

Andreas Hänlein

Externer Vergleich und ortsübliche
Vergütung in der stationären Pflege

Herausgegeben vom Verband katholischer Altenhilfe
in Deutschland e. V. (VKAD)

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2010 Lambertus-Verlag, Freiburg im Breisgau

www.lambertus.de

Umschlaggestaltung: Nathalie Kupfermann, Bollschweil

Satz: Phillipp Zürcher, Freiburg

Herstellung: Franz X. Stückle, Druck und Verlag Ettenheim

ISBN 978-3-7841-1971-7

INHALT

VORWORT	7
1. GUTACHTEN ZUM „EXTERNEN VERGLEICH“ UND ZUR ORTSÜBLICHEN VERGÜTUNG IN DER STATIONÄREN PFLEGE	9
2. URTEIL DES BUNDESSOZIALGERICHTS ZUM „EXTERNEN VERGLEICH“ VOM 29.01.2009.....	57
3. AKTUELL GELTENDER GESETZESTEXT (§§ 72 UND 84 SGB XI).....	83
4. ENTWURF EINES GESETZES ZUR STRUKTURELLEN WEITERENTWICKLUNG DER PFLEGEVERSICHERUNG – PFLEGE-WEITERENTWICKLUNGSGESETZ (AUSZUG AUS BUNDESTAGSDRUCKSACHE 16/7439)	87
5. ORTSÜBLICHE VERGÜTUNG – INTERPRETATIONS- UND ANWENDUNGSHILFE DES BUNDESMINISTERIUMS FÜR GESUNDHEIT UND DES BUNDESMINISTERIUMS FÜR ARBEIT UND SOZIALES ZUR UMSETZUNG VON § 72 ABS. 3 SGB XI.....	95
LITERATUR.....	97
DER AUTOR.....	100

VORWORT

Mit Einführung der Pflegeversicherung sind im 8. Kapitel des SGB XI gesetzliche Regelungen zur Durchführung der Verhandlung von Vergütungen bei Pflegeeinrichtungen und zur Bemessung der Vergütungen geschaffen worden. Diese gesetzlichen Normierungen waren immer wieder Anlass zu grundsätzlichen Streitfragen zur Rechtmäßigkeit des Verfahrens der Verhandlung und zur Bestimmung der leistungsgerechten Höhe von Vergütungen.

Eine entscheidende Frage, die nach wie vor nicht klar in den gesetzlichen Bestimmungen konturiert ist, ist die Frage nach der Wirkung und der konsequenten Ausgestaltung der Gesetze eines freien Marktes in der Altenhilfe. Der Gesetzgeber wollte zumindest für die Bereiche des Bedarfes und der Vergütungen erklärtermaßen die Gesetze des Marktes wirken lassen. Dies hat im Bereich der Vergütungsvorschriften und in der Verhandlungspraxis vor Ort zu sehr kontroversen Sichtweisen und Interpretationen der Gesetzesbestimmungen geführt. Eine höchst richterliche Klärung war damit zwingend zu erwarten und führte zunächst zu den Urteilen des Bundessozialgerichtes (BSG) vom Dezember 2000. Die darin entwickelten Grundsätze konnten jedoch keine Klärung erreichen. Die Entscheidung war heftig umstritten. Sowohl der Gesetzgeber wie das Bundessozialgericht sahen daher Anlass, die entstandene Situation zu korrigieren. Für den Gesetzgeber war diese Gelegenheit im Erlass des Pflegeweiterentwicklungsgesetzes im Mai 2008 gegeben. Beim BSG waren dies die Entscheidungen vom Januar 2009. Die Entscheidungen aus dem Januar dieses Jahres sind derzeit die zentrale Grundlage für die Interpretation des Vergütungsverfahrens nach den einschlägigen Vorschriften des SGB XI.

Der Vorstand des Verbandes Katholischer Altenhilfe in Deutschland e.V. (VKAD) hat die Entwicklung der Gesetzgebung und der Rechtsprechung in diesen Fragen immer eng begleitet. Seine Aufgabe ist, die Interessen der Mitglieder an einer leistungsgerechten und betriebswirtschaftlich abgesicherten Finanzierung der Altenhilfeeinrichtungen zu vertreten und in die politischen Prozesse einzubringen. Eine entscheidende Rolle spielen dabei vor allem die Personalkosten nach den Beschlüssen zu den AVR der Caritas. Diese Kosten müssen über das Verfahren des SGB XI abgesichert sein. Hier Klarheit zu erreichen war eine dringliche Aufgabe, um eine gesunde wirtschaftliche Entwicklung der Einrichtungen zu ermöglichen. Der Vorstand des VKAD hat dazu alle ihm zu Gebote stehenden Möglichkeiten abgewogen,

um Einfluss auf die Gestaltung der Rechts- und Vertragslage in diesem Sinne nehmen zu können. Ihm schien eine „gutachterliche“ Klärung der Konsequenzen aus der neuen Gesetzeslage und der jüngsten Rechtsprechung des BSG von herausragender Bedeutung. Zusammen mit dem Deutschen Caritasverband hat der Vorstand Herrn Prof. Andreas Hänlein, Universität Kassel gebeten, eine Bewertung der Gesetzesvorschriften und der BSG-Urteile vorzunehmen. Das Ergebnis wird hiermit vorgelegt. Der Vorstand will sich damit am weiteren fachlichen Diskurs zur Ausgestaltung der Vergütungsverhandlungen beteiligen. Es soll eine Unterstützung in der Frage der Sicherung der notwendigen Refinanzierung der Kosten der Einrichtungen sein und eine Aufforderung, die Möglichkeiten, die die Rechtsprechung nun eröffnet hat, auszuschöpfen.

Der Vorstand dankt Herrn Prof. Andreas Hänlein für seine Arbeit und der Geschäftsführung des Deutschen Caritasverbandes für die gemeinsame Initiative und sieht mit Spannung den weiteren Ergebnissen in dieser Fragestellung entgegen. Für Hinweise und Beiträge zu dem Gutachten ist der Vorstand sehr dankbar und hofft auf eine breite Resonanz.

Freiburg, im Februar 2010

Dr. Albert Evertz, Stellvertretender Vorsitzender des VKAD

1. GUTACHTEN ZUM „EXTERNEN VERGLEICH“ UND ZUR ORTSÜBLICHEN VERGÜTUNG IN DER STATIONÄREN PFLEGE

im Auftrag des Deutschen Caritasverbandes
und des Verbandes katholischer Altenhilfe in Deutschland

Gutachtenfragen

Diese gutachterliche Stellungnahme soll folgende Fragen beantworten:

I. Welche Auswirkungen haben die durch das Pflege-Weiterentwicklungsgesetz vorgenommenen Änderungen der §§ 72 und 84 SGB XI auf die Anwendbarkeit des sog. externen Vergleichs als Instrument zur Ermittlung der Vergütung für Pflegeleistungen im Rahmen der stationären Pflege bzw. bei Vereinbarung der Pflegesätze?

II. Welche gesetzlichen Vorgaben bestehen nach den §§ 72, 84 SGB XI n. F. für die Vergütungsfindung durch die Vertragsparteien bzw. durch die Schiedsstellen?

GLIEDERUNG DES GUTACHTENS

I. EINLEITUNG.....	12
II. RECHTSLAGE VOR DEM 1. JULI 2008	14
1. Die Ermittlung bzw. Festsetzung der Vergütung der Pflegeheime nach §§ 84, 85 SGB XI a. F.	14
a) Gesetzeslage.....	14
b) Die bisherige Rechtsprechung des BSG zum „externen Vergleich“.	15
c) Die Rezeption der Rechtsprechung des BSG zum „externen Vergleich“	17
d) Die neue Rechtsprechung des BSG zum „externen Vergleich“	20
2. Zur Berücksichtigung tariflicher Bindungen	21
a) Die bisherige Rechtsprechung zur Berücksichtigung tariflicher Bindungen.....	21
b) Die Berücksichtigung tariflicher Bindungen in den neuen Urteilen des BSG	22
III. ZUR ZAHLUNG EINER „ORTSÜBLICHEN VERGÜTUNG“	24
1. Zum Gehalt des § 72 Abs. 3 Nr. 2 SGB XI n.F.	24
a) Aussagen aus den Gesetzesmaterialien.....	24
b) Deutungsansatz von Thüsing	25
c) Eigener Deutungsansatz	27
aa) Ortsüblichkeit des tariflichen Lohnes.....	27
bb) Ortsüblicher Lohn bei fehlender Üblichkeit tariforientierter Löhne	28
d) Fehlende Abstimmung mit dem AEntG 2009.....	29
2. Zur Vereinbarkeit des § 72 Abs. 3 Nr. 2 SGB XI n.F. mit höherrangigem Recht	30
a) Verfassungsrechtliche Bewertung des § 72 Abs. 3 Nr. 2 SGB XI n.F.....	31
aa) Verfassungsrechtliche Einwände	31
bb) Stellungnahme	31
cc) Zwischenergebnis.....	36
b) Europarechtliche Bewertung des § 72 Abs. 3 Nr. 2 SGB XI n.F.....	36
aa) Europarechtliche Einwände.....	36
bb) Aussagen des „Rüffert-Urteils“ des EuGH.....	37
cc) Folgerungen aus dem Rüffert-Urteil für das Erfordernis einer ortsüblichen Vergütung nach § 72 Abs. 3 Nr. 2 SGB XI n.F.	38
dd) Zwischenergebnis	39

3.	Zur Relevanz des Erfordernisses ortsüblicher Löhne für die Ermittlung der Pflegesätze.....	39
IV.	DER „EXTERNE VERGLEICH“ NACH DER PFLEGEREFORM 2008	41
1.	Vorbemerkung	41
2.	Neue Gesetzeslage	42
a)	Kodifizierung des „externen Vergleichs“	42
b)	Verlagerung der „Merkmalsvereinbarung“ in die Pflegesatzvereinbarung	44
3.	Abhängigkeit des „externen Vergleichs“ vom Konsens der Pflegesatzparteien?	46
4.	Zur Ausgestaltung des „externen Vergleichs“	50
a)	Denkbare Ausgestaltungen des externen Vergleichs nach neuem Recht	50
b)	Einordnung und Bewertung des neuen Konzepts des BSG.....	51
5.	Zum Kreis der in den „externen Vergleich“ einzubeziehenden Einrichtungen	52
V.	ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE IN THESEN	55
1.	Ortsübliche Vergütung	55
2.	Externer Vergleich	56

II. RECHTSLAGE VOR DEM 1. JULI 2008

1. Die Ermittlung bzw. Festsetzung der Vergütung der Pflegeheime nach §§ 84, 85 SGB XI a. F.

a) Gesetzeslage

Stationäre Pflege ist eine Leistung, die nach dem SGB XI von freigemeinnützigen, privat-gewerblichen und von öffentlichen Trägern erbracht wird. Die Versicherten können unter den verschiedenen stationären Pflegeeinrichtungen wählen, die durch Versorgungsvertrag (§ 72 SGB XI) zugelassen sind. Insofern besteht Wettbewerb um pflegebedürftige Versicherte als Kunden (vgl. auch § 7 Abs. 3 SGB XI). Die Vergütung für stationäre Pflege ist teils von der Pflegekasse, teils vom Versicherten selbst bzw. vom Sozialhilfeträger aufzubringen; sie wird zwischen dem Träger der Einrichtung und den Kostenträgern in der Pflegesatzvereinbarung vereinbart (§ 85 Abs. 2 SGB XI), und zwar „im voraus ... für einen zukünftigen Zeitraum“ (§ 85 Abs. 3 S. 1 SGB XI). Kommt es nicht zügig zu einer solchen Vereinbarung über die Pflegesätze, werden diese von der Schiedsstelle nach § 76 SGB XI festgesetzt.

Nach den unverändert gebliebenen Bestimmungen in § 82 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 u. 2 SGB XI erhalten zugelassene Pflegeheime eine „leistungsgerechte Vergütung für die allgemeinen Pflegeleistungen (Pflegevergütung) sowie bei stationärer Pflege ein angemessenes Entgelt für Unterkunft und Verpflegung“. Die Regelung des § 84 SGB XI über die „Bemessungsgrundsätze“ präzisiert für den Bereich der stationären Pflege, was unter dieser „leistungsgerechten“ Pflegevergütung zu verstehen ist⁵.

Die Entgelte der Heimbewohner oder ihrer Kostenträger für die voll- oder teilstationären Pflegeleistungen von Pflegeheimen sowie für die medizinische Behandlungspflege und soziale Betreuung werden als „Pflegesätze“ bezeichnet (§ 84 Abs. 1 S. 1 SGB XI). Mit den Pflegesätzen sind alle für die Versorgung der Pflegebedürftigen nach Art und Schwere ihrer Pflegebedürftigkeit erforderlichen Pflegeleistungen der Pflegeeinrichtung (allgemeine Pflegeleistungen) abgegolten (vgl. § 84 Abs. 4 Satz 1 SGB XI).

§ 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI wiederholt die Vorgabe, dass die Pflegesätze „leistungsgerecht sein müssen“. Anknüpfungspunkt für ihre Ermittlung ist zunächst gemäß § 84 Abs. 2 Satz 2 SGB XI der Versorgungsaufwand, den

⁵ Vgl. nur *Udsching*: SGB XI. Pflegeversicherung. Kommentar, § 82, Rdnr. 3

der Pflegebedürftige nach Art und Schwere seiner Pflegebedürftigkeit benötigt – und zwar nach der Einteilung in drei Pflegeklassen⁶.

§ 84 Abs. 2 S. 4 und 5 SGB XI gibt für die Ermittlung der Pflegesätze zwingend vor, dass sie einem Pflegeheim bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen müssen, seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen – wobei Verluste vom Pflegeheim zu tragen sind, ihm aber auch die Überschüsse verbleiben. Schließlich ist gemäß § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB XI der Grundsatz der Beitragsstabilität zu beachten.

Den Versorgungsaufwand muss das Pflegeheim in den Pflegesatzverhandlungen eingehend nachweisen, und zwar hinsichtlich „Art, Inhalt, Umfang und Kosten der Leistungen, für die es eine Vergütung beansprucht“ (§ 85 Abs. 3 S. 2 SGB XI). Falls erforderlich, müssen auch Nachweise zur personellen und sachlichen Ausstattung „einschließlich der Kosten sowie zur tatsächlichen Stellenbesetzung und Eingruppierung“ vorgelegt werden (§ 85 Abs. 3 S. 4 SGB XI).

b) Die bisherige Rechtsprechung des BSG zum „externen Vergleich“

Der dritte Senat des BSG hatte in seinem Urteil vom 14.12.2000⁷ postuliert, in den gesetzlichen Regelungen über die Höhe der leistungsgerechten Vergütung komme die - auf den Erfahrungen der Gesundheitsreform nach dem SGB V aufbauende - Entscheidung des Gesetzgebers für eine marktorientierte Pflegeversorgung zum Ausdruck; deshalb sei die Höhe der Vergütung „in erster Linie über die Feststellung von Marktpreisen“ zu ermitteln; unter den Bedingungen des Wettbewerbs sei die leistungsgerechte Vergütung der Preis, der durch Angebot und Nachfrage bestimmt werde; es komme weder auf die Gestehungskosten des Anbieters noch auf die soziale oder finanzielle Lage des Nachfragers der Leistung an. Die „Methode der Wahl, um für die angebotene Leistung die leistungsgerechte Vergütung zu ermitteln“, sei deshalb „ein externer Vergleich der Einrichtungen“⁸. In diesen Vergleich seien Mitwerber insbesondere aus dem örtlichen Einzugsbereich des Pflegeheimes, um dessen Vergütung es im jeweiligen Verfahren geht, einzubeziehen, die ihrerseits den Pflegestandard fachgerechter und humaner Pflege zu erfüllen hätten⁹. Aufgrund der Entscheidung des Gesetzgebers gegen das „Kostenerstattungsprinzip“ könnten im Rahmen des Einrichtungsvergleichs besondere Ge-

⁶ Nach § 84 Abs. 2 S. 2 HS 2 n.F. können für anerkannte Härtefälle Zuschläge zum Pflegesatz der Pflegeklasse 3 vereinbart werden.

⁷ BSGE 87, 199 (202 f).

⁸ So BSGE 87, 199 (204) unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des *BVerwG* zum Sozialhilferecht, insbesondere *BVerwG*, Urteil vom 1.12.1998 – 5 C 17.97 – E 108, 47.

⁹ BSGE 87, 199 (204).

stehungskosten wie „ein ungünstiger Alterskegel des Pflegepersonals, besondere nicht für alle Einrichtungen geltende Tarifbindungen und übertarifliche Aufwendungen“ keine Rolle spielen, da „alle Einrichtungen nach den geltenden Bestimmungen des Arbeitsrechts wirtschaften; wer einen vergleichsweise zu hohen Personalaufwand (habe), müsse diesen reduzieren, wenn er nicht das Ausscheiden aus dem Wettbewerb in Kauf nehmen (wolle)“¹⁰. Nur ausnahmsweise war nach Auffassung des BSG der Pflegesatz durch eine Überprüfung der geltend gemachten (erwarteten) Kosten festzustellen, wenn nämlich „ein üblicher Marktpreis nicht ermittelt werden kann“. (Nur) In einem solchen Fall könne es „von Belang sein, welche Kosten der Heimträger bei wirtschaftlicher Betriebsführung hat, um unter Zuschlag einer angemessenen Vergütung des persönlichen Arbeitseinsatzes, des zu tragenden Unternehmerrisikos sowie einer angemessenen Verzinsung des Eigenkapitals eine leistungsgerechte Vergütung zu ermitteln“.¹¹ Diese Art der Entgeltermittlung im Ausnahmefall, die nicht auf die Pflegesätze anderer Einrichtungen abstellt, sondern auf die Kostenstruktur derjenigen Einrichtung, mit der ein Pflegesatz vereinbart werden soll, wird im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerwG als „interner Vergleich“ bezeichnet¹². Diese Bezeichnung ist allerdings nicht ganz unproblematisch. „Intern“ ist diese Methode, insoweit die jeweils vorgelegte Kalkulation etwa daraufhin überprüft wird, ob in ihr „gemogelt“ wurde¹³. Die Bezeichnung als „intern“ passt aber insofern nicht ganz, als bei der Beurteilung der einzelnen Posten der Kalkulation unvermeidlich Werte eine Rolle spielen, die aus der Erfahrung mit anderen Einrichtungen gewonnen wurden¹⁴. In seinen neuen Urteilen verwendet das BSG den problematischen Begriff nicht mehr.

¹⁰ BSG, ebd.

¹¹ BSG, ebd.

¹² BVerwGE 108, 47 (55): (Hinsichtlich der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit) „kommt in Betracht, dass Entgelte verschiedener Einrichtungen für vergleichbare Leistungen verglichen werden („externer“ Vergleich) oder dass einzelne, interne Positionen der Pflegesatzkalkulation eines Einrichtungsträgers gesondert daraufhin überprüft werden, ob sie einer sparsamen und wirtschaftlichen Betriebsführung entsprechen („interner Vergleich“).“

¹³ *Neumann/Bieritz-Harder*, Die leistungsgerechte Pflegevergütung, S. 33.

¹⁴ Dies wird auch in dem bereits erwähnten Urteil des BVerwG deutlich, das den „internen Vergleich“ wie folgt erläutert hat: „... Dabei sind nicht die konkreten Kosten der in Rede stehenden Einrichtung maßgeblich, sondern es gilt ... ein genereller, nicht auf ‚die‘ jeweilige individuelle Einrichtung abstellender Maßstab.“ (BVerwGE 108, 47, 55); vgl. auch *Neumann/Bieritz-Harder*, a.a.O., S. 34.

c) Die Rezeption der Rechtsprechung des BSG zum „externen Vergleich“

In der **Literatur** ist das Konzept des dritten Senats auf deutliche Kritik gestoßen¹⁵. Die Findung des Preises für Pflegeleistungen erfolge – angesichts fehlenden Kräftegleichgewichts zwischen Pflegeeinrichtungen und kartellierten Pflegekassen sowie angesichts der letztlich zum Zuge kommenden Entscheidungskompetenz der Schiedsstelle – nicht marktförmig¹⁶; es handle sich vielmehr um „den Versuch einer Marktsimulation“¹⁷. Das Gesetz garantiere den Pflegeeinrichtungen die Deckung ihrer Selbstkosten durch den prospektiv zu vereinbarenden Pflegesatz, wirtschaftliche Betriebsführung vorausgesetzt¹⁸. Ähnlich hat jüngst auch Mayer argumentiert, der im Übrigen die These vertritt, dass gerade die Anwendung des „externen Vergleichs“ auf Dauer zu einem Einheitspflegesatz führen würde, dessen Festlegung vor allem die Kostenträger beeinflussen könnte¹⁹.

Vielfach wurde auch auf Schwierigkeiten hingewiesen, die sich in der Praxis bei der Auswahl derjenigen Einrichtungen ergeben, die vergleichbare Leistungen anbieten und deshalb in den externen Vergleich einbezogen werden können²⁰.

Wie die Preisfindung konkret durchzuführen sei, wenn man dem bisherigen Ansatz des BSG nicht folgen wollte, wurde unterschiedlich gesehen. Brünner wollte auf die durchschnittlichen Kosten der Leistungserbringung in vergleichbaren Einrichtungen abstellen²¹. Neumann zufolge sollte die Wirtschaftlichkeit der geltend gemachten (prospektiven) Kosten der Einrichtung durch einen Vergleich mit Orientierungswerten festgestellt werden, die auf Verbandsebene in den Rahmenvereinbarungen nach § 75 SGB XI vereinbart werden könnten²². Abweichungen von solchermaßen vereinbarten generellen Maßstäben dürften allerdings nicht zu einer schematischen Ablehnung von Preisforderungen führen; vielmehr trage das Pflegeheim die Argumentationslast dafür, dass die Abweichung aufgrund seines Versorgungsauftrages oder von Besonderheiten seiner Personalstruktur wirtschaftlich sei²³.

¹⁵ Vgl. auch die Darstellung der Literaturlage *BSG*, Urteil v. 29.1.2009 – B 3 P 7/08 R – sub 5.

¹⁶ *Neumann*, SGB 2001, 405 (408 f.); *Brünner*, Vergütungsvereinbarungen für Pflegeeinrichtungen nach SGB XI, S. 166 f.; *Vogel/Schmäing* in: Klie/Krahmer (Hrsg.), LPK-SGB XI, § 84 Rz. 9.

¹⁷ *Brünner*, a.a.O., S. 167.

¹⁸ *Brünner*, a.a.O., S. 167 f.; *Neumann*, SGB 2001, 405 (412).

¹⁹ *Mayer*, NZS 2008, 639 ff.; auf die Auswirkungen der Pflegereform 2008 geht dieser Aufsatz bedauerlicherweise nicht ein.

²⁰ Vgl. z. B. *Wenzel/Kulenkampff*, NDV 2006, 455 (459 f.); *Griep*, Pflegerecht 2008, 153 ff.

²¹ *Brünner*, a.a.O., S. 168.

²² *Neumann*, SGB 2001, 405 (410).

²³ *Neumann/Bieritz-Harder*, a.a.O., S. 34.

Die **Praxis** hatte sich nur eingeschränkt an die Vorgaben des BSG aus dem Jahr 2000 gehalten. Dies wird deutlich an verschiedenen Entscheidungen des LSG Stuttgart, u.a. an einem Urteil vom 7.12.2007²⁴. In dem vom LSG Stuttgart entschiedenen Fall ging es um die Festsetzung der Pflegevergütung für einen nichttarifgebundenen Träger einer Pflegeeinrichtung. Dieser hatte bei den Kostenträgern und im Schiedsstellenverfahren nicht die geforderten Vergütungssätze durchsetzen können, weil vergleichsweise auf die Pflegevergütung – nur – solcher Einrichtungen abgestellt worden war, die ebensowenig wie der klagende Träger der Bindung an Tarifverträge unterlagen. Das LSG schloss sich ausdrücklich der Rechtsprechung des dritten Senats des BSG zum „externen Vergleich“ an. Danach seien bei der Festsetzung der Vergütung in einem ersten Schritt die prospektiven Gesteungskosten der fraglichen Einrichtung einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen. So sei eine geforderte Pflegevergütung etwa nur dann sachgerecht, wenn die prospektiven Personalaufwendungen zutreffend kalkuliert seien; es komme auf die tatsächlich zu erwartenden Aufwendungen an, nicht auf fiktive Personaldurchschnittskosten. Erst die solchermaßen überprüfte Vergütungsforderung dürfe – so die Auffassung des LSG – dem externen Vergleich zugrunde gelegt werden.

Entgegen der Behauptung des LSG („Dies ergibt sich für den Senat aus der Rechtsprechung des BSG ...“) entsprach die von ihm akzeptierte Methode der Ermittlung von Pflegevergütungen nicht in vollem Umfang der bisherigen Rechtsprechung des BSG zum „externen Vergleich“. Es handelte sich vielmehr um eine deutliche Modifikation, denn die vom LSG als erster Schritt der Prüfung einer Vergütungsforderung akzeptierte Plausibilitätskontrolle der prospektiven Gesteungskosten einer Einrichtung war keineswegs ohne weiteres mit dem Urteil des BSG vom 14.12. 2000 vereinbar. Wäre es tatsächlich der Marktpreis, auf den es nach der bisherigen Rechtsprechung des BSG im Regelfall ankommen muss, wäre eine Überprüfung der Gesteungskosten, streng genommen aber auch schon deren Benennung, entbehrlich. Nach ausdrücklicher Aussage des BSG sollte es auf die Gesteungskosten des Anbieters aber nicht ankommen.

Die Abweichung des LSG Stuttgart vom bisherigen Konzept des BSG an diesem Punkt ließ sich freilich bereits nach bisherigem Recht durchaus rechtfertigen: Käme es auf die vom Träger zu erwartenden Kosten für die Preisfindung nicht an, wäre die Regelung des § 85 Abs. 3 S. 2 – 4 SGB XI über den

²⁴ *LSG Stuttgart*, L 4 P 2769/06; dieses Urteil war beim *BSG* Gegenstand des Revisionsverfahrens – B 3 P 6/08 R –; die folgenden Ausführungen basieren auf meinem in *SozialRecht aktuell* 2008, 100 ff. publizierten Besprechungsaufsatz zu diesem und einem anderen Urteile des *LSG Baden-Württemberg* (das zweite dieser Verfahren – L 4 P 2475/05 – war beim *BSG* Gegenstand des Verfahrens – B 3 P 9/08 R –).

detaillierten Nachweis der Kosten, insbesondere auch der Personalkosten, nicht verständlich. Zu bedenken waren darüber hinaus bereits bisher Änderungen des SGB XI, die auf das nach dem Urteil des BSG von 2000 erlassene und in Kraft getretene Pflegequalitätssicherungsgesetz²⁵ zurückgehen. Von Bedeutung war insbesondere die damals eingeführte Vorschrift des § 80a SGB XI a.F.²⁶ über die Leistungs- und Qualitätsvereinbarung, die die Träger seit dem 1.1.2004 abschließen mussten. In der Leistungs- und Qualitätsvereinbarung waren die wesentlichen Leistungs- und Qualitätsmerkmale der Einrichtung detailliert festzulegen (§ 80a Abs. 2 S. 1 u. 2 SGB XI a.F.). Diese Festlegungen waren dann bei den Pflegesatzverhandlungen und im Schiedsstellenverfahren „als Bemessungsgrundlage für die Pflegesätze“ unmittelbar verbindlich (§ 80a Abs. 2 S. 3 SGB XI a.F.). Der Gesetzgeber hatte mit dieser Regelung klarstellen wollen, dass die Vergütungen für Pflegeheime nicht etwa anhand landesweiter oder regionaler Durchschnittswerte festgelegt werden; es sollte vielmehr die Verwirklichung des in § 84 Abs. 2 SGB XI verankerten Anspruchs auf leistungsrechte Entgelte sichergestellt werden. Die Pflegeheime sollten ihren Anspruch auf individuelle und leistungsgerechte Vergütungen in den Verhandlungen mit den Kostenträgern besser zur Geltung bringen können²⁷. Spätestens seit der Gesetzesänderung war mithin davon auszugehen, dass die vom Pflegeheim konkret zu erwartenden Kosten Ausgangspunkt der Preisfindung zu sein haben. Vor diesem Hintergrund überzeugte der Ansatz des LSG, die detailliert begründete Vergütungsforderung auf ihre sachliche und rechnerische Plausibilität hin zu überprüfen. Wenn es nach dem Konzept des LSG nach durchgeführter Plausibilitätskontrolle in einem zweiten Prüfungsschritt zum „externen Vergleich“ mit den Pflegesätzen anderer Anbieter kommen sollte, so erlangte dieser Vergleich eine ganz andere Funktion als noch im Urteil des BSG vom 14.12. 2000: Er dient nicht länger genuin der Ermittlung der Pflegevergütung. Er verändert sich vielmehr zu einem Instrument der Kontrolle der zunächst als plausibel befundenen Forderung. Systematisch betrachtet geht es also nicht um die Ermittlung der Leistungsgerechtigkeit der geforderten Vergütung, sondern um eine nachgeschaltete Wirtschaftlichkeitskontrolle. Die Vergütungssätze anderer Einrichtungen sollen gewissermaßen Indikatoren für die Wirtschaftlichkeit der Betriebsführung darstellen, auf die der Träger nach dem Gesetz eingeschworen ist (vgl. nochmals § 84 Abs. 2 S. 4 SGB XI).

²⁵ Gesetz zur Qualitätssicherung und zur Stärkung des Verbraucherschutzes in der Pflege (Pflege-Qualitätssicherungsgesetz) vom 9.9.2001, BGBl. I, S. 2320, in Kraft getreten am 1.1.2002.

²⁶ Diese Vorschrift wurde durch das Pflege- Weiterentwicklungsgesetz aufgehoben; ihr wesentlicher Inhalt wurde in den neuen Absatz 5 des § 84 SGB XI übernommen (vgl. dazu unten S. 25 f.).

²⁷ Vgl. BT-Drs. 14/5395, S. 37.

d) Die neue Rechtsprechung des BSG zum „externen Vergleich“

In seinen Urteilen vom Januar 2009 hat der Dritte Senat des BSG nun seine bisherige Rechtsprechung deutlich modifiziert. Er hat seinerseits aus den gesetzlichen Regelungen ein „Zweistufenmodell des externen Vergleichs“ abgeleitet und für die Handhabung dieses Modells konkrete Vorgaben dekretiert.

Mit Blick auf die Gesetzeslage seit Inkrafttreten des Pflegequalitätssicherungsgesetzes am 1.1.2002 gibt der Senat nun ausdrücklich seine bisherige Auffassung auf, dass die Vergütung im Allgemeinen ausschließlich nach Marktpreisen zu bestimmen sei und dass die kalkulatorischen Gestehungskosten regelmäßig außer Betracht zu bleiben hätten. Vielmehr seien Pflegesatzverhandlungen und eventuell nachfolgende Schiedsstellenverfahren nach einem zweigliedrigen Prüfungsmuster durchzuführen. In einem **ersten Prüfungsschritt** sei die Plausibilität der von der Einrichtung geltend gemachten bzw. vorgelegten Kostenansätze festzustellen. Eine Vergütungsforderung müsse auf einer plausiblen und nachvollziehbaren Darlegung der voraussichtlichen Gestehungskosten beruhen. Das Pflegeheim habe geeignete Nachweise vorzulegen und müsse ggf. auch zusätzliche Unterlagen vorlegen und Auskünfte erteilen.

Hat sich die Vergütungsforderung der Einrichtung in diesem Sinne als plausibel erwiesen – aber auch nur in diesem Fall – sei in einem **zweiten Prüfungsschritt** zu prüfen, ob der geltend gemachte Vergütungsanspruch dem Vergütungsvergleich mit anderen Einrichtungen standhalte und sich insoweit als leistungsgerecht erweise. Dies sei auch weiterhin im Wege eines externen Vergleichs mit anderen Einrichtungen festzustellen; allerdings habe dieser Vergleich nun eine andere Grundlage und Zielrichtung, denn sein Ergebnis bestimme die angemessene Pflegevergütung nicht abschließend (wie nach der früheren Rechtsprechung). Die Pflegesätze anderer Einrichtungen stellten vielmehr nur eine Vergleichsgröße im Wege der Angemessenheitskontrolle dar. Die Pflegesatzparteien bzw. die Schiedsstelle hätten auf der Grundlage des Vergleichs eine Bewertung der Pflegesatzforderung erst noch vorzunehmen.

An dieser Stelle nun entwickelt der Senat ein innovatives Modell, bestehend aus drei Fallgruppen, das bei der Bewertung der wirtschaftlichen Angemessenheit zugrunde gelegt werden soll²⁸.

Fallgruppe 1 betrifft Fälle, in denen ein geltend gemachter Pflegesatz unterhalb des niedrigsten Pflegesatzes liegt (oder aber diesem entspricht), der sich unter den vergleichbaren Einrichtungen ausmachen lässt. In einem solchen

²⁸ BSG, Urteil v. 29.1.2009 – B 3 P 7/08 R – sub 9.

Fall könne der Einrichtung eine unwirtschaftliche Betriebsführung schon im Ansatz nicht vorgehalten werden.

Fallgruppe 2 bezieht sich auf Fälle, in denen Pflegesatz- und Entgeltforderungen „im unteren Drittel der vergleichsweise ermittelten Pflegesätze/Entgelte“ liegen. Solche Forderungen seien ebenfalls regelmäßig ohne weitere Prüfung als leistungsgerecht anzusehen. Diese vom Senat so genannte „Drittel-Regelung“, die bisher – soweit ersichtlich – nirgends diskutiert worden war, stützt er auf den Rechtsgedanken des § 35 Abs. 5 S. 4 SGB V, den er auf die Beurteilung von Pflegesatzforderungen überträgt. Die besagte Vorschrift sieht vor, dass der Festbetrag für Arzneimittel in einer der Festbetragsgruppen „den höchsten Abgabepreis des unteren Drittels des Intervalls zwischen dem niedrigsten und dem höchsten Preis einer Standardpackung nicht übersteigen“ soll.

In den Fällen der **Fallgruppe 3** bewegt sich die Vergütungsforderung oberhalb dieser Drittelgrenze. Auch im Falle einer solchen Überschreitung könne sich, so der Senat weiter, eine Forderung als leistungsgerecht erweisen, wenn der nachvollziehbar prognostizierte Aufwand im Einzelfall wirtschaftlich angemessen sei. Dies sei der Fall, „soweit die Einrichtung Gründe für einen höheren Pflegesatz oder ein höheres Entgelt für Unterkunft und Verpflegung aufzeigt und diese den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung entsprechen.“ Der Senat gibt auch Beispiele für in diesem Sinne stichhaltige Gründe. Einen möglichen Grund sieht er im Hinweis auf höheren Personalkostenaufwand als Folge der Einhaltung einer Tarifbindung.

In einem weiteren Abschnitt des Urteils wird dargelegt, wie sich im Rahmen des vom Senat entwickelten Modells die wechselseitigen Darlegungslasten darstellen²⁹.

2. Zur Berücksichtigung tariflicher Bindungen bei der Vergütungsfestsetzung nach bisherigem Recht

a) Die bisherige Rechtsprechung zur Berücksichtigung tariflicher Bindungen

Vor den Urteilen des BSG vom 29.1.2009 war es eine besonders umstrittene Frage, ob in den für die Preisfindung bedeutsamen Vergleich alle in Bezug auf ihr Pflegeangebot vergleichbaren Pflegeheime einzubeziehen sind oder aber nur solche, die überdies auch in Bezug auf die Determinanten der den Mitarbeitern zu zahlenden Löhne vergleichbar sind. In dem vom LSG Stutt-

²⁹ BSG, Urteil v. 29.1.2009 – B 3 P 7/08 R – sub 10.

gart im bereits erwähnten Urteil entschiedenen Fall hatte der klagende Träger, der nicht tarifgebunden war, versucht, höhere Pflegesätze auf der Basis von Personalkosten durchzusetzen, die denjenigen tarifgebundener Träger entsprachen. Die geltend gemachte Vergütung war von der beklagten Schiedsstelle – unter Berufung auf eine Regelung des Rahmenvertrages³⁰ – mit dem Argument gekürzt worden, andere nicht tarifgebundene Träger erhielten eine niedrigere Pflegevergütung. Das LSG hatte diese Argumentation nicht akzeptiert, sondern – unter Berufung auf das Urteil des BSG vom 14.12.2000 – entschieden, für den externen Vergleich seien tarifgebundene und nicht tarifgebundene Einrichtungen gleichermaßen heranzuziehen³¹. Dieser Ansatz war einerseits für den klagenden nicht tarifgebundenen Träger erfreulich, weil er ihm die Kalkulation höherer Pflegesätze ermöglichte; für tarifgebundene Träger hingegen war er bedrohlich, da diese Kürzungen ihrer Pflegesätze mit dem Argument befürchten mussten, die Sätze anderer (nicht tarifgebundener) Träger mit niedrigeren Personalkosten seien günstiger und deshalb als Maßstab heranzuziehen.

b) Die Berücksichtigung tariflicher Bindungen in den neuen Urteilen des BSG

Der Dritte Senat geht in seinen Urteilen vom Januar 2009 ausdrücklich auf die Frage ein, welche Pflegeeinrichtungen in den externen Vergleich einzubeziehen sind³². Er geht davon aus, dass in den externen Vergleich neuer Art grundsätzlich alle Pflegeeinrichtungen eines bestimmten Bezirks einzubeziehen sind, ohne dass es auf deren Größe oder sonstige Beschaffenheit ankommt. Ausdrücklich werde allerdings offengelassen, ob nicht im Einzelfall Differenzierungen in Bezug auf abweichende Kriterien geboten sind. Insofern zieht der Senat Besonderheiten im Versorgungsauftrag, sehr personalintensive Betreuungserfordernisse oder besondere Leistungsangebote in Betracht. Sodann heisst es: „Fehlende oder bestehende Tarifbindungen, die religiöse, weltanschauliche und sozialpolitische Ausrichtung der Trägerinstitutionen oder deren Organisationsform gehören jedenfalls nicht dazu.“

Damit hat der Senat eine klare Aussage in dem Sinne getroffen, dass der externe Vergleich nicht etwa auf Teilmärkten, die sich z.B. in Bezug auf die Tarifbindung unterscheiden, durchgeführt wird, sondern einheitlich auf dem ge-

³⁰ Rahmenvertrag für vollstationäre Pflege gemäß § 75 Abs. 1 SGB XI für das Land Baden-Württemberg vom 12.12.1996; zu entsprechenden Regelungen in weiteren Rahmenverträgen *Plantholz*, *SozialRechtaktuell* 2008, 163 (166).

³¹ Zustimmung bei *Hänlein*, *SozialRechtaktuell* 2008, 100 (102) und *Plantholz*, *SozialRechtaktuell* 2008, 163 (166).

³² *BSG*, Urteil v. 29.1.2009 – B 3 P 7/08 R – sub 9 lit. e.

samten regionalen Markt. Eine Fragmentierung des Pflegemarktes findet mithin nicht statt.

Vor dem Hintergrund des bereits dargestellten neuen Konzept des externen Vergleichs jedoch stellt sich diese Aussage als weit weniger dramatisch dar, als es zunächst erscheinen mag. Überschreiten tarifgebundene Einrichtungen die „Drittelgrenze“, etwa weil diese als Folge der Einbeziehung nicht tarifgebundener Einrichtungen in den Vergleich sehr niedrig liegt, so zieht das keineswegs automatisch eine Kürzung der Vergütungsforderung nach sich. Vielmehr bleibt der Einrichtung die Möglichkeit, mit guten Gründen diese Überschreitung zu rechtfertigen, und die Tarifbindung ist nach den dargestellten, hierfür einschlägigen Ausführungen des Senats „stets“ ein solcher guter Grund.