

# Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Vergütungsfindung in der stationären Pflege - Chancen und Praxiserfahrungen

Rechtsanwalt Dr. Frank Brünner<sup>1</sup>

## 1. *Das Marktpreiskonzept des Bundessozialgericht aus dem Jahr 2000*

Jahrelang dominierte der „externe Vergleich“ Vergütungsverhandlungen und Schiedsverfahren im Bereich des SGB XI. In seinen ersten Urteilen zur Vergütungsfindung für Pflegeeinrichtungen im Jahr 2000 verstand das Bundessozialgericht (BSG) die vom Gesetzgeber bei Einführung der Pflegeversicherung proklamierte Abkehr vom Selbstkostendeckungsprinzip als Etablierung eines „Pfleagemarktes“. Die leistungsgerechten Vergütungen seien als „Marktpreise“ im Wege des sogenannten „externen Vergleichs“ mit den Preisen anderer Einrichtungen zu ermitteln.<sup>2</sup> Eine Kostenbetrachtung sollte nur dann durchgeführt werden dürfen, wenn sich ein externer Vergleich mangels Vergleichseinrichtungen als nicht durchführbar erwies – ein Fall, der kaum vorkam, denn das BSG nahm an, dass regelmäßig alle Pflegeeinrichtungen miteinander vergleichbar seien.

Obwohl diese Rechtsprechung in der Fachöffentlichkeit auf heftige Kritik stieß<sup>3</sup>, und der Gesetzgeber der Annahme, dass alle Pflegeeinrichtungen miteinander vergleichbar seien, bereits im Jahr 2001 in der Gesetzesbegründung zum Pflege-Qualitätssicherungsgesetz (PQsG) widersprach,<sup>4</sup> folgten sämtliche Landessozialgerichte, die sich im Anschluss mit der Materie zu befassen hatten, der Rechtsprechung des BSG.<sup>5</sup> In der Praxis führte der externe Vergleich insbesondere bei tarifgebundenen Einrichtungen zu immer größeren Schwierigkeiten, die tariflichen Personalkosten zu refinanzieren.

---

<sup>1</sup> Kanzlei Bender & Philipp, Freiburg und München, [www.bender-rechtsanwalte.de](http://www.bender-rechtsanwalte.de)

<sup>2</sup> BSG 14.12.2000, B 3 P 19/00 R

<sup>3</sup> U.a.: Neumann, Volker/Bieritz-Harder, Renate: Die leistungsgerechte Pflegevergütung (Gutachten im Auftrag des DCV u.a.), 2002; Neumann, Volker: Wettbewerb bei der Erbringung von Pflegeleistungen, SGB 2007, 521; Brünner, Frank: Vergütungsvereinbarungen für Pflegeeinrichtungen nach SGB XI, 2001; Mayer, Bernhard: Der externe Vergleich – Mittel der Wahl zur Vergütungsfindung in der vollstationären Pflege?, NZS 2008, 639.

<sup>4</sup> BT-Drs. 14/5395 S. 19f; das PQsG wurde im September 2001 verabschiedet und trat zum 01.01.2002 in Kraft (BGBl. I 2001, 2320).

<sup>5</sup> LSG Hessen 20.10.2005, L 8/14 P 803/03; 26.1.2006, L 8/14 P 18/04; LSG Nordrhein-Westfalen 12.6.2007, L 6 B 30/06 P ER; LSG Niedersachsen-Bremen 15.2.2007, L 14 P 31/04; LSG Baden-Württemberg 7.12.2007, L 4 P 2769/06 u.a.

## **2. Abkehr vom Marktpreiskonzept im Jahr 2009**

Erst Anfang 2009 hatte sich das Bundessozialgericht erneut mit den Vergütungen für Pflegeeinrichtungen zu befassen. Dabei nahm es die Gesetzesänderungen durch das PQsG und das zwischenzeitlich erlassene Pflege-Weiterentwicklungsgesetz zum Anlass, seine Rechtsprechung zur Vergütungsfindung grundlegend zu modifizieren. Es hielt zwar an der Abkehr vom Selbstkostendeckungsprinzip fest, gab jedoch „die Auffassung auf, dass sich die Vergütung im Allgemeinen ausschließlich nach Marktpreisen bestimmt und die kalkulatorischen Gestehungskosten regelmäßig außer Betracht bleiben“.<sup>6</sup>

## **3. Zweistufiger Prüfungsaufbau**

Nach den Entscheidungen aus dem Jahr 2009 ist in Pflegesatzverhandlungen und Schiedsverfahren eine zweistufige Prüfung durchzuführen: Zunächst ist die Plausibilität der vom Heimträger geltend gemachten prospektiv kalkulierten Kosten zu prüfen (§ 85 Abs. 3 Satz 2 und 3 SGB XI). Danach folgt eine Wirtschaftlichkeitsprüfung (vom BSG teilweise auch Prüfung der Leistungsgerechtigkeit genannt, § 84 Abs. 2 Satz 1 und 4 SGB XI).

### **a) Plausibilitätsprüfung**

Im Rahmen der Plausibilitätsprüfung ist zu prüfen, ob die vom Heim geltend gemachte Forderung auf einer „plausiblen und nachvollziehbaren Darlegung der voraussichtlichen Gestehungskosten beruht“. Neben den zu erwartenden tatsächlichen Ausgaben sind laut BSG auch kalkulatorische Kosten zu berücksichtigen. Ausdrücklich genannt werden eine angemessene Vergütung des Unternehmerrisikos, die Vergütung eines etwaigen persönlichen Arbeitseinsatzes des Unternehmers und eine angemessene Verzinsung des Eigenkapitals. Die voraussichtlichen Kosten der Leistungserbringung im Pflegesatzzeitraum sind von der Einrichtung zu kalkulieren, zu begründen und gegebenenfalls durch Unterlagen zu belegen. Am einfachsten herzustellen ist die Plausibilität auf Basis der tatsächlichen Gestehungskosten eines abgeschlossenen vorherigen Vergütungszeitraums und Darstellung der zu erwartenden

---

<sup>6</sup> BSG 29.01.2009, B 3 P 6/08 R, B 3 P 7/08 R, B3 P 9/08 R und B 3 P 9/07 R, [www.bundessozialgericht.de](http://www.bundessozialgericht.de).

Kostenentwicklung (Personal- und Sachkostensteigerungen). Geht die geforderte Erhöhung nicht über Personal- und Sachkostensteigerung hinaus, so genügen laut BSG diese Angaben.

Anders als vielfach von Kostenträgern und Schiedsstellen angenommen, kann nach Auffassung des BSG aber auch eine Forderung plausibel sein, die über die zu erwartenden Personal- und Sachkostensteigerungen hinausgeht. Dies kommt dann in Betracht, wenn Kostensätze in den Vorjahren aufgrund fehlerhafter Kalkulation oder sogar bewusst – z.B. um Marktsegmente zu erobern - zu niedrig angesetzt wurden. In diesem Fall besteht allerdings eine besonders substantiierte Begründungspflicht des Einrichtungsträgers.

Abweichend von der in den meisten Bundesländern üblichen Praxis verlangt das BSG, dass sich die Kostenträger bereits in der Pflegesatzverhandlung mit der Kalkulation der Einrichtung auseinandersetzen und prüfen, ob diese Grundlage für die vergleichende Bewertung auf der zweiten Stufe sein kann. Ist dies nicht der Fall, haben sie den Einrichtungsträger „substantiiert auf Unschlüssigkeiten hinzuweisen oder durch geeignete Unterlagen (...) konkret darzulegen, dass die (...) Kalkulation der voraussichtlichen Gestehungskosten nicht plausibel erscheint“. Ob zusätzliche Unterlagen von der Einrichtung vorzulegen sind, steht nicht im Belieben der Kostenträger. Dies kann nur dann gefordert werden, wenn dies zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit des Pflegeheims erforderlich ist. In diesem Fall, kann die Nachweispflicht aber bis zum Nachweis von in der Vergangenheit angefallenen Kosten reichen (z.B. anonymisierte Personallisten, pflegesatzrelevante Angaben zum Jahresabschluss). Die Anforderung solch weitgehender Auskünfte stellt jedoch einen besonders intensiven Eingriff in die Rechtssphäre der Pflegeeinrichtung dar und ist laut BSG deshalb auf Ausnahmen zu beschränken, in denen die prognostische Angemessenheit der geltend gemachten Kostenansätze anders nicht ermittelbar ist,

## **b) Wirtschaftlichkeitsprüfung**

Die so gefundenen plausiblen prospektiven Gestehungskosten sind dann Gegenstand einer Wirtschaftlichkeitsprüfung. Dabei wird zunächst wie bisher ein externer Vergleich durchgeführt. Dieser ist laut BSG – entgegen der Gesetzesbegründung zum Pflege-Weiterentwicklungsgesetz – nicht vom Einverständnis der Parteien abhängig. Alle Einrichtungen eines bestimmten Bezirks (Stadt, Landkreis o.Ä.) sollen verglichen werden, ohne dass es auf deren Größe oder sonstige äußere Beschaffenheit der Einrichtungen ankommt. Auch die Tarifbindung einer Einrichtung ist an dieser Stelle (noch) nicht zu berücksichtigen. Der Senat ließ offen, ob sich im Einzel-

fall Kriterien ergeben können, die die Vergleichbarkeit lokal oder regional benachbarter Einrichtungen beeinträchtigen. Man wird dies zumindest bei Besonderheiten des Versorgungsauftrags annehmen müssen, die zu erheblich abweichenden Personal- oder Sachkosten führen (zum Beispiel Versorgung von Wachkomapatienten). Die Frage der Vergleichbarkeit hat jedoch wesentlich an Brisanz verloren, da der externe Vergleich das Ergebnis der Vergütungsverhandlung oder des Schiedsverfahrens nicht mehr abschließend bestimmt, sondern lediglich Grundlage für die vorzunehmende Bewertung der Wirtschaftlichkeit ist: Befindet sich die Einrichtung mit ihrer Forderung im unteren Drittel der Vergleichseinrichtungen, so ist ihre Entgeltsforderung ohne weiteres als wirtschaftlich und damit als leistungsgerecht im Sinne des § 84 Abs. 2 SGB XI anzusehen. Bei der Ermittlung des unteren Drittels ist nicht auf die Zahl der Pflegeeinrichtungen oder der Pflegeplätze abzustellen, sondern auf die Spanne zwischen günstigstem Anbieter und dem Wert, der sich ergibt, indem zur günstigsten Vergütung ein Drittel der Differenz zwischen günstigstem und teuerstem Anbieter hinzuaddiert wird.<sup>7</sup>

Aber auch oberhalb des unteren Drittels vergleichbarer Pflegevergütungen kann sich eine Forderung als leistungsgerecht erweisen, sofern sie auf einem höheren Aufwand beruht und dieser nach Prüfung im Einzelfall wirtschaftlich angemessen ist. Dabei ist laut BSG davon auszugehen, dass die Einhaltung einer Tarifbindung und ein deswegen höherer Personalaufwand stets den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung genügt. Diesen Grundsatz hat das BSG auch in neueren Entscheidungen bestätigt<sup>8</sup>; er soll ein angemessenes Arbeitsentgelt gewährleisten, einen Preiskampf zu Lasten der der Pflegekräfte verhindern und der Tariffucht entgegenwirken.<sup>9</sup>

#### **4. Beispiele aus der Praxis in verschiedenen Bundesländern<sup>10</sup>**

Drei der vier vom Bundessozialgericht im Januar 2009 entschiedenen Fälle stammten aus *Baden-Württemberg*. Insofern ist es nicht verwunderlich, dass die Schiedsstelle Baden-Württemberg das Prüfungsschema des Bundessozialgerichts im Grundsatz übernommen hat. Da in streitigen Fällen meist auch „Nachholbedarf“ wegen Defiziten in der Vergangenheit besteht, ist oft die Vorlage von anonymisierten Personalisten oder von Bescheinigungen von Wirtschaftsprüfern über die Unauskömmlichkeit der Vergütungen und Entgelte in der Vergangenheit erforderlich. Der von Kostenträ-

---

<sup>7</sup> BSG 17.12.2009, B 3 P 3/08 R.

<sup>8</sup> BSG 17.12.2009, B 3 P 3/08 R (ambulante Pflege nach SGB XI); BSG 25.11.2010, B 3 KR 1/10 R (häusliche Krankenpflege).

<sup>9</sup> BSG 25.11.2010, B 3 KR 1/10 R.

<sup>10</sup> Der Bericht aus Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen beruht auf eigener Tätigkeit vor den dortigen Schiedsstellen; für die Informationen aus Bayern bedanke ich mich bei meinem Partner Dr. Albrecht Philipp, Rechtsanwalt in München.

gerseite immer wieder geäußerten Forderung nach Vorlage des kompletten Jahresabschlusses ist die Schiedsstelle jedoch zu Recht nicht gefolgt. Mit den vorgelegten Nachweisen taten sich die Kostenträger anfänglich schwer, inzwischen sind die Auseinandersetzungen um die Plausibilität der Kalkulation jedoch wesentlich differenzierter geworden. Vor dem Landessozialgericht anhängig sind derzeit u.a. die Frage der Darstellungs- und Begründungstiefe bei zentralen Dienstleistungen sowie die Anforderungen an den Nachweis von Eigenkapital als Voraussetzung für den Ansatz einer Eigenkapitalverzinsung.

Im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung nimmt die Schiedsstelle Baden-Württemberg einen Vergleich der prospektiven Personaldurchschnittskosten mit den fortgeschriebenen Ergebnissen von Betriebsvergleichen der Trägerverbände vor. Im Ergebnis werden damit nicht einrichtungsindividuelle tarifliche Kosen, sondern durchschnittliche tarifliche Personalkosten zugrunde gelegt. Teilweise kürzt die Schiedsstelle auch diese im Rahmen einer Gesamtbewertung unter Berücksichtigung des externen Vergleichs nochmals. Auch in diesem Fall liegen die Ergebnisse – anders als früher – jedoch regelmäßig oberhalb der Vergleichswerte des externen Vergleichs. Diese Kürzungspraxis ist wohl dem unerwartet hohen Delta zwischen ermittelten tariflichen Personalkosten und bisherigen Vergütungen geschuldet. Die Frage der Rechtmäßigkeit dieser Kürzungen ist ebenfalls beim Landessozialgericht anhängig.

In *Nordrhein-Westfalen* waren im Jahr 2008 intensive Diskussionen um die Höhe der dortigen Vergütungen zu Gange. Ein Gutachten war zu dem Ergebnis gekommen, dass diese im Vergleich mit anderen Bundesländern – insbesondere Niedersachsen, wo der externe Vergleich stärker praktiziert wurde – zu hoch lägen. Die Wende in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts Anfang 2009 kam somit gerade zur rechten Zeit. Laufende Verfahren vor der Schiedsstelle wurden vertagt, bis die Urteilsgründe vorlagen. Nachdem deutlich wurde, dass die Schiedsstelle der Rechtsprechung folgen würde, konnten Vergleiche erzielt werden. Inzwischen scheint es kaum noch Streitige Verfahren zu geben. Dies wurde mit Sicherheit dadurch begünstigt, dass die Verhandlungspraxis in Nordrhein-Westfalen auch in den Jahren zuvor – entgegen der damaligen Rechtsprechung des BSG – erstaunlich kostenorientiert war und damit dem neuen Prüfungsmodell des BSG schon zuvor recht nahe kam.

In *Bayern* wird zwar formal nach dem Prüfungsschema des BSG verfahren. Man tut sich jedoch sehr schwer mit in der Erhöhung von in der Vergangenheit nicht auskömmlichen Vergütungen. Die Schiedsstelle konnte sich in einem Musterfall trotz eines Sachverständigengutachtens zur Korrektheit der Einstufung der Mitarbeiter nicht dazu durchringen, die geltend gemachten Personalkosten als plausibel anzuerkennen. Sie hielt diese vielmehr wegen zu hoher Abweichung von Personalkosten-

ansätzen aus früheren Verhandlungen für nicht nachvollziehbar. Das Verfahren ist vor dem Landessozialgericht anhängig.

#### **4. Fazit**

Dort, wo die Schiedsstelle dem Prüfungsschema des Bundesozialgerichts folgt, bestehen für tarifgebundene Träger wesentlich bessere Aussichten, in Schiedsverfahren eine auskömmliche Vergütung zu erzielen. Angesichts der erhöhten Anforderungen an Begründung und Nachweise hat sich jedoch auch der Aufwand deutlich erhöht. Ein erfolgreiches Schiedsverfahren beginnt mit der sorgfältigen Erstellung der Kalkulation auf Basis der Kosten eines vergangenen Zeitraums, die bei Bedarf entsprechend belegt werden können.

Viele Details der Kalkulation, der Anforderungen an die Darstellung und Begründung sowie der Bemessung der kalkulatorischen Kosten werden erst nach und nach von Schiedsstellen und Gerichten geklärt werden.

Der Wettbewerb zwischen den Pflegeeinrichtungen führt allerdings teilweise dazu, dass Einrichtungen gar nicht alles durchsetzen wollen, was rechtlich durchsetzbar wäre, weil sie ansonsten Belegungsprobleme befürchten. Gegen diese Art des Wettbewerbs kann kaum etwas eingewendet werden, sie ist im Charakter der Pflegeversicherung als Teilsicherung angelegt. Die Zukunft wird zeigen, ob dies ein vorübergehendes Phänomen ist oder ob der Kostendruck dauerhaft bestehen bleibt, weil es – insbesondere nicht tarifgebundenen – Trägern dauerhaft gelingt, Pflegeleistungen preisgünstiger anzubieten.

Folgt eine Schiedsstelle den Vorgaben des Bundessozialgerichts nicht, so bleibt nichts anderes übrig, als den Klageweg zu beschreiten. Dieser wurde inzwischen zwar durch die erstinstanzliche Zuständigkeit der Landessozialgerichte verkürzt. Die Verfahrensdauer kann dennoch über mehrere Jahre erstrecken.