

Gerd Wenzel und Rainer Kulenkampff

Wie kann man eine leistungsgerechte Vergütung nach §§ 75 ff. SGB XII ermitteln?

Die Vertragsverhandlungen zwischen den Sozialhilfeträgern (SHTr) und den Trägern sozialer Einrichtungen (TrdE) haben sich in den letzten Jahren deutlich verschärft. Die SHTr sind zunehmenden Finanzierungsproblemen aufgrund des wachsenden Drucks auf die öffentlichen Haushalte ausgesetzt.¹ Die TrdE haben nach jahrelangen

Null-Fortschreibungen oder sogar Absenkungen der Leistungsentgelte keinen Verhandlungsspielraum mehr. Dies führt im Ergebnis zu Ausgaben-senkungsstrategien, die sich manchmal am Rande der Legalität befinden – sei es dass versucht wird, vertraglich vereinbarte Entgelte durch einseitige Erklärung des Kostenträgers pauschal abzusenken,² regional begrenzte Bud-



Gerd Wenzel

gets zu bilden³ oder auch in das Gesetz einen Haushaltsvorbehalt aufzunehmen.⁴ Um sachlich begründete Verhandlungsstrategien auch in Zukunft zu sichern, stellt sich vor diesem Hintergrund die zentrale Frage, nach welchen Kriterien die Vergütungen für die von den TrdE erbrachten Leistungen ermittelt werden. In dem folgenden Artikel werden zunächst die Prinzipien des jetzigen Preisfindungssystems auf der bestehenden gesetzlichen Grundlage dargestellt. Daran anschließend werden die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien einer kritischen Prüfung unterzogen. Schließlich werden in einem Ausblick andere Preisbildungsmechanismen dargestellt, die statt der geltenden Regelungen vom Gesetzgeber aufgegriffen werden könnten.

1. Gesetzliche Prinzipien des jetzigen Systems

1.1 Sozialhilferechtliches Dreiecksverhältnis

Die Vertragsbeziehung zwischen SHTr und TrdE ist Bestandteil des sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses zwischen dem Leistungsberechtigten (LB), dem TrdE und dem SHTr. Danach hat der Leistungsberechtigte gegenüber dem SHTr einen Rechtsanspruch auf Sozialhilfeleistungen, der über Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG auch verfassungsrechtlich abgesichert ist. Bei der Umsetzung des Rechtsan-

spruchs hat der SHTr das Selbstbestimmungsrecht und die Selbstverantwortung des LB zu beachten und eine gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu fördern.⁵ Der LB hat nach § 9 SGB XII und § 9 SGB IX ein Wahlrecht unter verschiedenen Einrichtungen und Diensten. Der SHTr ist verpflichtet, dieses Wahlrecht auch prak-

tisch nutzbar zu machen. Die Sozialhilfe muss dem Bedarfsdeckungs- und dem Individualisierungsgrundsatz des § 9 Abs. 1 SGB XII entsprechen.

Den Anspruch auf Eingliederungshilfeleistungen erfüllt der SHTr in der Regel nicht selbst, sondern bedient sich dazu der freien Wohlfahrtspflege, aber auch gewerblicher Anbieter. Um seiner Leistungsver-



Rainer Kulenkampff

- 1) So sind die Bruttoausgaben für die Hilfen in besonderen Lebenslagen innerhalb von zwei Jahren von 2002 bis 2004 von 14,824 Milliarden € auf 16,370 Milliarden € um 10,4 % angestiegen, Statistisches Bundesamt unter www.destatis.de; für die kommenden 10 Jahre ist – zumindest in den Stadtstaaten – von einer Steigerung der Zahl der Anspruchsberechtigten auf Eingliederungshilfe von bis zu 30 % auszugehen – vgl. Stadtstaatenvergleich für Eingliederungshilfe, Mai 2003, unter www.consensus-info.de
- 2) VGH München, Urteil vom 24. November 2004, FEVS 56, 270 = ZfSH/SGB 2005, 166
- 3) OVG Hamburg Urteil vom 10. November 2004, NDV-RD 2005, 27 zum Finanzierungskonzept der Sozialraumbudgetierung im Rahmen der Jugendhilfe, vgl. entsprechend für ambulante Jugendhilfemaßnahmen OVG Lüneburg vom 13. März 2006, 4 ME 1/06, NdsVBl 2006, 192.
- 4) Vgl. beispielsweise § 70 Abs. 3 des Gesetzentwurfs zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch vom 5. September 2003, BT-Drucks. 15/1514, S. 21.
- 5) So § 1 SGB IX.

Gerd Wenzel, Vorsitzender des Paritätischen Wohlfahrtsverbandes im Land Bremen und gemeinsam mit Otto Fichtner Herausgeber eines Kommentars zum SGB XII;

Rainer Kulenkampff, Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Partner in der überörtlichen Sozietät Göhmann, Wrede, Haas, Kappus & Hartmann.

pflichtung gegenüber dem LB nachzukommen, schließt der SHTr deshalb mit den TrdE öffentlich-rechtliche Verträge⁶ ab, in denen er sich verpflichtet, dem TrdE die vertraglich vereinbarte Vergütung zu zahlen, wenn dieser gegenüber dem LB eine Leistung erbringt, mit der der Leistungsanspruch des LB erfüllt wird. Um die Leistung zu erbringen, schließt der TrdE einen privatrechtlichen Vertrag mit dem LB ab, in dem es um ein normales Austauschverhältnis geht.⁷ Kommt es in diesem Vertragsverhältnis zu Leistungsstörungen, sind die Zivilgerichte zuständig und haben z.B. darüber zu entscheiden, ob das Entgelt bei einer durch die Krankenkassen finanzierten Sondenernährung um den nicht benötigten Verpflegungsaufwand zu verringern ist.⁸ Demgegenüber handelt es sich bei dem Vertrag zwischen SHTr und TrdE nicht um ein direktes Auftragsverhältnis oder um einen Kaufvertrag. Der TrdE hat aus dem Vertrag keinen unmittelbaren Zahlungsanspruch gegenüber dem SHTr.⁹ Eine Zahlungsverpflichtung des SHTr besteht zunächst nur gegenüber dem LB für die vom TrdE erbrachte Leistung. Dieser Zahlungsanspruch wird in der Praxis häufig direkt vom SHTr gegenüber dem TrdE erfüllt. Der Anspruch auf eine Zahlung vom SHTr an den TrdE ist in jedem Fall streng akzessorisch zum Leistungsanspruch bzw. Leistungsbescheid, den der LB erhalten hat.

Der SHTr ist gegenüber dem LB verpflichtet, ein ausreichendes Angebot sicherzustellen, aus dem der LB auswählen kann (§ 9 SGB XII, § 9 SGB IX), damit der ihm zustehende gesetzliche Anspruch auf Hilfen auch eingelöst wird. Im Rahmen dieses „Sicherstellungsauftrages“ (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 SGB I) hat der SHTr auch eine Planungsverantwortung (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 SGB X), die aber nicht bedeutet, dass der SHTr berechtigt ist, eine Bedarfssteuerung über das Angebot vorzunehmen. Sicherstellungsauftrag und Planungsverantwortung bedeuten nur, dass für den LB ein ausreichendes Mindestangebot vorhanden sein muss.¹⁰ Eine Begrenzung des Angebots nach oben durch den SHTr ist ebenso wenig zulässig wie die Sicherung einer Monopolstellung für den TrdE. Zur Steuerung des Angebots versuchen die SHTr immer wieder, nur mit ausgesuchten TrdE Verträge abzuschließen und so das Angebot zu steuern und vor allem zu begrenzen. Umgekehrt sind TrdE nach wie vor bereit, sich an diesem Verfahren zu beteiligen, weil sie sich Vorteile durch eine abgesprochene Marktsituation versprechen und eine Verringerung der Konkurrenz.¹¹ Diese Strategie ist auf Dauer nicht tragfähig! Sie birgt das Risiko in sich, im entscheidenden Zeitpunkt, wenn die Monopolstruktur nicht mehr aufrecht erhalten werden kann, nicht konkurrenzfähig zu sein.¹²

Der Rechtsanspruch des LB lässt sich notfalls gerichtlich durchsetzen. Für das Verwaltungsverfahren¹³ und das Widerspruchsverfahren gibt es gesetzlich oder gerichtlich festgesetzte Fristen, die der SHTr einzuhalten hat. Ist der LB nicht in der Lage, seinen Rechtsanspruch durchzusetzen, kann er damit einen Dritten bevollmächtigen. Dies kann auch der TrdE sein. Der TrdE kann in dem Vertrag zwischen ihm und dem LB (Heimvertrag) auch vereinbaren, dass der LB verpflichtet ist, seinen Rechtsanspruch durchzusetzen.¹⁴

Die Verträge zwischen SHTr und TrdE müssen auch anderen gesetzlichen Bestimmungen entsprechen. Das gilt vor allem für die Regelungen des Heimgesetzes mit den dazu gehörenden Verordnungen (z.B. Heimmindestbauverordnung, Heimpersonalverordnung), aber auch für Regelungen des Brandschutzes oder Vorschriften der Bauordnung usw. Bei der Umsetzung des Heimgesetzes darf die Heimaufsicht nicht den gesetzlichen Rahmen überschreiten und eigenständig Personalschlüssel festlegen, wenn die vom SHTr festgelegten Personalzumessungen offensichtlich ausreichend sind.¹⁵

1.2 Vertragsprinzipien nach den §§ 75 ff. SGB XII

Das Verfahren der Preisbildung erfolgt über Verhandlungen gleichrangiger Vertragspartner mit dem Ziel, einen – im Gesetz nicht im Detail definierten – Vertrag und damit eine Vergütung zu vereinbaren. Es ist immer wieder wichtig festzustellen, dass es bei der Preisfindung nicht um Marktpreise geht, die grundsätzlich ohne staatliche Regulierungen ermittelt werden. Es handelt sich andererseits aber auch nicht um ein eindeutig gesetzlich festgelegtes Verfahren, in dem die Preise etwa auf der Grundlage ermittelter Durchschnittspreise festgesetzt werden.¹⁶ Man kann es nicht oft genug wiederholen, auch die Kosten des TrdE (Selbstkostendeckungsprinzip) sind seit Jahren kein Maßstab mehr für die Preisbildung.

Als Vertragspartner muss der TrdE die Voraussetzungen des § 75 Abs. 2 Satz 2 SGB XII erfüllen. Danach sind Vereinbarungen nur mit Trägern abzuschließen, „die insbesondere unter Berücksichtigung ihrer Leistungsfähigkeit und der Sicherstellung der Grundsätze nach § 9 Abs. 1 zur Erbringung der Leistungen geeignet sind“.¹⁷ In § 9 SGB XII

- 6) Zur – zwingenden – Schriftform dieser Verträge vgl. OVG Lüneburg vom 12. Dezember 2001, 4 LB 596/01 unter www.dbovg.niedersachsen.de.
- 7) Dabei ist das Entgelt für Betreuung, Unterkunft und Verpflegung nach § 5 Abs. 3 HeimG im Heimvertrag aufzugliedern, für LB der Pflegeversicherung dürfen die Entgelte für den Kostenblock „Unterkunft und Verpflegung“ allerdings ohne Aufgliederung aufgeführt werden – vgl. BGH vom 3. Februar 2005, NDV-RD 2005, 39.
- 8) Vgl. BGH vom 4. November 2004, III ZR 371/03, NDV-RD 2005, 23.
- 9) Vgl. BVerwG vom 2. April 1987, NDV 1987, 363 = BVerwGE 77, 181 = FEVS 36, 361.
- 10) Der SHTr darf den Abschluss einer Vereinbarung mit dem TrdE über die Übernahme gesondert berechneter Investitionskosten nicht mit der Begründung verweigern, die Einrichtung werde nicht nach Landesrecht gefördert und in seinem Bereich gebe es bereits einen deutlichen Überhang an geförderten Plätzen – OVG Lüneburg vom 14. März 2001, 4 L 2155/00 unter www.dbovg.niedersachsen.de.
- 11) So ist eine Vergabe im Rahmen einer Ausschreibung an nur einen Träger mit der Einräumung eines Gebietsschutzes nicht zulässig – vgl. OVG Münster vom 27. September 2004, NDV-RD 2005, 32 = NVwZ 2005, 832.
- 12) Zur Rechtsprechung vgl. BVerwG vom 13. Mai 2004, NDV-RD 2004, 120: Eine Investitionsförderung nur einer ambulant tätigen Sozialstation in einer Betreuungsregion verstößt gegen Art 12 GG Berufsausübungsfreiheit. OVG Hamburg vom 10. November 2004, NDV-RD 2005, 27: Das Finanzierungskonzept der Sozialraumbudgetierung im Rahmen der Jugendhilfe verstößt ebenfalls gegen Art. 12 GG Berufsausübungsfreiheit. In beiden Urteilen wird die Entscheidung begründet mit einem Eingriff in den Wettbewerb, der es nicht begünstigten Wettbewerbern im Ergebnis wesentlich erschwert, ihren Beruf/Betrieb auszuüben.
- 13) Vgl. z.B. die detaillierten Vorschriften über Fristen in § 14 SGB IX.
- 14) Vgl. OVG Schleswig vom 18. Februar 2004, NDV-RD 2005, 16 = FEVS 56, 168.
- 15) Vgl. VG Minden vom 16. Dezember 1999, NDV-RD 2000, 59.
- 16) Ähnlich wie die Leistungen der Krankenhäuser nach dem DRG-System vergütet werden.
- 17) Zu allgemeinen Hinweisen zur Anforderung an die Darlegung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vgl. Gutachten des Deutschen Vereins vom 6. Februar 2003, NDV 2004, 33.

werden die für den einzelnen LB wichtigen Grundsätze der Bedarfsdeckung sowie der Individualisierung festgelegt. Der Vertragsabschluss liegt in der freien Entscheidung der Vertragspartner. Erfüllt der TrdE alle gesetzlichen Voraussetzungen, reduziert sich das dem SHTr eingeräumte Ermessen auf Null und er ist verpflichtet, einen Vertrag abzuschließen. In jedem Fall hat der TrdE ein Recht auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung des SHTr hinsichtlich des Vertragsabschlusses.¹⁸

Die Verträge werden für die Zukunft – prospektiv – geschlossen (§ 77 Abs. 1 Satz 1 SGB XII). Nachträgliche Gewinn- oder Verlustausgleiche sind nicht zulässig. Damit sind – in Abwendung vom Selbstkostendeckungsprinzip – jetzt Gewinne und Verluste des TrdE möglich. Die Gewinnerzielungsabsicht wird auch von der Rechtsprechung ausdrücklich anerkannt.¹⁹ Das gilt auch für kalkulierte Gewinne, die in der Zukunft erwartet werden – allerdings nur dann, wenn sich der vertraglich zu vereinbarende Gesamtpreis als niedrigster Preis vergleichbarer Einrichtungen gestaltet.²⁰ Jedenfalls ist es nicht möglich, nur mit der Gewinnerzielungsabsicht einen höheren Preis durchzusetzen.

Die vereinbarte Vergütung muss leistungsbezogen und leistungsgerecht sein.²¹ Deshalb werden nach §§ 75, 76 SGB XII eine Leistungs- und eine Vergütungsvereinbarung geschlossen. Dabei untergliedert sich die Vergütungsvereinbarung mindestens in die Grundpauschale, die Maßnahmepauschale und den Investitionsbetrag (§ 76 Abs. 2 SGB XII). Die Schwierigkeiten lagen und liegen zunächst in der Leistungsvereinbarung.²² Verständlicherweise ist es wesentlich leichter, eine Vergütungsvereinbarung abzuschließen, wenn eine inhaltlich vollständige und konkrete Leistungsvereinbarung vorliegt. Dabei muss diese Leistungsvereinbarung so ausgestaltet sein, dass der Zusammenhang zu dem individuellen Gesamtplan nach § 58 SGB XII hergestellt werden kann. Liegen qualifizierte und aktuelle Gesamtpläne für die Bewohnerinnen und Bewohner einer Einrichtung vor, in denen der notwendige Hilfebedarf qualitativ, aber auch quantitativ mit möglichst wissenschaftlich begründeten Verfahren festgestellt worden ist,²³ und entsprechen diese Gesamtpläne in ihrer fachlichen Struktur bereits geschlossenen Leistungsvereinbarungen, wird die Verhandlung über die für diese Leistungen erforderliche Vergütung wesentlich vereinfacht. Deshalb halten wir es für einen zentralen Punkt künftiger Verhandlungsstrategien, sich um die Gesamtpläne und die Inhalte der Leistungsvereinbarungen noch intensiver zu kümmern. In den Landesrahmenverträgen nach § 79 Abs. 1 SGB XII werden zunehmend differenzierte Leistungsvereinbarungen abgeschlossen, die sich grundsätzlich an der Bundesempfehlung zum Inhalt der Landesrahmenverträge nach § 79 Abs. 2 SGB XII, die bis zum 31. Dezember 2001 galt, orientieren.²⁴

Die Vereinbarungen müssen nach § 75 Abs. 2 Satz 2 SGB XII „den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit entsprechen“. Diese drei Grundsätze sind die gesetzlichen Kernkriterien, die beim Abschluss der Vergütungsvereinbarung von zentraler Bedeutung sind. Die Interpretation und Auslegung dieser Begriffe er-

folgt zunächst durch die Vertragsparteien, im Konfliktfall durch die Schiedsstelle nach § 80 SGB XII und nur eingeschränkt durch die Gerichte. Dabei müssen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zusammen gesehen werden. Sie bedeuten, dass ein vorgegebenes Ziel mit einem möglichst geringen Aufwand erreicht werden soll.²⁵ Die Leistungsfähigkeit einer Einrichtung kann nur gewährleistet werden, wenn sie über eine leistungsgerechte Vergütung finanziert wird.

Die – mindestens dreigeteilten – Vergütungen werden überwiegend individuell mit jedem TrdE vereinbart.²⁶ Das liegt vor allem am Investitionsbetrag. Aber auch die Grund- und die Maßnahmepauschale variieren trotz ähnlichen Leistungsangebots häufig. Nach § 76 Abs. 2 Satz 3 SGB XII wird die Maßnahmepauschale „nach Gruppen für Leistungsberechtigte mit vergleichbarem Bedarf kalkuliert“. Eine solche Pauschalierung der Entgelte ist für die anderen Bestandteile der Vergütungsvereinbarung gesetzlich nicht vorgeschrieben. Dabei wäre vor allem bei der Grundpauschale eine Vereinheitlichung gut denkbar. Die Kosten für Verpflegung und die laufenden Aufwendungen der Unterkunft (Heizung, Wasser, Reinigung, Wäsche usw.) müssten doch in ähnlichen Größenordnungen liegen, wenn man krankheitsbedingten Mehrbedarf analog zu § 30 Abs. 5 SGB XII individuell berücksichtigen würde.

Soweit keine Vereinbarungen zwischen dem SHTr und dem TrdE geschlossen worden sind, richtet sich die Vergü-

18) Zum Auswahlermessen des SHTr vgl. OVG Lüneburg vom 23. August 1999, NDV-RD 2000, 49 = FEVS 51, 312; zum subjektiv-öffentlichen Recht auf eine pflichtgemäße Ermessensentscheidung des SHTr und der Unzulässigkeit einer Ablehnung einer Leistungsvereinbarung einzig aufgrund der angespannten Haushaltslage vgl. VG München vom 13. Juli 2005, M 18 K 04.6551. Zum Anspruch auf eine vergleichbare ermessensfehlerfreie Entscheidung des öffentlichen Jugendhilfeträgers über eine Vereinbarung nach § 77 SGB VIII vgl. Gutachten des Deutschen Vereins vom 21. Juli 2005, NDV 2005, 494.

19) Ein kalkulatorischer Gewinn ist zulässig. Der Grundsatz der Sparsamkeit entfaltet keine Sperrwirkung gegen eine Gewinnerzielungsabsicht, vgl. BVerwG vom 1. Dezember 1998, 5 C 29/97, FEVS 49, 345, hier 349; es besteht aber kein Anspruch auf einen kalkulatorischen Gewinn, auch hier ist ein Vergleich erforderlich, BVerwG, hier FEVS 49, 352; die Schiedsstelle muss auch über einen Wagnisschlag entscheiden, LSG Hessen vom 26. Januar 2006, L 8/14 P 18/04.

20) BVerwG vom 1. Dezember 1998, 5 C 29.97, NDV-RD 1999, 32 = FEVS 49, 345 = ZfSH/SGB 1999, 363.

21) Vgl. zur Leistungsgerechtigkeit § 15 Abs. 1 der Bundesempfehlungen nach § 93 d Abs. 3 BSHG, NDV 1999, 377 hier 380; vgl. dazu auch Bauer, NDV 2000, 15, hier 17/18; vgl. auch die parallele Vorschrift in § 82 Abs. 1 SGB XI.

22) Soweit in der Leistungsvereinbarung eine bestimmte Platzzahl festgeschrieben wird, entfällt die Verpflichtung zur Übernahme der Vergütung regelmäßig nicht schon deshalb, weil die der Vereinbarung zugrunde liegende Betreuungskapazität der Einrichtung (Anzahl der betreuten behinderten Menschen) durch Aufnahme weiterer Hilfeempfänger überschritten wird – vgl. OVG Hamburg vom 6. Oktober 2004, FEVS 56, 174 = ZfSH/SGB 2005, 81; zur Frage des „Platzfreihaltegeldes“ vgl. OVG Schleswig vom 18. Februar 2004, NDV-RD 2005, 16 = FEVS 56, 168.

23) Etwa das Metzler Verfahren oder das HMB-W-Verfahren oder im Rahmen der Hilfe zur Pflege auch die Begutachtungsverfahren des MDK; zum Hilfeplanverfahren als Grundlage für eine prospektive Vergütung in der Eingliederungshilfe vgl. Engel/Schmitt-Schäfer, NDV 2004, 9.

24) Veröffentlicht in NDV 1999, 377.

25) Sparsamkeitsprinzip, im Unterschied zum Maximal- oder Ergiebigkeitsprinzip, nach dem mit einer gegebenen Summe Geldes das bestmögliche Ergebnis erzielt werden soll oder auch Mischformen beider Prinzipien.

26) Vgl. § 15 Abs. 2 der Bundesempfehlungen, NDV 1999, 377, hier 380; vgl. auch Bauer, NDV 2000, 15, hier 18; unabhängig davon ist eine einrichtungsübergreifende Pauschalierung zulässig, wenn nicht sogar geboten – vgl. den Gruppenbezug in § 76 Abs. 2 Satz 3 SGB XII.

tung nach § 75 Abs. 4 SGB XII.²⁷ Wenn die Entgeltvereinbarung ausläuft, eine Leistungsvereinbarung aber fortbesteht, erfolgt die Vergütung nach § 77 Abs. 2 Satz 4 SGB XII in Höhe der bisherigen Vergütungsvereinbarung weiter.²⁸ Anders ist die Situation allerdings, wenn auch die Leistungsvereinbarung gekündigt oder ausgelaufen ist. In diesem Fall greift die in § 77 Abs. 2 Satz 4 SGB XII geregelte Fortgeltung der Vergütungsvereinbarung nicht, da es an einer wirksamen Leistungsvereinbarung fehlt.²⁹ In dieser Situation hat der TrdE nur die Möglichkeit, eine Vergütung nach § 75 Abs. 4 SGB XII in Rechnung zu stellen.

Die gesetzlichen Regelungen wenden sich nicht vollständig vom Selbstkostendeckungsprinzip ab und zu prospektiv vereinbarten Preisen hin. So sieht beispielsweise § 75 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB XII den Abschluss einer Prüfvereinbarung vor, nach der auch die Wirtschaftlichkeit überprüft werden soll, obwohl doch die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nach § 75 Abs. 3 Satz 2 SGB XII andererseits bereits die Voraussetzung für den Abschluss des Vertrages ist. So stellt auch das BSG zutreffend fest: „Die in § 79 SGB XI vorgesehenen Wirtschaftlichkeitsprüfungen sind bei unter freien Wettbewerbsbedingungen ausgehandelten Vergütungsvereinbarungen entbehrlich, da der Wettbewerb und das natürliche Gewinnstreben des Unternehmers dafür sorgen, dass die Leistung von den Gesteuerungskosten her gesehen möglichst kostengünstig angeboten wird.“³⁰ Eine Wirtschaftlichkeitsprüfung ist im Übrigen auch in Bezug auf ihre rückwirkenden Folgen fraglich, wenn sich das vor Beginn der Wirtschaftsperiode vereinbarte Entgelt, das sich vielleicht in Teilen nachträglich als unwirtschaftlich herausstellen sollte und deshalb zu hoch lag, innerhalb der Bandbreite von Entgelten vergleichbarer Einrichtungen lag. Rückwirkend kann das vereinbarte Entgelt ohnehin nicht mehr verändert werden, da dies vertraglich vereinbart war. Allerdings könnten für die Zukunft aus einer Wirtschaftlichkeitsprüfung seitens des Kostenträgers Forderungen nach Absenkung des Entgelts resultieren, etwa wenn Gewinne erwirtschaftet worden waren. Derartige Forderungen könnten aber auch unabhängig von den Ergebnissen einrichtungsindividueller Wirtschaftlichkeitsprüfungen begründet werden. Insofern ist die Praxis zu begrüßen, dass sich die nachträglichen Prüfungen vor allem auf die Menge und die Qualität der erbrachten Leistungen beziehen.

2. Kriterien der Rechtsprechung zur Ermittlung der angemessenen Vergütung

2.1 Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundessozialgerichts

Sowohl das Bundesverwaltungsgericht als auch das Bundessozialgericht haben bei der Ermittlung eines konkreten Entgelts den Gesichtspunkt des „externen Vergleichs“ in den Mittelpunkt gestellt. In der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. Dezember 1998³¹ geht es zunächst um die Frage, welchen Entscheidungsrahmen die Schiedsstelle nach § 94 BSHG (heute § 80 SGB XII) hat. Dabei stellt das BVerwG fest, dass es zentrale Aufgabe der Schiedsstelle ist, die Grundsätze der Wirt-

schäftlichkeit, der Sparsamkeit und der Leistungsfähigkeit zu definieren und auszufüllen. Dabei hat die Schiedsstelle einen eigenen Definitionsspielraum („Einschätzungsprärogative“), der von den Gerichten im Einzelnen nicht zu überprüfen ist. Die Gerichte prüfen nur, ob die Entscheidung der Schiedsstelle auf der Grundlage vollständig und richtig ermittelter Tatsachen sachlich begründet innerhalb dieses Spielraums getroffen worden ist.³² In diesem Zusammenhang führt das BVerwG aus: „Solche Bewertungen setzen notwendig einen Vergleich voraus. Dabei kommt in Betracht, dass Entgelte verschiedener Einrichtungen für vergleichbare Leistungen verglichen werden (‘externer Vergleich’) oder dass einzelne, interne Positionen der Pflegesatzkalkulation eines Einrichtungsträgers gesondert daraufhin überprüft werden, ob sie einer sparsamen und wirtschaftlichen Betriebsführung entsprechen (‘interner Vergleich’); ... dabei sind nicht die konkreten Kosten der in Rede stehenden Einrichtung maßgeblich, sondern es gilt – was auch aus der Wortwahl des Gesetzes hervorgeht, das auf ‘eine’ Einrichtung abstellt – ein genereller, nicht auf ‘die’ jeweilige individuelle Einrichtung abstellender Maßstab ... Erweist sich hiernach, dass der betreffende Einrichtungsträger der preisgünstigste Anbieter ist, reicht der ‘externe Vergleich’ aus. Kann der betreffende Leistungsanbieter hingegen nicht geltend machen, der günstigste Anbieter zu sein, kann er nach Maßgabe der Grundsätze des § 93 Abs. 2 Satz 3 BSHG (heute § 75 Abs. 2 Satz 2 SGB XII d.Verf.) und des Merkmals ‘leistungsgerechtes Entgelt’ in § 93 Abs. 2 Satz 2 BSHG nur berücksichtigt werden, wenn der von ihm gewünschte Pflegesatz innerhalb der Bandbreite der Entgelte für vergleichbare Leistungen anderer Einrichtungen liegt (sog. ‘marktgerechter’ Preis).“ Dieser Grundsatzentscheidung des BVerwG sind die Obergerichte inzwischen gefolgt, so dass in Bezug auf die Notwendigkeit eines externen und internen Vergleichs von einer gefestigten Rechtsprechung ausgegangen werden kann.³³

In der Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 14. Dezember 2000³⁴ ging es um eine Pflegeeinrichtung nach

27) Zur Übernahme von Heimkosten bei fehlender Pflegesatzvereinbarung vgl. VG Lüneburg vom 13. April 2005, 4 A 263/03 unter www.dbovg.niedersachsen.de; vgl. auch VG Braunschweig vom 6. März 2003, 3 B 222/03 unter www.dbovg.niedersachsen.de.

28) Vgl. VGH München vom 24. November 2004, FEVS 56, 270 = ZfSH/SGB 2005, 166.

29) Vgl. VGH München vom 12. September 2005, NDV-RD 2006, 64.

30) BSG vom 14. Dezember 2000, FEVS 52, 390, hier 394.

31) BVerwG, Urteil vom 1. Dezember 1998, 5 C 17.97, NDV-RD 1999, 34 = BVerwGE 108, 47 = FEVS 49, 337 = ZfSH/SGB 99, 281.

32) Zum Klageverfahren gegen eine Schiedsstellenentscheidung, zur Rechtsform der Schiedsstellenentscheidung sowie zu den Parteien des Verfahrens vgl. BVerwG vom 28. Februar 2002, FEVS 53, 484 = NDV-RD 2002, 59 = BVerwGE 116, 78 = ZfSH/SGB 2002, 605; zur Frage des sozialgerichtlichen Rechtsschutzes vor der Entscheidung der Schiedsstelle – auch in Bezug auf die Leistungsvereinbarung – vgl. LSG Darmstadt vom 20. Juni 2005, NDV-RD 2005, 124; zur Korrektur und Rückverweisung von Schiedsstellenentscheidungen durch das Gericht vgl. LSG Hessen vom 26. Januar 2006, L 8/14 P 18/04; VG Braunschweig vom 27. April 2006, 4 A 214/04.

33) Vgl. OVG Lüneburg vom 30. November 1999, NDV-RD 2000, 31; vom 7. März 2000, FEVS 52, 18; zuletzt vom 24. August 2005, NDV-RD 2005, 114; ein Vergleich ist zwingend, so auch VGH München vom 6. April 2001, NDV-RD 2001, 70, hier 73.

34) BSG vom 14. Dezember 2000, B 3P 19/00 R, FEVS 52, 390.

SGB XI. Dort heißt es: „Die Höhe der leistungsgerechten Vergütung ... ist nach der ... Entscheidung des Gesetzgebers für eine ebenfalls marktorientierte Pflegeversorgung in erster Linie über die Feststellung von Marktpreisen zu bestimmen. Unter den Bedingungen des vom Gesetzgeber angestrebten freien Wettbewerbs bestimmen beim Güteraustausch Angebot und Nachfrage den Preis einer Ware; dies ist die leistungsgerechte Vergütung. Es kommt mithin weder auf die Gestehungskosten des Anbieters noch auf die soziale oder finanzielle Lage des Nachfragers der Leistung an ... Der sich bildende Marktpreis ist das Ergebnis eines Prozesses und der Ausgleich unterschiedlicher Interessenlagen. Der Gesetzgeber des SGB XI hat die Sicherstellung einer ausreichenden und wirtschaftlichen Versorgung der Versicherten mit Pflegeeinrichtungen in erster Linie von einem funktionierenden Wettbewerb unter den Pflegeeinrichtungen erwartet.“ Und etwas später: „Erst wenn ein üblicher Marktpreis nicht ermittelt werden kann, etwa weil es wegen Besonderheiten des Pflegeheims nicht möglich ist, eine hinreichend große Zahl von vergleichbaren Angeboten zu erhalten, kann es von Belang sein, welche Kosten der Heimträger bei wirtschaftlicher Betriebsführung hat, um unter Zuschlag einer angemessenen Vergütung des persönlichen Arbeitseinsatzes, des zu tragenden Unternehmerrisikos sowie einer angemessenen Verzinsung des Eigenkapitals eine leistungsgerechte Vergütung zu ermitteln.“ Das BSG führt dann aus, dass dies aber wegen der weitgehend standardisierten Pflegeleistungen eine Ausnahme sein dürfte. „Der Versuch, eine leistungsgerechte Vergütung ausgehend von dem Betriebsaufwand des Pflegeheims zu ermitteln, muss schon deshalb unzulänglich sein, weil außenstehende Beobachter – wie es Kassenvertreter bei den Vertragsverhandlungen sind – nur schwer in der Lage sein werden, die geltend gemachten Aufwendungen als unwirtschaftlich zu belegen und vorhandenes Rationalisierungspotential zu erkennen ... Ein externer Vergleich der Einrichtungen bedeutet somit – wie auch vom BVerwG ... bereits für den Bereich des BSHG entschieden – die Methode der Wahl, um für die angebotene Leistung die leistungsgerechte Vergütung zu ermitteln ...“³⁵

Die Entscheidung des Bundessozialgerichts ist noch „marktradikaler“ als die des BVerwG.³⁶ Das ist insofern nachvollziehbar, als es in dieser Entscheidung um Entgelte nach dem SGB XI ging, also um Pflegeeinrichtungen. Aufgrund der gesetzlichen Vorgaben und der vertraglichen Vereinbarungen sind die Leistungsbeschreibungen dort inzwischen weitgehend standardisiert. Vor allem aber leistet die gesetzliche Pflegeversicherung nur einen begrenzten finanziellen Beitrag bei der Versorgung Pflegebedürftiger. Erhebliche Teile der Vergütung werden privat aus Renten, anderen Einkünften oder Vermögen finanziert. Insofern haben die Nutzer von Pflegeeinrichtungen und ambulanten Pflegediensten ein erhebliches Eigeninteresse, die Preise niedrig zu halten. Deshalb könnte man von „markt“ähnlichen Verhältnissen sprechen – obwohl dieser „Markt“, der sich als freier Markt durch Angebot und Nachfrage grundsätzlich selbst regulieren müsste, durch die gesetzlichen Regelungen teilweise erheblich begrenzt wird. Denn nach wie vor sind viele Pflegebedürftige nicht

in der Lage, die nicht über die Pflegeversicherung abgedeckten Fehlbeträge aus eigener Tasche zu finanzieren. Deshalb sind sie auf Hilfe zur Pflege nach den §§ 61 ff SGB XII angewiesen. Darum ist der Sozialhilfeträger, soweit auf ihn mindestens 5 % der Berechnungstage einer Einrichtung entfallen, nach § 85 Abs. 2 Satz 1 SGB XI auch ein Vertragspartner und hat damit faktisch ein Vetorecht beim Vertragsabschluss. Dabei ist im Rahmen dieser 5 %-Regelung der vom SHTr zu finanzierende Umsatzanteil noch deutlich niedriger, da auch bei den LB, die Hilfe zur Pflege in Anspruch nehmen, durchaus vorrangig einzusetzendes Einkommen – etwa aus Renten – vorhanden ist. Im Ergebnis führt diese gesetzliche Konstruktion dazu, dass ein Vertragspartner, der weniger als 5 % zum Gesamtumsatz des TrdE beisteuert, die Höhe der Vergütung auch für die restlichen 95 % des Umsatzes ganz entscheidend beeinflusst – und zwar nach unten. Insofern kann man auch für Pflegeeinrichtungen bei der Preisfindung nicht von echten Marktbedingungen ausgehen.

2.2 Probleme bei der Anwendung der gerichtlichen Vorgaben

Auch wenn die Rechtsprechung in Bezug auf die Preisfindung den externen Vergleich vorgibt, ist festzustellen, dass er in der alltäglichen Praxis bislang nicht selbstverständlich geworden ist. Das liegt unseres Erachtens an folgenden Problemen.

Welche Einrichtungen und Dienste können denn aufgrund ihres gleichen Leistungsangebots miteinander verglichen werden? Im Bereich der Hilfe zur Pflege mag eine Vergleichbarkeit der Einrichtungen noch möglich sein, bei der Eingliederungshilfe ist sie nur selten möglich. Selbst wenn es sich um Einrichtungen handelt, die ein gleiches oder sehr ähnliches Leistungsprofil haben, stellt sich die Frage, in welchem regionalen Rahmen verglichen werden kann. Sicherlich müssen die Unterschiede zwischen Stadt und Land berücksichtigt werden. Nicht nur ambulante Dienste, auch stationäre Leistungsanbieter haben in Städten, besonders in Großstädten, eine deutlich andere Kostenstruktur als Anbieter mit vergleichbarem Leistungsangebot auf dem Land. Das beginnt mit den Investitionskosten, setzt sich fort mit anderen Leistungserwartungen der Nutzer und endet bei einer unterschiedlichen Zusammensetzung der Nutzer aufgrund vielfältiger ambulanter Angebote in Städten, die zu einer Konzentration aufwändig zu versorgender Nutzer in großstädtischen Einrichtungen führt. Schließlich ist die Frage, wie weiträumig ein solcher Vergleich regional sinnvoll sein kann. Können z.B. die Einrichtungen in allen Großstädten Deutschlands miteinander verglichen werden? Können nur die Einrichtungen, die innerhalb eines Bundeslandes liegen, miteinander ver-

35) BSG vom 14. Dezember 2000, FEVS 52, 390, hier 395.

36) So stellt das BVerwG fest, dass es sich bei sozialen Hilfen nicht um „marktgängige“ Leistungen handelt, sondern dass die soziale Hilfetätigkeit der öffentlichen Hand im Zusammenwirken mit den freien Trägern der Einrichtungen erfolgt, vgl. Entscheidung vom 1. Dezember 1998, 5 C 29.97, FEVS 49, 345, hier 351 = NDV-RD 1999, 32 = BVerwGE 108, 47.

glichen werden? Erschwerend kommt hinzu, dass eventuell angestellte Vergleiche, etwa im Rahmen von Benchmarking-Projekten, kaum dazu geführt haben, Entgelte anzuheben, sondern immer eine Orientierung an den untersten Entgelten seitens der Kostenträger erfolgte. Die Erfahrungen zeigen, dass von beiden Seiten, die zu vergleichenden Einrichtungen sehr interessengeleitet ausgewählt werden, weil es keine objektiven Kriterien dafür gibt, was womit verglichen werden soll.

Selbst wenn es vergleichbare Einrichtungen geben sollte, ist zu fragen, was verglichen werden soll: die Gesamtvergütung, nur die Grund- oder nur die Maßnahmepauschale? Sicherlich kann es nicht sinnvoll sein, ausschließlich die Maßnahmepauschale zu vergleichen, weil die Zuordnung der einzelnen Kosten zur Grund- und zur Maßnahmepauschale von Land zu Land unterschiedlich geregelt ist (üblicherweise in den Landesrahmenverträgen nach § 79 Abs. 1 SGB XII). Deshalb wäre hier nur ein Vergleich der beiden zusammenaddierten Pauschalen sinnvoll. Schließlich wird in der Praxis der Investitionsbetrag weitgehend einrichtungsindividuell ermittelt, da diese Beträge trotz gleicher Qualität stark abhängig sind vom Bauzeitpunkt mit seinen unterschiedlichen Baupreisen und Finanzierungskosten. *Zumindest für Investitionskosten, die in der Vergangenheit vom SHTr anerkannt worden waren, muss es hier einen Vertrauensschutz geben.*³⁷ Andererseits ist festzustellen, dass es genau das unternehmerische Risiko bei einer Investition ist, zum falschen Zeitpunkt mit überhöhten Bau- und Finanzierungskosten investiert zu haben mit der Folge, dass die Refinanzierung dieser Kosten über den Marktpreis nur teilweise möglich ist. Ähnlich wird auch immer wieder in Bezug auf die Zusammensetzung des Personals argumentiert. Ein aus älteren Mitarbeitern zusammengesetztes Team sei aufgrund höherer Vergütungen unter dem Strich teurer, als die neu eingestellten jüngeren Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter eines anderen Anbieters. Unseres Erachtens sind dies alles keine Argumente, die im Ergebnis eine unterschiedliche Preisgestaltung rechtfertigen.³⁸ Das Gesetz und die Rechtsprechung geht auch wohl eher von einem Vergleich der Gesamtvergütung aus, weil diese als Gesamtpreis auf dem „Markt“ erscheint.

In Bezug auf Vergleichbarkeit heißt es in § 75 Abs. 2 Satz 3 SGB XII: „Sind Einrichtungen vorhanden, die in gleichem Maße geeignet sind, hat der Träger der Sozialhilfe Vereinbarungen vorrangig mit Trägern abzuschließen, deren Vergütung bei vergleichbarem Inhalt, Umfang und Qualität der Leistung nicht höher ist als die anderer Träger.“ Entscheidend bei dieser Vorschrift ist, dass von den TrdE immer im Plural gesprochen wird. Nun sind die Vergütungen aber nie punktgenau identisch. Sie weichen praktisch immer voneinander ab. Insofern spricht das BVerwG zur Recht von einer gewissen „Bandbreite“ der Vergütungen. Bei der Feststellung dieser Bandbreite hat z.B. das OVG Lüneburg als sachgerecht anerkannt, jeweils das höchste und das niedrigste Entgelt nicht zu berücksichtigen, „weil vereinzelte „Ausreißer“ nach oben oder nach unten nicht die zugrunde zu legende Bandbreite üblicher Entgelte und damit den marktgerechten Preis maßgeblich beeinflussen dürfen“.³⁹

Diese Bandbreite kann – gerade in der Eingliederungshilfe – erhebliche Ausmaße haben und bis zu 50 % und mehr betragen. Selbst bei gut vergleichbaren Einrichtungen der Hilfe zur Pflege kann die Bandbreite durchaus 15 % oder 20 % zwischen der auf diese Weise ermittelten oberen oder unteren Grenze betragen. Nur wenn ein TrdE sich mit seinem Entgeltangebot unterhalb oder ganz in der Nähe der unteren Grenze dieser Bandbreite bewegt, ist dies vom SHTr ohne weitere Prüfungen zu akzeptieren. Wenn er sich aber irgendwo im Feld der Bandbreite bewegt und jetzt einen höheren Preis durchsetzen will, gibt es dafür kaum Argumente. Das BVerwG geht in diesem Fall von einem weiteren Vergleich aus, dem „internen Vergleich“. Hier wird – ganz im Sinne des alten Selbstkostendeckungsprinzips – ein Vergleich in der Entwicklung einzelner Kostenbestandteile vorgenommen, also z.B. Entwicklung der Personalkosten, der Sachkosten, der Finanzierungskosten. In diesem Zusammenhang ist eine Feststellung des BVerwG irritierend, die sich auf die Prospektivität der Vereinbarungen bezieht: „Auf der Grundlage des prospektiven Entgeltsystems sollen Einrichtungen daher nicht gezwungen werden, die von ihnen erwarteten Leistungen unterhalb ihrer Gestehungskosten anzubieten ... Selbstkosten sind folglich, sofern sie den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit entsprechen, auch bei prospektiven Pflegesätzen die Untergrenze des festzusetzenden Entgelts.“⁴⁰ Würde man diese Äußerung isoliert betrachten, würde dies ein Zurück zum Selbstkostendeckungsprinzip bedeuten. Denn natürlich mussten die Entgelte auch unter dem alten Selbstkostendeckungsprinzip den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit entsprechen. Wenn vergleichbare TrdE grundsätzlich gleiche Leistungen zu einem niedrigeren Preis anbieten, dann können die Selbstkosten nach dem geltenden Recht gerade kein Maßstab mehr sein und es ist durchaus denkbar, dass ein TrdE für eine gewisse Zeit gezwungen ist, die von ihm erwartete Leistung unter den Gestehungskosten anzubieten – so lange, bis er in seinem Betrieb entsprechende Rationalisierungs- und Organisationsmaßnahmen umgesetzt hat, die es ihm ermöglichen,

37) Zum Zusammenhang zwischen der Übernahme der betriebsnotwendigen Investitionsaufwendungen nach § 75 Abs. 5 Satz 3 SGB XII und dem Recht, nicht durch Landesmittel geförderte Investitionen nach § 82 Abs. 4 SGB XI weiterberechnen zu dürfen, vgl. BVerwG vom 20. September 2001, FEVS 53, 504; zur Nicht-Anrechnung subjektbezogener Förderung des Nutzers auf die Investitionsaufwendungen des TrdE vgl. OVG Lüneburg vom 22. Januar 2003, 4 LC 146/02, zu finden unter www.dbovg.niedersachsen.de; der SHTr darf eine Vereinbarung zur Übernahme gesondert berechneter Investitionskosten nach § 75 Abs. 5 Satz 3 SGB XII i.V. mit § 82 Abs. 4 SGB XI nicht mit der Begründung ablehnen, der Abschluss einer solchen Vereinbarung mit dem TrdE, der nicht nach Landesrecht gefördert wird, sei generell unwirtschaftlich – vgl. OVG Münster vom 26. April 2004, NDV-RD 2005, 15 = ZfSH/SGB 2005, 79; zum Verhältnis von § 75 Abs. 5 Satz 3 SGB XII i.V. mit § 82 Abs. 4 SGB XI vgl. auch OVG Weimar vom 10. Dezember 2003, FEVS 55, 485.

38) Die Personalkosten sind auch für das BSG kein Orientierungsmaßstab, vgl. BSG vom 14. Dezember 2000, FEVS 52, 390, hier 396. Nach altem Recht vor 1994 war der SHTr verpflichtet, tarifumstellungsbedingte Personalkostenerhöhungen nach dem Selbstkostendeckungsprinzip zu berücksichtigen, vgl. BVerwG vom 20. Juli 2000, FEVS 52, 1.

39) OVG Lüneburg vom 24. August 2005, NDV-RD 2005, 114, hier 118, 119.

40) BVerwG vom 1. Dezember 1998, 5 C 17.97, FEVS 49, 337 hier 343 = NDV-RD 1999, 34 = BVerwGE 108, 47.

auch bei einem niedrigeren Preis seine Kosten zu decken oder sogar einen Gewinn zu erwirtschaften⁴¹.

Im Übrigen führt der interne Vergleich zu den aus der Zeit der Selbstkostenabrechnung bekannten Problemen der Prüfung und Beurteilung der einzelnen Kostenarten und Kostenhöhen durch den SHTr. Hier stellt das BSG mit einer gewissen Berechtigung fest, dass mögliche Rationalisierungspotenziale von einrichtungsexternen Personen kaum erkannt werden können.⁴² Wie soll bei einem internen Vergleich die Entwicklung der Personalkosten beurteilt werden, wenn der TrdE ein aktives Personalmanagement betreibt, wie sind Regiekosten zu bewerten, wie geht man mit neu anfallenden Kosten um, etwa mit Marketingkosten? Wie sieht es aus, wenn z.B. durch Investitionskosten in EDV der Verwaltungs- und Dokumentationsaufwand deutlich verringert wird und dadurch Personalkosten eingespart werden? Insofern führt ein zeitlicher Vergleich einzelner Kostenarten mit Bezugspunkten in der Vergangenheit immer zu einer statischen Betrachtungsweise. Nur wenn sich in dem Betrieb nichts geändert hat und wenn die Kostenentwicklung den allgemeinen Entwicklungen von Löhnen und Preisen im Verlauf mehrerer Jahre entspricht, kann ein interner Vergleich zu validen Ergebnissen führen. Damit wird eine statische Betriebsführung gefördert, die gerade nicht der Zielsetzung des Gesetzes entspricht.

Als dritter Begriff wird vom BVerwG der „marktgerechte“ Preis eingeführt. Dieser soll gelten, wenn der TrdE nicht darlegen kann, der günstigste Anbieter zu sein. In diesem Fall „kann er ... nur berücksichtigt werden, wenn der von

ihm gewünschte Pflegesatz innerhalb der Bandbreite der Entgelte für vergleichbare Leistungen anderer Einrichtungen liegt („marktgerechte“ Preis).“⁴³ Eine derartige Aussage kann doch nur bedeuten, dass Leistungsentgelte, die sich innerhalb der Bandbreite vergleichbarer Angebote bewegen, als marktgerechte Preise vom SHTr anzuerkennen sind, zumindest dann, wenn sie den übrigen gesetzlichen Voraussetzungen entsprechen. Das ist aber in der Praxis nicht der Fall. Der SHTr stimmt einer Entgelterhöhung um 5 % natürlich nicht zu, auch wenn das erhöhte Entgelt ebenfalls innerhalb der Bandbreite vergleichbarer Entgelte liegt. Und umgekehrt stimmt auch ein TrdE einem entsprechenden Absenkungsverlangen des Kostenträgers nicht zu. Insofern führt der Begriff des „marktgerechten“ Preises nicht zu einem konkreten Ergebnis.

3. Alternativen und Entwicklungsperspektiven unter den bestehenden gesetzlichen Regelungen

Die Schwierigkeiten, einen konkreten Preis zu vereinbaren, verringern sich natürlich, wenn die Bandbreite des Preiskorridors vergleichbarer Einrichtungen deutlich verkleinert wird. Diesen Weg sind die Vertragspartner in Niedersachsen gegangen. Dort ist ein Landesrahmenvertrag zur Vergleichbarkeit geschlossen worden, der ab dem 1. Januar 2002 in Kraft ist. Ziel dieses Vertrages ist es, die Bandbreite des Preiskorridors für vergleichbare Leistungen – sortiert jeweils nach Leistungstypen – von zunächst 100 % im Zuge einer Übergangszeit von fünf Jahren auf 25 % zu verringern. Die nachfolgende Grafik verdeutlicht diesen Anpassungsprozess.

Korridormodell (Grund- und Maßnahmepauschale)



41) So im Ergebnis auch das OVG Hamburg in einer Nichtzulassungsbeschwerde, Beschluss vom 9. Mai 2006, 4 Bf 326/04, bei der Anwendung des „internen Vergleichs“ ist nicht immer eine klare Abgrenzung zum Selbstkostendeckungsprinzip zu erkennen, vgl. z.B. LSG Darmstadt, Urteil vom 26. Januar 2006, L 8/14 P 18/04; VG Leipzig vom 19. Februar 2004, 2K 1430/03.
 42) BSG vom 14. Dezember 2000, FEVS 52, 390, hier 395.
 43) BVerwG vom 1. Dezember 1998, 5 C 17.97, FEVS 49, 337, hier 345 = NDV-RD 1999, 34 = BVerwGE 108, 47.

Liegt die Bandbreite der Preise für Grund- und Maßnahmepauschale beispielsweise für das betreute Wohnen von geistig-mehrfachbehinderten Menschen zum Ausgangszeitpunkt zwischen 90,- € und 130,- €, so liegt sie am Ende des Anpassungszeitraums nur noch zwischen 105,- € und 115,- €. Jenseits vieler Probleme, die sich auch bei der Umsetzung dieses Vertrages ergeben, halten wir ein solches Verfahren grundsätzlich für richtig und gegenüber beiden Vertragspartnern für fair. Die Preisfindung wird damit erheblich vereinfacht, weil der Korridor der Bandbreite deutlich enger wird. Selbstverständlich muss es möglich bleiben, für besondere Leistungen, die nicht dem Vergleich unterliegen, gesonderte Zusatzentgelte zu vereinbaren. Perspektivisch wäre es durchaus denkbar, diesen Korridor weiter zu verkleinern. Auf diesem Wege würden Standardentgelte vereinbart, die für gleiche Leistungen grundsätzlich gegenüber allen TrdE gelten – völlig unabhängig davon, ob mit diesen Standardentgelten beim einzelnen TrdE Verluste oder Gewinne entstehen.

Möglich ist es auch, gut begründete Pauschalierungen für grundsätzlich gleichartige Leistungsbestandteile zu vereinbaren. Dabei müssten diese Pauschalen zunächst rechnerisch sorgfältig ermittelt werden. In einem zweiten Schritt wäre eine empirische Überprüfung erforderlich, ob diese Pauschalen auch in der Wirklichkeit wiederzufinden sind. Auch hier wären zeitliche Anpassungsprozesse denkbar, während derer die einrichtungsindividuell nach oben oder unten abweichenden Preise oder Preisbestandteile dieser Pauschale angepasst werden.

Derartige Pauschalierungen sind leistungsspezifisch und einrichtungstypenübergreifend denkbar. Eine Pauschalierung könnte beispielsweise für Bestandteile oder auch die vollständige Grundpauschale erfolgen. So könnte etwa in der stationären oder teilstationären Versorgung ein einheitlicher Betrag für die Versorgung mit Essen ermittelt werden, allerdings bezogen auf den individuellen LB unter Berücksichtigung eines ebenfalls pauschalierten ernährungsbedingten Mehrbedarfs analog § 30 Abs. 5 SGB XII. Denkbar wäre es auch, eine Pauschalierung der Nebenkosten der Unterkunft vorzunehmen, für Reinigung der Räume, Wäsche, Versorgung mit Wasser und Energie, Entsorgung von Wasser und Abfall, anteilige Kosten für Leitung und Verwaltung. Dabei könnten die Heizkosten u.U. nach Alter und Qualität der Bausubstanz differenziert werden, wenn hier zu große Abweichungen festgestellt werden. Andererseits würde ein einheitlicher Heizkostenanteil ein Anreiz zu unternehmerischem Handeln sein, die realen Heizkosten durch Investitionen in Dämmung zu verringern. Im Ergebnis käme man so auf wenige – ebenfalls pauschalisierte – Bestandteile der Grundpauschale, die sich dann entsprechend der Zusammensetzung der Nutzer und der Bausubstanz für den einzelnen TrdE nach einheitlichen Gesichtspunkten zusammen setzt.

Pauschalierungen sind auch im Rahmen der verschiedenen Maßnahmepauschalen möglich. Entscheidend ist, dass die Leistungsvereinbarung so differenziert ist, dass sie die verschiedenen Leistungstypen so sorgfältig abbildet, dass sie weitgehend homogen in ihrer Kostenstruktur zu erbringen

sind. Damit würden für Standardmaßnahmen Standardpreise vereinbart, die um individuell notwendige Zuschläge ergänzt werden könnten. Denkbar wäre es auch die Hilfeleistung kostenmäßig zu modularisieren und in Abstimmung mit dem individuellen Hilfeplan vereinbarte Leistungskomplexe zu Standardpreisen zu erbringen. Der individuell unterschiedliche Hilfebedarf der einzelnen LB muss über sorgfältige Begutachtung, im Rahmen der Gesamtplanung zum Beispiel nach § 58 SGB XII erfolgen, in dem der qualitative und quantitative Hilfebedarf festgelegt wird. Der Bedarf könnte dann über Fachleistungsstunden erbracht werden, die – unterschiedlich nach der Qualifikation der helfenden Personen – nach Standardpreisen abgerechnet werden. Dabei sollten die Erfahrungen aus der Pflegeversicherung berücksichtigt werden, dass eine zu weitgehende Aufteilung in Leistungskomplexe, die „weichen“ Bestandteile der Hilfe wie Zuwendung, Kommunikation usw. strukturell benachteiligt, so dass diese dann unter den Tisch zu fallen drohen. Insofern muss bei dieser Form der Pauschalierung eine sorgfältige Abwägung der Vor- und Nachteile für den LB erfolgen. Andererseits ist ein modularer Aufbau des Hilfeangebots auch im Rahmen des persönlichen Budgets nach § 57 SGB XII i.V.m. § 17 SGB IX erforderlich, damit der LB die seinem Bedarf entsprechenden Hilfen im Rahmen seines Wunsch- und Wahlrechts zusammenstellen kann.

Das Ergebnis dieser verschiedenen Verfahren wäre in jedem Fall, für gleiche Leistungen zu gleichen Preisen zu kommen. Es wären standardisierte Preise auf der Grundlage von Verträgen. Sie ähneln damit den „administrierten“ Preisen, die im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben mit dem System der DRG's (Diagnostic Related Groups) in die Krankenhausfinanzierung eingeführt worden sind.⁴⁴

Einer solchen Pauschalierung, die zu standardisierten Preisen führt, kann man allerdings nur zustimmen, wenn einrichtungsindividuelle Abweichungen verhandelbar bleiben, für spezielle Leistungsangebote, die nur von dieser Einrichtung erbracht werden oder für Leistungen, die nur für einen einzelnen LB erbracht werden müssen. Spezielle Leistungsangebote müssen vom TrdE sorgfältig beschrieben, sachlich begründet (etwa durch entsprechende wissenschaftliche Nachweise) und qualitativ und quantitativ nachvollziehbar erbracht werden. Nur dann dürften sie eine Chance haben vom SHTr im Rahmen eines Zusatzentgelts finanziert zu werden.

Entscheidend bei einem solchen System pauschalierter Standardvergütungen ist die Messung der Leistung. Das mag bei der quantitativen Messung der erbrachten Leistung – etwa der Fachleistungsstunde – noch relativ einfach sein, wird aber bei der qualitativen Messung der Leistung wesentlich schwieriger. Die Methode der Leistungsmes-

44) Zum aktuellen Stand vgl. den Bericht im Deutschen Ärzteblatt vom 9. Januar 2006, S. 13, zu finden im Internet unter www.aerzteblatt.de. Im Rahmen des DRG-Systems gilt übrigens eine ebenfalls fünfjährige budgetneutrale Angleichungsphase für die Krankenhäuser.

sung, die Leistungsdokumentation und der Leistungsnachweis müssen so präzise sein, dass auch die auf die Leistung entfallenden Kosten ermittelt werden können, um die Pauschalen weiter entwickeln zu können. Zur Messung der Qualität der Leistung sollten auch in regelmäßigen Abständen durchgeführte Befragungen der Nutzer über ihre Zufriedenheit und ihre Einschätzung der Leistung gehören.

Schließlich müsste die Laufzeit der geschlossenen Verträge deutlich verlängert werden, beispielsweise auf einen Zeitraum von fünf Jahren. Außerdem müssten beide Vertragspartner akzeptieren, dass es auch bei der Erbringung sozialer Dienstleistungen legitim ist, Gewinne zu erzielen. Ein solcher Wandel in den Köpfen der Verhandlungspartner, vor allem auf Seiten der Kostenträger, würde längerfristig dazu führen, dass es sich für die TrdE lohnt, innovativ zu sein, innovativ sowohl in Bezug auf die Qualität und die fachliche Weiterentwicklung des Leistungsangebots als auch innovativ in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit. Die Möglichkeit, Gewinne zu erzielen und behalten zu dürfen, motiviert wirtschaftlich arbeitende Organisationen dazu, vorhandene Reserven auszuschöpfen, Arbeitsabläufe zu optimieren und Kapital zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit einzusetzen. Demgegenüber begünstigen kurzfristige Verträge und Kostendeckungsdenken veränderungsfeindliche Strukturen, die auf Dauer auch nicht zu Kostensenkungen führen. Längerfristig „rechnet“ sich deshalb eine solche Strategie auch für die Kostenträger.

In den Verhandlungen über die Leistungsvereinbarung steht heute die Strukturqualität im Vordergrund, sicherlich weil sie vergleichsweise leicht zu beschreiben und nachzuweisen ist. Eine vernünftige Strukturqualität führt aber nicht automatisch zu einer guten Ergebnisqualität. Die Festschreibung von Personalschlüsseln und Qualifizierungsstandards kann auch Innovationen verhindern, weil sie nicht honoriert werden. Deshalb sollte der Fokus seitens der TrdE viel stärker auf die Ergebnisqualität gelegt werden und Fragen der Struktur in die alleinige Verantwortung der TrdE übergehen. Damit wären die TrdE wesentlich flexibler in der Einsatzplanung von Personal, müssten aber im Interesse der Nutzer für eine gute Ergebnisqualität sorgen und diese auch nachweisen. Bestandteil einer guten Qualität ist es auch, sowohl das Leistungsgeschehen als auch die Preise für den Nutzer sehr viel transparenter zu machen. So ist die Regelung in § 7 Abs. 3 SGB XI, nach der die Pflegekassen eine Liste mit allen stationären und ambulanten Pflegedienstleistern und deren Preisen (Leistungs- und Preisvergleichsliste) für die Versicherten vorzuhalten haben, aus unserer Sicht sinnvoll. Im Rahmen des persönlichen Budgets sind diese Informationen ohnehin zwingend erforderlich, damit der LB verantwortungsvoll im Rahmen des Budgets die von ihm gewünschten Leistungen auswählen kann.

Im Rahmen der Vertragsverhandlungen zwischen den TrdE mit dem SHTr ist ein Informationsgefälle zu beobachten. Während dem SHTr die Daten aller Anbieter vorliegen und er gezielt und interessengeleitet unter den verschiedenen Anbietern für die von der Rechtsprechung vorgeschriebenen Vergleiche auswählen kann, gibt es diese Informatio-

nen auf Seiten der TrdE in der Regel nicht, zumindest nicht so umfassend. Das ist angesichts der Konkurrenzsituation unter den TrdE nicht verwunderlich. Dennoch kann eine erfolgreiche Verhandlungsstrategie, auch und vor allem wenn es um die Durchsetzung der Interessen vor der Schiedsstelle oder dem Gericht geht, nur auf der Grundlage umfassender Information erfolgreich sein. Vor allem müssen über die Leistungen und die Entgelte der anderen Anbieter möglichst genaue Informationen vorliegen. Deshalb raten wir den TrdE, obwohl sie regional in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen, die wesentlichen Betriebsdaten untereinander auszutauschen. Dazu ist ein erheblicher Vertrauensvorschuss erforderlich, der sich aber lohnt, wenn ehrliche Daten geliefert werden und diese den Kreis der Vergleichsteilnehmer nicht verlassen. Teilweise gelingt dies auf der Ebene des einzelnen Wohlfahrtsverbandes, zum Teil auch auf der Ebene der Landesarbeitsgemeinschaften oder Ligen der freien Wohlfahrtspflege.

4. Ausblick

Neben den von uns dargestellten Alternativen und Entwicklungsperspektiven auf der Grundlage der geltenden gesetzlichen Regelungen könnte auch der Gesetzgeber Veränderungen vorzunehmen. Beispielsweise könnte § 5 HeimG so geändert werden, dass es den TrdE möglich wird, mit Nutzern, die keine Sozialhilfeleistungen erhalten, Preise freier aushandeln zu können. Außerdem wäre zu überlegen, wie die Nutzer an den Vertragsverhandlungen zwischen SHTr und TrdE beteiligt werden könnten. Das ist besonders im Bereich des SGB XI von großer Bedeutung, da die große Mehrzahl der Nutzer die ausgehandelten Preisveränderungen zu bezahlen haben.⁴⁵ Schließlich könnten die Prüfvereinbarungen ausschließlich auf die Überwachung der Quantität und der Qualität der Leistungen konzentriert werden. Denkbar wäre es aber auch, alternative Preisfindungsmodelle, etwa administrativ festgesetzte Preise⁴⁶ oder völlig freie Marktpreise, gesetzlich vorzuschreiben.

In den bisherigen Diskussionen und Verhandlungen ist der Fokus häufig auf die einzelne Einrichtung und deren Angebot gerichtet worden. Nachdem der grundsätzliche Vorrang ambulanter Leistungen eindeutig im Gesetz verankert ist, lohnt es sich, noch stärker als in der Vergangenheit, Vergleiche – auch einzelner Leistungsbestandteile wie Verpflegung, Wohnen, Maßnahmekosten usw. – zwischen

45) Von den insgesamt 2,077 Millionen Pflegebedürftigen zum Jahresende 2003 erhielten 1,090 Millionen Personen stationäre (0,64 Millionen) oder ambulante (0,45 Millionen) Pflegeleistungen. Ende 2002 erhielten 185.000 Pflegebedürftige stationäre und 61.000 Pflegebedürftige ambulante Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII. Von den stationär versorgten Pflegebedürftigen erhalten also weniger als 30 % und von den ambulant versorgten weniger als 15 % der Betroffenen ergänzende Sozialhilfeleistungen.

46) Beispiel hierzu könnten die Regelungen im SGB V zur Krankenhausfinanzierung sein. Gegenstand einer solchen Gesetzgebung wäre es, gesetzlich festzulegen, wie es zu Standardpreisen für Standardleistungen kommt. Im Gesetz müsste dazu definiert sein, welche empirischen Grundlagen herangezogen werden müssen, um zu den Standardpreisen zu kommen.

ambulanten und stationären Angeboten anzustellen. Denkbar ist es auch, Anregungen aus anderen „Mindestsicherungssystemen“ wie z.B. dem Unterhaltsrecht oder dem Pfändungsrecht, aufzunehmen – vor allem im Hinblick auf Pauschalierungen. Schließlich wäre es vor allem eine Aufgabe der TrdE, Systeme zu entwickeln, mit deren Hilfe die Wirtschaftlichkeit und die Qualität der erbrachten Leistungen noch besser nachgewiesen werden kann.⁴⁷ Das könnte in enger Kooperation mit Hochschulen und Universitäten erfolgen. Denn für die Zukunft ist – auch unter Berücksichtigung der Entwicklung auf der Ebene der Europäischen Union mit einem freien Dienstleistungsverkehr –

eher mit einem verstärkten Wettbewerb zu rechnen. Wettbewerbsvorteile haben die Anbieter, die eine gute Qualität zu angemessenen Preisen anbieten und dies auch nachweisen können.

47) Engel/Schmitt-Schäfer stellen in NDV 2004, 9 (10) fest: „Für die Eingliederungshilfe in Deutschland kann der Nachweis einer wirtschaftlichen Leistungserbringung nicht geführt werden.“ – das liege vor allem an dem Informationsdefizit über die Kompetenzen und Hilfebedarfe des LB und die fehlende konkrete Zielsetzung bei der Hilfeleistung.

Neuerscheinungen

Controlling in der offenen Jugendarbeit

Grundlagen und Verfahren, dargestellt an modellhaften Prozessen in der Praxis

Herausgegeben von Heinz-Jürgen Dahme und Titus Simon
2006, 132 Seiten, kart., 19,70 €, für Mitglieder 14,80 € (zzgl. Versandkosten)
ISBN 3-89983-150-0

Reihe Jugend und Familie (J 6)

Die fachlichen und wirtschaftlichen Steuerungsanforderungen an die kommunale Sozialverwaltung haben sich in den letzten Jahren gravierend gewandelt und in der Folge ändern sich auch Aufgabenplanung, Aufgabenerledigung und Organisationsstrukturen der freien Träger. Die Prozesse sind zum einen durch die seit einiger Zeit verbindlich vorgeschriebenen Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsvereinbarungen ausgelöst worden; zum anderen erfordert die Übertragung von Steuerungsaufgaben auf die Sozial- und Jugendhilfeplanung die Entwicklung neuer Steuerungsinstrumente. Insbesondere die Einführung des Controllings stellt die sozialen Dienste und Einrichtungen vor große Herausforderungen.

Die Arbeitshilfe wurde auf der Basis eines gemeinsam mit der Landeshauptstadt Magdeburg durchgeführten modellhaften Praxisversuchs entwickelt. Sie stellt Controllingkonzepte anhand der offenen Jugendarbeit vor und soll dazu beitragen, dass sich Sozialverwaltung und freie Träger in gemeinsamer Verantwortung der neuen Aufgabe Controlling stellen.

In theoretisch-konzeptionellen Ausführungen und Praxisbeispielen werden die Grundlagen und Verfahren vorgestellt. Es wird gezeigt, dass Controlling für die lokale Sozialpolitik nicht nur die Implementierung von Verfahren der Finanzkontrolle, des monetären Ressourcenflusses oder der Wirtschaftlichkeitsprüfung bedeutet. Vielmehr geht es um strategische Aufgaben der Kommunen und darum, kooperative Controllingsysteme für ein gemeinsames Arbeiten vor Ort zu entwickeln.

Die Arbeitshilfe richtet sich an Kommunalverwaltungen, Praktiker/innen der sozialen Arbeit, Jugendhilfeplaner/innen und Institutionen der Aus-, Fort- und Weiterbildung.

Bestellungen für Mitglieder des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e.V. direkt bei:
Cornelsen Verlagskontor, Herrn Thomas Ulber,
Tel. 0521/97 19-121, Fax 0521/97 19-206,
E-Mail: thomas.ulber@cvk.de

Bestellungen für Nichtmitglieder direkt bei:
VSTP – Verlag Soziale Theorie & Praxis,
Tel. 0209/319 04 35, Fax 0209/818 22 74,
E-Mail: order@vstp.de



Deutscher Verein
für öffentliche und private Fürsorge e.V.
Michaelkirchstraße 17/18, 10179 Berlin
Tel. (0 30) 6 29 80-0, Fax (0 30) 6 29 80-150
E-Mail: hally@deutscher-verein.de