

Steffen Mälzer

Das Recht der Vergütungsvereinbarungen der stationären Altenpflege nach §§ 84, 85 SGB XI

Die Änderungen des gesetzgeberischen Ausgangsmodells unter besonderer Berücksichtigung der Bestimmung des angemessenen Zuschlags für das Unternehmerrisiko



Nomos

Band 65

Schriften zum Sozialrecht

hervorgegangen aus den von Prof. Dr. Ulrich Becker begründeten
„Schriften zum deutschen und europäischen Sozialrecht“

Herausgegeben von

Prof. Dr. Peter Axer | Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. | Prof. Dr. Karl-Jürgen
Bieback | Prof. Dr. Winfried Boecken | Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf |
Prof. Dr. Hermann Butzer | Prof. Dr. Ulrike Davy | Prof. Dr. Ingwer Ebsen |
Prof. Dr. Dr. h.c. Eberhard Eichenhofer | Prof. Dr. Maximilian Fuchs | Prof.
Dr. Richard Giesen | Prof. Dr. Alexander Graser | Prof. Dr. Stefan Greiner |
Prof. Dr. Andreas Hänlein | Prof. Dr. Friedhelm Hase | Prof. Dr. Timo Hebel |
Prof. Dr. Hans Michael Heinig | Prof. Dr. Stefan Huster | Prof. Dr. Gerhard Igl |
Prof. Dr. Constanze Janda | Prof. Dr. Jacob Jousen | Prof. Dr. Markus
Kaltenborn | Prof. Dr. Thorsten Kingreen | Prof. Dr. Wolfhard Kohte | Prof.
Dr. Katharina von Koppenfels-Spies | Prof. Dr. Heinrich Lang | Prof. Dr. Elmar
Mand | Prof. Dr. Johannes Munder | Prof. Dr. Katja Nebe | Prof. Dr. Ulrich Preis |
Prof. Dr. Stephan Rixen | Prof. Dr. Christian Rolfs | Prof. Dr. Reimund
Schmidt-De Caluwe | Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer | Prof. Dr. Felipe
Temming | Prof. Dr. Astrid Wallrabenstein | Prof. Dr. Raimund Waltermann |
Prof. Dr. Felix Welti

Steffen Mälzer

**Das Recht der Vergütungsvereinbarungen
der stationären Altenpflege nach
§§ 84, 85 SGB XI**

Die Änderungen des gesetzgeberischen Ausgangsmodells unter besonderer Berücksichtigung der Bestimmung des angemessenen Zuschlags für das Unternehmerrisiko



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Halle-Wittenberg, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8976-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-3314-4 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im August 2021 von der Juristischen Fakultät der Universität Halle-Wittenberg als Dissertation angenommen.

Begonnen wurde die Arbeit im Jahre 2010. Die Dissertation schrieb ich neben meiner beruflichen Tätigkeit als Rechtsanwalt; daher die nahezu zehnjährige Bearbeitung. Die Dauer der Bearbeitungszeit führt zu dem besonderen Moment, dass ich Entwicklungen des Pflegesatzrechts aufzeigen konnte und nicht nur einen kurzen Ausschnitt zu einem Stichtag. Praktische Erfahrungen aus vielen Schiedsverfahren, in denen ich Einrichtungen vertrat, konnte ich einbringen als auch einen praxisbezogenen Blick auf die gesetzgeberischen Änderungen werfen.

Großer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Wolfhardt Kohte, der geduldig die Arbeit betreute und mich dazu brachte, die Arbeit zu vollenden. Weiteren überobligatorischen Dank schulde ich Herrn Prof. Dr. Kohte, der unter den Besonderheiten der Corona-Pandemie den Abschluss des Verfahrens ermöglichte. Gleicher Dank gilt Frau Dr. Schubert vom Dekanat der Universität Halle-Witteberg, mit deren Hilfe es gelang unter den besonderen Bedingungen das Rigorosum durchzuführen. Dafür danke ich auch Frau Prof. Dr. Katja Nebe und Herr Prof. Dr. Schmidt-De Caluwe.

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel: Die Vergütung von stationären Pflegeleistungen vor dem Inkrafttreten des SGB XI	17
A. Die Situation vor dem Bundessozialhilfegesetz 1961	17
B. Das Bundessozialhilfegesetz (BSHG) von 1961	18
I. Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis	19
1. Die Rechtsbeziehung zwischen dem Sozialhilfeträger und dem Sozialhilfeempfänger	19
2. Die Rechtsbeziehung zwischen Heimbewohner und Heimträger	20
3. Das Rechtsverhältnis des Sozialhilfeträgers zum Heimträger	20
II. Prinzipien des BSHG	21
1. Die Gewährleistungspflicht nach § 93 Abs. 1 BSHG	21
2. Das Individualisierungs- und Bedarfsdeckungsprinzip, § 3 Abs. 1 BSHG	21
3. Das Wunsch- und Wahlrecht und der Mehrkostenvorbehalt nach § 3 Abs. 2 BSHG	22
4. Die Vorrangregelung des § 10 Abs. 4 BSHG	22
C. Das Recht der Pflegesätze in Form des Haushaltbegleitgesetzes 1984	23
I. Der Weg zum Haushaltbegleitgesetz – Angebotssteuerung durch Bedarfsprüfung?	23
1. Hintergrund	23
2. Zur Entstehungsgeschichte des Haushaltbegleitgesetzes 1984	26
3. Die neuen Regelungen	28
II. Übersicht über die Regelungen auf Landesebene	30
1. Pflegesatzrahmenvereinbarung und Pflegesatzvereinbarungen	30
2. Pflegesatzrahmenvereinbarungen	31
3. Pflegesatzvereinbarung/Einzelvereinbarung	32
a. Typ A allgemeiner Pflegesatz/Normal-/Pauschalpflegesatz	32
b. Typ B Sonderpflegesatz/Einzelpflegesatz	33

Inhaltsverzeichnis

c.	Bedeutung der Vereinbarung	33
4.	Inhaltliche Regelung der Pflegesatzrahmenvereinbarung	33
a.	Bindung der Einrichtungen	33
b.	Die Pflegesatzkommission	34
c.	Arten der Einrichtungen	34
d.	Vereinbarungs- und Selbstkostendeckungsprinzip	35
e.	Spitzabrechnung	36
f.	Differenzierungsverbot	37
g.	Kostenarten	37
h.	Kalkulatorische Positionen	39
(1)	Kalkulatorische Abschreibungen	39
(2)	Fremdkapital- und Eigenkapitalverzinsung	40
(3)	Instandhaltung	41
(4)	kalkulatorischer Unternehmerlohn	41
(5)	kalkulatorische Wagnisse	42
i.	Das Risiko der Unterbelegung – Bettengeld/ Kapazitätsauslastungsgrade	42
(1)	Platzgebühr/Platzgeld (Abwesenheitsvergütung)	42
(2)	Vereinbarung eines Kapazitätsausnutzungsgrades	42
j.	Unterscheidung nach Stufen der Pflegebedürftigkeit	43
k.	Der Pflegesatz als Tagespauschale	44
D.	Der „wirtschaftliche“ Preis - Die Grundsätze der Sparsamkeit, Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit als Mittel der Kostendämpfung	45
I.	Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Anspruch auf Abschluss einer Vereinbarung	45
II.	Die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit des § 93 Abs. 2 BSHG	46
1.	Wirtschaftlichkeit	46
2.	Sparsamkeitsgebot	47
3.	Leistungsfähigkeit	47
4.	„Kostenbremse“ Missverhältnis nach § 4 Abs. 3 HeimG a.F.	48
III.	Verpflichtung zu inhaltlichen Regelungen durch das Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms (FKPG)	48

IV. Leistungsgerechtigkeit und Prospektive Entgelte – Änderungen durch das Zweite Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms (2.SKWPG)	50
1. Motiv des Gesetzgebers	50
2. Umstellung auf prospektive Pflegesätze und der Ausschluss von Ausgleichen	51
3. Merkmal der Leistungsgerechtigkeit	53
4. Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsprüfung	54
5. Beschränkung des Wunsch- und Wahlrechts – Einschränkung des Individualanspruchs	54
6. Errichtung einer Schiedsstelle nach § 93 Abs. 3 Satz 2 BSHG	55
E. Das Selbstkostendeckungsprinzip	56
I. Selbstkostendeckung und Wirtschaftlichkeit vor dem 2. SKWPG - Abschied vom Selbstkostendeckungsprinzip?	56
II. Gewinn und Eigenkapitalverzinsung	58
1. Vereinbarkeit mit der Selbstkostendeckung	59
2. Gewinn und die Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit	62
III. Zu den Prüfrechten und Auskunftspflichten	65
1. Regelungen in den Ländern	65
2. Ableitung aus dem Selbstkostendeckungsprinzip	67
F. Der Vergleich als Maßstab der Wirtschaftlichkeit	69
I. Der Mehrkostenvorbehalt und die inzidente Prüfung der Grundsätze als interner Vergleich	70
II. Der externe Vergleich	71
III. Der Vergleichsmaßstab	72
1. Vergleichsparameter	72
2. Ungleichgewicht im Vergleich durch Subventionierung	74
G. Zusammenfassung	75
Zweites Kapitel: Entstehungsgeschichte des Pflegeversicherungsgesetzes	78
I. Sozialversicherungsrechtliche Lösung	78
II. Stufenweises Inkrafttreten und Überleitung der Vergütung	81

Inhaltsverzeichnis

Drittes Kapitel: Prinzipien des Vergütungsrechts nach SGB XI – Die gesetzliche Ausgestaltung der Pflegesatzfindung	83
A. Die Pflegeversicherung als „Teilkaskoversicherung“	83
I. Die Pflegeversicherung im System der Sozialversicherung	83
II. Sicherstellungsauftrag, Wirtschaftlichkeitsgebot und das Sachleistungsprinzip	84
III. Bedarfsgerechtigkeit	86
B. Das gesetzgeberische Modell des Pflegemarkts	86
I. Möglichkeiten der Beschaffung von Sozialleistungen durch den Staat	87
II. Struktur des Modells „Pflegemarkt“	87
1. Vereinbarungsprinzip/Individualprinzip nach § 85 Abs. 1 SGB XI	88
2. Prospektivität und der Ausschluss von Ausgleichen; Abkehr von der Selbstkostendeckung	93
3. Keine Zulassungsbeschränkung, § 72 Abs. 3 SGB XI	94
4. Die Schiedsstelle nach § 76 SGB XI	94
III. Der ideale Markt	95
1. Elemente des Marktes	95
2. Nachfrageseite	96
a. Aufspaltung der Nachfrageseite durch das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis und das Sachleistungsprinzip	96
b. Kartell auf der Nachfrageseite	97
c. Gibt es eine preisreagible Nachfrage durch die Pflegebedürftigen?	97
d. Homogenität	99
3. Die Förderung der Investitionskosten nach § 9 SGB XI als wettbewerbsverzerrender Faktor	99
a. Exkurs: Die duale Finanzierung und die Infrastrukturverantwortlichkeit der Länder nach § 9 SGB XI	100
b. Wettbewerbsneutralität und Verbot der Angebotssteuerung	101
IV. Kein Markt aber Wettbewerb	102
1. Auswirkung auf die Vertragsautonomie - Verhandlungsungleichgewicht	102
2. Marktsimulation	104

V. Zusammenfassung	106
Viertes Kapitel: Die Pflegesatzvereinbarung, § 85 SGB XI	109
A. Pflegesatzvereinbarungen und die Bestandteile des Pflegesatzes	109
I. Der Pflegesatz, die Pflegesatzvereinbarung und das Gesamtheimentgelt	109
II. Bestandteile der Pflegesatzvereinbarung	110
1. Die Pflegevergütung, § 82 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB XI	110
a. allgemeine Pflegeleistungen/pflegebedingte Aufwendungen	110
b. Medizinische Behandlungspflege	111
c. Verbrauchsgüter	112
d. Zuschläge zum Pflegesatz bei erheblichem Betreuungsbedarf, § 84 Abs. 8 SGB XI und für zusätzliche Pflegehilfskräfte nach § 84 Abs. 9 SGB XI.	112
e. Ausbildungumlage, § 82 a SGB XI	113
2. Kostenträger des Pflegesatzes	113
3. Entgelte der Unterkunft und Verpflegung §§ 82 Abs. 1 Nr. 2, 87 SGB XI	114
a. Inhalt	114
b. Kostenträger	115
c. Angemessenheit der Entgelte	115
III. Investitionskosten, § 82 Absätze 3 und 4 SGB XI	116
IV. Zusatzleistungen § 88 SGB XI	116
B. Materiell-rechtliche Vorgaben – Leistungsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit	118
I. Zur Wirtschaftlichkeit, § 84 Abs. 2 Satz 4 SGB XI	118
II. Zur Leistungsgerechtigkeit, § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI	119
1. Differenzierung nach Pflegegraden	119
2. Gestehungskosten als Untergrenze	123
3. Leistungsbezogene Vergütung kontra Standard	123
4. Leistungsgerechtigkeit und qualitätsabhängige Vergütung	125
5. Gleiches Entgelt für gleiche Leistung – Pflegeleistung als homogenes Gut?	128
6. Exkurs: Das Standardpflegesatzmodell	128
7. Ein Rest von Wettbewerb	130
III. Beitragssatzstabilität § 84 Abs. Satz 8 SGB XI	132
IV. Das Differenzierungsverbot nach § 84 Abs. 3, 4 S. 2 SGB XI	132

Inhaltsverzeichnis

V. Zwischenfazit	133
Fünftes Kapitel: Der externe Vergleich – „Methode der Wahl“ oder gesetzlich bestimmt?	134
A. Zum externen Vergleich der Rechtsprechung bis zur Entscheidung des BSG im Jahre 2009	134
I. Das „Marktpreisurteil“ des BSG vom 14.02.2000	135
II. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 01.12.1998– der marktgerechte Preis	136
III. Zur Kritik am Marktpreis und marktgerechtem Preis	137
1. Zur Bandbreite und zum Durchschnittspreis	138
2. Interner Vergleich als gesetzeskonformere Variante?	142
IV. Externer Vergleich und Zirkelschluss	144
V. Zwischenfazit	145
VI. Gesetzliche Änderungen nach der Marktpreisentscheidung	146
1. Die Leistungs- und Qualitätsvereinbarung nach § 80 a SGB XI durch das Pflegequalitätssicherungsgesetz (PQSG)	146
2. Änderungen durch das Pflege-Weiterentwicklungsgesetz (PflegeWEG)	147
a. Zu den Leistungs- und Qualitätsmerkmalen nach § 84 Abs. 5 SGB XI	147
b. Der externe Vergleich als Methode der Wahl	148
c. Ortsübliches Gehalt	150
B. Die Entscheidungen des BSG vom 29.01.2009 zum externen Vergleich	151
I. Die Abkehr von der Marktpreisentscheidung	152
II. Prüfschema – zwei Stufen der Pflegesatzfindung	153
1. Erste Stufe: Plausibilisierung der Gestehungskosten; Auskunftsverpflichtung	153
2. Zweite Stufe: modifizierter externer Vergleich als Wirtschaftlichkeitsprüfung	154
3. Zur Vergleichsgruppenbildung	156
C. Auswirkungen	156
I. Paradigmenwechsel	156
II. Vergleichsparameter	158
III. Vergleich einzelner Positionen oder des gesamten Pflegesatzes	160

IV. Personalkosten und Tarif: Wirtschaftlichkeit kraft Fiktion –auf dem Weg zur Tarifbindung	160
V. Externer Vergleich und Qualität	168
VI. Kürzungen	170
VII. Besonderheiten für einen höheren Satz	172
VIII. Grenze nach Oben – die Angemessenheit der Steigerung oder des gesamten Pflegesatzes?	173
IX. Die Drittellösung als Maß von Wirtschaftlichkeit	174
X. Exkurs: Investitionskosten und externer Vergleich	175
XI. Zwischenfazit	177
Sechstes Kapitel: Plausibilisierungs- und Offenbarungspflichten	180
I. Ausgangslage	180
1. Regelverfahren nach § 85 Abs. 3 S. 2 SGB XI	181
2. Das gesteigerte Nachweisverfahren nach den Sätzen 3-5: der Einzelfall	182
II. Von Anfang an keine Einheitlichkeit in der Auslegung	183
III. Das BSG zur Plausibilität und zum Nachweisverfahren	185
IV. Umsetzungsschwierigkeiten	187
1. Die Kalkulationsblätter der Landespflegesatzkommissionen nach § 86 SGB XI	187
2. Zum Begriff der Plausibilität	188
3. Substantiiertes Erschüttern und die Vermutung der Richtigkeit der Vorvereinbarung	190
4. Plausibilität und unteres Drittel.	193
5. Plausibilität und die Personalkosten	193
V. Änderungen durch die Pflegestärkungsgesetze und Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetz: Nachweis der Zahlung	195
1. Erstes Pflegestärkungsgesetz: Wirtschaftlichkeitsfiktion bei tarifzahlenden Einrichtungen	195
2. Drittes Pflegestärkungsgesetz	196
a. Erweiterung der Wirtschaftlichkeitsfiktion auf nichttarifgebundene Einrichtungen	196
b. Erweiterung der Vorlageverpflichtung in der Pflegesatzverhandlung	197
3. Das Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetz	198
4. Einordnung der gesetzlichen Änderungen	198
VI. Bewertung	200

Inhaltsverzeichnis

Siebentes Kapitel: Die angemessene Vergütung des Unternehmerrisikos	204
A. „Überschüsse verbleiben beim Pflegeheim“, § 84 Abs. 2 S. 7 SGB XI	204
B. Unternehmerlohn	208
C. Eigenkapitalverzinsung	209
I. Abbildung über die Investitionskosten	209
II. Ausschluss der Eigenkapitalverzinsung über die Investitionskosten: die BSG-Entscheidung vom 8. September 2011	209
III. Neuregelung durch den Gesetzgeber	211
1. Kapitalkosten § 82 Abs. 2 Nr. 1 SGB XI	213
2. Überschuss über die Belegungsquote?	214
3. Überschuss bei den Instandhaltungen?	214
4. Grundstücks- und Erschließungskosten § 82 Abs. 2 Nr. 2 SGB XI	216
IV. Zusammenfassung	217
D. Unternehmerrisiko	218
I. Das Urteil des BSG vom 16.05.2013	218
II. Spruchpraxis der Schiedsstellen	220
III. Zur Rechtsprechung	223
E. Begriffliche und inhaltliche Bestimmung	225
I. Gesetzgeberische Begründung	225
II. Zur Methode	226
III. Semantische Bestimmung	229
IV. Der Begriff des Gewinns in anderen Rechtskreisen	231
V. Der Grundsatz der gewinnorientierten Einrichtung	232
VI. Exkurs: Das kommunale Ertragsprinzip	235
VII. Gewinn, Risiko und Wagnis in der betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung	236
1. Anderskosten	237
2. Zusatzkosten	238
VIII. Typische Risiken einer Pflegeeinrichtung	239
IX. Risiken der Vergangenheit und Prospektivität	240
X. Auslastungsquote und Nettoeffekt	242
F. Ansätze	244
I. Gesetzliche Zinsen	245
1. Der Verzugszins nach § 44 Abs. 1 SGB I	245

2. Der Verzugszins des § 288 BGB	247
3. Die Verzinsung nach § 238 AO	249
4. Übertragbarkeit	250
II. Das öffentliche Preisrecht: Die Verordnung PR Nr 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen (PreisV 30/53)	251
1. Kosten	253
a. Kapitalkosten	253
b. Einzelwagnisse	253
2. Allgemeines Unternehmerwagnis: der kalkulatorische Gewinn	254
3. Übertragbarkeit des Rechtsgedankens	255
III. Daseinsvorsorge: Gas- und Stromversorger	258
1. Zusammensetzung des Netzentgelts und die Eigenkapitalverzinsung	260
2. Exkurs: Das Capital Asset Pricing Model (CAPM)	261
a. Der risikolose Zinssatz	262
b. Der Risikozuschlag	262
(1) Die Marktrisikoprämie	262
(2) Der Risikofaktor (Beta-Faktor)	263
3. Die Bestimmung der Eigenkapitalverzinsung	264
a. Der risikolose Basiszins- Die Umlaufrendite nach § 7 Abs. 4 S. 1 GasNEV	265
b. Der Risikozuschlag - Der angemessene Zuschlag zur Abdeckung netzbetriebsspezifischer unternehmerischer Wagnisse nach § 7 Abs. 5 GasNEV:	266
4. Übertragbarkeit	269
IV. Öffentlicher Wohnungsbau - 2. Berechnungsverordnung (II. BV)	272
V. Betriebswirtschaftlich-wertender Ansatz	274
1. Ableitung aus der Betriebswirtschaft: Branchenunabhängiges und branchenspezifisches Risiko	274
a. Branchenunabhängiges Risiko – die Marktrisikoprämie	275
b. Branchenspezifischer Teil- der Beta-Branchenfaktor	276
2. Einzelrisiken als Gestehtungskosten	277
3. Ergebnis	277
4. Übertragbarkeit	277
VI. Das Bundesarbeitsgericht und die Eigenkapitalverzinsung	279

Inhaltsverzeichnis

VII. Zusammenfassung	281
1. Unternehmerrisiko und Eigenkapitalverzinsung	281
2. Ableitungen	283
3. Die Referenz: Gesamtumsatz als Bezugsgröße	283
4. Einzelrisiken	285
a. Glättung	285
b. Pauschalierung als Moment von Wettbewerb	286
5. Möglichkeiten der Vereinfachung	287
a. Direkte Anlehnung an die Umsatzrendite	287
b. Überschüsse der Vergangenheit	289
6. Zum Begriff der Angemessenheit	291
a. Zu- oder Abschläge	291
b. Feinsteuerung in Relation zur Größe	294
7. Auswirkungen	294
Achtes Kapitel: Die Schiedsstelle nach § 76 SGB XI	298
A. Zum Wesen und zur Funktion der Schiedsstelle nach § 76 SGB XI	298
B. Verfahrensgrundsätze	301
I. Beschleunigungsgrundsatz § 85 Abs. 5 S. 1 SGB XI	301
II. Rückwirkungsverbot, § 85 Abs. 6 S. 2 SGB XI	302
III. Eingeschränkte Amtsermittlung	302
IV. Rechtliches Gehör	305
V. Zur Rechtsnatur der Schiedssprüche und zum Rechtsschutz	305
C. Kontrolldichte der Gerichte: der gerichtsfreie Beurteilungsspielraum	306
I. Der Beurteilungsspielraum in der Kritik	306
II. Der Beurteilungsspielraum in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung	310
III. Bindung der Schiedsstelle durch Rahmenverträge und Vereinbarungen der Pflegesatzkommissionen	311
IV. Fazit	312
Neuntes Kapitel: Fazit und Perspektive	315
Literaturverzeichnis	323