Sozialgericht hat Chancen nur bedingt genutzt

Am 19. April 2023 hat sich das Bundessozialgericht in drei Revisionsverfahren zu zentralen Pflegesatzthemen im SGB XI – wie Plausibilität, Risikozuschlag und externer Vergleich –erneut positioniert. Allerdings hat das Gericht dabei die Chance nur bedingt genutzt, den Wildwuchs an fragwürdigen Datenerhebungen zu begrenzen.

Text: Nicola Dissel-Schneider

In punkto Plausibilität und Prüfumfang der Schiedsstelle hält das Bundessozialgericht (BSG) weiterhin daran fest, dass sich die Schiedsstelle über die Angemessenheit der Vergütungssätze eine eigene Überzeugung verschaffen muss. Dies gilt auch in den Fällen, in denen der Sozialhilfeträger die sogenannte kleine Schiedsstelle anruft, die nur aus den unparteiischen Mitgliedern besteht. Dies ist problematisch, da bei der Besetzung der Posten der neutralen Schiedsstellenmitgliedern gerade nicht ihre Fachkompetenz und Erfahrung im Bereich der Bewertung von Kosten, Eintrittswahrscheinlichkeit von Risiken im Vordergrund steht, sondern ihr Schlichtungsauftrag. Lediglich in den Fällen, in denen die Parteien nachweislich im Vorfeld über Kosten verhandelt und sich in einzelnen Punkten geeinigt haben, genügt es nach Auffassung des BSG, wenn die Schiedsstelle die geführten Verhandlungen als ausreichend bewertet und sich für die Schiedsstelle keine Zweifel über die Angemessenheit der geeinigten Kosten ergeben.

Bei eigenen Zweifeln aus Gesichtspunkten heraus, die die Pflegesatzparteien nicht zum Gegenstand der Verhandlung und Einigung gemacht haben, bleibt jedoch die Pflicht der Schiedsstelle, diese Punkte selbst zu ermitteln.

Ferner fordert das BSG von der Schiedsstelle, bei Fragen oder Zweifeln über die Plausibilität von Kostenansätzen die Parteien darüber zu informieren, anhand welcher Daten bzw. Dokumente die Schiedsstelle ihre Wertungen zur Angemessenheit von Kosten und Eintrittswahrscheinlichkeit von Risiken festmachen will. Dabei hat sie aktiv die von ihr für erforderlich gehaltenen Daten bzw. Dokumente – sowohl vom Einrichtungsträger als auch von Kostenträger – anzufordern, anhand derer sie ihre Rückschlüsse festmachen will.

Um die Angemessenheit von Kosten zu bewerten, benötigt die Schiedsstelle Vergleichsdaten – und diese können nur die Kostenträger darlegen

Wichtig ist dabei die Unterscheidung zwischen der Plausibilität von Tatsachen im Unterschied zu Prognosen: Die Träger können nur Tatsachen plausibilisieren, aber nicht Prognosen. Sie können die Tatsachen belegen, auf die sie ihre eigene Prognose stützten – z. B. Kostensteigerung in Höhe der Entwicklung des aktuellen Verbraucherpreisindex – aber ob der Verbraucherpreis tatsächlich in Höhe dieser Schätzung steigt, ist keine zu plausibilisierende Tatsache, sondern eine Prognose.

Diese Notwendigkeit – und fehlende Fähigkeit, Tatsachen zu bewerten, ist keine Frage einer fehlenden Plausibilität auf Seiten der Träger, sondern der (fehlenden) Fachkompetenz und des (fehlenden) Mutes der Schiedsstellenmitglieder, Fakten zu bewerten und sich selbst festzulegen, an welchen Fakten die eigenen Prognosen festgemacht werden sollen.

Daten sind vo beiden Pflegsatzparteien einzufordern

Zudem betonte das BSG, dass die erforderlichen Daten von beiden Pflegesatzparteien einzufordern seien. Es ist nicht allein der Einrichtungsträger, der Daten offenlegen muss, sondern die Partei, die über die maßgeblichen Daten verfügt bzw. verfügen muss. Um die Angemessenheit von Kosten zu bewerten, benötigt die Schiedsstelle Vergleichsdaten. Diese Daten können nur die Kostenträger darlegen, dazu genügen allein die Daten des Einrichtungsträgers aus der Vergangenheit nicht.

Dieser Aspekt wird von den Schiedsstellen bislang verkannt – und von den Kostenträgern ignoriert.

Das BSG hält daran fest, dass der Schiedsstelle in diesem Punkt ein sehr weiter Ermessensspielraum zusteht, der gerichtlich nur sehr eingeschränkt überprüft wird. Faktisch läuft die Entscheidung darauf hinaus, dass nur solche Dokumente nicht vorgelegt werden müssen, die offensichtlich willkürlich angefordert werden.

Das BSG hat aber zu der zentralen Frage keine Stellung genommen, ob die immer wieder geforderten Nachweise von Personalkosten der Vergangenheit

Die Schiedsstelle hat aktiv die von ihr für erforderlich gehaltenen Daten bzw. Dokumente – sowohl vom Einrichtungsträger als auch von Kostenträgern – anzufordern, anhand derer sie ihre Rückschlüsse festmachen will, entscheidet das BSG.

Foto: Photoalto/Vincent Hazat

durch die Gesetzesänderung des § 84 Abs. 7a SGB X und das Nachweisverfahren nach § 84 Abs. 7 SGB XI überhaupt noch zu den Daten zählen, die für die Plausibilisierung der Kosten des kommenden Pflegesatzzeitraums geeignet sind und somit angefordert werden dürfen.

Das neu veröffentlichte regional übliche Entgelt, das ein Träger zum Gegenstand des Pflegesatzantrags macht, wird nicht dadurch „unplausibel" oder „unangemessen", wenn er im vergangenen Zeitraum das seinerzeit vereinbarte Entgelt nicht gezahlt hätte. Für die Frage, ob der Träger die Anforderungen nach § 84 Abs. 7a SGB XI in der Vergangenheit eingehalten hat, gibt es ein eigenständiges Verfahren. Der Praxis der Kostenträger, dieses Verfahren in jede Pflegesatzverhandlung zu integrieren und dadurch die Verhandlungen zu verlängern, statt das dafür zuständige Verfahren zu nutzen, hat das BSG in der mündlichen Verhandlung keinen Riegel vorgeschoben.

Appell an Träger: Schiedsstellenmitglieder verstärkt schulen

An dieser Stelle ein eindringlicher Appell an die Trägerverbände, verstärkt ihre Schiedsstellenmitglieder darin zu schulen,

- tatsächlich geeignete Daten anzufordern und
- dabei genau zu unterscheiden: was sind die zu belegenden Fakten, die die Grundlage der zu treffenden Prognose sein sollen und die Schiedsstellenmitglieder zu sensibilisieren, das Tabu zu brechen, von den Kostenträgern keine Nachweise zu fordern.

Die Schiedsstellen erhalten nur dann die Kompetenz, die Angemessenheit von Kosten und die Eintrittswahrscheinlichkeit von Risiken zu bewerten, wenn sie Vergleichsdaten anfordern. Über diese verfügen nur die Kostenträger. Das BSG hat bereits in vorangegangenen Entscheidungen betont, dass die Kostenträger die Pflicht haben, sich Marktkenntnisse zu verschaffen und es nicht die Aufgabe der Schiedsstellen ist, Ermittlungen nachzuholen, die die Kostenträger verweigern, durchzuführen (BSG 29.1.2009 (B 3 P 6/08), 7.10.2015 (B 8 SO 21/14 R).
Die Kostenträger können aber nur dann dazu bewegt werden, die ihnen zur Verfügung stehenden Vergleichsdaten strukturiert zusammen zu stellen und offen zu legen, wenn die Schiedsstellen endlich den Mut aufbringen, von den Kostenträgern derartige Nachweise einzufordern.

Das System aus Schleswig-Holstein in 2019 ist das erste System zur Findung eines Risikozuschlags, das vom BSG als zulässig erachtet wurde

Risikozuschlag SGB XI am Beispiel Schleswig-Holstein

Die Schiedsstelle SGB XI von Schleswig-Holstein hatte im Jahr 2019 unter dem damaligen Vorsitzenden Prof. Dr. Weiß ein System zur Bemessung des Risikozuschlags entwickelt. Die Basis bildete ein pauschaler Risikoansatz von 4,96 Prozent, der um individuell von den Parteien vorzutragende und zu belegende Zu- und Abschläge angepasst werden sollte. Die Schiedsstelle betonte in ihren ersten Entscheidungen die

Darlegungslast der Pflegesatzparteien: Abschläge vom Basisansatz wurden vorgenommen, wenn die Kostenträger hierzu Argumente vortrugen – z. B. in welcher Höhe Risiken bereits vorab beziffert und den angebotenen/geeinigten Kosten berücksichtigt wurden. Um Zuschläge zu erhalten, musste der Träger die Eintrittswahrscheinlichkeit von Risiken und die Auswirkung der Höhe der Risiken plausibilisieren.

Die Schiedsstelle hatte dabei von Beginn an betont, dass sie davon ausgeht, dass dieses System eines pauschalen Risikoansatzes mit individuellen Ab- und Zuschlägen dazu führt, dass sich die Ausgangsbasis verändert und deshalb dieses System nicht zu einem garantierten Risikozuschlag führt. Diese Prognose sah sie in späteren Verfahren als bestätigt an.

Darüber hinaus sah die Schiedsstelle in den Fällen, in denen die tatsächliche Auslastung des Trägers über der Kalkulationsauslastung lag (Schleswig-Holstein 96 Prozent), ein Gewinnpotenzial, das sie in Form eines pauschalen Abschlags wiederum in Abzug brachte. Dieses System brachte die Schiedsstelle auf folgende Formel:

1. Geeinigte/bestimmte Gesamtkosten für allgemeine Pflegeleistungen (Pflegevergütung) = Basis
2. Basis x 4,96 Prozent = Basiszuschlag
3. Korrektur durch individuelle Zu- und Abschläge nach den Darlegungen der Pflegesatzparteien
4. Abzüglich: Möglicher/erwarteter Gewinn aus allgemeinen Pflegeleistungen gemäß des Vergütungsantrags aus einer Überschreitung der Kalkulationsauslastung von 96 Prozent in Euro = absolute Summe Gewinnzuschlag in Euro
5. Umrechnung in Prozent auf Umsatz der allgemeinen Pflegeleistungen (Pflegevergütung) = Gewinnzuschlag (Pflegevergütung) in Prozent.

Das BSG betont mündlich, dass auch in den Entgelten für Unterkunft und Verpflegung Risiken berücksichtigt werden müssen

Das BSG hat bestätigt, dass diese abgestufte Findung eines Risikozuschlags dem Grunde nach rechtlich nicht zu beanstanden ist.

Das System der Schiedsstelle SGB XI von Schleswig-Holstein aus dem Jahr 2019 ist damit zugleich das erste System zur Findung eines Risikozuschlags, das vom BSG als zulässig erachtet wurde.

Die Schiedsstelle hatte es jedoch seinerzeit unterlassen, die daraus entwickelten Entgelte über einen externen Vergleich auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen. Allein aufgrund des fehlenden externen Vergleichs hob das BSG diese beiden Schiedssprüche auf.

Im Zusammenhang mit dem Risikozuschlag betonte das BSG erneut, dass die Kalkulationsauslastung auf realistischen Auslastungsgraden beruhen müsse.

An dieser Stelle ein Appell an die Trägerverbände, Daten ihrer Mitglieder zu aktuellen tatsächlichen Auslastungen zu erheben, um sie ihren Mitgliedern für ihre Pflegesatzverhandlungen zur Verfügung zu stellen und um die eigenen Schiedsstellenmitglieder in die Lage zu versetzen, diesen Aspekt direkt in die Verhandlungen der Schiedsstelle einfließen zu lassen.

Ein weiteres Thema war die Frage des Risikozuschlags im Bereich der Entgelte für Unterkunft und Verpflegung: Bereits in seiner Entscheidung vom 8.12.2022 (B 8 SO 8/20R) hatte das BSG für die Entgeltbestandteile der Grund- und Maßnahmenpauschale nach § 75 SGB XII betont, dass in diese auch die allgemeinen Unternehmer- und Verlustrisiken einfließen müs-sen, obwohl das SGB XII keine Regelung enthält, die § 84 Abs. 2 S. 4 SGB XI entspricht.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 19.5.2023 betonte das BSG, dass nach heutiger Auffassung auch in den Entgelten für Unterkunft und Verpflegung derartige Risiken berücksichtigt werden müssen. Auch wenn der Terminsbericht hierauf nicht Bezug nimmt, gehen wir von einer entsprechenden Klarstellung in den schriftlichen Entscheidungsgründen aus.

Um diesen Aspekt müsste die von der Schiedsstelle von Schleswig-Holstein gefundene Formel ergänzt werden, die den Risikozuschlag aufgrund der bisherigen Rechtsprechung des BSG ausdrücklich auf die Pflegevergütung begrenzt hatte.

RAT FÜR DIE PRAXIS

- Die Insolvenzwelle belegt: Das aktuelle Pflegesatzsystem bildet in der Praxis real bestehende Risiken nicht ausreichend ab. Es gilt, bestehende konkrete Risiken zu erheben, um sie in das Pflegesatzverfahren einzubringen – sowohl aus den Bereichen der Pflegevergütung als auch der Entgelte für Unterkunft und Verpflegung.
- Das von der Schiedsstelle Schleswig-Holstein entwickelte Modell der Risikobewertung sollte konsequent bundesweit eingefordert und an die Schiedsstellen gebracht werden.
- Akzeptieren Sie beim externen Vergleich nur Einrichtungen mit Vergütungssätzen, die zeitnah vor den beantragten Entgelten abgeschlossen wurden und damit auf vergleichbar aktuellen Ist-Kosten-Daten beruhen.
- Die ordnungsgemäße Anhörung der Bewohnervertretung ist unumgänglich;
- Bewohnerinteressen müssen bei Schiedsstellenanrufungen aktiv thematisiert werden, um sicherzustellen, dass die Schiedsstellen diesen Aspekt in den Entscheidungsgründen aufgreifen.

Trägerverbände sollten Daten zu aktuellen tatsächlichen Auslastungen erheben, um die eigenen Schiedsstellenmitglieder in die Lage zu versetzen, diesen Aspekt direkt in die Verhandlungen einfließen zu lassen.

Foto: Photoalto/Vincent Hazat

Anforderung an externern Vergleich wurde deutlich erhöht

Das BSG hält nach wie vor am externen Vergleich von Endentgelten fest. Das gilt selbst in den Fällen, in denen zuvor ein externer Vergleich auf der Ebene der einzelnen Kosten stattgefunden hat.

Zugleich betonte das Gericht, dass Grundvoraussetzung des externen Vergleichs die Vergleichbarkeit der Einrichtungen sein muss. Wenn sich, wie z. B. in Schleswig-Holstein, die Pflegebedürftigkeitsstruktur auf die Höhe der Vergütungssätze dergestalt auswirkt, so dass bei gleichen Kosten unterschiedliche Vergütungssätze entstehen, dürfen nur Einrichtungen mit einer vergleichbaren Bewohnerstruktur verglichen werden – oder die Vergütungssätze müssen zuvor auf eine vergleichbare Bewohnerstruktur umgerechnet werden. Damit wurde die Anforderung an den externen Vergleich deutlich erhöht.

Wenn das System der Entgeltfindung auf der ersten Stufe über einen externen Vergleich von Kosten zu prospektiv plausiblen und angemessenen Kosten kommt, die um einen Risikozuschlag für anerkannte Risiken erhöht werden, darf ein sich anschließender externer Vergleich nicht dazu führen, dem Träger die Finanzierung angemessener Kosten und bestehender anerkannter Risiken wiederum zu streichen.

Dies wird aber nur gewährleistet, wenn in den externen Vergleich nur solche Einrichtungen einfließen, die

- einen vergleichbaren Personalschlüssel und je nach Pflegesatzsystematik eine vergleichbare Bewohnerstruktur haben
- vergleichbare Risiken berücksichtigt wurden
- vergleichbare Auslastungsgrade bestehen und
- Vergütungssätze haben, in die prospektive Kosten eingeflossen sind, die aus Ist-Kosten abgeleitet wurden, die im selben Zeitraum erhoben wurden wie die Ist-Kosten, die die Basis der beantragten Entgelte bilden.

Anhörung der Bewohnervertretung ist weiterhin notwendig

Im Termin angesprochen, jedoch für die Entscheidungen selbst nicht mehr von Relevanz war der Hinweis des BSG, dass es daran festhält, dass die Bewohnervertretung ordnungsgemäß angehört werden muss. Dies gilt auch in den Fällen, in denen der Sozialhilfeträger die Schiedsstelle anruft, um zwischen den übrigen Pflegesatzparteien geeinigt Pflegesätze abzusenken und somit dieselben Interessen verfolgt wie die der Bewohner:innen.

Fehler in der Anhörung und eine fehlende Auseinandersetzung mit dem Anhörungsergebnis in den Entscheidungsgründen machen daher jeden Schiedsspruch angreifbar.

MEHR ZUM THEMA

Info: www.hkb-koblenz.de

Nicola Dissel-Schneider,
Rechtsanwältin,
Geschäftsführerin, HKB GmbH, Koblenz