

D O R N H E I M

RECHTSANWÄLTE & STEUERBERATER



Angemessene Vergütung des Unternehmerrisikos: rechtlicher Rahmen und aktuelle Entwicklungen

Dr. Markus Plantholz, Fachanwalt für Medizinrecht

Brahmsallee 9, 20144 Hamburg

Tel. (+49) 040/414 614-0 Fax: (+49) 040/44 30 72 plantholz@dornheim-partner.de

Höchst- und obergerichtliche Rechtsprechung zur Gewinnerwartung



- ☞ § 84 Abs. 2 Satz 4 SGB XI idF des PSG III: Pflegesätze müssen einem Pflegeheim bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen, seine Aufwendungen zu finanzieren und seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen „*unter Berücksichtigung einer angemessenen Vergütung ihres Unternehmerrisikos*“.
- ☞ Begründung in BT-Drs. 18/10510, S. 117 verweist auf Rspr. des BSG, enthält aber folgenden wichtigen Hinweis: „*Dabei gilt dies für alle Pflegemarktteilnehmer, unabhängig ob sie in freigemeinnütziger, privater oder öffentlicher Trägerschaft sind.*“



- ➔ Bereits in den Marktpreisurteilen vom 14.12.2000 (u.a. B 3 P 19/00 R = BSGE 87, S. 199 ff.):

„angemessene Vergütung für die aufgewandte eigene Arbeitskraft des Unternehmers, für die Übernahme des Unternehmerrisikos und für die Kapitalverzinsung“

- ➔ auf eine nähere Bestimmung der Kapitalverzinsung und der angemessenen Vergütung des Unternehmerrisikos kam es wegen des puristischen externen Vergleichs nicht an.
- ➔ Aber: „Verzinsung sonstiger Kapitalanlagen“ sei mangels Vergleichbarkeit „nicht als Maßstab geeignet.“



☞ Urteile des BSG v. 29.1.2009 (stationär) bzw. v. 17.12.2009 (ambulante) :

„Eine Vergütung für stationäre [ambulante] Pflegeleistungen ist deshalb im Grundsatz erst dann leistungsgerecht, wenn sie die Kosten einer Einrichtung hinsichtlich der voraussichtlichen Gestehungskosten unter Zuschlag einer angemessenen Vergütung ihres Unternehmerrisikos und eines etwaigen zusätzlichen persönlichen Arbeitseinsatzes sowie einer angemessenen Verzinsung ihres Eigenkapitals deckt.“

☞ Im Anschluss Streit darüber, ob mit „Unternehmerrisiko“ durch Kosten belegte Positionen gemeint sind oder es um eine Gewinnchance geht.



- ☞ LSG Berlin-Brandenburg (Urt. v. 29.10.2009 - L 27 P 46/08) versteht die Ausführungen des BSG als Möglichkeit, eine angemessene Rendite zu erzielen:

„Da es bisher Marktpreise, wie sie sich der Gesetzgeber vorgestellt hat, wegen der einheitlichen Pflegesätze nicht gab, können die Gewinnerwartungen aus den bisherigen einheitlichen Pflegesätzen nur geringen Aussagewert haben. [...] Maßstab können aber auch die gesetzlich pauschalierten Gewinnerwartungen sein.“

- ☞ LSG Baden-Württemberg (Urt. v. 11.11.2011 - L 4 P 1629/10 KL):

Das BSG führt in den Urteilen vom 29. Januar 2009 dann jedoch weiter aus, dass die Gestehungskosten plausibel und nachvollziehbar sein müssten [...] Dies hat, auch wenn das BSG dies in den Urteilen vom 29. Januar 2009 insoweit nicht explizit ausgeführt hat, auch im Hinblick auf die angemessene Vergütung des Unternehmerrisikos zu gelten. Auch insoweit sind Nachweise beizubringen. Der Zuschlag ist hinreichend zu belegen und muss tatsächlich nachvollziehbar sein



- ☞ BSG, Urt. v. 16.5.2013, kassiert Entscheidung des LSG Baden-Württemberg: Mit „angemessene Vergütung des Unternehmerrisikos“ sind nicht die zu plausibilisierenden konkreten Risiken eines Einrichtungsträgers, sondern die Möglichkeit der „Realisierung von Gewinnaussichten“ bzw. einen „angemessenen Unternehmensgewinn“ gemeint
- ☞ *„Pauschale Zuschläge für unvorhersehbare und nicht näher konkretisierte Unternehmensrisiken stehen einer Pflegeeinrichtung nicht zu; dies hat das LSG zutreffend ausgeführt. Weiterer Feststellungen bedarf es hingegen dazu, ob der angefochtene Schiedsspruch hinreichende Möglichkeiten zur Realisierung eines angemessenen Unternehmerrisikos lässt; darüber wird die Beklagte im wieder zu eröffnenden Schiedsverfahren nochmals zu befinden haben“ (BSG, Urt. v. 16.5.2013 – B 3 P 2/12 R; Rn. 25)“*
- ☞ Begründung: Da der Einrichtungsträger das Verlustrisiko trägt, muss dem - gleichsam symmetrisch - dann auch die Gewinnerwartung gegenüberstehen



- ➔ Zuschläge für spezifische Risiken wie z.B. Abfindungen, Forderungsausfälle sollen nicht davon umfasst sein, sondern das allgemeine Unternehmerwagnis soll durch eine entsprechende Position in der Kalkulation der Vergütung abgebildet werden:

„Weiterer Zuschläge wegen nicht näher konkretisierter Risiken des Pflegebetriebs und über die mit der Pflegevergütung einzuräumende Möglichkeit zur Realisierung von Unternehmensgewinnen hinaus bedarf es entgegen der Auffassung der Klägerin nicht. [...]Damit hat der Senat keine besonders zu ermittelnde Rechnungsposition umschrieben, die wie die Gestehungskosten einer Einrichtung zu behandeln wären. [...] Realisiert sich keines der allgemeinen unternehmerischen Risiken etwa infolge der gesamtwirtschaftlichen Lage, der Nachfrageentwicklung oder von unternehmerischen (Fehl-)Entscheidungen, kann die Einrichtung bei ausreichend bemessener Pflegevergütung einen ihr verbleibenden Überschuss erzielen.“



- ➔ Unterscheidung zwischen konkreten Wagnissen und dem allgemeinen, jeden Unternehmer treffenden Risiko – entspricht der allgemein üblichen Unterscheidung in der Betriebswirtschaftslehre
- ➔ Konkrete Wagnisse sind als Kostenpositionen in die Pflegesatzkalkulationen einzustellen und zu plausibilisieren. Anders als typischerweise bei den bekannten Kostenpositionen wie die Löhne und Gehälter, Kosten für Gas, Strom, Wasser, Energie, Lebensmittelaufwand ist Betrachtung über einen **über eine Pflegesatzperiode hinausgehenden Zeitraum** notwendig, da es sich um **aperiodischen Aufwand** handelt.
- ➔ Abzugrenzen sind diese konkreten Risiken von einer Gewinnerwartung als Gegenstück zum Verlustrisiko. Hier besteht **keine Plausibilisierungslast**, weil es um allgemeine Wagnisse in ihrer branchenspezifischen Ausprägung und nicht einrichtungsspezifische Risiken geht.



- ➡ Fest steht: Schiedsstellen haben nicht voll gerichtlich überprüfbaren Beurteilungsspielraum bei der Festsetzung.
- ➡ BSG v. 16.5.2013: allgemeiner Wagniszuschlag kann über einen festen umsatzbezogenen Prozentsatz oder auch über eine kalkulatorische Auslastungsquote abgebildet werden.
- ➡ Auch Kombination aus beiden Methoden ist denkbar (s. zB Schiedsstelle nach § 76 SGB XI für Baden-Württemberg).
- ➡ Aber: es müsse „bezweifelt werden, dass dies [nennenswerte Gewinnerzielung] mit dem in Baden-Württemberg generell zugrunde gelegten kalkulatorischen Auslastungsgrad von 96,5 % möglich sei“



Höhe der Vergütung des Unternehmerrisikos aus Sicht der Schiedsstellen und der Landessozialgerichte



- ☞ Ausrichtung am Auslastungsgrad ist generell nicht zu empfehlen aufgrund der zahlreichen Verknüpfungen in den meisten PSK-Blättern zwischen Kosten und Belegungstagen (nach Ländern unterschiedliche Handhabung), außerdem: Trennung von normalem Auslastungsrisiko und anderen branchenüblichen Risiken (vgl. Schiedsstelle § 76 SGB XI in NRW v. 3.12.2015 - 2/15 – unveröffentlicht, nicht bestandskräftig; Schiedsstelle § 76 SGB XI SH v. 20.12.2018).
- ☞ Auslastungsgrade bundesweit zwischen 96,0 und 98,0 %
- ☞ Bundespflegestatistik 2015 (veröffentlicht Januar 2017): bundesdurchschnittlicher Auslastungsgrad unter 92 % - Realität ist aber recht unterschiedlich
- ☞ Teils in einigen Bundesländern Absenkung des kalkulatorischen Auslastungsgrades als Kompensation für Veränderung der Regelungen zur Fortgeltung der Entgeltspflicht im Todesfall nach § 4b Abs. 8 HeimG durch 3. HeimGÄndG und Einführung § 87a SGB XI
- ☞ Strenge verbraucherrechtliche Rspr. zur einseitigen Räumung und Einlagerung durch Heimträger (zB *OLG Hamm, Urt. v. 22.8.2014 – 12 U 127/13*)
- ☞ Jederzeitige Beendigung des Vertrages nach dem WBG durch Verbraucher (*BGH v. 4.10.2018 - III ZR 292/17*)



- ➔ Anknüpfung an Verzugszinssätze und Prozesszinssätze nach §§ 288, 291 iVm 247 BGB möglich (?)
- ➔ Empfohlener Zinssatz LSG Berlin-BRB und analog angewendet von der Schiedsstelle NRW (und i.E. auch Hessen): § 44 SGB I (= 4 % unabhängig vom Basiszinssatz). Anders Schiedsstelle BW.
- ➔ Bisher nicht erörtert: fester Zinssatz nach § 238 Abs. 1 AO (= 6 % fest)
 - ➔ Zinssatz hat nicht nur Bestrafungscharakter für säumigen Steuerschuldner, sondern gilt auch zugunsten des Steuerschuldners für Erstattungen (§ 233a AO)
 - ➔ BFH, Urt. vom 1.7.2014 – IX R 31/13, BStBl. II 2014, S. 925: Höhe des Zinssatzes ist noch verfassungskonform. Erneut anhängig beim BFH unter Az. I R 77/15)



- ➔ **LSG Berlin-Brandenburg** (*Urt. v. 29.10.2009 - L 27 P 46/08*): Orientierung an gesetzlichen Zinssätzen wird angeregt, aber wegen des Beurteilungsspielraums nicht als bindende Rechtsauffassung des Gerichts vorgegeben.
 - ➔ Im Ergebnis ebenso: Schiedsstelle Hessen (*Beschl. v. 15.1.2015 – 18 c07 – 13/14*)
 - ➔ Schiedsstelle NRW (*Beschl. v. 3.12.2015, Az. 02/15*)

- ➔ **LSG Baden-Württemberg** (*Urt. v. 19.6.2015, L 4 P 1544/14 KL*): Keine Anbindung an hVPI, weil die Anknüpfung an die Lebenshaltungskosten zu zufälligen Ergebnissen führt. Folge dieser Berechnungsart seien erhebliche Schwankungen des berechneten Zuschlags für die Möglichkeit, einen Gewinn zu erzielen.

- ➔ **LSG Nordrhein-Westfalen** (*Urt. v. 6.4.2017, u.a. L 5 P 5/16 KL – Revision nach NZB zugelassen*): Keine Ausrichtung an pauschalierenden gesetzlichen Parallelwertungen wie Verzugszinsen. Sachverständigengutachten erforderlich.



- ➔ **Zu LSG Nordrhein-Westfalen (Urt. v. 6.4.2017, u.a. L 5 P 5/16 KL – Revision nach NZB zugelassen):**
- ➔ Lässt offen, ob es sich um ein auf die Einrichtung oder die Branche bezogenes Gutachten handeln soll. Da es um die Abgeltung des allgemeinen Unternehmerrisikos und nicht spezifische, einrichtungsbezogene Besonderheiten geht, kann an sich nur ein Branchengutachten weiterhelfen.
 - ➔ Aussetzung des Schiedsverfahrens zur Einholung eines Branchengutachtens ist keine Option. Folglich muss die Heranziehung von Parallelwertungen vorübergehend bis zum Vorliegen solcher Branchengutachten auch vom Beurteilungsspielraum der Schiedsstelle umfasst sein.



Vergleichende Anknüpfungspunkte

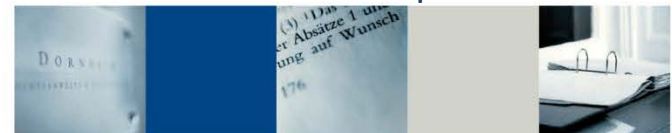


- ➔ Übernahme von Aufgaben der Daseinsvorsorge durch private Unternehmen in der **Energiewirtschaft: GasnetzEntgeltVO und StromnetzEntgeltVO**

- ➔ Eigenkapitalzinssatz darf den auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitt der von der Deutschen Bundesbank veröffentlichten Umlaufrenditen festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten zuzüglich eines „angemessenen Zuschlags zur Abdeckung netzbetriebsspezifischer unternehmerischer Wagnisse“ nicht überschreiten

- ➔ Gem. § 29 Abs. 1 Energiewirtschaftsgesetz wird Satz für die jeweilige Regulierungsperiode durch Bundesnetzagentur festgesetzt. Letzter Beschluss v. 5.10.2016 beschlossen: EK-Zinssatz + Risikozuschlag: 6,91 % vor Steuer; für abgeschriebene Altanlagen: **5,12 %**

- ➔ **Warum kann sich öffentliches Preisregulierungsrecht für Parallelwertungen eignen:** Auch hier werden Wagniszuschläge für allgemeine, jeden Unternehmer am Markt treffende Risiken ermittelt und dann durch sog. Beta-Faktoren branchenspezifisch konkretisiert.



- ➔ Wohnungswirtschaft: zweite Berechnungsverordnung für öffentlich geförderten sozialen Wohnungsbau
- ➔ Im öffentlich geförderten sozialen Wohnungsbau darf für den Teil der Eigenleistungen, der 15 v.H. der Gesamtkosten des Bauvorhabens nicht übersteigt, eine Verzinsung von 4 v.H. angesetzt werden; für den darüber hinausgehenden Teil der Eigenleistungen darf in der Regel eine Verzinsung i.H.v. 6,5 % angesetzt werden (2. BV v. 12.10.1990, BGBl. I S. 2178, zuletzt geändert durch Art. 78 Abs. 2 des Gesetzes v. 23.11.2007, BGBl. I S. 2614).
- ➔ Für die Anknüpfung weniger geeignet, da nicht auf der Grundlage von Beta-Faktoren ermittelt.



- ➔ Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen
 - ➔ regelt die Preisbildung im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge und soll für eine wettbewerbsorientierte, marktwirtschaftliche Preisbildung sorgen
 - ➔ § 4 PreisVO (Preise für marktgängige Leistungen) vs. §§ 5- 8 PreisVO (Selbstkostenpreise).
 - ➔ Preisbildung nach Selbstkostenpreisen ist heute Ausnahme, aber VO gilt fort.



- ➔ Marktzugang nach §§ 71, 72 SGB XI ist zwar noch frei, aber die Bestimmung der wesentlichen Elemente von Leistungen und Entgelten erfolgt nicht mehr marktmäßig.
- ➔ Entgelte nach dem SGB XI sind auf der Grundlage der PSGe II, III und der nachträglichen Änderungen durch das Gesetz zur Anpassung der Vorschriften für Blut- und Gewebezubereitungen in § 115 Abs. 3a, 3b SGB XI in Zukunft im Wesentlichen auch als Selbstkostenpreise ausgestaltet (partielle Rückkehr zum Selbstkostendeckungsprinzip, vgl. auch Bieback, SGB 2018, 321 ff.)
- ➔ § 8 PreisVO für Selbstkostenpreise mit kalkulatorischem Gewinn als Abgeltung des „allgemeinen Unternehmerwagnisses“, konkretisiert durch Verordnung PR Nr. 4/72: **Höchstsatz 6,5 % p.a.** Amtliche sog. Leitsätze zur Kalkulation bemühen dabei exakt den gleichen Sprachgebrauch wie das BSG



- ➡ Verzugszinssätze zwischen 4 % fest und 6 % fest bzw. variabel (§ 288 Abs. 1 BGB) 5 % über Basiszinssatz nach § 247 Abs. 1 BGB = derzeit 4,12 % § 288 Abs. 2 als Anknüpfungspunkt scheidet wegen des besonderen Normzwecks aus.
- ➡ Festsetzung der Bundesnetzagentur nach Berücksichtigung von Beta-Faktoren für die jetzige Regulierungsperiode 5,12 % (nach Abschreibung)
- ➡ § 8 PreisVO: *bis* 6,5 %
- ➡ **Sämtliche möglichen Parallelwertungen führen – ohne Berücksichtigung branchenspezifischer Beta-Faktoren für die Alten- oder Behindertenhilfe – zu Ergebnissen zwischen 4 % und 6 %.**



- Ausgangspunkt etwa der Betrachtung der Marktrisikoprämie in der Energiewirtschaft ist mittlere Umsatzrendite nach der langen Zeitreihe der Deutschen Bundesbank
- Zeitreihe 1997 bis 2015 (Stand Dezember 2016): mittlere Umsatzrendite der Unternehmen in Deutschland (Kategorie: „Wirtschaftszweig: alle Unternehmen“ = ca. 4 % vor Steuer
- 2014 – 2016 4,1 % vor Steuer, zuletzt 2017 4,62 % vor Steuer
- Zeitreihe 1997 – 2015 auch Ausgangspunkt der IEGUS-Studie gewesen
- Wahl des Ausgangspunktes wird offenbar auch von den Kritikern akzeptiert (dazu später)



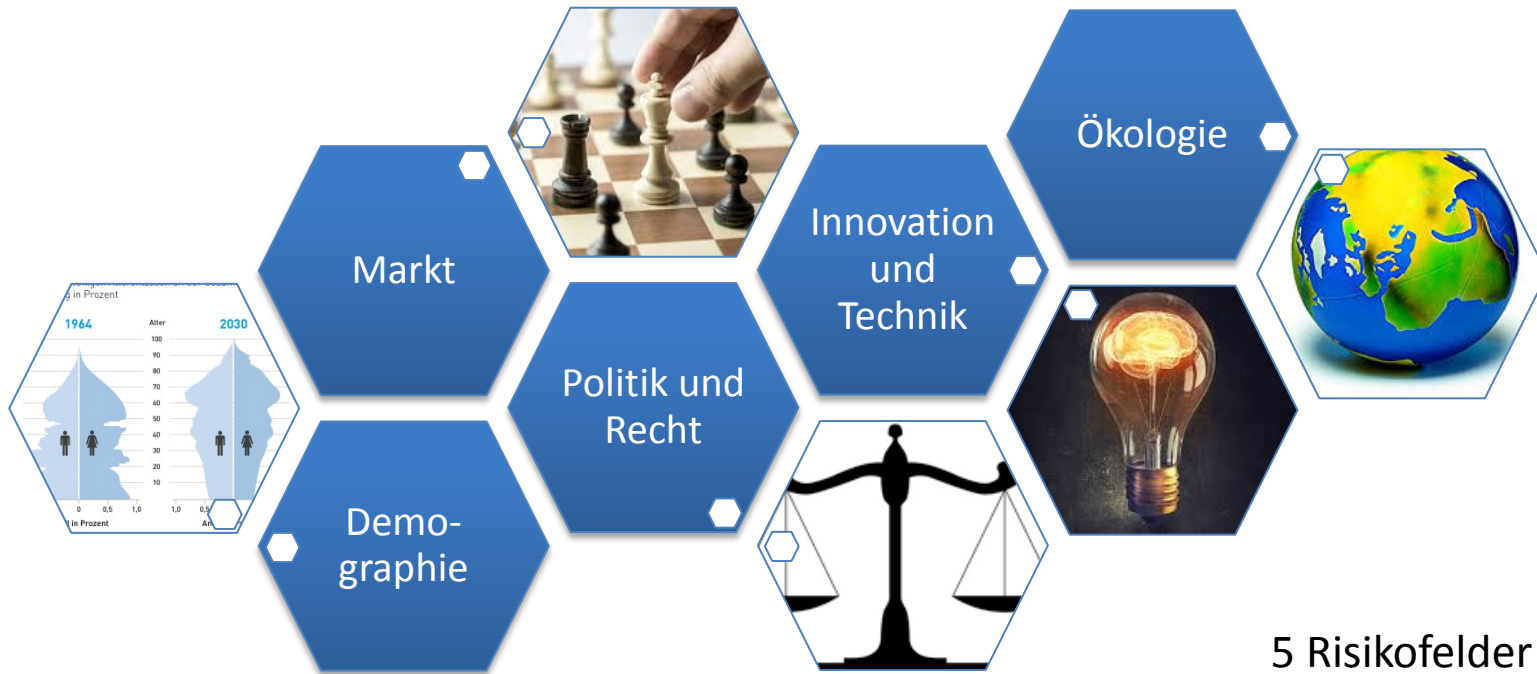
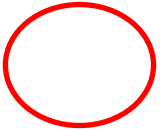
IEGUS-Studie



- ➔ Lange Zeitreihe Deutsche Bundesbank als Ausgangspunkt
- ➔ Ermittlung der Beta-Faktoren



Strukturmodell zur Klassifizierung und Erfassung des ‚Allgemeinen Wagnisses‘ – branchenabhängige Komponente



5 Risikofelder
50 Risikoarten



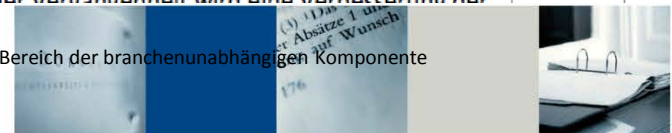
- Zur Bewertung der Wagnisse in ihrer Ausprägung wird die übliche Methode der **Erwartungswertbildung** (ermittelt aus Ausprägung und Eintrittswahrscheinlichkeit) verwendet; bei jenen Ausprägungen, die aus statistischen Zeitreihen abgeleitet sind, werden weiterhin die **Varianz des Verlaufs** und Annahmen zu **Zuschlagsfaktoren** einbezogen.
- Überführung der Erwartungswerte in eine (übliche) **Risiko-Skala** von 1 bis 10 (,1‘ als minimales Risiko bzw. auch maximale Chance, ,10‘ als maximales Risiko; ,5,5‘ als neutraler Score).
- Aus der Zusammenführung der Scores leitet sich der **branchenspezifische Faktor** ab. Das Mittel der Skala (neutrale Wertung/Median) spiegelt sich in der Risikoklasse 5,5 wider. Bewertungen $> 5,5$ zeigen entsprechend überdurchschnittliche Tendenzen zum **Risiko**, während Risikoklassen $< 5,5$ überwiegend **Chancen** verdeutlichen.



Risikomatrix zur Aggregation ‚Allgemeinen Wagnisses‘ – branchenabhängige Komponente - Ausschnitt

Risikofeld	Bezeichnung	Nähere Beschreibung	Risiko- klasse	Risiko- schlag* ku- muliert
Demografische Entwicklung	Altersstrukturentwicklung	Die deutlich zunehmende Gruppe der pflegebedürftigen Menschen ist der künftige ‚Kundenstamm‘ mit entsprechend positiver Nachfrageerwartung.	1	3,46
	Informelles Pflegepotenzial	Die Inanspruchnahme stationärer Pflege wird mitbeeinflusst von den Möglichkeiten alternativer (häuslicher) Betreuungssettings verschiedenster Art sowie den Möglichkeiten der Wahrnehmung des Wunsch- und Wahlrechts. Das Potenzial familialer Pflege nimmt ab.	4	3,28
	Kundenwünsche und -anforderungen	Die Präferenzen der Menschen haben Einfluss auf das Wo? und Wie? ihres Lebens im hohen Alter. Ihre Erwartungen werden differenzierter.	7	3,46
Politische Rahmenbedingungen	Regulierung	Einschränkungen der Handlungsfreiheit, in Verbindung mit häufigeren Veränderungen der (politischen) Rahmenbedingungen, zudem regional differenziert, beeinträchtigen unternehmerisches Engagement.	8	3,76
	Stabilität der Pflegeversicherung und der öffentlichen Haushalte als Leistungsträger	Das SGB XI (Pflegeversicherung) und SGB II (hier vor allem ‚Hilfe zur Pflege‘) gewähren recht hohe Vertrags- und Zahlungssicherheit.	2	3,34
	Status Quo des Ordnungsrechts	Die unterschiedliche Wahrnehmung der regional differenzierten politischen Steuerungsoptionen führen zu Unsicherheiten in unternehmerischen Planungsentscheidungssituationen	6	3,40
	Ambulantisierungsanreiz	Die Regelungen des PSG II befördern ambulante Betreuungssettings vorrangig.	7	3,58
	Auswirkungen auf die Pflegegrad-/ Belegungsstruktur	Das Neue Begutachtungsinstrument führt auch langfristig voraussichtlich zu im Schnitt niedrigeren Einstufungen der Bewohner (der Anteil der Bewohner in niedrigeren Pflegegraden nimmt zu) – mit entsprechender Erlöswirkung.	8	3,88
	Einrichtungseinheitlicher Eigenanteil	Der EEE stellt alle Pflegebedürftigen ab PG II in der Zuzahlung gleich. Es bedeutet die Beendigung der Korrelation zwischen pflegerischem und ‚sozialem‘ Risiko.	4	3,70
	Personalbemessung	Die (derzeitigen und künftigen) Personalschlüssel definieren die Intensität des Personaleinsatzes. Sie sind derzeit bundeslandspezifisch sehr unterschiedlich und noch nicht auf den neuen Pflege-Begriff angepasst. Aus den Erfahrungen der Vergangenheit wird eine Verbesserung der	4	3,52

*) Die Spalte zeigt die Sensitivitätswirkung auf den Zuschlagsfaktor des „Allgemeinen Wagnisses“, ausgehend von „4%“ im Bereich der branchenunabhängigen Komponente



Berücksichtigung regionaler Besonderheiten

Tabelle 6: Allgemeines unternehmerisches Wagnis, regional differenziert

Bundesland	Risikoklasse (rechtliche Rahmen- bedingungen Lan- desebene)	Allgemeines Wagnis (inkl. branchenspezi- fischem Faktor)	Allgemeines Wagnis (inkl. branchenspezi- fischem Faktor)
		Allgemein	Besondere Regionen*
Baden-Württemberg	7	5,08 %	5,62 %
Bayern	6	4,96 %	5,50 %
Berlin	5	(4,84 %)	5,38 %
Brandenburg	5	4,84 %	5,38 %
Bremen	6	(4,96 %)	5,50 %
Hamburg	7	(5,08 %)	5,62 %
Hessen	6	4,96 %	5,50 %
Mecklenburg-Vorpom- mern	5	4,84 %	5,38 %
Niedersachsen	7	5,08 %	5,62 %
Nordrhein-Westfalen	6	4,96 %	5,50 %
Rheinland-Pfalz	6	4,96 %	5,50 %
Saarland	5	4,84 %	5,38 %
Sachsen	6	4,96 %	5,50 %
Sachsen-Anhalt	5	4,84 %	5,38 %
Schleswig-Holstein	6	4,96 %	5,50 %
Thüringen	6	4,96 %	5,50 %

*) Ballungszentren sowie Grenzregionen mit erheblich abweichendem Vergütungsniveau für Pflegeleistungen



Kritik



Stellungnahme von Michell-Auli/Kalthoff im Auftrag des AOK BV:

- ➡ Intransparenz, weil methodische Ansätze in der Studie nicht dargestellt sind (AOK-BV: „eklatante methodische Mängel“).
- ➡ Aber: Methodenteil wurde lediglich aus Platzgründen nicht in Buchform mitveröffentlicht, steht aber mittlerweile zur Verfügung.

(<https://www.medhochzwei-verlag.de/Service/Downloads>; Zugang auf Basis eines Gutscheincodes für die Erwerber der Studie oder auf Anforderung bei IEGUS).



Stellungnahme von Michell-Auli/Kalthoff im Auftrag des AOK BV:

- ➡ Michell- Auli/ Kalthoff bestätigen mögliche Orientierung an einem benchmarkorientierten Ansatz (Unternehmensdaten der Deutschen Bundesbank) zur Bemessung einer „Gewinnchance“.
- ➡ Die IEGUS-Studie betont eine methodisch getrennte Zuordnung der sich kurzfristig auswirkenden Risiken zu den Gestehungskosten und der mittel- und langfristigen Risiken zu den allgemeinen bzw. branchenspezifischen Risiken.
- ➡ Stellungnahme von Michell-Auli/ Kalthoff bestätigt grundsätzlich diese Gliederung der Risiken.
- ➡ Insoweit besteht kein Dissens.



- ☞ Kritik, „bereits jetzt [sei] eine Umsatzrendite erwirtschaftbar, die bereits als Vergütung des Unternehmerrisikos interpretierbar ist“, also sei das ‚Wagnis‘ in den Vergütungssätzen bereits integriert einkalkuliert.“
- ☞ Neuordnung durch „Blut- und Gewebegesetz“ und die Vereinbarung nach § 115 Abs. 3b SGB XI wird ausgeblendet.
- ☞ Basis für die Ermittlung eines allgemeinen Wagniszuschlags ist die Offenlegung von Personal- und Sachkosten, die verlässliche Zuordnung von bezogenen Overheadleistungen und die Möglichkeit retrospektiver Abschöpfung nicht ausgegebener Personalkosten, die Geschäftsgrundlage geworden sind.
- ☞ i.E. partielle Rückkehr zur Selbstkostendeckung, nur ohne retrospektiven Verlustausgleich – u.E. bedeutet dies für viele Länder eine neue Zeitrechnung



Stellungnahme von Michell-Auli/Kalthoff im Auftrag des AOK BV:

- ➡ Michell- Auli/ Kalthoff: Risiken könnten teils doppelt berücksichtigt worden sein
- ➡ Studienautoren sehen dies als Fehlinterpretation des von ihnen gewählten methodischen Ansatzes. Gerade die Abgrenzung im Sinne der Betrachtungshorizonte der Risiken führt z.B. dazu, dass konkrete Erlösausfallrisiken sich in den betrieblich spezifischen Wagnissen wiederfinden und die relativ längerfristige Erlössicherheit der Sozialversicherungssysteme als branchenspezifisches Risiko zu einer geringeren Risikoausprägung führt. Diese Gliederung lässt sich auf alle behandelten Risiken durchgängig anwenden.



Veröffentlichung von Bieback (SGB 2018, 321 ff.):

- ☞ Lange Zeitreihe der Deutschen Bundesbank zur mittleren Umsatzrendite als Ausgangspunkt geeignet, aber Modifikation nach unten,
 - ☞ weil „kapital- und renditestarke Unternehmen der Großindustrie die Statistik dominierten“
 - ☞ weil EK-Verzinsung mit einfließt, während sie bei den Unternehmen des SGB XI bereits durch die I-Kosten-Zuschläge abgegolten sei.
 - ☞ weil Nachfragerisiko geringer sei und Insolvenzquote unter dem Durchschnitt von Unternehmen aller Branchen liegen dürfte.



- ➔ Korrektur wegen der EK-Verzinsung ist m.E. nicht angebracht, weil die Investitionskosten aus den Betriebsausgaben, auf die der Zuschlag ermittelt wird, herausgerechnet sind. Tatsächlich sind die Modalitäten der EK-Verzinsung teils auch erheblich ungünstiger als in anderen Branchen.
- ➔ Nachfragerisiko reflektiert einen bzw. mehrere wichtige Beta-Faktoren, die in der Studie auch mit einer Absenkung des Zuschlags bewertet wurden (Beta-Faktor wurde mit 4,0 unter dem Mittelwert für Risiken auf einer Skala von 1 - 10 von 5,5 angesetzt). Es kann nicht sein, dass nur isoliert ein Beta-Faktor zur Absenkung des Zuschlags herausgegriffen wird, die anderen Faktoren aber vernachlässigt werden.



- ☞ Verzinsung für die Zurverfügungstellung eines Grundstücks, das im Eigentum des Einrichtungsträgers steht, ist nicht Gegenstand der Investitionskostenumlage. Grund: Grundstück unterliegt keinem Werteverzehr.

- ☞ **BSG: Verbot angemessener Verzinsung von Eigenkapital = Verstoß gegen Eigentumsgarantie des Art. 14 GG** (BSG, Urt. v. 23.3.2006 – B 3 P 2/05 R, unter Berufung auf BVerfG, Beschl. v. 22.11.1994 - BvR 351/91 = BVerfGE 91, S. 294, 310). Im Wirtschaftsleben sei es die Regel, dass bei mit Eigenmitteln finanzierten Wohn- oder Gewerberäumen in die Kalkulation des Mietzinses eine Eigenkapitalverzinsung einfließt. Eine Eigenkapitalverzinsung könne daher auch in einem Pflegeheim in die **Kosten für die Unterkunft** (§ 87 SGB XI) einkalkuliert werden (so auch bereits Schmäing, in: LPK-SGB XI, 2. Aufl, 2003, § 82 Rn. 11).

- ☞ Ebenso BSG, Urt. v. 8.9.2011 - B 3 P 2/11 R, Rn. 30.

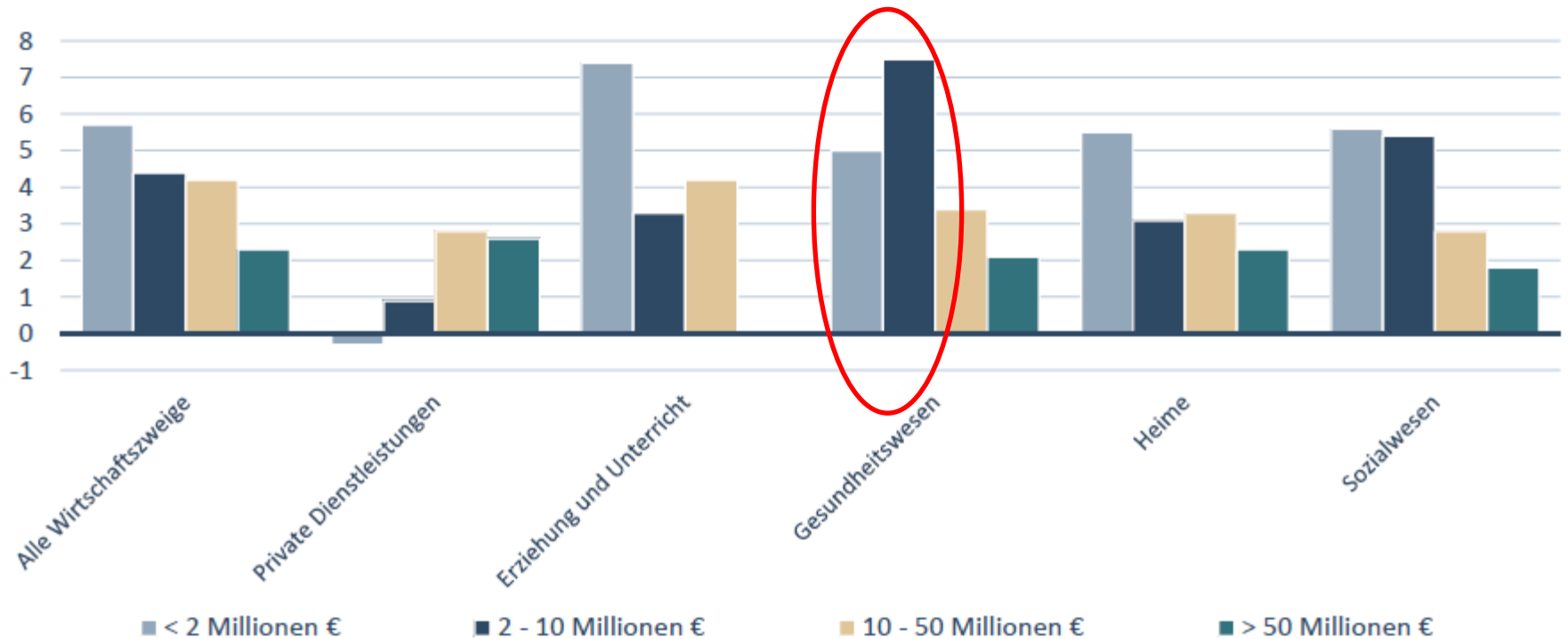


- ☞ Umsatzrenditen von großen Industrieunternehmen liegen unter denen des Dienstleistungssektors und denen kleiner und mittelständischer Unternehmen:

WZ	Umsatzrendite in %									
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Unternehmensdienstleistungen	6,64	7,15	7,70	6,93	6,99	6,57	6,87	8,04	8,86	9,26
KMU	3,04	3,57	3,76	3,58	3,53	3,56	4,03	4,65	4,95	5,30
Kleine und mittelgroße Nichtkapitalgesellschaften	4,79	5,46	5,56	5,61	5,76	5,74	6,10	6,85	7,18	7,52
	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	∅
	9,22	9,62	7,43	8,32	8,60	7,78	8,46	8,26	9,03	7,99
	5,70	5,60	4,34	5,17	5,59	5,26	5,40	5,70	6,20	4,68
	8,20	8,14	6,70	7,52	8,11	7,98	8,37	8,64	9,35	7,03



Jahresergebnis vor Gewinnsteuern in Prozent des Umsatzes, 2015



Quelle: Institut der Deutschen Wirtschaft, 2018



Jüngste Schiedsentscheidungen



- ☞ Kalkulatorischer Auslastungsgrad (hier: 96,0 %) und Vergütung des Unternehmerrisikos werden zunächst nicht vermengt.
- ☞ Wagniszuschlag beträgt einstweilen 4,96 % auf die anerkannten Kosten für Pflege und U + V, bleibt aber für dynamische Entwicklungen aufgrund Rspr. oder (gesamt)wirtschaftlicher Entwicklung offen.
- ☞ Bei Auslastung > 96 %: LT haben primäre Darlegungslast, welche Marge durch Mehrauslastung erzielt werden kann (einfach zu erfüllen). Diese Marge wird mit dem Zuschlag von 4,96 % verrechnet, es sei denn der LE weist nach, dass trotz der Mehrauslastung eine solche Marge nicht erzielt wurde.
- ☞ Cave: In SH werden Pflege-Personalkosten auf 100 % Belegung errechnet und auf 96 % verteilt; in anderen Ländern ist dies anders.

