

– Fachbeitrag E2-2023 –

08.05.2023

Zur Höhe des Erstattungsanspruchs der Leistungsträger nach § 4 Abs. 1 S. 1 SodEG gegen soziale Dienstleister Anmerkung zu LSG Hessen, Urteil vom 16.03.2022 – L 4 SO 119/21¹

*Von Prof. Dr. Fabian Walling, Hochschule für öffentliche Verwaltung und
Finanzen Ludwigsburg*

I. Das Sozialdienstleister-Einsatzgesetz (SodEG)

Zur Abfederung sozialer Härten durch die Covid-19 Pandemie wurden im März 2020 etliche Gesetze im Schnellverfahren verabschiedet² und z. T. rückwirkend in Kraft gesetzt.³ Mit dem im Rahmen des Sozialschutz-Pakets 1 eingeführten Sozialdienstleister-Einsatzgesetz (SodEG)⁴ wurden Soziale Dienstleister⁵ als systemrelevant anerkannt und Zuschüsse in Höhe von über 75 % der vereinbarten Vergütung ermöglicht,⁶ um den Bestand der Dienste und Einrichtungen infolge der bundesweit ergriffenen Maßnahmen nach dem Infektionsschutzgesetz sicherzustellen.⁷ Die Hürden für diese „verlorenen Zuschüsse“ sollten nicht hoch sein, die Existenzgefährdung der Dienstleister keine Voraussetzung und vertraglich abgerechnete Leistungen vorrangig sein.⁸ Diesem Ziel sowie dem Grundsatz, dass die Leistungen nicht zurückzuzahlen seien, widerspricht allerdings

¹ Dieser Beitrag wurde unter www.reha-recht.de als Fachbeitrag E2-2023 in der Kategorie E: Recht der Dienste und Einrichtungen veröffentlicht; Zitiervorschlag: Walling: Zur Höhe des Erstattungsanspruchs der Leistungsträger nach § 4 Abs. 1 S. 1 SodEG gegen soziale Dienstleister – Anmerkung zu LSG Hessen, Urteil vom 16.03.2022 – L 4 SO 119/21; Beitrag E2-2023 unter www.reha-recht.de; 08.05.2023.

² Tabbara, Das Sozialdienstleister-Einsatzgesetz – Sicherung der Sozialen Infrastruktur in der Corona-Krise, NZS 2020, 837 ff.

³ Vgl. Art. 11 II Sozialschutz-Paket vom 27. März 2020 (BGBl. I S. 575).

⁴ Sozialdienstleister-Einsatzgesetz vom 27. März 2020 (BGBl. I S. 575, 578), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 18. März 2022 (BGBl. I S. 473).

⁵ Soziale Dienstleister in diesem Sinne sind alle natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften, die durch Maßnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten nach dem Fünften Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes beeinträchtigt sind und in einem Rechtsverhältnis zu einem Leistungsträger nach Satz 1 zur Erfüllung von Aufgaben nach dem Sozialgesetzbuch oder dem Aufenthaltsgesetz stehen (Legaldefinition des § 2 S. 2 SodEG). Leistungserbringer nach dem SGB V und SGB XI werden über das COVID-19-Krankenhausentlastungsgesetz vom 27.03.2020 (BGBl. I S. 580) abgesichert.

⁶ Vgl. § 5 S. 2 SodEG.

⁷ Vgl. Bundestags-Drucksache 19/18107, S. 3, 35 f.

⁸ Tabbara, a. a. O., S. 838 m. w. N.

deren strenge Subsidiarität etwa gegenüber dem Kurzarbeitergeld⁹, die nach § 4 SodEG zu erheblichen Erstattungsansprüchen der Leistungsträger führt.

Die Regelungen werden in der Praxis als unklar betrachtet,¹⁰ die als „erschwert“¹¹ bezeichnete Auslegung durch Länder und Leistungsträger reicht von großzügigen 100 %-Ausfallfinanzierungen etwa in Hamburg bis zu enttäuschenden Zuschusshöhen.¹² Auch die Bewilligungsquoten variieren stark zwischen 0 und 41 %, ¹³ wobei 67 % der Mittel in Nordrhein-Westfalen und 1 % in Baden-Württemberg gezahlt wurden. Der bei Weitem größte Anteil der Mittel wurde im Bereich des SGB VI gezahlt,¹⁴ wo auch mit Widersprüchen und Klagen in erheblicher Zahl gerechnet wird,¹⁵ weshalb in diesen Anmerkungen insbesondere auch auf Rückforderungen aus dem Bereich der medizinischen Rehabilitation der Rentenversicherung eingegangen wird. Gerade die Deutsche Rentenversicherung (DRV) wünscht sich eine Harmonisierung der Regelungen zu den Rettungsschirmen.¹⁶ Angesichts des Verwaltungsaufwands mit dem SodEG werden daher für künftige Rettungsschirme vielfach weiterlaufende 100 %-Finanzierungen vertreten.¹⁷

II. Die Entscheidung des LSG Hessen

Im Verfahren vor dem LSG Hessen war die Berechnung des Zuschusses im Rahmen des Erstattungsanspruch nach § 4 SodEG streitig.¹⁸ **Unstreitig** – und in der Praxis wohl auch vergleichsweise unproblematisch – waren die formellen und materiellen Voraussetzungen des Anspruchs trotz der Verwendung von teilweise für das Sozialrecht ungebrauchlichen Begriffen: die Eigenschaft als sozialer Dienstleister, die Einsatzerklärung, die Darlegung der Beeinträchtigung **sowie die Antragstellung**.¹⁹ Auch durchlaufende Positionen, d. h. Mittel, die der Leistungsträger durch den Leistungserbringer an den Leistungsberechtigten erbringt, waren nicht ersichtlich.²⁰

⁹ Vgl. § 4 S. 1 Nr. 3 SodEG.

¹⁰ Engels/Wittemann, Kurzexpertise zur Wirkung des Sozialdienstleister-Einsatzgesetzes, S. 11, https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/Forschungsberichte/fb-597-kurzexpertise-sodeg.pdf?__blob=publicationFile&v=3, zuletzt abgerufen am 08.05.2023.

¹¹ Schlegel in: Schlegel/Meßling/Bockholdt, COVID-19, Gesundheit und Soziales, 2. A., § 16 Rn. 1.

¹² Engels/Wittemann, a. a. O., S. 11.

¹³ Engels/Wittemann, a. a. O., S. 24.

¹⁴ Engels/Wittemann, a. a. O., S. 23, vgl. Bundestags-Drucksache 19/25636, S. 7.

¹⁵ Engels/Wittemann, a. a. O., S. 49.

¹⁶ Engels/Wittemann, a. a. O., S. 36.

¹⁷ Engels/Wittemann, a. a. O., S. 37.

¹⁸ Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 16.03.2022 – L 4 SO 119/21 –, juris, Rz. 2 und BeckRS 2022, 8160, vgl. auch die Urteilsanmerkungen von Hosten, NZS 2022, 830, und von der Decken, FD-SozVR 2022, 452056.

¹⁹ Zum Problemkreis: Engels/Wittemann, a. a. O., z. B. S. 12.

²⁰ Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 16.03.2022 – L 4 SO 119/21 –, juris, Rz. 28–39. Dies sind im Wesentlichen Zahlungen der Eingliederungshilfe (existenzsichernde Leistungen).

Streitgegenstand der Klage war der Bescheid vom 12. November 2020 in Form des Widerspruchsbescheids über die Festsetzung eines Zuschusses nach dem SodEG für die Monate Juni und Juli 2020. Wesentlicher Streitpunkt war die **Berechnungsmethodik des Zuschusses**. Während der beklagte Träger der Eingliederungshilfe vertrat, der *tatsächliche Zuschuss* ergebe sich aus dem Monatsdurchschnitt der Zahlungen des Vorjahrs (Bemessungsgrundlage) multipliziert mit 75 % abzüglich vorrangiger tatsächlicher Zahlungen nach § 4 SodEG (Berechnungsmethode 1),²¹ wurde von anderer Seite vertreten, die Zahlung müsse ermittelt werden, indem vom Monatsdurchschnitt die nach § 4 SodEG vorrangigen Zahlungen abgezogen werden und der so ermittelte Zuschuss auf 75 % des Monatsdurchschnitts begrenzt werde (Berechnungsmethode 2).

Die Klägerin vertrat ferner die Ansicht, vorrangige Leistungen nach § 4 SodEG seien nur dann auf den Zuschuss nach § 3 SodEG anzurechnen, wenn dieser Vergütungsbetrag 25 % des Monatsdurchschnitts als Bemessungsgrundlage überschreitet²² – auch dem trat die Beklagte entgegen.

Die unterschiedlichen Berechnungsmethoden hatten erhebliche Differenzen bei der Höhe der Zuschüsse für die Monate Juni und Juli 2020 zur Folge, die mit dem streitgegenständlichen Bescheid vom 12. November 2020 berechnet wurden:²³

Wie das LSG Hessen richtig ausführt, räumt § 3 Satz 5 SodEG den Leistungsträgern ein Ermessen allein auf die Festlegung eines anderen **Bemessungssatzes** für den Zuschuss als 75 % ein.²⁴ Bemessungssatz ist der Prozentsatz, mit dem der Monatsdurchschnitt für die Zuschussberechnung multipliziert wird. Ein Abzug der vorrangigen Mittel von der vollen Bemessungsgrundlage (Berechnungsmethode 2) ergibt sich nach Ansicht des LSG jedoch nicht aus dem Gesetz.²⁵ Vielmehr sei § 4 SodEG vielmehr so zu verstehen, dass er der Unterscheidung der Mittel diene, die dem Sozialen Dienstleister bereits zugeflossen seien.²⁶

²¹ Die Arbeitshilfen und Vereinbarungen der Leistungsträger führen hier etwa für Rehakliniken auf: Vergütungen für erbrachte Leistungen, Entschädigungen nach dem Infektionsschutzgesetz, Leistungen für den Verbleib in Beschäftigung, Zuschüsse des Bundes und der Länder, Leistungen aus Betriebsschließungs- oder Gefahrenversicherung, Vergütungen nach § 22 Krankenhausfinanzierungsgesetzes, Vergütungen nach § 149 I SGB XI für die Kurzzeitpflege von Pflegebedürftigen und Vergütungen nach § 149 Abs. 3 SGB XI für die pflegerische Versorgung von bereits vollstationär versorgten Pflegebedürftigen, vgl. z. B. die Erläuterungen zum Formular G7191 und das Formular G7194-00 der DRV.

²² Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 16. März 2022 – L 4 SO 119/21 –, juris, Rz. 10 u. 17, Von der Decken, a. a. O., führt in ihrer Urteilsanmerkung nur die vorrangigen Vergütungen auf.

²³ Tabellarische Darstellung in Anlehnung an Kammerer, BWKG-Geschäftsstelle.

²⁴ Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 16. März 2022 – L 4 SO 119/21 –, juris, Rz. 42.

²⁵ Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 16. März 2022 – L 4 SO 119/21 –, juris, Rz. 43.

²⁶ Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 16. März 2022 – L 4 SO 119/21 –, juris Rz. 45 mit Hinweis auf Schlegel, in: Schlegel/Meßling/Bockholdt, COVID-19, Gesundheit und Soziales, § 16 Rn. 59.

Juni 2020²⁷:	Berechnungs- methode 1	Berechnungs- methode 2
	(Monatsdurchschnitt x 75 %, vertreten von der Beklagten)	(Monatsdurchschnitt x 100 %) vertreten von der Klägerin
Bemes- sungsgrundlage im Beispielsmonat	27.190,20 €	27.190,20 €
Monatsdurchschnitt (x75 %/x100 %)	20.392,65 €	27.190,20 €
Vorrangige Mittel nach § 4 SodEG einschließlich Zah- lungen aus Rechts- verhältnissen nach § 2 Satz 2 SodEG	15.984,65 €	15.984,65 €
25 % des Monatsdurchschnitts	Nicht relevant	6.797,55 €
Berechnete Zuschusshöhe	4.408,00 € (1)	11.205,55 € (2)
Maximale Zuschusshöhe (Monatsdurchschnitt x75 %)	20.392,65 €	20.392,65 €
Zuschusshöhe	4.408,00 € (1)	11.205,55 € (2)

²⁷ Darstellung in Anlehnung an Kammerer, BWKG-Geschäftsstelle.

Juli 2020	Berechnungs- methode 1 (Monatsdurchschnitt x 75 %, vertreten von der Beklagten)	Berechnungs- methode 2 (Monatsdurchschnitt x 100 %) vertreten von der Klägerin
Bemes- sungsgrundlage im Beispielsmonat	27.190,20 €	27.190,20 €
Monatsdurchschnitt (x75 %/x100 %)	20.392,65 €	27.190,20 €
Vorrangige Mittel nach § 4 SodEG Einschließlich Zahlun- gen aus Rechtsverhält- nissen nach § 2 Satz 2 SodEG	2.741,74 €	2.741,74 €
25 % des Monatsdurchschnitts	Nicht relevant	6.797,55 €
Berechnete Zuschusshöhe	17.650,91 € (1)	24.448,46 € (2)
Maximale Zuschussh- öhe (Monatsdurchschnitt x75 %)	20.392,65 €	20.392,65 €
Tatsächliche Zuschusshöhe	17.650,91 € (1)	20.392,65 € (2)

III. Stellungnahme

Entgegen den Ausführungen des Gerichts ging es im streitigen Verfahren nicht um das Ermessen bei der Bestimmung eines niedrigeren Bemessungssatzes als 75 %, sondern im Wesentlichen um die Berechnungsweise des Zuschusses bzw. des Erstattungsanspruchs. Ein anderer Bemessungssatz (bzw. Prozentsatz) wurde im Fall gar nicht bestimmt.

Auch ist nicht ersichtlich, warum das Verständnis von Schlegel, a. a. O., wonach § 4 SodEG der Unterscheidung der Mittel diene, die dem Sozialen Dienstleister bereits zugeflossen seien, für die Berechnungsmethode 1 bzw. gegen Berechnungsmethode 2 spricht.

Für die von der Beklagten vorgenommene Berechnungsweise spricht auch nicht die vom LSG Hessen angeführte **Verwaltungsvereinfachung**.²⁸ Gerade beim Vorwegabzug der geschätzten vorrangigen Mittel und anschließender Spitzabrechnung mit den konkret zugeflossenen vorrangigen Mitteln ist ein weiterer Schritt bei der Berechnung des zu- stehenden Betrags erforderlich.

1. Grammatische Auslegung

Zunächst ist der Wortlaut des Gesetzes für die Auslegung heranzuziehen. Nach § 3 S. 5 beträgt der *Zuschuss* höchstens 75 % *des Monatsdurchschnitts*. Hierauf nimmt § 5 S. 2 SodEG ausdrücklich Bezug. Danach können die Länder die Höchstgrenze der Zuschusshöhe nach § 5 S. 2 SodEG abweichend von § 3 S. 5 SodEG festlegen, wobei bei einer Abweichung nach oben die übrigen Leistungsträger das Einvernehmen des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, im Bereich des Aufenthaltsgesetzes zusätzlich im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat benötigen.

Dieses Ermessen betrifft jedoch nicht die Berechnungssystematik für die Ermittlung des Zuschusshöhe, sondern lediglich den in Prozent angegebenen Multiplikator der Referenzgröße Monatsdurchschnitt. Die Referenzgröße, die mit dem abweichend von § 3 SodEG bestimmten Multiplikator multipliziert wird ist der Monatsdurchschnitt. Daraus ergibt sich die Höchstgrenze des Zuschusses. Dies spricht für die zweite Berechnungsmethode.

2. Historische Auslegung

Angesichts der Auseinandersetzung über die Berechnungsmethode der Zuschusshöhe nach § 3 SodEG und die existenzbedrohenden Rückforderungen der Sozialleistungsträger ist der Inhalt der Regelungen durch Auslegung zu ermitteln. Dabei kommt dem Wortlaut des Gesetzes, aber auch der Wille des Gesetzgebers eine besondere Bedeutung bei.

In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt:

*„Nach § 3 wird der besondere Sicherstellungsauftrag in Form von **nicht rückzahlbaren Zuschusszahlungen** wahrgenommen. Die Zuschüsse sind Leistungen besonderer Art, die nicht dem Vertrags- oder Zuwendungsrecht unterfallen. Die Höhe der Zuschüsse ergibt sich aus einer Durchschnittsbetrachtung, die sich im Regelfall über ein Jahr oder*

²⁸ Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 16. März 2022 – L 4 SO 119/21 –, juris, Rz. 46.

auch über kürzere Zeiträume erstreckt. Die maßgebliche Bezugsgröße für die Berechnung der Zuschüsse ist der Monatsdurchschnitt. Die Höhe des Zuschusses beträgt höchstens 75 Prozent des Monatsdurchschnitts. Dabei wird davon ausgegangen, dass durch Kurzarbeitergeldzahlungen die Fixkosten der betroffenen sozialen Dienstleister bereits erheblich niedriger als vor der Corona-Krise sind. Auch variable Kosten, wie sie z. B. durch den Einkauf von Materialien anfallen, werden bei wegbleibenden Klienten/Kursteilnehmern deutlich geringer ausfallen. Im Übrigen können die Länder und übrigen Leistungsträger nach § 5 eine abweichende Zuschusshöhe festlegen, wenn sie dies für erforderlich halten. Die Zuschusshöhe soll im Rahmen einer summarischen Prüfung den tatsächlichen Zufluss anderer vorrangiger Mittel berücksichtigen. Damit werden Überzahlungen vermieden, die in der Folge nach § 4 zu Erstattungsforderungen führen würden. Damit wird sich die tatsächliche Zuschusshöhe im Regelfall in einem Bereich bewegen, der aufgrund von vorrangig zufließenden Mitteln im Bereich von 50 Prozent bis 75 Prozent des Monatsdurchschnitts liegt. Insbesondere Einrichtungen, die Leistungen der Behindertenhilfe im Zuständigkeitsbereich der Länder und Kommunen erbringen, werden in Absprache mit den örtlichen Leistungsträgern Möglichkeiten für eine krisenbedingt modifizierte Leistungserbringung nutzen können.

Der Antrag und die Entscheidung können sich auch auf Zeiträume beziehen, die vor dem Zeitpunkt der Antragstellung liegen, damit alle Zeiträume nach Absatz 2 erfasst werden.

Zu § 4 (Erstattungsanspruch)

*Der in § 4 vorgesehene Erstattungsanspruch ist eine spezialgesetzliche Konkretisierung des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs. Die nach § 3 gewährten Zuschüsse **sind nicht zurückzuzahlen** und sind deshalb mit verlorenen Zuschüssen vergleichbar. Dennoch soll eine **ungerechtfertigte Bereicherung der Empfänger von Zuschüssen** vermieden werden.“*

Damit lässt sich als roter Faden durch die Gesetzesbegründung des SodEG erkennen, dass Rückforderungen nach § 4 SodEG eine seltene Ausnahme sein sollen und die gewährten Zuschüsse grundsätzlich nicht zurückzuzahlen sind. Lediglich ungerechtfertigte Bereicherungen sind auszugleichen. Eine Bereicherung lässt sich aber nur erkennen, soweit ein Dienstleister mit den Zuschüssen und vorrangigen Mitteln mehr erhält als ohne die pandemieverursachten Einnahmeausfälle. Es lässt sich ferner festhalten, dass die Zuschusshöhe im Regelfall zwischen 50 und 75 % des Monatsdurchschnitts liegt und die Begründung für die Zuschusshöhe von maximal 75 % in der Reduktion fixer und variabler Kosten liegt, wobei ausdrücklich das Kurzarbeitergeld, das in § 4 aufgeführt ist, genannt wird. Folglich hielt der Gesetzgeber das Erreichen einer Zuschusshöhe von maximal 75 % trotz vorrangiger Mittel nach § 4 SodEG für möglich.

Diese Berechnung wird auch in den FAQs des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) vom 30. März 2020, S. 15 noch so dargestellt:²⁹

Überzahlungen im Sinne des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruches entstehen erst dann, wenn die Summe 1) der Zuschusszahlungen und 2) der in § 4 SodEG genannten vorrangigen Mittel höher ausfällt als die für den Monat üblicherweise anfallenden Zahlungen. Berechnungsmaßstab für den Erstattungsanspruch ist damit der Vergleich des vollen „Monatsdurchschnitts“ nach § 3 SodEG und der tatsächliche Mittelzufluss aus Zuschüssen und vorrangigen Mitteln nach § 4 SodEG.

Diesem ausdrücklich und konkludent erklärten Willen des Gesetzgebers wird die Berechnungsmethode 2, so wie im März 2020 noch vom BMAS vertreten, eher gerecht. Es ist daher von einem politischen Willen auszugehen, dass von dem zu zahlenden Höchstbetrag von 75 % des Monatsdurchschnitts – der nach § 5 S. 3 SodEG verringert und unter bestimmten Voraussetzungen erhöht werden kann – nur mit dem Zufluss vorrangiger Mittel begründet werden kann, dass der Abschlag von 25 % zu gering ist.³⁰

3. Auslegung nach dem Sinn und Zweck des SodEG

Ziel des SodEG ist es, den **Bestand** der sozialen Dienstleister sicherzustellen.³¹ Dieser Sicherstellungsauftrag soll durch sachlich subsidiäre und zeitlich begrenzte monatliche Zuschüsse der Leistungsträger an die sozialen Dienstleister erfolgen.³² Ab welcher Zuschusshöhe der Bestand eines sozialen Dienstleisters gesichert ist, hängt wesentlich von seiner **Kostenstruktur** sowie der daraus realisierbaren Einspar- bzw. Refinanzierungsmöglichkeiten ab.

Über die Kostenstruktur (und -höhe) bei Leistungserbringern sind wenige Daten öffentlich zugänglich.³³

In Krankenhäusern liegt der kurzfristig kaum variable Personalkostenanteil bei rund 60 %, der Sachkostenanteil, der ebenfalls kurzfristig wenig variabel erscheint, bei rund 40 %.³⁴ Unterteilt man die Sachkosten in medizinischen Bedarf, Wasser, Energie, Brennstoffe, Wirtschafts- und Verwaltungsbedarf, Instandhaltung, sonstige Sachkosten und Lebensmittel, dürften wesentliche Einsparmöglichkeiten nur beim medizinischen Bedarf und Lebensmitteln möglich sein, der rund 50 % der Sachkosten ausmacht. Damit wäre

²⁹ Veröffentlicht z. B. unter https://www.deutsche-rentenversicherung.de/BraunschweigHannover/DE/Allgemein/Services/Rundschreiben_Rehabilitationskliniken/2020/Rundschreiben-10-2020-Anlage2-FAQ-zum-SodEG, zuletzt abgerufen am 15.02.2023.

³⁰ Deutscher Verein, G 4/20, S. 7, ohne Hinweis auf die Modifikationsmöglichkeiten des Bemessungssatzes.

³¹ Bundestags-Drucksache 19/18107 v. 24.03.2020, S. 3.

³² Bundestags-Drucksache a. a. O., S. 3.

³³ Die Daten werden im Rahmen überwiegend im Rahmen von Benchmarkings intern zwischen Leistungserbringern oder von den Leistungsträgern erhoben.

³⁴ De-Statist, Kostennachweise der Krankenhäuser, Fachserie 12 Reihe 6.3, 2021, S.7 f., <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Krankenhaeuser/Publikationen/publikationen-innen-kostennachweis-krankenhaus.html>, zuletzt abgerufen am 04.05.2023.

in Krankenhäusern für eine Bestandssicherung eine **Vergütung von rund 80 %** erforderlich.

Bei den im Gegensatz zu dual finanzierten Krankenhäusern monistisch finanzierten Reha-Kliniken kommt bei den Kostenarten jedenfalls der Kapitaldienst hinzu, der zu den Fixkosten gerechnet werden muss. Da Ziel der Bestandsschutz ist, muss in einer Marktwirtschaft, in der „*Kapital so flüchtig ist, wie ein Reh*“, analog § 84 Abs. 2 S. 4 SGB XI und § 89 Abs. 1 S. 3 SGB XI auch ein Unternehmerlohn dazu gehören.³⁵ Für die Indikationen Orthopädie, Kardiologie und Geriatrie hat die Unternehmensberatungsgesellschaft activa für das Jahr 2018 einen Personalkostenanteil von jeweils 55 %, 54, 77 % und 67,54 %, einen Sachkostenanteil von 22,56 %, 23, 56 % und 16,22 %, einen Kapitaldienst von 17,68 %, 17,19 % und 11,32 % sowie Unternehmerlohn in Höhe von 4,26 %, 4,45 % und 4,9 % ermittelt.³⁶ Wenn man hier schätzungsweise die Hälfte des Sachkostenanteils als variable und damit bei Belegungsrückgang reduzierbare Kosten ansetzt, wären rund **90 % der geplanten Vergütung** für den Bestandsschutz erforderlich. Unberücksichtigt bleibt dabei, dass – etwa durch Social Distancing, kleinere Gruppengrößen, Zugangskontrollen, Desinfektionsmaßnahmen, Schutzausrüstung – die tatsächlich behandelten Patientinnen und Patienten erheblich höhere Kosten verursachen, als dies vor der Pandemie der Fall war.³⁷

Entgegen der Ansicht des LSG Hessen³⁸ können bzw. konnten daher Sozialdienstleister ihre Aufwendungen bei eingestelltem Betrieb nicht größtenteils reduzieren. An der Streitfrage vorbei geht auch die Feststellung, dass kein Anspruch auf vollständige Förderung hergeleitet werden könne,³⁹ denn ein solcher wurde nicht geltend gemacht.

Würde bei Berechnungsmethode 1 ein Sozialer Dienstleister seinen Betrieb einstellen, würde er, sofern keine vorrangigen Mittel anzurechnen sind, 75 % des Monatsdurchschnitts als Zuschuss erhalten. Hätte er 75 % des Monatsdurchschnitts als coronabedingte Zahlungen aus Rechtsverhältnissen nach § 2 Satz 2 SodEG (d. h. eine 75-prozentige Belegung verglichen mit dem Vorjahr), dann würde der Dienstleister keinen

³⁵ Das Zitat wird Karl Marx zugeschrieben. Ein Unternehmerlohn wurde Leistungserbringern von medizinischen Rehaleistungen bereits in Schiedsstellenverfahren zugebilligt, vgl. etwa Becker, f&w 2016, 1075 ff., mit Hinweis auf BSG, Urteil vom 13.05.2015 B 6 KA 20/14; Schiedsstellenverfahren NRW nach § 11b SGB V, 01/2015 in KrV 04.16, S. 164 ff. Sollte man angesichts des mit dem SodEG beabsichtigten „Überlebens in der Krise“ und einer im Bereich der sozialen Dienstleister weit verbreiteten Gemeinnützigkeit hier anderer Ansicht sein und keinen Unternehmerlohn zubilligen, würde sich der variable Sachkostenanteil ganz leicht erhöhen und das ohnehin grob geschätzte Ergebnis nicht wesentlich ändern.

³⁶ Errechnet aus den Beträgen in € in Borges, Zimolong, Radtke, Was kostet die Rehabilitationsleistung? – Kostenberechnung auf Basis struktureller Anforderungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, Seite 20, <https://www.agmedreha.de/download/kostenberechnung-rehabilitation-gkv-2018/?wpdmml=135&refresh=63ee5741e4eaa1676564289>, zuletzt abgerufen am 08.05.2023.

³⁷ Vgl. Zimolong/Claßen, Leistungsbezogener Corona-Zuschlag für Rehabilitationskliniken, <https://www.agmedreha.de/download/kurzgutachten-leistungsbezogener-corona-zuschlag/?wpdmml=306&refresh=63ee1a3baf2b1676548667>, zuletzt abgerufen am 08.05.2023.

³⁸ Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 16.03.2022 – L 4 SO 119/21 –, juris, Rz. 42.

³⁹ Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 16.03.2022 – L 4 SO 119/21 –, juris, Rz. 42.

Zuschuss erhalten. Das Ergebnis, dass derjenige, der eine Leistung erbringt, genau so viel Zuschuss erhält, wie derjenige, der keine Leistung erbringt, erscheint befremdlich.⁴⁰

Damit kann das Ziel des Bestandsschutzes bei der Berechnungsweise zwei, die zu einer höheren Zuschusshöhe führt, besser erreicht werden.⁴¹

Exkurs

Manche sozialen Dienstleister haben ihren Betrieb während der Covid-19 Pandemie vorübergehend erheblich erweitert, mussten hierfür – im Gemeinwohlinteresse – Kapazitäten aufbauen, die im weiteren Verlauf der Covid-19 Pandemie nicht genutzt werden konnten. Diese Situation ist wirtschaftlich vergleichbar mit der Neuaufnahme der Dienstleistungstätigkeit, bei der – anders, als bei Dienstleistern, deren Rechtsverhältnis schon länger besteht – nach § 3 Satz 2 2. HS SodEG die letzten zwölf Monate vor dem ersten Monat, für den der Zuschuss beantragt wird, für den maßgeblichen Monatsdurchschnitt berücksichtigt werden. Würde man die Zuschüsse der sozialen Dienstleister, die ihre Kapazitäten pandemiebedingt vorübergehend ausgeweitet haben, anders berechnen, als diejenigen, die ihre Tätigkeit neu aufgenommen haben, läge eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots aus Art. 3 Abs. 1 GG vor. Damit wäre derjenige Dienstleister bevorzugt, der das Rechtsverhältnis erst während der Pandemie bzw. nach dem 16.03.2020 nach § 12 S. 1 SGB I begründet hat.⁴² Diese Ungleichbehandlung würde ebenfalls dem Sinn und Zweck des Bestandsschutzes zuwiderlaufen, zumal auch der Aufbau nur begrenzt abbaubarer Kapazitäten im Rahmen der Pandemie eine negative Auswirkung der Pandemie ist. Hier bieten sich wirtschaftlich zwei Lösungsmöglichkeiten im Rahmen des § 5 S. 2 SodEG an: Entweder, für die Berechnung wird ein Monatsdurchschnitt erfasst, der auch den Zeitraum der erweiterten Tätigkeit einschließt,⁴³ oder es wird ein anderer – höherer – Multiplikator bestimmt.

4. Systematische Auslegung

§ 4 Satz 4 SodEG lässt die Geltendmachung des Erstattungsanspruchs – und damit den Abzug vorrangiger Mittel – frühestens drei Monate nach dem maßgeblichen Zeitraum

⁴⁰ Dem widerspricht auch Schlegel, a.a.O., § 16 Rn. 64 ff. nicht mit der Aussage, ohne Leistungsstörung liege kein Bedürfnis für eine spezialgesetzliche finanzielle Absicherung vor. Denn ein 75 %er Erlös im Vergleich zum Vorjahr ist gerade im Bereich öffentlich-rechtlicher und freigemeinnütziger Leistungserbringer bereits eine erhebliche, d. h. bestandsgefährdende, Leistungsstörung.

⁴¹ Für die sozialen Dienstleister bestehen durch die Inflation und explodierenden Sachkosten – Energie – derzeit weitere existenzielle Herausforderungen, vgl. z. B. <https://www.bwkg.de/presse/pressemitteilung/news/bwkg-indikator-12022-corona-ukraine-krieg-energie-knappheit-und-explodierende-sachkosten-fuehren/>, zuletzt abgerufen am 08.05.2023.

⁴² Ohne Hinweis auf Art. 3 GG, Deutscher Verein, G 6/21 S. 4.

⁴³ So Deutscher Verein, G 6/21 S. 3.

der Zuschussgewährung zu. Damit wird den sozialen Dienstleistern Liquidität gewährt⁴⁴. Diese Liquidität zu entziehen, widerspricht dem Sinn und Zweck des SodEG.

Das BMAS spricht beim „anzurechnenden Kurzarbeitergeld“ von einer alternativen Anrechnung, die entweder im Rahmen des § 3 oder im Rahmen des § 4 erfolge.⁴⁵ Eine alternative Anrechnung kann jedoch zu einer unterschiedlichen Gewichtung dieses Abzugspostens führen. In einer älteren Veröffentlichung des BMAS wird im Zusammenhang mit § 4 SodEG ausgeführt, dass die 75 %-Grenze bereits berücksichtige, dass bestimmte vorrangige Mittel zur Verfügung stünden und es zu keiner doppelten Berücksichtigung des Kurzarbeitergeldes komme.⁴⁶

Damit lässt sich aus systematischen Gründen jedenfalls keine eindeutige Wertung zur Berechnungsmethodik 1 folgern.

5. Vergleich mit § 111 d SGB V

Für die gesetzliche Krankenversicherung findet sich eine ähnliche Regelung in § 111 d SGB V. Ziel des § 111 d SGB V ist es, einnahmebedingte SARS-CoV-2 bedingte Erlösausfälle auszugleichen⁴⁷ und den Bestand der Einrichtungen zu sichern.⁴⁸ Referenzwert für das zweistufige Berechnungsverfahren ist nach § 111 d Abs. 2 SGB V die Zahl der im Vorjahr (2019) stationär versorgten Patientinnen und Patienten. Abzuziehen sind hiervon die tatsächlich behandelten oder aufgenommenen Patientinnen und Patienten. Ein Ergebnis über Null war zunächst mit 60 %, ab 18. November 2020 mit 50 %, der vereinbarten Vergütungssätze, der sogenannten tagesbezogenen Pauschale, zu multiplizieren. Als Begründung für den – relativ niedrigen – Satz von 60 % wird in der Gesetzesbegründung die Fixkostenreduzierung z. B. durch Kurzarbeitergeld, aber auch der Wegfall variabler Kosten, z. B. Materialverbrauch, genannt.⁴⁹ Ähnlich wie in § 4 SodEG ist in § 111 d Abs. 4 SGB V ein Erstattungsverfahren zur Vermeidung von Überkompensation „im Falle von vorrangiger Vergütungen und Ausgleichszahlungen“ geregelt. Vorrangige Mittel – etwa das Kurzarbeitergeld – werden allerdings nicht genannt. Anders als das SodEG, knüpft § 111 d SGB V daher nicht unmittelbar an die Zahlungen durch die Leistungsträger, sondern an die Patientenzahlen. Ein Unterschied liegt ferner im unterschiedlichen Multiplikator und in den zuschussmindernden Mitteln: während es im Anwendungsbereich von § 111 d SGB V lediglich vorrangige Vergütungen und Ausgleichszahlungen sind, führt § 4 SodEG eine Vielzahl von vorrangigen Mitteln – einschließlich Vergütungen für tatsächlich erbrachte Leistungen und dem Kurzarbeitergeld – auf. Damit lässt sich aus dem Vergleich der Gesetze allenfalls die Empfehlung der Vereinheitlichung für die Zukunft, aber auch ein Verständnis für die Annahme der

⁴⁴ Bundestags-Drucksache 19/18107 v. 24.03.2020, S. 3.

⁴⁵ BMAS, FAQ, 29.03.2021, S. 16, 24.01.2022, S. 20.

⁴⁶ BMAS, FAQ, 20.03.2020, S. 17, 24.01.2022, S.16.

⁴⁷ Sehy/Wolf/von der Decken: COVID-19 – Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen in der Krise: Eine drohende Strukturbereinigung und eine verschobene Strukturreform, GuP 2020, 85, 88.

⁴⁸ Bundestags-Drucksache 19/18112, S. 33.

⁴⁹ Bundestags-Drucksache A. a. O.

Rechtsanwender, das SodEG sei ähnlich, wie die Regelung des § 111 d SGB V zu verstehen.

6. Vertrauensschutz

Die Informationslage, insbesondere durch die im Internet zeitnah veröffentlichten FAQs des BMAS, wird zwar vor allem wegen der laufenden Updates allgemein als gut bezeichnet, von Trägerseite jedoch kritisiert, dass diese „*nicht immer zu ihrem Vorteil*“ formuliert gewesen seien.⁵⁰ In rechtsstaatlicher Hinsicht bedenklich erscheint dabei, dass auf Seiten des BMAS – und auch der Leistungsträger, die in ihren Informationsschreiben regelmäßig auf die Informationen des BMAS hingewiesen haben⁵¹ – ein Wechsel der Berechnungsmethodik zwischen der ersten Gewährung der Zuschüsse ab März 2020 und späteren Vorschusszahlungen nach § 3 SodEG sowie Abrechnungen nach § 4 SodEG erfolgte.⁵² Auch im Fall des LSG Hessen waren bei der Gewährung der Leistung noch die FAQs des BMAS vom 30. März 2020 aktuell, die Berechnungsmethodik 2 nahelegten und ausführten, dass Überzahlungen erst dann entstehen, wenn die Summe der Zuschusszahlungen und der in § 4 genannten vorrangigen Mittel andererseits höher ausfällt, als die für den jeweiligen Monat üblicherweise anfallenden Zahlungen. Soweit bei der Bewilligung des Zuschusses die Berechnungsmethodik 2 angewandt wurde und die sozialen Dienstleister darauf vertrauen durften, würde eine auf dem Wechsel der Berechnungsmethode beruhende Rückforderung nach § 48 SGB X mangels Änderung der Rechtslage oder geänderter ständiger Rechtsprechung eines Obersten Gerichtshofs des Bundes ausscheiden. Aber auch § 45 SGB X erlaubt hier keine rückwirkende Aufhebung der Bewilligungsbescheide wegen anfänglicher Rechtswidrigkeit durch die Wahl einer fehlerhaften Berechnungsmethode – sofern man eine solche vertritt –, sondern aus Vertrauensschutzgründen allenfalls eine Aufhebung mit Wirkung für die Zukunft.⁵³

7. Ermessen

Soweit man den Leistungsträgern ein Ermessen bei der Bestimmung der Zuschusshöhe zubilligt, müsste dieses ausgeübt worden sein und wäre nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar. Wie das LSG Hessen ausführt, sei hier nur die Entscheidung, vorrangige Vergütungen nach § 4 Satz 1 Nr. 1 SodEG i. V. m. § 2 Satz 2 SodEG mit dem Zuschuss [nicht aber mit dem Monatsdurchschnitt] zu saldieren, ermessensfehlerfrei gewesen⁵⁴, zumal eine pandemiebedingte Beeinträchtigung bei diesen Vergütungen nicht vorliege.

⁵⁰ Engels/Wittemann, a. a. O., S. 43 ff., insbes. S. 47, 52 ff.

⁵¹ Z. B. Rundschreiben der DRV 20/2020 vom 01.04.2020, Aktenzeichen 8022-2-33-2020, https://www.bar-frankfurt.de/fileadmin/dateiliste/downloadmaterialien/themen/aktuelle_entswicklungen/Sozialschutz-Paket-SodEG/DRV_RS_Nr_20_2020.pdf, zuletzt abgerufen am 04.05.2023.

⁵² Die BWKG informierte ihre Mitglieder mit Rundschreiben 196/2021 vom 16.03.2021, S. 3: „Die Modalitäten des Berechnungsverfahrens des endgültigen Zuschusses und des Erstattungsverfahrens der DRV sind der BWKG-Geschäftsstelle nicht bekannt.“

⁵³ Vgl. Schlegel, a. a. O., § 16 Rn. 66, der vorsichtig andeutet: „Will man § 4 S. 1 Nr. 1 SodEG einen Sinn geben, könnte man die Vorschrift allenfalls als Spezialvorschrift gegenüber §§ 44 ff. SGB X verstehen.“

⁵⁴ Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 16.03.2022 – L 4 SO 119/21 –, juris, Rz. 45.

Das ist schon inhaltlich nicht richtig: Pandemiebedingt sind die Fallkosten erhöht und entsprechen nicht den Tagessätzen des Vorjahreszeitraums.⁵⁵

Soweit bei der Endabrechnung der Zuschüsse nach § 4 SodEG in Rechte eingegriffen wird, liegt eine Begründungspflicht für die Ermessensentscheidung nach § 35 Abs. 1 S. 3 SGB X vor.

IV. Resümee

Nach grammatischer, systematischer, historischer und teleologischer Auslegung ist davon auszugehen, dass vorrangige Mittel nach § 4 SodEG für die Berechnung der Zuschusshöhe bzw. des Erstattungsanspruchs der Leistungsträger vom vollen Monatsdurchschnitt abzuziehen sind und nicht von 75 % dieses Betrags. Mit dem Deutschen Verein⁵⁶ ist der Regelungskomplex der §§ 3, 4 und 5 SodEG ferner so zu verstehen, dass ein abweichender Höchstbetrag von 75 % des Monatsdurchschnitts nur dann begründbar ist, wenn vorrangige Mittel nach § 4 SodEG zufließen, die so hoch sind, dass der Abschlag von 25 % gerechtfertigt ist.

Ihre Meinung zu diesem Fachbeitrag ist von großem Interesse für uns.
Wir freuen uns auf Ihren Kommentar auf www.reha-recht.de.

⁵⁵ Vgl. Zimolong/Claßen, Leistungsbezogener Corona-Zuschlag für Rehabilitationskliniken, <https://www.agmedreha.de/download/kurzgutachten-leistungsbezogener-corona-zu-schlag/?wpdmdl=306&refresh=63ee1a3baf2b1676548667>, zuletzt abgerufen am 04.05.2023.

⁵⁶ Deutscher Verein, Gutachten vom 03.11.2021 – G4/20, NDV 1/2021, 54, 57.