

D O R N H E I M

RECHTSANWÄLTE & STEUERBERATER



Angemessene Vergütung des Unternehmerrisikos - update

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

Ausgangspunkt: Rechtsprechung und Schiedsstellen bis 2018



- ☞ § 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 : „*Dabei gilt dies für alle Pflegemarktteilnehmer, unabhängig ob sie in freigemeinnütziger, privater oder öffentlicher Trägerschaft sind. Es wird [...] gesetzlich klargestellt, dass dem Einrichtungsbetreiber eine Gewinnchance zusteht und seine unternehmerischen Risiken berücksichtigt werden sollen.*“



- ➡ 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 v. 29.1.2009

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

☞ BSG, Urt. v. 16.5.2013 (B 3 P 2/12 R):

- ☞ Mit „angemessene Vergütung des Unternehmerrisikos“ sind nicht die zu plausibilisierenden konkreten Wagnisse eines Einrichtungsträgers, sondern die Möglichkeit der „Realisierung von Gewinnaussichten“ bzw. einen „angemessenen Unternehmensgewinn“ gemeint
- ☞ Begründung: Symmetrie zwischen Verlustrisiko und Gewinnchance.



- ➔ 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. 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. U.E. **keine Plausibilisierungslast**, weil es um allgemeine Wagnisse in ihrer branchenspezifischen Ausprägung und nicht einrichtungsspezifische Risiken geht.



- ☞ 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 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“



- ☞ **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 (u.a. *Beschl. v. 15.1.2015 – 18 c07 – 13/14*)
 - ☞ Schiedsstelle NRW (u.a. *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 – zur Revision sogleich*): Keine Ausrichtung an pauschalierenden gesetzlichen Parallelwertungen wie Verzugszinsen. Sachverständigengutachten erforderlich.



- 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

- So auch zB Schiedsstelle § 76 SGB XI in NRW v. 3.12.2015 (Az. u.a. 2/15 – aufgehoben).
 - Auslastungsgrade bundesweit zwischen 96,0 und 98,0 %
 - Bundespflegestatistik 2015 (veröffentlicht Januar 2017): bundesdurchschnittlicher Auslastungsgrad unter 92 %
 - 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*).



Weitere Anknüpfungspunkte zur Orientierung



- ➔ **Übernahme von Aufgaben der Daseinsvorsorge durch private Unternehmen in der Energiewirtschaft: GasnetzEntgeltVO und StromnetzEntgeltVO**
 - ➔ Gem. § 29 Abs. 1 Energiewirtschaftsgesetz wird EK-Zinssatz und „angemessener Zuschlag zur Abdeckung netzbetriebsspezifischer unternehmerischer Wagnisse“ für die jeweilige Regulierungsperiode durch Bundesnetzagentur festgelegt
 - ➔ Beschluss v. 5.10.2016 beschlossen: **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.



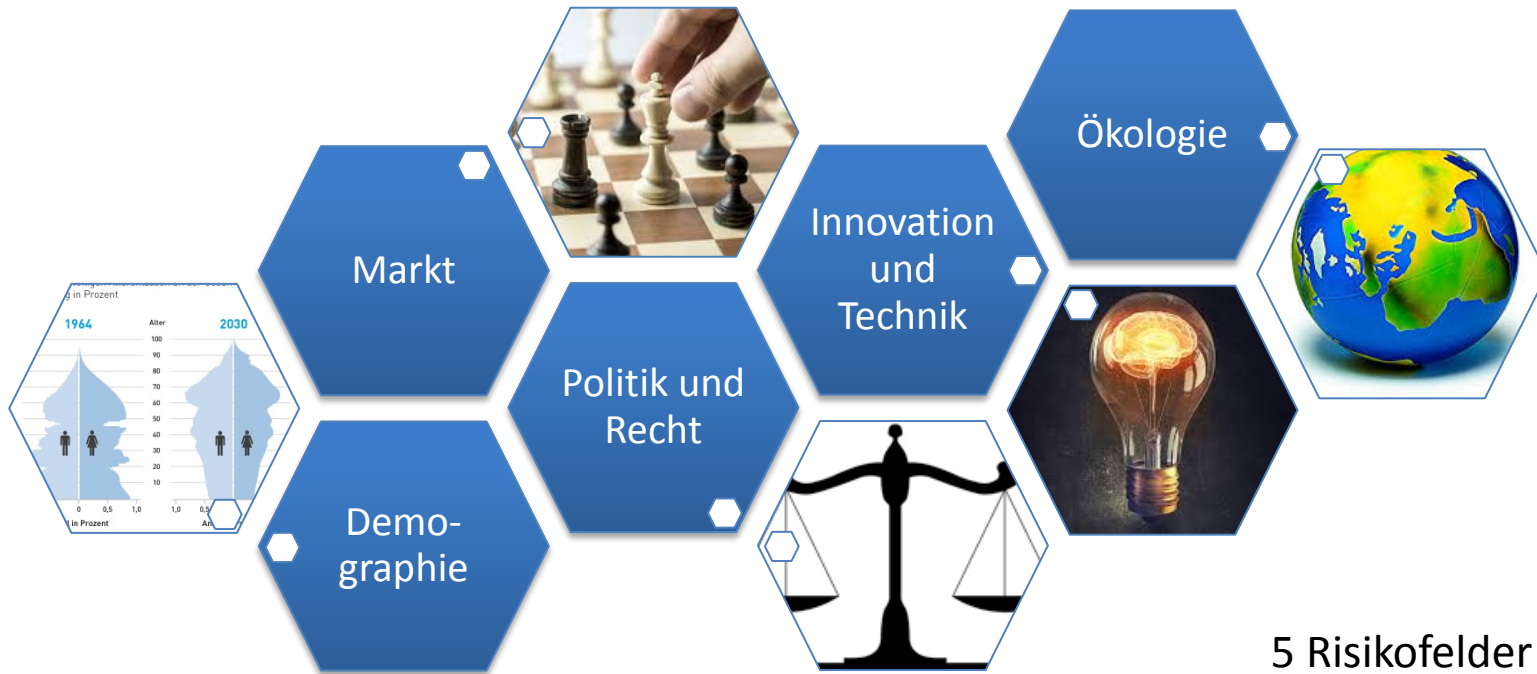
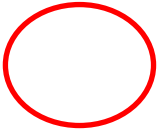
- ➔ Ausgangspunkt etwa der Betrachtung der Marktrisikoprämie in der Energiewirtschaft ist mittlere Umsatzrendite nach der langen Zeitreihe der Deutschen Bundesbank
- ➔ Zeitreihe 1997 bis 2015 (Stand Dezember 2016): mittlere Umsatzrendite der Unternehmen in Deutschland (Kategorie: „Wirtschaftszweig: alle Unternehmen“ = 4 % vor Steuer
- ➔ 2014 – 2016 4,1 % vor Steuer, zuletzt 2017 4,62 % vor Steuer, bei Dienstleistungsunternehmen 7,99 %, bei KMU 4,68 % /7,03 %
- ➔ Zeitreihe 1997 – 2015 ist auch Ausgangspunkt der IEGUS-Studie
- ➔ Wahl des Ausgangspunktes wird überwiegend auch von den Kritikern akzeptiert



- ➔ Lange Zeitreihe Deutsche Bundesbank als Ausgangspunkt
- ➔ Ermittlung der Beta-Faktoren
- ➔ Ergebnis: je nach Umfeldfaktoren in Ländern 4,84 – 5,08 %.



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



5 Risikofelder
50 Risikoarten



- ➡ 4,96 % (landesweit) aus IEGUS-Studie als Ausgangspunkt
- ➡ Soweit tatsächliche Auslastung > kalk. Auslastungsgrad (SH: 96,0 %), wird unterstellt, dass in Höhe der Überschreitung Gewinne erzielt werden können, die gegengerechnet werden.
- ➡ Auf einer dritten Ebene können Träger ggf. darlegen und nachweisen, dass Gewinne in der entsprechenden Höhe nicht erzielt wurden.
- ➡ Cave: Zuschlag nur auf anerkannte Betriebsausgaben für Pflege, nicht: U+V. Grund: Nur § 84 Abs. 2 SGB XI sieht ausdrücklich Zuschlag vor.
- ➡ Aktuell: Pflegekassen setzen Herangehensweise um, SHT legen Veto ein und klagen vor dem LSG gegen die Schiedssprüche.



- ➔ Ausgangspunkt Renditeerwartung Rating-Report der Pflegeheime
- ➔ 4,84 bis 5,38 % zur Abdeckung des allgemeinen unternehmerischen Wagnis gem. IEGUS-Studie zu hoch
- ➔ angemessener Gewinnzuschlag bei 2,8 bis 3,2 % auf Pflege und U+V



☞ Aufhebung der Schiedssprüche NRW, einzelne Aspekte:

- ☞ Schriftliche Stellungnahme der Interessenvertretung ist zu überprüfen und zu bewerten (1)
- ☞ Dargelegte Gestehungskosten dürfen von der Schiedsstelle nicht unstreitig gestellt werden (2)
- ☞ Gewinnmarge darf nicht völlig losgelöst von den kalkulierten Gestehungskosten festgesetzt werden (3)
- ☞ Externer Vergleich ist durchzuführen (4)
- ☞ Beitragsstabilität ist zu beachten (5), Orientierung an § 44 SGB I ist nicht gerechtfertigt.
- ☞ Bei U+V gehe es „in erster Linie“ um Refinanzierung der Gestehungskosten (6)



Entwicklung 2019 – Schiedssprüche und Urteil des BSG v. 26.9.2019



☞ Schriftliche Stellungnahme der Interessenvertretung (IV)

- ☞ Verpflichtung aus § 85 Abs. 3 Satz 2, 2. HS SGB XI ist unstreitig.
- ☞ Kein Anspruch des Einrichtungsträgers auf Abgabe einer Stellungnahme durch die IV.
- ☞ Wortlaut des § 85 Abs. 3 Satz 2 SGB XI ist einschränkend dahin auszulegen, dass der Träger der IV Gelegenheit zur (informierten) Stellungnahme erhält.
- ☞ Uns ist keine Einrichtung bekannt, die der Interessenvertretung nicht die Gelegenheit zur Stellungnahme gibt.



- ☞ Dargelegte Gestehungskosten dürfen von der Schiedsstelle nicht unstreitig gestellt werden (2)
 - ☞ Verpflichtung zur Ermittlung der Plausibilität und Schlüssigkeit von Amts wegen
 - ☞ Rechtlich nachvollziehbar, aber: Praktikabilität? Überfrachtung des Schiedsverfahrens?



- ☞ Gewinnmarge darf nicht „völlig losgelöst von den kalkulierten Gestehungskosten“ festgesetzt werden (3)
 - ☞ Nachvollziehbar: Mitnahmeeffekte sollen vermieden werden.
 - ☞ Aber: Verhältnis zu §§ 84 Abs. 6 und 7, 115 Abs. 3a und 3b SGB XI? Hauptteil der pflegesatzrelevanten Aufwände betrifft die Personalkosten!
 - ☞ § 85 Abs. 3 Sätze 2 – 4 SGB XI: i.d.R. wird die Darlegung der bisher entstandenen Personalaufwendungen verlangt und daraus der künftige anzuerkennende Aufwand hergeleitet.
 - ☞ Die meisten Formblätter der PSKen nach § 86 SGB XI sehen retrospektive Darlegung vor.
 - ☞ § 85 Abs. 6 i.V.m. § 115 Abs. 3a, 3b SGB XI: Künstlich generierte Gewinne aus Nichteinhaltung der vereinbarten personellen Ausstattung werden abgeschöpft
 - ☞ § 85 Abs. 7 i.V.m. § 115 Abs. 3a, 3b SGB XI: werden Gehälter Geschäftsgrundlage der Pflegesatzvereinbarung, aber nicht ausbezahlt, werden sie retrospektiv abgeschöpft.



- ☞ Gewinnmarge darf nicht „völlig losgelöst von den kalkulierten Gestehungskosten“ festgesetzt werden (3)
 - ☞ Gesetzliche Systematik zielt also darauf, dass retrospektiv entstandene Personalkosten offen gelegt und daraus plausible prospektive Personalaufwendungen abgeleitet werden, die dann ihrerseits wieder retrospektiv überprüft werden.
 - ☞ Wenn diese Systematik umgesetzt wird, sind „Mitnahmeeffekte“ und das „Verstecken von Margen“ in Kostenpositionen praktisch nicht möglich.
 - ☞ Plausible Sachkosten werden i.d.R. nur als wirtschaftlich anerkannt, wenn sie einem Vergleich standhalten. Es besteht also häufig eher das Problem einer Kostenunterdeckung.



👉 Externer Vergleich ist durchzuführen (4)

- 👉 Unklar: verringert sich die einzuräumende Gewinnchance bei Einrichtungen mit Pflegesätzen am oberen Ende der Bandbreite am Markt?
- 👉 Wortlaut des § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB XI („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“) spricht für normativen Maßstab.
- 👉 Gehälter bis zur Höhe von Tarifen / kirchenarbeitsrechtlichen Regelungen sind *kraft gesetzlicher Anordnung* stets wirtschaftlich. Müsste eine Einrichtung, deren Pflegesätze aufgrund einer entsprechenden Bezahlung ansteigen, befürchten, dass sie keine Gewinnchance mehr einkalkulieren kann, würde das Gegenteil dessen erreicht werden, was der Gesetzgeber damit gewollt hat.



➡ Externer Vergleich ist durchzuführen (4)

- ➡ **weitgehende Rückkehr zum Selbstkostendeckungsprinzip ohne offenes Eingeständnis des Gesetzgebers und der Rechtsprechung** verhält sich dychotomisch zu einer Begrenzung durch externen Vergleich.
- ➡ **Conclusio.:** Gelangt man zum Ergebnis, dass eine Marktrisikoprämie von x % des Umsatzes angemessen ist, muss diese auch Einrichtungen mit hohem Personalaufwand zustehen.



👉 Beitragsstabilität ist zu beachten (5)

- 👉 „Die Beitragsstabilität hat letztlich so gut wie keine einschränkende Bedeutung für die Pflegesätze. Die Beiträge zur Pflegeversicherung hängen davon ab, welche Leistungen die Pflegekassen erbringen müssen. Fiese sind aber gesetzlich festgelegt.“ (*O’Sullivan in: jurisPK-SGB XI, § 84 Rdnr. 49*)
- 👉 „In der Tat ist es nicht ersichtlich, wie bei Beitragssätzen, deren Höhe gem. § 55 gesetzlich festgeschrieben ist, bei gesetzlich fixierten Leistungsobergrenzen nach § 43 Abs. 2 [...] und den zahlreichen inhaltlichen Vorgaben des § 84 an Pflegesätze ein solcher Widerspruch zum Grundsatz der Beitragsstabilität festgestellt werden könnte...Mithin dürfte § 84 Abs. 2 Satz 8 nur eine rhetorische Arabeske sein“ (*Reimer, in: Hauck/Noftz, SGB XI, § 84 Rdnr. 31*).
- 👉 „Der Normbefehl des § 70 Abs. 2 [Vereinbarungen über die Höhe der Vergütungen, die dem Grundsatz der Beitragssatzstabilität widersprechen, sind unwirksam] ist abenteuerlich.“ (*Schulin, VSSR 1994, S. 285, 305 f.*)



👉 Beitragsstabilität ist zu beachten (5)

- 👉 Entsprechung zu § 71 Abs. 3 SGB V fehlt, und selbst dort gilt: Wenn eine Vereinbarung z.B. über HKP besteht, in den Preis eine Marge von 4 % einkalkuliert wäre und nun bei gleichbleibender Marge aufgrund der verbesserten Bezahlung bis zur Höhe von tariflichen Entgelten Preissteigerungen entstünden, wären diese wohl aufgrund der Neuregelung des § 132a Abs. 4 Satz 7 SGB V durch das PpSG (Ausnahme von § 71 SGB V) gedeckt.
- 👉 Zuletzt: Wie genau soll die Berücksichtigung der Beitragsstabilität bei einrichtungsindividuell zu bemessenden, leistungsgerechten Pflegesätzen praktisch erfolgen?



👉 U + V (6)

- 👉 besteht wirklich ein Unterschied zwischen dem Begriff der „Leistungsgerechtigkeit“ i.S.d. § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI und dem Begriff der „Angemessenheit“ in § 87 Satz 2 SGB XI? m.E. (-)
- 👉 vgl. Reimer (in: Hauck/Noftz, SGB XI, § 87 Rdnr. 10: *„Der Gesetzgeber hat ausdrücklich nicht den Terminus der „leistungsgerechten“ Vergütung gewählt, der in § 84 Abs. 2 Satz 1 für die Pflegesätze maßgeblich ist. Es bleibt offen, ob es sich um eine sprachliche Ungenauigkeit des Gesetzgebers handelt, der eigentlich ein „leistungsgerechtes“ Entgelt für Unterkunft und Verpflegung meinte, oder ob der Gesetzgeber bewusst **großzügigere Entgeltvereinbarungen** erlauben wollte.“*
- 👉 *Die konkreten Leistungen des Pflegeheimes in den Bereichen Unterkunft und Verpflegung müssen in einem angemessenen Verhältnis zu den vom Pflegeheim geforderten Entgelten stehen. Dies lässt nur eine **Billigkeitskontrolle** der PKen zu.“* (Udsching, SGB XI, 2. Aufl. 2000, § 87 Rdnr. 4)



👉 U + V(6)

- 👉 „Als einziges inhaltliches Kriterium bei der Festsetzung der Entgelte für Unterkunft und Verpflegung gibt § 87 Satz 2 SGB XI den Pflegesatzparteien die „Angemessenheit“ auf. Der Gesetzgeber weicht hier bewusst von der „Leistungsgerechtigkeit“ ab, die er für Pflegevergütungen (§ 82 Abs. 1 Satz 1 Br. SGB XI), insbesondere für die Pflegesätze in § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI, angeordnet hat. Er wollte den Pflegesatzparteien hier einen **etwas größeren Spielraum** geben, was damit zusammenhängt, dass die Pflegekassen von der Höhe dieser Entgelte nicht betroffen sind. [...]“ (O’Sullivan in: jurisPK-SGB XI, Rdnr. 16)
- 👉 „Angemessenheit: Mit der Verpflichtung der PflegeK und der übrigen Leistungsträger iSd § 87 soll sichergestellt werden, dass die von den Pflegeheimen angebotene Unterkunft und Verpflegung in einem angemessenen Verhältnis zu den geforderten Entgelten steht. Dies entspricht im Wesentlichen dem für die Pflegesätze geltenden Gebot der Leistungsgerechtigkeit.“ (Weber, in: Kasseler Kommentar, § 87 SGB XI Rdnr. 5)



👉 U + V(6)

- 👉 87 Satz 3 SGB XI verweist für die Vergütungsverhandlung im Bereich von Unterkunft und Verpflegung die gleichen prozeduralen Regeln wie im Bereich der Pflegesätze. Folge: Offenlegung retrospektiv entstandener Personalkosten wird verlangt (§ 85 Abs. 3 Sätze 2 – 4)
- 👉 Bundesrahmenempfehlung gemäß § 75 Abs. 6 SGB XI ordnet Kosten für das Personal im Bereich von Leitung und Verwaltung, für den Hauswirtschaftsdienst und den Technischen Dienst und die meisten Sachkosten anteilig den Pflegesätzen und den Entgelten für Unterkunft und Verpflegung zu; dto. LRVen gem. § 75 bzw. PSK-Beschlüsse gem. § 86.
- 👉 Folge: Gleiche Betriebsausgaben werden mal mit, mal ohne Marktrisikoprämie eingestellt.



👉 U + V(6)

- 👉 Zuletzt: Entscheidung widerstreitet m.E. BSG, Urte. v. 23.3.2006, B 3 P 2/05 R, in Bezug auf die EK-Verzinsung für Betriebsgrundstücke: *„Andernfalls liefe dies auf ein Verbot angemessener Verzinsung von Eigenkapital hinaus und damit auf einen Verstoß gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG (vgl. BverfGE 91, 294, 310). Im Wirtschaftsleben ist es die Regel, dass bei mit Eigenmitteln finanzierten Wohn- oder Gewerberäumen in die Kalkulation des Mietzinses eine Eigenkapitalverzinsung einfließt. **Eine Eigenkapitalverzinsung kann daher auch in einem Pflegeheim in die Kosten für die Unterkunft (§ 87 SGB XI) einkalkuliert werden.**“*
- 👉 BSG billigt also die Berücksichtigung von bei den I-Kosten nicht berücksichtigungsfähigen EK-Zinsen für die Bereitstellung des Betriebsgrundstückes in den Unterkunftsentgelten!



Danke für Ihre (An-)Teilnahme.

