

Anspruch sozialer Dienstleister auf Anpassung ihrer Entgelte wegen aktueller Preissteigerungen, insbesondere für Energie

- Argumentationshilfe

Institut der Störung der Geschäftsgrundlage und seine spezialgesetzlichen Ausprägungen

Grundsätzlich haben Erbringer sozialer Dienstleistungen das Risiko zu tragen, dass die der vertraglich vereinbarten Vergütung zugrunde gelegten Kosten im Vertragszeitraum stärker steigen als angenommen. („Gewinne und Verluste verbleiben beim Leistungserbringer.“) Das gilt unabhängig davon, ob die Vereinbarung im Bereich der Entgeltfinanzierung im sozialen Dreiecksverhältnis oder im Rahmen eines Vergabeverfahrens zustande gekommen ist. Diese Risikoverteilung findet jedoch in den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage ihre Grenzen.

Die Störung der Geschäftsgrundlage ist für die meisten entgeltfinanzierten sozialen Dienstleistungen bereichsspezifisch geregelt; im Bereich der stationären Kinder- und Jugendhilfe in § 78d Absatz 3 SGB VIII, in der sozialen Pflegeversicherung in § 85 Absatz 7 SGB XI, in der Eingliederungshilfe in § 127 Absatz 3 SGB IX, in Bereichen, in denen Vergütungen mit dem Sozialhilfeträger ausgehandelt werden, in § 77a Absatz 3 SGB XII.

Hiernach ist die Vergütung für den laufenden Vertragszeitraum auf Verlangen einer Vertragspartei neu zu verhandeln, wenn sich die Annahmen, die der Vereinbarung oder der Festsetzung durch die Schiedsstelle zugrunde lagen, unvorhergesehen bzw. unvorhersehbar und wesentlich verändert haben.

Dort, wo es keine bereichsspezifischen Regelungen gibt, hat der Leistungserbringer im Sozialrecht ein Recht auf Anpassung der Vergütung und, soweit diese Anpassung nicht möglich ist, auf Kündigung nach § 59 SGB X.

Da es relativ wenig Literatur und Rechtsprechung zu den sozialrechtlichen Regelungen über die Störung der Geschäftsgrundlage gibt und ihre Voraussetzungen denen der zivilrechtlichen Grundvorschrift über die Störung der Geschäftsgrundlage nach §§ 313, 314 BGB entsprechen, kann auf Literatur und Rechtsprechung aus diesem Bereich zurückgegriffen werden, wenn sich aus den sozialrechtlichen Grundlagen nichts anderes ergibt (siehe im Ansatz auch *Winkler* in: Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Kommentar zum SGB IX, 14. Auflage 2020, § 127 SGB IX, Rn. 6; *Engelmann* in: Schütze, SGB X, 9. Aufl. 2020, § 59 SGB X, Rn. 11).

Nach §§ 313, 314 BGB besteht ein Anspruch auf Vertragsanpassung (oder Kündigung), wenn „*sich die Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert [haben] und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen [hätten], wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten*“, vgl. § 313 BGB. Nach Absatz 2 der Vorschrift steht es einer schwerwiegenden Änderung der Umstände gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

Geschäftsgrundlage und Unvorhersehbarkeit

Die aktuellen erheblichen Preissteigerungen resultieren aus den kriegerischen Interventionen Russlands in der Ukraine und den in der Folge weltweit verhängten Sanktionen. Entgegen der teilweise von den Leistungsträgern vertretenen Ansicht ist dies ein typischer Fall der sog. „höheren Gewalt“ und damit des Wegfalls bzw. der Störung der „großen“ Geschäftsgrundlage. Bei einem krisenhaften Ereignis handelt es sich um ein Risiko, dessen Verwirklichung und Bekämpfung keine Vertragspartei beherrschen und das daher nicht dem Risikobereich einer Vertragspartei zugewiesen werden kann (vgl. *Finkenauer* in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2022, Rn. 307 und 310 m. w. N.).

Hinsichtlich der Beherrschbarkeit ist zu erwähnen, dass die Leistungserbringer keine Möglichkeit haben, ihre Energiekosten zu senken, wenn bestimmte Produkte und Dienstleistungen nirgendwo mehr günstiger am Markt angeboten werden. Auch die Reduzierung des Verbrauchs, insbesondere des Stromverbrauchs ist nur in sehr engen Grenzen möglich. Dies gilt insbesondere, wenn die Verpflegung und Unterbringung der Nutzer*innen Teil der sozialen Dienstleistung sind. Auch ist es den sozialen Leistungserbringern nicht möglich, ihre Arbeitnehmer*innen zum Homeoffice zu verpflichten und hierdurch Energie und Arbeitsmittel zu sparen. Hierzu stellt der Arbeitsrechtler des Paritätischen Gesamtverbandes, Dr. Ingo Vollgraf, fest:

*„Arbeitgeber müssen ihren Arbeitnehmer*innen funktionsfähige Arbeitsplätze zur Verfügung stellen. In den meisten Fällen befinden sich diese vereinbarungsgemäß im Betrieb. Schon deshalb, aber auch aus verfassungsrechtlichen Gründen, dürfen Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer*innen nicht einfach, um Energiekosten zu sparen, ins Homeoffice schicken. Hierfür bedarf es einer ausdrücklichen Vereinbarung, das heißt einer Einigung von Arbeitgeber*in und Arbeitnehmer*in, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen die Arbeit von zu Hause aus erbracht wird. Gegen den Willen der betroffenen Arbeitnehmer*innen kommt dies, allein weil es der Arbeitgeber anordnet, nicht in Betracht.“*

Der Wegfall der „großen“ Geschäftsgrundlage ist grundsätzlich für keine der Vertragsparteien vorhersehbar, auch wenn es immer Indizien für krisenhafte Entwicklungen gibt. Vielmehr rechnet der Rechtsverkehr regelmäßig mit funktionsfähigen Märkten und eben nicht mit krisenhaften Erschütterungen, die die Vertragsdurchführung gefährden (vgl. insgesamt *Finkenauer*, a.a.O., Rn. 306 und 310 m. w. N.). Die Vertragsparteien gehen vielmehr grundsätzlich davon aus, dass sich die für die Leistungserbringung erforderlichen Materialien grundsätzlich zu Preisen beschaffen lassen, die „*nur den allgemeinen Unwägbarkeiten des Wirtschaftslebens unterliegen*“. Das ist seitens des Bundesministeriums für Wirtschaft und des Bundesministeriums für Gesundheit anerkannt, die bereits auf die Möglichkeit von Nachverhandlungen wegen Störung der Geschäftsgrundlage hingewiesen haben (vgl. **Anlagen**). Auch liegt nun ein Gesetzentwurf aus dem Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen (BMWSB) zur Änderung des § 85 Abs. 7 SGB XI vor, in dem es in der Begründung heißt:

„Nach hiesigen Schätzungen werden die Pflegeeinrichtungen mit einer Verdopplung bis Verdreifachung der Energieaufwendungen im kommenden Jahr rechnen müssen; auch laufen viele bestehende Vereinbarungen mit Energieversorgungsunternehmen

zum Jahresende aus. [...] Mit der Ergänzung wird in der Vorschrift ausdrücklich klargestellt, dass zu den möglichen Tatbeständen für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage mit der Folge einer Neuvereinbarung grundsätzlich auch erheblich geänderte Energieaufwendungen gehören, wie sie derzeit vielfach zu beobachten sind.“

Die wesentlichen Änderungen sind nur dann unvorhersehbar, wenn sie nach dem Schluss der Vergütungs- und Leistungsvereinbarung eintreten. Dies gilt vorliegend jedenfalls für Verträge, die vor dem Ukraine-Krieg und vor den ersten hieraus resultierenden Preissteigerungen geschlossen wurden. Sie müssen nach hier vertretener Ansicht aber auch für Verträge bejaht werden, die später geschlossen wurden, da sich die Interessenlage bisher nicht geändert hat. Bis heute ist die weitere Dynamik des Ukraine-Krieges und der damit verbundenen Preisentwicklung für niemanden vorhersagbar. In der Sozialwirtschaft ist es auch insoweit nach dem Gesetz und dem Willen der Vertragsparteien nicht beabsichtigt, dieses unbeherrschbare Risiko einer der beiden Vertragsparteien aufzubürden. Dies gilt jedenfalls, solange es keine Möglichkeit gibt, die Unberechenbarkeit der Preisentwicklung vertraglich zu berücksichtigen, etwa indem durch Preisgleitklauseln vereinbart wird, dass weitere Preissteigerungen in der Zukunft zu einer automatischen Vergütungsanpassung führen.

Im Ergebnis müssen daher die in Rede stehenden Preissteigerungen als Geschäftsgrundlage und als nicht vorhersehbar zwingend anerkannt werden.

Wesentlichkeit – Umfang des Anspruches auf Vergütungsanpassung

Für einen Anspruch auf Vergütungsanpassung muss die nach Vertragsschluss eingetretene Preisentwicklung eine wesentliche Änderung darstellen, was gerichtlich voll überprüfbar ist.

Das heißt, die eingetretene Veränderung muss so bedeutsam sein, dass unzweifelhaft zumindest eine Partei den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn sie das Fehlen oder den Wegfall der Vertragsgrundlage gekannt oder vorhergesehen hätte (vgl. *Finkenauer*, a.a.O., Rn. 58).

In Betracht kommt dies etwa bei einer erheblichen Verschiebung der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung (Äquivalenzstörung) sowie bei drohender Existenzvernichtung einer Vertragspartei, wenn der Vertrag unverändert durchgeführt würde (vgl. *Winkler* in: BeckOK Sozialrecht, Rofls/Giesen/Meßling/Udsching, SGB VIII, Stand 1.6.2022, § 78d SGB VIII, Rn. 11; *Witte* in: Möller, Kommentar SGB VIII, 2017, § 78d SGB VIII, Rn. 6).

Klare Leitlinien, wann die Wesentlichkeits- bzw. die Zumutbarkeitsgrenze überschritten sind, gibt es nicht. Abzustellen ist auf die Art des Vertrages, die Art der aufgetretenen Störung sowie auf die sonstigen Umstände des Einzelfalles (vgl. *Grüneberg* in: Palandt, BGB, § 313 BGB, 2019, Rn. 18).

Grundsätzlich ist die Rechtsprechung um eine objektive, also verallgemeinernde und an Treu und Glauben orientierte Bewertung bemüht. Dieser Ansatz wird jedoch zu Recht kritisiert, da er nicht subsumtionsfähig ist und zu einer reinen Billigkeitsrechtsprechung führt (vgl. z. B. *Finkenauer*, a.a.O., Rn. 76). Dementsprechend uneinheitlich sind auch von Rechtsprechung und Literatur vorgeschlagene Quoten z. B. zur Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses, die von 3% bis 60% reichen (vgl. *Finkenauer*, a.a.O., Rn. 58 m. w. N). In

Nach zutreffender Ansicht ist eine verallgemeinernde Betrachtung sowie jede feste Quote oder „Opferschwelle“ als willkürlich und Verstoß gegen die Einzelfallbetrachtung abzulehnen.

Die Frage nach der Zumutbarkeit sollte dementsprechend nicht aufgrund „objektiver“ und damit willkürlicher Kriterien beantwortet werden, sondern allein (zumindest vorrangig) aufgrund der subjektiven Sicht der Vertragsparteien. Die Durchführung des unveränderten Vertrags ist für die beschwerte Partei demnach unzumutbar, wenn eine am hypothetischen Parteiwillen orientierte ergänzende Vertragsauslegung zu einer anderen Vertragsregelung geführt hätte, wenn die Vertragsparteien die geänderten Umstände gekannt oder vorhergesehen hätten. (vgl. *Finkenauer*, a.a.O., Rn. 58, 77). Es ist also entscheidend, welche Risikoverteilung die Vertragsparteien bei Vertragsschluss unter Berücksichtigung normativer Vorgaben vereinbaren wollten und was sie als Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung angesehen haben.

Diese subjektive Sichtweise ergibt sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut („*nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten*“). Und auch die Rechtsprechung ermittelt letztlich die vertragliche Risikozuweisung anhand des Parteiwillens unter Berücksichtigung des Vertragszwecks und rechtlicher Vorgaben, wenn es um die Anwendbarkeit der Grundsätze von der Störung der Geschäftsgrundlage geht (vgl. *Grüneberg*, a.a.O., Rn. 19 m.w.N.; BSG, U. v. 6. 12. 2012 - B 11 AL 15/11 R; VGH Mannheim, U. v. 09.03.1999 - 8 S 2877/98, Rn. 40).

Auch das Bundesministerium für Wirtschaft (BMWK) geht davon aus, dass es nicht auf feste Quoten ankommen kann.

Mit Schreiben vom 24.06.2022 hat das BMWK Auslegungshinweise zur Störung der Geschäftsgrundlage nach Paragraphen 313, 314 BGB aufgrund der aktuellen Preissteigerungen für Verträge gegeben, die im Vergabeverfahren zustande gekommen sind.

Hier heißt es, dass die Frage der Zumutbarkeit „nicht allgemein, sondern nur für den Einzelfall beantwortet werden [kann]“ und „dass es keine feste Grenze [gibt], ab deren Überschreiten von einer Unzumutbarkeit auszugehen ist“. Es ist diesseits kein Grund ersichtlich, warum diese Auslegung nicht auch für die bereichsspezifischen Regelungen der Störung der Geschäftsgrundlage im Sozialgesetzbuch gelten sollte.

Allerdings fordert das BMWK bei einer Äquivalenzstörung, wie vorliegend durch die Kostensteigerung hervorgerufen, „*nicht auf die einzelne Position, sondern auf eine Gesamtbetrachtung des Vertrages abzustellen*“ ist, vgl. **Anlage BMWK**.

Zudem geht das BMWK davon aus, dass es im Fall der höheren Gewalt wie bei der derzeitigen Krise regelmäßig unangemessen sei, wenn der Auftraggeber über die Hälfte der angefallenen Mehrkosten des Auftragnehmers übernimmt. Diese Aussage, die bei Verträgen zwischen Privaten oder zwischen Staat und freien Wirtschaftsunternehmen sinnvoll sein mag, kann nach hier vertretener Auffassung für den Bereich der Sozialwirtschaft keine Gültigkeit besitzen. Andernfalls würden die Besonderheiten der sozialrechtlichen Leistungserbringung nicht angemessen gewürdigt. Zum einen ist hier die starke Regulierung des Marktes zu nennen und die damit fehlende Möglichkeit für soziale Leistungserbringer, ihre Leistungen am freien Markt anzubieten und ihre Preise frei so zu kalkulieren, dass sie derartige Überschüsse ermöglichen, um größere Defizite - wie die Vorliegenden - auszugleichen. Zum anderen können sich die Leistungsträger aufgrund ihres staatlichen

Versorgungsauftrages, jedenfalls in den Bereichen, in denen ein Rechtsanspruch auf die Leistung besteht, der Finanzierung der hierfür notwendigen Kosten nicht dadurch entziehen, dass sie von einem Vertragsschluss über die Leistungserbringung absehen. Unter Berücksichtigung dieser Besonderheiten muss im Bereich der Sozialwirtschaft ein großzügigerer Maßstab bei den Rechtsfolgen der Störung der großen Geschäftsgrundlage gelten, so dass regelmäßig eine vollständige Übernahme der Mehrkosten angemessen sein wird. Wenn und soweit der Grundsatz der prospektiven Entgelte Anwendung findet, sind zumindest die Mehrkosten für die Zukunft vollständig zu übernehmen. Die Verpflichtung des Leistungsträgers zur vollen Übernahme der Mehrkosten kommt in Bezug auf die entgeltfinanzierten Leistungen im sozialrechtlichen Dreieck letztlich in dem Grundsatz der leistungsgerechten Vergütung zum Ausdruck. Die Auslegungshinweise des BMWK stehen dem letztlich nicht entgegen, da sie ausdrücklich nur für die Paragraphen 313, 314 BGB getroffen werden und nicht für die bereichsspezifischen Regelungen des SGB VIII, IX, X, XI und XII.

Was bedeutet das für entgeltfinanzierte Leistungen im sozialen Dreieck?

Nach hiesigem Verständnis geht die am hypothetischen Parteiwillen orientierte Vertragsauslegung bei entgeltfinanzierten Regelleistungen nach SGB VIII, IX, XI und XII dahin, dass die allgemeinen Kostensteigerungen voll in der Vergütung berücksichtigt worden wären, wenn die Vertragspartner zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses von ihnen gewusst hätten.

In den genannten Bereichen gilt der Grundsatz, dass Vergütungen „leistungsgerecht“ sein müssen. Die Legaldefinition der Leistungsgerechtigkeit in § 84 Abs. 2 Satz 4 SGB XI (der sinngemäß auf die anderen genannten Bereiche angewendet werden kann) lautet: *„Die Pflegesätze müssen einem Pflegeheim bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen, seine Aufwendungen zu finanzieren und seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen unter Berücksichtigung einer angemessenen Vergütung ihres Unternehmerrisikos.“* Daraus kann abgeleitet werden: Die Kosten, die zur Leistungserbringung notwendig sind und die der Leistungserbringer nicht vermeiden kann, sind grundsätzlich als Bestandteil der Vergütung anzuerkennen und damit zu refinanzieren. Diese sind nicht, auch nicht anteilig, vom Leistungserbringer zu tragen. Nach hiesigem Verständnis trägt das dem Umstand Rechnung, dass die sozialen Leistungserbringer im Gegensatz zu anderen Wirtschaftsteilnehmern keine Möglichkeit haben, Defizite durch andere Geschäfte am Markt auszugleichen. Haushaltsargumente des Leistungsträgers spielen bei der Verpflichtung eine leistungsgerechte Vergütung zu zahlen, keine Rolle.

Dieser Grundsatz wird im vorliegenden Fall weder durch den Grundsatz der Prospektivität noch durch die Angemessenheitsprüfung durch den externen Vergleich eingeschränkt.

Der Grundsatz der Prospektivität basiert darauf, dass die voraussichtlichen Kosten der Leistungserbringung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht feststehen und daher von den Parteien in realistischer Höhe geschätzt werden. Wären die zukünftigen Kostensteigerungen zu dieser Zeit bereits bekannt gewesen, hätten sie auch nach dem Grundsatz der Prospektivität voll eingepreist werden müssen.

Im externen Vergleich wird ermittelt, ob die Leistung wirtschaftlich ist oder nicht auch günstiger erbracht werden kann. Um das feststellen zu können, müssen die herangezogenen Vergleichsvergütungen aber zum einen vergleichbar sind. Zum anderen kann eine höhere

Vergütung vereinbart werden, wenn es hierfür einen sachlichen Grund gibt, namentlich betriebswirtschaftlich unabwendbare Kosten für den spezifischen Leistungserbringer.

Die in Rede stehenden allgemeinen Kostensteigerungen sind noch nicht in etwaigen Vergleichsvergütungen abgebildet, werden aber über kurz oder lang jeden Leistungserbringer treffen. Wann und in welcher Höhe sie sich bei einem einzelnen Leistungserbringer realisieren, ist für diesen nicht steuerbar, sondern purer Zufall. Insofern sind andere Vergütungen nicht vergleichbar und können die wirtschaftliche Angemessenheit der zu finanzierenden Kostensteigerungen nicht in Frage stellen. Jedenfalls sind die Kostensteigerungen aber unvermeidbar und damit ein sachlicher Grund für eine höhere Vergütung.

Im Bereich der entgeltfinanzierten Leistungen ist daher entsprechend der gesetzlichen Vorgaben davon auszugehen, dass die Vertragspartner von der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ausgehen, wenn der Preis die betriebsnotwendigen Kosten deckt. Nach dem hypothetischen Parteiwillen hätten die Leistungsträger die genannten Kostensteigerungen in den Vergütungen somit in voller Höhe berücksichtigt, wenn sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt gewesen wären.

Nach der hierfür vertretenen Ansicht ist die Wesentlichkeitsschwelle bei entgeltfinanzierten Leistungen im sozialen Dreieck daher bereits dann überschritten, sobald die tatsächlichen Kostensteigerungen die erwartete Kostensteigerungsrate übersteigen. Von welcher Schwankungsbreite die Vertragsparteien ausgegangen sind, ist im Einzelfall zu ermitteln. Dieses kann etwa der Durchschnitt der Preissteigerungen für die entsprechende Position z. B. in den letzten 20 Jahren sein. Es kann sich aber auch um den Höchstwert handeln, von dem die Parteien ausgegangen sind, z. B. die höchste Steigerungsrate, die in den letzten zwanzig Jahren aufgetreten ist.

In diesem Fall wäre die Wesentlichkeit weder davon abhängig, welchen Anteil das Defizit an den Gesamtkosten hat. Noch wäre es bei dem Abstellen auf den hypothetischen Willen der Vertragspartner bedeutsam, welche Auswirkungen das Defizit auf die finanzielle Gesamtsituation des Leistungserbringers hat, solange diese in keinem Zusammenhang mit dem konkreten Geschäft bzw. der speziellen Leistungsbeziehung steht.

Dafür, jedenfalls die Personalkosten bei der Betrachtung der Wesentlichkeit außen vor zu lassen, spricht zudem, dass soziale Leistungserbringer keine Möglichkeit haben, über die Personalkosten Überschüsse zu erzielen. Nicht nur im Bereich der sozialen Pflegeversicherung sind die Personalkosten ein reiner Durchlaufposten. Hinzu kommt, dass soziale Leistungserbringer wegen der vereinbarten Personalausstattung auch keine Möglichkeit haben, ihr Personal zu reduzieren, wie es bei freien Wirtschaftsunternehmen der Fall ist.

Sollten die "objektiven" Kriterien der drohenden Existenzvernichtung, der schwerwiegenden Beeinträchtigung der finanziellen Gesamtsituation des Leistungserbringers oder ein krasses Missverhältnis zwischen Mehrkosten und Gesamtkosten aber erfüllt sein, sollten sich die sozialen Leistungserbringer gleichwohl darauf berufen. Denn ob Schiedsstellen und Gerichte dem Ansatz der ergänzenden Vertragsauslegung folgen werden, kann nicht prognostiziert werden.

Was bedeutet das für im Vergabeverfahren geschlossene Verträge?

Auch wenn der Grundsatz der Leistungsgerechtigkeit im Bereich des Vergaberechts nicht gilt, führt nach hier vertretener Ansicht die ergänzende Vertragsauslegung dazu, dass auch hier die durch die Preissteigerungen bedingten Mehrkosten, zumindest für die Zukunft, vom Auftraggeber vollumfänglich zu übernehmen sind. Auch hier können die oben zum entgeltfinanzierten Bereich genannten Argumente herangezogen werden, dass:

- die Sachkostensteigerungen nicht in Bezug zu den Personalkosten gesetzt werden können, da sich hieraus keine Überschüsse / Ausgleichsmöglichkeiten ergeben;
- keine Risikozuschläge gezahlt werden, worüber Ausgleichs vorgenommen werden könnten;
- kaum Möglichkeit der Rücklagenbildung durch Geschäfte am freien Markt bestehen, so dass insgesamt die Existenz bedroht ist,
- der Auftraggeber wegen seines Versorgungsauftrages keine Möglichkeit hat, vollständig von Vertragsabschlüssen mit privaten Leistungserbringern abzusehen,
- die Mehrkosten unvermeidbar sind, da sie bei allen, also auch bei alternativen deutschen Anbietern in mehr oder weniger gleicher Höhe anfallen (sofern der Auftrag nicht europaweit ausgeschrieben wurde).

Verfahren und Grundsätze der Nachverhandlung

Der Antrag auf Nachverhandlung ist schriftlich zu stellen. Im entgeltfinanzierten Bereich entspricht das Verfahren dem regulären Verfahren für Vergütungsverhandlungen, einschließlich der Möglichkeit ins Schieds- und ins Gerichtsverfahren zu gehen. Es gelten dieselben Grundsätze, einschließlich der Prospektivität. Das bedeutet, dass grundsätzlich kein Anspruch auf nachträgliche Ausgleichs oder die Vereinbarung automatisierter Vergütungsanpassungen, wie Preisgleitklauseln besteht. Die angepasste Vergütung hat die für die Restlaufzeit des Vertrages voraussichtlichen weiteren Kostensteigerungen zu berücksichtigen, auch wenn die Entwicklung noch immer nicht absehbar ist. Allerdings besteht bei weiteren exorbitanten Kostensteigerungen ein weiterer Anspruch auf Nachverhandlung.

Für im Rahmen von Vergabeverfahren geschlossene Vereinbarungen hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz ausdrücklich auf diese Möglichkeit, Preisgleitklauseln zu vereinbaren, hingewiesen; hat diese Möglichkeit aber ausdrücklich in das Ermessen der Auftraggeber gestellt. Für die Vergütungsanpassung ist kein erneutes Vergabeverfahren notwendig, vgl. **Anlage BMWK**.

Es wird hier davon ausgegangen, dass die vom BMWK gemachte Feststellung, bei einer Vergütungsanpassung im Rahmen der Auftragsvergabe sei diese für den Einzelfall festzusetzen und eine Übernahme von mehr als der Hälfte der Mehrkosten durch den Auftraggeber regelmäßig unangemessen, gegenüber sozialen Dienstleistern keine Gültigkeit hat. Dies lässt eine angemessene Berücksichtigung der Besonderheiten der Sozialwirtschaft nicht zu (regulierter Markt, nahezu vollständige Abhängigkeit von staatlichen Aufträgen, keine Gewinnmargen und daher keine Möglichkeit aus den generierten Vergütungen Rücklagen zu bilden). Die Feststellung bezieht sich nach hiesigem Verständnis auf gewerbliche Auftragnehmer, etwa Bauunternehmen, die andere Möglichkeiten der Rücklagenbildung und Tätigkeit auf dem freien Markt haben, vgl. **Anlage BMWK**.

Für Leistungserbringer, die ihre Leistungen im sozialen Dreieck erbringen, hat die Aussage ohnehin keine Relevanz. Hier sind die prospektiven Kostensteigerungen wegen des Grundsatzes der Leistungsgerechtigkeit voll zu refinanzieren.

Eignung des Verhandlungsverfahrens und Alternativen

Es ist zu empfehlen, möglichst umgehend einen Antrag auf Nachverhandlung zu stellen, sobald es zu Kostensteigerungen kommt bzw. Kostensteigerungen in den genannten Ausmaßen absehbar werden.

Zwar ist offensichtlich, dass die Nachverhandlungen weder geeignet noch dazu bestimmt sind, den Folgen einer Krise, wie sie durch den Ukraine-Krieg ausgelöst wurde, schnell und flächendeckend abzuwenden. Aus diesem Grund setzt sich der Paritätische Gesamtverband zusammen mit den anderen Bundesverbänden der Freien Wohlfahrtspflege für effektivere bundesweite Lösungen ein. Die Paritätischen Landesverbände streiten für vereinfachte Verfahren auf Landesebene. Ob diese Aktivitäten Erfolg haben, ist derzeit noch ungewiss. Somit ist vorerst jeder soziale Dienstleister gehalten, seine Rechtsposition selbst sicher zu stellen. Zudem ist zu hoffen, dass eine Welle von Nachverhandlungsanträgen den Druck auf die Leistungsträger erhöht, sich ebenfalls für bundes- oder landesweite Lösungen stark zu machen.

Berlin, 29.09.2022

Anuschka Novakovic, LL.M.