Umsetzung der Vorgaben des dritten Senats des BSG zum Wagniszuschlag

aus Sicht der Schiedsstellen

Friedrich-Johannes Graf von Pfeil
Präsident des Sozialgericht
Vorsitzender der Schiedsstelle nach §76 SGB XI
für die Länder Berlin und Sachsen-Anhalt

Regelung des §§ 84 Abs. 2 SGB XI in der seit dem 1. Januar 2017 geltenden Fassung

- Pflegesätze müssen leistungsgerecht sein (S. 1).

- Pflegesätze müssen e. Pflegeheim b. wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen (S. 4),
  - seine Aufwendungen zu finanzieren,
  - seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen,
  - unter **Berücksichtigung einer angemessenen Vergütung des Unternehmensrisikos**. Tarifgehälter können nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden; darüber hinausgehende Bezahlung bedarf eines sachlichen Grundes (S. 5 und 6)

- Überschüsse verbleiben beim Pflegeheim, Verluste sind von ihm zu tragen (S. 7).

- Der Grundsatz der Beitragsstabilität ist zu beachten (S. 8).

Gesetzlichliche Regelung bis 01. Januar 2017:

- die Pflegesätze müssen **leistungsgerecht** sein (§ 84 Abs 2 Satz 1 SGB XI),
- es einem Pflegeheim bei **wirtschaftlicher Betriebsführung** ermöglichen, seinen **Versorgungsauftrag** zu erfüllen (§ 84 Abs 2 Satz 4 SGB XI),
- **Überschüsse** verbleiben dem Pflegeheim; **Verluste** sind von ihm zu tragen. (§ 84 Abs 2 Satz 5 SGB XI),
- schließlich ist der Grundsatz der **Beitragsstabilität** zu beachten (§ 84 Abs 2 Satz 6 SGB XI).

Änderungen

- Ersten Pflegestärkungsgesetz (PSG I) vom 17. 12. 2014 (BGBl. I S. 2222) mit Wirkung vom 1. 1. 2015:
  - Präzisierung Wirtschaftlichkeitsgrundsatz in Abs. 2 Satz 5 =>
    Tarifbezahlung darf nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden
  - (aber jetzt auch erstmals normiert: entsprechenden Nachweispflichten des Heimträgers, Abs. 7 !!)

- 3. Pflegestärkungsgesetzes (BSG III) vom 23.12.2016 (BGBl. I 2016,3191) mit Wirkung zum 1.1.2017:
  - Sprachliche Neufassung der Berücksichtigung von Tariflöhnen in Pflegeheimen
  - Berücksichtigung des **angemessenen Unternehmerrisiko** als Teil der leistungsgerechten Vergütung

zentrale Begriff:

Leistungsgerechtigkeit

<u>Elemente der Leistungsgerechtigkeit:</u>

- Kosten (und zugebilligte Gewinn) der Einrichtung
  - Versorgungsaufwand, Erfüllung des Versorgungsauftrages, Gewinn und Verluste bei Einrichtungsträger
- Gebot der Wirtschaftlichkeit
- Gebot der Beitragssatzstabilität

Entwicklung der Rechtsprechung des BSG

BSG , Urteil v. 14.12.2000 - B 3 P 19/00 R

Allein maßgeblich der im externen Vergleich zu ermittelnde **Marktpreis** für Leistungen entsprechend Angebot und Qualitätsanforderungen

Nur wenn üblicher Marktpreis nicht ermittelt werden kann 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.“(BSG, Urteil vom 14.12.2000 – B 3 P 19/00 R –, juris Rn. 24).*

BSG Urteile v. 29.01.2009 - B 3 P 6/08 R, B 3 P 7/08, B 3 P 9/08 – juris

Modifizierter externer Vergleich

Nicht mehr der Marktpreis ist entscheidend, sondern 2-stufiges Verfahren: externer Vergleich:

1. schlüssige und plausible Erklärung der Kostenansätze und erwarteten Steigerung,
2. begehrte Pflegesätze sind im Verhältnis zu anderen – vergleichbaren – Pflegeeinrichtungen angemessen (externer Vergleich)

⇒ Je höher Pflegesatz, desto intensiver müsste Berücksichtigung eines Unternehmerrisikos begründet werden.

BSG, Urteil vom 16. Mai 2013 – B 3 P 2/13 R

- Dem externen Vergleich sind Vergütungsforderungen von Einrichtungen auch dann zu unterziehen, wenn sie ihre Beschäftigte nach Tarifvertrag vergüten.
- Der besonderen Bedeutung der Tarifbindung für die Bemessung der Pflegevergütung ist aber Rechnung zu tragen durch eine nur auf Ausnahmen beschränkte Kürzung der Personalaufwendungen.
- **Pauschale Zuschläge für unvorhersehbare und nicht näher konkretisierte Unternehmensrisiken stehen einer Pflegeeinrichtung nicht zu (juris, Rn. 25)**
- aber: Wenn der Einrichtungsträger ein Verlustrisiko tragen muss, muss die Pflegevergütung ihm auch die Möglichkeit bieten, Gewinne zu erzielen, § 84 Abs. 2 S. 5 HS 1 SGB XI.
- Dies kann entweder über festen umsatzbezogenen Prozentsatz oder über Auslastungsquote erfolgen

BSG, Urteil vom 26. September 2019 – B 3 P 1/18 R

- Beteiligung der Heimvertretung wird in den Vordergrund gestellt (hier kein Fall bekannt, in dem dies nicht geschähe, mit Sicherheit auch nicht in dem vom BSG entschiedenen Fall)
- Schiedsstelle überschreitet ihren Beurteilungsspielraum, weil Festsetzung einer Gewinnmarge zugunsten des Einrichtungsträgers völlig losgelöst sowohl von den kalkulatorischen Gestehungskosten als auch von einem externen Vergleich **offenkundig** mit dem Gesetz nicht vereinbar ist.
- Pflegesätze und Entgelte sind leistungsgerecht im Sinne von § 84 Abs. 2 S. 1 SGB XI, wenn
    1. die voraussichtlichen Gestehungskosten der Einrichtung bei wirtschaftlicher Betriebsführung die voraussichtlichen Gestehungskosten der Einrichtung unter Zuschlag einer angemessenen Vergütung ihres Unternehmerrisikos und eines etwaigen zusätzlichen persönlichen Arbeitseinsatzes sowie einer angemessenen Verzinsung ihres Eigenkapitals decken (plausible Darlegung),
    2. in einer angemessenen und nachprüfbaren Relation zu den Sätzen anderer vergleichbarer Einrichtungen stehen.

- Unstreitig gestellte Kosten muss Schiedsstelle dennoch auf Plausibilität überprüfen
- Gewinnmöglichkeit ist keine Tatsachenfrage, die unstreitig gestellt werden könnte, sondern muss von Schiedsstelle in eigener Verantwortung beurteilt werden.
- „*Schiedsstelle muss sich von der Plausibilität und der Nachvollziehbarkeit der prospektiv dargelegten Kostenkalkulation ein eigenes Bild machen und mindestens die wesentlichen Eckpunkte der Kostenstruktur der Einrichtung einer wertenden Betrachtung im Hinblick auf Gewinnmöglichkeiten unterziehen* (juris, Rn. 29)“

⇒ Gewinnmöglichkeit damit Teil der Plausibilitätsprüfung

- Gewinnmöglichkeit danach weiterhin über Auslastungsgrad möglich
- hierzu Ermittlung früherer Auslastungsgrad notwendig
- In jedem Fall **externer Vergleich** notwendig („*erst diese externe Vergleich bietet eine Orientierung an den Marktpreisen und bindet die geforderten Pflegesätze in einer Gesamtbetrachtung ein, die eine abschließende Bewertung der Wirtschaftlichkeit im Vergleich zu anderen Pflegeeinrichtungen ermöglicht* <juris Rn. 32>)

- BSG betont nochmals Amtsermittlungspflicht der Schiedsstelle nach § 20 SGB X.
- Danach dürfen Kostenansätze nicht unbesehen als unstreitig hingenommen werden.
- BSG begründet dies mit einer besonderen Gesamtverantwortung gerade im Hinblick auf die Heimbewohner.
- Allerdings muss die Schiedsstelle nicht regelmäßig ein Sachverständigengutachten einholen.
- *„Soweit die Schiedsstelle die Wirtschaftlichkeit einzelner Punkte der Kostenansätze der Leistungserbringer aufgrund eigener Sachkunde dennoch nicht zu beurteilen vermag, ist es ihr nicht verschlossen, hierzu einen Sachverständigen zu hören oder zu Einzelfragen ein Gutachten einzuholen. Dabei wird sie insbesondere Zeit- und Kostenaspekte in ihre Erwägungen dazu einfließen lassen. Dem Sachverständigen dürfen allerdings nicht die originär von der Schiedsstelle vorzunehmenden Bewertungen überlassen werden. Die in einer Gesamtbetrachtung vorzunehmende abschließende Beurteilung der Leistungsgerechtigkeit der festgesetzten Pflegesätze sowie die Angemessenheit der Entgelte für Unterkunft und Verpflegung ist allein Aufgabe der Schiedsstelle selbst und obliegt allein ihrem originären Verantwortungsbereich* (juris Rn. 35)“.

Aufgabe der Schiedsstelle

- Schiedsstelle ist kein Gericht.
- Schiedsstelle ist keine Preisfestsetzungsbehörde.
- Es bestehen erhebliche Zweifel, ob die Schiedsstelle entgegen der Rechtsbehauptung in der Rechtsprechung überhaupt eine Behörde ist.
- Schiedsstelle ist vielmehr ein Vertragshelfer:
  - Hinwirken auf einvernehmliche Regelung
  - getroffenen Regelungen müssen nicht die einzig sachlich vertretbare Regelung sein
  - getroffene Regelungen können auch Kompromisscharakter haben
  - Schiedsstellenverfahren hat daher meditative Züge.
- BSG verschiebt die Grenze von Vertragsautonomie (und Beibringungsgrundsatz) zur Amtsermittlung.
- Pflegesatzvereinbarung gerät damit zu einem bloßen Verwaltungsakt.

Beteiligung der Heimbewohner

- Vereinbarte oder festgesetzte Pflegesätze geltend für und gegen alle Heimbewohner der betroffenen Einrichtung.
- Aus vertragsrechtlicher Sicht dürfte der Abschluss einer Pflegesatzvereinbarung daher ein Vertrag zulasten Dritter sein.
- Dies wird durch Beteiligung der Interessenvertretung der Bewohnerinnen und Bewohner einer Einrichtung nach § 85 Abs. 3 S. 2 HS 2 SGB XI nicht geheilt.
- BSG nimmt daher eine treuhänderische Interessensvertretung der Pflegebedürftigen durch die Pflegekassen an (ständige Rechtsprechung, vergleiche BSG, Urteil vom 14.12.2000 – B 3 P 19/99 R –, juris.).
- Dabei ist besonders problematisch, dass die Interessen der Pflegekassen wegen gedeckter Heranziehung zu den Kosten eher gering sind.
- Sachsen-Anhalt: Durchschnittlich 30 % aller Heimbewohner sind sozialhilfebedürftig.
- Überörtlicher Sozialhilfeträger daher mittelbar schärfster Interessenvertreter der Heimbewohner.

Renditeerwartung in Pflegeimmobilien

https://www.pflege-kapitalanlage.de/

Investieren in Geldanlage Pflegeheim - Für hohe und sichere Renditen

Lukrative **Kapitalanlage** - Pflegeimmobilie Berlin Bernau

Pflegeimmobilien als Kapitalanlage - REEX real estate experts GmbH

Pflegeimmobilien: Die Kapitalanlage der Zukunft - Bremer Experten

Renditeversprechen zwischen 3,5% und 4,5 % aktuell

Begrifflichkeiten

- Unternehmerrisiko
- Gewinnzuschlag
- Wagniszuschlag
- Risikovergütung

- Keine Begründung des Gesetzgebers in der ab dem 1. Januar 2017 geltenden Fassung des § 84 SGB XI
- offensichtliche Übernahme der BSG Rechtsprechung
- BSG-Rechtsprechung begrifflich aber unklar in Bezug auf nicht zu berücksichtigendes Risiko und zu ermöglichenden Gewinn

Verwendung von Gewinn

- Soweit gemeinnützige Einrichtungen: Entnahme nicht möglich
- Gewinnabführung nur bei privaten Einrichtungsträgern
- Verwendung von Gewinnen für Investitionen im Sinne von § 82 Abs. 2-4 SGB XI landesabhängig
- Rücklagenbildung für Risiken?
- Wenn bei privaten Trägern Gewinne abgeführt werden, macht das den Pflegesatz im Nachhinein unwirtschaftlich?
- Wie hoch darf der Gewinn sein, um Interessen der Heimbewohner noch angemessen zu berücksichtigen?

- Hierauf gibt es keine klare Antwort.

  Umgang hiermit im Belieben jeder Schiedsstelle.

Outsourcing als Sonderproblem bei Bestimmung des Gewinns

- Nach BSG, Urteil vom 26. 9. 2019 (a.a.O., Rn 44) orientieren sich Entgelte für Unterkunft und Verpflegung im wesentlichen an den prospektiven Gestehungskosten, deutlich weniger an Marktpreisen einschließlich der Einpressen gesonderter Gewinnmargen (**leistungsgerechte Pflegesätze**, § 82 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI, versus **angemessene Entgelte**, §82 Abs. 1 Nr. 2 SGB XI).

- Große Einrichtungsträger übertragen entgeltrelevante Dienstleistungen häufig an Tochterunternehmen.
- Dadurch doppelte Berücksichtigung von Gewinnmöglichkeiten.
- Schiedsstellen sind nunmehr angehalten, dieses unter großer Steigerung des Aufwandes genauer zu prüfen.

Probleme der Amtsermittlung

- Bisher kein Schiedsstellenverfahren bekannt, in dem ein Sachverständigengutachten eingeholt worden ist.

- Problem Zeitfaktor:

  Unverzügliche Versetzung durch Schiedsstelle, in der Regel nach 3 Monaten, § 85 Abs. 5 S. 1 SGB XI

- Problem Kostenfaktor:

  Träger der Geschäftsstelle der Schiedsstelle müsste die Kosten tragen.

  Kostendeckung der Geschäftsstelle damit nicht mehr zu erreichen.

  Verteilung der verbleibenden Kosten auf beteiligte Verbände und Arbeitsgemeinschaften?

- Im Ergebnis:

  Unrealistische Erwartung in Möglichkeit der Einholung eines Gutachtens.

Problem externer Vergleich

Es kann nur verglichen werden, was miteinander vergleichbar ist.

Hierfür gibt es örtliche wie sächliche Kriterien.

Aus pruchpraktischer Sicht besteht die Gefahr der Zersplitterung von Vergleichsgruppen, die externen Vergleich de facto unmöglich machen.

Tarifverbindlichkeit ist dabei nur bedingt hilfreich:

Große Tarifgemeinschaften "kartellisieren" sich.

Fazit

- BSG-Entscheidung vom 6. 20. 9. 2019 nimmt die Interessen der immer stärker in Anspruch genommenen Heimbewohner in den Blick
- Weiterhin Festhalten an marktorientiertem Versorgungskonzept
- Gewinne werden nicht ausgeschlossen, aber in eine sozialstaatliche Verantwortung einbezogen
- Fraglich bleibt, inwieweit durch die Betonung des Amtsermittlungsgrundsatzes der Entscheidungsspielraum der Schiedsstellen weg von der Figur des Vertragshelfer hin zu einer Preisfestsetzungsbehörde stärker eingeengt ist.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!