

# Teilnichtige Wohn- und Betreuungsverträge als Folge der „budgetneutralen Umstellung“ der Eingliederungshilfe

Roland Rosenow

Seit dem 1.1.2020 müssen Menschen mit Behinderungen, die Leistungen der Eingliederungshilfe beziehen und in Wohnformen leben, die bis Ende 2019 gesetzlich wie Pflegeheime als stationäre Einrichtungen behandelt wurden, für ihre Lebenshaltungskosten selbst aufkommen. In der Regel nehmen sie deshalb Leistungen der wirtschaftlichen Grundsicherung für Menschen im Rentenalter oder mit einer dauerhaften vollen Erwerbsminderung nach dem 4. Kap. des SGB XII in Anspruch. Die Träger der Einrichtungen haben zum 1.1.2020 die Wohn- und Betreuungsverträge umgestellt und das Entgelt in (mindestens) drei Teilentgelte aufgeteilt, die der sog. Fachleistung der Eingliederungshilfe, den Kosten der Unterkunft und den Kosten für Nahrungsmittel und Hygieneartikel zugeordnet sind. Dieser Aufsatz zeigt, dass die dritte Position in einigen Bundesländern in der überwiegenden Zahl der Fälle wahrscheinlich um 50 bis 130 € monatlich zu hoch angesetzt wurde. Wegen der zwingenden Vorschrift des § 7 Abs. 2 S. 1 WBVG müssen die Leistungsberechtigten die überhöhte Forderung der Leistungserbringer auch dann nicht bezahlen, wenn sie einen entsprechenden Vertrag unterschrieben haben. Wenn sie schon bezahlt haben, folgt daraus ein bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch der Verbraucher gegen die Leistungserbringer.

## I. Rechtliche Grundlagen der Trennung der Leistungen

### 1. Der Trennung der Leistungen der Eingliederungshilfe

Die grundlegende Reform der Eingliederungshilfe gilt zu Recht als Herzstück des Bundesteilhabegesetzes. Der zweite Teil des SGB IX, das neue Leistungsgesetz der Eingliederungshilfe, trat zum 1.1.2020 in Kraft. Zu diesem Zeitpunkt lebten rund 200.000 Menschen in stationären Wohn- und Betreuungsleistungen der Eingliederungshilfe.<sup>1</sup>

Die in der sozialhilferechtlichen Eingliederungshilfe tradierte Unterscheidung zwischen Hilfen innerhalb und Hilfen außerhalb von Einrichtungen wurde nicht in das neue Recht der Eingliederungshilfe übertragen. Die Begriffe der ambulanten und der stationären Leistungen finden im zweiten Teil des SGB IX keine Verwendung.<sup>2</sup> Das hat jedoch nicht dazu geführt, dass sich in der Praxis irgendetwas geändert hätte. Auch rechtlich wird unverändert zwischen ambulanten und stationären Leistungen unterschieden. Wer stationäre Leistungen der Eingliederungshilfe erhält, ist wie vor 2020 von den Leistungen der Pflegeversicherung ausgeschlossen (§ 43 a SGB XI).<sup>3</sup> Der Begriff der stationären Leistung wurde durch die Umschreibung § 71 Abs. 4 Nr. 3 SGB XI ersetzt. Auf die Unterscheidungen, die das Sozialhilferecht trifft, wird später eingegangen.

Die stationären Leistungen der sozialhilferechtlichen Eingliederungshilfe umfassten neben den unterschiedlichen Leistungen, die in einer Einrichtung erbracht werden, auch die Lebenshaltungskosten der Leistungsberechtigten, die in stationären Einrichtungen leben. Dieser Teil der Leistungen wurde nicht in das neue Recht der Eingliederungshilfe übernommen. Der zweite Teil des SGB IX kennt keine Vorschrift, die § 27 b Abs. 1 SGB XII entspräche. Daher umfassen die Leistungen der Eingliederungshilfe nach dem neuen Leistungsgesetz<sup>4</sup> lediglich die sogenannten Fachleistungen, nicht aber Leistungen für den Lebensunterhalt. Wer Leistungen der Eingliederungshilfe in einer Einrichtung, die bislang als stationäre galt, bezieht, muss seine Lebenshaltungskosten seit dem 1.1.2020 selbst tragen bzw. Grundsicherungsleistungen, in der Regel nach dem 4. Kap. des SGB XII, in Anspruch nehmen. Diese Unterscheidung wird als „Trennung der Leistungen“ bezeichnet. Sie hat zur Folge, dass die Vergütung, die der Leistungser-

bringer mit dem für ihn zuständigen Träger der Eingliederungshilfe im Rahmen der Vergütungsvereinbarung nach § 125 Abs. 2 SGB IX vereinbart, nur noch die Fachleistungen erfasst. Die verbleibenden Kosten der Lebenshaltung stellen die Leistungserbringer seit dem 1.1.2020 den Leistungsberechtigten direkt in Rechnung. Dazu bedürfen sie eines Anspruchs gegen ihre Klientinnen und Klienten.

### 2. Rechtsverhältnis Leistungserbringer – leistungsberechtigte Person

Das Rechtsverhältnis zwischen Leistungserbringer und den Personen, die ihre Leistungen in Anspruch nehmen, ist ein zivilrechtliches, für das immer dann, wenn die Voraussetzungen des § 1 Wohn- und Betreuungsvertragsgesetzes (WBVG) erfüllt sind,<sup>5</sup> die Vorschriften des WBVG gelten. Für stationäre Leistungen der Eingliederungshilfe gilt, unabhängig davon, ob sie als solche bezeichnet werden, das WBVG. Die Trennung der Leistungen hat daran nichts geändert. Daneben gelten natürlich die Vorschriften des BGB, insbesondere §§ 306 a,

1 Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe (BAGüS): Kennzahlenvergleich Eingliederungshilfe 2021, Abfrage am 15.10.2021, S. 52; vgl. a. Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) (Hg.): Dritter Teilhabebereicht der Bundesregierung über die Lebenslagen von Menschen mit Beeinträchtigungen. Teilhabe – Beeinträchtigung – Behinderung 2021, 2021, Abfrage am 15.10.2021, S. 49. Die Eingliederungshilfe-Statistik des statistischen Bundesamtes weist zwar auch Zahlen von Personen aus, die stationäre Leistungen der Eingliederungshilfe beziehen, zählt aber jede Leistungsart separat, sodass z.B. Personen, die in einer stationären Einrichtung leben und eine WfbM besuchen, zweimal gezählt werden (Zahlen für den Lauf des Jahres 2019, Zahlen zum Stichtag 31.12.2019).

2 Das Recht der Pflegeversicherung (SGB XI) unterscheidet dagegen wie auch die sozialhilferechtliche Hilfe zur Pflege nach dem 7. Kap. des SGB XII zwischen ambulanten, teilstationären und stationären Leistungen.

3 Zu § 43 a SGB XI: Welti, Felix: Die Sonderregelung der Pflegeversicherung in Wohn- und Betreuungsleistungen für behinderte Menschen nach §§ 36 Abs. 1 Satz 2, 43 a Sozialgesetzbuch (SGB) Elftes Buch (XI) – Soziale Pflegeversicherung – und die Einschränkung des Wahlrechts zwischen Behinderteneinrichtungen und Pflegeeinrichtungen nach § 55 Sozialgesetzbuch (SGB) Zwölftes Buch (XII) – Sozialhilfe – Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz (GG) und der Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK). Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2016, <https://www.bagues.de/media/welti-gutachten>, Abfrage am 13.10.2021.

4 § 7 Abs. 1 S. 3 SGB IX.

5 Und wenn keiner der Fälle des § 2 WBVG vorliegt. Für stationäre Leistungen der Eingliederungshilfe gilt das WBVG. Die Trennung der Leistungen hat daran nichts geändert.

307 BGB, da es sich bei Wohn- und Betreuungsverträgen i.d.R. um allgemeine Geschäftsbedingungen handelt (§ 305 BGB). Das WBVG ist in § 2 Abs. 2 Nr. 10 Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) als Verbraucherschutzgesetz aufgeführt, was den nach § 3 UKlaG anspruchsberechtigten Stellen (z.B. den Verbraucherzentralen) das Recht verleiht, Unternehmen, die gegen solche Vorschriften verstoßen, auf „Unterlassung und Beseitigung in Anspruch“ zu nehmen (§ 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG). Der zentrale Normzweck der Vorschriften über allgemeine Geschäftsbedingungen und des Verbraucherschutzrechts i.S.v. § 2 UKlaG liegt darin, die Auswirkungen asymmetrischer Machtverhältnisse zwischen Verbrauchern und Unternehmen einzuhegen. Menschen mit Behinderungen sind im zivilrechtlichen Verhältnis zu Leistungserbringern Verbraucher.

Die Vorschriften des WBVG sind durchgängig zwingendes Recht. Wenn in den Verträgen zwischen Leistungserbringer (in der Nomenklatur des WBVG: Unternehmer) und leistungsberechtigter Person (in der Nomenklatur des WBVG: Verbraucher) zum Nachteil des Verbrauchers von den Vorschriften des WBVG abgewichen wird, sind diese Verträge insoweit unwirksam (§ 16 WBVG).<sup>6</sup> Die WBVG-Verträge, die bis zum 31.12.2019 für stationäre Leistungen der Eingliederungshilfe bestanden, bestimmten in aller Regel, dass der Unternehmer dem Verbraucher umfassende Leistungen der Eingliederungshilfe einschließlich Unterkunft und Verpflegung schuldet.<sup>7</sup> Im Gegenzug schuldeten die Verbraucher eine Vergütung, die derjenigen entsprechen musste, die der Unternehmer im Rahmen der Vergütungsvereinbarung mit dem (für ihn zuständigen) Sozialhilfeträger vereinbart hatte (§ 7 Abs. 2 S. 3 WBVG).

§ 15 WBVG enthält Bestimmungen, die beim Bezug von Sozialleistungen gelten. Danach müssen die WBVG-Verträge mit Verbrauchern, die Leistungen nach dem SGB XII beziehen, den Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen entsprechen, die die Unternehmer mit den Sozialhilfeträgern geschlossen haben (§ 15 Abs. 2 WBVG). Rechtsgrundlage für die Vergütungsvereinbarung im Rahmen der Eingliederungshilfe zwischen Unternehmer (Leistungserbringer) und Sozialhilfeträger war bis zum 31.12.2019 § 76 Abs. 2 SGB XII. Danach waren eine Grundpauschale, eine Maßnahmepauschale und ein Investitionsbetrag zu vereinbaren. Die Summe dieser drei Teilbeträge war das nach § 7 Abs. 2 S. 3 WBVG von Gesetzes wegen als angemessen und vereinbart geltende Entgelt für die stationäre Leistung.<sup>8</sup>

### 3. Notwendigkeit der Änderung der WBVG-Verträge zum 1.1.2020

Zum 1.1.2020 wurde es erforderlich, die WBVG-Verträge zu ändern. Zwischen den Leistungserbringern und den Trägern der Eingliederungshilfe waren Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen nach § 125 SGB IX<sup>9</sup> zu schließen. Die WBVG-Verträge waren an diese Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen anzupassen. § 15 WBVG wurde mit dem BTHG um Abs. 3 ergänzt. Danach müssen die WBVG-Verträge mit Verbrauchern, die Leistungen der Eingliederungshilfe nach dem 2. Teil des SGB IX in Anspruch nehmen, den Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen nach §§ 123 ff. SGB IX entsprechen. Tun die das nicht, sind sie insoweit unwirksam. Es wurde notwendig, die Kosten der (neuen) Fachleistung zu

bezziffern und in einer Vergütungsvereinbarung nach § 125 Abs. 3 SGB IX zu vereinbaren. Im Unterschied zur sozialhilferechtlichen Eingliederungshilfe kann die Entsprechung von Leistungs- und Vergütungsvereinbarung und WBVG-Vertrag, die § 15 Abs. 3 WBVG verlangt, sich seit dem 1.1.2020 nur auf die Fachleistungen (also die Leistungen der Eingliederungshilfe) beziehen. Die Zurverfügungstellung einer Unterkunft und die Beschaffung von Nahrungsmitteln und einigen Hygieneartikeln wurde durch die Trennung der Leistungen aus dem sozialleistungsrechtlichen Dreiecksverhältnis herausgenommen. Damit werden diese Positionen von der Vorgabe des § 15 Abs. 3 WBVG nicht erfasst.<sup>10</sup>

Beide Seiten des WBVG-Vertrages hatten gegen die jeweils andere einen Anspruch auf Zustimmung zu der erforderlichen Vertragsänderung, denn der Wegfall der bisherigen Rechtsgrundlage der Leistungen im SGB XII war eine Störung der Geschäftsgrundlage, die einen wechselseitigen Anspruch auf Vertragsanpassung auslöste (§ 313 BGB).

Die Trennung der Leistungen erforderte es, die WBVG-Verträge so zu gestalten, dass ihnen zu entnehmen ist, welche Vergütung die Leistungsberechtigten für die Fachleistung schulden und welche Vergütung für Leistungen anfällt, die der Lebenshaltung zugeordnet werden, also in erster Linie Unterkunft und Verpflegung. Das war nicht nur wegen § 15 Abs. 3 WBVG geboten, sondern auch deshalb, weil diese beiden Positionen in der Regel nicht von derselben Person geschuldet werden. Das Entgelt für die Fachleistung schuldet meist der Träger der Eingliederungshilfe (§ 123 Abs. 6 SGB IX). Das Entgelt die die Lebenshaltungskosten schuldet die leistungsberechtigte Person. Daher dürfte die Notwendigkeit dieser Änderung der WBVG-Verträge sich auch aus dem für Formularverträge geltenden Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 S. 2 BGB ergeben.<sup>11</sup> Schuldner der Vergütung für die Fachleistung ist, wenn Eingliederungshilfe bewilligt wurde, der Träger der Eingliederungshilfe (§ 123 Abs. 6 SGB IX).<sup>12</sup> Schuldner der Vergütung für die übrigen Leistungen ist die leistungsberechtigte Person.

6 „Rechtsfolge bei einem Nachteil durch Parteivereinbarungen ist abweichend vom Grundsatz des § 139 BGB nicht die Gesamtnichtigkeit des Vertrages, sondern nach dem Wortlaut der Vorschrift nur die Teilnichtigkeit der den gesetzlichen Bestimmungen widersprechenden Vereinbarung.“ (Bregger in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 16 WBVG (Stand: 01.02.2020), Rn. 12).

7 Der Umfang der Leistungen, insbesondere des Personaleinsatzes, war i.d.R. äußerst weit gefasst, sodass z.B. eine persönliche Nachtwache im Einzelfall zu den geschuldeten Leistungen gehören konnte (BSG, 25.9.2014, B 8 SO 8/13 R - kein zusätzliches Entgelt für eine zusätzliche, einzelfallbezogene Nachtwache), anders als in der sozialhilferechtlichen Hilfe zur Pflege (LSG Stuttgart, 08.07.2015, L 2 SO 1431/13 - separate Vergütung einer zusätzlichen, einzelfallbezogenen Nachtwache).

8 Ausnahme siehe BGH, 12.5.2016, III ZR 279/15 - die Voraussetzungen für eine Entgelterhöhung aus § 9 WBVG gehen § 7 Abs. 2 S. 3 WBVG vor.

9 Bzw. in den Fällen des § 134 SGB IX nach dieser Vorschrift.

10 Übersteigen die Kosten der Unterkunft die Kappungsgrenze nach § 42 a Abs. 5 SGB XII, sind auch die übersteigenden Kosten der Unterkunft eine Leistung der Eingliederungshilfe (§ 42 a Abs. 6 S. 2 SGB XII) und Gegenstand der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung (§ 113 Abs. 5 SGB IX); vgl. Rosenow, Roland: Kosten der Unterkunft in stationären Einrichtungen der Eingliederungshilfe. Zu § 42 a Abs. 6 Satz 2 SGB XII idF BTHG, 2017, <http://www.reha-recht.de/fachbeitraege/beitrag/artikel/beitrag-d52-2017>.

11 Zu den Auswirkungen von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB auf WBVG-Verträge s. BGH, 12.5.2016, III ZR 279/15; BGH, 7.2.2019, III ZR 38/18.

Die Unterteilung Grundpauschale, Maßnahmepauschale und Investitionsbetrag, die § 76 Abs. 2 SGB XII für das alte Recht vorgab, war für diese Aufteilung nicht geeignet.

Da die allermeisten Leistungsberechtigten Grundsicherungsleistungen nach dem SGB XII beziehen, war darüber hinaus eine Bezifferung des Betrages, der für die Zurverfügungstellung der Unterkunft gefordert wird (Kosten der Unterkunft), erforderlich. Dies ergibt sich aus der Systematik der Leistungen der wirtschaftlichen Grundsicherung nach dem SGB XII (wie auch nach dem SGB II).

#### 4. Grundsicherungsrechtliche Voraussetzungen (SGB XII und RBEG)

Die Leistungen der wirtschaftlichen Grundsicherung nach dem SGB II und dem SGB XII errechnen sich nach der Formel:

*Bedarf – bereinigtes Einkommen = Anspruch*

Der Bedarf setzt sich aus vier Positionen<sup>13</sup> zusammen:

1. *Regelsatz*
2. *Kosten der Unterkunft*
3. *Kosten der Kranken- und Pflegeversicherung*
4. *Ggf. Mehrbedarfszuschläge*

Die Bezifferung dieser vier Positionen folgt sehr unterschiedlichen Regeln. Der Regelsatz wird durch den Gesetzgeber pauschal beziffert. Die Kosten der Unterkunft werden dagegen grundsätzlich in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen für die Unterkunft beziffert.<sup>14</sup> Die Aufwendungen für die Unterkunft sind der Betrag, den die leistungsberechtigte Person demjenigen, der ihr ihre Unterkunft zur Verfügung stellt, im Gegenzug schuldet. In aller Regel ist das eine Schuld aus einem zivilrechtlichen Vertrag, zumeist aus einem Mietvertrag oder einem Wohn- und Betreuungsvertrag nach dem WVBG.<sup>15</sup>

§ 8 RBEG unterscheidet sechs Regelbedarfsstufen und normiert die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Bestimmung der im Einzelfall zugrunde zu legenden Stufe. Über diese Unterscheidung hinaus nimmt die Höhe des Regelbedarfs grundsätzlich keine Rücksicht auf individuelle Besonderheiten. Nur in den Ausnahmefällen des § 27a Abs. 4 SGB XII kann der Regelsatz nach oben oder nach unten angepasst werden. Mit Art. 2 des Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen sowie zur Änderung des Zweiten und des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch vom 22.12.2016<sup>16</sup> wurde § 8 Abs. 1 S. 2 RBEG eingefügt, der lautet: „Für erwachsene Personen, die nicht in einer Wohnung leben, sondern denen allein oder mit einer weiteren Person ein persönlicher Wohnraum und mit weiteren Personen zusätzliche Räumlichkeiten zur gemeinschaftlichen Nutzung überlassen sind, gilt die Regelbedarfsstufe 2 entsprechend.“

Der Sinn dieser Formulierung erschließt sich erst aus dem Kontext zu § 42a Abs. 2 SGB XII.<sup>17</sup> Wohnformen, die in der sozialhilferechtlichen Eingliederungshilfe als stationäre galten, werden seit dem 1.1.2020 von § 42a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V.m. S. 3 SGB XII erfasst, einer recht verworrenen Vorschrift, die einerseits die Realität stationärer Einrichtungen abbilden, andererseits aber den Begriff der stationären Einrichtung mit Blick auf die diesbezügliche Kritik des UN-Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen<sup>18</sup> vermeiden soll.

Die rechtliche Unterscheidung zwischen Unterkünften, die der sozialhilferechtlichen Eingliederungshilfe als stationäre Einrichtungen galten, und anderen Wohnungen, dient dazu, für die ersteren eine Kappungsgrenze für die Kosten der Unterkunft einzuführen, die im Rahmen der Grundsicherung nach dem 4. Kap. des SGB XII vom Sozialhilfeträger übernommen werden.<sup>19</sup> Die Kosten der Unterkunft, die diese Grenze übersteigen, werden als Leistung der Eingliederungshilfe erbracht (§ 42a Abs. 6 S. 2 SGB XII i.V.m. § 113 S. 5 SGB IX). Diese Kappungsgrenze lag im Interesse des Bundes, weil dieser seit 2014 die Kosten der Grundsicherung nach dem 4. Kap. des SGB XII voll an die Kommunen erstattet.<sup>20</sup> Wegen der fiktiven Zuordnung eines Teils des Entgelts für stationäre Leistungen der Eingliederungshilfe (und der Pflege) zu den Leistungen nach dem 4. Kap. des SGB XII, für die der Grundstein bereits mit dem SGB XII gelegt wurde, das zum 1.1.2005 in Kraft trat,<sup>21</sup> bedeutete das, dass der Bund bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts der Eingliederungshilfe zum 1.1.2020 für Leistungsberichtigte in stationären Einrichtungen die „durchschnittlichen angemessenen tatsächlichen Aufwendungen für die Warmmiete eines Einpersonenhaushaltes“<sup>22</sup> zu tragen hatte.<sup>23</sup> Da davon auszugehen war, dass die Kosten der Unterkunft in stationären Einrichtungen der Eingliederungshilfe höher ausfallen würden als dieser Wert, befürchtete die Bundesregierung, dass der Anteil, den sie für stationäre Leistungen künftig würde aufbringen müssen, steigen würde.<sup>24</sup> Denn Leistungsberichtigte in stationären Einrichtungen erhalten seit dem

12 Anders als im Rahmen der Leistungen nach dem SGB XII (BSG, 28.10.2008, B 8 SO 22/07 R - st. Rspr.; s.a. BGH, 07.05.2015, III ZR 304/14; BGH, 18.2.2021, III ZR 175/19; vgl. Jaritz/Eicher in jurisPK SGB XII, 2. Aufl., § 75 Rn. 42 ff.) entsteht mit der Leistungserbringung und der Bewilligung der Leistung durch den Träger der Eingliederungshilfe ein originärer öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Zahlung des Leistungserbringers gegen den Träger der Eingliederungshilfe, § 123 Abs. 6 SGB IX; vgl. Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 2021, § 123 Rn. 110 ff.

13 Die Leistungen für Bildung und Teilhabe, § 28 SGB II bzw. § 34 SGB XII, sind hier außer Acht gelassen.

14 Grundsätzlich zur Angemessenheitsgrenze: Rosenow, Roland: Angemessenheit von Unterkunftsstellen im Rahmen von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II und dem SGB XII, wohnungslos 2012, 56-63; SG Mainz, 12.12.2014, S 3 AS 130/14.

15 Die Schuld kann auch eine öffentlich-rechtliche sein, z.B. die Nutzungsgeldgebühr für eine Notunterkunft für Wohnungslose.

16 BGBl. I, S. 3159.

17 Eingefügt durch Art. 3 a Nr. 7 des Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen sowie zur Änderung des Zweiten und des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch v. 22.12.2016.

18 Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Abschließende Bemerkungen über den ersten Staatenbericht Deutschlands vom 13.5.2015, Nr. 41; vgl. a. § 71 Abs. 4 Nr. 3 SGB XI, dazu s. Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 2021, § 103 Rn. 46 ff.

19 Die Unterscheidung, die § 71 Abs. 4 Nr. 3 SGB XI vornimmt, dient der Bestimmung des Personenkreises, der gem. § 43 a SGB XI von den Leistungen der Pflegeversicherung ausgeschlossen sein soll.

20 § 46 a SGB XII i.d.F. durch Gesetz zur Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch v. 20.12.2012, BGBl. I, S. 2783.

21 Behrend, Nicola: Hilfe zum Lebensunterhalt in Einrichtungen, SRa 2012, 117-123.

22 § 42 Nr. 4 Halbsatz 2 SGB XII i.d.F. durch Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch v. 24.3.2011, BGBl. I, S. 453.

23 §§ 27 b Abs. 1, 42 Nr. 4 lit. b, 46 a SGB XII.

24 Vgl. die Stellungnahme der Länder zum Regierungsentwurf für das BTHG, BT-Drs. 18/9954, S. 47.

1.1.2020 in der Regel Grundsicherung nach Sozialhilferecht, deren Kosten weiterhin der Bund trägt (§ 46 a SGB XII). Das hätte dazu führen müssen, dass der Bund den Ländern die Kosten der Unterkunft nicht mehr in pauschaler Höhe, sondern in tatsächlicher Höhe erstattet. Deren sozialhilferechtliche Angemessenheit könnte schon deshalb kaum in Frage stehen, weil die notwendige Versorgung mit stationären Leistungen der Eingliederungshilfe an die Unterkunft geknüpft ist.<sup>25</sup>

Um zu verhindern, dass der Bund nun die tatsächlichen (und damit deutlich höhere) Kosten der Unterkunft tragen muss, wurde mit dem BTHG im SGB XII die oben genannte Kappungsgrenze für Kosten der Unterkunft in stationären Einrichtungen eingeführt. Weil der Gesetzgeber zugleich den Begriff der stationären Einrichtung vermeiden wollte, wählte er eine Umschreibung, die sich jetzt in § 42 a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. Satz 3 SGB XII findet und die eher intransparent ausfiel.<sup>26</sup> Im Zuge der politischen Auseinandersetzungen im Vorfeld des BTHG kam es dann zu der Erhöhung dieser Kappungsgrenze um 25%, die sich jetzt in § 42 a Abs. 5 SGB XII findet. Daher kommt man schwer um die Feststellung herum, dass der in § 42 a Abs. 5 SGB XII zentrale Begriff der Angemessenheit der Verschleierung dient. Es geht hier in keiner Weise um Angemessenheit, sondern ausschließlich um die Verteilung der Kostenverantwortung zwischen Bund und Ländern.<sup>27</sup> Die Kosten der Unterkunft, die die um 25% erhöhte Kappungsgrenze übersteigen, tragen die Länder im Rahmen der Eingliederungshilfe (§ 42 a Abs. 6 S. 2 SGB XII i.V.m. § 113 Abs. 5 SGB IX).<sup>28</sup>

Im Ergebnis meint der Gesetzgeber mit § 8 Abs. 1 S. 2 RBEG i.d.F. v. 22.12.2016, dass Personen, die einer Wohnform leben, die bis zum 31.12.2019 als stationäre Einrichtung der Eingliederungshilfe galt, lediglich einen Regelsatz in Höhe der Regelbedarfsstufe 2 erhalten. Auch dafür ist ein Grund nicht ohne Weiteres ersichtlich.<sup>29</sup> Er ergibt sich aus der Regierungsbeurteilung des Gesetzentwurfs, in der ausgeführt wird, dass in den hier gemeinten Fällen „die Anschaffung, der Ersatz oder der Erhalt von wohnraumbezogenen Gebrauchsgegenständen in die Gesamtkalkulation der Unterkunftskosten einbezogen“ würden. Daher könnten „deutliche höhere“ Unterkunftskosten als angemessen anerkannt werden, als das sonst üblich sei. So entstehe den „Leistungsberechtigten in dieser besonderen Wohnform eine Ersparnis“, die derjenigen vergleichbar sei, die sich bei Paarhaushalten im Vergleich zu den Haushalten alleine Lebender ergebe.<sup>30</sup> Diese Ersparnis ist eine des Bundes, der die Kosten der Grundsicherung trägt. Die Zuordnung der Regelbedarfsstufe 2 bedeutet eine Verlagerung von Kosten, die Empfänger von Grundsicherungsleistungen ansonsten aus dem Regelsatz aufbringen müssen, in die Kosten der Unterkunft. Diese aber werden, sobald sie die Kappungsgrenze aus § 42 a Abs. 5 SGB XII übersteigen, den Ländern auferlegt, indem sie wie oben dargestellt in die Eingliederungshilfe verlagert werden.

Die „Gesamtkalkulation“ der Unterkunftskosten meint hier nicht etwa die Kappungsgrenze aus § 42 a Abs. 5 SGB XII. Sie meint die Summe der Positionen, die in den WBVG-Verträgen den Kosten der Unterkunft zugeordnet werden. Die Erhöhung der Kappungsgrenze um 25% setzt tatbestandlich voraus, dass

bestimmte Positionen, die ansonsten meist nicht als Kosten der Unterkunft behandelt werden, diesen zugeordnet sind (tatbestandliche Voraussetzungen für ihre Erhöhung um 25 %, § 42 a Abs. 5 S. 4 SGB XII).<sup>31</sup> Danach müssen die hier aufgeführten Kosten mindestens teilweise zu den Kosten der Unterkunft gerechnet werden, damit der Anteil dieser Kosten, der im Rahmen der Sozialhilfe Berücksichtigung findet, gem. § 42 a Abs. 5 S. 4 SGB XII um 25% erhöht wird. Dabei handelt es sich u.a. um Zuschläge für Möblierung, Haushaltsstrom, Instandhaltung des Wohnraums, die Ausstattung mit Haushaltsgroßgeräten, Gebühren für Telekommunikation und Gebühren für den Zugang zu Rundfunk, Fernsehen und Internet. All dies sind Kosten, die zumeist nicht Gegenstand eines Mietvertrages sind und die daher in der Regel nicht zu den Aufwendungen für die Unterkunft im sozialhilferechtlichen Sinne zählen. Die Frage, ob die Erhöhung der Kappungsgrenze um 25% ausgelöst wird, hängt damit von der Gestaltung der WBVG-Verträge ab. WBVG-Verträge sind fast ausnahmslos Formularverträge, die durch die Betreiber der Einrichtungen gestaltet werden.<sup>32</sup> Die Einrichtungen entscheiden daher auf dem Wege der Vertragsgestaltung, ob sie die Erhöhung der Kappungsgrenze nach § 42 a Abs. 5 S. 4 SGB XII auslösen, indem sie die o.g. Positionen den Kosten der Unterkunft zuschlagen. Auf die Gestaltung der WBVG-Verträge ab 1.1.2020 wird unten eingegangen. An dieser Stelle kommt es nur auf die Frage an, ob die Einrichtungen die Entscheidung, ob sie die in § 42 a Abs. 5 S. 4 SGB XII aufgeführten Positionen zu den Kosten der Unterkunft rechnen, frei treffen können.

25 Die Angemessenheit der Kosten der Unterkunft bestimmt sich nach dem Einzelfall. Die sog. „Mietobergrenze“ ist nichts weiter als eine Prüfungsgrenze. Wird sie unterschritten, gelten die Kosten der Unterkunft als angemessen. Wird sie überschritten, ist die Angemessenheit im Einzelfall zu prüfen.

26 Im Einzelnen siehe Rosenow: Besondere Regelungen im SGB XII für sog. besondere Wohnformen. Teil I: Durchbrechung der Trennung der Leistungen der Eingliederungshilfe im SGB XII, 2021, <https://www.reha-recht.de/fachbeitraege/beitrag/artikel/beitrag-a26-2021/>.

27 Schmachtenberg, damals zuständiger Abteilungsleiter im BMAS, räumt das indirekt ein, wenn er ausführt: „Für einen geringeren Teil der Maßnahmen treten die Kosten unmittelbar beim Bund auf. In größerem Umfang führen sie zu Mehrausgaben bei den Trägern der Eingliederungshilfe. Da hier nicht auf eine Bereitschaft gehofft werden konnte, diese Kosten voll zu übernehmen, musste innerhalb des Leistungssystems ein Weg zur Entlastung der Träger der Eingliederungshilfe gefunden werden. Hier bot sich nun genau das an, was 2012/2013 zu einem ergebnislosen Bund-Länder-Gespräch geführt hatte. Die Trennung der Leistungen zum stationären Wohnen in Leistungen zum Lebensunterhalt, die vom Bund getragen werden, und Fachleistungen der Eingliederungshilfe, die von den Ländern und Kommunen getragen werden, eröffnet eine solche Möglichkeit: Der Bund übernimmt infolge der Trennung ab 2020 einen höheren Anteil der Wohnkosten [...]“ Schmachtenberg, Rolf: Das Bundesteilhabegesetz: Vom Koalitionsvertrag zum Gesetz, NZS 2018, 337-349 <343>

28 Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 2021, § 113 Rn 67 ff.

29 Wegen der Verpflichtung des Gesetzgebers, „alle existenznotwendigen Aufwendungen folgerichtig in einem transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen Bedarf, also realitätsgerecht, zu bemessen“ (BVerfG, 9.2.2010, 1 BvL 1/09, Rn. 139), ist ein solcher jedoch erforderlich. Natürlich genügt auch die letztlich willkürlich bezifferte Kappungsgrenze für die Kosten der Unterkunft aus § 42 a Abs. 5 SGB XII den Anforderungen, die das BVerfG hier formuliert hat, in keiner Weise.

30 BT-Drs. 18/9984, S. 88.

31 § 42 a SGB XII i.d.F. durch Teilhabestärkungsgesetz vom 2.6.2021, BGBl. I, S. 1387; zu den unterschiedlichen Fassungen von § 42 a s. Fn. 70.

32 BGH; 22.1.2004, III ZR 68/03, Rn 10; damit gilt für sie das AGB-Recht der §§ 305 ff. BGB, insbesondere die Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB.

nen. Das ist aus den im Folgenden ausgeführten Gründen nicht der Fall.

§ 42 Abs. 6 S. 2 SGB XII normiert, dass Kosten der Unterkunft, die oberhalb der nach § 42 a Abs. 5 S. 4 SGB XII um 25% erhöhten Kappungsgrenze liegen (125%-Grenze), als Leistung der Eingliederungshilfe<sup>33</sup> durch den für diese Leistung zuständigen Träger erbracht werden. Übersteigen die Kosten der Unterkunft die reguläre Kappungsgrenze nach § 42 a Abs. 5 S. 3 SGB XII (100%-Grenze), ohne dass die Voraussetzungen von § 42 a Abs. 5 S. 4 SGB XII n.F. vorliegen, haben die Leistungsberechtigten keinen Anspruch auf eine Leistung, mit der sie den die 100%-Grenze übersteigenden Betrag finanzieren könnten. Im Rahmen der wirtschaftlichen Grundsicherung besteht kein Anspruch wegen § 42 a Abs. 5 SGB XII. Im Rahmen der Eingliederungshilfe besteht ein Anspruch erst, wenn die Kosten der Unterkunft die 125%-Grenze aus § 42 a Abs. 5 S. 3 SGB XII übersteigen.

Dass der Leistungserbringer die Unterkunft in einer (bisher) stationären Einrichtung gegen ein Entgelt zur Verfügung stellen kann, das die 100%-Grenze nicht übersteigt, dürfte in aller Regel ausgeschlossen sein. Zum ersten liegt die 100%-Grenze wegen der gesetzlichen Definition stets deutlich unter der Angemessenheitsgrenze aus § 35 Abs. 1 SGB XII bzw. § 22 Abs. 1 SGB II (oft als „Mietobergrenze“ bezeichnet). Denn sie ist der Durchschnittswert der Kosten der Unterkunft, die unterhalb der „Mietobergrenze“ liegen.<sup>34</sup> Zum Zweiten korrelieren die „Mietobergrenzen“ nicht mit den regionalen Mietniveaus. Sie beruhen im Wesentlichen auf politischen Entscheidungen der Kommunen.<sup>35</sup> Zum Dritten sind Wohnheimplätze in stationären Einrichtungen hinsichtlich ihrer Gestehungskosten nicht mit einfachem Wohnraum, der den „Mietobergrenzen“ zugrunde liegen soll, zu vergleichen. Für Wohnheimplätze gelten umfangreiche besondere Voraussetzungen wie Barrierefreiheit, besonderer Brandschutz, Mindestflächen u.v.m., die sie teurer machen. Es ist höchst unwahrscheinlich, dass es wirtschaftlich möglich ist, einen (bisherigen) Wohnheimplatz gegen ein Entgelt zur Verfügung zu stellen, das die 100%-Grenze aus § 42 a Abs. 5 S. 3 SGB XII unterschreitet. Damit sind die Leistungserbringer faktisch gezwungen, die Positionen aus § 42 a Abs. 5 S. 4 SGB XII, die im Rahmen von Mietverhältnissen in aller Regel nicht zu den Kosten der Unterkunft zählen, im WBVG-Vertrag diesen zuzuordnen und so die Erhöhung der Kappungsgrenze um 25% auszulösen. Weiter unten geht es dann um die Frage, ob sie auch aus dem zivilrechtlichen Verhältnis zur leistungsberechtigten Person verpflichtet sind, so zu verfahren.

Im Ergebnis werden bestimmte Kosten, die Empfänger von Leistungen der wirtschaftlichen Grundsicherung meist aus dem Regelsatz aufbringen müssen, hier den Kosten der Unterkunft zugeordnet, für die – im Gegensatz zum Regelsatz – Leistungen in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen erbracht werden. Der Bedarf, der der Höhe der Grundsicherung zugrunde liegt, wird dadurch höher, denn er enthält den fixen Regelsatz und die Kosten der Unterkunft, die dem Betrag entsprechen, den der WBVG-Vertrag als solche ausweist. Diese Erhöhung des Bedarfs wird dadurch kompensiert, dass die Leistungsberechtigten einen Regelsatz lediglich in Höhe der Regelbedarfsstufe 2 erhalten.

Allerdings stellt sich immer dann, wenn Positionen wie z.B. Haushaltsenergie oder Mobiliar, die in die Berechnung der Regelbedarfsstufen einfließen (§ 5 RBEG), in den Kosten der Unterkunft enthalten sind, die Frage, ob das eine Kürzung des Regelsatzes nach § 27 a Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB XII zur Folge hat. Da eine diesem Vorteil korrelierende Kürzung bereits vorab durch die Zuordnung der Regelbedarfsstufe 2 vorgenommen worden war, liefe die Anwendung von § 27 a Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB XII darauf hinaus, dass der Vorteil doppelt in Abzug gebracht würde und sich so in einen Nachteil verwandelte. Um das zu verhindern, ergänzte der Gesetzgeber des BTHG § 27 a Abs. 4 SGB XII um einen Satz 4, der sich zwar zunächst nur auf § 42 a Abs. 5 S. 4 Nr. 3 SGB XII bezog,<sup>36</sup> dann aber noch vor seinem Inkrafttreten durch § 27 a Abs. 4 S. 5 SGB XII ersetzt wurde, der lautet:

*„Für Leistungsberechtigte, die in einer Unterkunft nach § 42 a Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 und Satz 3 leben und denen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung nach § 42 a Absatz 5 und 6 anzuerkennen sind, ist Satz 1 Nummer 1 nicht anwendbar für Bedarfe, die durch einen Vertrag über die Überlassung von Wohnraum nach § 42 a Absatz 5 Satz 6 Nummer 1, 3 und 4 gedeckt werden.“<sup>37</sup>*

Das heißt: Enthalten die Kosten der Unterkunft auch Positionen für Möblierung, Haushaltsstrom, Instandhaltung des Wohnraums, die Ausstattung mit Haushaltsgroßgeräten, Gebühren für Telekommunikation oder Gebühren für den Zugang zu Rundfunk, Fernsehen und Internet, scheidet eine entsprechende Kürzung des Regelsatzes aus.<sup>38</sup> Diese Posi-

33 I.V.m. § 113 Abs. 5 SGB IX, eingefügt durch Gesetz zur Änderung des Neunten und des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch und anderer Rechtsvorschriften v. 30.11.2019, BGBl. I, S. 1948.

34 Die 100%-Grenze nach § 42 a Abs. 5 SGB XII, von der Verwaltung z.T. durchaus treffend als „Unterkunftskostenpauschale“ bezeichnet, liegt oft um 20 % unter der „Mietobergrenze“. Die „Unterkunftskostenpauschalen“ sind unter diesem Link veröffentlicht: [https://www.mags.nrw/sites/default/files/asset/document/uebersicht\\_unterkunftskostenpauschalen\\_der\\_bundeslaender\\_nach\\_ss\\_42a\\_abs\\_5\\_sgb\\_xii\\_2021.pdf](https://www.mags.nrw/sites/default/files/asset/document/uebersicht_unterkunftskostenpauschalen_der_bundeslaender_nach_ss_42a_abs_5_sgb_xii_2021.pdf) (Abfrage 18.7.2021). Die ausgesprochen disparaten Methoden und Ergebnisse Bezifferung der „Mietobergrenzen“ können unter diesem Link eingesehen werden: <https://harald-thome.de/informationen/bundesweite-dienstanweisungen-kdu.html> (Abfrage 18.7.2021).

35 Das wird allerdings erst deutlich, wenn man das vom BMAS in Auftrag gegebene Gutachten genau studiert: IWU - Institut für Wohnen und Umwelt : Ermittlung der existenzsichernden Bedarfe für die Kosten der Unterkunft und Heizung in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII), 2017, [https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/Forschungsberichte/fb-478-niedrige-aufloesung.pdf;jsessionid=B87E4156F6204E42F46AF61AA599AC1F?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/Forschungsberichte/fb-478-niedrige-aufloesung.pdf;jsessionid=B87E4156F6204E42F46AF61AA599AC1F?__blob=publicationFile&v=4), Abfrage am 14.4.2019.

36 § 27 a SGB XII i.d.F. des RBEG v. 22.12.2016, BGBl. I, S. 3159.

37 Fassung durch Gesetz zur Änderung des Neunten und des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch und anderer Rechtsvorschriften v. 30.11.2019, BGBl. I, S. 1948.

tionen müssen stets Teil der im WBVG-Vertrag ausgewiesenen Kosten der Unterkunft sein.<sup>39</sup>

Die Frage, warum der Gesetzgeber eine derart unübersichtliche Konstruktion gewählt hat, die nicht nur außerordentlich kompliziert erscheint, sondern auch mit der Systematik des Sozialhilferechts kaum in Einklang zu bringen ist, lässt sich nur mit Blick auf die finanziellen Effekte beantworten. Die Leistungsberechtigten in vormals stationären Einrichtungen erhalten im Jahr 2020 einen um 43 € reduzierten Regelsatz.<sup>40</sup> Für das volle Jahr beträgt die Differenz 516 €. Wenn man diese Zahl mit der Zahl der Leistungsberechtigten in vormals stationären Einrichtungen der Eingliederungshilfe (rund 550.000) multipliziert, ergibt sich der Betrag, den der Bund auf der Seite des Regelsatzes einspart: rund 285 Millionen € p.a. Die Leistungsberechtigten werden dadurch schadlos gehalten, dass im Gegenzug bestimmte Kosten, die sie tragen müssen, in die Kosten der Unterkunft verlagert werden. Wenn diese Kosten mehr als 43 € im Monat betragen (im Jahr 2021 45 €), ist das für die Leistungsberechtigten ein wirtschaftlicher Vorteil. Doch diese Erhöhung der Kosten der Unterkunft belastet nicht den Bund, sondern die Länder, weil der Betrag, den der Bund für die Kosten der Unterkunft aufzubringen hat, durch die Kappungsgrenze aus § 42 a Abs. 5 SGB XII gedeckelt ist. Die Ersparnis, die die Bundesregierung in der oben zitierten Begründung zum RBEG vom 22.12.2016 meint, ist also am Ende eine des Bundes.

### 5. Vorgaben des Wohn- und Betreuungsvertragsgesetzes

Unterfällt das vertragliche Verhältnis, das der Zurverfügungstellung der Unterkunft zugrunde liegt, dem WBVG, ist der Wohn- und Betreuungsvertrag Grundlage der Zahlungsschuld, aus der sich die Bedarfsposition Kosten der Unterkunft ergibt. Daher war es erforderlich, die Zahlungsschuld der leistungsberechtigten Person aus dem WBVG-Vertrag zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts der Eingliederungshilfe in drei Positionen aufzuteilen, nämlich:

1. *Kosten der Fachleistung*
2. *Kosten der Unterkunft*
3. *Kosten von Verpflegung und einigen Hygieneartikeln wie z.B. Toilettenpapier*

Diese Aufteilung konnte nicht beliebig erfolgen, denn wegen § 7 Abs. 2 S. 1 WBVG schuldet der Verbraucher das Entgelt nur, „soweit dieses insgesamt und nach seinen Bestandteilen im Verhältnis zu den Leistungen angemessen ist“. „Der Unternehmer kann daher nicht im Wege einer Mischkalkulation einzelne Leistungen unangemessen billig anbieten und andere Leistungen dagegen unverhältnismäßig verteuern.“<sup>41</sup>

„Einigkeit besteht darüber, dass der Begriff der Angemessenheit des Entgelts insgesamt und nach seinen Bestandteilen im Verhältnis zu den Leistungen einen deutlich verschärften Prüfungsmaßstab als der Begriff des Missverhältnisses des Entgelts zu den Leistungen des Trägers, der noch in § 4 Abs. 3 aF HeimG, der Vorgängerregelung zu § 5 Abs. 7 HeimG, verwendet worden ist, darstellt. Anders als im Rahmen eines Missverhältnisses wird lediglich eine Störung der Leistungs-Entgelt-Relation verlangt.“<sup>42</sup>

Nach diesem Maßstab sind Gesamtentgelt und Teilentgelte angemessen, wenn die Leistungen des Unternehmens „in einem objektiv vernünftigen Verhältnis“ zu dem ihnen korrelierenden Entgelt stehen und wenn das Entgelt sowie die Teilentgelte „auch in vergleichbaren Einrichtungen des örtlichen Umkreises der Einrichtung des Unternehmens unter gewöhnlichen Umständen tatsächlich und üblicherweise gezahlt wird“.<sup>43</sup>

Diese Maßstäbe werden durch das Pflegesatzurteil des BSG vom 26.9.2019 bekräftigt und insbesondere hinsichtlich der zugestehenden Gewinnmarge ergänzt.<sup>44</sup> Danach ist zunächst von den Gestehungskosten auszugehen. Ausgehend von §§ 84 ff. SGB XI hält das BSG bereits einen pauschalen Risikozuschlag von 4 % der Gestehungskosten für unangemessen hoch. Zwar ist der Begriff der Angemessenheit aus § 7 Abs. 2 S. 1 WBVG nicht identisch mit dem Begriff der „angemessenen Vergütung“ des Unternehmerrisikos aus § 84 Abs. 2 S. 4 SGB XI. Dennoch ist auch bei der Prüfung des angemessenen Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung, die § 7 Abs. 2 S. 1 WBVG verlangt, von den Gestehungskosten des Unternehmers auszugehen.<sup>45</sup> In Bezug auf die Zurverfügungstellung von Nahrungsmitteln und Hygieneartikeln ist die Ermittlung der Gestehungskosten denkbar einfach, denn in aller Regel kaufen die Leistungserbringer diese Güter ein. Die Gestehungskosten sind dann schlicht die Beschaffungskosten. Die Überlegungen aus der Begründung des Pflegesatzurteils

38 Vgl. BT-Drs. 18/9984, S. 89 (Regierungsbegründung RBEG v. 22.12.2016). In der Regierungsbegründung zum Gesetz zur Änderung des Neunten und des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch und anderer Rechtsvorschriften v. 30.11.2019 führt die Bundesregierung aus: „Nach dem sich ab 1. Januar 2020 ergebenden Wortlaut von § 27 a Absatz 4 Satz 4 ist der Ausschluss einer abweichenden Regelsatzfestsetzung bei Menschen mit Behinderungen, die in der besonderen Wohnform nach § 42 a Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 und Satz 3 (ebenfalls in der Fassung ab 1. Januar 2020) leben, durch einen redaktionellen Fehler nicht vollständig (Verweisungsfehler). Bei der Prüfung, ob die Höhe der Aufwendungen von Unterkunft und Heizung angemessen sind, werden nach § 42 a Absatz 5 SGB XII neben der Miete und den damit üblicherweise mit eingerechneten Nebenkosten nach dessen Satz 4 auch weitere Aufwendungen als Bedarfe für Unterkunft und Heizung anerkannt. Dabei handelt es sich um Aufwendungen, die von Leistungsberechtigten ansonsten aus dem monatlichen Regelsatz zu finanzieren sind. Für diese Aufwendungen soll nach dem BTHG keine abweichende Regelsatzfestsetzung in Form einer Absenkung des Regelsatzes zur Kompensierung der dadurch verursachten Erhöhung der als angemessen anerkannten Miete erfolgen. [...] Diese Erhöhung soll sich nicht nur zugunsten der Leistungserbringer (Vermieter) auswirken, sondern auch die Leistungsberechtigten sollen davon einen Vorteil haben. Dieser ergibt sich aus dem Ausschluss der abweichenden Regelsatzfestsetzung in Form einer Absenkung des Regelsatzes wegen teilweiser anderweitiger Bedarfsdeckung für die mit der Mietzahlung zusätzlich abgedeckten Aufwendungen.“ (BT-Drs. 19/11006, S. 26, Hervorhebung d. d. Verf.).

39 Rosenow, Roland: Besondere Regelungen im SGB XII für sog. besondere Wohnformen. Teil II: Folgen für WBVG-Verträge, 2021, <https://www.reh-a-recht.de/fachbeitraege/beitrag/artikel/beitrag-a27-2021>.

40 Regelbedarfsstufe 1 2020 = 432 €, Regelbedarfsstufe 2 2020 = 389 €. Differenz = 43 €.

41 Bregger in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 7 WBVG (Stand: 01.02.2020), Rn. 12; so auch Bachem/Hacke, WBVG Kommentar, 2015, § 7 Rn 66.

42 Bachem/Hacke, WBVG Kommentar, 2015, § 7 Rn 67, Hervorhebung im Orig.

43 Bachem/Hacke, WBVG Kommentar, 2015, § 7 Rn 70.

44 BSG, 26.9.2019, B 3 P 1/18 R.

45 So bereits zum vormaligen HeimG OLG München, 25.4.2001, 3 U 2744/98.

des BSG vom 26.9.2019 sind auf den Begriff der Angemessenheit aus § 7 Abs. 2 S. 1 WBVG auch insoweit zu übertragen, als jedenfalls eine Gewinnmarge von 4% der Gestehungskosten nicht als angemessen gelten kann. Wahrscheinlich wird sich der Leistungserbringer mit einer Marge von ein bis zwei Prozent begnügen müssen.

In Bezug auf den Teilbetrag des Heimentgeltes, den die Bewohner stationärer Einrichtungen bzw. besonderer Wohnformen i.d.R. aus dem Regelsatz aufbringen müssen, kommt § 7 Abs. 2 S. 1 WBVG besondere Bedeutung zu. Denn wenn das bisherige Gesamtentgelt so aufgeteilt wird, dass der Betrag für Nahrungsmittel zu hoch, der Betrag für die Fachleistung dagegen zu gering angesetzt wird, führt das im Ergebnis dazu, dass die Leistungsberechtigten aus ihrer Sozialhilfe einen Kostenbeitrag für die Eingliederungshilfe aufbringen. In Bezug auf die Kosten der Unterkunft tritt dieser Effekt in der Regel nicht ein, weil die Leistungsberechtigten Anspruch auf die volle Erstattung dieser Kosten haben, wenn sie Grundsicherungsleistungen beziehen. Daran ändert auch die in § 42 a Abs. 5 SGB XII normierte Kappungsgrenze für die Kosten der Unterkunft im Rahmen der Sozialhilfe nichts, denn Kosten der Unterkunft, die diese Grenze übersteigen, sind wie oben dargestellt vom Träger der Eingliederungshilfe zu übernehmen.<sup>46</sup>

**Beispiel:**

#### Monatliche Vergütung bis zum 31.12.2019

|                    |         |
|--------------------|---------|
| Grundpauschale     | 900 €   |
| Maßnahmepauschale  | 2.000 € |
| Investitionsbetrag | 400 €   |
| Summe              | 3.300 € |

#### Gestehungskosten

|   |         |
|---|---------|
| Einkauf von Nahrungsmitteln und Hygieneartikeln | 145 €   |
| Kosten für den persönlichen Wohnraum            | 500 €   |
| Kosten für die Erbringung der Leistungen        | 2.550 € |
| Zwischensumme                                   | 3.200 € |
| Ertrag/Risikorücklage                           | 105 €   |

#### Aufteilung zum 1.1.2020

##### Variante 1

|                                   |         |
|-----------------------------------|---------|
| Fachleistung                      | 2.630 € |
| Kosten der Unterkunft             | 520 €   |
| Nahrungsmittel und Hygieneartikel | 150 €   |
| Summe                             | 3.300 € |

##### Variante 2

|                                   |         |
|-----------------------------------|---------|
| Fachleistung                      | 2.530 € |
| Kosten der Unterkunft             | 520 €   |
| Nahrungsmittel und Hygieneartikel | 250 €   |
| Summe                             | 3.300 € |

In Variante 2 bezahlt die leistungsberechtigte Person für Nahrungsmittel und Hygieneartikel, die der Leistungserbringer für 145 € im Monat einkauft, 250 € monatlich. Im Gegenzug bezahlt der Träger der Eingliederungshilfe 100 € weniger für die Fachleistung. Für den Leistungserbringer ist das ein Nullsummenspiel. Doch die Verlagerung führt dazu, dass die leistungsberechtigte Person einen indirekten Kostenbeitrag in Höhe von 100 € entrichtet, der dem Träger der Eingliederungshilfe zugute kommt. Im Folgenden wird gezeigt, dass die Träger der Eingliederungshilfe und die Leistungserbringer sich gemeinsam für die Variante 2 entschieden haben, und welche Rechtsfolgen daraus erwachsen.

tungsberechtigte Person einen indirekten Kostenbeitrag in Höhe von 100 € entrichtet, der dem Träger der Eingliederungshilfe zugute kommt. Im Folgenden wird gezeigt, dass die Träger der Eingliederungshilfe und die Leistungserbringer sich gemeinsam für die Variante 2 entschieden haben, und welche Rechtsfolgen daraus erwachsen.

## II. Praktische Umsetzung der Trennung der Leistungen

### 1. Baden-Württemberg und Bayern: „Übergangsvereinbarungen“ zum 1.1.2020

Das durch das BTHG zum 1.1.2020 neu geschaffene Leistungsgesetz der Eingliederungshilfe verlangt, dass die Träger der Eingliederungshilfe und die Leistungserbringer Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen nach § 125 SGB IX<sup>47</sup> schließen. Doch die Leistungsvereinbarungspartner haben sich nicht an diese Vorgabe gehalten, was zunächst am Beispiel Baden-Württembergs gezeigt wird, verbunden mit einem Blick nach Bayern, wo man ganz ähnlich vorgegangen ist. Nachdem Rahmenverträge nach § 131 SGB IX bis Ende 2019 nicht zustande gekommen waren, schlossen die Vertragspartner, die an sich Rahmenverträge hätten schließen sollen, stattdessen eine sogenannte „Übergangsvereinbarung“, mit der bezweckt wurde, den bisherigen status quo des Jahres 2019 soweit als möglich beizubehalten.<sup>48</sup> Diese Vereinbarung enthält Empfehlungen für die neue Aufteilung der Vergütung der Leistungserbringer, die in den WBVG-Verträgen zu erfolgen hat.

§ 6 Abs. 8 der Übergangsvereinbarung für Baden-Württemberg lautet:

*„Die budgetneutrale Umstellung erfolgt nach folgendem Rechenweg:*

*Gesamtentgelt (Grundpauschale, Maßnahmepauschale, Investitionsbetrag jeweils multipliziert mit 30,42 Tage)*

*zzgl.*

*Barbetrag + Bekleidungs-pauschale (jeweils Stand 31.12.2019) abzgl.*

*angemessenen Kosten der Unterkunft und Heizung für Wohnraum nach § 42 a SGB XII*

*abzgl.*

*Regelsatz Regelbedarfsstufe 2*

*ergibt*

*Monatsbetrag Eingliederungshilfeleistung (inklusive Aufwendungen für Wohnraum oberhalb der Angemessenheitsgrenze nach § 42 a Absatz 6 SGB XII im Sinne des § 113 SGB Absatz 5 IX) am 01.01.2020 dividiert durch 30,42 Tage ergibt neuen Tagessatz“*

In Bayern wählten die Vertragspartner der Rahmenverträge einen ähnlichen Weg. Die Parallellösung in der Überleitungs-

<sup>46</sup> § 42 a Abs. 6 S. 2 SGB XII i.V.m. § 113 Abs. 5 SGB IX, i.E. siehe Rosenow, Kosten der Unterkunft, Beitrag D52-2017 unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de).

<sup>47</sup> Bzw. in den dort bestimmten Fällen nach § 134 SGB IX.

<sup>48</sup> Die Übergangsvereinbarung für Baden-Württemberg ist hier veröffentlicht: <https://umsetzungsbegleitung-bthg.de/w/files/umsetzungsstand/2019-06-uebergangsvereinbarung-bthg-baden-wuerttemberg.pdf> (Abfrage 19.7.2021).

vereinbarung für Bayern<sup>49</sup> findet sich auf Seite 6 der Vereinbarung und lautet:

„Auf Basis dieser Grundannahmen vereinbaren die Vertragspartner nachfolgendes vereinfachtes Umrechnungsmodell:

Gesamtentgelt 31.12.2019 + Überleitungszuschlag

./ Kosten der Unterkunft und Heizung für Wohnraum (basierend auf IB 31.12.2019<sup>3</sup> inklusive anteiligem Überleitungszuschlag)

./ (Regelsatz 31.12.2019 [Regelbedarfsstufe 2] – Barbetrags – Bekleidungs pauschale)

= Fachleistung am 01.01.2020 (inklusive anteiligem Überleitungszuschlag)

Zuzüglich Barbetrags und Bekleidungs pauschale für sozialhilfeberechtigte Menschen mit Behinderung“

Diese Übergangsvereinbarungen sehen damit vor, dass die Leistungserbringer davon absehen, die Einkaufskosten der Güter, die sie den Leistungsberechtigten zur Verfügung stellen, zu ermitteln, und stattdessen von dem Betrag ausgehen, der den Leistungsberechtigten nach altem Recht monatlich zur Verfügung stand. Leistungserbringer und Träger der Eingliederungshilfe verständigten sich darauf, den Leistungsberechtigten nur so viel Geld zu lassen, wie ihnen unter der Geltung der sozialhilferechtlichen Eingliederungshilfe zur Verfügung stand. Dieser Betrag setzte sich zusammen aus dem Barbetrags und der Bekleidungs pauschale gem. § 27 b Abs. 2 SGB XII. Der Barbetrags beträgt gem. § 27 b Abs. 3 S. 2 Nr. 1 SGB XII mindestens 27 Prozent des Regelsatzes i.H. der Regelbedarfsstufe 1. Diese betrug im Jahr 2020 432 €. Der sozialhilferechtliche Barbetrags betrug damit ab 1.1.2020 116,64 €.

Zum 1.1.2020 trat § 27 b Abs. 4 SGB XII in Kraft. Danach setzen die Sozialhilfeträger die Bekleidungs pauschale fest. Meist werden Beträge zwischen 20 und 25 € festgesetzt.<sup>50</sup> Bei einer Bekleidungs pauschale von 23 € monatlich hätten einer leistungsberechtigten Person im Jahr 2020 139,64 € monatlich zur Verfügung gestanden, wenn die Vorschriften des SGB XII über die Eingliederungshilfe noch in Kraft gewesen wären.<sup>51</sup> In Baden-Württemberg legte man den Barbetrags aus dem Jahr 2019 zugrunde, der 114,48 € betrug. So konnte man noch einmal 2,16 € pro Monat mehr von den Leistungsberechtigten verlangen als in Bayern.<sup>52</sup>

Seit dem 1.1.2020 erhalten leistungsberechtigte Personen, die in Einrichtungen leben, die bis zum 31.12.2019 als stationäre galten und nun als Wohnformen nach § 42 a Absatz 2 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. Satz 3 SGB XII bezeichnet werden, zumeist Leistungen der Grundsicherung nach dem 4. Kap. des SGB XII. Personen, deren Unterkunft der Definition des § 42 a Absatz 2 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. Satz 3 SGB XII unterfällt, erhalten nach der oben erläuterten besonderen Bestimmung im Regelbedarfsermittlungsgesetz einen Regelsatz i.H. der Regelbedarfsstufe 2.<sup>53</sup> Das waren 389 € im Jahr 2020 und sind 401 € im Jahr 2021. In dem Betrag für 2020 sind kalkulatorisch 135,62 € für Nahrungsmittel, Getränke und Tabakwaren enthalten.<sup>54</sup>

Die Berechnung des Betrages, der nach der „Übergangsvereinbarung“ für Baden-Württemberg von den Leistungsberechtigten zu fordern war, ging von dem Regelsatz i.H.v. 389 € aus. Davon wurde die Summe aus Barbetrags (für das Jahr 2019)

und Bekleidungs pauschale abgezogen, im o.g. Beispiel für eine Bekleidungs pauschale also 137,48 €. Der verbleibende Betrag – hier 389 € abz. 137,48 € = 251,52 € – wurde von den Leistungsberechtigten gefordert – und zwar ohne Rücksicht auf den Kostenaufwand des Leistungserbringers und die Angemessenheit der Teilentgelts im Verhältnis zur Gegenleistung.

Eine Rechtsgrundlage für die „Übergangsvereinbarungen“ existiert nicht. Die Vertragspartner dieser Vereinbarungen waren nicht befugt, das geltende Recht für einen wie auch immer definierten „Übergangszeitraum“ vorläufig außer Kraft zu setzen. Normative Wirkungen können von diesen „Übergangsvereinbarungen“ daher nicht ausgehen. Bereits die Rahmenverträge nach § 131 SGB IX sind keine Normverträge, die gegen Dritte wirken könnten. Denn für sie existiert kein § 75 Abs. 1 S. 4 SGB XI vergleichbarer Geltungsbefehl.<sup>55</sup> Erst recht können die „Übergangsvereinbarungen“ keine normative Wirkung entfalten.<sup>56</sup>

49 Die Übergangsvereinbarung für Bayern ist hier veröffentlicht: <https://ums.etzungsbegleitung-bthg.de/w/files/umssetzungsstand/uebergangsregelungen/bayern/uev-text.pdf> (Abfrage 19.7.2021).

50 Beispiele: Landkreis Breisgau-Hochschwarzwald: 23 €, Bezirk Oberfranken: 22 €. Soweit dies dem Autor bekannt ist, existiert keine bundesweite Übersicht, die aber von großem Interesse wäre. Denn die Höhe der Bekleidungs pauschale ist nicht nachvollziehbar. Es ist nicht zu erkennen, dass sie nach Maßgabe der einschlägigen Entscheidung des BVerfG vom 9.2.2010 (1 BvL 1/09) erfolgen würde. Danach gilt: „Zur Konkretisierung des Anspruchs hat der Gesetzgeber alle existenznotwendigen Aufwendungen folgerichtig in einem transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen Bedarf, also realitätsgerecht, zu bemessen [...]“ (Rn. 139) Die Regelbedarfe errechnen sich nach dem Statistikmodell und setzen sich aus einzelnen Verbrauchspositionen von Haushalten des untersten Einkommensbereiches zusammen. Im Jahr 2020 betrug die Teilposition für Bekleidung und Schuhe in der Regelbedarfsstufe 1 37,86 € und in der Regelbedarfsstufe 2 34,09 € (Schwabe, Bernd-Günter: Einzelbeträge aus den Regelbedarfsstufen ab 1.1. 2020: Leistungsfälle nach dem SGB II, dem SGB XII und nach § 2 AsylbLG, ZfF 2020, 1-20 <3>). Vor diesem Hintergrund spricht einiges dafür, dass die Bekleidungs pauschalen nach § 27 b Abs. 4 SGB XII bundesweit in einem Maß zu niedrig festgesetzt sind, das gegen die Verfassung verstoßen dürfte.

51 Barbetrags 2019 114,48 € + Bekleidungs pauschale 23 € = 137,48 €.

52 Regelbedarfsstufe 1 im Jahr 2019 = 424 €, daraus 27 % = 114,48 €.

53 Für 2020 galt § 8 Abs. 1 S. 2 RBEG i.d.F. v. 22.12.2016, der lautete: „Für erwachsene Personen, die nicht in einer Wohnung leben, sondern denen allein oder mit einer weiteren Person ein persönlicher Wohnraum und mit weiteren Personen zusätzliche Räumlichkeiten zur gemeinschaftlichen Nutzung überlassen sind, gilt die Regelbedarfsstufe 2 entsprechend.“

Seit 1.1.2021 gilt § 8 Nr. 2 i.d.F. v. 9.12.2020, die besagt, dass die Regelbedarfsstufe 2 i.H.v. 401 Euro für jede erwachsene Person, gilt, die „b) nicht in einer Wohnung lebt, weil ihr allein oder mit einer weiteren Person ein persönlicher Wohnraum und mit weiteren Personen zusätzliche Räumlichkeiten nach § 42 a Absatz 2 Satz 3 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch zur gemeinschaftlichen Nutzung überlassen sind“.

54 Schwabe, Bernd-Günter: Einzelbeträge aus den Regelbedarfsstufen ab 1.1. 2020: Leistungsfälle nach dem SGB II, dem SGB XII und nach § 2 AsylbLG, ZfF 2020, 1-20 <3>.

55 Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 2021, § 131 Rn. 24 ff.; im Ergebnis so auch Streichsbier, in: Grube/Wahrendorf/Flint (Hg.): Kommentar zum SGB XII - Sozialhilfe mit Eingliederungshilfe und Asylbewerberleistungsgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2020, § 131 Rn. 17 SGB IX; In Bezug auf die Rahmenverträge nach § 79 SGB XII vertreten Eicher/Jaritz (wohl als einzige), dass es sich um Normverträge handele, jurisPK SGB XII, § 79 Rn. 16. Wenn die dort vorgetragene Argumentation entgegen der Auffassung des Autors richtig ist, ließe sie sich wohl auch auf § 131 SGB IX übertragen.



## 2. Schlaglichter auf Nordrhein-Westfalen und Hessen

In anderen Bundesländern sind die Vertragspartner der Rahmenverträge auf den ersten Blick weniger offensiv vorgegangen. Zwar scheint das Vorgehen in vielen Bundesländern ähnlich zu sein, soweit das für den Autor ersichtlich ist. Doch die den mehr oder weniger budgetneutralen Umstellungen zugrunde liegenden Rechenoperationen wurden nicht in allen Bundesländern öffentlich gemacht.

In Nordrhein-Westfalen hat man sich im Rahmenvertrag auf „Umstellungsregelungen“ verständigt, die sich in der „Anlage U“ des öffentlich zugänglichen Rahmenvertrages<sup>57</sup> finden. Unter „2.1.2 Berechnung und Abzug der Kosten des Lebensunterhalts i. e. S. aus dem bisherigen Leistungsentgelt“ wird ausgeführt:

*„Für diese, im derzeitigen stationären Leistungsentgelt enthaltenen Beträge, ist ab 01.01.2020 von der aktuellen monatlichen Vergütung der Einrichtung je Leistungsfall ein pauschaler Abzug LU i. H. von 220 € pro Monat zu berücksichtigen. Durch diese pauschale Betrachtung wird sichergestellt, dass der bisher als leistungsgerecht und angemessen vereinbarte Leistungsumfang der Fachleistungen weiterhin finanziert werden kann.“*

Wenn diese Vorgabe so umgesetzt wird, bedeutet das: Die Leistungserbringer stellen den Leistungsberechtigten über die Kosten der Unterkunft hinaus 220 € monatlich in Rechnung, denn dieser Betrag wird von dem Entgelt, das sie mit dem Träger der Eingliederungshilfe vereinbart haben, in Abzug gebracht. Die Intention wird ungeschminkt formuliert. Der Betrag dient dazu, die Träger der Eingliederungshilfe hinsichtlich ihrer Ausgaben zu entlasten. Die Beachtung von § 7 Abs. 2 S. 1 WBVG wurde offenbar nicht beabsichtigt.

Auch in Hessen wurde – soweit ersichtlich – nicht veröffentlicht, wie die Umstellung zum 1.1.2020 erfolgte. Dem Autor liegen aber Verträge vor, deren Unterzeichnung ein Leistungserbringer in Hessen von Leistungsberechtigten verlangt. Auf diese Verträge wird weiter unten noch einmal eingegangen. Diese deuten darauf hin, dass die Leistungserbringer in Hessen „für die Verpflegungsleistung für Frühstück, Mittagessen, Abendessen, Zwischenmahlzeiten und alkoholfreie Getränke“ Besuchern einer Werkstatt für Menschen mit Behinderung oder einer Tagesstätte pauschal 166 € und anderen Leistungsberechtigten pauschal 186 € in Rechnung stellen. Dazu kommt eine „Pauschale für bereit gestellte Tischwäsche, Bettwäsche, Geschirr, Küchenausstattung (ohne Haushaltsgroßgeräte), Reinigungsmittel, usw.“, die 51 € monatlich beträgt und die unabhängig davon verlangt zu werden scheint, ob die Leistung in Anspruch genommen wird. Damit ergeben sich Monatsbeträge von 217 € bzw. 237 €, die die Leistungsberechtigten nach Auffassung der Leistungserbringer aus dem Regelsatz entrichten sollen.

Es würde den hiesigen Rahmen sprengen, die Verfahrensweisen in allen 16 Bundesländern zu untersuchen und darzustellen. Die Schlaglichter auf Nordrhein-Westfalen und Hessen sind aber ein Indiz dafür, dass die Vorgehensweise in den Bundesländern sich in Details unterscheidet, in einigen Bundeslän-

dern aber im Großen und Ganzen derjenigen in Baden-Württemberg und Bayern ähnelt.

## 3. Ein Beispiel aus Baden-Württemberg

WBVG-Verträge sind in aller Regel Formularverträge i.S.v. § 305 BGB.<sup>58</sup> Sie werden nahezu immer von der Seite der Leistungserbringer auf der Grundlage von vorformulierten Formularen erstellt und den Leistungsberechtigten vorgelegt. Die Möglichkeit, einzelne Bestimmungen im Einzelfall zu verhandeln, besteht allenfalls in Ausnahmefällen. Die Leistungserbringer in Baden-Württemberg und Bayern stellten ihre WBVG-Verträge zum 1.1.2020 nach Maßgabe der Übergangsvereinbarungen um. Das bedeutet: Sie erhoben gar nicht erst den Anspruch, die Teilentgelte für die Fachleistung, die Kosten der Unterkunft und Nahrungsmittel sowie Hygieneartikel gem. § 7 Abs. 2 S. 1 WBVG angemessen zu beziffern.

Beispiel: Der Caritasverband Freiburg Stadt teilt den Bewohnerinnen und Bewohnern der von ihm betriebenen stationären Einrichtungen der Eingliederungshilfe in einem Formulare Schreiben, das dem Autor vorliegt, mit:

*„Die Leistungen zum Lebensalltag fassen das Entgelt für Lebensmittel, Verbrauchsgüter und Materialkosten im Bereich der Hauswirtschaft zusammen. Der Wert für die Leistungen im Lebensalltag ergibt sich wie folgt:*

|                               |           |
|-------------------------------|-----------|
| Regelsatz (Jahr 2020):        | 389,00 €  |
| – Taschen- und Kleidergeld    | 137,48 €  |
| = Leistungen zum Lebensalltag | 251,52 €“ |

Das erweckt nicht den Eindruck, dass die Absicht bestand, § 7 Abs. 2 S. 1 WBVG zu beachten. Der Leistungserbringer stellt – wie vermutlich die allermeisten Leistungserbringer in Baden-Württemberg – damit monatlich den Betrag von 251,52 € für die Lieferung von Gütern in Rechnung, für deren Beschaffung er vermutlich einen Betrag um die 150 € monatlich aufwendet (wenn überhaupt). Doch die Nutznießer dieses Manövers sind nicht die Leistungserbringer, sondern die Träger der Eingliederungshilfe. Denn der Betrag, der den Leistungsberechtigten in Rechnung gestellt wird, wurde im Zuge der oben dargestellten „budgetneutralen Umstellung“ zusammen mit dem Betrag, den die Leistungsberechtigten als Kosten der Unterkunft bezahlen, von den bisherigen Kosten der Leistungen der Eingliederungshilfe in Abzug gebracht. Anders hätte man Leistungsberechtigten, die Leistungen der Sozialhilfe beziehen, nicht an den Kosten der Eingliederungshilfe nach dem 2. Teil des SGB IX beteiligen können. Denn § 138 Abs. 1 Nr. 8 SGB IX normiert, dass bei gleichzeitigem Bezug von Leistungen zum

56 Zwar hat das BVerfG in der Entscheidung vom 13.9.2005, 2 BvF 2/03 formuliert, dass die Verwaltung Abschluss eines Verwaltungsvertrages keiner besonderen Ermächtigungsnorm bedürfe. Doch das kann nicht auf Normverträge übertragen werden. Auch die Vertragsfreiheit der Verwaltung erstreckt sich nicht darauf, Verträge zu schließen die Dritte binden (§ 57 SGB X); grundlegend Hänli, Andreas: Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, Berlin/Heidelberg/New York 2001, S. 62 ff.

57 <https://www.lwl-inklusionsamt-soziale-teilhabe.de/de/informationen-fur-fachleute/landesrahmenvertraege/landesrahmenvertrag-131-sgb-ix/> (Abfrage 16.7.2021).

58 BGH; 22.1.2004, III TR 68/03, Rn 10; damit gilt für sie das AGB-Recht der §§ 305 ff. BGB, insbesondere die Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB.

Lebensunterhalt nach dem SGB II oder dem SGB XII kein Kostenbeitrag aufzubringen ist.

Die Regelsätze werden jährlich zum 1. Januar angepasst. Die Regelbedarfsstufe 2 beträgt seit dem 1.1.2021 nicht mehr 389 €, sondern 401 €. Der Caritasverband Freiburg Stadt teilt den Bewohnerinnen und Bewohnern seiner Einrichtungen in diesem Zusammenhang mit:

*„Für das Jahr 2021 ist eine Erhöhung des Regelsatzes von 389,00 € auf 401,00 € (Erhöhung von 3,08%) vorgesehen. Auf dieser Grundlage kamen wir zu dem Entschluss, die Erhöhung von 3,08% aufzuteilen.*

*Aufgrund von Preissteigerungen, insbesondere für Lebensmittel, aber auch für Verbrauchsmaterial, werden wir deshalb, die von uns abzurechnenden Leistungen für den Lebensalltag ebenso um 3,08% bzw. 7,75€ erhöhen. An dieser Stelle weisen wir auch auf die erhöhten Kosten für die Beschaffung von Hygienematerial hin. Der übersteigende Teil der Erhöhung verbleibt bei Ihnen.*

*Das Entgelt für die Leistungen zum Lebensalltag erhöht sich deshalb ab dem 01.03.2021 auf 259,27€.“*

Auch hier wird nicht verborgen, dass der Erhöhung keiner der Gründe, die § 9 WBVG einzig als zulässige normiert, zugrunde liegt. Vielmehr wird offensichtlich schlicht die Erhöhung des Regelsatzes zum 1.1.2021 abgeschöpft. Doch damit nicht genug: Auch Mehrbedarfszuschläge möchten die Leistungserbringer zum wirtschaftlichen Vorteil der Leistungsträger vereinnahmen.

#### 4. „Kostenbeitrag“ in Höhe eines Mehrbedarfszuschlags

Viele Leistungsberechtigte, die in Wohnformen leben, die § 42 a Abs. 2 S. 3 SGB XII (also in stationären Einrichtungen, die nicht mehr als solche bezeichnet werden) unterfallen, haben Anspruch auf den Mehrbedarfszuschlag nach § 30 Abs. 1 Nr. 2 SGB XII. Voraussetzung ist eine volle Erwerbsminderung<sup>59</sup> und die Feststellung einer Schwerbehinderung und des Merkzeichens G. Der Mehrbedarfszuschlag beträgt pauschal 17% der maßgebenden Regelbedarfsstufe (hier Stufe 2), hier also 66,13 € im Jahr 2020 und 68,17 € im Jahr 2021.

Die Übergangsvereinbarung für Baden-Württemberg enthält zu diesem Thema die eher kryptische Passage:

*„Im Einzelfall sind bei der Gewährung der Eingliederungshilfeleistungen individuelle Mehrbedarfe i. S. d. § 30 SGB XII im Rahmen der existenzsichernden Leistungen zu berücksichtigen. Maßgeblich ist, wer für die Deckung des jeweiligen Mehrbedarfs sorgt.“<sup>60</sup>*

Was das konkret bedeutet, illustriert das folgende Beispiel eines Leistungserbringers aus dem Landkreis Lörrach. Der Leistungserbringer, in diesem Fall der Landkreis Lörrach selbst, teilt einer Leistungsberechtigten mit:

*„Aufgrund des § 6 Abs. 11 der Übergangsvereinbarung zur Umsetzung des Bundesteilhabegesetzes in Baden-Württemberg sind im Einzelfall bei der Gewährung der Fachleistungen der Eingliederungshilfe individuelle Mehrbedarfe i. S. d. § 30*

*SGB XII im Rahmen der existenzsichernden Leistungen zu berücksichtigen.*

*Das bedeutet, dass der Mehrbedarf für das Merkzeichen G oder aG vom Kostenträger der Eingliederungshilfe bei den Fachleistungen in Abzug gebracht wird.*

*Die 44 Stadt- und Landkreise in Baden-Württemberg sowie der KVJS haben sich allerdings darauf verständigt, nicht den Betrag des Jahres 20, sondern den Betrag des Jahres 19, also einen Betrag von 64,94 € monatlich, in Abzug zu bringen.*

*Das bedeutet leider, dass wir Ihnen den entsprechenden Betrag (64,94 €) als Kostenbeitrag für die Fachleistung rückwirkend [...] in Rechnung stellen müssen.“<sup>61</sup>*

Hier wird nicht der Versuch unternommen, einer rechtsgrundlosen Forderung einen vertraglichen Anstrich zu verleihen. Vielmehr spricht der Landkreis Lörrach offenherzig von einem Kostenbeitrag – für den es keine Rechtsgrundlage gibt. Dass die Praxis, im Falle des Anspruchs auf einen Mehrbedarfszuschlag nach § 30 Abs. 1 Nr. 1 SGB XII einen Kostenbeitrag in Höhe von 64,94 € zu erheben, auf einer Verständigung der 44 Stadt- und Landkreise Baden-Württembergs und des KVJS beruhen soll, lässt vermuten, dass in ganz Baden-Württemberg so verfahren wird.<sup>62</sup>

#### 5. Ein Beispiel aus Hessen

In dem oben bereits erwähnten Beispiel aus Hessen teilte der Leistungserbringer, die Nieder-Ramstädter Diakonie (NRD), der Leistungsberechtigten mit Schreiben vom 28.11.2019 mit, wegen des Inkrafttretens des neuen Rechts der Eingliederungshilfe habe der bisherige WBVG-Vertrag „keine Rechtsgrundlage mehr und verliert damit seine Gültigkeit“. An Stelle dieses Vertrages verlangte die NRD den Abschluss von drei neuen Verträgen. Der erste hatte die Fachleistung zum Gegenstand. Der zweite regelte die Überlassung von Wohnraum. Der dritte Vertrag enthielt zum Ersten „die Verpflegungsleistung für Frühstück, Mittagessen, Abendessen, Zwischenmahlzeiten und alkoholfreie Getränke“ gegen ein pauschales Entgelt von 166 € und zum Zweiten „bereit gestellte Tischwäsche, Bettwäsche, Geschirr, Küchenausstattung (ohne Haushaltsgroßgeräte), Reinigungsmittel, usw.“ gegen ein pauschales Entgelt von 51 € monatlich. Die Leistungsberechtigte nahm allerdings keine der im dritten Vertragsangebot genannten Leistungen in Anspruch und lehnte es, vertreten durch ihre rechtlichen Betreuer, ab, diesen Vertrag zu unterzeichnen. Dies führte zu einer längeren Auseinandersetzung mit der NRD, die in Bezug auf die Pauschale von 166 € schließlich einlenkte. In Bezug auf die zweite Pauschale von 51 € ging sie schließlich mit anwaltlicher Hilfe gegen die Leistungsberechtigten vor. Im Schreiben der Anwälte, das dem Autor vorliegt, heißt es:

<sup>59</sup> Diese ist zugleich Voraussetzung für den Bezug von Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem 3. oder 4. Kap. des SGB XII für Volljährige, die das Rentenalter noch nicht erreicht haben.

<sup>60</sup> § 6 Abs. 11 der Vereinbarung.

<sup>61</sup> Das Schreiben liegt dem Autor vor. Hervorhebung d. d. Verf.

<sup>62</sup> Vergleichbare Fälle kamen dem Autor auch aus Thüringen und dem Saarland zu Ohren. Er nimmt daher an, dass das Problem nicht auf Baden-Württemberg beschränkt ist.

„Einzig und allein zur Erfüllung der Voraussetzungen des neuen Bundesteilhabegesetzes hat die NRD, wie auch alle anderen Einrichtungsträger, die Berechnung der Fachleistungen der Eingliederungshilfe von den Leistungen für die Unterkunft und Lebenshaltung getrennt und vertraglich so umstrukturiert, dass zwar alle Leistungen in gleicher Form erbracht und auch abgerechnet werden, die Leistungen aber gesondert in Rechnung gestellt werden, so wie es gesetzlich gefordert ist. [...]

Diese neue Vertragsstruktur soll dazu führen, dass die Zahlungsverpflichtung einerseits des Landeswohlfahrtsverbandes und andererseits der Bewohner klar und deutlich voneinander getrennt wird. Ansatz des Bundesteilhabegesetzes war aber nicht, dass Bewohner sich willkürlich aussuchen können, für welche Leistungen sie Zahlungen erbringen wollen oder nicht. [...]

Die Wohnung [...] gehört zu den gesetzlich vorgesehenen besonderen Wohnformen, bei denen nun einmal die Fachleistung, die Unterbringung, die Verpflegung und die Hauswirtschaftskosten anfallen und an den Bewohner weiterberechnet werden. Neu geregelt ist über das Bundesteilhabegesetz lediglich die Verteilung dieser Kosten. Als Nutzer dieser besonderen Wohnform schulden Sie alle Entgeltteile, unabhängig davon, dass der Vertrag neu aufgebaut ist. Unsere Mandantin ist bereit [...], dass die konkreten Verpflegungskosten, die durch die Selbstversorgung der Bewohner entfallen, erstattet bzw. nicht erhoben werden. Anders ist dies im Bereich der Hauswirtschaftskosten. Hier handelt es sich um einen Pauschalbetrag, der über die gesamten Wohngruppen ermittelt wird und der jedem Bewohner als Pauschale in Rechnung gestellt wird. Diese Teilzahlung ist unverzichtbarer Teil der Gesamtforderung unserer Mandantin und muss daher von allen Bewohnern des besonderen Wohnens erbracht werden. Dies gilt unabhängig davon, ob Sie sich [...] weigern, diese Anlage des Vertrages zu unterschreiben oder nicht.“<sup>63</sup>

Es ist schon ungewöhnlich, mit welcher Schärfe hier eine Zahlungspflicht behauptet wird, die unabhängig davon bestehen soll, ob sie eine vertragliche Grundlage hat. Interessanter aber ist ein anderer Aspekt. Mit dem Zusatzvertrag, den die Leistungsberechtigte nicht unterschrieb, wollte die NRD sich zur Erbringung der Leistungen „bereit gestellte Tischwäsche, Bettwäsche, Geschirr, Küchenausstattung (ohne Haushaltsgegenstände), Reinigungsmittel, usw.“ verpflichten und im Gegenzug ein Entgelt von 51 € monatlich verlangen. In ihrem Schreiben an die Leistungsberechtigte behauptet sie mit keinem Wort, dass sie diese Leistungen ganz oder teilweise erbracht hätte.<sup>64</sup> Vielmehr fordert sie eine Pauschale von 51 € für nicht weiter spezifizierte „Hauswirtschaftskosten“. Das ist ein Zeichen dafür, dass das, was im Vertragsangebot genannt war, nicht wirklich gemeint war. Das anwaltliche Schreiben enthält vielmehr Hinweise darauf, dass der Betrag von 51 € nichts anderes ist als ein Kostenbeitrag für die Eingliederungshilfe (für den es auch in Hessen keine Rechtsgrundlage gibt).

### III. Verhältnis Teilentgelt – Teilleistung

#### 1. Angemessenheit des Teilentgeltes für Nahrungsmittel und Hygieneartikel

Die oben dargestellten „Übergangsvereinbarungen“ und Beispiele lassen vermuten, dass viele Leistungserbringer der Eingliederungshilfe die Teilentgelte, die sie seit dem 1.1.2020 fordern, nicht mit dem Anspruch beziffert haben, dass sie in einem angemessenen Verhältnis zur korrelierenden Gegenleistung stehen. Die Übergangsvereinbarungen und die oben dargestellten Praxis legen die Interpretation nahe, dass es vielmehr darum ging, möglichst alles beim Alten zu lassen. Damit vertrat es sich nicht, den Leistungsberechtigten einen höheren Betrag zu ihrer freien Verfügung zuzubilligen. Doch das auf diese Weise zustande gekommene Teilentgelt für Nahrungsmittel und Hygieneartikel könnte auch zufällig in einem angemessenen Verhältnis zu dem Betrag stehen, der für diese Leistungen gefordert wird. Aber auch das erscheint ausgeschlossen.

Zunächst weicht das Teilentgelt stark von dem Betrag ab, der im Regelsatz kalkulatorisch für Nahrungsmittel, Getränke und Tabakwaren berücksichtigt wurde. Im Betrag der Regelbedarfsstufe 1 für das Jahr 2020 (432 €) ist ein kalkulatorischer Anteil i.H.v. 150,62 € für diese Position enthalten.<sup>65</sup> Dieser Betrag beruht auf der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe (EVS) und damit auf den Ausgaben einer unteren Einkommensgruppe für die in der Position 1 (Nahrungsmittel, Getränke und Tabakwaren) aufgeführten Waren. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Vergleichsgruppe der EVS für die Regelbedarfsstufe 1 Personen sind, die in Einpersonenhaushalten leben. Die Beschaffungskosten für Nahrungsmittel sinken jedoch erheblich, wenn große Mengen für eine große Zahl von Personen eingekauft werden. Die Position 1 aus der EVS ist daher auch dann geeignet, um die Beschaffungskosten für Nahrungsmittel zu schätzen, wenn man den Betrag für zu gering hält.<sup>66</sup> Denn der Effekt des Großeinkaufs dürfte die Mängel, die die Bezifferung der Regelbedarfsstufen aufweist, bei weitem überwiegen.

63 Hervorhebung d. d. Verf. Schließlich droht die NRD mit der Kündigung des WBVG-Vertrages. Zugleich wandte die NRD sich an das Betreuungsgericht. In diese Schreiben heißt es: „Die Eltern [...] haben als gesetzliche Betreuer [...] den Vertrag unterschrieben, die Anlage bzgl. der Lebenshaltungskosten aber nicht [...]. Entsprechend wurde trotz vieler Gespräche darüber auch die Zahlung der entsprechenden Beträge (vor allem die Pauschale für Hauswirtschaftsmittel, die Lebensmittel kauft [...] selbstständig ein) nicht geleistet. Nachdem in den Gesprächen keine Einigung erzielt werden konnte, haben wir [...] mittlerweile eine Anwaltskanzlei eingeschaltet. Offen ist für uns die Frage, ob die gesetzlichen Betreuer hier zum Wohl ihrer Betreuten handeln. Die Pauschale für Hauswirtschaftsmittel ist keine Wahlleistung, der Zahlungsrückstand gefährdet insofern den Bestand des Heimvertrages.“

64 Was sie auch tatsächlich nicht tat.

65 Schwabe, Bernd-Günter: Einzelbeiträge aus den Regelbedarfsstufen ab 1.1. 2020: Leistungsfälle nach dem SGB II, dem SGB XII und nach § 2 AsylbLG, ZfF 2020, 1-20 <3>.

66 Vgl. Stellungnahme der Diakonie Deutschland zum Entwurf eines Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch sowie des Asylbewerberleistungsgesetzes (BT-Drs. 19/22750 vom 23.09.2020); online unter: [https://www.diakonie.de/fileadmin/user\\_upload/Diakonie/PDFs/Stellungnahmen\\_PDF/Diakonie\\_StN\\_OEffAnhoerung\\_RBEG\\_201028.pdf](https://www.diakonie.de/fileadmin/user_upload/Diakonie/PDFs/Stellungnahmen_PDF/Diakonie_StN_OEffAnhoerung_RBEG_201028.pdf) (Abfrage 19.7.2021).

Eine aussagekräftige Vergleichsgröße ergibt sich aus den Rohlebensmittelkosten der Pflegeheime.<sup>67</sup> In vielen Heimverträgen finden sich Regelungen für den Fall, dass eine Bewohnerin oder ein Bewohner durch Sondennahrung ernährt wird.<sup>68</sup> In einem Urteil vom 30.4.2013 führt das OLG Köln dazu aus:

*„Insofern ist der Ansatz der Beklagten bzw. der Entscheidungsgremien, welche die in den Heimvertrag einbezogenen Vergütungsregelungen beschlossen haben, als Ersparnis bei Bewohnern, die nicht nur vorübergehend ausschließlich über eine Magensonde ernährt werden, lediglich die reinen Lebensmittelkosten zugrunde zu legen, zutreffend. Bei einer gemäß § 287 ZPO möglichen Schätzung erscheint der hierfür als Ersparnis berücksichtigte Betrag von gut 4,00 € pro Tag, d.h. monatlich etwa 120,00 € bis 130,00 € für Nahrungsmittel, die ein Heimbewohner (durchschnittlich) bei Frühstück, Mittag- und Abendessen und ggf. Zwischenmahlzeiten verzehrt bzw. ihm angeboten werden, angemessen. Als Anhaltspunkt für die Beurteilung der Angemessenheit kann der Hartz IV-Regelsatz herangezogen werden, bei dessen Bemessung derzeit ein monatlicher Betrag von ca. 135,00 € für Nahrungsmittel und alkoholfreie Getränke vorgesehen ist. Im Verhältnis dazu erscheint ein Rohverpflegungsaufwand in einer Größenordnung von ca. 125,00 € monatlich angemessen, zumal es vorliegend um die Jahre 2007 und 2008 geht und in der Regel ältere und pflegebedürftige Heimbewohner durchschnittlich eher weniger Nahrungsmittel zu sich nehmen dürften als durchschnittlich jüngere und gesunde Hartz IV-Empfänger.“<sup>69</sup>*

Es erscheint kaum denkbar, dass den Leistungserbringern der Eingliederungshilfe für den Einkauf der Rohlebensmittel Kosten entstehen, die um mehr als 20% von dem hier zugrunde gelegten Betrag abweichen. Doch selbst wenn das so wäre, könnte das die Teilentgelte, die für Nahrungsmittel und Hygieneartikel verlangt werden, nicht angemessen machen, denn es kommt (siehe oben) nicht nur auf die Gestehungskosten an, sondern ebenso darauf, dass der geforderte Betrag nicht eklatant und ohne nachvollziehbare Gründe von den Beträgen, die andere Unternehmer für vergleichbare Leistungen fordern, abweicht.

Ein weiterer Beleg für die Unangemessenheit des Teilentgelts für Nahrungsmittel und Hygieneartikel ergibt aus den Beträgen, die Leistungserbringer der Eingliederungshilfe an die Bewohnerinnen und Bewohner auszahlen, wenn diese sich (z.B. in einer Außenwohngruppe) selbst versorgen. Dem Autor liegen Schreiben der Regens Wagner-Stiftungen aus Bayern vor, mit denen der Leistungserbringer einerseits einen Betrag von rund 240 € monatlich für Nahrungsmittel und Hygieneartikel fordert, aber andererseits bestätigt, dass er nur einen Betrag von 150 € monatlich auszahlt, wenn Bewohnerinnen und Bewohner diese Artikel vollständig selbst einkaufen. Wenn der Leistungserbringer den Betrag auszahlt, den er tatsächlich einspart, wenn Leistungsberechtigte sich selbst versorgen, dann bestätigt das die Unangemessenheit des entsprechenden Teilentgelts im Verhältnis zur Gegenleistung.

## 2. Einbeziehung weiterer Position aus dem Regelbedarf?

Die von den Leistungserbringern geforderten Teilentgelte, die die Leistungsberechtigten i.d.R. aus dem Regelsatz aufbringen

müssen, können daher nicht als angemessen im Verhältnis zu den im Gegenzug gelieferten Nahrungsmitteln und Hygieneartikeln gelten. Daher liegt es nahe, dass die Leistungserbringer die elf Positionen gem. § 5 RBEG, aus denen der Regelsatz errechnet ist, daraufhin untersuchen, ob sich weitere Leistungen, die sie erbringen, diesen Positionen zuordnen und so als Gegenleistung für das von ihnen geforderte Entgelt apostrophieren lassen. § 7 Abs. 2 S. 1 WBVG verlangt nicht, dass die Angemessenheit des Entgelts im Verhältnis zu Gegenleistung intendiert ist, sondern dass das Entgelt *tatsächlich* angemessen ist. Für eine solche Argumentation kämen die Positionen zu den Abteilungen 4, 5 und 8 der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe 2018, auf die § 5 RBEG Bezug nimmt, in Betracht. Für die Regelbedarfsstufe 2 für das Jahr 2020 entsprechen diesen Positionen die folgenden Beträge:<sup>70</sup>

|  |         |
|--|---------|
| Abt. 4 Wohnen, Energie und Wohnungsinstandhaltung                                | 34,49 € |
| Abt. 5 Innenausstattung, Haushaltsgeräte und -gegenstände, lfd. Haushaltsführung | 23,98 € |
| Abt. 8 Nachrichtenübermittlung   | 34,79 € |

Ein Leistungserbringer, der Positionen aus den Abteilungen 4, 5 und 8 als Gegenleistungen für das neben den Kosten der Unterkunft von den Leistungsberechtigten geforderte Teilentgelt verstanden wissen will, müsste dazu allerdings darlegen können, dass diese Positionen entgegen der oben dargestellten Konzeption von § 42 a Abs. 5 SGB XII nicht Teil der Kosten der Unterkunft sind. Denn er kann diese Positionen nicht zweimal zugrunde legen, wenn das Entgelt angemessen sein soll. Die in § 42 a Abs. 5 SGB XII aufgeführten Kosten für Möblierung, Haushaltsstrom, Instandhaltung des Wohnraums, die Ausstattung mit Haushaltsgroßgeräten, Gebühren für Telekommunikation und Gebühren für den Zugang zu Rundfunk, Fernsehen und Internet sind vollständig in den Kosten enthalten, die mit den Abteilungen 4, 5 und 8 abgebildet werden.

Die Abgrenzung von dem Teilentgelt für die Kosten der Unterkunft wird dadurch erschwert, dass auch das Teilentgelt für die Kosten der Unterkunft überwiegend nicht auf einer Kalkulation beruht, die es ermöglichen würde, die Angemessenheit im Verhältnis zur Gegenleistung darzulegen. Vielmehr haben Träger der Eingliederungshilfe und die Vereinigungen der Leistungserbringer sich auf Landesebene auf unterschiedliche pauschale Umrechnungsmodelle verständigt, die auch in Bezug auf diese Teilposition Fragen in Bezug auf § 7 Abs. 2 S. 1 WBVG aufwerfen. Im Unterschied zu dem Teilentgelt, das die Leistungsberechtigten aus dem Regelsatz aufbringen müssen, ist dieses Problem für sie wirtschaftlich wenig relevant, da die Kosten der Unterkunft bis zur Kappungsgrenze aus § 42 a

67 Ein Beitrag der *Zeit* vom 15.9.2016 kommt unter dem Titel „Pflegeheime: Darum müssen Sie für Pflege so viel zahlen“ beziffert die Ausgaben für die Lebensmittelbeschaffung in Pflegeheimen auf 110 € monatlich [Link].

68 BGH, 22.1.2004, III ZR 68/03.

69 OLG Köln, 30.4.2013, I-15 U 22/12, Rn. 25; bestätigt durch BGH, 6.2.2014, III ZR 187/13.

70 Schwabe, Bernd-Günter: Einzelbeträge aus den Regelbedarfsstufen ab 1.1. 2020: Leistungsfälle nach dem SGB II, dem SGB XII und nach § 2 AsylbLG, ZfF 2020, 1-20 <3>.

Abs. 5 SGB XII vom Sozialhilfeträger und darüber vom Träger der Eingliederungshilfe getragen werden.

Eine Gestaltung des WBVG-Vertrages, mit der die genannten Positionen tatsächlich nicht im Rahmen der Kosten der Unterkunft berücksichtigt und stattdessen den weiteren Kosten zugeschlagen werden, die Leistungsberechtigten aus dem Regelsatz aufbringen müssen, verstieße zwar nicht unbedingt gegen § 7 Abs. 2 S. 1 WBVG. Doch damit wäre sie noch nicht wirksam. Zunächst dürfte sie an § 32 SGB I scheitern. Danach sind privatrechtliche Vereinbarungen, die zum Nachteil des Sozialleistungsberechtigten von Vorschriften des Sozialgesetzbuchs abweichen, nichtig. Die hier relevanten Vorschriften des Sozialgesetzbuchs sind:

a) § 8 Abs. 1 S. 2 RBEG i.d.F. v. 22.12.2016 für das Jahr 2020 und § 8 Nr. 2 lit. b RBEG i.d.F. v. 9.12.2020 für das 2021. Danach gilt für Bewohner/innen von Wohnformen nach § 42 a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i. V. m. S. 3 SGB XII (Umschreibung für stationäre Einrichtungen der Eingliederungshilfe) die Regelbedarfsstufe 2.

b) § 42 a Abs. 5 S. 6 SGB XII i.d.F. v. 30.11.2019<sup>71</sup> für den Zeitraum vom 1.1.2020 bis zum 9.6.2021 und § 42 a Abs. 5 S. 4 SGB XII i.d.F. v. 2.6.2021 ab 10.6.2021. Danach setzt die Erhöhung der Kappungsgrenze für die Kosten der Unterkunft für die o.g. Gruppe voraus, dass Kosten für Möblierung, Haushaltsstrom, Instandhaltung des Wohnraums, die Ausstattung mit Haushaltsgroßgeräten, Gebühren für Telekommunikation und Gebühren für den Zugang zu Rundfunk, Fernsehen und Internet ganz oder teilweise den Kosten der Unterkunft zugeordnet werden.

c) § 27 a Abs. 4 S. 5 SGB XII.<sup>72</sup> Danach ist der Regelsatz abweichend von § 27 a Abs. 4 S. 1 SGB XII nicht zu Lasten der leistungsberechtigten Person anzupassen, wenn die in § 42 a Abs. 5 S. 4 SGB XII (aktuelle Fassung) aufgeführten Positionen Teil der Kosten der Unterkunft sind.

Welche dieser Positionen Teil der Kosten der Unterkunft sind, entscheidet sich durch den WBVG-Vertrag, der als Formularvertrag vom Leistungserbringer gestaltet wird. Die Zuordnung der Regelbedarfsstufe ist gesetzlich normiert. Sie wird durch die Erwartung des Gesetzgebers legitimiert, dass die Kosten für Möblierung, Haushaltsstrom, Instandhaltung des Wohnraums, die Ausstattung mit Haushaltsgroßgeräten, Gebühren für Telekommunikation und Gebühren für den Zugang zu Rundfunk, Fernsehen und Internet zu den Kosten der Unterkunft gehören. Die Sozialgerichtsbarkeit tendiert dazu, § 32 SGB I weit auszulegen.<sup>73</sup> Danach wäre eine Vertragsgestaltung, die diese Kosten den Leistungsberechtigten aufbürdet – letztlich ja nur mit dem Ziel, den Träger der Eingliederungshilfe durch einen indirekten Kostenbeitrag von den Kosten der Fachleistung zu entlasten –, wohl als privatrechtliche Vereinbarung, die zum Nachteil des Sozialleistungsberechtigten von Vorschriften des Sozialgesetzbuchs abweicht, zu verstehen.

Doch auch dann, wenn man diesem weiten Verständnis von § 32 SGB I nicht folgen möchte, kommt man aus den im Folgenden aufgeführten Gründen wohl zu keinem anderen Ergebnis. Zunächst ist in Erinnerung zu rufen, dass die Bezifferung des Regelsatzes nicht im freien Belieben des Gesetzgebers

steht. Die Höhe bedürftigkeitsabhängiger existenzsichernder Leistungen ist von Verfassungen wegen durch den parlamentarischen Gesetzgeber in einem plausiblen und transparenten Verfahren zu beziffern und einfachgesetzlich auszugestalten.<sup>74</sup> Zwar verpflichten die zugrunde liegenden Vorschriften, Art. 1 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG, zunächst den Staat und nicht die Leistungserbringer. Doch die Grundrechte entfalten Ausstrahlungswirkung, die die Auslegung zivilrechtlicher Vorschriften beeinflusst.<sup>75</sup> Insoweit ist die Rechtsprechung des BVerfG zum Recht existenzsichernder Leistungen zu beachten, wenn der Begriff der Angemessenheit aus § 7 Abs. 2 S. 1 WBVG konkretisiert wird. Darüber hinaus beeinflusst diese Rechtsprechung die Auslegung des AGB-Rechts aus §§ 305 ff. BGB. Daher dürfte eine Vertragsgestaltung, mit der der Leistungserbringer bewirkt, dass die leistungsberechtigte Person aus der Grundsicherung nach dem SGB XII Aufwendungen zu tragen hat, die der Gesetzgeber nicht vorgesehen hat, ohne dass er selbst einen Vorteil davon hätte, als treuwidrige unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB zu werten sein.<sup>76</sup> Das gilt umso mehr, als der Nutznießer dieser Konstruktion der Träger der Eingliederungshilfe und damit ein Hoheitsträger ist, der durch Art. 1, 20 GG verpflichtet wird. Die Folge wäre, dass der WBVG-Vertrag insoweit unwirksam sein müsste.<sup>77</sup>

#### IV. Rechtliche Wertung

##### 1. Rechtsfolgen der Vereinbarung eines überhöhten Entgelts

Leistungsberechtigten sind wegen § 7 Abs. 2 S. 1 WBVG auch dann nicht verpflichtet, für die Lieferung von Nahrungsmitteln und Hygieneartikeln einen Betrag zu bezahlen, der das Angemessene übersteigt, wenn sie einen entsprechenden Vertrag unterschrieben haben. Haben sie gleichwohl entsprechende Zahlungen geleistet, sind diese rechtsgrundlos erfolgt. Für Zahlungen an Leistungserbringer, die sie geleistet haben,

71 § 42 a Abs. 5 SGB XII ist seit dem 1.1.2020 in Kraft. Seit 10.6.2021 gilt bereits die 3. Fassung dieser Vorschrift. Die erste Fassung geht auf das BTHG vom 23.12.2016 zurück (BGBl. I, S. 3234). Sie wurde noch vor Inkrafttreten geändert durch das Gesetz zur Änderung des Neunten und des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch und anderer Rechtsvorschriften vom 30.11.2019 (BGBl. I, S. 1948). In dieser Fassung war § 42 a Abs. 5 SGB XII bis zum 9.6.2021 in Kraft. Ihre aktuelle Fassung erhielt die Vorschrift durch das Teilhabestärkungsgesetz v. 2.6.2021 (BGBl. I, S. 1387).

72 Zur Fassung v. 30.11.2019, die vom 1.1. bis zum 31.12.2020 galt, s. Fn. 35 & 36; vom 1.1. bis zum 30.6.2021 galt § 27 a SGB XII i.d.F. durch Gesetz zur Ermittlung der Regelbedarfe und zur Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch sowie weiterer Gesetze vom 9. Dezember 2020 (BGBl. I, S. 2855). Seit 1.7.2021 gilt die Fassung, die die Vorschrift durch das Teilhabestärkungsgesetz v. 2.6.2021 (BGBl. I, S. 1387) erfahren hat. § 27 a Abs. 4 S. 5 SGB XII blieb dabei unverändert. Da § 42 a Abs. 5 S. 6 SGB XII i.d.F. v. 30.11.2019 durch das Teilhabestärkungsgesetz vom 2.6.2021 zu Satz 4 wurde, hätte die Verweisung in § 27 a Abs. 4 S. 5 SGB XII geändert werden müssen. Dass das unterblieben ist, ist aber unschwer :- ) als redaktionelles Versehen erkennbar.

73 vgl. LSG Sachsen, 8.7.2009, L 1 KR 50/60 Rn. 27 ff; vgl. a. BSG, 6.12.2018, B 8 SO 9/18 R.

74 BVerfG, 9.2.2010, 1 BvL 1/09; BVerfG, 18.7.2012, 1 BvL 10/10; BVerfG, 23.7.2014, 1 BvL 10/12; BVerfG, 5.11.2019, 1 BvL 7/16.

75 BVerfG, 24.03.2016, 1 BvR 2012/13.

76 Dazu ausführlich: Rosenow, Roland: Besondere Regelungen im SGB XII für sog. besondere Wohnformen. Teil II: Folgen für WBVG-Verträge, 2021, <https://www.reha-recht.de/fachbeitraege/beitrag/artikel/beitrag-a27-2021/>

77 Möglicherweise käme man über § 138 BGB zum selben Ergebnis.

ohne dass eine (unwirksame) vertragliche Grundlage bestand, gilt das erst recht. Das betrifft die Forderung eines „Kostenbeitrags“ in Höhe eines Mehrbedarfzuschlags.

Mit dem Schutz des Verbrauchers nicht zu vereinbaren wäre es, einen Vertrag, mit dem ein überhöhtes Entgelt oder Teilentgelt verlangt wird, als insgesamt nichtig nach § 134 BGB anzusehen.<sup>78</sup> Nach § 7 Abs. 2 S. 1 WBVG schuldet die leistungsberechtigte Person – in der Nomenklatur des WBVG: der Verbraucher – das Entgelt, „soweit“ es angemessen ist. Daraus wird zum Teil geschlossen, der Vertrag sei teilnichtig i.S.d. § 134 BGB, soweit das vereinbarte Entgelt das angemessene Entgelt übersteigt.<sup>79</sup> Diese Folge lässt sich aber bereits unmittelbar aus § 7 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 16 WBVG ableiten.<sup>80</sup>

Aus rechtsgrundlosen (Über-)Zahlungen resultiert ein bereicherungsrechtlicher Anspruch der Verbraucher gegen die Leistungserbringer auf Rückzahlung der ohne Rechtsgrund gezahlten Beträge (§ 812 BGB). Da der Verstoß gegen die zwingenden Vorschriften des WBVG wohl einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot einschließt, kann den Leistungserbringer die verschärfte Haftung gem. § 819 BGB treffen. Das rechtsgrundlos erlangte Geld ist dann gem. §§ 291, 288 BGB mit 5% über dem Basiszinssatz zu verzinsen. Der Unternehmer kann sich nicht gem. § 818 Abs. 3 BGB auf Entreichung berufen.<sup>81</sup>

Die Verjährung des Anspruchs beginnt nach § 199 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem die leistungsberechtigte Person von den Umständen, die den Anspruch begründen, Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Die Verjährungsfrist beträgt 3 Jahre, § 195 BGB. Die im Jahr 2020 überzahlten Beträge verjähren damit nicht vor dem 31.12.2023. Von Bedeutung könnte insoweit im Einzelfall noch die Verbandsklagen-Richtlinie (EU) 2020/1828 vom 25.11.2020 werden, deren nationale Umsetzung nach Art. 24 spätestens zum 25.6.2023 in Kraft treten muss. Art. 16 der Richtlinie sieht vor, dass anhängige Verbandsklagen die Verjährung der ihnen korrespondierenden Ansprüche der Verbraucher hemmen. Da die Richtlinie noch vor dem frühesten möglichen Beginn der Verjährungsfrist umzusetzen ist, würde eine Verbandsklage, die vor dem 31.12.2023 anhängig gemacht würde, die Verjährung für alle betroffenen Verbraucher hemmen.

## 2. Ergebnis

Die budgetneutrale Umstellung, auf die die Träger der Eingliederungshilfe und die Leistungserbringer sich geeinigt haben, ist eine Konstruktion, vermittelt derer den Leistungsberechtigten der Eingliederungshilfe in Einrichtungen, die der Definition des § 42a Abs. 5 S. 1 Nr. 2 & S. 3 SGB XII unterfallen, ein indirekter Kostenbeitrag für die Fachleistungen der Eingliederungshilfe auferlegt wird. Dieser Kostenbeitrag dürfte meist zwischen 50 und 130 € monatlich liegen. Eine Rechtsgrundlage dafür ist nicht ersichtlich. Wer Leistungen der Sozialhilfe bezieht, ist bereits wegen § 138 Abs. 1 Nr. 8 SGB IX weder zu einem Kostenbeitrag (§ 142 SGB IX) noch zu einem Aufwendungsbeitrag (§ 137 SGB IX) noch zum Einsatz seines Vermögens (§ 140 SGB IX) verpflichtet.

Dieser Kostenbeitrag wird dadurch erhoben, dass er auf das angemessene Teilentgelt für Nahrungsmittel und Hygienearti-

kel, das im WBVG-Vertrag vereinbart wird, aufgeschlagen wird. Mitunter wird er ohne Bezeichnung einer Rechtsgrundlage unter bloßer Bezugnahme auf die Bewilligung eines Mehrbedarfzuschlags verlangt. Die Differenz zwischen einem angemessenen Gegenwert der Nahrungsmittel und Hygieneartikel, die der Leistungserbringer liefert, und dem tatsächlich geforderten Entgelt wird vom Entgelt für die Fachleistung, für das der Träger der Eingliederungshilfe aufkommt, in Abzug gebracht. Die Überhöhung kommt dem Träger der Eingliederungshilfe zugute und wirkt wie ein Kostenbeitrag zulasten der Leistungsberechtigten. Das Entgelt wird dadurch unangemessen i.S.d. § 7 Abs. 2 WBVG.

## V. Handlungsoptionen

### 1. Optionen der Leistungsberechtigten

Betroffene Leistungsberechtigte/Verbraucher haben verschiedene Optionen, um die Erstattung überzahlter Beträge zu erlangen und für die Zukunft durchzusetzen, dass sie für Nahrungsmittel und Hygieneartikel nur ein angemessenes Entgelt bezahlen müssen. Sie können die Beträge, die sie überzahlt haben, vom Leistungserbringer verlangen (§ 812 BGB) und ihn notfalls auf Erstattung verklagen.<sup>82</sup>

Wenn sie das vermeiden möchten, haben sie die Möglichkeit, den überzahlten Betrag aufzurechnen (§ 387 BGB). Wenn der Leistungserbringer damit nicht einverstanden ist, kommt er in die Situation, dass er notfalls klagen muss. Das kann allerdings dazu führen, dass der Unternehmer den WBVG-Vertrag wegen Zahlungsverzugs kündigt (§ 12 Abs. 1 Nr. 4 WBVG). Die Kündigung ist möglich, wenn über mehrere aufeinander folgende Monate nur ein Teil des Entgelts gezahlt wird und wenn der Rückstand insgesamt das (Gesamt-)Entgelt für zwei Monate erreicht.<sup>83</sup> Natürlich ist die Kündigung unwirksam, wenn Zahlungsverzug nicht besteht, weil die Forderung, aus der sich der Verzug ergibt, keine Rechtsgrundlage hat. Problematisch aus der Sicht des Verbrauchers ist dabei, dass er nicht in der Lage sein wird, den im Sinne von § 7 WBVG angemessenen Betrag zu ermitteln (dazu noch sogleich).

Unter bestimmten Voraussetzungen kann auch die negative Feststellungsklage ein geeignetes Mittel sein. Diese Feststel-

<sup>78</sup> So aber Bregger in jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 7 WBVG (Stand: 01.02.2020), Rn. 13.

<sup>79</sup> Bachem/Hacke, WBVG Kommentar, 2015 § 7 Rn 74

<sup>80</sup> Auch § 6 Abs. 2 WBVG spricht gegen die Nichtigkeit des WBVG-Vertrages insgesamt. § 6 Abs. 1 WBVG verlangt, dass der Vertrag schriftlich abzuschließen ist. Wird er nicht schriftlich geschlossen (sondern z.B. konkludent oder mündlich), wird er gleichwohl wirksam. Allerdings gelten dann die besonderen Bestimmungen aus § 6 Abs. 2 WBVG. Auch diese Vorschrift folgt dem Ziel des Verbraucherschutzes. Dem Verbraucherschutz ist nicht gedient, wenn der Verbraucher am Ende ohne Vertrag und damit ohne Anspruch auf Unterkunft und weitere Leistungen dasteht.

<sup>81</sup> MüKoBGB/Schwab, 8. Aufl. 2020 BGB § 819 Rn.29 & BGB § 818 Rn. 315 ff.

<sup>82</sup> Im Regelfall sollte Anspruch auf Prozesskostenhilfe bestehen. Die Prozesskostenhilfe deckt allerdings nur die eigenen Anwalts- und die Gerichtskosten ab. Wenn im Fall des Unterliegens die gegnerischen Anwaltskosten erstattet werden müssen, kann das eine hohe Belastung sein.

<sup>83</sup> § 12 Abs. 1 Nr. 4 b WBVG. Zum Fall des § 12 Abs. 1 Nr. 4 a WBVG kann es hier kaum kommen.

lungsklage wäre zwar unzulässig, soweit der streitige Betrag bereits gezahlt wurde. Denn dann könnte ebenso gut Leistungsklage erhoben werden. Doch in Bezug auf künftige Ansprüche und auf Ansprüche für die Vergangenheit, die nicht befriedigt sind, kommt sie in Betracht, solange der Leistungserbringer an der streitigen Forderung festhält.<sup>84</sup> Die negative Feststellungsklage richtet sich darauf, dass das Gericht feststellt, dass die streitgegenständliche Forderung nicht besteht. Sie kann vor allem deshalb im Interesse der leistungsberechtigten Person liegen, weil sie Kündigung und Räumungsklage vorbeugen kann. Sie kann mit der Aufrechnung gegen berechnete Forderungen des Leistungserbringers verbunden werden.

Vor dem Hintergrund, dass die hier erörterten Fragen bislang weder in der Rechtswissenschaft ausdiskutiert sind noch ersichtlich Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen waren, liegt es nahe, zur Minimierung des individuellen Risikos an kollektiven Rechtsschutz zu denken. Neben der Heimaufsicht kommen dafür vor allem die Verbraucherzentralen und die anderen nach § 4 UKlaG qualifizierten Einrichtungen in Betracht.<sup>85</sup> Das WBGV ist nach § 2 Abs. 2 Nr. 10 UKlaG Verbraucherschutzgesetz. Die nach § 4 UKlaG qualifizierten Einrichtungen sind daher berechtigt, die Leistungserbringer auf Unterlassung und Beseitigung nach § 2 UKlaG in Anspruch zu nehmen. Das gilt auch für Forderungen der Leistungserbringer, die der Wohn- und Betreuungsvertrag nicht enthält („Kostenbeitrag“ aus Mehrbedarfzuschlag). Denn solche Forderungen dürften dem Umgehungsverbot des § 306 a BGB unterfallen.<sup>86</sup>

Der Anspruch auf Unterlassung richtet sich darauf, dass der Unternehmer es künftig unterlässt, rechtswidrige Vertragsklauseln zu verwenden oder rechtsgrundlose Forderungen zu behaupten. Der Beseitigungsanspruch dagegen könnte sich darauf richten, dass der Unternehmer die Beträge, die er ohne Rechtsgrund vereinnahmt hat, an die Leistungsberechtigten erstattet.

Allerdings ist die Reichweite des Beseitigungsanspruch aus § 2 Abs. 1 S. 2 UKlaG noch nicht geklärt. Der Anspruch besteht erst seit dem 24.2.2016.<sup>87</sup> Er setzt kein Verschulden voraus,<sup>88</sup> wird aber durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzt.<sup>89</sup> Seine Normzweck liegt darin, „rechtswidrige Zustände andauernder Störung zu beenden, die allein durch einen Unterlassungsanspruch nicht beseitigt werden können“.<sup>90</sup> Sein Inhalt hängt von der „Natur der andauernden Störung ab“.<sup>91</sup> Liegt diese in einer Überzahlung, kann der Beseitigungsanspruch sich daher auf die Rückzahlung richten. Wenn die Beseitigung der Folgen einer rechtswidrigen Praxis des Unternehmers die Rückzahlung von Geld an Kunden verlangt, kann sie wohl jedenfalls dann auf der Grundlage von § 2 Abs. 1 S. 2 UKlaG verlangt werden, „wenn die individuelle Geltendmachung der Rückerstattungsansprüche [...] nicht effektiv ist“, weil die Einzelforderungen so gering sind, dass die Prozesskosten im Verhältnis zur Höhe der Forderung unverhältnismäßig hoch sind.<sup>92</sup> Das dürfte jedenfalls bei Forderungen, die 5.000 € nicht übersteigen der Fall sein.<sup>93</sup>

## 2. Sekundäre Darlegungslast des Leistungserbringers in Bezug auf seine Aufwendungen für Teilleistungen

Eine Schwierigkeit liegt darin, das angemessene Entgelt für Nahrungsmittel und Hygieneartikel zu bestimmen. Klagt die leistungsberechtigte Person, so muss sie das angemessene Teilentgelt, zumindest aber eine Höchstgrenze desselben beziffern. Dazu muss sie Tatsachen darlegen, die die Wertung der Angemessenheit dieses Betrages tragen, etwa indem sie nachweist, welche Entgelte in anderen Einrichtungen für vergleichbare Leistungen anfallen (z.B. durch Vorlage von WBGV-Verträgen für Pflegeheime, die einen Betrag für die Rohlebensmittelkosten ausweisen, der im Fall der Ernährung durch eine Sonde vom Gesamtentgelt abgezogen wird). Dieser Vortrag sollte ausreichen, um eine sekundäre Darlegungslast des Beklagten auszulösen (§ 138 Abs. 2 ZPO). Eine sekundäre Darlegungslast trifft den Prozessgegner der primär darlegungsbelasteten Partei, wenn diese keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen.<sup>94</sup> So verhält es sich hier: Der Leistungserbringer allein kennt alle Tatsachen, die zur Bestimmung der Angemessenheit des Entgelts für Nahrungsmittel und Hygieneartikel erforderlich sind, während der Verbraucher bzw. der Verband keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat. Dem Leistungserbringer ist es auch weiteres möglich, z.B. die Kosten für den Einkauf der Rohlebensmittel zu belegen. Genügt der Unternehmer seiner sekundären Darlegungslast nicht, gilt die Behauptung des Anspruchstellers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.<sup>95</sup>

Dabei ist zu beachten, dass die sekundäre Darlegungslast nicht durch die bloße Behauptung, das Teilentgelt sei unangemessen, ausgelöst werden kann. Es bedarf vielmehr einer substan-

84 Zum Feststellungsinteresse bei der negativen Feststellungsklage s. AG Tempelhof-Kreuzberg, 13.02.2019, 24 C 220/18 (ZMR 2019, 511-512 = LSK 2019, 14998, beck-online).

85 Die Liste ist hier veröffentlicht: [https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Verbraucherschutz/Liste\\_qualifizierter\\_Einrichtungen.html](https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Verbraucherschutz/Liste_qualifizierter_Einrichtungen.html).

86 So OLG Dresden, 10.4.2018, 14 U 82/16 in Bezug auf Forderungen einer Bank, die in den AGB nicht aufgeführt sind, vermutlich weil sie wegen Vorschriften zwingenden Rechts vertraglich nicht wirksam vereinbart werden können. Eine Umgehungsabsicht bedarf es dabei nicht (OLG Dresden, 10.4.2018, 14 U 82/16, Rn. 31).

87 Eingefügt durch Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts vom 17.2.2016, BGBl. I, S. 233.

88 MüKoZPO/Micklitz/Rott, 5. Aufl. 2017 Rn. 57, UKlaG § 2 Rn. 58.

89 Rott: Der Folgenbeseitigungsanspruch der Verbraucherverbände, VbR 2016, 172-177 <176>.

90 MüKoZPO/Micklitz/Rott, 5. Aufl. 2017 Rn. 57, UKlaG § 2 Rn. 57.

91 MüKoZPO/Micklitz/Rott, 5. Aufl. 2017 Rn. 57, UKlaG § 2 Rn. 59.

92 Rott: Der Folgenbeseitigungsanspruch der Verbraucherverbände, VbR 2016, 172-177 <176>.

93 Anspruch auf Beseitigung durch Rückzahlung rechtsgrundlos vereinbarter Beträge bestätigt: OLG Dresden, 10.4.2018, 14 U 82/16. Grundsätzlich zum Anspruch und zum Stand der Diskussion: Rott, Peter: Der Folgenbeseitigungsanspruch der Verbraucherverbände, VbR 2016, 172-177; MüKoZPO/Micklitz/Rott, 5. Aufl. 2017 Rn. 57, UKlaG § 2 Rn. 59 ff.

94 BGH, 25.5.2020, VI ZR 252/19 (BGHZ 225, 316-352 = NJW 2020, 1962-1972) Rn. 36.

95 BGH, 25.5.2020, VI ZR 252/19 (BGHZ 225, 316-352 = NJW 2020, 1962-1972) Rn. 36.

tierten Darlegung der Gründe, die diese Behauptung tragen. Tatsachen, die in diesem Zusammenhang relevant sind, sind zu beweisen (z.B. die Höhe des in WBVG-Verträgen für Pflegeheime ausgewiesenen Betrages für Rohlebensmittelkosten).

### 3. Optionen der Leistungserbringer

Die Leistungserbringer sitzen auf einem Pulverfass, das sie nicht mit legitimen Mitteln schützen können. Sie haben sich darauf eingelassen, auf der einen Seite von den Leistungsberechtigten Beträge zu verlangen, die das, was die Leistungsberechtigten ihnen tatsächlich schulden, deutlich übersteigen, und auf der anderen Seite im Verhältnis zum Kostenträger auf einen entsprechenden Betrag zu verzichten. Die Leistungsberechtigten können sich die Beträge, die sie gezahlt haben, ohne sie zu schulden, vom Leistungserbringer erstatten lassen. Der Leistungserbringer hat in der Regel aber wohl keinen korrespondierenden Anspruch gegen den Kostenträger.<sup>96</sup> Daraus ergibt sich ein Risiko für die Leistungserbringer, das mit jedem Monat größer wird. Für die Zukunft lässt sich dieses Risiko ausschließen, indem die Leistungserbringer aus dem System der Übergangsvereinbarungen aussteigen und sofort Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen verlangen, die dem geltenden Recht entsprechen. Einen durchsetzbaren Anspruch auf rechtmäßige Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen haben sie.<sup>97</sup>

### 4. Ein Lösungsvorschlag zum Abschluss

Soweit das dem Autor bekannt ist, haben die Träger der Eingliederungshilfe und die Leistungserbringer im Zuge der von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich ausgestalteten, aber im Großen und Ganzen ähnlich strukturierten „budgetneutralen Umstellung“ davon abgesehen, Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen zu treffen, die die Vorgaben der §§ 123 ff. SGB IX erfüllen würden. Das gilt insbesondere für die Mindestbestandteile der Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen.<sup>98</sup> Wenn man die Auffassung des Autors teilt, dass Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen, die Normverträge sind,<sup>99</sup> nur wirksam geschlossen werden können, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen, die zu ihrem Abschluss ermächtigen, beachtet werden, muss man annehmen, dass wirksame Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen nach dem neuen Recht der Eingliederungshilfe für den Bereich der vormals stationären Leistungen nur selten existieren. Wenn das richtig ist, liegt eine entscheidende Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Bewilligung des größten Teils der Leistungen der Eingliederungshilfe seit 1.1.2020 nicht vor. § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX bestimmt, dass der Träger der Eingliederungshilfe „Leistungen der Eingliederungshilfe [...] durch Dritte nur bewilligen darf“, wenn eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung für diese Leistung geschlossen ist.<sup>100</sup> Einzige Ausnahme ist § 123 Abs. 5 SGB IX. Da die Beteiligten aber davon ausgegangen sein dürften, dass sie auf der Basis von Vereinbarungen handeln, darf man wohl annehmen, dass die umfangreichen Voraussetzungen von § 123 Abs. 5 SGB IX kaum je vorliegen. Bei Licht besehen bedeutet das, dass ein großer Teil der Bewilligungsbescheide über Leistungen der Eingliederungshilfe für bislang stationäre Leistungen materiell rechtswidrig sein sollte, da die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Bewilligung als Sachleistung<sup>101</sup> nicht vorlagen.

Das Fehlen (rechtmäßiger) Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen ist zwar meist ein Hinweis auf eine unzureichende Erfüllung des Sicherstellungsauftrages,<sup>102</sup> kann aber den Anspruch der Leistungsberechtigten auf bedarfsdeckende Leistungen nicht in Frage stellen. Wenn weder eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung vorliegt, noch die Voraussetzungen für die Ausnahmeregelungen des § 123 Abs. 5 SGB IX gegeben sind, sind Leistungen der Eingliederungshilfe als Geldleistungen zu erbringen.<sup>103</sup>

Eine Umdeutung der Bewilligungsbescheide in Verwaltungsakte über eine (unzureichende) Geldleistung ist ausgeschlossen. Eine Geldleistung ist im Verhältnis zu einer Sachleistung ein Aliud. Das gilt bereits im Verhältnis Zuschuss zu Darlehen,<sup>104</sup> also erst recht für das Verhältnis einer Geldleistung zu einer Sachleistung. Es besteht aber die Möglichkeit, die Bewilligungsbescheide wegen ursprünglicher Rechtswidrigkeit zurückzunehmen (§ 44 SGB X) und Eingliederungshilfe in Form von Geldleistungen rückwirkend ab 1.1.2020 zu bewilligen. Voraussetzung wäre wohl, dass Leistungserbringer und Leistungsberechtigte rückwirkend zum 1.1.2020 neue WBVG-Verträge schließen bzw. die bestehenden Verträge ändern. Das Teilentgelt für Nahrungsmittel und Hygieneartikel wäre nach Maßgabe von § 7 Abs. 2 S. 1 WBVG angemessen zu beziffern. Der Betrag für die Fachleistung fiel vermutlich entsprechend höher aus. Wenn die Leistungsberechtigten der Auszahlung der Geldleistung an die Leistungserbringer rückwirkend zustimmen, ließe sich wohl auch die Anrechnung der bereits erbrachten Leistungen vertreten.<sup>105</sup> Ob eine solche Lösung durchsetzbar wäre, soll hier offen bleiben.<sup>106</sup> Mit einem gewissen Maß an gutem Willen von allen Beteiligten, vor allem mit der Bereitschaft der Träger der Eingliederungshilfe, ihren gesetzlichen Verpflichtungen rückwirkend nachzukommen, erscheint sie aus einer rechtlichen Perspektive jedenfalls möglich.

Die „budgetneutrale Umstellung“ wirft ein grelles Schlaglicht auf die entscheidende Schwäche der Ausgestaltung des sozialleistungsrechtlichen Dreiecksverhältnisses in der Eingliederungshilfe.

96 Ein Fall von § 127 Abs. 3 SGB IX ist das sicher nicht.

97 Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 2021, § 126 Rn. 20 ff.

98 Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 2021, § 125 Rn. 25 ff.

99 Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 2021, § 123 Rn. 19 ff.

100 Wenn man das so versteht, dass dies eine rechtmäßige Leistungs- und Vergütungsvereinbarung sein muss, kommt es nicht einmal darauf an, ob diese nicht oder inexistent ist.

101 Zum Begriff Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 2021, § 105 Rn. 10.

102 Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 2021, § 95 Rn. 31.

103 Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 2021, § 123 Rn. 42 ff.

104 BSG, 9.12.2016, B 8 SO 15/15 R.

105 § 47 SGB I, FRR § 105 Rn. 13 ff. Ab 1.12.2021 beachte § 47 SGB I i.d.F. durch das Siebte Gesetz zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 12. Juni 2020 (BGBl. I S. 1248).

106 Immerhin hat das BSG in zwei Urteilen vom 6.12.2018 angedeutet, dass auch nichtige Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen die Wirkung von Normverträgen entfalten könnten (B 8 SO 9/18.R und B 8 SO 11/18 R). Das muss man nicht für richtig halten, aber gleichwohl in entsprechende Überlegungen einbeziehen.



rungshilfe: Die Interessen der Leistungsberechtigten sind am Verhandlungstisch nicht ausreichend vertreten. Zwar enthält das SGB IX mit § 36 Abs. 1 S. 3, § 133 Abs. 5 Nr. 10 und § 131 Abs. 2 einige Vorschriften, die erste Schritte in Richtung Beteiligung Leistungsberechtigter vorsehen. Doch das ist

offensichtlich zu wenig. Zu groß scheint die Versuchung der Träger der Eingliederungshilfe und der Leistungserbringer zu sein, den strukturellen Konflikt, den das sozialleistungsrechtliche Dreiecksverhältnis für sie bedeutet, auf Kosten der Leistungsberechtigten zu befrieden.

## Mandatspraxis

# Verwertung von Verwaltungsgutachten in Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit (Teil 1)

Dr. jur. Josef Berchtold VRiBSG aD

In der tatrichterlichen Praxis lässt schon der Blick auf Verfahrensdauer und Kostenstatistik die Nutzung in der Verwaltungsakte vorgefundener Gutachten als durchaus verführerisch erscheinen. Berechtigte Zweifel des Rechtsschutz suchenden Bürgers an der objektiven Beweiskraft des allein von seinem Prozessgegner nach den für diesen maßgeblichen Regelungen beschafften Beweismittels müssen demgegenüber zurücktreten. Auch wenn nach ganz überwiegender Auffassung die Metamorphose von Verwaltungsgutachten ohne Verstoß gegen die gerichtliche Sachaufklärungspflicht (§ 103 SGG)<sup>1</sup> und ohne Urheberrechtsverletzung<sup>2</sup> grundsätzlich möglich ist,<sup>3</sup> stellt sie doch in jedem Einzelfall ein rechtlich durchaus anspruchsvolles Unterfangen dar. Der vorliegende Beitrag versucht eine zusammenfassende Darstellung.

## I. Grundlagen

Wie § 106 Abs. 3 SGG zeigt, kennt das SGG (anders als die ZPO) trotz des Verweises in § 118 Abs. 1 SGG keinen abgeschlossenen Katalog der Beweismittel. Damit können sich auch aus den Akten der Verwaltung und insbesondere darin vorgefundenen Gutachten Umstände ergeben, die als Beweismittel geeignet sind, dem Gericht die Überzeugung vom Vorliegen der nach dessen Auffassung rechtlich relevanten Umstände zu vermitteln. Die in BSG 15.10.1986<sup>4</sup> formulierte grundsätzlich zweifelnde Haltung gegenüber einer derartigen Vorgehensweise ist eher singulärer Natur und hat zu weiterführenden Überlegungen (bedauerlicherweise) kaum Anlass gegeben. Die Zulässigkeit der Verwertung von Verwaltungsgutachten im Gerichtsverfahren wird stattdessen – so traditionell wie floskelhaft und inhaltsarm – dem Urkundenbeweis (§§ 415ff ZPO), ihr Erkenntniswert (vorschnell) allein dem Anwendungsbereich von § 128 Abs. 1 S. 1 SGG zugeordnet. Dabei bleibt insbesondere unbeachtet, dass Verwaltungsgutachten

- dem Gericht zulässig übermittelt worden sein und von diesem zulässig verarbeitet werden müssen,
- um einem Vergleich standhalten zu können, die (verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen) Mindestanforderungen an gerichtliche Gutachten erfüllen müssen,
- in unmittelbarer Anwendung auch sonstigen zentralen Anforderungen (etwa aus § 407a Abs. 3 ZPO<sup>5</sup>) an alle in Gerichtsverfahren zugrunde gelegten Gutachten genügen müssen,
- nicht aufgrund ihres Zustandekommens im Einzelfall – etwa wegen eines Verstoßes gegen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung – einem Verwertungsverbot unterliegen dürfen,
- vorweg ihre grundsätzlich andere Aussage- und Beweiskraft<sup>6</sup> erkannt sein muss<sup>7</sup> und erst dann

- auf der Grundlage ihrer im Urteil nachvollziehbar darzulegenden<sup>8</sup> und nicht lediglich formelhaft zu behauptenden (§ 128 Abs. 1 SGG)<sup>9</sup> – Überzeugungskraft von der Zuziehung (weiterer)<sup>10</sup> eigener Sachverständiger abgesehen werden kann.

## II. Aktenvorlage an und -verarbeitung durch das Gericht

In Ermangelung spezialgesetzlicher Regelungen im Prozessrecht liefert § 69 Abs. 1 Nr. 2 SGB X der Stelle iSv § 35 SGB I im Verhältnis zum betroffenen Bürger die gesetzliche Befugnis zur Vorlage bei ihr geführter Akten an das Gericht in einem mit der Erfüllung einer Aufgabe nach dem SGB zusammenhängenden gerichtlichen Verfahren.<sup>11</sup> Sind die Voraussetzungen des § 69 Abs. 1 Nr. 2 SGB X erfüllt, dürfen grundsätzlich auch besonders schutzwürdige Sozialdaten iSv § 76 Abs. 1 SGB X an das Gericht weitergegeben werden. Ausnahmen beste-

1 BVerwG Beschl. v. 23.8.2006 – BVerwG 4 A 1067/06, Juris Rn. 6 mwN.  
 2 Schur, in: Bieresborn (Hrsg.), Einführung in die medizinische Sachverständigentätigkeit vor Sozialgerichten, Frankfurt/M 2015, S. 117 ff.  
 3 BSG 5.2.2008 – B 2 U 10/07 R, USK 2008–35.  
 4 5 b RJ 80/85, SozR 1500 § 103 Nr. 24 juris Rn. 10: „Der erkennende Senat hat bereits Bedenken, ob die Tatsachengerichte der Sozialgerichtsbarkeit ihrer aus § 103 Satz 1 SGG folgenden Verpflichtung, den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen, genügen, wenn sie von einer eigenen – dh gerichtlich angeordneten – Beweiserhebung absehen und ihr Urteil ausschließlich auf die von einem Verfahrensbeteiligten (§ 69 SGG) veranlasste medizinische Begutachtung gründen.“  
 5 BSG 17.04.2013 – B 9 V 36/12 B, SozR 4-1500 § 118 Nr. 3 Rn. 5ff.  
 6 BSG 28.3.1984 – 9 a RV 29/83, SozR 1500 § 128 Nr. 24 und v. 26.5.2000 – B 2 U 90/00 B, Juris.  
 7 BSG 29.06.2015 – B 9 V 45/14 B, juris Rn. 6.  
 8 Vgl. BSG 28.3.1984 – 9 a RV 29/83, SozR 1500 § 128 Nr. 24.  
 9 Vgl. entsprechend zur Würdigung fehlerhafter Gerichts-Gutachten als Urkundenbeweis BSG 23.8.1967 – 5 RKn 99/66, SozR Nr. 81 zu § 128 SGG und v. 28.3.1984 – 9 a RV 29/83, SozR 1500 § 128 Nr. 24.  
 10 BSG 23.9.1957 – 2 RU 113/57, SozR Nr. 3 zu § 118 SGG.  
 11 Fromm in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB X, 2. Aufl., § 69 SGB X 1. Überarbeitung (Stand: 02.05.2018) § 69 SGB X Rn. 11 mwN.