

Leistungsgerechte Entgelte unter besonderer Berücksichtigung des Risikozuschlags

Prof. Dr. Jan Kepert

Quellen der Folien: Kunkel/Kepert/Pattar LPK-SGB VIII, 8. Auflage 2022; Kepert in Schiedsstellenhandbuch SGB VIII, 1. Auflage 2020

Inhalte des Inputs

- Verhältnis Betriebserlaubnis- und Vertragsrecht
- Grundzüge des Vertragsrechts nach §§ 78a ff. SGB VIII und Schiedsstellenverfahrens
- Risikozuschlag unter Berücksichtigung aktueller Entwicklungen

Betriebserlaubnisverfahren: Rechtliche Einordnung §§ 45 ff. SGB

- §§ 45 SGB VIII enthalten ordnungsrechtliche Vorgaben und dienen dem Kinderschutz
- Es werden Mindeststandards zur Gewährleistung des Kindeswohls definiert
- Hiervon zu trennen ist die Vereinbarung eines wünschenswerten Betreuungsumfangs nach §§ 78a ff. SGB VIII und die Förderung nach § 74a SGB VIII i.V.m. Landesrecht

Rechtliche Einordnung

§§ 45 ff. SGB VIII

- § 45 SGB VIII statuiert ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt
- Tatbestandsvoraussetzung: Gewährleistung des Kindeswohls gem. § 45 Abs. 2 S. 1 SGB VIII. Konkretisierung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs anhand der Regelbeispiele nach § 45 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 bis 4 SGB VIII
- Rechtsfolge: Gebundene Entscheidung auf Erteilung der Betriebserlaubnis
- Prüfungsmaßstab: Konzeption nach § 45 Abs. 3 Nr. 1 SGB VIII
- Konzeptions- und Organisationshoheit des Einrichtungsträgers

Die Verträge nach § 77 SGB VIII sowie §§ 78a ff. SGB VIII

- Basis bildet die Leistungsvereinbarung
- Auf Grundlage der Leistungsvereinbarung und auch auf Basis der Qualitätsentwicklungsvereinbarung ist das Entgelt zu vereinbaren. Denn:
- Die Entgeltvereinbarung muss leistungsgerecht sein

Die Verträge nach § 77 SGB VIII und §§ 78a ff. SGB VIII

- Bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen nach § 78 b Abs. 2 S. 1 SGB VIII besteht ein gebundener Rechtsanspruch des Leistungserbringers auf Vertragsabschluss
- Im Rahmen des § 77 SGB VIII besteht ein Rechtsanspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung auf Vertragsabschluss
- Allerdings hat der Einrichtungsträger keinen Anspruch auf Vereinbarung eines beliebigen Entgelts. Die Höhe des zu vereinbarenden Entgelts wird durch die weiteren in § 78 b Abs. 2 S. 1 SGB VIII normierten Merkmale der **Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit** bestimmt

Die Verträge nach § 77 SGB VIII und §§ 78a ff. SGB VIII

- **Wirtschaftlichkeit** bedeutet, dass die zu erbringende Leistung mit dem geringsten Mitteleinsatz (**Minimalprinzip**) bzw. mit dem vorhandenen Mitteleinsatz möglichst optimal (**Maximalprinzip**) erreicht wird
- Mit dem Begriff der Wirtschaftlichkeit wird damit eine günstige Zweck-Mittel-Relation im Sinne eines angemessenen und ausgewogenen Verhältnisses zwischen den angebotenen Leistungen und den hierfür geforderten Entgelten vorgegeben

Die Verträge nach § 77 SGB VIII und §§ 78a ff. SGB VIII

- Aus diesen Grundsätzen folgt aber nicht, dass der Einrichtungsträger perspektivisch mit Verlust arbeiten muss. Die bei einer wirtschaftlichen und sparsamen Mittelverwendung entstehenden Betriebsausgaben bilden die Untergrenze des zu vereinbarenden Entgelts

Die Verträge nach § 77 SGB VIII sowie §§ 78a ff. SGB VIII

- Um dem Gebot der Wirtschaftlichkeit Rechnung zu tragen, verlangt das Gesetz, dass bei Verhandlungen die Entgelte **prospektiv**, also nur mit Wirkung für die Zukunft vereinbart werden. Nachträgliche Ausgleiche sind unzulässig, § 78 d Abs. 1 SGB VIII
- Da keine nachträgliche Korrektur zulässig ist, sind die Risiken in der Weise verteilt, dass einerseits erwirtschaftete Überschüsse beim Leistungserbringer verbleiben, andererseits sich bildende Defizite zu seinen Lasten gehen und der öffentliche Kostenträger von einem nachträglichen Ausgleich entlastet ist

Ermittlung der Vertragsinhalte nach § 77 SGB VIII sowie §§ 78a ff. SGB VIII

- Zur Ermittlung des Tagessatzes sind drei Schritte erforderlich:
 - Interner Vergleich
 - Externer Vergleich
 - Angemessenheitsprüfung
- Dies ist für das SGB V, das SGB IX, das SGB XI und das SGB XII durch eindeutige Rspr. des BSG bzw. gesetzliche Vorgaben gesichert
- Für das SGB VIII fehlt bisher eine abschließende Klärung durch das BVerwG. Nach hiesiger Auffassung ist aber auch im SGB VIII eine Prüfung in drei Schritten geschuldet

Beachte: Das VG München sieht ganz aktuell ein zwingendes Erfordernis dieser 3-schrittigen Prüfung auch für §§ 78a ff. SGB VIII

Interner Vergleich

- Die kalkulatorischen Gestehungskosten können nicht außer Betracht bleiben (BSG, 29.01.2009)
- Die Plausibilität der voraussichtlichen Gestehungskosten des Leistungserbringers ist zu prüfen (Plausibilitätskontrolle)
- Die entstehenden kalkulatorischen Gestehungskosten müssen berücksichtigt werden, wenn sie einer wirtschaftlichen und sparsamen Mittelverwendung entsprechen
- Die Darlegungslast liegt zunächst beim Leistungserbringer
- Der Kostenträger kann die Plausibilität der Darlegung erschüttern

Externer Vergleich

- In einem zweiten Schritt kann das beantragte Entgelt mit den Vergütungen anderer vergleichbarer Leistungserbringer ins Verhältnis gesetzt werden
- Entgelte, die sich am oberen Rand des Vergleichs bewegen, sind angemessen, wenn sich die jeweilige Forderung als leistungsgerecht erweist, weil sie z. B. auf einem höheren Aufwand beruht. Dies ist begründungsbedürftig (BSG, 29.01.2009)
- Die Vergütung vergleichbarer Einrichtungen kann z. B. wegen des zu betreuenden Personenkreises bzw. den zu erbringenden Leistungen, struktureller Nachteile durch Standort und Größe der Einrichtung, einer wesentlich abweichenden Personalstruktur oder aus der Wahrung der Tarifbindung überschritten werden

Externer Vergleich hinsichtlich einzelner Entgeltbestandteile

- Nach hiesiger Auffassung stellt es regelmäßig einen unverhältnismäßigen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG dar, wenn einzelne Posten des Tagessatzes einem externen Vergleich zugeführt werden (str.)
- Lediglich der geforderte Tagessatz muss einer Prüfung anhand eines externen Vergleichs standhalten
- Es muss nach hiesiger Auffassung von der Entscheidungsfreiheit des Trägers gedeckt sein, wie die Kosten im Einzelnen verteilt werden
- „Es kann dahinstehen, ob die für das Pflegeversicherungsrecht entwickelte Rechtsprechung, wonach nur die Kosten ohne weitere Prüfung akzeptiert werden können, die sich im unteren Drittel der Kosten vergleichbarer Einrichtungen bewegen, überhaupt auf Einzelpositionen der gesamten Vergütung angewendet werden darf“ (BSG, 07.10.2015)

Beachte: Das VG München sieht eine Verpflichtung zur Durchführung des externen Vergleichs nur in Bezug auf den Gesamtagessatz, nicht in Bezug auf einzelne Entgeltbestandteile

Angemessenheitsprüfung

„Die Pflegevergütungen anderer Einrichtungen können demzufolge nur eine Vergleichsgröße im Rahmen der Angemessenheitsprüfung darstellen, nicht aber eine unmittelbar verbindliche Bemessungsgröße für die Entgelte sein.

Insoweit ist der externe Vergleich kein Ersatz für die von den Vertragsparteien und ggf. der Schiedsstelle vorzunehmende Bewertung der Vergütungsforderung auf ihre wirtschaftliche Angemessenheit, sondern Grundlage dieser Bewertung“

(BSG, 17.12.2009)

Angemessenheitsprüfung

- Den Vergleichspreisen anderer Einrichtungen kommt keine rechtlich verbindliche Wirkung zu. Sie stellen lediglich eine Vergleichsgröße, also eines von mehreren Kriterien, im Rahmen der Angemessenheitskontrolle dar
- Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ist zu fragen, ob sich die jeweilige Forderung als leistungsgerecht erweist, weil sie z. B. auf einem höheren Aufwand beruht (BSG, 29.01.2009)
- Wirtschaftliche Angemessenheit ist anzunehmen, wenn die Gründe, die die Einrichtung für ein höheres Entgelt geltend macht, den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung entsprechen (Brünner/Höfer in LPK-SGB XI § 84 Rn. 13 und 14, 5. Auflage 2018)

Risikoaufschlag und Gewinn

- Offene Ausweisung einer Gewinnmöglichkeit im Entgelt über
 - 1.) Allgemeines Unternehmerrisiko (BSG)
 - 2.) Spezifische Unternehmerrisiken (BSG)
 - 3.) „Echter“ Gewinn (Lit.)

Risikoaufschlag und Gewinn

- Nach § 78 c Abs. 2 Satz 1 SGB VIII müssen die Entgelte **leistungsgerecht** sein
- Einigkeit besteht in der Rechtsprechung und Literatur in der Feststellung, dass das Entgelt so auszugestalten ist, dass für den Leistungserbringer die Möglichkeit besteht, mit dem Betrieb der Einrichtung einen Gewinn zu erwirtschaften
- So auch das BSG (BSG, Urt. v. 26.09.2019, B 3 P 1/18 R, juris Rn. 37) mit Verweis auf Gewinnmöglichkeiten im SGB VIII unter Bezugnahme auf Kepert, ZFSH/SGB 2019, 428 ff.

Risikoaufschlag und Gewinn

- Soweit so gut. Aber: Was bedeutet das? Was ist mit einer Gewinnmöglichkeit gemeint?
- Zu differenzieren ist nach der Rspr. des BSG und der Lit. zwischen:
 - 1.) Allgemeines Unternehmerrisiko (BSG)
 - 2.) Spezifische Unternehmerrisiken (BSG)
 - 3.) „Echtem“ Gewinn (Lit.)

Allgemeines Unternehmerisiko

- Um dem Gebot der Wirtschaftlichkeit Rechnung zu tragen, verlangt das Gesetz, dass bei Verhandlungen die Entgelte **prospektiv**, also nur mit Wirkung für die Zukunft vereinbart werden. Nachträgliche Ausgleiche sind unzulässig, § 78 d Abs. 1 SGB VIII
- Da keine nachträgliche Korrektur zulässig ist, sind die Risiken in der Weise verteilt, dass einerseits erwirtschaftete Überschüsse beim Leistungserbringer verbleiben, andererseits sich bildende Defizite zu seinen Lasten gehen und der öffentliche Kostenträger von einem nachträglichen Ausgleich entlastet ist

Allgemeines Unternehmerrisiko

- Allgemeines Unternehmerrisiko als Gegenstück der Verlustmöglichkeit:
„Demnach muss zwar gemäß § 84 Abs 2 S 5 Halbs 2 SGB XI jeder Pflegeheimträger ein Verlustrisiko tragen, etwa als Folge von Überangeboten am Markt, von unwirtschaftlichem Verhalten, infolge eines unzureichenden Leistungsangebots oder wegen seiner unternehmerischen Fehlentscheidungen. Umgekehrt muss die Pflegevergütung dem Pflegeheim aber auch die Möglichkeit bieten, Gewinne zu erzielen, die ihm iS von § 84 Abs 2 S 5 Halbs 1 SGB XI als Überschuss verbleiben können (Möglichkeiten zur Realisierung eines angemessenen Unternehmergewinns). Wie diese Gewinnchance zu bemessen ist, hat der Gesetzgeber nicht vorgezeichnet, sondern der Aushandlung der Vertragspartner und im Streitfall der Entscheidung der Schiedsstelle im Verfahren nach § 85 Abs 5 S 1 SGB XI überlassen.“
(BSG, Urt. v. 16.05.2013, B 3 P 2/12 R, juris Rn. 26)

Allgemeines Unternehmerrisiko

- Aber: Keine automatische Berücksichtigung des allgemeinen Unternehmerrisikos im Entgelt
- Erforderlichkeit einer Einzelfallprüfung
- Die einzelnen Bestandteile des Entgelts sind daraufhin zu überprüfen, ob den Ansätzen bereits die Möglichkeit der Erzielung eines Ausgleichs für das allgemeine Unternehmerrisiko innewohnt. Das BSG hat das jüngst wie folgt betont:

„Des Weiteren kann es keinem Zweifel unterliegen, dass auch im Rahmen von Gestehungskosten, die für sich betrachtet nicht unwirtschaftlich sind, unterschiedliche Gewinnmöglichkeiten enthalten sein können“

Allgemeines Unternehmerisiko

Sofern ein Gewinnzuschlag im Entgelt zu berücksichtigen ist, muss dieser individuell für die jeweilige Einrichtung bemessen werden. Ein pauschaler Zuschlag in Höhe von 4% ist sachwidrig.

(BSG, Urt. v. 26.09.2019, B 3 P 1/18 R, juris)

Daher: Der Risikozuschlag sollte einrichtungsspezifisch, auch in Kombination mit den spezifischen Risiken berechnet werden

Die Möglichkeit der Verhandlung eines solchen Risikozuschlags wurde jüngst durch das BSG wie folgt bestätigt:

- *„die Vergütung (...) aber weiter so bemessen sein (muss), dass sie bei wirtschaftlicher Betriebsführung auch das Unternehmerisiko angemessen berücksichtigt.“*

BSG, Urt. v. 08.12.2022, B 8 SO 8/20 R, Terminbericht Nr. 48/22 vom 09.12.2022

Spezifischen Unternehmerrisiken

Aus **betrieblichen Risiken** resultierende Kostenbelastungen – wenn sie nicht ohnehin wie bei Feuergesfahr, Diebstahl oder Unfälle über Versicherungen gedeckt und daher wie andere Gestehungskosten auf dem üblichen Weg geltend zu machen sind – sind bei der Vergütungsfestsetzung nur dann zu berücksichtigen sein, wenn die Einrichtung anhand konkreter **Erfahrungswerte** in der Vergangenheit oder sonstiger nachvollziehbarer Anhaltspunkte den **Beleg** dafür führt, dass Kosten in solcher Höhe im Durchschnitt mehrerer Jahre beim Betrieb einer wirtschaftlich operierenden Pflegeeinrichtung voraussichtlich anfallen werden.

(BSG, Urt. v. 16.05.2013, B 3 P 2/12 R, juris Rn. 25 f.)

Spezifischen Unternehmererisiken

Es ist also erforderlich, konkrete Wagnisse als Kostenposition in die Berechnung des Entgelts einzustellen (z. B. Abfindung für Personal, Kosten für Elternzeit oder Altersteilzeit, Überstundenzuschüsse, Elementarschäden usw.). Diese müssen zudem durch konkrete Anhaltspunkte plausibilisiert werden

Fazit zu Unternehmerrisiken

Nach der Rspr. des BSG und auch aktueller Rspr. des VG München ist es im Einzelfall erforderlich im Entgelt Ausgleiche für das allgemeine Unternehmerrisiko und für spezielle Unternehmerrisiken zu berücksichtigen

Aktuelle Entwicklungen

In mehreren Schiedsstellenverfahren hat die Schiedsstelle SGB VIII Bayern 2020 und 2022 einen prozentualen Aufschlag auf das Gesamtentgelt vorgenommen, weil es folgende Risiken u.a. anerkannt hat:

- Nicht versicherte Schäden
- Aufbewahrung und/oder Entsorgung zurückgelassener Gegenstände
- außergewöhnliche Maßnahmen
- Wohnraumbesetzungen
- unerwartete Krisen usw.

Zudem wurden Rechtsberatungskosten und Innovationskosten als Bestandteil des allgemeinen Unternehmerrisikos anerkannt. Das Verwaltungsgericht München hat aktuell diese Positionen grundsätzlich bestätigt und betont, dass hierüber zur Herstellung einer Leistungsgerechtigkeit zu verhandeln ist

Echter Gewinn

- Sowohl dem „allgemeinen Unternehmerrisiko“, als auch dem „speziellen Unternehmerrisiko“ liegt der Gedanke zugrunde, dass damit ein Gegenstück zur Verlustmöglichkeit gegeben ist
- Auf lange Sicht soll das wohl dazu führen, dass der Betrieb weder Verlust noch Gewinn generiert
- Nach hiesiger Auffassung muss aber als Ausfluss von Art. 12 GG (Berufsfreiheit) und Art. 14 GG (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) die Möglichkeit zu einer „echten“ Gewinnerzielung bestehen

Echter Gewinn

- Hierzu ist zu beachten: Das BSG ist der Auffassung, dass das Entgelt nur dann leistungsgerecht ist, wenn es bei wirtschaftlicher Betriebsführung die Kosten einer Einrichtung hinsichtlich der voraussichtlichen Gestehungskosten unter **Zuschlag einer angemessenen Vergütung ihres Unternehmerrisikos** und **eines etwaigen zusätzlichen persönlichen Arbeitseinsatzes** sowie einer **angemessenen Verzinsung ihres Eigenkapitals** deckt (BSG, Urt. v. 16.05.2013, B 3 P 2/12 R, juris Rn. 26)
- Es ist also anerkannt, dass mit Eigenkapital über eine Verzinsung Gewinn gemacht werden kann
- Nach hiesiger Auffassung muss daher auch die Betriebsführung als solche eine Gewinnerwirtschaftung ermöglichen
- Diese Gewinnerwartung sollte offen im Entgelt ausgewiesen werden

Wie geht es weiter?

- Die bayerische Verwaltungsgerichtsbarkeit hat Stellung bezogen und die Entgeltbestandteile grds. anerkannt
- Unabhängig von diesen Unternehmerrisiken wird in der Literatur argumentiert, dass der Leistungserbringer ständig die Angebotsstrukturen weiterentwickeln müsse, um geeignete und dem Bedarf entsprechende Leistungen i.S.d. § 4 Abs. 2 SGB VIII anbieten zu können (s. hierzu Gerlach SRa 2018, 213)
- **„Innovationskosten“** wird in den nächsten Jahren bis zur Neustrukturierung im Jahr 2028 ganz besondere Bedeutung zukommen

Wirkung von Rahmenverträgen: Keine Allgemeinverbindlichkeit

- Rahmenverträge besitzen keinen Norm setzenden Charakter (Wiesner in Wiesner SGB VIII § 78f Rn. 3, 5. Auflage 2015) und haben keine unmittelbare Wirkung für die Parteien vor Ort
- „Eine Verbindlichkeit für die örtlichen Vertragsparteien kann regelmäßig nur durch einen ausdrücklichen Beitritt von örtlichem Träger und Einrichtungsträger zum Rahmenvertrag hergestellt werden“ (Gottlieb in LPK-SGB VIII § 78f Rn. 3, 7. Auflage 2018)
- **Beachte:** Dies sieht auch das VG München so. Der Rahmenvertrag hat keinerlei rechtliche Verbindlichkeit

Weitere Informationen

- Freiburger Zentrum für Kinder- und Jugendhilfe, <http://www.fzkj.de/>
- Zertifikatskurse inklusiver Kinderschutz
- Veranstaltung zur Neuordnung des Leistungsrechts und zum Verfahrenslotsen
- Aktuelle Empfehlungen zum Kinderschutz
- Fachtag: Wirkungsorientierung in der Kinder- und Jugendhilfe am 24. Mai 2023 mit Prof Dr. Macsenaere: hybride Veranstaltung in Freiburg
- Fachtag „Schutzkonzepte“ am 27. September 2023 in Frankfurt

Neuerscheinungen zum Vertragsrecht



Neuerscheinungen im SGB VIII



Neuerscheinungen im SGB VIII

