

Veröffentlicht in: RsDE 66 (2008), S.27 - 55

## **Entbürokratisierung des sozialrechtlichen Leistungserbringungsrechts**

### **Einleitung**

---

Seit einiger Zeit hat der Gesetzgeber erkannt, dass er die im Gesundheitswesen überbordende Bürokratisierung abbauen muss, wenn er verhindern will, dass die Verwirklichung der sozialen Rechte der darauf angewiesenen hilfebedürftigen Personen durch bürokratische Hemmnisse behindert, verzögert und unnötig verteuert werden. Die bedarfsgerechte Verwirklichung der sozialen Rechte der darauf angewiesenen Menschen hängt neben der gesetzlichen Ausgestaltung der Sozialleistungen entscheidend von den Akteuren des sozialrechtlichen Leistungserbringungsrechts und den für sie geltenden Rahmenbedingungen ab<sup>1</sup>. In der sozialpolitischen Diskussion wird übersehen, dass die vielfach anzutreffenden unklaren und widersprüchlichen Normbefehle des Gesetzgebers an die Akteure des sozialrechtlichen Leistungserbringungsrechts mit ursächlich sind für bürokratische Blockaden. Im Leistungserbringungsrecht hat der Gesetzgeber unter Beachtung des Grundrechtes auf freie Berufsausübung (Art.12 GG) die Gestaltung der Erbringung von Sozialleistungen in die Verantwortung der Vertragsparteien gelegt. Wenn der Gesetzgeber im Leistungserbringungsrecht einen von den Akteuren zwingend zu beachtenden Rahmen für die Aushandlung von Vereinbarungen im Gesetz vorgibt, muss der Rahmen tauglich sein. Dass Vereinbarungsverfahren muss geeignet sein, auf schnelle ressourcenschonende Weise für beide Seiten „zeitnah sachlich tragfähige und konsensfähige Kompromisse“<sup>2</sup> zur bedarfsgerechten Verwirklichung der sozialen Rechte zu erzielen.

Vergütungsverhandlungen, Schiedsstellen- und Gerichtsverfahren zeigen aber, dass das sozialrechtliche Leistungserbringungsrecht in SGB VIII, SGB XI, SGB XII in hohem Maße mit unklaren und widersprüchlichen Normbefehlen durchsetzt ist. Die fehlende Bereitschaft des Gesetzgebers, die längst erkannten Missstände zu beseitigen, ist neben fiskalischen Gründen mit dafür ursächlich, dass Verhandlungen unnötig verzögert, verlängert, verhindert werden oder häufig unbefriedigende Ergebnisse hervorbringen. Das Recht treibt die Vertragsparteien in ausweglose Situationen und verhindert, dass sie der ihnen zuerkannten Verantwortung für den Vollzug der Gesetze gerecht werden können<sup>3</sup>.

### **Aufspaltung der Vertragsinhalte in verschiedene Verträge**

---

Im Vorfeld der Einführung der Pflegeversicherung hat der Gesetzgeber im Jahre 1994 damit begonnen, nicht nur für das neue SGB XI sondern auch für das Sozialhilfe- und Kinder- und Jugendhilfe-recht ein ausführliches Leistungserbringungsrecht im positiven Recht zu verankern. Das neue Leistungserbringungsrecht ist unter anderem dadurch gekennzeichnet, dass die notwendigen Inhalte des zentralen leistungserbringungsrechtlichen Vertrages zwischen Einrichtung und Sozialleistungsträger in verschiedenen Verträgen geregelt werden sollen und somit voneinander abhängige notwendigerweise homogene Regelungsinhalte auf verschiedene Vertragstypen und damit gleichzeitig häufig auch getrennten Vereinbarungsverfahren aufgespalten werden:

---

<sup>1</sup> Dies kommt in § 1 Abs.2 und § 17 SGB I, deren Bedeutung von Praxis und Rechtsprechung leider häufig unterschätzt werden, zum Ausdruck.

<sup>2</sup> Die Vorsitzenden und Geschäftsstellenleiter/innen der Schiedsstellen nach § 76 SGB XI und § 80 SGB XII, Sozialrechtliche Schiedsstellen im Sozialgesetzbuch:Vorschläge für eine verbesserte rechtliche Ausgestaltung, NDV 2006, 302

<sup>3</sup> Viele abgeschlossene Verträge sind weit davon entfernt, die inhaltlichen Anforderungen des Gesetzes zu erfüllen. In Rheinland-Pfalz konnten sich die Beteiligten von Rahmenverträgen nach § 79 SGB XII bis heute (10 Jahre nach Inkrafttreten der Reform der §§ 93 ff BSHG!) nicht auf taugliche Rahmenverträge verständigen.

	Vertragsgegenstände		
	Leistung	Vergütung	Qualitätsprüfung
<b>SGB VIII</b>	Leistungsvereinbarung (§ 78b Abs.1 Nr.1 SGB VIII)	Entgeltvereinbarung (§ 78b Abs.1 Nr.2 SGB VIII)	Qualitätsentwicklungsvereinbarung (§ 78b Abs.1 Nr.3 SGB VIII)
	Vereinbarungen nach § 77 SGB VIII (mit Landesrechtsvorbehalt)		
<b>SGB XI</b>	Versorgungsvertrag (§ 72 SGB XI)	Pflegesatzvereinbarung (§ 85 SGB XI und 86 SGB XI)	Leistungs- und Qualitätsvereinbarung (§ 80a SGB XI)
stationäre Leistungen	Leistungs- und Qualitätsvereinbarung (§ 80a SGB XI)	Entgelte für Unterkunft + Verpflegung (§ 87 i.V.m. § 85 Abs.3 und 4 und §§ 85, 86 SGB XI)  Investitionsbetragsvereinbarung (§§ 75 Abs.5 S.3 i.V.m. § 82 Abs.4 SGB XI und §§ 75 ff SGB XI)	
ambulante Leistungen	Versorgungsvertrag (§ 72 SGB XI)	Vergütungsvereinbarung (§ 89 i.V.m. § 85 SGB XI und § 86 SGB XI)  Investitionsbetragsvereinbarung (§ 75 Abs.5 S.3 i.V.m. § 82 Abs.4 SGB XI und §§ 75 ff SGB XI)	
<b>SGB XII</b>	Leistungsvereinbarung (§ 75 Abs.3 Nr.1 SGB XII)	Vergütungsvereinbarung (§ 75 Abs.3 Nr.2 SGB XII)	Prüfungsvereinbarung (§ 75 Abs.3 Nr.3 SGB XII)

Alle Verträge sind in der Regel von den betroffenen Einrichtungen mit den im Gesetz genannten Sozialleistungsträgern abzuschließen. Bei allen Verträgen sind im Gesetz zusätzlich auch vorstrukturierende auf Landes- oder Bundesebene abzuschließende Rahmenverträge vorgesehen. Damit ergibt sich, dass bei der Aufspaltung der Vertragsregelungen die horizontale von der vertikalen unterschieden werden kann. Während bei der horizontalen Aufspaltung die verschiedenen Vereinbarungsebenen (Vereinbarungen auf Einrichtungsebene, Rahmenverträge auf Landes- und Bundesebene) gemeint sind, sind bei der vertikalen Aufspaltung die verschiedenen Sachbereiche<sup>4</sup> zu unterscheiden. Mit Fragen der Vertragsgestaltung und Vertragsanwendung befasste Praktiker wissen, welche hohen Anforderungen eine so weit gehende mehrdimensionale Aufspaltung der Vertragsgegenstände und der damit einhergehenden unterschiedlichen Zuständigkeiten an die sprachliche und gestalterische Disziplin der Vertragsverhandler und -anwender stellt. Je weiter eine Aufspaltung betrieben wird, um so häufiger ergeben sich Fehler wie unnötige Wiederholungen, Doppellungen von Gesetzes- und Vertragstext, abweichende Regelungen aus Unkenntnis der bereits getroffenen gültigen Vereinbarungen, widersprüchliche Normbefehle, unbewusste Überschreitung der Zuständigkeit und Verwendung verschiedener Bezeichnungen für den gleichen Gegenstand. Die Tatsache, dass bei vielen Verträgen des sozialrechtlichen Leistungserbringungsrechts ein erschreckend hoher Anteil der Vertragstexte häufig nur aus Wiederholungen von Gesetzestexten besteht, ist nicht unbedingt als Anzeichen professioneller Qualität sondern eher als Beleg für die Unsicherheit der Vertragsparteien zu werten.

Schon der erste Blick auf die Tabelle zeigt, dass insbesondere beim SGB XI die Komplexität durch den Gesetzgeber am weitesten getrieben worden ist. Hier besteht bei den stationären Leistungen die Besonderheit, dass die Inhalte der Leistungsvereinbarung auf zwei Vertragstypen auf der gleichen

<sup>4</sup> § 78b Abs.1 SGB VIII: Entgelte für Leistungsangebote, Entgelte für betriebsnotwendige Investitionen; § 82 Abs.3 u.4, § 85, § 87 SGB XI: Pflegesatz, Investitionsbetrag, Entgelt für Unterkunft und Verpflegung; § 76 SGB XII: Grund-, Maßnahmenpauschale und Investitionsbetrag

Vereinbarungsebene (Versorgungsvertrag und Leistungs- und Qualitätsvereinbarung) verteilt sind, ohne dass dem Gesetz eine hinreichend klare inhaltliche Abgrenzung entnommen werden kann<sup>5</sup>. Hinzu kommt, dass bei den stationären Leistungen die zwischen Pflegeversicherung, Selbstzahler, Sozialhilfeträger und Fördergeber aufgeteilte Kostenträgerzuständigkeit zu einer fragwürdigen „Parzellierung“ des Gesamt-Heimentgeltes führt (siehe unten). Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber trotz der weitgehenden Aufspaltung des Heimentgeltes den für die Berechnung der Sozialhilfeansprüche in § 35 Abs.1 S.2 SGB XII definierten „notwendigen Lebensunterhalt in Einrichtungen“ dennoch vollkommen unabhängig hiervon nach ganz anderen Kriterien bestimmt. Damit wird die Frage aufgeworfen, welchem Zweck die Aufspaltung dann überhaupt dient.

Bei den SGB XI- und SGB XII-Heimentgelten ergeben sich zusätzliche Probleme daraus, dass beim Vertrag zwischen Einrichtung und sozialleistungsberechtigten Heimbewohner (Heimvertrag) die Bestimmungen des Heimrechts zu beachten sind. Die ständig wachsende von den leistungserbringungsrechtlichen Vereinbarungen divergierende verbraucherschutzrechtliche Kasuistik soll an dieser Stelle nicht näher ausgeführt werden<sup>6</sup>. Sie führt jedenfalls zu einer weiteren Bürokratisierung und Verunsicherung bei den Einrichtungen und Heimbewohnern.

Beim SGB VIII-Leistungserbringungsrecht besteht die Besonderheit, dass auf der gleichen Vereinbarungsebene zwei verschiedene Vereinbarungs-Systeme vorgesehen sind, ohne dass erklärbar wäre, warum dies so sein muss und worin der Unterschied zwischen den beiden Systemen besteht. Die Praxis zeigt, dass der für die Vereinbarung nach § 77 SGB VIII vorgesehene Landesrechtsvorbehalt in der Praxis weitgehend ohne Bedeutung geblieben ist und schon aus diesem Grunde eine Differenzierung in zwei Vereinbarungssysteme nicht notwendig erscheint.

## **Folgeprobleme der Aufspaltung**

---

Problematisch an der Aufspaltung ist die Tatsache, dass dabei die in einem Abhängigkeitsverhältnis stehenden Sozialleistungen und Entgelte auf verschiedene Vertragswerke verteilt werden. Dies widerspricht nicht nur den Denkgesetzen der Logik und den Gepflogenheiten im allgemeinen Rechtsverkehr sondern grundlegenden Prinzipien des privaten und öffentlich-rechtlichen Vertragsrechts. Vertragsverhandlungen und die sie ersetzenden Schiedsstellenverfahren sind ohne gesamtwirtschaftliche Betrachtung von Leistung und Gegenleistung nicht denkbar. Niemand würde z.B. beim Kauf einer Sache zuerst einen Leistungsvertrag abschließen um erst danach Verhandlungen über einem Vergütungsvertrag zu führen. Gegen die Aufspaltung wäre nichts einzuwenden, wenn die Vertragsparteien in der Lage wären, die jeweils im Abhängigkeitsverhältnis stehenden Vereinbarungen gleichzeitig und unter den gleichen paritätischen Bedingungen zu vereinbaren. Dies ist aber aus vielen Gründen nicht der Fall.

Zum einen hat der Gesetzgeber selbst im Leistungserbringungsrecht dafür gesorgt, dass für die im Abhängigkeitsverhältnis stehenden Verträge unterschiedliche Rahmenbedingungen gelten. Die Praxis der Pflegesatz- und Schiedsstellenverhandlungen zeigt, dass die gesetzliche Aufspaltung in ganz erheblichem Ausmaß fragwürdigen Fehlentwicklungen Vorschub leistet.

- So werden bei Verhandlungen ständig auf „Nebenkriegsschauplätzen“ Auseinandersetzungen über Vertragsformalien und Verfahrensweisen geführt, was zielführende Verhandlungsergebnisse erheblich erschwert.
- Ständig werden nutzlose juristische Debatten darüber geführt, ob eine Vereinbarung die Anforderung einer Leistungsvereinbarung erfüllt, welche Gegenstände in welchen Vertragswerk zu regeln sind und in welcher Reihenfolge die Gegenstände zu vereinbaren sind.
- So wird auch vor Schiedsstellen immer wieder darüber gestritten, ob die Leistungsvereinbarung vor, nach oder gleichzeitig mit der Vergütungsvereinbarung zu entscheiden ist. Schiedsstellen machen mitunter ihre Entscheidung über die Vergütungshöhe davon abhängig, dass sich die Vertragsparteien vorher „blind“ auf die Qualität der Leistung einigen.
- Sozialleistungsträger wollen Einrichtungen dazu drängen, zunächst nur Leistungsvereinbarungen abzuschließen, obwohl im allgemeinen Rechtsverkehr niemand auf eine solche Idee verfallen würde. Beim Abschluss einer isolierten Leistungsvereinbarung geht die Einrichtung das Risiko ein,

---

<sup>5</sup> siehe zu den besonderen Problemen der Leistungs- und Qualitätsvereinbarung: Plantholz, Markus, Offene Probleme der Leistungs- und Qualitätsvereinbarungen gemäß § 80a SGB XI, RsDE 57, S.22

<sup>6</sup>beispielhaft Griep, Heinrich, Sonden-Urteil des Bundesgerichtshofes – Drahtseilakt zwischen Sozial-, Heim- und Verbraucherschutzrecht, PflR 2005, 53

eine Leistung anzubieten zu müssen, für die es im Fall einer Entscheidung der Schiedsstelle leistungsgerechte Preise nicht erwarten kann.

- Ein Sozialleistungsträger verlangt die inhaltliche Überarbeitung der ausgelaufenen Leistungsvereinbarung, obwohl er nicht darlegen kann, was und in welcher Weise die bisher erfolgreich arbeitende Einrichtung ihre Leistungen anders gestalten soll.
- In vielen Bereichen erfüllen die Vereinbarungen nicht die gesetzlichen Anforderungen bzw. es sind taugliche Vereinbarungen bis heute nicht zustande gekommen<sup>7</sup>.

Die im folgenden noch darzustellende Rechtsprechung zeigt darüber hinaus, dass vor allem auch die Gerichte die Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung missachten und beim Umgang mit den unterschiedlichen Vertragswerken zu erstaunlichen Ergebnissen kommen, die einer wirtschaftlichen Betrachtung Hohn sprechen.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die gesetzliche Aufspaltung von Leistung und Gegenleistung in zwei Vertragswerken die für die Vertragsparteien notwendige synallagmatische Verknüpfung missachtet und damit als folgenschwere Fehlkonstruktion des Gesetzes einzuordnen ist. Im folgenden sollen einzelne von der Rechtsprechung bearbeitete Folgeprobleme der Aufspaltung beleuchtet werden.

### **Probleme der weitergehenden SGB XII-Pflegeleistungen**

Nach § 75 Abs.5 S.1 SGB XII richten sich Art, Inhalt, Umfang und Vergütung der stationären SGB XI-Leistungen<sup>8</sup> nach den Vorschriften der §§ 69 – 92a SGB XI, soweit nicht nach § 61 SGB XII weitergehende Leistungen zu erbringen sind. Nach § 61 Abs.1 S.2 ist Hilfe zur Pflege auch Kranken und behinderten Menschen zu gewähren, die voraussichtlich für weniger als sechs Monate der Pflege bedürfen oder einen geringeren Bedarf als nach § 61 Abs.1 S.1 SGB XII haben oder deren Hilfe für andere Verrichtungen als nach § 61 Abs.5 SGB XII bedürfen. Hieraus wird der Schluss gezogen, für diese weitergehenden Leistungen müssten die Pflegeeinrichtungen neben den mit den Pflegekassen abzuschließenden Vereinbarungen<sup>9</sup> gesonderte Leistungsvereinbarungen mit den Sozialhilfeträgern abschließen<sup>10</sup>. Dabei wird aber übersehen, dass die inhaltliche Abgrenzung der Pflege zwischen der SGB XI-Pflege und der weitergehenden SGB XII-Pflege weder in eigenständige Leistungsbeschreibungen noch Vergütungsvereinbarungen möglich ist. Pflegewissenschaftlich ist eine Grenzziehung zwischen der SGB XI-relevanten Pflege und einer weitergehenden SGB XII-Pflege genau so unmöglich wie die vielfach thematisierte hochproblematische Abgrenzung zwischen Grund- und Behandlungspflege.

Zu berücksichtigen ist auch, dass die Anspruchsgrundlage § 43 SGB XI für die stationäre Pflege im Unterschied zur Anspruchsgrundlage für die ambulante Pflege in § 36 Abs.2 SGB XI keine inhaltliche Beschränkung der Pflegeleistungen auf verrichtungsbezogene Pflegeleistungen (Gebrechlichkeitspflege) enthält. Daraus muss der Schluss gezogen werden, dass stationäre SGB XI-Leistungen im Unterschied zu ambulanten Pflegeleistungen nur eine betragsmäßige nicht aber eine inhaltliche Einschränkung erfahren. Der Begriff der weitergehenden Pflegeleistungen i.S.d.§ 61 Abs.1 S.2 SGB XII muss daher in der Weise eng ausgelegt werden, dass die hier vorgesehene inhaltlich abgegrenzte Leistungszuständigkeit des Sozialhilfeträgers nur für ambulante nicht aber für stationäre Leistungen Relevanz hat. Aber selbst bei der ambulanten Pflege unterscheiden sich bei der Pflegestufe 0 die SGB XII-Pflegeleistungen häufig nicht von den SGB XI-Pflegeleistungen für die Pflegestufen I - III. Der Forderung, dass eine zugelassene Pflegeeinrichtung i.S.d.§ 72 SGB XI neben den SGB XI-Vereinbarungen auch SGB XII-Vereinbarungen abschließen muss, kann daher auf der Grundlage des geltenden Rechts allenfalls für die ambulante Pflege und dort nur für die inhaltlich über die SGB XI-Leistungen hinausgehenden Leistungen zugestimmt werden.

Obwohl für die stationäre Pflege die Erfüllung dieser Forderung weder möglich noch notwendig ist, verlangt dies aber das BSG: In seinem grundlegenden Marktpreis-Urteil<sup>11</sup> ist es der Auffassung, dass die SGB XI-Schiedsstelle nur für Pflegeheim-Bewohner der Pflegestufen I – III die Pflegesätze festsetzen darf. Für die Pflegeheim-Bewohner der Pflegestufe 0 sei die SGB XII-Schiedsstelle zuständig, was im Ergebnis bedeutet, dass für die betreffenden Vereinbarungen nicht die SGB XI- sondern die SGB XII-Vertragspartner zuständig sind. Dies geht aus folgenden Gründen an der Realität vorbei:

<sup>7</sup> Bis heute fehlen im Lande Rheinland-Pfalz Rahmenverträge nach § 79 SGB XI.

<sup>8</sup> Pflegeleistungen, Unterkunft und Verpflegung und Zusatzleistungen

<sup>9</sup> Versorgungsvertrag, Leistungs- und Qualitätsvereinbarung (nur bei Pflegeheimen) und Vergütungsvereinbarung

<sup>10</sup> so OVG Lüneburg Beschl.v.30.10.2006 – 4 ME 36/6 – NDV-RD 2006, 130

<sup>11</sup> BSG Ur.v. 14.12.2000 – B 3 P 19/00 R – FEVS 52, 390; Sozialrecht Aktuell 2001, S.135;

- Danach müssten alle SGB XI-Pflegeheime neben den drei SGB XI-Vereinbarungen<sup>12</sup> noch Leistungs- Vergütungs- und Prüfungsvereinbarungen über weitergehende SGB XII-Leistungen mit Sozialhilfeträgern nach § 75 ff SGB XI abschließen, was in der Praxis nicht passiert.
- Dies würde trotz der Tatsache, dass die Sozialhilfeträger nach § 85 Abs.1 SGB XI ohnehin an den SGB XI-Leistungsvereinbarungen beteiligt sind, gelten.
- Da in den SGB XI-Vereinbarungen zwar häufig unbefriedigend alle Leistungen des Pflegeheim ohne Abgrenzung nach SGB XI und SGB XII in toto geregelt sind, stellt sich die Frage, was in gesonderten SGB XII-Vereinbarungen überhaupt noch geregelt werden könnte und sollte?
- Wegen der fehlenden Abgrenzung zwischen SGB XI- und SGB XII-Leistungen ist es auch nicht denkbar, neben den SGB XI-Vergütungen gesonderte SGB XII-Vergütungen zu vereinbaren.

Darüber hinaus hat das BSG für den Regelungsbereich Vergütungen auch nicht berücksichtigt, dass die Zuordnung der Pflegsätze zu den Pflegestufen nach §§ 14,15 SGB XI nicht über Einzelleistungen sondern generell über ein Pauschalleistungssystem<sup>13</sup> vorgenommen und abgerechnet wird. Es kann daher überhaupt nicht von den Einrichtungen bestimmt werden, welche Leistungen die Heimbewohner der einzelnen Pflegestufen in welchem Umfang erhalten und welchen Aufwand diese Leistungen verursachen. Das Pauschalleistungssystem ist den Vertragsparteien der stationären Pflege erstmals durch Gesetz<sup>14</sup> vorgegeben worden. Es ist im wesentlichen in den von den Pflegesatzkommissionen nach § 86 SGB XI beschlossenen für alle Pflegeheime verbindlichen Kalkulationsblättern modifiziert festgelegt worden. Danach wird das vereinbarte Gesamtbudget eines Pflegeheims über die im Kalkulationsblatt vereinbarten Äquivalenzziffern auf die Pflegestufen auf tagesgleiche Pflegesätze verteilt<sup>15</sup>. Eine solche Systematik ist nur anwendbar, wenn hierin alle Pflegestufen und damit auch die Pflegestufe 0 einbezogen wird. Somit besteht zumindest nach diesem System kein weiterer Handlungsspielraum für die SGB XII-Vertragspartner, wenn diese nicht abweichend ein Einzelleistungssystem für die Pflegestufe 0 vereinbaren wollen. Dies ist aber realistisch nur durchführbar, wenn für das Pflegeheim insgesamt ein Einzelkalkulationssystem gilt. Ohne den denklogisch nicht vorhandenen eigenen Handlungsspielraum der SGB XII-Vertragspartner macht auch die entsprechende SGB XII-Schiedsstellen-Kompetenz keinen Sinn.

Das OVG Lüneburg<sup>16</sup> verlangt für Pflegedienste, die den Abschluss einer mit dem Sozialhilfeträger abzuschließenden Investitionsbetragsvereinbarung begehren, den Abschluss einer Leistungs- und Prüfungsvereinbarung für die von dem betreffenden Pflegedienst erbrachten weitergehende SGB XII-Leistungen. Oben wurde bereits dargelegt, dass diese Rechtsauffassung zumindest für die inhaltsverschiedenen ambulanten SGB XII-Pflegeleistungen nicht dem geltenden Recht widerspricht. Dies ändert aber nichts daran, dass auch diese Forderung wegen der oben schon dargestellten problematischen Abgrenzung der weitergehenden Leistungen zusätzliche Hürden wie bei der stationären Pflege errichtet und daher wenig hilfreich ist.

Die hier dargestellten Entscheidungen sind für die gesetzeskonforme Verwirklichung der sozialen Rechte der darauf angewiesenen Menschen keine Hilfe, da sie an den Realitäten vorbeigehen. Die Lösung kann daher nur darin bestehen, die Leistungszuständigkeit von Pflegeversicherung und Sozialhilfe bei den einzelnen Pflegeleistungen nicht inhaltlich sondern allein betragsmäßig zu bestimmen. Ein umfassender Pflegebegriff ist zwar im Sozialhilferecht weiterhin aus Gründen der bedarfsgerechten Hilfe erforderlich. Die Grenze für die Zuständigkeit des Sozialhilfeträgers sollte sich aber nicht aufgrund einer pflegewissenschaftlich nicht möglichen Abgrenzung der SGB XI- und SGB XII-Pflegeleistungen sondern allein aufgrund der Überschreitung der SGB XI-Monatspauschalen ergeben.

### **Gesonderte Leistungszuständigkeit für Pflege-Investitionsaufwendungen**

Die gesonderte Leistungszuständigkeit für die Investitionsaufwendungen der zugelassenen SGB XI-Pflegedienste und Pflegeheime verkompliziert die ohnehin schon weit vorangetriebene Komplexität der Entgelte insbesondere im Bereich der stationären Pflege:

<sup>12</sup> Versorgungsvertrag (§ 72 SGB XI) Leistungs- und Qualitätsvereinbarung (§ 80a SGB XI) und Vergütungsvereinbarung (§ 85 SGB XI oder § 86 SGB XI).

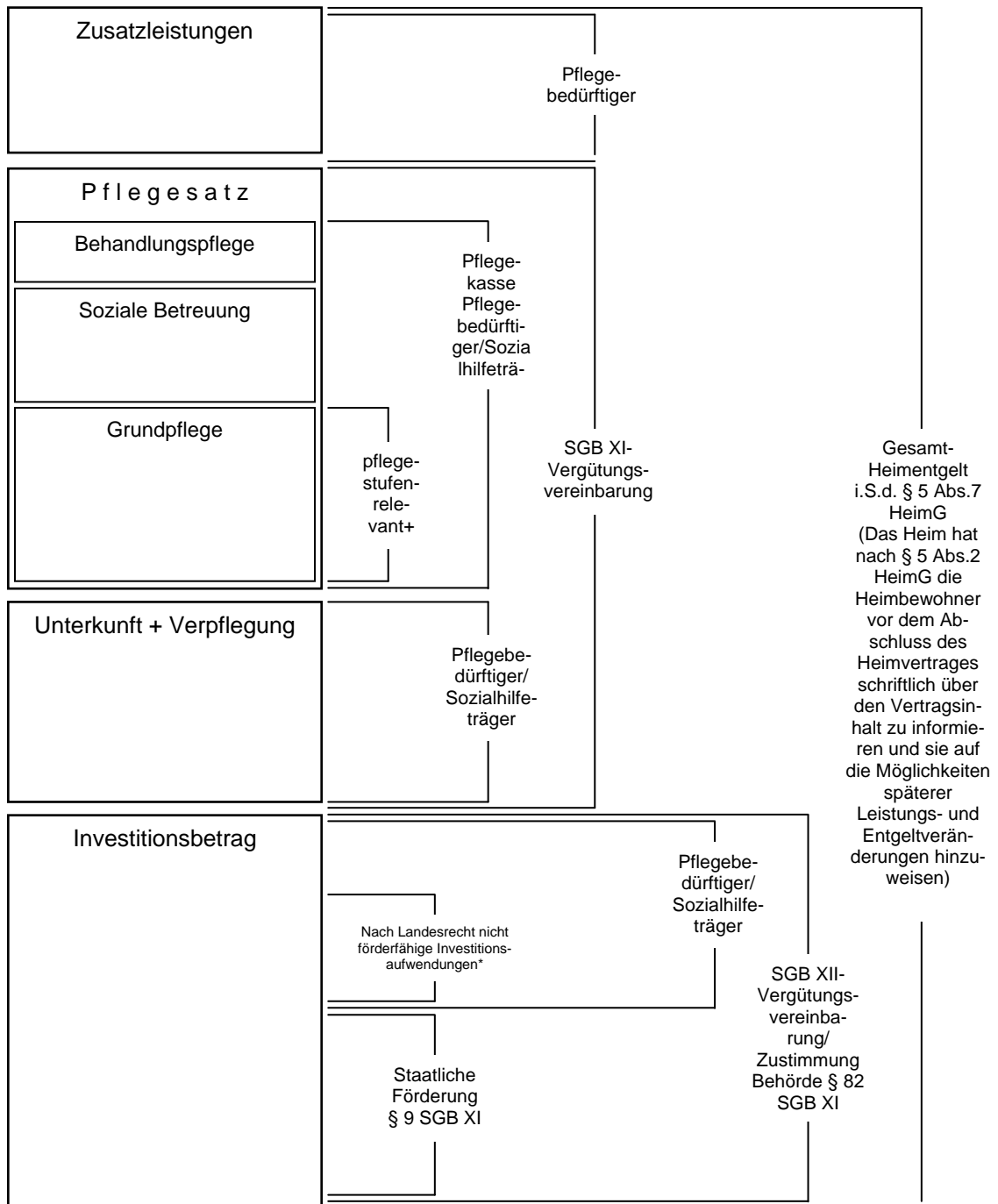
<sup>13</sup> Das Pauschalleistungssystem ist vergleichbar mit dem zukünftig im Krankenhausbereich nicht mehr geltenden System der tagesgleichen Pflegesätze

<sup>14</sup> Art.49a des Gesetzes zur sozialen Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit vom 26.5.1994 (BGBl. I S.1014), zuletzt geändert durch das 1. Gesetz zur Änderung des SGB XI vom 14.6.1996, (BGBl.I S.830)

<sup>15</sup> siehe hierzu Erläuterungen bei Griep, Heinrich, Sonden-Urteil des Bundesgerichtshofs – Drahtseilakt zwischen Sozial-, Heim- und Verbraucherschutzrecht, PflR 2005, S.53

<sup>16</sup> OVG Lüneburg Beschl.v.30.10.2006 – 4 ME 36/6 – NDV-RD 2006, 130

### Heimentgelte der stationären SGB XI-Leistungen



Die in § 82 SGB XI vorgegebene Aufspaltung der Vergütungen in Pflegesätze und Investitionsbeträge hat zur Folge, dass die Pflegesätze nach dem SGB XI-Leistungserbringungsrecht mit den dort vorgesehenen Vertragspartnern abzuschließen sind, während der Investitionsbetrag nach § 75 Abs.5 S.3 SGB XII mit den Sozialhilfeträgern nach dem SGB XII-Leistungserbringungsrecht vereinbart werden soll. Damit sind zum einen Streitigkeiten über die richtige Abgrenzung der Vergütungsarten bei den Vertragsparteien<sup>17</sup> vorprogrammiert. Nicht öffentlich-rechtlich geförderte Pflegeeinrichtungen i.S.d.§ 82 Abs.4 SGB XI sind nach § 76 Abs.5 S.3 SGB XII darauf angewiesen, mit den Sozialhilfeträgern Investitionsbetragsvereinbarungen abzuschließen, wenn sie Investitionsbeträge für Sozialhilfeleistung-

<sup>17</sup> Die entsprechenden Abgrenzungsstreitigkeiten betreffen in erster Linie die Pflegesatzkommissionen, die nach § 86 SGB XI die für die Vergütungsverhandlungen zu verwendenden Kalkulationsformulare und damit wichtige Pflegevergütungs-Eckdaten für die Einzel-Vertragsverhandlung festlegen.

gen erheben wollen. Immer wieder verweigern Sozialhilfeträger insbesondere bei Pflegediensten, die wegen der nicht mehr gewährten Förderung auf die Investitionsbeträge angewiesen sind, den Abschluss einer Investitionsbetragsvereinbarung mit dem Hinweis, es fehle die für die Investitionsbeträge notwendige Leistungs- und Prüfungsvereinbarung. Hierbei wird allerdings übersehen, dass Investitionen selbst keine Sozialleistungen sind sondern nur Kostenfaktoren für bestimmte von der Pflegeeinrichtung erbrachten Pflege- und sonstige Leistungen sind.

Zuzustimmen ist daher der Auffassung des OVG Weimar<sup>18</sup>, wonach für den Abschluss einer Investitionsvereinbarung für Pflegeleistungen, die Gegenstand eines Versorgungsvertrages nach § 72 SGB XI sind, eine gesonderte Leistungs- und Prüfungsvereinbarung nach § 93 Abs.2 BSHG entbehrlich ist. Vollkommen zu Recht stellt das OVG Weimar fest, dass gemäß § 93 Abs.7 S.1 BSHG bei SGB XI-Pflegeleistungen Art, Inhalt und Umfang der Leistungen sich nach den §§ 72 – 92 SGB XI richten. Die nach diesen Vorschriften getroffenen Vereinbarungen ersetzen die Leistungs- und Prüfungsvereinbarung nach § 93 Abs.2 BSHG bzw. § 75 Abs.3 SGB XII.

Schiedsstellen werden vereinzelt auch von geförderten Pflegeeinrichtungen angerufen, bei denen die Sozialhilfeträger die Zahlung des Investitionsbetrages verweigern, obwohl die zuständige Behörde nach § 82 Abs.3 S.3 SGB XI diesem zugestimmt hat. Die Verweigerung wird dabei mit der fehlenden Beteiligung am Zustimmungsverfahren der Behörde nach § 82 Abs.3 S.2 SGB XI begründet. Dem VG Karlsruhe<sup>19</sup> ist daher darin zuzustimmen, dass bei geförderten Pflegeeinrichtungen der Sozialhilfeträger auch ohne Investitionsbetrags-Vereinbarung verpflichtet ist, den Investitionsbetrag im Rahmen der Hilfe zur Pflege zu übernehmen, wenn die zuständige Landesbehörde die nach § 82 Abs.3 SGB XI erforderliche Zustimmung erteilt hat. Allerdings kann der Auffassung des VG Karlsruhe, die Zustimmung der Landesbehörde gelte nicht für weitergehende Leistungen i.S.d. § 61 Abs.1 S.2 SGB XII, nicht zugestimmt werden. Oben wurde bereits dargestellt, dass SGB XI- und SGB XII-Pflegeleistungen nicht abgrenzbar sind. Auch ist es nicht einfach, Investitionsmaßnahmen einer Pflegeeinrichtung verschiedenen Leistungen exakt zuzuordnen und darauf basierende gesonderte Investitionsbeträge zu ermitteln.

Generell problematisch ist auch die Tatsache, dass im Fall gescheiterter Vergütungsverhandlungen, die Einrichtung zwei verschiedene Schiedsstellen anrufen muss, nämlich die Schiedsstelle nach § 76 SGB XI für die Pflegesätze und die Schiedsstelle nach § 80 SGB XII für den Investitionsbetrag<sup>20</sup>. Dabei stellt sich nicht nur die Frage, ob die Schiedsstellen parallel oder nacheinander entscheiden müssen. Es kann auch zu sachlich widersprüchlichen Entscheidungen der Schiedsstellen in der Weise kommen, dass einheitlich zu bestimmende Preisfaktoren (z.B. die bei der Kalkulation zugrunde zu legende Belegungsquote) unterschiedlich angewendet werden<sup>21</sup>.

Bei nicht geförderten Einrichtungen ist nach § 82 Abs.4 S.4 S.2 SGB XI der gesondert berechenbare Investitionsbetrag der zuständigen Landesbehörde mitzuteilen. Hier hat der Gesetzgeber offen gelassen, ob für die Behörde ein umfassendes Prüfungsrecht im Hinblick auf die angemessene Höhe des Investitionsbetrages besteht und ob die Länder Rahmenregelungen für die Berechnung der gesondert berechenbaren Investitionsbeträge erlassen dürfen oder nicht. Das BSG geht in seinem Urteil vom 23.3.2006<sup>22</sup> abweichend von der bisherigen Rechtsprechung<sup>23</sup> davon aus, dass die Länder eine umfassende Regelungskompetenz für die Bestimmung des Investitionsbetrages haben. Andererseits führt aber der landesrechtliche Ausschluss bestimmter investitionsbetragsrelevanter Aufwendungen oder die Regelung von Höchstbeträgen<sup>24</sup> zu einem enteignungsgleichen Eingriff, was der Gesetzgeber gerade mit dieser Regelung verhindern wollte. Der Ausschluss der Investitionsaufwendungen in der Pflegevergütung macht es verfassungsrechtlich erforderlich, die nicht geförderten Aufwendungen den Pflegebedürftigen in Rechnung stellen zu können, „denn die Pflegeeinrichtungen können nicht gezwungen werden, die mit ihr im Versorgungsvertrag vereinbarten Leistungen unterhalb der Gesteungskosten anzubieten und zu erbringen“<sup>25</sup>.

<sup>18</sup> OVG Weimar Beschl.v.10.12.2003 – 3 EO 819/02 – FEVS 55, 485 = PflegeRecht 2004, S.467

<sup>19</sup> VG Karlsruhe Ur. v.11.11.2003 - 5 K 3104/00 -

<sup>20</sup> siehe hierzu auch Zeitler, Helmut, Die Zuständigkeiten und Aufgaben der Schiedsstellen nach dem BSHG, SGB VIII und SGB XI, RsDE 53, S.1

<sup>21</sup> Während die hessische SGB XI-Schiedsstelle zum Beispiel lange Zeit eine Regel-Belegungsquote von 98 % zugrundelegte, ging die hessische SGB XII-Schiedsstelle lange Zeit noch von einer Regel-Belegungsquote in Höhe von 95 % aus.

<sup>22</sup> BSG Ur. v.23.3.2006 – B 3 P 2/05 R -

<sup>23</sup> BSG Ur. v. 24.7.2003 - B 3 P 1/03 R - NZS 2004, 313 = PflegeRecht 2004, 132

<sup>24</sup> Das OVG Schleswig-Holstein (Ur. v.11.12.2002 – L 3 P 13/01 – RsDE 55, 94) ist der Auffassung, dass eine Landesverordnung, die eine **Obergrenze** für die gesonderte Berechnung der Investitionsaufwendungen vorsieht, mit höherrangigem Recht unvereinbar und daher nichtig ist.

<sup>25</sup> Bt-Drucks.12/5262, S.146

Sowohl in Rheinland-Pfalz als auch in Hessen sind taugliche Rahmenvereinbarungen über die Berechnung des Investitionsbetrages<sup>26</sup> bis heute nicht letzt auch daran gescheitert, dass die Vereinbarungszuständigkeit auf Landesebene weder dem SGB XI- noch dem SGB XII-Vereinbarungsstrukturen eindeutig zugeordnet werden kann.

Nach allem sollte deutlich geworden sein, dass eine nachhaltige Lösung der Probleme nur darin bestehen kann, die unterschiedliche Zuständigkeit für die Aushandlung von Vergütungen für die laufenden Betriebskosten (Pflegesatz) und Investitionsaufwendungen (Investitionsbetrag) in einer Zuständigkeit zusammenzuführen. Hierfür wäre es erforderlich § 43 Abs.2 i.V.m. § 82 Abs.2 SGB XI soweit zu öffnen, dass die Pflegeversicherung auch Investitionsbeträge übernehmen kann und damit auch Vertragspartner der betreffenden leistungserbringungsrechtlichen Vereinbarungen wird. Sachliche Gründe dafür, dass die Pflegekassen nicht für die Investitionsaufwendungen einer Einrichtung zuständig sein dürfen, sind ohnehin nicht erkennbar. Bei der Einführung der Pflegeversicherung haben die Länder ihre Verantwortung für die Pflegeinfrastruktur und das Prinzip der dualen Finanzierung<sup>27</sup> dafür ins Feld geführt, die monistische Finanzierung zu verhindern. Heute lässt sich konstatieren, dass die Länder ihrem in § 9 SGB XI verankerten Teil der Verantwortung für die duale Finanzierung nicht gerecht werden, und damit die wesentliche Begründung hierfür bedeutungslos geworden ist. Der Investitionsbetrag sollte daher zusammen mit den anderen Entgelten und den Leistungen in einem einheitlichen Vertragswerk mit den Pflegeversicherungen vereinbart werden. An diesen Vertragsverhandlungen und den zuständigen Schiedsstellen sind die zuständigen Sozialhilfeträger gemäß ihrer Verantwortung für die über die Monatspauschalen hinausgehenden ergänzenden Leistungen angemessen zu beteiligen<sup>28</sup>, sodass sich gesonderte SGB XII-Investitionsbetragsvereinbarung erübrigen.

### **Weitergeltung der Leistungs- und Prüfungsvereinbarung?**

Nach § 77 Abs.2 S.4 SGB XII, § 78d Abs.2 S.4 SGB VIII und § 85 Abs.6 S.3 SGB XI gelten die vereinbarten oder festgesetzten Vergütungen bis zum Inkrafttreten neuer Vergütungen weiter. Da der Gesetzgeber die Weitergeltung der Vergütungen in §§ 77 Abs.2 S.4 SGB XII, 78d Abs.2 S.4 SGB VIII und § 85 Abs.6 S.3 SGB XI ausdrücklich anordnet, stellt sich die Frage, ob auch die Regelungen der Leistungs- und Prüfungsvereinbarungen in gleicher Weise trotz Ablauf der Geltungsdauer weitergelten. Für eine Einrichtung, die nach Beendigung der vertraglichen Laufzeit der Leistungs- und Prüfungsvereinbarung weiterhin Sozialleistungen für den zuständigen Sozialleistungsträger erbringt, stellt sich z.B. die Frage, ob wegen der Beendigung der Leistungs- und Qualitätsvereinbarung, die zuletzt vereinbarten Qualitätskriterien (Personalschlüssel, Platzzahl, einzusetzende Hilfsmittel etc.) noch zu beachten sind oder nicht.

Aus dem Gesetzeswortlaut der §§ 77 Abs.2 S.4 SGB XII, 78d Abs.2 S.4 SGB VIII und § 85 Abs.6 S.3 SGB XI lässt sich dies jedenfalls nicht eindeutig entnehmen. Mehrere Gerichte gehen davon aus, dass allein die gesetzlich angeordnete Weitergeltung der Vergütungsvereinbarung, nicht zu einer Weitergeltung der Leistungs- und Prüfungsvereinbarung führt<sup>29</sup>.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die gesetzliche Weitergeltung der Vergütungen erstmals im Rahmen des Pflegeversicherungsgesetzes in das Leistungserbringungsrecht eingeführt worden ist. Damals war die Aufspaltung noch nicht soweit vorangetrieben worden, dass auch die wesentlichen leistungsrelevanten Regelungen nicht Vertragsbestandteil der Vergütungsvereinbarung sein durften. Auch nach dem Prinzip der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung müsste die Leistungs- und Prüfungsvereinbarung weitergelten. Wenn das gleiche Geld zu gewähren ist, müssen auch die gleichen Leistungsinhalte weitergelten. Die Leistungsvereinbarung sichert den notwendigen Bedarf des Sozialleistungsberechtigten und muss daher schon zur Sicherung seiner sozialen Rechte weitergelten. Die §§ 77 Abs.2 S.4 SGB XII, 78d Abs.2 S.4 SGB VIII und § 85 Abs.6 S.3 SGB XI können daher nur bis zu einer Gesetzesänderung nur so ausgelegt werden, dass die Vergütungen auch bei Wegfall der Leistungs- und Prüfungsvereinbarungen weitergelten.

<sup>26</sup> Griep, Heinrich, Investitionsbetrags-Rahmenregelungen für Pflegeheime, Sozialrecht Aktuell 1999, 8

<sup>27</sup> Das Prinzip der dualen Finanzierung ist im Krankenhausbereich entwickelt worden. Hier werden die Betriebskosten durch die Krankenkassen finanziert, während die Investitionen von den Ländern übernommen werden. Allerdings hat sich auch hier die Anwendung dieses Prinzips als in hohem Maße konfliktträchtig und damit nicht als zukunftsweisend erwiesen.

<sup>28</sup> Nach § 85 Abs.2 Nr.2 SGB XI ist der für den Sitz des Pflegeheims zuständige Sozialhilfeträger an der Pflegesatzvereinbarung nur dann beteiligt, wenn mehr als 5 % der Berechnungstage des Pflegeheims auf ihn entfallen. Das gleiche gilt nach § 80a Abs.1 S.2 i.V.m. § 85 Abs.2 SGB XI für die Beteiligung des Sozialhilfeträgers an der Leistungs- und Qualitätsvereinbarung.

<sup>29</sup> VGH München, Beschl.v.12.9.2005 – 12 CE 05/1725 – RsDE63, S.81; VG München Urteil vom 12.9.2005 – 12 CE 05.1725 – NDV-RD 2006, 64;

## **Keine Weitergeltung der Vergütungen trotz gesetzlicher Anordnung?**

Oben wurde bereits dargestellt, dass ein Teil der Rechtsprechung<sup>30</sup> im Fall des Ablaufs der Vertragslaufzeit die Leistungs- und Prüfungsvereinbarung auch trotz der gesetzlich angeordneten Weitergeltung der Vergütungen in §§ 77 Abs.2 S.4 SGB XII, 78d Abs.2 S.4 SGB VIII und § 85 Abs.6 S.3 SGB XI nicht weitergelten lässt. Das OVG München<sup>31</sup> geht nun noch einen Schritt weiter und lässt generell die Verpflichtung des Sozialhilfeträgers zur Übernahme der Vergütung entfallen, wenn eine Leistungsvereinbarung fehlt oder die zuletzt gültige nicht mehr gilt. Nach § 75 Abs.3 S.1 SGB XII hänge die Verpflichtung des Sozialhilfeträgers, die Vergütung der vom Einrichtungsträger erbrachten Leistungen zu übernehmen davon ab, dass zwischen dem Sozialhilfeträger und dem Einrichtungsträger wirksame Vereinbarungen über Inhalt, Umfang und Qualität der Leistungen, die Vergütung und die Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungen bestehen. Fehle daher eine wirksame Leistungsvereinbarung, komme eine Anwendung der Vergütungsvereinbarung nicht mehr in Betracht. Damit setzen die Gerichte die gesetzlich angeordnete Weitergeltung der Vergütung kurzerhand außer Kraft.

Die §§ 77 Abs.2 S.4 SGB XII, 78d Abs.2 S.4 SGB VIII und § 85 Abs.6 S.3 SGB XI geben aber keinen Anhaltspunkt dafür, dass das Weitergelten der bisher vereinbarten Vergütung davon abhängig sein soll, dass auch die jeweils entsprechenden Leistungs- und Prüfungsvereinbarungen tatsächlich weitergelten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber diese systemwidrige Rechtsfolge offensichtlich nicht erkannt und nicht gewollt hat<sup>32</sup>.

Die gesetzlich angeordnete Weitergeltung der zuletzt geltenden Vergütungen dient dazu, den ausnahmslos prospektiven Charakter der Vergütungen zu betonen und von vornherein dem Entstehen einer Kostenerstattungsmentalität entgegenzuwirken<sup>33</sup>. Den Vertragsparteien ist es damit untersagt, nach Ablauf einer Vereinbarung die neue Vereinbarung, um die noch gerungen wird, im Anschluss an die alte wirksam werden zu lassen<sup>34</sup>. Die Weitergeltung soll darüber hinaus den nahtlosen Übergang von einer Vereinbarung zur nächsten Vereinbarung gewährleisten<sup>35</sup>. Im übrigen werden die Vertragsparteien im Sinne der Prozessökonomie davor bewahrt, über die in der Interimszeit bis zum Abschluss neuer Vereinbarungen geltenden Bedingungen streiten zu müssen um so die Energie auf die zielgerichtete Aushandlung zukünftig geltender Vertragsbedingungen konzentrieren zu können.

Neumann ist darin zuzustimmen, dass die gesetzliche Weitergeltung der Vergütung eine Vorkehrung zur verfassungsrechtlich gebotenen Herstellung der Verhandlungsparität darstellt<sup>36</sup>. Die Einrichtungen sind gegenüber den Sozialleistungsträgern aus mehreren Gründen in der schwächeren Position<sup>37</sup>:

- Weil die Einstellung der Leistungen aufgrund der Hilfebedürftigkeit und der Bindung an den Einrichtungsvertrag<sup>38</sup> für die Einrichtungen i.d.R. nicht in Betracht kommt, müssen sie gegenüber den Sozialleistungsberechtigten die Leistungen auch dann unverändert weiter erbringen, wenn die Laufzeit der Vergütungs-, Leistungs- und Prüfungsvereinbarungen ausgelaufen oder gekündigt worden sind.
- Wegen des Differenzierungsverbotes<sup>39</sup> können sie Zahlungsausfälle bei Sozialleistungsträgern nicht durch eine unterschiedliche Preisgestaltung bei Selbstzahlern ausgeglichen werden.
- Da im Heimvertragsrecht die Vertragsinhalte der leistungserbringungsrechtlichen Verträge mit den Heimverträgen verkoppelt sind, schlägt der vertragslose Zustand auf die Heimverträge durch. Welche Regelungen gelten dann nach dem Heimvertrag? Wird der Heimvertrag nach Beendigung der leistungserbringungsrechtlichen Vereinbarungen hierdurch teilnichtig und damit nach § 61 S.2 SGB X i.V.m. § 139 BGB auch der Heimvertrag insgesamt nichtig?
- Die Aufhebung der gesetzlich angeordneten Vergütungsweitergeltung würde dazu führen, dass diese von einer Vertragspartei allein durch die Kündigung der Leistungs- und Prüfungsvereinba-

<sup>30</sup> VGH München, Beschl.v.12.9.2005 – 12 CE 05/1725 – RsDE63, S.81; VG München, Urteil vom 12.9.2005 – 12 CE 05.1725 – NDV-RD 2006, 64

<sup>31</sup> VGH München, Beschl.v.12.9.2005 – 12 CE 05/1725 – RsDE63, S.81; VG München, Urteil vom 12.9.2005 – 12 CE 05.1725 – NDV-RD 2006, 64

<sup>32</sup> Neumann, Volker, Rechtsfolgen der Kündigung einer Leistungsvereinbarung im Sozialhilferecht, RsDE 63, S.32 (47)

<sup>33</sup> Bt-Drucks.12/5262, S.146

<sup>34</sup> Grube/Wahrendorf, SGB XII, § 77, RdNr.11

<sup>35</sup> LPK-SGB XI, § 85, RdNr.19

<sup>36</sup> Neumann, Volker, Rechtsfolgen der Kündigung einer Leistungsvereinbarung im Sozialhilferecht, RsDE 63, S.32 (48)

<sup>37</sup> Griep, Heinrich/Renn Heribert, Pflegemarkt ohne Vertragsautonomie – Zur Aushöhlung des Vereinbarungsprinzips im SGB XI-Leistungserbringungsrecht, RsDE 40, S.1

<sup>38</sup> Die Kündigung des Heimvertrages ist auf die Gründe nach § 8 Abs.3 HeimG beschränkt. Beim Pflegevertrag nach § 120 SGB XI stellt sich ebenfalls die Frage der Zulässigkeit der Kündigung.

<sup>39</sup> § 84 Abs.3 SGB XI, § 5 Abs.7 S.2 HeimG mit Wirkung für SGB XI- und SGB XII-Vergütungen, § 120 Abs.4 S.2 SGB XI (Pflegevertrag)

rungen beendet werden könnte. Im SGB XI hätte dies nach § 91 Abs.2 SGB XI nebenbei auch zur Folge, dass die Pflegekassen bei den Leistungsempfängern der betroffenen Pflegeeinrichtung die Monatspauschale<sup>40</sup> um 20 % kürzen könnten. Allein hierdurch könnte eine Einrichtung in kürzester Zeit in die Insolvenz geraten. Durch die Kündigungsmöglichkeit würde die gesetzlich angeordnete Weitergeltung keine Bedeutung mehr haben und damit weitgehend leer laufen.

In diesem Zusammenhang sind auch die für zeitlich befristete Dauerschuldverhältnisse geltenden allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze zu beachten, die nach § 61 SGB X auch für öffentlich-rechtliche Verträge von Bedeutung sind. Im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis geltende Vergütungsvereinbarungen nach SGB VIII, SGB XI und SGB XII können durchaus als Dauerschuldverhältnisse eingeordnet werden, wenn man berücksichtigt, dass diese für die Belegung der Einrichtung durch Sozialleistungsberechtigte des jeweiligen Sozialleistungsträgers für eine unabsehbare Zeit relevant sind.

So gilt im Mietrecht zum Beispiel der Grundsatz, dass bei einer nach Ablauf der ursprünglich vereinbarten Mietzeit tatsächlich fortgesetzten Nutzung ohne gültigen Mietvertrag auf jeden Fall die bisher geltenden vertraglichen Hauptpflichten unverändert weiter gelten. § 545 S.1 BGB spricht insoweit nur von der „Verlängerung des Mietverhältnisses nach Ablauf der Mietzeit“<sup>41</sup>. Weder kann der bisherige Mieter andere Nutzungsrechte gelten machen oder die bisherige Miethöhe reduzieren, noch kann der Vermieter für die vertragslose Nutzung des gemieteten Gegenstandes die Nutzung einschränken oder ein höheres Nutzungsentgelt verlangen. Der durch die Schuldrechtsreform geänderte § 546a Abs.1 BGB räumt nur dem Vermieter zusätzlich das Wahlrecht ein, anstelle der bisher vertraglich geltenden Miете die ortsübliche Miете zu verlangen. Dies wird er i.d.R. nur dann tun, wenn er bisher unterhalb der ortsüblichen Miете die Nutzung überlassen hat, sodass die bisher vereinbarte Miете i.d.R. die Untergrenze der Höhe der zu zahlenden Nutzungsentschädigung ist<sup>42</sup>.

Die §§ 77 Abs.2 S.4 SGB XII, 78d Abs.2 S.4 SGB VIII und § 85 Abs.6 S.3 SGB können daher – wie schon oben dargelegt worden ist, nur so ausgelegt werden, dass bei gesetzlich angeordneter Weitergeltung der Vergütungen auch die in den Leistungsvereinbarungen zu regelnden Leistungsinhalte weitergelten<sup>43</sup>.

Wenn wegen fehlender Leistungs- und Prüfungsvereinbarung auch die Vergütungsvereinbarung nach Auffassung des VGH München nicht mehr gelten soll, stellt sich unabhängig vom geltenden Recht darüber hinaus auch die Frage, was denn an Stelle der Regelungen der bisherigen Leistungs-, Vergütungs- und Prüfungsvereinbarung gelten soll, wenn der Sozialleistungsträger weiterhin die Einrichtung mit seinen Sozialleistungsberechtigten belegt? Hierauf gibt die Rechtsprechung in ihren Entscheidungen keine Antwort. Das BVerwG<sup>44</sup> lehnt die ersatzweise Anwendung des § 75 Abs.4 SGB XII schon für den Fall ab, dass eine Einrichtung nach Auslaufen der alten Vereinbarung Antrag auf Abschluss einer neuen Vereinbarung gestellt hat. Mit dem Antrag trete eine Sperrwirkung für die Anwendung des § 75 Abs.4 SGB XII bis zum Abschluss der neuen Vereinbarung ein. Auch Neumann<sup>45</sup> ist der Auffassung, dass die ersatzweise Anwendung des § 75 Abs.4 SGB XII nicht in Betracht kommt, weil hier nur im Einzelfall durch Leistungsbescheid an den Sozialleistungsberechtigten die Übernahme einer Vergütung in bestimmter Höhe geregelt werden dürfe. Eine vollständige Einstellung der Zahlung kommt im Hinblick auf die Verpflichtung zur Fortsetzung der Betreuung der Sozialleistungsberechtigten einem enteignungsgleichen Eingriff gleich und ist daher nicht hinnehmbar.

Immerhin hat das BSG in seinem Urteil vom 25.9.2001<sup>46</sup> für die Leistungen der häuslichen Krankenpflege nach § 37 SGB V, für die eine gesetzliche Anordnung der Weitergeltung fehlt, ansatzweise eine Antwort auf die Frage gegeben, was anstelle der bisher geltenden Vergütungen gelten soll: Das BSG stellt immerhin klar, dass den Krankenkassen jedenfalls nicht ersatzweise ein Preisbestimmungsrecht nach § 316 BGB zukommt, weil hierdurch vertragliche Vereinbarungen vereitelt würden. Vielmehr sei nach Grundsätzen des Bereicherungsrechts (§ 812 Abs.1 und § 818 Abs.2 BGB) der objektive Verkehrswert der Leistungen zu beachten. Wegen der allgemein bekannten Schwierigkeiten der Feststellung des objektiven Verkehrswertes (Marktpreis) ist auch dies zumindest für eine Übergangszeit keine Lösung. Als für beide Seiten interessengerechte Lösung müssen daher sowohl die Vergütungs- als auch Leistungs- sowie Prüfungsvereinbarung nach Ablauf der Vertragslaufzeit mindestens solange

<sup>40</sup> §§ 36 Abs.2, 39 S.3, 41 Abs.2 § 42 Abs.2 S.2 und 43 Abs.3 SGB XI

<sup>41</sup> Auch § 568 BGB a.F. in der vor der Schuldrechtsreform geltenden Fassung sprach stets nur von der „Verlängerung des Mietverhältnisses“.

<sup>42</sup> BGH Urt.v.5.10.2005 – VIII ZR 57/05

<sup>43</sup> Das BSG (Urt.v.25.9.2001 – B 3 KR 15/00 R) lehnt es für die Leistungen der häuslichen Krankenpflege nach § 37 SGB V ausdrücklich ab, dass ein allgemein gültiger Fortgeltungsgrundsatz zu beachten sei.

<sup>44</sup> BVerwG Urt.v.4.9.2006 – 5 C 13.05 -

<sup>45</sup> Neumann, Volker, Rechtsfolgen der Kündigung einer Leistungsvereinbarung im Sozialhilferecht, RsDE 63, S.32 (49)

<sup>46</sup> BSG Urt.v.25.9.2001 – B 3 KR 15/00 R

weitergelten, wie der betreffende Sozialleistungsträger seine Sozialleistungsberechtigten von der Einrichtung betreuen lässt.

## **SGB XII-Schiedsstelle kaltgestellt?**

Nach § 77 Abs.1 S.2 SGB XII entscheidet die Schiedsstelle nach § 80 SGB XII auf Antrag einer Partei, wenn eine Vereinbarung nach § 76 Abs.2 SGB XII nicht zustande kommt. § 76 Abs.2 SGB XII regelt Einzelheiten der Vergütungsvereinbarung i.S.d.§ 75 Abs.3 Nr.1 SGB XII während § 76 Abs.1 SGB XII Einzelheiten der Leistungsvereinbarung i.S.d.§ 75 Abs.3 Nr.1 SGB XII und § 76 Abs.3 SGB XII Einzelheiten der Prüfungsvereinbarung nach § 75 Abs.3 Nr.3 regelt. Hieraus wird der Schluss gezogen, die Schiedsstelle sei wegen des eindeutigen Wortlauts des § 77 Abs.1 S.2 SGB XII nur für Vergütungsvereinbarungen zuständig<sup>47</sup>. Sie sei daher nicht berechtigt, im Streitfall über die Leistungs- und über die Prüfungsvereinbarung zu entscheiden. Im Gegensatz dazu sieht § 78g Abs.2 S.1 SGB VIII vor, dass die Schiedsstelle für alle Vereinbarungsarten i.S.d. § 78b Abs.1 SGB VIII<sup>48</sup> zuständig ist. Auch die Schiedsstelle nach § 76 SGB XI hat eine umfassende Zuständigkeit in der Weise, dass sie sowohl für die Einzel-Vergütungsvereinbarung (§ 85 Abs.5 SGB XI), die Kollektiv-Vergütungsvereinbarungen (§ 86 Abs.1 S.2 i.V.m. § 85 Abs.5 SGB XI), die Leistungs- und Qualitätsvereinbarung (§ 80a Abs.3 S.2 SGB XI) als auch für den Rahmenvertrag nach 75 SGB XI (§75 Abs.4 SGB XI) zuständig ist. Zeitler<sup>49</sup> ist darin zuzustimmen, dass sachliche Gründe für eine unterschiedliche Ausgestaltung der Schiedsstellen-Zuständigkeit bei den SGB VIII-, SGB XI- und SGB XII-Schiedsstellen nicht erkennbar sind.

Die Beschränkung der Schiedsstellenfähigkeit auf die Vergütungsvereinbarungen bedeutet die Entkoppelung von Entgelt und Leistung und kann daher unter keinen Umständen gerechtfertigt werden. Sie unterläuft die ursprünglich vom Gesetzgeber gewollte Umstellung der Einrichtungsrichtungsfinanzierung auf prospektive Entgelte. Wenn es bei den prospektiven Entgelten darum gehen soll, konkrete Leistungen und nicht deren Kosten leistungsgerecht zu vergüten<sup>50</sup>, muss zwingend auch im Schiedsstellenverfahren die Möglichkeit bestehen, über Leistungen und Vergütungen zu entscheiden.

Da nach § 75 Abs.3 S.1 bzw.Abs.4 S.1 SGB XII die Vergütungsvereinbarung nur dann Bindungswirkung für den Sozialhilfeträger entfalten soll, wenn auch die Leistungs- und Prüfungsvereinbarung abgeschlossen ist, ziehen die Schiedsstellen nach § 80 SGB XII daraus den Schluss, dass sie bei einer fehlenden Leistungs- und Prüfungsvereinbarung nicht über die Vergütung entscheiden dürfen<sup>51</sup>. Dabei wird der Schiedsstellenantrag als unzulässig angesehen, weil eine notwendige Voraussetzung dafür fehle, in der Sache entscheiden zu können. Armbrorst<sup>52</sup> schlägt für diesen Fall die Alternative vor, dass die Schiedsstelle das Verfahren in entsprechender Anwendung des § 94 VwGO lediglich aussetzt, bis eine durch Gerichtsverfahren erstrittene Leistungsvereinbarung vorliegt. Die Aussetzung biete gegenüber der Ablehnung des Schiedsstellenantrages für die Einrichtung den Vorteil, dass eine eventuell höhere Vergütung ab dem Zeitpunkt der Antragstellung bei der Schiedsstelle wirksam werden könnte<sup>53</sup>.

Sowohl Ablehnung als auch Aussetzung des Schiedsstellenverfahren haben aber zur Folge, dass bei gescheiterten Verhandlungen über die Leistungs- und Prüfungsvereinbarung ein Schiedsstellenverfahren auch nicht für die Vergütungsvereinbarung zur Verfügung steht. Die Durchsetzung einer feh-

<sup>47</sup> Die Schiedsstelle wurde erstmals durch das Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms (FKPG) vom 23.6.1993 (BGBl.S.944) in das damalige BSHG als Konfliktlösungsinstrument mit umfassender Kompetenz eingefügt. Durch das Gesetz zur Reform des Sozialhilferechts vom 23.7.1996 (BGBl. S.1088) wurde die sachliche Zuständigkeit auf die Vergütungsvereinbarung ab dem 1.1.1999 eingeschränkt.

<sup>48</sup> Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsvereinbarung

<sup>49</sup> Zeitler, Helmut, Die Zuständigkeiten und Aufgaben der Schiedsstellen nach dem BSHG, SGB VIII und SGB XI, RsDE 53, S.1

<sup>50</sup> BR-Drucks 503/93, S.20

<sup>51</sup> Das LSG Hessen hatte zuerst in seinem Beschluss vom 20.6.2005 (L 7 SO 2/05 ER- NDV-RD 2005, 124) die Auffassung vertreten, dass die Schiedsstelle nach § 80 SGB XII zur Festsetzung einer Vergütung auch dann zuerst anzurufen sei, wenn eine Leistungsvereinbarung fehlt. Die Zuständigkeit der Schiedsstelle sei auch dann gegeben, wenn nicht nur über die Vergütungsvereinbarung sondern denknötwendig auch über Inhalt, Umfang und Qualität der Leistungen gestritten werde. Wörtlich heißt es in dem Urteil dazu: "Damit steht fest, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die gemäß § 80 SGB XII zusammengesetzte Schiedsstelle für Streitigkeiten der vorliegenden Art die Erstzuständigkeit besitzt und sozialgerichtlicher Rechtsschutz erst nach Durchführung des Schiedsstellenverfahrens in Anspruch genommen werden kann." In seinem Beschl.v.18.7.2006 (- L 7 SO 16/06 ER - NDV-RD 2006, S.110) lässt das LSG Hessen nun keinen Zweifel mehr daran, bei der Leistungs- und Prüfungsvereinbarung könne der einstweilige Rechtsschutz auch ohne vorherige Anrufung der Schiedsstelle in Anspruch genommen werden. Siehe auch Armbrorst, Christian in Schnapp, Friedrich E. (Hrsg), Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Berlin 2004, S.193;

<sup>52</sup> Armbrorst, a.a.O.

<sup>53</sup> Armbrorst, a.a.O. ist der Auffassung dass eine wegen des Verbots rückwirkender Vergütungsfestsetzungen entstehender vertragsloser Zustand nicht in der Absicht des Gesetzgeber gelegen haben könnte.

lenden Leistungs- und Prüfungsvereinbarung durch Klage vor den Sozialgerichten<sup>54</sup> ist aus mehreren Gründen höchst fragwürdig:

- Die Einrichtung hat keinen Anspruch auf Abschluss einer Leistungs- und Prüfungsvereinbarung<sup>55</sup>. Soweit eine Entscheidung des Gerichts nicht den erforderlichen Vertragsabschluss unmittelbar ersetzt, besteht das Risiko, dass trotz einer positiven Gerichtsentscheidung bei den anschließenden Verhandlungen neue Konflikte aufbrechen, die den Abschluss der erforderlichen Vereinbarungen in weite Ferne rückt.
- Auch bei einer gerichtlichen Festsetzung der Vereinbarung im zulässigen einstweiligen Rechtsschutz<sup>56</sup> muss das Gericht wegen des fehlenden Anspruchs die Voraussetzungen einer Ermessensreduzierung auf Null<sup>57</sup> bejahen. Hierdurch sind für ein erfolgreiches Klageverfahren hohe Hürden aufgestellt.
- Dass auch der einstweilige Rechtsschutz die „festgefahrene“ Lage einer Einrichtung nicht verbessert, zeigt anschaulich der vom OVG Lüneburg in seinem Urteil vom 12.7.2006<sup>58</sup> entschiedene Fall, wo es anschließend um die Streitfrage ging, ob eine gerichtlich erzwungene vorläufige Schiedsstellenfestsetzung überhaupt als gültiger Ersatz für eine SGB XII-Vereinbarung behandelt werden kann.
- Aufgrund der langen Verfahrensdauer ist die Einrichtung mitunter auf lange Sicht darauf angewiesen, mit unzureichenden Vergütungen auszukommen.
- Selbst bei einer höchst ungewissen erfolgreichen gerichtlichen Durchsetzung der Leistungs- und Prüfungsvereinbarung besteht das Problem, dass erst nach den erneut durchzuführenden Vertragsverhandlungen über die Vergütung die Schiedsstelle angerufen werden kann.
- Die Notwendigkeit, vor der Anrufung der Schiedsstelle, ein auf die Leistungsvereinbarung gerichtetes Klageverfahren betreiben zu müssen, stellt den in der Rechtsordnung allgemein gültigen Grundsatz, dass Schiedsverfahren stets vor der gerichtlichen Überprüfung durchzuführen sind, auf den Kopf.

Somit ergibt sich die Situation, dass trotz der vom Gesetzgeber gewollten Gleichzeitigkeit von Leistungs- Vergütungs- und Prüfungsvereinbarung das Verfahren der Vereinbarung und der Rechtsschutz für die Vereinbarungsarten unterschiedlich ausgestaltet ist, wodurch die angeordnete Gleichzeitigkeit im Streitfall nicht hergestellt werden kann. Der Gesetzgeber hat die angestrebte paritätische materielle Gleichbehandlung trotz des hohen Stellenwertes durch eine nicht nachvollziehbare formellrechtliche Ungleichbehandlung wieder zerstört. Das entscheidende Problem der Aufspaltung ist allerdings, dass im Ergebnis der Weg zur Schiedsstelle vollständig verbaut ist. Dies zeigt sich in letzter Zeit in der Praxis immer häufiger:

In einem von der hessischen Schiedsstelle nach § 80 SGB XII zu entscheidenden Fall hatte eine Eingliederungshilfeeinrichtung eine noch gültige Leistungs- und Prüfungsvereinbarung, benötigte aber dringend aufgrund dauerhafter „Überbelegung“ in der Vergütungsvereinbarung eine Veränderung der Platzzahl. Die Platzzahl war sogar in der Vergütungsvereinbarung geregelt. Von den Beteiligten wurde nicht behauptet, dass in der Leistungsvereinbarung bis auf die dort ebenfalls geregelte Platzzahl weitergehende Wortlaut-Änderungen erforderlich seien. Dennoch sah sich die hessische Schiedsstelle wegen der angeblich fehlenden Zuständigkeit für die Leistungs- und Prüfungsvereinbarung weder in der Lage, eine Vergütungsvereinbarung festzusetzen, noch den Vertragsparteien Auflagen für die Fortsetzung der Verhandlungen mit auf den Weg zu geben. Hier erweist sich das Schiedsstellenverfahren für die Vertragsparteien als vollkommen wertlos.

Ein anschauliches Beispiel für die hoffnungslose Verstrickung der Akteure des sozialrechtlichen Leistungserbringungsrechts in den Widersprüchen des Verfahrensrechts ist auch der vom Hessischen

<sup>54</sup> Armbrorst, a.a.O. ist der Auffassung, dass hier auch vorläufiger Rechtsschutz in der Gestalt der einstweiligen Anordnung in Betracht kommt.

<sup>55</sup> LSG Hessen, Beschl.v.18.7.2006 – L 7 SO 16/06 ER – NDV-RD 2006, S.110 mit Anmerkung Brühl, Albrecht

<sup>56</sup> LSG Hessen, Beschl.v.18.7.2006 – L 7 SO 16/06 ER – NDV-RD 2006, S.110; Auch das OVG Lüneburg geht in seinem Beschluss vom 23.8.1999 – 12 M 2996/99 – (FEVS 51, 2000) davon aus, die Behörde könne auch im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zum Abschluss einer Leistungs-, Vergütungs- und Prüfungsvereinbarung verpflichtet werden. §§ 123 Abs.3 VwGO, 938 Abs.1 ZPO räumen dem Gericht eine richterliche Gestaltungsbefugnis ein, die es auch bei einer im Ermessen der Behörde stehenden Entscheidung erlaubt, diese zu einer Handlung zu verpflichten, wenn dies erforderlich ist, um im vorläufigen Rechtsschutzverfahren effektiven Rechtsschutz zu gewähren.

<sup>57</sup> Das LSG Hessen (Beschl.v.18.7.2006 – L 7 SO 16/06 ER – NDV-RD 2006, S.110) hatte das Vorliegen einer Ermessensreduzierung auf Null anerkannt, weil der Sozialhilfeträger trotz des qualifizierten Angebots der Einrichtung konstruktive Verhandlungen abgelehnt hatte und die Einrichtung seit mehr als 20 Jahren tätig gewesen war.

<sup>58</sup> OVG Lüneburg, Urt.12.7.2006 – 4 LB 312/05 – NDV-RD 2006, S.123

LSG zweimal durch Beschluss v.20.6.2005<sup>59</sup> und 23.6.2006<sup>60</sup> entschiedene Fall. Der Antragsteller, ein Beratungsstellenträger, hatte im Dezember 2003 nach drohendem Wegfall der öffentlich-rechtlichen Förderung erstmals die Verhandlungen mit dem zuständigen Sozialhilfeträger über SGB XII-Vereinbarungen aufgenommen. Nach der Ablehnung des Vertragsabschlusses hatte der Beratungsstellenträger am 12.6. 2004 Klage beim Verwaltungsgericht erhoben dann aber im September 2004 wegen Unzuständigkeit zurückgenommen. Im Januar 2005 hatte er beim Sozialgericht einstweiligen Rechtsschutz beantragt. Nach Ablehnung hatte er im März erstmals Beschwerde beim Hessischen LSG eingelegt. Das Hessische LSG hatte die Beschwerde mit der Begründung, zuerst müsse die Schiedsstelle mit der Angelegenheit befasst werden, zurückgewiesen. Die SGB XII-Schiedsstelle wies im November 2005 den Antrag mit der Begründung zurück, es fehle an einer Leistungs- und Prüfungsvereinbarung. Noch im August 2005 hatte der Beratungsstellenträger erneut dem Sozialhilfeträger ein Angebot zum Abschluss einer Leistungs- Vergütungs- und Prüfungsvereinbarung unterbreitet. Auch dieses Angebot lehnte der Sozialhilfeträger erneut wegen fehlenden Bedarfs noch im Oktober 2005 ab. Der Beratungsstellenträger beantragte beim SG, den Sozialhilfeträger im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zum Abschluss der Vereinbarungen zu verpflichten. Nachdem das SG den Antrag im Januar 2006 ablehnte, legte der Beratungsstellenträger zum zweiten Mal Beschwerde beim LSG Hessen ein. Im Juli 2006 verpflichtete das LSG Hessen den Sozialhilfeträger zum Abschluss der vom Beratungsstellenträger angebotenen Leistungs- und Prüfungsvereinbarung.

Diese Beispiele zeigen, wie die Konflikte nur aus formellen Gründen ständig hin- und hergeschoben werden, ohne dass eine Stelle sachlich abschließend entscheidet. Sie sind ein Beleg dafür, wie die Schiedsstellenverfahren und der Rechtsschutz leerlaufen und Einrichtungen so an den Rand der Insolvenz geraten. Nach allem zeigt sich, dass das Auseinanderdriften des Vereinbarungs-, Schiedsstellen- und Gerichtsverfahrens von Vergütungsvereinbarung einerseits und Leistungs- und Prüfungsvereinbarung andererseits den Vertragsparteien den Weg zur Schiedsstelle verbaut und damit leistungserbringungsrechtliche Verfahren im SGB XII insgesamt in Frage stellt. Dabei können durch Schiedsstellen langwierige und für alle Beteiligten mit hohen Unsicherheiten belastete gerichtliche Auseinandersetzungen in den allermeisten Fällen vermieden werden<sup>61</sup>.

Obwohl die eingeschränkte Schiedsstellenfähigkeit im SGB XII in der Literatur<sup>62</sup> und in parlamentarischen Anhörungsverfahren<sup>63</sup> immer wieder kritisiert worden ist, hat der Gesetzgeber auf Betreiben der Kommunalen Spitzenverbände bisher alle Gelegenheiten, diese für die Praxis in hohem Maße behindernden Widersprüche zu bereinigen, absichtlich ungenutzt gelassen. Noch im Dezember 2006 hat sich der Gesetzgeber zuletzt mit Änderungen im SGB XII-Leistungserbringungsrecht<sup>64</sup> befasst. Die Vorsitzenden der Schiedsstellen haben mehrfach und zuletzt im April 2006 in ihrer gemeinsamen Stellungnahme<sup>65</sup> unter anderem auch die Ausdehnung der Schiedsstellenfähigkeit im Sinne einer dringend gebotenen wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung gefordert.

## **Schiedsstellenfähigkeit der Rahmenvereinbarungen**

Während im SGB XI der Rahmenvertrag pflegerische Versorgung nach § 75 SGB XI und die kollektive Pflegesatzvereinbarung nach § 86 SGB XI generell schiedsstellenfähig sind, fehlen entsprechende ausdrückliche Regelungen hierzu im SGB XII und im SGB VIII. Die teilweise bis heute nicht zustandekommenen Rahmenvereinbarungen im SGB XII<sup>66</sup> und SGB VIII belegen, dass eine solche Schiedsstellenfähigkeit der Rahmenvereinbarungen auf Landesebene hilfreich und dringend geboten ist. So musste in Hessen schon zweimal der Rahmenvertrag stationäre pflegerische Versorgung durch die Schiedsstelle nach § 76 SGB XI festgesetzt werden. Unzweifelhaft wäre es ohne Schiedsstelle bis heute nicht zum Abschluss der mit erheblichen Ressourceneinsatz verbundenen Verhandlungen gekommen.

<sup>59</sup> LSG Hessen Beschl.v.20.6.2005 – L 7 SO 2/05 ER – NDV-RD 2005, 124

<sup>60</sup> LSG Hessen, Beschl.v.18.7.2006 – L 7 SO 16/06 ER – NDV-RD 2006, S.110 mit aufschlussreichen Anmerkungen von Brühl, Albrecht

<sup>61</sup> Die Vorsitzenden und Geschäftsstellenleiter/innen der Schiedsstellen nach § 76 SGB XI und § 80 SGB XII, Sozialrechtliche Schiedsstellen im Sozialgesetzbuch: Vorschläge für eine verbesserte rechtliche Ausgestaltung, NDV 2006, 302

<sup>62</sup> Der langjährige Vorsitzende der hessischen SGB XII-Schiedsstelle hatte diese Fehlkonstruktion schon 1999 kritisiert (Schellhorn, Walter, Die Schiedsstelle nach § 94 BSHG, NDV 1999, 126); Zeitler, Helmut, Die Zuständigkeit und Aufgaben der Schiedsstellen nach dem BSHG, SGB VIII und SGB XI, RsDE 53, S.1

<sup>63</sup> Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege, Leistungsvereinbarungen nach § 93 Abs.2 BSHG schiedsstellenfähig machen, Stellungnahme Mai 2002

<sup>64</sup> Gesetz zur Änderung des SGB XII und anderer Gesetze vom 2.12.2006, BGBl.I, S.2670

<sup>65</sup> Die Vorsitzenden und Geschäftsstellenleiter/innen der Schiedsstellen nach § 76 SGB XI und § 80 SGB XII, Sozialrechtliche Schiedsstellen im Sozialgesetzbuch: Vorschläge für eine verbesserte rechtliche Ausgestaltung, NDV 2006, 302

<sup>66</sup> Bis heute sind die in § 79 SGB XII vorgesehenen Rahmenvereinbarungen in Rheinland-Pfalz nicht zustande gekommen!

## Uneinheitlicher Rechtsschutz

---

Nach § 85 Abs.6 S.3 SGB XI, § 78g Abs.2 S.2 SGB VIII, § 77 Abs.1 S.3 SGB XII ist gegen die Schiedsstellenentscheidung jeweils der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet. Nach § 78g Abs. 2 S.3 SGB VIII und § 77 Abs.1 S.4 SGB XII richtet sich die Klage gegen eine der beiden Vertragsparteien, nicht gegen die Schiedsstelle. Im SGB XI fehlt eine entsprechende Regelung, woraus der Schluss gezogen wird, dass hier die Schiedsstelle Klagegegner ist<sup>67</sup>. Sachliche Gründe, weshalb das Gesetz in SGB VIII, SGB XII und SGB XI unterschiedliche Klagegegner bestimmt, sind nicht erkennbar.

Ohne hier die gesamte Dogmatik des Prozessrechts<sup>68</sup> auszubreiten, ist folgendes anzumerken: Die Schiedsstelle ist als die vom Gesetzgeber gewollte neutrale Instanz i.d.R. nicht als Prozessgegner einer der beiden am Schiedsstellenverfahren beteiligten Vertragsparteien geeignet. Woher nimmt der zur Neutralität verpflichtete Vorsitzende der Schiedsstelle die Legitimation bei Vergleichsverhandlungen vor dem Sozialgericht, einem Vergleichsvorschlag des Gerichts zuzustimmen und somit gemeinsam gefasste Beschluss-Ergebnisse der Schiedsstelle preiszugeben? Hinzu kommt auch das Problem, dass die Beiladung der jeweils anderen am Schiedsstellenverfahren beteiligten Vertragspartei ihrer Rechtsposition nicht gerecht wird. So ist es bereits mehrfach vorgekommen, dass eine Einrichtung erst mit der Einladung zur Hauptverhandlung und damit relativ spät erfahren hat, dass die Schiedsstellenentscheidung vom Sozialleistungsträger beklagt worden ist. Der Gesetzgeber sollte daher für alle Schiedsstellen klarstellen, dass sich die Klage immer gegen die andere Vertragspartei richtet<sup>69</sup>.

Problematisch sind auch die Unterschiede bei der aufschiebende Wirkung der Schiedsstellenentscheidung. Während § 85 Abs.5 S.4 SGB XI ausdrücklich vorsieht, dass die Schiedsstellenentscheidung aufschiebende Wirkung hat, fehlen solche Regelungen im SGB VIII und SGB XII. Auch hier ist ein sachlicher Grund für die Unterschiede nicht zu finden.

Bei den SGB VIII- und SGB XII-Schiedsstellen könnte die aufschiebende Wirkung der Schiedsstellenentscheidung aus der allgemeinen Regelung in § 86a Abs.1 S.2 SGG entnommen werden. Armbrorst<sup>70</sup> ist der Auffassung, dass die Klage gegen den Schiedsspruch nach § 80 Abs.2 S.1 VwGO (jetzt § 86a Abs.1 S.2 SGG) aufschiebende Wirkung hat, da es sich beim Schiedsspruch um einen Verwaltungsakt mit Doppelwirkung handele. Im SGG fehlt aber eine gesonderte Rechtsgrundlage für Verwaltungsakte mit Doppelwirkung. Für Armbrorst ist es auch fraglich, ob die Schiedsstelle von Amts wegen die sofortige Vollziehung nach § 80a VwGO anordnen könne. Nach allem bleibt als sachdienliche Lösung nur übrig, dass die möglicherweise aufschiebende Wirkung einer Klage bei allen Schiedsstellen generell gesetzlich ausgeschlossen sein sollte<sup>71</sup>. Den Vorsitzenden der Schiedsstellen<sup>72</sup> ist auch darin zuzustimmen, dass insbesondere im Hinblick auf Unklarheiten bei der Zuständigkeit, Klagen gegen Schiedsstellen in jedem Bundesland einem bestimmten Sozialgericht zugewiesen werden sollten.

## Verhältnis Pflegebedarf - Vergütung

---

Das Problem der Zuordnung der Vergütungen zu den Pflegestufen ist ein weiteres Beispiel dafür, dass grundlegende strukturellen Fehlentscheidungen des Gesetzgebers von der Rechtsprechung nur bedingt nachgebessert werden können<sup>73</sup>. Wie im 1. Pflegeklassen-Urteil aus dem Jahre 2000<sup>74</sup> befasst sich das BSG in seinem 2.Pflegeklassen-Urteil<sup>75</sup> mit dem Verhältnis von Pflegeaufwand im Pflege-

<sup>67</sup> Udsching, Peter, in Schnapp, Friedrich E. (Hrsg.), Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Berlin 2004, S.181

<sup>68</sup> siehe hierzu Armbrorst, Christian, in Schnapp, Friedrich E. (Hrsg.) Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Berlin 2004, S.223

<sup>69</sup> so auch: Die Vorsitzenden und Geschäftsstellenleiter/innen der Schiedsstellen nach § 76 SGB XI und § 80 SGB XII, Sozialrechtliche Schiedsstellen im Sozialgesetzbuch: Vorschläge für eine verbesserte rechtliche Ausgestaltung, NDV 2006, 302

<sup>70</sup> Armbrorst, Christian, in Schnapp, Friedrich E. (Hrsg.) Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Berlin 2004, S.228

<sup>71</sup> so auch: Die Vorsitzenden und Geschäftsstellenleiter/innen der Schiedsstellen nach § 76 SGB XI und § 80 SGB XII, Sozialrechtliche Schiedsstellen im Sozialgesetzbuch: Vorschläge für eine verbesserte rechtliche Ausgestaltung, NDV 2006, 302

<sup>72</sup> Die Vorsitzenden und Geschäftsstellenleiter/innen der Schiedsstellen nach § 76 SGB XI und § 80 SGB XII, Sozialrechtliche Schiedsstellen im Sozialgesetzbuch: Vorschläge für eine verbesserte rechtliche Ausgestaltung, NDV 2006, 302

<sup>73</sup> Griep, Heinrich, Leistungsgerechte Pflegesätze unabhängig vom Leistungsgeschehen im Pflegeheim? Sozialrecht Aktuell, 2006, 74

<sup>74</sup> BSG Urteil v. 10.2.2000 – B 3 P 12/99 R – BSGE 85, 278 = FEVS 51, S.449 = SozR 3-3300 § 43 Nr.1 = SGB 2001, S.32, mit Anmerkung von Welti

<sup>75</sup> BSG Urt.v.1.9.2005 - B 3 P 4/04 R –(Vorinstanzen: LSG Nordrhein-Westfalen, Urt.v.8.3.2004 – L 3 P 29/03 Sozialrecht Aktuell 2004, S.) Sozialrecht Aktuell 2006, 59 = PflegeRecht 3/2006, S.131 mit Anmerkung von Rossbruch, BSG Urt.v.1.9.2005 – B 3 P 9/04 R -

heim und leistungsgerechten Pflegesätzen. Bereits im 1. Pflegeklassen-Urteil ging es um die Folgen der Divergenz des Pflegebedürftigkeitsbegriffs<sup>76</sup> und der Vergütungskriterien: Nach dem Grundsatz der Vollversorgung hat das Pflegeheim z.B. bei Heimbewohnern mit einer hochgradigen Demenz weit über die Gebrechlichkeitspflege i.S.d. §§ 14, 15 SGB XI hinaus Pflege- und Betreuungsleistungen zu erbringen. Gleichwohl richtet sich die für die Pflegesätze maßgebliche Pflegestufe allein nach den Kriterien der Gebrechlichkeitspflege. Im 2. Pflegeklassen-Urteil bietet das BSG unter anderem auch als Lösung an, dass der nicht pflegestufenrelevante Aufwand im Rahmen einer von den Pflegestufen abweichenden entsprechenden Staffelung der Pflegesätze bedarfsgerecht zugeordnet und vergütet werden kann. Dieser Lösungsansatz des BSG ist im Ergebnis richtig, setzt aber einen Handlungsspielraum der Pflegeheime voraus, den diese wegen der oben bereits dargestellten kollektivrechtlichen bzw. faktischen Geltung der Kalkulationsgrundlagen tatsächlich nicht haben. Es ist daher nicht verwunderlich, dass Ansätze für eine Umsetzung der Grundsätze des BSG bisher nicht bekannt geworden sind. Auch hier stellt sich daher erneut die Frage, inwieweit die von der Rechtsprechung angebotenen Lösungsvorschläge für die Praxis der Vertragsverhandlungen nutzbar sind? Das 2. Pflegeklassen-Urteil des BSG zeigt damit erneut die Folgen der vom Gesetzgeber völlig falsch vorgenommenen Weichenstellung bei der Verhältnisbestimmung Pflegebedarf und Vergütung in § 84 Abs.2 S.2 und 3 SGB XI<sup>77</sup>. Das verfassungsrechtliche Gebot einer leistungsgerechten Vergütung<sup>78</sup> läuft leer, wenn der Gesetzgeber den engen nur auf die Gebrechlichkeitspflege bezogenen Pflegebedürftigkeitsbegriff nicht nur zum Maßstab für die von der Pflegeversicherung zu zahlenden Monatspauschalen sondern auch zum Maßstab für Vergütungen heranzieht. Soweit nicht der Gesetzgeber den Pflegebedürftigkeitsbegriff an umfassenden Bedarfskriterien ausrichtet, geht kein Weg daran vorbei, den Vertragspartnern den erforderlichen Handlungsspielraum in der Weise freizugeben, dass die Vergütungen auch im Gesetz ausdrücklich von den Pflegestufen nach §§ 14, 15 SGB XI abgekoppelt werden. Hierfür sind nur marginale Änderungen im Gesetz erforderlich: In § 84 Abs.2 S.2 SGB XI wäre nur das Wort „drei“ zu streichen. § 84 Abs.2 S.3 SGB XI kann ersatzlos gestrichen werden.

## Fazit

In kaum einem anderen Rechtsgebiet gibt es so viele positiv-rechtliche Konkretisierungen des Verwaltungsvertrages wie im sozialrechtlichen Leistungserbringungsrecht<sup>79</sup>. Wenn der Gesetzgeber aus verfassungsrechtlichen Gründen im Leistungserbringungsrecht auf das Vereinbarungsprinzip<sup>80</sup> setzt, muss er zum einen ein Mindestmaß an Vertragsfreiheit gewährleisten. Zum anderen muss er das Vereinbarungsverfahren so ausgestalten, dass er die Verhandlungspartit<sup>81</sup> als Voraussetzung der Vertragsfreiheit gewährleistet. Fehlt ein annäherndes Kräftegleichgewicht der Vertragsparteien, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts ein sachgerechter Ausgleich der Interessen nicht zu erreichen<sup>82</sup>, was den Grundrechtsschutz der schwächeren Partei durch staatliche Regelungen erforderlich macht<sup>83</sup>.

Das sozialrechtliche Leistungserbringungsrecht leidet daran, dass der Gesetzgeber an vielen Stellen ohne Notwendigkeit mehrdimensionale Aufspaltungen vornimmt, die das Recht bürokratisieren, verkomplizieren und daher einen erheblich höheren Aufwand bei den beteiligten Vertragsparteien zur Folge haben. Sie bringen darüber hinaus häufig nur schwer lösbare und darstellbare Abgrenzungsprobleme. Mitunter kann die Abgrenzung wegen der praktisch notwendigen Rahmenbedingungen und auch aus sozialwissenschaftlichen Gründen nicht in der Weise vorgenommen werden, wie dies die daran geknüpften Rechtsfolgen erfordern würden.

In diesem Dilemma versuchen die Schiedsstellen und die hier aufgezeigte Rechtsprechung Lösungen zu finden, die für die Verwirklichung der sozialen Rechte immer dann nicht hilfreich sind, wenn sie an

<sup>76</sup> BSG Urt. v. 19.02.1998 - B 3 P 2/97 R - NDV-RD 1998, S. 95; Urt. v. 19.02.1998 - B 3 P 3/97 R - NDV-RD 1998, S. 98; Urt. v. 19.02.1998 - B 3 P 5/97 R - Sozialrecht Aktuell 1998/Heft 9, S. 25; Urt. v. 19.02.1998 - B 3 P 6/97 R - ; Urt. v. 19.02.1998 - B 3 P 7/97 R - SozR 3-3300 § 15 Nr. 1 = NZS 1998, S. 479; Urt. v. 19.02.1998 - B 3 P 11/97 R - ; Urt. v. 26.11.1998 - B 3 P 20/97 R - SGB 5/200, S. 217; Urt. v. 26.11.1998 - B 3 P 13/97 R - NZS 1999, S. 453; Urt. v. 24.06.1998 - B 3 P 4/97 R - NZS 1999, S. 87; Urt. v. 18.03.1999 - B 3 P 3/98 - NZS 2000, S. 34

<sup>77</sup> Griep, Heinrich, Leistungsgerechte Pflegesätze unabhängig vom Leistungsgeschehen im Pflegeheim? Sozialrecht Aktuell 3/2006, S.74

<sup>78</sup> so BSG im 1. Pflegeklassen-Urteil vom v. 10.2.2000 - B 3 P 12/99 R - BSGE 85, 278 = FEVS 51, S.449 = SozR 3-3300 § 43 Nr.1 = SGB 2001, S.32, mit Anmerkung von Welti

<sup>79</sup> Neumann, Volker in: Schulin, Bertram, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 4 Pflegeversicherungsrecht, München 1997, § 20, RdNr.11

<sup>80</sup> siehe z.B. § 69 S.2 SGB XI

<sup>81</sup> Im Tarifvertragsrecht ergibt sich aus diesem Grundsatz der Grundsatz der Waffengleichheit.

<sup>82</sup> BVerfG, Urt.v.7.2.1990 E 81,242; Urt.v.28.1.1992, E 85, 191; Urt.v.19.10.1993 E 89, 214

<sup>83</sup> Neumann, Volker in: Schulin, Bertram, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 4 Pflegeversicherungsrecht, München 1997, § 20, RdNr.11

den Realitäten bei den Akteuren des Leistungserbringungsrechts vorbeigehen. Dabei zeigt sich auch, dass neue Lösungsversuche häufig neue ungelöste Rechtsprobleme zum Vorschein bringen. Die Vertragsparteien sind auch längst nicht mehr in der Lage, den Lösungsansätzen der Rechtsprechung bei ihre Verhandlungen Rechnung zu tragen. Langfristig hat dies zur Folge, dass den durch das Zusammenwirken von Legislative und Judikative verunklarten Normbefehlen allgemein immer weniger Folge geleistet werden kann. Die noch wachsende Kasuistik zum sozialrechtlichen Leistungserbringungsrecht wird daher die Verunsicherung der Vertragsparteien noch vergrößern und das Vereinbarungsprinzip zunehmend belasten und aushöhlen. Zu Recht haben daher insbesondere auch die Vorsitzenden der Schiedsstellen dringenden Handlungsbedarf des Gesetzgebers festgestellt<sup>84</sup>. Sie fordern, dass durch präventive rechtliche Regelungen verhindert werden muss, dass sich Sozialleistungsträger und Leistungserbringer unter Einsparzwängen in intransparenten Verfahren auf Leistungsdefinitionen und Kontrollmechanismen zu Lasten Dritter nämlich der Sozialleistungsberechtigten einigen. Der Gesetzgeber sollte daher nicht zuletzt auch im Sinne einer dringend gebotenen Entbürokratisierung ein für die Vertragsparteien und Schiedsstellen taugliches einfaches und transparentes Vereinbarungsverfahren vorgeben<sup>85</sup>. Eine Deregulierung muss nicht nur für mehr Klarheit sorgen sondern auch den für das eigenverantwortliche Handeln der Vertragsparteien erforderlichen Handlungsspielraum wieder herstellen.

Aus den aufgezeigten Problemen der Gesetzesanwendung ergeben sich folgende Vorschläge zur Verbesserung, Vereinfachung und Entbürokratisierung des sozialrechtlichen Leistungserbringungsrechts:

- Auch im SGB VIII besteht keine Notwendigkeit, auf der gleichen Vereinbarungsebene zwei verschiedene Vereinbarungssysteme nebeneinander gelten zu lassen.
- Für sämtliche zwischen Einrichtungen und Sozialleistungsträgern abzuschließende leistungserbringungsrechtlich relevanten Regelungsgegenstände sollte der Gesetzgeber ein einheitliches Vertragswerk im Gesetz vorgeben.
- Das gleiche gilt für die entsprechenden Rahmenvereinbarungen auf Landes- oder Bundesebene.
- Auf diese Weise sollte sichergestellt werden, dass bei allen weiteren Verfahrensfragen, Schiedsstellen- und Gerichtszuständigkeiten einheitliche Grundsätze für Leistung und Gegenleistung im Gesetz und in untergesetzlichen Regelungen gelten.
- Solange eine Einrichtung Sozialleistungen für Sozialleistungsberechtigte eines Sozialleistungsträgers erbringt, müssen auch nach Ablauf der Vertragslaufzeit die zuletzt mit diesem Sozialleistungsträger vereinbarten Bedingungen der Leistungserbringung (Preis und Leistung) uneingeschränkt bis zum Abschluss neuer Vereinbarungen weitergelten.
- Das Rang-Verhältnis von Pflegeversicherung und Sozialhilfe sollte allein dem Umfang der Leistungen nach, nicht aber der Art der Leistungen nach bestimmt werden. D.h. die Sozialhilfe leistet im Rahmen der Hilfe zur Pflege generell unabhängig von Art und Inhalt ergänzende Leistungen, soweit die Leistungen der Pflegeversicherung wegen der Monatspauschalen zusammen mit den Eigenmitteln des Leistungsempfängers nicht ausreichen.
- Der Ausschluss der Leistungszuständigkeit der Pflegeversicherung für Investitionsaufwendungen der Pflegeeinrichtungen ist sachlich nicht begründet und sollte daher aufgehoben werden. Vielmehr ist es notwendig den Investitionsbetrag im Sinne einer monistischen Finanzierung<sup>86</sup> in das o.g. einheitliche Vertragswerk einzubeziehen.
- Aufgrund der Auffang-Zuständigkeit der Sozialhilfeträger für ergänzende die SGB XI-Monatspauschalen überschreitende Pflegeleistungen sind diese an dem einheitlichen Vertragswerk angemessen zu beteiligen.
- Wenn die Schiedsstelle an Stelle der Vertragsparteien effizient konfliktlösende Vertragsinhalte durch Beschluss festsetzen soll, muss sich ihre Kompetenz auf alle synallagmatisch verknüpften Vertragsgegenstände (Leistung und Gegenleistung) erstrecken.

<sup>84</sup> so auch: Die Vorsitzenden und Geschäftsstellenleiter/innen der Schiedsstellen nach § 76 SGB XI und § 80 SGB XII, Sozialrechtliche Schiedsstellen im Sozialgesetzbuch: Vorschläge für eine verbesserte rechtliche Ausgestaltung, NDV 2006, 302

<sup>85</sup> Zu begrüßen ist in diesem Zusammenhang die durch Gesetz vom 2.12.2006 (BGBl. S.2670) in § 77 Abs.1 S.2 SGB XI eingefügte Klarstellung, dass die vom zuständigen Sozialhilfeträger abgeschlossenen Vereinbarungen für alle Sozialhilfeträger verbindlich sind.

<sup>86</sup> Die monistische Finanzierung ist im Pflegeversicherungs-Gesetzgebungsverfahren vom Bundesrat verhindert worden.

- Wie im SGB XI sollten auch im SGB VIII und SGB XII alle leistungserbringungsrechtlichen Rahmenverträge auf Landesebene schiedsstellenfähig sein.
- Die Grundzüge des sozialrechtlichen Schiedswesens sollten künftig im SGB X bundeseinheitlich für alle Bereiche des sozialrechtlichen Leistungserbringungsrechts geregelt werden<sup>87</sup>.
- Die aufschiebende Wirkung der Klage gegen eine Schiedsstellenentscheidung sollte im Gesetz ausgeschlossen werden.
- Für die Klageverfahren gegen Schiedsstellenentscheidungen sollte in jedem Bundesland ein zentral zuständiges Sozialgericht bestimmt werden.
- Die Vergütungen für SGB XI-Leistungen dürfen nur dann an Pflegestufen-Kriterien angeknüpft werden, wenn diese nicht nach normativen sondern nach Bedarfskriterien bestimmt werden.
- Im Fall normativer Pflegebedürftigkeitskriterien muss den Vertragsparteien genügend Handlungsspielraum für bedarfsorientierte Vergütungsregelungen unabhängig vom Pflegebedürftigkeitsbegriff belassen werden.

Heinrich Griep/LER\_mängel/3.4.2007

---

<sup>87</sup> so auch: Die Vorsitzenden und Geschäftsstellenleiter/innen der Schiedsstellen nach § 76 SGB XI und § 80 SGB XII, Sozialrechtliche Schiedsstellen im Sozialgesetzbuch: Vorschläge für eine verbesserte rechtliche Ausgestaltung, NDV 2006, 302