

Rechtsanwalt Sascha Iffland
Rechtsanwältin Dr. Julia Knappstein

**Refinanzierung und Nachweis von
Gehältern bis Tarifniveau
in der ambulanten und stationären
Langzeitpflege**

Rechtsgutachten
im Auftrag des Bevollmächtigten der Bundesregierung für Pflege

03.06.2019

Gliederung

Teil 1 Einführung und Grundlagen	4
A. Aufgabenstellung und Ziele des Gutachtens	4
B. Rechtliche und tatsächliche Grundlagen für die Vereinbarung von Vergütungen für Pflegeleistungen im Bereich der Pflegeversicherung (§§ 84, 85 und 89 SGB XI) sowie für Leistungen der häusliche Krankenpflege (§ 132a Abs. 4 SGB V)	5
I. Recht der sozialen Pflegeversicherung – SGB XI	5
1. Gesetzliche Vorgaben und Entwicklung der Rechtsprechung	6
2. Praktische Umsetzung der gesetzlichen und gerichtlichen Vorgaben	8
II. Recht der gesetzlichen Krankenversicherung: Häusliche Krankenpflege – SGB V	11
1. Gesetzliche Vorgaben	11
2. Entwicklung der Rechtsprechung und der Schiedspersonenpraxis	12
C. Tatsächliche und rechtliche Hemmnisse für eine bessere Bezahlung von Pflegekräften in der Langzeitpflege	14
I. Themen auf Arbeitnehmerseite	14
II. Themen auf Arbeitgeberseite	15
III. Zusammenfassung	16
Teil 2 Möglicher gesetzgeberischer Handlungsbedarf – Bewertung von Umsetzungsvorschlägen	18
A. Grundgerüst der Verhandlungen von Vergütungen für Pflegeleistungen nach SGB XI sowie nach § 132a Abs. 4 SGB V – Wer verhandelt wie mit wem?	18
I. Stationärer Bereich	18
1. Mögliche Hindernisse im Rahmen der Verhandlungen	19
2. Gestaltungsvorschlag	19
II. Ambulanter Bereich – SGB V und SGB XI	20
1. Kollektivverhandlungen als Hemmnis für eine bessere Bezahlung der Mitarbeiter	20
2. Rechtliche Bewertung	21
3. Sonderfall: Kollektivverhandlungen	24
4. Zielerreichung, abschließende Beurteilung und Formulierungsvorschlag	25
B. Rechtlicher und untergesetzlicher Rahmen für die Verhandlungen – Nachweispflichten und Prospektivität	28
I. Allgemeine Erwägungen für den ambulanten und stationären Bereich – SGB XI	28
1. Nachweise im Rahmen der Verhandlung	28
2. Prospektivität	29
3. Auf welchen Tarifvertrag kommt es bei nicht tarifgebundenen Trägern an?	30
4. Weitere generelle Aspekte	31
5. Untergesetzliche Vorhaben – Anpassung der Rahmenverträge nach § 75 SGB XI	31
II. Ambulanter Bereich – SGB V	33
1. Grundsatz der Prospektivität	33
2. Rahmenempfehlungen nach § 132a Abs. 1 SGB V	34
3. Externer Vergleich mit anderen Kassen	34
4. Ambulante Fachkraftquote	34
5. Verlagerung der Diskussion auf das Thema Sachkosten	35
III. Zusammenfassung und Formulierungsvorschläge	35

C.	Kontrolle des Verhandlungsergebnisses	38
I.	Rechtliche und faktische Bewertung	38
1.	Kontrollrecht nach § 84 Abs. 7 SGB XI	38
2.	Kontrollrecht nach § 115 Abs. 3, 3a SGB XI	42
3.	Alternative zu dem Sanktionsmechanismus aus § 115 Abs. 3 SGB XI	43
4.	Kontrollrecht bei Kollektivverträgen	44
II.	Abschließende Bewertung und Umsetzungsvorschlag	44
D.	Marktbezogene Aspekte der Erbringung von Pflegeleistungen	46
I.	Grundlegendes	46
II.	Gewinn-/Wagniszuschlag	46
1.	Analyse Status quo	46
2.	Formulierungsvorschlag	49
III.	Arbeitnehmerüberlassung und freie Mitarbeit	51
1.	Analyse des Status quo	51
2.	Rechtliche Bewertung des Vorschlages	53
3.	Formulierungsvorschlag	56
IV.	Marktfähigkeit der Pflegeeinrichtungen	58
1.	Status quo und mögliche Folgen einer Anpassung der Gehälter bis zu Tarifniveau	58
2.	Formulierungsvorschlag	65
V.	Steuerung Bewohnerstruktur	66
Teil 3 Allgemeinverbindliche Tarifverträge – Auswirkungen auf die dargestellten Regelungsoptionen		67
I.	Vorteile eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages	67
II.	Nachteile eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages	68
III.	Unklare Folgen	68
Teil 4: Zusammenfassung und abschließende Bewertung		69
A.	Zusammenfassung – Zielführende Regelungsoptionen	69
B.	Formulierungsvorschläge in Umsetzung von Teil 2 des Gutachtens	71

Teil 1 Einführung und Grundlagen

A. Aufgabenstellung und Ziele des Gutachtens

Sie haben uns gebeten, in Ergänzung zu der Ihnen bereits vorliegenden Analyse aus dem Jahr 2016 **Regelungsoptionen für eine transparente Entlohnung von Pflegekräften in nicht tarifgebundenen Pflegeeinrichtungen** sowie tarifgebundenen Pflegeeinrichtungen gutachterlich aufzubereiten. Dies umfasst einerseits die Refinanzierung solcher Gehälter durch die zuständigen Kostenträger, andererseits aber auch den Nachweis solcher Gehaltszahlungen durch die Einrichtungen. Ihr Ziel ist eine Erörterung der Frage, woran in der Praxis eine bessere Entlohnung der Mitarbeiter in der stationären Altenpflege und der ambulanten Alten- und Krankenpflege scheitert und welche rechtlichen Möglichkeiten bestehen oder zielführend sein könnten, um eine höhere Vergütung von Pflegekräften zu erreichen. In Ihrem Gutachtauftrag an uns haben Sie dargestellt, dass Fachkräfte in der Altenpflege immer noch deutlich weniger verdienen als andere Fachkraftberufe, insbesondere auch als Krankenpflegefachkräfte im Krankenhaus. Trotz verschiedener Änderungen durch das Pflegestärkungsgesetz III¹, wie etwa die Anerkennung von Entgelten bis zur Höhe tariflicher Entgelte im Rahmen von Vergütungsverhandlungen als wirtschaftlich angemessen, gebe es immer noch Hindernisse, die einer besseren Entlohnung im Wege stehen. Als solche möglichen Hemmnisse identifizieren Sie zunächst insbesondere die Verhandlung der Entgelte für die in Rede stehenden Leistungen nach SGB V und SGB XI, im Rahmen derer es bei der Anerkennung der Personalkosten trotz Klarstellung des Gesetzesgebers Schwierigkeiten geben könnte. Darüber hinaus haben wir weitere Aspekte eingegrenzt, denen Relevanz in Bezug auf die Fragestellung des Gutachtens zukommen kann.

Wir haben die Fragestellungen vier Bereichen zugeordnet, anhand derer wir den Hauptteil (Teil 2) dieses Gutachtens untergliedert haben:

- Grundgerüst der Verhandlungen: Wer verhandelt mit wem? Gibt es Individual- oder Kollektivverhandlungen? Gibt es Möglichkeiten, Individualverhandlungen im ambulanten Bereich attraktiver zu gestalten?
- Gesetzlicher und untergesetzlicher Rahmen für die Verhandlungen: Welche Vorgaben enthalten SGB V und SGB XI für die beizubringenden Nachweise und für das Verfahren der Verhandlung von Vergütungen sowie für das Schiedsstellenverfahren? Welche Vorgaben enthalten sonstige Regelwerke – etwa Rahmenverträge – für die erforderlichen Nachweise und für das Verfahren der Verhandlung von Vergütungen und das Schiedsstellenverfahren? Bedarf es hier Anpassungen?
- Kontrolle des Verhandlungsergebnisses: Welche Schwierigkeiten gibt es bei der Überprüfung entsprechend § 84 Abs. 7 SGB XI oder bei der Anwendung der Sanktionsnorm § 115 Abs. 3, 3a SGB XI? Inwieweit resultiert daraus für die bessere Bezahlung von Pflegekräften ein Hindernis?
- Marktbezogene Faktoren: Welche Marktbedingungen und Rahmenbedingungen hindern eine bessere Bezahlung der Pflegekräfte und wie könnten sie behoben werden?

¹Drittes Gesetz zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften (Drittes Pflegestärkungsgesetz - PSG III), G. v. 23.12.2016, BGBl. I S. 3191, 2018 I 126; Geltung ab 01.01.2017.

Schließlich gilt es noch, die Auswirkungen eines möglichen allgemeinverbindlichen Tarifvertrages zu bewerten.

B. Rechtliche und tatsächliche Grundlagen für die Vereinbarung von Vergütungen für Pflegeleistungen im Bereich der Pflegeversicherung (§§ 84, 85 und 89 SGB XI) sowie für Leistungen der häusliche Krankenpflege (§ 132a Abs. 4 SGB V)

Analog zu dem Ihnen vorliegenden Gutachten aus dem Jahr 2016 möchten wir einleitend noch einmal eine kurze Zusammenfassung der Gesetzessystematik sowie davon ausgehend relevanter Schiedsstellenentscheidungen sowie Rechtsprechung geben.

I. Recht der sozialen Pflegeversicherung – SGB XI

Der Gesetzgeber hat für den Bereich der sozialen Pflegeversicherung nach dem SGB XI für sämtliche Einrichtungen, stationäre wie ambulante, das Leitbild der Einzelvereinbarung und Einzelverhandlung im Gesetz formuliert (Individualprinzip²). Lediglich in § 86 SGB XI wurde mit der Bildung von Pflegesatzkommissionen eine Option kollektiver Vergütungsfindung vorgesehen (vgl. § 86 Abs. 2 SGB XI), wobei davon in der Praxis – jedenfalls soweit es die Verhandlung von Entgelten für die Pflegeleistungen betrifft – kaum Gebrauch gemacht wird. Diesen vom Gesetzgeber vorgesehenen Rahmen individueller Verhandlungen nutzen zahlreiche stationäre Pflegeeinrichtungen. Die Praxis für ambulante Leistungserbringer weicht deutlich davon ab: Der Anteil an ambulanten Einrichtungen, welche Einzelverhandlungen anstreben und durchführen – dies gilt nicht nur für den Bereich der sozialen Pflegeversicherung, sondern auch für Leistungen der häuslichen Krankenpflege – ist weitaus geringer als im stationären Bereich. Anders als bei stationären Pflegeeinrichtungen ist die Verhandlung einer individuellen Vergütung durch ambulante Pflegedienste (abseits des Nischenprodukts der außerklinischen Intensivpflege) der Ausnahmefall, die Kollektivverhandlung der praktische Regelfall. So wird in vielen Bundesländern außerhalb des durch das SGB XI vorgegebenen Rahmens mit unterschiedlicher praktischer Vorgehensweise und unterschiedlicher Bindungswirkung kollektiv eine Vergütung oder ein Rahmen dafür bestimmt. Ohne diese vereinfachten Verfahren wären die Kostenträger (Pflegekassen und Sozialhilfeträger) nach unserer Einschätzung derzeit allein personell nicht in der Lage, das Volumen der Pflegesatzverhandlungen zu bewältigen. Auch Schiedsstellen könnten, so wie sie aktuell zusammengesetzt sind, den dadurch entstehenden Mehraufwand vermutlich nicht bewältigen.

Darüber hinaus gibt es in einzelnen Bundesländern, zum Beispiel in Hessen oder Rheinland-Pfalz, im Bereich der stationären Pflege eine Art kollektiver Verhandlung, die zu einer pauschalen Pflegesatzanpassung im vereinfachten Verfahren führt. Daneben bleibt aber jeweils der Weg der Individualverhandlung bestehen.

² Vgl. dazu Brünner, Vergütungsvereinbarungen für Pflegeeinrichtungen nach dem SGB XI, Baden-Baden 2001, S. 69.

1. Gesetzliche Vorgaben und Entwicklung der Rechtsprechung

Pflegeheime sowie ambulante Pflegedienste erhalten für ihre Leistungen nach Maßgabe des Achten Kapitels des SGB XI eine leistungsgerechte Pflegevergütung (§ 82 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB XI i.V.m. § 84 Abs. 2 SGB XI, § 89 Abs. 1 Satz 2 SGB XI) sowie betriebsnotwendige Investitionsaufwendungen (§ 82 Abs. 3 und 4 SGB XI). Pflegeheime erhalten zusätzlich angemessene Entgelte für Unterkunft und Verpflegung (§ 82 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB XI i.V.m. § 87 SGB XI). Die Personalkosten finden sich im Wesentlichen in der Pflegevergütung wieder und machen gleichzeitig den größten Anteil dieser Positionen aus (stationär ca. 75 % bis 80 %, ambulant ca. 90 %). Für die Anerkennung von Personalkosten und die Berücksichtigung einer Gewinnchance im Rahmen der Pflegesätze beziehungsweise Vergütung nach § 89 SGB XI hat der Gesetzgeber das Folgende vorgesehen:

- Mit dem Pflege-Neuausrichtungsgesetz³ hat er in § 84 Abs. 2 Satz 4 SGB XI festgeschrieben, dass die Pflegesätze es einem Pflegeheim bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen müssen, seine Aufwendungen – also auch Personalkosten – zu finanzieren.
- Durch das PSG I⁴ wurde zum 01.01.2016 angelehnt an die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts⁵ eingeführt, dass die Bezahlung tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden kann.
- Dieser Grundsatz wurde durch das PSG III zum 01.01.2017 erweitert. Danach können Gehälter bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden. Damit haben auch Träger, die nicht tarifgebunden sind beziehungsweise die nicht unter kirchliche Arbeitsrechtsregelungen fallen, die Möglichkeit, Gehälter bis zu dieser Höhe an ihre Mitarbeiter zu zahlen und zu refinanzieren. Wird von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, ist der Träger verpflichtet, diese Bezahlung jederzeit einzuhalten und auf Verlangen Nachweise dazu zu erbringen (§ 84 Abs. 7 SGB XI).
- Durch das PSG III wurde außerdem ausdrücklich – wenn auch grammatikalisch misslungen - festgehalten, dass eine angemessene Berücksichtigung des Unternehmerrisikos im Rahmen der Pflegesätze erfolgen muss.

Diese Vorgaben umsetzend wird die Vergütung für Pflegeleistungen anhand eines Zwei-Stufen-Schemas⁶ ermittelt:

- Die von einer Einrichtung begehrte Vergütung ist zunächst auf Plausibilität (1. Stufe) und anschließend im Wege eines externen Vergleiches auf wirtschaftliche Angemessenheit hin zu überprüfen (2. Stufe).
- Für die Prüfung der Angemessenheit unterteilt das Bundessozialgericht das Intervall zwischen dem niedrigsten und dem höchsten Preis vergleichbarer Einrichtungen in drei Drittel. Liegt die begehrte Vergütung im untersten Drittel, ist sie stets als wirtschaftlich

³ Gesetz zur Neuausrichtung der Pflegeversicherung (Pflege-Neuausrichtungsgesetz – PNG). G. v. 23.10.2012, BGBl. Jahrgang 2012, Teil I, Nr. 51, S. 2246.

⁴ Erstes Gesetz zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften (Erstes Pflegestärkungsgesetz – PSG I), G. v. 17.12.2014, BGBl. Jahrgang 2014 Teil I Nr. 61, ausgegeben zu Bonn am 23.12.2014.

⁵ Eingebbracht unter dem Titel Fünftes Gesetz zur Änderung des Elften Buches Sozialgesetzbuch – Leistungsausweitung für Pflegebedürftige, Pflegevorsorgefonds; verabschiedet als Erstes Gesetz zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften (Erstes Pflegestärkungsgesetz - PSG I) vom 17.12.2014, BGBl. 2014 I S. 2222.

⁶ BSG, Urt. v. 29.01.2009, Az. B 3 P 7/08 R, BSGE 102, 227 = NZS 2010, 35.

angemessen anzusehen. Liegt der geltend gemachte Betrag oberhalb dieses Bereichs, so muss der Betreiber, der eine höhere Vergütung geltend macht, dafür besondere Rechtfertigungsgründe vortragen. Solche Rechtfertigungsgründe liegen entsprechend dem Gesetzeswortlaut zum Beispiel in der tariflichen oder tarifangelehnten Bezahlung der Arbeitnehmer.⁷

- Ausgangspunkt der Vergütungsfindung sind daher in Bezug auf die Personalkosten die bei prospektiver Betrachtung der Einrichtung voraussichtlich entstehenden Kosten. Diese müssen immer plausibel – also nachvollziehbar – dargelegt werden. Weiterhin sind sie stets auf ihre Angemessenheit zu prüfen, indem die Vergütungsforderungen dem Vergleich mit anderen Pflegeeinrichtungen zu unterziehen sind. Dies gilt an sich auch dann, wenn eine Einrichtung einen Tarifvertrag zur Anwendung bringt oder tarifentsprechend entlohnt. In diesen Fällen ist allerdings der besonderen Bedeutung der Tarifbindung oder der tarifangelehnten Bezahlung für die Bemessung der Pflegevergütung dadurch Rechnung zu tragen, dass eine Kürzung der Personalaufwendungen auf Ausnahmefälle beschränkt bleibt.⁸
- Darüber hinaus hat nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts jede Pflegeeinrichtung einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung ihres Unternehmerrisikos, einen Zuschlag für einen etwaigen zusätzlichen persönlichen Arbeitseinsatz sowie eine angemessene Verzinsung ihres Eigenkapitals.⁹ So muss zwar jeder Pflegeheimträger ein Verlustrisiko tragen, etwa in Folge von Überangeboten am Markt, von unwirtschaftlichem Verhalten infolge eines unzureichenden Leistungsangebotes oder wegen unternehmerischen Fehlentscheidungen. Umgekehrt muss die Pflegevergütung dem Pflegeheim aber auch die Möglichkeit bieten, Gewinne zu erzielen, die ihm im Sinne von § 84 Abs. 2 Satz 5 Halbs. 1 SGB XI als Überschuss verbleiben können. Wie diese Gewinnchance zu bemessen ist, hat der Gesetzgeber nicht vorgezeichnet, sondern der Aushandlung der Vertragspartner und im Streitfall der Entscheidung der Schiedsstelle überlassen. Das Bundessozialgericht hat die Ermittlung der Gewinnchance entweder über einen festen umsatzbezogenen Prozentsatz oder die Steuerung über die kalkulatorische Auslastungsquote vorgeschlagen.¹⁰ Aktuell sind Verfahren beim Bundessozialgericht anhängig, die die Frage betreffen, ob eine Schiedsstelle angelehnt an § 44 SGB I den Wagnis- und Gewinnzuschlag mit 4 % bemessen darf.¹¹

Zu Formen kollektiver Vergütungsvereinbarungen nach dem SGB XI hat das Bundessozialgericht keine eigenständige Entscheidung getroffen. Diese in der Praxis etablierten Vorgehensweisen bewegen sich daher im SGB XI bislang unter dem rechtlichen Radar hindurch.

⁷ BSG, Urt. v. 29.01.2009, Az. B 3 P 7/08 R, BSGE 102, 227 = NZS 2010, 35, Rn. 24 („Stufenmodell-Urteil“).

⁸ So das BSG, Urt. v. 16.05.2013, Az. B 3 P 2/12 R, zu tarifgebundenen Einrichtungen; zu Trägern, die tarifangelehnt bezahlen, steht noch höchstrichterliche Rechtsprechung aus.

⁹ BSG, Urt. v. 16.05.2013, Az. B 3 P 2/12 R, ausführlich dazu in Teil 2 unter C. II.

¹⁰ BSG, Urt. v. 16.05.2013, Az. B 3 P 2/12 R, Rn. 26.

¹¹ Az. B 3 P 1/18 R, B 3 P 2/18 R, B 3 P 3/18 R, B 3 P 4/18 R, B 3 P 5/18 R.

2. Praktische Umsetzung der gesetzlichen und gerichtlichen Vorgaben

Zu den im Rahmen dieses Gutachtens relevanten Themen ergeben sich aus uns vorliegenden untergerichtlichen Entscheidungen sowie Entscheidungen der Schiedsstellen die folgenden Aspekte:

Plausibilität

In Bezug auf die Anforderungen an die Plausibilisierung der Kosten gibt es in der Praxis häufig Kontroversen, welche Unterlagen vorzulegen sind. Während Träger naturgemäß ihre Betriebsinterna schützen möchten, fordern die Kostenträger (Pflegekassen, Sozialhilfeträger) eine recht weitgehende Offenlegung. Zwischen diesen Positionen muss die Schiedsstelle einen Ausgleich finden:

In einem von der Schiedsstelle Sachsen-Anhalt entschiedenen Fall¹², der eine nicht tarifgebundene Einrichtung zum Gegenstand hatte, hatte die dortige Antragstellerin (stationäre Pflegeeinrichtung) sich geweigert, einen detaillierten Personalplan vorzulegen und eine Personalkostensteigerung von 4,14 % mit der Begründung begehrt, die letzte Pflegesatzverhandlung liege rund fünf Jahre zurück und die begehrte Steigerungsrate liege unterhalb der Steigerungsrate für den öffentlichen Dienst. Die Schiedsstelle ging daraufhin davon aus, die Antragstellerin hätte ihre prospektiven Kosten nicht hinreichend plausibel gemacht. Hierzu hätten die tatsächlichen Kosten der Vorperiode jedenfalls retrospektiv dargelegt werden müssen und in einem zweiten Schritt dann, wie sich diese Kosten verändern. Es genüge nicht, allein die begehrten Kostensteigerungen zu belegen, da von einer Richtigkeit der Vorvereinbarung nicht ohne Weiteres ausgegangen werden könne. Dies gelte insbesondere, wenn, wie in dem zu entscheidenden Fall, die Vorvereinbarung noch ohne Überreichung von Belegen getroffen worden ist. Weiter geht die Schiedsstelle – verfassungsrechtlich problematisch und entgegen der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts¹³ – davon aus, dass es in diesem Zusammenhang auf ein substantiiertes Bestreiten der Kostenträger nicht ankommt und diese bis zur Grenze der Willkür zur Überprüfung der Ist-Kosten der Vergangenheit berechtigt ist.

Durchaus ähnlich, wenn auch mit Abweichungen im Detail, hat sich die Schiedsstelle Mecklenburg-Vorpommern geäußert. Diese war in mehreren Entscheidungen mit der Frage befasst, ob allein das Erhöhungsverlangen zu plausibilisieren ist oder auch die Gestehungskosten der Vorperiode auf der ersten Stufe der Prüfung darzulegen sind. Hierzu hat die Schiedsstelle dargelegt¹⁴, dass es genüget, nur das Erhöhungsverlangen zu plausibilisieren. Allerdings wäre dem Grundsatz nach durch den LAK (Leistungs- und Aufwandskatalog, Kalkulationsvorlage) auf der ersten Stufe die Angabe der Ist-Kosten gefordert. Damit sei auch keine Rückkehr zum Selbstkostendeckungsprinzip verbunden, denn es gehe für die Pflegesätze nicht um die Erstattung retrospektiv angefallener Kosten, sondern darum, eine realitätsnahe prospektive Preiskalkulation für den künftigen Zeitraum zu erstellen. Dafür sei die Ermittlung der Ist-Kosten aber regelmäßig die Grundlage.¹⁵ Insgesamt unterscheidet die Schiedsstelle Mecklenburg-Vorpommern damit grundlegend zwischen Ist-Werten als Grundlage der Kalkulation und Soll-Werten. Im Grundsatz sind die Ist-Werte der Vorperiode darzulegen. Plausibilität und Schlüssigkeit wie auch substantiiertes Bestreiten der Pflegekassen bezögen sich allein auf die

¹² Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Sachsen-Anhalt v. 30.07.2014, Az. nicht bekannt.

¹³ Vgl. BSG, Urt. v. 29.01.2009, Az. B 3 P 6/08 R, Rn. 27, 39.

¹⁴ Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Mecklenburg-Vorpommern v. 28.05.2014, Az. 01/12.

¹⁵ Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Mecklenburg-Vorpommern v. 04.03.2014, Az. 06/12.

prognostizierten Kostenansätze, nicht auf die Ist-Kosten der vorangegangenen Periode. Die Plausibilitätsprüfung könnte jedoch überhaupt erst dann stattfinden, wenn die Ist-Kosten der Vorperiode feststünden.¹⁶ Diese Darlegungsanforderungen würden vor allem für nicht tarifgebundene Träger gelten. So genüge insbesondere nicht die Behauptung, die Einrichtung müsse aufgrund des Fachkräftemangels ähnliche Gehälter wie tarifgebundene Einrichtungen bezahlen. Dass der Wettbewerb eine Einrichtung zu diesem Verhalten zwingt, sei nicht überzeugend.¹⁷ Ebenso wenig gebe es eine grundsätzlich geltende Vermutung für die Richtigkeit der Vorvereinbarung.¹⁸

Auch die Schiedsstelle Baden-Württemberg hat festgestellt, dass die Kostenträger und die Schiedsstelle einen Anspruch auf Darlegung der Kostenstruktur und einen Nachweis durch Buchhaltungsunterlagen hätten.¹⁹

Die Schiedsstelle Niedersachsen hat diese Thematik ebenfalls differenzierter betrachtet. Sie ging in mehreren Entscheidungen davon aus, dass die zuvor vereinbarten Entgelte eine Vermutung der Angemessenheit „in sich tragen“.²⁰ Allerdings geht auch diese Schiedsstelle davon aus, dass eine reine Kostenkalkulation ohne weitere Angaben und Unterlagen nicht ausreichend ist.²¹ Je weiter die Forderung dabei über das untere Drittel hinausgehe, desto strenger würden die Anforderungen an Qualität und Quantität der Unterlagen.²² Grundsätzlich handele es sich aber um eine Frage des konkreten Einzelfalls, in welchem Umfang Unterlagen beizubringen sind. Eine umfangreiche Darstellung mit anonymisierter Personalliste, die mit der Mitarbeitervertretung vereinbarte Tariftabelle sowie beispielhafte Jahresabrechnungen, bestätigt durch eine Bescheinigung der Wirtschaftsprüfer, seien ausreichend, wenn diese nicht substantiiert bestritten werden.²³ Für ein substantiiertes Bestreiten sei eventuell aber auch allgemeines statistisches Material ausreichend.²⁴

Insgesamt zeichnet sich auch in jüngeren uns vorliegenden Schiedsstellenentscheidungen ab, dass die Frage, welche Unterlagen genau vorzulegen sind, anhand der jeweils ganz konkreten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen ist. Entsprechend hat die Schiedsstelle Hessen in einem Hinweis im Detail dargelegt, für welche konkreten Aspekte sie weitere Unterlagen benötigt (z. B. für Fortbildungsveranstaltungen über drei Tage, die Refinanzierung von Sachkosten eines ambulanten Pflegedienstes durch die Hausbesuchspauschale etc.). Umgekehrt erläuterte sie, dass eine Gewinn- und Verlustrechnung (GuV) für das Gesamtunternehmen nicht per se notwendig ist, da es dafür an einer konkreten Erforderlichkeit fehle.²⁵ In einem anderen Verfahren hingegen, in dem es maßgeblich auf eine Unterdeckung durch die bisher verhandelte Vergütung ankam, hielt die Schiedsstelle die Vorlage eines Jahresabschlusses mit GuV für zwingend notwendig.²⁶ Ein entsprechendes Erfordernis zur Vorlage einer testierten GuV getrennt nach SGB XI und SGB V könne es auch dann geben, wenn es sich um eine bereits besonders hochpreisige Einrichtung handele, die eine zusätzliche erhebliche

¹⁶ Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Mecklenburg-Vorpommern v. 26.10.2015, Az. 05/12.

¹⁷ Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Mecklenburg-Vorpommern v. 26.10.2015, Az. 05/12.

¹⁸ Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Mecklenburg-Vorpommern v. 27.05.2016, Az. 11/13.

¹⁹ Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Baden-Württemberg v. 21.09.2011, Az. 5/11; vgl. auch Beschl. v. 05.06.2011, Az. 03/11.

²⁰ Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Niedersachsen v. 14.09.2014 nach m.V. v. 10.07.2014, Az. 475-20-59, sowie Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Niedersachsen v. 05.12.2011, Az. 475-20-30, sowie Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Niedersachsen v. 08.10.2012, Az. 475-20-35, sowie Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Niedersachsen v. 05.10.2012, Az. 475-20-36.

²¹ Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Niedersachsen v. 01.12.2011, Az. 475-20-31.

²² Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Niedersachsen v. 28.02.2012, Az. 475-20-32.

²³ Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Niedersachsen v. 05.12.2011, Az. 475-20-30.

²⁴ Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Niedersachsen v. 05.10.2012, Az. 475-20-36.

²⁵ Hessische Schiedsstelle, Az. 18 c 07 – 01/17.

²⁶ Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Hessen v. 11.07.2018, Az. 18 c 07 – 05/17.

Vergütungserhöhung fordert.²⁷ In diesem Fall sei dann auch die tatsächliche bisherige Nettojahresarbeitszeit darzustellen.

Welche Unterlagen in welchem Detaillierungsgrad vorgelegt werden müssen, ist also stets eine Frage der ganz konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls.

In neueren gerichtlichen Entscheidungen kommt ebenfalls zum Ausdruck, dass bei mangelnder Plausibilisierung – insbesondere wenn sich Einrichtungen weigern, Lohnjournale oder vergleichbare Unterlagen vorzulegen – einem Vergütungserhöhungsverlangen durch die Schiedsstelle nicht stattgegeben werden durfte.²⁸ Anonymisierte Personalkostenlisten werden in der Regel als ausreichend erachtet. In einem solchen Fall müsse die Schiedsstelle dann auch tarifliche Lohnsteigerungen nicht berücksichtigen, wenn diese sich – aufgrund der tatsächlichen Erfahrung und Übung – nicht zu den vereinbarten Zeitpunkten (sondern erst später) auswirkten.²⁹

Wagnis- und Gewinnzuschlag

Zu der Frage des Anspruches auf einen angemessenen Unternehmergewinn hat die Schiedsstelle Mecklenburg-Vorpommern dargelegt, dass dieser nur auf Grundlage der realen Gestehungskosten sachgerecht ermittelt werden kann. Andernfalls könnten in den geltend gemachten Kosten bereits Gewinn- und Risikozuschläge enthalten sein.³⁰

Bei einer tarifgebundenen Einrichtung und nachgewiesenen Personalkosten soll auch dann ein angemessener Zuschlag für Gewinn, Risiko und Eigenkapitalverzinsung von 4 % anzusetzen sein, wenn die Einrichtung mit ihren Preisen regional bereits mit an der Spitze steht. Ein angemessener Gewinnzuschlag mache angemessene Gestehungskosten per se nicht unangemessen.³¹ Der Darlegung konkreter Risiken bedürfe es für diesen an § 44 Abs. 1 SGB I anzulehnenden Zuschlag nicht.³² Auch die Schiedsstelle Nordrhein-Westfalen hat ohne Darlegung konkret verwirklichter Risiken unter Bezugnahme auf § 44 Abs. 1 SGB I einen Zuschlag von 4 % anerkannt.³³ Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen hat dies als rechtswidrig angesehen, da die Orientierung an § 44 SGB I sachwidrig sei.³⁴ Die Revision gegen diese Urteile ist wie dargestellt beim Bundessozialgericht anhängig.

In eine andere Richtung weist die Schiedsstelle Baden-Württemberg, welche den Zuschlag nicht pauschal bestimmen möchte, sondern von den konkreten Verhältnissen der Einrichtung abhängig macht, weswegen etwa ein Jahresabschluss vorzulegen sei.³⁵

²⁷ Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Hessen v. 30.07.2018, Az. 18 c 07 – 06/17.

²⁸ LSG Niedersachsen-Bremen, Urte. v. 16.08.2018, Az. L 15 P 9/14 KL, sowie LSG Berlin-Brandenburg, Urte. v. 08.06.2017, Az. L 30 P 22/12 KL.

²⁹ LSG Mecklenburg-Vorpommern, Urte. v. 17.05.2017, Az. L 9 SO 28/12 KL.

³⁰ Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Mecklenburg-Vorpommern v. 27.05.2016, Az. 11/13.

³¹ Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Hessen v. 29.01.2015, Az. 18 c 07 – 13/14.

³² Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Hessen v. 23.10.2014, Az. 18 c 07 – 05/13.

³³ Schiedssprüche vom 03.12.2015, Az. 02/15 (§ 85 SGB XI), S. 6, Az. 03/15 (§ 85 SGB XI), S. 7, Az. 04/15 (§ 85 SGB XI), S. 7, Az. 07/15 (§ 85 SGB XI), S. 6, Az. 08/15 (§ 85 SGB XI), S. 6.

³⁴ LSG für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteile v. 06.04.2017, Az. L 5 P 3/16 KL, L 5 P 4/16 KL, L 5 P 5/16 KL, L 5 P 7/16 KL, L 5 P 8/16 KL.

³⁵ Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Baden-Württemberg v. 19.12.2013, Az. 71/09.

Dazwischen liegt die Schiedsstelle Sachsen, die zwar einerseits davon ausgeht, dass die Höhe des Zuschlags nicht pauschal bemessen werden kann, andererseits aber ausführt, dass konkrete Risiken kaum dargelegt oder beziffert werden können.³⁶

Die Darstellungen zu diesem Unterpunkt entstammten Entscheidungen zu stationären Angeboten. In den uns vorliegenden Schiedssprüchen zu ambulanten Einrichtungen³⁷ fehlen Erwägungen zu Wagnis und Gewinn sowie insbesondere auch zu dem Unternehmerrisiko „Auslastung“.

II. Recht der gesetzlichen Krankenversicherung: Häusliche Krankenpflege – SGB V

Während eine stationäre Pflegeeinrichtung Leistungen der Krankenpflege im Rahmen der vereinbarten Pflegesätze in der Regel mit erbringt, § 82 Abs. 1 Satz 3 SGB XI, schließen ambulante Dienste hierfür einen separaten Vertrag mit den Krankenkassen – beziehungsweise nach der Vorgabe des Gesetzgebers mit jeder einzelnen Krankenkasse – ab.

1. Gesetzliche Vorgaben

Für Vereinbarungen der Leistungserbringer mit den Krankenkassen sieht § 132a Abs. 4 SGB V dem Wortlaut nach nur die Möglichkeit eines Einzel-, Individual- oder Selektivvertrages zwischen einem Leistungserbringer und einer Krankenkasse vor. Solche Verträge werden jedoch in der Praxis regelmäßig allein von sogenannten Intensivpflegediensten³⁸ geschlossen.

Der Großteil der Leistungserbringer verhandelt die Vergütung der häuslichen Krankenpflege demnach nicht selbst auf der Basis seiner Gestehungskosten. In zahlreichen Fällen schließen die Verbände der Leistungserbringer mit den Krankenkassen und deren Verbänden für das jeweilige Bundesland Rahmenverträge mit dem Inhalt des § 132a Abs. 4 SGB V ab, denen der einzelne Pflegedienst beitreten kann. Diese Form des Vertragsschlusses wurde zwar bislang durch den Gesetzgeber nicht aufgegriffen, sehr wohl aber durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes durch Entscheidungen aus den Jahren 2010³⁹ und 2016⁴⁰ grundsätzlich für zulässig erklärt und ausgeformt.

Gibt es keinen Kollektivvertrag, so wird von den Kostenträgern regelmäßig einseitig ein Vertragsmuster vorgegeben. Bereits das schwächt die Position der Pflegedienste in der Vergütungsverhandlung.

Soweit es die Anerkennung von Personalkosten betrifft, hat der Gesetzgeber mittlerweile für § 132a Abs. 4 SGB V eine dem SGB XI vergleichbare Regelung getroffen:

³⁶ Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Sachsen v. 24.03.2011, Az. 31-5272.23/235.

³⁷ Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Hessen v. 11.07.2018, Az. 18 c 07 – 05/17; Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Hessen v. 30.07.2018, Az. 18 c 07 – 06/17.

³⁸ Vgl. zur Definition die Gesetzesbegründung zum PSG III, Referentenentwurf, S. 33 f., neuer § 275b SGB V sowie § 132a Abs. 1 Satz 5 SGB V.

³⁹ BSG, Ur. v. 25.11.2010, Az. B 3 KR 1/10 R.

⁴⁰ BSG, Ur. v. 23.06.2016, Az. B 3 KR 25/15 R und Az. B 3 KR 26/15 R.

Durch das Gesetz zur Stärkung des Pflegepersonals (Pflegepersonal-Stärkungsgesetz – PpSG⁴¹) können die Krankenkassen beim Abschluss von Vergütungsvereinbarungen mit den Leistungserbringern die Bezahlung von Gehältern bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen nicht als unwirtschaftlich ablehnen. Die Begrenzung aus § 71 SGB V (Beitragssatzstabilität) gilt nicht für diese Personalkosten. Damit wurde die Regelung aus dem SGB XI entsprechend übernommen. Allerdings ist diese seit dem 01.01.2019 geltende Regelung bislang noch nicht in der Verhandlungspraxis angekommen. Darüber hinaus fällt es einem Pflegedienst schwer, sich gegenüber einer Krankenkasse zu einer bestimmten Lohnhöhe oder Lohnerhöhungen zu verpflichten, gleichzeitig aber nicht zu wissen, ob die Lohnhöhe in den Vergütungsverhandlungen mit anderen Krankenkassen ebenfalls vereinbarungsfähig ist.

Eine zu § 89 Abs. 1 Satz 3 SGBXI analoge Regelung zur Berücksichtigung des Unternehmerrisikos wurde bislang in § 132a Abs. 4 SGB V allerdings nicht aufgenommen.

Für den zu berücksichtigenden Personalaufwand obliegt es den nach § 132a Abs. 1 Satz 1 SGB V benannten Spitzenverbänden auf Bundesebene, Grundsätze der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung (§ 132a Abs. 1 Satz 4 Nr. 4 SGB V) sowie insbesondere zum Nachweis der tatsächlich gezahlten Tariflöhne oder Arbeitsentgelte (§ 132a Abs. 1 Satz 4 Nr. 5 SGB V) in Rahmenempfehlungen zu treffen. Bislang gibt es lediglich eine Rumpffassung einer solchen Rahmenempfehlung, die die vom Gesetzgeber geforderten Regelungen zur Wirtschaftlichkeit der Vergütungen nicht enthält.

2. Entwicklung der Rechtsprechung und der Schiedspersonenpraxis

Das Bundessozialgericht hat trotz dem Wortlaut des § 132a Abs. 4 SGB V, der von Einzelverträgen ausgeht, auch Kollektivverträge mit Gruppen von Leistungserbringern beziehungsweise deren Verbänden zu Vergütungsregelungen nach § 132a SGB V zugelassen. Im Jahr 2010 hat das Bundessozialgericht⁴² dann zu § 132a Abs. 2 SGB V entschieden, dass bei der Prüfung der Angemessenheit eines Schiedsspruchs zu einer Vergütungsregelung nach § 132a SGB V danach zu differenzieren ist, ob der Vertrag mit einem einzelnen Pflegedienst geschlossen wurde oder ob auf der Leistungserbringerseite eine Mehrheit von Pflegediensten steht. Für die in der Praxis dominierenden Kollektivverträge könnten naturgemäß nicht jene Grundsätze herangezogen werden, die der Senat in seinem Urteil vom 17.12.2009 für die Vergütung der Leistungen ambulanter Pflegeeinrichtungen (§ 89 SGB XI) niedergelegt habe (Plausibilitätsprüfung der Gestehungskosten des jeweiligen Pflegedienstes; externer Vergleich mit anderen Pflegediensten, wirtschaftliche Angemessenheit). Diese Grundsätze könnten nur dann herangezogen werden, wenn es um Einzelverträge nach § 132a SGB V gehe. Bei Kollektivverträgen dürfe nicht auf die Gestehungskosten eines einzelnen Pflegedienstes abgestellt werden, sondern es bedürfe eines generellen, vom einzelnen Pflegedienst losgelösten Maßstabs. Mit den Entscheidungen vom 23.06.2016 hat das Bundessozialgericht dann die Anforderungen an den Nachweis im Rahmen von Kollektivvereinbarungen konkretisiert.⁴³ Für nicht tarifgebundene Pflegedienste ist es damit praktisch ausgesprochen schwierig, Löhne deutlich (etwa

⁴¹ Gesetz zur Stärkung des Pflegepersonals (Pflegepersonal-Stärkungsgesetz – PpSG), G. v. 11.12.2018, BGBl. Jahrgang 2018 Teil I Nr. 45, ausgegeben zu Bonn am 14.12.2018.

⁴² BSG, Ur. v. 25.11.2010, Az. B 3 KR 1/10 R.

⁴³ BSG, Ur. v. 23.06.2016, Az. B 3 KR 26/15 R.

auf das Niveau eines Tarifvertrages) zu steigern und hierfür eine Refinanzierung über die Vergütungsverhandlungen zu erzielen. Dies wäre nur durch einen Ausstieg aus der Kollektivvereinbarung und Durchführung einer Einzelverhandlung denkbar. Die Höhe der durch Kollektivvereinbarung geregelten Vergütung bemisst sich nämlich an den durchschnittlichen Gesteungskosten aller einbezogenen Pflegedienste. Pflegedienste kommen in wirtschaftliche Schwierigkeiten, wenn ihre Gesteungskosten über dem Durchschnitt der mit ihnen in der Kollektivvereinbarung verbundenen Pflegediensten liegen. Eine solche Einzelverhandlung findet aber praktisch nicht statt, weil das Verhandlungsungleichgewicht und die Risiken bei Einzelverhandlungen sehr groß sind.

Soweit es eine Anhebung der Vergütung über die Veränderungsrate des § 71 SGB V hinaus betraf, entschied die Schiedsperson Hans-Karl Fligg⁴⁴, dass dafür auch dann, wenn vorausgegangene Änderungsraten ausgelassen wurden, eine vollständige Offenlegung der Betriebsdaten erforderlich ist, weil sonst nicht nachvollzogen werden könne, ob die mangelnde Wirtschaftlichkeit allein auf dem Auslassen der Mitnahme der Veränderungsrate beruht. Würden solche Unterlagen nicht vorgelegt, könnte keine entsprechende Veränderung zugesprochen werden. In Bezug auf die Personalkosten erkannte die Schiedsperson jedoch dann die Notwendigkeit einer prospektiven Betrachtung an und sprach daher für eine noch nicht durchgeführte Gehaltserhöhung bei den Mitarbeitern einen Aufschlag zu:

„Darüber hinaus hat es die Schiedsperson für unabdingbar gehalten, über die so errechneten Beträge prospektiv für den Zeitraum vom 1. September bis 31. Dezember 2018 eine gesonderte Erhöhung vorzunehmen. Der maßgebliche Grund hierfür liegt an dem Standort der AStin, die mit anderen Pflegediensten um Pflegekräfte konkurrieren muss. Bedenkt man, dass die Fahrt nach Hamburg mit dem Auto etwa 1 ½ Stunden dauert, wo deutlich höhere Vergütungen gezahlt werden (höhere Vergütungen gibt es ebenfalls in vom Standort der AStin in zumutbarer Zeit erreichbaren Arbeitsstellen in Schleswig-Holstein und Brandenburg), wird es, wenn die Vergütungsspanne zu den Konkurrenzbetrieben immer größer wird, für die AStin zunehmend schwieriger, gutes Pflegepersonal zu finden und zu halten. Auch wenn es viele Faktoren gibt, sich für einen bestimmten Arbeitsplatz zu entscheiden, so kommt der Höhe des Gehalts doch eine nicht unmaßgebliche Bedeutung zu. Es muss ebenso im Interesse der AG sein, für ihre Versicherten eine gute Versorgung mit entsprechendem Personal zu gewährleisten. Die Schiedsperson ist der Überzeugung, dass die vorgenommene Vergütungsanpassung in Richtung des Preisniveaus benachbarter Bundesländer dem Grundsatz der Beitragssatzstabilität nicht widerspricht. Die festgesetzte Vergütung bewegt sich in dem Rahmen, wie er kürzlich in mehreren Schiedsverfahren einvernehmlich mit den AG gesteckt wurde, und damit in den Grenzen des externen Vergleiches. Die Schiedsperson sieht sich außerdem bestärkt durch die öffentliche Diskussion bis in höchste politische Stellen darüber, den Pflegeberuf attraktiver zu machen. Neben der gesellschaftlichen Wertschätzung für die geleistete Arbeit und den sonstigen Arbeitsbedingungen spielt dabei das Gehaltsgefüge eine entscheidende Rolle. Höhere Gehälter für das Pflegepersonal bedingen höhere Vergütungen für die Pflegedienste.

⁴⁴ Schiedsspruch vom 08.08.2018.

Die Schiedsperson geht davon aus, dass die AStin zum nächstmöglichen Zeitpunkt nach Rechtskrafterlangung des Schiedsspruchs eine sich im 3 %-Bereich bewegendende Gehaltserhöhung bei den Pflegefachkräften durchführt. Mangels Vorliegens eines diesbezüglichen konkreten Antrags hat die Schiedsperson insoweit keine Verpflichtung ausgesprochen.“

C. Tatsächliche und rechtliche Hemmnisse für eine bessere Bezahlung von Pflegekräften in der Langzeitpflege

Der mittlerweile allgegenwärtige Mangel an Pflege(fach-)kräften ist in der medialen Berichterstattung wie auch in unserer täglichen Praxis sehr präsent. Immer mehr stationäre Pflegeeinrichtungen und ambulante Dienste suchen dringend neue Mitarbeiter, um etwa die mit den Pflegekassen vereinbarten oder von der Heimaufsicht angeordneten Personalschlüssel überhaupt erfüllen zu können. Angesichts dieser Lücke zwischen Angebot und Nachfrage sollte man meinen, dass die Marktsituation flächendeckend für eine erhebliche Steigerung des Preises für Pflegefachkräfte sorgt, also für ein deutlich höheres Gehalt, das Mitarbeiter auch in nicht tarifgebundenen Einrichtungen beziehen. Umso überraschender ist es, dass trotz des Fachkräftemangels die bezahlten Gehälter jedenfalls nicht flächendeckend in dem Ausmaß angehoben wurden, wie man es angesichts der Knappheit an potenziellen Mitarbeitern hätte erwarten können.

Sicherlich gibt es nicht die eine Ursache, die behoben werden muss, damit es zu einer besseren Bezahlung der Pflegekräfte in nicht tarifgebundenen Einrichtungen kommt. Vielmehr spielen nach unserem Verständnis ganz unterschiedliche Aspekte eine Rolle, die im Folgenden dargestellt werden sollen.

I. Themen auf Arbeitnehmerseite

Zunächst einmal gibt es gerade auf Arbeitnehmerseite sogenannte „weiche Faktoren“, die in Bezug auf das Thema dieses Gutachtens nicht zu unterschätzen sind.

So spielen insbesondere für langjährige Bestandsmitarbeiter Aspekte wie der Zusammenhalt im Team, das Miteinander und die gute Beziehung zum Arbeitgeber eine besonders entscheidende Rolle, die sie davon absehen lässt, in regelmäßigen Abständen eine höhere Vergütung zu fordern und bei Nicht-Gewährung den Arbeitgeber zu wechseln. Ohne entsprechende Wechselbereitschaft lässt sich aber eine bessere Entlohnung praktisch häufig nicht realisieren. Dies führt allerdings nicht nur dazu, dass den vorgenannten Mitarbeitern ein höheres Entgelt verwehrt bleibt, sondern naturgemäß auch zu einem für neue Mitarbeiter insgesamt niedrigeren Lohngefüge.

In vielen Einrichtungen entsteht so ein niedriges Lohngefüge, welches durchbrochen wird durch den Einsatz von Leiharbeitskräften und sogenannten „freien Mitarbeitern“⁴⁵, die ein deutlich höheres Entgelt beziehen als sozialversicherungspflichtig bei der Einrichtung angestellte Pflegekräfte. Durch die dadurch bedingten Mehrausgaben, die viele Träger mittlerweile bereits einkalkulieren, bleibt ein

⁴⁵ Vgl. dazu unten Teil 2 D. III.

noch geringerer Spielraum für eine Erhöhung der Vergütung der Stammebelegschaft, zumal eine dadurch mögliche Personalakquise deutlich mehr Aufwand benötigt als der kurzfristige Einsatz von Leiharbeitnehmern und „freien Mitarbeitern“.

Darüber hinaus sind Pflegekräfte in der Regel weder gewerkschaftlich organisiert noch arbeitskampffähig. Jemand, der sich bewusst für den Beruf der Pflegefachkraft entschieden hat, wird es in der Regel nicht für richtig erachten, zugunsten eines Streiks Bewohner über Tage hinweg nur soweit als unbedingt notwendig mit Pflege zu versorgen.

II. Themen auf Arbeitgeberseite

Daneben gibt es auch auf Arbeitgeberseite Hemmnisse für eine bessere Entlohnung der Pflegekräfte. Diesbezüglich sind zwei verschiedene Fallkonstellationen zu unterscheiden:

Fall 1 „Nicht-Können“

Es gibt Träger, die können keine höhere Vergütung bezahlen, weil eine bessere Entlohnung der Arbeitnehmer für sie nicht refinanziert ist.

Ein solcher Träger sieht sich häufig an einer Refinanzierung gehindert, da das Verfahren der Verhandlung mit den Pflege- oder Krankenkassen lange dauert oder keinen hinreichend sicheren Erfolg verspricht, solange er die Gehälter noch nicht angepasst hat. Wenn ein Träger damit rechnen muss, dass den Verhandlungen ein Schiedsverfahren nachfolgt, welches kompliziert ist und zusätzliche Kosten verursacht, dann schreckt dies viele Träger ab. Insbesondere ambulante Leistungserbringer verfügen in der Regel über einen geringeren Organisationsgrad, der es ihnen rein faktisch nicht ermöglicht, mit den Landesverbänden der Pflegekassen auf der einen Seite und jeder einzelnen Krankenkasse auf der anderen Seite solche Verhandlungen auf Augenhöhe zu führen.

Fall 2 „Nicht-Wollen“

Ein Träger möchte keine höhere Vergütung bezahlen, weil er damit zwangsläufig entweder auf seinen Gewinn verzichten oder aber die Preise anheben muss, wobei Letzteres dazu führen könnte, dass er Kunden verliert. Im Bereich der Pflegeleistungen nach SGB XI ist es so, dass ein höherer Preis für eine bestimmte Leistung – etwa einen Pflegeheimplatz oder einen konkreten Leistungskomplex im ambulanten Bereich – nicht zwangsläufig mit der Qualität der Leistung korrespondiert. Da die Pflegekasse nur einen bestimmten Betrag zur Verfügung stellt und der Kunde den Restbetrag selbst übernehmen muss, sind viele Pflegebedürftige bestrebt, die Leistungen so günstig wie möglich einzukaufen. Ein Anbieter, der zugunsten der Entlohnung seiner Pflegekräfte einen höheren Preis verlangt, hat dadurch erhebliche Wettbewerbsnachteile, solange nicht entweder alle Anbieter den Preis erhöhen oder der finanzielle Nachteil für die Kunden ausgeglichen wird.

III. Zusammenfassung

Nach unseren Erfahrungen bei der Begleitung von Vergütungsverhandlungen kommen bei unterschiedlichen Versorgungsformen (ambulant vs. stationär) unterschiedliche Schwierigkeiten mehr oder minder stark zum Tragen.

Im stationären Bereich spielt in vielen Fällen vor allem der Aspekt des „Nicht-Wollens“ eine Rolle. Tatsächlich ist es nach unserer Erfahrung so, dass wenn ein Träger einer stationären Pflegeeinrichtung zu Verhandlungen auffordert und dabei Personalkosten bis zur Höhe eines Tarifes refinanzieren möchte, dies bei entsprechenden Nachweisen regelmäßig auch gelingt. Stationäre Träger, die keine Tarifentgelte oder vergleichbar hohe Löhne bezahlen, haben sich also häufig bewusst dagegen entschieden, insbesondere weil sie befürchten, dadurch schlechtere Chancen am Markt bei potenziellen Kunden zu haben. Natürlich gibt es auch Fälle, in denen ein Träger nicht sicher ist, eine Refinanzierung zu erreichen und den mit dem Abschluss einer neuen Individualvereinbarung verbundenen Aufwand scheut.

Im ambulanten Bereich hingegen gestaltet sich die Situation anders. Da hier kaum Träger eine Einzelverhandlung durchführen, können viele Anbieter mit den kollektiv verhandelten Entgelten keine höheren Vergütungen bezahlen. Die Höhe der Vergütung der in der Regel kollektiv verhandelten Verträge nach § 132a Abs. 4 SGB V wird in der Praxis nämlich kaum anhand der konkreten Gestehungskosten der einzeln beteiligten Pflegedienste – dies sind oft viele Hundert – ermittelt. Vielmehr wurden diese Preise vor Jahren in den Bundesländern unterschiedlich valide ermittelt und dann anhand vergleichender Kriterien fortgeschrieben. Auch die vom Bundessozialgericht⁴⁶ genannten Kriterien zur Preisfindung bei Kollektivverträgen stellen auf eine „realitätsnahe durchschnittliche Betriebs- und Kostenstruktur der privat-gewerblichen Pflegedienste“ ab und sind damit nicht geeignet, die Gestehungskosten eines einzelnen Pflegedienstes zu refinanzieren. Vielmehr führt die vom Bundessozialgericht vorgegebene Orientierung an durchschnittlichen Betriebs- und Kostenstrukturen dazu, dass sich Pflegedienste deutlich schlechter stellen, wenn ihre eigene Kostenstruktur etwa durch höhere Entlohnung der Mitarbeiter oberhalb dieses Durchschnitts liegt. Der durch das Pflegepersonal-Stärkungsgesetz auch im SGB V eingeführte Anspruch des Pflegedienstes, nach dem die Bezahlung von Gehältern bis zur Höhe tariflich vereinbarter Vergütungen nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden dürfen und § 71 SGB V insoweit nicht gilt, ist auf Individualvereinbarungen ausgelegt und im Rahmen von Kollektivverhandlungen schwer umsetzbar.

Dementsprechend gibt es für eine bessere Entlohnung der Mitarbeiter in nicht tarifgebundenen Einrichtungen der ambulanten Alten- und Krankenpflege verschiedene Bereiche, in denen Änderungen möglich und zielführend sein können. Dabei hat der Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten beziehungsweise ihm stehen zwei unterschiedliche Systeme zu Verfügung:

- Er kann mit Ge- und Verboten arbeiten, um die Betroffenen zu einem konkreten Verhalten zu zwingen.
- Darüber hinaus kann er aber auch Anreize setzen, die das gewünschte Vorgehen attraktiver gestalten und so dazu führen, dass sich Einrichtungsträger dazu entschließen, Mitarbeiter besser zu entlohnen.

⁴⁶ BSG, Ur. v. 23.06.2016, Az. B 3 KR 26/15 R.

Für einige der im Rahmen des Gutachtenauftrages aufgeworfenen Aspekte kommen nach unserer Bewertung ausschließlich Ge- beziehungsweise Verbote in Betracht (zum Beispiel beim Thema Arbeitnehmerüberlassung). Für andere Themen ist das Setzen von Anreizen besser geeignet (zum Beispiel beim Bereich Individualverhandlungen für ambulante Leistungen).

Abschließend erlauben wir uns die Bemerkung, dass es zu berücksichtigen gilt, dass eine bessere Bezahlung der Mitarbeiter letztlich für eine oder mehrere am System beteiligte Gruppen einen zusätzlichen finanziellen Aufwand bedeutet. Dies können

- Pflegebedürftige beziehungsweise als Auffangkostenträger der Sozialhilfeträger oder
- Pflegekassen sein sowie
- die Einrichtungsträger selbst, deren Gewinn geschmälert wird.

Solange bundesweit Gewinnzuschläge von lediglich 2 % bis 4 % als angemessen erachtet werden, werden Träger wirtschaftlich kaum in der Lage und auch nicht bereit sein, zulasten des eigenen Gewinns sämtliche Gehälter entsprechend dem Tarifniveau anzuheben. Der unter Teil 2 D. IV. exemplarisch eingefügte Überblick über die unterschiedlichen Kosten für Pflegeleistungen lässt zumindest erahnen, dass auch viele Pflegebedürftige letztlich nicht in der Lage sein werden, sämtlichen Mehraufwand zu übernehmen, der durch eine tarifangelehnte Vergütung entstehen würde. Alle Erleichterungen von Vergütungsverhandlungen, Plausibilitätsprüfungen der Personalkostenforderungen von Pflegeeinrichtungen durch die Kostenträger, jede Gewährung von Wagnis- und Gewinnzuschlägen bleibt daher ohne Effekt, wenn der Betreiber befürchtet, dass die angebotenen Pflegeleistungen von Kunden nicht mehr bezahlt werden können und er daher als Leistungserbringer deutlich weniger nachgefragt wird.

Teil 2 Möglicher gesetzgeberischer Handlungsbedarf – Bewertung von Umsetzungsvorschlägen

A. Grundgerüst der Verhandlungen von Vergütungen für Pflegeleistungen nach SGB XI sowie nach § 132a Abs. 4 SGB V – Wer verhandelt wie mit wem?

Jeder Träger einer Pflegeeinrichtung finanziert die Gehälter seiner Mitarbeiter durch die Einnahmen aus Pflegesätzen beziehungsweise aus den mit den Pflege- und Krankenkassen verhandelten Entgelten für ambulante Leistungen. Die Art der Verhandlungen – individuell oder kollektiv – sowie das Ergebnis dieser Verhandlungen oder eines sich daran anschließenden Schiedsstelleverfahrens determiniert also in besonderem Maße, wie viel ein Träger seinen Pflegekräften bezahlen kann. Durch Ausgestaltung des Grundgerüsts der Verhandlungen wird also zumindest mittelbar beeinflusst, wie viel ein Träger zahlen kann, allerdings nicht, wieviel er zahlen möchte oder wie viel seine Mitarbeiter tatsächlich verlangen.

I. Stationärer Bereich

Im stationären Bereich finden in vielen Fällen Einzelverhandlungen statt. Daneben werden in der Praxis durch die Pflegesatzkommission nach § 86 SGB XI oder nicht im formalen Gesetzesrecht vorgesehene Gremien pauschale Vergütungserhöhungen kollektiv vereinbart, die ein Träger einer Pflegeeinrichtung einfordern kann, ohne dass er dafür konkreten Aufwand nachweisen muss. Viele Träger der stationären Altenpflege sind jedoch (im Vergleich zum ambulanten Bereich) recht gut organisiert, sodass umfangreiche Kollektivverhandlungen wie im ambulanten Bereich nicht stattfinden.

Im Rahmen des Settings für die Verhandlung stationärer Vergütungen haben Sie folgende Fragen aufgeworfen:

- Wäre es einfacher, im Rahmen von Pflegesatzkommissionen anstelle von Individualvereinbarungen die Gehaltssteigerungen umzusetzen? Würde ein Träger dadurch eher in die Lage versetzt, höhere Gehälter zu zahlen?
- Bereitet die derzeitige Ausgestaltung der Mitwirkung des Sozialhilfeträgers Schwierigkeiten dahingehend, dass eine höhere Vergütung nur erschwert vereinbart werden kann?

Unsere Erfahrungen aus der Praxis der Vergütungsverhandlungen führen zu dem Ergebnis, dass das Grundgerüst der Verhandlungen den stationären Bereich betreffend keine grundlegenden Änderungen notwendig oder zielführend wären, um eine bessere Entlohnung von Pflegekräften in nicht tarifgebundenen Einrichtungen zu erreichen. Träger einer stationären Pflegeeinrichtung führen eine einheitliche Verhandlung, im Rahmen derer sie anhand konkreter Nachweise und Kalkulationen in der Regel eine auskömmliche Vergütung erzielen können. Dementsprechend bedarf es keiner Stärkung von Pflegesatzkommissionen im stationären Bereich, um höhere Gehälter zu refinanzieren, zumal mit dem dadurch verbundenen Verlust an Individualität auch die Transparenz hinsichtlich der tatsächlich bezahlten Gehälter abnehmen würde und dadurch schlechter als derzeit sichergestellt wäre, dass Vergütungssteigerungen auch tatsächlich bei den Beschäftigten als Gehaltserhöhungen ankommen.

Auch die Mitwirkung des Sozialhilfeträgers ist aus unserer Sicht ein Aspekt, für den einerseits keine Notwendigkeit einer Änderung besteht und an dessen Umgestaltung im Übrigen auch besondere verfassungsrechtliche Anforderungen zu stellen wären. Die Mitwirkung des Sozialhilfeträgers gestaltet sich faktisch sehr unterschiedlich. So gibt es örtliche Sozialhilfeträger, die sich sehr engagiert beteiligen, andere hingegen agieren eher zurückhaltend und „hängen“ sich an das von den Pflegekassen ausgehandelte Ergebnis. Darüber hinaus gibt es auch Bundesländer wie etwa Rheinland-Pfalz oder Baden-Württemberg, in denen das Verhandlungsmandat auf einen überörtlichen Sozialhilfeträger übertragen wird. Zusammenfassend lässt sich jedoch feststellen, dass die Sozialhilfeträger auch dann, wenn sie sich engagiert an der Verhandlung beteiligen, mit den Pflegekassen gemeinsam eine Position aufbauen und eine einheitliche Linie verfolgen. Eine „Blockadehaltung“ des Sozialhilfeträgers ist somit der Ausnahmefall.

Sicherlich ist es nicht völlig auszuschließen, dass höhere Pflegesätze ausgehandelt würden, wenn der Sozialhilfeträger kein verbindliches „Mitspracherecht“ hätte, da dieser als Restkostenträger natürlich ein deutlich größeres Interesse an niedrigeren Pflegesätzen hat als die Pflegekassen, deren finanzielles Engagement auf die im SGB XI festgeschriebenen Beträge begrenzt ist. Eben deswegen, weil für die jeweiligen Sozialhilfeträger als Restkostenträger aber erhebliche wirtschaftliche Konsequenzen aus einer Pflegesatzvereinbarung resultieren, wäre es wohl verfassungsrechtlich auch nicht ganz unproblematisch, ihn nicht mehr zu beteiligen. Wir raten daher von einer Änderung diesbezüglich ab, auch weil Aufwand und Ergebnisverbesserung außer Verhältnis stünden. Dies gilt im Übrigen auch für den ambulanten Bereich, sodass das Thema dort nicht noch einmal aufgegriffen wird.

1. Mögliche Hindernisse im Rahmen der Verhandlungen

Blickt man auf das Grundgerüst der Verhandlungen im stationären Bereich, so könnte allenfalls darüber nachgedacht werden, die Schiedsstellen organisatorisch zu stärken. So gibt es in einzelnen Bundesländern zeitliche Probleme, weil Schiedsstellenverfahren zu lange dauern. Sofern künftig auch mehr ambulante Einrichtungen Individualverhandlungen führen würden (dazu sogleich unter II.), würde dieses System wohl an seine Kapazitätsgrenzen stoßen. Dementsprechend könnte es Sinn ergeben, über eine Veränderung der Struktur der Schiedsstelle nachzudenken. Dies bedeutet insbesondere:

- Verkleinerung der Schiedsstelle auf sieben Mitglieder.
- Möglichkeit der Bestellung eines Vertreters je Mitglied.
- Hauptamtliche Tätigkeit des Vorsitzenden und der beiden unparteiischen Mitglieder.

2. Gestaltungsvorschlag

Aufgrund des Zusammenhangs zu dem nachfolgend unter II. für den ambulanten Bereich Dargestellten wird dort ein Formulierungsvorschlag unterbreitet.

II. Ambulanter Bereich – SGB V und SGB XI

Nach unserer Erfahrung ist die Vergütung durch Pflege- und Krankenkassen im Bereich der klassischen ambulanten Tourenpflege auf einem Niveau, auf dem eher das „Nicht-Zahlen-Können“ als das „Nicht-Zahlen-Wollen“ zum Tragen kommt. Wie ausführlich erörtert, sind Individualverhandlungen im ambulanten Bereich der Ausnahmefall und werden Vergütungssteigerungen in der Regel durch die jeweils zuständigen Verbände der Leistungserbringer mit den Pflegekassen oder einer oder mehreren Krankenkassen verhandelt. Die Vorteile einer solchen Vorgehensweise für einen Leistungserbringer bestehen vor allem darin, dass er mit minimalem Aufwand eine Erhöhung seiner Vergütung erzielen kann. Als Nachteil ist demgegenüber klar zu benennen, dass Kollektivverhandlungen in keiner Weise gestehungskostenorientiert sind, sodass eine Steigerung der Vergütung nicht dazu führen muss, dass die Mitarbeiter an einer besseren Bezahlung der Leistungen partizipieren: entweder, weil trotz pauschaler Steigerung der Leistungserbringer keine höheren Löhne zahlen kann, oder, weil er dies zugunsten seiner eigenen Rendite nicht möchte. Durch eine Änderung am Grundgerüst der Verhandlungen, die zu mehr Individualverhandlungen führt, lässt sich dahingehend Abhilfe schaffen, dass

- einerseits Leistungserbringer ihre tatsächlich höheren Personalkosten einbringen können und
- andererseits durch entsprechende Nachweisrechte abgesichert werden kann, dass Vergütungssteigerungen nicht zugunsten der Rendite geschehen, sondern im Interesse der Mitarbeiter.

1. Kollektivverhandlungen als Hemmnis für eine bessere Bezahlung der Mitarbeiter

Ein Anreiz für Individualverhandlungen kann nach dem eben Gesagten zu einer Verbesserung der Situation der Mitarbeiter beitragen. Bei Änderungen in diesem Bereich muss berücksichtigt werden, dass ambulante Leistungserbringer in der Regel schlechter organisiert sind als stationäre Anbieter. Dementsprechend müssen die Verhandlungen einschließlich des Schiedsstellenverfahrens so ausgestaltet werden, dass zeitnah und mit vertretbarem Aufwand ein Ergebnis erreicht werden kann. Die Verhandlung individueller Vergütungen müsste also deutlich erleichtert werden. In diesem Zusammenhang haben Sie daher in Ihrem Gutachtenauftrag die richtigen Themen angesprochen:

- Wären einheitliche und gemeinsame Vergütungsverhandlungen der Pflegedienste mit einem einzigen, federführenden Kostenträger für Leistungen nach SGB XI sowie SGB V nach dem Maßstab und mit dem Schiedsverfahren des SGB XI zielführender als der bislang vorgesehene Weg über Rahmenempfehlungen? Könnten damit alle Beteiligten von Verwaltungsaufwand entlastet werden?
- Damit wären dann die von Ihnen skizzierten Folgefragen verbunden:

Welche Auswirkungen wären zu beachten (z. B. beim Abrechnungsverfahren)?

Welche Effekte hätte dies auf das Wirtschaftlichkeitsgebot der Krankenkassen beziehungsweise die Maßgabe, die Leistungen wirtschaftlich und preisgünstig zu erbringen (§ 132a Abs. 4 SGB V)?

2. Rechtliche Bewertung

Eine Erleichterung zur Durchführung individueller Vergütungsverhandlungen würde dadurch geschaffen, wenn der Leistungserbringer/ambulante Pflegedienst nicht mehr einerseits mit den Pflegekassen und andererseits mit jeder einzelnen Krankenkasse jeweils über die konkrete Vergütung verhandeln müsste, sondern im Rahmen einer Verhandlung sowohl SGB-XI-Leistungen als auch SGB-V-Leistungen mit allen Pflege- sowie Krankenkassen beziehungsweise einer federführenden Krankenkasse vereinbaren könnte. Auf diesem Weg würde auch eine weitere Schwierigkeit umgangen: Um überhaupt Einzelverhandlungen führen zu können, müssten nach den Grundgedanken des Gesetzes wie auch nach Auffassung etwa der Hessischen Schiedsstelle nach § 76 SGB XI zu einer Vereinbarung nach § 89 SGB XI⁴⁷ sämtliche Kostenpositionen sauber zwischen den Bereichen SGB V und SGB XI abgegrenzt werden. Diese theoretische Vorgabe ist in der Praxis jedoch nicht umsetzbar⁴⁸ und führt zu zahlreichen Verwerfungen. Durch eine SGB V und SGB XI übergreifende Betrachtung der Wirtschaftlichkeit des Handelns (dazu sogleich) könnte hier Abhilfe geschaffen werden.

In juristischer Hinsicht müssen für eine solche doch recht grundlegende Änderung des Vergütungsgefüges, die verschiedener Änderungen des SGB V sowie des SGB XI bedarf, einige Dinge bedacht werden:

Kostentragung

Unabhängig davon, dass die Vergütungen für Verträge nach SGB V und SGB XI gemeinsam verhandelt und vereinbart werden, bleibt die Kostenträgerschaft der Krankenkassen und Pflegekassen für den jeweils von ihnen verantworteten Bereich bestehen.

Die gemeinsame Verhandlung und Vereinbarung dient lediglich dazu, sich mit Bindung für beide Bereiche auf gemeinsame Grundsätze (etwa zum Einsatz von Fachkräften, einer Fachkraftquote, zur Hausbesuchspauschale, zu der Aufteilung der Aufwendungen z. B. für Investitionsgüter etc.) zu verständigen.

Wirtschaftlichkeitsgrundsatz

Das Wirtschaftlichkeitsgebot, welches sowohl für Leistungen des SGB V als auch für Leistungen des SGB XI gilt, wäre nicht betroffen. Da sowohl die Kranken- als auch die Pflegekassen dieses Gebot zu beachten haben, können insoweit keine Verwerfungen entstehen. Vielmehr ergeben gemeinsame Verhandlungen gerade vor diesem Hintergrund Sinn, weil dadurch verhindert wird, dass Wirtschaftlichkeitserwägungen des SGB V und des SGB XI vermeintlich kollidieren. Zu einer echten Kollision kann es nach unserem Verständnis gar nicht kommen, da im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes jeweils die Leistungserbringung aus dem anderen Bereich – SGB V und SGB XI – mitgedacht werden muss. Dies bedeutet: Es wäre treuwidrig, dem Leistungserbringer gestützt auf das Wirtschaftlichkeitsgebot im SGB XI vorzuhalten, dass er Leistungen der Grundpflege durch eine Fachkraft erbringen lässt, gestützt auf das SGB V aber zu verlangen, dass er ohne

⁴⁷ Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Hessen v. 30.07.2018, Az. 18 c 07 – 06/17.

⁴⁸ Vgl. hierzu Beschl. d. Schiedsstelle SGB XI Hessen v. 20.03.2013, Az. 18 c 07 – 01/13.

Gewährung einer zusätzlichen Hausbesuchspauschale Behandlungspflege von einer Fachkraft verrichten lässt. In der Praxis gibt es nur einen einheitlichen Pflegedienst, der Leistungen nach dem SGB V und Leistungen nach dem SGB XI erbringt. In der Regel ist es auch ein und dieselbe Pflegekraft, die diese Leistungen konkret beim Patienten ausführt. Alles andere wäre nicht nur praxisfern, sondern würde wiederum dem Wirtschaftlichkeitsgebot (vgl. §§ 70 Abs. 1 SGB V, 29 SGB XI) zuwiderlaufen. Weder ist es möglich, dass der Pflegebedürftige morgens einen Pflegedienst beauftragt, ihn zu waschen und einen zweiten Pflegedienst, um einen Verbandswechsel durchzuführen, noch kann ein einheitlicher Pflegedienst für diese beiden Leistungen zwei verschiedene Mitarbeiter schicken. Der Pflegedienst muss also einen Mitarbeiter zu diesem Pflegebedürftigen schicken, der von seiner Qualifikation geeignet ist, beide Leistungen durchzuführen, in diesem Beispiel in den meisten Bundesländern eine Pflegefachkraft (erforderliche Qualifikation für den Verbandswechsel). Dies sollte im Gesetz explizit festgehalten werden.

Alleine dieses völlig alltägliche Beispiel zeigt, dass die Vergütung für diesen fiktiven Einsatz kaum zu trennen ist und die Vergütung für die Leistung nach dem SGB V unmittelbar Auswirkungen auf die Vergütung nach dem SGB XI hat und umgekehrt. Ein weiterer Beispielfall ist die Hausbesuchspauschale. Die eingesetzte Pflegekraft benötigt Fahrzeit, um zum Patienten zu gelangen. Diese wird in der Vergütung über die sogenannte „Hausbesuchspauschale“ abgebildet. Wie ist diese Hausbesuchspauschale auf die Vergütungen nach dem SGB V und nach dem SGB XI zu verteilen und was gilt, wenn die Pflegekraft auf ihrer Tour vorher bei einem Patienten war, der nur Leistungen nach einem der beiden Bereiche erhalten hat?

Die aufgeworfenen Fragen zeigen, dass Antworten auch auf die Frage danach, was konkret wirtschaftlich ist, nicht isoliert für einen der beiden Bereiche gegeben werden können. Daher ist es zwingend erforderlich, auch beide Bereiche gemeinsam zu verhandeln und einheitliche Antworten zu finden. Im Rahmen der für das SGB V und das SGB XI geltenden Grundsätze der Wirtschaftlichkeit ist daher zu ermitteln, welches die beste Mittel-Zweck-Relation sowohl für SGB XI als auch für SGB V ist.

Verhandlungsparteien und Vertragspartner

Bei gemeinsamen Verhandlungen sind die Verhandlungspartner von den Vertragspartnern zu unterscheiden: Verhandlungspartner wären sämtliche nach SGB V oder nach SGB XI zu beteiligenden Parteien inklusive des Sozialhilfeträgers, wobei Pflege- und Krankenkassen sich zwecks Verwaltungsvereinbarung gegenseitig bevollmächtigen können. Durch die Bevollmächtigung würden die Verhandlungsergebnisse alle Pflege- und Krankenkassen binden. Vertragspartner der jeweiligen konkreten Vergütungsvereinbarung wären jedoch allein die in §§ 132a Abs. 2 SGB V und 89 SGB XI jeweils festgelegten Parteien. Der Sozialhilfeträger ist zum Beispiel Partei der Vereinbarung nach § 89 SGB XI, nicht aber der Vereinbarung nach § 132a Abs. 4 SGB V.

Schiedsverfahren

Das Schiedsverfahren sollte sich für beide Vergütungsvereinbarungen (SGB V und SGB XI) nach § 76 SGB XI richten. Dass es bislang für den Bereich der häuslichen Krankenpflege § 132a Abs. 4 SGB V an einer institutionalisierten Schiedsstelle fehlt⁴⁹, stellt ein weiteres erhebliches Hemmnis für

⁴⁹ Ausnahme: Baden-Württemberg.

Individualvereinbarungen und damit für die Refinanzierung angemessener Personalkosten dar. Darüber hinaus würde den Parteien des Vergütungsverfahrens zusätzlich die Möglichkeit eröffnet, nach ihrer Wahl gleichzeitig die Vergütung nach SGB V und SGB XI einschließlich bestimmter Grundsatzfragen von der Schiedsstelle entscheiden zu lassen, etwa bei Anpassung der Personalkosten. Zwei unterschiedliche Schiedsverfahren vor unterschiedlichen Institutionen bergen die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen und bedeuten darüber hinaus durch den nicht zu unterschätzenden bürokratischen Aufwand ein Hemmnis für Individualverhandlungen. Darüber hinaus kann ein Pflegedienst sich in einer Verhandlung nur dann zu einer zukünftigen Anhebung der Gehälter verpflichten, wenn er sicher sein kann, dass auch die anderen Krankenkassen und Pflegekassen diese Anhebung der Gehälter mittragen und die Vergütungen auch in diesen Verfahren vereinbarungsfähig sind. Die Vereinheitlichung des Schiedsverfahrens und die Konzentration bei der Schiedsstelle nach § 76 SGB XI würde zu einer weiteren Beschleunigung und Professionalisierung der Verfahren führen, zumal der in § 132a Abs. 4 SGB V beschriebene langwierige Prozess, bis eine Schiedsperson gefunden, eingesetzt und sich selbst ein Verfahrensrecht gegeben hat, komplett entfällt.

Somit würde die Vereinheitlichung der Vergütungsverhandlung und des Schiedsverfahrens zur Entlastung von Verwaltungsaufwand für Kranken- und Pflegekassen sowie die Pflegedienste führen.

Zu bedenken ist allerdings, dass der Schiedsstelle nach § 76 Abs. 2 Satz 2 SGB XI auch ein Vertreter des Sozialhilfeträgers angehört, der im Fall einer isolierten Entscheidung für die Vergütung nach dem SGB V nicht betroffen ist, gegebenenfalls sogar Interessen verfolgt (z. B. Verschiebung von Kosten in den Bereich des SGB V), die mit denen des Pflegedienstes deckungsgleich sind. Der Vertreter des Sozialhilfeträgers sollte in diesem Fall durch einen Vertreter der Krankenkassen ersetzt werden. Insgesamt wäre der § 76 Abs. 2 SGB XI daher neu zu fassen.

Konsequenterweise wäre die Schiedspersonenregelung in § 132a Abs. 4 SGB V dann zu streichen.

Finanzierungsaspekte

Schließlich könnte man kritisieren, dass bei einer gemeinsamen Verhandlung Finanzierungszuständigkeiten nicht klar zugeordnet, sondern womöglich von dem einen in den anderen Bereich verschoben werden. Dabei würde jedoch übersehen werden, dass dies derzeit bei getrennten Verhandlungen noch in viel stärkerem Maß erfolgt. Gerade die Thematisierung der Finanzierungszuständigkeit in der gemeinsamen Verhandlung führt dazu, dass Kosten besser als bisher dem richtigen Bereich zugeordnet werden.

Wenn Vergütungssätze gegenüber allen Krankenkassen gelten würden und damit der Preiswettbewerb eingeschränkt wäre, könnten Krankenkassen mit hohen HKP-Kosten entsprechend Ihrem Vorschlag im Gutachtenauftrag einen Finanzausgleich analog § 66 SGB XI erhalten, um Wettbewerbsnachteile aufgrund der Versichertenstruktur auszugleichen. Dies sprechen Sie in Ihrem Gutachtenauftrag an. Da der Risikostrukturausgleich in der GKV insoweit ein eigenes System vorsieht und uns die internen Vorgehensweisen dazu sowie zu § 66 SGB XI aus unserer praktischen Arbeit nicht hinreichend bekannt sind, können wir dazu keine belastbare Aussage treffen.

In diesem Zusammenhang werfen Sie die Frage auf, ob, wenn die Verteilung zwischen den Kostenträgern unangetastet bliebe, eine höhere Entlohnung der Mitarbeiter eventuell an anderen Umständen scheitern würde. In diesem Zusammenhang benennen Sie insbesondere den folgenden Aspekt:

- Wenn die Kosten für die Bereich SGB XI und V-Leistungen weiterhin (künstlich) auseinandergerechnet werden müssten, wäre dann hinreichend sichergestellt, dass Krankenkassen die anteilige Kostentragung für die häusliche Krankenpflege trotz gemeinsamer Verhandlungen akzeptieren und insoweit nicht auf die Pflegekassen abwälzen. So wäre es möglich, dass die Pflegekassen stillschweigend überproportionale Steigerungen zulassen, weil dort der Pflegebedürftige bzw. Sozialhilfeträger die Mehrkosten bezahlen müsste. Sie haben dazu von einem Verband der Leistungsanbieter gehört, dass in einigen Ländern bereits die Preise für SGB XI-Leistungen gestiegen sind, weil die Krankenkassen für Leistungen der häuslichen Krankenpflege keine Steigerungen der Vergütung anerkannt hätten. So bestehe doch das Risiko, dass Krankenkassen zu Lasten von Pflegebedürftigen und Sozialhilfeträgern sparen.
- Als möglichen Ausweg daraus sprechen Sie an, ob die zuständigen Aufsichtsbehörden stärker in die Pflicht genommen werden sollten.

Bei gemeinsamen Verhandlungen für Leistungen der häuslichen Pflege nach dem SGB XI und der häuslichen Krankenpflege säße entsprechend den Vorgaben des SGB XI in der Regel auch der zuständige Sozialhilfeträger mit am Verhandlungstisch, der seinerseits ein Interesse daran hat, dass Kosten nicht zu Lasten des SGB XI verschoben werden. Der Aufwand eines Anbieters müsste immer unabhängig davon (künstlich) auseinandergerechnet werden, wie verhandelt wird, sofern ein Pflegedienst beide Leistungen erbringt. Bislang ist es aber möglich, dass die Aufteilung der Kosten aus den beiden Perspektiven SGB V und SGB XI unterschiedlich vollzogen wird, sodass letztlich Aufwand übrig bleibt, der keinem der Bereiche zugeordnet wird. Ergänzend möchten wir noch einen weiteren Aspekt zu bedenken geben: Bei gemeinsamen Verhandlungen kann von einer Kranken- und Pflegekasse logisch nicht nachvollziehbar argumentiert werden, dass gestiegene Personalkosten lediglich im SGB XI zu steigenden Vergütungen führen. Dies wäre in sich widersprüchlich. Gerade dann, wenn aufgrund steigender Personalkosten im SGB XI-Bereich die Vergütungen steigen, kann im Rahmen gemeinsamer Verhandlungen die SGB V-Vergütung folgerichtig nicht gleich bleiben.

3. Sonderfall: Kollektivverhandlungen

Sie haben uns gebeten, verschiedene Aspekte gemeinsamer Verhandlungen im Rahmen der gelebten aber nicht gesetzlich geregelten Kollektivverhandlungen im ambulanten Bereich zu beleuchten.

Derzeit ist es so, dass im ambulanten Bereich außerhalb der Intensivpflege in der Regel nahezu alle ambulanten Pflegedienste über Kollektivverhandlungen beziehungsweise Verhandlungen ihrer Verbände eine Vergütung erhalten. Viele ambulante Dienste sind und werden auch nie in der Lage sein, Einzelverhandlungen selbst durchzuführen. Die oben dargestellte Option der Ermöglichung gemeinsamer Verhandlungen wirkt daher in zwei Richtungen: Einerseits könnten wie dargestellt mehr Pflegedienste überhaupt Einzelverhandlungen anstreben. Andererseits ließen sich aber auch

kollektive Verhandlungen besser gestalten, da die soeben unter 2. angesprochene Verschiebung zwischen SGB V und SGB XI vermieden würde. Gleichwohl wird nach unserer Einschätzung ein nicht unerheblicher Anteil der Pflegedienste weiterhin über Kollektivverhandlungen eine Vergütung erhalten. Hierzu haben Sie uns gebeten zu erörtern, ob es eine Möglichkeit gibt, im Rahmen von Verbände Verhandlungen die Kostenstrukturen der Dienste irgendwie zu berücksichtigen und Steigerungsraten danach zu differenzieren, z.B. durch Clusterbildung (unterstes Drittel, Umsatzzahlen, Vollzeitäquivalenten, rechnerische Fachkraftquote o.ä.). Dies scheidet nach unserer Einschätzung aus, da Kollektivverhandlungen sich gerade dadurch auszeichnen, dass für eine Vielzahl im Einzelnen sehr unterschiedlicher Dienste Vergütungen verhandelt werden. Weder Größe noch Umsatz eines Pflegedienstes lassen Rückschlüsse darauf zu, wie hoch die konkreten Personalkosten sind, die aber für die Höhe der Vergütung letztlich ausschlaggebend sind.

Die einzige Möglichkeit wäre wohl, dass man im Rahmen von Kollektivverhandlungen unterscheidet zwischen tariflich oder tariflich entsprechend entlohnenden und sonstigen Diensten. Dann wäre es denkbar, im Rahmen von Verbände Verhandlungen, wenn beide Gruppen vertreten werden, unterschiedliche Beträge für beide Gruppen zu vereinbaren. Dafür wäre allerdings Voraussetzung, dass Kollektivverhandlungen überhaupt im Gesetz geregelt werden. Insoweit nehmen wir Bezug auf unsere Ausführungen in dem Ihnen vorliegenden Gutachten aus dem Jahr 2016.

4. Zielerreichung, abschließende Beurteilung und Formulierungsvorschlag

Soweit es die Frage betrifft, ob ambulante Anbieter eine bessere Vergütung bezahlen können, ließe sich durch gemeinsame Verhandlungen (SGB V und SGB XI) eine Verbesserung erzielen. Inwieweit ambulante Anbieter dies auch wollen, lässt sich dadurch nicht beeinflussen. Inwieweit diese Maßnahme tatsächlich zu höheren Entgelten führt, können wir daher nicht abschließend sagen.

Dies gilt sowohl für den Bereich der Einzelverhandlungen, als auch für den Bereich der Kollektivverhandlungen, da durch gemeinsame Verhandlungen zumindest Verschiebungen von Aufwand zwischen den beiden Bereichen vermieden werden können.

Sie sprechen als etwas weniger weitgehende Alternative an, ob es zur Erreichung höherer Löhne ausreichen würde, nur den Wettbewerb im Bereich der häuslichen Krankenpflege auszuschließen und das Verhandlungsgerüst (wer verhandelt mit wem) unangetastet zu lassen. Wir verstehen Ihren Vorschlag so, dass dann auch auf Seiten der Krankenkasse nur ein Vertreter für alle Krankenkassen verhandelt. Dies wäre, soweit es Einzelverhandlungen betrifft, sicherlich auch ein hilfreicher Schritt, allerdings ein deutlich kleinerer, da Verschiebungen zwischen den Leistungsbereichen weiterhin möglich blieben. Soweit es Formen kollektiver Verhandlungen betrifft, gehen Verbände in der Regel ohnehin auf mehrere Krankenkassen zu, sodass eine entsprechende Regelung hier allenfalls einen sehr geringen Vorteil mit sich bringen würde.

Die Umsetzung des von uns insgesamt als zielführend erachteten Regelungsvorschlages gemeinsamer Verhandlungen bedarf sowohl Änderungen im SGB V als auch Änderungen im SGB XI. Wir schlagen vor, in § 132a SGB V zu regeln, dass die Verhandlung von Vereinbarungen nach § 132a Abs. 4 SGB V gemeinsam mit der Verhandlung der Vereinbarung nach § 89 SGB XI stattfinden soll. Das Verfahren, insbesondere vor der Schiedsstelle, sollte sich aufgrund der bereits deutlich

detaillierteren Ausgestaltung im SGB XI nach den dortigen Verfahrensvorschriften bestimmen. Im SGB XI wäre dann korrespondierend einerseits zu regeln, dass die Verhandlungen nach SGB V in das Verfahren nach §§ 89 i. V. m. 84, 85 SGB XI integriert werden. Folgende Normstruktur würde sich anbieten (wie auch im Folgenden ohne die anderen Regelungsvorschläge zu § 132a SGB V, hierzu die Gesamtzusammenfassung in Teil 4.):

§ 132a Abs. 5 SGB V neu:

(5) Die Verträge nach Absatz 4 Satz 1 sind zusammen mit den Verträgen nach § 89 Absatz 1 Satz 1 SGB XI zu verhandeln und abzuschließen. Über die Leistungen nach SGB V sowie nach SGB XI ist je eine gesonderte Vereinbarung abzuschließen. Das Verfahren zur Verhandlung und zum Abschluss beider Vereinbarungen richtet sich nach § 89 SGB XI. Im Falle der Nichteinigung wird der Vertragsinhalt der Verträge nach Absatz 4 Satz 1 durch die Schiedsstelle nach § 76 SGB XI festgelegt. Den Parteien steht es frei, die Schiedsstelle gleichzeitig zu dem Vertragsinhalt nach § 89 SGB XI anzurufen.

Die Regelung zur Schiedsperson in § 132a Abs. 4 SGB V wäre dann zu streichen.

§ 89 Abs. 2a SGB XI neu

(2a) Zusammen mit den Verträgen nach Absatz 1 sind die Vereinbarungen nach § 132a Absatz 4 SGB V gemäß den Vorgaben des § 132a Absatz 5 SGB V abzuschließen.

(3) Die Vergütungen können, je nach Art und Umfang der Pflegeleistung, nach dem dafür erforderlichen Zeitaufwand oder unabhängig vom Zeitaufwand nach dem Leistungsinhalt des jeweiligen Pflegeeinsatzes, nach Komplexleistungen oder in Ausnahmefällen auch nach Einzelleistungen bemessen werden; sonstige Leistungen wie hauswirtschaftliche Versorgung, Behördengänge oder Fahrkosten können auch mit Pauschalen vergütet werden. Die Vergütungen haben zu berücksichtigen, dass Leistungen von mehreren Pflegebedürftigen gemeinsam abgerufen und in Anspruch genommen werden können sowie, dass regelmäßig Leistungen der häuslichen Krankenpflege und Leistungen nach diesem Sozialgesetzbuch XI gemeinsam im Rahmen eines Hausbesuchs erbracht werden;⁵⁰ die sich aus einer gemeinsamen Leistungsanspruchnahme ergebenden Zeit- und Kostenersparnisse kommen den Pflegebedürftigen zugute. Bei der Vereinbarung der Vergütung sind die Grundsätze für die Vergütung von längeren Wegezeiten, insbesondere in ländlichen Räumen, die in den Rahmenempfehlungen nach § 132a Absatz 1 Satz 4 Nummer 5 des Fünften Buches vorzusehen sind, zu berücksichtigen. § 84 Absatz 4 Satz 2 und Absatz 7, § 85 Absatz 3 bis 7 und § 86 gelten entsprechend.

⁵⁰ Vgl. dazu A. II. 3.

§ 76 SGB XI

(1) Die Landesverbände der Pflegekassen und die Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen im Land bilden gemeinsam mit dem im Land für das Gesundheitswesen zuständigen Landesministerium für jedes Land eine Schiedsstelle. Diese entscheidet in den ihr nach diesem Buch und nach § 132a Absatz 5 des Fünften Buches zugewiesenen Angelegenheiten.

(2) Die Schiedsstelle besteht aus Vertretern der Krankenkassen und Pflegekassen und Vertretern der Pflegeeinrichtungen in gleicher Zahl sowie einem unparteiischen Vorsitzenden und zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern; für die Mitglieder können Stellvertreter bestellt werden. Der Schiedsstelle gehört auch ein Vertreter des Verbandes der privaten Krankenversicherung e. V. sowie der überörtlichen oder, sofern Landesrecht dies bestimmt, ein örtlicher Träger der Sozialhilfe im Land an, die auf die Zahl der Vertreter der Krankenkassen und Pflegekassen angerechnet werden. Die Vertreter nach Satz 2 sind nicht stimmberechtigt, soweit ausschließlich ein Antrag nach § 132a Absatz 5 Satz 4 des Fünften Buches zu entscheiden ist; die Vertreter der Pflegeeinrichtungen haben in diesem Fall entsprechend weniger Stimmen. Die Vertreter und Stellvertreter der Krankenkassen und Pflegekassen werden von den jeweiligen Landesverbänden, die Vertreter der Pflegeeinrichtungen und deren Stellvertreter von den Vereinigungen der Träger der Pflegedienste und Pflegeheime im Land bestellt; bei der Bestellung der Vertreter der Pflegeeinrichtungen ist die Trägervielfalt zu beachten. Der Vorsitzende und die weiteren unparteiischen Mitglieder werden von dem im Land für das Gesundheitswesen zuständigen Landesministerium ausgewählt und angestellt. Soweit beteiligte Organisationen keinen Vertreter bestellen, bestellt die zuständige Landesbehörde auf Antrag einer der beteiligten Organisationen die Vertreter und benennt die Kandidaten.

(3) Der Vorsitzende und die beiden unparteiischen Mitarbeiter sind hauptamtlich tätig. Die übrigen Mitglieder der Schiedsstelle führen ihr Amt als Ehrenamt. Alle Mitglieder der Schiedsstelle sind an Weisungen nicht gebunden. Jedes Mitglied hat eine Stimme. Die Entscheidungen werden mit der Mehrheit der Mitglieder getroffen. Ergibt sich keine Mehrheit, gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.

B. Rechtlicher und untergesetzlicher Rahmen für die Verhandlungen – Nachweispflichten und Prospektivität

Neben dem unter A. thematisierten Grundgerüst der Verhandlungen haben Sie die Frage aufgeworfen, ob der durch den Gesetzgeber beschriebenen inhaltlichen Ausgestaltung der Verhandlungen Relevanz für die Frage zukommt, wie Mitarbeiter in nicht tarifgebundenen Einrichtungen vergütet werden. Hierbei können insbesondere die folgenden Aspekte relevant werden:

- Wie gehen die Verhandlungspartner und die Schiedsstelle mit dem Grundsatz der Prospektivität der Vergütungsverhandlungen um („Henne-Ei-Problem“)? Muss eine höhere Entlohnung bereits vollzogen worden sein, damit eine höhere Vergütung verhandelt werden kann?
- Welche Nachweise hat der Träger einer Pflegeeinrichtung im Rahmen von Verhandlungen beizubringen? Sind die gesetzlichen und untergesetzlichen Vorgaben dazu sowie zur Kontrolle des Verhandlungsergebnisses ausreichend?
- Wie kann die Festlegung untergesetzlicher Richtlinien beschleunigt werden?

I. Allgemeine Erwägungen für den ambulanten und stationären Bereich – SGB XI

Der Gesetzgeber hat in § 85 Abs. 3 Satz 2 ff. SGB XI einen Rahmen für die vorzulegenden Nachweise vorgegeben:

„Das Pflegeheim hat Art, Inhalt, Umfang und Kosten der Leistungen, für die es eine Vergütung beansprucht, durch Pflegedokumentationen und andere geeignete Nachweise rechtzeitig vor Beginn der Pflegesatzverhandlungen darzulegen; es hat außerdem die schriftliche Stellungnahme der nach heimrechtlichen Vorschriften vorgesehenen Interessenvertretung der Bewohnerinnen und Bewohner beizufügen. Soweit dies zur Beurteilung seiner Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit im Einzelfall erforderlich ist, hat das Pflegeheim auf Verlangen einer Vertragspartei zusätzliche Unterlagen vorzulegen und Auskünfte zu erteilen. Hierzu gehören auch pflegesatzerhebliche Angaben zum Jahresabschluß entsprechend den Grundsätzen ordnungsgemäßer Pflegebuchführung, zur personellen und sachlichen Ausstattung des Pflegeheims einschließlich der Kosten sowie zur tatsächlichen Stellenbesetzung und Eingruppierung. Dabei sind insbesondere die in der Pflegesatzverhandlung geltend gemachten, voraussichtlichen Personalkosten einschließlich entsprechender Erhöhungen im Vergleich zum bisherigen Pflegesatzzeitraum vorzuweisen. Personenbezogene Daten sind zu anonymisieren.“

(Hervorhebung durch Unterzeichnende)

1. Nachweise im Rahmen der Verhandlung

In der Praxis werden in der Regel abhängig von den Umständen des Einzelfalls verschieden umfangreiche Unterlagen zur Plausibilisierung der geltend gemachten Vergütung gefordert. Dabei spielt die von Ihnen aufgeworfene Frage, ob pseudonymisierte oder anonymisierte Unterlagen

notwendig sind, faktisch keine Rolle. Es wird ein Lohnjournal oder eine vergleichbare Aufstellung beigebracht, der sich entnehmen lässt, was Mitarbeiter verdienen, ohne, dass die Kassen dies einzelnen Mitarbeitern zuordnen könnten.

Im Rahmen des uns vorliegenden Gutachtauftrages erwägen Sie festzulegen oder in Rahmenverträgen vereinbaren zu lassen, welche Unterlagen im Einzelnen vorgelegt werden sollten. Davon ausgehend haben Sie uns um unsere Einschätzung gebeten, welche Unterlagen der Träger regelmäßig in den Pflegesatzverhandlungen vorlegen müssen sollte, um das Pflegesatzverfahren pragmatisch und transparent zu gestalten. Insbesondere gilt es zu erörtern, inwieweit Testate eines Wirtschaftsprüfers verlangt werden können. Nach unserer Erfahrung hängen die jeweils vorzulegenden Unterlagen von den ganz konkreten Umständen des Einzelfalls ab, sodass eine ausdifferenziertere einheitliche Regelung im Gesetz keinen Sinn ergeben würde. Sie könnte nicht sämtliche Einzelfälle und individuellen Besonderheiten sowie die in den jeweiligen Ländern etablierte Praxis abbilden, auf die es ankommen kann. Damit würden also bestimmte Fälle, die einer Regelung bedürfen, womöglich nicht erfasst, während in anderen Situationen, in denen deutlich weniger Unterlagen ausreichend wären, ohne erkennbaren Mehrwert zahlreiche Dokumente vorgelegt werden müssten. So verhält es sich mit Testaten eines Wirtschaftsprüfers, welche zusammen mit einem Jahresabschluss, einer GuV oder einer Bilanz im Regelfall nicht vorgelegt werden müssen. Dies kann aber dann anders sein, wenn es in dem konkreten Einzelfall gerade darauf ankommt: Ein Träger macht eine deutliche Vergütungssteigerung mit dem Argument geltend, er habe im Vorjahr erhebliche Verluste erlitten. Diese Verluste sind dann natürlich entsprechend zu belegen. Wenn es darauf nicht ankommt, dann stellt die Vorlage derartiger Unterlagen aber einen massiven Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG dar, der nicht gerechtfertigt sein kann, wenn damit kein legitimes Ziel verfolgt wird. Allgemein lässt sich sagen, dass die Pflicht zur Vorlage von Unterlagen nach § 85 Abs. 3 SGB XI umso größer sein sollte, je höher die begehrte Vergütung von regionalen Marktpreisen und der Vorvereinbarung der Einrichtung abweicht. Wird z. B. lediglich eine Anpassung der vereinbarten Vergütung im Rahmen der Veränderungsrate nach § 71 Abs. 3 SGB V begehrt, trägt die Forderung an sich bereits die Vermutung der Plausibilität und der wirtschaftlichen Angemessenheit in sich, ohne dass es eines Nachweises bedarf. Wird dagegen eine deutliche Vergütungssteigerung begehrt, die sich darüber hinaus an der Spitze des regionalen Preisumfelds bewegt, wird die Einrichtung die Forderung durch Vorlage weitreichender geeigneter Unterlagen plausibilisieren müssen. In diesem Rahmen können Personalkosten in der Regel durch Personalkostenaufstellungen mit stichprobenartiger Überprüfung anhand von Gehaltszetteln oder aber einem Testat eines unabhängigen Wirtschaftsprüfers plausibilisiert werden.

2. Prospektivität

Im Rahmen der Prospektivität der Vergütungsverhandlungen haben Sie uns um Erörterung gebeten, ob die bessere Entlohnung der Mitarbeiter bereits umgesetzt worden sein muss, um die Vergütung für die Pflegeleistungen auf dieser Grundlage zu verhandeln. Dahinter steht die Frage, inwieweit in Verhandlungen der Grundsatz der Prospektivität zur Geltung kommt, der verlangt, dass im Rahmen von Verhandlungen auf den künftig entstehenden Aufwand und nicht auf eine Refinanzierung der Kosten der Vergangenheit abgestellt wird. Die Erfahrungen in der Praxis dazu sind recht unterschiedlich. Wir erleben in vielen Fällen, dass die BSG-Rechtsprechung sowie die

Gesetzesänderungen betreffend die Anerkennung von Gehältern bis zur Höhe tariflicher Gehälter in Individualverhandlungen für stationäre Einrichtungen keine Schwierigkeiten bereitet, wenn entsprechende Kostensteigerungen plausibel dargelegt werden. Nachgewiesene Personalkosten können in der Regel finanziert werden. Darüber hinaus ist es aber nicht erforderlich, dass die Mitarbeitergehälter „auf gut Glück“ im Vorfeld der Verhandlung bereits angepasst wurden. Vielmehr ist es in der Regel so, dass wenn ein Träger argumentiert, er wolle künftig höhere Gehälter angelehnt an einen Tarif X bezahlen und seine Mitarbeiter entsprechend einstuft und seine Pflegesätze kalkuliert, die Personalkosten akzeptiert werden (so z. B. Hessen oder Rheinland-Pfalz). Die neue Pflegesatzverhandlung wird dann lediglich daran angeknüpft, dass im Nachgang zur Verhandlung ein Nachweis erbracht werden muss, dass der Tarif X auch tatsächlich zur Anwendung gelangt. Wie dies geschieht, wird häufig individuell vereinbart. Geeignete Nachweisunterlagen können dabei beispielsweise Gehaltsabrechnungen vor der Tarifeinführung und nach der Tarifeinführung sein sowie Auflistungen zum Budgetvergleich.

In einigen Bundesländern sowie im ambulanten Bereich hingegen kommt es immer wieder vor, dass eine Steigerung der Vergütung mit dem Argument versagt wird, die Gehälter der Mitarbeiter müssten zunächst angepasst werden. In solchen Verhandlungen sind dann regelmäßig die bislang bezahlten Gehälter retrospektiv nachzuweisen, auf die aus Sicht der Kassenvertreter abgestellt werden soll. Ob dahinter eine Verkennung des Grundsatzes der Prospektivität der Verhandlungen steht oder die in vielen Bundesländern fehlenden Regelungen zum Nachweis nach § 84 Abs. 7 SGB XI, können wir allenfalls mutmaßen. Wahrscheinlich werden allerdings beide Aspekte eine Rolle spielen.

Damit in den Pflegesatzverhandlungen nicht tarifgebundener Träger flächendeckend höhere Gehaltszahlungen von den Kostenträgern ohne Schwierigkeiten anerkannt werden können, sollte der Grundsatz der Prospektivität im Gesetz klargestellt werden und zwar sowohl im SGB XI wie auch im SGB V. Denkbar wäre eine Ergänzung der relevanten Bestimmungen um den Zusatz:

„Eine Steigerung des Pflegesatzes/der Vergütung darf nicht deshalb versagt werden, weil eine kalkulierte Steigerung der Entlohnung der Mitarbeiter noch nicht vollzogen wurde (Grundsatz der Prospektivität der Verhandlung).“

3. Auf welchen Tarifvertrag kommt es bei nicht tarifgebundenen Trägern an?

In der Praxis wird nicht stets derselbe Tarifvertrag in Bezug genommen. Vielmehr entscheidet sich jeder Träger individuell,

- auf welchen Tarifvertrag oder auf welche AVR (Referenzvertrag) er referenzieren möchte,
- ob er von Beginn an alle Mitarbeiter einbeziehen will oder nur eine bestimmte Berufsgruppe (etwa nur die Pflegefachkräfte) und
- inwieweit er auch die Zuschläge und Zulagen des Tarifvertrages übernehmen möchte.

Diese Entscheidung sollte auch weiterhin jedem Träger individuell überlassen werden, weil die damit verbundene Positionierung am Markt von Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist. Eine Rechtfertigung für einen entsprechenden Eingriff sehen wir nicht. Darüber hinaus sehen wir auch nicht die Gefahr, dass durch die Auswahl eines bestimmten Referenzvertrages überhöhte Personalkosten zulasten der

Solidargemeinschaft finanziert werden. Ein Tarifvertrag wird regelmäßig in gesetzlich geschützter Verhandlungsparität zwischen den Tarifpartnern ausgehandelt und stellt insofern einen anerkannten und fairen Interessenausgleich dar. Allerdings muss der Referenzvertrag auch regional anwendbar sein, was z. B. dann nicht der Fall wäre, wenn sich eine nicht unmittelbar tarifgebundene Einrichtung in Brandenburg auf die AVR DW Bayern beziehen würde.

4. Weitere generelle Aspekte

Der Begriff „*Pflegedokumentation*“ sollte in § 85 Abs. 3 Satz 2 SGB XI gestrichen werden, da es sich hierbei wohl um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers handelt. Unter Pflegedokumentation versteht man im Allgemeinen die Aufzeichnungen der Pflegeeinrichtung darüber, welche Leistungen jeder einzelne Pflegebedürftige erhält, welche Besonderheiten sich in seinem Tagesablauf ergeben haben, ob er Medikamente einnehmen muss, Wunden aufweist etc. Diese Darstellung ist für die Durchführung einer Pflegesatzverhandlung völlig irrelevant, ihre Vorlage wäre mit den Datenschutzvorgaben nicht vereinbar.

5. Untergesetzliche Vorhaben – Anpassung der Rahmenverträge nach § 75 SGB XI

Schließlich sprechen Sie noch den Aspekt an, dass in § 75 Abs. 2 Satz 1 Nr. 11 SGB XI den Parteien des Landesrahmvertrages überantwortet wurde, Regelungen zu

11. den Anforderungen an die nach § 85 Absatz 3 geeigneten Nachweise bei den Vergütungsverhandlungen

zu treffen. Obwohl der gesetzliche Auftrag bereits seit dem 01.01.2017 besteht, gibt es bislang in nur wenigen Ländern und auch dann nach unserer Kenntnis nur im stationären Bereich entsprechende Regelungen. Sie haben dazu die Frage aufgeworfen, ob das Schiedsverfahren gemäß § 75 Abs. 4 SGB XI gesetzlich geändert werden sollte, um Festlegungen im Landesrahmenvertrag zu beschleunigen und falls ja, wie das Verfahren effizienter gestaltet werden könnte.

Als Vorschläge dazu haben Sie in dem Gutachtenauftrag benannt:

- Würde eine automatische Anrufung der Schiedsstelle nach Ablauf einer bestimmten Frist Sinn ergeben?
- Könnte man dem Bundesministerium für Gesundheit ein Recht zur Anrufung der Schiedsstelle einräumen?
- Würde eine gesetzliche Beauftragung des Qualitätsausschusses das Verfahren beschleunigen?
- Könnte es zielführend sein, ein Schiedsverfahren lediglich zu Einzelpunkten eines Landesrahmenvertrags durchzuführen?

Wir erachten es als zielführender, wenn für die neuen Regelungenaufträge in den Rahmenverträgen nach § 75 SGB XI eine zusätzliche Verordnungsermächtigung in § 83 SGB XI enthalten wäre, die wie folgt ausgestaltet ist:

- Zu den neu hinzugekommenen Aufträgen an die Parteien der Landesrahmenverträge darf das Bundesministerium für Gesundheit eine Verordnung erlassen.
- Den Rahmenvertragsparteien in jedem Bundesland wird das Recht zugestanden, davon abweichende Vorgaben für ihr Bundesland zu treffen.
- Solange dies nicht geschehen ist, gilt in dem jeweiligen Bundesland die Verordnung. Mit Vereinbarung beziehungsweise Abschluss eines Landesrahmenvertrages ist Letzterer zu beachten.

Einem solchen Vorgehen ist gegenüber den von Ihnen benannten Vorschlägen aus den folgenden Gründen der Vorzug zu gewähren: In nahezu allen Bundesländern gibt es Landesrahmenverträge, die jedoch teils sehr alt sind und die vom Gesetzgeber im weiteren Verlauf neu vorgesehenen Inhalte nicht umfassen. Die Verfahren zur Anpassung der Rahmenverträge sind äußerst langwierig, was zu den von Ihnen benannten Verzögerungen führt. Da dem Bundesgesundheitsministerium ein Einblick in die einzelnen Länder und den jeweiligen Verhandlungsstand fehlt, würde es keinen Sinn ergeben, dass das Ministerium die Schiedsstelle anrufen kann oder diese gar automatisch angerufen wird. Auch die gesetzliche Beauftragung eines weiteren Ausschusses würde nicht zu Verbesserungen führen, da hier mit ähnlich langwierigen Verhandlungen zu rechnen ist. Nur dann, wenn der Bundesgesetzgeber beziehungsweise der Ordnungsgeber eine Regelung trifft, mit der die Parteien im Detail womöglich nicht zufrieden sind, besteht ein Antrieb, selbst Vorgaben zu finden. Ansonsten herrscht häufig die Überzeugung *„Warum Mühe machen, die Praxis regelt das schon irgendwie“*.

Die Möglichkeit einer Anrufung der Schiedsstelle nur zu streitigen Punkten muss nicht gesetzlich geregelt werden. Eine Schiedsstelle nach § 76 SGB XI entscheidet ohnehin stets nur über die Aspekte, zu welchen die Parteien keine Einigung erzielen konnten. Dies entspricht dem Wesen der Schiedsstelle und muss nicht explizit im Gesetz festgehalten werden.

Im Rahmen einer solchen Verordnung sollte geregelt werden, welche Unterlagen in welcher Fallkonstellation im Rahmen des § 85 Abs. 3 SGB XI geeignet sind, geltend gemachte Personalkosten zu plausibilisieren. Nach unserem Dafürhalten könnte dies im Rahmen der Verordnung abgestuft geregelt werden:

- Vergütungsforderung im Rahmen der Veränderungsrate nach § 71 Abs. 3 SGB V: Keine weiteren Unterlagen zur Plausibilisierung erforderlich.
- Vergütungsforderung bis maximal 6 %⁵¹ über der bislang vereinbarten Vergütung: Testat eines unabhängigen Wirtschaftsprüfers zur Höhe der bislang angefallenen durchschnittlichen Personalkosten in den verschiedenen Bereichen (Pflege, Verwaltung, Hauswirtschaft usw.).
- Vergütungsforderung oberhalb 6 % über der bislang vereinbarten Vergütung: Darlegung der bislang angefallenen Personalkosten in den verschiedenen Bereichen (Pflege, Verwaltung, Hauswirtschaft usw.) anhand von Personallisten, Lohnjournalen und stichprobenartiger Überprüfung anhand von Gehaltsabrechnungen.

⁵¹ Bei dem Wert von 6 % handelt es sich um einen gegriffenen Wert, der selbstverständlich auch anders gewählt werden könnte, z.B. mit 4 % oder mit 5 %. Nach unserer Erfahrung hat sich dieser Betrag in der Praxis allerdings als geeignet erwiesen, da ab der besagten Grenze von einer erheblichen Steigerung auszugehen ist, die eine umfangreiche Offenlegung erfordert. Es gilt zu bedenken, dass auch unterhalb dieses Wertes die Entlohnung der Mitarbeiter auf Grundlage prospektiv steigender Gehälter überprüft werden kann. Hier geht es allein darum, was im Vorfeld der Vereinbarung offengelegt werden muss.

Sofern die Verhandlungen für SGB V und SGB XI ambulant gemeinsam geführt würden, würde eine solche Verordnung natürlich auch für Vereinbarungen nach § 132a Abs. 4 SGB V gelten. Ansonsten müsste für den SGB V-Bereich eine entsprechende Regelung getroffen werden.

Sie werfen in diesem Zusammenhang die Frage auf, ob die Partner der Vergütungsvereinbarung sich nicht verpflichten müssten, die Lohnsteigerungen präzise festzulegen, da bei pauschalen Vergütungssteigerungen eine spezifische Lohnsteigerung ansonsten ja allenfalls mittelbar nachzuweisen wäre. Als Ziel definieren Sie, dass konkrete Lohnsteigerungen für einzelne Mitarbeiter(gruppen) nachvollziehbar werden. Hierzu nehmen Sie Bezug auf das in Berlin für Leistungen der häuslichen Krankenpflege erprobte Stichprobenverfahren.⁵² Entsprechend dem oben Dargestellten sind drei Aspekte zu unterscheiden:

- die begehrte Steigerung der Vergütung für die Leistungen nach SGB XI und SGB V,
- die Steigerung der Gehälter der Mitarbeiter sowie
- die (prospektive) Verhandlung auf Grundlage von Gehältern, die künftig nach Umsetzung im Rahmen der Vergütungsverhandlungen an Mitarbeiter bezahlt werden sollen.

Es ergibt wenig Sinn, konkrete (relative) Lohnsteigerungen festzulegen beziehungsweise zu vereinbaren. Vielmehr sind, wie dargestellt, die Entgelte für Leistungen nach SGB V oder SGB XI auf Grundlage konkreter prospektiver Lohnkosten zu verhandeln. Dabei sind dann die (absoluten) prospektiven Lohnkosten Grundlage der Verhandlung und einem späteren Nachweis zugänglich. Ein Abstellen auf relative Gehaltserhöhungen und ein Nachweis selbiger wäre mit unnötigem Aufwand verbunden. Gerade in dem Fall, in dem sich eine nicht tarifgebundene Einrichtung ohne einheitliches Lohngefüge entschließt, künftig die Mitarbeiter tarifangelehnt zu entlohnen, gibt es keine einheitliche Steigerung für alle Mitarbeiter. Was die Verordnung hingegen regeln könnte, ist, dass bei Verhandlungen aufgrund von noch nicht umgesetzten Lohnsteigerungen im Rahmen der Kalkulation die künftig gezahlten Gehälter präzise in der Kalkulation festzulegen sind und dass diese, zum Beispiel entsprechend dem Berliner Verfahren, in zumindest stichprobenartig überprüft werden müssen.

II. Ambulanter Bereich – SGB V

Abseits der unter I. angesprochenen Aspekte, die den ambulanten wie den stationären Bereich des SGB XI gleichermaßen betreffen, sind für den Bereich des SGB V einige spezielle Aspekte anzusprechen:

1. Grundsatz der Prospektivität

Hierzu nehmen wir auf das soeben Gesagte Bezug. Die vorgenommene Klarstellung in § 132a Abs. 4 Satz 7 SGB V mit dem Pflegepersonal-Stärkungsgesetzes war ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung. Der Grundsatz der Prospektivität sollte aber auch im SGB V explizit festgehalten werden.

⁵² Vgl. dazu unter C. I. 1..

2. Rahmenempfehlungen nach § 132a Abs. 1 SGB V

Ferner sprechen Sie die fehlenden Rahmenempfehlungen an und bitten um Erläuterung, warum solche bislang noch nicht zustande gekommen sind. Wie oben zu den Rahmenverträgen nach § 75 SGB XI dargestellt, sind Verhandlungen darüber langwierig. Insbesondere bei den Rahmenempfehlungen nach § 132a Abs. 1 SGB V gehen wir darüber hinaus davon aus, dass die Parteien gar kein besonderes Interesse daran haben, solche Empfehlungen zu treffen.

Es besteht allerdings unter § 132a Abs. 1 SGB V nach dem Gesetz die Möglichkeit des Bundesministeriums für Gesundheit, die Schiedsstelle anzurufen. Warum dies bislang nicht geschehen ist, können wir nicht sagen.

Die Rahmenempfehlungen nach § 132a Abs. 1 SGB V sollten auch durch die oben⁵³ angeregte Verordnungsermächtigung unberührt bleiben. Eines zusätzlichen Instruments, um eine Beschleunigung untergesetzlicher Regelungen herbeizuführen, bedarf es hier nicht, da die Schiedsstelle nach § 132a Abs. 2 Satz 2 SGB V auch vom Bundesgesundheitsministerium angerufen werden kann und diese dann innerhalb von drei Monaten Inhalt der Rahmenempfehlungen festzusetzen hat. Es fehlt hier allein an der Umsetzung.

3. Externer Vergleich mit anderen Kassen

Sie haben um Erläuterung gebeten, wie verhindert werden kann, dass Leistungserbringer bei der Verhandlung von Vergütungssätzen im Rahmen des externen Vergleichs auf die Vereinbarungsabschlüsse mit anderen Kassen verwiesen werden und der Preiswettbewerb der Kassen damit eine vollständige Tariflohnrefinanzierung unmöglich macht.

Dies würde nach unserer Einschätzung dadurch verhindert, dass, wie unter Teil 2 A. vorgeschlagen, gemeinsame Verhandlungen stattfinden. Darüber hinaus ist auch die dargestellte Klarstellung zur Prospektivität der Verhandlung ein wichtiger Baustein, der verhindert, dass in der Vergangenheit liegenden Abschlüssen eine übergeordnete Relevanz zukommt.

4. Ambulante Fachkraftquote

Sie sprechen die Frage an, ob auch für den ambulanten Bereich eine Fachkraftquote geregelt werden sollte oder sogar müsste, um zu höheren Löhnen zu gelangen. Eine solche Regelung wäre nach unserem Verständnis weder erforderlich noch zielführend. Wie viele Fachkräfte (absolut) mindestens erforderlich sind, wird landesspezifisch geregelt. Wie hoch der relative Anteil an Fachkräften ist, hängt dann allerdings von vielen Umständen, insbesondere von unternehmerischen Entscheidungen, ab. Pflegedienste, die sich auf die Erbringung von Leistungen der häuslichen Krankenpflege spezialisiert haben, haben einen deutlich höheren Anteil an Fachkräften als andere Anbieter. Genauso kann es aber auch Anbieter geben, die im Wesentlichen Betreuungsleistungen anbieten oder im Bereich

⁵³ Vgl. oben Teil 2 B I. 5.

Hauswirtschaft tätig sind. Diese benötigen relativ betrachtet natürlich deutlich weniger Fachkräfte. Durch eine gesetzliche Fachkraftquote würde diese unternehmerische Freiheit genommen. Andererseits hätten es Dienste schwer, die einen höheren Anteil an Fachkräften benötigen, weil das konkrete Leistungsangebot dies erfordert.

5. Verlagerung der Diskussion auf das Thema Sachkosten

Schließlich sprechen Sie noch den Aspekt an, wie verhindert werden kann, dass Krankenkassen in den Vergütungsverhandlungen Gehälter bis Tarifniveau als wirtschaftlich anerkennen, gleichzeitig jedoch andere Kostenpositionen wie Sach- oder Verwaltungskosten unangemessen kürzen.

Hierzu hatten wir in dem Ihnen bereits vorliegenden Gutachten dargestellt, dass wir zur Absicherung empfehlen, in der Gesetzesbegründung festzuhalten, dass angemessene Sachkostenpositionen nicht als „Gegenleistung“ für ansonsten steigende Pflegesätze gekürzt werden dürfen. Hier sollte auch dargelegt werden, dass eine Kürzung der Vergütung unter dem Aspekt der Angemessenheit auch dann nicht gerechtfertigt ist, wenn durch Personalkostensteigerungen die Einrichtung mit ihrer Forderung aus dem unteren oder mittleren Drittel heraustritt. Dies ist erforderlich, um zu verhindern, dass Personalkosteneinsparungen notwendig werden, weil die anerkannten Sachkosten kalkulatorisch reduziert werden. Sachkosten sind nämlich praktisch deutlich schwieriger zu verringern als Personalkosten.

III. Zusammenfassung und Formulierungsvorschläge

Der gesetzliche und untergesetzliche Rahmen für Verhandlungen sollte nach unserer Einschätzung wie folgt angepasst werden:

§ 83 SGB XI

(1) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates Vorschriften zu erlassen über

1. die Pflegevergütung der Pflegeeinrichtungen einschließlich der Verfahrensregelungen zu ihrer Vereinbarung nach diesem Kapitel,

2. den Inhalt der Pflegeleistungen sowie bei stationärer Pflege die Abgrenzung zwischen den allgemeinen Pflegeleistungen (§ 84 Absatz 4), den Leistungen bei Unterkunft und Verpflegung (§ 87) und den Zusatzleistungen (§ 88),

3. die Rechnungs- und Buchführungsvorschriften der Pflegeeinrichtungen einschließlich einer Kosten- und Leistungsrechnung; bei zugelassenen Pflegeeinrichtungen, die neben den Leistungen nach diesem Buch auch andere Sozialleistungen im Sinne des Ersten Buches (gemischte Einrichtung) erbringen, kann der Anwendungsbereich der Verordnung auf den Gesamtbetrieb erstreckt werden,

4. Maßstäbe und Grundsätze für eine wirtschaftliche und leistungsbezogene, am Versorgungsauftrag (§ 72 Absatz 1) orientierte personelle Ausstattung der Pflegeeinrichtungen,

5. die nähere Abgrenzung der Leistungsaufwendungen nach Nummer 2 von den Investitionsaufwendungen und sonstigen Aufwendungen nach § 82 Absatz 2,

6. die Anforderungen an die nach § 85 Absatz 3 geeigneten Nachweise bei den Vergütungsverhandlungen sowie die Durchführung des Nachweises nach § 84 Absatz 7.

§ 90 und § 132a Absatz 1 des Fünften Buches bleiben unberührt.

(2) Nach Erlass der Rechtsverordnung sind Rahmenverträge und Schiedsstellenregelungen nach § 75 zu den in Absatz 1 Nr. 1 bis 5 von der Verordnung erfassten Regelungsbereichen nicht mehr zulässig. Zu den in Absatz 1 Nr. 6 genannten Regelungsbereichen dürfen in einem Landesrahmenvertrag abweichende und ergänzende Regelungen getroffen werden.

§ 84 Abs. 2 SGB XI

(2) Die Pflegesätze müssen leistungsgerecht sein. Sie sind nach dem Versorgungsaufwand, den der Pflegebedürftige nach Art und Schwere seiner Pflegebedürftigkeit benötigt, entsprechend den fünf Pflegegraden einzuteilen. Davon ausgehend sind bei vollstationärer Pflege nach § 43 für die Pflegegrade 2 bis 5 einrichtungseinheitliche Eigenanteile zu ermitteln; dies gilt auch bei Änderungen der Leistungsbeträge. Die Pflegesätze müssen einem Pflegeheim bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen, seine Aufwendungen zu finanzieren und seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen unter Berücksichtigung einer angemessenen Vergütung ihres Unternehmerrisikos. Die Bezahlung von Gehältern bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen kann dabei nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden. Für eine darüber hinausgehende Bezahlung bedarf es eines sachlichen Grundes. Eine Erhöhung des Pflegesatzes darf nicht deshalb versagt werden, weil eine kalkulierte Steigerung der Entlohnung der Mitarbeiter noch nicht vollzogen wurde (Grundsatz der Prospektivität der Verhandlung). Überschüsse verbleiben dem Pflegeheim; Verluste sind von ihm zu tragen. Der Grundsatz der Beitragssatzstabilität ist zu beachten. Bei der Bemessung der Pflegesätze einer Pflegeeinrichtung können die Pflegesätze derjenigen Pflegeeinrichtungen, die nach Art und Größe sowie hinsichtlich der in Absatz 5 genannten Leistungs- und Qualitätsmerkmale im Wesentlichen gleichartig sind, angemessen berücksichtigt werden.

§ 85 Abs. 3 SGB XI

(3) Die Pflegesatzvereinbarung ist im voraus, vor Beginn der jeweiligen Wirtschaftsperiode des Pflegeheimes, für einen zukünftigen Zeitraum (Pflegesatzzeitraum) zu treffen. Das Pflegeheim hat Art, Inhalt, Umfang und Kosten der Leistungen, für die es eine Vergütung beansprucht, durch ~~Pflegedokumentationen und andere~~ geeignete Nachweise rechtzeitig vor Beginn der Pflegesatzverhandlungen darzulegen; es hat außerdem die schriftliche Stellungnahme der nach heimrechtlichen Vorschriften vorgesehenen Interessenvertretung der

Bewohnerinnen und Bewohner beizufügen. Soweit dies zur Beurteilung seiner Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit im Einzelfall erforderlich ist, hat das Pflegeheim auf Verlangen einer Vertragspartei zusätzliche Unterlagen vorzulegen und Auskünfte zu erteilen. Hierzu gehören auch pflegesatzerhebliche Angaben zum Jahresabschluß entsprechend den Grundsätzen ordnungsgemäßer Pflegebuchführung, zur personellen und sachlichen Ausstattung des Pflegeheims einschließlich der Kosten sowie zur tatsächlichen **oder geplanten** Stellenbesetzung und Eingruppierung. Dabei sind insbesondere die in der Pflegesatzverhandlung geltend gemachten, voraussichtlichen Personalkosten einschließlich entsprechender **geplanter** Erhöhungen im Vergleich zum bisherigen Pflegesatzzeitraum ~~vorzuweisen~~ **darzulegen**. Personenbezogene Daten sind zu anonymisieren.

§ 89 Abs. 1 SGB XI

(1) Die Vergütung der ambulanten Leistungen der häuslichen Pflegehilfe wird, soweit nicht die Gebührenordnung nach § 90 Anwendung findet, zwischen dem Träger des Pflegedienstes und den Leistungsträgern nach Absatz 2 für alle Pflegebedürftigen nach einheitlichen Grundsätzen vereinbart. Sie muß leistungsgerecht sein. Die Vergütung muss einem Pflegedienst bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen, seine Aufwendungen zu finanzieren und seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen unter Berücksichtigung einer angemessenen Vergütung ihres Unternehmerrisikos. Die Bezahlung von Gehältern bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen kann dabei nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden. Für eine darüber hinausgehende Bezahlung bedarf es eines sachlichen Grundes. **Eine Erhöhung der Vergütung darf nicht deshalb versagt werden, weil eine kalkulierte Steigerung der Entlohnung der Mitarbeiter noch nicht vollzogen wurde (Grundsatz der Prospektivität der Verhandlung)**. Eine Differenzierung in der Vergütung nach Kostenträgern ist unzulässig.

§ 132a Abs. 4 SGB V

(4) Über die Einzelheiten der Versorgung mit häuslicher Krankenpflege, über die Preise und deren Abrechnung und die Verpflichtung der Leistungserbringer zur Fortbildung schließen die Krankenkassen Verträge mit den Leistungserbringern. Wird die Fortbildung nicht nachgewiesen, sind Vergütungsabschläge vorzusehen. Dem Leistungserbringer ist eine Frist zu setzen, innerhalb derer er die Fortbildung nachholen kann. Erbringt der Leistungserbringer in diesem Zeitraum die Fortbildung nicht, ist der Vertrag zu kündigen. Die Krankenkassen haben darauf zu achten, dass die Leistungen wirtschaftlich und preisgünstig erbracht werden. Verträge dürfen nur mit Leistungserbringern abgeschlossen werden, die die Gewähr für eine leistungsgerechte und wirtschaftliche Versorgung bieten. Die Bezahlung von Gehältern bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen kann dabei nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden; insoweit gilt § 71 nicht. **Eine Erhöhung der Vergütung darf nicht deshalb versagt werden, weil eine kalkulierte Steigerung der Entlohnung der Mitarbeiter noch nicht vollzogen wurde (Grundsatz der Prospektivität der Verhandlung)**. Der Leistungserbringer ist verpflichtet, die entsprechende Bezahlung der Beschäftigten nach Satz 6 jederzeit einzuhalten und sie auf Verlangen einer Vertragspartei nachzuweisen. Im Fall der Nichteinigung wird der

Vertragsinhalt durch eine von den Vertragspartnern zu bestimmende unabhängige Schiedsperson innerhalb von drei Monaten festgelegt. Einigen sich die Vertragspartner nicht auf eine Schiedsperson, so wird diese von der für die vertragschließende Krankenkasse zuständigen Aufsichtsbehörde innerhalb eines Monats nach Vorliegen der für die Bestimmung der Schiedsperson notwendigen Informationen bestimmt. Die Kosten des Schiedsverfahrens tragen die Vertragspartner zu gleichen Teilen. Bei der Auswahl der Leistungserbringer ist ihrer Vielfalt, insbesondere der Bedeutung der freien Wohlfahrtspflege, Rechnung zu tragen. Die Leistungserbringer sind verpflichtet, an Qualitäts- und Abrechnungsprüfungen nach § 275b teilzunehmen; § 114 Absatz 2 des Elften Buches bleibt unberührt. Der Leistungserbringer hat der Krankenkasse anzuzeigen, dass er behandlungspflegerische Leistungen im Sinne des Absatzes 1 Satz 5 erbringt, wenn er diese Leistungen für mindestens zwei Versicherte in einer durch den Leistungserbringer oder einen Dritten organisierten Wohneinheit erbringt. Abweichend von Satz 1 kann die Krankenkasse zur Gewährung von häuslicher Krankenpflege geeignete Personen anstellen.

C. Kontrolle des Verhandlungsergebnisses

Im Nachgang zu der Verhandlung von Vergütungen auf Grundlage konkreter Personalkosten stellt sich die Frage, wie dieses Ergebnis kontrolliert wird. Diesbezüglich werfen Sie einerseits die Frage auf, ob das Nachweisverfahren zwingend zeitlich mit der prospektiv ausgerichteten Pflegesatzverhandlung verknüpft werden sollte oder ob es alternative Verfahren gibt. Damit zusammen hängt das Thema, in welchem Verfahren der Träger die tatsächliche Höhe seiner Lohnzahlungen nachweisen sollte, also welche Nachweise erforderlich und praktikabel sind, um sicherzustellen, dass die vereinbarten Gehälter tatsächlich bei den Beschäftigten ankommen. Diese Fragen betreffen im Wesentlichen die Kontrolle nach § 84 Abs. 7 SGB XI.

Die Regelung der Kontrolle des Verhandlungsergebnisses zusammen mit der Verhandlung selbst halten wir für zielführend, da beide Vorgänge in einem untrennbaren Zusammenhang stehen. So ließe sich auch der nach unserem Verständnis notwendigen Individualität des vorzulegenden Nachweises Rechnung tragen.

Würde zusätzlich dazu die jedenfalls teilweise nicht hinreichende Kontrolle des Verhandlungsergebnisses nach § 115 Abs. 3, 3a SGB XI verbessert werden, könnten so Anreize entstehen, Bestandsarbeitnehmer sowie potenzielle neue Mitarbeiter in nicht tarifgebundenen Einrichtungen besser zu bezahlen. Die bestehenden Kontrollvorschriften sind nach unserer Einschätzung zwar grundsätzlich zielführend. Allerdings gibt es in der Praxis die Sanktionsnorm des § 115 Abs. 3, 3a SGB XI Vollzugsdefizite, die es zu beseitigen gilt. Im Einzelnen:

I. Rechtliche und faktische Bewertung

1. Kontrollrecht nach § 84 Abs. 7 SGB XI

Im Rahmen des uns überlassenen Auftrags haben Sie die Kontrolle der Bezahlung der tariflichen oder tarifangelehnten Vergütung nach § 84 Abs. 7 SGB XI angesprochen. Danach ist der Träger der

Einrichtung verpflichtet, im Falle einer Vereinbarung der Pflegesätze auf Grundlage der Bezahlung von Gehältern bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen, die entsprechende Bezahlung der Beschäftigten jederzeit einzuhalten. Auf Verlangen einer Vertragspartei hat der Träger der Einrichtung dieses nachzuweisen. Das Nähere zur Durchführung des Nachweises wird in den Verträgen nach § 75 Absatz 1 und 2 SGB XI geregelt.

Bisher haben im stationären Bereich allein die Bundesländer Hamburg, Hessen und Schleswig-Holstein sowie jüngst Niedersachsen eine (rudimentäre) Regelung dazu im Rahmenvertrag getroffen. Im ambulanten Bereich, in dem es nahezu keine Einzelverhandlungen gibt, ist uns kein Landesrahmenvertrag bekannt, der entsprechende Regelungen getroffen hat.

Im Rahmenvertrag für Hamburg heißt es:

„§ 18

(11) Zur Erfüllung der Nachweispflicht gem. § 84 Abs. 7 SGB XI gelten die folgenden Regelungen für Pflegeeinrichtungen, welche ihre Pflegesätze auf Grundlage der Bezahlung der Beschäftigten nach tarifvertraglich vereinbarten Vergütungen sowie entsprechenden Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen vereinbart haben:

- Tarifierwendende Einrichtungen benennen den bei ihnen zur Anwendung kommenden Tarifvertrag bzw. die bei ihnen zur Anwendung kommende kirchliche Arbeitsrechtsregelung. Ein Nachweis der Anwendung des in Satz 1 benannten Tarifvertrags bzw. dessen analoger Anwendung erfolgt durch den Nachweis der Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband (bzw. Zuständigkeit einer arbeitsrechtlichen Kommission) oder durch schriftliche Erklärung des Einrichtungsträgers.*
- Auf Verlangen einer Vertragspartei hat der Träger der Einrichtung im Rahmen laufender Vertragsverhandlungen aussagefähige Unterlagen zu den tariflichen Regelungen wie auch zur tatsächlichen Entlohnung vorzulegen.*

Personenbezogene Daten sind zu anonymisieren. Aussagefähige Unterlagen sind z. B. ein Testat einer Beratungsgesellschaft oder eine anonymisierte Aufstellung der Jahrespersonalkosten, wobei die Vertragspartner die Plausibilität über Stichproben zur tatsächlichen tariflichen Entlohnung einzelner Mitarbeiter / Mitarbeiterinnen erheben können, soweit dabei personenbezogene Daten anonymisiert bleiben oder anonymisierte Personallisten oder Lohnjournale mit tarifvertraglichen Entgeltbestandteilen oder Jahresentgeltmeldungen zur Sozialversicherung.“

Im Rahmenvertrag für Hessen heißt es:

„§ 21 Bemessungsgrundsätze Tarifliche Vergütungen

(4) Grundsätzlich hat auf Verlangen einer Vertragspartei der Träger des Pflegeheimes Nachweise über die Vergütung der Beschäftigten bis zur Höhe der tarif- bzw. kirchenarbeitsrechtlichen Regelungen zu erbringen. Personenbezogene Daten sind zu pseudonymisieren.

Als Nachweis sind aussagefähige Unterlagen zu den tarif- bzw. kirchenarbeitsrechtlichen Regelungen wie auch zur tatsächlichen tariflichen bzw. vergütungsstrukturgerechten Entlohnung vorzulegen.

Aussagefähige Dokumente und Unterlagen sind:

- zur Anwendung kommende (bestehende) Tarifvertragswerke,*
- Nachweis der Anwendung des bestehenden Tarifwerkes bzw. Nachweis der zugrundeliegenden Vergütungsstruktur, wie z.B. sogenannte Haustarife (schriftliche Erklärung durch den Träger des Pflegeheimes),*
- pseudonymisierte Personalkostenaufstellung, maximal für den vereinbarten Pflegesatzzeitraum, im MS Excel-Format (Muster gemäß Anlage 4). Die Richtigkeit ist auf einem Ausdruck rechtsverbindlich zu erklären.*
- verbindliche Erklärung des Trägers, dass und ggf. für welche Bereiche die tarifliche Vergütung/Vergütungsstruktur eingehalten wird.*

Soweit dies im Einzelfall erforderlich ist, sind darüber hinaus die folgenden Unterlagen zur Einsichtnahme vorzulegen:

- pseudonymisierte Jahresmeldung zur Sozialversicherung je Mitarbeiter zum Nachweis der tatsächlichen Zahlung gemäß der pseudonymisierten Personalkostenaufstellung,*
- Qualifikationsnachweise der Mitarbeiter.“*

Im Rahmenvertrag für Schleswig-Holstein ist geregelt:

„§ 20b Nachweise der arbeitsvertraglichen Vergütung

(1) Zur Erfüllung der Nachweispflicht gemäß § 84 Abs. 7 SGB XI gelten die folgenden Regelungen für Pflegeeinrichtungen, welche ihre Pflegesätze auf Grundlage der Bezahlung der Beschäftigten nach tarifvertraglich vereinbarten Vergütungen oder Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtregelungen vereinbart haben.

(2) Tarifiernde Einrichtungen benennen den bei ihnen zur Anwendung kommenden Tarifvertrag bzw. die bei ihnen zur Anwendung kommende kirchliche Arbeitsregelung. Ein Nachweis der Anwendung des in Satz 1 benannten Tarifvertrags bzw. dessen analoge Anwendung erfolgt durch den Nachweis der Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband (bzw. Zuständigkeit einer arbeitsrechtlichen Kommission) oder durch schriftliche Erklärung des Einrichtungsträgers.

(3) Der Nachweis nach Absatz 2 kann vom Träger der Pflegeeinrichtung in der Regel einmal für ein Kalenderjahr durch Vorlage von aussagefähigen Unterlagen gefordert werden. Als

aussagefähig gelten insbesondere ein Testat einer Beratungsgesellschaft (z.B. Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer) oder personenbezogen datengeschützte Gehaltsabrechnungen einzelner (nur Stichprobe) Beschäftigter, denen der angewendete Tarifvertrag oder eine entsprechende kirchenrechtliche Arbeitsrechtregelung sowie deren jeweilige Eingruppierung entnommen werden kann.

(4) Ergibt ein Nachweis nach Absatz 3 keine Anhaltspunkte für eine Unterschreitung von tarifvertraglich oder kirchenarbeitsrechtlich vereinbarten Vergütungen, ist ein Tarifabgleich erst wieder in dem nachfolgenden Kalenderjahr möglich. Der Nachweis gemäß den Absätzen 2 und 3 entfällt, wenn der Träger der Pflegeeinrichtung bereits in der Pflegesatzverhandlung für die laufende Vergütungsperiode entsprechende Unterlagen für den betreffenden Zeitraum vorgelegt hat.“

Im Rahmenvertrag für Niedersachsen schließlich wird festgehalten:

„§ 29 Nachweis der Bezahlung der Beschäftigten nach § 84 Abs. 7 SGB XI

Die Träger aller Pflegeeinrichtungen sind verpflichtet, sicherzustellen, dass die der vereinbarten Personalvergütung entsprechende Bezahlung der Beschäftigten jederzeit eingehalten wird. Auf Verlangen einer Vertragspartei nach § 85 Abs. 2 SGB XI hat der Träger der Pflegeeinrichtung dieses nachzuweisen.“

Es hat also nur ein kleiner Teil der Bundesländer überhaupt entsprechende Umsetzungsbestimmungen geschaffen. Diese gelten in den zitierten Rahmenverträgen trotz teilweise missverständlicher Formulierungen für den Nachweis von Gehaltszahlungen „bis zur Höhe tariflich vereinbarter Vergütungen“ und nicht nur bei unmittelbarer Tarifierung, was aus der jeweiligen Bezugnahme auf § 84 Abs. 7 SGB XI in den Rahmenverträgen erkennbar wird. Davon abweichend hat sich in der Praxis etabliert, dass wenn eine Vergütung auf Basis einer geplanten Gehaltserhöhung etwa auf Tarifniveau vereinbart wird, im unmittelbaren Zusammenhang damit zusätzlich vereinbart wird, nach welchem Zeitraum welche Nachweise (z. B. Übersichten zur Lohnstruktur oder zur Veränderung der Lohnstruktur etc.) beigebracht werden müssen. Da die Veränderung von Rahmenverträgen ein sehr langwieriger und komplexer Prozess ist, könnte es Sinn ergeben, diese Möglichkeit der individuellen Absprache von Nachweisen, die sich in der Praxis etabliert und als tauglich erwiesen hat, gesetzlich zu verankern, zumal eine solche individuelle Regelung den Umständen des Einzelfalls deutlich besser gerecht werden kann.

Sofern, wie in der Praxis insbesondere bei nicht gebundenen Trägern üblich, ein entsprechender Nachweis für einen bestimmten Zeitraum nach Abschluss der Verhandlungen vereinbart wird, wird die Einhaltung dann nach unserer Erfahrung im Rahmen der Folgeverhandlung auch tatsächlich überprüft. Die Verbindung des Nachweises nach § 84 Abs. 7 SGB XI mit der Folgeverhandlung entspricht zwar Praktikabilitätsabwägungen, ist aber weder zwingend noch nach unserem Dafürhalten sinnvoll. Zu hoch ist in diesem Rahmen die Gefahr, Plausibilisierungspflichten nach § 85 Abs. 3 SGB XI und Nachweispflichten nach § 84 Abs. 7 SGB XI zu verwechseln und die sich aus den beiden Regelungen ableitenden unterschiedlichen Rechtsfolgen (prospektiver Vergütungsanspruch bei § 85 Abs. 3 SGB XI, Kürzung der bereits gezahlten Vergütung bei § 84 Abs. 7 i. V. m. § 115 Abs. 3a Satz 2 SGB XI) nicht sauber zu trennen. In Berlin/Brandenburg hat sich im Bereich der Vergütung nach §

132a Abs. 4 SGB V ein Verfahren etabliert, bei dem zufällig ausgewählte Pflegedienste stichprobenartig daraufhin überprüft werden, ob sie vereinbarte Vergütungssteigerungen zu durchschnittlich 80 % an die Mitarbeiter weitergegeben haben. Dieses Verfahren könnte Modellcharakter haben.

Sanktionen für den Fall, dass keine hinreichenden Nachweise erbracht werden, sollten in den Rahmenverträgen nach § 75 SGB XI beziehungsweise in der von uns angeregten neuen Verordnung⁵⁴ geregelt werden. Dies sollte in dem nach § 84 Abs. 7 Satz 4 SGB XI geregelten Verweis auf den Rahmenvertrag klargestellt werden. Darüber hinaus sollte klargestellt werden, dass für den Fall, dass ein vereinbarter Nachweis nicht erbracht wird, die Kostenträger zu neuen Verhandlungen aufrufen dürfen. Im Übrigen ist nach § 115 Abs. 3, 3a SGB XI eine Kürzung möglich.

Ein entsprechender Formulierungsvorschlag findet sich sogleich unter II., der auch die Möglichkeit vorsieht, dass die beizubringenden Nachweise durch die Schiedsstelle nach § 76 SGB XI festgesetzt werden, die aufgrund ihrer Kompetenz aus Vergütungsverhandlungen sachnah geeignete Dokumente bestimmen kann.

2. Kontrollrecht nach § 115 Abs. 3, 3a SGB XI

Weitaus größere Schwierigkeiten hingegen bereitet die Kontrolle der Einhaltung der tatsächlich vorhandenen Personalmenge. Grundsätzlich ist es so, dass § 115 Abs. 3 und 3b SGB XI einen Rückzahlungsanspruch eigener Art⁵⁵ für den Fall enthält, dass die Einrichtung die vereinbarte Personalmenge nicht einhält. Würde in der Praxis von dem Sanktionsinstrument insbesondere des § 115 Abs. 3 SGB XI konsequent Gebrauch gemacht, so wäre der Druck beziehungsweise die Motivation bei Einrichtungen, ausreichend Personal zu rekrutieren und damit höhere Gehälter zu bezahlen, sicherlich deutlich größer. Unsere Erfahrung ist jedoch, dass in der Praxis von der betreffenden Rückforderungsmöglichkeit so gut wie gar kein Gebrauch gemacht wird. In unserer täglichen Praxis erleben wir einzelne Einrichtungen, die über Monate hinweg vereinbarte Personalmengen nicht einhalten und sich gleichwohl nicht mit einem Rückforderungsverfahren konfrontiert sehen. Die Durchführung eines solchen ist mehr der Ausnahmefall denn die Regel. Eine der Hauptursachen für dieses Vollzugsdefizit liegt in dem mangelnden finanziellen Interesse der Pflegekassen an einem solchen Verfahren:

- Rein faktisch verfügen meistens ausschließlich die Pflegekassen über das notwendige Personal und hinreichend Erfahrung, um ein entsprechendes Rückforderungsverfahren durchzuführen. Sozialhilfeträger haben weder Ressourcen noch Kompetenz, um in ausreichendem Maße selbst entsprechende Verfahren anzustoßen.
- Umgekehrt haben die Pflegekassen keinerlei finanziellen Anreiz, ein Verfahren durchzuführen, da sie die zurückzuzahlenden Beträge an die Bewohner und/oder den Sozialhilfeträger auskehren müssten.

Sicherlich wäre eine Möglichkeit, diesem Vollzugsdefizit durch aufsichtsrechtliche Maßnahmen gegenüber den Pflegekassen zu begegnen. Als weitaus zielführender erachten wir aber eine

⁵⁴ vgl. oben Teil 2 B I. 5.

⁵⁵ BT-Drucks. 14/5395, S. 43.

Änderung des § 115 Abs. 3 SGB XI dahingehend, dass Kassen, die ein solches Verfahren (zivilrechtlich gesprochen) „im Auftrag“ des Sozialhilfeträgers durchführen, dafür eine pauschale Aufwandsentschädigung in Höhe von beispielsweise 20 % des für den Sozialhilfeträger vereinnahmten Betrages erhalten für die Fremdausführung. So würde für Pflegekassen ein deutlicher Anreiz gesetzt, entsprechende Verfahren einzuleiten und für Träger eine Notwendigkeit begründet, die Gehälter gegebenenfalls anzupassen, um mehr Mitarbeiter zu gewinnen.

Auch rechtlich begegnet ein solches Vorgehen aus unserer Sicht keinen Bedenken. Unabhängig davon, ob man den Rückzahlungsanspruch aus § 115 Abs. 3 SGB XI als Bereicherungsanspruch sui generis oder als Schadensersatzanspruch qualifiziert – eine eindeutige Positionierung zu der juristischen Einordnung fehlt bislang –, ist es grundsätzlich der Anspruchsberechtigte, der seine eigenen Rechte wahrnehmen muss. Dies wären in der Regel die Pflegebedürftigen selbst sowie die jeweiligen Sozialhilfeträger. Wenn die Ansprüche durch einen Dritten geltend gemacht werden, der tatsächlich so gut wie nie von der Geltendmachung profitiert und daher allein im Drittinteresse tätig wird, so entspricht es den Grundgedanken des sozialrechtlichen Auftragsrechtes in §§ 88, 91 SGB X, dass für die fremdnützige Aufgabenwahrnehmung eine Vergütung zu leisten ist. Eine pauschalierte Vorgabe diesbezüglich wäre daher zulässig und zweckdienlich.

3. Alternative zu dem Sanktionsmechanismus aus § 115 Abs. 3 SGB XI

Als Alternativ zu dem derzeit geregelten Sanktionsmechanismus bringen Sie ins Gespräch, eine gesetzliche Pflicht der Träger aufzunehmen, nicht nachgewiesene Lohnzahlungen (außerhalb des §115-Verfahrens) nachzuholen. Voraussetzung dafür wäre natürlich, dass der § 115 Abs. 3a Satz 2 SGB XI gestrichen würde, da der Träger andernfalls den für die Lohnsteigerung vereinnahmten Betrag doppelt zurückzahlen müsste.

Allerdings begegnet ihr Vorschlag juristischen und faktischen Bedenken. In juristischer Hinsicht ist die Grundlage einer Zahlung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Arbeitsvertrag zwischen beiden Parteien. Das, was auf Grundlage dieses Arbeitsvertrages geschuldet ist, kann der Arbeitnehmer verlangen. Pflege- und Krankenkassen haben mit diesem Arbeitsvertrag nichts zu tun. Ihr Vorschlag würde dazu führen, dass der Arbeitsvertrag quasi von dritter Seite geändert würde, was juristisch nicht durchführbar ist. Man könnte allenfalls auf den Gedanken kommen, dass die Pflegesatz- oder Vergütungsvereinbarung auf Grundlage bestimmter Gehälter einen Vertrag zu Gunsten Dritter (der Arbeitnehmer) darstellen. Dies müsste dann ausdrücklich im Gesetz geregelt und durch die Parteien entsprechend vereinbart werden. Wir halten ein solches Vorgehen allerdings für dogmatisch fragwürdig, da ohne Zutun des Arbeitnehmers in dessen Vertragsverhältnis eingegriffen wird.

Auch praktisch haben wir Bedenken, dass dieser Vorschlag zum Erfolg führt. Zum einen könnte eine solche Regelung dazu einladen, zu versuchen, zunächst auf eine Umsetzung der Gehaltssteigerungen zu verzichten, da schlimmstenfalls eine Nachzahlung an die Arbeitnehmer droht. Damit würden falsche Anreize gesetzt. Zum anderen würde dies überhaupt nur dann funktionieren, wenn die Arbeitnehmer tatsächlich die Nachzahlung einfordern und im Zweifel klageweise geltend machen. Davon dürften viele Arbeitnehmer abgeschreckt sein. Würde der Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern behaupten/argumentieren, dass ihn die Nachzahlungen in der Existenz bedrohen,

werden Arbeitnehmer ebenfalls von einer Nachforderung absehen. Schließlich ist zu bedenken, dass eine jahreswechselübergreifende Rückzahlung nicht nur für die Arbeitgeber, sondern auch für die Arbeitnehmer zu erheblichem Verwaltungsmehraufwand führt: Jahreslohnsteuerbescheinigungen müssten neu erstellt, Steuererklärungen rückwirkend geändert werden.

Im Ergebnis erachten wir diese Vorgehensweise nicht als zielführend.

4. Kontrollrecht bei Kollektivverträgen

Schließlich haben Sie noch das Thema Nachweisrecht bei kollektiven Verhandlungen angesprochen. Ein solches ergibt nach unserer Einschätzung jedoch weder juristisch noch tatsächlich Sinn. Es entspricht dem Wesen einer kollektiven Verhandlung, dass sie von pauschalisierten Grundlagen ausgeht und eben nicht auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abstellt. Dementsprechend können diese auch keine Rolle spielen.

II. Abschließende Bewertung und Umsetzungsvorschlag

Abschließend schlagen wir daher folgende Änderungen vor:

- Änderung des § 84 Abs. 7 SGB XI dahingehend, dass die zu erbringenden Nachweise auch individuell vereinbart werden dürfen.
- Änderung des § 115 SGB XI dahingehend, dass die Pflegekassen, die im Fremdinteresse ein Kürzungsverfahren betreiben, eine pauschale Aufwandsentschädigung erhalten.

§ 84 Abs. 7 SGB XI

*(7) Der Träger der Einrichtung ist verpflichtet, im Falle einer Vereinbarung der Pflegesätze auf Grundlage der Bezahlung von Gehältern bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen, die entsprechende Bezahlung der Beschäftigten jederzeit einzuhalten. Auf Verlangen einer Vertragspartei hat der Träger der Einrichtung dieses nachzuweisen. Personenbezogene Daten sind zu anonymisieren. Das Nähere zur Durchführung des Nachweises **und zu den Folgen nicht ordnungsgemäß durchgeführter Nachweise** wird in den Verträgen nach § 5 Absatz 1 und 2 geregelt **oder kann im Rahmen der Pflegesatzvereinbarung einzelfallbezogen vereinbart beziehungsweise im Falle der Nichteinigung durch die Schiedsstelle festgelegt werden. Sofern der Träger der Einrichtung die vereinbarten Nachweise nicht erbringt, haben die Vertragsparteien nach § 85 Absatz 2 das Recht, für den laufenden Pflegesatzzeitraum zu neuen Verhandlungen aufzufordern. § 115 Absatz 3a Satz 2 bleibt unberührt.***

§ 115 Abs. 3 SGB XI

*(3) Hält die Pflegeeinrichtung ihre gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtungen, insbesondere ihre Verpflichtungen zu einer qualitätsgerechten Leistungserbringung aus dem Versorgungsvertrag (§ 72) ganz oder teilweise nicht ein, sind die nach dem Achten Kapitel vereinbarten Pflegevergütungen für die Dauer der Pflichtverletzung entsprechend zu kürzen. Über die Höhe des Kürzungsbetrags ist zwischen den Vertragsparteien nach § 85 Absatz 2 Einvernehmen anzustreben. Kommt eine Einigung nicht zustande, entscheidet auf Antrag einer Vertragspartei die Schiedsstelle nach § 76 in der Besetzung des Vorsitzenden und der beiden weiteren unparteiischen Mitglieder. Gegen die Entscheidung nach Satz 3 ist der Rechtsweg zu den Sozialgerichten gegeben; ein Vorverfahren findet nicht statt, die Klage hat aufschiebende Wirkung. Der vereinbarte oder festgesetzte Kürzungsbetrag **ist wie folgt zu verteilen:***

- a) **Betreibt ein Sozialhilfeträger nach § 85 Absatz 2 das Kürzungsverfahren, so ist der festgesetzte Kürzungsbetrag von der Pflegeeinrichtung bis zur Höhe ihres Eigenanteils an die betroffenen Pflegebedürftigen und im Weiteren an die Pflegekassen zurückzuzahlen; soweit die Pflegevergütung als nachrangige Sachleistung von einem anderen Leistungsträger übernommen wurde, ist der Kürzungsbetrag an diesen zurückzuzahlen.***
- b) **Betreibt eine oder betreiben mehrere Pflegekassen das Kürzungsverfahren, so steht ihnen als pauschale Aufwandsentschädigung ein Anteil von insgesamt 20 von 100 des vereinnahmten Kürzungsbetrages zu. Die verbleibenden 80 von 100 sind von der Pflegeeinrichtung bis zur Höhe ihres Eigenanteils an die betroffenen Pflegebedürftigen ~~und im Weiteren an die Pflegekassen~~ zurückzuzahlen; soweit die***

Pflegevergütung als nachrangige Sachleistung von einem anderen Leistungsträger übernommen wurde, ist der Kürzungsbetrag an diesen zurückzuzahlen.

Der Kürzungsbetrag kann nicht über die Vergütungen oder Entgelte nach dem Achten Kapitel refinanziert werden. Schadensersatzansprüche der betroffenen Pflegebedürftigen nach anderen Vorschriften bleiben unberührt; § 66 des Fünften Buches gilt entsprechend.

D. Marktbezogene Aspekte der Erbringung von Pflegeleistungen

I. Grundlegendes

Wie bereits in den Eingangserwägungen dargestellt, gibt es auch außerhalb des Verfahrens zur Ermittlung von Vergütungen für Leistungen der Alten- und ambulanten Krankenpflege und der Kontrolle dieser Verhandlungsergebnisse weitere Hemmnisse, die eine bessere Bezahlung der Mitarbeiter hindern. Einige davon haben Sie bereits im Rahmen des an uns gerichteten Gutachtauftrags dargestellt. Die nach unserer Bewertung relevanten Umstände möchten wir nun im Folgenden aufgreifen und vertiefen sowie zu den aus unserer Sicht zielführenden Aspekten Lösungsvorschläge unterbreiten.

II. Gewinn-/Wagniszuschlag

Im Rahmen des Marktumfeldes ist die Frage wichtig, welchen Gewinn eine Pflegeeinrichtung aus ihrer Tätigkeit ziehen kann. Hierzu haben Sie die Frage aufgeworfen, ob das Schiedsverfahren gemäß § 85 Abs. 5 SGB XI in der Praxis ausreicht, um angemessene Wagnis- und Gewinnzuschläge zu vereinbaren. Wir sehen diese Zuschläge betreffend Verbesserungsbedarf sowohl für den Bereich des SGB XI als auch für den Bereich des SGB V. Zielführend erscheinen uns dabei Änderungen des Gesetzes, die es den Verhandlungsparteien aber auch der Schiedsstelle / Schiedsperson einfacher machen, zu einem angemessenen Ergebnis zu gelangen.

1. Analyse Status quo

Zum Thema Wagnis- und Gewinnzuschlag haben Sie folgenden Fragen aufgeworfen:

- Auf welcher Grundlage werden in der Verhandlungspraxis Wagnis- und Gewinnzuschläge vereinbart?
- Sollte das Pflegesatzverfahren (unter)gesetzlich geändert werden, um die Festlegung von Wagnis- und Gewinnzuschlägen für die Pflegesatzparteien zu vereinfachen und gleichzeitig eine ausreichende Planungssicherheit für Träger zu gewährleisten?

In der Praxis gibt es in den einzelnen Bundesländern sowie im ambulanten und stationären Bereich einen unterschiedlichen Umgang mit dem Thema Gewinn und Wagnis. Stationär gestaltet sich die Situation wie folgt: Es gibt Bundesländer, in denen dafür ein bestimmter Prozentsatz in der Regel einheitlich aufgeschlagen wird (Hessen) sowie andere, in denen bei der kalkulierten Auslastung

Abschläge gemacht werden (Sachsen-Anhalt), die Spielraum für einen Gewinn der Einrichtung belassen. In Rheinland-Pfalz etwa werden beide Wege kombiniert. Schließlich gibt es auch Bundesländer, in denen trotz entgegenstehender gesetzlicher Regelung von den Pflegekassen wie auch von der Schiedsstelle Gewinn und Wagnis in vielen Fällen gar nicht berücksichtigt werden.

Im ambulanten Bereich wird das Thema „Auslastung“ meistens nicht thematisiert, obwohl es dort sogar noch relevanter als im stationären Bereich ist. Während eine stationäre Pflegeeinrichtung bei Abwesenheit des Bewohners, etwa weil sich dieser im Krankenhaus befindet, noch drei weitere Tage eine Vergütung erhält (vgl. § 87b SGB XI), werden ambulant ausschließlich die tatsächlich erbrachten Leistungen vergütet. Eine Abwesenheit wirkt sich also deutlich stärker auf die Einnahmen aus. Gleichwohl weigern sich Pflege- wie auch Krankenkassen im ambulanten Bereich, dieses Risiko überhaupt gesondert anzuerkennen geschweige denn angemessen zu bewerten.

Trotz der Unterschiede in den einzelnen Bundesländern lässt sich als Gemeinsamkeit festhalten, dass in der Regel nicht mehr als 2 % bis 4 % für Gewinn und Wagnis insgesamt aufgeschlagen werden. Die von der Schiedsstelle nach § 76 SGB XI für das Land Nordrhein-Westfalen an § 44 SGB I angelehnte Richtgröße von 4 % Gewinn- und Wagniszuschlag für stationäre Einrichtungen wurde beklagt und eine entsprechende Entscheidung des Bundessozialgerichts wird nach unserer Einschätzung noch in diesem Jahr ergehen. Wir halten es allerdings zumindest für unwahrscheinlich, dass das Bundessozialgericht einen konkreten Prozentsatz benennen wird, der als Gewinn- und/oder Wagniszuschlag angemessen ist. Die in dem zu entscheidenden Rechtsstreit zentrale Frage lautet nämlich, ob die Orientierung der Schiedsstelle am Verzugszinssatz von 4 % zu beanstanden ist oder nicht. Da das Bundessozialgericht den Schiedsstellen einen weiten Beurteilungsspielraum zugesteht, ist davon auszugehen, dass selbst dann, wenn es die Orientierung an § 44 SGB I für rechtswidrig erachten sollte, es der Schiedsstelle keine angemessene Zuschlagshöhe diktieren wird.

Damit wird es in der Praxis der Vergütungsverhandlungen voraussichtlich auch weiterhin Auseinandersetzungen über die Frage einer angemessenen Berücksichtigung von Gewinn und Wagnis geben. Für die Einrichtungen hilfreich und damit als Anreiz für Individualverhandlungen, die mit einer Aufdeckung tatsächlich gezahlter Gehälter einhergehen, zielführend wäre daher eine wie auch immer geartete Konkretisierung, was eine Einrichtung als Gewinn- und Wagniszuschlag verlangen kann. Dafür, wie dies geschieht, gibt es unterschiedliche Möglichkeiten:

- Es könnte im SGB XI eine Regelung dazu aufgenommen werden, in welchem Korridor Gewinn und Wagnis zu bemessen sind.
- Es könnte eine untergesetzliche Regelung gefasst werden.
- Man könnte den Parteien des Landesrahmenvertrages die Aufgabe übertragen, eine Regelung dazu zu treffen.

Wie die Praxis der Umsetzung des § 84 Abs. 7 SGB XI zu einem weitaus weniger brisanten Thema als Gewinn- und Wagniszuschlägen in den Landesrahmenverträgen offenbart, handelt es sich bei dem zuletzt zitierten Punkt um ein faktisch nicht geeignetes Vorgehen, da auf diesem Weg alleine zumindest nicht in absehbarer Zukunft flächendeckende Regelungen getroffen würden.

Aber auch die anderen beiden Möglichkeiten bergen Nachteile. Die Festschreibung eines konkreten Prozentsatzes für alle Bundesländer und sämtliche Einrichtungen im Gesetz wäre nicht hinreichend

flexibel und würde auch nicht ausreichend Spielraum für die Besonderheiten des Einzelfalls belassen. Eine Anpassung im Laufe der Zeit wäre ebenfalls nicht hinreichend sichergestellt. Der Erlass einer eigenständigen Verordnung würde den zuletzt benannten Nachteil ausgleichen, hätte aber seinerseits wiederum den Nachteil, dass Besonderheiten einzelner Bundesländer nicht Rechnung getragen werden könnte.

In der Zusammenfassung könnte es sich daher als zielführend erweisen, zweigleisig vorzugehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Gewinn- und Wagniszuschlag nicht zwei Seiten ein und derselben Medaille sind, sondern getrennt betrachtet werden müssen. Bislang ist in § 84 Abs. 2 SGB XI allerdings lediglich die angemessene Berücksichtigung eines Unternehmerrisikos vorgeschrieben: Zentral ist also, dass sowohl für das SGB XI als auch für das SGB V das Unternehmerrisiko einschließlich des Aspektes der Auslastung mit aufgenommen wird, damit die Anerkennung dieser Selbsterverständlichkeit betreffend Streitigkeiten vermieden werden. Daneben sollte ausdrücklich der Anspruch auf Gewinnerzielung benannt werden. Dementsprechend sollte im Gesetz festgehalten werden, dass

- *„die Pflegesätze [...] einem Pflegeheim / einem Pflegedienst bei wirtschaftlicher Betriebsführung unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns für die Pflegeeinrichtung sowie einer angemessenen Vergütung ihres Unternehmerrisikos, die auch den Aspekt der Auslastung mit einbezieht, ermöglichen [müssen], seine Aufwendungen zu finanzieren und seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen. Beide Zuschläge sind getrennt auszuweisen und zu verhandeln.“*
- Bei dem Gewinnzuschlag handelt es sich um eine Größe, welche bei dem für die Pflegeversicherung vorgesehenen Markt durch die einzelnen Einrichtungen auszuhandeln beziehungsweise durch die Schiedsstelle festzulegen ist.
- Für die Wagniskosten hingegen könnte den Landesrahmenvertragsparteien ein Auftrag erteilt werden, typische Wagnisse zu analysieren und mit konkreten Auf- oder Abschlägen zu bewerten. Dieses Thema sollte entsprechend dem unter Teil 2 B. III. dargestellten auch Gegenstand einer Verordnung mit Abweichungsbefugnis der Landesrahmenvertragsparteien sein. Im Rahmen einer solchen Verordnung könnte geregelt werden, welche allgemeinen Wagnisse und welche betrieblich-spezifischen Einzelwagnisse neben den übrigen Kalkulationsparametern dem Grunde nach gesondert zu bewerten sind und welche nicht.⁵⁶ Da dies derzeit unregelt ist, gibt es in der Praxis zu diesen Fragen viele sich im Kreis drehende Diskussionen, ohne dass ein Klärungsmechanismus ersichtlich wäre. Die konkrete Bewertungshöhe sollte man den Verhandlungsparteien und bei Nichteinigung der Schiedsstelle überlassen. Dadurch könnte regionalen Besonderheiten Rechnung getragen werden.

Diese Erwägungen gelten gleichermaßen für den Bereich des SGB V.

So würde für die Einrichtungen zumindest mehr Rechtssicherheit geschaffen, was die Vereinbarung von Wagnis und Gewinn betrifft. Zudem erhalten die Einrichtungen die Möglichkeit, individuell

⁵⁶ Vgl. hierzu vertiefend: IEGUS Institut (Hrsg.), Unternehmerisches Wagnis in der ambulanten Pflege – Rechtslage und Quantifizierung der Vergütung unter besonderer Berücksichtigung der Regelungen des Dritten Pflegestärkungsgesetzes (PSG III), 1. Aufl., Heidelberg 2019.

besondere Risiken auch abbilden zu können, was bisher über die landesweit regelmäßig einheitliche Festschreibung konkreter Prozentsätze in der Praxis nicht gelingen konnte. In der Gesetzesbegründung sollte klargestellt werden, dass auch vor Regelung in den Landesrahmenverträgen individuelle Risiken eingebracht werden können und berücksichtigt werden müssen.

2. Formulierungsvorschlag

§ 83 SGB XI

§ 83 SGB XI Verordnung zur Regelung der Pflegevergütung

(1) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates Vorschriften zu erlassen über

1. die Pflegevergütung der Pflegeeinrichtungen einschließlich der Verfahrensregelungen zu ihrer Vereinbarung nach diesem Kapitel,

2. den Inhalt der Pflegeleistungen sowie bei stationärer Pflege die Abgrenzung zwischen den allgemeinen Pflegeleistungen (§ 84 Absatz 4), den Leistungen bei Unterkunft und Verpflegung (§ 87) und den Zusatzleistungen (§ 88),

3. die Rechnungs- und Buchführungsvorschriften der Pflegeeinrichtungen einschließlich einer Kosten- und Leistungsrechnung; bei zugelassenen Pflegeeinrichtungen, die neben den Leistungen nach diesem Buch auch andere Sozialleistungen im Sinne des Ersten Buches (gemischte Einrichtung) erbringen, kann der Anwendungsbereich der Verordnung auf den Gesamtbetrieb erstreckt werden,

4. Maßstäbe und Grundsätze für eine wirtschaftliche und leistungsbezogene, am Versorgungsauftrag (§ 72 Absatz 1) orientierte personelle Ausstattung der Pflegeeinrichtungen,

5. die nähere Abgrenzung der Leistungsaufwendungen nach Nummer 2 von den Investitionsaufwendungen und sonstigen Aufwendungen nach § 82 Absatz 2,

6. Regelungen zur Bewertung von Risiken nach § 84 Absatz 2 Satz 4 beziehungsweise nach § 89 Absatz 1 Satz 3 sowie zu deren Bemessung im Rahmen der Verhandlungen über Pflegesätze oder Vergütungen,

§ 90 bleibt unberührt.

*(2) Nach Erlass der Rechtsverordnung sind Rahmenverträge und Schiedsstellenregelungen nach § 75 zu den **in Absatz 1 Nr. 1 bis 5** von der Verordnung erfassten Regelungsbereichen nicht mehr zulässig. **Zu den in Absatz 1 Nr. 6 genannten Regelungsbereichen dürfen in einem Landesrahmenvertrag abweichende und ergänzende Regelungen getroffen werden.***

§ 84 Abs. 2 Satz 4 SGB XI

Die Pflegesätze müssen einem Pflegeheim bei wirtschaftlicher Betriebsführung *unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns für die Pflegeeinrichtung sowie einer angemessenen Vergütung seines Unternehmerrisikos, die auch den Aspekt der Auslastung miteinbezieht*, ermöglichen, seine Aufwendungen zu finanzieren und seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen.

§ 89 Abs. 1 Satz 3 SGB XI

Die Vergütung muss einem Pflegedienst bei wirtschaftlicher Betriebsführung *unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns für den Pflegedienst sowie einer angemessenen Vergütung seines Unternehmerrisikos, die auch den Aspekt der Auslastung miteinbezieht*, ermöglichen, seine Aufwendungen zu finanzieren und seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen.

§ 75 Abs. 2 Satz 1 SGB XI neue Ziffer 12..

Regelungen zur Bewertung von Risiken nach § 84 Absatz 2 Satz 3 beziehungsweise nach § 89 Absatz 1 Satz 3 sowie zu deren Bemessung im Rahmen der Verhandlungen über Pflegesätze oder Vergütungen.

§ 132a SGB V

(4) Über die Einzelheiten der Versorgung mit häuslicher Krankenpflege, über die Preise und deren Abrechnung und die Verpflichtung der Leistungserbringer zur Fortbildung schließen die Krankenkassen Verträge mit den Leistungserbringern. Wird die Fortbildung nicht nachgewiesen, sind Vergütungsabschläge vorzusehen. Dem Leistungserbringer ist eine Frist zu setzen, innerhalb derer er die Fortbildung nachholen kann. Erbringt der Leistungserbringer in diesem Zeitraum die Fortbildung nicht, ist der Vertrag zu kündigen. Die Krankenkassen haben darauf zu achten, dass die Leistungen wirtschaftlich und preisgünstig erbracht werden. Verträge dürfen nur mit Leistungserbringern abgeschlossen werden, die die Gewähr für eine leistungsgerechte und wirtschaftliche Versorgung bieten. Die Bezahlung von Gehältern bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen kann dabei nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden; insoweit gilt § 71 nicht. Der Leistungserbringer ist verpflichtet, die entsprechende Bezahlung der Beschäftigten nach Satz 6 jederzeit einzuhalten und sie auf Verlangen einer Vertragspartei nachzuweisen. *Im Rahmen der Vergütung ist ein angemessener Gewinn für den Leistungserbringer sowie eine angemessene Vergütung seines Unternehmerrisikos, die auch den Aspekt der Auslastung miteinbezieht, zu berücksichtigen.* Im Fall der Nichteinigung wird der Vertragsinhalt durch eine von den Vertragspartnern zu bestimmende unabhängige Schiedsperson innerhalb von drei Monaten festgelegt. Einigen sich die Vertragspartner nicht auf eine Schiedsperson, so wird diese von der für die vertragschließende Krankenkasse zuständigen Aufsichtsbehörde innerhalb eines Monats nach Vorliegen der für die Bestimmung der Schiedsperson notwendigen Informationen bestimmt. Die Kosten des Schiedsverfahrens tragen die Vertragspartner zu gleichen Teilen. Bei der Auswahl der Leistungserbringer ist ihrer Vielfalt, insbesondere der Bedeutung der freien Wohlfahrtspflege, Rechnung zu tragen. Die

Leistungserbringer sind verpflichtet, an Qualitäts- und Abrechnungsprüfungen nach § 275b teilzunehmen; § 114 Absatz 2 des Elften Buches bleibt unberührt. Der Leistungserbringer hat der Krankenkasse anzuzeigen, dass er behandlungspflegerische Leistungen im Sinne des Absatzes 1 Satz 5 erbringt, wenn er diese Leistungen für mindestens zwei Versicherte in einer durch den Leistungserbringer oder einen Dritten organisierten Wohneinheit erbringt. Abweichend von Satz 1 kann die Krankenkasse zur Gewährung von häuslicher Krankenpflege geeignete Personen anstellen.

III. Arbeitnehmerüberlassung und freie Mitarbeit

1. Analyse des Status quo

Ein nicht zu unterschätzender Faktor sind die Kosten, die für die von Ihnen bereits benannten Leiharbeiter wie auch für sogenannte freie Mitarbeiter aufgewendet werden müssen.

Viele Einrichtungen, die sich in einer Situation akuter Personalnot befinden, greifen auf eben solche Fachkräfte zurück, wobei nach unseren Erfahrungen aus der Praxis der Anteil an sogenannten freien Mitarbeitern und Leiharbeitnehmern in etwa gleich groß ist. In der Praxis gestaltet sich die Situation häufig wie folgt:

a) Leiharbeit

Es gibt Anbieter, die sich auf Arbeitnehmerüberlassung im Bereich der Pflege spezialisiert haben. Diese werben fest angestellte Mitarbeiter von Pflegeeinrichtungen mit einem spürbar höheren Gehalt ab und vermitteln diese dann für Stundensätze von in der Regel etwa 40 Euro oder mehr zuzüglich Zuschlägen für Nacht-, Feiertags- und Wochenendarbeit an Pflegeeinrichtungen, bei denen akute Personalnot herrscht, teilweise sogar an den bisherigen Arbeitgeber.

Warum funktioniert dieses Modell für die Leiharbeitsfirmen? Vielfach ist ein Arbeitgeber ad hoc nicht in der Lage, dem im Abwerben befindlichen Mitarbeiter ein entsprechend höheres Gehalt sowie entsprechend flexible Arbeitszeiten anzubieten. So kann ein Mitarbeiter bei einer Leiharbeitsfirma rein faktisch über einen kürzeren Zeitraum mehr arbeiten, als seine festangestellten Kollegen, um dann einen längeren Zeitraum frei zu haben. Außerdem muss der Träger befürchten, dass dann, wenn er die Vergütung eines Mitarbeiters erhöht, weitere Mitarbeiter mehr Gehalt fordern, was zu den sogleich unter IV. dargestellten Problemen führen kann.

b) Freie Mitarbeiter

Darüber hinaus gibt es auch viele Pflegefachkräfte, die sich selbstständig machen und dann ihre Leistungen in „freier Mitarbeit“ den Pflegeeinrichtungen anbieten. Formaljuristisch bewertet handelt es sich in den wenigsten Fällen tatsächlich um freie Mitarbeiter. Die Kriterien, wann jemand im Sinne des Sozialversicherungs- und Steuerrechts abhängig beschäftigt ist und wann er freier Mitarbeiter ist, sind nicht individuell vereinbar, sondern werden durch Gesetz und höchstrichterliche Rechtsprechung vorgegeben. Aufgrund der Einbindung in die Strukturen des Arbeitgebers – insbesondere in

stationären Einrichtungen – werden also regelmäßig abhängig beschäftigte Mitarbeiter beauftragt, die im Gegensatz zu ihren Kollegen 40 Euro und mehr je Stunde erhalten.

Warum funktioniert dieses Modell für die freien Mitarbeiter? Tatsächlich sind viele Einrichtungen kurzfristig auf Fachpersonal angewiesen und sehen dann häufig keine andere Möglichkeit, als auf solche Mitarbeiter zuzugreifen, um die Bewohner angemessen versorgen zu können. Im Interesse des Wohls der Bewohner werden die strafrechtlichen (§ 266a StGB) und steuer- wie sozialrechtlichen Konsequenzen ausgeblendet, zumal nach unserer Erfahrung bei Prüfungen durch Rentenversicherung oder Finanzämter hier vielfach „ein Auge zugeedrückt“ wird. Der freie Mitarbeiter selbst hat nichts zu befürchten. Rein theoretisch könnte sich die Einrichtung die nachzuzahlenden Steuern und Sozialversicherungsbeiträge natürlich bei ihm zurückholen. Der damit verbundene Aufwand ist aber so groß, dass er meist nicht auf sich genommen wird, zumal viele freie Mitarbeiter aus dem Ausland kommen und nach einer Arbeitsphase von einigen Wochen oder Monaten auch dorthin zurückkehren.

c) Konsequenzen des Einsatzes freier Mitarbeiter und von Leiharbeitnehmern

Sowohl Arbeitnehmerüberlassung wie auch freie Mitarbeiter stellen für die Vergütung der festangestellten Belegschaft einen zentralen Faktor dar:

- Da für die Bezahlung ein erheblicher finanzieller Aufwand erforderlich ist, stehen weniger Mittel für die Bezahlung der übrigen Belegschaft zur Verfügung.
- Da solche Arbeitskräfte in der Regel kurzfristig verfügbar sind, ist der Anreiz, langfristig Mitarbeiter mit attraktivem Gehalt zu suchen, weniger stark.

Welche Möglichkeiten gibt es nun, das Thema freie Mitarbeiter und Leiharbeitnehmer anzugehen? Hierzu gibt es verschiedene mögliche Vorgehensweisen, die jedoch alle Vor- und Nachteile mit sich bringen. Sämtliche möglichen Strategien gehen von der Vorgehensweise aus, in § 132a SGB V sowie im SGB XI festzuschreiben, dass Einrichtungen mit einem Vertrag nach § 132a SGB V oder einer Zulassung nach § 72 SGB XI ihre Leistungen ausschließlich durch bei der jeweiligen Einrichtung sozialversicherungspflichtig beschäftigte Mitarbeiter (einschließlich Inhabern und Geschäftsführern) erbringen dürfen. Um den „eigentlichen Zweck“ der Leiharbeit, die kurzfristige Überbrückung von Notsituationen, weiterhin zu ermöglichen, könnte man eng begrenzte Ausnahmen zulassen (dazu sogleich).

Ein Verstoß gegen das Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern oder freien Mitarbeitern könnte die folgenden Konsequenzen auslösen, um in der Praxis auch Beachtung zu finden:

- Jeder Verstoß stellt eine Ordnungswidrigkeit dar.
- Ein beharrlicher Verstoß führt dazu, dass der Versorgungsvertrag oder der Vertrag nach § 132a SGB V gekündigt werden kann.
- Ambulante Leistungen, die nicht durch bei dem Pflegedienst sozialversicherungspflichtig beschäftigte Mitarbeiter erbracht werden, dürfen weder nach SGB XI noch nach SGB V abgerechnet werden.

- Nicht sozialversicherungspflichtig beschäftigte Mitarbeiter sind im Rahmen der Personalbemessung nicht mitzurechnen und können daher im Rahmen des Verfahrens nach § 115 Abs. 3, 3a SGB XI nicht berücksichtigt werden.

Klargestellt werden muss natürlich, dass Inhaber und Geschäftsführer von Einrichtungen – die in der Regel nicht sozialversicherungspflichtig sind – auch weiterhin tätig werden dürfen.

2. Rechtliche Bewertung des Vorschlages

Der im Rahmen dieses Unterpunktes dargestellte Vorschlag stellt einen massiven Einschnitt in die Grundrechte

- der Träger der Einrichtungen und Dienste,
- der Mitarbeiter sowie
- der auf die Arbeitnehmerüberlassung spezialisierten Firmen dar.

Betroffen ist dabei aus unserer Perspektive insbesondere das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. Dieses gewährt jedem Deutschen und EU-Bürger im Grundsatz, seiner beruflichen Tätigkeit ohne Beschränkungen nachzugehen. Die mittelbare (faktische) Untersagung des Einsatzes von nicht sozialversicherungspflichtig bei dem Träger beschäftigten Mitarbeitern greift daher in die Berufsfreiheit ein. Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG sind dabei in verschiedene Stufen zu unterteilen, die für die Anforderungen an die Rechtfertigung relevant werden:

- Für die Einrichtungen handelt es sich um eine Regelung zur Berufsausübung.
- Für die freien Mitarbeiter und Leiharbeiter könnte man die Regelung auf die Ebene einer objektiven Zulassungsvoraussetzung stellen oder als Ausübungsregelung mit besonderem Gewicht einordnen.
- Selbiges gilt auch für die Unternehmen, die Arbeitnehmerüberlassung anbieten.

In den beiden zuletzt benannten Fällen ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich gerade nicht um ein zielgerichtetes Verbot handelt, sondern im Vordergrund steht, wie zugelassene Pflegeeinrichtungen ihre Leistungen erbringen.

Der Umstand, dass ein Eingriff vorliegt, bedeutet jedoch nicht zwangsläufig eine Verletzung der Grundrechte der Betroffenen. Der Eingriff ist gerechtfertigt, wenn er dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt, also

- ein legitimes Ziel verfolgt,
- geeignet ist, dieses Ziel zu fördern,
- erforderlich ist, also über das Maß des Notwendigen nicht hinausgeht, und außerdem noch
- verhältnismäßig im engeren Sinne also angemessen ist: Mittel und Zweck dürfen also nicht außer Verhältnis zueinander stehen.

Im Rahmen der drei zuletzt benannten Prüfschritte kommt der konkreten Ausgestaltung der Regelung im Detail ein entscheidendes Gewicht zu. Insbesondere in der Frage der Erforderlichkeit und

Angemessenheit hat der Gesetzgeber nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einen weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum. Dies ist in Fällen wie dem vorliegenden zu beachten, in denen das Ziel nicht allein mit einer einzelnen Maßnahme gefördert wird, sondern ein Bündel von aufeinander abgestimmten und untrennbar zusammenhängenden Änderungen des einfachen Gesetzesrechts erforderlich ist.

Das auf der ersten Stufe erforderliche legitime Ziel ist für sämtliche der sogleich vorgeschlagenen Regelungsoptionen dasselbe:

- Es geht einerseits darum, eine bessere Entlohnung der in der Pflege tätigen Menschen zu erreichen. Dies allein würde für sich genommen allerdings mit Blick auf den bereits geregelten Mindestlohn in der Pflege womöglich noch kein verfassungsrechtlich legitimes Ziel darstellen. Auf einem Markt, wie es ihn jedenfalls für die Gewinnung von Arbeitskräften in der Pflege gibt, regeln im Grundsatz Angebot und Nachfrage den Preis.
- Daneben steht natürlich die Sicherstellung der Pflege, wofür ausreichend dort tätige Menschen vorhanden sein müssen.
- Schließlich geht es noch um die Erhaltung der Finanzierbarkeit der Pflege, die durch den Einsatz deutlich teurerer freier Mitarbeiter und Leiharbeitnehmer auf verschiedenen Eben gefährdet werden kann. Zum einen zahlen freie Mitarbeiter gar nicht in die Systeme der Sozialversicherung ein. Zum anderen verdient im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung ein Dritter Geld, welches letztlich die Pflegebedürftigen und in vielen Fällen die Sozialhilfeträger zu tragen haben. Die Erhaltung der Systeme der sozialen Sicherheit muss daher auch als legitimes Ziel einer solchen Regelung benannt werden.

Bei der Verwirklichung dieser Ziele lässt das im Grundsatz nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wirtschaftspolitisch neutrale Grundgesetz dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum, sofern die Grundrechte beachtet werden. Dadurch kann, so das Bundesverfassungsgericht weiter, dem geschichtlichen Wandel Rechnung getragen werden. Weil jedoch die Grundrechte die Grenze der offenen Gestaltungsmöglichkeiten bilden, liegt im Rahmen der Gesetzgebung die zentrale Aufgabe darin, die grundsätzliche Freiheit wirtschafts- und sozialpolitischer Gestaltung und den gesellschaftlichen Wandel einerseits mit dem Freiheitsschutz andererseits in Ausgleich zu bringen.

In der vorliegenden Konstellation steht dabei auf der einen Seite der zunehmende Personalnotstand im Bereich der Sozialwirtschaft, insbesondere der Pflege, sowie die stetig steigenden Ausgaben in diesem Bereich. Auf der anderen Seite stehen die oben benannten Grundrechte.

Das Bundesverfassungsgericht hat den Erhalt und die Finanzierbarkeit der Systeme gesetzlicher Sozialversicherung in einem Sozialstaat als ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut eingeordnet. Die bundesweite Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung habe elementare Bedeutung für die Lebensverhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland. Hierzu gehört auch die Beitragsstabilität, die unabdingbare Voraussetzung für ein Fortbestehen des gegenwärtigen Systems sei (unter Bezugnahme auf Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, 4. Aufl., 1999, Art. 12

Rn. 180 m.w.N.). Der Gesetzgeber habe daher vor allem im Gesundheitswesen bei der Festlegung und Ausgestaltung sozialpolitischer Ziele einen weiten Gestaltungsspielraum.⁵⁷

Dementsprechend können Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG gerechtfertigt werden, welche diesem Ziel tatsächlich dienen und mit Blick auf die Grundrechte der Leistungserbringer einerseits sowie dem Schutz der Funktionsfähigkeit der Sozialsysteme andererseits nicht über das erforderliche Maß hinausgehen. Die verfassungsrechtlich zulässigen Regelungsoptionen müssen einen angemessenen Ausgleich darstellen. Ob dies für eine konkrete Regelungsoption erfüllt ist, ist anhand der prognostizierten faktischen Wirksamkeit auf der einen und der damit verbundenen Folgen auf der anderen Seite zu beurteilen. Nach unserer Bewertung verhält es sich mit einer Festlegung, dass Mitarbeiter, die Pflegeleistungen erbringen, in einer Einrichtung sozialversicherungspflichtig beschäftigt sein müssen, so, dass die damit verbundenen Eingriffe durch die Verfolgung eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes dienen, und daher auch die für Mitarbeiter und Arbeitnehmerüberlasser schweren Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen vermögen. Da es sich allerdings um einen sehr komplexen Abwägungsvorgang handelt, ist nicht völlig ausgeschlossen, dass ein mit der Sache befasstes Gericht, insbesondere das Bundesverfassungsgericht, zu einem anderen Ergebnis gelangt.

Sollte der Gesetzgeber eine Regelung wie sogleich unten formuliert in das Gesetz aufnehmen, so gehen wir davon aus, dass diesbezüglich mit Widerstand und juristischem Vorgehen zu rechnen ist.

Zur Abmilderung des Grundrechtseingriffs möchten wir Ihnen wie oben bereits angesprochen noch zwei mögliche Ausnahmen darstellen, die wir aber in den unten stehenden Formulierungsvorschlag noch nicht aufgenommen haben:

- Um die Folgen abzumildern, könnte man zunächst darüber nachdenken, die Regelung darauf zu beschränken, dass Leistungen nur durch sozialversicherungspflichtig Beschäftigte erbracht werden dürfen, sodass Leiharbeit weiter zulässig bliebe, was allerdings entsprechend Ihrer Formulierung im Gutachtauftrag explizit nicht gewünscht wurde.
- Alternativ könnte geregelt werden, dass die Leistungen der Grund- und Behandlungspflege auch von Mitarbeitern erbracht werden dürfen, die bei Unternehmen der Arbeitnehmerüberlassung beschäftigt sind, wenn das entsprechende Unternehmen gemeinnützig im Sinne der Abgabenordnung ist. Unter welchen Umständen Arbeitnehmerüberlassung gemeinnützig sein kann, ist derzeit noch nicht abschließend geklärt und bedarf gegebenenfalls entsprechender Änderungen der Abgabenordnung. Durch diesen Vorschlag wäre jedenfalls sichergestellt, dass Arbeitnehmerüberlassung nicht allein auf dem Gewinnstreben eines Dritten beruht.
- Schließlich könnte man überlegen, festzuschreiben, dass Pflegekräfte, die Leistungen der Grund- und/oder Behandlungspflege erbringen, bei (irgend-)einem Träger mit einer Zulassung nach § 72 SGB XI oder § 132a SGB V sozialversicherungspflichtig beschäftigt sein müssen. Weil diese Vorgehensweise das Risiko der Umgehung dahingehend birgt, dass sich Unternehmen der Arbeitnehmerüberlassung dann pro forma einen Versorgungsvertrag nach § 72 SGB XI verschaffen, sollte in § 132a SGB V wie auch in § 72 SGB XI geregelt werden, dass dies nur für solche Unternehmen gilt, die Arbeitnehmer überlassen, wenn sie den

⁵⁷ Exemplarisch Beschl. v. 13.09.2005, 2 BvF 2/03; 18.07.2005, 2 BvF 2/01; vgl. auch BVerfGE 103, 172, 1 85 f.

Schwerpunkt ihrer Tätigkeit im Bereich der Erbringung von Pflege- und Betreuungsleistungen haben.

Die Tätigkeit der Leiharbeitsfirmen könnte dadurch eingedämmt werden, dass ihnen aufgrund der Regelungen im SGB XI das Sachbescheidungsinteresse für eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis für den Bereich der Pflege fehlt und die Erlaubnis entsprechend beschränkt wird.

3. Formulierungsvorschlag

§ 72 Abs. 3 Nr. 5 (neu) SGB XI

5. sicherstellen, dass Leistungen der Grund- und Behandlungspflege ausschließlich durch bei der jeweiligen zugelassenen Pflegeeinrichtung oder einem im Sinne des § 15 AktG verbundenen Unternehmens sozialversicherungspflichtig beschäftigte Mitarbeiter oder durch den Geschäftsführer oder Inhaber selbst erbracht werden.

§ 72 Abs. 5 (neu) SGB XI

Leistungen, die nicht durch bei der jeweiligen ambulanten zugelassenen Pflegeeinrichtung oder einem im Sinne des § 15 AktG verbundenen Unternehmen sozialversicherungspflichtig beschäftigte Mitarbeiter oder durch den Geschäftsführer oder Inhaber erbracht werden, gelten gegenüber der Pflegekasse als nicht erbracht und dürfen nicht abgerechnet werden.

§ 115 Abs. 3a SGB XI

Eine Verletzung der Verpflichtungen zu einer qualitätsgerechten Leistungserbringung im Sinne des Absatzes 3 Satz 1 wird unwiderlegbar vermutet

1. ...
2. *bei nicht nur vorübergehenden Unterschreitungen der nach § 84 Absatz 5 Satz 2 Nummer 2 vereinbarten Personalausstattung, wobei Mitarbeiter, die Leistungen der Grund- und Behandlungspflege erbringen, nur dann miteinbezogen werden, wenn sie bei der zugelassenen Pflegeeinrichtung oder einem im Sinne des § 15 AktG verbundenen Unternehmen sozialversicherungspflichtig beschäftigt sind.*

§ 121 SGB XI

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig

....

8. in einer zugelassenen Pflegeeinrichtung im Sinne des § 72 Absatz 1 Satz 1 SGB XI Leistungen der Grund- oder Behandlungspflege⁵⁸ durch nicht bei der jeweiligen zugelassenen Pflegeeinrichtung oder einem mit ihr verbundenen Unternehmen im Sinne des § 15 AktG

⁵⁸ Leistungen der Hauswirtschaft müssen hier ausgeklammert werden, da häufig zum Beispiel für Reinigungsleistungen ein Putzunternehmen beauftragt wird.

sozialversicherungspflichtig beschäftigte Mitarbeiter oder den Inhaber oder Geschäftsführer erbringen lässt.

§ 132a SGB V

*(4) Über die Einzelheiten der Versorgung mit häuslicher Krankenpflege, über die Preise und deren Abrechnung und die Verpflichtung der Leistungserbringer zur Fortbildung schließen die Krankenkassen Verträge mit den Leistungserbringern. Wird die Fortbildung nicht nachgewiesen, sind Vergütungsabschläge vorzusehen. Dem Leistungserbringer ist eine Frist zu setzen, innerhalb derer er die Fortbildung nachholen kann. Erbringt der Leistungserbringer in diesem Zeitraum die Fortbildung nicht, ist der Vertrag zu kündigen. Die Krankenkassen haben darauf zu achten, dass die Leistungen wirtschaftlich und preisgünstig erbracht werden. Verträge dürfen nur mit Leistungserbringern abgeschlossen werden, die die Gewähr für eine leistungsgerechte und wirtschaftliche Versorgung bieten **sowie sicherstellen, dass Leistungen der Behandlungspflege ausschließlich durch bei dem jeweiligen zugelassenen Leistungserbringer oder einem im Sinne des § 15 AktG verbundenen Unternehmen sozialversicherungspflichtig beschäftigte Mitarbeiter oder durch den Geschäftsführer oder Inhaber selbst erbracht werden. Leistungen, die nicht durch bei dem jeweiligen zugelassenen Leistungserbringer oder einem im Sinne des § 15 AktG verbundenen Unternehmen sozialversicherungspflichtig beschäftigte Mitarbeiter oder durch den Geschäftsführer oder Inhaber erbracht werden, gelten gegenüber der Krankenkasse als nicht erbracht und dürfen nicht abgerechnet werden.** Die Bezahlung von Gehältern bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen kann dabei nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden; insoweit gilt § 71 nicht. Der Leistungserbringer ist verpflichtet, die entsprechende Bezahlung der Beschäftigten nach Satz 6 jederzeit einzuhalten und sie auf Verlangen einer Vertragspartei nachzuweisen. Im Fall der Nichteinigung wird der Vertragsinhalt durch eine von den Vertragspartnern zu bestimmende unabhängige Schiedsperson innerhalb von drei Monaten festgelegt. Einigen sich die Vertragspartner nicht auf eine Schiedsperson, so wird diese von der für die vertragschließende Krankenkasse zuständigen Aufsichtsbehörde innerhalb eines Monats nach Vorliegen der für die Bestimmung der Schiedsperson notwendigen Informationen bestimmt. Die Kosten des Schiedsverfahrens tragen die Vertragspartner zu gleichen Teilen. Bei der Auswahl der Leistungserbringer ist ihrer Vielfalt, insbesondere der Bedeutung der freien Wohlfahrtspflege, Rechnung zu tragen. Die Leistungserbringer sind verpflichtet, an Qualitäts- und Abrechnungsprüfungen nach § 275b teilzunehmen; § 114 Absatz 2 des Elften Buches bleibt unberührt. Der Leistungserbringer hat der Krankenkasse anzuzeigen, dass er behandlungspflegerische Leistungen im Sinne des Absatzes 1 Satz 5 erbringt, wenn er diese Leistungen für mindestens zwei Versicherte in einer durch den Leistungserbringer oder einen Dritten organisierten Wohneinheit erbringt. Abweichend von Satz 1 kann die Krankenkasse zur Gewährung von häuslicher Krankenpflege geeignete Personen anstellen.*

§ 307 SGB V

(2) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig

....

4. als Leistungserbringer im Sinne des § 132a Absatz 4 SGB V Leistungen durch nicht bei dem jeweiligen Leistungserbringer oder einem mit ihm verbundenen Unternehmen im Sinne des § 15 AktG sozialversicherungspflichtig beschäftigte Mitarbeiter oder den Inhaber oder Geschäftsführer erbringen lässt.

IV. Marktfähigkeit der Pflegeeinrichtungen

1. Status quo und mögliche Folgen einer Anpassung der Gehälter bis zu Tarifniveau

Ein weiterer zentraler Aspekt ist der Umstand, dass Einrichtungen befürchten, bei einer Anhebung der Entgelte, die mit einer besseren Entlohnung der Mitarbeiter zwangsläufig einhergeht, im Marktumfeld schlechter dazustehen und dadurch nicht mehr die erforderliche Auslastung zu erreichen, um etwa betreffend die Fixkosten angemessen wirtschaften zu können. Es geht also um das „Nicht-Wollen“ einer besseren Entlohnung der Mitarbeiter. Damit wird Ihre Frage aufgegriffen, welche Anreize für Träger in den Vergütungsverhandlungen sinnvoll wären, um Lohnverbesserungen zu fördern. Als Beispiele benennen Sie Zuschläge bei Tarifbindung, Tarifbindung als Zulassungsvoraussetzung für den Erhalt eines Versorgungsvertrages sowie erleichterte Nachweispflichten nach bestandener „Vertrauensphase“.

Die von Ihnen vorgeschlagenen Lösungswege möchten wir im Folgenden aufgreifen und bewerten, um im Anschluss daran daraus abgeleitet unser Lösungsmodell vorzustellen:

- Zuschläge bei Tarifbindung: Hier stellt sich zunächst die Frage, durch wen und wie es zu solchen Zuschlägen kommen soll? Würden sie im Rahmen der üblichen Vergütungsverhandlungen vereinbart, so wäre damit keine Verbesserung verbunden, da der am Markt höhere Preis eben zu dem benannten Wettbewerbsnachteil führen würde.
- Tarifbindung als Zulassungsvoraussetzung für den Erhalt eines Versorgungsvertrages: Diesen Vorschlag sehen wir äußerst kritisch. Wir haben erhebliche Bedenken, dass dieser mit Art. 12 GG und Art. 9 GG vereinbar ist.
- Erleichterte Nachweispflichten nach bestandener „Vertrauensphase“: Auch dieser Vorschlag ergibt für die Praxis wenig Sinn. Rein tatsächlich ist es so, dass bei tarifgebundenen Einrichtungen selbstredend weniger Unterlagen zur Plausibilisierung benötigt werden als bei nicht tarifgebundenen Einrichtungen. Im Übrigen stellen die Nachweise in der Praxis regelmäßig kein derart gravierendes Problem dar, dass allein deswegen eine günstige Marktpositionierung aufgegeben würde.

Es bleibt also dabei, dass es eine Kompensation für Wettbewerbsnachteile geben müsste, um einen Anreiz für eine bessere Vergütung zu schaffen.

Die folgenden Tabellen verdeutlichen überblicksartig, in welchem Rahmen in ausgewählten Landkreisen in Hessen der einrichtungseinheitliche Eigenanteil liegt. Tendenziell ist es so, dass die besonders teuren Einrichtungen ihre Mitarbeiter nach einem Tarifwerk bezahlen, während sich im unteren Bereich in der Regel keine tarifgebundenen Einrichtungen wiederfinden. Die aus 2019 stammenden Daten sind zwar kein wissenschaftlich belastbarer Beleg dafür, dass tarifgebundene Einrichtungen regelmäßig teurer sind, lassen dies aber zumindest deutlich erahnen.

Entgeltevergleich LK Darmstadt-Dieburg

	PLZ	Ort	EEE in €/tgl.
1	64331	Weiterstadt	35,18
2	64846	Groß-Zimmern	34,93
3	64372	Ober-Ramstadt	33,66
4	64839	Münster	32,51
5	64823	Groß-Umstadt	31,16
6	64367	Mühltal	31,05
7	64342	Seeheim-Jugenheim	30,04
8	64807	Dieburg	29,80
9	64342	Seeheim-Jugenheim	28,21
10	64354	Reinheim	28,20
11	64319	Pfungstadt	28,16
12	64380	Roßdorf	27,96
13	64331	Weiterstadt	27,79
14	64347	Griesheim	27,33
15	64390	Erzhausen	26,84
16	64832	Babenhausen	24,95
17	64853	Otzberg	23,24
18	64404	Bickenbach	23,20
19	64347	Griesheim	22,00
20	64404	Bickenbach	21,97
21	64807	Dieburg	21,25
22	64846	Groß-Zimmern	21,00
23	64319	Pfungstadt	19,39
24	64665	Alsbach Haehnlein	19,18
25	64397	Modautal	17,58
26	64397	Modautal	17,53
27	64832	Babenhausen	16,94

Mittelwert **25,96**

	täglich	monatlich
Höchster EEE:	35,18 €	1.070,18 €
Günstigster EEE:	16,94 €	515,31 €
Differenz je Tag:	18,24 €	554,86 €
Mittelwert:	25,96 €	789,85 €
Differenz Höchster EEE zum Mittelwert	9,22 €	280,33 €

Entgeltevergleich LK Bergstraße

	PLZ	Ort	EEE tgl.
1	64683	Einhausen	29,71
2	64625	Bensheim	28,67
3	68642	Bürstadt	28,63
4	64689	Grasellenbach	26,61
5	64653	Lorsch	26,33
6	68623	Lampertheim	26,22
7	64625	Bensheim	25,42
8	69509	Mörtenbach	24,91
9	68519	Viernheim	24,81
10	64646	Heppenheim	24,21
11	69483	Grasellenbach	23,69
12	68623	Lampertheim	22,71
13	64658	Fürth	22,49
14	64689	Grasellenbach	22,36
15	68647	Biblis	20,91
16	64668	Rimbach	20,27
17	68649	Groß- Rohrheim	19,93
18	68647	Biblis	19,04
19	64625	Bensheim	19,03
20	68623	Lampertheim	18,94
21	64646	Heppenheim	16,38
22	64689	Grasellenbach	15,32
23	64686	Lautertal	15,25
24	64658	Fürth	14,77
25	69483	Wald-Michelbach	14,73
26	69488	Birkenau	14,67
27	64678	Lindenfels	11,53
28	69434	Hirschhorn	10,58
29	69483	Wald-Michelbach	10,40
30	69483	Wald-Michelbach	10,10
31	69509	Mörtenbach	7,93
32	69483	Wald-Michelbach	7,31
33	64678	Lindenfels	7,16
34	69509	Mörtenbach	4,55

Mittelwert

18,69

	täglich	monatlich
Höchster EEE:	29,71 €	903,78 €
Günstigster EEE:	4,55 €	138,41 €
Differenz je Tag:	25,16 €	765,37 €
Mittelwert:	18,69 €	568,65 €
Differenz Höchster EEE zum Mittelwert	11,02 €	335,13 €

Entgeltevergleich Landkreis Kassel

	PLZ	Ort	EEE tgl.
1	34260	Kaufungen	31,94
2	34225	Baunatal	31,56
3	34466	Wolfhagen	30,21
4	34225	Baunatal	26,33
5	34253	Lohfelden	23,91
6	34233	Fuldata	23,36
7	34298	Helsa	22,20
8	34369	Hofgeismar	22,13
9	34369	Hofgeismar	22,13
10	34369	Hofgeismar	22,13
11	34369	Hofgeismar	22,13
12	34266	Niestetal	21,81
13	34246	Vellmar	21,78
14	34270	Schauenburg-Elgersha	21,49
15	34369	Hofgeismar	20,44
16	34277	Fuldabrück	20,16
17	34311	Naumburg	19,80
18	34308	Bad Emstal	19,78
19	34292	Ahnatal	19,74
20	34225	Baunatal	19,57
21	34289	Zierenberg	19,51
22	34246	Vellmar	19,50
23	34233	Fuldata	19,48
24	34385	Bad Karlshafen	19,34
25	34388	Trendelburg	18,28
26	34266	Niestetal	17,60
27	34260	Kaufungen	17,47
28	37194	Wahlsburg-Lippoldsbe	17,19
29	34388	Trendelburg	16,71
30	34289	Zierenberg	16,31
31	34298	Helsa	15,27
32	34376	Immenhausen	14,51
33	34317	Habichtswald	14,00
34	34466	Wolfhagen	13,77
35	34393	Grebenstein	12,39
36	34292	Ahnatal	11,32
37	34289	Zierenberg	11,05
38	34289	Zierenberg	9,26
39	34320	Söhrewald	8,94
40	34311	Naumburg	8,06
41	34359	Reinhardshagen	6,90
42	34388	Trendelburg-Gotts.	5,86
43	34479	Breuna	5,76
44	34317	Habichtswald	4,79

Mittelwert

17,86

	täglich	monatlich
Höchster EEE:	31,94 €	971,61 €
Günstigster EEE:	4,79 €	145,71 €
Differenz je Tag:	27,15 €	825,90 €
Mittelwert:	17,86 €	543,32 €
Differenz Höchster EEE zum Mittelwert	14,08 €	428,29 €

Entgeltevergleich Landkreis Limburg-Weilburg

	PLZ	Ort	EEE in €/tgl.
1	65614	Beselich-Obertiefen.	49,66
2	65604	Elz	47,87
3	65599	Dornburg	46,87
4	65611	Brechen-Niederbreche	46,34
5	65549	Limburg	35,84
6	65549	Limburg	32,84
7	65549	Limburg	29,52
8	65627	Elbtal-Heuchelheim	29,06
9	65589	Hadamar	28,24
10	35792	Löhnberg	27,32
11	35781	Weilburg	26,09
12	35796	Weinbach	25,51
13	65618	Selters-Niederselters	24,39
14	35794	Mengerskirchen	23,49
15	65599	Dornburg	22,84
16	65606	Villmar	22,68
17	65597	Hünfelden	22,50
18	65549	Limburg	21,56
19	65549	Limburg	21,21
20	65551	Limburg	19,88
21	35789	Weilmünster	19,60
22	65594	Runkel	19,09
23	35789	Weilmünster	18,82
24	65520	Bad Camberg	18,57
25	65620	Waldbrunn-Hausen	17,66
26	65604	Elz	16,48

Mittelwert **27,46**

	täglich	monatlich
Höchster EEE:	49,66 €	1.510,66 €
Günstigster EEE:	16,48 €	501,32 €
Differenz je Tag:	33,18 €	1.009,34 €
Mittelwert:	27,46 €	835,30 €
Differenz Höchster EEE zum Mittelwert	22,20 €	675,36 €

Landkreis Marburg-Biedenkopf

	PLZ	Ort	EEE tgl.
1	35091	Cölbe	39,23
3	35260	Stadtallendorf	37,66
4	35039	Marburg	35,58
5	35039	Marburg	35,51
2	35037	Marburg	35,40
6	35083	Wetter	27,34
11	35037	Marburg	25,88
8	35037	Marburg	25,85
9	35094	Lahntal	25,80
7	35216	Biedenkopf	25,08
10	35037	Marburg	24,65
13	35037	Marburg	23,16
16	35080	Bad Endbach	22,77
15	35075	Gladenbach	22,66
12	35274	Kirchhain	22,02
14	35216	Biedenkopf	21,92
18	35102	Lohra	21,05
17	35216	Biedenkopf	19,71
19	35260	Stadtallendorf	18,37
22	35075	Gladenbach	18,21
20	35080	Bad Endbach	16,76
21	35085	Ebsdorfergrund	16,42
25	35236	Breidenbach	15,50
26	35037	Marburg	15,17
23	35719	Angelburg	15,16
27	35232	Dautphetal	14,16
28	35043	Marburg	13,97
24	35037	Marburg	13,12
34	35037	Marburg	12,10
30	35041	Marburg	12,07
33	35037	Marburg	11,69
31	35279	Neustadt/ Hessen	11,24
32	35075	Gladenbach	10,40
29	35282	Rauschenberg	10,14
35	35112	Fronhausen	8,77
36	35096	Weimar	7,28

Mittelwert

20,33

	täglich	monatlich
Höchster EEE:	39,23 €	1.193,38 €
Günstigster EEE:	7,28 €	221,46 €
Differenz je Tag:	31,95 €	971,92 €
Mittelwert:	20,33 €	618,37 €
Differenz Höchster EEE zum Mittelwert	18,90 €	575,01 €

Rein praktisch ist davon auszugehen, dass eine durchschnittlich teure Pflegeeinrichtung, die einen Tarifvertrag zur Anwendung bringen möchte, regelmäßig ad hoc bis zu mehrere hundert Euro monatlich den Bewohnern zusätzlich in Rechnung stellen müsste. Dies ist für die betroffenen Bewohner einerseits sowie für potenzielle neue Bewohner andererseits ein Nachteil, mit dem eine günstige Einrichtung ihre Marktchance erheblich verschlechtern würde. Zumindest befürchten zahlreiche Einrichtungen solche Konsequenzen. Im ambulanten Bereich gibt es ähnliche Effekte. Entsprechend weniger Leistung kann ein Pflegebedürftiger mit seinem Sachleistungsbetrag beziehen. Unserer Erfahrung nach spielt sowohl im ambulanten als auch im stationären Bereich der zu zahlende Preis eine erhebliche Rolle:

- Ambulant nehmen viele Pflegebedürftige sogenannte Kombinationsleistungen nach § 38 SGB XI in Anspruch. Sofern danach Pflegebedürftige den Sachleistungsbetrag nicht voll ausschöpfen, erhalten sie anteiliges Pflegegeld im Sinne des § 37 SGB XI. Dies bedeutet, dass das Pflegegeld, welches häufig die Rente aufbessert, umso höher ausfällt, je günstiger der Leistungserbringer ist.
- Stationär muss ein Pflegebedürftiger einen einrichtungseinheitlichen Eigenanteil tragen, der selbstredend ebenfalls geringer ist, wenn die Personalkosten weniger hoch sind als in anderen Einrichtungen.

Wie eingangs erläutert, machen die Personalkosten einen ganz erheblichen Anteil der Vergütungsstruktur der Leistungen aus. Solange Pflegebedürftige derart preissensibel sind oder dies auch nur von den Trägern befürchtet wird, werden sich viele Einrichtungsbetreiber in einer Zwangslage sehen: Einerseits müssen sie den Pflege(fach-)kräften so viel Gehalt zahlen, dass sie noch ausreichend Mitarbeiter gewinnen können. Andererseits dürfen sie im Vergleich zum Marktumfeld nicht zu teuer werden. Hier liegt ein entscheidender Faktor, der

- stationäre Einrichtungen davon abhält, eine höhere Vergütung zu verhandeln und
- ambulante Leistungserbringer davon absehen lässt, mit deutlichen Gehaltssteigerungen in Einzelverhandlungen einzutreten.

Um für dieses Problem Abhilfe zu schaffen, sehen wir die Möglichkeit, Pflegebedürftigen, die ihre Leistungen ausschließlich von Diensten beziehen, die ihre Mitarbeiter „im Wesentlichen nach Tarif oder zumindest an einen Tarif angelehnt“ vergüten, einen monatlichen Aufschlag auf die Pflegesachleistungen zu gewähren. „Wesentlich angelehnt“ bedeutet dabei, dass der Tarifvertrag oder die kirchlichen AVR zwar nicht vollumfänglich Gegenstand des Arbeitsvertrages geworden sein müssen, dass allerdings alle in der Pflege tätigen Mitarbeiter ihrer Vergütung nach einschließlich der Zulagen entsprechend den tariflichen Regelungen eingruppiert und entlohnt werden.

2. Formulierungsvorschlag

§ 36 Abs. 5 SGB XI

(5) Sofern Pflegebedürftige ambulante Pflegeleistungen ausschließlich von einem Anbieter beziehen, der im Rahmen seiner Vereinbarung nach § 89 Absatz 1 eine tarifliche oder im Wesentlichen tariflich angelehnte Vergütung der in der Pflege tätigen Mitarbeiter vereinbart

*hat, erhöhen sich die Beträge nach Absatz 3 um **XXX** Euro. Sofern Kombinationsleistungen nach § 38 SGB XI gewählt werden, wird der Erhöhungsbetrag entsprechend anteilig ausgezahlt.*

§ 43 Abs. 5 SGB XI

*(5) Sofern Pflegebedürftige in einer vollstationären Einrichtung Leistungen beziehen, die im Rahmen ihrer Vereinbarung nach § 85 Absatz 1 eine tarifliche oder im Wesentlichen tariflich angelehnte⁵⁹ Vergütung der in der Pflege tätigen Mitarbeiter vereinbart hat, erhöhen sich die Beträge nach Absatz 2 Satz 2 jeweils um **XXX** Euro.*

V. Steuerung Bewohnerstruktur

Schließlich haben Sie noch die Frage gestellt, wie ausgeschlossen werden kann, dass ein Träger die Bewohnerstruktur bewusst steuert und Pflegebedürftige mit bestimmten Pflegegraden ablehnt, um eine höhere Vergütung zu erreichen.

In der Praxis kann hieraus in der Tat ein Problem resultieren, da durch die Umstellung auf den einrichtungseinheitlichen Eigenanteil an Bewohnern mit niedrigeren Pflegegraden verhältnismäßig weniger verdient wird als an Bewohnern mit hohen Pflegegraden. Die Erlössituation ist also deutlich mehr von der Bewohnerstruktur abhängig als zuvor. Gleichwohl bedeutet dies nicht, dass über die in diesem Gutachten bereits benannten Regelungsoptionen hinaus Änderungsbedarf besteht:

- Bei einer Bewohnerstruktur mit höheren Pflegegraden ist auch spürbar mehr Personal erforderlich. Würde die Einhaltung der entsprechenden Vereinbarungen besser kontrolliert und konsequenter sanktioniert (vgl. dazu unter Teil 2, C. I.), so wären die Hemmnisse einer bewussten Steuerung der Bewohnerstruktur deutlich größer.
- Darüber hinaus ermöglicht § 85 SGB XI den Pflegekassen in einer solchen Situation, die Pflegesätze neu zu verhandeln. Wenn also im Rahmen einer MDK-Prüfung festgestellt würde, dass es zu den von Ihnen benannten Verschiebungen gekommen ist, könnten entsprechende Maßnahmen ergriffen werden.

⁵⁹ In der Gesetzesbegründung ist klarzustellen, dass keine direkte Einbeziehung des gesamten Tarifvertrages erforderlich ist.

Teil 3 Allgemeinverbindliche Tarifverträge – Auswirkungen auf die dargestellten Regelungsoptionen

Sie haben uns gebeten, die vorgenannten Regelungsvorschläge und Überlegungen abschließend noch einmal vor dem Hintergrund eines möglichen allgemeinverbindlichen Tarifvertrages zu reflektieren. Dies möchten wir im Folgenden tun.

Hierzu möchten wir gegenüberstellen, an welchen Stellen ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag hilfreich sein könnte sowie welche möglichen Nachteile damit einhergingen. Letztlich handelt es sich dabei aber auch um eine politische Frage, deren Beantwortung nicht allein aufgrund der Abwägung juristischer Vor- und Nachteile getroffen werden sollte.

I. Vorteile eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages

Ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag hätte den Vorteil, dass für alle in der Pflege tätigen Mitarbeiter einheitlich ein höheres Mindestniveau für die Vergütung geschaffen würde, welches oberhalb des derzeitigen Pflegemindestlohns liegen würde. Das Lohnniveau würde also insgesamt angehoben.

Im Kampf um Arbeitskräfte würden damit sehr viele Einrichtungen gleichgestellt.

Sicherlich würde sich dadurch auch die Verhandlungssituation im Rahmen von Individualverhandlungen und die Kontrolle des Ergebnisses dahingehend vereinfachen, dass aufgrund sehr vergleichbarer Personalkosten zügiger verhandelt werden könnte und die Kontrolle des Ergebnisses durch die tarifliche Bindung ebenfalls einfach gelingen kann. Da es jedoch auch im Fall allgemeinverbindlicher Tarifverträge Regelungen bedarf, die einerseits den Pflegediensten die Refinanzierung der tariflich veranlassten Gesteuerungskosten und eines angemessenen Gewinns sichern, andererseits Missbrauch vorbeugen und Transparenz im erforderlichen Maße sichern, werden die in diesem Gutachten vorgeschlagenen Regelungen (z. B. einheitliche SGB-V und SGB-XI-Verhandlungen der ambulanten Dienste, bessere Kontrolle der vereinbarten Ergebnisse, Klärung zu Wagnis und Gewinn usw.) durch die Einführung von allgemeinverbindlichen Tarifverträge nicht obsolet. Auch im Rahmen eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages kann es im Bereich der Personalkosten erhebliche Unterschiede geben, die z. B. auf die Berufserfahrung der eingesetzten Pflegekräfte oder auf die individuelle Fachkraftquote zurückzuführen sind. Die hier vorgeschlagenen Regelungen dienen der Einzelfallgerechtigkeit, die auch im Rahmen von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen nicht an Bedeutung verliert.

In einem solchen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag könnten nicht nur Regelungen zur Vergütung aufgenommen werden, sondern auch – vergleichbar etwa zu den Vorgaben des TVöD oder anderer Tarifwerke – zu den Arbeitszeiten. Hier bestünde die Möglichkeit, für Mitarbeiter, die je Tag länger arbeiten möchten oder mehrere Tage hintereinander arbeiten möchten, um dann entsprechend länger frei zu haben, entsprechende Vorgaben abweichend vom Arbeitszeitgesetz zu schaffen.

II. Nachteile eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages

Ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag birgt aber auch Risiken. So besteht die Gefahr, dass sich die Gehälter auf dem Niveau des Tarifvertrages einpendeln und wenig bis gar kein Raum für eine individuell bessere Entlohnung bleibt. Pflegekassen könnten einer Einrichtung, die mehr bezahlen möchte, entgegenhalten, dass eine Vergütung oberhalb des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages nicht mehr angemessen ist. Dies könnte insbesondere konfessionelle Träger treffen, die beispielsweise AVR zur Anwendung bringen.

Einrichtungsbetreibern insbesondere in ländlichen Regionen mit niedrigen Einkommen aber auch niedrigen Lebenshaltungskosten würde dadurch die Möglichkeit verwehrt, bewusst günstig Pflegeleistungen anzubieten. Hier ist eine erhebliche Mehrbelastung der Sozialhilfeträger, der Pflegebedürftigen und deren Angehörigen zu befürchten. Umgekehrt würden natürlich alle Anbieter am Markt gleichgestellt, wobei dies nicht zwangsläufig sachgerecht sein muss, wenn man berücksichtigt, dass es sehr große regionale Unterschiede gibt.

III. Unklare Folgen

Unklar ist aus unserer Sicht, ob mit einem solchen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag die Leiharbeit und die freie Mitarbeit zu- oder abnehmen würden. Für eine Abnahme spricht, dass viele Träger ihre Mitarbeiter dadurch besser entlohnen würden, sodass der Anreiz für eine anderweitige Beschäftigung geringer würde.

Umgekehrt wäre aber wahrscheinlich auch weniger Raum für Gehaltserhöhungen, sodass Mitarbeiter, die mehr verdienen möchten, dies aber auch in anderen Einrichtungen nicht mehr können, eher geneigt sein werden, den Weg der freien Mitarbeit oder der Arbeitnehmerüberlassung zu wählen.

Teil 4: Zusammenfassung und abschließende Bewertung

A. Zusammenfassung – Zielführende Regelungsoptionen

Um die im Rahmen der Einführung formulierten Ziele zu erreichen, ist nach unserer Auffassung also ein Zusammenspiel verschiedener Regelungsoptionen dienlich.

Im stationären Bereich sollten Anreize geschaffen werden, damit Einrichtungen sich entschließen, von den bereits bestehenden Möglichkeiten zur Refinanzierung von Entgelten bis hin zu Tarifniveau Gebrauch zu machen. Insbesondere folgende Regelungsoptionen erachten wir in diesem Zusammenhang als zielführend:

- Verbesserung des Vollzugs der Sanktionsnorm § 115 Abs. 3, 3a SGB XI: Wenn Einrichtungen bei nicht hinreichendem Personalbestand tatsächlich finanzielle Sanktionen zu befürchten haben, besteht ein höherer Druck, Mitarbeiter besser zu bezahlen, um damit als Arbeitgeber am Markt gegen tarifgebundene Einrichtungen bestehen zu können.
- Ausgleich für Bewohner, die teure weil tarifgebundene oder tarifangelehnt bezahlende Einrichtungen auswählen, damit Betreiber keine erheblichen Einbußen aufgrund mangelnder Belegung befürchten müssen sowie Einrichtungen eine bessere Möglichkeit zu geben, sich dadurch am Markt zu profilieren, dass sie tariflich oder tarifentsprechend entlohnen.
- Erbringung der Leistungen durch nicht sozialversicherungspflichtig beschäftigte Mitarbeiter (oder jedenfalls durch freie Mitarbeiter) ausschließen: Es gilt zu verhindern, dass aufgrund der Rahmenbedingungen in der Pflege immer mehr Menschen sich für die Tätigkeit als Leiharbeitnehmer oder als „freier Mitarbeiter“ entscheiden.
- Die Prospektivität sollte betont werden.

Ambulante Dienste betreffend gelingt nach unserer Einschätzung eine bessere Bezahlung der Mitarbeiter, wenn mehr Anbieter dazu übergehen, individuell und gestehungskostenorientiert zu verhandeln, um so eine höhere Vergütung der Mitarbeiter realisieren zu können. Dementsprechend sollten insbesondere die folgenden Maßnahmen ergriffen werden:

- Die Verhandlungssituation für ambulante Anbieter muss vereinfacht werden und es gilt zu verhindern, dass Aufwand zwischen den Bereichen SGB XI und SGB V hin- und hergeschoben wird, sodass insoweit eine Refinanzierung verhindert wird. Darüber hinaus sollte auch dafür Sorge getragen werden, dass es etwa betreffend die Fachkraftquote keine unterschiedlichen Vorgaben für denselben Dienst, der faktisch Leistungen des SGB V und des SGB XI in der Regel durch denselben Mitarbeiter erbringen muss, gibt. Niedrigere Verhandlungsergebnisse mit anderen Kassen können dann ebenfalls nicht mehr entgegengehalten werden. Dies kann nach unserem Verständnis am einfachsten dadurch sichergestellt werden, dass die Vergütungen für SGB V und SGB XI gemeinsam verhandelt werden und für beide Bereiche die Schiedsstelle nach § 76 SGB XI zuständig ist.
- Die Schiedsstellen nach § 76 SGB XI sollten besser ausgestattet und hauptberuflich besetzt werden, zumindest in Person des Vorsitzenden und von zwei Mitgliedern, um flächendeckend eine zügige Entscheidung der Schiedsstellen sicherzustellen.
- Zu dem Ausgleich von Nachteilen durch höhere Preise tarifgebundener Einrichtungen gilt das oben Gesagte.

- Ebenso, soweit es freie Mitarbeiter und Leiharbeitnehmer betrifft.

B. Formulierungsvorschläge in Umsetzung von Teil 2 des Gutachtens

In der Zusammenfassung sämtlicher Formulierungsvorschläge ergeben sich die nachfolgenden Änderungsvorschläge:

Recht der gesetzlichen Pflegeversicherung – SGB XI

Bisherige Fassung des Gesetzes	Kombination der vorgeschlagenen Änderungen
<p>§ 36 Pflegesachleistung</p> <p>...</p> <p>(3) Der Anspruch auf häusliche Pflegehilfe umfasst je Kalendermonat</p> <ol style="list-style-type: none">1. für Pflegebedürftige des Pflegegrades 2 Leistungen bis zu einem Gesamtwert von 689 Euro,2. für Pflegebedürftige des Pflegegrades 3 Leistungen bis zu einem Gesamtwert von 1 298 Euro,3. für Pflegebedürftige des Pflegegrades 4 Leistungen bis zu einem Gesamtwert von 1 612 Euro,4. für Pflegebedürftige des Pflegegrades 5 Leistungen bis zu einem Gesamtwert von 1 995 Euro.	<p>§ 36 Pflegesachleistung</p> <p>...</p> <p>(3) Der Anspruch auf häusliche Pflegehilfe umfasst je Kalendermonat</p> <ol style="list-style-type: none">1. für Pflegebedürftige des Pflegegrades 2 Leistungen bis zu einem Gesamtwert von 689 Euro,2. für Pflegebedürftige des Pflegegrades 3 Leistungen bis zu einem Gesamtwert von 1 298 Euro,3. für Pflegebedürftige des Pflegegrades 4 Leistungen bis zu einem Gesamtwert von 1 612 Euro,4. für Pflegebedürftige des Pflegegrades 5 Leistungen bis zu einem Gesamtwert von 1 995 Euro. <p>...</p> <p>(5) Sofern Pflegebedürftige ambulante Pflegeleistungen ausschließlich von einem Anbieter beziehen, der im Rahmen seiner</p>

	<p>Vereinbarung nach § 85 Absatz 1 eine tarifliche oder im Wesentlichen tariflich angelehnte Vergütung der in der Pflege tätigen Mitarbeiter vereinbart hat, erhöhen sich die Beträge nach Absatz 3 um XXX Euro. Sofern Kombinationsleistungen nach § 38 SGB XI gewählt werden, wird der Erhöhungsbetrag entsprechend anteilig ausgezahlt.⁶⁰</p>
<p>§ 43 Inhalt der Leistung</p> <p>...</p> <p>(2) Für Pflegebedürftige in vollstationären Einrichtungen übernimmt die Pflegekasse im Rahmen der pauschalen Leistungsbeträge nach Satz 2 die pflegebedingten Aufwendungen einschließlich der Aufwendungen für Betreuung und die Aufwendungen für Leistungen der medizinischen Behandlungspflege. Der Anspruch beträgt je Kalendermonat</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 770 Euro für Pflegebedürftige des Pflegegrades 2, 2. 1 262 Euro für Pflegebedürftige des Pflegegrades 3, 3. 1 775 Euro für Pflegebedürftige des Pflegegrades 4, 4. 2 005 Euro für Pflegebedürftige des Pflegegrades 5. <p>Abweichend von Satz 1 übernimmt die Pflegekasse auch Aufwendungen für Unterkunft und Verpflegung, soweit der nach Satz 2 gewährte Leistungsbetrag die in Satz 1 genannten Aufwendungen</p>	<p>§ 43 Inhalt der Leistung</p> <p>...</p> <p>(2) Für Pflegebedürftige in vollstationären Einrichtungen übernimmt die Pflegekasse im Rahmen der pauschalen Leistungsbeträge nach Satz 2 die pflegebedingten Aufwendungen einschließlich der Aufwendungen für Betreuung und die Aufwendungen für Leistungen der medizinischen Behandlungspflege. Der Anspruch beträgt je Kalendermonat</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 770 Euro für Pflegebedürftige des Pflegegrades 2, 2. 1 262 Euro für Pflegebedürftige des Pflegegrades 3, 3. 1 775 Euro für Pflegebedürftige des Pflegegrades 4, 4. 2 005 Euro für Pflegebedürftige des Pflegegrades 5. <p>Abweichend von Satz 1 übernimmt die Pflegekasse auch Aufwendungen für Unterkunft und Verpflegung, soweit der nach Satz 2 gewährte Leistungsbetrag die in Satz 1 genannten Aufwendungen</p>

⁶⁰ Vgl. dazu D. IV. 2.

<p>übersteigt.</p>	<p>übersteigt.</p> <p>...</p> <p>(5) Sofern Pflegebedürftige in einer vollstationären Einrichtung Leistungen beziehen, die im Rahmen ihrer Vereinbarung nach § 85 Absatz 1 eine tarifliche oder im Wesentlichen tariflich angelehnte Vergütung der in der Pflege tätigen Mitarbeiter vereinbart hat, erhöhen sich die Beträge nach Absatz 2 Satz 2 jeweils um XXX Euro.⁶¹</p>
<p>§ 72 Zulassung zur Pflege durch Versorgungsvertrag</p> <p>...</p> <p>(3) Versorgungsverträge dürfen nur mit Pflegeeinrichtungen abgeschlossen werden, die</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. den Anforderungen des § 71 genügen, 2. die Gewähr für eine leistungsfähige und wirtschaftliche pflegerische Versorgung bieten sowie eine in Pflegeeinrichtungen ortsübliche Arbeitsvergütung an ihre Beschäftigten zahlen, soweit diese nicht von einer Verordnung über Mindestentgeltsätze aufgrund des Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz) erfasst sind, 	<p>§ 72 Zulassung zur Pflege durch Versorgungsvertrag</p> <p>...</p> <p>(3) Versorgungsverträge dürfen nur mit Pflegeeinrichtungen abgeschlossen werden, die</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. den Anforderungen des § 71 genügen, 2. die Gewähr für eine leistungsfähige und wirtschaftliche pflegerische Versorgung bieten sowie eine in Pflegeeinrichtungen ortsübliche Arbeitsvergütung an ihre Beschäftigten zahlen, soweit diese nicht von einer Verordnung über Mindestentgeltsätze aufgrund des Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz) erfasst sind,

⁶¹ Vgl. dazu D. IV. 2.

<p>3. sich verpflichten, nach Maßgabe der Vereinbarungen nach § 113 einrichtungsintern ein Qualitätsmanagement einzuführen und weiterzuentwickeln,</p> <p>4. sich verpflichten, alle Expertenstandards nach § 113a anzuwenden;</p> <p>...</p>	<p>3. sich verpflichten, nach Maßgabe der Vereinbarungen nach § 113 einrichtungsintern ein Qualitätsmanagement einzuführen und weiterzuentwickeln,</p> <p>4. sich verpflichten, alle Expertenstandards nach § 113a anzuwenden,</p> <p>5. sicherstellen, dass Leistungen der Grund- und Behandlungspflege ausschließlich durch bei der jeweiligen zugelassenen Pflegeeinrichtung oder einem im Sinne des § 15 AktG verbundenen Unternehmens sozialversicherungspflichtig beschäftigte Mitarbeiter oder durch den Geschäftsführer oder Inhaber selbst erbracht werden.⁶²</p> <p>...</p> <p>(5) Leistungen, die nicht durch bei der jeweiligen ambulanten zugelassenen Pflegeeinrichtung oder einem im Sinne des § 15 AktG verbundenen Unternehmen sozialversicherungspflichtig beschäftigte Mitarbeiter oder durch den Geschäftsführer oder Inhaber erbracht werden, gelten gegenüber der Pflegekasse als nicht erbracht und dürfen nicht abgerechnet werden.⁶³</p>
---	---

⁶² Vgl. dazu D. III. 3.

⁶³ Vgl. dazu D. III. 3.

§ 75 SGB XI Rahmenverträge, Bundesempfehlungen und -vereinbarungen über die pflegerische Versorgung

(1) Die Landesverbände der Pflegekassen schließen unter Beteiligung des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung sowie des Verbandes der privaten Krankenversicherung e. V. im Land mit den Vereinigungen der Träger der ambulanten oder stationären Pflegeeinrichtungen im Land gemeinsam und einheitlich Rahmenverträge mit dem Ziel, eine wirksame und wirtschaftliche pflegerische Versorgung der Versicherten sicherzustellen. Für Pflegeeinrichtungen, die einer Kirche oder Religionsgemeinschaft des öffentlichen Rechts oder einem sonstigen freigemeinnützigen Träger zuzuordnen sind, können die Rahmenverträge auch von der Kirche oder Religionsgemeinschaft oder von dem Wohlfahrtsverband abgeschlossen werden, dem die Pflegeeinrichtung angehört. Bei Rahmenverträgen über ambulante Pflege sind die Arbeitsgemeinschaften der örtlichen Träger der Sozialhilfe, bei Rahmenverträgen über stationäre Pflege die überörtlichen Träger der Sozialhilfe und die Arbeitsgemeinschaften der örtlichen Träger der Sozialhilfe als Vertragspartei am Vertragsschluß zu beteiligen. Die Rahmenverträge sind für die Pflegekassen und die zugelassenen Pflegeeinrichtungen im Inland unmittelbar verbindlich.

§ 75 SGB XI Rahmenverträge, Bundesempfehlungen und -vereinbarungen über die pflegerische Versorgung

(1) Die Landesverbände der Pflegekassen schließen unter Beteiligung des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung sowie des Verbandes der privaten Krankenversicherung e. V. im Land mit den Vereinigungen der Träger der ambulanten oder stationären Pflegeeinrichtungen im Land gemeinsam und einheitlich Rahmenverträge mit dem Ziel, eine wirksame und wirtschaftliche pflegerische Versorgung der Versicherten sicherzustellen. Für Pflegeeinrichtungen, die einer Kirche oder Religionsgemeinschaft des öffentlichen Rechts oder einem sonstigen freigemeinnützigen Träger zuzuordnen sind, können die Rahmenverträge auch von der Kirche oder Religionsgemeinschaft oder von dem Wohlfahrtsverband abgeschlossen werden, dem die Pflegeeinrichtung angehört. Bei Rahmenverträgen über ambulante Pflege sind die Arbeitsgemeinschaften der örtlichen Träger der Sozialhilfe, bei Rahmenverträgen über stationäre Pflege die überörtlichen Träger der Sozialhilfe und die Arbeitsgemeinschaften der örtlichen Träger der Sozialhilfe als Vertragspartei am Vertragsschluß zu beteiligen. Die Rahmenverträge sind für die Pflegekassen und die zugelassenen Pflegeeinrichtungen im Inland unmittelbar verbindlich.

<p>(2) Die Verträge regeln insbesondere:</p> <p>...</p>	<p>(2) Die Verträge regeln insbesondere:</p> <p>...</p> <p>12. Regelungen zur Bewertung von Risiken nach § 84 Absatz 2 Satz 3 beziehungsweise nach § 89 Absatz 1 Satz 3 sowie zu deren Bemessung im Rahmen der Verhandlungen über Pflegesätze oder Vergütungen.⁶⁴</p>
<p>§ 76 Schiedsstelle</p> <p>(1) Die Landesverbände der Pflegekassen und die Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen im Land bilden gemeinsam für jedes Land eine Schiedsstelle. Diese entscheidet in den ihr nach diesem Buch zugewiesenen Angelegenheiten.</p> <p>(2) Die Schiedsstelle besteht aus Vertretern der Pflegekassen und Pflegeeinrichtungen in gleicher Zahl sowie einem unparteiischen Vorsitzenden und zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern; für den Vorsitzenden und die unparteiischen Mitglieder können Stellvertreter bestellt werden. Der Schiedsstelle gehört auch ein Vertreter des Verbandes der privaten Krankenversicherung e. V. sowie der überörtlichen oder, sofern Landesrecht dies bestimmt, ein örtlicher Träger der Sozialhilfe im Land an, die auf die Zahl der Vertreter der Pflegekassen angerechnet werden. Die Vertreter der Pflegekassen und deren Stellvertreter werden von den Landesverbänden der Pflegekassen, die Vertreter der Pflegeeinrichtungen und deren</p>	<p>§ 76 SGB XI Schiedsstelle</p> <p>(1) Die Landesverbände der Pflegekassen und die Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen im Land bilden gemeinsam mit dem im Land für das Gesundheitswesen zuständigen Landesministerium für jedes Land eine Schiedsstelle. Diese entscheidet in den ihr nach diesem Buch und nach § 132a Absatz 5 des Fünften Buches zugewiesenen Angelegenheiten.</p> <p>(2) Die Schiedsstelle besteht aus Vertretern der Krankenkassen und Pflegekassen und Vertretern der Pflegeeinrichtungen in gleicher Zahl sowie einem unparteiischen Vorsitzenden und zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern; für die Mitglieder können jeweils Stellvertreter bestellt werden. Der Schiedsstelle gehört auch ein Vertreter des Verbandes der privaten Krankenversicherung e. V. sowie der überörtlichen oder, sofern Landesrecht dies bestimmt, ein örtlicher Träger der Sozialhilfe im Land an, die auf die Zahl der Vertreter der Krankenkassen und Pflegekassen angerechnet werden.</p>

⁶⁴ Vgl. dazu D. II. 2.

Stellvertreter von den Vereinigungen der Träger der Pflegedienste und Pflegeheime im Land bestellt; bei der Bestellung der Vertreter der Pflegeeinrichtungen ist die Trägervielfalt zu beachten. Der Vorsitzende und die weiteren unparteiischen Mitglieder werden von den beteiligten Organisationen gemeinsam bestellt. Kommt eine Einigung nicht zustande, werden sie durch Los bestimmt. Soweit beteiligte Organisationen keinen Vertreter bestellen oder im Verfahren nach Satz 4 keine Kandidaten für das Amt des Vorsitzenden oder der weiteren unparteiischen Mitglieder benennen, bestellt die zuständige Landesbehörde auf Antrag einer der beteiligten Organisationen die Vertreter und benennt die Kandidaten.

(3) Die Mitglieder der Schiedsstelle führen ihr Amt als Ehrenamt. Sie sind an Weisungen nicht gebunden. Jedes Mitglied hat eine Stimme. Die Entscheidungen werden mit der Mehrheit der Mitglieder getroffen. Ergibt sich keine Mehrheit, gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.

(4) Die Rechtsaufsicht über die Schiedsstelle führt die zuständige Landesbehörde.

(5) Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung das Nähere über die Zahl, die Bestellung, die Amtsdauer und die Amtsführung, die Erstattung der baren Auslagen und die Entschädigung für Zeitaufwand der Mitglieder der Schiedsstelle, die Geschäftsführung, das Verfahren, die Erhebung

Die Vertreter nach Satz 2 sind nicht stimmberechtigt, soweit ausschließlich ein Antrag nach § 132a Absatz 5 Satz 4 des Fünften Buches zu entscheiden ist; die Vertreter der Pflegeeinrichtungen haben in diesem Fall entsprechend weniger Stimmen. Die Vertreter und Stellvertreter der Krankenkassen und Pflegekassen werden von den jeweiligen Landesverbänden, die Vertreter der Pflegeeinrichtungen und deren Stellvertreter von den Vereinigungen der Träger der Pflegedienste und Pflegeheime im Land bestellt; bei der Bestellung der Vertreter der Pflegeeinrichtungen ist die Trägervielfalt zu beachten. Der Vorsitzende und die weiteren unparteiischen Mitglieder werden von dem im Land für das Gesundheitswesen zuständigen Landesministerium ausgewählt und angestellt. Soweit beteiligte Organisationen keinen Vertreter bestellen, bestellt die zuständige Landesbehörde auf Antrag einer der beteiligten Organisationen die Vertreter und benennt die Kandidaten.⁶⁵

(3) Der Vorsitzende und die beiden unparteiischen Mitarbeiter sind hauptamtlich tätig. Die übrigen Mitglieder der Schiedsstelle führen ihr Amt als Ehrenamt. Alle Mitglieder der Schiedsstelle sind an Weisungen nicht gebunden. Jedes Mitglied hat eine Stimme. Die Entscheidungen werden mit der Mehrheit der Mitglieder getroffen. Ergibt sich keine Mehrheit, gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.⁶⁶

⁶⁵ Vgl. dazu A. II. 3.

⁶⁶ Vgl. dazu A. II. 3.

<p>und die Höhe der Gebühren sowie über die Verteilung der Kosten zu bestimmen.</p> <p>(6) Abweichend von § 85 Absatz 5 können die Parteien der Pflegesatzvereinbarung (§ 85 Absatz 2) gemeinsam eine unabhängige Schiedsperson bestellen. Diese setzt spätestens bis zum Ablauf von 28 Kalendertagen nach ihrer Bestellung die Pflegesätze und den Zeitpunkt ihres Inkrafttretens fest. Gegen die Festsetzungsentscheidung kann ein Antrag auf gerichtliche Aufhebung nur gestellt werden, wenn die Festsetzung der öffentlichen Ordnung widerspricht. Die Kosten des Schiedsverfahrens tragen die Vertragspartner zu gleichen Teilen. § 85 Absatz 6 gilt entsprechend.</p>	
<p>§ 83 SGB XI Verordnung zur Regelung der Pflegevergütung</p> <p>(1) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates Vorschriften zu erlassen über</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. die Pflegevergütung der Pflegeeinrichtungen einschließlich der Verfahrensregelungen zu ihrer Vereinbarung nach diesem Kapitel, 2. den Inhalt der Pflegeleistungen sowie bei stationärer Pflege die Abgrenzung zwischen den allgemeinen Pflegeleistungen (§ 84 Absatz 4), den Leistungen bei Unterkunft und Verpflegung (§ 87) und den Zusatzleistungen (§ 88), 3. die Rechnungs- und Buchführungsvorschriften der Pflegeeinrichtungen einschließlich einer Kosten- und Leistungsrechnung; bei zugelassenen Pflegeeinrichtungen, die neben 	<p>§ 83 SGB XI Verordnung zur Regelung der Pflegevergütung</p> <p>(1) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates Vorschriften zu erlassen über</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. die Pflegevergütung der Pflegeeinrichtungen einschließlich der Verfahrensregelungen zu ihrer Vereinbarung nach diesem Kapitel, 2. den Inhalt der Pflegeleistungen sowie bei stationärer Pflege die Abgrenzung zwischen den allgemeinen Pflegeleistungen (§ 84 Absatz 4), den Leistungen bei Unterkunft und Verpflegung (§ 87) und den Zusatzleistungen (§ 88), 3. die Rechnungs- und Buchführungsvorschriften der Pflegeeinrichtungen einschließlich einer Kosten- und Leistungsrechnung; bei zugelassenen Pflegeeinrichtungen, die neben

den Leistungen nach diesem Buch auch andere Sozialleistungen im Sinne des Ersten Buches (gemischte Einrichtung) erbringen, kann der Anwendungsbereich der Verordnung auf den Gesamtbetrieb erstreckt werden,

4. Maßstäbe und Grundsätze für eine wirtschaftliche und leistungsbezogene, am Versorgungsauftrag (§ 72 Absatz 1) orientierte personelle Ausstattung der Pflegeeinrichtungen,

5. die nähere Abgrenzung der Leistungsaufwendungen nach Nummer 2 von den Investitionsaufwendungen und sonstigen Aufwendungen nach § 82 Absatz 2.

§ 90 bleibt unberührt.

(2) Nach Erlass der Rechtsverordnung sind Rahmenverträge und Schiedsstellenregelungen nach § 75 zu den von der Verordnung erfassten Regelungsbereichen nicht mehr zulässig.

den Leistungen nach diesem Buch auch andere Sozialleistungen im Sinne des Ersten Buches (gemischte Einrichtung) erbringen, kann der Anwendungsbereich der Verordnung auf den Gesamtbetrieb erstreckt werden,

4. Maßstäbe und Grundsätze für eine wirtschaftliche und leistungsbezogene, am Versorgungsauftrag (§ 72 Absatz 1) orientierte personelle Ausstattung der Pflegeeinrichtungen,

5. die nähere Abgrenzung der Leistungsaufwendungen nach Nummer 2 von den Investitionsaufwendungen und sonstigen Aufwendungen nach § 82 Absatz 2,

6. Regelungen zur Bewertung von Risiken nach § 84 Absatz 2 Satz 4 beziehungsweise nach § 89 Absatz 1 Satz 3 sowie zu deren Bemessung im Rahmen der Verhandlungen über Pflegesätze oder Vergütungen,⁶⁷

7. die Anforderungen an die nach § 85 Absatz 3 geeigneten Nachweise bei den Vergütungsverhandlungen sowie die Durchführung des Nachweises nach § 84 Absatz 7.⁶⁸

§ 90 und § 132a Absatz 1 des Fünften Buches bleiben unberührt.

(2) Nach Erlass der Rechtsverordnung sind Rahmenverträge und Schiedsstellenregelungen nach § 75 zu den in Absatz 1 Nr. 1 bis 5 von der Verordnung erfassten Regelungsbereichen nicht mehr

⁶⁷ Vgl. dazu D. II. 2.

⁶⁸ Vgl. dazu B. III.

	<p>zulässig. Zu den in Absatz 1 Nr. 6 und 7 genannten Regelungsbereichen dürfen in einem Landesrahmenvertrag abweichende und ergänzende Regelungen getroffen werden.⁶⁹</p>
<p>§ 84 Bemessungsgrundsätze</p> <p>...</p> <p>(2) Die Pflegesätze müssen leistungsgerecht sein. Sie sind nach dem Versorgungsaufwand, den der Pflegebedürftige nach Art und Schwere seiner Pflegebedürftigkeit benötigt, entsprechend den fünf Pflegegraden einzuteilen. Davon ausgehend sind bei vollstationärer Pflege nach § 43 für die Pflegegrade 2 bis 5 einrichtungseinheitliche Eigenanteile zu ermitteln; dies gilt auch bei Änderungen der Leistungsbeträge. Die Pflegesätze müssen einem Pflegeheim bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen, seine Aufwendungen zu finanzieren und seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen unter Berücksichtigung einer angemessenen Vergütung ihres Unternehmerrisikos. Die Bezahlung von Gehältern bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen kann dabei nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden. Für eine darüber hinausgehende Bezahlung bedarf es eines sachlichen Grundes. Überschüsse verbleiben dem Pflegeheim; Verluste sind von ihm zu tragen. Der Grundsatz der Beitragssatzstabilität ist zu beachten. Bei der Bemessung der Pflegesätze einer Pflegeeinrichtung können die</p>	<p>§ 84 Bemessungsgrundsätze</p> <p>...</p> <p>(2) Die Pflegesätze müssen leistungsgerecht sein. Sie sind nach dem Versorgungsaufwand, den der Pflegebedürftige nach Art und Schwere seiner Pflegebedürftigkeit benötigt, entsprechend den fünf Pflegegraden einzuteilen. Davon ausgehend sind bei vollstationärer Pflege nach § 43 für die Pflegegrade 2 bis 5 einrichtungseinheitliche Eigenanteile zu ermitteln; dies gilt auch bei Änderungen der Leistungsbeträge. Die Pflegesätze müssen einem Pflegeheim bei wirtschaftlicher Betriebsführung unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns sowie einer angemessenen Vergütung seines Unternehmerrisikos, die auch den Aspekt der Auslastung mit einbezieht,⁷⁰ ermöglichen, seine Aufwendungen zu finanzieren und seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen. Die Bezahlung von Gehältern bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen kann dabei nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden. Für eine darüber hinausgehende Bezahlung bedarf es eines sachlichen Grundes. Eine Erhöhung des Pflegesatzes darf nicht deshalb versagt werden, weil eine kalkulierte Steigerung der</p>

⁶⁹ Vgl. dazu B. III. sowie D. II. 2.

⁷⁰ Vgl. dazu D. II. 2.

Pflegesätze derjenigen Pflegeeinrichtungen, die nach Art und Größe sowie hinsichtlich der in Absatz 5 genannten Leistungs- und Qualitätsmerkmale im Wesentlichen gleichartig sind, angemessen berücksichtigt werden.

(7) Der Träger der Einrichtung ist verpflichtet, im Falle einer Vereinbarung der Pflegesätze auf Grundlage der Bezahlung von Gehältern bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen, die entsprechende Bezahlung der Beschäftigten jederzeit einzuhalten. Auf Verlangen einer Vertragspartei hat der Träger der Einrichtung dieses nachzuweisen. Personenbezogene Daten sind zu anonymisieren. Das Nähere zur Durchführung des Nachweises wird in den Verträgen nach § 75 Absatz 1 und 2 geregelt.

...

Entlohnung der Mitarbeiter noch nicht vollzogen wurde (Grundsatz der Prospektivität der Verhandlung).⁷¹ Überschüsse verbleiben dem Pflegeheim; Verluste sind von ihm zu tragen. Der Grundsatz der Beitragssatzstabilität ist zu beachten. Bei der Bemessung der Pflegesätze einer Pflegeeinrichtung können die Pflegesätze derjenigen Pflegeeinrichtungen, die nach Art und Größe sowie hinsichtlich der in Absatz 5 genannten Leistungs- und Qualitätsmerkmale im Wesentlichen gleichartig sind, angemessen berücksichtigt werden.

(7) Der Träger der Einrichtung ist verpflichtet, im Falle einer Vereinbarung der Pflegesätze auf Grundlage der Bezahlung von Gehältern bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen, die entsprechende Bezahlung der Beschäftigten jederzeit einzuhalten. Auf Verlangen einer Vertragspartei hat der Träger der Einrichtung dieses nachzuweisen. Personenbezogene Daten sind zu anonymisieren. Das Nähere zur Durchführung des Nachweises und zu den Folgen nicht ordnungsgemäß durchgeführter Nachweise wird in den Verträgen nach § 75 Absatz 1 und 2 geregelt oder kann im Rahmen der Pflegesatzvereinbarung einzelfallbezogen vereinbart beziehungsweise im Fall der Nichteinigung durch die Schiedsstelle festgelegt werden. Sofern der Träger der Einrichtung die vereinbarten Nachweise nicht erbringt, haben die Vertragsparteien nach § 85 Absatz 2 das Recht, für den laufenden Pflegesatzzeitraum zu neuen

⁷¹ Vgl. dazu B. III.

	Verhandlungen aufzufordern. § 115 Absatz 3a Satz 2 bleibt unberührt. ⁷²
<p>§ 85 Pflegesatzverfahren</p> <p>...</p> <p>(3) Die Pflegesatzvereinbarung ist im voraus, vor Beginn der jeweiligen Wirtschaftsperiode des Pflegeheimes, für einen zukünftigen Zeitraum (Pflegesatzzeitraum) zu treffen. Das Pflegeheim hat Art, Inhalt, Umfang und Kosten der Leistungen, für die es eine Vergütung beansprucht, durch Pflegedokumentationen und andere geeignete Nachweise rechtzeitig vor Beginn der Pflegesatzverhandlungen darzulegen; es hat außerdem die schriftliche Stellungnahme der nach heimrechtlichen Vorschriften vorgesehenen Interessenvertretung der Bewohnerinnen und Bewohner beizufügen. Soweit dies zur Beurteilung seiner Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit im Einzelfall erforderlich ist, hat das Pflegeheim auf Verlangen einer Vertragspartei zusätzliche Unterlagen vorzulegen und Auskünfte zu erteilen. Hierzu gehören auch pflegesatzerhebliche Angaben zum Jahresabschluß entsprechend den Grundsätzen ordnungsgemäßer Pflegebuchführung, zur personellen und sachlichen Ausstattung des Pflegeheims einschließlich der Kosten sowie zur tatsächlichen Stellenbesetzung und Eingruppierung. Dabei sind insbesondere die in der Pflegesatzverhandlung geltend gemachten, voraussichtlichen Personalkosten einschließlich entsprechender Erhöhungen im</p>	<p>§ 85 Pflegesatzverfahren</p> <p>(3) Die Pflegesatzvereinbarung ist im voraus, vor Beginn der jeweiligen Wirtschaftsperiode des Pflegeheimes, für einen zukünftigen Zeitraum (Pflegesatzzeitraum) zu treffen. Das Pflegeheim hat Art, Inhalt, Umfang und Kosten der Leistungen, für die es eine Vergütung beansprucht, durch Pflegedokumentationen und andere geeignete Nachweise rechtzeitig vor Beginn der Pflegesatzverhandlungen darzulegen; es hat außerdem die schriftliche Stellungnahme der nach heimrechtlichen Vorschriften vorgesehenen Interessenvertretung der Bewohnerinnen und Bewohner beizufügen. Soweit dies zur Beurteilung seiner Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit im Einzelfall erforderlich ist, hat das Pflegeheim auf Verlangen einer Vertragspartei zusätzliche Unterlagen vorzulegen und Auskünfte zu erteilen. Hierzu gehören auch pflegesatzerhebliche Angaben zum Jahresabschluß entsprechend den Grundsätzen ordnungsgemäßer Pflegebuchführung, zur personellen und sachlichen Ausstattung des Pflegeheims einschließlich der Kosten sowie zur tatsächlichen oder geplanten Stellenbesetzung und Eingruppierung. Dabei sind insbesondere die in der Pflegesatzverhandlung geltend gemachten, voraussichtlichen Personalkosten einschließlich entsprechender</p>

⁷² Vgl. dazu C. I. 1. und II.

<p>Vergleich zum bisherigen Pflegesatzzeitraum vorzuweisen. Personenbezogene Daten sind zu anonymisieren.</p> <p>...</p>	<p>geplanter Erhöhungen im Vergleich zum bisherigen Pflegesatzzeitraum vorzuweisen darzulegen. Personenbezogene Daten sind zu anonymisieren.⁷³</p>
<p>§ 89 Grundsätze für die Vergütungsregelung</p> <p>(1) Die Vergütung der ambulanten Leistungen der häuslichen Pflegehilfe wird, soweit nicht die Gebührenordnung nach § 90 Anwendung findet, zwischen dem Träger des Pflegedienstes und den Leistungsträgern nach Absatz 2 für alle Pflegebedürftigen nach einheitlichen Grundsätzen vereinbart. Sie muß leistungsgerecht sein. Die Vergütung muss einem Pflegedienst bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen, seine Aufwendungen zu finanzieren und seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen unter Berücksichtigung einer angemessenen Vergütung ihres Unternehmerrisikos. Die Bezahlung von Gehältern bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen kann dabei nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden. Für eine darüber hinausgehende Bezahlung bedarf es eines sachlichen Grundes. Eine Differenzierung in der Vergütung nach Kostenträgern ist unzulässig.</p> <p>(3) Die Vergütungen können, je nach Art und Umfang der Pflegeleistung, nach dem dafür erforderlichen Zeitaufwand oder</p>	<p>§ 89 Grundsätze für die Vergütungsregelung</p> <p>(1) Die Vergütung der ambulanten Leistungen der häuslichen Pflegehilfe wird, soweit nicht die Gebührenordnung nach § 90 Anwendung findet, zwischen dem Träger des Pflegedienstes und den Leistungsträgern nach Absatz 2 für alle Pflegebedürftigen nach einheitlichen Grundsätzen vereinbart. Sie muß leistungsgerecht sein. Die Vergütung muss einem Pflegedienst bei wirtschaftlicher Betriebsführung unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns für den Pflegedienst sowie einer angemessenen Vergütung seines Unternehmerrisikos, die auch den Aspekt der Auslastung mit einbezieht,⁷⁴ ermöglichen, seine Aufwendungen zu finanzieren und seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen. Die Bezahlung von Gehältern bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen kann dabei nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden. Für eine darüber hinausgehende Bezahlung bedarf es eines sachlichen Grundes. Eine Erhöhung der Vergütung darf nicht deshalb versagt werden, weil eine kalkulierte Steigerung der</p>

⁷³ Vgl. dazu B. III.

⁷⁴ Vgl. dazu D. II. 2.

unabhängig vom Zeitaufwand nach dem Leistungsinhalt des jeweiligen Pflegeeinsatzes, nach Komplexleistungen oder in Ausnahmefällen auch nach Einzelleistungen bemessen werden; sonstige Leistungen wie hauswirtschaftliche Versorgung, Behördengänge oder Fahrkosten können auch mit Pauschalen vergütet werden. Die Vergütungen haben zu berücksichtigen, dass Leistungen von mehreren Pflegebedürftigen gemeinsam abgerufen und in Anspruch genommen werden können; die sich aus einer gemeinsamen Leistungsanspruchnahme ergebenden Zeit- und Kostenersparnisse kommen den Pflegebedürftigen zugute. Bei der Vereinbarung der Vergütung sind die Grundsätze für die Vergütung von längeren Wegezeiten, insbesondere in ländlichen Räumen, die in den Rahmenempfehlungen nach § 132a Absatz 1 Satz 4 Nummer 5 des Fünften Buches vorzusehen sind, zu berücksichtigen. § 84 Absatz 4 Satz 2 und Absatz 7, § 85 Absatz 3 bis 7 und § 86 gelten entsprechend.

...

Entlohnung der Mitarbeiter noch nicht vollzogen wurde (Grundsatz der Prospektivität der Verhandlung).⁷⁵ Eine Differenzierung in der Vergütung nach Kostenträgern ist unzulässig.

(2a) Zusammen mit den Verträgen nach Absatz 1 sind die Vereinbarungen nach § 132a Absatz 4 SGB V gemäß den Vorgaben des § 132a Absatz 5 SGB V abzuschließen.⁷⁶

(3) Die Vergütungen können, je nach Art und Umfang der Pflegeleistung, nach dem dafür erforderlichen Zeitaufwand oder unabhängig vom Zeitaufwand nach dem Leistungsinhalt des jeweiligen Pflegeeinsatzes, nach Komplexleistungen oder in Ausnahmefällen auch nach Einzelleistungen bemessen werden; sonstige Leistungen wie hauswirtschaftliche Versorgung, Behördengänge oder Fahrkosten können auch mit Pauschalen vergütet werden. Die Vergütungen haben zu berücksichtigen, dass Leistungen von mehreren Pflegebedürftigen gemeinsam abgerufen und in Anspruch genommen werden können sowie, dass regelmäßig Leistungen der häuslichen Krankenpflege und Leistungen nach diesem Sozialgesetzbuch XI gemeinsam im Rahmen eines Hausbesuchs erbracht werden;⁷⁷ die sich aus einer gemeinsamen Leistungsanspruchnahme ergebenden Zeit- und Kostenersparnisse kommen den Pflegebedürftigen zugute. Bei der Vereinbarung der Vergütung sind die Grundsätze für die Vergütung von längeren Wegezeiten, insbesondere in ländlichen Räumen, die in den

⁷⁵ Vgl. dazu B. I. 2. und III.

⁷⁶ Vgl. dazu A. II.

⁷⁷ Vgl. dazu A. II. 3.

	<p>Rahmenempfehlungen nach § 132a Absatz 1 Satz 4 Nummer 5 des Fünften Buches vorzusehen sind, zu berücksichtigen. § 84 Absatz 4 Satz 2 und Absatz 7, § 85 Absatz 3 bis 7 und § 86 gelten entsprechend....</p>
<p>§ 115 Ergebnisse von Qualitätsprüfungen, Qualitätsdarstellung, Vergütungskürzung</p> <p>...</p> <p>(3) Hält die Pflegeeinrichtung ihre gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtungen, insbesondere ihre Verpflichtungen zu einer qualitätsgerechten Leistungserbringung aus dem Versorgungsvertrag (§ 72) ganz oder teilweise nicht ein, sind die nach dem Achten Kapitel vereinbarten Pflegevergütungen für die Dauer der Pflichtverletzung entsprechend zu kürzen. Über die Höhe des Kürzungsbetrags ist zwischen den Vertragsparteien nach § 85 Absatz 2 Einvernehmen anzustreben. Kommt eine Einigung nicht zustande, entscheidet auf Antrag einer Vertragspartei die Schiedsstelle nach § 76 in der Besetzung des Vorsitzenden und der beiden weiteren unparteiischen Mitglieder. Gegen die Entscheidung nach Satz 3 ist der Rechtsweg zu den Sozialgerichten gegeben; ein Vorverfahren findet nicht statt, die Klage hat aufschiebende Wirkung. Der vereinbarte oder festgesetzte Kürzungsbetrag ist von der Pflegeeinrichtung bis zur Höhe ihres Eigenanteils an die betroffenen Pflegebedürftigen und im Weiteren an die Pflegekassen zurückzuzahlen; soweit die Pflegevergütung als nachrangige Sachleistung von einem anderen Leistungsträger</p>	<p>§ 115 Ergebnisse von Qualitätsprüfungen, Qualitätsdarstellung, Vergütungskürzung</p> <p>...</p> <p>(3) Hält die Pflegeeinrichtung ihre gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtungen, insbesondere ihre Verpflichtungen zu einer qualitätsgerechten Leistungserbringung aus dem Versorgungsvertrag (§ 72) ganz oder teilweise nicht ein, sind die nach dem Achten Kapitel vereinbarten Pflegevergütungen für die Dauer der Pflichtverletzung entsprechend zu kürzen. Über die Höhe des Kürzungsbetrags ist zwischen den Vertragsparteien nach § 85 Absatz 2 Einvernehmen anzustreben. Kommt eine Einigung nicht zustande, entscheidet auf Antrag einer Vertragspartei die Schiedsstelle nach § 76 in der Besetzung des Vorsitzenden und der beiden weiteren unparteiischen Mitglieder. Gegen die Entscheidung nach Satz 3 ist der Rechtsweg zu den Sozialgerichten gegeben; ein Vorverfahren findet nicht statt, die Klage hat aufschiebende Wirkung. Der vereinbarte oder festgesetzte Kürzungsbetrag ist wie folgt zu verteilen:</p> <p>a) Betreibt ein Sozialhilfeträger nach § 85 Absatz 2 das Kürzungsverfahren, so ist der festgesetzte Kürzungsbetrag von der Pflegeeinrichtung bis zur Höhe ihres Eigenanteils an</p>

übernommen wurde, ist der Kürzungsbetrag an diesen zurückzuzahlen. Der Kürzungsbetrag kann nicht über die Vergütungen oder Entgelte nach dem Achten Kapitel refinanziert werden. Schadensersatzansprüche der betroffenen Pflegebedürftigen nach anderen Vorschriften bleiben unberührt; § 66 des Fünften Buches gilt entsprechend.

(3a) Eine Verletzung der Verpflichtungen zu einer qualitätsgerechten Leistungserbringung im Sinne des Absatzes 3 Satz 1 wird unwiderlegbar vermutet

1. bei einem planmäßigen und zielgerichteten Verstoß des Trägers der Einrichtung gegen seine Verpflichtung zur Einhaltung der nach § 84 Absatz 5 Satz 2 Nummer 2 vereinbarten Personalausstattung oder

2. bei nicht nur vorübergehenden Unterschreitungen der nach § 84 Absatz 5 Satz 2 Nummer 2 vereinbarten Personalausstattung.

Entsprechendes gilt bei Nichtbezahlung der nach § 84 Absatz 2 Satz 5 beziehungsweise nach § 89 Absatz 1 Satz 4 zu Grunde gelegten Gehälter. Abweichend von Absatz 3 Satz 2 und 3 ist das Einvernehmen über den Kürzungsbetrag unverzüglich herbeizuführen und die Schiedsstelle hat in der Regel binnen drei Monaten zu entscheiden. Bei Verstößen im Sinne von Satz 1 Nummer 1 können die Landesverbände der Pflegekassen gemeinsam den Versorgungsvertrag gemäß § 74 Absatz 1, in schwerwiegenden

die betroffenen Pflegebedürftigen und im Weiteren an die Pflegekassen zurückzuzahlen; soweit die Pflegevergütung als nachrangige Sachleistung von einem anderen Leistungsträger übernommen wurde, ist der Kürzungsbetrag an diesen zurückzuzahlen.

b) Betreibt eine oder betreiben mehrere Pflegekassen das Kürzungsverfahren, so steht ihnen als pauschale Aufwandsentschädigung ein Anteil von insgesamt 20 von 100 des vereinnahmten Kürzungsbetrages zu. Die verbleibenden 80 von 100 sind von der Pflegeeinrichtung bis zur Höhe ihres Eigenanteils an die betroffenen Pflegebedürftigen ~~und im Weiteren an die Pflegekassen~~ zurückzuzahlen; soweit die Pflegevergütung als nachrangige Sachleistung von einem anderen Leistungsträger übernommen wurde, ist der Kürzungsbetrag an diesen zurückzuzahlen.⁷⁸

Der Kürzungsbetrag kann nicht über die Vergütungen oder Entgelte nach dem Achten Kapitel refinanziert werden. Schadensersatzansprüche der betroffenen Pflegebedürftigen nach anderen Vorschriften bleiben unberührt; § 66 des Fünften Buches gilt entsprechend.

(3a) Eine Verletzung der Verpflichtungen zu einer qualitätsgerechten Leistungserbringung im Sinne des Absatzes 3 Satz 1 wird unwiderlegbar vermutet

⁷⁸ Vgl. dazu C. I. 2. und II.

<p>Fällen nach § 74 Absatz 2, kündigen; § 73 Absatz 2 gilt entsprechend.</p> <p>...</p>	<p>1. bei einem planmäßigen und zielgerichteten Verstoß des Trägers der Einrichtung gegen seine Verpflichtung zur Einhaltung der nach § 84 Absatz 5 Satz 2 Nummer 2 vereinbarten Personalausstattung oder</p> <p>2. bei nicht nur vorübergehenden Unterschreitungen der nach § 84 Absatz 5 Satz 2 Nummer 2 vereinbarten Personalausstattung, wobei Mitarbeiter, die Leistungen der Grund- und Behandlungspflege erbringen, nur dann mit einbezogen werden, wenn sie bei der zugelassenen Pflegeeinrichtung oder einem im Sinne des § 15 AktG verbundenen Unternehmen sozialversicherungspflichtig beschäftigt sind⁷⁹.</p> <p>Entsprechendes gilt bei Nichtbezahlung der nach § 84 Absatz 2 Satz 5 beziehungsweise nach § 89 Absatz 1 Satz 4 zu Grunde gelegten Gehälter. Abweichend von Absatz 3 Satz 2 und 3 ist das Einvernehmen über den Kürzungsbetrag unverzüglich herbeizuführen und die Schiedsstelle hat in der Regel binnen drei Monaten zu entscheiden. Bei Verstößen im Sinne von Satz 1 Nummer 1 können die Landesverbände der Pflegekassen gemeinsam den Versorgungsvertrag gemäß § 74 Absatz 1, in schwerwiegenden Fällen nach § 74 Absatz 2, kündigen; § 73 Absatz 2 gilt entsprechend.</p>
<p>§ 121 Bußgeldvorschrift</p> <p>(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig</p>	<p>§ 121 Bußgeldvorschrift</p> <p>(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig</p>

⁷⁹ Vgl. dazu D. III. 3.

<p>....</p>	<p>....</p> <p>8. in einer zugelassenen Pflegeeinrichtung im Sinne des § 72 Absatz 1 Satz 1 Leistungen der Grund- oder Behandlungspflege⁸⁰ durch nicht bei der jeweiligen zugelassenen Pflegeeinrichtung oder einem mit ihr verbundenen Unternehmen im Sinne des § 15 AktG sozialversicherungspflichtig beschäftigte Mitarbeiter oder den Inhaber oder Geschäftsführer erbringen lässt.⁸¹</p>
-------------	---

SGB V – Recht der sozialen Krankenversicherung

<p>§ 132a SGB V Versorgung mit häuslicher Krankenpflege</p> <p>...</p> <p>(4) Über die Einzelheiten der Versorgung mit häuslicher Krankenpflege, über die Preise und deren Abrechnung und die Verpflichtung der Leistungserbringer zur Fortbildung schließen die Krankenkassen Verträge mit den Leistungserbringern. Wird die Fortbildung nicht nachgewiesen, sind Vergütungsabschläge vorzusehen. Dem Leistungserbringer ist eine Frist zu setzen, innerhalb derer er die Fortbildung nachholen kann. Erbringt der Leistungserbringer in diesem Zeitraum die Fortbildung nicht, ist der Vertrag zu kündigen. Die Krankenkassen haben darauf zu achten,</p>	<p>§ 132a SGB V Versorgung mit häuslicher Krankenpflege</p> <p>...</p> <p>(4) Über die Einzelheiten der Versorgung mit häuslicher Krankenpflege, über die Preise und deren Abrechnung und die Verpflichtung der Leistungserbringer zur Fortbildung schließen die Krankenkassen Verträge mit den Leistungserbringern. Wird die Fortbildung nicht nachgewiesen, sind Vergütungsabschläge vorzusehen. Dem Leistungserbringer ist eine Frist zu setzen, innerhalb derer er die Fortbildung nachholen kann. Erbringt der Leistungserbringer in diesem Zeitraum die Fortbildung nicht, ist der Vertrag zu kündigen. Die Krankenkassen haben darauf zu achten,</p>
--	--

⁸⁰ Leistungen der Hauswirtschaft müssen hier ausgeklammert werden, da häufig zum Beispiel für Reinigungsleistungen ein Putzunternehmen beauftragt wird.

⁸¹ Vgl. dazu D. III. 3.

dass die Leistungen wirtschaftlich und preisgünstig erbracht werden. Verträge dürfen nur mit Leistungserbringern abgeschlossen werden, die die Gewähr für eine leistungsgerechte und wirtschaftliche Versorgung bieten. Die Bezahlung von Gehältern bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen kann dabei nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden; insoweit gilt § 71 nicht. Der Leistungserbringer ist verpflichtet, die entsprechende Bezahlung der Beschäftigten nach Satz 6 jederzeit einzuhalten und sie auf Verlangen einer Vertragspartei nachzuweisen. Im Fall der Nichteinigung wird der Vertragsinhalt durch eine von den Vertragspartnern zu bestimmende unabhängige Schiedsperson innerhalb von drei Monaten festgelegt. Einigen sich die Vertragspartner nicht auf eine Schiedsperson, so wird diese von der für die vertragschließende Krankenkasse zuständigen Aufsichtsbehörde innerhalb eines Monats nach Vorliegen der für die Bestimmung der Schiedsperson notwendigen Informationen bestimmt. Die Kosten des Schiedsverfahrens tragen die Vertragspartner zu gleichen Teilen. Bei der Auswahl der Leistungserbringer ist ihrer Vielfalt, insbesondere der Bedeutung der freien Wohlfahrtspflege, Rechnung zu tragen. Die Leistungserbringer sind verpflichtet, an Qualitäts- und Abrechnungsprüfungen nach § 275b teilzunehmen; § 114 Absatz 2 des Elften Buches bleibt unberührt. Der Leistungserbringer hat der Krankenkasse anzuzeigen, dass er behandlungspflegerische Leistungen im Sinne des Absatzes

dass die Leistungen wirtschaftlich und preisgünstig erbracht werden. Verträge dürfen nur mit Leistungserbringern abgeschlossen werden, die die Gewähr für eine leistungsgerechte und wirtschaftliche Versorgung bieten **sowie sicherstellen, dass Leistungen der Behandlungspflege ausschließlich durch bei dem jeweiligen zugelassenen Leistungserbringer oder einem im Sinne des § 15 AktG verbundenen Unternehmen sozialversicherungspflichtig beschäftigte Mitarbeiter oder durch den Geschäftsführer oder Inhaber selbst erbracht werden. Leistungen, die nicht durch bei dem jeweiligen zugelassenen Leistungserbringer oder einem im Sinne des § 15 AktG verbundenen Unternehmen sozialversicherungspflichtig beschäftigte Mitarbeiter oder durch den Geschäftsführer oder Inhaber erbracht werden, gelten gegenüber der Krankenkasse als nicht erbracht und dürfen nicht abgerechnet werden.**⁸² Die Bezahlung von Gehältern bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen kann dabei nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden; insoweit gilt § 71 nicht. **Eine Erhöhung der Vergütung darf nicht deshalb versagt werden, weil eine kalkulierte Steigerung der Entlohnung der Mitarbeiter noch nicht vollzogen wurde (Grundsatz der Prospektivität der Verhandlung).**⁸³ Der Leistungserbringer ist verpflichtet, die entsprechende Bezahlung der Beschäftigten nach Satz 6 jederzeit einzuhalten und sie auf Verlangen einer Vertragspartei nachzuweisen. **Im Rahmen der Vergütung muss ein angemessener Gewinn für den Leistungserbringer sowie eine**

⁸² Vgl. dazu D. III. 3.

⁸³ Vgl. dazu B. I. 2., II. und III.

1 Satz 5 erbringt, wenn er diese Leistungen für mindestens zwei Versicherte in einer durch den Leistungserbringer oder einen Dritten organisierten Wohneinheit erbringt. Abweichend von Satz 1 kann die Krankenkasse zur Gewährung von häuslicher Krankenpflege geeignete Personen anstellen.

...

~~angemessene Vergütung seines Unternehmerrisikos, die auch den Aspekt der Auslastung mit einbezieht, berücksichtigt sein.⁸⁴ Im Fall der Nichteinigung wird der Vertragsinhalt durch eine von den Vertragspartnern zu bestimmende unabhängige Schiedsperson innerhalb von drei Monaten festgelegt. Einigen sich die Vertragspartner nicht auf eine Schiedsperson, so wird diese von der für die vortragschließende Krankenkasse zuständigen Aufsichtsbehörde innerhalb eines Monats nach Vorliegen der für die Bestimmung der Schiedsperson notwendigen Informationen bestimmt. Die Kosten des Schiedsverfahrens tragen die Vertragspartner zu gleichen Teilen.⁸⁵ Bei der Auswahl der Leistungserbringer ist ihrer Vielfalt, insbesondere der Bedeutung der freien Wohlfahrtspflege, Rechnung zu tragen. Die Leistungserbringer sind verpflichtet, an Qualitäts- und Abrechnungsprüfungen nach § 275b teilzunehmen; § 114 Absatz 2 des Elften Buches bleibt unberührt. Der Leistungserbringer hat der Krankenkasse anzuzeigen, dass er behandlungspflegerische Leistungen im Sinne des Absatzes 1 Satz 5 erbringt, wenn er diese Leistungen für mindestens zwei Versicherte in einer durch den Leistungserbringer oder einen Dritten organisierten Wohneinheit erbringt. Abweichend von Satz 1 kann die Krankenkasse zur Gewährung von häuslicher Krankenpflege geeignete Personen anstellen.~~

(5) Die Verträge nach Absatz 4 Satz 1 sind zusammen mit den Verträgen nach § 89 Absatz 1 Satz 1 SGB XI zu verhandeln und

⁸⁴ Vgl. dazu D. II.

⁸⁵ Vgl. dazu A. II.

	<p>abzuschließen. Über die Leistungen nach SGB V sowie nach SGB XI ist je eine gesonderte Vereinbarung abzuschließen. Das Verfahren zur Verhandlung und zum Abschluss beider Vereinbarungen richtet sich nach § 89 SGB XI. Im Falle der Nichteinigung wird der Vertragsinhalt der Verträge nach Absatz 4 Satz 1 durch die Schiedsstelle nach § 76 SGB XI festgelegt. Den Parteien steht es frei, die Schiedsstelle gleichzeitig zu dem Vertragsinhalt nach § 89 SGB XI anzurufen.⁸⁶</p>
<p>§ 307 Bußgeldvorschriften</p> <p>(2) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig</p> <p>....</p>	<p>§ 307 Bußgeldvorschriften</p> <p>(2) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig</p> <p>....</p> <p>4. als Leistungserbringer im Sinne des § 132a Absatz 4 SGB V Leistungen durch nicht bei dem jeweiligen Leistungserbringer oder einem mit ihm verbundenen Unternehmen im Sinne des § 15 AktG sozialversicherungspflichtig beschäftigte Mitarbeiter oder den Inhaber oder Geschäftsführer erbringen lässt.⁸⁷</p>

⁸⁶ Vgl. dazu A. II.
⁸⁷ Vgl. dazu D. III.