

Rechtsgutachten
zur Frage nach Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit von
Klauseln in einer Leistungsvereinbarung nach § 125
Abs. 2 SGB IX, die bestimmte Personen vom Einsatz in
bestimmten Fällen ausschließen, und von Klauseln, die
ein tarifliche Eingruppierung von Beschäftigten des
Leistungserbringers betreffen

Auftraggeber: Assistenzgenossenschaft Bremen geG, Bornstr. 19–22, 28195 Bremen,
vertreten durch Horst Frehe als alleinvertretungsberechtigter Vorstandsvorsitzender

Gutachter: Prof. Dr. jur. Roland Rosenow, Rheinstr. 6, 79232 March

7. November 2025

Inhaltsverzeichnis

Literatur	4
I. Gutachtenauftrag und Gang der Untersuchung	8
1. Gutachtenauftrag	8
2. Gang der Untersuchung.....	8
II. Rechtsnatur und Wirkungen der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung	10
1. Rechtsnatur der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung	11
a. Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen sind „einfache“ öffentlich-rechtliche Verträge koordinierungsrechtlicher Art	11
b. Auswirkungen der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung auf die Interessen anderer Träger der Eingliederungshilfe	13
c. Zwischenergebnis	16
2. Anforderungen an die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung und ihre Wirkungen	17
a. Primat der Verträge im Leistungsveranschaffungsverhältnis auch außerhalb des Geltungsbereichs des WBVG	19
b. Gesetzliche Mindestbestandteile der Leistungsvereinbarung	21
c. Weitere Anforderungen	31
aa. Auswahl oder Mitsprache bei der Auswahl von Assistenzkräften	31
bb. Kommunikation	32
cc. Qualitätssicherung und -weiterentwicklung.....	33
dd. Gewaltschutz	33
ee. Äquivalenz von Leistung und Vergütung	35
d. Wirkungen	36
e. Zwischenergebnis	37
3. Konstitutive Vertragsklauseln und deren Durchsetzbarkeit.....	39
a. Konstitutive und deklaratorische Vertragsklauseln.....	39
b. Durchsetzbare und nicht durchsetzbare Vertragsklauseln.....	40
III. Prüfmaßstab	42
1. Untauglichkeit der Lehre vom qualifizierten Rechtsverstoß	44
2. Nichtigkeit wegen entgegenstehender gesetzlicher Vorschriften.....	47
a. Verhältnis von § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X zur Lehre vom qualifizierten Rechtsverstoß.....	47
b. Grenzen der Vertragsfreiheit aus § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X	50
c. Disponibilität von Ansprüchen und erlaubte Abweichungen vom Gesetz	51
d. Ermessen und gänzlich ungebundenes Verwaltungshandeln	52
3. Inhaltskontrolle nach AGB-Recht.....	53
4. Zwischenergebnis	56
IV. Prüfung der Klauseln aus den Gutachtenfragen	57
1. Klausel „tarifliche Einstufung“	58
a. Vertragsrechtliche Vorgaben des SGB IX	59
aa. Prospektive Entgeltvereinbarung	59

bb.	Gesetzliche Vorgaben zur Akzeptanz tariflicher Entlohnung der Beschäftigten	61
cc.	Keine Möglichkeit zur Durchsetzung der Beachtung der Klausel	62
dd.	Umgebungsgeschäft	62
ee.	Übertarifliche Entlohnung	63
b.	Vorgaben des TVG	64
c.	Ergebnis Frage 1	65
2.	Klausel „Ausschluss nahestehender Personen“	66
a.	Teilfrage 2a: Verstößt die Beschäftigung von Angehörigen und Nahestehenden durch den Leistungserbringer gegen das Leistungsrecht im SGB IX, SGB XI oder SGB XII?	67
aa.	Pflegeversicherung – SGB XI	67
bb.	Sozialhilfe – SGB XII.....	70
cc.	Eingliederungshilfe – SGB IX Teil 2.....	74
b.	Ergebnis Teilfrage 2a	75
c.	Teilfrage 2b: Kann der Leistungsträger die Beschäftigung von Angehörigen und Nahestehenden durch den Leistungserbringer und ihren Einsatz für die angehörige oder nahestehende Person im Rahmen des Vertragsrechts wirksam untersagen?	77
aa.	Anspruch des Leistungserbringers auf Vertragsschluss ohne die Klausel.....	77
bb.	Keine Möglichkeit zur Durchsetzung der Beachtung der Klausel	79
cc.	Entgegenstehende Rechtsvorschriften	79
dd.	AGB-Recht.....	80
d.	Ergebnis Teilfrage 2b	81
V.	Zusammenfassung der Ergebnisse	83
1.	Frage 1	83
2.	Frage 2	84

Literatur

- Arnegger, Manuel: Ombuds- und Beschwerdestellen in der Kinder- und Jugendhilfe im Lichte des systemtheoretischen Paradigmas der Sozialen Arbeit, in: Leideritz, Manuela / Vlecken, Silge (Hg.): Professionelles Handeln in der Sozialen Arbeit – Schwerpunkt Menschenrechte: ein Lese- und Lehrbuch, Leverkusen 2016, S. 146–197
- Axer, Peter: Normsetzung der Exekutive in der Sozialverwaltung, Tübingen 2000
- BAR: Teilhabeverfahrensbericht 2023 v. 18.12.2023, https://www.bar-frankfurt.de/fileadmin/dateiliste/THVB/5_THVB_2023.pdf (letzte Abfrage am 30.5.2024)
- Beck-online Großkommentar (BeckOGK-SGB) → Deinert u. a.
- Becker, Peter: Pläne im Sozialleistungsverhältnis, SGB 2024, S. 317–326
- Bernzen, Christian / Sitzler, Rebekka / Grube, Christian: Leistungs- und Entgeltvereinbarungen in der Sozialwirtschaft. Regulierungsinstrumente in der Eingliederungshilfe und der Kinder- und Jugendhilfe, Baden-Baden 2018
- Bieritz-Harder, Renate / Conradis, Wolfgang / Thie, Stephan, Ingo (Hg.): Lehr- und Praxiskommentar SGB XII (LPK-SGB XII), 10. Aufl. Baden-Baden 2015
- Bieritz-Harder, Renate / Conradis, Wolfgang / Palsherm, Ingo (Hg.): Lehr- und Praxiskommentar SGB XII (LPK-SGB XII), 13. Aufl. Baden-Baden 2024
- Boecker, Michael / Weber, Michael (Hg.): Das Bundesteilhabegesetz (BTHG) und seine Folgen, Baden-Baden 2023
- Brünner, Frank: Vergütungsvereinbarungen für Pflegeeinrichtungen nach SGB XI, Baden-Baden 2001
- Busse, Angela: Die Karriere des Sachleistungsverschaffungsprinzips – auch ein Beitrag zur Gesetzesbindung im Sozialrecht, ZFSH SGB 2023, S. 316–325
- Castendiek, Jan: Der sozialversicherungsrechtliche Normsetzungsvertrag, Baden-Baden 2000
- Coseriu, Pablo: Zahlungsansprüche des Maßnahme – gegen den Sozialhilfeträger, SRa 2012, S. 99–105
- Cremer, Georg / Goldschmidt, Nils / Höfer, Sven: Soziale Dienstleistungen, 2. Aufl. Tübingen 2023
- Dau, Dirk u.a. (Hg.): Lehr- und Praxiskommentar SGB IX (LPK-SGB IX), 6. Aufl. Baden-Baden 2022
- Deinert, Olaf / Welti, Felix / Luik, Steffen / Brockmann, Judith (Hg.): Stichwortkommentar Behindertenrecht, 3. Aufl. Baden-Baden 2022
- Deinert, Olaf u. a. (Hg.): Beck-online Großkommentar SGB, Kommentar [nur über beck-online.de zugänglich, umfasst u. a. den vormaligen Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, s. Körner u. a. (zitiert nach den Angaben zum Werkstand bei Beck-online)] (*zitiert BeckOGK-SGB*)
- Deutscher Sozialrechtsverband (Hg.): Beschaffung von Sozialleistungen durch Vergabe (SDSRV Nr. 60), Berlin 2011

- Eicher, Wolfgang: Der Zahlungsanspruch des Leistungserbringers im Sozialhilferecht, SGB 2013, S. 127–131
- Eicher, Wolfgang: Die Schiedsstellen der Eingliederungs- und Sozialhilfe, SGB 2023, S. 145–155
- Eicher, Wolfgang: Vergütung einer Werkstatt für behinderte Menschen im Eingangs- und Berufsbildungsbereich durch die BA, jurisPR-SozR 4/2023 Anm. 5
- Fahlbusch, Jonathan: Das gesetzgeberische Phänomen der Normsetzung durch oder mit Vertrag, Baden-Baden 2004
- Fakhreshafei, Reza: Rechtscharakter und Verbindlichkeit der Landesrahmenverträge nach § 93d BSHG, RsDE Nr. 52 (2003), S. 3–24
- Feldes, Werner / Kohte, Wolfhard / Stevens-Bartol, Eckart (Hg.): SGB IX, Kommentar, 5. Aufl. Stuttgart 2023
- Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. Berlin/Heidelberg/New York 1992
- Fuchs, Harry / Ritz, Hans-Günther / Rosenow, Roland (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen mit Erläuterungen zum AGG und BGG, 7. Aufl. München 2021
- Glahs, Heike / Rafi, Michael: Das Verhältnis des neuen Kartellvergaberichts zur Leistungserbringung nach den Sozialgesetzbüchern II, VIII und XII, SRa 2016, S. 169–178
- Flint, Thomas (Hg.): Kommentar zum SGB XII – Sozialhilfe mit Eingliederungshilfe und Asylbewerberleistungsgesetz, 7. Aufl. München 2020
- Hänlein, Andreas: Recht der sozialen Dienste, München 2018
- Hänlein, Andreas: Die Problematik der Minderung bei sozialen Dienstleistungen, in: Marhold, Franz u. a.: (Hg.): Arbeits- und Sozialrecht für Europa 2020 (Festschrift für Maximilian Fuchs), Baden-Baden 2020, S. 535–548
- Hauck, Karl / Noftz, Wolfgang (Hg.): SGB, Kommentar (Loseblatt, zugleich online bei juris, zitiert nach den Angaben zum Werkstand bei juris)
- Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger (Hg.): Juris Praxis-Kommentar BGB (jurisPK-BGB), 10. Aufl. 2023
- Jaritz, Susanne: Vereinbarungen im sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnis – Vereinbar mit den Bedürfnissen der Leistungsberechtigten, SRa 2012, S. 105–117
- Juris Praxiskommentar BGB (jurisPK-BGB) → Herberger u. a.
- Juris Praxiskommentar SGB (jurisPK-SGB) → Schlegel / Voelzle
- Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 2. Aufl. 1960, Tübingen 2017
- Köbl, Ursula / Brünner, Frank (Hg.): Abschied von der Objektfinanzierung? Die Finanzierung der Investitionskosten von Einrichtungen nach SGB XI und BSHG, Baden-Baden 2004
- Köchling, Egbert: Finanzierung und Recht sozialer Einrichtungen, Hannover 2004
- Ramsauer, Ulrich (Hg.): VwVfG, Kommentar, 21. Aufl. München 2020
- Kossens, Michael / von der Heide, Dirk / Maaß, Michael: SGB IX Kommentar, 5. Aufl. München 2023

- Ladage, Klaus: Das sozialhilferechtliche Leistungserbringerrecht – ein zivilrechtlich-öffentlichrechtliches Konglomerat?, SGB 2013, S. 553–556
- Lachwitz, Klaus / Schellhorn, Walter / Welti, Felix (Hg.): SGB IX Kommentar, 3. Aufl. Köln 2010
- Lutz, Deborah: The experiences of support work relationships within the ruling relations. An institutional ethnographic study on the relationships between personal budget holders with intellectual disabilities and their support workers in Germany and Australia, Sydney 2019
- Lutz, Deborah / Fisher, Karen Raewyn: Personalising Support through Communication between People with Intellectual Disabilities and their Support Workers, Scandinavian Journal of Disability Research 2023, S. 295–308
- Maurer, Hartmut / Waldhoff, Christian: Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. München 2020
- Müller, Friedrich / Christensen, Ralph: Juristische Methodik Bd. 1, 9. Aufl. Berlin 2004
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MüKoBGB) → Säcker u.a.
- Neumann, Dirk u.a. (Hg.): SGB IX, Kommentar, 15. Aufl. München 2024
- Neumann, Volker: Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, Köln u. a. 1992
- Neumann, Volker: Materiellrechtliche Vorgaben für Vergütungsvereinbarungen im SGB XI, in: Köbl, Ursula / Brünner, Frank (Hg.): Abschied von der Objektfinanzierung? Die Finanzierung der Investitionskosten von Einrichtungen nach SGB XI und BSHG, Baden-Baden 2004, S. 25–41
- Pattar, Andreas: Sozialhilferechtliches Dreiecksverhältnis – Rechtsbeziehungen zwischen Hilfebedürftigen, Sozialhilfeträgern und Einrichtungsträgern, SRa 2012, S. 85–99
- Reichenbach, Christina (Hg.): Handbuch heilpädagogischer Methoden. Ein Leitfaden für die Praxis, Stuttgart 2023
- Rosenow, Roland: Die UN-BRK in der anwaltlichen Praxis, ASR 2015, S. 93–98
- Rosenow, Roland: Änderungen im Leistungsvereinbarungsrecht der Eingliederungshilfe durch das Bundesteilhabegesetz, RP-Reha 2016, S. 20–29
- Rosenow, Roland: Gesamtplan nach § 121 SGB IX i. d. F. BTHG – Verwaltungsakt mit Drittwirkung, RP-Reha 2018, S. 17–24
- Rosenow, Roland: Kooperation von Quartiersarbeit und Einzelfallhilfen. Möglichkeiten und Verpflichtungen von Eingliederungshilfe und Kinder- und Jugendhilfe, Freiburg 2021
- Säcker, Franz u.a. (Hg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. München 2021/2022 (*zitiert MükoBGB*)
- Schaumberg, Torsten: Das Vertragsrecht der Eingliederungshilfe – Ein Überblick, SRa 2020, S. 273–280
- Schellhorn, Walter / Jirasek, Hans / Seipp, Paul: BSHG Kommentar, 15. Aufl. Köln 1997
- Schellhorn, Helmut u.a. (Hg.): SGB XII, Kommentar, 21. Aufl. Köln 2023
- Schlege / Voelzke (Hg.): Juris Praxiskommentar SGB I, 3. Aufl. 2018 (*zitiert jurisPK-SGB I*)

- Schlegel / Voelzke (Hg.): Juris Praxiskommentar SGB IX, 4. Aufl. 2023
(zitiert *jurisPK-SGB IX*)
- Schlegel / Voelzke (Hg.): Juris Praxiskommentar SGB XI, 4. Aufl. 2024
(zitiert *jurisPK-SGB XI*)
- Schlegel / Voelzke (Hg.): Juris Praxiskommentar SGB XII, 2. Aufl. 2014 (zitiert *jurisPK-SGB XII*)
- Schlegel / Voelzke (Hg.): Juris Praxiskommentar SGB XII, 2. Aufl. 2014 (zitiert *jurisPK-SGB XII*)
- Schlegel / Voelzke (Hg.): Juris Praxiskommentar SGB XII, Kommentar, 4. Aufl. 2024 (zitiert *jurisPK-SGB XII*)
- Schlette, Volker: Die Verwaltung als Vertragspartner, Tübingen 2000
- Schmachtenberg, Rolf: Das Bundesteilhabegesetz – seine Entstehung – seine Inhalte, in: Boecker, Michael / Weber, Michael: Das Bundesteilhabegesetz (BTHG) und seine Folgen, Baden-Baden 2023, S. 33–47
- Schütze, Bernd: SGB X, Kommentar, 9. Aufl. München 2020
- Schweigler, Daniela: Die Bindung des Trägers der Eingliederungshilfe an „fremde“ Vereinbarungen (§ 123 Abs. 2 Satz 1 SGB IX). Teil I und Teil II, SGB 2024, S. 64–71 und S. 141–150
- Siefert, Jutta: Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz – BTHG) vom 23.12.2016: Teil 1, *jurisPR-SozR* 6/2017 Anm. 1; Teil 2, *jurisPR-SozR* 7/2017 Anm. 1 und Teil 3, *jurisPR-SozR* 8/2017 Anm. 1
- Staudenmayer, Cornelia: Der Verwaltungsvertrag mit Drittwirkung, Konstanz 1997
- Welti, Felix: Vergabe im Bereich der Rehabilitation, in: Deutscher Sozialrechtsverband (Hg.): Beschaffung von Sozialleistungen durch Vergabe (SDSRV Nr. 60), Berlin 2011, S. 93–110
- Welti, Felix / Fuchs, Harry / Köster, Philipp: Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX. Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX). Rechtsgutachten, 2007, <https://www.ag-medreha.de/download/gutachten-%c2%a7-21-sgb-ix/#> (letzte Abfrage am 23.8.2023)
- Wiesner, Reinhard / Wapler, Friederike (Hg.): SGB VIII, 6. Aufl. München 2022

I. Gutachtauftrag und Gang der Untersuchung

1. Gutachtauftrag

Die Assistenzgenossenschaft Bremen geG, Bornstr. 19–22, 28195 Bremen will die beiden im Folgenden formulierten Rechtsfragen gutachterlich beantworten lassen.

1. Kann im Rahmen eines Leistungsvertrags der Leistungsträger einzelne konkrete tarifliche Einstufungen vorgeben oder verletzt dieses den tarifrechtlichen Gestaltungsspielraum des Leistungserbringers?
2. Verstößt die Beschäftigung von Angehörigen und Nahestehenden durch den Leistungserbringer gegen das Leistungsrecht im SGB IX, SGB XI oder SGB XII und kann dieses vom Leistungsträger im Rahmen des Vertragsrechts untersagt werden?

2. Gang der Untersuchung

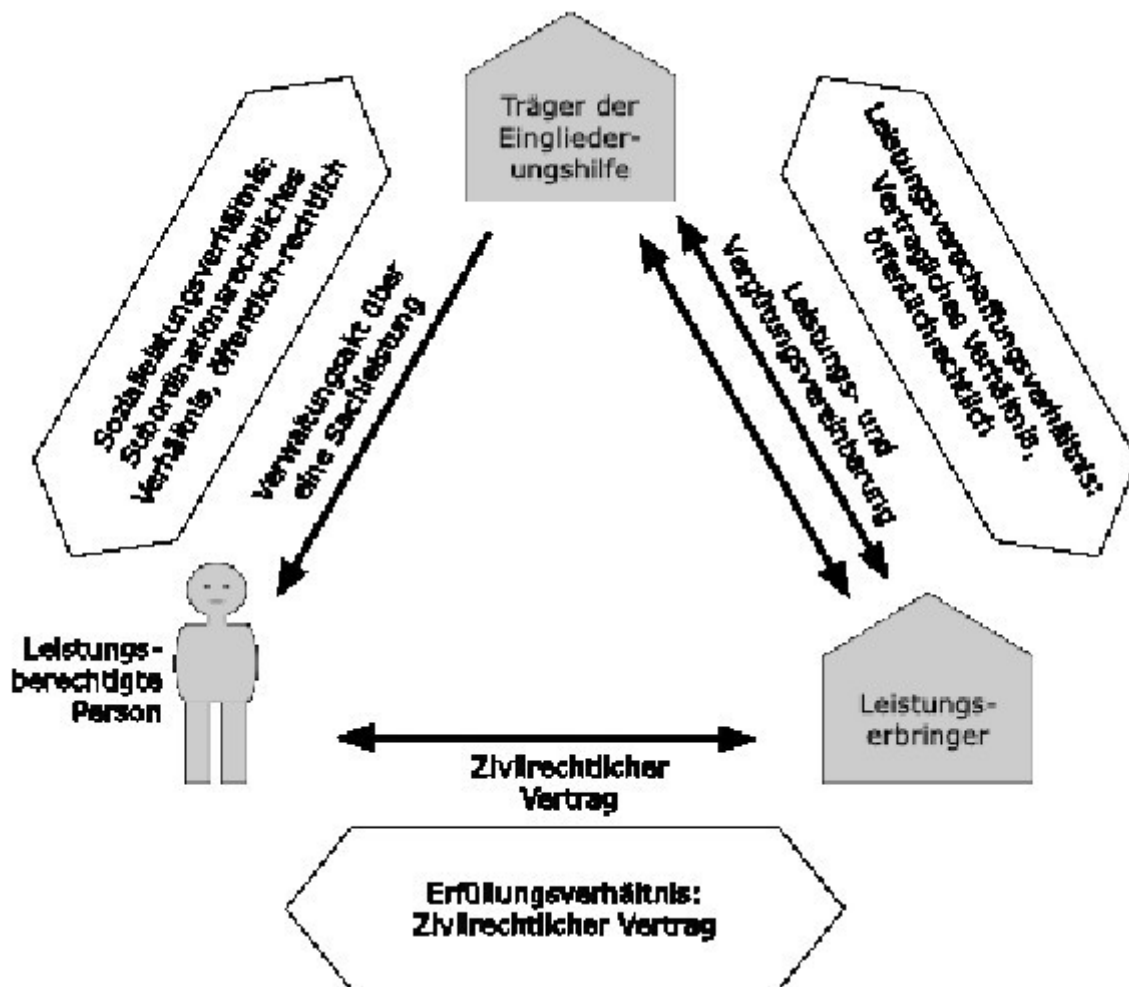
Gegenstand der zu beantwortenden Fragen sind Klauseln, die Inhalt einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nach § 125 SGB IX sein sollen. Daher werden in Abschnitt II. zunächst Rechtsnatur und Wirkungen der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nach § 125 SGB IX untersucht.

Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen sind Verträge, die im sozialleistungsrechtlichen Dreiecksverhältnis in der Ausprägung, die es im Recht der Eingliederungshilfe gefunden hat, geschlossen werden. Ein Dreiecksverhältnis kommt deshalb zustande, weil der Träger der Eingliederungshilfe die Leistungen, die er schuldet, nicht selbst erbringt. Vielmehr erfolgt dies durch „Dritte“ (§ 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX), mit denen der Träger der Eingliederungshilfe Verträge schließt, die sicherstellen sollen, dass die Unternehmen diejenigen Leistungen im Verhältnis zur leistungsberechtigten Person erbringen, die der Träger der Eingliederungshilfe aus seinem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis zur leistungsberechtigten Person dieser schuldet. So ergeben sich drei Rechtsverhältnisse sehr unterschiedlicher Art, die großen Einfluss aufeinander haben. Das Rechtsverhältnis zwischen leistungsberechtigter Person und Träger der Eingliederungshilfe ist ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis subordinationsrechtlicher Art, das als Sozialleistungs- oder Grundverhältnis bezeichnet wird.¹ Das Rechtsverhältnis zwischen leistungsberechtigter Person und Leistungserbringer ist zunächst ein gewöhnliches zivilrechtliches Verhältnis (oft ein Dienstleistungsvertrag oder ein typengemischter Vertrag wie der Heimvertrag nach dem WBVG), das als Erfüllungsverhältnis bezeichnet wird. Es wird in hohem Maß durch die Verträge determiniert, die im Rechtsverhältnis zwischen Träger der

¹ Z. B. BGH, 11.4.2019, III ZR 4/18.

Eingliederungshilfe und Leistungserbringer geschlossen werden.² Dieses Rechtsverhältnis wird als Leistungsverschaffungs-³ oder Leistungserbringungsverhältnis⁴ bezeichnet.

Das sozialleistungsrechtliche Dreiecksverhältnis in der Ausprägung, die es im Recht der Eingliederungshilfe gefunden hat, lässt sich wie folgt visualisieren:



Die Verträge, die im Erfüllungsverhältnis zustande kommen, sind schuldrechtliche Verträge des Zivilrechts, die wechselseitige Pflichten konstituieren. Insoweit sind sie nichts Ungewöhnliches. Eine Besonderheit ergibt sich vor allem daraus, dass die Verpflichtungen, die sie erzeugen, wegen des Primats der Verträge im Leistungsverschaffungsverhältnis (→ II.2.a) vor allem durch diese bestimmt werden.

² Grundlegend: Hänlein: Recht der sozialen Dienste, 2018; s. a. Neumann: Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, 1992; Rosenow: Änderungen im Leistungsvereinbarungsrecht der Eingliederungshilfe durch das Bundesteilhabegesetz, RP-Reha 2016, S. 20–29.

³ Z. B. BGH, 7.5.2015, III ZR 304/14. S. a. Busse, in: jurisPK-SGB IX, 4. Aufl. 2023, § 123 SGB IX Rn 10.

⁴ Hänlein: Recht der sozialen Dienste, 2018, Rn 5; s. a. Banafsche, in: Deinert/Welti/Luik/Brockmann (Hg.): Stichwortkommentar Behindertenrecht, 3. Aufl. 2022, Stichwort Leistungserbringungsverhältnis.

Die rechtsdogmatische Einordnung der Verträge im Leistungsverschaffungsverhältnis bereitet dagegen größere Schwierigkeiten, was sich schon daran zeigt, dass über Jahrzehnte umstritten war, ob sie dem Zivilrecht oder dem öffentlichen Recht zuzuordnen seien.⁵ Ein besonderes Problem der Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen für den Bereich der Eingliederungshilfe liegt darin, dass das BSG die Vereinbarungen nach dem vormaligen Leistungsvereinbarungsrecht der Sozialhilfe als Normenverträge verstand (→ II.1.a), was – träfe es zu – auch für Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen nach § 125 SGB IX gelten und nicht ohne Folgen für die hier zu beantwortenden Fragen bleiben könnte.

Daher wird Folgenden zunächst die Rechtsnatur der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung untersucht (→ II.1). Nur in diesem Abschnitt wird auf Parallelvorschriften im SGB XII eingegangen, weil die Rechtsprechung des 8. Senats des BSG zur Rechtsnatur der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung zum Sozialhilferecht ergangen ist. Im zweiten Schritt wird untersucht, welche Rechtsfolgen die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung setzt (→ II.2). Dabei geht es um die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nach § 125 SGB IX, nicht aber um die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nach § 134 SGB IX. Zum Ersten beziehen sich die Gutachtenfragen nur auf erstere. Zum zweiten gilt für Fälle von § 134 SGB IX in Bezug auf die hier zu untersuchenden Probleme dasselbe wie für Fälle des § 125 SGB IX.

Die Gutachtenfragen sind in zweierlei Hinsicht zu beantworten. Die Frage ist zunächst, ob der Leistungserbringer einen Anspruch gegen den Träger der Eingliederungshilfe darauf hat, dass dieser eine Vereinbarung auch ohne die fragliche Klausel schließt. Ist eine Vereinbarung mit einer entsprechenden Klausel geschlossen, ist die Frage, ob diese Wirksamkeit beanspruchen kann. Um diese Frage zu beantworten, ist zunächst der Prüfmaßstab zu klären, an dem die Wirksamkeit einer solchen Klausel zu prüfen ist. Vor dem Hintergrund der äußerst indifferenten, aber gleichwohl weithin anerkannten Lehre vom qualifizierten Rechtsverstoß schien es erforderlich, den Prüfmaßstab zu entwickeln. Dies erfolgt unter III.

In Abschnitt IV. werden erfolgt dann die Prüfung der fraglichen Klauseln. Unter V. werden die Ergebnisse zusammengefasst.

II. Rechtsnatur und Wirkungen der Leistungs- und

⁵ Ausführlich: Neumann: Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, 1992, S. 162 ff.

Vergütungsvereinbarung

1. Rechtsnatur der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung

Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen sind öffentlich-rechtliche Verträge. Das ist unbestritten, seit der BGH Verträge im Leistungsverschaffungsverhältnis der Sozialhilfe mit zwei Urteilen aus dem Jahr 1991 dem öffentlichen Recht zuordnete.⁶ Die Verträge werden in einem Gleichrangverhältnis geschlossen. Sie sind daher jedenfalls den koordinierungsrechtlichen Verträgen zuzuordnen. Sie unterfallen den Regelungen der §§ 53 ff. SGB X. Auch dies ist mittlerweile unbestritten.⁷ Umstritten ist, ob Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen Normenverträge sind, also normativ gegen Dritte wirken. Das ist – entgegen der Auffassung des BSG – nicht der Fall, wie im Folgenden gezeigt wird.

a. Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen sind „einfache“ öffentlich-rechtliche Verträge koordinierungsrechtlicher Art

Die Auffassung, Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen (nach § 125 SGB IX ebenso wie nach § 76 SGB XII) seien Normenverträge, geht zurück auf die Rechtsprechung des Sozialhilfesenats des BSG zum Leistungsvereinbarungsrecht der Sozialhilfe. Zuvor war sie weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung vertreten worden.⁸ Das BSG deutete dies erstmals in seiner Entscheidung vom 2.2.2012 an, in der es um die Frage ging, ab welchem Zeitpunkt der Sozialhilfeträger im Rahmen der Hilfe zur Pflege eine Anpassung des Entgelts eines Pflegeheims an die Erhöhung der Pflegestufe berücksichtigen muss.⁹ In zwei weiteren Entscheidungen griff das BSG diesen Gedanken auf, zunächst ohne ihn zu vertiefen oder die Wertung der Vereinbarung nach § 75 Abs. 3 SGB XII a. F. zu begründen.¹⁰ Mit Urteil vom 8.3.2017 schließlich führte das BSG aus:

„Die Regelungen der §§ 53 ff SGB X über öffentlich-rechtliche Verträge sind auf die Vergütungsvereinbarung zwischen dem LWL und der Klägerin nach §§ 75 ff SGB XII, bei der es sich um einen Normvertrag handelt (stRspr, vgl nur: BSG SozR 4-3500 § 62 Nr 1 RdNr 15; SozR 4-3500 § 75 Nr 6 RdNr 16; SozR 4-3500 § 53 Nr 4 RdNr

⁶ BGH, 12.11.1991, KZR 12/90; BGH, 12.11.1991, KZR 22/90; Anschluss BVerwG, 30.9.1993, 5 C 41/91.

⁷ Engelmann, in: Schütze (Hg.): SGB X, 9. Aufl. 2020, § 53 Rn 12. Axer vertrat in Bezug auf Normenverträge im Sozialrecht, dass diese §§ 53 ff. SGB X nicht unterfielen (Axer: Normsetzung der Exekutive in der Sozialverwaltung, 2000, S. 62 f.; ebenso Castendiek: Der sozialversicherungsrechtliche Normsetzungsvertrag, 2000, S. 44. Zur (abgeschlossenen) Diskussion s. Engelmann aaO. Rn 14, 15 m. w. N.

⁸ Abgesehen von der Auffassung von Brünner, der 2001 vertrat, dass die Verträge im Leistungsverschaffungsverhältnis der Pflegeversicherung (Versorgungsverträge) „abstrakt-generelle Normsetzungsverträge“ seien; Brünner: Vergütungsvereinbarungen für Pflegeeinrichtungen nach SGB XI, 2001, S. 129 ohne Erwähnung der gegenteiligen Auffassung von Axer: Normsetzung der Exekutive in der Sozialverwaltung, 2000, S. 91. Die Auffassung von Brünner setzte sich auch im Bereich der Pflegeversicherung nicht durch.

⁹ BSG, 2.2.2012, B 8 SO 5/10 R.

¹⁰ BSG, 18.3.2014, B 8 SF 2/13 R, Rn 9; BSG, 18.11.2014, B 8 SO 23/13 R, Rn 16.

15; BSG Beschluss vom 18.3.2014 – B 8 SF 2/13 R), anwendbar (vgl nur BSGE 70, 240, 243 = SozR 3-5533 Allg Nr 1; Engelmann in von Wulffen / Schütze, SGB X, 8. Aufl 2014, § 53 RdNr 7 mwN). Die Rechtsnatur der Vergütungsvereinbarung als Normvertrag ergibt sich dabei zwingend aus der in § 77 Abs 1 Satz 2 SGB XII normierten Wirkungserstreckung auf andere als am eigentlichen Vertrag unmittelbar Beteiligte (zu den Voraussetzungen allgemein Engelmann in von Wulffen / Schütze, SGB X, 8. Aufl 2014, § 58 RdNr 6a mwN).“¹¹

An dieser Auffassung hielt es in späteren Entscheidungen fest, ohne über die hier formulierte Begründung hinauszugehen.¹²

Die Literatur griff diese Wertung i. W. unkritisch auf,¹³ bis Schweigler in einer aktuellen Untersuchung zu dem Ergebnis kam, dass Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen sowohl nach § 76 SGB XII als auch nach § 125 SGB IX nicht als Normenverträge, sondern als einfache öffentlich-rechtliche Verträge koordinierungsrechtliche Art zu werten seien.¹⁴

Ihre Argumente sind i. W.:

- Es fehle an gesetzlichen Vorgaben über die Bekanntmachung der Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen.
- Auch in der Praxis würden diese Vereinbarungen nicht publiziert.
- „Der Kreis der gemäß § 123 Abs. 2 Satz 1 SGB IX an die Vereinbarungen gebundenen Dritten“ sei abschließend bestimmt.¹⁵
- Die Bindung der übrigen Träger der Eingliederungshilfe ändere nichts daran, dass „es sich dem Vereinbarungsgegenstand nach um die Regelung eines konkreten Rechtsverhältnisses“ handle.
- Dass die vertragliche Einigung der Leistungsvereinbarungspartner ggf. durch die Entscheidung der Schiedsstelle ersetzt werde, die der Gesetzgeber als Verwaltungsakt – und nicht etwa als Rechtsverordnung – konzipiert habe, spreche gegen die Wertung als Normenvertrag.
- Ausweislich der Materialien des Gesetzgebungsverfahrens, das zur Einfügung von § 77 Abs. 1 S. 2 SGB XII führte, sei auch der Gesetzgeber nicht davon ausgegangen, dass er mit dieser Vorschrift eine Ermächtigung zur Normsetzung schaffe.¹⁶

¹¹ BSG, 8.3.2017, B 8 SO 20/15 R, Rn 20.

¹² BSG, 12.5.2017, B 8 SO 14/16 R, Rn 25; BSG, 13.7.2017, B 8 SO 21/15 R, Rn 18; BSG, 6.12.2018, B 8 SO 9/18 R, Rn 42; BSG, 6.12.2018, B 8 SO 11/18 R, Rn 17; BSG, 3.7.2020, B 8 SO 27/18 R, Rn 20.

¹³ Busse: Die Karriere des Sachleistungsverschaffungsprinzips – auch ein Beitrag zur Gesetzesbindung im Sozialrecht, ZFSH SGB 2023, S. 316–325. Busse greift die unkritische Übernahme der Überlegungen des BSG an.

¹⁴ Schweigler: Die Bindung des Trägers der Eingliederungshilfe an „fremde“ Vereinbarungen (§ 123 Abs. 2 Satz 1 SGB IX). Teil I und Teil II, SGB 2024, S. 64–71 und S. 141–150.

¹⁵ Die Zahl der Träger der Eingliederungshilfe ist bestimmbar. Sie kann im Teilhabeverfahrensbericht nach § 41 SGB IX nachgelesen werden. Für die Sozialhilfeträger gilt dasselbe, s. Parallelvorschrift § 75 Abs. 1 S. 3 SGB XII, entspricht § 77 Abs. 1 S. 2 SGB XII in der vom 7.12.2006 bis zum 31.12.2019 geltenden Fassung v. 2.12.2006 (Gesetz zur Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze).

¹⁶ Schweigler aaO. S. 70 f.; Gesetzgebungsverfahren mit Materialien s. <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-%C3%A4nderung-des-zw%C3%B6lften-buches-sozialgesetzbuch-und-anderer-gesetze/9081>.

Die Auffassung Schweiglers trifft zu. Bereits das Argument, dass „es sich dem Vereinbarungsgegenstand nach um die Regelung eines konkreten Rechtsverhältnisses“ handle, reicht aus, um die Klassifikation der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nach § 125 SGB IX als Normenvertrag zu verneinen und sie stattdessen als „gewöhnlichen“ öffentlich-rechtlichen Vertrag koordinierungsrechtlicher Art zu verstehen, wie im Folgenden gezeigt wird.

b. Auswirkungen der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung auf die Interessen anderer Träger der Eingliederungshilfe

Das BSG stützte seine Auffassung in Bezug auf die Rechtsnatur der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung auf § 77 Abs. 1 S. 2 SGB XII i. d. F. vom 2.12.2006. Diese Vorschrift enthielt in Hs. 1 eine Regelung über die Zuständigkeit für den Abschluss von Verträgen nach § 75 Abs. 3 SGB XII a. F. und in Hs. 2 die Ergänzung, dass die durch den zuständigen Sozialhilfeträger geschlossenen Vereinbarungen für alle anderen Sozialhilfeträger bindend seien. § 123 SGB IX enthält die Vorschrift über die Zuständigkeit in Abs. 1 S. 1. Die Ergänzung findet sich in Abs. 2 S. 1, was den Eindruck verstärken mag, dass es sich um eine eigenständige Regelung handle, die konstitutiv für eine wie auch immer geartete normative Bindungswirkung gegen Dritte sei. Wenn es richtig wäre, dass § 77 Abs. 1 S. 2 SGB XII a. F. die Wertung der Verträge im Leistungsverschaffungsverhältnis als Normenverträge tragen konnte, dann müsste das auch für § 123 Abs. 2 S. 1 SGB IX gelten.

Doch dies ist nicht der Fall. Soweit die Wirkungen einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung über die ganz gewöhnliche vertragliche wechselseitige Bindung der Vertragspartner im Verhältnis zueinander hinausgehen, handelt es sich nicht um normative, sondern um tatbestandliche Wirkungen. Tatbestandliche Wirkungen bilateraler Verträge betreffen häufig die Interessen Dritter, ohne dass der Vertrag betroffene Dritte normativ binden (i. e. verpflichten) könnte – auch wenn die Tatsachen, die mit einem Vertrag geschaffen werden, weitreichende Folgen für (berechtigte) Interessen Dritter entfalten mögen. Der nach § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX zuständige Träger der Eingliederungshilfe schließt Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen und schafft damit die Voraussetzungen für ein Angebot einer bestimmten Sachleistung. Dies betrifft die Interessen der Leistungsberechtigten in erheblichem Maß, verpflichtet sie aber nicht. Das gilt ebenso für andere Leistungsträger, denn § 77 Abs. 1 S. 2 SGB XII a. F. enthält ebenso wie § 123 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Abs. 2 S. 1 SGB IX lediglich eine Vorschrift über die Zuständigkeit für den Abschluss der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung. Eine solche Regelung ist erforderlich, denn ohne eine sie könnte es dazu kommen, dass ein und dieselbe Leistung Gegenstand unterschiedlicher Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen mit

unterschiedlichen Leistungsträgern würde, was aus den im Folgenden dargelegten Gründen zu vermeiden ist.

Wollte man ein bestimmtes Leistungsangebot eines Leistungserbringers im Leistungsveranschaffungsverhältnis zum Gegenstand unterschiedlicher Vereinbarungen mit unterschiedlichen Leistungsträgern machen, wären Normenkonflikte unvermeidbar (ganz abgesehen von den Folgen für Praktikabilität und Wirtschaftlichkeit). Die Zuständigkeit mehrerer Leistungsträger als Leistungsvereinbarungspartner für nur ein Leistungsangebot müsste, wenn nicht alle Träger der Eingliederungshilfe Vertragspartner derselben Vereinbarung sein sollen,¹⁷ zu unterschiedlichen Konditionen für dieselbe Leistung führen. Soweit das Leistungsangebot im Erfüllungsverhältnis dem WBVG unterfällt, gilt für das Entgelt jedoch das Differenzierungsverbot aus § 7 Abs. 3 WBVG. Ungleichbehandlungen wären i. Ü. sowohl aufseiten der Leistung als auch aufseiten der Vergütung gleichheitsrechtlich zu rechtfertigen, da das Leistungsangebot auf dem Weg der Vereinbarung von Hoheitsträgern gestaltet wird, die aus Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet sind. Eine solche Rechtfertigung ist schwer vorstellbar, wenn der Grund für eine Ungleichbehandlung nur darin liegt, dass unterschiedliche Träger der Eingliederungshilfe mit ein und demselben Leistungserbringer unterschiedliche Ergebnisse aushandeln.

§ 123 Abs. 2 S. 1 SGB IX lautet:

„Die Vereinbarungen sind für alle übrigen Träger der Eingliederungshilfe bindend.“

Die Zuständigkeitsnorm des § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX statuiert die alleinige Zuständigkeit nur eines Trägers der Eingliederungshilfe. Wenn man die Entscheidung des BVerwG vom 4.8.2006 – das unter Zugrundelegung der allgemeinen Zuständigkeitsregelungen des Sozialhilferechts die alleinige Zuständigkeit nur eines Sozialhilfeträgers für den Abschluss von Verträgen im Leistungsveranschaffungsverhältnis auch ohne eine diesbezügliche Bestimmung im Leistungsvereinbarungsrecht angenommen hatte – insoweit für überzeugend hält,¹⁸ hat bereits § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX lediglich deklaratorischen Charakter. Jedenfalls stellt § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX entweder klar oder statuiert, dass nur ein Leistungsträger für den Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung zuständig ist, und bestimmt diesen. Im Vertragsrecht des SGB XII gilt dasselbe (§ 75 Abs. 1 S. 1 SGB XII).

¹⁷ Eine gemeinsame Zuständigkeit mehrerer Träger der Eingliederungshilfe wäre denkbar, vgl. §§ 72 Abs. 2, 85 Abs. 2 S. 1 SGB XI. Doch das könnte nichts daran ändern, dass im Einzelfall weitere Träger der Eingliederungshilfe, die nicht zugleich Leistungsvereinbarungspartner sind, zuständig sein können. Das Problem bliebe das gleiche. Dass alle 309 (zurzeit, s. Teilhabeverfahrensbericht der BAR) Träger der Eingliederungshilfe alle Vereinbarungen nach §§ 125, 134 SGB IX gemeinsam schließen, ist schwer vorstellbar. Vgl. zur denkbaren Beteiligung weiterer Träger der Eingliederungshilfe auch Schweigler: Die Bindung des Trägers der Eingliederungshilfe an „fremde“ Vereinbarungen (§ 123 Abs. 2 Satz 1 SGB IX) Teil II, SGB 2024, S. 141–150; s. a. BSG, 13.7.2017, B 8 SO 21/15 R: In diesem Fall existierten tatsächlich zwei Vereinbarungen mit zwei Sozialhilfeträgern für nur eine Leistung. Das BSG entschied, dass nur ein Sozialhilfeträger zuständig sei. Der Abschluss einer Vereinbarung mit einem unzuständigen Leistungsträger verstoße gegen ein gesetzliches Verbot, das das BSG in der Vorschrift über die Zuständigkeit erblickte. Die Vereinbarung sei daher nichtig.

¹⁸ Dafür spricht nicht zuletzt, dass der o. g. Normenkonflikt auf diese Weise überzeugend gelöst wird; BVerwG, 4.8.2006, 5 C 13/05.

Erste Voraussetzung für eine Verpflichtung weiterer Leistungsträger durch eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung wäre, dass diese im Leistungsverschaffungsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer überhaupt schuldrechtliche Verpflichtungen des Leistungsträgers konstituiert, die auf weitere Leistungsträger erstreckt werden könnten. Bereits das ist nicht der Fall.

Das Bestehen einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung ist – abgesehen von den Ausnahmevorschriften aus § 123 Abs. 5 SGB IX und § 75 Abs. 5 SGB XII – Bedingung dafür, dass eine Leistung der Eingliederungshilfe bzw. der Sozialhilfe *als Sachleistung* bewilligt werden kann.¹⁹ Die Leistungserbringung erfolgt in aller Regel nicht im Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträger und leistungsberechtigter Person (Sozialleistungs- oder Grundverhältnis), sondern im Rechtsverhältnis zwischen Leistungserbringer und leistungsberechtigter Person (Erfüllungsverhältnis). Die Verträge, die im Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer (Leistungsverschaffungsverhältnis) geschlossen werden, beschränken die Vertragsfreiheit des Leistungserbringers ganz erheblich, indem sie die Inhalte der im Erfüllungsverhältnis zu schließenden Verträge weitgehend determinieren. Soweit das WBVG gilt, ergibt sich dies aus § 15 WBVG. Soweit das WBVG nicht gilt, wird dies in der Literatur aus § 32 SGB I abgeleitet, was m. E. nicht überzeugt, da Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen keine Normen des SGB sind (→ II.2.a). Doch *de lege lata*²⁰ dürften die Verbraucherschutzrechtlichen Regelungen des Zivilvertragsrechts zu demselben Ergebnis führen (→ II.2.a).²¹

Die gesetzlichen Mindestinhalte der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung, die sich für das Recht der Eingliederungshilfe aus §§ 38, 125 SGB IX²² und für das Recht der Sozialhilfe aus § 76 SGB XII ergeben, erfassen nahezu ausnahmslos Regelungen, die die Inhalte der Verträge im Erfüllungsverhältnis bestimmen. Sie verpflichten damit einseitig den Leistungserbringer, dessen Vertragsfreiheit *im Erfüllungsverhältnis* erheblich beschränkt wird (zu Wirkungen und Mindestbestandteilen der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung → II.2). Der Leistungsträger dagegen unterwirft sich mit dem Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung (noch) keiner schuldrechtlichen Verpflichtung. Er erfüllt mit dem Abschluss seinen Sicherstellungsauftrag, der im Recht der Eingliederungshilfe ausdrücklich durch den Abschluss von Verträgen nach §§ 123 ff. SGB IX

¹⁹ Vgl. Rosenow, in: Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 2021, § 123 Rn 29 ff.; Lange, in: Kossens/von der Heide/Maaß: SGB IX Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn 6; Goldbach, in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol: SGB IX Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn 12 ff.; Banafsche, in: Deinert/Welti/Luik/Brockmann (Hg.): Stichtwortkommentar Behindertenrecht, 3. Aufl. 2022, Stichtwort Leistungserbringungsrecht; Hänlein: Recht der sozialen Dienste, 2018, Rn 53-58.

²⁰ *De lege ferenda* s. BMFSFJ: Diskussionspapier zu einer möglichen Weiterentwicklung des Wohn- und Betreuungsgesetzes (nicht leitungs- oder ressortabgestimmt) - Stand: 30.03.2023 -, online unter: https://www.paritaet-hamburg.de/fileadmin/news_import/2d136e1d05/fileadmin/user_upload/20230330_BMFSFJ_WBVG_Diskussionspapier.pdf (Abfrage 27.12.2024).

²¹ Verträge im Erfüllungsverhältnis dürften zumindest dann, wenn sie Regelungen enthalten, die vom Vertrag im Leistungsverschaffungsverhältnis abweichen, stets schriftlich geschlossen werden und § 305 BGB (AGB-Recht) unterfallen, was zur Inhaltskontrolle aus § 307 Abs. 1 BGB führt. Sollten abweichende Klauseln im Einzelfall vereinbart werden, könnte sich Nichtigkeit aus § 138 BGB oder aus § 242 BGB ergeben.

²² Rosenow, in: Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 2021, § 125 Rn 28-52 m. w. N.

zu erfüllen ist (§ 95 S. 2 SGB IX; → II.2) Dies entfaltet Auswirkungen auf die Rechte der Leistungsberechtigten. Die Vergütung einer Leistung, für die eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung abgeschlossen ist, kann nicht als unangemessen i. S. v. § 104 Abs. 2 SGB IX (Wunsch- und Wahlrecht) gelten.²³ Entgelte, die mit einer Vergütungsvereinbarung vereinbart sind, spielen eine wichtige Rolle als Vergleichsgröße, wenn die Grenzen des Wunsch- und Wahlrechts zu bestimmen sind (§ 104 Abs. 2 S. 2 SGB IX) oder die Höhe des persönlichen Budgets zu beziffern ist (§ 29 Abs. 2 S. 7 SGB IX). Doch dies sind keine Wirkungen, die aus schuldrechtlichen Verpflichtungen erwachsen, die eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung konstituiert. Eine „Bindungswirkung“ im Sinne der Unterwerfung eines nicht am Vertrag beteiligten Leistungsträgers unter eine durch Verpflichtungsgeschäft konstituierte schuldrechtliche Verpflichtung kann aus einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung schon deshalb nicht erwachsen, weil drittwirkungsfähige schuldrechtliche Verpflichtungen, denen der an der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung beteiligte Leistungsträger sich unterwürfe, durch eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung bereits nicht begründet werden.

Der für eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung zuständige Leistungsträger schafft mit deren Abschluss Fakten, die durchaus weitreichende Folgen haben. Nicht nur er selbst, sondern auch alle anderen Leistungsträger, die im Einzelfall zuständig sein können, sind ggf. aus den einschlägigen sozialrechtlichen Vorschriften verpflichtet, eine Leistung zu den Konditionen, die die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung statuiert, zu bewilligen. Doch diese Verpflichtung anderer Leistungsträger ist allein Ausfluss der exklusiven Zuständigkeit nur eines Leistungsträgers für den Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung. Würde man § 123 Abs. 1 S. 2 SGB IX bzw. § 75 Abs. 1 S. 3 SGB XII streichen, würde sich daran nichts ändern. Diese Vorschriften haben ausschließlich deklaratorischen Charakter. Sie unterstreichen lediglich, dass stets nur der durch § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX bzw. § 75 Abs. 1 S. 3 SGB XII bestimmte Leistungsträger für den Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung zuständig sein kann. Die Auffassung, dass Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen als Normenverträge zu klassifizieren seien, können sie unter keinem denkbaren Gesichtspunkt tragen.

c. Zwischenergebnis

Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen nach § 125 SGB IX setzen, wie alle Verträge, Normen, die die Vertragspartner im Verhältnis zueinander binden.

„Indem die Rechtsordnung das Rechtsgeschäft als rechtserzeugenden Tatbestand einsetzt, ermächtigt sie die rechtsunterworfenen Individuen, ihre gegenseitigen Beziehungen innerhalb des Rahmens der generellen, durch Gesetzgebung und

²³ BSG, 5.7.2018, B 8 SO 30/16 R.

Gewohnheit erzeugten Rechtsnormen durch Normen zu regeln, die im Wege von Rechtsgeschäften erzeugt werden.“²⁴

Flume spricht von der „rechtsgeschäftlichen Regelung“, die durch Vertrag „gesetzt“ wird.²⁵ Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist dann als Normenvertrag zu klassifizieren, wenn rechtsgeschäftliche Regelungen, die er enthält, *normativ* gegen eine unbestimmte Zahl Dritter wirken, als seien diese Vertragspartei.²⁶ Das setzt einen gesetzlichen Geltungsbefehl voraus.²⁷ Dieser Geltungsbefehl muss Wirkungen des Vertrags gegen Dritte konstituieren, zu denen es ohne ihn wegen des Verbots von Verträgen zulasten Dritter, im Sozialgesetzbuch konkretisiert durch § 57 SGB X, nicht kommen könnte. Eine solche Wirkung kann nur eine normative sein, nicht hingegen eine tatsächliche, denn tatsächliche Wirkungen bedürfen keines Geltungsbefehls. Sie wirken, mit Kelsen gesprochen,²⁸ in der Sphäre des Seins, nicht in Sphäre des Sollens. Ein Geltungsbefehl kann nur in der Sphäre des Sollens wirken.

§ 123 Abs. 2 S. 1 SGB IX kann die Auffassung, Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen nach §§ 125, 134 SGB IX seien Normenverträge, schon deshalb nicht tragen, weil die Vorschrift einen Befehl, der konstitutiv für die Geltung irgendeiner Wirkung der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung gegen dritte Träger der Eingliederungshilfe wäre, nicht enthält. Für § 75 Abs. 1 S. 3 SGB XII gilt mutatis mutandis dasselbe. Andere Argumente, die die Qualifikation der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung als Normenvertrag begründen könnten, wurden in Literatur und Rechtsprechung nicht vorgeschlagen und sind auch nicht ersichtlich. Damit gehören Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen des Vertragsrechts der Eingliederungshilfe ebenso wie des Vertragsrechts der Sozialhilfe zu den koordinierungsrechtlichen Verträgen²⁹ des öffentlichen Rechts.

2. Anforderungen an die Leistungs- und

²⁴ Kelsen: Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 2. Aufl. 1960, 2017, S. 456. Kelsen verwendet hier den Begriff der (Vertrags-)Norm, was mit seinem Begriff der vollständigen Norm korrespondiert, die eine Regelung zu ihrer Durchsetzung, im Fall der Vertragsnorm letztlich die Zivilexécution, umfassen muss.

²⁵ Flume: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 616.

²⁶ Die bis heute gängigste Definition formulierte Castendiek, der Normenverträge verstand als Regelungen „mit unmittelbarer und personell unbeschränkter Wirkung, die kraft gesetzlicher Ermächtigung durch Vereinbarung mindestens zweier gleichrangiger Partner als Vertreter typischerweise gegenläufiger Interessen zustande kommen.“ Castendiek: Der sozialversicherungsrechtliche Normsetzungsvertrag, 2000, S. 20.

²⁷ So bereits BT-Drs. 9/910 (Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes v. 18.7.1973), S. 79: Verträge normensetzenden Inhalts „sind unter rechtsstaatlichen Voraussetzungen ohne spezialgesetzliche Ermächtigung nicht denkbar“.

²⁸ Kelsen aaO. S. 30.

²⁹ Der Begriff des koordinierungsrechtlichen Vertrags wurde als Tautologie kritisiert, der des subordinationsrechtlichen Vertrags als Paradoxon. Schlette plädierte deshalb für die Überwindung dieser Terminologie, die allerdings bis heute durchgängig Verwendung findet; Schlette: Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 382 f. Für die Unterscheidung spricht (gegen die Auffassung Schlettes, der „kein Bedürfnis für eine besondere Terminologie“ sah, ebd.), dass einige Vorschriften der §§ 53 ff. SGB wohl nur auf subordinationsrechtliche Verträge anzuwenden sind: „Nur für subordinationsrechtliche Verträge gelten die § 53 Abs. 1 S. 2, §§ 54, 55, 57 Abs. 2, zusätzlich die Nichtigkeitsgründe des § 58 Abs. 2 sowie § 60. Auf beide Arten von Verträgen finden die § 53 Abs. 1 S. 1, §§ 56, 57 Abs. 1, 58 Abs. 1, 3, §§ 59, 61 Anwendung.“ Engelmann, in: Schütze (Hg.): SGB X 9. Aufl. 2020, § 53 Rn 41.

Vergütungsvereinbarung und ihre Wirkungen

Die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung ist das Rechtsinstitut, das der Gesetzgeber den Trägern der Eingliederungshilfe an die Hand gibt, um den Sicherstellungsauftrag zu erfüllen. Der Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung ist Voraussetzung dafür, dass eine Leistung der Eingliederungshilfe „durch Dritte“ (§ 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX) und damit als Sachleistung i. S. v. § 8 Abs. 2 SGB IX ausgeführt werden kann. Einzige Ausnahme ist der Fall des § 123 Abs. 5 SGB IX. Liegt eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nicht vor und ist auch die Ausnahme des § 123 Abs. 5 SGB IX nicht gegeben, sind Leistungen der Eingliederungshilfe als Geldleistung zu erbringen.³⁰

§ 95 SGB IX erhöht den Verpflichtungsgrad des allgemeinen Sicherstellungsauftrags des Sozialgesetzbuchs aus § 17 SGB I (Hinwirkungspflicht) auf ein Maximum (die Träger der Eingliederungshilfe „haben [...] sicherzustellen“). Die Vorschrift statuiert ausdrücklich,

- dass nicht irgendwelche Leistungen, sondern personenzentrierte Leistungen sicherzustellen sind, und
- dass das Rechtsinstitut, das der Träger der Eingliederungshilfe dazu zu verwenden hat, die Vereinbarung nach §§ 123 ff. SGB IX ist.

§ 95 SGB IX normiert die primäre ratio legis des Vertragsrechts, das mit den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 123 Abs. 2 S. 2 SGB IX) und den Vorgaben für die Eignung des Leistungserbringers, insbesondere die Eignung des eingesetzten Personals (§ 124 SGB IX), weitere Normzwecke verfolgt, die allerdings dem Zweck der Erfüllung des Sicherstellungsauftrags untergeordnet sind. Selbstverständlich gilt für den Sicherstellungsauftrag zuerst § 17 SGB IX, da wegen § 37 S. 2 SGB I eine Abweichung von dieser Vorschrift im SGB IX nicht möglich ist. Hinzuweisen ist hier vor allem auf die State-of-the-Art-Klausel in § 17 Abs. 1 Nr. 1 SGB I (Leistungen „in zeitgemäßer Weise“).³¹

Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen bilden eine der drei Seiten des sozialleistungsrechtlichen Dreiecksverhältnisses in seiner spezifischen Ausgestaltung im Recht der Eingliederungshilfe. Leistungen zur Teilhabe werden in einem Vertragsverhältnis zwischen leistungsberechtigter Person und Leistungserbringer erbracht. Finanzierung der Leistung und Gewährleistung ihrer Voraussetzungen sind Aufgaben des Rehabilitationsträgers. Damit sind (mindestens) drei Akteure erforderlich, die zueinander in unterschiedlichen rechtlichen Beziehungen stehen (→ I.2).

Das Erfüllungsverhältnis ist von einer starken Machtasymmetrie geprägt. Die leistungsberechtigte Person verfügt i. d. R. nicht über die erforderliche Verhandlungsmacht, um

³⁰ Rosenow, in: Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 2021, § 123 Rn 42 ff.

³¹ Ausführlich dazu Rosenow: Kooperation von Quartiersarbeit und Einzelfallhilfen, 2021, S. 71 f.

angemessene und den Vorgaben des Leistungsrechts entsprechende Vertragsbedingungen auszuhandeln. Dieser Situation begegnet das Recht mit dem Primat der Verträge im Leistungsverschaffungsverhältnis vor den Verträgen im Erfüllungsverhältnis.

Das Recht der Eingliederungshilfe ist traditionell von einer einrichtungszentrierten Struktur geprägt (die mit dem BTHG überwunden werden soll). Wohl deshalb ist der Primat der Verträge im Leistungsverschaffungsverhältnis nur im WBVG und damit nur für die Fälle des § 1 WBVG *ausdrücklich* gesetzlich normiert (§§ 7 Abs. 2 S. 4, 15 Abs. 3 WBVG). Dennoch gilt für Leistungen, denen im Erfüllungsverhältnis Verträge zugrunde liegen, die nicht dem WBVG unterfallen, nichts anderes (→ II.1.b). Sie können nicht wirksam von den Regelungen der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung abweichen. Die Determinierung der Verträge im Erfüllungsverhältnis ist die Kernfunktion der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung (→ II.2.a). Dieses Ergebnis wird durch die Normierung der gesetzlichen Mindestbestandteile der Leistungsvereinbarung bekräftigt (→ II.2.b). Am Ende dieses Abschnitts steht ein Zwischenergebnis (→ II.2.c).

a. Primat der Verträge im Leistungsverschaffungsverhältnis auch außerhalb des Geltungsbereichs des WBVG

Der Gesetzgeber weist die Aufgabe der Bestimmung der vertraglichen Pflichten der Leistungserbringer im Erfüllungsverhältnis dem Träger der Eingliederungshilfe zu, der zu diesem Zweck öffentlich-rechtliche Verträge im Leistungsverschaffungsverhältnis zu schließen hat. Diese Verträge determinieren die Verträge im Erfüllungsverhältnis. Unterfällt dieses dem WBVG, ergibt sich das aus § 15 Abs. 3 WBVG. Unterfallen die Verträge im Erfüllungsverhältnis nicht dem WBVG, kommt es darauf an, ob es sich um Formularverträge (§ 305 BGB) handelt. Werden sie mündlich oder konkludent geschlossen, ist die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung die Grundlage für ihre Auslegung. Eine Abweichung von den Verträgen im Leistungsverschaffungsverhältnis ist in diesem Fall praktisch schwer vorstellbar. Werden sie schriftlich geschlossen, wird es sich in aller Regel um Formularverträge handeln. Eine Abweichung von der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung wäre jedenfalls dann, wenn sie zulasten der leistungsberechtigten Person ginge, in aller Regel eine unangemessene Benachteiligung (§ 307 Abs. 1 BGB) und damit unwirksam. Wird im Erfüllungsverhältnis ein schriftlicher Vertrag geschlossen, der nicht dem AGB-Recht der §§ 305 ff. BGB unterfällt (was in der Praxis nur selten vorkommen dürfte), spricht im Fall einer Abweichung zulasten der leistungsberechtigten Person zumindest viel dafür, dass eine solche Klausel entweder treuwidrig (§§ 241 Abs. 2, 242 BGB) oder sittenwidrig (§ 138 BGB) und damit ebenfalls unwirksam wäre.

Dagegen kann der Auffassung, dass Abweichungen im Erfüllungsverhältnis wegen § 32 SGB I nicht wirksam vereinbart werden könnten,³² nicht gefolgt werden. Grund dafür ist zunächst, dass Leistungs- und Vergütungsvereinbarung zu Unrecht als Normenverträge klassifiziert wurden (→ II.1.c). Die Anwendbarkeit von § 32 SGB I wird darauf gestützt, dass Verträge nach §§ 75 ff. SGB XII Normenverträge seien. Darüber hinaus geht die in der Kommentarliteratur vertretene Auffassung, dass der Begriff „Vorschriften dieses Gesetzbuchs“ auch untergesetzliche Normen umfasse,³³ zu weit, da sie die Wortlautgrenze ohne tragfähige Rechtfertigung überschreitet. Eine solche Rechtfertigung ist auch deshalb nicht ersichtlich, weil die Verbraucherschutzrechtlichen Vorschriften des Zivilrechts Lösungen für die Probleme (soweit solche zu erkennen sind) bereithalten, die eine am Wortlaut orientierte Auslegung von § 32 SGB I nach sich ziehen mag. Hier kommt es letztlich nicht darauf an, ob man der weiten Auslegung von § 32 SGB I folgt. Denn wenn man die weite Auffassung in Bezug auf § 32 SGB I teilt, kommt man erst recht zu dem Ergebnis, auf das es hier alleine ankommt: dass die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nach § 125 SGB IX Abweichungen zulasten der leistungsberechtigten Person im Erfüllungsverhältnis nicht zulässt.

Leistungen der Eingliederungshilfe können als Sachleistung, Geldleistung oder Dienstleistung erbracht werden (§ 105 SGB IX). Sie unterliegen, anders als viele Leistungen der Krankenversicherung oder der Pflegeversicherung, nicht einem strengen Sachleistungsprinzip. Leistungen der Eingliederungshilfe können grundsätzlich auch als Geldleistung erbracht werden (§§ 8 Abs. 2, 105 SGB IX).³⁴ Dennoch hat der Gesetzgeber in § 95 SGB IX statuiert, dass der Sicherstellungsauftrag auf dem Weg des Abschlusses von Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen zu erfüllen ist.

Doch Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen sind keine Austauschverträge. Sie begründen weder eine Leistungspflicht des Leistungserbringers noch gewähren sie diesem einen Anspruch auf Bezahlung. Daher ist der Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung weder ein öffentlicher Auftrag³⁵ noch eine Dienstleistungskonzession (§ 105 GWB).³⁶ Das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge ist nicht anwendbar.

³² „Für die nicht in den Anwendungsbereich des WBG fallenden Verträge über teilstationäre und ambulante Leistungen existieren zwar keine dem WBG entsprechenden Regelungen zur unmittelbaren Geltung der in den Vereinbarungen geregelten Vergütungshöhen. Eine dem WBG vergleichbare Schutzwirkung ergibt sich jedoch aus § 32 SGB I wegen des Charakters der Vereinbarungen nach den §§ 75 ff. SGB XII als Normverträge. Im Erfüllungsverhältnis geschlossene Verträge, die bestehende oder künftige Ansprüche des Hilfeempfängers zu seinen Lasten beeinflussen oder anspruchrelevante Pflichten verschärfen, sind nach § 32 SGB I nichtig.“ Lange, in: jurisPK-SGB XII, 4. Aufl. 2024, § 75 Rn 43; ebenso BSG, 6.12.2018, B 8 SO 9/18 R, Rn 41.

³³ „Vorschriften dieses Gesetzbuches sind zunächst die Regelungen der Sozialgesetzbücher einschließlich der in § 68 SGB I genannten besonderen Teile. Überdies gelten auch die auf Grund dieser Gesetze erlassenen Rechtsverordnungen, Satzungen, insbesondere Anordnungen der Bundesagentur für Arbeit, aber auch Richtlinien und öffentlich-rechtliche Verträge mit Rechtsnormcharakter als Vorschriften dieses Gesetzbuches.“ Weselski/Öndül, in: jurisPK-SGB I, 3. Aufl. 2018, § 32 Rn 30 m. w. N.

³⁴ Zur allgemeinen Geldleistung der Eingliederungshilfe aus § 105 SGB IX s. SG Freiburg, 25.10.2024, S 9 SO 2594/24 ER (unveröffentlicht).

³⁵ BSG, 17.5.2023, B 8 SO 12/22 R, Rn 20.

³⁶ Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 2021, § 125 Rn 18; ebenso von Bötticher: Das neue Teilhaberecht, Baden-Baden 2018, S. 169; a.A. Glahs / Rafi: Das

Dennoch stehen Leistungsvereinbarung und Vergütungsvereinbarung in einem synallagmatischen Verhältnis zueinander, das man als schwebendes Synallagma bezeichnen kann.³⁷ Zur Konstituierung wechselseitiger schuldrechtlicher Verpflichtungen kommt es erst im Fall der „Aufnahme“ (§ 123 Abs. 4 S. 1 SGB IX) durch den Leistungserbringer, mit anderen Worten: im Fall des Abschlusses eines zivilrechtlichen Vertrags im Erfüllungsverhältnis – und auch nur im Erfüllungsverhältnis, nicht im Leistungsverschaffungsverhältnis. Die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung erfüllt ihre Funktion (Sicherstellung der Leistungen) dadurch, dass sie die wechselseitigen vertraglichen Pflichten im Erfüllungsverhältnis vorab bestimmt. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die leistungsberechtigte Person gegen den Leistungserbringer Anspruch auf Leistungen hat, die den gesetzlichen Bestimmungen entsprechen. Der Leistungserbringer wird durch den Vertrag im Erfüllungsverhältnis schuldrechtlich verpflichtet, bedarfsdeckende Leistungen³⁸ zu erbringen. Im Gegenzug wird die leistungsberechtigte Person schuldrechtlich verpflichtet, das Entgelt zu entrichten, das sich aus der Vergütungsvereinbarung ergibt. Der Zahlungsanspruch des Leistungserbringers gegen die leistungsberechtigte Person wird durch seinen Zahlungsanspruch gegen den Träger der Eingliederungshilfe verdrängt, soweit dieser Leistungen bewilligt hat (§§ 123 Abs. 6, 127 Abs. 1 SGB IX).³⁹

An dieser Stelle kommt es darauf an, dass die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung die Aufgabe hat, die wechselseitigen schuldrechtlichen Verpflichtungen im Erfüllungsverhältnis zu bestimmen, ohne sie bereits zu konstituieren. Dies wird bestätigt durch die gesetzlichen Vorgaben zu den Mindestbestandteilen der Leistungsvereinbarung.

b. Gesetzliche Mindestbestandteile der Leistungsvereinbarung

Die Mindestbestandteile der Leistungsvereinbarung werden durch §§ 38 Abs. 1, 125 Abs. 2 SGB IX normiert. In § 38 Abs. 1 SGB IX formuliert der Gesetzgeber: „Verträge mit Leistungserbringern müssen insbesondere folgende Regelungen [...] enthalten [...].“ In § 125 Abs. 2 SGB IX verwendet das Gesetz die Formulierung: „In die Leistungsvereinbarung sind als wesentliche Leistungsmerkmale mindestens aufzunehmen [...].“ Die Wortlaute sind eindeutig. Die hier aufgeführten Inhalte muss eine Leistungsvereinbarung mindestens enthalten. Weitergehende Inhalte werden damit nicht ausgeschlossen.

Die Vorgabe aus § 38 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB IX lautet: „Qualitätsanforderungen an die Ausführung der Leistungen, das beteiligte Personal und die begleitenden Fachdienste“.

Verhältnis des neuen Kartellvergaberechts zur Leistungserbringung nach den Sozialgesetzbüchern II, VIII und XII, SRA 2016, 169-178.

³⁷ Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 2021, § 125 Rn 21.

³⁸ Zum Bedarfsdeckungsgrundsatz s. BT-Drs. 18/10523, S. 42; s. a. Rosenow, in: Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 2021, § 113 Rn 13 ff.

³⁹ Ob der Zahlungsanspruch gegen die leistungsberechtigte Person gleichberechtigt (§ 421 BGB) oder subsidiär fortbesteht, ist wohl ungeklärt, kann hier aber offen bleiben.

Diese Vorgabe geht in den Bestimmungen von § 125 Abs. 2 SGB IX vollständig auf. Die Bestimmungen aus § 125 Abs. 2 SGB IX konkretisieren § 38 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX, ohne den Inhalt dieser Vorgabe zu beschränken (vgl. § 7 Abs. 1 SGB IX).

Die Vorgabe aus § 38 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB IX lautet: „die Übernahme von Grundsätzen der Rehabilitationsträger zur Vereinbarung von Vergütungen“. Die Vorschrift betrifft in erster Linie die Vergütungsvereinbarung, nicht die Leistungsvereinbarung. Das Leistungsvereinbarungsrecht der Eingliederungshilfe enthält bereits weitreichende gesetzliche Vorgaben, die Grundsätze für die Vereinbarung der Vergütung statuieren, insbesondere den Grundsatz der prospektiven Entgeltvereinbarung (§ 123 Abs. 2 S. 3 SGB IX), die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit (§ 123 Abs. 2 S. 2 SGB IX), die Begrenzung auf das Maß des Notwendigen (§ 123 Abs. 2 S. 2 SGB IX) und die in § 124 SGB IX normierten Grundsätze für die Eignung der Leistungserbringer, außerdem den Grundsatz, dass tarifgebundene Entgelte zu akzeptieren sind (den § 38 Abs. 2 SGB IX ebenfalls enthält). Diese gesetzlichen Vorgaben gehen Grundsätzen der Rehabilitationsträger vor und müssten insoweit § 38 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX verdrängen. Allerdings haben die Rehabilitationsträger bis heute keine Grundsätze zur Vereinbarung von Vergütungen vereinbart, sodass § 38 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX bislang ins Leere läuft.⁴⁰

Die Vorgaben aus § 38 Abs. 1 Nr. 3–7 SGB IX dagegen werden nicht durch Regelungen aus Teil 2 des SGB IX verdrängt und sind daher auf die Leistungsvereinbarung uneingeschränkt anwendbar. Damit ergeben sich aus §§ 38 Abs. 1, 125 Abs. 2 SGB IX die folgenden Mindestbestandteile der Leistungsvereinbarung nach § 125 SGB IX:

1. Rechte und Pflichten der Teilnehmer, soweit sich diese nicht bereits aus dem Rechtsverhältnis ergeben, das zwischen ihnen und dem Rehabilitationsträger besteht (§ 38 Abs. 1 Nr. 3 SGB IX)

Diese Vorschrift meint Rechte und Pflichten der Leistungsberechtigten im vertraglichen Verhältnis zum Leistungserbringer, nicht etwa im Verhältnis zum Leistungsträger. Im Verhältnis zwischen den Leistungsberechtigten und dem Träger der Eingliederungshilfe ergeben sich regelmäßig keine Rechte und Pflichten der Teilnehmer im Erfüllungsverhältnis.⁴¹ Welche Rechte und Pflichten der Leistungsberechtigten zu vereinbaren sein können, muss aus den gesetzlichen Vorgaben für die Leistungen abgeleitet werden, was wegen der State-of-the-Art-Klausel in § 17 Abs. 1 S. 1 SGB IX die Berücksichtigung fachwissenschaftlicher Erkenntnisse einschließt.

Werden in der Leistungsvereinbarung Pflichten der leistungsberechtigten Personen vereinbart, liegt kein Vertrag zugunsten Dritter vor. Dritte werden durch die hier vereinbarten

⁴⁰ Zur Bedeutung für bestimmte andere Rehabilitationsträger s. O'Sullivan, in: jurisPK-SGB IX, 4. Aufl. 2023, § 38 Rn 28; s. a. LSG Baden-Württemberg, 14.12.2022, L 3 AL 4290/19 und dazu Eicher: Vergütung einer Werkstatt für behinderte Menschen im Eingangs- und Berufsbildungsbereich durch die BA, jurisPR-SozR 4/2023 Anm. 5.

⁴¹ Etwas anderes kann insbesondere bei Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben gelten. Pflichten der Teilnehmer können sich dann aus § 64 SGB I ergeben.

Pflichten nur dann belastet, wenn sie mit dem Leistungserbringer einen Vertrag (Aufnahme) schließen, der der Leistungsvereinbarung entspricht. Leistungsberechtigte unterwerfen sich einer mit der Leistungsvereinbarung vereinbarten Pflicht durch die Annahme des Angebots des Leistungserbringers. Ein Fall von § 57 SGB X liegt nicht vor. Soweit nicht ein anderweitiges Schriftformerfordernis besteht, kann der Vertrag im Erfüllungsverhältnis daher auch mündlich oder konkludent geschlossen werden.

Wird eine umfassende Leistung der Eingliederungshilfe vereinbart, die die Zurverfügungstellung von Wohnraum und Vollverpflegung einschließt, kann z. B. vereinbart werden, dass der Leistungserbringer den Leistungsberechtigten das Recht zur Teilkündigung des WBVG-Vertrags einräumen muss. Eine solche Vorgabe kann sich aus dem Grundsatz der Personenzentrierung ergeben und es Leistungsberechtigten z. B. ermöglichen, einen Teil der Assistenzleistungen, die sie für die Freizeitgestaltung benötigen, von einem anderen Leistungserbringer oder im Rahmen eines persönlichen Budgets in Anspruch zu nehmen.⁴²

Der Mindestbestandteil gem. § 38 Abs. 1 Nr. 3 SGB IX hat die Bestimmung von wechselseitigen Pflichten im Erfüllungsverhältnis zum Gegenstand.

2. Angemessene Mitwirkungsmöglichkeiten der Teilnehmer an der Ausführung der Leistungen (§ 38 Abs. 1 Nr. 4 SGB IX)

§ 90 Abs. 1 S. 2 SGB IX unterstellt die Eingliederungshilfe dem Ziel, Leistungsberechtigte zu befähigen, ihre Lebensführung möglichst selbstständig und eigenverantwortlich wahrzunehmen. Der Träger der Eingliederungshilfe ist dafür verantwortlich, dass die rechtlichen Beziehungen im Erfüllungsverhältnis nach dieser Maßgabe gestaltet werden. Je tiefer die Leistungserbringung mit der individuellen Lebensführung verwoben ist, desto weiter müssen daher die Gestaltungsmöglichkeiten der Leistungsberechtigten im alltäglichen Leistungsgeschehen reichen. Der Träger der Eingliederungshilfe darf sich nicht darauf verlassen, dass Leistungserbringer dies berücksichtigen, ohne dazu verpflichtet zu sein. § 38 Abs. 1 Nr. 4 SGB IX verpflichtet den Träger der Eingliederungshilfe vielmehr, das Erfüllungsverhältnis durch entsprechende Regelungen in der Leistungsvereinbarung so auszugestalten, dass die leistungsberechtigte Person die konkrete Gestaltung der Leistung bis zu einem Grad, der zwischen Träger der Eingliederungshilfe und Leistungserbringer auszuhandeln ist, bestimmen kann, weil der Leistungserbringer ihr gegenüber schuldrechtlich verpflichtet ist, ihr diese Gestaltungsmöglichkeiten zuzugestehen. So kann z. B. vereinbart werden, dass Leistungsberechtigte, die in sog. besonderen Wohnformen leben, selbst bestimmen, wann sie morgens aufstehen, wann sie zu Bett gehen, wann und mit wem sie ihre Mahlzeiten einnehmen, wie sie ihre Freizeit gestalten u. v. m. Ebenso kann hier vereinbart werden, ob und inwieweit der Leistungserbringer der leistungsberechtigten Person das Recht einräumt, selbst zu bestimmen, welche

⁴² Vgl. BSG, 19.5.2022, B 8 SO 13/20 R.

Beschäftigten der Leistungserbringer für ihre Leistungen einsetzt. Stellt der Leistungserbringer Beschäftigte eigens für eine Leistung für eine bestimmte Person ein, kann in der Leistungsvereinbarung festgehalten werden, ob und inwieweit der Leistungserbringer der leistungsberechtigten Person ein Mitspracherecht bei der Personalauswahl einräumt.

Der Träger der Eingliederungshilfe ist nicht frei, solche Bestimmungen zu vereinbaren oder nicht. Vielmehr verpflichtet der Sicherstellungsauftrag aus § 95 SGB IX ihn, das Instrument der Leistungsvereinbarung so zu nutzen, dass der Leistungserbringer verpflichtet wird, personenzentrierte Leistungen zu erbringen, was möglichst weitreichende (vgl. § 2 Abs. 2 SGB I) Gestaltungsmöglichkeiten der leistungsberechtigten Person verlangt.⁴³

Der Mindestbestandteil gem. § 38 Abs. 1 Nr. 4 SGB IX hat die Bestimmung von wechselseitigen Pflichten im Erfüllungsverhältnis zum Gegenstand.

3. Regelungen zur Geheimhaltung personenbezogener Daten (§ 38 Abs. 1 Nr. 5 SGB IX)

Entgegen der in der Kommentarliteratur anzutreffenden Auffassung⁴⁴ zielt diese Vorschrift in erster Linie nicht auf den Schutz von Sozialdaten. Der Begriff der Sozialdaten wird durch § 67 Abs. 2 SGB X legal definiert. Er erfasst nur Daten, die von einer in § 35 SGB I genannten Stelle verarbeitet werden. „Private Leistungserbringer werden hiervon nicht erfasst [...]“⁴⁵ Grundlage für die datenschutzrechtlichen Pflichten der Leistungserbringer im Erfüllungsverhältnis ist seit 2018 die DSGVO. Nach § 38 Abs. 1 Nr. 5 SGB IX ist in die Leistungsvereinbarung eine Klausel aufzunehmen, die den Leistungserbringer zur Beachtung dieser Regelungen verpflichtet. Nachdem Unternehmen bereits europarechtlich dazu verpflichtet sind, hat eine solche Klausel wohl nur noch deklaratorischen Charakter.

Der Mindestbestandteil gem. § 38 Abs. 1 Nr. 5 SGB IX hat die Bestimmung von wechselseitigen Pflichten im Erfüllungsverhältnis zum Gegenstand.

4. Regelung zur Beschäftigung eines angemessenen Anteils von Frauen mit Behinderungen, insbesondere mit Schwerbehinderungen (§ 38 Abs. 1 Nr. 6 SGB IX)

Diese Vorschrift steht im Kontext von Art. 3 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 2 GG, Art. 6 UN-BRK und § 154 SGB IX. Sie fällt hier insofern aus dem Rahmen, als sie in erster Linie die Beschäftigungspflicht der Arbeitgeber aus § 154 SGB IX, also Pflichten der Leistungserbringer im Verhältnis zu Beschäftigten bzw. zu Bewerberinnen und Bewerbern betrifft. In Bezug auf das nationale Verfassungsrecht handelt es sich um eine Konkretisierung der Förderungspflicht aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG. Diese Vorschrift wird nach dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG durch Art. 6 Abs. 2 UN-BRK näher bestimmt.⁴⁶ Danach erkennen die Vertragsstaaten an, „dass

⁴³ In der Praxis scheint insbesondere diese Vorgabe bislang keine ausreichende Beachtung zu finden.

⁴⁴ Von der Heide, in: Kossens/von der Heide/Maaß: SGB IX, 5. Aufl. 2023, § 38 Rn 10.

⁴⁵ Bieresborn, in: Schütze (Hg.): SGB X, 9. Aufl. 2020, § 67 Rn 21.

⁴⁶ BVerfG, 14.10.2004, 2 BvR 1481/04; ausführlich zu den Konsequenzen für die UN-BRK: Rosenow: Die UN-BRK in der anwaltlichen Praxis, ASR 2015, S. 93–98.

Frauen und Mädchen mit Behinderungen mehrfacher Diskriminierung ausgesetzt sind“ und ergreifen Maßnahmen, „um zu gewährleisten, dass sie alle Menschenrechte und Grundfreiheiten voll und gleichberechtigt mit anderen genießen können“. Der Gesetzgeber des SGB IX hat mit § 154 Abs. 1 S. 2 SGB IX (bzw. § 71 Abs. 1 S. 2 SGB IX a. F.) schon vor Inkrafttreten der UN-BRK in Deutschland (26.3.2009) eine Regelung getroffen, die Arbeitgebern vorschreibt, „schwerbehinderte Frauen besonders zu berücksichtigen“. Die Angemessenheit ist nach den Grundsätzen des § 154 Abs. 1 SGB XI zu bemessen.⁴⁷

Der Mindestbestandteil gem. § 38 Abs. 1 Nr. 6 SGB IX hat *nicht* die Bestimmung von wechselseitigen Pflichten im Erfüllungsverhältnis, sondern Pflichten des Leistungserbringers gegenüber Dritten zum Gegenstand.

5. Das Angebot, Beratung durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe bei gewichtigen Anhaltspunkten für eine Kindeswohlgefährdung in Anspruch zu nehmen (§ 38 Abs. 1 Nr. 7 SGB IX)

§ 38 Abs. 1 Nr. 7 SGB IX ist die einzige Position des Abs. 1, die nach Erlass des SGB IX i. d. F. vom 19.6.2001 eingefügt wurde.⁴⁸ Ihr Anwendungsbereich ist auf Fälle beschränkt, in denen Beschäftigte des Leistungserbringers im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit überhaupt Umgang mit Minderjährigen haben. Das gilt natürlich dann, wenn die Leistung sich an Minderjährige richtet, aber auch in anderen Fällen, in denen es nicht nur ausnahmsweise zum Umgang mit Minderjährigen kommt.

Für Leistungen nach dem SGB VIII wird § 38 Abs. 1 Nr. 7 SGB IX gem. § 7 Abs. 1 SGB IX durch § 8a Abs. 4 SGB VIII verdrängt. Für Leistungen, die sich an Minderjährige mit einer seelischen Behinderung richten, ist der Träger der Kinder- und Jugendhilfe zuständig (§ 35a SGB VIII). Da schon gleichheitsrechtlich nicht begründet werden kann, dass Minderjährige mit einer Behinderung, die als geistige oder körperliche interpretiert wird, einen geringeren Anspruch auf Schutz haben, ist § 8a Abs. 4 SGB VIII als Auslegungshilfe für § 38 Abs. 1 Nr. 7 SGB IX heranzuziehen, ebenso Art. 7 Abs. 1 UN-BRK i. V. m. Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 S. 2 GG.

Neben nach § 38 Abs. 1 Nr. 7 SGB XI zu vereinbarenden Regelungen gilt stets § 4 KKG. Diese Vorschrift geht Vereinbarungen nach § 8a Abs. 4 SGB VIII⁴⁹ und damit auch Klauseln nach § 38 Abs. 1 Nr. 7 SGB IX vor, gilt aber nur für die von ihr erfassten Berufsgruppen. Eine Ausweitung auf dem Wege der Analogie ist unzulässig.⁵⁰

Der Mindestbestandteil gem. § 38 Abs. 1 Nr. 7 SGB IX hat die Bestimmung von wechselseitigen Pflichten im Erfüllungsverhältnis zum Gegenstand.

6. Beschreibung des zu betreuenden Personenkreises (§ 125 Abs. 2 Nr. 1 SGB IX)

⁴⁷ Welti, in: Lachwitz/Schellhorn/Welti: SGB IX, 3. Aufl. 2010, § 21 Rn 28.

⁴⁸ Art. 3 Abs. 1 Bundeskinderschutzgesetz (BKSchG) v. 22.12.2011, BGBl. I, 2975. S. a. BT-Drs. 17/6256, S. 30.

⁴⁹ Walther, in: Wiesner/Wapler (Hg.): SGB VIII, 6. Aufl. 2022, § 4 Rn 16a KKG.

⁵⁰ Walther, in: Wiesner/Wapler (Hg.): SGB VIII, 6. Aufl. 2022, § 4 Rn 16 KKG.

Diese Vorschrift ist auslegungsbedürftig. Der Begriff eines „zu betreuenden Personenkreises“ setzt voraus, dass ein bestimmter Kreis von Menschen mit Behinderungen abstrakt – also ohne Ansehung der Leistung – beschrieben werden kann. Doch diese Voraussetzung ist nicht vereinbar mit dem durch § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX legal definierten Begriff der Behinderung. Nach diesem Verständnis, das auch wegen seiner Kongruenz zu Art. 1 Abs. 2 UN-BRK i. V. m. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG nicht zur Disposition steht, sind die durch § 2 Abs. 1 S. 2 SGB IX bestimmten Eigenschaften einer Person nur eines von mehreren Tatbestandsmerkmalen der Behinderung. Die Beschreibung eines Personenkreises, wie § 125 Abs. 2 Nr. 1 SGB IX sie verlangt, kann nur anhand von Eigenschaften von Personen vorgenommen werden. Eine Behinderung ist jedoch keine Eigenschaft einer Person, sondern eine soziale Situation. Sie liegt in der Beeinträchtigung der Teilhabemöglichkeiten. Diese hängen meist von einer unüberschaubaren Zahl von Faktoren ab und sind höchst heterogen. Daher lassen sich Menschen mit Behinderungen nicht anhand ihrer Eigenschaften i. S. v. § 2 Abs. 1 S. 2 SGB IX (Beeinträchtigung) zu Gruppen mit bestimmten Bedarfen zusammenfassen. Bedarfe erwachsen aus der Behinderung, nicht aus der Beeinträchtigung i. S. v. § 2 Abs. 1 S. 2 SGB IX, denn Leistungen zur Teilhabe dienen der Kompensation der Behinderung. Die Kompensation (oder gar Beseitigung) der Beeinträchtigung kann zwar, soweit sie möglich ist, auch eine mit ihr korrelierende Behinderung kompensieren oder beseitigen, doch nach der Legaldefinition der Teilhabeleistungen aus § 4 SGB IX ist sie nur eine Option neben anderen.

Die Vorschrift ist noch einem medizinischen Verständnis von Behinderung verhaftet, das mit der Vorstellung einhergeht, aus einer bestimmten medizinischen Diagnose lasse sich ohne Ansehung der sozialen Situation und der individuellen Wünsche und Vorstellungen ein Bedarf bestimmen. Diese Betrachtungsweise lässt sich nicht auf ein Verständnis von Behinderung als einer sozialen Tatsache übertragen, weil Behinderung nach diesem Verständnis mehrere Dimensionen umfasst (u. a. die Art der Beeinträchtigung i. S. v. § 2 Abs. 1 S. 2 SGB IX, die Teilhabeoptionen, die die betroffene Person wählen möchte, die Art der Barrieren, die dieser Teilhabe entgegenstehen, und die Mittel, die die betroffene Person nutzen möchte, um die Behinderung zu kompensieren). Diese Mehrdimensionalität erzeugt eine Komplexität, die eine abstrakte Beschreibung von Gruppen, auf die § 125 Abs. 2 Nr. 1 SGB IX zielt, unmöglich macht.⁵¹

Die Behinderung einer Person kann mit unterschiedlichen Teilhabezielen und mit sehr unterschiedlichen Mitteln kompensiert werden. Vor dem Hintergrund, dass die behinderte Person selbst entscheidet, wie sie ihr Leben führen „und welche Möglichkeiten zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft“ sie ergreifen möchte,⁵² wird vollends deutlich, dass

⁵¹ Vgl. Abschlussbericht zu den rechtlichen Wirkungen im Fall der Umsetzung von Art. 25a § 99 BTHG (ab 2023) auf den leistungsberechtigten Personenkreis der Eingliederungshilfe v. 13.9.2018, BT-Drs. 19/4500. Die Probleme, die hier in Bezug auf die Frage, wie der Zugang zum System der Eingliederungshilfe geregelt werden kann, beschrieben sind, sind im Grunde dieselben, die einer abstrakten Beschreibung des Adressatenkreises eines bestimmten aufzunehmenden Personenkreises entgegenstehen.

⁵² BSG, 19.5.2022, B 8 SO 13/20 R, Rn 15.

die abstrakte und normative Zuordnung von Personen zu einer bestimmten Leistung, die nach § 125 Abs. 2 Nr. 1 SGB IX ursprünglich vorgenommen werden sollte, mit dem neuen Recht der Eingliederungshilfe schlechterdings unvereinbar ist. Die Vorschrift kann daher nicht mehr so ausgelegt werden, wie dies zum Zeitpunkt ihres Erlasses⁵³ intendiert gewesen sein mag. Eine abstrakte Fassung eines Personenkreises, dem eine Leistung zugeordnet werden kann, ist nicht möglich.⁵⁴

Solange der Gesetzgeber hier nicht korrigierend eingreift, kann dem nur begegnet werden, indem der Personenkreis als die Gruppe derjenigen Menschen mit Behinderungen gefasst wird, deren Bedarf mit der Leistung, die nach den im Folgenden aufgeführten Maßstäben möglichst genau zu fassen ist, gedeckt werden kann. Dieses Verständnis wird gestützt durch §§ 104 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 und 123 Abs. 4 S. 1 SGB IX. § 104 Abs. 2 S. 2 SGB IX statuiert, dass Wünsche der leistungsberechtigten Person dann nicht angemessen sind, wenn die kostenmäßigen Voraussetzungen aus § 104 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB IX erfüllt sind und wenn der „Bedarf nach der Besonderheit des Einzelfalles durch die vergleichbare Leistung“, für die eine Vereinbarung nach § 125 bzw. § 134 SGB IX geschlossen ist, gedeckt werden kann. Die letztgenannte Voraussetzung liegt nicht etwa darin, dass die Person zum leistungsberechtigten Personenkreis einer bestimmten Leistung gehört. Auch die Aufnahmepflicht aus § 123 Abs. 4 S. 1 SGB IX rekurriert nicht auf die Formulierung aus § 125 Abs. 2 Nr. 1 SGB IX, sondern verpflichtet den Leistungserbringer, Leistungsberechtigte „im Rahmen des vereinbarten Leistungsangebots“ aufzunehmen. Diese Formulierung zielt wie diejenige in § 104 Abs. 2 SGB IX auf die Passung von Leistung und dem individuellen Bedarf der leistungsberechtigten Person, nicht dagegen auf die abstrakte Beschreibung bestimmter Personen nach ihren Eigenschaften.

Der Mindestbestandteil gem. § 125 Abs. 2 Nr. 1 SGB IX steht in engem Zusammenhang zum Kontrahierungszwang aus § 123 Abs. 4 S. 1 SGB IX, dem der Leistungserbringer sich mit dem Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung unterwirft. Bietet ein Leistungserbringer eine Leistung an, die zu dem individuellen Bedarf einer leistungsberechtigten Person passt – also geeignet ist, diesen zu decken –, hat das Folgen für das Erfüllungsverhältnis. Denn der Kontrahierungszwang bewirkt wegen des Dolo-agit-Einwands eine weitreichende Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit des Leistungserbringers.⁵⁵ Soweit eine leistungsberechtigte Person zum leistungsberechtigten Personenkreis gehört – soweit die Leistung also geeignet ist, ihren Bedarf (oder einen Teil des Bedarfs) zu decken –, ist der Leistungserbringer nicht nur zur „Aufnahme“ (§ 123 Abs. 4 S. 1

⁵³ Geschaffen durch das Gesetz zur Reform des Sozialhilferechts vom 23.7.1996, Inkrafttreten zum 1.1.1999, BGBl. I, 1088.

⁵⁴ Im Verfahren LSG Sachsen, 19.12.2023, L 8 SO 12/23 KL trug der beklagte Träger der Eingliederungshilfe (KSV Sachsen) vor: „Das von der Klägerin angeregte modulare System widerspreche § 125 Abs. 2 Nr. 1 SGB IX, da dort der zu betreuende Personenkreis angesprochen sei, wobei nach § 125 Abs. 3 SGB IX Leistungspauschalen für die zu erbringenden Leistungen festgelegt werden müssten.“ (LSG Sachsen, 19.12.2023, L 8 SO 12/23 KL, Rn 17). Der Träger der Eingliederungshilfe wollte in diesem Verfahren offenbar eine institutionenzentrierte Struktur verteidigen, möglicherweise um den Anspruch auf individuelle (personenzentrierte) Leistungen im Interesse der Kosten zu begrenzen.

⁵⁵ BayObLG, 26.10.1990, RE-Miet 1/90.

SGB IX) verpflichtet, sondern auch an der Kündigung gehindert, soweit nicht besondere Kündigungsgründe vorliegen, wobei § 12 WBVG wohl auch für Fälle, die nicht dem WBVG unterfallen, als Maßstab herangezogen werden kann.⁵⁶

7. Die erforderliche sächliche Ausstattung (§ 125 Abs. 2 Nr. 2 SGB IX)

Die sächliche Ausstattung umfasst die vollständige betriebliche Ausstattung mit Ausnahme der personellen Mittel. § 125 Abs. 2 Nr. 2 SGB IX wird z. T. auch von § 125 Abs. 2 Nr. 6 SGB IX umfasst (s. u. Nr. 14), was lediglich eine Doppelung bedeutet, die aus der Textgeschichte zu erklären ist.

Der Mindestbestandteil gem. § 125 Abs. 2 Nr. 2 SGB IX hat die Bestimmung von wechselseitigen Pflichten im Erfüllungsverhältnis zum Gegenstand.

8. Art der Leistungen (§ 125 Abs. 2 Nr. 3 SGB IX)

Die vertragliche Fassung der Art der Leistungen sollte auf einer fachlichen Konzeption des Leistungserbringers beruhen,⁵⁷ diese aber nicht blank in die Leistungsvereinbarung übernehmen. Zu beschreiben ist, um welche Art von Leistung es sich handelt und welche Methoden zur Anwendung kommen sollen. Soweit Methoden wissenschaftlich beschrieben sind, sollten diese bezeichnet werden.⁵⁸

Dieser Mindestbestandteil gem. § 125 Abs. 2 Nr. 3 SGB IX hat die Bestimmung von wechselseitigen Pflichten im Erfüllungsverhältnis zum Gegenstand.

9. Umfang der Leistungen (§ 125 Abs. 2 Nr. 3 SGB IX)

Die Vorgabe, dass die Leistungsvereinbarung auch den Umfang der Leistung fassen muss, unterstreicht, dass die Leistungsvereinbarung die Voraussetzungen dafür schaffen muss, dass die schuldrechtlichen Verpflichtungen des Leistungserbringers im Erfüllungsverhältnis hinreichend bestimmt werden. Aus der Leistungsvereinbarung i. V. m. dem Verwaltungsakt nach § 120 Abs. 2 S. 1 SGB IX muss der Umfang der Leistung, die der Leistungserbringer im Einzelfall schuldet, hervorgehen oder zumindest bestimmt werden können. Wenn z. B. die Leistungsvereinbarung die Leistung nach Art und Methode beschreibt und hinsichtlich des Umfangs vorsieht, dass der Träger der Eingliederungshilfe im Einzelfall entscheidet, wie viele Fachleistungsstunden zu erbringen sind, muss der bewilligende Verwaltungsakt die Zahl der Fachleistungsstunden beziffern, um hinreichende Bestimmtheit (§ 33 Abs. 1 SGB X) zu erlangen. Aus Leistungsvereinbarung und Verwaltungsakt i. V. m. dem Gesamtplan und dem Vertrag im Erfüllungsverhältnis kann dann die schuldrechtliche Verpflichtung des Leistungserbringers hinsichtlich ihres Umfangs bestimmt werden. Beschreibt die Leistungsvereinbarung dagegen ein Leistungsmodul, das insgesamt bewilligt oder nicht bewilligt werden soll, muss der Umfang der im

⁵⁶ Zu diesem Maßstab vgl. z. B. OLG Oldenburg, 28.5.2020, 1 U 156/19; LG Rottweil, 8.4.2022, 2 435/21.

⁵⁷ Rosenow, in: Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 7. Aufl. 2021, § 125 Rn 32 f.

⁵⁸ Vgl. z. B. Reichenbach (Hg.): Handbuch heilpädagogischer Methoden. Ein Leitfadens für die Praxis, 2023.

Erfüllungsverhältnis geschuldeten Leistung durch die Leistungsvereinbarung nach dem oben dargestellten Maßstab bestimmt sein.⁵⁹

In einer Leistungsvereinbarung kann nach Maßgabe von § 116 Abs. 2 SGB IX vereinbart werden, dass Leistungen für mehrere Leistungsberechtigte gemeinsam erbracht werden. Das kann dazu führen, dass die Bestimmung des Umfangs in der Leistungsvereinbarung sich nicht mehr ohne Weiteres auf den schuldrechtlichen Anspruch im Erfüllungsverhältnis der einzelnen leistungsberechtigten Person übertragen lässt, eröffnet aber nicht die Möglichkeit, den Anspruch gänzlich unbestimmt lassen. Wird z. B. vereinbart, dass ein nächtlicher Bereitschaftsdienst oder eine Nachtwache Teil eines Leistungsangebots ist, wird mindestens zu bestimmen sein, für wie viele Leistungsberechtigte eine Nachtwache bzw. Bereitschaftskraft zur Verfügung steht.

Dieser Mindestbestandteil gem. § 125 Abs. 2 Nr. 3 SGB IX hat die Bestimmung von wechselseitigen Pflichten im Erfüllungsverhältnis zum Gegenstand.

10. Ziel der Leistungen (§ 125 Abs. 2 Nr. 3 SGB IX)

Die Formulierung von Leistungszielen in der Leistungsvereinbarung dient dazu, die Leistung durch die Bestimmung ihrer finalen Dimension genauer zu fassen. Im Wesentlichen gilt hier dasselbe wie für die Art der Leistung (s. o. unter Nr. 8).

Dieser Mindestbestandteil gem. § 125 Abs. 2 Nr. 3 SGB IX hat die Bestimmung von wechselseitigen Pflichten im Erfüllungsverhältnis zum Gegenstand.

11. Qualität der Leistungen (§ 125 Abs. 2 Nr. 3 SGB IX)

Die Leistungsvereinbarung beschreibt nicht eine Leistung, die bereits tatsächlich stattgefunden hat, sondern ein Leistungsangebot. Daher ist hier in erster Linie die Strukturqualität zu fassen, soweit diese nicht bereits durch die übrigen Mindestbestandteile (wie z. B. die Qualifikation des Personals) beschrieben wird. Die Ergebnisqualität kann in der Leistungsvereinbarung nur eine Zielbestimmung sein. Prozessqualität kann in Bezug auf geschuldete Verfahrens- und Vorgehensweisen gefasst werden. Ergänzende Bestimmungen für die Qualität, die in der Leistungsvereinbarung umzusetzen sind, enthält § 37 Abs. 2 S. 1 und Abs. 4 SGB IX.

Dieser Mindestbestandteil gem. § 125 Abs. 2 Nr. 3 SGB IX hat die Bestimmung von wechselseitigen Pflichten im Erfüllungsverhältnis zum Gegenstand.

12. Festlegung der personellen Ausstattung (§ 125 Abs. 2 Nr. 4 SGB IX)

Leistungen der Eingliederungshilfe sind in erster Linie Dienstleistungen, die durch das Personal der Leistungserbringer erbracht werden. Daher hängt die Eignung von

⁵⁹ Das SG Freiburg hat eine Leistungsvereinbarung für nichtig gehalten, weil sich ihr auch mit allen Mitteln der Auslegung nicht entnehmen lässt, in welchem Umfang Leistungen zu erbringen sein sollen; SG Freiburg, 26.10.2022, S 9 SO 2169/22 ER.

Leistungserbringern gem. § 124 Abs. 2 SGB IX entscheidend von der Eignung des Personals ab. Der Gesetzgeber des BTHG hat das Erfordernis, die personelle Ausstattung in der Leistungsvereinbarung zu bestimmen, durch die Hinzufügung des Begriffs der „Festlegung“ unterstrichen. Während die Bestimmung des Umfangs der Leistungen – ggf. i. V. m. dem Verwaltungsakt nach § 120 Abs. 2 S. 1 SGB IX – die genaue Bestimmung des Personaleinsatzes ermöglichen muss, auf den im Einzelfall Anspruch besteht, bezieht sich die Festlegung der personellen Ausstattung auf das beim Leistungserbringer beschäftigte Personal. Da nicht vorherbestimmt werden kann, in welchem Umfang dieses Personal tatsächlich für den Einsatz zur Verfügung steht, da Ausfälle wegen Krankheit oder anderer Gründe nicht planbar sind, kann es sich nur um eine Mindestausstattung handeln.

Die bloße Vereinbarung eines „Personalschlüssels“ in dem Sinne, dass für eine bestimmte „Platzzahl“ eine bestimmte Zahl von Vollzeitäquivalenten bestimmt wird, führt dazu, dass das Risiko des Ausfalls von Personal vom Leistungserbringer auf die Leistungsberechtigten übergeht. Daher muss neben der personellen Ausstattung auch der Umfang der Leistungen nach o. g. Maßgabe vereinbart werden.

Der Mindestbestandteil gem. § 125 Abs. 2 Nr. 4 SGB IX hat die Bestimmung von wechselseitigen Pflichten im Erfüllungsverhältnis zum Gegenstand.

13. Qualifikation des Personals (§ 125 Abs. 2 Nr. 5 SGB IX)

Diese Vorschrift hängt mit § 125 Abs. 2 Nr. 4 SGB IX (s. o. unter Nr. 12) zusammen. Die Leistungsvereinbarung muss die personelle Ausstattung nach vorgehaltenen Vollzeitäquivalenten und Qualifikation bestimmen. Zur Qualifikation gehören nicht nur der Abschluss, den Beschäftigte vorweisen, sondern auch Zusatzqualifikationen und Umfang und Ausrichtung regelmäßiger Fortbildung. Die Vorschrift hat eine große Schnittmenge mit der Vorgabe der Bestimmung der Qualität der Leistung. Die Qualifikation des Personals ist ein Merkmal der Qualität der Leistung. Regelmäßige Fortbildung kann sowohl unter Qualität der Leistung als auch unter Qualifikation des Personals subsumiert werden. Dasselbe gilt z. B. für regelmäßige Einzel- oder Team-Supervision, die für viele Leistungsangebote ein wichtiges Element der Qualität der Leistung bzw. der Qualifikation des Personals sein kann.

Dieser Mindestbestandteil gem. § 125 Abs. 2 Nr. 5 SGB IX hat die Bestimmung von wechselseitigen Pflichten im Erfüllungsverhältnis zum Gegenstand.

14. Soweit erforderlich die betriebsnotwendigen Anlagen des Leistungserbringers (§ 125 Abs. 2 Nr. 6 SGB IX)

Die betriebsnotwendigen Anlagen sind Teil der sächlichen Ausstattung (vgl. oben Nr. 7).

Dieser Mindestbestandteil gem. § 125 Abs. 2 Nr. 6 SGB IX hat die Bestimmung von wechselseitigen Pflichten im Erfüllungsverhältnis zum Gegenstand.

c. Weitere Anforderungen

Das Leistungsvereinbarungsrecht folgt dem Leistungsrecht. Die Inhalte einer Leistungsvereinbarung müssen Leistungen abbilden, die denjenigen entsprechen, auf die das Gesetz den leistungsberechtigten Personen einen Anspruch zuspricht. Ausgangspunkt ist die Legaldefinition der Leistungen zur Teilhabe, die § 4 SGB IX gibt. Diese Legaldefinition steht in engem Zusammenhang mit der State-of-the-Art-Klausel des § 17 Abs. 1 Nr. 1 SGB I. Die Leistungsvereinbarung darf danach nicht irgendwelche Leistungen fassen. Ihr Gegenstand müssen vielmehr Leistungen zur Teilhabe sein, die nach aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen geeignet sind, um das gesetzlich bestimmte Ziel – möglichst gleichberechtigte Teilhabe am sozialen Leben – zu erreichen.

aa. Auswahl oder Mitsprache bei der Auswahl von Assistenzkräften

Im vorliegenden Zusammenhang ist § 4 Abs. 1 Nr. 4 SGB IX von besonderem Interesse. Danach sind Leistungen zur Teilhabe Leistungen, die „eine möglichst selbständige und selbstbestimmte Lebensführung [...] ermöglichen oder [...] erleichtern“. Je größer der Umfang ist, in dem eine Person auf Assistenz angewiesen sein, desto bedeutsamer wird, welche Personen die Assistenz ausüben.

Der Anspruch auf Leistungen, die eine möglichst selbstbestimmte Lebensführung ermöglichen sollen, kann daher einen Anspruch darauf umfassen, Assistenzkräfte auszuwählen. Mit den Vorschriften über das persönliche Budget hat der Gesetzgeber leistungsberechtigten Personen diese Möglichkeit bereits eingeräumt. Voraussetzung ist dann aber i. d. R., dass die leistungsberechtigte Person als Arbeitgeber ihrer Assistenzkräfte fungiert, was eine relevante Belastung bedeutet und auch weitere Nachteile haben kann.

Gerade im Fall einer privaten Verbindung zwischen leistungsberechtigter Person und Assistenzkraft – in deren Kontext sich eine leistungsberechtigte Person möglicherweise gerade wünscht, dass eine Person, zu der im Rahmen einer privaten Beziehung ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht, als Assistenzkraft fungiert – kann es sinnvoll sein, dass die Assistenzkraft nicht von der leistungsberechtigten Person beschäftigt wird, sondern von einem „Dritten“ (§ 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX), der als Leistungserbringer auftritt. Eine naheliegende Lösung für den Konflikt zwischen den Nachteilen des Arbeitgebermodells und dem Ziel, der leistungsberechtigten Person ein Mitbestimmungsrecht in Bezug auf die Auswahl der für sie tätigen Assistenzkräfte einzuräumen, liegt darin, ein solches Mitbestimmungsrecht in einer Leistungsvereinbarung festzulegen (§ 38 Abs. 1 Nr. 4 SGB IX).

bb. Kommunikation

§ 17 SGB I enthält Vorschriften, die Kommunikationshilfen bei der Ausführung von Sozialleistungen betreffen. § 17 Abs. 2 SGB I statuiert das Recht von Leistungsberechtigten mit Hör- und Sprachbehinderungen, „bei der Ausführung von Sozialleistungen [...] in Deutscher Gebärdensprache, mit lautsprachbegleitenden Gebärden oder über andere geeignete Kommunikationshilfen“ zu kommunizieren. Im Regelfall der Leistungserbringung durch Dritte erfordert das eine entsprechende personelle und ggf. auch sächliche Ausstattung, deren Kosten wegen § 17 Abs. 2 S. 2 SGB I im Zuge der Vergütungsvereinbarung zu berücksichtigen sind.

Bereits die State-of-the-Art-Klausel aus § 17 Abs. 1 Nr. 1 SGB I enthält die Vorgabe, dass Leistungen der Eingliederungshilfe durch Leistungsvereinbarungen so ausgestaltet werden, dass Leistungsberechtigte im Rahmen ihrer Fähigkeiten mit dem Personal kommunizieren können. § 17 Abs. 2 SGB I reflektiert diese Notwendigkeit.⁶⁰ Dennoch scheint die Bedeutung von § 17 Abs. 2 SGB I von den Akteuren der Eingliederungshilfe bislang nur am Rande wahrgenommen worden zu sein. Umso wichtiger ist die korrespondierende Vorschrift des § 124 Abs. 2 S. 2 SGB IX, die die Eignung des Personals davon abhängig macht, dass dieses mit den leistungsberechtigten Personen kommunizieren kann.

§ 17 Abs. 2 SGB I erfasst lediglich die Kommunikation von Leistungsberechtigten mit Hör- und Sprachbehinderungen. § 17 Abs. 2a SGB I statuiert, dass § 11 BGG „bei der Ausführung von Sozialleistungen entsprechend“ gilt. Diese Vorschrift erfasst die Ansprüche von Menschen mit geistigen oder seelischen Behinderungen auf Kommunikation in einfacher oder leichter Sprache und hängt wie § 17 Abs. 2 SGB I mit dem Leistungsvereinbarungsrecht der Eingliederungshilfe zusammen.

§ 124 Abs. 2 S. 2 SGB IX geht weiter als § 17 Abs. 2 und 2a SGB I. Die Eignung eines Leistungserbringers setzt nach dieser Vorschrift voraus, dass das „Betreuungspersonal“ (§ 124 Abs. 2 S. 1 SGB IX) „über die Fähigkeit zur Kommunikation mit den Leistungsberechtigten in einer für die Leistungsberechtigten wahrnehmbaren Form“ verfügt. Dies umfasst die erforderlichen Kompetenzen für alle Kommunikationsmittel und -hilfen, die im Einzelfall geeignet sind.

⁶⁰ Lutz betont in ihrer Untersuchung die herausragende Bedeutung von Kommunikation für die Wirksamkeit von Teilhabeleistungen: „Half of the research participants with intellectual disabilities had communication support needs. Non-verbal language (e.g. body language, facial expression) was tremendously important in understanding their experiences and formed part of the data included in field notes and interview transcripts.“ Lutz: The experiences of support work relationships within the ruling relations. An institutional ethnographic study on the relationships between personal budget holders with intellectual disabilities and their support workers in Germany and Australia, Sydney 2019, S. 16; s. a. Lutz/Fisher: Personalising Support through Communication between People with Intellectual Disabilities and their Support Workers, Scandinavian Journal of Disability Research 2023, S. 295–308.

cc. Qualitätssicherung und -weiterentwicklung

§ 37 SGB IX enthält Vorschriften, die die Qualität der Leistungen, ihre Sicherung und ihre Weiterentwicklung betreffen. Nach § 37 Abs. 2 SGB IX stellen Leistungserbringer „ein Qualitätsmanagement sicher, das durch zielgerichtete und systematische Verfahren und Maßnahmen die Qualität der Versorgung gewährleistet und kontinuierlich verbessert“. Für den Bereich der Eingliederungshilfe wird die Vorschrift durch die Vorgaben des Leistungsvereinbarungsrechts ergänzt, nicht jedoch verdrängt. Nach diesen Vorgaben ist die Qualität der Leistung in der Leistungsvereinbarung zu bestimmen, sodass es zu einer unmittelbaren Verpflichtung der Leistungserbringer im Erfüllungsverhältnis kommt, deren Grundlage die Leistungsvereinbarung und der Vertrag im Erfüllungsverhältnis sind (nicht das Gesetz). § 37 Abs. 2 S. 1 SGB IX normiert – lediglich – Maßstäbe für diese Bestimmung. Ob bereits § 37 Abs. 2 S. 1 SGB IX die Leistungserbringer (unmittelbar) verpflichtet, ist wohl nicht geklärt. Dagegen sprechen der sehr hohe Abstraktionsgrad der Vorschrift, die für sich genommen kaum geeignet scheint, eine konkrete Verpflichtung (vgl. § 128 SGB IX) eines Leistungserbringers zu begründen, und ihre Verortung im Bereich der Vorschriften, die den Sicherstellungsauftrag der Rehabilitationsträger zum Gegenstand haben.

Die Leistungsvereinbarung muss den Leistungserbringer danach zur Einrichtung eines Qualitätsmanagements verpflichten, das auch Verfahren zur Weiterentwicklung umfasst. Der Vorschrift liegt ein dynamisches Verständnis von Qualität zugrunde, das reflektiert, dass wissenschaftliche Erkenntnisse beständig weiterentwickelt werden. Die State-of-the-Art-Klausel aus § 17 Abs. 1 Nr. 1 SGB I erfordert daher die Dynamisierung der qualitativen Standards, denen die Leistung zu genügen hat.

§ 37 Abs. 4 SGB IX verpflichtet die Träger der Eingliederungshilfe, nach pflichtgemäßem (§ 39 SGB I) Ermessen darüber zu entscheiden, inwieweit im Einzelfall weitergehende Anforderungen an die Qualität der Leistung und an das Qualitätsmanagement des Leistungserbringers zu vereinbaren sind.

dd. Gewaltschutz

Dem Schutz vor Gewalt dienen zunächst die Regelungen der Sätze 3–9 in § 124 Abs. 2 SGB IX. Danach ist der Leistungserbringer verpflichtet, von seinen Beschäftigten in regelmäßigen Abständen die Vorlage eines erweiterten Führungszeugnisses zu verlangen. Personen, die wegen einer der in § 124 Abs. 2 S. 3 SGB IX aufgeführten Straftaten rechtskräftig verurteilt worden sind, darf ein Leistungserbringer nicht beschäftigen, soweit sie im Rahmen ihrer Tätigkeit Kontakt mit leistungsberechtigten Personen haben.

Mit dem Teilhabestärkungsgesetz vom 2.6.2021⁶¹ – und damit knapp zehn Jahre nach dem BiKSchG vom 22.11.2011⁶² – fügte der Gesetzgeber § 37a SGB IX in die leistungserbringungsrechtlichen Vorschriften des Ausführungsgesetzes ein. Diese Vorschrift, deren Bestimmtheitsgrad deutlich höher ist als derjenige von § 37 Abs. 2 SGB IX, adressiert die Leistungserbringer direkt. Die Bundesregierung führte in der Begründung zum Gesetzentwurf aus:

„Der Schutzauftrag wird an diejenigen adressiert, die den Schutz vor Gewalt von Menschen mit Behinderungen und von Behinderung bedrohter Menschen bei der Leistungserbringung am effektivsten gewährleisten können. Adressaten sind die Leistungserbringer aller Rehabilitationsträger, unabhängig davon, in welcher Form und an welchem Ort sie ihre Leistung erbringen.“⁶³

§ 37a Abs. 2 SGB IX verpflichtet den Träger der Eingliederungshilfe, darauf hinzuwirken, dass die Leistungserbringer den Schutzauftrag aus § 37a Abs. 1 SGB IX erfüllen. Das kann auf unterschiedliche Weise geschehen. Im Fall vertragsgebundener Leistungserbringer kann die Erfüllung des Schutzauftrags als gesetzliche Pflicht gem. § 128 SGB IX geprüft werden. Die Nichterfüllung kann nach § 129 SGB IX sanktioniert werden. Es ist nicht unbedingt erforderlich, aber ohne Weiteres möglich und i. d. R. wohl sinnvoll, die Erfüllung des Schutzauftrags auch zum Gegenstand der Leistungsvereinbarung zu machen.

§ 124 Abs. 2 SGB IX gilt fraglos nur für Leistungserbringer, die eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung mit dem nach § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX zuständigen Träger der Eingliederungshilfe geschlossen haben. § 37a SGB IX gilt jedenfalls für Leistungserbringer mit einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung. Ob die Vorschrift auch Unternehmen adressiert, die Leistungen der Eingliederungshilfe erbringen, die ausschließlich als Geldleistung finanziert werden, ist wohl nicht geklärt. Die Verwendung des Begriffs „Leistungserbringer“ könnte zwar Bezug auf die Klammerdefinition in § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX nehmen, was für die Beschränkung auf solche Leistungserbringer sprechen könnte. Doch ratio legis von § 37a SGB IX spricht sicher gegen eine solche Beschränkung. Andererseits führt eine weite Auffassung, die auch nicht vereinbarungsgewundene Leistungserbringer von § 37a SGB IX erfasst wissen will, zu Abgrenzungsproblemen. § 37a SGB IX wird z.B. dann wohl nicht anwendbar sein, wenn eine leistungsberechtigte Person selbst als Arbeitgeber ihrer Assistenzkräfte auftritt und dafür ein persönliches Budget in Anspruch nimmt, oder wenn ein Autohaus ein Kraftfahrzeug verkauft, für das eine Geldleistung nach § 83 SGB IX bewilligt wurde.

⁶¹ BGBl. I, S. 1387.

⁶² BGBl. I, S. 2975.

⁶³ BT-Drs. 19/27400, S. 61.

ee. Äquivalenz von Leistung und Vergütung

Die in der Leistungsvereinbarung vereinbarte Leistung und die in der Vergütungsvereinbarung vereinbarte Vergütung müssen in einem Äquivalenzverhältnis zueinander stehen. Das verlangt das in § 123 Abs. 2 SGB IX verankerte Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.

Die Vergütung darf das Maß des Notwendigen nicht überschreiten.⁶⁴ Zwar formuliert § 123 Abs. 2 S. 2 SGB IX, „die Vereinbarungen“ dürften das Maß des Notwendigen nicht überschreiten, doch das Maß der notwendigen Vergütung kann nach der gesetzlichen Konzeption nur daran gemessen werden, welche Leistung mit einem bestimmten Betrag vergütet wird. Ist die Leistung durch die Leistungsvereinbarung bestimmt, kann die Vergütung beziffert werden. Das Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ist daher nach dem Minimalprinzip umzusetzen.⁶⁵ Danach ist ein bestimmter Nutzen – hier die vorab bestimmte Leistung – mit geringstmöglichen Mitteln zu erreichen. Das hat der 8. Senat des BSG bereits für die vormalige Rechtslage so gesehen:

„Bei der Verhandlung der Vergütungen nach § 75 Abs 3 SGB XII, deren Ziel die kostengünstigste Lösung für eine gleichartige Leistung sein muss, geht es um die Einhaltung (nur) des Wirtschaftlichkeitsgebots im Sinne des Minimalprinzips. Dies entspricht andererseits auch dem Gebot der Sparsamkeit; dieses soll die Anerkennung unnötiger Kosten verhindern, und zwingt dazu, unter geeigneten Mitteln nach Gesichtspunkten der Kostengünstigkeit auszuwählen [...]. Es stimmt damit inhaltlich mit dem Minimalprinzip in vollem Umfang überein [...].“⁶⁶

Leistungsvereinbarung und Vergütungsvereinbarung zusammen formulieren ein Austauschverhältnis, das jedoch durch ihren Abschluss noch nicht zustande kommt. Sie formulieren schuldrechtliche Verpflichtungen, ohne dass mit ihrem Abschluss diesbezügliche Verpflichtungsgeschäfte eingegangen würden.

In den Fällen, in denen das Erfüllungsverhältnis dem WBVG unterfällt, ergibt sich ein Anhaltspunkt für die Richtigkeit der Vergütungsvereinbarung aus § 7 Abs. 2 S. 1 WBVG. Danach schuldet der Verbraucher das Entgelt nur, soweit es „insgesamt und nach seinen Bestandteilen im Verhältnis zu den Leistungen angemessen ist.“ Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen können §§ 1–14 WBVG nicht verdrängen.⁶⁷ Fehlt es an einem i. S. v. § 7 Abs. 2 S. 1 WBVG angemessenen Verhältnis von Leistung und Gegenleistung und gereicht diese Unangemessenheit dem Verbraucher zum Nachteil (§ 16 WBVG), können die Vereinbarungen im Leistungsverschaffungsverhältnis insoweit keine Wirksamkeit im Erfüllungsverhältnis erlangen. In Fällen, in denen das WBVG nicht gilt, wird man

⁶⁴ Art und Umfang der notwendigen Leistung sind nicht Gegenstand der Leistungsvereinbarung, sondern der Bestimmung des Bedarfs, die der Träger der Eingliederungshilfe vorzunehmen hat (§§ 13, 118 SGB IX).

⁶⁵ Busse, in: jurisPK-SGB IX, 4. Aufl. 2023, § 123 Rn 62. Ebenso Schweigler: Die Bindung des Trägers der Eingliederungshilfe an „fremde“ Vereinbarungen (§ 123 Abs. 2 Satz 1 SGB IX) (Teil II), SGB 2024, S. 141–150 <143>.

⁶⁶ BSG, 7.10.2015, B 8 SO 21/14 R, Rn 17 mit Verweis u. a. auf BVerwG, 1.12.1998, 5 C 29/97.

⁶⁷ BGH, 12.5.2016, III ZR 279/15, Rn 33.

jedenfalls dann, wenn die Verträge im Erfüllungsverhältnis Formularverträge (§ 305 BGB) sind, über die Inhaltskontrolle des § 307 Abs. 1 BGB zu einem ähnlichen oder demselben Ergebnis kommen. Auch das AGB-Recht der §§ 305 ff. BGB wird durch den Primat der Verträge im Leistungsverschaffungsverhältnis vor denjenigen im Erfüllungsverhältnis nicht verdrängt, ebenso wenig die allgemeinen Vorschriften der §§ 134, 138, 241 Abs. 2 und 242 BGB.

d. Wirkungen

Die zentrale Funktion der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung liegt darin, dass sie die Verträge im Erfüllungsverhältnis inhaltlich bestimmt. Daneben ordnet das Gesetz weitere Wirkungen an.

- § 123 Abs. 4 S. 1 SGB IX bestimmt, dass der vertragsgebundene Leistungserbringer Leistungsberechtigte, deren Bedarf durch die vereinbarte Leistung gedeckt werden kann (→ II.2.b Nr. 6), „aufnehmen“ muss. Dies ist ein Kontrahierungszwang, dem der Leistungserbringer sich mit dem Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung unterwirft. Die „Aufnahme“ einer leistungsberechtigten Person bedeutet stets den Abschluss eines Vertrags im Erfüllungsverhältnis.⁶⁸
- Ein Leistungserbringer, der eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung schließt, unterwirft sich damit zugleich der Geltung des Gesamtplans, den der Träger der Eingliederungshilfe im Einzelfall erlässt (§ 123 Abs. 4 S. 1 SGB IX).⁶⁹
- § 123 Abs. 6 SGB IX bestimmt, dass der Leistungserbringer im Fall der Bewilligung einer Leistung im Sozialleistungsverhältnis zwischen Träger der Eingliederungshilfe und leistungsberechtigter Person nach Maßgabe des bewilligenden Verwaltungsakts einen öffentlich-rechtlichen Zahlungsanspruch gegen den Träger der Eingliederungshilfe erwirbt, den § 127 Abs. 1 SGB IX näher bestimmt. Die vormalige Rechtsprechung des BSG, nach der dem Bewilligungsbescheid im Sozialleistungsverhältnis ein zivilrechtlicher Schuldbeitrittsvertrag gleichsam entspringe,⁷⁰ ist damit obsolet.

⁶⁸ Es ist ungeklärt, ob der Träger der Eingliederungshilfe diesen Anspruch gegen den Leistungserbringer geltend machen kann. Das LSG Nordrhein-Westfalen hat bislang entschieden, dass diese Frage dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, LSG Nordrhein-Westfalen, 27.1.2023, L 9 SO 367/22 B ER.

⁶⁹ Nach ganz überwiegender Auffassung soll der Gesamtplan – obwohl er nach dem Wortlaut des § 123 Abs. 4 S. 1 SGB IX den Leistungserbringer unmittelbar verpflichtet – nicht unter § 31 SGB X zu subsumieren, also kein Verwaltungsakt sein (Becker: Pläne im Sozialleistungsverhältnis, SGB 2024, S. 317–326 m. w. N.; LSG Berlin-Brandenburg, 22.8.2024, L 23 SO 300/23 m. w. N. – anhängig beim BSG unter B 8 SO 22/24 B); a. A. Rosenow: Gesamtplan nach § 121 SGB IX i. d. F. BTHG – Verwaltungsakt mit Drittwirkung, RP-Reha 2018, S. 17–24.

⁷⁰ BSG, 28.10.2008, B 8 SO 22/07 R; zu Recht kritisch: Ladage: Das sozialhilferechtliche Leistungserbringerrecht – ein zivilrechtlich-öffentlichrechtliches Konglomerat?, SGB 2013, S. 553–556 und Busse: Die Karriere des Sachleistungsverschaffungsprinzips – auch ein Beitrag zur Gesetzesbindung im Sozialrecht, ZFSH SGB 2023, S. 316–325.

- Mit dem Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung unterwirft der Leistungserbringer sich dem Prüfrecht, ggf. auch der Prüfpflicht des Trägers der Eingliederungshilfe aus § 128 SGB IX.
- Daneben unterwirft er sich den Regelungen über die Kürzung der Vergütung aus § 129 SGB IX. Die Kürzung der Vergütung nach § 129 SGB IX ist eine Sanktion, die in erster Linie dazu dient, die Einhaltung der schuldrechtlichen Verpflichtungen im Erfüllungsverhältnis, denen der Leistungserbringer sich mit dem Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung *und* einem Vertrag im Erfüllungsverhältnis unterwirft, notfalls gegen diesen durchzusetzen.⁷¹

Leistungen, über die eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung geschlossen ist, fungieren als Vergleichsmaßstab, der im Zusammenhang mit dem Wunsch- und Wahlrecht (§ 104 Abs. 2 S. 2 SGB IX) und dem Anspruch auf ein persönliches Budget (§ 29 Abs. 2 S. 7 SGB IX) relevant ist.

e. Zwischenergebnis

Die gesetzliche Bestimmung von Mindestbestandteilen statuiert den inhaltlichen Mindeststandard der Leistungsvereinbarung. Damit ist nicht gesagt, dass die Leistungsvereinbarung nicht weitere Inhalte umfassen dürfte, die über die Mindestinhalte hinausgehen.

Mit der Normierung von Mindestbestandteilen der Leistungsvereinbarung definiert das Gesetz zugleich, was eine Leistungsvereinbarung ist. Eine Vereinbarung, die diese Mindestbestandteile nicht enthält, ist danach möglicherweise irgendeine Vereinbarung, nicht aber eine Leistungsvereinbarung. Die Bezeichnung einer Vereinbarung als Leistungsvereinbarung bewirkt für sich genommen nichts. Wie stets gilt auch hier: *falsa demonstratio non nocet*.⁷² Eine durch ihre Bezeichnung bloß prätendierte Leistungs- und Vergütungsvereinbarung ist keine Vereinbarung i. S. v. § 123 SGB IX und eröffnet damit nicht die Möglichkeit, Leistungen der Eingliederungshilfe rechtmäßig als Sachleistung zu bewilligen.

Mit Ausnahme der Vorgabe aus § 38 Abs. 1 Nr. 6 SGB IX erfassen alle gesetzlichen Mindestbestandteile der Leistungsvereinbarung Inhalte der Verträge, die im

⁷¹ Busse, in: jurisPK-SGB IX, 4. Aufl. 2023, § 129 Rn 10; BT-Drucks. 18/9522, S. 299; Rosenow, in: Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 2021, § 129 Rn 4–7.

⁷² Das BSG hat mit zwei Entscheidungen vom 6.12.2018 Vereinbarungen im Leistungsveranschaffungsverhältnis der Sozialhilfe (§§ 75 ff. SGB XII a. F.) auch dann gegen den Leistungserbringer gelten lassen, wenn diese nichtig sein sollten. Die Geltung einer nichtigen Vereinbarung hat der 8. Senat des BSG auf § 242 BGB gestützt; BSG, 6.12.2018, B 8 SO 9/18 R, Rn 44; BSG, 6.12.2018, B 8 SO 11/18 R, Rn 16 f. Kurz zuvor hatte derselbe Senat allerdings (überzeugend) ausgeführt: „Die von dem Beklagten dargestellten Folgen einer Nichtigkeit der Verträge (dazu sogleich) oder das jahrelange Hinnehmen nichtiger Verträge vermögen ebenfalls kein anderes Ergebnis zu begründen. Denn der Nichtigkeit eines Vertrags können weder der Zeitablauf noch Gesichtspunkte von Treu und Glauben entgegengesetzt werden.“ (BSG, 13.7.2017, B 8 SO 21/15 R, Rn 16). Das SG Freiburg hat eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung, der der Umfang der Leistungen nicht zu entnehmen ist, als nichtig verworfen (SG Freiburg, 26.10.2022, S 9 SO 2169/22 ER).

Erfüllungsverhältnis zustande kommen. Das unterstreicht, dass die zentrale Aufgabe der Leistungsvereinbarung darin liegt, die schuldrechtlichen Verpflichtungen des Leistungserbringers im Erfüllungsverhältnis zu bestimmen. Die korrespondierenden schuldrechtlichen Verpflichtungen der leistungsberechtigten Person bestimmt in erster Linie die Vergütungsvereinbarung.

Aus Sicht der leistungsberechtigten Personen schaffen Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen Fakten. Denn sie konstituieren als Sachleistungen verfügbare Leistungen, die zur Deckung der Bedarfe der Leistungsberechtigten (oft: nur) in Betracht kommen. Diese Wirkung reicht zwar sehr weit, ist aber nicht normativer Natur. Die Leistungsberechtigten werden durch den Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nicht verpflichtet. Ihre Rechte werden nicht normativ eingeschränkt. Zwar kann die Realisierung ihrer Rechte durch den Abschluss rechtswidriger Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen ganz oder teilweise vereitelt werden, doch dies wäre eine tatbestandliche, keine normative Wirkung. Der Anspruch auf Leistungen zur Teilhabe entfällt nicht dadurch, dass seine Realisierung vereitelt wird (so wie die Strafbarkeit einer Tat nicht dadurch entfällt, dass der Täter sich der Verfolgung erfolgreich entzieht).

Die ratio legis der Vorschriften über die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung liegt darin, dass der Träger der Eingliederungshilfe *durch die Bestimmung der wechselseitigen Pflichten im Erfüllungsverhältnis* seinen Sicherstellungsauftrag erfüllen und zugleich dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit Geltung verschaffen kann. Das Unterbleiben der Erfüllung des Sicherstellungsauftrags (oder die unzureichende Erfüllung) kann zwar der Realisierung eines Anspruchs auf eine Sozialleistung faktisch entgegenstehen, aber den Anspruch nicht (normativ) derogieren.

Dabei ist im vorliegenden Zusammenhang zu beachten, dass Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Leistung nach den Grundsätzen der prospektiven Entgeltvereinbarung zu gewährleisten sind (§ 123 Abs. 2 S. 2 SGB IX). Das Entgelt wird in einem Aushandlungsprozess, notfalls mithilfe einer Schiedsstelle (§ 126 Abs. 2 SGB IX), bestimmt. Der Vereinbarungszeitraum (§ 123 Abs. 2 S. 2 SGB IX), der Mindestbestandteil der *Vergütungsvereinbarung* – nicht der *Leistungsvereinbarung* – ist, ist eigentlich eine Sperrfrist, innerhalb derer es den Leistungsvereinbarungspartnern untersagt ist (mit Ausnahme der Fälle des § 127 Abs. 3 SGB IX), das Entgelt neu zu verhandeln. Das ergibt sich aus § 127 Abs. 4 SGB IX, wonach die Vergütungsvereinbarung fortgilt, wenn der Vereinbarungszeitraum abgelaufen ist.⁷³

Mindestinhalte und gesetzliche Wirkungen der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung begrenzen bis zu einem gewissen Grad die auf Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) und Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 GG) beruhende unternehmerische Freiheit des Leistungserbringers. Was die gesetzlichen Mindestinhalte der Leistungsvereinbarung betrifft,

⁷³ Rosenow, in: Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 7. Aufl. 2021, § 127 Rn 61.

gilt zwar, dass ein Eingriff in ein Grundrecht nicht vorliegt, wenn der Grundrechtsträger einwilligt (*volenti non fit iniuria*). Doch die gesetzlichen Bestimmungen über die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung beschränken die unternehmerische Freiheit durchaus. Denn im Bereich der Leistungen der Eingliederungshilfe wird der Marktzugang überwiegend durch das Vertragsrecht der §§ 123 ff. SGB IX gesteuert.⁷⁴ Leistungserbringer haben zwar, Eignung vorausgesetzt, einen durchsetzbaren Anspruch auf Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung.⁷⁵ Doch das gilt nur unter der Voraussetzung, dass diese Vereinbarung den gesetzlichen Bestimmungen entspricht. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung beschränken auf diese Weise den Marktzugang, was ohne Weiteres gerechtfertigt ist, denn zum einen werden so die Rechte der Leistungsberechtigten gewahrt, zum anderen wird der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verwirklicht.

Im Ergebnis ergeben sich aus den Vorschriften über die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung die Bedingungen, unter denen Leistungserbringern der Zugang zum Markt der als Sachleistung bewilligten Leistungen der Eingliederungshilfe gewährt wird. Wenn diese Bedingungen erfüllt sind, hat der nach § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX zuständige Träger der Eingliederungshilfe einem Leistungserbringer Zugang zum Markt der Sachleistungen zu gewähren, indem er mit ihm eine Vereinbarung nach § 125 SGB IX schließt.

Zwar steht es Leistungsvereinbarungspartnern grundsätzlich frei, über die gesetzlichen Mindestbestandteile hinausgehende Inhalte zum Gegenstand einer Leistungsvereinbarung zu machen, solange sie die gesetzlichen Vorgaben i. Ü. beachten. Doch das bedeutet nicht, dass es dem Träger der Eingliederungshilfe erlaubt wäre, den bereits umfangreichen gesetzlichen Bedingungen nach eigenem Gutdünken weitere hinzuzufügen, indem er den Abschluss einer Leistungsvereinbarung an Bedingungen knüpft, die im Gesetz keine Grundlage finden. Dem stehen die Bindung der Verwaltung an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) und der Gesetzesvorbehalt (§ 31 SGB I) entgegen.

3. Konstitutive Vertragsklauseln und deren Durchsetzbarkeit

a. Konstitutive und deklaratorische Vertragsklauseln

Verträge können neben Vertragsinhalten, die eine Vertragsnorm setzen, für die der Vertrag konstitutiv ist, auch Klauseln enthalten, die lediglich deklaratorischer Natur sind,

⁷⁴ BSG, 17.5.2023, B 8 SO 12/22 R, Rn 29; grundlegend s. Cremer/Goldschmidt/Höfer: Soziale Dienstleistungen, 2. Aufl. 2023.

⁷⁵ Rosenow, in: Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 7. Aufl. 2021, § 126 Rn 20. Diese Auffassung wird in Rechtsprechung und Literatur soweit ersichtlich nicht bestritten; vgl. auch SG Freiburg, 21.1.2016, S 12 SO 1791/14. Nach neuem Recht sind vergleichbare gerichtliche Entscheidungen noch nicht bekannt, was damit zusammenhängen könnte, dass die Leistungsvereinbarung nun auch dem Schiedsstellenverfahren zugänglich ist (§ 126 Abs. 2 SGB IX).

weil die Norm, die sie formulieren, unabhängig von dem Vertrag gilt, und Verträge tun dies auch sehr oft. Auch wenn Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen gelegentlich mit deklaratorischen Inhalten überfrachtet werden, können deklaratorische Vertragsklauseln durchaus sinnvoll sein, z. B. weil sie zur Klarheit und Verständlichkeit eines Vertrags beitragen.

Eine deklaratorische Vertragsklausel ist in normativer Hinsicht bedeutungslos, weil sie eine ohnehin geltende Norm nur repetiert. Eine konstitutive Vertragsklausel dagegen setzt eine Vertragsnorm. Ein Vertrag, der ausschließlich deklaratorische Klauseln enthielte, wäre i. d. R. wohl kein Vertrag, da er keine essentialia negotii enthielte, mit anderen Worten: keine Mindestbestandteile enthielte, die ihn erst zu einem Vertrag machten.

b. Durchsetzbare und nicht durchsetzbare Vertragsklauseln

Wenn man eine Vertragsnorm an einem engen Normverständnis misst, das eine Norm nur dort erkennt, wo ein Rechtsmittel zu ihrer Durchsetzung bereitsteht, wäre eine Vertragsnorm, deren Einhaltung nicht durchsetzbar wäre und deren Missachtung ohne Sanktionsmöglichkeit bliebe, bereits keine echte Vertragsnorm (*ubi ius ibi remedium*).⁷⁶ Auch wenn ein solcher Normbegriff schon vor dem Hintergrund der umfangreichen objektiven Rechtspflichten des öffentlichen Rechts wohl unzureichend ist, hilft er dabei, neben der Unterscheidung zwischen deklaratorischen und konstitutiven Vertragsinhalten eine zweite Unterscheidung sichtbar zu machen: Vertragsinhalte können durchsetzbar oder nicht durchsetzbar sein.

So ist z. B. allgemein anerkannt, dass die qualitative Schlechtleistung im Rahmen eines Dienstleistungsvertrags für sich genommen noch kein Minderungsrecht des Gläubigers der Leistung nach sich zieht. Erbringt der Schuldner einer Dienstleistung Leistungen nicht in geschuldeter Qualität, akzeptiert das Leistungsstörungsrecht dies bis zu einem gewissen Grad.⁷⁷ Der Gläubiger kann erst für die Zukunft Konsequenzen ziehen, i. d. R. indem er den Vertrag kündigt bzw. keinen neuen Auftrag erteilt.

Nun ist eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung ein Vertrag, der wechselseitige schuldrechtliche Verpflichtungen determinieren soll, die durch ihn gerade *nicht konstituiert* werden (sondern erst durch einen Vertrag im Erfüllungsverhältnis). Die wechselseitigen schuldrechtlichen Verpflichtungen, die die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung enthält, ohne sie zu erzeugen, kommen gerade nicht zwischen den Leistungsvereinbarungspartnern zustande, sondern zwischen dem Leistungserbringer (Unternehmer) und

⁷⁶ Vgl. den engen Normbegriff Kelsens: Kelsen: Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 2. Auflage 1960, Tübingen 2017, S. 78 ff., S. 456.

⁷⁷ Hänlein: Die Problematik der Minderung bei sozialen Dienstleistungen, in: Marhold u.a. (Hg.): Arbeits- und Sozialrecht für Europa 2020 (Festschrift für Maximilian Fuchs), 2020, S. 535–548 m. w. N.

der leistungsberechtigten Person (Verbraucher). In diesem Verhältnis sind sie durchsetzbar, soweit das Zivilvertragsrecht Zwangsmittel oder notfalls Sanktionen bereithält. Doch dieser Weg ist nur für solche Vertragsnormen einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung eröffnet, die schuldrechtliche Verpflichtungen im Erfüllungsverhältnis zum Gegenstand haben. Enthält die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung Klauseln, die sich nicht auf den Inhalt des Vertrags im Erfüllungsverhältnis auswirken, wäre deren Einhaltung jedenfalls nicht im Erfüllungsverhältnis durchsetzbar.

Ergänzend zu den zivilrechtlichen Regelungen, die der leistungsberechtigten Person im Erfüllungsverhältnis zur Verfügung stehen, hat der Gesetzgeber des BTHG mit §§ 128, 129 SGB IX ein Prüf- und Sanktionsinstrumentarium geschaffen, das dem Träger der Eingliederungshilfe zu Gebote steht, um notfalls gegen den Leistungserbringer durchzusetzen, dass dieser seine gesetzlichen und vertraglichen Pflichten erfüllt. Allerdings kann bereits *im Erfüllungsverhältnis* nicht jedwede Verletzung vertraglicher oder gesetzlicher Pflichten des Leistungserbringers sanktioniert werden. Noch weniger kann jede Gesetzes- oder Vertragsverletzung, die das Erfüllungsverhältnis gar nicht berührt, eine Sanktion nach § 129 SGB IX tragen.

Eine weitreichende Beschränkung ergibt sich aus dem Wort „entsprechend“ in § 129 Abs. 1 S. 1 SGB IX. Im Ergebnis dient die Vergütungskürzung nach § 129 SGB IX in erster Linie der Kompensation einer Leistungsstörung im Erfüllungsverhältnis unter den besonderen Bedingungen des sozialleistungsrechtlichen Dreiecksverhältnisses in seiner besonderen Ausgestaltung durch das Vertragsrecht der §§ 123 ff. SGB IX.⁷⁸

Das Vertragsrecht der §§ 123 ff. SGB IX dient dem Träger der Eingliederungshilfe zur Erfüllung seines Sicherstellungsauftrags. Daher muss es ihm möglich sein, mit den Mitteln der §§ 128, 129 SGB IX die Beachtung derjenigen Pflichten des Leistungserbringers durchzusetzen, deren Beachtung zur Erfüllung des Sicherstellungsauftrags erforderlich ist. Neben den zivilrechtlichen Pflichten im Erfüllungsverhältnis gehört dazu insbesondere die Aufnahmepflicht aus § 123 Abs. 4 S. 1 SGB IX. Auch eine möglicherweise in einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung vereinbarte Verpflichtung zur Vorhaltung einer Leistung wäre sicher erfasst.

Verletzungen gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten hingegen, deren Einhaltung ohne Bedeutung für die Erfüllung des Sicherstellungsauftrags ist, dürften i. d. R. nicht geeignet sein, eine Kürzung der Vergütung nach § 129 SGB IX zu tragen.

Veröffentlichte Rechtsprechung zu § 129 SGB IX liegt bislang nicht vor, doch das SGB XI enthält mit § 115 Abs. 3 SGB XI eine Parallelvorschrift zu § 129 SGB IX, mit der das BSG

⁷⁸ Rosenow, in: Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 7. Aufl. 2021, § 129 Rn 18; grundlegend zur Leistungsstörung im Bereich sozialer Dienstleistungen: Hänlein: Die Problematik der Minderung bei sozialen Dienstleistungen, in: Marhold u.a (Hg.): Arbeits- und Sozialrecht für Europa 2020 (Festschrift für Maximilian Fuchs), 2020, S. 535–548.

sich befasst hat. Das BSG versteht § 115 Abs. 3 SGB XI noch etwas enger, als oben für § 129 SGB IX ausgeführt ist:

„Die Verletzung gesetzlicher oder vertraglicher Verpflichtungen durch einen Heimträger ist nach § 115 Abs 3 S 1 SGB XI also regelmäßig nur dann geeignet, die Rechtsfolge der Kürzung der Pflegevergütung auszulösen, wenn es um Verstöße gegen Vorschriften handelt, die zur Sicherung der Qualität bei der Pflege, der sozialen Betreuung, der medizinischen Behandlungspflege, der Unterkunft und Verpflegung sowie bei den Zusatzleistungen eingeführt worden sind, oder um Verstöße gegen sonstige Vorschriften – wie zB jene über die notwendige Personalausstattung, sofern diese Verstöße ursächlich oder mitursächlich für das Auftreten von Qualitätsmängeln sind.“⁷⁹

Es spricht viel dafür, diese Auffassung auch für § 129 SGB IX gelten zu lassen.⁸⁰

Sollte eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung eine Klausel enthalten, die nicht die Inhalte der Verträge im Erfüllungsverhältnis determiniert und deren Nichtbeachtung nicht gem. § 129 SGB IX sanktionierbar ist, könnte es sich um eine Vertragsnorm handeln, deren Missachtung folgenlos bliebe.

III. Prüfmaßstab

Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen können in zweierlei Hinsicht mangelhaft sein. Eine Vereinbarung kann als Leistungs- und Vergütungsvereinbarung bezeichnet werden, ohne die gesetzlichen Mindestbestandteile zu enthalten (unvollständige Leistungs- und Vergütungsvereinbarung). Eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung kann Klauseln enthalten, die gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen (rechtswidrige Leistungs- und Vergütungsvereinbarung). Eine unvollständige Leistungs- und Vergütungsvereinbarung ist nach der oben nur kurz angesprochenen Auffassung jedenfalls keine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung. Da die Verwaltung auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung befugt ist, öffentlich-rechtliche Verträge zu schließen,⁸¹ kann es sich bei unvollständigen Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen daher um (irgendwelche) Verträge meist wohl koordinierungsrechtlicher Art handeln, nicht aber um Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen. Sonstige Verträge wären solche Verträge aber nur dann, wenn sie essentialia negotii enthielten, die konstitutiv für Rechtsfolgen sind, die aus dem

⁷⁹ BSG, 12.9.2012, B 3 P 5/11 R, Rn 34.

⁸⁰ Busse, in: jurisPK-SGB IX, 4. Aufl. 2023, § 129 SGB IX, Rn 17 ff. m. w. N.; a. A. wohl Kohte, in: Fel-des/Kohte/Stevens-Bartol: SGB IX Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 129 Rn 6 ff.

⁸¹ BVerfG, 13.9.2005, 2 BvF 2/03, Rn 166.

Vertrag erwachsen, mit anderen Worten: wenn sie überhaupt „echte“ – also konstitutive – Vertragsnormen enthalten.

Die gesetzlich nur für eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung angeordneten Rechtsfolgen kann eine unvollständige Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nicht entfalten. Die isolierte Prüfung von Klauseln erfolgt hier auf Grundlage der Annahme, dass sie in eine vollständige Leistungs- und Vergütungsvereinbarung eingebettet sind.⁸²

Wenn es um die Frage geht, ob öffentlich-rechtliche Verträge, die gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen (rechtswidrige Vereinbarung), wirksam sind, wird in Literatur und Rechtsprechung meist auf die Lehre vom qualifizierten Rechtsverstoß verwiesen. Eher selten wird auf die nach hier vertretener Auffassung zunächst heranzuziehenden Vorschriften § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X bzw. § 54 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 VwVfG zurückgegriffen.

In Bezug auf Verträge im Leistungsverschaffungsverhältnis nach dem SGB XII wurde in Literatur und Rechtsprechung die Lehre vom qualifizierten Rechtsverstoß herangezogen. Jaritz und Eicher vertraten, dass eine Vereinbarung nach § 75 Abs. 3 SGB XII, die nicht geltungserhaltend ausgelegt werden könne, in Anwendung von § 58 Abs. 1 SGB X i. V. m. § 134 SGB X nichtig sei:

„Kommt eine Vereinbarung gleichwohl [obwohl sie die Mindestbestandteile nicht enthält, Anm. RR] zustande, ist zunächst zu prüfen, ob die fehlenden Mindestleistungsmerkmale nicht durch eine Auslegung der Vereinbarung anhand der jeweiligen Landesrahmenvereinbarung festgestellt werden können. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass sich die Vertragsparteien mit der Vereinbarung nicht in Widerspruch zu einer bestehenden Landesrahmenvereinbarung setzen wollen. Ist eine entsprechende geltungserhaltende Auslegung nicht möglich, ist die Vereinbarung wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig (§ 58 SGB X i. V. m. § 134 BGB i. V. m. § 76 Abs. 1 S. 1 SGB XII).“⁸³

Das BSG entschied, dass eine Leistungs-, Vergütungs- und Qualitätssicherungsvereinbarung nach § 75 Abs. 3 SGB XII, die durch einen nicht für deren Abschluss zuständigen Sozialhilfeträger geschlossen worden ist, wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig sei.⁸⁴ Dazu musste es die Vorschriften über die Zuständigkeit im Leistungsverschaffungsverhältnis als gesetzliches Verbot auslegen, was dem Wortlaut dieser Vorschrift nicht ohne Weiteres zu entnehmen ist. Diese Entscheidung wirft ein Schlaglicht auf die Schwächen der Lehre vom qualifizierten Rechtsverstoß, auf die im Folgenden

⁸² Die Auffassung, dass eine unvollständige Leistungs- und Vergütungsvereinbarung eine solche gar nicht ist, steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zu einer Praxis, in der wohl häufig Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen geschlossen werden, die keineswegs alle Mindestbestandteile enthalten. Aus einer rechtswissenschaftlichen Perspektive kann es darauf aber nicht ankommen. Eine möglicherweise problematische Praxis kann die gesetzlichen Vorgaben nicht derogieren; vgl. SG Freiburg, 26.10.2022, S 9 SO 2169/22 ER.

⁸³ Jaritz/Eicher, in: jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014, § 76 Rn 45.

⁸⁴ BSG, 13.7.2017, B 8 SO 21/15 R.

eingegangen wird (1), um dann darzulegen, dass der Maßstab für die Entscheidung der Gutachtenfragen in erster Linie aus § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X zu gewinnen ist (2).

1. Untauglichkeit der Lehre vom qualifizierten Rechtsverstoß

Das Recht der öffentlich-rechtlichen Verträge macht es erforderlich, zwischen Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit zu unterscheiden. Einerseits unterliegt die Verwaltung der Gesetzesbindung. Andererseits hat der Gesetzgeber ihr mit §§ 53 ff. SGB X das Recht eingeräumt, öffentlich-rechtliche Verträge zu schließen. Aus der Perspektive der Gesetzesbindung der Verwaltung muss eine Grenze der Möglichkeit des Abschlusses öffentlich-rechtlicher Verträge bestimmt werden, die jedoch nicht so eng sein kann, dass jede Rechtswidrigkeit Nichtigkeit zur Folge hätte. Der Gesetzgeber des VwVfG und des SGB X hat

„von diesem strikten ‚Nichtigkeitsdogma‘ Abschied genommen und sich [...] für ein differenzierteres, Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit entkoppelndes Fehlerfolgensystem entschieden.“⁸⁵

Die Lehre vom qualifizierten Rechtsverstoß spielt für dieses „Fehlerfolgensystem“ eine zentrale Rolle, krankt aber an zwei Problemen. Zum Ersten fußt sie auf einer sehr weiten Auslegung des Begriffs des gesetzlichen Verbots aus § 134 BGB. Zum Zweiten ist sie äußerst deutungs offen. Dennoch hat sie sich weitgehend durchgesetzt, was auch damit zusammenhängen könnte, dass sie es allzu leicht macht, ein gewünschtes Ergebnis zu begründen.

Die (grundsätzliche) Anwendbarkeit von § 134 BGB auf öffentlich-rechtliche Verträge ist mittlerweile unbestritten.⁸⁶ Doch wenn man § 134 BGB nach seinem Wortlaut auslegt, kommt man nicht zu einem Fehlerfolgensystem, wie die Gesetzesbindung der Verwaltung es verlangt. § 134 BGB ist an sich nicht mehr als eine Rechtsfolgenregelung für Fälle, in denen gesetzliche Vorschriften ein bestimmtes Rechtsgeschäft zwar verbieten, ihm aber nicht die Geltung versagen. Verträge, die gegen zwingendes Zivilrecht verstoßen, können auch ohne § 134 BGB keine Wirksamkeit erlangen.

„Die Rechtsordnung ‚verbietet‘ nicht die Rechtsgeschäfte, welche die der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmöglichkeit gesetzten Grenzen überschreiten. Sie läßt sie nur nicht gelten. [...] Es ist selbstverständlich, daß das Rechtsgeschäft nicht gelten kann, welches über die der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmöglichkeit vom Gesetz bestimmten Grenzen hinausgeht. Bei der Verbotsnorm dagegen kommt es darauf an, ob das Rechtsgeschäft durch sie zu einer unerlaubten Regelung wird. Nur dann

⁸⁵ Schlette: Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 538.

⁸⁶ „Nachdem früher umstritten war, ob § 134 BGB [...] auf öffentlich-rechtliche Verträge entsprechend anwendbar ist, wird nunmehr die Anwendbarkeit der Vorschrift auf öffentlich-rechtliche Verträge allgemein bejaht [...]“ Engelmann, in: Schütze (Hg.): SGB X, 9. Aufl. 2020, § 58 Rn 11 ff. m. w. N.; s. a. Tegethoff, in: Kopp/Ramsauer (Hg.): VwVfG, 21. Aufl. 2020, § 54 Rn 41a und § 59 Rn 9 ff.

kann es die Rechtsordnung nicht gelten lassen.“⁸⁷

Im Wesentlichen ebenso:

§ 134 BGB „richtet sich gegen die Geltung rechtsgeschäftlicher Regelungen, deren Inhalt [...] von einem Satz des positiven Rechts abgelehnt wird. Dabei geht es nicht etwa darum, eine in einer solchen Norm selbst vorgesehene zivilrechtliche Sanktion zu bestätigen oder ihr eine weitere hinzuzufügen. Vielmehr soll § 134 solche Verbote, die sich zu den zivilrechtlichen Folgen eines Verstoßes nicht abschließend verhalten, um eine Rechtsfolgenregelung im Hinblick auf die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften [...] ergänzen.“⁸⁸

Das Verständnis von § 134 BGB als einer „Rechtsfolgenregelung“ führt dazu, dass man nur dann zum Verdikt der Nichtigkeit kommt, wenn eine Norm identifiziert wird, die eine vertragliche Gestaltung verbietet, ohne sich zu den Folgen für die Wirksamkeit einer solchen Gestaltung hinreichend zu äußern. Eine solche Verbotsnorm, die immer dann, wenn wenigstens ein Vertragspartner Grundrechtsträger ist, die Privatautonomie einschränkt, muss hinreichend bestimmt sein.⁸⁹

Ein solches – und nach hier vertretener Auffassung zutreffendes – Verständnis von § 134 BGB müsste dazu führen, dass auch solche öffentlich-rechtlichen Verträge, die in einer Weise gegen gesetzliche Bestimmungen, insbesondere gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften, verstoßen, die zu einem ernsthaften Konflikt mit der Gesetzesbindung der Verwaltung führt, Geltung beanspruchen könnten.

Rechtsprechung und Literatur begegnen dieser unerwünschten (und verfassungsrechtlich problematischen, Art. 20 Abs. 3 GG) Folge mit einer unspezifischen Ausweitung des Begriffs des Verbots.

„In diesem Zusammenhang entgegenstehende Rechtsvorschriften sind nicht nur solche, die die Regelung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag verbieten, sondern auch Vorschriften, die die Regelung ausschließlich durch VA vorschreiben [...]. Fehlen ausdrückliche Regelungen, kann sich die Unzulässigkeit des Vertragsabschlusses aus dem Inhalt der Rechtsvorschrift, ihrem Sinn und Zweck oder ihrer Systematik ergeben.“⁹⁰

⁸⁷ Flume: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 343.

⁸⁸ Armbrüster, in: Säcker u.a. (Hg.): MüKoBGB, 9. Aufl. 2021, § 134 Rn 1.

⁸⁹ Die Zuständigkeitsregelung in § 77 Abs. 1 S. 2 SGB XII a. F., die das BSG in 13.7.2017, B 8 SO 21/15 R als gesetzliches Verbot auffasste, ist nach dieser Überlegung nicht als Verbotsnorm zu verstehen, womit § 134 BGB nicht zur Anwendung kommen könnte. Dennoch wäre eine Vereinbarung im Leistungsverschaffungsverhältnis, die nicht von den gesetzlich bestimmten Leistungsvereinbarungspartnern geschlossen wurde, wohl nur irgendeine Vereinbarung, nicht aber eine Vereinbarung nach § 75 Abs. 3 SGB XII a. F., die alleine die Rechtsfolgen, die das Leistungsvereinbarungsrecht an sie knüpft, zeitigen kann. In der Kommentarliteratur wird die Auffassung des BSG unkritisch übernommen. „Nichtigkeit aufgrund eines qualifizierten Rechtsverstoßes nach § 58 Abs. 1 SGB X i. V. m. § 134 BGB liegt des Weiteren vor, wenn ein Vertrag unter Verstoß gegen gesetzlich vorgegebene sachliche Zuständigkeitsregelungen geschlossen wurde [...]“ Engelmann, in: Schütze (Hg.): SGB X, 9. Aufl. 2020, § 58 Rn 13 mit Verweis auf die o. g. Entscheidung des BSG; ebenso Hissnauer, in: jurisPK-SGB X, 3. Aufl. 2023, § 58 Rn 10 und wohl auch Becker, in: Hauck/Noftz (Hg.): SGB X, Werkstand September 2023, § 58 Rn 38.

⁹⁰ Engelmann, in: Schütze (Hg.): SGB X, 9. Aufl. 2020, § 53 Rn 43.

Sowohl Sinn und Zweck einer Norm als auch der systematische Zusammenhang, in dem sie steht, werden durch das Gesetz in aller Regel nicht formuliert, sondern rechtswissenschaftlich erschlossen. Wenn ein Verbot – das in die Privatautonomie und möglicherweise weitere Grundrechte, hier in die Berufsausübungsfreiheit, eingreift – nicht allein aus dem Gesetzestext, sondern auch dann, wenn dieser ein Verbot gerade nicht enthält, aus Normzweck und Systematik gewonnen werden soll, eröffnet das weite Spielräume für Setzungen, die letztlich richterrechtlicher Natur sind.

Tatsächlich ermöglicht die Lehre vom qualifizierten Rechtsverstoß es nicht, eine verlässliche Grenze zwischen qualifiziertem und nicht qualifiziertem Rechtsverstoß zu bestimmen: Eine trennscharfe Unterscheidung zwischen qualifiziertem und nicht qualifiziertem Rechtsverstoß, die gerichtliche Entscheidungen einigermaßen vorhersehbar machen könnte, wurde „bislang nicht angeboten“ und „ist wohl auch nicht möglich“, wie Maurer und Waldhoff ausführen.⁹¹ Zum Beispiel die folgende Formulierung bestätigt dies:

„Maßgeblich ist, ob eine zwingende Rechtsnorm besteht, die nach ihrem Sinn und Zweck die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges verbietet oder einen bestimmten Inhalt des Vertrages ausschließt [...]. Nichtigkeit gem. § 134 BGB liegt danach vor, wenn eine zwingende Rechtsvorschrift ein Verwaltungshandeln durch Vertrag überhaupt verbietet [...].“⁹²

Der Verweis auf Sinn und Zweck, anhand derer (anstelle des Wortlauts der Vorschrift) zu entscheiden sein soll, ob eine bestimmte vertragliche Gestaltung als verboten gilt, weist ebenso wie die kaum nachvollziehbare Unterscheidung zwischen „verbietet“ und „überhaupt verbietet“ darauf hin, dass es hier um Entscheidungen geht, die nur schwer auf das Gesetz zurückgeführt werden können, mit anderen Worten: Es handelt sich um Chiffren für Freiräume richterrechtlicher Kreativität. Staudenmayer wählt mit der Bezugnahme auf Interessen einen anderen Ansatzpunkt, kommt aber ebenfalls zu einer Formulierung, die wenig sagt, aber große Freiräume für Richterrecht schafft:

„Die Entscheidung über das Vorliegen eines gesetzlichen Verbots und dessen Rechtsfolge ist letztlich aufgrund einer Interessenabwägung zwischen dem Bestand des Vertrages und der Forderung nach Nichtigkeit (etwa aus Gründen des Gemeinwohls) zu treffen. Ausschlaggebend hierfür ist das Gewicht des durch das jeweilige Gesetz verfolgten Interesses.“⁹³

Schlette dagegen verzichtet (wie Maurer und Waldhoff) auf den Versuch, die Deutungs-offenheit der Lehre vom „qualifizierten Rechtsverstoß“ durch Formeln, die die Bestimmung einer Grenzlinie nur präntendieren können, zu kaschieren. Er weist darauf hin, dass bereits „die Frage nach dem Begriffsinhalt“ des gesetzlichen Verbots aus § 134 BGB schwer zu beantworten sei, und führt aus, dass die „zivilrechtliche Dogmatik zum Verbotsgesetz“, die selbst „sehr umstritten“ sei, nicht einfach auf das öffentliche Recht

⁹¹ Maurer/Waldhoff: Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, S. 439 m. w. N.

⁹² Engelmann, in: Schütze (Hg.): SGB X, 9. Aufl. 2020, § 58 Rn 13.

⁹³ Staudenmayer: Der Verwaltungsvertrag mit Drittwirkung, 1997, S. 133.

übertragen werden könne, u. a. weil im öffentlichen Recht auch einseitig verpflichtende Normen erfasst werden müssten, was im Zivilrecht i. d. R. nicht gilt.⁹⁴

Das Verwaltungsrecht geht „eben nicht vom mehrseitig-konsensuellen Handeln als dem Normalfall“ aus. Es enthält viele Vorschriften, „die nur entweder dem Bürger oder der Verwaltung etwas ge- oder verbieten, nicht aber beiden Seiten“.⁹⁵ Daher müsste die Übertragung der Rechtsprechung des BGH⁹⁶ auf öffentlich-rechtliche Verträge dazu führen, dass viele Verstöße gegen Vorschriften des öffentlichen Rechts folgenlos blieben, was der Gesetzesbindung der Verwaltung widerspräche. Ausgehend von dieser Überlegung kommt Schlette zu dem Ergebnis:

„Wegen dieser Bandbreite, die das Verbotsgesetz im Verwaltungsrecht abdecken muss, dürfte es aussichtslos sein, eine präzise, alle wesentlichen Fälle erfassende Definition zu entwickeln.“⁹⁷

2. Nichtigkeit wegen entgegenstehender gesetzlicher Vorschriften

a. Verhältnis von § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X zur Lehre vom qualifizierten Rechtsverstoß

§ 53 Abs. 1 S. 1 SGB X lautet seit 1.1.1981 unverändert:

„Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen.“

In einer Entscheidung vom 28.3.2000 verstand der 8. Senat des BSG § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X als gesetzliches Verbot, das zur Anwendung von § 58 Abs. 1 SGB X i. V. m. § 134 BGB führe.

„Solche Klauseln wären wegen des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 53 Abs 1 Satz 1 Halbsatz 2 SGB X) nach § 58 Abs 1 SGB X iVm § 134 BGB nichtig.“⁹⁸

⁹⁴ Schlette: Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 551; vgl. Armbrüster, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2021/2022, Rn 64 f., der allerdings die Auffassung vertritt, dass das (überwiegend anerkannte) Dogma, demzufolge nur „die gegen alle Beteiligten gerichtete Bestimmung [...] ein Verbotsgesetz“ sei, bereits im Zivilrecht abzulehnen sei.

⁹⁵ Schlette aaO. S. 552.

⁹⁶ „Für die nach § 134 BGB gebotene Abwägung ist wesentlich, ob sich das betreffende Verbot an alle Beteiligten des Geschäfts richtet, das verhindert werden soll, oder ob das Verbot nur eine Partei bindet. Sind beide Teile Adressaten des Verbots, kann regelmäßig angenommen werden, das verbotswidrige Geschäft solle keine Wirkungen entfalten. Richtet sich das Verbot dagegen nur gegen eine Partei, ist regelmäßig der gegenteilige Schluß berechtigt.“ BGH, 14.12.1999, X ZR 34/98, Rn 18; s. a. BGH, 17.6.2004, III ZR 271/03, Rn 32.

⁹⁷ Schlette aaO. S. 552.

⁹⁸ BSG, 28.3.2000, B 8 KN 3/98 U R Rn 23.

In einer Entscheidung vom 13.2.2014 führte der 8. Senat des BSG aus:

„Koordinationsrechtliche öffentlich-rechtliche Verträge [...] sind nach § 58 Abs 1 SGB X nichtig, wenn sich die Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) ergibt. Dabei können qualifizierte Rechtsverstöße gegen eine Norm nach § 134 BGB die Nichtigkeit des entsprechenden Vertrages zur Folge haben, wenn sich die Norm von ihrer Ausrichtung her gegen eine bestimmte inhaltliche Ausgestaltung richtet [...]. Durch den Vertrag [...] konnte – wegen der Sperre des § 53 Abs 1 Satz 1 Halbsatz 2 SGB X [...] – die Vorschrift des § 30 Abs 3 Satz 2 SGB I weder ausgeschlossen noch umgangen werden. Bei den in § 30 Abs 3 SGB I enthaltenen Legaldefinitionen des Wohnsitzes und des gewöhnlichen Aufenthalts handelt es sich um zwingende Rechtsnormen. Mit ihnen kommt zum Ausdruck, dass ‚Wohnsitz‘ und ‚gewöhnlicher Aufenthalt‘ grundsätzlich als einheitliche Anknüpfungspunkte für die Anwendung aller Rechtsmaterien des SGB dienen sollen und abweichende Regelungen (vgl § 37 SGB I) dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben [...].“⁹⁹

Der 8. Senat gewinnt die Nichtigkeitsfolge zunächst aus der Lehre vom qualifizierten Rechtsverstoß.¹⁰⁰ Dabei bedient er sich einer typischen Formulierung, wenn er ausführt, dass eine vertragliche Klausel nicht gelten könne, wenn nicht etwa eine gesetzliche Norm, sondern eine „Norm von ihrer Ausrichtung her“ ihr entgegenstehe. Neben diese Begründung stellt er mit der Bezugnahme auf § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X eine zweite, die für sich genommen unproblematisch tragfähig erscheint, auch wenn der anschließende Hinweis, dass § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I eine zwingende Rechtsnorm sei, lediglich rhetorische Qualität hat. Öffentliches Recht ist „durchgehend zwingend“.¹⁰¹

Die zivilrechtliche Unterscheidung von zwingenden und disponiblen Rechtsnormen ist nicht auf das öffentliche Recht übertragbar, weil Zivilrecht von Vertragsfreiheit, öffentliches Recht von Gesetzesvorrang und -vorbehalt ausgeht. Soweit öffentlich-rechtliche Vorschriften Ansprüche des Bürgers gegen die Verwaltung statuieren, unterliegen diese der Disposition des Bürgers, ähnlich wie Ansprüche aus gesetzlichen Schuldverhältnissen der Disposition des Gläubigers unterliegen. Aus der zivilrechtlichen Unterscheidung von zwingendem und disponiblem Recht ist an dieser Stelle nichts zu gewinnen. Der Bürger kann auf öffentlich-rechtliche Ansprüche gegen einen Sozialleistungsträger verzichten. Dabei schränkt das Recht der öffentlichen Verträge die Vertragsfreiheit hinsichtlich der Disposition über gebundene Ansprüche mit guten Gründen ein (§§ 53 Abs. 2, 55 SGB X). Das Recht, auf Sozialleistungen zu verzichten, wird dadurch nicht berührt. Es wird durch § 46 SGB I nicht konstituiert, sondern nur gestaltet. Das Recht selbst dürfte sich unmittelbar aus Art. 2 Abs. 1 GG ergeben.¹⁰²

⁹⁹ BSG, 13.2.2014, B 8 SO 11/12 R, Rn 31.

¹⁰⁰ Ebenso BSG, 28.3.2000, B 8 KN 3/98 U R, Rn 23.

¹⁰¹ Schlette: Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 507.

¹⁰² Anders als im Zivilrecht (§ 397 BGB) kann der Verzicht im Sozialrecht einseitig erklärt werden. § 46 SGB I normiert Schriftformerfordernis, ermöglicht den jederzeitigen Widerruf für die Zukunft und schränkt die Wirksamkeit ein, soweit Dritte belastet „oder Rechtsvorschriften umgangen werden“; für Teilhabeleistungen s. a. § 8 Abs. 4 SGB IX.

Bevor der Bedeutung der Möglichkeit des Verzichts und der Disponibilität von Ansprüchen für die Frage nach den Grenzen der Wirksamkeit öffentlich-rechtlicher Verträge nachgegangen wird, soll auf § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X zurückgekommen werden. In den beiden o. g. Entscheidungen sah das BSG das gesetzliche Verbot in § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X – nicht in der Vorschrift, die der vertraglichen Gestaltung i. S. v. § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X „entgegensteht“. In den Entscheidungen vom 8.3.2017 und vom 13.7.2017 dagegen legte das BSG eine Vorschrift, die nach seiner Auffassung einer bestimmten vertraglichen Gestaltung entgegenstand, selbst als gesetzliches Verbot aus, um so über § 58 Abs. 1 SGB X ohne weitere Umschweife zum Verdikt des § 134 BGB zu gelangen,¹⁰³ was der herrschenden Lehre vom qualifizierten Rechtsverstoß entspricht.¹⁰⁴

Diese Lehre ist nicht nur indifferent, sondern sie fußt auch auf einem sehr weiten Verständnis des Begriffs des gesetzlichen Verbots aus § 134 BGB (→ III.1). Da „vor allem auch der Gesichtspunkt der verfassungskonformen Auslegung“ eine Schranke für die Möglichkeit wirksamer öffentlich-rechtlicher Verträge verlangt,¹⁰⁵ kann sie jedoch nicht ersatzlos aufgegeben werden.

„Die Frage, ob die Fehlerregelung des § 59 VwVfG mit dem Grundgesetz, insbesondere mit dem verfassungsrechtlich verankerten Rechtsstaatsprinzip, vereinbar ist, hängt von ihrer Auslegung ab. Die Verfassungsmäßigkeit ist zu bejahen, wenn die Nichtigkeitsgründe des § 59 VwVfG alle wesentlichen Rechtsverletzungen erfassen und die Rechtswirksamkeit auf mehr nebensächliche Rechtsverstöße beschränkt bleibt.“¹⁰⁶

Vor diesem Hintergrund nimmt es Wunder, dass Literatur und Rechtsprechung diese Schranke meist aus § 58 Abs. 1 SGB X bzw. § 59 Abs. 1 VwVfG i. V. m. § 134 BGB ableiten¹⁰⁷ und nur selten auf die naheliegende Lösung zurückzugreifen scheinen, die § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X und § 54 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 VwVfG bieten: Die Verwaltung kann öffentlich-rechtliche Verträge schließen, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Stehen Rechtsvorschriften entgegen, kann sie es nicht. Ein wirksamer Vertrag kann dann nicht zustande kommen. In der Kommentarliteratur zu § 58 SGB X findet sich ein Vorschlag, der in diese Richtung weist:

„In gewisser Weise ist § 58 Abs. 1 i. V. m. § 134 BGB jedoch nur die Rechtsfolgeanordnung zu der Grundvorschrift über die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge in § 53 Abs. 1 SGB X, die in Satz 1 Halbsatz 2 die Einschränkung enthält ‚soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen‘. Denn schon diese Vorschrift enthält ein generelles Verbot für öffentlich-rechtliche Verträge, die im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen (s. K § 53 Rz 65).“¹⁰⁸

¹⁰³ BSG, 8.3.2017, B 8 SO 20/15 R; BSG, 13.7.2017, B 8 SO 21/15 R.

¹⁰⁴ Ebenso BSG, 23.6.2016, B 14 AS 30/15 R, Rn 18.

¹⁰⁵ Schlette aaO. S. 550 m. w. N. Zur verfassungskonformen Auslegung s. BVerfG, 16.12.2014, 1 BvR 2142/11.

¹⁰⁶ Maurer/Waldhoff: Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, S. 444.

¹⁰⁷ So auch BVerwG, 23.8.1991, 8 C 61/90, Rn 13; BVerwG, 14.6.2016, 10 C 7/15, Rn 16.

¹⁰⁸ Becker, in: Hauck/Noftz (Hg.): SGB X, Werkstand November 2023, § 58 Rn 36. Mit Bezug auf Becker führt Wehrhahn, in: BeckOGK-SGB, Werkstand März 2024, SGB X § 58 Rn 5b zu § 58 Abs. 1 SGB X aus: „Die

Wenn man der Auffassung ist, dass § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X nicht ausreicht, um Verträgen, denen Rechtsvorschriften entgegenstehen, die Geltung zu versagen, liegt es nahe, § 58 Abs. 1 S. 1 SGB X i. V. m. § 134 BGB ergänzend heranzuziehen, um zur Rechtsfolge der Nichtigkeit zu gelangen. Zwar scheint das nicht erforderlich zu sein. Doch wenn man die Frage, ob eine vertragliche Regelung erlaubt ist, anhand von § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X beantwortet und § 58 Abs. 1 SGB X i. V. m. § 134 BGB nur anführt, weil man der Auffassung ist, dass § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X das Verdikt der Nichtigkeit nicht trage – man also eine (zusätzliche) Rechtsfolgenanordnung für erforderlich erachtet –, ist das Ergebnis dasselbe. Aus pragmatischer Perspektive spricht für diese Lösung, dass sie an das Dogma vom qualifizierten Rechtsverstoß anschließt, das nun einmal etabliert ist, dabei aber zum Ersten das Problem der Überdehnung des Verbotsbegriffs aus § 134 BGB löst und damit zum Zweiten zugleich eine verlässlichere Grenzziehung zwischen zulässigen (wirksamen) und unzulässigen (unwirksamen) vertraglichen Gestaltungen erlaubt, als die Lehre vom qualifizierten Rechtsverstoß in ihrer etablierten Gestalt dies vermag.

b. Grenzen der Vertragsfreiheit aus § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X

Das etablierte Dogma des qualifizierten Rechtsverstoßes setzt voraus, dass eine Norm als Verbotsnorm ausgelegt wird, notfalls auch ohne dass ihr Wortlaut eine Verbotsnorm enthielte. Die Auffassung, dass die Grenze der Vertragsfreiheit im öffentlichen Recht, auf die dieses Dogma zielt, aus § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X gewonnen werden müsse, verlangt dagegen eine Antwort auf die Frage, ob eine Rechtsvorschrift einer bestimmten vertraglichen Gestaltung „entgegensteht“. Auch diese Entscheidung setzt voraus, dass die Norm, deren „Entgegenstehen“ fraglich ist, ausgelegt wird. Dennoch ist mit der Bezugnahme auf § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X etwas gewonnen, denn auf diesem Weg ist es nicht erforderlich, Vorschriften als gesetzliche Verbote zu apostrophieren, deren Wortlaut keine Hinweise auf ein Verbot enthält, um zu Entscheidungen zu kommen, die die gesetzlich angeordnete Möglichkeit des Abschlusses öffentlich-rechtlicher Verträge vor dem Hintergrund der Gesetzesbindung der Verwaltung angemessen begrenzen,¹⁰⁹ was das folgende Beispiel einer Entscheidung des 14. Senats des BSG vom 23.6.2016 illustriert.

Im Streit stand die Wirksamkeit einer Eingliederungsvereinbarung nach § 15 SGB II a. F. Der Senat nahm Bezug auf die Lehre vom qualifizierten Rechtsverstoß,¹¹⁰ um die Vereinbarung sodann anhand der Vorgaben des SGB II zu prüfen:

Vorschrift korrespondiert systematisch mit § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 und bestimmt die Rechtsfolge des Verstoßes gegen ein Inhalts- oder Vertragsformverbot [...].“

¹⁰⁹ Schlette: Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 536.

¹¹⁰ BSG, 23.6.2016, B 14 AS 30/15 R, Rn 18.

„Weder ist ersichtlich, dass die Eingliederungsvereinbarung [...] auf den Leistungsgrundsätzen des § 3 Abs 1 Satz 2 SGB II beruht, insbesondere bei den Leistungen zur Eingliederung in Arbeit die Eignung und individuelle Lebenssituation des Klägers berücksichtigt [...]. Noch ist ersichtlich, dass sie außer der Zusage des Beklagten, bei Vorliegen geeigneter Stellenangebote Vermittlungsvorschläge zu unterbreiten, individuelle, konkrete und verbindliche Leistungsangebote zur Eingliederung in Arbeit iS des § 15 Abs 1 Satz 2 Nr 1 SGB II als die grundsätzlich notwendigen Bestandteile einer Eingliederungsvereinbarung enthält [...]. Der Eingliederungsvereinbarung ist weder zu entnehmen, ob und inwieweit eine Eignungsanalyse unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse des Klägers durchgeführt und die bisher gewonnenen Erfahrungen bei der Eingliederungsvereinbarung iS des § 15 Abs 1 Satz 5 SGB II berücksichtigt wurden [...]. Noch ist ihr zu entnehmen, ob und ggf warum es vorliegend kein Verstoß gegen § 15 Abs 1 SGB II und das hiermit verfolgte Regelungskonzept sein könnte, in der Eingliederungsvereinbarung außer der Zusage von Vermittlungsvorschlägen bei Stellenangeboten keine individuellen, konkreten und verbindlichen Leistungsangebote des Beklagten zur Eingliederung des Klägers in Arbeit zu vereinbaren.“¹¹¹

Der 14. Senat ließ die Eingliederungsvereinbarung schließlich daran scheitern, dass sie gegen das Koppelungsverbot aus § 58 Abs. 2 Nr. 4 SGB X verstoßen habe.¹¹² Doch zunächst hatte er in der oben zitierten Passage vier Anforderungen an eine Eingliederungsvereinbarung formuliert, die das Gesetz fraglos enthielt:

- Die Vereinbarung muss auf den Leistungsgrundsätzen des § 3 Abs. 1 S. 2 SGB II beruhen.
- Sie muss individuelle, konkrete und verbindliche Leistungsangebote zur Eingliederung in Arbeit enthalten.
- Sie muss auf einer Eignungsanalyse beruhen.
- Sie muss individuelle, konkrete und verbindliche Leistungsangebote der Behörde enthalten.

Die Vorschriften, auf die der Senat hier Bezug nimmt, verlangen etwas. Sie statuieren Anforderungen an die Eingliederungsvereinbarung. Doch sie verbieten nichts. Daher ist es unproblematisch, das Verdikt der Nichtigkeit über eine Eingliederungsvereinbarung zu verhängen, weil die gesetzlichen Anforderungen an eine solche ihr i. S. v. § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X „entgegenstehen“, während es nicht überzeugend erscheint, diese gesetzlichen Anforderungen selbst bereits als gesetzliche Verbote zu verstehen.

c. Disponibilität von Ansprüchen und erlaubte Abweichungen

¹¹¹ BSG, 23.6.2016, B 14 AS 30/15 R, Rn 18.

¹¹² BSG, 23.6.2016, B 14 AS 30/15 R, Rn 21. Nach § 58 Abs. 2 Nr. 4 SGB X ist ein Vertrag nach § 53 Abs. 1 S. 2 SGB X nichtig, wenn die Behörde sich eine Gegenleistung versprechen lässt, die nicht Inhalt einer rechtmäßigen Nebenbestimmung eines Verwaltungsakts sein könnte, der ggf. anstelle des Vertrags erlassen werden müsste.

vom Gesetz

Öffentlich-rechtliche Verträge dürfen bis zu einem gewissen Grad von gesetzlichen Vorgaben abweichen. Abweichungen von gesetzlichen Bestimmungen können dann zulässig sein – wirksam vereinbart werden können –, wenn das private Rechtssubjekt über Ansprüche entscheidet, die seiner freien Disposition unterliegen. Das gilt jedenfalls dann, wenn das private Rechtssubjekt nicht wegen einer relevanten Machtasymmetrie besonderen Schutzes bedarf, wie §§ 53 Abs. 2, 55 SGB X ihn statuieren. Maurer und Waldhoff nennen zwei Voraussetzungen dafür, dass ein Verzicht auf Ansprüche vertraglich wirksam vereinbart werden kann, nämlich dass

„(1) auf die in Frage stehende Rechtsposition überhaupt verzichtet werden kann, was nur dann der Fall ist, wenn die Rechtsposition ausschließlich im Interesse des Berechtigten begründet wurde und deshalb zu dessen Verfügung steht
(2) der Verzicht im konkreten Fall nicht gegen das Koppelungsverbot, das sich aus den Grundsätzen der Sachgerechtigkeit und des Sachzusammenhangs ergibt, verstößt [...].“¹¹³

Auch Schlette betont, dass die Zulässigkeit von Abweichungen von gesetzlichen Vorgaben davon abhängt, ob das fragliche Recht zur alleinigen Disposition des Verzichtenden steht.¹¹⁴ Im Fall von Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen muss danach unterschieden werden zwischen gesetzlichen Vorgaben, die alleine die Interessen des Leistungserbringers betreffen, und solchen, die den Interessen der Leistungsberechtigten dienen. Den *Interessen des Leistungserbringers* dienen in erster Linie die schuldrechtlichen Verpflichtungen der Leistungsberechtigten, deren wichtigste – nämlich der Anspruch auf Vergütung – Gegenstand der Vergütungsvereinbarung ist. Den *Interessen der Leistungsberechtigten* dienen in erster Linie die schuldrechtlichen Verpflichtungen des Leistungserbringers, die durch die Leistungsvereinbarung determiniert werden. Abweichungen von den gesetzlichen Vorgaben für die Leistungsvereinbarung können daher i. d. R. nicht damit gerechtfertigt werden, dass der Leistungserbringer über eine Rechtsposition disponieren könne.

d. Ermessen und gänzlich ungebundenes Verwaltungshandeln

Die Möglichkeit, wirksame (subordinationsrechtliche) Verträge über Sozialleistungen zu schließen, werden durch §§ 53 Abs. 2, 55 SGB X begrenzt. Öffentlich-rechtliche Verträge über Sozialleistungen setzen grundsätzlich voraus, dass die Leistung im Ermessen der Behörde steht (§ 53 Abs. 2 SGB X).

„Der eigentliche Anwendungsbereich des öffentlich-rechtlichen Vertrages liegt dort,

¹¹³ Maurer/Waldhoff: Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, S. 435.

¹¹⁴ Schlette: Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 509.

wo die Verwaltung nach ihrem Ermessen handeln kann oder gesetzlich überhaupt nicht gebunden ist.“¹¹⁵

Eine Ausnahme gilt für Austauschverträge, für die neben den Beschränkungen aus § 53 Abs. 1 SGB X gilt, dass die Behörde sich nur eine Gegenleistung versprechen lassen darf, die Gegenstand einer zulässigen Nebenbestimmung eines Verwaltungsakts (§ 32 SGB X) sein könnte (§ 55 Abs. 2 SGB X).

Diese Regelungen sind zwar nicht auf koordinierungsrechtliche Verträge anwendbar,¹¹⁶ weil diese weder geschlossen werden, wo auch ein Verwaltungsakt ergehen könnte (§ 53 Abs. 1 S. 2 SGB X), noch Verträge über Sozialleistungen sind (auch wenn sie solche – wie Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen – zum Gegenstand haben; § 53 Abs. 2 SGB X). Doch sie unterstreichen, dass die Möglichkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags nicht von Gesetzesbindung und Gesetzesvorbehalt entbindet.

Zugleich wird mit den o. g. Regelungen und mit der Akzeptanz öffentlich-rechtlicher Verträge, die von gesetzlichen Vorgaben nur insoweit abweichen, als die Abweichung der freien Disposition des privatrechtlichen Vertragspartners unterliegt, ein weites Feld möglicher öffentlich-rechtlicher Verträge, die von gesetzlichen Vorgaben abweichen, eröffnet, wie der „Abschied vom Nichtigkeitsdogma“¹¹⁷ es verlangt.

Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen sind koordinierungsrechtliche Verträge (→ II.1.c), hinsichtlich derer das Gesetz der Behörde kein Ermessen einräumt. Der Träger der Eingliederungshilfe unterliegt einer objektiven Rechtspflicht, die Möglichkeit der Leistungserbringung durch Verträge im Leistungsverschaffungsverhältnis sicherzustellen (§ 95 SGB IX). Soweit ein Leistungserbringer und sein Leistungsangebot geeignet sind, bleibt kein Entschließungsermessen. Vielmehr ist der Träger der Eingliederungshilfe kontrahierungspflichtig. Ebenso wenig steht die Beachtung der gesetzlichen Mindestbestandteile (→ II.2.b), des Grundsatzes der Personenzentrierung (§ 95 SGB IX), des aktuellen State of the Art (§ 17 Abs. 1 Nr. 1 SGB I) und der weiteren Vorgaben für die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung im Ermessen des Trägers der Eingliederungshilfe.

3. Inhaltskontrolle nach AGB-Recht

Leistungsvereinbarungen unterfallen zu einem großen Teil der Legaldefinition des § 305 Abs. 1 BGB, sind also oft zu erheblichen Teilen AGBs. Voraussetzung dafür, dass eine Klausel einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung § 305 BGB unterfällt, ist,

- dass es sich um eine Vertragsbedingung handelt,

¹¹⁵ Maurer/Waldhoff aaO. S. 433.

¹¹⁶ Engelmann, in: Schütze (Hg.): SGB X, 9. Aufl. 2020, § 53 Rn 41.

¹¹⁷ Schlette: Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 538.

- dass diese Bedingung für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert ist,
- dass sie von einer Partei einseitig gestellt wird und
- dass sie nicht individuell vereinbart ist.¹¹⁸

Eine „Vielzahl“ in diesem Sinne bereits gegeben, wenn der Verwender in drei Fällen die Verwendung plant.¹¹⁹

Macht der Träger der Eingliederungshilfe zur Bedingung, dass die Leistungsvereinbarung den jeweiligen Landesrahmenvertrag durch eine Verweisung zum Vertragsinhalt erklärt, sind die Klauseln des Rahmenvertrags AGBs (wenn der Leistungserbringer nicht selbst Partei des Rahmenvertrags ist, was nur selten vorkommt). In einigen Bundesländern entwickeln die Parteien des Rahmenvertrags sog. Musterleistungsvereinbarungen, die von den Trägern der Eingliederungshilfe als AGBs verwendet werden. Schließlich formulieren Träger der Eingliederungshilfe oft eigene Vertragsbedingungen, die ebenfalls AGBs sind.

Soweit die Träger der Eingliederungshilfe solche AGBs nicht selbst entwickeln, sondern auf die Rahmenverträge insgesamt, auf einzelne Klauseln der Rahmenverträge oder auf Mustervereinbarungen, die auf Landesebene mit Vereinigungen von Leistungserbringern ausgehandelt wurden, zurückgreifen, ändert dies nichts daran, dass es sich im Rechtsverhältnis der Leistungsvereinbarungspartner um AGBs handelt.¹²⁰

Etwas anderes kann dann gelten, wenn sich beide Parteien der Leistungsvereinbarung vorab darauf geeinigt haben, einen bestimmten Formulartext zu verwenden.¹²¹ Wenn z. B. beide Leistungsvereinbarungspartner vorab entscheiden, dass sie eine Leistungsvereinbarung unter Zugrundelegung einer bestimmten Mustervereinbarung schließen und den Inhalt des Rahmenvertrags durch eine Verweisung zur Geltung bringen wollen (was in der Praxis vorkommen dürfte), sind die übernommenen Vertragsinhalte wohl nicht als AGBs zu betrachten, weil sie dann nicht von einer Seite gestellt (§ 305 Abs. 1 S. 1 BGB) sind.

Ob das AGB-Recht auf öffentlich-rechtliche Verträge anwendbar ist, war bereits umstritten, bevor es durch das SMG¹²² zum 1.1.2002 in das BGB integriert wurde.¹²³ Seither wird es zwar von der dynamischen Verweisung aus § 61 S. 2 SGB X erfasst.¹²⁴ Dennoch

¹¹⁸ Lapp/Salamon, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, Rn 12.

¹¹⁹ Lapp/Salamon aaO. Rn 28 m. w. N.

¹²⁰ Es ist unerheblich, wer die AGBs entworfen hat; BGH, 20.2.2014, IX ZR 137/13, Rn 10.

¹²¹ „Am einseitigen Stellen vorformulierter Vertragsbedingungen fehlt es hingegen, wenn deren Einbeziehung sich als Ergebnis einer freien Entscheidung desjenigen darstellt, der mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert wird. [...] Nur bei einvernehmlicher Verwendung eines bestimmten Formulartextes sind Vertragsbedingungen nicht i. S. v. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB gestellt.“ Lapp/Salamon in: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, § 305 Rn 37 f. mit Verweis auf OLG München, 24.11.2016, 23 U 1794/16, Rn 53.

¹²² Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 29.11.2001, BGBl. I, S. 3138.

¹²³ Schlette: Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 502 ff.

¹²⁴ In Literatur und Rechtsprechung wird die Geltung der §§ 305 ff. BGB wohl stets aus § 61 S. 2 SGB X abgeleitet (soweit sie nicht verneint wird). § 307 Abs. 1 BGB statuiert allerdings die Folge der *Nichtigkeit* der unter die Vorschrift fallenden Klauseln. Zwar verwendet das Gesetz den Begriff „unwirksam“, doch an dieser Stelle bedeutet Unwirksamkeit nichts anderes als Nichtigkeit (OLG Düsseldorf, 23.11.2009, I-24 U 60/09).

ist weiterhin umstritten, inwieweit es anwendbar ist.¹²⁵ Tegethoff unterscheidet dabei zwischen subordinationsrechtlichen und koordinierungsrechtlichen Verträgen. Für letztere verneint er die Anwendbarkeit. Zunächst sei das praktische Vorkommen unwahrscheinlich. Darüber hinaus fehle es „an dem bei der Verwendung von AGB durch eine Vertragspartei typischer Weise vorliegenden Machtgefälle“, weshalb für die Klauselkontrolle nach AGB-Recht kein Bedarf bestehe.¹²⁶ Diese pauschale Annahme trifft für Verträge im sozialrechtlichen Leistungsveranschaffungsverhältnis allerdings häufig nicht zu. Das Argument liefe auf eine teleologische Reduktion hinaus, die auf einer tatbestandlichen Vermutung basiert, die nicht zutrifft, und kann (schon) deshalb nicht überzeugen.

Die Rechtsprechung hat Vorschriften des AGB-Rechts über die Verweisung des § 61 S. 2 SGB X auf Verträge im Leistungsveranschaffungsverhältnis, die den koordinierungsrechtlichen Verträgen zuzuordnen sind, bereits für anwendbar gehalten.

„Allerdings ist die Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf Verträge nach § 127 SGB V nicht schon grundsätzlich ausgeschlossen. Soweit der Senat [...] eine andere Auffassung vertreten hat, hält er daran nicht weiter fest. Seitdem das AGB-Recht in das BGB integriert wurde, kommt eine Klauselkontrolle bei der Verwendung standardisierter Verträge über die dynamische Verweisung in § 61 Satz 2 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) und § 62 Satz 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) auch bei öffentlich-rechtlichen Verträgen grundsätzlich in Frage. Eine Klauselkontrolle ist deswegen allerdings nicht stets zulässig. Denn die Vorschriften des BGB gelten nach § 61 Satz 2 SGB X, § 62 Satz 2 VwVfG nicht unmittelbar, sondern sind nur entsprechend anwendbar. Es ist daher in jedem Einzelfall zu prüfen, ob eine vergleichbare Interessenlage für eine Heranziehung der §§ 305 ff. BGB spricht oder ob umgekehrt öffentlich-rechtliche Grundsätze einer solchen möglicherweise entgegenstehen [...]. Die in diesem Zusammenhang immer wieder ins Feld geführten §§ 55, 58 SGB X und §§ 56, 59 VwVfG [...] stehen der Heranziehung von §§ 305 ff. BGB nicht entgegen. Trotz partieller Gleichgerichtetheit in der Zielsetzung (Schutz des Vertragspartners) unterscheiden sich beide Regelungskomplexe in den Regelungsgegenständen und Kontrollmaßstäben, weshalb sie sich nicht gegenseitig ausschließen, sondern richtigerweise in einem wechselseitigen Ergänzungsverhältnis stehen [...]. Soweit vielfach bei koordinationsrechtlichen Verträgen eine entsprechende Anwendung der §§ 305 ff. BGB mangels einer dem Zivilrecht entsprechenden Interessenlage prinzipiell abgelehnt wird [...], mag dies bei koordinationsrechtlichen Verträgen zwischen Verwaltungsträgern zutreffen, nicht aber bei koordinationsrechtlichen Verträgen zwischen Staat und Bürger [...], die, wie gerade das Sozialrecht mit seiner Vielzahl von Verträgen zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern – unter anderem in

Daher sollten die Vorschriften des AGB-Rechts bereits von der spezielleren Vorschrift des § 58 Abs. 1 SGB X erfasst werden, soweit sie zur Nichtigkeit eines Vertrags oder einzelner Klauseln führen. Damit würde die Einschränkung aus § 61 S. 2 SGB X, die darin liegt, dass die Vorschrift des BGB lediglich „ergänzend“ gelten, entfallen. Auch wenn kein Argument ersichtlich ist, das dagegen spräche, dass die Verweisung aus § 58 Abs. 1 SGB X auf das AGB-Recht, soweit dieses die Nichtigkeitsfolge statuiert, der Anwendung von § 61 S. 2 SGB X vorgeht, wird im Folgenden von der h. M. ausgegangen, die auf § 61 S. 2 BGB rekurriert, da es für die Fragen, die sich hier stellen, darauf wohl nicht ankommt.

¹²⁵ Tegethoff, in: Kopp/Ramsauer (Hg.): VwVfG, 21. Aufl. 2020, § 62 Rn 16 ff.; Engelmann, in: Schütze (Hg.): SGB X, 9. Aufl. 2020, § 61 Rn 14; Hissnauer, in: jurisPK-SGB X, 3. Aufl. 2023, § 61 Rn 11 i. V. m. Fn. 44.

¹²⁶ Tegethoff, in: Kopp/Ramsauer (Hg.): VwVfG, 21. Aufl. 2020, § 62 Rn 17; Engelmann, in: Schütze (Hg.): SGB X, 9. Aufl. 2020, § 61 Rn 14 schließt sich dem für § 61 SGB X an.

§ 127 SGB V – zeigt, keinesfalls nur eine theoretische Kategorie sind. Gerade bei koordinationsrechtlichen Verträgen mit Leistungserbringern wird noch eher als bei subordinationsrechtlichen Verträgen mit Leistungsempfängern eine Klauselkontrolle in Betracht kommen. Diese ist zwar, weil Leistungserbringer meist Unternehmer sein werden, nach § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB beschränkt und mag dann wenig gewinnbringend sein, wenn zum Beleg der unangemessenen Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB auf Vorschriften des öffentlichen Rechts Rückgriff genommen werden muss. Der Rückgriff auf das AGB-Recht kann aber durchaus einen Mehrwert haben. So lässt sich etwa über ihn die unter Umständen ungünstige Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit des Vertrages (§ 58 Abs. 3 SGB X) vermeiden, indem ausschließlich die benachteiligende Klausel für unwirksam erklärt wird (§ 306 Abs. 1 BGB).¹²⁷

Dies ist eine differenzierte Position, die im vorliegenden Zusammenhang nur um eine Überlegung zu ergänzen ist, die die Frage betrifft, wer durch die Klauselkontrolle geschützt wird. Leistungserbringer sind Unternehmer (§ 14 Abs. 1 BGB), weshalb die Beschränkungen des § 310 Abs. 1 BGB gelten. Die Klauselkontrolle aus § 307 BGB ist anwendbar. Unwirksam sind danach Klauseln, die den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligen. Eine Benachteiligung, die sich ausschließlich zulasten Dritter – hier der Leistungsberechtigten – auswirkt, wäre nicht erfasst. Fraglich ist jedoch, ob solche Ausschließlichkeit vorkommen kann, denn eine Klausel in der Leistungsvereinbarung, die die Leistungsberechtigten gegen geltendes Recht benachteiligt, wird i. d. R. zugleich die unternehmerischen Optionen des Leistungserbringers unangemessen begrenzen.

4. Zwischenergebnis

Öffentlich-rechtliche Verträge kommen besonders dort in Betracht, wo das Gesetz der Verwaltung Ermessen einräumt. Auch dort, wo das Gesetz der Verwaltung kein Ermessen einräumt, lässt das Recht der öffentlich-rechtlichen Verträge es bis zu einem gewissen Grad zu, dass koordinationsrechtliche Verträge Vertragsnormen enthalten, die von gesetzlichen Bestimmungen abweichen. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn eine Vertragspartei eine natürliche oder eine privatrechtliche juristische Person ist und wenn die gesetzliche Vorgabe, von der abgewichen werden soll, ein Recht statuiert, das der Disposition dieser Partei unterliegt. Eine Abweichung von gesetzlichen Vorgaben ist dagegen dann meist nicht erlaubt, wenn sie durch das SGB geschützte Rechte Dritter betrifft, die durch die tatbestandlichen Wirkungen, die der Vertrag entfaltet, berührt sind. Ein Vertrag, dessen Vertragsnormen *normativ* in Rechte Dritter eingreifen, wird ohnehin nur wirksam, wenn der Dritte schriftlich zustimmt (§ 57 SGB X).

¹²⁷ LSG Sachsen, 26.1.2022, L 1 KR 650/17, Rn 67; im Ergebnis ebenso VGH Bayern, 16.12.2020, 12 ZB 15.1877, Rn 38 (Vertrag zwischen Jugendamt und Erzieherin mit Zulassung zur Kindertagespflege).

Aus den Bereichen, in denen der Verwaltung Ermessensspielräume zustehen, und aus dem Bereich der Rechte, die der Disposition des privatrechtlichen Vertragspartners der Verwaltung unterliegen, ergeben sich Freiräume für vertragliche Gestaltungen, die vom Gesetz nicht determiniert sind oder sogar von gesetzlichen Vorgaben abweichen. Diese Freiräume reichen aus, um der Anforderung, Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge voneinander zu entkoppeln, Genüge zu tun.

Der Sicherstellungsauftrag räumt dem Träger der Eingliederungshilfe kein Ermessen ein. Der Anspruch auf Eingliederungshilfe selbst steht nur in den Ausnahmefällen des § 99 Abs. 3 SGB IX und des § 100 Abs. 1 S. 1 SGB IX im Ermessen des Leistungsträgers. Ein Ermessensspielraum in Bezug auf den Inhalt von Leistungsvereinbarungen ergibt sich daraus nicht.

Damit kann ein Spielraum für Leistungsvereinbarungen, die vom Gesetz abweichen und gleichwohl wirksam sind, dort bestehen, wo alleine Rechtspositionen des Leistungserbringers betroffen sind. Soweit das nicht der Fall ist, sollten rechtswidrige Klauseln einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung i. d. R. nichtig sein.

Soweit eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung Klauseln enthält, die AGBs des Trägers der Eingliederungshilfe sind, unterliegen diese der Inhaltskontrolle aus § 307 BGB, was nach Maßgabe von § 306 Abs. 1 BGB zur Nichtigkeit nur der Klausel und nur in den Fällen des § 306 Abs. 3 BGB zur Nichtigkeit der Vereinbarung insgesamt führt. Allerdings wird § 306 Abs. 2 BGB i. d. R. nicht anwendbar sein, weil das Recht der Eingliederungshilfe keine gesetzlichen Vorschriften enthält, die eine unvollständige Leistungsvereinbarung ergänzen können. Die Nichtigkeit einer Klausel der Leistungsvereinbarung kann daher dazu führen, dass eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung zu einer unvollständigen Leistungs- und Vergütungsvereinbarung wird. Die Folge wird sich i. d. R. kaum von Totalnichtigkeit der Vereinbarung unterscheiden.

IV. Prüfung der Klauseln aus den Gutachtenfragen

Beide Gutachtenfragen haben Klauseln zum Gegenstand, die die Freiheit des Leistungserbringers, Arbeitsverträge mit Beschäftigten zu schließen, beschränken sollen: einmal hinsichtlich der zu beschäftigenden Personen, einmal hinsichtlich des zu vereinbarenden Gehalts. Die Aufnahme in die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung wird daher voraussichtlich nur vom Träger der Eingliederungshilfe zur Bedingung für den Vertragsabschluss gemacht. Die Causa beider Klauseln liegt im Interesse des Trägers der Eingliederungshilfe, nicht des Leistungserbringers.

Frage 1 richtet sich darauf, ob der Leistungsträger eine tarifliche Einstufung „im Rahmen eines Leistungsvertrages [...] vorgeben“ kann. Im Rahmen eines Vertragsschlusses lässt sich nur dann etwas „vorgeben“, wenn man die entsprechende Vereinbarung zur Bedingung des Abschlusses macht.

Frage 2 richtet sich darauf, ob der Leistungsträger die Beschäftigung bestimmter Personen „im Rahmen des Vertragsrechts untersag[en]“ kann. Auch dies bedeutet, dass es um eine Bedingung geht, unter die der Träger der Eingliederungshilfe den Vertragsschluss stellt.

Zu beachten ist, dass der nach § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX zuständige Träger der Eingliederungshilfe eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung dann abschließen muss – dass der zuständige Träger dann kontrahierungspflichtig ist –, wenn die Vereinbarung alle gesetzlichen Anforderungen erfüllt, insbesondere eine Leistung der Eingliederungshilfe fasst, die nach aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen geeignet ist, um den durch § 4 SGB IX vorgegebenen Zweck zu erfüllen, und wenn der Leistungserbringer die Eigenungskriterien des § 124 SGB IX erfüllt.

Die Prüfung beider Klauseln muss deshalb auf zwei Ebenen erfolgen. Zum Ersten ist zu fragen, ob der Leistungserbringer einen Anspruch gegen den Träger der Eingliederungshilfe auf Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung *ohne* die fragliche Klausel hat. Wenn das zu bejahen ist, hat der Leistungserbringer einen Anspruch auf Abschluss einer neuen Leistungsvereinbarung, die die fragliche Klausel nicht mehr enthält.

Zum Zweiten ist zu fragen, ob die Klauseln, wenn sie einmal vereinbart sind, Wirksamkeit beanspruchen können. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem Fall, dass die Beachtung einer Klausel nicht durchsetzbar bzw. deren Nichterfüllung nicht sanktionierbar ist (→ II.3), und dem Fall, dass die Rechtsordnung einer Klausel die Wirksamkeit verweigert, sie also nichtig ist (→ III.4).

1. Klausel „tarifliche Einstufung“

Die Gutachtenfrage lautet:

1. Kann im Rahmen eines Leistungsvertrags der Leistungsträger einzelne konkrete tarifliche Einstufungen vorgeben oder verletzt dieses den tarifrechtlichen Gestaltungsspielraum des Leistungserbringers?

Nach der gesetzlichen Konzeption des Leistungsvereinbarungsrechts der Eingliederungshilfe gehört es nicht zu den Aufgaben der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung, Bestimmungen zu treffen, die das Rechtsverhältnis zwischen dem Leistungserbringer und seinen Beschäftigten betreffen. Deklaratorische Regelungen, die gesetzliche oder

tarifvertragliche Pflichten des Leistungserbringers im Verhältnis zu seinen Beschäftigten wiederholen, werden in einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung i. d. R. möglicherweise unschädlich, aber wenig sinnvoll sein, weil es nicht Zweck dieser Vereinbarung ist, die Rechtsverhältnisse zwischen dem Leistungserbringer und seinen Beschäftigten zu regulieren. Die Beachtung der arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen im Erfüllungsverhältnis ist ohnehin Voraussetzung dafür, dass eine Leistung als Sachleistung bewilligt werden kann.¹²⁸

Sollte eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung dennoch Bestimmungen zur tariflichen Eingruppierung der Beschäftigten des Leistungserbringers enthalten, die denjenigen des Tarifvertrags entsprechen, käme es nicht darauf an, ob diese wirksam sind, weil sie nur wiederholten, was ohnehin gilt.

Daher wird hier davon ausgegangen, dass die Gutachtenfrage sich darauf richtet, ob in einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung wirksame Vereinbarungen über die tarifliche Einstufung von Beschäftigten des Leistungserbringers getroffen werden können, die von den tariflichen Vorgaben abweichen.

Die Gutachtenfrage wird so verstanden, dass sie sich allein auf die Entgeltgruppe, nicht auf die individuelle Erfahrungsstufe bezieht, da nur die Entgeltgruppe auf Tätigkeiten bezogen ist, während die Erfahrungsstufe individuell für die beschäftigte Person zu bestimmen ist. Die Ergebnisse des Gutachtens dürften aber auch für eine Klausel gelten, die die Erfahrungsstufe zum Gegenstand hat.

a. Vertragsrechtliche Vorgaben des SGB IX

aa. Prospektive Entgeltvereinbarung

Die wichtigsten Funktionen der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung liegen in der Sicherstellung von Leistungen, die den leistungsrechtlichen Vorgaben entsprechen, und in der Durchsetzung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Solange die Leistungen der Eingliederungshilfe nach dem Selbstkostendeckungsprinzip finanziert wurden,¹²⁹ konnten die Leistungsträger – damals die Sozialhilfeträger – dem Grundsatz

¹²⁸ „Soweit es die Angemessenheit oder Notwendigkeit eines gezahlten bzw noch geschuldeten Entgelts betrifft, wäre im Übrigen bei allen denkbaren Anspruchsgrundlagen zu beachten, dass der Beklagte nicht verpflichtet werden kann, Leistungen zum Ersatz von Entgelten zu erbringen, wenn diese nicht entsprechend den gesetzlichen Regelungen (Sozialversicherungsbeiträge, Steuern) gezahlt worden sind, bzw wenn die Arbeitsleistungen selbst gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen. Dies ergibt sich zwar nicht ausdrücklich aus den Leistungsvorschriften, sondern ohne explizite gesetzliche Regelungen aus der Natur der Sache.“ BSG, 11.12.2007, B 8/9b SO 12/06 R, Rn 16.

¹²⁹ BGH, 19.1.1995, III ZR 108/94, Rn 28; BVerwG, 1.12.1998, 5 C 17/97, Rn 22; Neumann: Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, u. a. 1992, S. 151. „Das Selbstkostendeckungsprinzip, von dem alle Vereinbarungen ausgehen, [...]“; Köchling: Finanzierung und Recht sozialer Einrichtungen, 2004, S. 25 f.; s. a. Neumann: Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, 1992, S. 123: „Jedenfalls gehen alle Pflege-satzvereinbarungen vom Selbstkostendeckungsprinzip aus.“; zum Verhältnis des Selbstkostendeckungsprinzips zum Gebot der Wirtschaftlichkeit s. Neumann: Materielle rechtliche Vorgaben für

der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nur dadurch Geltung verschaffen, dass sie Einfluss auf die Kosten nahmen, was ihnen allerdings kaum möglich war.

Das Selbstkostendeckungsprinzip wurde jedoch bereits zum 1.7.1994 durch prospektiv zu vereinbarende Entgelte ersetzt.¹³⁰ Danach kommt der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit dadurch zur Geltung, dass zunächst eine *Leistung* vereinbart wird.¹³¹ Auf dieser Grundlage werden ein Entgelt und ein Vereinbarungszeitraum ausgehandelt. Während des Vereinbarungszeitraums kann das Entgelt i. d. R. nicht mehr nachverhandelt werden (→ II.2.e). Der Leistungserbringer trägt damit das Risiko einer für ihn ungünstigen Entwicklung seiner Kosten und profitiert von der Chance einer für ihn günstigen Entwicklung. Dieses System setzt voraus, dass der Leistungserbringer die unternehmerische Freiheit genießt, seine durch die Leistungsvereinbarung determinierten schuldrechtlichen Verpflichtungen im Erfüllungsverhältnis mit möglichst geringen Kosten zu erfüllen. Diese Konzeption sieht nicht vor, dass dem Träger der Eingliederungshilfe ein über die vertragliche Vereinbarung der Leistung und die prospektive Vereinbarung des Entgelts hinausgehender Einfluss auf unternehmerische Entscheidungen des Leistungserbringers zugestanden werden kann. Ein solcher Einfluss wäre ein Rückgriff auf das Selbstkostendeckungsprinzip, das vor mehr als 30 Jahren abgeschafft wurde.

Eine vertragliche Klausel, die die Höhe der Entgelte zum Gegenstand hat, die der Leistungserbringer mit seinen Beschäftigten vereinbart, ist daher grundsätzlich systemwidrig. Sie ist nicht geeignet, die Leistung näher zu bestimmen. Sie betrifft die Kosten, die dem Leistungserbringer entstehen, um die Leistung zu erbringen. Doch gerade dieser Bereich kann nach der gesetzlichen Konzeption des Vertragsrechts der Eingliederungshilfe weder Gegenstand einer Leistungsvereinbarung (da er zur Bestimmung der Leistung nichts beiträgt) noch Gegenstand der Vergütungsvereinbarung sein. Die Vergütung wird durch die Bezifferung der Leistungspauschale nach § 125 Abs. 3 SGB IX abschließend und umfassend bestimmt. Es kommt dem Träger der Eingliederungshilfe grundsätzlich nicht zu, den Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung darüber hinaus davon abhängig zu machen, dass der Leistungserbringer ihm in der Vereinbarung ein Mitgestaltungsrecht einräumt, das allein die Gestehungskosten des Leistungserbringers betrifft, ohne zur Bestimmung der Leistungen nach den gesetzlichen Mindestbestandteilen (→ II.2.b) etwas beizutragen.

Vergütungsvereinbarungen im SGB XI, in: Köbl/Brünner (Hg.): Abschied von der Objektfinanzierung?, Baden-Baden 2004, S. 25–41 <30 ff.>.

¹³⁰ Änderung von § 93 BSHG durch das Zweite Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms (2. SKWPG) v. 21.12.1993, BGBl. I, S. 2374.

¹³¹ Das Leistungsvereinbarungsrecht der Sozialhilfe sah bis zum 26.6.1993 lediglich eine Vergütungsvereinbarung, nicht aber eine Leistungsvereinbarung vor. Die Vereinbarung auch der Leistung verlangte § 93 BSHG erst seit dem Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms (FKPG) v. 23.6.1993, BGBl. I, S. 944, mit dem § 93 Abs. 2 BSHG entsprechend ergänzt wurde.

bb. Gesetzliche Vorgaben zur Akzeptanz tariflicher Entlohnung der Beschäftigten

§ 38 Abs. 2 S. 1 SGB IX gibt vor, dass die „Bezahlung tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen [...] bei Verträgen auf der Grundlage dieses Buches nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden“ kann. Für das Recht der Eingliederungshilfe wird diese Vorschrift durch § 123 Abs. 1 S. 6 SGB IX ergänzt.¹³² Soweit ein Leistungserbringer an einen Tarifvertrag gebunden ist, kommt es auf diese Vorschrift nicht an (→ IV.1.b). Im Fall eines nicht tarifgebundenen Leistungserbringers bewirkt § 38 Abs. 2 S. 1 SGB IX, dass der Träger der Eingliederungshilfe auch ohne Tarifbindung des Leistungserbringers den Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nicht davon abhängig machen darf, dass er untertarifliche Gehälter zahlt.

Die Personalkosten machen regelmäßig den mit Abstand größten Posten der Gesteuerungskosten des Leistungserbringers aus. Dabei ist es dem Träger der Eingliederungshilfe wegen §§ 38 Abs. 2 S. 1, 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX verwehrt, eine Vergütung abzulehnen, deren Höhe darauf beruht, dass der Leistungserbringer tarifliche Entgelte zahlt. Das gilt unabhängig davon, ob der Leistungserbringer tarifgebunden ist und erst recht unabhängig davon, ob dessen Beschäftigte tarifgebunden sind. § 38 Abs. 2 SGB IX verlangt nicht, dass der Leistungserbringer verpflichtet ist, dass er tarifliche Gehälter zahlt, sondern lediglich, dass er das tatsächlich tut, was er auf Verlangen des Rehabilitationsträgers nachweisen muss (§ 38 Abs. 2 S. 2 SGB IX).

Der Leistungserbringer kann damit, notfalls im Verfahren vor der Schiedsstelle nach § 126 Abs. 2 SGB IX, durchsetzen, dass sein Leistungsvereinbarungspartner mit ihm eine Vergütung vereinbart, die die tarifliche Entlohnung seiner Beschäftigten abbildet, soweit er diese tatsächlich tariflich entlohnt. Diese gesetzliche Bestimmung kann nicht durch eine – noch dazu systemwidrige (→ IV.1.a.aa) – Klausel in der Leistungsvereinbarung, die es dem Leistungserbringer abverlangt, untertarifliche Gehälter zu zahlen, derogiert werden.

Daher kann der Träger der Eingliederungshilfe eine solche Klausel nicht durch eine ihr entsprechende Reduktion der Vergütung, die er höchstens akzeptiert, durchsetzen. Akzeptiert der Leistungserbringer die Klausel, bezahlt seine Beschäftigten aber dennoch nach Tarif, hat er wegen §§ 38 Abs. 2 S. 1, 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX Anspruch auf eine Vergütung, die tarifliche Entlohnung refinanziert. Diese Vorschrift kann nicht durch untergesetzliche Verträge derogiert werden.

¹³² Diese Ergänzung dient lediglich der Klarstellung; Rosenow, in: Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 7. Aufl. 2021, § 124 Rn 30 ff.

cc. Keine Möglichkeit zur Durchsetzung der Beachtung der Klausel

Die schuldrechtlichen Verpflichtungen im Erfüllungsverhältnis werden durch die Entlohnung der Beschäftigten des Leistungserbringers nicht berührt. Daher können Leistungsberechtigte im Erfüllungsverhältnis keinen zivilrechtlichen Anspruch gegen den Leistungserbringer darauf haben, dass dieser seinen Beschäftigten untertarifliche Gehälter zahlt. Im Erfüllungsverhältnis könnte die Beachtung der Klausel also nicht durchgesetzt, ihre Missachtung nicht sanktioniert werden.

Damit bleibt nur die Möglichkeit der Kürzung nach § 129 SGB IX, um die Beachtung einer Klausel, die vom Leistungserbringer untertarifliche Entlohnung seiner Beschäftigten verlangt, durchzusetzen. Doch auch diese Möglichkeit scheidet aus. Es ist offensichtlich, dass die Zahlung tariflicher Gehälter unter keinem denkbaren Gesichtspunkt ursächlich für Mängel der Leistung qualitativer oder quantitativer Art¹³³ sein kann. Damit scheidet eine Kürzung der Vergütung nach § 129 SGB IX aus, die allein unter dieser Voraussetzung möglich wäre (→ II.3.b).

Die Durchsetzung kann auch nicht dadurch erreicht werden, dass der Träger der Eingliederungshilfe in der Vergütungsvereinbarung lediglich eine Vergütung auf der Basis untertariflicher Entlohnung (bzw. Eingruppierung der Beschäftigten) akzeptiert. Denn wegen §§ 38 Abs. 2 S. 1, 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX kann eine solche Klausel den Anspruch auf Vergütung nicht begrenzen (→ IV.1.a.bb).

Das bedeutet, dass die Klausel den Zweck, den ein Träger der Eingliederungshilfe, der den Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung davon abhängig macht, dass der Leistungserbringer sie akzeptiert, einzig mit ihr verfolgen kann, nicht erreichen kann. Mit anderen Worten: Sie kann eine durchsetzbare vertragliche Pflicht zur untertariflichen Bezahlung Beschäftigter nicht begründen. Ihre Nichtbeachtung kann nicht sanktioniert werden.

dd. Umgehungsgeschäft

Der Grund dafür, dass das Gesetz keine Möglichkeit bereithält, um die Beachtung einer solchen Klausel durchzusetzen bzw. ihre Nichtbeachtung zu sanktionieren, liegt darin, dass sie die gesetzlichen Vorgaben aus §§ 38 Abs. 2 S. 1, 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX konterkariert. Mit anderen Worten: Es handelt sich um ein Umgehungsgeschäft. Der einzig denkbare Zweck liegt darin, ein Ergebnis zu erzielen, das zu verlangen jedem Rehabilitationsträger durch § 38 Abs. 2 SGB IX, dem Träger der Eingliederungshilfe darüber hinaus auch durch § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX verwehrt ist. Daher stehen diese Vorschriften einer

¹³³ Zu den Begriffen des qualitativen und quantitativen Mangels s. Hänlein: Die Problematik der Minderung bei sozialen Dienstleistungen, in: Marhold u.a. (Hg.): Arbeits- und Sozialrecht für Europa 2020 (Festschrift für Maximilian Fuchs), 2020, S. 535–548.

solchen Klausel i. S. v. § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X entgegen, was i. V. m. § 58 Abs. 1 SGB X und § 134 BGB zur Nichtigkeit der Klausel führen muss. Sie kann eine Pflicht des Leistungserbringers (unabhängig von der Frage nach ihrer Durchsetzbarkeit), im Verhältnis zu seinen Beschäftigten nach ihr zu verfahren, nicht begründen.

ee. Übertarifliche Entlohnung

Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn der Träger der Eingliederungshilfe vom Leistungserbringer verlangt, dass er übertarifliche Gehälter zahlt. In diesem Fall könnte die Causa der Klausel z. B. darin liegen, dass der Sicherstellungsauftrag erfüllt wird. Wenn ein Leistungserbringer, der das Personal, das er zur Erbringung der vereinbarten Leistung braucht, nicht mehr rekrutieren kann, kann der Träger der Eingliederungshilfe seinen Sicherstellungsauftrag nicht mehr durch den Abschluss von Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen erfüllen. Der Kontrahierungszwang aus § 123 Abs. 4 S. 1 SGB IX geht ins Leere, wenn es dem Leistungserbringer nicht möglich ist, die vertraglichen Pflichten im Erfüllungsverhältnis zu erfüllen.

Vor diesem Hintergrund könnte ein Träger der Eingliederungshilfe von Leistungserbringern verlangen, dass sie ihre Beschäftigten übertariflich entlohnen, um auf diese Weise zu erreichen, dass die Leistungen erbracht werden können. Das Tarifvertragsrecht unterscheidet zwischen Abweichungen zugunsten und zulasten der Beschäftigten (§ 4 Abs. 3 TVG). Doch diese Unterscheidung ändert nichts daran, dass es dem Träger der Eingliederungshilfe aus den oben dargelegten Gründen nicht gestattet ist, die Vertragsfreiheit des Leistungserbringers in Bezug die Arbeitsverträge mit seinen Beschäftigten auf dem Weg von Klauseln in der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung einzuschränken.

Das bedeutet nicht, dass es dem Träger der Eingliederungshilfe versagt wäre, einem Leistungserbringer mit der Vergütungsvereinbarung eine Vergütung zuzugestehen, die übertarifliche Gehälter abbildet, und von ihm zu verlangen, dass er diese auch tatsächlich bezahlt. Die Verpflichtung, den Nachweis der tatsächlichen Zahlung zu erbringen, dürfte sich auf § 38 Abs. 2 S. 2 SGB IX stützen lassen, was allerdings eine Auslegung erfordert, die – wenngleich wohl unwesentlich – über den Wortlaut hinausgeht, was an dieser Stelle wohl unproblematisch mit dem Argument der teleologischen Extension begründet werden kann.¹³⁴

Die Frage, ob in einem solchen Fall die Zahlung übertariflicher Gehälter durchgesetzt oder ihre Nichtzahlung sanktioniert werden kann, dürfte von geringer praktischer Relevanz sein. Sie wird hier offen gelassen.

¹³⁴ Zu den Voraussetzungen einer teleologischen Extension s. LAG Stuttgart, 21.2.2014, 7 Sa 64/13, Rn 32 ff.; BVerwG, 18.4.2013, 5 C 18/12, Rn 22.

b. Vorgaben des TVG

Tarifverträge enthalten normative und schuldrechtliche Vertragsnormen. Ein Arbeitgeber ist tarifgebunden, wenn er Mitglied einer Tarifvertragspartei oder selbst Partei eines Tarifvertrags ist (§ 3 Abs. 1 TVG). Ein Arbeitnehmer ist tarifgebunden, wenn er Mitglied einer Tarifvertragspartei ist.

Die Bestimmungen des Tarifvertrags über die Eingruppierung in Entgeltgruppen gehören zu den normativen Vertragsnormen des Tarifvertrags. Sind beide Parteien eines Arbeitsvertrags tarifgebunden, wirken sie wie zwingendes Zivilvertragsrecht (§ 4 Abs. 1 TVG). Abweichungen sind zulässig, soweit dies im Tarifvertrag vereinbart ist oder soweit die Abweichung zugunsten des Arbeitnehmers geht (§ 4 Abs. 3 TVG). Die zwingende Wirkung der normativen Vertragsnormen des Tarifvertrags wird durch § 4 Abs. 4 TVG unterstrichen. Danach ist ein Verzicht auf entstandene tarifliche Rechte nur im Rahmen eines Vergleichs zulässig, den die Tarifvertragsparteien gebilligt haben.

Eine Klausel in einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nach § 125 SGB IX kann § 4 TVG nicht derogieren. Der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung kommt normative Wirkung nicht zu (→ II.1.c). Auch wenn man der oben dargestellten Auffassung des BSG folgen und Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen als Normenverträge verstehen wollte (→ II.1.a), käme man zu keinem anderen Ergebnis. Auch ein untergesetzlicher Normenvertrag – wie z. B. der Rahmenvertrag nach § 75 SGB XI (s. § 75 Abs. 1 S. 4 SGB XI) – könnte eine Vorschrift eines einfachgesetzlichen Gesetzes des Bundes jedenfalls nicht ohne eine hinreichend bestimmte gesetzliche Ermächtigung außer Kraft setzen. Ein solche Ermächtigung existiert nicht.

§ 4 TVG ist eine Rechtsvorschrift, die einer Vereinbarung im Leistungsverschaffungsverhältnis der Eingliederungshilfe, die vorsieht, dass ein tarifgebundener Leistungserbringer in den Arbeitsverträgen mit tarifgebundenen Beschäftigten zu deren Lasten von den Bestimmungen des Tarifvertrags abweicht, i. S. v. § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X entgegensteht. Damit kann eine solche Vereinbarung nicht wirksam getroffen werden.

Anders verhält es sich, wenn eine Abweichung zugunsten der Beschäftigten vereinbart wird oder wenn die im Leistungsverschaffungsverhältnis der Eingliederungshilfe vereinbarte Abweichung durch den Tarifvertrag gestattet wird. In einem solchen Fall stehen die Regelungen des TVG einer entsprechenden Klausel in einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nicht entgegen – wohl aber die Vorschriften des Leistungsvereinbarungsrechts der Eingliederungshilfe.

c. Ergebnis Frage 1

Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen nach § 125 SGB IX sind spezifische öffentlich-rechtliche Verträge koordinierungsrechtlicher Art, die auf ausdifferenzierten gesetzlichen Regelungen beruhen. Die ratio legis dieser Regelungen ist gesetzlich vorgegebene Causa einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung. Der Gesetzgeber hat Mindestbestandteile der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung normiert, die unterstreichen, dass der Zweck einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung in erster Linie darin liegt, die Inhalte der Verträge im Erfüllungsverhältnis zu bestimmen, um so den Sicherstellungsauftrag zu erfüllen, dem der Träger der Eingliederungshilfe unterliegt, und zugleich dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit Geltung zu verschaffen. Der einzige gesetzliche Mindestinhalt einer Leistungsvereinbarung, der etwas anderes als die Bestimmung der Inhalte der Verträge im Erfüllungsverhältnis zum Gegenstand hat – die Bestimmung aus § 38 Abs. 1 Nr. 6 SGB IX –, erweist sich als Vorgabe für eine deklaratorische Regelung, die die Pflichten des Leistungserbringers aus §§ 154 ff. SGB IX lediglich bekräftigt (→ II.3).

Zwar verbieten die gesetzlichen Vorgaben es nicht, dass die Leistungsvereinbarungspartner in der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung Regelungen vereinbaren, die über die gesetzlichen Mindestbestandteile hinausgehen. Doch das bedeutet nicht, dass jedwede Regelung Gegenstand einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung sein könnte.

Der Leistungserbringer muss eine Klausel, die ihn verpflichtet, in Arbeitsverträgen von einem Tarifvertrag abzuweichen, nicht akzeptieren. Das gilt unabhängig davon, ob er tarifgebunden ist. Rechtmäßigkeit (einschließlich Vollständigkeit) der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung i. Ü. unterstellt, hat er Anspruch auf Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung ohne eine solche Klausel.

Wird eine solche Klausel dennoch Teil einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung, weil der Träger der Eingliederungshilfe sie zur Bedingung für deren Abschluss gemacht hat, ist sie unwirksam. Selbst wenn man sie grundsätzlich für wirksam halten wollte, wäre ihre Beachtung nicht durchsetzbar. Insbesondere ist der Träger der Eingliederungshilfe unabhängig von dem Inhalt der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung verpflichtet, eine Vergütung, die auf tariflicher Entlohnung der Beschäftigten basiert, zu akzeptieren, weil eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung §§ 38 Abs. 2 S. 1, 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX nicht derogieren kann.

Aus leistungsvereinbarungsrechtlicher Sicht erweist sich eine solche Klausel als Umgehungsgeschäft, dem §§ 38 Abs. 2 S. 1, 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX entgegenstehen. Darüber hinaus ist die Vereinbarung einer unter- oder übertariflichen Entlohnung in der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung in zweifacher Weise systemwidrig. Sie ist nicht mit der gesetzlichen Konzeption zur Durchsetzung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit vereinbar, die auf der Vereinbarung prospektiver Entgelte beruht. Sie

widerspricht der ratio legis der gesetzlichen Vorschriften über die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung, deren Zweck darin liegt, die Inhalte der im Erfüllungsverhältnis zu schließenden Verträge im Interesse der Erfüllung des Sicherstellungsauftrags und des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu determinieren.

Soweit in der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nach § 125 SGB IX vereinbart wird, dass der Leistungserbringer zulasten seiner Beschäftigten von einem Tarifvertrag, an den er gebunden ist (§ 3 Abs. 1 TVG), abweicht, steht auch § 4 Abs. 1 TVG einer solchen Klausel entgegen.

Im Ergebnis stehen die Vorschriften über die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung, insbesondere §§ 38 Abs. 2 S. 1, 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX und § 4 Abs. 1 TVG, einer Klausel in einer Leistungsvereinbarung nach § 125 SGB IX, die vom Leistungserbringer ein Abweichen vom Tarifvertrag zulasten der Beschäftigten verlangt, i. S. v. § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X entgegen. Dies hat i. V. m. § 58 Abs. 1 SGB X und § 134 BGB Nichtigkeit der Klausel zur Folge. Ein nichtige Vertragsklausel kann Leistungserbringer nicht binden, auch nicht nach dem Grundsatz von Treu und Glauben.¹³⁵

Soweit die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung i. Ü. den gesetzlichen Bestimmungen entspricht, ist unproblematisch davon auszugehen, dass die Leistungsvereinbarungspartner die Vereinbarung auch ohne die nichtige Klausel geschlossen hätten, wenn die Klausel – wie hier vorausgesetzt – vom Träger der Eingliederungshilfe verlangt wurde. Denn der Träger der Eingliederungshilfe ist gesetzlich verpflichtet, eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung mit einem geeigneten Leistungserbringer abzuschließen, soweit diese den gesetzlichen Vorgaben entspricht. Wenn der Träger der Eingliederungshilfe die Klausel zur Bedingung gemacht hat, ist davon auszugehen, dass der Leistungserbringer die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung auch ohne die Klausel schließen wollte. Damit führt § 58 Abs. 1 SGB X i. V. m. § 139 BGB i. d. R. lediglich zur Nichtigkeit der Klausel einer i. Ü. rechtmäßigen Leistungs- und Vergütungsvereinbarung (und nicht zu deren Totalnichtigkeit).

2. Klausel „Ausschluss nahestehender Personen“

Die Gutachtenfrage lautet:

2. Verstößt die Beschäftigung von Angehörigen und Nahestehenden durch den Leistungserbringer gegen das Leistungsrecht im SGB IX, SGB XI oder SGB XII und kann dieses vom Leistungsträger im Rahmen des Vertragsrechtes untersagt werden?

¹³⁵ So ausdrücklich BSG, 13.7.2017, B 8 SO 21/15 R, Rn 16; a. A. ohne nachvollziehbare Begründung BSG, 6.12.2018, B 8 SO 9/18 R, Rn 44.

Es handelt sich um zwei Fragen, wobei die Beantwortung der zweiten zu einem gewissen Grad von der Antwort auf die erste Frage abhängt. Teilfrage 2a wird im Folgenden unter a. und b., Teilfrage 2b unter c. und d. bearbeitet.

a. Teilfrage 2a: Verstößt die Beschäftigung von Angehörigen und Nahestehenden durch den Leistungserbringer gegen das Leistungsrecht im SGB IX, SGB XI oder SGB XII?

Diese Frage ist im ersten Schritt zu präzisieren. Es geht um die Frage, ob ein Leistungserbringer Angehörige und Nahestehende einer bestimmten Person, der er im Erfüllungsverhältnis Leistungen erbringt, für die Leistung für diese Person einsetzen darf oder ob Vorschriften des SGB IX, SGB XI oder SGB XII dem entgegenstehen.

Der Leistungserbringer entscheidet im Rahmen seiner unternehmerischen Freiheit eigenständig darüber, mit welchen Personen er Arbeitsverträge schließt. Allerdings können seine Eignung als Leistungserbringer und die Eignung der mit einem Leistungsträger vereinbarten Leistung davon abhängen, dass die Personen, die er einstellt, über eine bestimmte Qualifikation und/oder über bestimmte Fähigkeiten verfügen und dass sie bestimmte Ausschlusskriterien nicht erfüllen.

aa. Pflegeversicherung – SGB XI

Das Recht der Pflegeversicherung normiert die Anforderungen an das Personal nur zum Teil im Gesetz und zu einem anderen Teil in den untergesetzlichen Regelungen des Rahmenvertrags, der (anders als der Rahmenvertrag nach § 131 SGB IX) wegen § 75 Abs. 1 S. 4 SGB XI Normenvertrag ist. Das SGB XI verwendet den unbestimmten Rechtsbegriff der „geeigneten Pflegekraft“. Im vorliegenden Zusammenhang ist § 36 Abs. 4 S. 2 SGB XI einschlägig. Danach wird häusliche Pflegehilfe „durch geeignete Pflegekräfte erbracht, die entweder von der Pflegekasse oder bei ambulanten Pflegeeinrichtungen, mit denen die Pflegekasse einen Versorgungsvertrag abgeschlossen hat, angestellt sind“. Der Begriff der Eignung wird für das Land Bremen durch §§ 8, 19 RV nach § 75 SGB XI näher bestimmt. Keine dieser Vorschriften enthält einen Hinweis darauf, dass Personen von der Tätigkeit als Pflegekraft deshalb ausgeschlossen werden könnten, weil sie mit einer Person, die Leistungen der Pflege erhält und für die sie eingesetzt werden, in irgendeiner Art von persönlicher Beziehung oder in einem Verwandtschaftsverhältnis steht.

Lediglich für zwei besondere Konstellationen gelten besondere Regelungen: Nach § 39 Abs. 3 S. 1 SGB XI ist der Betrag der Verhinderungspflege begrenzt, wenn die Pflegeperson, die die Verhinderungspflege ausführt, mit dem Pflegebedürftigen bis zum zweiten

Grad verwandt oder verschwägert ist. § 39 Abs. 3 S. 2 SGB XI statuiert eine Rückausnahme von Satz 1 für den Fall, dass die Pflegeperson erwerbsmäßig als Pflegekraft tätig ist. Die tatbestandliche Voraussetzung der Rückausnahme ist jedenfalls immer dann gegeben, wenn die Pflegeperson unbefristet bei einem Pflegedienst beschäftigt ist. Es kommt nicht darauf an, für welche Kunden der Pflegedienst sie einsetzt. Die Vorschrift unterstreicht damit, dass ein Pflegedienst eine Pflegekraft beschäftigen kann, die mit der pflegebedürftigen Person, für die er sie einsetzt, verwandt ist, ohne dass dies Einschränkungen irgendwelcher Art mit sich brächte.

Die zweite Konstellation ist die des Einzelvertrags zwischen (nur) einer Pflegeversicherung und einer „geeigneten Pflegekraft“ nach § 77 SGB XI. Die Vorschrift dient dazu, die Erfüllung des Sicherstellungsauftrags der Pflegeversicherung auch dann zu ermöglichen, wenn diese nicht durch Pflegedienste, mit denen ein Versorgungsvertrag nach § 72 SGB XI besteht, erfolgen kann, z. B. weil Pflegedienste nicht in ausreichendem Maß zur Verfügung stehen.¹³⁶

Diese Möglichkeit wird durch § 77 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB XI für Verwandte bis zum dritten Grad oder Verschwägte des Pflegebedürftigen und für Personen, die mit dem Pflegebedürftigen in häuslicher Gemeinschaft leben, ausgeschlossen. Im Hintergrund steht das spezifische Konzept der Pflegeversicherung, nach dem die pflegebedürftige Person zwar im Fall ehrenamtlicher Pflege durch Angehörige anstelle der Sachleistung nach § 36 SGB XI eine Geldleistung erhält, die sie der Pflegeperson zugutekommen lassen kann. Doch diese Geldleistung beträgt lediglich rund zwei Fünftel des Betrags, den die Pflegeversicherung höchstens für Sachleistungen nach § 36 SGB XI übernimmt.¹³⁷ Mit der Einschränkung in § 77 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB XI wollte der Gesetzgeber die Möglichkeit der Umgehung der Beschränkung auf das Pflegegeld nach § 37 SGB XI versperren.¹³⁸

Das BSG hat sich in einem Verfahren, in dem die Revision vertrat, dass diese Restriktion verfassungswidrig sei, ausführlich mit ihr auseinandergesetzt. Der 3. Senat sprach hier von einem „generelle[n] Ausschluß der Angehörigenpflege“, der „durch nachvollziehbare Gründe gerechtfertigt“ sei.¹³⁹ Dabei nahm er zunächst Bezug auf die Beistandspflichten aus §§ 1618a und 1353 BGB, ohne allerdings darauf einzugehen, dass diese Vorschriften gerade nicht dazu verpflichten, erhebliche Bedarfe an Pflege oder Betreuung unentgeltlich zu decken.¹⁴⁰ Sodann stellte er die Vorschrift zutreffend in den Kontext der „Zweigleisigkeit“ der gesetzlichen Konzeption der Pflegeversicherung, die zwischen

¹³⁶ Becker, in: Hauck/Noftz: SGB XI Kommentar, Werksstand Februar 2022, § 77 Rn 2.

¹³⁷ Exakte Beträge s. § 36 Abs. 3 SGB XI, § 37 Abs. 1 SGB XI.

¹³⁸ Becker aaO.; s. a. BSG, 18.3.1999, B 3 P 8/98 R.

¹³⁹ BSG, 18.3.1999, B 3 P 8/98 R, Rn 15.

¹⁴⁰ Der 3. Senat des BSG führte aus (aaO Rn 16): „Der tragende Grund für die besondere Regelung der Angehörigenpflege gilt auch hier: Auch bei einer fachlich qualifizierten Pflege eines Familienangehörigen ändert sich nichts daran, daß ihr eine familienrechtliche oder sittliche Verpflichtung zugrunde liegt, die unentgeltlich zu erfüllen ist.“ Das trifft allerdings nach Auffassung der zivilgerichtlichen Rechtsprechung ebenso wenig zu wie nach der h. M. im Bereich des Sozialrechts. „Im Übrigen können auch Angehörige nicht zur Übernahme der Pflege verpflichtet werden [...].“ LSG Berlin-Brandenburg, 3.9.2015, L 15 SO 175/15 B ER, Rn 39 m. w. N.; weitere Belege → IV.2.a.bb.

„vorrangiger familiärer, verwandtschaftlicher, hausgemeinschaftlicher, nachbarschaftlicher und sonstiger ehrenamtlicher Pflege auf der Basis der Unentgeltlichkeit mit der niedrigeren Pflegegeldleistung einerseits sowie der ergänzenden professionellen Pflege mit weitaus höherer Sachleistungsausstattung andererseits“ unterscheidet.¹⁴¹ Nicht gefolgt werden kann dem Senat an dieser Stelle nur, soweit er einen Vorrang der ehrenamtlichen Pflege erkannte. Einen solchen Vorrang kann es schon deshalb nicht geben, weil eine pflegebedürftige Person (wohl entgegen der Auffassung des damaligen 3. Senats des BSG) keinen Anspruch gegen Angehörige oder gar Nachbarn und andere nahestehende Personen darauf hat, von diesen unentgeltlich betreut und gepflegt zu werden. Darüber hinaus besteht kein Zweifel, dass die pflegebedürftige Person frei wählen kann, ob sie die häusliche Pflegehilfe nach § 36 SGB XI, das Pflegegeld nach § 37 SGB XI oder die Kombileistung nach § 38 SGB XI in Anspruch nimmt – und zwar auch dann, wenn eine nahestehende Person anbietet, die Pflege ehrenamtlich zu übernehmen. Das wäre mit einem Vorrang unentgeltlicher Pflege durch Nahestehende nicht vereinbar. Vermutlich hat der 3. Senat in seiner Entscheidung sprachlich nicht hinreichend zwischen einem Vorrang im Rechtssinn und einem allgemeinen und unverbindlichen Grundsatz (den das SGB XI allerdings auch nicht enthalten dürfte) unterschieden hat.

Ungeachtet der Schwächen, die die Begründung dieser Entscheidung aufweist,¹⁴² beschränkt sie sich im Ergebnis darauf, die von der Revision vorgetragene Verfassungswidrigkeit der Vorschrift zu verneinen und die ebenfalls von der Revision sinngemäß vertretene Auffassung zurückzuweisen, § 77 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB XI sei teleologisch zu reduzieren.¹⁴³ Vor allem in Bezug auf familiäre Leistungspflichten formulierte der damalige Senat in der immerhin 25 Jahre alten Entscheidung eine Auffassung, die sich nicht durchsetzte (→ IV.2.a.bb) und wohl unumwunden als unzutreffend bezeichnet werden darf.

Das Recht der Pflegeversicherung kennt mit § 39 Abs. 3 S. 1 SGB XI und § 77 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB XI zwei Fälle, in denen für bestimmte nahestehende Personen abweichende Regelungen gelten. Diese Regelungen sind abschließend. Auch im Recht der Pflegeversicherung ist es einem Leistungserbringer, der z. B. Leistungen nach § 36 SGB XI (häusliche Pflegehilfe) oder nach § 43 SGB XI (stationäre Pflege) erbringt, nicht untersagt, Angehörige einer pflegebedürftigen Person, der er Leistungen erbringt, zu beschäftigen und für diese Person einzusetzen.¹⁴⁴ Ebenso wenig stehen die genannten Vorschriften der Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen der pflegebedürftigen Person

¹⁴¹ BSG, 18.3.1999, B 3 P 8/98 R, Rn 20.

¹⁴² Im Zuge seiner Auseinandersetzung mit dem Vortrag, die Vorschrift sei verfassungswidrig, weist der Senat darauf hin, dass auch eine versteckte Diskriminierung verfassungsrechtlich relevant sein kann, setzt sich mit dem Problem aber nur unzureichend auseinander. Insbesondere lässt er die hier sicher erforderliche Auseinandersetzung mit Art. 3 Abs. 2 GG vermissen. Auch seine Ausführungen zum Sicherstellungsauftrag können nicht überzeugen; kritisch dazu Becker, in: Hauck/Noftz: SGB XI Kommentar, Werksstand Februar 2022, § 77 Rn 14 f.

¹⁴³ BSG, 18.3.1999, B 3 P 8/98 R, Rn 12.

¹⁴⁴ Das gilt – gegen § 1897 Abs. 3 BGB a. F. – sogar, wenn der Angehörige zum Betreuer der leistungsberechtigten Person bestellt ist; BVerfG, 20.3.2006, 1 BvR 1702/01.

und einer Pflegekraft, die mit ihr in einem verwandtschaftlichen oder sonstigen Näheverhältnis steht, entgegen.¹⁴⁵

Die Restriktionen des § 39 Abs. 3 S. 1 SGB XI und des § 77 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB XI stehen im systematischen Zusammenhang mit der besonderen Konzeption der Pflegeversicherung, die der 3. Senat des BSG im o. g. Urteil als „Zweigleisigkeit“ bezeichnet hat. Diese Konzeption zeichnet sich dadurch aus, dass die leistungsberechtigte Person frei wählen kann, ob sie eine Sachleistung oder eine diese substituierende Geldleistung in Anspruch nimmt. Die Besonderheit liegt darin, dass die substituierende Geldleistung keiner relevanten Zweckbindung¹⁴⁶ unterworfen ist. Im Falle ihrer Inanspruchnahme beschränkt sich die Qualitätssicherung auf die Regelungen des § 37 Abs. 3 ff. SGB XI. Vergleichbare Regelungen, die es ermöglichen würden, anstelle einer zweckbezogenen Sachleistung eine Geldleistung in Anspruch zu nehmen, deren Verwendung keiner relevanten Kontrolle unterliegt, die im Gegenzug aber deutlich geringer ist als der Betrag, den der Leistungsträger für die Sachleistung aufzuwenden hat, kennen das SGB XII und das SGB IX Teil 2 nicht.

Im Ergebnis: Das SGB XI enthält keine Vorschriften, die der Beschäftigung von Angehörigen und Nahestehenden durch den Leistungserbringer und deren Einsatz für die mit ihnen in einem Näheverhältnis stehende Person entgegenstehen würden. § 39 Abs. 3 S. 1 SGB XI und § 77 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB XI entfalten keine Auswirkungen auf die Erbringung von Leistungen der Pflege durch Leistungserbringer, die mit der Pflegeversicherung einen Versorgungsvertrag geschlossen haben.

bb. Sozialhilfe – SGB XII

Das SGB XII enthält weniger Vorgaben für das im Zuge von Sachleistungen der Sozialhilfe einzusetzende Personal, was u. a. dem Umstand geschuldet ist, dass das Recht der Sozialhilfe sehr unterschiedliche Leistungen umfasst. Soweit es sich um Leistungen der Hilfe zur Pflege handelt, die als Sachleistung durch Leistungserbringer erbracht werden, gelten in aller Regel die Versorgungsverträge nach dem SGB XI (§ 76a SGB XII).¹⁴⁷ Das umfasst auch die dortigen Vorgaben für das Personal. Daher gilt insoweit für die

¹⁴⁵ LSG Rheinland-Pfalz, 26.7.2001, L 1 AL 6/00; ebenso bereits BSG, 29.11.1990, B 2 RU 18/90. Ein Beschäftigungsverhältnis mit der pflegebedürftigen Person ist dagegen wegen § 77 Abs. 1 S. 4 SGB XI ausgeschlossen, wenn die Pflegeversicherung einen Vertrag nach § 77 Abs. 1 SGB XI mit einer geeigneten Pflegekraft schließt. Doch das kann wegen des Ausschlusses aus § 77 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB XI die von dieser Regelung erfassten Personen gerade nicht betreffen.

¹⁴⁶ Zwar dient das Pflegegeld einem Zweck, doch es wird nicht als zweckbestimmte Geldleistung bewilligt. „Das Pflegegeld ist keine zweckbezogene Geldleistung, die zwangsläufig der Pflegeperson zufließen muss, und stellt auch kein Entgelt für erbrachte Pflegeleistungen, sondern eine Art Anerkennung für innerfamiliäre Unterstützungs- und Hilfeleistungen dar.“ Wiegand, in: jurisPK-SGB XI, 4. Aufl. 2024, § 37 SGB XI, Rn. 24. Vgl. BSG, 11.9.2020, B 8 SO 8/19 R. Die leistungsberechtigte Person muss keiner Weise darlegen, wie sie das Geld verwendet. Ein Widerruf der rechtmäßigen Bewilligung wegen zweckwidriger Verwendung (§ 47 Abs. 2 SGB XI) ist ausgeschlossen.

¹⁴⁷ S.a. BSG, 22.3.2012, B 8 SO 1/11 R.

Sozialhilfe dasselbe wie für die Leistungen der Pflegeversicherung. § 39 Abs. 3 S. 1 SGB XI und § 77 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB XI gelten nicht für Sachleistungen durch Leistungserbringer und sind auch ansonsten nicht auf das Recht der Sozialhilfe übertragbar.

§ 75 Abs. 2 S. 3–9 SGB XII enthält eine Parallelvorschrift zu § 124 Abs. 2 S. 3–9 SGB IX, die Personen, die für eine der dort genannten Straftaten rechtskräftig verurteilt worden ist, von der Tätigkeit ausschließt.

Leistungen der Sozialhilfe sind zwar nachrangig im Verhältnis zu Leistungen von Angehörigen (§ 2 SGB XII). Doch zum Ersten enthält § 2 SGB XII keine Ausschlussnorm, sondern lediglich ein Gebot im Sinne eines Programmsatzes der Sozialhilfe.¹⁴⁸ Zum Zweiten kann der Nachrang nur unter der Bedingung zum Tragen kommen, dass ein Angehöriger Leistungen tatsächlich erbringt, sei es aus freien Stücken, sei aufgrund einer Rechtspflicht. Hier käme allein eine Beistandspflicht in Betracht, wie § 1618a BGB sie für das Verhältnis von Eltern zu Kindern statuiert. Eine solche Beistandspflicht, die sich auf Leistungen zur Teilhabe oder der Pflege richten würde, die wegen einer Behinderung erforderlich sind, existiert nicht. Die Beistandspflicht aus § 1618a BGB ist beschränkt auf nicht behinderungsbedingte Bedarfe.¹⁴⁹ Für das Verhältnis von (nicht getrennt lebenden) Eheleuten zueinander käme eine Beistandspflicht aus §§ 1353, 1360 BGB in Betracht. Der BGH hat eine solche Pflicht jedenfalls für den Fall eines hohen Betreuungsbedarfs verneint.¹⁵⁰ Aus sozialhilferechtlicher Perspektive hat das LSG Berlin-Brandenburg darauf hingewiesen, dass „Angehörige nicht zur Übernahme der Pflege verpflichtet werden“ werden können.¹⁵¹

Eine Rechtspflicht Angehöriger (oder gar anderer Nahestehender) zur Erbringung von Assistenzleistungen, derer die leistungsberechtigte Person wegen einer Behinderung i. S. v. § 2 Abs. 1 SGB IX bedarf, besteht im Ergebnis nicht. Der Nachrang der Sozialhilfe im Verhältnis zur Unterstützung von Angehörigen kann daher nur dann zu Tragen kommen, wie Angehörige aus freien Stücken unentgeltlich Leistungen erbringen.

Erbringen Angehörige Leistungen vorläufig, während der Anspruch auf eine Sozialleistung im Streit steht, verdrängt die Rechtsweggarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) den Nachrang der Sozialhilfe. Der Anspruch auf Leistungen der Sozialhilfe geht dann nicht unter.¹⁵²

In Literatur¹⁵³ und Rechtsprechung wird vertreten, dass Leistungsberechtigte der Sozialhilfe, die ihren Bedarf dadurch decken, dass sie selbst als Arbeitgeber des Personals

¹⁴⁸ BSG, 23.3.2021, B 8 SO 2/20 R.

¹⁴⁹ VG Halle, 5.9.2018, 7 A 149/16; VG Halle, 5.9.2018, 7 A 55/17; zu den Grenzen von § 1618a BGB s. a. OLG Bamberg, 3.1.1984, 5 U 126/83, Rn 18 ff.: keine Pflicht der Eltern zur Erbringung von Dienstleistungen für ihre Kinder aus § 1618a BGB; es sei „bereits zweifelhaft“, ob sich aus der Bestimmung überhaupt unmittelbar klagbare Rechte und Pflichten ableiten können; s. a. LSG Rheinland-Pfalz, 26.7.2001, L 1 AL 6/00, Rn 20.

¹⁵⁰ BGH, 22.2.1995, XII ZR 80/94, Rn 16.

¹⁵¹ LSG Berlin-Brandenburg, 3.9.2015, L 15 SO 175/15 B ER, Rn 39 m. w. N.

¹⁵² BSG, 22.3.2012, B 8 SO 30/10 R, Rn 26 f.

¹⁵³ Palsherm, in: Bieritz-Harder/Conradis/Palsherm (Hg.): Lehr- und Praxiskommentar SGB XII, 13. Aufl. 2024, § 63b Rn 24 SGB XII m. w. N.; Schellhorn, in: Schellhorn/Hohm/Scheider/Busse (Hg.): SGB XII

fungieren, das die Leistungen, derer sie bedürfen, erbringt (Arbeitgebermodell), dann keinen Anspruch auf eine Geldleistung in Höhe der dadurch entstehenden Kosten haben, wenn sie Angehörige oder Nahestehende beschäftigen.

Nach neuem Recht (seit 1.1.2017) liegt dazu bislang allerdings nur eine Entscheidung des LSG Baden-Württemberg vom 25.9.2019 vor, deren Begründung nach hier vertretener Auffassung jedoch nicht auf das Gesetz zurückgeführt werden kann. Das LSG knüpft an die Auffassung an, die zu § 65 Abs. 1 S. 2 SGB XII i. d. F. vom 27.12.2003 überwiegend vertreten wurde. Nach dieser Vorschrift konnte Anspruch auf Übernahme der Aufwendungen für eine „besondere Pflegekraft“ bestehen, wenn dies „neben oder anstelle der Pflege nach § 63 Satz 1 [...] erforderlich“ war. § 63 SGB XII i. d. F. vom 20.12.2012 statuierte, dass der Sozialhilfeträger darauf hinwirken solle, „dass die Pflege einschließlich der hauswirtschaftlichen Versorgung durch Personen, die dem Pflegebedürftigen nahe stehen, oder als Nachbarschaftshilfe übernommen wird.“ Da Angehörige nicht zur Übernahme der Pflege verpflichtet werden können,¹⁵⁴ kam es allein darauf an, inwieweit die Bemühungen des Sozialhilfeträgers Erfolg zeitigten.

Aus dem Zusammenspiel dieser Vorschriften wurde geschlossen, dass die Aufwendungen für die Beschäftigung Nahestehender im Arbeitgebermodell auch dann nicht nach § 65 Abs. 1 S. 2 SGB XII a. F. vom Sozialhilfeträger zu tragen seien, wenn sich keine nahestehende Person bereitfand, die Pflege ehrenamtlich zu übernehmen.¹⁵⁵ In der Praxis kam es allerdings durchaus vor, dass auch die Lohnkosten für Nahestehende nach § 65 Abs. 1 S. 2 SGB XII vom Sozialhilfeträger getragen wurden.¹⁵⁶ Vermutlich deshalb formulierte Schellhorn in der traditionell konservativeren Kommentierung von Schellhorn u. a. zurückhaltender, Familienangehörige oder andere dem Pflegebedürftigen nahe stehende Personen könnten „in der Regel nicht eine Vergütung erhalten“.¹⁵⁷

§ 65 Abs. 1 S. 2 SGB XII a. F. ist Gegenstand eines Nichtannahmebeschlusses des BVerfG vom 20.9.2001. Soweit dies der Begründung zu entnehmen ist, hatte die Beschwerde allerdings nicht vorgetragen, dass der Wortlaut der Norm die Auffassung, dass die Beschäftigung Nahestehender grundsätzlich nicht nach § 65 Abs. 1 S. 2 SGB XII a. F. finanziert werden könne, nicht zulasse (Art. 20 Abs. 3 GG). Sie hatte vielmehr einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG geltend gemacht, den die damalige 1. Kammer des 1. Senats verneinte, was zur Verneinung (allein) der Annahmefähigkeit (§ 93a BVerfGG) führte.¹⁵⁸ Auch die Frage, ob ein Verstoß gegen Art 3 Abs. 2 GG vorlag, die jedenfalls dann naheliegt, wenn die Annahme zutrifft, dass unentgeltliche

Kommentar, 21. Aufl. 2023, § 64f Rn 17 SGB XII mit Bezug auf LSG Baden-Württemberg, 25.9.2019, L 7 SO 4668/15.

¹⁵⁴ So auch: Schellhorn, in: Schellhorn/Jirasek/Seipp: BSHG Kommentar, 15. Aufl. 1997, § 63 Rn 7.

¹⁵⁵ Kraemer/Sommer, in: Bieritz-Harder/Conradis/Thie (Hg.): Lehr- und Praxiskommentar SGB XII, 10. Aufl. 2015, § 65 Rn 10 m. w. N.

¹⁵⁶ Praxiskennntnis des Autors.

¹⁵⁷ Schellhorn, in: Schellhorn/Jirasek/Seipp: BSHG Kommentar, 15. Aufl. 1997, § 65 Rn 13.

¹⁵⁸ BVerfG, 20.9.2001, 1 BvR 1791/94, Rn 19.

Pflege in weitaus höherem Maß von Frauen als von Männern geleistet wird, wird in dem Beschluss nicht angesprochen.

In seiner Entscheidung vom 25.9.2019 vertrat das LSG Baden-Württemberg die Auffassung, dass nach der Abschaffung der vormaligen Regelung aus § 65 Abs. 1 S. 2 SGB XII „häusliche Pflege grundsätzlich als Sachleistung und folglich mithilfe von Pflegediensten zu organisieren“ sei.¹⁵⁹ Das ist nicht richtig und kann schwerlich so gemeint sein. Auch nach neuem Recht soll der Sozialhilfeträger darauf hinwirken, „dass die häusliche Pflege durch Personen, die dem Pflegebedürftigen nahestehen, oder als Nachbarschaftshilfe übernommen wird“ (§ 64 SGB XII). Auch im Übrigen ist den Vorschriften über die Hilfe zur Pflege an keiner Stelle ein Vorrang der Pflegesachleistung (§ 64b SGB XII) vor anderen Leistungen der Hilfe zur Pflege zu entnehmen.

Der Gesetzgeber des PSG III,¹⁶⁰ durch das die Hilfe zur Pflege zum 1.1.2017 grundlegend reformiert wurde, gab die direkte Verknüpfung des Anspruchs auf eine Geldleistung für die Aufwendungen im Arbeitgebermodell mit der Hinwirkungspflicht des Sozialhilfeträgers in Bezug auf ehrenamtliche Leistungen auf. § 64f Abs. 3 SGB XII enthält keinen Hinweis auf § 64 SGB XII. Unabhängig davon, ob man die vormalig vorherrschende Rechtsauffassung für zutreffend hält, entfiel mit dem PSG III die Vorschrift, auf die sie sich stützte. Vor diesem Hintergrund führte das LSG aus:

„Auch nach neuem Recht ist der Begrifflichkeit der besonderen Pflegekraft immanent, dass das Arbeitgebermodell nicht durch Festanstellung pflegender Angehöriger verwirklicht werden kann, sondern die Anstellung einer ‚fremden‘ Person erfordert (Kaiser in BeckOK-Sozialrecht, 53. Edition, Juni 2019, § 63b SGB XII Rdnr. 8; Meßling in jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014, § 63b Rdnr. 44). Dieses Verständnis entspricht der Systematik der neuen häuslichen Pflegehilfe, wonach Pflegepersonen aus dem privaten Umfeld nur noch durch das Pflegegeld (§ 64a SGB XII) und ggf. den Entlastungsbetrag (§ 64i SGB XII) ‚abgegolten‘ werden können (Kaiser in BeckOK-Sozialrecht, 53. Edition, Juni 2019, § 63b SGB XII Rdnr. 8; Meßling in jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014, § 63b Rdnr. 44). § 64f Abs. 1 SGB XII grenzt im Übrigen (wie zuvor § 65 SGB XII a.F.) ‚einfache Pflegekräfte‘ von ‚besonderen‘ ab und macht auch deshalb deutlich, dass das private Umfeld nicht im Rahmen des Arbeitgebermodells eingestellt werden kann (Meßling in jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014, § 63b Rdnr. 44, § 64f Rdnr. 36, § 65 Rdnr. 35). Das Arbeitgebermodell kann also nicht durch Festanstellung pflegender Angehöriger verwirklicht werden (Kaiser in BeckOK-Sozialrecht, 53. Edition, Juni 2019, § 63b SGB XII Rdnr. 8; Meßling in jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014, § 64f Rdnr. 36).“¹⁶¹

Die Formulierung, die Restriktion sei dem neuen Recht „immanent“, macht zunächst deutlich, dass der *Wortlaut* der Vorschriften, auf die das Gericht sich bezieht, seine Auffassung nicht tragen kann. Wenn man zu einem Ergebnis kommt, das der Wortlaut nicht

¹⁵⁹ LSG Baden-Württemberg, 25.9.2019, L 7 SO 4668/15, Rn 61.

¹⁶⁰ Drittes Gesetz zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften (Drittes Pflegestärkungsgesetz – PSG III) v. 23.12.2016, BGBl. I, S. 3191.

¹⁶¹ LSG Baden-Württemberg, 25.9.2019, L 7 SO 4668/15, Rn 62.

hergibt, ist dies durch anerkannte Argumente der Auslegung, insbesondere die sogenannten Auslegungsmethoden, zu begründen. Der Hinweis auf die „Systematik der neuen häuslichen Pflegehilfe“ verweist auf das Argument der systematischen Auslegung. Die Verweise auf Rechtsprechung zum vormaligen Recht verweisen auf das Argument der historischen Auslegung. Beide Verweise sind sehr allgemein gehalten. Vor allem jedoch fehlt eine Begründung dafür, dass das Gericht über den Wortlaut hinausgeht. Es bedient sich hier keiner anerkannten argumentativen Figur wie etwa der Analogie oder der teleologischen Extension.¹⁶² Im Ergebnis ist die Auffassung, dem Begriff der besonderen Pflegekraft sei „immanent“, dass es sich nicht um eine dem Leistungsberechtigten nahestehende Person handeln könne, eine richterrechtliche Setzung, die keine Regelungslücke schließt und auch sonst nicht erkennen lässt, wie sie gerechtfertigt werden könnte.

Für die hier zu entscheidende Frage kann letztlich offen bleiben, ob die Entscheidung des LSG Baden-Württemberg zutrifft, denn sie steht dem Recht eines Leistungserbringers, auch Angehörige der leistungsberechtigten Person zu beschäftigen und für diese einzusetzen, nicht entgegen. Dass diese Möglichkeit besteht, die leistungsberechtigte Person aber daran gehindert sein soll, dieselbe Person im durch § 64f Abs. 3 SGB XII ausdrücklich zugelassenen Arbeitgebermodell selbst zu beschäftigen und für die Aufwendungen – die in aller Regel geringer sein dürften als die Kosten der entsprechenden Sachleistung durch einen Pflegedienst – eine Geldleistung nach § 64f Abs. 3 SGB XII zu verlangen, unterstützt die hier vertretene Auffassung, nach der der Entscheidung des LSG Baden-Württemberg vom 25.9.2019 nicht gefolgt werden kann.

Im Ergebnis: Das SGB XII enthält keine Vorschriften, die der Beschäftigung von Angehörigen und Nahestehenden durch den Leistungserbringer und deren Einsatz für die mit ihnen in einem Näheverhältnis stehende Person entgegenstehen würden.

cc. Eingliederungshilfe – SGB IX Teil 2

Nach § 124 SGB IX müssen die Beschäftigten eines Leistungserbringers der Eingliederungshilfe „über die Fähigkeit zur Kommunikation mit den Leistungsberechtigten in einer für die Leistungsberechtigten wahrnehmbaren Form verfügen und nach ihrer Persönlichkeit geeignet sein“ (§ 124 Abs. 2 S. 2 SGB IX). Darüber hinaus muss das Fachpersonal „zusätzlich über eine abgeschlossene berufsspezifische Ausbildung und dem Leistungsangebot entsprechende Zusatzqualifikationen verfügen“ (§ 124 Abs. 2 S. 10 SGB IX). Ausgeschlossen ist Personal, das wegen der in § 124 Abs. 2 S. 3 SGB IX genannten Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist (→ II.2.c.dd). Dies sind gesetzliche Vorgaben, deren Einhaltung der nach § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX zuständige Träger der Eingliederungshilfe

¹⁶² Zu den Voraussetzungen s. LAG Stuttgart, 21.2.2014, 7 Sa 64/13; BVerwG, 18.4.2013, 5 C 18/12.

im Rahmen der Leistungsvereinbarung von einem Leistungserbringer verlangen kann, wobei es nicht darauf ankommt, ob das Gesetz den Leistungserbringer unmittelbar verpflichtet oder ob eine solche Verpflichtung erst durch eine entsprechende Klausel in der Leistungsvereinbarung konstituiert wird. Entsprechende deklaratorische Klauseln sind ggf. fraglos zulässig.

Auch aus dem Nachrang der Eingliederungshilfe (§ 91 SGB IX) ergibt sich nichts, was der Beschäftigung von Angehörigen einer leistungsberechtigten Person und deren Einsatz bei dieser entgegensteht. Die Eingliederungshilfe ist bereits dann nicht nachrangig im Verhältnis zur Unterstützung durch Angehörige, wenn diese zur unentgeltlichen Unterstützung bereit sind. Auch in diesem Fall ist die leistungsberechtigte Person frei, diese Unterstützung oder eine entgeltliche Leistung, die mit Mitteln der Eingliederungshilfe finanziert wird, in Anspruch zu nehmen. Auch hinsichtlich finanzieller Unterstützung durch Angehörige unterscheidet sich die Eingliederungshilfe grundlegend von der Sozialhilfe. Mit Ausnahme des Sonderfalls des Realsplittings sind Unterhaltszahlungen kein Einkommen i. S. v. § 135 SGB IX. Dasselbe gilt für Schenkungen, andere Formen der Unterstützung durch Angehörige und für Erbschaften.¹⁶³

Im Ergebnis: Das SGB IX Teil 2 enthält keine Vorschriften, die der Beschäftigung von Angehörigen und Nahestehenden durch den Leistungserbringer und deren Einsatz für die mit ihnen in einem Näheverhältnis stehende Person entgegenstehen würden.

b. Ergebnis Teilfrage 2a

Die Beschäftigung von Angehörigen und Nahestehenden durch den Leistungserbringer und ihr Einsatz für die angehörige oder nahestehende Person verstößt unter keinem denkbaren Gesichtspunkt gegen das Recht der Eingliederungshilfe (SGB IX Teil 2), der Pflegeversicherung (SGB XI) oder der Sozialhilfe (SGB XII). Es gibt kein Verbot der Finanzierung von Dienstleistungen, die Leistungserbringer durch die Beschäftigung von Angehörigen oder Nahestehenden der leistungsberechtigten Person erbringen.

Die Vorschrift des § 77 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB XI erfasst nicht die Beschäftigung Angehöriger durch einen Leistungserbringer, sondern allein die Beschäftigung einer Pflegekraft durch die Pflegekasse selbst, und gilt auch nur für die Leistungen nach dem SGB XI.

Mit Ausnahme der Fälle von § 39 Abs. 3 S. 1 SGB XI und von § 77 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB XI existieren keine Beschränkungen, die der Beschäftigung von Angehörigen entgegenstünden. Die h. M. vertritt allerdings, dass die Beschäftigung Angehöriger und Nahestehender im Rahmen der Hilfe zur Pflege auf der Grundlage von § 64f Abs. 3 SGB XII nicht

¹⁶³ Rosenow, in: Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX. Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 7. Aufl. 2021, § 135 Rn 24–28; s. a. § 141 Abs. 1 S. 2 SGB IX.

finanziert werden könne. Diese Auffassung wird hier nicht geteilt (→ IV.2.a.bb). Soweit Anspruch auf Eingliederungshilfe besteht, kommt es darauf aber nicht an.

Zunächst ist die Eingliederungshilfe wegen des in § 9 SGB I statuierten Nachrangs der Sozialhilfe grundsätzlich vorrangig im Verhältnis zu dieser.¹⁶⁴ Darüber hinaus gilt: Kann eine Leistung zwar einem Leistungssystem zugeordnet werden, das im Verhältnis zur Eingliederungshilfe vorrangig ist (wie z. B. den Leistungen der medizinischen Rehabilitation nach dem SGB V), besteht der Anspruch wegen spezifischer Beschränkungen im vorrangigen System aber nicht, kommt der (grundsätzlich) nachrangige Anspruch auf Eingliederungshilfe zum Tragen. Das ist z. B. dann der Fall, wenn eine Leistung als eine der medizinischen Rehabilitation verstanden werden kann, sie aber nicht zu den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung gehört und daher wegen § 109 Abs. 2 SGB IX auch im Rahmen der Eingliederungshilfe nicht *als Leistung der medizinischen Rehabilitation* bewilligt werden kann. Kann sie zugleich den Leistungen der sozialen Teilhabe zugeordnet werden (was in aller Regel der Fall ist), ist sie – das Vorliegen der übrigen Anspruchsvoraussetzungen unterstellt – als Leistung der Eingliederungshilfe (§ 113 SGB IX) zu erbringen.¹⁶⁵

Schließlich kommt der Nachrang der Eingliederungshilfe nicht schon dann zum Tragen, wenn ein Anspruch auf eine vorrangige Leistung besteht, sondern erst dann, wenn die vorrangige Leistung tatsächlich erbracht wird.¹⁶⁶

Für das Verhältnis der Eingliederungshilfe zur sozialhilferechtlichen Hilfe zur Pflege heißt das: Selbst wenn man eine vorrangige Zuordnung bestimmter Assistenzleistungen zur Hilfe zur Pflege behaupten wollte, könnte das auch dann nichts daran ändern, dass die leistungsberechtigte Person einen Anspruch auf eine Geldleistung für die Beschäftigung Angehöriger oder Nahestehender haben kann, wenn man der Auffassung des LSG Baden-Württemberg¹⁶⁷ (→ IV.2.a.bb) folgen wollte. Denn der Ausschluss einer Geldleistung für die Beschäftigung von Angehörigen gem. § 64f Abs. 3 SGB XII könnte den Anspruch auf eine Geldleistung für Beschäftigung von Assistenzkräften nach § 78 SGB IX nicht erfassen.

Die Eingliederungshilfe kommt auch dann zum Tragen, wenn eine im Einzelfall zur Bedarfsdeckung geeignete Leistung in einem vorrangigen System grundsätzlich möglich erscheint, im vorliegenden Fall aber wegen eines dort normierten spezifischen Ausschlusses nicht erbracht wird. Die leistungsberechtigte Person hat dann Anspruch auf Leistungen der Eingliederungshilfe, könnte sich also anstatt einer Leistung nach § 64f Abs. 3 SGB XII für eine Leistung nach §§ 78, 113 SGB IX entscheiden. Das bewirkt, dass die Beschäftigung von Angehörigen nicht versperrt ist (soweit man dies für das Recht der

¹⁶⁴ Rosenow, in: Fuchs/Ritz/Rosenow (Hg.): SGB IX, Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 7. Aufl. 2021, § 91 Rn 59 ff. und § 101 Rn 92 ff.

¹⁶⁵ BSG, 19.5.2009, B 8 SO 32/07 R; BSG, 29.9.2009, B 8 SO 19/08 R.

¹⁶⁶ Dies ergibt sich unmittelbar aus § 91 Abs. 1 SGB IX; SG Freiburg, 5.12.2022, S 9 SO 3201/22 ER.

¹⁶⁷ LSG Baden-Württemberg, 25.9.2019, L 7 SO 4668/15.

Hilfe zur Pflege mit der h. M. akzeptiert). Auch aus § 104 Abs. 2 SGB IX ergibt sich nichts Gegenteiliges.

c. Teilfrage 2b: Kann der Leistungsträger die Beschäftigung von Angehörigen und Nahestehenden durch den Leistungserbringer und ihren Einsatz für die angehörige oder nahestehende Person im Rahmen des Vertragsrechts wirksam untersagen?

Die Gutachtenfrage ist so zu verstehen, dass diese Frage unter der Voraussetzung zu beantworten ist, dass die Klausel von der Seite des Trägers der Eingliederungshilfe zur Bedingung für den Abschluss der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung gemacht wird, denn nur so könnte er die Beschäftigung Angehöriger und Nahestehender „im Rahmen des Vertragsrechts untersagen“.

Wie unter IV.1 ist auch hier die zunächst die Frage zu beantworten, ob der Leistungserbringer eine solche Klausel akzeptieren muss, wenn sein Leistungsvereinbarungspartner sie zur Bedingung für den Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung macht. Im zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die Klausel – wenn der Leistungserbringer sie akzeptiert hat – wirksam werden kann. Wie oben wird auch hier zunächst untersucht, ob der Träger der Eingliederungshilfe die Beachtung der Klausel durchsetzen bzw. ihre Missachtung sanktionieren könnte, und sodann, ob das Recht ihr die Geltung versagt.

aa. Anspruch des Leistungserbringers auf Vertragsschluss ohne die Klausel

Die Klausel soll die Freiheit des Leistungserbringers, Personal einzustellen und in bestimmten Fällen einzusetzen, beschränken. Die tatsächlichen Wirkungen einer Klausel, die es dem Leistungserbringer verbietet, bei einer leistungsberechtigten Person Beschäftigte einzusetzen, die dieser nahestehen, betreffen jedoch nicht nur die Interessen des Leistungserbringers, sondern auch diejenigen der leistungsberechtigten Personen.

Soweit der Leistungserbringer den Leistungsberechtigten im Erfüllungsverhältnis eine Mitbestimmung über die Frage, welches Personal für ihre Assistenz zum Einsatz kommt, einräumt, und/oder grundsätzlich bereit ist, auf Anregung einer leistungsberechtigten Person bestimmte Personen einzustellen, um sie dann bei der Person, die die Einstellung gewünscht hat, einzusetzen, beschneidet die tatbestandliche Wirkung der hier gegenständlichen Klausel die Optionen der leistungsberechtigten Person. Sie beschneidet dann Gestaltungsmöglichkeiten, die dem Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG unterfallen, der

vorliegend durch §§ 4 Abs. 4, 90 Abs. 1, 76 Abs. 1 S. 2, 104 Abs. 1 und 2 und 113 Abs. 1 S. 2 SGB IX konkretisiert und unterstrichen wird.

Auch wenn es vor dem Hintergrund der genannten Vorschriften des SGB IX i. V. m. § 38 Abs. 1 Nr. 4 SGB IX nahe liegt, dass bereits im Leistungsveranschaffungsverhältnis derartige Mitsprachemöglichkeiten der Leistungsberechtigten vereinbart werden, genügt es, wenn der Leistungserbringer solche Möglichkeiten im Erfüllungsverhältnis mit den Leistungsberechtigten vereinbart (ohne dazu aus der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung verpflichtet zu sein), um zu einer Beeinträchtigung der Interessen der Leistungsberechtigten zu kommen. Da die Verträge im Erfüllungsverhältnis (anders als im Leistungsveranschaffungsverhältnis, in dem Schriftformerfordernis gilt; § 56 SGB X, § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX) auch konkludent geschlossen werden können, kann der Leistungserbringer den Leistungsberechtigten Mitsprachemöglichkeiten einräumen, ohne dass dies schriftlich vereinbart werden müsste.

Es ist kein Grund ersichtlich, aus dem der Leistungserbringer eine solche Klausel akzeptieren müsste. Sie ist weder fachlich (§ 17 Abs. 1 Nr. 1 SGB I) noch rechtlich (→ IV.2.a) begründbar. Sie dient auch nicht dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Wenn Angehörige und Nahestehende von einer bestimmten Tätigkeit ausgeschlossen werden, müssen stattdessen andere Fach- oder Nichtfachkräfte beschäftigt werden. Es ist nicht ersichtlich, dass dies unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit einen Unterschied bedeuten könnte.

Ein rationales – wenngleich rechtswidriges – Motiv dafür, dass der Träger der Eingliederungshilfe eine solche Klausel zur Bedingung macht, kann nur in dem Kalkül liegen, dass der Ausschluss Angehöriger und Nahestehender dazu führt, dass diese einen Teil der Leistungen, deren Sicherstellung in der Verantwortung des Trägers der Eingliederungshilfe liegt, unentgeltlich erbringen. Dies ist jedoch keine legitime Causa für eine Regelung in einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung. Gesetzesbindung und Gesetzesvorbehalt erlauben es der Verwaltung nicht, die entgeltliche Tätigkeit bestimmter Personen auszuschließen, ohne dass dies eine Grundlage im Gesetz hätte. Die gesetzliche Vorgabe, dass die Leistungen der Eingliederungshilfe durch untergesetzliche Leistungsvereinbarungen konkretisiert werden, die die Leistungsvereinbarungspartner auszuhandeln haben, gestattet es nicht, den Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung unter Bedingungen zu stellen, die weder rechtlich noch fachlich begründbar sind.

Verlangt der Träger der Eingliederungshilfe gleichwohl die Aufnahme einer solchen Klausel in eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung, hat der Leistungserbringer – Rechtmäßigkeit der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung i. Ü. unterstellt – gegen den nach § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX zuständigen Träger der Eingliederungshilfe Anspruch auf Abschluss der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung ohne die fragliche Klausel.

bb. Keine Möglichkeit zur Durchsetzung der Beachtung der Klausel

Akzeptiert der Leistungserbringer die Klausel gleichwohl, stellt sich die Frage, ob sie wirksam werden kann. Wie oben (→ IV.1.a) ist zuerst zu prüfen, ob die Beachtung einer Klausel durchsetzbar bzw. ob ihre Missachtung sanktionierbar wäre. Die Durchsetzung könnte zunächst im Erfüllungsverhältnis erfolgen. Die leistungsberechtigte Person könnte gegen den Leistungserbringer einen Anspruch haben, einen Angehörigen oder Nahestehenden nicht für die Leistungen, die sie erhält, einzusetzen. Soweit die leistungsberechtigte Person den Einsatz gerade dieses Beschäftigten wünscht, kann die Beachtung der Klausel auf diesem Weg nicht durchgesetzt werden. Der Träger der Eingliederungshilfe hat keinen Anspruch gegen die leistungsberechtigte Person, eine solche Klausel durchzusetzen, weder aus dem SGB IX noch aus den Mitwirkungspflichten (§§ 60 ff. SGB I).

Damit bliebe dem Träger der Eingliederungshilfe allein die Möglichkeit der Kürzung der Vergütung nach § 129 SGB IX bei Nichtbeachtung. Doch hier gilt dasselbe wie oben (→ IV.1.a.cc). Setzt der Leistungserbringer für eine leistungsberechtigte Person mit deren Einverständnis oder auf deren Wunsch Angehörige oder Nahestehende für sie ein, liegt darin kein Mangel der Qualität der Leistung. Vielmehr handelt es sich, gerade umgekehrt, um ein Qualitätsmerkmal, weil die Möglichkeiten der leistungsberechtigten Person, ihr Leben selbstbestimmt zu gestalten, erweitert werden.

Damit gilt wie oben (→ IV.1.a.cc): Die Beachtung der Klausel kann nicht durchgesetzt, ihre Nichtbeachtung nicht sanktioniert werden. Dieses Ergebnis ist im systematischen Zusammenhang des Vertragsrechts konsistent. Das Vertragsrecht der §§ 123 ff. SGB IX sieht Rechtsfolgen der Verletzung von solchen Regelungen einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung vor, die eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nach der gesetzlichen Konzeption enthalten soll. Für Verletzungen solcher Regelungen dagegen, die in eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung aufgenommen werden, obwohl ihre Funktion das nicht verlangt oder die dieser sogar entgegenstehen, statuiert das Gesetz keine Rechtsfolgen, soweit nicht Rechte der Leistungsberechtigten im Erfüllungsverhältnis betroffen sind.

cc. Entgegenstehende Rechtsvorschriften

Die im Folgenden aufgeführten Rechtsvorschriften stehen einer Klausel, die es dem Leistungserbringer verbieten soll, Angehörige und Nahestehende für sie einzusetzen, entgegen.

Das Recht der Eingliederungshilfe konkretisiert das Selbstbestimmungsrecht Leistungsberechtigter (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) mit der Legaldefinition von Teilhabeleistungen (§ 4 SGB IX), der allgemeinen Zielbestimmung der Eingliederungshilfe (§ 90 Abs. 1 SGB IX), der Zielbestimmung der Leistungen zur sozialen Teilhabe (§§ 76

Abs. 1 S. 2, 113 Abs. 1 S. 2 SGB IX), dem Individualisierungsgrundsatz (§ 104 Abs. 1 SGB IX) und dem Wunsch- und Wahlrecht (§ 104 Abs. 2 und 3 SGB IX). Insgesamt verlangen diese Vorschriften, dass die Leistungen der Eingliederungshilfe stets so ausgestaltet werden, dass Leistungsberechtigte ihr Leben und ihren Alltag möglichst selbstbestimmt gestalten können. Wenn eine leistungsberechtigte Person in einer Weise auf Assistenzleistungen angewiesen ist, die notwendig dazu führt, dass sie sehr viel Zeit mit ihren Assistenzkräften verbringt, kommt der Auswahl der Assistenzkräfte große Bedeutung für Leben und Alltag zu (→ II.2.c.aa). Soweit nicht fachliche Gründe entgegenstehen, gibt es keinen Grund, der dagegen sprechen könnte, dass ein Leistungserbringer den Leistungsberechtigten möglichst weitreichende Mitspracherechte bei Auswahl und Einsatz der Assistenzkräfte einräumt. Damit steht der gesetzliche Auftrag, die Eingliederungshilfe so auszugestalten, dass sie eine möglichst selbstbestimmte Lebensführung fördert, der hier gegenständlichen Restriktion in einer Leistungsvereinbarung entgegen.

Die Vorschriften des Vertragsrechts erlegen dem Leistungserbringer eine Reihe von Restriktionen auf (→ II.2.d), darunter auch solche, die die Auswahl des Personals betreffen (§ 124 Abs. 2 SGB IX, → II.2.c). Eine Rechtsgrundlage, die es dem Träger der Eingliederungshilfe erlauben würde, eine Mitsprache bei Personalentscheidungen zu verlangen, die über diese Vorgaben hinausgehen, kann dem Vertragsrecht nicht entnommen werden. Die Befugnis, über Einstellung und Verwendung des Personals zu entscheiden, gehört, besonders im Bereich von Dienstleistungen wie persönlicher Assistenz, zu den Kernbereichen unternehmerischer Freiheit. Die gesetzliche Konzeption der Vereinbarung einer Leistung, auf deren Basis prospektiv ein verbindliches Entgelt vereinbart wird, steht Beschränkungen der unternehmerischen Freiheit des Leistungserbringers entgegen, die über die Vorgaben, die aus dem Gesetz begründet werden können, hinausgehen.

Der Gesetzesvorbehalt aus § 31 SGB I unterstreicht, dass es dem Träger der Eingliederungshilfe nicht erlaubt ist, mit dem Instrumentarium des Vertragsrechts Ziele zu verfolgen, die sich aus dem Gesetz nicht begründen lassen.

dd. AGB-Recht

Macht der Träger der Eingliederungshilfe den Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung davon abhängig, dass der Leistungserbringer eine Klausel akzeptiert, deren Akzeptanz der Träger der Eingliederungshilfe auch in anderen Fällen verlangt, ist diese Klausel eine allgemeine Geschäftsbedingung i. S. v. § 305 BGB, die der Inhaltskontrolle des § 307 BGB unterfällt (→ III.3).

Eine Klausel, die den Leistungserbringer daran hindern soll, Angehörige und Nahestehende in Fällen von Leistungsberechtigten, die mit ihnen eine Verbindung haben, einzusetzen, benachteiligt den Leistungserbringer, da sie in seine Personalhoheit eingreift. Für

die Unangemessenheit einer solchen Benachteiligung spricht, dass sie nicht aus dem Leistungsrecht, dem das Vertragsrecht folgt (→ II.2.c), gewonnen werden kann (→ III.2.b), und dass auch dem Vertragsrecht (sowohl der Eingliederungshilfe als auch der Pflegeversicherung als auch der Sozialhilfe) eine Rechtfertigung nicht zu entnehmen ist. Das spricht dafür, die Klausel als unangemessene Benachteiligung zu werten, die wegen § 58 Abs. 1 SGB X bzw. § 61 S. 2 SGB X (→ III.3) i. V. m. § 307 BGB zur Nichtigkeit allein (§ 61 S. 2 SGB X i. V. m. § 306 Abs. 1 BGB) der Klausel, nicht der Vereinbarung insgesamt, führt.

d. Ergebnis Teilfrage 2b

Die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung ist das Rechtsinstitut, das die Leistungen der Eingliederungshilfe, auf die Leistungsberechtigte einen gebundenen Anspruch haben,¹⁶⁸ konkretisiert, soweit sie als Sachleistung erbracht werden (→ II.2.e). Ein Frei- raum für die Vereinbarung von Regelungen, die gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen, kann weder aus einem Ermessensspielraum gewonnen werden, weil ein solcher nicht existiert, noch kann er vorliegend damit begründet werden, dass der Leistungserbringer über Rechtspositionen verfügte, die seiner Disposition unterlägen, weil die tatbe- standlichen Wirkungen der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung die Interessen Drit- ter betreffen. Die gesetzliche Funktion der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung liegt gerade darin, im Interesse der Leistungsberechtigten die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass diese ihren Anspruch auf Leistungen der Eingliederungshilfe realisieren können. Die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung ist das wichtigste Rechtsinstitut zur Erfüllung des Sicherstellungsauftrags (§ 95 SGB IX, → II.2).

Vereinbaren die Leistungsvereinbarungspartner eine Regelung, die in einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung systemwidrig ist und mit der darüber hinaus ein illegitimes Ziel (→ IV.2.c.aa) verfolgt wird, findet dies keinen Rückhalt in der nach den oben darge- stellten Maßstäben (→ III.4) begrenzten Freiheit zum Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge.

Die Vorschriften des Leistungsrechts der Eingliederungshilfe verlangen eine fachwissen- schaftlich begründbare (§ 17 Abs. 1 Nr. 1 SGB I) Konkretisierung der Leistungen und he- ben das Selbstbestimmungsrecht der Leistungsberechtigten mit einer ganzen Reihe von Vorschriften hervor (→ IV.2.c.aa). Sie stehen damit einer fachlich nicht begründbaren Restriktion in einer Leistungsvereinbarung, die die Selbstbestimmungschancen der Lei- stungsberechtigten ohne eine Legitimation – auch ohne eine solche, die ihre Legitimation im Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit fände – beschränkt, i. S. v. § 53

¹⁶⁸ BSG, 28.1.2021, B 8 SO 9/19 R.

Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X entgegen. Das Recht versagt ihnen damit die Wirksamkeit (§ 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB X i. V. m. § 58 Abs. 1 SGB X und § 134 BGB).

Dieses Ergebnis wird bestätigt durch den Befund, dass das Gesetz keine Regelungen enthält, auf deren Grundlage die Beachtung der Klausel durchgesetzt oder ihre Nichtbeachtung sanktioniert werden könnte (→ IV.2.c.bb).

Zugleich erweist sich die zu prüfende Restriktion als eine unangemessene Benachteiligung des Leistungserbringers i. S. v. § 307 Abs. 1 BGB, der wegen § 306 Abs. 1 BGB Wirksamkeit versagt bleibt, soweit sie dem AGB-Recht unterfällt.

Eine Gesamtbetrachtung bestätigt das Ergebnis, das sich bereits aus dem Leistungs- und Vertragsrecht der Eingliederungshilfe ergibt.

Wenn man von der AGB-rechtlichen Rechtsfolge ausgeht, wird die Wirksamkeit einer i. Ü. rechtmäßigen Leistungs- und Vergütungsvereinbarung durch die Unwirksamkeit der Klausel bereits wegen § 306 Abs. 1 BGB nicht berührt. Ein Fall von § 306 Abs. 3 BGB liegt offensichtlich nicht vor.

§§ 58 Abs. 1, 60 S. 2 SGB X i. V. m. § 139 BGB führen zu demselben Ergebnis. Zwar mag es sein, dass der Träger der Eingliederungshilfe ohne die Klausel nicht hätte abschließen wollen, doch darauf kommt es nicht an, da er zum Abschluss einer rechtmäßigen Leistungs- und Vergütungsvereinbarung mit einem geeigneten Leistungserbringer verpflichtet ist. Wegen des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit der Verwaltung und da die Verwaltung nicht Grundrechtsträger ist (keine Privatautonomie), ist stets davon auszugehen, dass sie rechtmäßig handeln will.¹⁶⁹ Auf der Seite des Leistungserbringers ist dann, wenn der Träger der Eingliederungshilfe den Vertragsschluss unter die Bedingung der Akzeptanz der Klausel gestellt hat, anzunehmen, dass auch dieser den Vertrag ohne die Klausel schließen wollte.

¹⁶⁹ Auf das Leistungsvereinbarungsrecht des SGB XI und des SGB XII wird nicht eigens eingegangen. Dort dürfte jedoch dasselbe gelten.

V. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Frage 1

Frage 1 lautet:

Kann im Rahmen eines Leistungsvertrags der Leistungsträger einzelne konkrete tarifliche Einstufungen vorgeben oder verletzt dieses den tarifrechtlichen Gestaltungsspielraum des Leistungserbringers?

Die Antworten auf diese Frage hängen davon ab, wie die im Rahmen der Leistungsvereinbarung vom Träger der Eingliederungshilfe „vorgegebene“ Einstufung – mit anderen Worten: die Bedingung, unter die der Träger der Eingliederungshilfe den Abschluss der Leistungsvereinbarung stellt – sich zur Einstufung verhält, die der Tarifvertrag verlangt. Drei Möglichkeiten sind denkbar. Die Bedingung kann dem Tarifvertrag entsprechen. Sie kann eine Einstufung verlangen, die zulasten der Beschäftigten vom Tarifvertrag abweicht. Sie kann eine Einstufung verlangen, die zugunsten der Beschäftigten vom Tarifvertrag abweicht.

Wenn der Leistungserbringer tarifgebunden ist und eine diesbezügliche Klausel in der Leistungsvereinbarung den Bestimmungen des Tarifvertrags entspricht, ist die Klausel nur deklaratorischer Natur.

Eine Klausel, die in die unternehmerische Freiheit des Leistungserbringers eingreift und eine tarifliche Einstufung von Beschäftigten verlangt, zu der der Leistungserbringer nicht bereits anderweitig verpflichtet ist, kann der Träger der Eingliederungshilfe nicht gegen den Leistungserbringer durchsetzen. Der Leistungserbringer hat – Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung im Übrigen vorausgesetzt – dann Anspruch auf Abschluss der Vereinbarung ohne die Klausel.

Hat ein Leistungserbringer eine solche Klausel gleichwohl akzeptiert, hat der Träger der Eingliederungshilfe weder die Möglichkeit, deren Beachtung durchzusetzen, noch kann er deren Nichtbeachtung sanktionieren. Das bedeutet allerdings lediglich, dass eine solche Klausel nicht Rechtsgrund von Durchsetzung bzw. Sanktion sein kann. Es bedeutet nicht, dass der Leistungserbringer folgenlos Gehälter an seine Beschäftigte zahlen könnte, die geringer sind als diejenigen, die der Vergütungsvereinbarung im Leistungsverschaffungsverhältnis zugrunde liegen.

§ 38 Abs. 2 S. 1 SGB IX verpflichtet den Träger der Eingliederungshilfe (wie alle anderen Rehabilitationsträger), eine Vergütung zu akzeptieren, die tarifliche Gehälter der Beschäftigten des Leistungserbringers abbildet. § 38 Abs. 2 S. 2 SGB IX verpflichtet Leistungserbringer, auf Verlangen des Rehabilitationsträgers die Zahlung entsprechender Gehälter nachzuweisen. Die Frage, welche Mittel dem Rehabilitationsträger zur

Verfügung stehen, wenn der Leistungserbringer die Zahlung tariflicher Gehälter, die Grundlage einer Vergütungsvereinbarung geworden sind, nicht nachweisen kann, ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens. Es spricht vieles dafür, dass § 38 Abs. 2 SGB IX sinngemäß auch dann anzuwenden ist, wenn eine Vergütungsvereinbarung übertarifliche Gehälter abbildet. Außerdem liegt es nahe, dass dem Rehabilitationsträger eine Sanktion zur Verfügung stehen muss, wenn ein Leistungserbringer im Leistungsverschaffungsverhältnis eine Vergütung unter Zugrundelegung tariflicher oder übertariflicher Gehälter vereinbart, diese dann aber nicht an seine Beschäftigten zahlt. Die hier vertretene Auffassung, dass eine derartige Sanktion nicht auf eine entsprechende Klausel in der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung gestützt werden kann, besagt nicht, dass sie nicht aus anderen Rechtsgründen möglich oder geboten sei. Inwieweit das der Fall ist, ist jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens.

Eine Klausel in der Leistungsvereinbarung, mit der die Leistungsvereinbarungspartner eine bestimmte tarifliche Einstufung der Beschäftigten des Leistungserbringers vereinbaren, ist jedenfalls dann, wenn sie nicht nur deklaratorischer Art ist, in der Regel nichtig. Der Leistungserbringer kann insbesondere nicht wirksam durch die Leistungsvereinbarung verpflichtet werden, eine tarifliche Einstufung seiner Beschäftigten vorzunehmen, die zu deren Lasten von den Bestimmungen des Tarifvertrages abweicht.

2. Frage 2

Frage 2 lautet:

Verstößt die Beschäftigung von Angehörigen und Nahestehenden durch den Leistungserbringer gegen das Leistungsrecht im SGB IX, SGB XI oder SGB XII und kann dieses vom Leistungsträger im Rahmen des Vertragsrechts untersagt werden?

Die Frage enthält zwei Teilfragen. Die erste (Frage 2a) lautet:

Verstößt die Beschäftigung von Angehörigen und Nahestehenden durch den Leistungserbringer gegen das Leistungsrecht im SGB IX, SGB XI oder SGB XII?

Die zweite Teilfrage (Frage 2b) lautet:

Kann der Leistungsträger dem Leistungserbringer im Rahmen des Vertragsrechts untersagen, dass er Angehörige und Nahestehende einer bestimmten leistungsberechtigten Person beschäftigt und im Rahmen der Leistungen für diese einsetzt?

SGB IX, SGB XI und SGB XII enthalten keine Vorschriften, die der Beschäftigung von Angehörigen und Nahestehenden durch einen Leistungserbringer, der diese dann für die ihnen nahestehende Person einsetzt, entgegenstünden. Einzig die Pflegekasse – die

jedoch kein Leistungserbringer, sondern Leistungsträger (wenngleich nicht Rehabilitationsträger) ist – ist wegen § 77 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB XI daran gehindert, die in dieser Vorschrift genannten Nahestehenden zu beschäftigen. Diese Vorschrift gilt nicht für Pflegegedienste, die mit der Pflegekasse einen Versorgungsvertrag geschlossen haben.

Der Träger der Eingliederungshilfe kann eine Klausel in der Leistungsvereinbarung nicht gegen den Leistungserbringer durchsetzen, die es diesem verbietet, Beschäftigte, die Leistungsberechtigten nahestehen oder die mit ihnen verwandt sind, für diese einzusetzen. Der Leistungserbringer hat – Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung im Übrigen vorausgesetzt – dann Anspruch auf Abschluss der Vereinbarung ohne die Klausel.

Kommt es gleichwohl zur Aufnahme einer solchen Klausel in eine Leistungsvereinbarung, könnte der Träger der Eingliederungshilfe ihre Befolgung auch dann ebenso wenig durchsetzen, wie er ihre Nichtbefolgung sanktionieren könnte, wenn die Klausel wirksam wäre.

Doch bereits dies ist nicht der Fall. Einer solchen Klausel in einer Leistungsvereinbarung stehen Vorschriften des Rechts der Eingliederungshilfe entgegen, was nach den Vorschriften über öffentlich-rechtliche Verträge – auch koordinierungsrechtlicher Art – ihre Nichtigkeit zur Folge hat.