

Fallstricke bei der Finanzierung von Pflegeheimen umgehen

von Dr. Daniela Hattenhauer und Dr. Christina Heckmann

- ▶ Kommunen sind als Träger sozialer Dienstleistungen erheblichen finanziellen und organisatorischen Belastungen ausgesetzt. Sie haben gesetzliche Pflichten zur Versorgung und Betreuung alter und dementer Menschen. Hohe Pflegequalität, mehr ambulante Versorgungsformen und die Deckelung der Kosten für die Sozialhilfeträger fordern die Kommunen.

Die Lage der Kommunen wird sich in den nächsten Jahrzehnten nicht bessern. Bis zum Jahr 2050 wird die Zahl der Pflegebedürftigen als Folge von Überalterung und Abnahme der Bevölkerungszahl auf 3,5 Millionen ansteigen. Dem gegenüber stehen eine sinkende Bereitschaft und fehlende Möglichkeiten der Familie, alte

und demente Menschen zu pflegen. Daher müssen die Kommunen (Politik, Verwaltung, Kostenträger) diese Aufgabe schnellstmöglich lösen. Hinzu kommt, dass seit 1. Januar 2009 bis Ende 2010 alle stationären Pflegeeinrichtungen auf Qualität geprüft und die Ergebnisse veröffentlicht werden. Auch hier sind kommunale Trä-

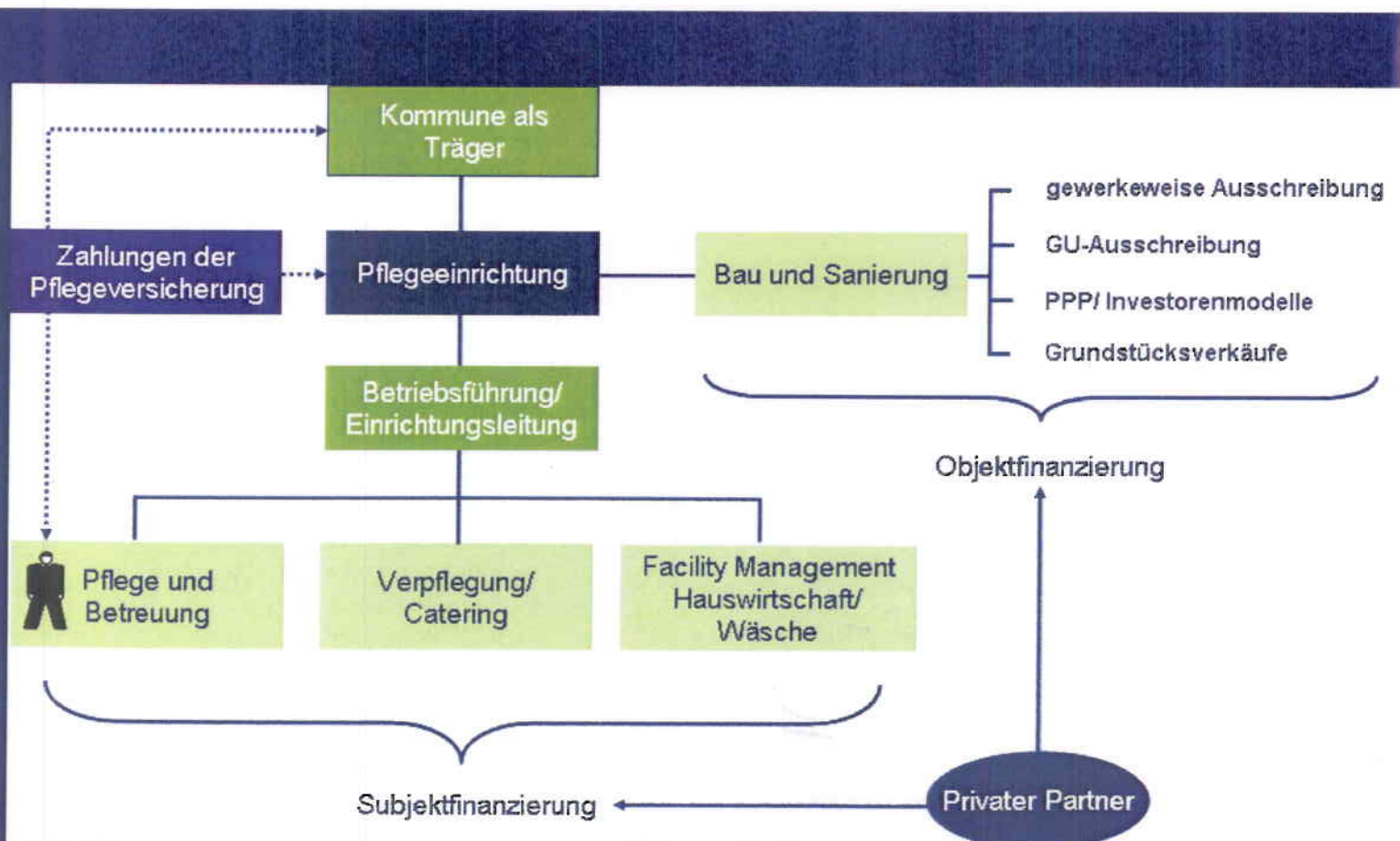
ger der Pflege in die Pflicht genommen. Grundsätzlich sind zur Bewältigung der dargestellten Probleme zwei verschiedene Ansätze denkbar, um gemeinsam mit privaten Anbietern die kommunale Verantwortung für pflegebedürftige Personen zu organisieren:

- eine Finanzierung der Objekte, beispielsweise

bei Bau und Sanierung, oder
 - eine finanzielle Förderung der Subjekte, also der unmittelbaren (Pflege-) Dienstleistungen.

PFlichten bei der AUSSCHREIBUNG

Sofern die Kommune ihre Pflegeheime oder ähnliche



Einrichtungen im Rahmen eines PPP-Projektes bauen oder sanieren lassen möchte (Objektfinanzierung), oder Dienstleistungsaufträge in diesen Einrichtungen an einen privaten Dritten vergeben möchte, sind Kommunen nach Paragraph 98 Nr. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) oder kommunaler Gesellschaften nach Paragraph 98 Nr. 2 GWB grundsätzlich dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterworfen.

Dass heißt, sie müssen für die Vergabe dieser Aufträge ein Vergabeverfahren durchführen, um im Wettbewerb den wirtschaftlichsten Anbieter für die Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen zu ermitteln. Auch private Träger von Pflegeeinrichtungen sind dem Vergaberecht unterworfen, sofern die genannten Aufträge durch Fördermittel finanziert werden und die Allgemeinen Nebenbestimmungen zum Fördermittelbescheid ebenfalls eine Anwendung des Vergaberechts vorsehen. Dies kann sogar für kirchliche Einrichtungen gelten.

Bei der Durchführung des Vergabeverfahrens stehen die angebotene Leistung der Bau- oder Dienstleistung sowie ihre möglichst wirtschaftliche Finanzierung im Vordergrund. Hierbei zeichnet sich eine Trendwende zu Lösungen aus einer Hand (Paketausschreibungen) ab, die zwar zu erheblichen Kostensenkungen führen, aber auch vom kommunalen Träger hohen Organisationsaufwand fordert, der mit der Bereitschaft zum Umdenken einhergeht.

FLEXIBILITÄT DURCH PRIVATE

Im Gegensatz zu den auf den gesamten Lebenszyklus von Einrichtungen ausgelegten PPP-Modellen sind Modelle der Zusammenarbeit im Bau und der Sanierung ver-

gleichsweise kurz angelegt, da sie nach Abschluss des Bau- oder Sanierungsvorhabens beendet sind.

Denkbare Auftragsvarianten sind dabei die Beauftragung eines Generalunternehmers (GU) mit dem Neubau- und Sanierungsvorhaben oder die Ausschreibung nach Gewerken und damit die Beauftragung kleinerer und mittlerer Unternehmen mit Einzelleistungen sowie als dritte Möglichkeit ein Investorenmodell. Bei allen drei Auftragsmöglichkeiten sind Schnittstellen zum Facility Management, das nach Übergabe den Betrieb übernimmt und deshalb am langfristigen ökonomischen Bauen interessiert ist, gegeben und Regelungen des Baugesetzbuches der HOAI, der VOB und dergleichen zu berücksichtigen.

Die Entscheidung der Kommune, Bau- und Betriebsleistungen zu trennen, schränkt allerdings auch die Finanzierungsvarianten ein: Während bei einer Beauftragung eines Generalunternehmers oder einer gewerkweisen Beschaffung für das Neubau- und Sanierungsvorhaben eine Kreditaufnahme durch den Träger der erforderlich ist, können beim Investorenmodell die Finanzschwierigkeiten der öffentlichen Hand durch die Zusammenführung mit einem privaten Investor gelöst werden.

Durch Integration der Phasen Planung, Finanzierung, Bau und Betrieb (gegebenenfalls auch Verwertung) ist eine Senkung der Betriebskosten möglich. Dabei kann für den späteren Betrieb ein privater Partner eingebunden werden, der in den genannten Objekten das Facility Management sowie weitere Leistungen des Betriebs von Gebäuden übernimmt. Vorteil der PPP-Projekte im Bau von Pflegeheimen, Pflegeeinrichtungen oder Wohngemeinschaften ist, dass der private Part-

ner bereits von Anfang an mit in die Verantwortung genommen wird und sich die Ansprüche an das Bauwerk mit den Forderungen an eine qualitätsbewusste und zukunftsorientierte Pflegemit dem privaten Partner, der die

das Risiko für eine vollständige Belegung der Pflegeeinrichtung zwischen Träger und Pflegeeinrichtung aufgeteilt wird. Dabei erhalten sowohl die Pflegeeinrichtung selbst als auch ihr Träger Kredite externer Banken.



künftige Einrichtung betreibt, abstimmen lassen. Insbesondere lassen sich Grundsätze des Krankenhausbaus und der dort gewonnenen Erfahrungswerte im Umgang mit pflegebedürftigen Menschen, auch auf die Bauanforderungen von kommunalen Pflegeheimen übertragen.

TRENNUNG VON BAU UND FINANZIERUNG

Aus den vergaberechtlichen Anforderungen laut GWB und VOB an ein solches Projekt sowie die Berücksichtigung der fördermittelrechtlichen Problematik ergibt sich aus Sicht der Kommune Folgendes:

Bei der gewerkweisen oder GU-Ausschreibung kommt hauptsächlich die klassische Kreditfinanzierung zur Anwendung, bei welcher der Träger der Pflegeeinrichtung diese Unternehmung mit Eigenkapital hinterlegt und

Demgegenüber baut und finanziert der Investor beim Investorenmodell die Pflegeeinrichtung, während der Träger der Pflegeeinrichtung diese lediglich betreibt und gemeinsam mit der Pflegeeinrichtung das Belegungsrisiko trägt. Der Investor steht dabei eigenständig ein für die Finanzierung.

Dieses Modell kann im Gegensatz zur GU-Ausschreibung oder der gewerkweisen Ausschreibung auch dergestalt geformt werden, dass die Pflegeeinrichtung vollumfänglich durch den Investor und privaten Partner geführt wird. Dieser übernimmt auch Leistungen des Facility Managements. Dies hat den Vorteil, dass beim Bau, Finanzierung und Betreiben der Pflegeeinrichtung beide Partner, der kommunale Träger sowie der private Bauherr auf Augenhöhe miteinander verhandeln und – wie bereits geschildert – die Anforderungen an eine

qualitativ hochwertige und finanzierbare Leistung aus einer Hand durch beide Partner formuliert und gesetzt werden können. Die Partnerschaft wird aber erfahrungsgemäß nur dann erfolgreich verlaufen, wenn beide am Erfolg des jeweils anderen interessiert sind.

GRUNDSTÜCKS- VERKÄUFE MIT PRIVATISIERUNG

Viele Kommunen sehen als Alternative zu den genannten Bau- und Sanierungsverfahren ihren Ausweg darin, ein kommunales Grundstück an einen Investor zu verkaufen und damit die Verpflichtung zum Bau einer Pflegeeinrichtung zu verbinden. Dabei ist folgendes zu beachten:

**DIE KOMMUNE
WIRD DURCH EIN
SOLCHES VOR-
GEHEN NICHT AUS
IHRER PFLICHT ZUR
SICHERSTELLUNG
DER VERSORGUNG
MIT PFLEGEDIENST-
LEISTUNGEN ENT-
LASSEN.**

Zudem gilt nach neueren Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes im Fall eines kommunalen Grundstücksverkaufs an einen privaten Pflegeanbieter, dass grundsätzlich der Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet ist, wenn mit dem Verkauf die genaue Verpflichtung zur Errichtung eines Pflegeheims verbunden und durch den Käufer eine weitere Verwerkung des verkauften Grundstücks beabsichtigt ist (Baukonzession). In der Abgrenzung dazu sollen rein nutzungsbezogene

Vorgaben, also beispielsweise Vorgaben, dass ein bestimmtes Grundstück der Errichtung einer Pflegeeinrichtung dienen soll, ohne dass durch den Käufer eine weitere Verwerkung geplant ist, keine vergaberechtlichen Ausschreibungspflichten auslösen.

Die Vorgabe des Vergaberechts sollten von den Kommunen als Chance begriffen werden, da häufig weitaus wirtschaftlichere Konzepte, Ideen und Angebote in den Wettbewerb eingebracht werden können und diese neuen Ideen und Ansätze, die Grundstückspreise ebenso wie Entgelte für die Erbringung der Betriebsleistungen senken. Diese Flexibilitäten des Vergaberechts kann man sich auch bei der baulichen Errichtung und dem Betreiben einer Pflegeeinrichtung von kommunaler Seite zu Nutzen machen.

SUBJEKT- FINANZIERUNG

Neben der baulichen Verantwortung der Kommunen müssen bei der Betreuung von alten und dementen Menschen auch Dienstleistungen erbracht werden, die durch die Kommune

- entweder selbst erbracht werden,
- oder vollständig
- oder teilweise auf private Partner übertragen werden können.

Hierbei ist zwischen den primären Leistungen der Pflege und sekundären meist hauswirtschaftlichen Dienstleistungen (beispielsweise Kochen oder Putzen), zu unterscheiden. Bei allen Dienstleistungsarten, bei denen eine teilweise Übertragung auf private Partner denkbar ist, kommen Public-Private-Partnership-Modelle in Betracht. Dabei ist ein Ausgleich zu finden zwischen dem Interesse der Investoren und Dienstleister an der Erzielung von

Gewinnen und dem grundsätzlich kommunalen Interesse einer angemessenen Bezahlung der Pflege durch Träger und Privatpersonen vorzusehen.

Allein aus der Tatsache, dass eine zunehmende Überalterung der Bevölkerung stattfindet, ist daher nicht von einem Zunehmen der Investitionsbereitschaft oder einer Verstärkung des Bestandes an privaten Pflegedienstleistern für PPP auszugehen.

ABRECHNUNG DER LEISTUNGEN

Während die Dienstleistungen im Sekundärbereich nach den gängigen Abrechnungseinheiten mit externen Dienstleistern oder privaten Partnern einer PPP-Gesellschaft abgerechnet werden können, sind die primären Pflegedienstleistungen nach den Vorschriften des jeweiligen Bundeslandes zu vergüten. Dabei treten sowohl das Heimrecht (oder Landespflegegesetz), als auch die Regelung des Sozialgesetzbuches (SGB) XI zueinander in Konkurrenz.

Der Pflegebedürftige selbst schließt dabei lediglich einen Vertrag mit dem Heimträ-

ger im Sinne von Paragraph 5 Heimgesetz (HeimG). Dieser beinhaltet alle Leistungen der Verpflegung, Unterkunft, Reinigung der Unterkunft, Hilfsmittelversorgung und Zusatzleistungen. Erst in der Abrechnung des Heimträgers mit dem ihm zur Verfügung stehenden weiteren Dienstleistern und den bezahlenden Pflegeversicherungen treten die verschiedenen Finanzierungsarten der Heimpflege in den Vordergrund.

NEUES RECHT

In der Beschaffung der erforderlichen Dienstleistungen muss für eine vergaberechtliche Ausschreibung der Sekundärdienstleistungen - wie des so genannten Facility Managements und der Verpflegung - der Anwendungsbereich des Vergaberechts nach VOL angewendet werden. Für die Pflegedienstleistungen muss man - mit den besseren Argumenten insbesondere auf Grund der neueren Rechtsprechung des BGH zu anderen sozialen Dienstleistungen, wie beispielsweise den Krankentransporten - davon ausgehen, dass auch diese Leistungen der Pflege von den Kommunen an einen privaten Dritten nur nach Durchführung eines



Vergabeverfahrens beauftragt werden können.

Für Rettungsdienste hat der BGH in seinem Urteil vom 1.12.2008 (Az.: X ZB 31/08) entschieden, dass Verträge über Notfallrettung und Krankentransport Dienstleistungsaufträge sind. Diese unterliegen dem Anwendungsbereich des Vergaberechts, da sie sofern der Leistungserbringer die Vergütung unmittelbar vom Aufgabenträger erhält, entgeltlich sind.

Eine Dienstleistungskonzession kommt danach nur dann in Betracht, wenn der Leistungserbringer seine Vergütung vom Leistungsberechtigten oder der Krankenkasse, nicht aber von der Kommune erhält. Diese Rechtsprechung muss mit den besseren Argumenten auch für die Beauftragung von Pflegedienstleistungen durch eine Kommune gelten.

Pflegedienstleistungen sind danach ebenfalls im Rahmen eines Vergabeverfahrens zu vergeben, da sie entgeltliche Dienstleistungsaufträge sind, sofern der Pflegedienst seine Vergütung unmittelbar von der Kommune als Träger erhält.

Anders kann dies nur dann gesehen werden, wenn der zu Pflegenden unmittelbar seine Vergütung an den Pflegedienstleister erbringt oder die Pflegeversicherung unmittelbar an die Pflegedienstleister zahlt, die Kommune also außen vor ist.

ABER: Im letztgenannten Fall ist wiederum einer Ausweitung des Anwendungsbereiches des Vergaberechts durch die Rechtsprechung der Vergabekammer des Bundes zu Krankenkassen (Beschluss vom 19.11.2008, Az.: VK 1-126/08) denkbar. Denn hierzu hat die Vergabekammer des Bundes festgestellt: Krankenkassen werden auf Grund der Pflichtversicherung überwiegend durch

den Bund finanziert und sind damit staatlich kontrollierte Einrichtungen, die dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterliegen. Eine ähnliche Argumentation lässt sich auch auf die Pflegeversicherungen ausführen.

Somit würde das Argument wegfallen, dass eine direkte Zahlung durch die Pflegeversicherung eine vergabefreie Dienstleistungskonzession ist. Insgesamt sind daher sonstige soziale Dienstleistungen, wie die Erbringung einer Pflege alter und demen-ter Menschen mit guten Argumenten dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterworfen und können nur mit engen Ausnahmetatbeständen davon befreit werden. Jedoch sind Ausnahmen von der strengen Hierarchie der Verfahrensarten ebenso denkbar, wie eine eingeschränkte Anwendung der vergaberechtlichen Regelungen.

Denn zum einen lassen sich – abhängig vom Beschaffungsgegenstand Argumente für die Wahl des Verhandlungsverfahrens oder Wettbewerblischen Dialogs finden – beispielsweise, wenn eine Nichtbeschreibbarkeit der Leistung gegeben ist oder sich ein Preis nicht ohne nähere Verhandlungen finden lässt. Zum anderen ist die für die Ausschreibung von kommunalen Rettungsdiensten hinsichtlich der ärztlichen Dienstleistung anwendbare Argumentation, dass es sich dabei um privilegierte freiberufliche Leistungen nach VOF handelt und damit der Anwendungsbereich des Vergaberechts eingeschränkt ist, im vorliegenden Fall auch auf die Pflegedienstleistungen übertragbar.

Denn selbst diese fallen unter die CPV-Referenznummern nach Kategorie 25 Anhang 1 B VOF, auf die Paragraph 2 Abs. 1 VOF verweist. Damit wären auch dafür nur grund-

legende Regelungen der VOF, wie die Ausfertigung einer Bekanntmachung über den vergebenen Auftrag oder die Leistungsbeschreibung anzuwenden.



■ FAZIT

Insgesamt ist damit die Beauftragung von Bau- oder Dienstleistungen im Bereich der Pflege weiterhin rechtlichen und tatsächlichen Zwängen unterworfen, welche die Kommunen jedoch zu ihrem Vorteil nutzen können, um im Wettbewerb mit angemessenen Preisen eine qualitativ hochwertige und dem künftigen Altersentwicklungsstrukturen angemessene Betreuung pflegebedürftiger Menschen gerecht zu werden. ■

Dr. Daniela Hattenhauer und Dr. Christina Heckmann sind Rechtsanwältinnen der Kanzlei Heusinger Kühn Lührer Wójcik in Düsseldorf.