

Bundessozialgericht

3 RK 33/83

Beschluß in dem Rechtsstreit

.....

Kläger und Revisionsbeklagter,
Prozeßbevollmächtigte:

g e g e n

.....

Beklagter und Revisionskläger.

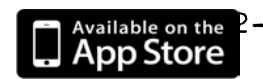
Der 3. Senat des Bundessozialgerichts hat am 12. März 1985

beschlossen:

1. Das Verfahren wird ausgesetzt.
2. Die Sache wird dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes zur Entscheidung über folgende Rechtsfrage vorgelegt: Ist für Rechtsstreitigkeiten aus einem Leistungsbeschaffungsvertrag zwischen Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung einerseits und den Leistungserbringern von orthopädischen Heil- und Hilfsmitt-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



-2-

teln (bzw ihren Verbänden) andererseits der Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit oder zu den Zivilgerichten gegeben?

G r ü n d e :

I

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger mit einem Filialbetrieb für die Versorgung der Ersatzkassenmitglieder mit orthopädischen Heil- und Hilfsmitteln zuzulassen und welcher Rechtsweg für diesen Rechtsstreit gegeben ist.

Der Kläger ist Meister im Orthopädie-, Chirurgiemechaniker- und Bandagistenhandwerk (BIV) und Inhaber eines Sanitäts-hauses in M. Er ist mit diesem Betrieb für die Lieferung von orthopädischen Hilfsmitteln an die Mitglieder der Ersatzkassen durch den Beklagten zugelassen.

Der Zulassung liegt ein (Rahmen-) Vertrag zwischen dem Beklagten und dem Verband der Arbeiter-Ersatzkassen eV einerseits und dem Bundesinnungsverband für das Orthopädie-, Chirurgiemechaniker- und Bandagistenhandwerk andererseits vom 21. August 1959 zugrunde. In diesem Vertrag werden allgemein die Voraussetzungen der Versorgung von Versicherten mit orthopädischen Heil- und Hilfsmitteln durch Bandagisten-, Orthopädie- und Chirurgiemechanikermeister geregelt (§ 1 Abs 1



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



3-

des Vertrages). Zur Belieferung und Versorgung werden danach nur solche Personen zugelassen, die bestimmte fachliche Voraussetzungen erfüllen und für deren Zulassung ein Bedürfnis besteht (§ 2 Abs 1). Nach § 3 des Vertrages ist die Zulassung eine persönliche; sie gilt nur für den vom Antragsteller angegebenen Betriebssitz. Filialbetriebe bedürfen danach einer besonderen Zulassung. Der Filialbetrieb soll grundsätzlich (Ausnahme: § 3 Abs 3 des Vertrages) von einem Meister geleitet werden. Über den Zulassungsantrag, dem eine Erklärung über die Zustimmung zum Rahmenvertrag beizufügen ist, entscheidet nach § 2 Abs 2 des Vertrages der Beklagte bzw dessen örtliche Gliederung.

Der Kläger hat im Oktober 1981 die Zulassung eines Filialbetriebs in E beantragt. Er hat mitgeteilt, daß die Filiale von einer Verkäuferin geleitet werden soll und daß er selbst nur an bestimmten Tagen anwesend sein werde. Mit Schreiben vom 18. Januar 1982 lehnte der Ortsausschuß Essen des Beklagten den Zulassungsantrag für die Filiale mit der Begründung ab, daß nach dem Vertrag (§ 3 Abs 1) ein Meister dauernd dem Filialbetrieb zur Verfügung stehen müsse, dh eine sogenannte "Meisterpräsenz" vorgeschrieben sei.

Auf die Klage vor dem Sozialgericht (SG) auf Zulassung seines Filialbetriebs zur Belieferung und Versorgung der Ersatzkassenmitglieder hat der Beklagte eingewandt, der Vertrag und die auf ihm beruhenden Rechtsverhältnisse zwischen den Ersatzkassen und den einzelnen Betrieben seien privatrecht-



-4-

licher Natur, so daß die Klage mangels Zuständigkeit des SG als unzulässig abzuweisen sei.

Durch Zwischenurteil vom 13. Dezember 1982 hat das SG den Rechtsweg zur Sozialgerichtsbarkeit für gegeben erklärt. Das Landessozialgericht (LSG) hat mit Urteil vom 1. Juni 1983 die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision rügt der Beklagte die Verletzung des § 51 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) sowie des § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG). Er verweist darauf, daß der Bundesgerichtshof (BGH) in ständiger Rechtsprechung "Lieferantenverträge" der hier vorliegenden Art dem Privatrecht zugeordnet habe.

II

Der Senat hat das Verfahren ausgesetzt und die Sache dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes vorgelegt, weil er in der Beantwortung der im Tenor bezeichneten Rechtsfrage von einer Entscheidung des BGH abweichen will (§§ 2, 11 des Gesetzes zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes -RechtsprEinhG-).

Der Senat möchte dahin entscheiden, daß Leistungsbeschaffungsverträge, die von den Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung (im folgenden "Krankenkassen") bzw ihren Verbänden einerseits und den Leistungserbringern von orthopädi-



schen Heil- und Hilfsmitteln bzw ihren Vereinigungen andererseits zur Sicherstellung der Versorgung der Versicherten geschlossen werden, öffentlichrechtliche Verträge sind und bei Streitigkeiten aus diesen Verträgen der Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit gemäß § 51 Abs 1 SGG gegeben ist. Der Senat sieht sich hieran durch das nachfolgend genannte Urteil des BGH gehindert.

Der BGH hat in diesem Urteil vom 26. Oktober 1961 - KZR 1/61 - (BGHZ 36, 91f), bei dem es um die Zulassung eines Betriebs zur Belieferung von Krankenkassenmitgliedern mit Gummistrümpfen ging - unter Bezugnahme auf eine frühere Entscheidung vom 15. Dezember 1960 ("Apotheken-Urteil" - BGHZ 34, 53, 64) -, den Rechtssatz aufgestellt, daß die Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den Lieferanten von Heilmitteln nicht dem öffentlichen Recht, sondern dem Privatrecht angehörten. Zur Begründung hat der BGH ausgeführt, zwischen den Krankenkassen einerseits und den Lieferanten von Heilmitteln oder ihren Verbänden andererseits würden Verträge "auf der Grundlage rechtlicher Gleichordnung" abgeschlossen. Daß die Krankenkassen gegenüber ihren Versicherten eine öffentlichrechtliche Fürsorgepflicht hätten, hindere sie nicht, mit Dritten, auf die sich die Fürsorgepflicht nicht erstreckte, privatrechtliche Hilfsgeschäfte zur Beschaffung von Heilmitteln einzugehen. Der Antrag eines Lieferanten auf Zulassung zur Belieferung und Versorgung von Anspruchsberechtigten einer Krankenkasse sei als Angebot zum Abschluß eines bürgerlich-rechtlichen Vertrags anzusehen.



1. Gemäß § 51 Abs 1 SGG entscheiden die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit über öffentlichrechtliche Streitigkeiten ua "in Angelegenheiten der Sozialversicherung".

Mit dieser gesetzlichen Bestimmung wird das gesamte Rechtsgebiet der Sozialversicherung und damit auch das der gesetzlichen Krankenversicherung in die Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit einbezogen. Auch die hier streitige spezielle Materie gehört in das Gebiet der gesetzlichen Krankenversicherung. Denn die gesetzlich vorgeschriebene Versorgung mit Heil- und Hilfsmitteln, um die es hier geht, ist Teil dieser Versicherung (vgl: Reichsversicherungsordnung -RVO-, Zweites Buch, §§ 165 bis 536, insbesondere § 179 Abs 1 Nr 2, § 182 Abs 1 Nr 1 Buchstabe b und c sowie Abs 2, § 182a, § 182b, § 183 Abs 1 Satz 1, § 368 Abs 2 und Abs 3, § 368e, § 368g Abs 1, § 368n Abs 1, § 368p Abs 1 und Abs 2, § 376c, § 376d, § 414e Buchstabe c, § 507 Abs 1 und Abs 4, § 508 Satz 1, § 525a; Bundesmantelvertrag - Ärzte über den allgemeinen Inhalt der Gesamtverträge in der Fassung vom 28. August 1978 § 2 Abs 1, § 29 Abs 1; Arzt/Ersatzkassenvertrag § 1 Abs 4 Buchstabe a und Buchstabe c, § 3 Abs 1; Richtlinien über die Verordnung von Heilmitteln und Hilfsmitteln in der kassenärztlichen Versorgung vom 26. Februar 1982; SGB X, §§ 53ff).

Bei dem Streit um die Zulassung des Klägers zu dem System der Versorgung mit orthopädischen Heil- und Hilfsmitteln handelt es sich daher um eine " A n g e l e g e n h e i t d e r S o z i a l v e r s i c h e r u n g " .



2. Wie bei jedem Rechtsstreit geht es auch bei der "Streitigkeit" iS des § 51 Abs 1 SGG um den Konflikt darüber, welche Rechte bzw Pflichten die Beteiligten treffen, also um den Inhalt ihrer Rechtsbeziehungen. Diese Rechtsbeziehungen (- das Rechtsverhältnis -) werden aber **a u s - s c h l i e ß l i c h** durch die in Frage stehenden **R e c h t s n o r m e n** bestimmt. Denn es ist gerade der Sinn der Norm, vorschreibend das rechtliche Sollen der Rechtspersonen zu bestimmen. Daraus folgt aber, daß die Frage, ob eine Streitigkeit öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur sei, **n u r** nach den in Frage stehenden **R e c h t s n o r m e n** beurteilt werden kann. Es ist also der Inhalt der Rechtsnormen, der die Zuordnung des Merkmals öffentlichrechtlich/privatrechtlich erlaubt, nicht aber ist es etwa ein darüber hinausgehender Status der beteiligten Rechtspersonen. Denn jede Rechtsbeziehung konstituiert sich ausschließlich durch Rechtsnormen, so daß den Rechtspersonen außerhalb dieser Rechtsnormen keine Qualität zukommen kann, die für die Bestimmung über die öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Natur einer Streitigkeit entscheidend sein könnte. Dem Träger öffentlicher Verwaltung erwächst seine Stellung lediglich durch die ihm zugewiesenen Aufgaben, also nur durch die rechtlichen Sollensbestimmungen, diese Aufgaben wahrzunehmen; soweit er in Erfüllung dieser Rechtspflichten mit anderen Rechtspersonen in Beziehung tritt, wird dieses Verhältnis eben durch die aufgabenstellenden Rechtsnormen bestimmt, nicht aber durch eine darüber hinausgehende Statusqualität des Trägers.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#) -8-

Bei der Bestimmung dessen, was eine Streitigkeit zu einer öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen macht, ist daher **a l l e i n** auf die streitrelevanten Rechtsnormen abzustellen.

3. Die Rechtsnorm schafft ein Rechtsverhältnis, in dem sich Verpflichtete(r) und Berechtigte(r) gegenüberstehen. Der Verpflichtung des rechtlichen Sollens auf der einen Seite entspricht die Berechtigung auf der anderen Seite. Ob eine solche Rechtsbeziehung (als Gesamtgegenstand der Rechtsnorm) öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist, hängt von der Geltungswirkung ab, die die Rechtsordnung der Sollensverpflichtung beilegt. In diesem Sinne verlangen die Normen des öffentlichen Rechts **u n b e d i n g t e G e l t u n g**: Während es bei den Normen des Privatrechts dem Berechtigten freisteht, ob er die Sollensverpflichtung durchsetzen will oder nicht, liegt das Charakteristikum der öffentlichrechtlichen Natur einer Norm gerade darin begründet, daß die **D u r c h s e t z u n g d e r R e c h t s - p f l i c h t** auf besondere Weise **g e s i c h e r t** wird. Hinter den (Primär-) Normen des öffentlichen Rechts stehen demnach sekundäre (öffentlichrechtliche) Normen, die den Zweck haben, jenes rechtliche Sollen unbedingt durchzusetzen, sei es dadurch, daß die Staatsanwaltschaft die Verletzung der Sollensbestimmungen unabhängig vom Willen des Verletzten zu verfolgen hat, oder dadurch, daß Organe der (allein berechtigten) staatlich organisierten Allgemeinheit (- zB Finanzbehörden -) zur Durchsetzung der



Sollensbestimmungen (- zB Steuervorschriften -) verpflichtet wurden oder aber dadurch, daß, wie hier, besondere Verwaltungsträger (neben Aufgaben der Berechtigung, zB der Einziehung von Beiträgen) als Leistungsträger bestimmte primäre (Sollens-) Verpflichtungen (zB die Leistung orthopädischer Heil- und Hilfsmittel) auferlegt bekommen haben, insoweit also selbst Adressaten von Primär-Normen und auch gleichzeitig verpflichtet sind, die berechtigten Versicherten bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche zu unterstützen, etc.

4. Als die Streitbestimmende allgemeine Rechtsnorm - deren Qualität über die öffentlichrechtliche bzw privatrechtliche Natur der Streitigkeit bestimmt - ist hier die **V e r - p f l i c h t u n g** des Versicherungsträgers anzusehen, seine gesetzliche Aufgabe zu erfüllen, die Versicherten durch Naturalleistungen mit orthopädischen Heil- und Hilfsmitteln zu versorgen (Sicherstellungsauftrag). Indem der Versicherungsträger über die Zulassung des Klägers entschieden hat (- hier im negativen Sinne -), erfüllte er diese ihm obliegende Aufgabe (vgl die obengenannten Einzelbestimmungen, insbesondere § 376d RVO). Die ihm vom Gesetzgeber auferlegte Verpflichtung zur Sicherstellung enthält notwendigerweise auch die Pflicht, diesen Auftrag **k o n k r e t** umzusetzen. Das ist hier nicht anders als bei jeder Gesetzesnorm; gerade weil sie eine unbestimmte Vielzahl von Fällen im Auge hat und darum nur **a l l g e m e i n** formuliert werden kann, verpflichtet sie den Normadressaten - und das ist gerade ihr Sinn - zur Realisierung im Einzelfall. Würde sich



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



der Versicherungsträger als Normadressat des Sicherstellungsauftrages den Entscheidungen über die Zulassung bzw Nichtzulassung entziehen, so würde er seine ihm vom Gesetzgeber auferlegten Pflichten ebenso verletzen wie es etwa die Kassenärztliche Vereinigung (KÄV) dann täte, wenn sie sich weigerte, über die Zulassung von Kassenärzten zu entscheiden, durch die der Versorgungsauftrag doch gerade erfüllt werden soll. Indem der Versicherungsträger also über die Zulassung des Klägers eine Entscheidung getroffen hat, realisierte er nur eine ihm obliegende öffentlichrechtliche Aufgabe, nämlich seinen sozialversicherungsrechtlichen Sicherstellungsauftrag.

5. Allerdings ist es denkbar, daß ein Verwaltungsträger bei der Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben sich privatrechtlicher Formen bedient, also bei der Verwirklichung seiner öffentlichrechtlichen Pflichten (und nicht nur bei sogenannten fiskalischen Hilfsgeschäften der Bedarfsdeckung, Vermögensverwertung und sonstiger Teilnahme am Wirtschaftsverkehr) in privatrechtliche Beziehungen eintritt. Das ist dann anzunehmen, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Umstände zweifelsfrei dafür sprechen, daß trotz der öffentlichrechtlichen Natur der Aufgabenstellung - die als solche auch immer bestehen bleibt - eine privatrechtliche Verwirklichung zulässigerweise gewollt war. Ist dies aber auch nur zweifelhaft, so muß bei der Zuordnung der Streitigkeit (als öffentlichrechtliche oder privatrechtliche) jene öffentlichrechtliche Natur ausschlaggebend sein.



Mit anderen Worten:

Eine durch Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Aufgabe entstehende Streitigkeit ist solange als eine öffentlichrechtliche zu betrachten, solange nicht festgestellt werden kann, daß ausnahmsweise eine privatrechtliche Erfüllung (zulässigerweise) gewollt war; im **Z w e i f e l** wird eine öffentlichrechtliche Aufgabe auch öffentlichrechtlich erfüllt (vgl Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl 1974, § 22 III b 2, S 102; BVerwG NJW 1961, 137, 138; BGH NJW 1975, 106, 107; BGHZ 38, 49, 52). Eine solche Ausnahme liegt hier aber nicht vor (vgl Ziffer 6 bis 8).

6. Man kann sich fragen, ob eine öffentlichrechtliche Aufgabe überhaupt in privatrechtlichen Formen erfüllt werden, die Verwaltung also trotz der öffentlichrechtlichen Natur dieser Aufgabenstellung einen Wechsel ins Privatrecht vornehmen kann. Ein solcher Wechsel könnte zwar dann unbedenklich erscheinen, wenn die Beteiligung des staatlichen Trägers an **p r i v a t e n** Rechtsgeschäften ebenfalls der sichernden Durchsetzung der staatlichen Aufgabe dient. Kauft der Verwaltungsträger ein Grundstück durch ein privatrechtliches Rechtsgeschäft, um es in Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe unter Vermeidung einer Enteignung einem gemeinnützigen Zweck zuzuführen, so wird auch durch die privatrechtliche Form der gesetzliche Zweck erreicht: durch die staatliche Organisation wird sowohl die der Behörde auferlegte (Aufgaben-)Sollensbestimmung gesichert als auch die Durchsetzung der dem nicht-



staatlichen Vertragspartner obliegenden rechtsgeschäftlichen Sollensbestimmungen gewährleistet. Das Beispiel zeigt jedoch, daß die Verwaltung hier unbedenklich deshalb privat handeln konnte, weil sich in dem durch den Privatvertrag geschaffenen Rechtsverhältnis keine öffentlichrechtlichen Normeninhalte befinden, vielmehr der öffentlichrechtliche Zweck für den beteiligten Träger zwar ein Motiv für die privatrechtliche Vereinbarung war, der Verwaltung aber in Wahrheit freigestellt wurde, sich einer privatrechtlichen Handlungsform zu bedienen. Die Behörde handelt hier zwar als Normadressat in Erfüllung eines öffentlichen Auftrags insoweit, als sie den mit der Enteignung erstrebten Zweck erfüllt; sie setzt den öffentlichrechtlichen Auftrag aber gerade nicht in der vorgesehenen öffentlichrechtlichen Form (der Enteignung) um. Dadurch, daß sie durch den Abschluß eines Vertrages eine ihr obliegende öffentlichrechtliche Aufgabe erfüllt, ist dieser Vertrag also nicht unter allen Umständen auch als ein öffentlichrechtlicher anzusehen. Ein solcher öffentlichrechtlicher Vertrag liegt jedenfalls aber dann vor, wenn der Behörde normativ aufgegeben ist, bei der Realisierung der (öffentlichrechtlichen) allgemeinen Aufgabe bestimmte Mittel als Regelungsinhalte durchzusetzen; eine privatrechtliche Zuordnung ist dann ausgeschlossen. Diese Voraussetzungen sind hier gegeben.

7. a) Es gibt keinen Rechtssatz, der für den Abschluß von (den Sicherstellungsauftrag realisierenden) Lieferantenverträgen - ganz oder teilweise - eine privatrechtliche Handlungsform



vorschreibt und auch keinen Rechtssatz, der einen Wechsel ins Privatrecht auch nur in das Ermessen der Verwaltung stellt.

b) Der Vertrag vom 21. August 1959 läßt keinerlei Anhaltspunkte erkennen, die darauf schließen ließen, daß die beteiligten Kassenverbände in privatrechtlichen Handlungsformen tätig werden wollten, im Gegenteil (vgl unter Ziffer d).

c) In § 414e Buchstabe c RVO ist der Abschluß von Verträgen durch die Verbände der Krankenkassen mit den Vereinigungen oder Verbänden von Heilberufen und mit Lieferanten ausdrücklich vorgesehen. Die Bestimmung des § 376c RVO schreibt den Verbänden vor, einheitliche Verzeichnisse der von den Krankenkassen zu vergütenden Hilfsmittel zu erstellen und diese Verzeichnisse den Preisvereinbarungen zugrunde zu legen. In § 376d Abs 1 RVO heißt es weiter, daß zur Sicherung der wirtschaftlichen Versorgung der Versicherten mit Heil- und Hilfsmitteln die Krankenkassen bzw die bevollmächtigten Verbände Vereinbarungen mit den Leistungserbringern über die Erbringung der Leistungen und deren Preise schließen; Absatz 2 bestimmt, daß dabei die Empfehlungen der konzertierten Aktion im Gesundheitswesen angemessen zu berücksichtigen sind und enthält im übrigen eingehende Preisbestimmungen nebst der Vorschrift, daß die Bestimmungen über die Preise bei öffentlichen Aufträgen auf diese Vereinbarungen keine Anwendung finden. Diese Regelungen verdeutlichen somit den obengenannten Sicherstellungsauftrag in der Weise, daß sie als spezielle Normen des öffentlichen Rechts die allgemeinere öf-



öffentlichrechtliche Sicherstellungsnorm (§ 179 Abs 1 Nr 2, § 182 Abs 1 Nr 1 Buchstabe b und c sowie Abs 2, §§ 182b, 368 Abs 2 und §§ 368e, 368g Abs 1 RVO) hinsichtlich ihrer Durchführung konkretisieren, so daß jede dementsprechende vertragliche Umsetzung dieser Sicherstellungsnorm als öffentlichrechtliche Materie anzusehen ist, die einem Wechsel ins Privatrecht entgegensteht.

Dementsprechend ist auch der Vertrag vom 21. August 1959 gestaltet (Leistungsverzeichnis: § 1 Abs 1, § 5 Abs 1; Preisvereinbarungen: § 1 Abs 1, § 5 Abs 1).

d) Bei solcher Regelungsmaterie (des Vertrages vom 21. August 1959) haben die beteiligten Kassenverbände naturgemäß auch öffentlichrechtlich handeln wollen. Das ergibt sich zudem aus der Tatsache, daß eine Reihe von persönlichen Zulassungsvoraussetzungen angeführt werden, die nur für die Durchführung in öffentlichrechtlichen Handlungsformen typisch sind: die Erfordernisse der fachlichen Eignung, der besonderen Ausbildung, der Ausstattung der Werkstatt, der Eintragung in die Handwerkerrolle, der Vorlage eines polizeilichen Führungszeugnisses und dem Erfordernis der Meisterpräsenz für Haupt- und Filialbetrieb (vgl insbes § 3 Satz 6: "Die Zulassung des Filialbetriebes verliert ihre Gültigkeit, wenn dieser nicht mehr von einem Meister geleitet wird"). Mit solchen (- über die genannten speziellen Umsetzungsnormen hinausgehenden -) Erfordernissen wird der Naturalleistungs-Sicherstellungsauftrag des Versicherungsträgers mit einer beson-



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

deren, auf die Erfüllung des Gesetzeswillens abzielenden Durchsetzungsstärke versehen; daß diese Erfordernisse als Ausdruck öffentlichrechtlichen Handlungswillens aufzufassen sind, ergibt sich daher nicht nur aus dem Zusammenhang mit jenen speziellen Normen, durch die der allgemeine Gesetzesauftrag konkretisiert wird, sondern auch aus der angewandten öffentlichrechtlichen Formentypik und dem darin zum Ausdruck kommenden, das öffentliche Recht kennzeichnenden Geltungswillen, wie er oben beschrieben worden ist (vgl Ziffer 3). Der Rahmenvertrag vom 21. August 1959 ist somit ein öffentlichrechtlicher Vertrag.

e) Indem der beklagte Verband die letztgenannten persönlichen Erfordernisse gegenüber dem Kläger zur Geltung brachte (- Meisterpräsenz -), war sein Handlungswille ebenfalls öffentlichrechtlicher Art. Denn damit hat er lediglich den öffentlichrechtlichen Sicherstellungsauftrag - vom Gesetzgeber in einzelnen Bestimmungen und von den Verbänden im öffentlichrechtlichen Vertrag vom 21. August 1959 fortschreitend konkretisiert - im Einzelfall zur Anwendung gebracht.

f) Gemäß § 53 Abs 1 Satz 1 des Zehnten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB X - Verwaltungsverfahren -) vom 18. August 1980 (BGBl I 1469) kann ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts "durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen" (wortgleich mit



§ 54 Satz 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes - VwVfG - vom 25. Mai 1976, BGBl I 1253). Damit ist der öffentlichrechtliche Vertrag grundsätzlich für zulässig erklärt und als zweite öffentlichrechtliche Handlungsform neben dem Verwaltungsakt anerkannt worden. Und nach § 55 Abs 1 SGB X (§ 56 Abs 1 VwVfG) kann ein öffentlichrechtlicher Vertrag, in dem sich der Vertragspartner der Behörde zu einer Gegenleistung verpflichtet, "geschlossen werden, wenn die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient", wobei die Gegenleistung "den gesamten Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen" muß.

8. Die Entscheidung darüber, ob eine Streitigkeit zwischen einem Verwaltungsträger und einem Dritten öffentlichrechtlicher Natur ist, hängt davon ab, ob der Träger bei seinem Handeln in Erfüllung öffentlichrechtlicher (Auftrags-)Normen tätig wurde. Dabei kann der Dritte in verschiedener Weise in die gesetzliche Zweckerfüllung einbezogen sein. Dies kann dadurch geschehen, daß der Dritte unmittelbar zu dem ihm gesetzlich vorgeschriebenen Handeln angehalten wird oder daß der Dritte zwar *f r e i w i l l i g* sich in eine von der Verwaltung eröffnete Rechtsbeziehung begibt, dabei aber direkt an die öffentliche Aufgabenstellung gebunden ist, oder daß der Dritte als Empfänger öffentlicher Leistungen berechtigt und verpflichtet ist. Hier liegt die zweite Variante vor: Der Versicherungsträger handelte in Erfüllung der öffentlich-



rechtlichen Norm, den gesetzlichen Sicherstellungsauftrag in der Form der Versorgung mit Heil- und Hilfsmitteln zu realisieren. Der Träger bedient sich eines Dritten als Lieferanten, um diesen in die gesetzliche Zweckerfüllung einzubeziehen und dadurch diese Erfüllung zu sichern. Der Dritte begibt sich zwar freiwillig in eine von der Verwaltung eröffnete Rechtsbeziehung, jedoch ist er direkt an die Aufgabenstellung gebunden.

Der Umstand, daß der Dritte sich freiwillig in diese Rechtsbeziehung begibt, ist nicht geeignet, ihr den öffentlichrechtlichen Charakter zu nehmen; sonst würde es auch gar keine öffentlichrechtlichen Verträge dieser Art geben.

Erfüllt der Verwaltungsträger, wie hier, seine öffentlichrechtliche Aufgabe durch den Abschluß eines Vertrages, dann kann eine dabei eingegangene Rechtsbeziehung, wie oben ausgeführt, allenfalls nur **a u s n a h m s w e i s e** und nur unter besonderen Voraussetzungen als privatrechtliche Rechtsbeziehung angesehen werden. Ganz außer Betracht bleiben muß hier der Fall, wo die gesetzliche Aufgabe mit **a n - d e r e n** als den gesetzlich vorgeschriebenen Mitteln erreicht werden soll. Im vorliegenden Fall erfüllt das spezielle Mittel des gesetzlich vorgeschriebenen Abschlusses von Lieferantenverträgen aber gerade den gesetzlichen Zweck des Sicherstellungsauftrages. Aus dieser öffentlichrechtlichen Zweck/Mittel-Einheit - die auch Zulassungsbedingungen und Leistungsbedingungen umgreift - läßt sich nicht ein Teilstück



herausbrechen, um es dem Privatrecht zuzuordnen.

9. Der Gesamtbereich des streitrelevanten Normengefüges läßt sich unter dem Aspekt der Zuordnung öffentlichrechtliche/privatrechtliche Streitigkeit durch zwei (koordinatenähnliche) Reihen bestimmen, einmal durch die Reihe der öffentlichrechtlich normierten Aufgabenstellung in ihrem Konkretisierungsgrad (Zweck-Mittel-Verhältnis) und zweitens durch die Abhängigkeit des geltendgemachten Anspruchs von dieser Aufgabenstellung. Zunächst zum letztgenannten Aspekt:

a) Unproblematisch ist der Fall, wo der Kläger allein einen Anspruch auf Geldersatz wegen Verletzung einer öffentlichrechtlichen Pflicht geltend macht, da der Gesetzgeber diesen Rechtsstreit den Zivilgerichten zugewiesen hat (§ 839 BGB, Art 34 GG, § 40 Abs 2, Satz 1 VwGO). Auch das Staatshaftungsgesetz (StHG) vom 26. Juni 1982 hatte dies in § 18 Abs 1 vorgesehen. Die grundsätzliche Beschränkung des Anspruchs nach § 839 BGB auf Geldersatz wird indessen gerade damit begründet, daß anderenfalls die Zivilgerichte in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichte übergreifen würden: ein, wie der Große Zivilsenat des BGH sich ausdrückt, unhaltbares Ergebnis (BGH 34, 99, 105). Infolgedessen hatte auch das StHG vom 26. Juni 1981 vorgesehen, daß für den Streit über die Folgenbeseitigung einer öffentlichrechtlichen Pflichtverletzung der Rechtsweg zu derjenigen Gerichtsbarkeit gegeben sei, die über die Recht-



mäßigkeit des öffentlichrechtlichen Verhaltens gewöhnlich zu entscheiden hat.

b) Wird jedoch gleichzeitig mit einem auf Geld gerichteten Schadensersatzanspruch ein Anspruch auf Aufhebung bzw Erlaß eines Verwaltungsaktes geltend gemacht, so haben über den letztgenannten Anspruch die (allgemeinen bzw besonderen) Verwaltungsgerichte zu entscheiden; der (nicht "nichtige") Verwaltungsakt ist vom Zivilrichter so lange als bestehend anzusehen, wie er nicht auf Verwaltungsklage aufgehoben ist (vgl BGHZ 48, 239, 241f; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Komm ZPO mit GVG, 43. Aufl, Anm 5 B zu § 13 GVG); das angerufene Zivilgericht hat das Verfahren, wenn Klage vor einem Verwaltungsgericht erhoben wird, wegen V o r g r e i f - l i c h k e i t auszusetzen.

c) Wie sich aus der systematischen Betrachtung der beiden vorgenannten Fallgruppen und den früheren Ausführungen ergibt, ist i m ü b r i g e n jeder Anspruch dann noch einer öffentlichrechtlichen Streitigkeit zuzurechnen, wenn er (- ohne also ein Anspruch nach § 839 BGB zu sein -) auf die Erfüllung, Unterlassung oder Folgenbeseitigung einer öffentlichrechtlichen Aufgabe gerichtet ist. Auch dann also, wenn das in Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Aufgabe erfolgte Tun oder Unterlassen des Verwaltungsträgers privatrechtliche Auswirkungen hat, wird an dieser Zuordnung nichts geändert.



Was aber jene öffentlichrechtlich normierte Aufgabenstellung des Verwaltungsträgers - die erste Koordinate - anlangt, so kommt die Grenze ihres öffentlichrechtlichen Charakters dort zu liegen, wo eine konkrete Maßnahme zwar noch dergestalt mit dem eigentlichen Gesetzesauftrag verbunden ist, daß dieser Auftrag für sie eine *conditio sine qua non* darstellt, die konkrete Maßnahme aber für den Gesetzgeber keinen Beweggrund abgegeben hätte, den gesetzlichen Auftrag mitsamt seinen Konkretisierungen zu erteilen. Für das fiskalische Hilfsgeschäft ist der Gesetzesauftrag zwar eine notwendige Bedingung insofern, als es ohne die gesetzliche Aufgabe keine Handlungsgrundlage hätte und insoweit auch der Auftragserfüllung "dient". Wegen dieses Hilfsgeschäfts hat der Gesetzgeber den öffentlichrechtlichen Auftrag aber nicht erteilt; es bildete für ihn einen Beweggrund auch nicht insoweit, als mit jeder allgemeinen gesetzlichen Aufgabenstellung auch eine Konkretisierung gewollt ist, denn das fiskalische Hilfsgeschäft ist keine Konkretisierung der gesetzlichen Aufgabe. Ist in diesem Sinne die Maßnahme des Verwaltungsträgers (im Verhältnis zur öffentlichrechtlichen Aufgabenstellung) aber nicht mehr *w e s e n t l i c h*, dann fehlt es nicht nur am öffentlichrechtlichen Charakter der Maßnahme, ein auf sie rückführbarer Anspruch kann auch nicht (infolge dieser Rückführbarkeit) dem Bereich einer öffentlichrechtlichen Streitigkeit zugeordnet werden.

Die konkrete Maßnahme des Verwaltungsträgers, auf die der Kläger seinen Anspruch zurückführt, ist seine Nichtzulassung.



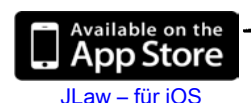
Die Zulassung bzw Nichtzulassung als Hilfsmittellieferant ist aber, wie oben (unter Ziffer 7) aufgezeigt wurde, für die öffentlichrechtliche Aufgabenstellung (- der Naturalversorgung mit Hilfsmitteln -) **w e s e n t l i c h** . Auch in dem im Urteil des BGH vom 26. Oktober 1961 entschiedenen Fall (- Gummistrumpfurteil -) war sowohl der Zulassungs- als auch der Schadensersatzanspruch des dortigen Klägers auf eine öffentlichrechtliche Maßnahme, nämlich auf die Erfüllung bzw Nichterfüllung einer öffentlichrechtlichen Aufgabe zurückzuführen; der Zulassungsanspruch bildete eine öffentlichrechtliche Streitigkeit im Sinne des § 51 Abs 1 SGG.

Anders war es dagegen in den vom Großen Senat für Zivilsachen des BGH am 22. März 1976 behandelten beiden Fällen (BGHZ 66, 229 - Unterlassungsklage eines Verbandes der privaten Krankenversicherung gegen eine Ersatzkasse wegen deren Studentenwerbung - GSZ 1/75; BGHZ 67, 81 - Klage eines Blutanalyseunternehmens gegen eine Kassenärztliche Vereinigung (ua) auf Unterlassung, Schadensersatz und Auskunft wegen Verbreitung von Rundschreiben - GSZ 2/75); hier lagen die vorgenannten Voraussetzungen einer öffentlichrechtlichen Streitigkeit nicht vor, so daß der Rechtsweg insgesamt zu den Zivilgerichten gegeben war (aA aber Bettermann, DVBl 1977, 180).

10. In der fraglichen Entscheidung des BGH vom 26. Oktober 1961 (Gummistrumpfurteil) wird (bei der Frage der Zuordnung einer Streitigkeit zum öffentlichen bzw privaten Recht) darauf ab-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



gestellt, ob es sich um ein Verhältnis der Gleichordnung oder um ein solches der Unter- und Überordnung handele (aaO, S 93). Diese Unterscheidung (Subordination/Koordination) ist nach heute herrschender Ansicht nicht (mehr) als maßgebliches Zuordnungskriterium geeignet. Wie der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes in seinem Beschluß GmS-OGB 2/73 vom 4. Juni 1974 ausgeführt hat, bestimmt sich die Art einer Streitigkeit - öffentlichrechtlich oder privatrechtlich - nach der Natur des Rechtsverhältnisses, wobei die öffentlichrechtliche Natur nicht dadurch in Frage gestellt werde, daß die Beteiligten einander gleichgeordnet seien (BSGE 37, 292, 295). Demnach hängt die öffentlichrechtliche bzw privatrechtliche Qualität eines Vertrages ausschließlich von seinem "Gegenstand" ab; das ist heute die in Rechtsprechung und Lehre ganz einhellige Meinung (vgl die Zusammenstellung von Nachweisen bei Lange, NVwZ 1983, 314f, Fußnote 14). Dieser Meinung ist, wie bereits oben ausgeführt, auch der Gesetzgeber bei der gesetzlichen Regelung des öffentlichrechtlichen Vertrages in § 54 Abs 1 Satz 1 VwVfG bzw in dem wortgleichen § 53 Abs 1 Satz 1 SGB X gefolgt. In der Begründung des Regierungsentwurfs eines VwVfG (BT-Drucks 7/910, S 78) heißt es hierzu:

"Bei dieser Abgrenzung (des öffentlich-rechtlichen Vertrages gegenüber dem privatrechtlichen Vertrag) hilft die sog. Subjektionstheorie... nicht weiter. Denn beim Vertragsabschluß begegnen sich Behörde und Bürger nach allgemeiner Meinung immer als Gleichstehende. Das ergibt sich aus dem Wesen des Vertrages. Außerdem würde die Abgrenzung nach der Subjektionstheorie bei den sogenannten koordinationsrechtlichen Verträgen versagen. Es ist deshalb heute allgemein anerkannt, daß die Abgrenzung nach



dem Gegenstand der vertraglichen Regelung erfolgen muß: Dieser muß öffentlich-rechtlicher Natur sein... Dem entspricht die Legaldefinition in Satz 1. Zur Kennzeichnung dieses Gegenstandes kann auch der mit der Vereinbarung verfolgte Zweck mitberücksichtigt werden (BVerfGE 30, 65; BGH Urteil vom 10. Februar 1972, DÖV 1972, S 314)."

11. Der streitige Rahmenvertrag ist nach Gegenstand und Zweck ein (nach § 53 SGB X zulässiger) öffentlichrechtlicher Vertrag, weil seine Regelungsmaterie eine gegenüber dem allgemeinen gesetzlichen Auftrag (der Naturalversorgung mit Hilfsmitteln) vom Gesetzgeber unbedingt gewollte Konkretisierung darstellt. Da die streitige Zulassung bzw Nichtzulassung zu diesem Vertrag also eine für die öffentlichrechtliche Aufgabenstellung wesentliche Realisierung bedeutet und weil der Anspruch des Klägers unmittelbar hierauf gerichtet ist, handelt es sich um eine öffentlichrechtliche Streitigkeit im Sinne des § 51 Abs 1 SGG.

