



**Gutachten
zu verschiedenen
Rechtsfragen
im
Zusammenhang
der §§ 93 ff. BSHG**

copyright: Paritätischer Wohlfahrtsverband
Landesverband Bremen e. V.
Eduard-Grunow-Str. 24
28203 Bremen

Vervielfältigungen nur mit Genehmigung
des *PARITÄTISCHEN LV Bremen e. V.*

Die Fragestellungen

Erste Frage:

- A. Beinhalten die §§ 93 ff. BSHG n.F. ein Instrument der Platzzahlbegrenzung und damit der Angebotssteuerung für stationäre und insbesondere für ambulante Maßnahmen?

Zweite Frage:

- B. Wie ist in diesem Zusammenhang der Begriff „Umfang der Leistung“ in § 93 Abs. 2 BSHG zu verstehen?

Dritte Frage:

- C. Lässt sich die Versorgung von mehr Menschen als in den Vereinbarungen festgelegt (aus Kostenträgersicht: Platzzahlüberschreitung) als Vertragsverletzung interpretieren? Wenn ja, mit welchen Folgen?

Vierte Frage:

- D. Ist eine Überschreitung der zugrunde gelegten „Platzzahlen“ eine „unvorhersehbare wesentliche Änderung der Annahmen, die der Vereinbarung oder Entscheidung über die Vergütung zugrunde lagen“ (§ 93 b Abs. 3 BSHG)?

Fünfte Frage:

- E. Ist der leistungsgerechte Preis einer Leistung abhängig von der Häufigkeit, mit der sie erbracht wird?

Sechste Frage:

- F. Ist für den stationären Bereich eine Steuerung durch die Kommune/das Land über eine Investitionsförderung wettbewerbsrechtlich zulässig?

**Gutachten zu verschiedenen Rechtsfragen im
Zusammenhang der §§ 93 ff. BSHG**

**erstattet für den
Paritätischen Wohlfahrtsverband
Landesverband Bremen**

**von
Universitätsprofessor Dr. Gerhard Igl
Direktor des Instituts für Sozialrecht und Sozialpolitik in Europa
der Universität Kiel**

Januar 2002

Inhaltsübersicht

A. Erste Frage 7

I.	<u>Bereitstellungsverantwortung des Sozialhilfeträgers</u>	7
II.	<u>Realisierung der Bereitstellungsverantwortung</u>	8
III.	<u>Unterscheidung zwischen Aufgabe und Befugnis</u>	9
IV.	<u>Platzzahlbegrenzung als angebotssteuernde Maßnahme</u>	10
1.	<u>Zielsetzungen der Angebotssteuerung</u>	10
2.	<u>Begriff der Platzzahlbegrenzung</u>	11
V.	<u>Rechtsentwicklung und Meinungsstand bis zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. September 1993</u>	11
1.	<u>OVG Hamburg (12. September 1980)</u>	11
2.	<u>OVG Lüneburg (21. August 1981)</u>	12
3.	<u>Reaktion des Gesetzgebers auf die Rechtsprechung</u>	12
4.	<u>Reaktion des Schrifttums auf die Gesetzgebung</u>	13
5.	<u>OVG Lüneburg (11. Juni 1985)</u>	14
6.	<u>VG Berlin (14. Oktober 1986)</u>	15
7.	<u>VG Hamburg (9. Dezember 1992)</u>	16
8.	<u>OVG Schleswig (21. August 1991)</u>	16
9.	<u>VGH Baden-Württemberg (18. Juni 1993)</u>	17
10.	<u>Bundesverwaltungsgericht (30. September 1993)</u>	18
VI.	<u>Die wichtigsten Gesetzesänderungen</u>	19
1.	<u>Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms vom 23. Juni 1993</u>	19
2.	<u>Zweites Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms vom 21. Dezember 1993</u>	20
3.	<u>Gesetz zur Reform des Sozialhilferechts vom 23. Juli 1996</u>	22
VII.	<u>Rechtsprechung zu §§ 93 BSHG n.F.</u>	22
VIII.	<u>Zusammenfassung</u>	23

B. Zweite Frage 26

I. <u>Wortlautauslegung</u>	26
II. <u>Systematische Auslegung</u>	27
III. <u>Zusammenfassung</u>	29

C. Dritte Frage 30

I. <u>Rechtsnatur der Vereinbarung</u>	30
II. <u>Anwendbare Vorschriften</u>	31
III. <u>Vertragsverletzung</u>	31
IV. <u>Rechtsfolgen</u>	33

D. Vierte Frage 34

I. <u>Grundlagen</u>	34
II. <u>Voraussetzungen</u>	35
1. <u>Geschäftsgrundlage</u>	35
2. <u>Begriffliche Klärung</u>	36
3. <u>Unvorhersehbare wesentliche Veränderungen</u>	37
III. <u>Kasuistik</u>	38

E. Fünfte Frage 40

I. <u>Problemstellung</u>	40
II. <u>Einrichtungsfinanzierung im Sozialhilferecht</u>	40
III. <u>Kriterien der Verpreislichung</u>	41
1. <u>Grundlagen</u>	41
2. <u>Verfassungsrechtliche Kriterien</u>	42
3. <u>Einfachgesetzliche Kriterien</u>	44
IV. <u>Preisbildungsprinzipien</u>	45

F. Sechste Frage 47

<u>I.</u>	<u>Sachverhalt</u>	47
<u>II.</u>	<u>Rechtliche Bewertung</u>	48
1.	<u>Überblick über die Finanzierung der Pflegeversicherung</u>	48
2.	<u>Wettbewerbsrechtliche Vorgaben</u>	49
a)	<u>Wettbewerbsrechtliche Vorgaben des SGB XI</u>	49
b)	<u>Wettbewerbsrechtliche Vorgaben außerhalb des SGB XI</u>	51
(1)	<u>Nationales Wettbewerbsrecht</u>	51
(a)	<u>UWG</u>	51
(b)	<u>GWB</u>	53
(2)	<u>Einschätzungen zum Europäischen Wettbewerbsrecht</u>	54

G. Literaturverzeichnis 60

A. Erste Frage

Beinhalten die §§ 93 ff. BSHG n.F. ein Instrument der Platzzahlbegrenzung und damit der Angebotssteuerung für stationäre und insbesondere für ambulante Maßnahmen?

Am 1. Januar 1999 sind die mit dem Gesetz zur Reform des Sozialhilferechts vom 23. Juli 1996 geänderten §§ 93 bis 93d BSHG in Kraft getreten.¹ Die Vorschriften sollen das Verhältnis zwischen den Sozialhilfe- und Einrichtungsträgern auf der Grundlage der gesetzlich festgelegten Vertragssystematik neu regeln.²

Mit der vorliegenden Frage werden Probleme der Bereitstellungsverantwortung angesprochen. Damit ist die Verantwortung öffentlich-rechtlicher Körperschaften zur infrastrukturellen Bereithaltung bestimmter sozialer Dienste und Einrichtungen gemeint.³ Zu prüfen ist deshalb, ob die Bereitstellungsverantwortung der Sozialhilfeträger diesen auch ein Recht zur eingreifenden Steuerung in bezug auf die Bereithaltung bestimmter Platzzahlen gibt.

I. Bereitstellungsverantwortung des Sozialhilfeträgers

§ 93 Abs. 1 Satz 1 BSHG geht von der Bereitstellungsverantwortung der Sozialhilfeträgers aus. Dabei haben die Sozialhilfeträger die Schaffung und den Ausbau der Einrichtungen in partnerschaftlicher Zusammenarbeit mit den Trägern der freien Wohlfahrtspflege zu koordinieren.⁴

¹ Zu den früheren Änderungen durch das FKPG (1993) und das SKWPG (1994) vgl. *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, BSHG, 15. Auflage 1997, § 93 Rn. 2 ff.; *Marschner*, NVwZ 1995, S. 42 ff.

² Vgl. dazu *Pöld-Krämer/Fahlbusch*, RsDE, Heft 46 (2000), S. 4 ff.

³ S. dazu *Schulin/Igl*, Sozialrecht, 7. Aufl., 2002, Rdnr. 1005 ff.

⁴ *Fichtner*, BSHG, § 93 Rn. 9.

Die für das gesamte SGB geltende Grundsatznorm⁵ des § 17 Abs. 1 Nr. 2 SGB I verpflichtet ferner die Sozialhilfeträger, darauf hinzuwirken, dass die zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen sozialen Dienste und Einrichtungen rechtzeitig und hinreichend zur Verfügung stehen.

II. Realisierung der Bereitstellungsverantwortung

Zur Realisierung der Bereitstellungsverantwortung hat der Sozialleistungsträger grundsätzlich folgende Möglichkeiten:⁶

- Bereitstellung eigener Einrichtungen;
- Inanspruchnahme der Einrichtungen anderer Hoheitsträger;
- Inanspruchnahme der Einrichtungen privater Träger;
- Förderung der Bereitstellung durch Dritte, insbesondere durch Träger der freien Wohlfahrtspflege.

Nach § 93 Abs. 1 Satz 1 BSHG stehen diese Möglichkeiten allerdings nicht in einem gleichrangigen Verhältnis zueinander. Die Inanspruchnahme, der Ausbau oder die Schaffung von Einrichtungen anderer Träger ist vorrangig.

Bedient sich der Sozialhilfeträger – wie im zur Begutachtung vorgelegten Fall – der Möglichkeit der Inanspruchnahme der Einrichtungen privater Träger, berührt er die Rechtssphäre privater Personen. Der Sozialhilfeträger ist hier in vollem Umfang an die verfassungsrechtlichen Vorgaben gebunden, die im Verhältnis zwischen dem Staat und den Bürgern gelten.

⁵ Vgl. § 37 Satz 3 SGB I, der den Vorbehalt der speziellen Vorschrift für § 17 SGB I ausschließt.

⁶ Vgl. dazu BVerwG NDV 1971, 141.

III. Unterscheidung zwischen Aufgabe und Befugnis

Bevor auf die Bewertung der hier in Rede stehenden angebotssteuernden Maßnahmen eingegangen wird, ist eine rechtliche Klärung notwendig, die für die Auslegung und Anwendung der §§ 93 ff. BSHG von entscheidender Bedeutung ist.

Aus § 93 Abs. 1 BSHG folgt die Bereitstellungsverantwortung der Sozialhilfeträger. Die Bereitstellungsverantwortung ist eine Aufgabe. Aufgabennormen verpflichten zwar einen Hoheitsträger; sie ermächtigen ihn aber nicht, zur Erfüllung der Aufgabe in die Grundrechtspositionen der Bürger einzugreifen. Hierzu ist eine Befugnisnorm erforderlich. Dies folgt aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes.

Der Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis, d.h. auf die Grundrechtseingriffsermächtigung, ist nicht nur im Polizeirecht unzulässig. Die Trennung der beiden Rechtseinstitute - über das Polizeirecht hinaus - bei einem Handeln der Hoheitsträger, das mit einer Grundrechtsbeeinträchtigung verbunden ist, entspricht der fast einhelligen Auffassung in Rechtsprechung und Lehre.⁷

Die Notwendigkeit dieser Differenzierung ergibt sich vorrangig aus zwei Überlegungen: Zum einen genügen die Aufgabennormen in der Regel nicht den Anforderungen, die das Bestimmtheitsgebot an Befugnisnormen richtet. Zum anderen stehen Eingriffe in Grundrechte unter dem Vorbehalt des verhältnismäßigen Gesetzes. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt aber den Nachweis der Geeignetheit und Erforderlichkeit eines Mittels (Befugnis) zur Erreichung eines legitimen Zwecks (Aufgabe). Damit erzwingt auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die begriffliche und rechtliche Unterscheidung von Aufgabe und Befugnis.

⁷ Vgl. nur *Schenke*, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 187.

IV. Platzzahlbegrenzung als angebotssteuernde Maßnahme

Nach dieser verfassungsrechtlichen Klärung kann jetzt der Frage nachgegangen werden, ob §§ 93 ff. BSHG dem Sozialhilfeträger die Befugnis erteilen, im Wege der Platzzahlbegrenzung angebotssteuernd in das Grundrecht der privaten Einrichtungsträger auf freie Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) einzugreifen.

1. Zielsetzungen der Angebotssteuerung

Das insbesondere aus dem Bereich der medizinischen Versorgung bekannte Phänomen des angebotsinduzierten Nachfrageverhaltens wird ceteris paribus auch bei Angeboten von Leistungserbringern auf dem Gebiet der Sozialhilfe vermeldet. Allerdings sind sozialwissenschaftliche Erkenntnisse repräsentativer Art für dieses Gebiet soweit ersichtlich nicht gegeben. Eine der Zielsetzungen der Angebotssteuerung kann deshalb sein, ein angebotsinduziertes Nachfrageverhalten zu vermeiden. Es kann hier im Übrigen nicht der Frage nachgegangen werden, ob bei gesetzeskonformer Anwendung des Leistungsrechts des BSHG de jure überhaupt ein rein angebotsinduziertes Nachfrageverhalten gegeben sein kann.

Eine weitere Zielsetzung der Angebotssteuerung auf dem Gebiet der Sozialhilfeleistungen kann darin gesehen werden, eine auch unter dem Gesichtspunkt der Trägervielfalt erwünschte Pluralisierung der Leistungserbringungsszene zu bewirken. Schließlich mag als Zielsetzung auch gelten, sozialpolitisch erwünschte Versorgungskonzepte verfolgen zu können.

Neben diesen legitimen – nicht unbedingt legalen, wie im Weiteren zu sehen sein wird – Zielsetzungen werden auf Sozialhilfeträgerseite nicht selten auch Steuerungen betrieben, deren Legitimität zumindest zweifelhaft ist, und die insbesondere im

kommunalen Bereich manchmal auf engen persönlichen Verflechtungen zwischen Entscheidungsträgern und Leistungserbringern beruhen.

2. Begriff der Platzzahlbegrenzung

Platzzahlbegrenzung ist die Begrenzung des Angebots wegen eines angenommenen fehlenden Bedarfs. Im Verhältnis zum Leistungserbringer wird entweder der Abschluss einer Entgeltvereinbarung unter Hinweis auf fehlenden Bedarf abgelehnt, oder der Abschluss wird abhängig gemacht von der vertraglichen Festlegung einer dem ermittelten Bedarf entsprechenden Begrenzung des Platzangebots.

V. Rechtsentwicklung und Meinungsstand bis zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. September 1993

Im Folgenden soll ein Überblick über die Rechtsentwicklung und den Meinungsstand bis zu dem grundlegenden Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. September 1993 gegeben werden.

1. OVG Hamburg (12. September 1980)⁸

Soweit ersichtlich hat sich erstmalig im Jahre 1980 das Hamburgische Obergericht mit der Problematik der Angebotssteuerung durch Bedarfsprüfung beschäftigt. Auf der Grundlage der damaligen Gesetzesfassung entschied das Gericht, dass der Abschluss einer Pflegesatzvereinbarung als eine Unterstützung im Sinne des § 10 Abs. 3 Satz 2 BSHG i.V.m. § 93 Abs. 2 BSHG a.F. nicht deshalb abgelehnt werden kann, weil für die Einrichtung kein Bedarf besteht. Nach Auffassung des Gerichts sei der Abschluss einer Vereinbarung für den Sozialhilfeträger mit keinen finanziellen Aufwendungen verbunden. Die Zahl der Hilfesuchenden erhöhe sich da-

⁸ OVG Hamburg, FEVS 31 (1982), 404 – 418.

durch nicht, ein unrationeller Einsatz von Haushaltsmitteln und eine Beeinflussung bestehender Kostenstrukturen seien nicht zu befürchten.⁹

2. OVG Lüneburg (21. August 1981)¹⁰

Das OVG Lüneburg folgte 1981 der Rechtsprechung des OVG Hamburg und entschied, dass § 93 BSHG keine Bedürfnisprüfung zulasse. Die Verweigerung des Abschlusses einer Vereinbarung wegen fehlenden Bedarfs wurde daher für unzulässig erklärt, da weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn von § 93 BSHG eine Bedarfprüfung herzuleiten sei.¹¹

3. Reaktion des Gesetzgebers auf die Rechtsprechung

Die beiden Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte waren Anlass für verschiedene Initiativen, im BSGH eine Ermächtigungsgrundlage für eine bedarfsgerechte Angebotssteuerung zu schaffen. Das Land Schleswig-Holstein brachte im Jahre 1982 einen Antrag im Bundesrat ein, der in § 93 Abs. 1 BSHG die Einführung eines Anerkennungsverfahrens vorsah. Die Anerkennung sollte nach § 94 des Vorschlags von vier Kriterien abhängen: Eignung, Bedarf, wirtschaftliche und sparsame Verwendung öffentlicher Mittel und Bestehen einer Vereinbarung.¹² Der Vorstoß Schleswig-Holsteins scheiterte im Bundesrat.

Die in der Folgezeit unternommenen Versuche (Konferenz der Obersten Landessozialbehörden¹³, Koalitionsvereinbarung von CDU/CSU/FDP vom 29. 9. 1982¹⁴, Re-

⁹ OVG Hamburg, FEVS 31 (1982), 404 (416).

¹⁰ OVG Lüneburg, FEVS 32, 282 – 288.

¹¹ OVG Lüneburg, FEVS 32, 282 (285).

¹² BR-Drs. 256/2/82 vom 13. 7. 1982.

¹³ Zitiert nach *Neumann*, Freiheitsgefährdung, S. 189.

¹⁴ Ziffer 9 der Koalitionsvereinbarung sah vor, den Ländern eine gesetzliche Kompetenz zur Bedarfssplanunng in die Hand zu geben.

ferentenentwurf des Bundesministeriums für Jugend, Familie und Gesundheit¹⁵) sahen - von gewissen Modifikationen abgesehen – die Ermächtigung der Sozialhilfeträger zu angebotssteuernden Maßnahmen vor.

Obwohl die Begründung des Entwurfs des Ausschusses für Innere Angelegenheiten von der Pflicht des Sozialhilfeträgers sprach, bei der Belegung einer Einrichtung Bedarfs- und Kostenerwägungen anzustellen,¹⁶ enthielt der Entwurf selbst keine Regelung zur Bedarfsprüfung.

Die Bundesregierung hielt in ihrer Stellungnahme zum Entwurf des Finanzausschusses angesichts der unterschiedlichen Einschätzungen der tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten einer bedarfsgerechten Steuerung weitere Überlegungen im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens für erforderlich.¹⁷

Der endgültige Wortlaut in der Fassung von 1983 enthielt schließlich keine Ermächtigung der Sozialhilfeträger zu angebotssteuernden Maßnahmen. Eine abschließende Kommentierung der Gesetzgebungsgeschichte erfolgte durch den damaligen Bundesminister *Geißler*: „(...) Bedarfssteuerungs- und Bedarfslenkungsmaßnahmen (dürfen) als abgewandt (...) angesehen werden.“¹⁸

4. Reaktion des Schrifttums auf die Gesetzgebung

Die Reaktion des Schrifttums auf die Gesetzgebung war uneinheitlich. Einige Autoren sahen nach der alten Rechtslage die Möglichkeit für die Sozialhilfeträger, Be-

¹⁵ Zitiert nach den von der BAG der freien Wohlfahrtspflege zusammengestellten Materialien zu § 93 BSHG.

¹⁶ BR-Drs. 293/1/83, S. 27.

¹⁷ BT-Drs. 10/347.

¹⁸ BT-StenBer 10/3241; vgl. auch die weiteren Nachweise zur Gesetzgebungsgeschichte bei *Neumann*, Freiheitsgefährdung, S. 191 f.

darfsgesichtspunkten Rechnung zu tragen.¹⁹ Andere folgten der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte und verwiesen auf die verfassungsrechtlichen Grundsätze, die den Verlauf der Gesetzgebung beeinflusst haben.²⁰

Die in der Literatur vorgebrachten Argumente haben in Gesetzgebung und Rechtsprechung Eingang gefunden. Dementsprechend wird im Folgenden nur die Entwicklung der Gesetzgebung und Rechtsprechung untersucht.

5. OVG Lüneburg (11. Juni 1985)²¹

Die erste oberverwaltungsgerichtliche Entscheidung zu § 93 Abs. 2 BSHG nach der Neufassung durch das Haushaltsbegleitgesetz 1984²² traf das OVG Lüneburg. Das

¹⁹ Vgl. nur *Streppel*, NDV 1984, 136 ff.; *Giese*, RsDE Heft 7 (1989), S. 65 ff.. S. den Überblick bei *Schulte*, NVwZ 1986, 354 (357).

²⁰ Vgl. nur *Neumann*, RsDE 1 (1988), 80; *Münder ZfSH/SGB* 1988, 225 (231); *Kuper*, NDV 1984, 172.

²¹ OVG Lüneburg, FEVS 34, 419 – 426.

²² § 93 Abs. 1 in der Fassung, die am 1. 7. 1983 in Kraft getreten. § 93 Abs. 2 ist durch Art. 26 Nr. 9 des Haushaltsbegleitgesetzes (HBeglG) v. 22. 12. 1983 neu gefasst worden (BGBl. I, S. 1532). § 93 Abs. 3 ist durch das HBeglG gestrichen worden.

„§ 93 Einrichtungen

(1) Zur Gewährung von Sozialhilfe sollen die Träger der Sozialhilfe eigene Einrichtungen nicht neu schaffen, soweit geeignete Einrichtungen der in § 10 Abs. 2 genannten Träger der freien Wohlfahrtspflege vorhanden sind, ausgebaut oder geschaffen werden können.

(2) Der Träger der Sozialhilfe ist zur Übernahme der Kosten für die Hilfe in einer Einrichtungen eines anderen Trägers nur verpflichtet, wenn mit dem Träger der Einrichtung oder seinem Verband eine Vereinbarung über die Höhe der zu übernehmenden Kosten besteht; in anderen Fällen soll er die Kosten übernehmen, wenn dies nach der Besonderheit des Einzelfalls geboten ist, um angemessenen Wünschen des Hilfeempfängers (§ 3 Abs. 2 und 3) zu entsprechen. Die Vereinbarungen und die Kostenübernahme müssen den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit Rechnung tragen. Sind sowohl Einrichtungen der in § 10 genannten Träger als auch andere Träger vorhanden, die zur Gewährung von Sozialhilfe in gleichem Maße geeignet sind, soll der Träger der Sozialhilfe Vereinbarungen nach Abs. 1 vorrangig mit den in § 10 genannten Trägern abschließen. § 95 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch und landesrechtliche Vorschriften über die zu übernehmenden Kosten bleiben unberührt.“

Gericht blieb seiner bisherigen Rechtsprechung treu und sah sich darin durch die Gesetzesänderung bestätigt. Das Gericht betonte den abschließenden Charakter des § 93 Abs. 2 BSHG: „BSHG § 93 Abs. 2 (...) regelt abschließend, in welcher Form und mit welchen Inhalten die Träger der Sozialhilfe das Angebot an Heimplätzen lenken oder steuern können. Weitergehende Maßnahmen der Sozialhilfeträger zur Lenkung oder Steuerung des Angebots sind nicht zulässig.“

Diese Rechtsprechung wurde im Beschluss des OVG Lüneburg vom 27. Mai 1988²³ erneut mit dem Hinweis auf Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Norm bestätigt.

6. VG Berlin (14. Oktober 1986)²⁴

Das Verwaltungsgericht Berlin entschied 1986 entgegen der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte, dass der Sozialhilfeträger bei seiner Ermessensentscheidung Bedarfsgesichtspunkte berücksichtigen darf.

Das Gericht gelangt zu diesem Ergebnis aufgrund einer selektiven Darstellung der normengeschichtlichen Befunde. Das Gericht begründet ferner seine Entscheidung mit dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes. Bei genauerem Hinsehen wird deutlich, dass das Gericht weder grammatikalisch noch systematisch argumentiert, sondern die Folgen der Entscheidungsalternativen gewichtet hat.²⁵ Mithin liegt der Entscheidung eine der Sache nach teleologische Auslegung zugrunde, die jedoch dogmatisch und methodologisch nicht zu überzeugen vermag. Auch die Grundrechtsrelevanz der Angebotssteuerung wird nicht in gebührendem Umfang behandelt.

Im Übrigen unterliegt das Gericht einem gravierenden Rechtsirrtum. Auf der Grundlage seiner nur selektiven Darstellung der Normengeschichte kann allenfalls belegt werden, dass der Gesetzgeber sich von den Normen eine bedarfssteuernde Wirkung erhofft hat. Das Gericht verwechselt aber diese von den Normen erwartete bedarfs-

²³ OVG Lüneburg, RsDE 4 (1989), 72; s. auch VG Stade, ebenda, 50 (58).

²⁴ VG Berlin RsDE 1 (1988), 80.

²⁵ *Neumann*, Anmerkung zu VG Berlin, RsDE 1 (1988), 80 (87).

steuernde Wirkung mit einer Ermächtigung zu einer Angebotssteuerung durch Bedarfsprüfung.

7. VG Hamburg (9. Dezember 1992)²⁶

Auch das Verwaltungsgericht Hamburg sah keinen Ermessensfehler in der Erwägung des Sozialhilfeträgers, vor dem Abschluss einer Vereinbarung zunächst ein auch planerisches Gesamtkonzept zu erarbeiten. Die Entscheidung bietet die gleichen Angriffspunkte wie die des Verwaltungsgerichts Berlin. Bemerkenswert ist allerdings die Begründung des Gerichts, wonach der eventuelle Grundrechtseingriff gerechtfertigt sein soll, weil „(...) die Verhältnisse (...) zur Zeit kaum überschaubar sind (...)“.²⁷ Die Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs wegen fehlenden Überblicks beim Hoheitsträger ist allerdings keine verfassungsrechtlich tragfähige Ermächtigungsgrundlage für einen Grundrechtseingriff.

8. OVG Schleswig (21. August 1991)²⁸

Das Oberverwaltungsgericht Schleswig entschied abweichend von der ständigen Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg, dass ein Träger der Sozialhilfe nicht ermessenswidrig handelt, wenn er bei der Ablehnung des Angebots eines Heimträgers, mit ihm eine Vereinbarung nach § 93 Abs. 2 BSHG abzuschließen, auch das Fehlen eines entsprechenden Bedarfs berücksichtigt. Ferner befand das Gericht, dass der Berücksichtigung von Bedarfsgesichtspunkten verfassungsrechtliche Einwände aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht entgegen stehen.

In der Begründung nimmt das Gericht zunächst eine begriffliche Klärung auf. Nach seiner Auffassung gehe es bei der Ablehnung einer Vereinbarung nicht darum, den

²⁶ VG Hamburg RsDE 24 (1994), 53 – 57.

²⁷ VG Hamburg RsDE 24 (1994), 53 (56).

²⁸ OVG Schleswig RsDE 17 (1992), 101 – 108.

Bedarf an Einrichtungen zu steuern, sondern darum, den Bedarf für weitere Kostenerstattungsvereinbarungen bei der Entscheidung zu berücksichtigen.

Ferner hält das Gericht die Möglichkeiten der Bedarfsermittlung nach anderen Vorschriften nicht für erschöpfend und wendet sich gegen die Annahme, eine Bedarfprüfung im Rahmen des § 93 Abs. 2 BSHG sei schon gesetzessystematisch überflüssig. Weiterhin geht das Gericht auf die Entstehungsgeschichte der Norm ein und gelangt zu dem Ergebnis, dass die Berücksichtigung von Bedarfsgesichtspunkten den Absichten des Gesetzgebers entspreche.

Schließlich setzt sich das Gericht mit den verfassungsrechtlichen Einwänden auseinander, hält aber den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG für nicht betroffen. Es sieht in der Bedarfprüfung keine die Berufsfreiheit erfassende Tendenz und gelangt daher zur Verfassungskonformität der angegriffenen Entscheidung.

9. VGH Baden-Württemberg (18. Juni 1993)²⁹

Auch der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg entschied, dass der Sozialhilfeträger bei seiner Ermessensentscheidung im Rahmen des § 93 Abs. 2 BSHG nicht gehindert sei, Bedarfsgesichtspunkte wesentlich in seine Entscheidung mit einzubeziehen. Dem stehe weder der Wortlaut noch die Entstehungsgeschichte der Norm entgegen. Ferner verneinte das Gericht einen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG und betonte den planerischen Gestaltungsspielraum des Sozialhilfeträgers bei der Bedarfsermittlung.

²⁹ VGH Baden-Württemberg ESVGH 43, 287 – 293.

10. Bundesverwaltungsgericht (30. September 1993)³⁰

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit dem Urteil vom 30. September 1993 eine höchstrichterliche Klärung der Frage herbeigeführt. Im Leitsatz der Entscheidung stellt das Gericht eindeutig fest:

„§ 93 Abs. 2 BSHG überläßt es nicht dem Ermessen des Sozialhilfeträgers, den Abschluß einer Pflegesatzvereinbarung mit einem Träger der freien Wohlfahrtspflege wegen des Fehlens eines Bedarfs an (weiteren) Heimplätzen für Sozialhilfeberechtigte abzulehnen, sondern schließt eine derartige Ermessensentscheidung aus.“

In der Begründung führt das Gericht aus:

„Es ist zwar nicht zu verkennen, dass die Entscheidung des Sozialhilfeträgers, keine Pflegesatzvereinbarung abzuschließen, wegen der damit für den Einrichtungsträger verbundenen Unsicherheiten bei der Planung und Finanzierung seiner Einrichtung geeignet ist, das Angebot an Heimplätzen für Sozialhilfeberechtigte indirekt zu steuern und einem Überangebot entgegenzuwirken. Der Gesetzgeber hat sich jedoch in § 93 Abs. 2 BSHG selbst der Frage einer angebotssteuernden Funktion von Pflegesatzvereinbarungen angenommen und abschließend geregelt, auf welche Weise der Abschluß einer solchen Vereinbarung zur bedarfsgerechten Begrenzung des Angebots an Heimplätzen beitragen soll. Diese gesetzliche Vorgaben lassen (...) für Einbeziehung von Bedarfsgesichtspunkten in das Abschlußermessen des Sozialhilfeträgers keinen Raum. Das ergibt sich aus dem durch die Gesetzesmaterialien belegten Zweck des § 93 Abs. 2 BSHG und aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift.“

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist eindeutig und erteilt der Berücksichtigung angebotssteuernder Maßnahmen im Rahmen des § 93 Abs. 2 BSHG

³⁰ BVerwGE 94, 202 = NDV 1994, 197.

eine klare Absage. Gegenstand der Entscheidung war die Vorschrift in der Fassung nach den Änderungen durch das Haushaltsbegleitgesetz 1984.

VI. Die wichtigsten Gesetzesänderungen

In diesem Abschnitt wird geprüft, ob die letzten wichtigen Gesetzesänderungen (Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms vom 23. Juni 1993; Zweites Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms vom 21. Dezember 1993; Gesetz zur Reform des Sozialhilferechts vom 23. Juli 1996) eine „Revision“ des Urteil des Bundesverwaltungsgericht notwendig machen.

1. Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms vom 23. Juni 1993

Eine erste Veränderung hat § 93 BSHG durch das Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms (FKPG)³¹ vom 23. Juni 1993 erfahren. In Abs. 2 wurden Bestimmungen über Inhalt, Umfang, Qualität und Kosten der Leistungen aufgenommen.

Diese Veränderung konkretisiert lediglich den Vereinbarungsgegenstand, enthält aber keine Befugnis zu angebotssteuernden Maßnahmen. Ob die Einführung des Begriffs „Umfang der Leistung“ auf eine solche Auslegung hindeutet, ist Gegenstand der gutachtlichen Beantwortung der zweiten Frage. Vorbehaltlich dieser Frage lässt sich an dieser Stelle feststellen, dass der Gesetzgeber durch das FKPG keine Ermächtigungsgrundlage im Zusammenhang mit Platzzahlbegrenzungen schaffen wollte. Im Übrigen würde eine die Zulässigkeit angebotssteuernder Maßnahmen befürwortende Auslegung übersehen, dass die schlichte Beschreibung des Vereinbarungsgegenstan-

³¹ BGBl. I (1993), S. 944.

des keine hinreichend bestimmte Ermächtigungsnorm für Grundrechtseingriffe darstellt.

2. Zweites Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms vom 21. Dezember 1993

Wesentlich geändert wurde § 93 BSHG erst durch das Zweite Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms (2. SKWPG)³² vom 21. Dezember 1993. Dadurch wurde das bis dahin praktizierte (gesetzlich allerdings nicht vorgeschriebene) Selbstkostendeckungsprinzip durch prospektiv abzuschließende Vereinbarungen ersetzt.

Grundsätzlich wurde nach dem Selbstkostendeckungsprinzip den Einrichtungsträgern die Personal- und Sachkosten in der Höhe der nachgewiesenen Selbstkosten entsprechend den Vorgaben in den Pflegesatzvereinbarungen erstattet. Die Ablösung durch prospektive Vereinbarungen sollte die Einrichtungen dazu zwingen, ihre Kosten im voraus zu kalkulieren und mit dem Sozialhilfeträger ohne Rückkommensmöglichkeit zu vereinbaren.

Der Gesetzesbegründung³³ zufolge entsprach das Selbstkostendeckungsprinzip nicht mehr modernen betriebswirtschaftlichen Erfordernissen. Nach dem neuen System soll ein Ausgleich von Über- und Unterdeckungen nicht mehr stattfinden. Dem Risiko einer Unterdeckung steht bei leistungsfähigen, wirtschaftlich arbeitenden Einrichtungen die Chance einer Überdeckung gegenüber. Verluste wie Überschüsse verbleiben demnach der Einrichtung.

Die Änderungen zum § 93 Abs. 2 BSHG werden wie folgt begründet:

³² BGBl. I (1993), S. 2374.

³³ BT-Drs. 12/5510, S. 10 f.

„Die Vorschrift des § 93 Abs. 2 behält in ihrem Satz 1 erster Halbsatz das Vereinbarungsprinzip als Grundnorm für die Regelung der Beziehungen zwischen Sozialhilfeträger und Einrichtung bei. Gegenstand der Vereinbarung sind neben den Entgelten auch Inhalt, Umfang und Qualität der Leistungen.“

Dieser Begründung ist keine Ermächtigung zu angebotssteuernden Maßnahmen zu entnehmen. Sie bestätigt lediglich die geltende Rechtslage mit der bereits erörterten Modifikation.

Weiter wird in der Begründung ausgeführt: „Diese Regelung schmälert nicht das Selbstbestimmungsrecht des Trägers in Zielsetzung und Durchführung seiner Aufgaben.“ Die Formulierung ist ein weiteres Indiz dafür, dass der Gesetzgeber dem Sozialhilfeträger keine Befugnisnorm zur Verfügung stellen wollte.

Das Gesetz schreibt zwar vor, dass die Leistungen bedarfsgerecht sein müssen. Das bedeutet aber nur, dass die Leistungen dem individuellen Bedarf des Hilfeempfängers entsprechen müssen. Davon zu unterscheiden ist der vom Sozialhilfeträger im Rahmen einer Bedarfsplanung angenommene Bedarf an bestimmten Sozialhilfeleistungen. Der Gesetzeswortlaut gibt also keine Handhabe, auf dem Umweg der Vereinbarung Bedarfssteuerungselemente einzuführen.³⁴ Daraus folgt, dass der Sozialhilfeträger die quantitative Palette des Leistungsangebots nicht beeinflussen kann. Ihm steht lediglich eine Überprüfung dieses Angebots anhand der Kriterien der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit zu.

Festzuhalten ist also, dass die Gesetzesänderungen durch das 2. SKWPG den Sozialhilfeträger nicht ermächtigen, bei seiner Ermessensentscheidung Bedarfsgesichtspunkte zu berücksichtigen und dadurch angebotssteuernd auf die Tätigkeit der Einrichtungen Einfluss zu nehmen.

³⁴ Vgl. *Igl*, in: Prospektive Pflegesätze im Bundessozialhilfegesetz, S. 41.

3. Gesetz zur Reform des Sozialhilferechts vom 23. Juli 1996

Durch das Gesetz zur Reform des Sozialhilferechts vom 23. Juli 1996³⁵ kam es zu einer grundlegenden Änderung des § 93 BSHG und des erst 1993 eingeführten Vereinbarungsprinzips. Die Änderungen traten zu einem großen Teil erst zum 1. 1. 1999 in Kraft.

Weder dem Wortlaut noch der Begründung ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber dem Sozialhilfeträger ein Instrument der Bedarfssteuerung in die Hand geben wollte. Hinzu kommt, dass der Begriff der bedarfsgerechten Hilfe, der teilweise fälschlich als Indiz für eine bedarfssteuernde Einwirkung interpretiert wurde, nicht mehr in § 93 Abs. 2 BSHG enthalten ist.

Dennoch gibt es Stimmen in der Literatur, die das gesetzgeberische Ziel (Vermeidung von Überkapazitäten) als eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage ansehen. Die Rechtsprechung ist allerdings dieser Tendenz nicht gefolgt.

Im nächsten Abschnitt wird nun die Judikatur zur neuen Rechtslage ausgewertet.

VII. Rechtsprechung zu §§ 93 BSHG n.F.

Soweit ersichtlich hat sich bisher nur das VG Stade³⁶ mit angebotssteuernden Maßnahmen im Rahmen des § 93 Abs. 2 BSHG n.F. befasst.

Das Verwaltungsgericht Stade hat sich auf der Grundlage der §§ 93 ff. BSHG n.F. der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu der alten Fassung der Vorschriften angeschlossen.

³⁵ BGBl. I (1996), S. 1014.

³⁶ VG Stade, Beschluss vom 14. Juli 1999, RsDE 2001 (47), S. 99 – 105.

Das Gericht stellt fest, dass § 93 Abs. 2 BSHG nicht dem Ermessen des Sozialhilfeträgers überlässt, den Abschluss der Vereinbarungen nach § 93 Abs. 2 BSHG wegen des Fehlens des Bedarfs an weiteren Einrichtungen abzulehnen. Vielmehr ist die Berücksichtigung des fehlenden Bedarfs im Rahmen der Ermessensentscheidung ausgeschlossen.

Der Sozialhilfeträger hat zwar gemäß § 95 Abs. 2 SGB X im Rahmen seiner Beteiligung an der Gesamtplanung auch hinsichtlich der Bedarfsermittlung mitzuwirken; die Berechtigung zur Einflussnahme zur bedarfsgerechten Begrenzung der Hilfeangebote endet jedoch dort, wo mehrere Träger in demselben Gebiet Vereinbarungen anbieten, die den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit Rechnung tragen.

Die Entscheidung des VG Stade wurde vom OVG Lüneburg mit dem Beschluss vom 23. August 1999 bestätigt.³⁷

VIII. Zusammenfassung

Die Frage, ob die §§ 93 BSHG n.F. ein Instrument der Platzzahlbegrenzung und damit der Angebotssteuerung beinhalten, ist unabhängig von der Unterscheidung zwischen stationärem und ambulanten Bereich wie folgt zu beantworten:

1. Eine hoheitliche Maßnahme, welche die Adressaten im Bereich ihrer beruflichen Betätigung trifft, ist an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen.
2. Das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit ist auch auf juristische Personen anwendbar. Es schützt auch die gemeinnützige Leistungserbringung ohne Gewinnerzielungsabsicht.
3. Angebotssteuernde Maßnahmen sind Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung.

³⁷ OVG Lüneburg NDV-RD 2000, S. 49 - 51.

4. Der Eingriff bedarf der Rechtfertigung durch eine gesetzliche Regelung, die Umfang und Grenzen des Eingriffs deutlich erkennen lässt. Zumindest muss der Gesetzgeber die Art der konkreten Bedarfsermittlung bestimmen. Diesen Anforderungen genügen §§ 93 ff. BSHG n.F. nicht.

5. Eine solche Regelung müsste ferner verhältnismäßig sein. Das Mittel (Bedarfsprüfung) müsste geeignet sein, den Zweck (Verhinderung von Überkapazitäten) zu erreichen. Das erfordert den empirischen Nachweis von Überkapazitäten. Einen solchen Nachweis gibt es – soweit ersichtlich – nicht. Im Übrigen müsste die Angebotssteuerung das mildeste unter gleich geeigneten Mitteln sein. Angesichts der Instrumente der Überprüfung der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit sowie der Möglichkeit und des Erfordernisses der gesetzeskonformen Leistungsgewährung bestehen ernsthafte Bedenken gegen die Erforderlichkeit der angebotssteuernden Instrumente.

6. Auch auf einfachrechtlicher Ebene ist eine Platzzahlbegrenzung weder mit dem Wortlaut noch mit der Entstehungsgeschichte der Norm vereinbar. Zu keinem anderen Ergebnis gelangt man bei systematischer Auslegung.

7. Die Einrichtungen haben einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung der Sozialhilfeträger beim Abschluss der Vereinbarungen nach § 93 Abs. 2 BSHG.

8. Der Sozialhilfeträger entscheidet ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig, wenn er den Abschluss der Vereinbarung von der Festlegung einer dem ermittelten Bedarf entsprechenden Platzzahlbegrenzung abhängig macht.

9. Die rechtswidrige Ermessensentscheidung des Sozialhilfeträgers greift in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ein. Dieser Angriff ist durch § 93 Abs. 2 BSHG nicht gerechtfertigt.

10. Schon einfachgesetzlich ist den §§ 93 ff. BSHG kein Instrument der Platzzahlbegrenzung und damit der Angebotssteuerung zu entnehmen. Verfassungsrechtlich würde eine andere Auslegung der Norm zudem gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstoßen.

B. Zweite Frage

Wie ist in diesem Zusammenhang der Begriff „Umfang der Leistung“ in § 93 Abs. 2 BSHG zu verstehen?

I. Wortlautauslegung

Die grammatikalische Auslegung kann einerseits allgemein und andererseits bereichsspezifisch, d.h. im Kontext des § 93 Abs. 2 BSHG, vorgenommen werden.

Das Wort „Umfang“ im Allgemeinen ist definiert als Abgrenzung eines genau bestimmten Bereiches, der sich aus verschiedenen Elementen zusammensetzen kann, zu einem anderen Bereich (etwa der Umfang eines geometrischen Gebildes). Mithin wird durch den Umfang die Zugehörigkeit oder der Ausschluss einer bestimmten Gruppe, Elementen o.ä. bestimmt.

Abzugrenzen ist der Begriff des „Umfangs“ im Kontext des § 93 Abs. 2 BSHG von Inhalt und Art der Leistung, die ebenfalls dort als Vertragsgegenstände genannt werden. Dabei ist zu beachten, dass der Begriff „Umfang der Leistung“ nicht mit dem Begriff „Anzahl der Leistung“ gleichzusetzen ist. Der Begriff „Umfang der Leistung“ enthält keine Aussagen über ein zu vereinbarendes allgemeines Mengengerüst, das dem Leistungserbringer zur Verfügung stünde.

Der Begriff „Inhalt der Leistung“ erfasst zum einen die technischen Anforderung wie Gebäude- sowie Maschinenerfordernisse, die Ver- und Entsorgung sowie die Verpflegung der einzelnen Empfänger und schließlich personenbezogene Leistungen.³⁸

³⁸ *Jakobs*, Rechtsfragen der Werkstatt für Behinderte, S. 58.

Der Begriff „Art der Leistung“ differenziert zwischen den unterschiedlichen zu betreuenden Pflegegruppen wie z.B. leicht oder schwer behinderte Menschen, Kinder, Jugendliche oder Erwachsene, physisch oder psychisch kranke Menschen.

Aussagen in der Vereinbarung über den „Umfang“ der Leistung erfordern eine Konkretisierung des Leistungspaketes für den individuellen Bedarf der hilfeberechtigten Personen. Diese Konkretisierung muss im Lichte des Grundsatzes der individuellen Hilfestellung erfolgen.³⁹

Dem Begriff des „Umfangs der Leistung“ ist demnach keine Aussage über die Anzahl der zu erbringenden Leistungen im Sinne eines Mengengerüsts für den Leistungserbringer zu entnehmen.

Dieses Ergebnis wird auch durch die systematische Auslegung bestätigt, die mit der Abgrenzung zu Art und Inhalt der Leistung bereits angesprochen wurde und im Folgenden unternommen werden soll.

II. Systematische Auslegung

Bei der systematischen Auslegung ist zwischen der norminternen und der normexternen Auslegung zu unterscheiden.

Unter *norminterner* Auslegung ist die Stellung des Begriffs „Umfang“ im Kontext der zu untersuchenden Norm (§ 93 Abs. 2 BSHG) zu verstehen. Die norminterne Definition des „Leistungsumfangs“ ist abhängig von den einzelnen Einrichtungstypen.⁴⁰ In der Praxis haben sich drei Verfahrensweisen bei der Bestimmung des Leistungsumfangs herausgebildet:

³⁹ Jakobs, S. 58.

⁴⁰ Vgl. dazu Münder, in: LPK-BSHG, § 93 Rn. 17 ff.

- Die pauschale Ableitung des Leistungsumfangs aus einem allgemeinen Versorgungsanspruch und einem durchschnittlichen Hilfebedarf. Dieser Methode liegen die Erfahrungswerte durchschnittlicher Hilfebedarfe zugrunde.
- Die Bildung von Bedarfs- und Fallgruppen. Hier geht es um Zusammenfassung von Personen, die in Inhalt und Umfang vergleichbare Hilfebedarfe aufweisen.
- Die individuelle Ermittlung des Hilfebedarfs ist ein im Einzelfall und damit am Hilfebedarf jeder einzelnen Person orientiertes Verfahren.

Keine der drei anerkannten Verfahrensmethoden der Umfangsbestimmung enthält einen Hinweis auf eine Ermächtigung des Sozialhilfeträgers, über den Begriff „Leistungsumfang“ angebotssteuernd auf die wirtschaftliche Tätigkeit der Einrichtungen Einfluss zu nehmen.

Im Rahmen der Untersuchung der *normexternen* Systematik ist eine vergleichende Analyse der in Rede stehenden Norm in der Systematik der Gesamtrechtsordnung vorzunehmen.

Einen ersten Anknüpfungspunkt bietet die Vorschrift des § 93a BSHG, in der als Konkretisierung der Leistungsvereinbarung ein Mindestbestand an Regelungsdichte vorgeschrieben wird. Allerdings ist den dort aufgezählten Materien kein Hinweis auf eine Platzzahlbegrenzung zu entnehmen.

Außerhalb des BSHG taucht der Begriff Leistungsumfang im Kranken- und Pflegeversicherungsrecht auf. Exemplarisch soll hier § 72 i.V.m. § 4 SGB XI hinzugezogen werden. Auch hier richtet sich der „Umfang“ der Leistungen nicht nach einer festgelegten Platzzahlbegrenzung, sondern nach der Schwere der Pflegebedürftigkeit und dem Vorliegen einer häuslichen, teilstationären oder vollstationären Pflege.⁴¹

⁴¹ Ristock, Leistungsgerechte Entgelte, S. 114.

III. Zusammenfassung

Die Auslegung des Begriffs „Umfang der Leistungen“ in § 93 Abs. 2 BSHG ergibt, dass hiermit der Umfang der individuell zu erbringenden Leistungen, nicht aber das von einem Leistungserbringer vorgehaltene Mengengerüst im Sinne einer Platzzahlbegrenzung zu Zwecken der Angebotssteuerung zu verstehen ist.

C. Dritte Frage

Lässt sich die Versorgung von mehr Menschen als in den Vereinbarungen festgelegt (aus Kostenträgersicht: Platzzahlüberschreitung) als Vertragsverletzung interpretieren? Wenn ja, mit welchen Folgen?

Die Beantwortung der dritten Frage hängt davon ab, welche Grundposition zu der ersten Frage eingenommen wird. Nur wenn man die Zulässigkeit einer Platzzahlbegrenzung bejaht hat, kann man sich mit der Frage auseinandersetzen, welche Rechtsfolgen die Überschreitung der festgelegten Platzzahlen auslöst.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Koppelung der Leistungsvereinbarung mit einer bestimmten Platzzahl nicht zulässig, so dass die Nichtbeachtung einer unzulässigen Vertragsklausel selbstverständlich keine Vertragsverletzung darstellen kann.

Insofern handelt es sich bei den nachfolgenden Überlegungen der Sache nach um hilfsgutachterliche Erwägungen, bei denen von der Zulässigkeit einer vertraglich vereinbarten Platzzahlbegrenzung ausgegangen wird.

I. Rechtsnatur der Vereinbarung

Entscheidend für die Beantwortung der Frage nach Vertragsverletzungen ist die rechtliche Einordnung der Vereinbarungen nach § 93 Abs. 2 BSHG. Diese sind nach ganz herrschender Meinung⁴² öffentlich-rechtlicher Natur, weil der Kern der Vereinbarungen im Kontext der Erfüllung von Rechtsansprüchen von Leistungsberechtigten steht.

⁴² Vgl. nur BGHZ 116, 339 ff.; BVerwGE 94, 202 ff.

Da es sich bei den öffentlichen und den anderen Trägern um gleichberechtigte Partner handelt, sind die Vereinbarungen nach § 93 Abs. 2 BSHG koordinationsrechtliche Verträge.

II. Anwendbare Vorschriften

Die Vorschriften bezüglich öffentlich-rechtlicher Verträge finden sich in den §§ 53 bis 61 SGB X. § 61 Satz 1 SGB X bestimmt die Geltung der übrigen Vorschriften des SGB, soweit die §§ 53 bis 60 SGB X keine abweichende Regelung enthalten. § 61 Satz 2 SGB X erklärt die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ergänzend für entsprechend anwendbar.

III. Vertragsverletzung

Der Begriff „Vertragsverletzung“ ist positiv-rechtlich nicht definiert. § 280 Abs. 1 BGB spricht von „Schadenersatz wegen Pflichtverletzung“. Danach kann der Gläubiger vom Schuldner Schadenersatz verlangen, wenn der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt.

Die Vertragsverletzung wird im Zivilrecht unter den Oberbegriff „Leistungsstörungen“ behandelt. Unter Leistungsstörungen beim Vertrag versteht man die Umstände, die eine ordnungsgemäße Leistung verhindern oder mit einer solchen nicht übereinstimmen.⁴³

Die klassischen Fälle sind die Unmöglichkeit der Leistung und der Verzug (die nicht rechtzeitige Leistung). Darüber hinaus wurden im Zivilrecht die Schlechterfüllung der Hauptverpflichtung, aber auch die Verletzung von Nebenpflichten aus dem Vertrag unter dem Stichwort „positive Forderungsverletzung“ als Unterfälle der Lei-

⁴³ Vgl. dazu *Meyer*, NJW 1977, 1705 (1709).

störung entwickelt worden. Das neue Schuldrecht⁴⁴, das mit dem 1. 1. 2002 in Kraft getreten ist, will dagegen eine einzige Anspruchsgrundlage für alle Fälle gestörter Leistung bereitstellen: Der Anspruch auf Schadenersatz soll immer aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB n.F. folgen. Voraussetzung für jeden Anspruch auf Schadenersatz ist eine Verpflichtung seitens des Schuldners.

Fraglich ist nun, welcher Gruppe der Leistungsstörungen die Platzzahlüberschreitung zugeordnet werden kann. Die der Einrichtung obliegende Hauptpflicht ist die Erbringung der vertraglich vereinbarten Leistungen. Versorgt die Einrichtung mehr Menschen als in den Vereinbarungen festgelegt, scheidet ein Fall der Nichterfüllung aus, da für die vereinbarte Personenzahl die Leistung erbracht wurde.

Auch die Fälle der Unmöglichkeit oder des Verzugs sind bei einer solchen Konstellation kaum denkbar. In Betracht kommt also allein die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten. Voraussetzung hierfür ist die schuldhaftige Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht, die zu einem Schaden bei der anderen Vertragspartei führt. Die Rechtsfigur der „positiven Vertragsverletzung“ ist ebenfalls im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung gesetzlich verankert worden: Wird ein Vertrag geschlossen, so entstehen leistungs- und nicht leistungsbezogene Pflichten. Sofern die Pflichtverletzung nicht in der Verzögerung oder gänzlichen Versäumnis der Leistung nach § 280 Abs. 1 und 2 BGB n.F. besteht, ergibt sich ein Ersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB n.F., der somit die Fälle der bisherigen positiven Vertragsverletzung in sich aufnimmt.⁴⁵

Eine genaue Überprüfung der Voraussetzungen der positiven Vertragsverletzung kann allerdings mangels näherer Sachverhaltsangaben nicht vorgenommen werden. An dieser Stelle kann nur festgestellt werden, dass - bei unterstellter Zulässigkeit einer Platzzahlklausel - die Nichtbeachtung der vertraglichen Nebenpflichten den Tatbestand der positiven Forderungsverletzung erfüllen kann.

⁴⁴ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts; BGBl. I, S. 3138.

⁴⁵ Vgl. dazu *Canaris*, JZ 2001, 499 (511).

IV. Rechtsfolgen

Die Konsequenzen einer solchen Vertragsverletzung sind vielschichtig und können an dieser Stelle nur cursorisch beschrieben werden.

Beim Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der positiven Forderungsverletzung ist die Rechtsfolge der Ersatz des dem Vertragspartner entstandenen Schadens. Die Vertragsparteien können aber auch bestimmen, welche Rechtsfolgen an einen Fall der Platzzahlüberschreitung zu knüpfen sind.

Möglich sind Anpassungsklauseln, die den Vertragsinhalt bei Überschreitung der festgelegten Platzzahlen modifizieren oder die Anordnung von Nachverhandlungen. Vertragsstrafen sind dagegen unzulässig. Nur wenn vertragliche Rechtsfolgen nicht vorgesehen sind oder diese rechtswidrig sind, kann auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ergänzend zurückgegriffen werden.

Zu beachten ist dabei, dass die durch den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung hervorgehobenen Besonderheiten der öffentlich-rechtlichen Verträge bei der Anwendung der Vorschriften, die von einer privatautonomen Gestaltungsfreiheit ausgehen, differenzierte Lösungen gebieten.

D. Vierte Frage

Ist eine Überschreitung der zugrunde gelegten „Platzzahlen“ eine „unvorhersehbare wesentliche Änderung der Annahmen, die der Vereinbarung oder Entscheidung über die Vergütung zugrunde lagen“ (§ 93b Abs. 3 BSHG)?

I. Grundlagen

Die Partner eines Vertrages sind grundsätzlich an die abgeschlossene Vereinbarung gebunden.⁴⁶ Die Bindung steht allerdings unter dem Vorbehalt gleichbleibender Verhältnisse.⁴⁷ Es können also bei Verträgen Situationen auftreten, in denen die volle Abwicklung des Vertrages nicht verlangt werden kann, weil die Voraussetzungen, von denen die Vertragsparteien ausgegangen sind, sich seit Vertragsschluss wesentlich geändert haben.⁴⁸ Für solche Sonderfälle enthält die Rechtsordnung verschiedene Möglichkeiten der Veränderung des ursprünglichen Vertrages.⁴⁹

Eine positiv-rechtliche Ausformulierung dieses Rechtsgedanken stellt § 93b Abs. 3 BSHG dar, der einen gesetzlichen Anspruch auf Neuverhandlung und Änderungsanspruch für die Vertragsparteien bei unvorhersehbaren wesentlichen Änderungen der Annahmen der Vereinbarung vorsieht.⁵⁰ Die Norm trifft also Vorkehrungen für den Fall des Wegfalls oder wesentlicher Änderung der Geschäftsgrundlage.⁵¹

⁴⁶ „pacta sunt servanda“.

⁴⁷ „clausula rebus sic stantibus“.

⁴⁸ Vgl. *Thieme*, in: Wannagat, § 59 SGB X Rn. 1.

⁴⁹ Die Notwendigkeit solcher Instrumentarien wird sogar als ungeschriebener Grundsatz des Verfassungsrechts angesehen, BVerwG NVwZ 1991, 1096.

⁵⁰ *Münder*, in: LPK-BSHG, § 93 Rn. 60.

⁵¹ *Fichtner*, BSHG, § 93b Rn. 10.

§ 93b Abs. 3 BSHG entspricht auf der Tatbestandsseite weitgehend § 59 Abs. 1 SGB X, der wiederum § 60 VwVfG nachgebildet ist.⁵² Bei der Auslegung der Norm kann also auf die Rechtsprechung der Verwaltungs- und Sozialgerichte zu den allgemeinen (sozial-)verwaltungsrechtlichen Normen zurückgegriffen werden, wobei diese stark von der zivilrechtlichen Judikatur zum Rechtsinstitut des „Wegfalls der Geschäftsgrundlage“ geprägt sind.⁵³

II. Voraussetzungen

1. Geschäftsgrundlage

Jeder Vertrag hat eine Geschäftsgrundlage. Das Gesetz beschreibt die Geschäftsgrundlage mit „Annahmen, die der Vereinbarung oder der Entscheidung über die Vergütung zugrunde lagen“.

Die Geschäftsgrundlage eines Vertrages wird gebildet durch die *nicht* zum Vertragsinhalt erhobenen, bei Vertragsschluß aber zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Vertragspartner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten der einen Partei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, auf denen der Geschäftswille sich bildet.⁵⁴

Maßgebend sind also die Verhältnisse, die, ohne dass sie in den Vertrag aufgenommen worden sind, als Grundlage des Vertrages angesehen wurden. Sie sind von den Umständen, die zum Vertragsinhalt geworden sind und damit bestimmte Rechtsfolgen auslösen, zu unterscheiden.⁵⁵

⁵² Vgl. zur Geltung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage im Verwaltungsrecht *Fiedler*, *VerwArch* 1976, 125 ff.

⁵³ Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage im Zivilrecht vgl. *Roth*, in: *MüKo*, § 242 Rn. 453 ff.

⁵⁴ BVerwGE 25, 303; BGHZ 25, 392; 40, 355 ff; ständige Rechtsprechung.

⁵⁵ Vgl. nur *Engelmann*, in: *Schroeder-Printzen*, § 59 Rn. 4.

2. Begriffliche Klärung

Daraus ergibt sich die Notwendigkeit einer begrifflichen Klärung. Bei der Fragestellung ist von der „Überschreitung der *zugrunde gelegten* Platzzahlen“ die Rede. An einer anderen Stelle wird von einer „Koppelung der Entgeltvereinbarung mit einer Festlegung von Platzzahlen“ gesprochen.

Diese Formulierungen deuten darauf hin, dass die vertragliche Festlegung der Platzzahlen nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhoben werden sollen. Andererseits ist die Bestimmung der Platzzahlen in den beigegeführten Verträgen⁵⁶ eindeutig Bestandteil des Vertrages.

Geht man von der letztgenannten Möglichkeit aus, dann fällt die Überschreitung der vertraglich vereinbarten Platzzahlen aus dem Anwendungsbereich des § 93b Abs. 2 BSHG schon deshalb aus, weil der hier in Rede stehende Umstand, nämlich die festgelegten Platzzahlen, Teil des Vertrages geworden ist. Somit kann dieser Vertragsteil nicht zugleich die Grundlage des Vertrages bilden. Die Folgen der Veränderung eines solchen Umstandes richten sich ausschließlich nach öffentlich-rechtlichem Vertragsrecht. Es liegt schon begrifflich kein Fall des Wegfalls der *Geschäftsgrundlage* vor.

Missverständlich und sogar irreführend sind daher einige Stellungnahmen in der sozialrechtlichen Literatur, die die Möglichkeit der Neuverhandlung bei wesentlichen Änderungen gegenüber dem *Vereinbarungsinhalt* als gegeben ansehen.⁵⁷ Abgesehen davon, dass eine solche Interpretation den Grundsätzen der grammatikalischen Auslegung widerspricht, berücksichtigt sie nicht den Ausnahmecharakter des § 93b Abs. 3 BSHG. Die Norm ist eine eng auszulegende Ausnahme von der Regel, dass Ver-

⁵⁶ Vgl. etwa § 2 Abs. 2 der Vereinbarung zwischen der Freien Hansestadt Bremen und der Paritätischen Gesellschaft für Sozialwirtschaft mbH, Bremen.

⁵⁷ Vgl. etwa *Friedrich*, Die neue Pflegesatzregelung im Bundessozialhilfegesetz, NDV 1994, 166 (171).

einbarungen während einer ganzen Wirtschaftsperiode gelten und grundsätzlich nicht geändert werden können.⁵⁸

Nur wenn die Platzzahlen nicht zum Gegenstand des Vertrages geworden sind, ist der Weg der Neuverhandlung nach § 93b Abs. 3 BSHG eröffnet. Denkbar ist auch die Veränderung derjenigen Umstände, die die Aufnahme einer bestimmten Platzzahl in das Vertragswerk begründeten.

3. Unvorhersehbare wesentliche Veränderungen

Betrachtet man die oben beschriebenen Annahmen als Geschäftsgrundlage der Entgeltvereinbarung, stellt sich die Frage, was unter „unvorhersehbare wesentliche Veränderung“ zu verstehen ist. Dem System des prospektiven Pflegesatzes entsprechend müssen die unbestimmten Rechtsbegriffe „unvorhersehbar“ und „wesentlich“ eng ausgelegt werden.⁵⁹

Zu beachten ist auch, dass die Möglichkeit der Neuverhandlung vor allem dem Schutz der Einrichtungsträger dient.⁶⁰ Die zur Begutachtung vorgelegte Konstellation sieht aber Neuverhandlungen bei Platzzahlüberschreitung mit dem Ziel der Senkung der Vergütung pro Leistung vor. Die Vertragsklausel dient also den Interessen des Kostenträgers. Dies bedeutet allerdings nicht, dass es keine Fälle gibt, bei denen sich der Kostenträger auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen kann. Die noch zu behandelnde Kasuistik zeigt jedoch, dass die extensive Anwendung der Vorschrift zugunsten des Kostenträgers zumindest partiell im Widerspruch zum Gesetzeszweck steht.

Vor diesem Hintergrund werden als „unvorhersehbare wesentliche Veränderungen“ die Ereignisse angesehen, die nicht im voraus planbar sind.⁶¹ Es muss sich also um

⁵⁸ So auch *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, BSHG, § 93 Rn. 52.

⁵⁹ *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, BSHG, § 93 Rn. 52.

⁶⁰ *Fichtner*, BSHG, § 93b Rn. 10.

⁶¹ *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, BSHG, § 93 Rn. 52.

eine Veränderung handeln, mit der die Vertragspartner bei Abschluss des Vertrages nicht gerechnet haben, und sie muss so erheblich sein, dass das Festhalten am Vertrag für eine Partei zu einem unzumutbaren, gegen Treu und Glauben verstoßenden Ergebnis führen würde.⁶²

Gegen die Aufnahme der „Platzzahlüberschreitung“ in den Anwendungsbereich des § 93b Abs. 3 BSHG spricht bereits der Umstand, dass sich in den dem Gutachtensauftrag beigefügten Verträgen Klauseln für den Fall der „Platzzahlüberschreitung“ befinden. Dies deutet darauf hin, dass die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses durchaus den Fall der „Platzzahlüberschreitung“ vor Augen hatten und mit ihrem Eintreten gerechnet haben. Insofern kann es sich bei der Überschreitung der festgelegten Platzzahlen nicht um eine unvorhersehbare Veränderung handeln.

III. Kasuistik

Nach der hier vertretenen Lösung ist der im Gutachtensauftrag angesprochene Fall der Platzzahlüberschreitung nicht unter § 93b Abs. 3 BSHG zu subsumieren. Abschließend soll dieses Ergebnis anhand der zum (gleichlautenden) § 93 Abs. 5 BSHG a.F. erarbeiteten Kasuistik belegt werden.

Im Schreiben des Bundesministeriums für Familien und Senioren von 1. Januar 1994⁶³ sind folgende Beispielfälle genannt: *„(...) wenn sich der Umfang der Pflege erheblich vergrößert oder Personen, die wegen Art und Schwere ihrer Behinderung auf eine Betreuung in einer Einrichtung angewiesen sind, nicht aufgenommen werden können. Entsprechendes gilt, wenn sich die Tarifpartner über nicht vorhersehbare Lohnerhöhungen einigen und diese auch für abgelaufene Zeiträume nachgezahlt werden müssen.“*

⁶² Vgl. Schnapp, in: GK-SGB X, § 59 Rn. 8 f.

⁶³ Zitiert nach Sans, Die neuen §§ 93, 94 BSHG aus der Sicht der freien Wohlfahrtspflege, NDV 1994, 125 (126).

Abgesehen davon, dass die drei vom Ministerium genannten Fälle sämtlich anders zu lösen sind als durch Neuverhandlungen⁶⁴, erfassen sie nicht den Fall der Platzzahlüberschreitung. In der Literatur werden weitere Beispielfälle genannt, die allerdings auf den vorliegenden Fall nicht ohne weiteres übertragbar sind.

Ein Fall der unvorhersehbaren wesentlichen Veränderung soll etwa vorliegen, wenn in die Einrichtung Personen mit einem wesentlich höheren Betreuungs- und Pflegeaufwand aufgenommen werden sollen als bisher Kalkulationsgrundlage war,⁶⁵ bei Umstellung von teil- auf vollstationär⁶⁶ oder bei erforderlichen Investitionen zur Behebung der durch Brand oder Hochwasser verursachten Beschädigung des Einrichtungsgebäudes.⁶⁷

Es ist schon fraglich, ob die diskutierten Fälle bei genauer Betrachtung alle dem Bereich des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zuzuordnen sind. Das gemeinsame Merkmal der angeführten Beispiele ist stets die fehlende objektive Planbarkeit des veränderten Umstandes, wobei der Gesetzgeber für die Mehrzahl der Fälle den Vertragsparteien speziellere Instrumentarien zur Verfügung stellt.

Bei der Überschreitung der festgelegten Platzzahlen handelt es sich jedenfalls um einen planbaren und vorhersehbaren Umstand, so dass in einem solchen Fall der Kostenträger keine Neuverhandlungen wegen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage im Sinne des § 93b Abs. 3 BSHG verlangen kann.

⁶⁴ Zu Recht weist *Sans* (NDV 1994, 125, 126) darauf hin, dass der erste Fall (Vergrößerung des Pflegeumfangs) unter das Stichwort „Vergütung pro Leistungseinheit“, der zweite Fall (Fehlende Aufnahmemöglichkeit) unter „Bedarfskategorien“ und der dritte Fall (Tariflöhne) unter „Rückwirkende Tariflohnerhöhungen“ fallen.

⁶⁵ *Friedrich*, NDV 1994, 166 (171).

⁶⁶ BT-Drs. 13/2440, 29.

⁶⁷ Vgl. *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, BSHG, § 93 Rn. 52.

E. Fünfte Frage

Ist der leistungsgerechte Preis einer Leistung abhängig von der Häufigkeit, mit der sie erbracht wird?

I. Problemstellung

Die Ermittlung des leistungsgerechten Preises einer Leistung bildet eine der Hauptschwierigkeiten bei der Umsetzung der §§ 93 ff. BSHG n.F. Ob der leistungsgerechte Preis einer Leistung von der Häufigkeit der Leistungserbringung abhängig ist, hängt wiederum davon ab, welche Kriterien bei der Bestimmung des Begriffs „leistungsgerechter Preis“ herangezogen werden dürfen. Es geht im Kern um die rechtlichen Vorgaben bei der Verpreislichung sozialer Dienstleistungen.

II. Einrichtungsfinanzierung im Sozialhilferecht

Im Sozialhilferecht stellt sich das Regelungsinstrumentarium zu den die Einrichtungsfinanzierung betreffenden Vereinbarungen folgendermaßen dar:

- Nach § 93 Abs. 2 BSHG werden die Vereinbarungen in Leistungs-, Vergütungs- und Prüfungsvereinbarungen unterteilt.
- Zu diesen drei Teilvereinbarungen werden gemäß § 93a BSHG Konkretisierungen, insbesondere Vorgaben für bestimmte Formen der Verpreislichung, geliefert.
- § 93d Abs. 1 BSHG ermöglicht dann die Konkretisierung für einige Bestandteile der Vergütungsvereinbarung mittels einer Verordnungsermächtigung.
- Schließlich enthält das Gesetz in § 93d Abs. 2 die Ermächtigung zum Abschluss von Rahmenverträgen auf Landesebene über drei Teilvereinbarungen sowie eine Ermächtigung zur Vereinbarung einer diesbezüglichen Bundesempfehlung.

III. Kriterien der Verpreislichung

Nunmehr stellt sich die Frage, wie der leistungsgerechte Preis einer Leistung zu finden ist. Diese Frage ist zwischen Kostenträgern und Einrichtungen höchst umstritten.

1. Grundlagen

Ausgangspunkt jeder Preisermittlung im Rahmen des § 93 Abs. 2 BSHG ist die vom Einrichtungsträger vorzulegende Kalkulation für einen bestimmten Wirtschaftszeitraum. Anhand dieser Kalkulation hat der Kostenträger zu prüfen, ob sie den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit entspricht. Ferner hat der Kostenträger zu prüfen, ob die Kalkulation unter Berücksichtigung der in der Leistungsvereinbarung festgelegten Qualitätsmaßstäbe notwendig und ausreichend ist.

Die vereinbarte Vergütung muss unter Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit kostendeckend sein und es dem Einrichtungsträger ermöglichen, Leistungen zu erbringen, die den Grundsätzen einer menschenwürdigen Hilfe und einer Hilfe nach den Besonderheiten des Einzelfalles sowie dem Bedarfsdeckungsprinzip entsprechen.⁶⁸

⁶⁸ Vgl. BVerwGE 108, 47; VGH Baden-Württemberg ZfSH/SGB 1999, 92.

2. Verfassungsrechtliche Kriterien

Die angesprochenen Grundsätze der Preisbildung sind zunächst sehr abstrakt und bedürfen der Konkretisierung anhand rechtlicher Maßstäbe. Dabei sind in erster Linie die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu beachten.

Staatliche Preisregelungen, welche die Adressaten im Bereich ihrer beruflichen Regelung treffen, sind stets an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen. Das Grundrecht der freien Berufsausübung ist nach gefestigter Rechtsprechung untrennbar mit der Freiheit verbunden, für die erbrachte Leistung eine angemessene Vergütung zu fordern.⁶⁹ Dieses Grundrecht gilt für natürliche wie für juristische Personen und schützt auch die gemeinnützige Leistungserbringung ohne Gewinnerzielungsabsicht.⁷⁰

Bei den Vergütungsvereinbarungen durch die Vertragsparteien könnte allerdings angesichts des Vereinbarungscharakters an einem Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit fehlen. Gegen diese Argumentation spricht jedoch der Umstand, dass die Vereinbarungen im Lichte dessen erfolgen, was im Falle der Nichteinigung von Schiedsstelle und Gerichte zu erwarten ist. Die Schiedsstellenentscheidungen stellen als Verwaltungsakte wiederum unstreitig Berufsausübungsregelungen dar, die am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG zu messen sind.⁷¹ Insofern muss auch das gesetzlich vorgeschriebene Preisfindungsverfahren als Gesamtsystem ebenfalls den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG entsprechen. Außerdem ist der öffentliche Sozialleistungsträger bei seiner öffentlich-rechtlichen Betätigung auch dann an die Grundrechte gebunden, wenn es sich um die verwaltungsrechtliche Handlungsform des Verwaltungsvertrages handelt.

Die Vorschriften zu der Vergütungsvereinbarung stellen tangieren den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG. Eingriffe in dieses Grundrecht

⁶⁹ Vgl. dazu nur BVerfGE 88, 145 (159).

⁷⁰ Neumann, Freiheitsgefährdung, S. 11 ff.

⁷¹ Vgl. Brünner, Vergütungsvereinbarungen, S. 149.

müssen von den Schranken des Art. 12 gedeckt sein. Solche Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit sind dann zulässig, wenn diese von vernünftigen Gründen des Gemeinwohls getragen werden. Darüber hinaus müssen die Eingriffe verhältnismäßig, d.h. geeignet, erforderlich und zumutbar sein, um den angestrebten Zweck zu realisieren. Zu diesen Zwecken zählen u.a. die Sicherung der gesundheitlichen Versorgung der Bevölkerung oder Sicherung der finanziellen Stabilität der sozialen Sicherungssysteme.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass Eingriffe in die Berufsfreiheit durch Vergütungsregelungen nur dann zumutbar und den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG entsprechend sind, wenn eine angemessene Vergütung gewährleistet ist. Sie sind jedenfalls dann unzumutbar, wenn die reinen Kosten der Leistungserbringung nicht gedeckt werden.⁷² Von einer Einrichtung kann nicht verlangt werden, dass sie perspektivisch mit Verlust arbeitet.⁷³

Die Vergütungsvorschriften anderer Rechtsgebiete wie der Pflegeversicherung und der Krankenhausfinanzierung enthalten den Grundsatz der Leistungsgerechtigkeit des Entgelts bzw. der Vergütung. Das Finanzierungsinstrumentarium des Sozialhilferechts in §§ 93 ff. BSHG enthielt bis zum 31. Dezember 1998 ebenfalls das Merkmal der Leistungsgerechtigkeit des Entgelts. In der heute gültigen Fassung der Norm kommt dieses Merkmal nicht mehr vor. Trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Nennung dieses Merkmals ist die Vorschrift verfassungskonform dahinlegend auszulegen, dass die Leistungsgerechtigkeit der Vergütung weiterhin als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal gegeben sein muss.

Es kann davon ausgegangen werden, dass die einfachgesetzlichen Vorgaben einschließlich der Verordnungsermächtigungen den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechen. Die Heranziehung des Faktors „Häufigkeit der Leistungserbringung“ bei der Bestimmung der leistungsgerechten Vergütung bedarf allerdings einer hinreichend bestimmten Ermächtigungsgrundlage auf einfachgesetzlicher Ebene.

⁷² Vgl. BVerfGE 54, 251 (271).

⁷³ BVerwG, ZfF 1999, 138 (139).

Aufgrund des Eingriffscharakters der Vergütungsvereinbarung können gesetzlich nicht vorgesehene oder gar ausgeschlossene Kriterien im Verfahren der Preisbildung nicht herangezogen werden. Die Frage, welche einfachgesetzliche Kriterien zur Bestimmung der leistungsgerechten Vergütung zu berücksichtigen sind, wird im Folgenden zu untersuchen sein.

3. Einfachgesetzliche Kriterien

Das Gesetz selbst enthält keine Definition des Begriffs der leistungsgerechten Vergütung. Es nennt aber eine Reihe von Vorgaben, die im Prozess der Vergütungsfindung zu beachten sind. Hierzu gehören u.a. Wirtschaftlichkeit (§ 93 Abs. 2 Satz 2 BSHG), Sparsamkeit (§ 93 Abs. 2 Satz 2 BSHG), Leistungsfähigkeit (§ 93 Abs. 2 Satz 2 BSHG) und Gewährleistung der Bedarfsgerechtigkeit (§ 93 Abs. 2 Satz 2 a.F.). Der Faktor „Häufigkeit der Leistungserbringung“ als ein rein ökonomischer Maßstab findet in den gesetzlichen Vorgaben keine hinreichende Stütze.

Das BSHG enthält in § 93a Abs. 2 die Möglichkeit der Einführung von Grund- und Maßnahmepauschalen für Einrichtungsleistungen. Dieser Regelung liegt eine pragmatische Überlegung zugrunde, wonach insbesondere bei Behinderteneinrichtungen die Zuordnung einer behinderten Person zu einer bestimmten Maßnahmepauschale erleichtert werden soll. Der Gedanke der administrativen Handhabbarkeit, der hinter der Regelung des § 93a Abs. 2 BSHG steckt, vermag aber die Berücksichtigung der Häufigkeit der Leistungserbringung bei der Ermittlung der leistungsgerechten Vergütung nicht zu begründen. Es ist nicht ersichtlich, dass die administrative Handhabung durch Heranziehung dieses Faktors erleichtert wird. Im Übrigen ist zu bedenken, dass bei Grundrechtseingriffen das Argument der administrativen Handhabbarkeit im Vergleich zu anderen Kriterien – wenn überhaupt - in der Regel nur eine geringe Bedeutung hat.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Preisbildungsvorschriften des Sozialhilferecht keinen Anhaltspunkt für die Berücksichtigung der Häufigkeit der Leistungserbringung bei der Ermittlung des leistungsgerechten Preises bieten. Fraglich ist al-

lerdings, ob die Heranziehung der übergeordneten Preisbildungsprinzipien eine andere Beurteilung zulässt.

IV. Preisbildungsprinzipien

Wie bereits erläutert, wurde das Selbstkostendeckungsprinzip als Preisbildungsprinzip im Sozialhilferecht vom Gesetzgeber aufgehoben und durch ein System der prospektiven Preisbildung ersetzt. Die Aufgabe des Selbstkostendeckungsprinzips bedeutet aber nicht, dass Selbstkosten nicht in die Preisbildung einfließen könnten. Die Selbstkosten können aber nur im Rahmen der betrieblichen Kalkulation von Preisen berücksichtigt werden. Fraglich ist also, ob die Häufigkeit der Leistungserbringung bei der betrieblichen Kalkulation zu berücksichtigen ist.

Voraussetzung hierfür wäre die gefestigte Annahme, dass die Häufigkeit einer Leistung bzw. der Erbringung dieser Leistung zu betrieblichen Einspareffekten führt. Solches kann aber allenfalls bei standardisierbaren Leistungen erwartet werden. Hier ist schon äußerst fraglich, ob pflegerische, also personale Leistungen, überhaupt einer kostensparenden Standardisierung zugänglich sind. Eher vorstellbar ist, dass bei den Vorhaltekosten für die pflegerischen Leistungen, also insbesondere bei den Verwaltungskosten, Einspareffekte auftreten können. Eine pauschalisierende Annahme, dass höhere Leistungszahlen generell zu Einspareffekten führen, ist deshalb nicht möglich. Gefestigte pflegebetriebswirtschaftliche Erkenntnisse hierüber existieren nicht.

Der Maßstab für die Preise im Sozialhilferecht ist stets die Möglichkeit der Erfüllung des gesetzlichen Leistungsauftrags bei wirtschaftlicher Betriebsführung, aber nicht durch eine individuelle Einrichtung, sondern durch *eine* Einrichtung. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit der Bildung von Vergleichskategorien. Anders als im Krankenhausrecht werden im Sozialhilferecht die entsprechenden Instrumentarien zur Bildung von Vergleichen gesetzlich nicht bereit gestellt. Die Vergleichskategorie dient der Simulation einer Marktsituation. Fraglich ist erneut, ob in einem simulierten Markt die Leistungsgerechtigkeit eines Preises von der Häufigkeit der Leistungserbringung abhängt. Dies erscheint allerdings nicht zwingend. Zu bedenken ist darüber

hinaus, dass simulierte Marktsituationen nur begrenzt wirken können. Der Preis-/Leistungsvergleich im Rahmen von Vergütungsverhandlungen soll dazu dienen, einen bestimmten marktangemessenen Preis zu erzielen, nicht aber dazu, um nur mit der Einrichtung abzuschließen, die das günstigste Preis-/Leistungsverhältnis aufweist. Daraus ergibt sich, dass selbst bei Berücksichtigung der Häufigkeit der Leistungserbringung im Verfahren der Vergleichsbildung dieser Faktor bei der Ermittlung des leistungsgerechten Preises regelmäßig nicht herangezogen werden darf.

Das entscheidende Kriterium für die betriebliche Kalkulation bleibt also ein leistungsgerechtes Entgelt, um dem gesetzlichen Auftrag des individuellen Anspruchs auf Sozialleistung gerecht werden zu können. Die Grundlage hierfür sind im Prinzip die Selbstkosten und die Renditeerwartung.

F. Sechste Frage

Ist für den stationären Bereich eine Steuerung durch die Kommune/das Land über eine Investitionsförderung wettbewerbsrechtlich zulässig?

I. Sachverhalt

Mit Schreiben vom 10. Juli 2001 wurde die sechste Frage dahingehend konkretisiert, dass es sich bei der vorliegenden Investitionsförderung um eine Förderung im Bereich der Pflegeversicherung geht: Im Land Bremen gab es bis zur Einführung der Pflegeversicherung keine subventionierten Pflegesätze im Verhältnis von frei gemeinnützigen Anbietern zu gewerblichen Anbietern. Erst mit der Einführung der Pflegeversicherung und damit des § 9 SGB XI hat Bremen mit dem Gesetz zur Ausführung des Pflegeversicherungsgesetzes vom 12. April 1996 eine objektbezogene Förderung der Investitionskosten bei Alten- und Pflegeheimen installiert. Nach der Auffassung der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten sollte die entsprechende landesrechtliche Norm⁷⁴ dahingehend ausgelegt werden, dass für jede Einrichtung mit einem Versorgungsvertrag entsprechend der Belegung ein uneingeschränkter Rechtsanspruch auf die Förderung besteht und insbesondere die Ausschöpfung des Haushaltstitels nicht zur Ablehnung einer Förderung führen kann. Dementsprechend wurden 1996 alle bestehenden Einrichtungen und Plätze in die Förderung aufgenommen.

Am 1. Juli 2000 wurde § 6 Abs. 6 des Bremischen Ausführungsgesetzes mit dem folgenden Zusatz versehen: „Maßnahmen zur Sanierung und Modernisierung bestehender Pflegeeinrichtungen sind bei der Aufnahme in die Förderung grundsätzlich vorrangig zu berücksichtigen.“ Nach Auffassung der Auftraggeber führt die Anwendung der Norm zu dem Ergebnis, dass für den Pflegebedürftigen in der einen Ein-

⁷⁴ § 6 Abs. 6 des Gesetzes zur Ausführung des Pflege-Versicherungsgesetzes im Landes Bremen vom 26. März 1996.

richtung ein subventionierter Preis und in der anderen Einrichtung ein nicht subventionierter Preis angeboten wird.

Mit Schreiben vom 13. November 2001 wurde das mit der sechsten Frage angesprochene Problem weiter präzisiert: Das Land Niedersachsen fördert in Anlehnung an § 9 SGB XI die Einrichtungen als Subjektförderung mit einem wohngeldähnlichen Modell. Das Land Bremen hat das Verfahren der Objektförderung umgesetzt und fördert die belegten Plätze nach einem Höchstbetragsverfahren.

Im Land Bremen sind nunmehr die Haushaltsmittel erschöpft und das Land hat die Förderung in dem Sinne eingefroren, als dass nur bisher vorhandene und geförderte Plätze weitergefördert werden. Nicht gefördert werden dagegen neue Plätze bisher geförderter Träger oder Neubauten neuer Träger. Dies hat zur Folge, dass die Investitionskosten dieser nicht geförderten Plätze an die Bewohner weiterberechnet werden müssen. Damit entsteht für diese Plätze ein höherer Pflegesatz. Nach Auffassung der Auftraggeber führt diese Praxis zu einer wettbewerbswidrigen Bevorzugung der bisher geförderten Träger und der Träger im Lande Niedersachsen.

II. Rechtliche Bewertung

1. Überblick über die Finanzierung der Pflegeversicherung

Die Finanzierung der Pflegedienste im Bereich der Pflegeversicherung erfolgt in der sogenannten dualer Weise: Die Einrichtungen haben nach §§ 82, 89, 90 SGB XI für die von ihnen erbrachten Leistungen einen Anspruch auf eine Pflegevergütung. Diese muss u.a. leistungsgerecht sein und nach § 89 Abs. 1 SGB XI einem Pflegedienst bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen, seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen. Bei der Festlegung der Pflegevergütung dürfen die Aufwendungen, die in § 82 Abs. 2 SGB XI genannt sind, nicht berücksichtigt werden. Dazu gehören insbesondere die für den Betrieb einer Einrichtung notwendigen Investitionen.

Will die Einrichtung eine Refinanzierung ihrer Investitionskosten, so kann sie diese dem pflegebedürftigen Bewohner in Rechnung stellen oder sie kann, wenn diese Möglichkeit besteht, Fördermittel gemäß § 9 SGB XI in Verbindung mit den landesrechtlichen Vorschriften in Anspruch nehmen.

2. Wettbewerbsrechtliche Vorgaben

a) Wettbewerbsrechtliche Vorgaben des SGB XI

Mit der Einführung der Pflegeversicherung wurden im deutschen Sozialleistungssystem zum ersten Mal auch Elemente eines Wettbewerbes der Leistungserbringer eingeführt. Dies kommt indirekt zum Ausdruck im Vorrang der freigemeinnützigen und privaten Träger gegenüber den öffentlichen Trägern (§ 11 Abs. 2 Satz 3 SGB XI), und direkt in der Schaffung gleicher Marktzugangsschwellen durch den Anspruch auf einen Versorgungsvertrag bei Erfüllung der für alle Leistungserbringer in gleicher Weise geltenden Voraussetzungen (§ 72 Abs. 3 Satz 1 SGB XI). Ein Hinweis auf die Einführung von Wettbewerbselementen ist auch darin zu sehen, dass das SGB XI – anders als etwa das Krankenhausfinanzierungsgesetz und die entsprechenden Ländergesetze – keinerlei Bedarfsplanungsregelungen enthält. Der Bundesgesetzgeber beabsichtigte also mit dem SGB XI, einen möglichst freien Wettbewerb zwischen den Pflegeeinrichtungen zu schaffen und zu erhalten. Es sollte ein geschlossener Markt der zugelassenen Pflegeeinrichtungen verhindert, neuen, innovativen Leistungsanbietern der Zugang zum Pflegemarkt offen gehalten und so der Wettbewerb zwischen den Pflegeeinrichtungen gefördert werden.⁷⁵

Damit stellt sich die Frage, ob die bundesrechtliche Zielsetzung im Hinblick auf die Gewährleistung eines freien Wettbewerbs der Einrichtungsträger dadurch durch Maßnahmen des Landesgesetzgebers missachtet worden ist, dass Einrichtungen, die ihre Investitionen auf dem freien Markt nicht vollständig erwirtschaften können, nicht soweit gefördert werden, dass sie ihre Wettbewerbsfähigkeit mit anderen Einrichtungen bewahren können.

⁷⁵ BT-Drs. 12/5262, S. 136, 143.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das SGB XI einen rechtlich verpflichtenden Grundsatz der Gewährleistung von freiem Wettbewerb enthält. Daraus folgt das bundesrechtliche Verbot, den Wettbewerb durch ungleiche Förderung der Investitionskosten von Einrichtungen zu verzerren. Dieses bundesrechtliche Verbot hat auch der Landesgesetz- und -verordnungsgeber aus dem Gesichtspunkt der Bundesstreue heraus zu beachten.⁷⁶

Wann eine landesrechtliche Norm dem bundesrechtlichen Gebot der Wettbewerbsneutralität verletzt, lässt sich nicht pauschal beantworten, sondern hängt von den konkreten Auswirkungen der Förderung auf die Wettbewerbssituation ab.

Die Regelung der Investitionsförderung wird in unterschiedlicher Weise mit der Bedarfsplanung verknüpft. Das Bundessozialgericht hat sich mit dem Urteil vom 28. Juni 2001⁷⁷ erstmalig mit der Umsetzungspraxis der Investitionsförderung in einem besonders klaren Fall der Bedarfsplanung (Rheinland-Pfalz) beschäftigt. Das entsprechende Gesetz enthielt eine Regelung, wonach die Investitionsförderung grundsätzlich auf Sozialstationen, die in einen Bedarfsplan aufgenommen waren, beschränkt wurde. Ein Rechtsanspruch auf die Aufnahme bestand nicht. Die ambulanten Pflegeeinrichtungen, die nicht in den Planbedarf aufgenommen waren, mussten also die Investitionskosten den Pflegebedürftigen in voller Höhe in Rechnung stellen.

Das BSG hat festgestellt, dass der Landesgesetzgeber bei der Umsetzung des § 9 SGB XI seine Gesetzgebungskompetenz so ausüben muss, dass er mit den bundesgesetzlichen Regelungen nicht in Widerspruch gerät. Die Förderung der Pflegeeinrichtungen muss deshalb so erfolgen, dass sie wettbewerbsneutral ist, damit der vom Bundesgesetzgeber gewünschte Leistungswettbewerb unter den Leistungserbringern nicht beeinträchtigt wird. Damit hat das BSG in zutreffender verfassungs- und einfachgesetzlicher Würdigung die landesgesetzliche Investitionsförderung am Maßstab

⁷⁶ Urt. des BSG vom 28. Juni 2001, Az: B 3 P 9/00 R.

⁷⁷ BSG (wie Anm. 76).

der bundesgesetzlichen Vorgaben des SGB XI gemessen und sich für die Wettbewerbsneutralität der Investitionsförderung ausgesprochen.

b) *Wettbewerbsrechtliche Vorgaben außerhalb des SGB XI*

Fraglich ist ferner, ob die mit der Investitionsförderung bewirkten Angebotssteuerung mit den wettbewerbsrechtlichen Vorgaben außerhalb des SGB XI vereinbar ist, die ebenfalls Teil des Bundesrechts sind und im Fall einer Anwendungs- oder Geltungskollision das Landesrecht verdrängen.

Dabei ist grundsätzlich zwischen zwei Ebenen des Wettbewerbsrechts zu unterscheiden: das nationale (deutsche) Wettbewerbsrecht und das europäische Wettbewerbsrecht.

(1) Nationales Wettbewerbsrecht

Das nationale Wettbewerbsrecht ist im wesentlichen in UWG und GWB geregelt. Während das Kartellrecht (GWB) die Freiheit des Wettbewerbs schützt, sichert das Wettbewerbsrecht (UWG und Nebengesetze) die Lauterkeit des Wettbewerbs.

(a) UWG

Problematisch und umstritten ist die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrecht auf die hoheitliche Betätigung der Hoheitsträger, soweit sie Auswirkungen auf den Wettbewerb hat.⁷⁸ Hoheitliche Maßnahmen können sich in ihrer Auswirkung als Wettbewerbsmaßnahmen darstellen. Ihnen kommt daher eine Doppelnatur zu. Aus dieser Doppelqualifikation folgt auch im Grundsatz die Möglichkeit einer Doppelkontrolle durch Verwaltungs- und Zivilgerichte.

⁷⁸ Vgl. dazu *Köhler/Piper*, UWG, § 1 Rn. 436 ff.

Die durch die Investitionsförderung benachteiligte Einrichtung kann im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Verletzung von Grundrechten (insbes. Art. 2, 3, 12, 14 GG) oder von sie schützenden öffentlich-rechtlichen Normen rügen. Die Verwaltungsgerichte entscheiden den Streitfall unter allen in Betracht kommenden rechtlichen, also auch unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten.⁷⁹ Die Zivilgerichte dagegen prüfen nicht, „ob“ die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung durch die öffentliche Hand zulässig ist. Denn grundsätzlich regelt das UWG nicht den Zugang zum Wettbewerb, sondern nur die Art und Weise der Beteiligung am Wettbewerb.

Die Anwendung des UWG setzt unabhängig von der angesprochenen Rechtsfrage ein Handeln der öffentlichen Hand „zu Zwecken des Wettbewerbs“ voraus. Ein Handeln zu Wettbewerbszwecken liegt vor, wenn das Verhalten geeignet ist, den eigenen oder fremden Wettbewerb zum Nachteil eines anderen zu begünstigen, und wenn der Handelnde eine entsprechende Absicht hat, die nicht völlig hinter anderen Beweggründen zurücktritt.⁸⁰

Soweit sich die öffentliche Hand rein erwerbswirtschaftlich betätigt, besteht eine tatsächliche Vermutung für ein Handeln zu Wettbewerbszwecken. Ein solcher Fall liegt allerdings hier nicht vor. Bei einer Investitionsförderung handelt die öffentliche Hand zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe und somit hoheitlich. Ein Handeln zu Wettbewerbszwecken kann nicht ohne weiteres bejaht werden. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass das Land/die Kommune insoweit lediglich die öffentliche Aufgabe erfüllen will. Im Einzelfall schließen sich jedoch die öffentliche Aufgabenerfüllung und die Wettbewerbsabsicht nicht aus.⁸¹ Vielmehr ist eine Einzelfallprüfung erforderlich, ob gleichzeitig eine Wettbewerbsabsicht vorliegt oder ob diese als völlig nebensächlich hinter anderen Beweggründen zurücktritt.

Das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht ist unerheblich. Entscheidend ist vielmehr, ob das Land mit der Investitionsförderung das Ziel verfolgt, in den Wettbe-

⁷⁹ BVerwG DVBl. 1996, 152, 153.

⁸⁰ BGH WRP 1993. 106, 107.

⁸¹ BGH GRUR 1990, 611 (613).

werb einzugreifen. Bei Subventionen wird vielfach bereits die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts verneint.⁸² Der Sachverhalt einer Förderung unterscheidet sich aber nicht grundlegend von der Empfehlung eines Produkts oder von der Auftragsvergabe. Maßgebend ist daher allein, ob die öffentliche Hand damit den Zweck verfolgt, fremden Wettbewerb zu fördern. Davon kann man bei dem zur Begutachtung vorgelegten Sachverhalt nicht ausgegangen werden.

Selbst bei Annahme einer Wettbewerbsabsicht muss die Wettbewerbswidrigkeit der Förderung positiv festgestellt werden. Die anerkannten Fallgruppen (Zweckentfremdung öffentlicher Mittel, Verdrängungsabsicht, Vertrauens- und Autoritätsmissbrauch, Ausnutzung amtlicher Beziehungen und Einflussmöglichkeiten usw.) sind vorliegend nicht einschlägig.

Im Ergebnis wird man gegen die Investitionsförderung mit dem UWG nicht vorgehen können.

(b) GWB

Fast alle Tatbestände des GWB setzen ein Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen voraus.⁸³ Zentrales Abgrenzungskriterium für die Anwendbarkeit des GWB ist der funktionale Unternehmensbegriff. Für das Merkmal Unternehmen genügt jede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr. Bestimmte Formen der rechtlichen oder wirtschaftlichen Organisation werden nicht gefordert.

Das GWB findet nach § 130 auch Anwendung auf Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden. Auch öffentlich-rechtliche Körperschaften (Sozialversicherungsträger, Kommunen) können für einzelne Aspekte ihrer Tätigkeit unternehmen sein.⁸⁴ Auf den mit ihrer Tätigkeit verfolgten Zweck kommt es dabei nicht an. Insofern ist

⁸² Vgl. *Köhler/Piper*, UWG § 1, Rn. 453.

⁸³ *Emmerich*, Kartellrecht, S. 17.

⁸⁴ *Steinmeyer*, Wettbewerbsrecht, S. 22.

auch die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben durch den Abschluss privatrechtlicher Verträge nicht grundsätzlich der Anwendung des GWB entzogen.⁸⁵

Rechtsprechung und herrschende Lehre begrenzen den funktionalen Unternehmensbegriff und damit die Anwendung des GWB allerdings bisher auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse.⁸⁶ Anerkannt ist jedoch, dass das öffentlich-rechtliche Handeln eines Hoheitsträgers am GWB zu messen ist, wenn er seinen ihm durch das öffentliche recht zugewiesenen Aufgabenbereich verlässt und der Sache nach eine in den Wettbewerb eingreifende Maßnahme trifft.⁸⁷ Dies betrifft jedoch nur die Vergütungsvereinbarungen und nicht die Investitionsförderung. Auch bei den Vergütungsvereinbarungen schließt nach herrschender Meinung die öffentlich-rechtliche Qualifizierung der Vergütungsvereinbarungen die Anwendbarkeit des GWB zumindest im Verhältnis zwischen Kostenträgern und beteiligten Einrichtungen aus.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass es im deutschen Recht grundsätzlich keine wettbewerbsrechtlichen Grenzen der staatlichen Subventionierung von Unternehmen gibt. Das GWB erfasst privatrechtliches Handeln von Wirtschaftssubjekten und daher auch den Staat, soweit er sich am marktmäßigen Leistungsaustausch beteiligt. Es erfasst aber nicht den Staat in seiner Eigenschaft als hoheitlich handelnder Subventionsgeber.⁸⁸ Das GWB hat insbesondere keinen rechtlichen Vorrang vor den gesetzlichen Grundlagen der Förderung von Einrichtungen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass Verzerrungen des Wettbewerbs zwischen den Einrichtungen aufgrund staatlicher Investitionsförderung nicht mit wettbewerbsrechtlichen Mitteln bekämpft werden können.

(2) Einschätzungen zum Europäischen Wettbewerbsrecht

⁸⁵ BGHZ 36, 91 (102).

⁸⁶ Vgl. die Nachweise bei *Brünner*, Vergütungsvereinbarung, S. 93 f.

⁸⁷ BGHZ 119, 93 (98).

⁸⁸ *Behrens*, in: Igl, Wettbewerbsordnung, S. 20.

Vorbemerkung: Der EuGH hatte bisher noch keine Gelegenheit, sich zur Frage der Förderung von Investitionskosten sozialer oder medizinischer Einrichtungen zu äußern. Die Analyse der vorhandenen Entscheidungen zu Art. 87 EG (früher: Art. 92 EGV) erlaubt es nicht, rechtlich eindeutige Aussagen zu treffen. Aus diesem Grund sind die nachstehenden Ausführungen nur als allgemeine Einschätzungen zu verstehen.

Die Rechtslage bei einer Investitionsförderung stellt sich im europäischen Wettbewerbsrecht anders dar. Der EGV verbietet den Mitgliedstaaten grundsätzlich die Gewährung von Beihilfen, die den Wettbewerb zwischen den Unternehmen in der Gemeinschaft verfälschen und die sich auf den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr auswirken. Das Beihilfeverbot hat rechtlichen Vorrang vor der nationalen Gesetzgebung.

Das Recht der staatlichen Beihilfe ist in den Art. 87 - 89 EGV niedergelegt. Es zielt sachlich auf Begrenzung und institutionell auf gemeinschaftsrechtliche Kontrolle der Subventionsgewährung durch einzelne Mitgliedstaaten an Unternehmungen.⁸⁹ Der Begriff „Beihilfe“ wird im Vertrag nicht definiert. Es heißt lediglich, dass die Bestimmungen über die Vergabe von Beihilfen für „Beihilfen gleich welcher Art“ gelten. Die Rechtsprechung und Lehre haben den Begriff Beihilfe durch folgende Merkmale definiert:⁹⁰

⁸⁹ *Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union, Rn. 344.

⁹⁰ Zitiert nach *Eichenhofer*, Rn. 345.

- Es muss sich um eine rechtlich nicht geschuldete, freiwillig gewährte Zuwendung eines Mitglied- oder Gliedstaates oder einer selbständigen privat- oder öffentlich-rechtlichen Einrichtung eines Mitgliedstaates unter gleichzeitiger Belastung des öffentlichen Haushalts handeln.
- Diese Zuwendung muss einem Unternehmen oder mehreren Unternehmen eines einzelnen Wirtschaftszweiges zugute kommen, wogegen sie anderen Unternehmen des selben Wirtschaftszweiges nicht zugute kommt.
- Die Zuwendung kann entweder in geldwerten Vorteilen oder in Verschonung von Lasten liegen.
- Spezifität der Maßnahme, d.h. selektiver Charakter der staatlichen Maßnahme. Dieses Merkmal wird auch nicht dadurch aufgehoben, dass der Mitgliedstaat seine Absicht erklärt, später alle anderen Unternehmen in den Genuss der Maßnahme kommen zu lassen.⁹¹
- Gründe oder Ziele der staatlichen Maßnahme, insbesondere auch soziale Gründe, verbieten nicht die Einordnung als Beihilfe. Es kommt auf die Wirkungen an, so die ständige Rspr.⁹²
- Ermessensgewährung spricht für Beihilfe.⁹³

Möglicherweise kann eine Beihilfe nicht vorliegen, wenn der Staat dafür eine Gegenleistung erhält. Man könnte darauf verweisen, dass mit der Investitionsförderung eine Gegenleistung des Empfängers verbunden ist, die in der Vorhaltung einer Infrastruktur besteht, für die der Förderer – das Land – die Bereitstellungsverantwortung trägt (aus Sozialstaatsprinzip, aus § 17 Abs. 1 Nr. 2 SGB I, aus § 9 SGB XI i.V.m. landesrechtlichen Zuständigkeiten)⁹⁴ Dies widerspräche jedoch dem im SGB XI zum Ausdruck kommenden Vermarktlichungsbemühen, das in der Aufhebung des Vorrangs der öffentlichen Einrichtungsträger, im Anspruch auf einen Versorgungsvertrag

⁹¹ EuGH Slg. 1999, I-3671 (C-75/97, Rz. 2).

⁹² EuGH Slg. 1996, I-4551 (C-241/94, Rz. 1).

⁹³ EuGH Slg. 1998, I-2629 (C-291/94, Rz. 1).

⁹⁴ S. dazu Rodi, Michael, Die Subventionsrechtsordnung, 2000, S. 156.

(gleiche Marktzutrittsvoraussetzungen für alle Wettbewerber) und in der Aufgabe der Bedarfsplanung zu sehen ist.

Durch die Beihilfe müssen bestimmte Unternehmen begünstigt werden. Wenn alle Pflegeeinrichtungen nach gleichen Maßstäben gefördert werden, werden alle, nicht nur bestimmte Unternehmen begünstigt. Anders ist dies, wenn nur bestimmte Pflegeeinrichtungen gefördert werden.

Ähnlich wie der Beihilfebegriff erscheint auch der Unternehmensbegriff hinsichtlich der Unternehmen, die pflegerische Leistungen anbieten, als problematisch. Für die Träger der freien Wohlfahrtspflege wird gesagt, dass für sie das EU-Wirtschaftsrecht grundsätzlich nicht gelte. Sie unterlägen daher weder dem Wettbewerbs- noch dem Beihilferecht der EU noch könnten sie die Grundfreiheiten für sich in Anspruch nehmen. Diese Auffassung wurde durch ein Urteil des EuGH⁹⁵ bestätigt. Danach könnten sich Kapitalgesellschaften, die Leistungen für Sozialhilfeträger erbringen wollten, nicht auf das EU-Wirtschaftsrecht berufen. Denn das EU-Recht erstrecke sich nicht auf die Befugnisse der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihres Systems sozialer Sicherheit. Da die Sozialhilfe prinzipiell den öffentlich-rechtlichen Trägern anvertraut sei und auf nationaler Solidarität beruhe, falle sie in die Zuständigkeit des nationalen Gesetzgebers.⁹⁶

Fraglich ist aber, ob diese Grundsätze zu Anwendung kommen, wenn für die Sozialleistungserbringung auch Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht zur Erledigung ihrer Aufgaben herangezogen werden, wie dies explizit im SGB XI, aber auch im BSGH der Fall ist. Der EuGH entschied, dass auch religiöse Vereinigungen oder weltanschauliche Gemeinschaften, die am Wirtschaftsverkehr teilnehmen, dem EU-

⁹⁵ EuGH Slg. 1997, I-3395 (Sodemare).

⁹⁶ EuGH Slg. 1997, I-3395 (3434) (Sodemare), Rn. 32, „Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts kann ein Mitgliedstaat im Rahmen der ihm verbliebenen Zuständigkeit für die Ausgestaltung seines Systems der sozialen Sicherheit davon ausgehen, dass er im System der Sozialhilfe der fraglichen Art seine Ziele nur erreichen kann, wenn er zu diesem System als Erbringer von Dienstleistungen der Sozialhilfe solche privaten und Wirtschaftsunternehmen zulassen kann, die keinen Erwerbszweck verfolgen.“

Wirtschaftsrecht unterlägen.⁹⁷ Überantwortet aber der Gesetzgeber ein Aufgabenfeld erwerbswirtschaftlicher Betätigung und lässt er erwerbswirtschaftlich tätige Unternehmen zu dieser Aufgabe zu, so können die Träger der freien Wohlfahrtspflege für sich keinen Sonderstatus beanspruchen. Stehen freie Träger mit erwerbswirtschaftlich tätigen Unternehmen im Wettbewerb, kann nicht das der Gewinnorientierung unterliegende Unternehmen vom EU-Recht freigestellt werden. Vielmehr muss umgekehrt das EU-Recht auf die Träger der freien Wohlfahrtspflege erstreckt werden.⁹⁸

Ungeklärt auf der faktischen Seite der Wettbewerbsverzerrung sind Pflegewohn-geldregelungen, die so ausgestaltet sind, dass der Einrichtungsträger und nicht die pflegebedürftige Person Anspruchsträger der Bezuschussung ist. Eine solche Wettbewerbsverzerrung könnte darin gesehen werden, dass ein Einrichtungsträger die verfügbaren Plätze besser besetzen könnte.

Nach Art. 87 Abs. 1 EG sind die den Wettbewerb verfälschenden oder zur Verfälschung drohenden Beihilfen mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Nach der Rechtsprechung des EuGH gilt dieses Verbot jedoch weder absolut noch unbeding,⁹⁹ weil es sowohl durch die Legalausnahmen (Art. 87 Abs. 2 EG), als auch durch Befreiungsmöglichkeiten im Einzelfall (Art. 87 Abs. 3 EG) eingeschränkt wird.

Weitere Voraussetzung für die Annahme einer verbotenen Beihilfe ist ferner, dass sie den innergemeinschaftlichen Handel verfälscht. Angesichts der Verflechtungen des Binnenmarktes wird man allerdings die Gewährung einer Beihilfe regelmäßig als Wettbewerbsverfälschung ansehen.

Unter den Anwendungsbereich des Art. 87 Abs. 1 EG fallen jedoch nicht Beihilfen, die der „de-minimis“-Regelung im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 69/2001 der

⁹⁷ EuGH Slg. 1988, 6159 (Steymann).

⁹⁸ Die Darstellung folgt hier weitgehend *Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union, Rn. 344 ff.

⁹⁹ EuGH Slg. 1990, I -307, 361 Rn. 51 (Französische Republik ./ . Kommission).

Kommission¹⁰⁰ unterliegen. Hiernach gelten als Beihilfen, die nicht alle Tatbestandsmerkmale des Art. 87 Abs. 1 EG erfüllen, wenn die Gesamtsumme der einem Unternehmen gewährten De-minimis-Beihilfen auf einen Zeitraum von drei Jahren bezogen 100.000 Euro nicht übersteigt (Art. 2 der Verordnung).

Zusammenfassend ist zu sagen, dass das EU-wettbewerbsrechtliche Grundproblem zur Zeit in der Qualifizierung der Investitionsförderung nach SGB XI und den landesrechtlichen Regelungen als Beihilfe i.S.d. Art. 87 EG zu sehen ist. In einer vorsichtigen Einschätzung kann gesagt werden, dass hierfür die bisherige Rechtsprechung des EuGH spricht, die beim Beihilfenbegriff vor allem auf die Wirkung, und nicht den Grund oder den Zweck der Gewährung abgestellt hat. Damit wären die in der Frage 6 geschilderten Fallkonstellationen –bei Überschreiten der de-minimis-Regelung - EU-wettbewerbsrechtlich wohl nicht zulässig.

Allerdings ist zu sagen, dass bisher keine Judikatur des EuGH zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Förderungen im Verhältnis zwischen zwei Bundesländern (Wettbewerbsverzerrung bei unterschiedlicher Förderung in diesen Bundesländern) zu verzeichnen ist. Aus der Intention des Art. 87 EG heraus, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht zu beeinträchtigen, wird man möglicherweise ableiten können, dass derartige unterschiedliche Förderungen dann zulässig sind, wenn sie nur allen europäischen Mitbewerbern offen stehen.

Unabhängig von der europarechtlichen Dimension kann aber festgehalten werden, dass die Entscheidung über die Frage der Zulässigkeit bestimmter Förderungen schon auf der Ebene der bundesgesetzlichen Vorgaben des SGB XI und der verfassungsrechtlichen Bestimmungen getroffen werden kann.

¹⁰⁰ Vom 12. Januar 2001, ABl. Nr. L 10 vom 13.1.2001.

G. Literaturverzeichnis

<i>Brünnner, Frank</i>	Vergütungsvereinbarungen für Pflegeeinrichtungen nach SGB XI Baden-Baden 2001
<i>Canaris, Claus-Wilhelm</i>	Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen In: JZ 2001, S. 499 - 528
<i>Eichenhofer, Eberhard</i>	Sozialrecht der Europäischen Union Berlin 2001
<i>Emmerich, Volker</i>	Kartellrecht 8. Auflage München 1999
<i>Fichtner, Otto</i> (Hrsg.)	Bundessozialhilfegesetz Kommentar München 1999
<i>Fiedler, Wilfried</i>	Zum Wirkungsbereich der clausula rebus sic stantibus im Ver- waltungsrecht In: VerwArch 67 (1976), S. 125 - 155
<i>Friedrich, Ursula</i>	Die neue Pflegesatzregelung im Bundessozialhilfegesetz In: NDV 1984, S. 166 - 173
<i>Giese, Dieter</i>	Bedarfsprüfung bei Pflegesatzvereinbarungen In: RsDE 7 (1989), S. 65 - 73

<i>Igl, Gerhard</i>	Überblick über die gesetzlichen Neuregelungen in § 93 BSHG In: Prospektive Pflegesätze im Bundessozialhilferecht Hrsg. v. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend Stuttgart/Berlin/Köln 1994
<i>Igl, Gerhard</i> (Hrsg.)	Das Gesundheitswesen in der Wettbewerbsordnung Wiesbaden 2001
<i>Igl, Gerhard/ Klie, Thomas</i> (Hrsg.)	Pflegeversicherung auf dem Prüfstand Hannover 2000
<i>Jacobs, Bernward</i>	Rechtsfragen der Werkstatt für Behinderte Freiburg im Breisgau 1998
<i>Köhler, Helmut/ Piper, Henning</i>	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 2. Auflage München 2001
<i>Krause, Peter/ Mutius, Albert v./ Schnapp, Friedrich E./ Siewert, Joachim</i>	Gemeinschaftskommentar zum SGB Verwaltungsverfahren GK-SGB X 1 Neuwied 1991
<i>Kuper, Bernd-Otto</i>	Hilfe In Einrichtungen - Steuerung von Angebot und Nachfrage In: NDV 1984, S. 172 - 175

LPK-BSHG	Bundessozialhilfegesetz Lehr- und Praxiskommentar 5. Auflage Baden-Baden 1998
<i>Marschner, Andrea</i>	Einführung prospektiver Pflegesätze im Recht der Sozialhilfe In: NVwZ 1995, S. 42 - 43
<i>Meyer, Hans</i>	Das neue öffentliche Vertragsrecht und die Leistungsstörungen In: NJW 1977, S. 1705 - 1713
<i>Münder, Johannes</i>	Die Verhältnisse zwischen Sozialhilfeberechtigten, Sozialhilfeträger und freien Trägern In: ZfSH/SGB 1988, S. 225 - 240
<i>Neumann, Volker</i>	Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat Köln/Berlin/Bonn/München 1992
<i>Neumann, Volker</i>	Anmerkung zu VG Berlin In: RsDE 1 (1988), S. 85 - 89
<i>Pöld-Krämer, Silvia/ Fahlbusch, Jonathan I.</i>	Das Recht der Leistungserbringung in der Sozialhilfe im Licht der §§ 93 ff. BSHG In: RsDE 46 (2000), S. 4 - 32
<i>Rebmann, Kurt/ Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland (Hrsg.)</i>	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241 - 432; FernAbsG 4. Auflage München 2001

<i>Ristok, Bruno</i>	Leistungsgerechte Entgelte Betriebswirtschaftliche Aspekte eines neuen Vergütungsprinzips im BSHG und SGB XI Freiburg im Breisgau 1995
<i>Rodi, Michael</i>	Die Subventionsrechtsordnung Tübingen 2000
<i>Sans, Reiner</i>	Die neuen §§ 93, 94 BSHG aus der Sicht der freien Wohlfahrtspflege In: NDV 1994, S. 125 - 126
<i>Schellhorn, Walter/ Jirasek, Hans/ Seipp, Paul</i>	Das Bundessozialhilfegesetz Ein Kommentar für Ausbildung, Praxis und Wissenschaft 15. Auflage Neuwied/Kriftel/Berlin 1997
<i>Schulin, Bertram/ Igl, Gerhard</i>	Sozialrecht 7. Auflage Düsseldorf 2002
<i>Schulte, Bernd</i>	Die Entwicklung des Sozialhilferechts seit 1982 In: NVwZ 1986, S. 354 - 361
<i>Steiner, Udo (Hrsg.)</i>	Besonderes Verwaltungsrecht 6. Auflage Heidelberg 1999
<i>Streppel, Manfred</i>	Die Änderungen des Bundessozialhilfegesetz durch das Haushaltsbegleitgesetz 1984 In: NDV 1984, S. 136 - 140

<i>Wannagat, Georg/ Eichenhofer, Eberhard (Hrsg.)</i>	Sozialgesetzbuch Kommentar zum Recht des Sozialgesetzbuchs Zehntes Buch (X) Erstes Kapitel: Verwaltungsverfahren Köln/Berlin/Bonn/München 2001
<i>Wulffen, Mathias v.</i>	SGB X Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz 4. Auflage München 2001