

Die Vergütung von Einrichtungen und Diensten nach SGB XI und BSHG im Kontext der Verrechtlichung sozialer Dienstleistungen

Tagungsbericht

Andreas Hänlein¹

A Freiburger Fachtagung über Vergütungsvereinbarungen nach SGB XI und BSHG

Das Recht der sozialen Pflegeversicherung und das Sozialhilferecht verheißen pflegebedürftigen Personen Ansprüche auf häusliche oder stationäre Pflege. Schuldner dieser auf Dienstleistungen gerichteten Ansprüche sind die Pflegekassen bzw. die zuständigen Sozialhilfeträger. Zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber den Pflegebedürftigen schalten sie Pflegedienste oder stationäre Pflegeeinrichtungen ein. Die pflegende Sorge erfolgt auf der Grundlage von Verträgen, die die Dienste und Einrichtungen mit den zuständigen Trägern schließen. Pflegerische Betreuung ist nicht umsonst zu haben, ob sie nun gewerblich oder frei gemeinnützig erbracht wird. Gegenstand der erwähnten Verträge sind deshalb auch Vergütungen, Preise für pflegerische Leistungen. Diese Vergütungsvereinbarungen waren das zentrale Thema einer Fachtagung, die das Institut für Sozialversicherungsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Prof. Ursula Köbl) und der Deutsche Caritasverband am 15. März 2001 in Freiburg ausgerichtet haben.²

Mit den Vertragsbeziehungen des Pflegesektors haben sich die Veranstalter eines Themas angenommen, das der Praxis unter den Nägeln brennt.³ Dies zeigt der erstaunliche Zuspruch, auf den die Gelegenheit zum Austausch stieß, die auch eine Chance war, nicht nur aktuelle Entwicklungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Gesetzgebung, sondern auch neueste Forschungsergebnisse aus dem Institut für Sozialversicherungsrecht zur Kenntnis zu nehmen. Im Übrigen wurden mit dieser Tagung frühere Freiburger Forschungsbemühungen um die Kollektivverträge des Sozialversicherungsrechts zugleich weitergeführt und ausgeweitet.⁴

Im „Haus zur lieben Hand“ der Universität wurden die Teilnehmer vom Prorektor der Universität Freiburg, Prof. Stefan Pollak, sowie vom Justiziar des Deutschen Caritasverbandes e.V., Reiner Sans, begrüßt. Das Programm der Tagung, die von Frau Prof. Ursula Köbl geleitet wurde, setzte ein mit einem Referat von Frank Brünner, Deutscher Caritasverband e.V., vormals Mitarbeiter am Institut für Sozialversicherungsrecht. Mit seinem Vortrag zum Thema „Vergütungsvereinbarungen in SGB XI und BSHG – Normsetzungscharakter und Bestimmtheitsgebot“ präsentierte er Ergebnisse seines Dissertationsprojekts. Es folgten zwei Vorträge über die materiellrechtlichen Vorgaben für Vergütungsvereinbarungen. Dabei referierte Prof. Volker Neumann, Universität Rostock, über die Vergütungsvereinbarungen nach dem SGB XI, und Walter Schellhorn, langjähriger Geschäftsführer des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, heute Vorsitzender einer Schiedsstelle, über die Vergütungsvereinbarungen nach dem BSHG. Weitere Vorträge thematisierten die Vertrags- und Kalkulationsgrundlagen der Vereinbarungen über Pflegevergütungen aus Sicht der Parteien derartiger Verträge. Für die Leistungsträger sprach Dr. Gerhard Vignier vom Landeswohlfahrtsverband Baden, einem überörtlichen Sozialhilfeträger, für die Leistungserbringerseite Dr. Thomas Bröcheler von der Gesellschaft für Pflegesatzverhandlungen, Münster.⁵ Im Rahmen einer Podiumsdiskussion hatten Repräsentanten weiterer Akteure im Pflegegeschehen Gelegenheit zu kurzen Statements. Dr. Rudolf Vollmer, Bundesministerium für Gesundheit, sprach über die Hintergründe des gegenwärtig im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Pflege-Qualitätssicherungsgesetzes.⁶ Als Repräsentanten der zuständigen Bundesgerichte kamen Dr. Ralf Rothkegel, Bundesverwaltungsgericht, und Dr. Peter Udsching, Bundessozialgericht, zu Wort. Schließlich äußerte sich Prof. Meinhard Heinze, Universität Bonn, aufgrund sei-

1 Privatdozent Dr. Andreas Hänlein, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, Amalienstraße 33, 80799 München.
2 Der Tagungsband soll im 2. Halbjahr 2001 erscheinen: Köbl/Brünner (Hrsg.), Die Vergütung von Einrichtungen und Diensten nach SGB XI und BSHG, Baden-Baden.
3 Vgl. auch die Presseerklärung des Deutschen Caritasverbandes vom 13.3.2001: „Häusliche Pflege vor dem Kollaps – Träger der ambulanten Pflege beklagen Selbstherrlichkeit der Krankenkassen“.
4 Im Jahr 1999 hatte das Institut für Arbeitsrecht einschlägige Forschungsergebnisse bei einer Tagung präsentiert; vgl. die Arbeiten von Flüchter, Kollektivverträge und Konfliktlösung im SGB V, Baden-Baden, 2000, und von D. Neumann, Kartellrechtliche Sanktionierung von Wettbewerbsbeschränkungen im Gesundheitswesen, Baden-Baden, 2000, sowie den Tagungsband: Löwisch (Hrsg.), Wettbewerb, Kollektivverträge und Konfliktlösung in der Reform des Gesundheitswesens, Baden-Baden, 1999; vgl. auch den Tagungsbericht von Hänlein, SGB 1999, S. 487 ff.
5 Diese Gesellschaft führt für ihre Mitglieder, 150 dem Caritasverband angehörende Träger von Pflegeeinrichtungen in Nordrhein-Westfalen, die Pflegevergütungsverhandlungen mit den Leistungsträgern.
6 Vgl. den Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Qualitätssicherung und zur Stärkung des Verbraucherschutzes in der Pflege (Pflege-Qualitätssicherungsgesetz – PQsG)“ vom 23.2.2001, BT-Drucks. 14/5395.

ner Schiedsstellenerfahrung im Krankenhausesektor zur Vergütungsproblematik.

Im Folgenden soll über den Ertrag der Tagung in systematischer Form zusammenfassend berichtet werden.

B Die rechtliche Konstruktion der Vergütungsvereinbarungen im Pflegesektor

1 Vergütungsvereinbarungen nach dem SGB XI

Die Grundlagen der Beziehungen der Pflegekassen zu den Leistungserbringern des Pflegesektors, insbesondere zu ambulanten Pflegediensten und Pflegeheimen, sind im siebten Kapitel des SGB XI geregelt. Dort finden sich insbesondere Regelungen über die Zulassung von Einrichtungen zur pflegerischen Versorgung.⁷ Der Pflegevergütung ist das achte Kapitel des Gesetzes gewidmet. Hierin erhalten zugelassene Pflegeheime und Pflegedienste für die allgemeinen Pflegeleistungen eine Pflegevergütung, die sich bei stationärer Pflege auch auf die medizinische Behandlungspflege und die soziale Betreuung bezieht.⁸ Die Pflegevergütung wird zwischen dem Träger des Pflegeheims bzw. des Pflegedienstes und den Leistungsträgern, insbesondere den Pflegekassen, in einem besonderen Pflegesatzverfahren vereinbart.⁹ Kommt es nicht zügig zu einer Pflegesatzvereinbarung, werden die Pflegesätze von einer paritätisch besetzten Schiedsstelle unter neutralem Vorsitz¹⁰ unverzüglich festgesetzt. Nach demselben Verfahren werden überdies die im Grundsatz von den Heimbewohnern selbst zu finanzierenden Entgelte für Unterkunft und Verpflegung vereinbart.¹¹ Festzuhalten ist, dass es sich bei den Pflegesatzvereinbarungen nicht etwa um Vereinbarungen auf Verbandsebene handelt, dass sie vielmehr regelmäßig einrichtungsindividuell abgeschlossen werden (*Brünner*).

2 Vergütungsvereinbarungen nach dem BSHG

Auch im Bundessozialhilfegesetz hat sich in den letzten Jahren ein ausdifferenziertes Vertragssystem für die Leistungserbringung entwickelt.¹² Die Strukturen dieses Vertragsrechts ähneln teils denjenigen der sozialen Pflegeversicherung, teils sind jedoch auch erhebliche Unterschiede auszumachen (*Schellhorn*). Die Grundlage der Beziehun-

gen zwischen einer Einrichtung und dem Sozialhilfeträger sind so genannten Leistungsvereinbarungen,¹³ die Inhalt, Umfang und Qualität der Leistungen regeln sollen und zugleich die Funktion der Zulassung einer Einrichtung zum sozialhilferechtlichen Versorgungsgeschehen erfüllen. Vorgesehen sind zum anderen auch hier Vergütungsvereinbarungen zwischen den Einrichtungen und dem Träger der Sozialhilfe, die Pauschalen für Unterkunft und Verpflegung, sog. Grundpauschalen, sowie Pauschalen für die durchgeführten Maßnahmen und schließlich einen Investitionsbetrag auszuweisen haben.¹⁴ Die Vergütungen werden ebenfalls meist einrichtungsindividuell mit dem Sozialhilfeträger vereinbart. Beim etwaigen Scheitern einer Vereinbarung entscheidet auch hier eine paritätisch besetzte Schiedsstelle unter unparteiischem Vorsitz.¹⁵

3 Zusammenspiel der Vergütungsvereinbarungen nach SGB XI und BSHG

Soweit es sich bei den auf der Grundlage der erwähnten Verträge erbrachten Maßnahmen der Sozialhilfe um Hilfe zur Pflege handelt, ist das Vertragssystem des BSHG mit dem Vertragssystem des SGB XI verzahnt (*Brünner, Schellhorn*): In der sozialen Pflegeversicherung werden Pflegesachleistungen nur bis zur Höhe gesetzlich festgelegter Obergrenzen von der Pflegekasse getragen.¹⁶ Vor allem im Bereich der Pflegestufe III kann der Pflegesatz über diesen Grenzen liegen, sodass ein vom Pflegebedürftigen selbst zu tragender Teilbetrag verbleibt, der zu dem ohnehin von ihm aufzubringenden Entgelt für Unterkunft und Verpflegung hinzukommt. Erweist sich nun, dass der Pflegebedürftige nicht in der Lage ist, den Differenzbetrag sowie das Entgelt für Unterkunft und Verpflegung selbst aufzubringen, hat hierfür der Sozialhilfeträger aufzukommen. Diesbezüglich ist er einerseits an die Verhandlungsergebnisse aus dem Pflegeversicherungssektor grundsätzlich gebunden,¹⁷ wobei andererseits auch er aus eben diesem Grunde in das pflegeversicherungsrechtliche Verhandlungsgeschehen einbezogen ist.¹⁸ Das sozialhilferechtliche Vereinbarungssystem kommt in derartigen Fällen lediglich dort zum Zuge, wo es an Vereinbarungen des Pflegeversicherungsrechts fehlt, nämlich etwa hinsichtlich der Kosten für Pflegebedürftige unterhalb der Pflegestufe I (sog. Pflegestufe 0) sowie insbesondere hinsichtlich der etwa umzulegenden Investitionskosten (*Schellhorn*).

Soweit Sozialhilfeträger anderweitig Dienstleistungen zu erbringen haben, etwa Eingliederungshilfe für Behinderte,¹⁹ richten sich die Beziehungen zu den Einrichtungsträgern und damit auch die Vergütungsvereinbarungen hingegen allein nach den Vorschriften des BSHG (*Schellhorn, Vigener*).

4 Verzahnung der Vergütungsvereinbarungen mit den Pflege- und Heimverträgen der Pflegebedürftigen

Die Vergütungsvereinbarungen der Pflegeversicherung sind so konstruiert, dass sie auch nachhaltige Auswirkungen auf die Verträge haben, die die Pflegebedürftigen

7 §§ 71 ff. SGB XI.

8 § 82 Abs. 1 S. 1 und 2 SGB XI.

9 §§ 85, 89 SGB XI.

10 § 76 SGB XI.

11 § 87 SGB XI.

12 Den letzten Entwicklungsschub bewirkte das „Gesetz zur Reform des Sozialhilferechts“ vom 23.7.1996, BGBl. I 1996, S. 1088, dessen hier einschlägige Vorschriften (Art. 1 Nr. 29 lit b und c und Art. 30) zum 1.1.1999 in Kraft getreten sind.

13 § 93 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BSHG.

14 §§ 93 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 93 a Abs. 2 BSHG.

15 § 94 BSHG.

16 §§ 36, 43 SGB XI.

17 § 93 Abs. 7 BSHG.

18 §§ 85 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 89 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB XI.

19 §§ 39 ff. BSHG.

gen mit Pflegediensten oder Pflegeheimen schließen. Im Hinblick auf die erwähnte Differenz zwischen dem maximalen Wert der Pflegesachleistung und dem Pflegesatz sowie im Hinblick auf das Entgelt für Unterkunft und Verpflegung ist von Bedeutung, dass die im Verhältnis zwischen der Einrichtung und der Pflegekasse ausgehandelten Beträge auch für das vom Pflegebedürftigen zu tragende Entgelt maßgeblich sind.²⁰ Insoweit besteht also kein individueller Verhandlungsspielraum. Auf solche Auswirkungen der Vergütungsvereinbarungen zwischen Pflegeeinrichtungen und Pflegekassen bzw. Sozialhilfeträger hinzuweisen, war ein besonderes Anliegen von *Brünner*. Wegen dieser Auswirkung der trägerindividuellen Vereinbarungen auf die Vielzahl von Verträgen, die der Träger der Einrichtung mit Heimbewohnern oder ambulant Pflegebedürftigen abschließt, ordnete er die Vergütungsvereinbarungen als Normsetzungsverträge ein. Überdies trug er erhebliche Zweifel an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit dieses Eingriffs in die Vertragsfreiheit vor, die sich seiner Auffassung nach nur durch die Einführung eines Genehmigungserfordernisses für die Vergütungsvereinbarungen nach dem Vorbild des Krankenhausfinanzierungsrechts ausräumen ließen. Die Kriterien für die Erteilung einer solchen staatlichen Genehmigung müssten hinreichend bestimmt gesetzlich geregelt werden.

C Materielle rechtliche Vorgaben für Vergütungsvereinbarungen

1 Pflegevergütung als prospektiv vereinbarte Pauschale

Sowohl nach dem SGB XI als auch nach dem BSHG handelt es sich bei den zu vereinbarenden Vergütungen um prospektiv vereinbarte Pauschalpreise für die jeweils gegenüber den Hilfeempfängern erbrachten Leistungen (*Neumann, Schellhorn*).²¹ Hinsichtlich der Höhe der vereinbarten Preise sind die Parteien nicht frei, wie es sich verhielte, wenn sie sich als Anbieter und Nachfrager auf einem echten Markt gegenüberständen. Vielmehr beschränken die Gesetze die Preisvereinbarungsfreiheit der Partner durch nähere Vorgaben, und zwar durch die Vorgaben der Leistungsgerechtigkeit und der Wirtschaftlichkeit.²² Ungeachtet dessen ist Ausgangspunkt der Preisverhandlungen die Kalkulation der Einrichtungen. Sie ist es eben, die der Kontrolle anhand der genannten Kriterien unterzogen wird.

2 Die Leistungsgerechtigkeit der Pflegesätze und anderer vereinbarter Vergütungen

Die Bewertung einer geforderten Vergütung setzt Wissen darum voraus, welche Eigenschaften die zu vergütende Leistung im Einzelnen aufweist. Bezugspunkt einer Gegenleistung ist stets eine Leistung. Es müssen deshalb die Art und Intensität der Pflegeleistungen bekannt sein, welche in einer Einrichtung zu erbringen sind und gegebenenfalls erbracht werden. An dieser Stelle zeigt sich, dass eine Betrachtung des Vergütungsgeschehens nicht ohne einen Blick auf die sächliche und personelle Ausstattung der jeweiligen Einrichtung auskommt, auf Umstände also, die an sich Gegenstand der vorgelagerten Versorgungsverträge bzw. Leistungsvereinbarungen sind. Es bedarf ferner der Kenntnis um die jeweils von einem Dienst oder einer Einrichtung tatsächlich betreuten Pflegebedürftigen.

Die Vorgaben der einschlägigen gesetzlichen oder rahmenvertraglichen²³ Regelungen über den Inhalt der zu vergütenden Leistungen sind bislang nicht sehr ausgeprägt bzw. nicht sehr überzeugend. Das SGB XI gibt insoweit für die stationäre Versorgung vor, dass im Grundsatz von der Pflegestufe der versorgten Personen auszugehen sei. An hieran orientiert sind Pflegeklassen zu bilden, denen jeweils gewisse Pflegesätze zuzuweisen sind.²⁴ Lediglich in Ausnahmefällen soll die vergütungsrechtliche Einordnung eines Pflegebedürftigen von seinem Status i. S. des § 15 SGB XI abweichen können. Diese Verknüpfung der unterschiedlichen Pflegevergütungspauschalen mit den Pflegestufen hielt *Neumann* für nicht angemessen, und zwar vor allem deshalb nicht, weil sich die Pflegestufen in erster Linie am ambulanten Pflegebedarf ausrichten und deshalb das stationäre Leistungsgeschehen nicht angemessen beschreiben. Das BSG hat sich in seinem jüngsten Urteil²⁵ allerdings für eine großzügige Handhabung der erwähnten Ausnahmeklausel entschieden (*Udsching*).

Aus Sicht der Leistungsträger wird es für notwendig gehalten, das tatsächliche Leistungsgeschehen erheblich differenzierter zu erfassen, um auch die Vergütungen differenzierter abschichten zu können. Aus dem Landeswohlfahrtsverband Baden berichtete *Vigener* von Bemühungen, die Merkmale der jeweils bei den einzelnen Einrichtungen der Behindertenhilfe vorgehaltenen Infrastruktur zu ermitteln und hierfür landeseinheitliche Kriterien zu entwickeln sowie von einem hochdifferenzierten Leistungstypenkatalog, der 30 Typen von Betreuungsleistungen beschreibe. Hintergrund dieser Bemühungen ist die im BSHG enthaltene Vorgabe, dass die so genannten Leistungsvereinbarungen gem. § 93 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BSHG die wesentlichen Leistungsmerkmale festlegen müssen, mindestens die betriebsnotwendigen Anlagen der Einrichtung, den von ihr zu betreuenden Personenkreis, Art, Ziel und Qualität der Leistung, Qualifikation des Personals sowie die erforderliche sächliche und personelle Ausstattung.²⁶

Die Erfassung und Beschreibung der vorhandenen Infrastruktur und damit auch der vorgehaltenen und angebotenen Leistungen im Einzelnen scheint allerdings bei den Einrichtungen nicht stets auf große Gegenliebe zu stoßen (*Vigener, Vollmer*). Zur Abschichtung „angemessener“

20 §§ 84, 87, 89 SGB XI.

21 Vgl. auch BVerwGE 108, 47 (53 f.).

22 §§ 84 Abs. 2, 89 Abs. 1 SGB XI; § 93 Abs. 2 S. 2 BSHG; vgl. auch § 93a Abs. 2 S. 3 BSHG; zu § 93 Abs. 2 S. 2 a.F. auch BVerwGE 108, 47 (54).

23 Zur Vereinbarung übergeordneter Rahmenverträge § 75 SGB XI bzw. § 93 d Abs. 2 BSHG.

24 § 84 Abs. 2 S. 2 und 3 SGB XI.

25 Urteil vom 14.12.2000 – B 3 P 19/00 R –.

26 § 93a Abs. 1 BSHG.

oder „leistungsgerechter“ Vergütungspauschalen erscheint sie jedoch ebenso unumgänglich wie im Interesse transparenter Verhältnisse für die Hilfebedürftigen selbst. Es ist deshalb, wie *Vollmer* berichtete, ein Anliegen des im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Pflege-Qualitätssicherungsgesetzes,²⁷ an eben diesem Punkt präzisierende Regeln in das SGB XI einzubauen.²⁸ Es wurde allerdings auch auf die offene Flanke aller Bemühungen um die Pflegequalität hingewiesen. Sie besteht darin, dass sich der „Output“, anders als die pflegerische Infrastruktur, letztlich nicht messen lässt (*Bröcheler*). Ungeachtet dessen stellt sich bei Pflegebedürftigen bzw. deren Betreuern oder Angehörigen ein in der Pflegequalität gründender Ruf einer Einrichtung ein, die für das Überleben einer Einrichtung am „Markt“ entscheidend sein kann. Um dem Qualitätskontrollinstrument des Rufes hinreichend Raum zu geben, darf, so *Bröcheler*, die Bedarfssteuerung nicht zu restriktiv ausfallen, muss es vielmehr stets Ausweichmöglichkeiten geben.

3 Die Wirtschaftlichkeit der Pflegevergütung

Pflegesätze müssen es den Diensten oder Einrichtungen ermöglichen, bei wirtschaftlicher Betriebsführung ihren Versorgungsauftrag zu erfüllen. Im Rahmen der Pflegesatzverhandlungen sind deshalb die geforderten Pflegesätze zum zweiten einer Wirtschaftlichkeitskontrolle zu unterziehen, die notwendig vergleichend vorgeht. Insoweit bestand Einigkeit, dass es regelmäßig dem Gesetz entspricht, einen „externen“ Vergleich vorzunehmen, d. h. die der jeweiligen Forderung zugrunde liegende Pflegesatzkalkulation mit den Kalkulationen anderer Einrichtungen zu vergleichen.²⁹ Wenn es auch für dieses Verfahren Anhaltspunkte im Gesetz gibt,³⁰ ist es gleichwohl nicht unproblematisch, weil die als Vergleichsgrößen herangezogenen Pflegesätze ihrerseits nicht auf ihre Wirtschaftlichkeit befragt werden (*Neumann*). Gerade die oben erwähnte Entwicklung zu einer präziseren Erfassung der pflegerischen Infrastruktur und des tatsächlichen Pflegegeschehens wird jedoch die Tendenz zu einrichtungsübergreifender Betrachtung verstärken (*Bröcheler*). Dem entspricht auch die jüngste Rechtsprechung des BSG, derzufolge die Höhe der leistungsgerechten Vergütung in erster Linie über die Feststellung von „Marktpreisen“ im Rahmen eines Preisvergleiches zwischen solchen Einrichtungen zu bestimmen ist, die den Qualitätsstandards entsprechen und ein vergleichbares „Patiententum“ versorgen (*Udsching*).

D Verfahren und Rechtsschutz

1 Zuständigkeit und Verfahren der Schiedsstelle

Sowohl im Bereich des SGB XI wie nach dem BSHG ist vorgesehen, dass beim Scheitern der Pflegesatzverhandlungen die Entscheidung unverzüglich von einer paritätisch besetzten Schiedsstelle unter neutralem Vorsitz zu treffen ist.³¹ Grundsätzlich ähneln sich die jeweiligen Regelungen. Vergleichbare Verfahrensweisen sind überdies im Bereich des Jugendhilferechts nach dem SGB VIII vorgesehen.³² Es gibt allerdings auch wenig einleuchtende Unterschiede der Ausgestaltung dieser Verfahren im Einzelnen. So hielt es *Schellhorn* aus der Perspektive eines Schiedsstellenvorsitzenden für nicht nachvollziehbar, dass die Schiedsstelle nach dem BSHG lediglich für den Komplex der Vergütungsvereinbarung, nicht jedoch wie die Schiedsstelle im Bereich des Jugendhilferechts auch für die Vereinbarungen hinsichtlich der Leistungsstruktur zuständig ist. *Vigener* hingegen hielt die sozialhilferechtliche Beschränkung der Schiedsstellenzuständigkeit auf die Vergütungsfrage für vorzugswürdig. Jedenfalls ist es unerfreulich, dass das Recht der Leistungserbringungsvereinbarungen nicht aus einem Guss gefertigt ist (so insbesondere *Schellhorn*).

2 Zur Aufgabe der Gerichte

Ein kontrovers diskutierter Punkt bezog sich auf die Dichte der gerichtlichen Überprüfung von im Schiedsstellenverfahren festgesetzten Pflegevergütungen. *Udsching* berichtete über die jüngste einschlägige, noch unveröffentlichte Entscheidung des BSG,³³ die sich an der Vorgängerrechtsprechung des BVerwG³⁴ orientiert. Er wie auch *Rothkegel* als Vertreter der BVerwG vertraten die Standpunkte ihrer Senate, dass sich die Gerichte hinsichtlich der Überprüfung angesichts der Einschätzungsprärogative der Schiedsstellen weitgehend zurückhalten hätten, dass allerdings die Schiedsstellenentscheidungen hinreichend begründet werden müssten. *Neumann* hielt dagegen. Angesichts der Aufgabe der Schiedsstelle, vor allem schnell („unverzüglich“) zu einer Entscheidung zu kommen, sei die Anerkennung eines gerichtsfreien Entscheidungsspielraums ebenso wenig vertretbar wie der Versuch, diesen mit überzogenen Begründungspflichten zulasten der Schiedsstellen zu kompensieren.

Im Übrigen wurde beklagt, dass die Gerichtsbarkeiten mangels Fallmaterials wenig Gelegenheit hätten, die Materie des Vergütungsrechts dogmatisch aufzuarbeiten. Anwesende Rechtsanwälte wiesen darauf hin, dass es den Pflegeeinrichtungen aus wirtschaftlichen Gründen nicht möglich sei, auf Rechtsschutz seitens der Sozial- bzw. Verwaltungsgerichtsbarkeit zu warten. Dies provozierte heftigen Widerspruch und Unverständnis darüber, dass sich nicht die Verbände der Einrichtungen der Aufgabe annähmen, Musterprozesse anzuregen und finanziell abzusichern und auf diese Weise die tatsächliche und dogmatische Klärung des Vergütungsrechts voranzutreiben. Offenbar fehlt es hier aufseiten der Verbände der Dienste und Einrich-

27 Dazu bereits oben Fn. 6.

28 Künftig § 80 SGB XI: Leistungs- und Qualitätsvereinbarungen mit Pflegeheimen.

29 BVerwGE 108, 47 (55 f.); zum Grundsatz der Wirtschaftlichkeit ferner BVerwGE 108, 56.

30 Vgl. § 72 Abs. 5 SGB XI; künftig: § 90a SGB XI: Pflegeheimvergleich.

31 §§ 85 Abs. 5, 89 Abs. 3 SGB XI; § 93 b Abs. 1 S. 2 BSHG.

32 §§ 78 a ff. SGB VIII; zur Schiedsstelle § 78g SGB VIII.

33 Urteil vom 14.12.2000 – B 3 P 19/00 R –.

34 BVerwGE 108, 47.

tungen einerseits an quasi gewerkschaftlicher Solidarität, andererseits – im Verhältnis zu den Leistungsträgern – an Konfliktbereitschaft (*Neumann*).

nicht zu haben. Unausweichlich stellt sich mithin, zumal angesichts der demografischen Entwicklung, die Frage nach dem angemessenen Verhältnis von Verrechtlichung und Caritas. ■

E Leistungserbringungsrecht als Kodifikationsproblem

Die Unübersichtlichkeit des Terrains ist indessen nicht allein der geringen Zahl der einschlägigen Judikate geschuldet. Am Rande der Debatten um die konkreten Sachprobleme des Vergütungsgeschehens wurden vielmehr auch tiefer liegende Problemschichten sichtbar, die mit der Gesetzkultur im Sozialrecht zusammenhängen. Innerhalb des Sozialgesetzbuches haben sich in den vergangenen Jahren an drei verschiedenen Stellen, zuerst im SGB XI, später im BSHG und schließlich im Jugendhilferecht neue, differenzierte „Leistungserbringungsrechte“ mit ausgeprägtem Vertragswesen und Schiedsstellenverfahren entwickelt. Die Ausgestaltung dieser Systeme ist im Einzelnen vielfach unzulänglich. Es sind erhebliche Widersprüche auszumachen. Dieser Missstand, der auch in den jeweils unterschiedlichen ministeriellen Zuständigkeiten begründet sein mag, wurde eindringlich beklagt. Vor allem aber, so *Schellhorn*, fehle es an ausreichenden vorparlamentarischen Vorarbeiten über ein einheitliches und klar konzipiertes Vertragsrecht der Leistungserbringung. *Vollmer*, der Vertreter des Bundesgesundheitsministeriums, kündigte etwas kryptisch für die Zukunft die Realisierung eines solchen Vorhabens an. Es erscheint freilich im Interesse gesetzestechnischer Qualitätssicherung empfehlenswert, im Vorfeld eines solchen Projekts unabhängigen Sachverstand etwa in Form einer Kommission „Kodifikation des Leistungserbringungsrechts“ zu bündeln.³⁵

Nicht zu verkennen ist allerdings auch, dass die intensive Gesetzgebungstätigkeit in diesem Bereich, mag sie nun vergleichsweise wildwüchsig gewesen sein wie in den vergangenen Jahren oder mag sie vielleicht in Zukunft geordnet und strukturiert erfolgen, die Kehrseite vieler Verrechtlichungsprozesse aufweist. Die pflegende Sorge hat seit der Einführung der sozialen Pflegeversicherung nachgerade eine Verrechtlichungsexplosion erlebt. Dies hat dazu geführt, dass in den Beziehungen zwischen Pflegeeinrichtungen und Leistungsträgern inzwischen erhebliche „Transaktionskosten“ anfallen (*Bröcheler*). Mit den Kosten, die die 50 Verhandlungsführer im Pflegesatzgeschehen des Landes Nordrhein-Westfalen verursachen, ließen sich zwei Altenheime finanzieren. *Schellhorn* jammerte über die dicken Akten, die viele Energie, die in diesen Akten steckt und die doch besser der Pflege selbst zugute kommen sollte. Freilich: Öffentliche Finanzierung von Leistungen, sei es aus Steuer-, sei es aus Beitragsmitteln, erheischt Kontrolle. Der Gedanke der Privatautonomie des alten, des pflege-, des hilfebedürftigen Menschen, sein Schutz als Verbraucher, verlangt Transparenz. Transparenz und Kontrolle aber sind ohne Recht

³⁵ Denkbar wäre etwa eine Kodifikation als Bestandteil des dritten Kapitels des SGB X.