

L 23 SO 147/11 B ER

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Sozialhilfe
Abteilung
23
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 51 SO 507/11 ER
Datum
06.07.2011
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 23 SO 147/11 B ER
Datum
25.05.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 6. Juli 2011 geändert. Der Tenor wird wie folgt neu gefasst: Die Anordnung der sofortigen Vollziehung in der Kündigungserklärung des Antragsgegners vom 25. Mai 2011 wird aufgehoben. Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, vorläufig bis zum rechtskräftigen Abschluss des Klageverfahrens [S 51 SO 507/11](#) folgende Vereinbarungen gemäß [§ 75 Abs. 3 SGB XII](#) für den Zeitraum 1.9.2011 bis 31.12.2011 mit der Antragstellerin zu schließen: - Vereinbarung betreffend die Kriseneinrichtung T Sch, inhaltlich entsprechend der Vereinbarung vom 30.3.2009, (72KRI-1342-009), - Vereinbarung betreffend die Kriseneinrichtung T M, inhaltlich entsprechend der Vereinbarung vom 30.3.2009, (72KRI-1342-010), - Vereinbarung betreffend die Kriseneinrichtung V L", inhaltlich entsprechend der Vereinbarung vom 25.11.2009, (72KRI-1342-011), - Vereinbarung betreffend Betreutes Einzelwohnen, inhaltlich entsprechend der Vereinbarung vom 28.12.2009, (72BEW-1342-006) - Vereinbarung betreffend Wohnungserhalt und Wohnungserlangung, inhaltlich entsprechend der Vereinbarung vom 15.12.2009, (72WUW-1342-008). Im Übrigen werden die darüber hinausgehende Beschwerde der Antragstellerin und die Anschlussbeschwerde des Antragsgegners zurückgewiesen. Die Kosten des gesamten Rechtsstreits werden der Antragstellerin zu 2/7 und dem Antragsgegner zu 5/7 auferlegt. Der Streitwert wird auf 625.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe:

Die Antragstellerin wendet sich mit ihrem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die (fristlose) Kündigung zwischen den Beteiligten abgeschlossener Leistungs-, Vergütungs- und Prüfungsvereinbarungen nach [§ 75 Absatz 3 SGB XII](#) für die Leistungstypen Betreutes Gruppenwohnen, Betreutes Einzelwohnen, Wohnungserlangung und Wohnungserhalt sowie Kriseneinrichtungen, hilfsweise ist ihr Begehren auf die vorläufige Verpflichtung des Antragsgegners zur rückwirkenden Verlängerung und weiterer Vollziehung bzw. Neuabschluss dieser Verträge gerichtet. Die Antragstellerin erbringt neben zwendungsfinanzierten Leistungen und entgeltfinanzierten Leistungen im Bereich des SGB VIII unter anderem Leistungen in Form ambulanter Dienste und stationärer Einrichtungen für den von [§ 67 SGB XII](#) erfassten Personenkreis. Dafür wurden auf der Grundlage des "Berliner Rahmenvertrages gemäß [§ 79 Absatz 1 SGB XII](#) für Hilfe in Einrichtungen einschließlich Diensten im Bereich Soziales (BRV)" zwischen den Beteiligten Verträge nach [§ 75 Absatz 3 SGB XII](#) abgeschlossen.

Ausweislich des letzten im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlichten Jahresabschlusses hat die Antragstellerin im Geschäftsjahr 2008 einen Jahresüberschuss in Höhe von 1.155.135,37 Euro erzielt, wobei es sich um das Gesamtgeschäftsergebnis ohne Unterteilung nach den einzelnen von der Antragstellerin betriebenen Geschäftsfeldern handelt.

Für den Leistungstyp Betreutes Gruppenwohnen (BGW) nach den [§§ 67, 68 SGB XII](#) schlossen die Beteiligten zuletzt am 30. November 2010 für die Zeit vom 1. Dezember 2010 bis zum 31. Dezember 2011 zum Aktenzeichen 72BGW-1342-007 eine Leistungs-, Vergütungs- und Prüfungsvereinbarung. Als vertragliche Grundlage dieser Vereinbarungen wird dabei der BRV in der ab dem 12. Oktober 2010 geltenden Fassung in Bezug genommen.

Für den Leistungstyp Betreutes Einzelwohnen (BEW) nach den [§§ 67, 68 SGB XII](#) schlossen die Beteiligten zuletzt am 28. Dezember 2009 für die Zeit vom 1. Januar 2010 bis zum 31. Dezember 2010 zum Aktenzeichen 72BEW-1342-006 eine Leistungs-, Vergütungs- und Prüfungsvereinbarung. Als vertragliche Grundlage dieser Vereinbarungen wird dabei der BRV in der ab dem 1. März 2007 geltenden Fassung in Bezug genommen. Zuvor hatten die Beteiligten am 15. Dezember 2009 im Rahmen einer Träger-Vereinbarung eine Leistungs-, Vergütungs- und Prüfungsvereinbarung für die Zeit vom 1. Januar 2010 bis zum 31. Dezember 2010 für alle Einrichtungen/Dienste für Personen mit besonderen sozialen Schwierigkeiten nach den [§§ 67, 68 SGB XII](#) für die Leistungstypen Wohnungserhalt und Wohnungserlangung (WUW), BEW und BGW zu den Aktenzeichen 72WUW-1342-008, 72BEW-1342-006 und 72BGW-1342-007 abgeschlossen, wobei als vertragliche Grundlage ebenfalls der BRV in der ab dem 1. März 2007 geltenden Fassung in Bezug genommen

wurde.

Schließlich schlossen die Beteiligten für Kriseneinrichtungen (KRI) nach den [§§ 67, 68 SGB XII](#) drei Verträge. Am 30. März 2009 für die Zeit vom 1. April 2009 bis zum 31. Dezember 2009 zum Aktenzeichen 72KRI-1342-010 für das T M, am 30. März 2009 für die Zeit vom 1. April 2009 bis zum 31. Dezember 2009 zum Aktenzeichen 72KRI-1342-009 für das T Sch und am 25. November 2009 für die Zeit vom 1. Dezember 2009 bis zum 31. Dezember 2009 zum Aktenzeichen 72KRI-1342-011 für die "V L". Dabei wird jeweils der BRV in der ab dem 1. März 2007 geltenden Fassung in Bezug genommen.

Ende Februar/Anfang März 2010 gingen beim Antragsgegner zwei anonyme Schreiben ein, in denen Vorwürfe erhoben wurden, die Antragstellerin halte den vertraglich mit dem Antragsgegner vereinbarten Personalschlüssel bei der Erbringung der nach den vorstehend genannten Verträgen vereinbarten Leistungen nicht ein. Hintergrund war eine öffentliche Diskussion über einen von dem Mitgesellschafter und früheren Geschäftsführer der Antragstellerin genutzten Sportwagen, die Höhe seines Gehaltes und die Nutzung einer Wohnung im Tagungszentrum der Antragstellerin (sog. "Maserati-Affäre"). Der Antragsgegner forderte die Antragstellerin daraufhin unter Bezugnahme auf Ziffer 12 des BRV auf, zu den in den anonymen Schreiben erhobenen Vorwürfen Stellung zu nehmen und die Erbringung bzw. Nichterbringung der vertraglich vereinbarten Leistungen begründet darzulegen. In ihrer Stellungnahme vom 31. März 2010 legte die Antragstellerin dar, die Personalschlüsselquote in den Bereichen BEW und WUW werde den Vereinbarungen im Wesentlichen entsprechend eingehalten. Mehrarbeit der Mitarbeiter werde überwiegend bezahlt bzw. geringfügig durch Zeitausgleich abgegolten.

Am 9. April 2010 fand ein Gespräch zwischen Mitarbeitern des Antragsgegners und dem seinerzeitigen Geschäftsführer der Antragstellerin sowie der Leiterin von deren Kriseneinrichtungen statt. Dabei teilte der seinerzeitige Geschäftsführer der Antragstellerin mit, dass ein weiterer Geschäftsführer der Antragstellerin von deren Aufsichtsrat beurlaubt und dem Bereichsleiter für die ambulanten Wohnprojekte die Prokura entzogen worden sei. Der Antragsgegner wies bei dem Gespräch darauf hin, dass das Antwortschreiben der Antragstellerin vom 31. März 2010 unzureichend und Anlass für eine Qualitätsprüfung bei der Antragstellerin sei. Das Geschäftsgebaren und Verhalten der Antragstellerin seien wenig hilfreich und Aufklärungsbereitschaft sei kaum erkennbar. Der seinerzeitige Geschäftsführer der Antragstellerin soll ausweislich des Protokolls des Gesprächs ausgeführt haben, dass für die Krisendienste der Soll/Ist-Abgleich für die Leistungserbringung nachweisbar sei, für die ambulanten Einrichtungen werde jedoch ein anderes Abrechnungssystem verwendet, so dass die Personalkosten nicht belegbar seien und daher die Formulierung "Leistungserbringung im Wesentlichen erfolgt" gewählt worden sei.

In der Folge beantragte der Antragsgegner bei der "Berliner Vertragskommission Soziales nach Ziffer 4 des BRV (KO 75)" die Durchführung einer Qualitätsprüfung bei der Antragstellerin. Ausweislich des Protokolls der Sitzung der KO 75 vom 13. April 2010 sollte eine Prüfungskommission die Arbeit an einer Qualitätsprüfung bei der Antragstellerin aufnehmen. Der Antragsgegner teilte der Antragstellerin daraufhin unter dem 7. Mai 2010 mit, dass von der KO 75 die Durchführung einer Qualitätsprüfung aller Leistungsbereiche nach [§ 67 SGB XII](#) mit dem Ziel der Prüfung der Einhaltung der vereinbarten Personalschlüssel beschlossen worden sei. In dem sich anschließenden Schriftwechsel erklärte die Antragstellerin mit Schreiben vom 20. August 2010 zunächst, es für wenig wahrscheinlich zu halten, bei der Abbildung von Sachverhalten — Bezug genommen wird insoweit auf den zeitlichen Abstand zwischen real erbrachter Leistung und der regelmäßig erst später erfolgenden Kostenübernahme — zukünftig anders als bisher zu verfahren, nur um in das Prüfungsschema des Antragsgegners zu passen.

Die Prüfungskommission erarbeitete einen Prüfbericht, dessen Entwurf der Antragstellerin am 7. September 2010 bekannt gegeben wurde. Am 10. September 2010 fand ein Gespräch zwischen den Mitgliedern der Prüfungskommission und der Antragstellerin über den Prüfberichtsentswurf statt. Dabei stellte die Prüfungskommission ausweislich ihres später vorgelegten Prüfberichts fest, dass die Kompatibilität und Plausibilisierung der Angaben der Antragstellerin mit den vorgelegten und mehrfach nachgereichten Unterlagen nicht zu erreichen sei. Die Abweichungen zwischen unterschiedlichen Prüfungsunterlagen und den standardisierten Jahresberichten könnten von der Antragstellerin nicht aufgeklärt werden. Die mehrmals divergierenden Angaben in den Prüfungsunterlagen hätten das Vertrauen nachhaltig erschüttert. Der Antragstellerin sei kein Nachweis möglich, wie viele Arbeitsstunden durch vereinbartes Fachpersonal tatsächlich geleistet worden seien. Die von den vereinbarten Leistungstypen der Antragstellerin abweichende interne Organisationsstruktur sei nicht akzeptabel.

In der Folgezeit vereinbarten die Prüfkommission und die Antragstellerin bis zum 3. November 2010 die Einbeziehung einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in die Prüfung der Plausibilität der Höhe der abgerechneten Leistungen und damit die Fortsetzung der Prüfung, wobei die Prüfungskommission darauf hinwies, dass nicht alle durch die bisherige Prüfung aufgeworfenen Fragen sich durch das Verfahren mit der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft beantworten ließen. Die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft legte am 26. Januar 2011 ihren Bericht vor. Nachdem am 11. Februar 2011 ein Abschlussgespräch zwischen Mitarbeitern der Antragstellerin und der Prüfungskommission stattgefunden hatte, legte diese am 22. Februar 2011 ihren Prüfbericht vor.

Am 14. März 2011 erhob die Antragstellerin vor dem Sozialgericht Berlin zum Aktenzeichen [S 51 SO 507/11](#) Klage – zunächst - auf Feststellung der Unwirksamkeit des Prüfberichts, mit der sie Verfahrensfehler bei dessen Erstellung rügte. Unter anderem habe die Prüfungskommission mangels Existenz einer leistungsbezogenen Prüfvereinbarung erst im Laufe des Prüfungsverfahrens festgelegt, in welcher Form Unterlagen für die Nachweisführung der vertragsgemäßen Leistungserbringung vorzulegen seien.

Am 15. März 2011 teilte eine Wohnungsbaugesellschaft dem Antragsgegner mit, dass gegenüber der Antragstellerin offene Forderungen aus Mietverhältnissen in Höhe von 96.895,31 Euro bestünden und am 9. März 2011 fristlose Kündigungen von 19 Wohnungsmietverträgen ausgesprochen worden seien. Bei furchtlosem Fristablauf würden umgehend Räumungs- und Zahlungsklagen erhoben werden. Auf eine entsprechende Nachfrage teilte die Antragstellerin dem Antragsgegner daraufhin mit, dass die geschuldeten Betreuungsleistungen über einen zur Sofortaufnahme bereit stehenden Wohnungsbestand der Antragstellerin von 60 Wohnungen gewährleistet werden könnten. Durch eventuell erforderlich werdende Umzüge würden dem Antragsgegner keine Mehrkosten entstehen, da diese von der Antragstellerin organisiert werden würden. Die Bereitstellung von Wohnungen für Leistungsberechtigte und der angesprochene Soforthilfepool von 60 Wohnungen stellten zusätzliche Leistungen der Antragstellerin dar, die über die mit dem Antragsgegner bestehenden Leistungsvereinbarungen hinausgingen. Die Antragstellerin führte weiter aus, dass ihr gegenüber keine fristlosen Kündigungen vorliegen würden und auch die Forderungen der Wohnungsbaugesellschaft der Antragstellerin gegenüber nicht bestätigt werden könnten. Überdies erfolge im Bereich der Betreuungsverhältnisse eine Vorfinanzierung durch die Antragstellerin in Höhe von etwa 1.200.000,00 Euro sowie eine Vorfinanzierung von Untermieten in Höhe von etwa 420.000,00 Euro.

Nachdem der Antragsgegner der Antragstellerin mit Schreiben vom 14. April 2011 Gelegenheit zur Stellungnahme zu einem Entwurf eines Kündigungsschreibens gegeben hatte, kündigte der Antragsgegner mit Schreiben vom 25. Mai 2011, der Antragstellerin zugegangen am 27. Mai 2011, alle Vereinbarungen nach [§ 75 Absatz 3 SGB XII](#) mit der Antragstellerin gemäß [§ 78 SGB XII](#) wegen grober Pflichtverstöße fristlos, hilfsweise ordentlich mit einer Frist von sieben Monaten zum 31. Dezember 2011 und vorsorglich zur Vermeidung von Rechtsverlusten zum nächstmöglichen Termin, und nahm dabei Bezug auf die Aktenzeichen 72BEW-1342-006, 72BGW-1342-007, 72WUW- 1342-008, 72KRI-1342-009, 71KRI-1342-010 und 72KRI-1342-011.

Zur Begründung führte der Antragsgegner aus, die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung nach [§ 78 SGB XII](#) lägen vor, weil die Antragstellerin durch eine Reihe von schwerwiegenden Pflichtverletzungen gezeigt habe, dass sie nicht gewillt sei, sich vertrags- und gesetzestreu zu verhalten. Es fehle an der inhaltlichen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin. Diese habe mit Schreiben vom 31. März 2010 erklärt, den vereinbarten Personalschlüssel in ihren Einrichtungen lediglich im Wesentlichen einzuhalten. Nach der daraufhin vorgenommenen Qualitätsprüfung sei davon auszugehen, dass der vertraglich vereinbarte Personalschlüssel nicht eingehalten worden sei und auch nicht eingehalten werde. Die Antragstellerin sei verpflichtet, die Vorhaltung des erforderlichen Fachpersonals im Hinblick darauf zu dokumentieren und überprüfbar zu machen, ob der erforderliche Personalschlüssel eingehalten werde. Die Antragstellerin habe jedoch ihre vertragliche Verpflichtung, zur Prüfung notwendige Unterlagen herauszugeben, im Prüfverfahren in schwerwiegender Weise verletzt, indem sie keine unveränderten Quelldaten, sondern vielmehr mehrfach korrigierte Zahlen vorgelegt habe, die zu den jeweiligen vertraglich verpflichtend vorzulegenden standardisierten Jahresberichten der Jahre 2008 und 2009 keine Plausibilität aufweisen würden. Weiterhin käme die Antragstellerin ihrer vertraglichen Verpflichtung nicht nach, Organisations- und Dokumentationssysteme vorzuhalten, die eine vorausschauende und rückschauende Leistungserfassung und -abrechnung im Hinblick auf Kostenarten und -rechnung der einzelnen Leistungstypen zulasse. Mit Schreiben vom 28. August 2010 — gemeint ist wohl das Schreiben vom 20. August 2010 — habe die Antragstellerin in diesem Zusammenhang mitgeteilt, es für wenig wahrscheinlich zu halten, zukünftig anders zu verfahren. Die dargelegten groben Pflichtverstöße der Antragstellerin würden von einem unredlichen Geschäftsgebahren begleitet, das in einem häufigen Geschäftsführerwechsel während des Prüfverfahrens und einer mangelnden Bereitschaft zur Einhaltung verbindlicher Absprachen zum Ausdruck komme. Es bestünden zudem Zweifel an der Zuverlässigkeit der Antragstellerin, da die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren wegen Untreuevorwürfen gegen einen früheren Geschäftsführer der Antragstellerin führe und die Finanzverwaltung der Antragstellerin den Status der Gemeinnützigkeit für die Jahre 2006 bis 2008 aberkannt habe. Schließlich verwende die Antragstellerin zweckgebundene Gelder für Wohnungen, die sie von Sozialleistungsträgern erhalte, nicht zweckentsprechend, weil bei einer Wohnungsgesellschaft Mietrückstände aufgelaufen seien, die zur fristlosen Kündigung von 19 Wohnungen geführt hätten. Die außerordentliche Kündigung sei verhältnismäßig, weil zum Schutz der Leistungsberechtigten und der öffentlichen Haushalte nur mit solchen Leistungserbringern vertragliche Vereinbarungen zu schließen seien, die eine leistungsgerechte Vertragsdurchführung unter Einhaltung der Qualitätsgrundsätze gewährleisten. Diesbezüglich bestehe ein besonderes Interesse an der Überprüfbarkeit und Zuverlässigkeit der dargestellten Zahlen. Durch die außerordentliche Kündigung werde die Möglichkeit geschaffen, die Leistung von Dritten leistungsfähig und vertragsgerecht erbringen zu lassen, so dass diese auch geeignet sei. Angesichts mangelnder Kooperationsbereitschaft der Antragstellerin während des gesamten Prüfungszeitraums sowie der vor dem Ausspruch der Kündigung erfolgten Anhörung sei das Vertrauen des Antragsgegners auf eine künftig ordnungsgemäße Leistungserbringung und Vertragsdurchführung zerstört, so dass die außerordentliche Kündigung auch erforderlich sei. Die Vertragsverstöße seien für sich genommen, jedenfalls aber in ihrer Gesamtheit so gravierend, dass sie den gesetzlichen Regelbeispielen in [§ 78 Satz 2 SGB XII](#) entsprächen. Bereits an dem Schreiben der Antragstellerin vom 28. August 2010 — gemeint wohl vom 20. August 2010 — werde deutlich, dass diese nicht bereit sei, sich künftig den vertraglichen Vereinbarungen unterwerfen zu wollen.

Das Kündigungsschreiben ist mit einer Rechtsmittelbelehrung hinsichtlich einer Klagemöglichkeit vor dem Sozialgericht Berlin versehen und enthält eine Anordnung der sofortigen Vollziehung, die mit der Unzumutbarkeit einer weiteren Zusammenarbeit des Sozialhilfeträgers mit der Antragstellerin nach Ausspruch der fristlosen Kündigung begründet wird. Der Zweck der fristlosen Kündigung würde ins Leere laufen, müsste zunächst der Ausgang eines sich möglicherweise jahrelang hinziehenden Gerichtsverfahrens abgewartet werden.

Die Antragstellerin erweiterte daraufhin am 30. Mai 2010 ihre zum Aktenzeichen [S 51 SO 507/11](#) erhobene Klage und beantragt im dortigen Verfahren nunmehr zusätzlich die Aufhebung der Kündigung vom 25. Mai 2011 sowie die Feststellung von deren Unwirksamkeit.

Ebenfalls am 30. Mai 2011 hat die Antragstellerin beim Sozialgericht Berlin einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gestellt. Zur Begründung hat sie vorgetragen, die Kündigung sei aus formellen und materiellen Gründen rechtswidrig. Weder sei eine Kündigung durch Verwaltungsakt im Gesetz vorgesehen, noch sei ein ordnungsgemäßes Prüfverfahren nach dem BRV durchgeführt worden. Der Prüfbericht stütze überdies die Einschätzung des Antragsgegners nicht, dass der vertraglich vereinbarte Personalschlüssel nicht eingehalten werde und es deshalb an der inhaltlichen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin fehle. Dass die Antragstellerin hinsichtlich des Umfangs der im BRV geregelten Nachweispflichten andere Rechtsauffassungen als der Antragsgegner vertreten habe, dürfe nicht als fehlender Wille zur Vertragstreue ausgelegt werden. Durch den Bericht des Wirtschaftsprüfers sei die Plausibilität der abgerechneten Stunden bestätigt worden. Es habe sich lediglich herausgestellt, dass die standardisierten Jahresberichte nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erstellt worden seien und daher korrigiert werden mussten. Die Antragstellerin habe zudem eine Reihe von Anstrengungen unternommen, den vom Antragsgegner gestellten Anforderungen an die Nachweise der erbrachten Leistungen durch Änderungen in ihrer Organisationsstruktur sowie der Datenverarbeitung Rechnung zu tragen, die der Antragsgegner jedoch nicht habe zur Kenntnis nehmen wollen, während diese von der Senatsverwaltung für Bildung, Wissenschaft und Forschung im Rahmen einer Präsentation am 15. Juni 2011 für den Bereich der Leistungserbringung nach dem SGB VIII als die Forderung nach differenzierter wirtschaftlicher und personeller Zuordnung der Leistungsangebote erfüllend angesehen worden seien. Es läge auch kein unredliches Geschäftsgebahren der Antragstellerin vor. Neue Geschäftsführer hätten jeweils auf den vorgefundenen Grundlagen weiter gearbeitet und keine von ihren Vorgängern eingegangenen Verpflichtungen gebrochen. Das Ermittlungsverfahren gegen einen ihrer früheren Geschäftsführer ruhe praktisch seit einem Jahr. Die Aberkennung der Anerkennung als gemeinnützige Organisation sei noch nicht rechtskräftig. Überdies setze das Bestehen von Vereinbarungen nach [§ 75 Absatz 3 SGB XII](#) nicht voraus, dass die betroffene Einrichtung nach den Grundsätzen der Gemeinnützigkeit betrieben werde. Weiterhin hat die Antragstellerin geltend gemacht, dass ihr infolge der Kündigung des Antragsgegners die Existenzvernichtung durch Insolvenz und Rufschädigung drohe, ohne dass dies durch ein späteres Obsiegen in der Hauptsache reparabel sei. Die Kündigung hätte eine Umsatzreduzierung um fast 54 Prozent aller Leistungsentgelte der Antragstellerin zur Folge. Im April 2011 hätten sich die Umsätze der Antragstellerin bezogen auf alle sechs hier streitigen Leistungstypen auf 352.109,92 Euro belaufen, denen Kosten ohne Berücksichtigung von Verwaltungspersonalkosten in Höhe von 272.628,79 Euro gegenüber gestanden hätten. Aufgrund der

Presseberichte über die Kündigung der Verträge durch den Antragsgegner habe die Hausbank der Antragstellerin die laufende Kreditgewährung, die zur Vorfinanzierung der von dem Antragsgegner oftmals erst Monate nach der Leistungserbringung abgerechneten Leistungen erforderlich sei, eingefroren, bis über den vorliegenden Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz entschieden sei. Liquidies Vermögen oder freie Kreditlinien seien nicht vorhanden. Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass Verträge deren Laufzeit bereits abgelaufen ist, weiterhin Gültigkeit hätten. Die in [§ 77 Absatz 2 Satz 4 SGB XII](#) angeordnete Fortdauer der Vergütungsvereinbarung ziehe die Fortdauer der Leistungs- und Prüfungsvereinbarung nach sich. Die Inhalte der Leistungs- und Prüfungsvereinbarung stünden zudem durch die Bezugnahme auf den BRV fest und seien daher zwischen den Beteiligten nicht streitig.

Die Antragstellerin hat erstinstanzlich beantragt, die aufschiebende Wirkung der Klage vom 27. Mai 2011 (Klageerweiterung im Verfahren [5 51 SO 507/11](#)) gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 25. Mai 2011 anzuordnen und dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, die Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen mit der Antragstellerin (72BEW-1342-006, 72BGW- 1342-007, 72WUW-1242-008, 72KRI- 1342-009, 72KRI- 1342-010, 72KRI- 1342-011) bis zum rechtskräftigen Abschluss des parallelen Klageverfahrens [S 51 SO 507/11](#) vorläufig weiter zu vollziehen, hilfsweise, den Antragsgegner im Wege einer einstweiligen Anordnung zu verpflichten, folgende Vereinbarungen gemäß [§ 75 Absatz 3 SGB XII](#) vorläufig über den 31. Dezember 2009 hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des Klageverfahrens [S 51 SO 507/11](#) rückwirkend ab dem 1. Januar 2010 unverändert durch schriftliche Vereinbarung zu verlängern und weiter zu vollziehen: - Vereinbarung vom 30. März 2009, betreffend die Kriseneinrichtung T M (72KRI-1342-010) - Vereinbarung vom 30. März 2009, betreffend die Kriseneinrichtung T Sch (72KRI-1342-009) - Vereinbarung vom 25. November 2009, betreffend die Kriseneinrichtung "V L" (72KRI-1342-01 1) sowie den Antragsgegner im Wege einer einstweiligen Anordnung zu verpflichten, folgende Vereinbarungen gemäß [§ 75 Absatz 3 SGB XII](#) vorläufig über den 31. Dezember 2010 hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des parallelen Klageverfahrens [S 51 SO 507/11](#) rückwirkend ab dem 1. Januar 2011 unverändert durch schriftliche Vereinbarung zu verlängern und weiter zu vollziehen: - Vereinbarung vom 28. Dezember 2009, betreffend Betreutes Einzelwohnen (72BEW-1342-006) - Vereinbarung vom 15. Dezember 2009, betreffend Wohnungserhalt und Wohnungserlangung (72WUW-1342-008)

Der Antragsgegner hat erstinstanzlich beantragt, die Anträge zurückzuweisen.

Zur Begründung hat er vorgetragen, die Antragstellerin habe während des ordnungsgemäß durchgeführten Prüfverfahrens nach dem BRV und im Anhörungsverfahren vor Ausspruch der Kündigung gezeigt, dass sie nicht gewillt sei, sich vertragstreu zu verhalten. Die Antragstellerin habe während des Prüfungsverlaufes immer wieder korrigiertes Zahlenmaterial vorgelegt und bis zuletzt die Einhaltung des Personalschlüssels nicht nachweisen können. Überdies bestünden Zweifel an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin, die nicht erst durch die ausgesprochene Kündigung bedroht sei. Vielmehr habe sich die Antragstellerin bereits vorher und unabhängig von der Kündigung in einer wirtschaftlichen Schieflage befunden, über die sie den Antragsgegner in Unkenntnis gelassen habe. So führe die Aberkennung der Gemeinnützigkeit zu erheblichen Steuernachzahlungen und zeigten die erfolgten Wohnungskündigungen, dass die Antragstellerin ihr anvertraute Mittel nicht zweckentsprechend einsetze. Eine drohende Insolvenz der Antragstellerin sei daher nicht auf die erfolgte Kündigung der Leistungserbringerverträge durch den Antragsgegner zurückzuführen. Eine Fortgeltung von Leistungs- und Prüfungsvereinbarungen über einen befristeten Endzeitpunkt hinaus sei ohne eine entsprechende vertragliche Regelung nicht möglich.

Das Sozialgericht hat mit Beschluss vom 6. Juli 2011 im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig festgestellt, dass es sich bei der Kündigungserklärung des Antragsgegners vom 25. Mai 2011 nicht um einen Verwaltungsakt handele, sowie den Antragsgegner vorläufig verpflichtet, die Leistungs-, Vergütungs- und Prüfungsvereinbarung mit der Antragstellerin zum Az. 72BGW-1342-007 (Betreutes Gruppenwohnen) bis zum rechtskräftigen Abschluss des Klageverfahrens [S 51 SO 507/11](#), längstens jedoch bis zum 31. Dezember 2011 weiter zu vollziehen. Im Übrigen hat es den Antrag der Antragstellerin abgewiesen. Das SG hat der Antragstellerin fünf Sechstel und dem Antragsgegner ein Sechstel der Kosten des Verfahrens auferlegt und den Streitwert auf 625.000 EUR festgesetzt.

Zur Begründung hat das Sozialgericht ausgeführt, dass der Antrag, die aufschiebende Wirkung der Klage vom 27. Mai 2011 gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 25. Mai 2011 anzuordnen, unzulässig sei, weil es sich bei der fristlosen Kündigung nach [§ 78 SGB XII](#) nicht um einen Verwaltungsakt handele. Anders als im Bereich der Regelungen über die Beziehungen zwischen den Pflegekassen und Pflegeeinrichtungen nach dem SGB XI fehle es im Leistungserbringungsrecht der [§§ 75 ff.](#) des SGB XII an einer [§ 74 Abs. 3 S. 2 SGB XI](#) entsprechenden Regelung über die Entbehrlichkeit eines Vorverfahrens, die im Bereich des SGB XI die Annahme stützen, die Kündigung eines Versorgungsvertrages im Bereich des SGB XI stelle einen Verwaltungsakt dar. Das erst nach Inkrafttreten des SGB XI am 1. Januar 1995 geschaffene und im 1. Januar 2005 in Kraft getretene SGB XII enthalte in den [§§ 75 ff.](#) SGB XII derartige Regelungen nicht. Dies wäre hinsichtlich der etwaigen Entbehrlichkeit der Durchführung eines Vorverfahrens jedoch erforderlich gewesen, da außerhalb des Landes Berlin Vereinbarungen nach [§ 75 Abs. 3 SGB XII](#) auch nicht von einer obersten Landesbehörde abgeschlossen werden könnten. Anders als im Bereich des SGB XI sei mit einer Kündigung von Verträgen nach [§ 75 Abs. 3 SGB XII](#) auch nicht der Entzug des Status als zugelassene Pflegeeinrichtungen verbunden, da es im SGB XII keine Zulassungsentscheidung gebe. Die Regelung in [§ 78 SGB XII](#) entspreche im Übrigen der Vorgängerregelung in [§ 93c BSHG](#), für die in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung anerkannt gewesen sei, dass die Kündigung keinen Verwaltungsakt darstelle. Da der Antragsgegner der Kündigung die äußere Form eines Verwaltungsaktes gegeben habe, sei jedoch zur Klarstellung im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig festzustellen gewesen, dass insoweit kein Verwaltungsakt vorliege.

Soweit der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung Erfolg habe, beruhe dies darauf, dass nach summarischer Prüfung die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung bezogen auf die Vereinbarung zwischen der Antragstellerin und dem Antragsgegner zum Az. 72 BWG-1342-007 nicht vorlägen. Der Antragsgegner sei in Kenntnis der bestehenden Vorwürfe gegen die Antragstellerin am 30. November 2010 eine vertragliche Bindung eingegangen und hätte für den Bereich des BGW eine neue Leistungs-, Vergütungs- und Prüfungsvereinbarung abgeschlossen. Es stelle widersprüchliches Verhalten dar, wenn der Antragsteller gerade gestützt auf die ihm bereits bekannten Umstände eine fristlose Lösung von dieser Vereinbarung zu begründen suche. Auf den später erhobenen Vorwurf der unsachgemäßen Verwendung von öffentlichen Mitteln, der im Zusammenhang mit behaupteten Wohnungskündigungen erhoben worden sei, habe der Antragsgegner seine Kündigung nur ergänzend gestützt.

Hinsichtlich der übrigen Leistungstypen existierten derzeit gültige schriftliche Verträge im Sinne von [§ 75 Abs. 3 SGB XII](#) nicht. Ohne vertragliche Vereinbarung aber laufe die vom Antragsgegner ausgesprochene Kündigung von Verträgen ins Leere, so dass auch für den entsprechenden Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz in Form einer Verpflichtung des Antragsgegners zur vorläufigen weiteren Vollziehung dieser Verträge kein Raum und dieser mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig sei.

Insoweit seien auch die auf rückwirkende schriftliche Verlängerung und weitere Vollziehung der abgelaufenen Vereinbarungen gerichteten Hilfsanträge unzulässig. Insoweit fehle es derzeit bereits an einem Angebot zum Abschluss entsprechender Vereinbarungen von der Antragstellerin an den Antragsgegner. Soweit ein solches in den gestellten Hilfsanträgen zu sehen sein solle, seien jedenfalls Vertragsverhandlungen zwischen den Beteiligten bisher nicht geführt worden, so dass ein Bedürfnis für eine vorläufige gerichtliche Regelung derzeit nicht erkennbar sei.

Gegen den beiden Beteiligten am 7. Juli 2011 zugegangenen Beschluss haben die Antragstellerin am 20. Juli 2011 Beschwerde und der Antragsgegner am 18. August 2011 Anschlussbeschwerde eingelegt.

Die Antragstellerin vertritt ergänzend zu Ihrem erstinstanzlichen Vorbringen die Auffassung, dass im vorliegenden Fall trotz des scheinbar abweichenden Wortlauts die Leistungs- und Prüfungsvereinbarungen nicht befristet gewesen seien. In den Vereinbarungen werde Bezug genommen auf das übergeordnete Recht des Rahmenvertrages. Die danach gefassten Beschlüsse gälten unbefristet bis die Parteien des Berliner Rahmenvertrages oder die Kommission Soziales sie aufheben oder änderten. In den gekündigten Trägerverträgen hätten die Parteien die Leistungs- und Prüfungsvereinbarungen somit weder befristet können noch wollen, denn sie seien für deren Fassung unzuständig und hätten nach Ablauf der Frist die gleichen Vereinbarungen wieder treffen müssen. Die Befristung sei allein deshalb erfolgt, um die Vergütungsvereinbarung in Zeitabständen überprüfen zu können. Dass dies der gemeinsame Vertragswille gewesen sei, folge auch daraus, dass beide Parteien die Vereinbarungen über den Ablauf der jeweiligen Befristung hinaus weiter praktiziert hätten.

Sofern von einer Befristung der Vereinbarungen auszugehen sei, würden diese aber nach Sinn und Zweck des [§§ 77 Abs. 2 S. 4 SGB XII](#) ebenso wie die Vergütungsvereinbarung fortgelten. Denn nur alle drei Vereinbarungen zusammen seien Grundlage der Leistungserbringung an Hilfeberechtigte. Die Fortwirkungsregelung in [§ 77 Abs. 2 S. 4 SGB XII](#) würde ins Leere laufen, wenn Vergütungs- und Prüfungsvereinbarung ausgelaufen sind. Rückwirkende Vereinbarungen seien bei Leistungs- und Prüfungsvereinbarungen zulässig und in der Praxis gang und gäbe. Dies werde in der vom SG Berlin zur Begründung herangezogenen Entscheidung des BayVGH übersehen. Würden Leistungs- und Prüfungsvereinbarungen rückdatiert abgeschlossen, würde nach der Logik des Beschlusses des BayVGH die Vergütungsverpflichtung für die zurückliegende Zeit erst ab dem Zeitpunkt des Abschlusses dieser rückdatierten Vereinbarung entstehen. Dies hätte für beide Vertragsparteien prekäre Folgen und habe vom Gesetzgeber gerade vermieden werden wollen. Es sei nach der Gesetzesystematik und dem Gesetzeszweck eine Auslegung geboten, die die Regelung in [§ 75 Abs. 3 SGB XII](#) mit derjenigen in [§ 77 SGB XII](#) kompatibel mache. Solange die Möglichkeit bestehe, Leistungs- und Prüfungsvereinbarungen rückwirkend in Kraft zu setzen, gälten diese fort. Die scheinbar vertragslose Zeit, in der eine Leistungs- und Prüfungsvereinbarung zunächst nicht bestehe, sei in einer vertragsgebundene Zeit umzudeuten. Folge man diesen Überlegungen nicht, sei zumindest [§ 77 Abs. 2 S. 4 SGB XII](#) analog für Leistungs- und Prüfungsvereinbarungen heranzuziehen. Es bestünde dann eine systemwidrige Regelungslücke.

Auch die Ablehnung der Hilfsanträge sei zu Unrecht erfolgt, ein Vertragsangebot der Antragstellerin läge seit dem 28. Juni 2011 vor. Dieses Angebot habe die Antragstellerin durch Schreiben vom 7. Juli 2011 erneuert. Auf dieses Schreiben habe der Antragsgegner mit Schreiben vom 14. Juli 2011 reagiert, eine ex-tunc-Verlängerung der bestehenden Leistungsverträge abgelehnt, das Schreiben als Angebot zum Neuabschluss von Verträgen angesehen und eine Liste erforderlicher Nachweise aufgestellt, die er benötige, um über den Inhalt und den Abschluss von Leistungsvereinbarungen entscheiden zu können. Dieses Vorgehen sei treuwidrig und schikanös. Die jetzt erneut abgefragten Informationen seien dem Antragsgegner entweder seit langem bekannt oder im Prüfverfahren und dem Kündigungsverfahren erneut gegeben worden. Der Antragsgegner sei vorliegend zum Vertragsschluss auch deswegen verpflichtet, weil angesichts der bislang praktizierten gemeinsamen Rechtsüberzeugung von der Weitergeltung befristeter Vereinbarungen parallel zur Fortgeltung der Vergütungsvereinbarung die Verweigerung des Vertragsschlusses wegen widersprüchlichen Verhaltens und Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes treuwidrig und damit rechtswidrig sei. Die Antragstellerin habe aus Gründen der Gleichbehandlung Anspruch darauf, dass auch bei ihr der vertragslose Zustand bis zum 31. Juli 2011 hingenommen und für die Zeit vom 1.8.2011 bis 31.12.2011 eine neue Vereinbarung mit dem Inhalt des zeitlich ausgelaufenen Vertrags unterzeichnet werden, weil der Antragsgegner dies aktuell so mit allen vergleichbaren anderen Trägern praktiziere. Es liege auch ein zustimmungsfähiges konkretes Vertragsangebot vor, denn die Antragstellerin biete an, die bisherigen Leistungs- und Prüfungsvereinbarungen unverändert fortzuschreiben. Der Abschluss von Vereinbarungen scheitere auch nicht an einer fehlenden Eignung der Antragstellerin zur Leistungserbringung. Die vom Antragsgegner in dem Kündigungsschreiben behaupteten Mängel lägen nicht vor. Die Glaubhaftmachung mit einem anonymen Schreiben sei unzulässig und unbeachtlich. Wirtschaftliche Probleme seien allenfalls durch das rechtswidrige Verhalten des Antragsgegners herbeigeführt worden, das bewirkt habe, dass Bezirksämter unbestrittene Forderungen der Antragstellerin derzeit nicht erfüllten.

Die Antragstellerin beantragt, den Beschluss des Sozialgerichts vom 6.7.2011, [S 51 SO 507/11 ER](#), abzuändern, soweit er den Antrag der Antragstellerin abgelehnt hat, und den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig zu verpflichten, zusätzlich auch die Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen mit der Antragstellerin betreffend - Betreutes Einzelwohnen, 72BEW-1342-006, - Wohnungserhalt und Wohnungserlangung 72 WUW-1342-008, - Kriseneinrichtung T Sch, 72 KRI-1342-009, - Kriseneinrichtung T M, 72KRI-1342-010, - Kriseneinrichtung "V L", 72KRI-1342-011, bis zum rechtskräftigen Abschluss des parallelen Klageverfahrens [S 51 SO 507/11](#) vorläufig weiter zu vollziehen, hilfsweise 1. den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, folgende Vereinbarungen gemäß [§ 75 Abs. 3 SGB XII](#) vorläufig über den 31.12.2009 hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des Klageverfahrens [S 51 SO 507/11](#) rückwirkend ab dem 1.1.2010 unverändert durch schriftliche Vereinbarung zu verlängern und weiter zu vollziehen: - Vereinbarung vom 30.3.2009, betreffend die Kriseneinrichtung T Sch (72KRI-1342-009), - Vereinbarung vom 30.3.2009, betreffend die Kriseneinrichtung T M (72KRI-1342-010), - Vereinbarung vom 25.11.2009, betreffend die Kriseneinrichtung "V L" (72KRI-1342-011), 2. den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, folgende Vereinbarungen gemäß [§ 75 Abs. 3 SGB XII](#) vorläufig über den 31.12.2010 hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des parallelen Klageverfahrens [S 51 SO 507/11](#) rückwirkend ab dem 1.1.2011 unverändert durch schriftliche Vereinbarung zu verlängern und weiter zu vollziehen: - Vereinbarung vom 28.12.2009, betreffend Betreutes Einzelwohnen (72BEW-1342-006), - Vereinbarung vom 15.12.2009, betreffend Wohnungserhalt und Wohnungserlangung (72WUW-1342-008).

höchst hilfsweise,

1. den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, vorläufig bis zum rechtskräftigen Abschluss des Klageverfahrens [S 51 SO 507/11](#) folgende Vereinbarungen gemäß [§ 75 Abs. 3 SGB XII](#) für den Zeitraum 1.8.2011 bis 31.12.2011 mit der Antragstellerin zu schließen: - Vereinbarung betreffend die Kriseneinrichtung T Sch, inhaltlich entsprechend der Vereinbarung vom

30.3.2009, (72KRI-1342-009), - Vereinbarung betreffend die Kriseneinrichtung T M, inhaltlich entsprechend der Vereinbarung vom 30.3.2009, (72KRI-1342-010), - Vereinbarung betreffend die Kriseneinrichtung V L", inhaltlich entsprechend der Vereinbarung vom 25.11.2009, (72KRI- 1342-01 1), - Vereinbarung betreffend Betreutes Einzelwohnen, inhaltlich entsprechend der Vereinbarung vom 28.12.2009, (72BEW-1342-006) - Vereinbarung betreffend Wohnungserhalt und Wohnungserlangung, inhaltlich entsprechend der Vereinbarung vom 15.12.2009, (72WUW-1342-008).

sowie höchst hilfsweise,

die Kosten des SG-Verfahrens zu 5/12 der Antragstellerin und zu 7/12 dem Antragsgegner aufzuerlegen.

Weiter beantragt die Antragstellerin, die Anschlussbeschwerde des Antragsgegners zurückzuweisen.

Der Antragsgegner beantragt, die Beschwerde einschließlich der Hilfsanträge zurückzuweisen und den Beschluss des SG Berlin abzuändern und den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage vom 27.05.2011 gegen den Bescheid vom 25.05.2011 im Hinblick auf den Vertrag zum Az. 72BGW-1342-007 (Betreutes Gruppenwohnen) zurückzuweisen,

hilfsweise,

den Beschluss des SG Berlin vom 6.7.2011 dahingehend abzuändern, dass der Antrag, die Leistungs-, Vergütungs- und Prüfungsvereinbarung mit der Antragstellerin zum Az. 72BGW-1342-007 (Betreutes Gruppenwohnen) bis zum rechtskräftigen Abschluss des parallelen Klageverfahrens [S 51 SO 507/11](#), längstens jedoch bis zum 31.12.2011 weiter zu vollziehen, zurückgewiesen wird.

Er ist der Auffassung, bei der Kündigung der vertraglichen Vereinbarungen handele es sich um einen Verwaltungsakt. Um als Einrichtung im Bereich des SGB XII tätig werden zu können bedürfe es faktisch des Abschlusses der Leistungs-, Vergütungs- und Prüfungsvereinbarung. Dies komme einer Konzessionierung gleich. Die Rechtslage sei daher vergleichbar mit der im Bereich des SGB XI, für den anerkannt sei, dass es sich bei der Kündigung wegen des damit verbundenen Entzugs des Status als zugelassene Einrichtung um einen Verwaltungsakt handele.

Die Ausführungen des Sozialgerichts zum widersprüchlichen Verhalten in Bezug auf die Fortführung des am 30. November 2010 verlängerten Vertrages betreffend das betreute Gruppenwohnen überzeuge nicht. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses für die Leistungserbringung im Bereich des betreuten Gruppenwohnens hätten dem Antragsgegner die Ergebnisse der Prüfungskommission noch nicht vorgelegen. Der Antragsgegner habe keine Alternative als den Abschluss dieses Vertrages gehabt. Hätte er sich geweigert, den Vertrag zu schließen, hätte sich die Antragstellerin zur Erzwingung einer Vereinbarung darauf berufen können, das Verfahren zur Qualitätsprüfung sei noch nicht abgeschlossen, weshalb über die Eignung der Antragstellerin keine abschließenden Feststellungen getroffen werden könnten. Zum damaligen Zeitpunkt sei auch noch nicht bekannt gewesen, dass die Gemeinnützigkeit für die Jahre 2006-2008 aberkannt werden würde, zukünftig erhebliche Mietrückstände bestehen, Leistungsberechtigte durch fristlose Kündigungen gefährdet werden würden, offene Lohn- und Lohnsteuerrückstände bestehen und Sozialversicherungsbeiträge zumindest verspätet gezahlt werden würden.

Der Antragsgegner sei bislang rechtsirrig davon ausgegangen, die Leistungs- und Prüfungsvereinbarung könne zwar auch ohne schriftliche Fixierung verlängert werden. Er habe sich nunmehr jedoch der Rechtsauffassung des Sozialgerichts angeschlossen. Von einer unbefristeten Geltung der Vereinbarungen sei nicht auszugehen. Diese könnten bereits nach dem Wortlaut des [§ 77 Abs. 1 Satz 1 SGB XII](#) nicht unbefristet abgeschlossen werden. Auch ein rückwirkender Abschluss sei nicht möglich. Zwar stünde dem Abschluss rückwirkender Vereinbarungen der Grundsatz der Prospektivität nicht entgegen, wenn und soweit prospektiv begonnene, das heißt künftige Vereinbarungszeiträume betreffende Vertragsverhandlungen beendet würden. Derartige prospektive Verhandlungen seien vorliegend indes nicht geführt bzw. längst beendet worden. Für eine analoge Anwendung von [§ 77 Abs. 2 S. 4 SGB XII](#) bestehe kein Raum. Es liege in der Gestaltungsmacht der Parteien, unterschiedliche Fristen für die Vergütungsvereinbarung einerseits und die Leistungs- und Prüfungsvereinbarung andererseits zu bestimmen, um die Kontinuität der Zusammenarbeit zu sichern und damit dem gesetzgeberischen Willen, vertragslose Zustände zu vermeiden, zu entsprechen. Die Fortsetzungsklausel in [§ 77 Abs. 2 S. 4](#) laufe daher dann nicht ins Leere, wenn die Vertragsparteien rechtzeitig Vertragsverhandlungen aufnähmen. Aufgrund des Schriftformerfordernisses des [§ 56 SGB X](#) sei von einer Fortwirkung der Verträge wegen ihrer faktischen Durchführung nicht auszugehen. Von einer jahrelangen Praxis könne nicht auf deren Rechtmäßigkeit geschlossen werden.

Ein rückwirkender Vertragsschluss sei nicht möglich. Es bestehe auch kein Rechtsschutzbedürfnis für einen rückwirkend wirkenden Vertragsschluss. Anders als im vom BayVGH entschiedenen Fall sei die Vergütung für die Vergangenheit nicht streitig, sondern bis zum Kündigungszeitpunkt gezahlt worden. Es sei daher auch nicht ersichtlich, woraus sich ein Anspruch ergeben solle. Im Übrigen liege auch kein ausreichend detailliertes Angebot der Antragstellerin zu allen Vertragsbestandteilen vor. Der Antragsgegner beende derzeit den vertragslosen Zustand mit anderen Leistungserbringern durch Abschluss befristeter prospektiver Vereinbarungen bis zum 31.12.2011. Da Anhaltspunkte für Vertragsverletzungen bei anderen Leistungserbringern nicht vorlägen, sei bei diesen Leistungserbringern von einer Ermessensreduzierung auf Null auszugehen. Eine prospektive Vereinbarung könne im Rahmen des Eilverfahrens nicht verlangt werden. Dem Antragsgegner sei bei seiner Entscheidung ein Ermessen eingeräumt, das sich nur dann zu einem Anspruch für den Leistungserbringer verdichte, wenn dieser die normativen Voraussetzungen für den Abschluss der Vereinbarung erfülle. Diese Voraussetzungen lägen nicht vor. Von einer Eignung der Antragstellerin könne nicht ohne Weiteres ausgegangen werden. Dies gälte umso mehr, als den Bezirken inzwischen ein Schreiben vom Finanzamt für Körperschaften zugegangen sei, aus dem sich eine vollstreckbare Forderung des Finanzamtes gegenüber der Antragstellerin i.H.v. 1.483.074,17 EUR ergebe. Die Qualität der Arbeit der Mitarbeiter der Antragstellerin stünde nicht in Zweifel. Dies sei indes nicht gleichbedeutend mit dem Qualitätsbegriff des SGB XII. Hier gehe es z. B. vielmehr um die Einhaltung des Personalschlüssels und damit die qualitätsgerechte Leistungserbringung gegenüber dem Leistungsberechtigten. Letzterer habe auch Anspruch darauf, nicht von einer Zwangsräumung bedroht zu sein. Die Antragstellerin sei nicht gewillt, die vom Antragsgegner für erforderlich gehaltenen Unterlagen zur Prüfung ihrer Eignung vorzulegen. Die Bedenken an der Eignung der Antragstellerin würden auch durch einen an den Antragsgegner gerichteten anonymen Brief ehemaliger und noch beschäftigter Mitarbeiter der Antragstellerin bestätigt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte des hiesigen sowie des parallelen Klageverfahrens

und die von dem Antragsgegner übersandte Verwaltungsakte Bezug genommen, deren Inhalte Gegenstand der Entscheidungsfindung waren.

II.

Die statthafte und zulässige, insbesondere fristgerecht eingelegte Beschwerde (§§ 172 und 173 Sozialgerichtsgesetz - SGG -) der Antragstellerin ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet. Im Übrigen ist sie unbegründet. Die Anschlussbeschwerde des Antragsgegners ist nicht begründet.

Zu Unrecht hat das Sozialgericht den Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung ihrer Klage gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 25. Mai 2011 anzuordnen, insgesamt für unzulässig gehalten, weil es sich bei der fristlosen Kündigung nach § 78 SGB XII nicht um einen Verwaltungsakt handelt. Denn auch wenn eine Behörde eine sich objektiv nicht als Verwaltungsakt darstellende Regelung als Verwaltungsakt erlässt, ist die Anfechtungsklage eröffnet (BVerwG Urteil vom 26.06.1987 8 C 21/86, veröffentlicht in Juris). Einstweiliger Rechtsschutz erfolgt in diesen Fällen - auch - nach § 86a Abs. 1 SGG. In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung und absolut herrschenden Literaturmeinung ist anerkannt, dass gegen Bescheide, die ihrer äußeren Form nach Verwaltungsakten entsprechen und den Rechtsschein erwecken, eine abschließende Regelung zu treffen dieselben Rechtsbehelfe gegeben sind wie gegen "echte" Verwaltungsakte (Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Auflage, 2008, Rdnr. 936 m.w.N.; BVerwG Urteil vom 26. Juni 1987 - 8 C 21/86, BVerwGE 78, 3; BayVGH Beschluss vom 15. November 2002 - 3 CS 02.2258 - Juris; OVG Bremen, Beschluss vom 21.08.2002 - 1 B 143/02 - Juris; OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 12. Mai 1999, 2 L 26/98, Juris; OVG Magdeburg, Beschluss vom 12. Januar 1998, B 2 S 432/97, JMBL.LSA 1998, 332/334; VGH Mannheim, NVwZ 1991, 1195/1196; a.A. Borchert, NJW 1972, 854/855). Es wäre unbefriedigend, ja unerträglich, wenn der Betroffene, der durch den Bescheid zur Erhebung einer Anfechtungsklage veranlasst wird, mit dieser Klage - in Ermangelung eines Verwaltungsaktes - ohne weitere Prüfung abgewiesen werden und angesichts dessen die Kosten tragen müsste (vgl. § 154 Abs. 1 VwGO). Der Empfänger eines Bescheides oder Widerspruchsbescheides braucht, was die weitere Rechtsverfolgung anlangt, nicht "klüger" zu sein, als es die (Widerspruchs)behörde ist; es kann nicht zu seinen Lasten gehen, wenn er sich so verhält, wie sich zu verhalten ihm der (Widerspruchs)bescheid - bei objektiver Würdigung - nahegelegt hat (BVerwG Urteil vom 26. Juni 1987 - 8 C 21/86, BVerwGE 78, 3).

So liegt der Fall hier. Der Senat folgt vollumfänglich der rechtlichen Wertung des Sozialgerichts, dass es sich bei der fristlosen Kündigung nach § 78 SGB XII nicht um einen Verwaltungsakt handelt, sondern um eine öffentlich-rechtliche Willenserklärung, die auf die Beendigung eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet ist, in dessen Rahmen die Beteiligten sich in einem Gleichordnungsverhältnis gegenüber stehen. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat auf Bl. 11 und 12 des Urteilsabdrucks des Sozialgerichts Bezug und sieht insoweit von einer weiteren Darstellung der Entscheidungsgründe ab (§ 142 Abs. 2 Satz 3 SGG). Die Einwände des Antragsgegners mit der Anschlussbeschwerde sowie die abweichenden Auffassungen in der Literatur (Baur in Mergler/Zink, SGB XII, § 78 Rn. 7; Neumann in Hauck/Noftz, SGB XII, § 78, Rn. 6; W. Schellhorn in Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, 18. Auflage, § 78 Rn. 8; a.A. wie hier: Münder im LPK - SGB XII § 78 Rn. 4; Flint in Grube/Wahrendorf, SGB XII, 3. Aufl., § 78, Rn. 11; Rabe in Fichtner/Wenzel, SGB XII, 4. Aufl., § 75 Rn. 10) überzeugen nicht. Die Parallele zum Recht des SGB XI besteht aus den vom Sozialgericht zutreffend dargelegten Gründen nicht. Allein der Umstand, dass der Abschluss von Vereinbarungen nach § 75 Abs. 3 SGB XII faktische Voraussetzung für die Teilnahme am Markt der Einrichtungsträger im Bereich des SGB XII ist, verleiht der Entscheidung über den Abschluss derartiger Vereinbarungen nicht den Rechtscharakter einer gesetzlich vorgeschriebenen "Konzession". Eine Konzession der Einrichtungsträger durch den Träger der Sozialhilfe ist im SGB XII nicht vorgesehen. Anders als im Bereich der Regelungen über die Beziehungen zwischen den Pflegekassen und Pflegeeinrichtungen nach dem SGB XI fehlt es zudem, wie das Sozialgericht bereits zutreffend ausgeführt hat, im Bereich des SGB XII an einer gesetzlichen Ausgestaltung der außerordentlichen Kündigung nach § 78 SGB XII als Verwaltungsakt.

Kleidet die Verwaltungsbehörde ein schlichtes Verwaltungshandeln in die Form eines Verwaltungsakts, ist dieser - im Hauptsacheverfahren - unabhängig von seiner inhaltlichen Rechtmäßigkeit ohne weitere Sachprüfung aufzuheben (OVG Bremen a.a.O.).

Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren ist nicht die in § 86b Abs. 1 Nr. 2 SGG für den Regelfall vorgesehene Anordnung (Wiederherstellung) der aufschiebenden Wirkung der Klage vorzunehmen. Einer Wiederherstellung oder Anordnung der aufschiebenden Wirkung dürfte entgegenstehen, dass Klage oder Widerspruch gegen eine - wie hier - einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung der Behörde keine aufschiebende Wirkung entfaltet. Der von der Antragstellerin begehrte vorläufige Rechtsschutz kann daher durch die Aufhebung der Anordnung der sofortigen Vollziehung gewährt werden. Es ist geboten, den Rechtsschein zu beseitigen, der durch eine gesetzlich nicht zulässige und damit rechtswidrige Anordnung nach § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG erzeugt worden ist. Dieses Ergebnis kann im Entscheidungssatz dadurch erzielt werden, dass die Anordnung aufgehoben wird (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 17. Dezember 2010 - 2 B 260/10 - Juris zu § 80 Abs. 5 VwGO).

Dies hat zur Folge, dass der Antragsgegner verpflichtet ist, bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens S 51 SO 507/11, längstens jedoch bis zum 31. Dezember 2011, die auf diesen Zeitpunkt befristete Vereinbarung zum betreuten Gruppenwohnen (72BGW-1342-007) weiter zu vollziehen.

Soweit die übrigen streitgegenständlichen Vereinbarungen betroffen sind, kann effektiver Rechtsschutz nicht im Rahmen des §§ 86b Abs. 1 SGG gewährt werden. Eine Aufhebung des Sofortvollzugs der Kündigung oder eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gingen insoweit ins Leere, da Vereinbarungen, die fortlaufend ausgeführt werden könnten, nicht existieren. Wie bereits das Sozialgericht zutreffend festgestellt hat, bestehen derzeit hinsichtlich der übrigen Leistungstypen gültige schriftliche Verträge im Sinne von § 75 Abs. 3 SGB XII nicht, nachdem die bisher bestehenden Verträge Ende 2009 bzw. Ende 2010 außer Kraft getreten sind. Die vom Antragsgegner ausgesprochene Kündigung dieser Verträge geht ins Leere.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sind die streitgegenständlichen Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen in den Bereichen BGW, WUW und KRI befristet worden. Es spricht bereits viel dafür, dass bereits grundsätzlich auch Leistungs- und Prüfungsvereinbarungen nicht unbefristet geschlossen werden könnten. Zwar ist die Laufzeit der Vereinbarungen gesetzlich nicht vorgegeben, die gesetzliche Regelung des § 77 Abs. 1 S. 1 SGB XII, wonach Vereinbarungen nach § 75 Abs. 3 SGB XII vor Beginn der jeweiligen Wirtschaftsperiode für einen zukünftigen Zeitraum (Vereinbarungszeitraum) abzuschließen sind, dürfte aber gegen die Annahme sprechen, dass die Vereinbarung

einer unbefristeten Geltungsdauer möglich ist (so SG Augsburg Urteil vom 18. August 2006 – S 15 SCO 96/06 – Juris; W. Schellhorn a.a.O. § 77 Rn 6; a. A.: Flint aaO, § 77 Rn. 19, 20; Neumann, Rechtsfolgen der Kündigung einer Leistungsvereinbarung im Sozialhilferecht, RsDE 63, 32 ff.). Dies kann für den vorliegenden Fall dahingestellt bleiben, denn nach der Ausgestaltung der streitgegenständlichen Vereinbarungen, bei denen jeweils unter "I. Vertragsgrundlage" eine konkrete Laufzeit festgelegt und sodann unter "II." die Leistungsvereinbarung, unter "III." die Vergütungsvereinbarung und unter "IV." die Prüfungsvereinbarung geregelt ist, ist eine Befristung für alle drei Vereinbarungsbestandteile bestimmt worden. Die Geltung einer unbefristeten Leistungs- und Prüfungsvereinbarung folgt auch nicht aus der Bezugnahme auf den – unbefristet geltenden – Berliner Rahmenvertrag gemäß [§ 79 Abs. 1 SGB XII](#) für Hilfen in Einrichtungen einschließlich Diensten im Bereich Soziales (BRV). Der BRV selbst enthält keine Bestimmung von Fristen (vgl. [§ 79 Abs. 1 SGB XII](#)). Die Inhalte des Rahmenvertrages werden jedoch nicht automatisch in die Einzelverträge einbezogen. Aus dem Rahmenvertrag ergibt sich für die Vertragsparteien lediglich die Verpflichtung, beim Abschluss konkreter Einzelvereinbarungen die Vorgaben des Rahmenvertrages zu beachten (Flint a.a.O. § 79 Rn. 6). Das von der Antragstellerin vorgetragene Argument, neue Vereinbarungen hätten nur inhaltsgleich geschlossen werden können, da von den Vorgaben des BRV nicht hätte abgewichen werden können, ist zudem unzutreffend. Gemäß Ziffer VI.20. BRV (in der Fassung vom 01. Januar 2005, zuletzt geändert am 01. März 2007 [Berücksichtigung der Leistungstypen, Stand 01.03.2007]) sind ergänzende Abreden zwischen Einrichtungs- und Sozialhilfeträger möglich, sofern andere Kostenträger hierdurch nicht benachteiligt werden. Anhaltspunkte für eine unbefristete Geltung der streitgegenständlichen Vereinbarungen bestehen daher nicht.

Allein aus dem Umstand, dass sowohl der Antragsgegner als auch die Antragstellerin die von ihnen befristeten und durch Zeitablauf beendeten Vereinbarungen als fortbestehend behandelt haben, folgt nicht deren rechtliche Existenz. Einer konkludenten Vereinbarung im Bereich öffentlich-rechtlicher Verträge steht das zwingende Schriftformerfordernis des [§ 56 SGB X](#) entgegen (BayVGH, Beschluss vom 12. September 2005, - [12 CE 05.1725](#) – Juris). Aus der in der Literatur überwiegend anerkannten Möglichkeit, Leistungs- und Prüfungsvereinbarungen auch rückwirkend abzuschließen (hierzu siehe unten), folgt bereits denklogisch, dass Vereinbarungen jedenfalls solange ein solcher rückwirkender Vertragsschluss nicht erfolgt ist, nicht existieren und diese dementsprechend auch nicht gekündigt werden können. Ebenso folgt daraus, dass eine durch analoge Anwendung des [§§ 77 Abs. 2 S. 4 SGB XII](#) zu schließende Regelungslücke nicht besteht (ebenso Neumann RsDE 63, 32, 45). Die Frage, ob Vergütungsvereinbarungen gemäß [§ 77 Abs. 2 Satz 4 SGB XII](#) weiter anwendbar sind, wenn trotz ausgelaufener Leistungs- und Prüfungsvereinbarung die Vertragsparteien die Befugnis haben, durch die rückwirkende Inkraftsetzung einer Leistungs- und Prüfungsvereinbarung die zunächst vertragsfreie Zeit zu einer vertragsgebundenen umzugestalten und bereits in Vertragsverhandlungen eingetreten sind, ist hiervon zu trennen. Auch in Anwendung der von der Antragstellerin zur Begründung herangezogenen Ausführungen von Neumann (a.a.O.) wird in diesen Fällen – trotz des insoweit missverständlichen Wortlauts – lediglich das Fortbestehen einer Leistungs- und Prüfungsvereinbarung fingiert. Eine tatsächliche Vereinbarung, die gekündigt werden könnte, besteht nicht.

Effektiver einstweiliger Rechtsschutz ist der Antragstellerin insoweit nur durch den mit den Hilfsanträgen begehrten Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß [§ 86b Abs. 2 SGG](#) zu gewähren. Nach [§ 86 b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) sind einstweilige Anordnungen zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheint. Die Notwendigkeit der vorläufigen Regelung (Anordnungsgrund) und der geltend gemachte Anspruch (Anordnungsanspruch) sind glaubhaft zu machen ([§ 86 b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) i.V.m. [§§ 920 Abs. 2, 294](#) Zivilprozessordnung - ZPO -).

Soweit die Antragstellerin mit ihren Hilfsanträgen die vorläufige Verpflichtung des Antragsgegners begehrt, die abgelaufenen Vereinbarungen in den Leistungsbereichen BEW, WUW und KRI jeweils rückwirkend ab dem 1. Januar 2010 bzw. 1. Januar 2011 unverändert durch schriftliche Vereinbarung zu verlängern und weiter zu vollziehen, bleibt ihr der Erfolg versagt. Denn insoweit hat die Antragstellerin einen Anordnungsgrund nicht glaubhaft gemacht.

In einem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung beurteilt sich das Vorliegen eines Anordnungsgrundes nach dem Zeitpunkt, in dem das Gericht über den Eilantrag entscheidet; im Beschwerdeverfahren ist dies der Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung (Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Auflage, Anm. 431; Schoch in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichts-ordnung (VwGO), 12. Ergänzungslieferung 2005, § 123 Rdnrn. 165, 166 m.w.N. zur Parallelsystematik in [§ 123 VwGO](#)). Dies folgt daraus, dass in dem Erfordernis eines Anordnungsgrundes ein spezifisches Dringlichkeitsmerkmal enthalten ist, das im Grundsatz nur Wirkungen für die Zukunft entfalten kann. Die rückwirkende Feststellung einer – einen zurückliegenden Zeitraum betreffenden – besonderen Dringlichkeit ist zwar rechtlich möglich, sie kann jedoch in aller Regel nicht mehr zur Bejahung eines Anordnungsgrundes führen. Denn die prozessuale Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes besteht vor dem Hintergrund des Artikels [19 Absatz 4](#) Grundgesetz (GG) darin, in dringenden Fällen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, in denen eine Entscheidung im – grundsätzlich vorrangigen – Verfahren der Hauptsache zu spät käme, weil ohne sie schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (Bundesverfassungsgericht, Beschlüsse vom 22. November 2002 - [1 BvR 1586/02](#) - [NJW 2003, S. 1236](#) und vom 12. Mai 2005 - [1 BvR 569/05](#) - [Breithaupt 2005, S. 803](#)).

Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass das Gebot des effektiven Rechtsschutzes nach [Artikel 19 Absatz 4 GG](#) in besonderen Fällen ausnahmsweise auch die Annahme eines Anordnungsgrundes für zurückliegende Zeiträume verlangen kann, so insbesondere dann, wenn anderenfalls effektiver Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren nicht erlangt werden kann, weil bis zur Entscheidung im Verfahren der Hauptsache Fakten zum Nachteil des Rechtsschutzsuchenden geschaffen worden sind, die sich durch eine Entscheidung im Verfahren der Hauptsache nicht oder nicht hinreichend rückgängig machen lassen.

Bezüglich des Vertragsschlusses betreffend zurückliegende Zeiträume besteht jedoch keine besondere Dringlichkeit, die den Erlass einer die Hauptsache insoweit vorwegnehmenden einstweiligen Anordnung erforderlich machen würde. Bis zum Ausspruch der Kündigung mit Schreiben vom 25. Mai 2011 sind der Antragstellerin Vergütungen unter Berücksichtigung einer angenommenen Fortdauer der bis Ende 2009 bzw. bis Ende 2010 befristeten Vereinbarungen gewährt worden. Für die Monate Juni, Juli und August 2011 dürfte zwar grundsätzlich nach allgemeiner Literaturmeinung und auch im vorliegenden Fall ein rückwirkender Abschluss von Leistungs- und Prüfungsvereinbarungen in Betracht kommen (Flint a.a.O., § 77 Rn 18 m.w.N.; Neumann, RsDE 63, 32, 41ff; Münder a.a.O. § 77 Rn 20; W. Schellhorn a.a.O. § 77 Rn 8; [BVerwGE 126, 295](#); OVG Lüneburg Beschluss 22.07.2008 - [4 LA 22/06](#) – Juris; vgl. [BSGE 102,1](#) zum Abschluss "rückwirkender" Vergütungsvereinbarungen; a.A. Rabe in Fichtner/Wenzel, SGB XII, 4. Aufl., Rn 1,6). Denn das Rückwirkungsverbot des [§§ 77 Abs. 2 S. 3](#) betrifft ausschließlich Vergütungsvereinbarungen (a.A. Rabe a.a.O.). Die Antragstellerin hat aber nicht glaubhaft gemacht, dass insoweit für

diesen zurückliegenden Zeitraum eine Entscheidung im Hauptsacheverfahren zu spät kommen und nicht geeignet sein könnte, schwere und unzumutbare Nachteile von der Antragstellerin abzuwenden.

Soweit die höchst hilfsweise geltend gemachten Anträge auf Abschluss von vorläufigen Vereinbarungen für den aktuellen Vereinbarungszeitraum betroffen sind, hat die Antragstellerin in Bezug auf die begehrte Verpflichtung des Antragsgegners hinsichtlich des Zeitraums vom 1. September bis 31. Dezember 2011 sowohl einen Anordnungsanspruch als auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht.

Zwar wird den Regelungen des [§ 75 SGB XII](#) von der h.M. entnommen, dass der Abschluss von Vereinbarungen im Sinne des Absatzes 3 dieser Vorschrift im Ermessen der Antragsgegnerin steht. Die Leistungs-, Vergütungs- und Prüfungsvereinbarungen nach [§ 75 Abs. 3 SGB XII](#) sind wie die Vereinbarungen nach der Vorgängerregelung des § 93 Abs. 2 BSHG koordinationsrechtliche, öffentlich-rechtliche Verträge im Sinne des [§ 53 Abs. 1 S. 1 SGB X](#). Beide Vertragspartner stehen damit im Verhältnis der Gleichordnung zueinander. Es steht ihnen daher grundsätzlich frei, eine Leistungsvereinbarung abzuschließen. Allerdings wird diese Abschlussfreiheit - insoweit genießt der Antragsgegner keine Privatautonomie - durch den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und die Vorgaben des Gleichheitssatzes und des Grundrechts der Berufsfreiheit ([Art. 12 GG](#)) eingeschränkt. Dies bedeutet, dass die Verwaltung beim Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge und damit auch beim Abschluss von Leistungsvereinbarungen zur pflichtgemäßen Ermessensausübung verpflichtet ist (BVerwG, Urteil vom 30. September 1993 - [5 C 41.91](#) - [BVerwGE 94, 202](#) zu den vergleichbaren früheren Regelungen der §§ 93 ff. BSHG). Ein in der Hauptsache geltend zu machender Anspruch auf Abschluss einer Leistungsvereinbarung besteht daher nur, wenn eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt. Das heißt, der Abschluss der Leistungsvereinbarung muss als einzige rechtmäßige Möglichkeit übrig bleiben.

Eine Verpflichtung des Antragsgegners im Wege der einstweiligen Anordnung käme bei dieser Sach- und Rechtslage nach der wohl noch h.M. grundsätzlich nur in Betracht, wenn von einer Ermessensreduzierung auf Null auszugehen, also nur eine Entscheidung im Sinne des Begehrens der Antragstellerin rechtmäßig wäre (vgl. etwa LSG Hessen, NDV-RD 2006, 110; ausführlich Finkelnburg/Dombert/Külpmann, a.a.O. Rn 210 betr. Sicherung des Anspruchs auf Neubescheidung m.w.N.). Allerdings verdichtet sich grundsätzlich der den Einrichtungsträgern zukommende Rechtsanspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung des Sozialhilfeträgers über den Abschluss der Vereinbarung nach § 75 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 bis 3 zu einem Rechtsanspruch, wenn die Einrichtung die normativen Voraussetzungen für den Abschluss erfüllt, sie also einerseits leistungsfähig ist und andererseits auch dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit genügt ([§ 75 Abs. 3 S. 2 SGB XII](#)). Bei Vorliegen der Voraussetzungen muss daher der Einrichtung im Hinblick auf [Art. 12 Abs. 1](#) und [Art. 3 Abs. 1 GG](#) im Wege der Ermessensreduzierung auf Null ein Rechtsanspruch auf Abschluss der Vereinbarung zugebilligt werden (W. Schellhorn a.a.O. § 75 Rn 22; Münder a.a.O. § 75 Rn. 14, 18; Flint a.a.O. § 75 Rn. 34; Mrozyński, ZFSH/SGB 2011, 197,203; Kulenkampff/Wenzel, NDV 2008, 125, 127; differenzierend Neumann in Hauck/Noftz, SGB XII, § 75 Rn. 24;). Das Gebot des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GGG) gebietet es daher, den Anspruch der Antragstellerin auf rechtsfehlerfreie Entscheidung ausnahmsweise dann durch die Vorwegnahme des Ergebnisses einer (Neu-)Bescheidung in Form einer vorläufigen Verpflichtung zum Vertragsschluss zu sichern (vgl. grundsätzlich Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 123 Rn 133 ff.; OVG Lüneburg, [FEVS 51,312](#); Hess LSG, Beschluss v. 12.05.2005 - [L 7 AL 38/05 ER](#) - Juris), wenn nach der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nur möglichen Prüfungsdichte sich die Ablehnung eines Vertragsschlusses mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als rechtsfehlerhaft darstellt und die Antragstellerin mit einem bloßen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Neubescheidung im Hinblick auf die wirtschaftlichen Folgen eines vertragslosen Zustandes ansonsten rechtsschutzlos gestellt wäre (vgl. Finkelnburg a.a.O. Rn. 212). So liegt der Fall hier.

Die Beteiligten gingen bis zur "Kündigung" der Verträge offensichtlich vom Vorliegen der normativen Voraussetzungen für die Fortsetzung der Vertragsverhältnisse aus. Die daran auf Seiten des Antragsgegners aufgekommenen Zweifel sind unter anderem Gegenstand des Klageverfahrens vor dem SG zum Geschäftszeichen [S 51 SO 507/11](#).

Ob die in der "Kündigung" liegende Ablehnung eines Vertragsschlusses durch den Antragsgegner ermessensfehlerfrei ergangen ist, kann im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens hier schon aus zeitlichen Gründen nicht abschließend festgestellt werden. Eine abschließende Prüfung der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit während eines vertragslosen Zustands würde die wirtschaftliche Existenz der Antragstellerin vernichten und damit [Art. 19 Abs. 4 GG](#) nicht gerecht werden. Dies gilt insbesondere deshalb, weil es der Antragsgegner unterlassen hat, eine solche Prüfung während der - jahrelangen - Vertragslaufzeit durchzuführen. Die bisher vom Antragsgegner vorgebrachten Gründe für eine Nichtfortsetzung der Verträge vermögen jedoch nicht zu überzeugen.

Soweit die Ablehnung bislang damit begründet wurde, es läge kein erforderliches detailliertes Angebot vor, ist dies unzutreffend. Mit dem Antrag der Antragstellerin, die bisher bestehenden Leistungs-, Prüfungs- und Vergütungsvereinbarungen über ihre jeweilige Befristung hinaus fortzusetzen, hat die Antragstellerin erkennbar ein "Leistungsangebot" mit dem in den jeweiligen früheren Vereinbarungen festgelegten Inhalt und Umfang vorgelegt. Der Antragsgegner ist auch bisher in seinem faktischen Verhalten davon ausgegangen, dass ein "Leistungsangebot" mit diesem Inhalt ausreichend sein würde, denn er hat die außer Kraft getretenen Vereinbarungen mit diesem Inhalt faktisch weiter vollzogen.

Der Antragsgegner wäre somit verpflichtet, die streitgegenständlichen Vereinbarungen abzuschließen, sofern die Antragstellerin die gesetzlichen Voraussetzungen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit ([§ 75 Abs. 3 S. 2 SGB XII](#)) erfüllt. Ob dies der Fall ist, unterliegt der vollen gerichtlichen Überprüfung im Rahmen des bereits anhängigen Hauptsacheverfahrens.

Insoweit wendet der Antragsgegner ein, dass gemessen an den bestehenden Rechtsstreitigkeiten nicht ohne weiteres von der Eignung der Antragstellerin ausgegangen werden könne. Es sei von ihm noch zu prüfen, ob die Antragstellerin zur Leistungserbringung geeignet und insbesondere leistungsfähig sei. Zweifel an der Leistungsfähigkeit werden jedoch zunächst nicht durch das Ergebnis der Prüfungskommission im Prüfbericht vom 22. Februar 2011 begründet. Die Prüfungskommission hat zwar im Ergebnis festgestellt, dass die von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen in Art und Umfang nicht den begründeten Anforderungen entsprochen haben und aufgrund fehlender Zuordnung zu den tatsächlich vereinbarten, nach den Bereichen Soziales und Jugend geordneten Leistungstypen und Angeboten nicht nachgewiesen worden sei, dass die einzelnen Leistungsvereinbarungen in vollem Umfang und durch den Einsatz von qualifiziertem Personal erfüllt worden seien; die gelieferten Unterlagen zeigten, dass kein ausreichendes internes Kontroll-System eingerichtet sein könne; die Antragstellerin habe die Leistung im Vertragskontext nicht eindeutig nachweisen können; das interne Organisations- und

Dokumentationssystem ermögliche keine differenzierte Leistungserfassung und Leistungsabrechnung im Hinblick auf Kostenarten und Kostenrechnung der vertraglich vereinbarten Leistungstypen. Der Prüfbericht endet jedoch mit der Empfehlung, der Antragstellerin die Gelegenheit zu geben, das Organisations- und Dokumentationssystem innerhalb einer Frist von längstens drei Monaten so umzustellen, dass eine differenzierte Leistungserfassung und Leistungsabrechnung im Hinblick auf Kostenarten und Leistungsträger getrennt nach SGB XII (Sozialverwaltung) und SGB VIII (Jugendverwaltung) und differenziert nach den vertraglich vereinbarten Leistungstypen besteht und prüffähig ist. Die Umstellung sei dem Sozialhilfeträger in Struktur und Ergebnis nachzuweisen. Nur mit diesem Nachweis sei die Antragstellerin in der Lage, die gesetzlichen Voraussetzungen nach [§ 75 Abs. 3 Nr. 3 SGB XII](#), d.h. die Prüfungsvereinbarung, zu erfüllen. Ohne diesen Nachweis sei dem Sozialhilfeträger eine Fortsetzung der Verträge nicht zumutbar.

Dass die Leistungen der Antragstellerin in der Vergangenheit Mängel aufgewiesen hätten, hat die Prüfungskommission somit nicht festgestellt. Dies ist auch sonst an keiner Stelle aus dem Verwaltungsvorgang ersichtlich und wird auch vom Antragsgegner selbst nicht behauptet, der - insoweit lediglich - die Nichtüberprüfbarkeit der Einhaltung des Personalschlüssels und damit der qualitätsgerechten Leistungserbringung moniert. Im Hinblick auf die gerügten unzureichenden Organisations- und Dokumentationssysteme hat die Antragstellerin jedoch - vom Antragsgegner unbestritten - vorgetragen, das System umgestellt und den Antragsgegner wiederholt erfolgreich zu dessen Prüfung aufgefordert zu haben. Der Antragsgegner hat sich dieser Prüfung bisher aus nicht nachvollziehbaren Gründen verweigert. Ob mit dem neuen System die von der Prüfungskommission aufgezeigten Mängel in der Zukunft ausgeräumt werden können, wird gegebenenfalls in dem die außerordentliche Kündigung betreffenden Hauptsacheverfahren zu klären sein.

Dies gilt auch für den Vorwurf, die im gesamten Prüfverfahren vorgelegten Zahlen bildeten jeweils eine andere Realität ab, als die standardisierten Jahresberichte. Insoweit hat die Antragstellerin eingewandt, dass sie unvollständige Zahlen aus den Jahresberichten 2008/2009 durch ein Wirtschaftsprüfergutachten korrigiert habe und der im Oktober 2010 abgegebene Jahresbericht 2010 von Anfang an richtig gewesen sei. Ob dies der Fall ist und ob gegebenenfalls die Angabe falscher Zahlen in standardisierten Jahresberichten den Antragsgegner zur außerordentlichen Kündigung bestehender Verträge berechtigen kann, ist im anhängigen Hauptsacheverfahren zu klären. Keinen Einfluss hat dieser Vorwurf jedoch auf die aktuelle Leistungsfähigkeit der Antragstellerin.

Zwar sind den in der Akte befindlichen anonymen Schreiben Hinweise zu entnehmen, die darauf hindeuten, dass die finanzielle Leistungsfähigkeit der Antragstellerin gefährdet sein könnte, diese Schreiben können jedoch nicht als Entscheidungsgrundlage dienen. Dokumentierte Nachweise zu dem darin enthaltenen Vorbringen enthalten die Akten nicht. Sollten die Angaben zutreffen, hätte zudem der Antragsgegner offensichtlich versäumt, in der Vergangenheit Prüfpflichten zu vereinbaren. Ob die nunmehr vom Antragsgegner gestellten hohen Prüfanforderungen auch gegenüber anderen Trägern gestellt und von diesen erfüllt werden, kann für den vorliegenden Rechtsstreit zwar dahinstehen, erscheint im Hinblick auf die sehr kurzfristig abgeschlossenen Vereinbarungen mit den anderen Trägern im übrigen durchaus zweifelhaft.

Allenfalls die Zweifel an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin aufgrund der mit der Aberkennung der Gemeinnützigkeit verbundenen Steuernachforderung des Finanzamtes für Körperschaften können im Rahmen der Prüfung der Leistungsfähigkeit der Antragstellerin Berücksichtigung finden. Insoweit hat jedoch die Antragstellerin bisher nicht substantiiert bestritten vorgetragen, dass zum einen die Entziehung der Gemeinnützigkeit nicht bestandskräftig ist, zum anderen der Antrag auf Aussetzung der Vollziehung ([§ 361 AO](#)) hinsichtlich der vom Finanzamt verlangten Steuerschulden gestellt, wenn auch noch nicht beschieden ist, und das Finanzamt Aufrechnungsersuchen gegenüber Bezirksämtern im Hinblick auf die geltend gemachten - nicht bestandskräftig festgestellten - Steuerschulden im Vergleichswege überwiegend zunächst zurückgenommen hat. Ob die Zweifel an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin insoweit begründet sind, steht somit bisher keineswegs fest.

Soweit der Antragsgegner sich darauf beruft, dass aufgrund von Zahlungsstockungen und Räumungsklagen hinsichtlich der von der Antragstellerin als Hauptmieterin gehaltenen Wohnungen Hilfeberechtigte von Obdachlosigkeit betroffen (gewesen) seien, ist die Antragstellerin dem im Wesentlichen mit dem unwidersprochenen Vorbringen entgegengetreten, dass in Ihrem Wohnungspool jederzeit angemessener Ersatzwohnraum zur Verfügung gestanden habe. Der Antragsgegner hat insoweit auch keinen einzigen betroffenen Hilfeberechtigten benennen können und stützt sich lediglich auf anonyme Schreiben ehemaliger Mitarbeiter, deren Wahrheitsgehalt nicht überprüft werden kann.

Im übrigen dürfte es dem Antragsgegner auch verwehrt sein, sich im Rahmen der Prüfung der Leistungsfähigkeit auf eine - angenommene - wirtschaftliche Schieflage der Antragstellerin zu berufen, wenn diese darauf zurückzuführen sein sollte, dass der Antragsgegner selbst eine nicht dem Maßstab des [§ 78 SGB XII](#) genügende außerordentliche Kündigung ausgesprochen hätte und sich in der Vergangenheit zu Unrecht der Erneuerung ausgelaufener Vereinbarungen widersetzt hätte. Ob dies der Fall ist, wird gegebenenfalls im Hauptsacheverfahren zu klären sein.

Die übrigen Gründe des Antragsgegners, mit denen er eine fristlose Kündigung des laufenden Vertrages begründet hat, wie früherer häufiger Geschäftsführerwechsel, strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen den früheren Geschäftsführer Herrn E haben erkennbar keinen Bezug zur aktuellen Eignung der Antragstellerin. Den Vorwurf mangelnder Aufklärungs- und Kooperationsbereitschaft der Antragstellerin im Rahmen des Prüfungs- und neuerlichen Antragsverfahrens konnte der Senat anhand des Aktenmaterials - jedenfalls im Ergebnis - nicht verifizieren.

Die Antragstellerin hat auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Ein Abwarten auf eine Entscheidung in der Hauptsache ist ihr nicht zumutbar. Für die Dauer des Hauptsacheverfahrens wäre es der Antragstellerin ohne vertragliche Grundlage nicht möglich, Leistungen zu erbringen oder geleistete Dienste abzurechnen. Der Antragsgegner selbst geht bereits jetzt davon aus, dass die Antragstellerin wirtschaftlich nicht mehr leistungsfähig sei. Dies hat sich im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zwar nicht bestätigen lassen, ist bei einem dauerhaft vertragslosen Zustand jedoch zwingende Folge.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a Abs. 1 SGG](#). Nach [§ 197 a SGG](#) i. V. m. [§ 154 Abs. 2](#), [§ 155 Abs. 1 VwGO](#). Gemäß [§ 155 Abs. 1 VwGO](#) sind die Kosten, wenn ein Beteteiligter teils obsiegt, teils unterliegt, gegeneinander aufzuheben oder verhältnismäßig zu teilen. Gemäß [§ 154 Abs. 2 VwGO](#) fallen die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels demjenigen zur Last, der das Rechtsmittel eingelegt hat. Bei der Kostenentscheidung war daher zu berücksichtigen, dass der Antragsgegner mit seiner Anschlussbeschwerde unterlegen und die

Antragstellerin mit ihrem Begehren im Wesentlichen durchgedrungen ist, als die rechtswidrige Anordnung der sofortigen Vollziehung aufgehoben wurde und die vorläufige Fortsetzung der Verträge angeordnet wurde. Lediglich mit ihrem rückwirkenden Begehren hatte die Antragstellerin keinen Erfolg. Insoweit hat der Senat berücksichtigt, dass in der Sache eine vorläufige Regelung des Zeitraums ab Ausspruch der "Kündigung" der bisherigen Verträge Ende Mai begehrt war. Bei einem Obsiegen hinsichtlich eines der streitgegenständlichen Vertragstypen für den gesamten Zeitraum und hinsichtlich der anderen Vertragstypen einer Zurückweisung des Eilantrages für drei Monate und insoweit vorläufiger Verpflichtung für fünf Monate war es sachgerecht, eine Kostenteilung von zwei Siebteilen und fünf Siebteilen vorzunehmen.

Die Streitwertfestsetzung folgt aus [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 53 Abs. 2 Nr. 4](#), [§ 52 Abs. 1](#) des Gerichtskostengesetzes (die GKG). Der Senat folgt insoweit der Berechnung und Begründung des Sozialgerichts, gegen die auch die Beteiligten keine Einwände erhoben haben, und sieht von einer weiteren Darstellung ab.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2011-10-04