

## Abhandlungen

### Der Wagniszuschlag als Bestandteil leistungsgerechter Pflegesätze nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI

Von Sascha Iffland

#### I. Einleitung

Mit den Urteilen vom 29. Januar 2009<sup>1</sup> hat das Bundessozialgericht einen Richtungswechsel<sup>2</sup> bei der Auslegung der Bemessungsgrundsätze von Vergütungen stationärer Pflegeeinrichtungen vollzogen. Zuvor war der dritte Senat wegen des vom Gesetzgeber angestrebten Wettbewerbs unter den Pflegeeinrichtungen<sup>3</sup> davon ausgegangen, dass die Leistungsgerechtigkeit der Pflegesätze dann gegeben sei, wenn sie dem üblichen Marktpreis entsprechen. Dieser sei anhand eines externen Vergleichs vergleichbarer Angebote im örtlichen Einzugsbereich zu ermitteln. Besondere Gestehungskosten einer Einrichtung, wie z.B. eine nicht für alle Einrichtungsträger geltende Tarifbindung, könnten aufgrund der Abkehr des Gesetzgebers vom Kostenerstattungsprinzip grundsätzlich keine Berücksichtigung finden, so der dritte Senat im Jahr 2000.<sup>4</sup>

Das vom Bundessozialgericht entwickelte »Marktpreismodell«<sup>5</sup> ist in der Literatur kritisiert worden. Zutreffend wurde darauf hingewiesen, dass es einen funktionierenden Pflegemarkt unterstellt, den es wegen der gesetzlichen Regelungsdichte und des Nachfragekartells der Kostenträger tatsächlich gar

1 BSG, Urteil vom 29. Januar 2009 – B 3 P 7/08 R, BSGE 102, 227 = NZS 2010, 35.

2 Vgl. *Schütze*, in: *Udsching*, SGB XI – Soziale Pflegeversicherung, 3. Aufl. (2010), § 84 Rdnr. 13; *Dalichau*, SGB XI – Pflegeversicherung, Losebl. (Stand: November 2009), § 84, Anm. II, 4 spricht lediglich von einer »Weiterentwicklung«, *Zierau*, Anm. z. BSG, Urteil vom 29. Januar 2009 – B 3 P 7/08 R –, RsDE Heft 71/2010, S. 97 von einer »drastischen Wende«.

3 Vgl. BT-Drucks. 12/5262, S. 136 zu § 81 Abs. 3.

4 BSG, Urteil vom 14. Dezember 2000 – B 3 P 19/00 R, BSGE 87, 199 = SGh 2000, 208 (»Marktpreisurteil«).

5 Zum Terminus vgl. *Schütze*, in: *Udsching*, SGB XI – Soziale Pflegeversicherung, 3. Aufl. (2010), § 84 Rdnr. 12.

nicht gibt.<sup>6</sup> Der Gesetzgeber fordert unter § 85 Abs. 3 SGB XI Kostennachweise, die unter einem reinen Marktmodell, wie vom Bundessozialgericht damals gefordert, keinen Sinn machen.<sup>7</sup> Spätestens mit der Einführung des § 80a SGB XI (a.F.)<sup>8</sup> habe der Gesetzgeber klargestellt, dass Pflegesätze nicht anhand regionaler Durchschnittswerte ermittelt werden sollten.<sup>9</sup>

Das Bundessozialgericht hat dieser Kritik durchaus Gehör geschenkt. Ausdrücklich aufgegeben hat der dritte Senat die Position, dass die Höhe der Gestehungskosten für die zu vereinbarende Vergütung grundsätzlich bedeutungslos sei und es regelmäßig nur auf die Feststellung von Marktpreisen ankomme.<sup>10</sup> Dies bedeute jedoch keine Abkehr von dem Grundsatz, dass die Pflegevergütung auf einem marktorientierten Versorgungskonzept beruhen müsse und Ansprüche nach einem reinen Selbstkostendeckungsprinzip nicht bestünden, so das Bundessozialgericht.<sup>11</sup> Vielmehr seien die Pflegesätze und die Entgelte für Unterkunft und Verpflegung nach einem zweistufigen Verfahren zu ermitteln. Ausgangspunkt sei die Kostenkalkulation der Einrichtung. Diese sei dann leistungsgerecht, wenn erstens die voraussichtlichen Gestehungskosten der Einrichtung nachvollziehbar und plausibel dargelegt werden und sie zweitens in einer angemessenen und nachprüfbaren Relation zu den Sätzen anderer Einrichtungen für vergleichbare Leistungen stehen.<sup>12</sup>

Abgesehen davon, dass mit dem so vom Bundessozialgericht entwickelten Stufenmodell eine Reihe neuer Fragen aufgeworfen wurden,<sup>13</sup> kommt es für die Wirtschaftlichkeit einer Pflegeeinrichtung bei der an Gestehungskosten

6 Neumann/Bieritz-Harder, Die leistungsgerechte Pflegevergütung, 2002, S. 3; Igl spricht vom »Versuch einer Marktsimulation«, in: Igl/Klie (Hrsg.), Pflegeversicherung auf dem Prüfstand, S. 54.

7 Brünnner, Vergütungsvereinbarungen für Pflegeeinrichtungen nach SGB XI, 2001, S. 167 f.

8 Diese Norm wurde durch das Pflege-Weiterentwicklungsgesetz aufgehoben und ihr Inhalt teilweise als Vorgaben für die Pflegesatzvereinbarung in die neuen Absätze 5 und 6 des § 84 SGB XI übernommen.

9 Hänlein, SozialRecht aktuell 2008, 100 (102); vgl. auch Plantholz, RsDE Heft 57/2005, S. 22 (40).

10 BSG (FN 1), Rdnr. 20.

11 BSG (FN 1), Rdnr. 19.

12 BSG (FN 1), Rdnr. 22.

13 Etwa: In welchen Fällen ist eine Kostenposition plausibel gemacht? Ist es sachgerecht, sämtliche Einrichtungen oberhalb des unteren Drittels des Preisgefüges zum Nachweis von Besonderheiten zu verpflichten? Wie kann die wirtschaftliche Angemessenheit von Sachkosten ermittelt werden? Unter welchen Bedingungen kann eine im externen Vergleich ermittelte Spannbreite überschritten werden? Kann die Zulassungsvoraussetzung »Zahlung ortsüblicher Vergütungen« eine Besonderheit im Pflegesatzgefüge rechtfertigen? Zierau, Anm. z. BSG, Urteil vom 29. Januar 2009 – B 3 P 7/08 R –, RsDE Heft 71/2010 S. 97, weist daher zurecht darauf hin, dass die rechtsdogmatische Durchdringung der Finanzierung über Pflegesatz- bzw. Entgeltvereinbarungen immer noch am Anfang steht.

orientierten Betrachtungsweise entscheidend darauf an, dass zwischen den Parteien des Pflegesatzverfahrens und bei den Schiedsstellen Einvernehmen darüber besteht, alle typischerweise mit dem Betrieb eines Pflegeheims verbundenen Kostenpositionen in die Kalkulation aufzunehmen und damit zur Grundlage der zweistufigen Prüfung zu machen. Dies verweigern die Kostenträger hinsichtlich des vom Einrichtungsträger zu tragenden Wagnisses (Unternehmerisiko) und den mit diesem einhergehenden Kosten in der Praxis immer wieder. Fälschlicherweise wird eine Kostenposition für das vom Unternehmer zu tragende Risiko (»Wagniszuschlag«<sup>14</sup>) oft mit einem Gewinnzuschlag verwechselt und werden die Begriffe synonym verwendet. Unabhängig davon, dass neben dem Wagniszuschlag zumindest bei privatgewerblich tätigen Einrichtungsträgern auch ein kalkulatorischer Gewinn seine Berechtigung hat<sup>15</sup> und im Stufenmodell des Bundessozialgerichts seinen Platz finden muss, soll diese Frage hier ausgeblendet werden und der Beitrag alleine der Frage nachgehen, ob und in welcher Weise die Einrichtungsträger berechtigt sind, die Berücksichtigung ihres unternehmerischen Risikos in der Pflegevergütung zu verlangen.

## **II. Risiken beim Betrieb von Pflegeheimen**

Auch wenn sich die Parteien des Pflegesatzverfahrens zu allen Personal- und Sachkosten auf einen bestimmten Betrag verständigen können, hätte der Einrichtungsträger lediglich bei einem optimalen Lauf der Dinge eine Chance, die Vergütungsperiode ohne Verluste zu beenden. Es verbleiben nämlich eine Reihe von Risiken, deren Realisierung nicht vorhersehbar ist. Einige sollen im Folgenden beispielhaft kurz dargestellt werden:<sup>16</sup>

– Zunächst ist die Auslastungsquote zu nennen. Wird die der Kalkulation zugrunde gelegte Auslastungsquote verfehlt, fehlt es an Einnahmen, um die Kosten zu decken. Dem könnte entgegengehalten werden, dass die Einrichtung in entsprechendem Umfang Kosten einsparen könnte. Dies wäre jedoch nicht zutreffend: Zum einen handelt es sich bei den meisten Positionen um Fixkosten, die sich mit einer schwankenden Auslas-

14 Die Terminologie als »Zuschlag« wird bislang allgemein verwendet und soll aus Gründen des besseren Verständnisses auch hier fortgeführt werden. Wenn man zu dem Schluss gelangt, dass es sich nicht um einen über die Grundvergütung hinausgehenden Obulus handelt, sondern um einen systemimmanenten *Vergütungsbestandteil*, ist dieser Begriff sachgerechter.

15 Vgl. zur Berücksichtigung eines kalkulatorischen Gewinns: BVerwG, Urteil vom 1. Dezember 1998 – 5 C 29.97, NVwZ 1999, 996.

16 Vgl. zu den Wagnissen des Pflegeheimträgers auch: Mayer, NZS 2008, 639, dort FN 16. S. dazu BSG, Urteil vom 12. September 2012 – B 3 P 5/11 R = BeckRS 2012, 75740.

tung nicht verändern. Zum anderen kann auch das Pflegepersonal nicht unmittelbar an eine geringere Auslastung angepasst werden. Würde ein Einrichtungsträger bei sinkender Auslastung Pflegepersonal abbauen, könnte er bei steigender Nachfrage keine Bewohner aufnehmen, weil ihm dann das dafür erforderliche Personal fehlen würde.<sup>17</sup> Eine immer weiter sinkende Auslastung (Abwärtsspirale) wäre die Folge.

- Die Einrichtung ist verpflichtet, mit der vereinbarten personellen Ausstattung die Versorgung der Pflegebedürftigen jederzeit sicherzustellen. Sie hat bei Personalengpässen oder -ausfällen durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die Versorgung der Pflegebedürftigen nicht beeinträchtigt wird (§ 84 Abs. 6 SGB XI). Hält die Einrichtung die vereinbarte Personalmenge nicht vor, so sind die Entgelte für die Dauer der Unterdeckung entsprechend zu kürzen (§ 115 Abs. 3 SGB XI).<sup>18</sup> Um diese Vorgaben überhaupt erfüllen zu können, muss die Einrichtung einen kalkulatorischen Personalüberhang einplanen. Arbeitsrechtskonforme Maßnahmen reichen nicht aus, um zeitnah auf Auslastungsschwankungen zu reagieren. Da Bewohneraufnahmen zumeist sehr kurzfristig anstehen, Neueinstellungen von Mitarbeitern aber einige Wochen oder gar Monate Vorlauf benötigen, muss die Einrichtung bereits im Voraus das Personal für mögliche Neuaufnahmen vorhalten.
- Entgelterhöhungen sind kaum rechtssicher umzusetzen. Daher besteht sehr häufig ein latentes Risiko von Rückforderungsansprüchen der Heimbewohner. Sie schulden ein erhöhtes Entgelt frühestens vier Wochen nach Zugang des hinreichend begründeten Erhöhungsverlangens. In der Begründung muss der Einrichtungsträger unter Angabe des Umlagemafstabs die Positionen benennen, für die sich durch die veränderte Berechnungsgrundlage Kostensteigerungen ergeben (§ 9 Abs. 2 WBVG). Diese Anforderung ist im Hinblick auf die Praxis der Pflegesatzverhandlungen und Festsetzungen durch die Schiedsstellen nur schwer rechnerisch stimmig zu erfüllen.<sup>19</sup>
- Die Arbeit in der Pflege ist oft körperlich anstrengend und mit Heben und Stehen verbunden. In Pflegeheimen ist der Krankenstand mit 6,2 % der höchste aller großen Branchen.<sup>20</sup> Der kranke Arbeitnehmer hat nach

17 Sieht man einmal von den arbeitsrechtlichen Hürden für betriebsbedingte Kündigungen bei kurzfristigen Belegungsschwankungen ab.

18 S. dazu: BSG, Urteil vom 12. September 2012 – B 3 P 5/11 R (bei Redaktionsschluss noch unveröffentlicht).

19 Vgl. hierzu vertiefend: Iffland/Düncher, WBVG, 2011, § 9 Rdnr. 9 f.

20 AOK-Statistik zum Krankenstand in Baden-Württemberg vom 18. September 2012, <http://www.aok.de/baden-wuerttemberg/presse/krankenstand-im-ersten-halb-jahr-2012-auf-voerjahresniveau-208567.php> (Stand: 4. Oktober 2012).

§ 3 Abs. 1 EntgFG<sup>21</sup> für die Dauer von sechs Wochen je Krankheitsfall einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Der Einrichtungsträger muss auch in dieser Zeit die Pflege z.B. durch die Anordnung von Überstunden oder den Einsatz von Aushilfskräften sicherstellen, also effektiv zwei Arbeitnehmer bezahlen. Einen Erstattungsanspruch gegen die Krankenkasse hat der in der Regel mehr als 30 Arbeitnehmer beschäftigende Einrichtungsträger nach § 1 Abs. 1 AAG<sup>22</sup> nicht.

- Dem Träger eines Pflegeheims sind in erheblichem Maße schutzbedürftige, oft demenzerkrankte Heimbewohner anvertraut. Die Versorgung dieser Menschen ist mit Stress verbunden, mit dem nicht jeder Mitarbeiter immer adäquat umgehen kann. Kommt auch nur ein ernstzunehmender Verdacht auf, dass ein Mitarbeiter diesen Situationen nicht gewachsen ist und mit seinem Verhalten rechtliche Grenzen überschreitet, ist schnelles und konsequentes arbeitsrechtliches Handeln geboten. Das deutsche Arbeitsrecht ist jedoch nicht vom Bewohner-, sondern vom Arbeitnehmerschutzgedanken geprägt. Erweist sich eine Kündigung als vermeintlich überzogene Reaktion oder wurden die strengen formalen Anforderungen nicht vollständig beachtet, sind Abfindungszahlungen unumgänglich.
- Zu berücksichtigen ist auch, dass die Heimaufsicht Anordnungen und andere heimrechtliche Maßnahmen treffen kann. Unabhängig von dem mit den Pflegekassen und dem Sozialhilfeträger vereinbarten Personalmengen kann die Heimaufsicht ordnungsrechtlich z.B. den Einsatz von zusätzlichem Personal fordern, das über die prospektiv vereinbarte Vergütung kurzfristig nicht refinanziert werden kann.<sup>23</sup>
- Befindet sich der Heimbewohner im Krankenhaus oder ist er anderweitig abwesend, so sind die Pflegevergütung sowie die Entgelte für Unterkunft und Verpflegung um mindestens 25 %<sup>24</sup> zu kürzen (vgl. § 87a Abs. 1 Satz 5 SGB XI). Tatsächliche Kosteneinsparungen kann die Einrichtung in dieser Zeit aber nur in geringem Umfang erzielen.

21 Entgeltfortzahlungsgesetz vom 26. Mai 1994 (BGBl. I S. 1014, 1065), zuletzt geändert durch Artikel 1 a des Gesetzes vom 21. Juli 2012 (BGBl. I S. 1601).

22 Aufwendungsausgleichsgesetz vom 22. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3686), zuletzt geändert durch Art. 13 Abs. 6 des Gesetzes vom 12. April 2012 (BGBl. I S. 579).

23 Beachte aber § 117 Abs. 6 SGB XI, der das für die nächstmögliche Pflegesatzvereinbarung obligatorisch anordnet.

24 25 Prozent sind der übliche Satz und entsprechen der gesetzlichen Mindestkürzung. Der Umfang der Kürzung hängt aber von der Regelung im Landes-Rahmenvertrag nach § 75 Abs. 1 SGB XI ab.

### III. Leistungsgerechtigkeit eines Wagniszuschlags

Gesetzliche Grundlagen für die Vergütung der stationären Pflegeleistungen ergeben sich aus dem Achten Kapitel des SGB XI. Fraglich ist, ob darüber hinausgehend auch die Regelungen der §§ 75 ff. SGB XII berücksichtigt werden müssen.

#### 1. Die Stellung der »Leistungsgerechtigkeit« im Kontext der Vergütungsregelungen

Für die Bemessung der Pflegesätze ist das Postulat des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI, nach dem diese leistungsgerecht sein müssen, das zentrale Kriterium. Die herausgehobene Stellung der Leistungsgerechtigkeit unter den in § 84 Abs. 2 SGB XI genannten Bemessungskriterien ist dadurch begründet, dass diese bereits unter den allgemeinen Vorschriften zur Finanzierung der Pflegeeinrichtungen als alleiniges Bemessungskriterium der Vergütung für allgemeine Pflegeleistungen benannt wird. Die weiteren in diesem Kapitel genannten Kriterien dienen lediglich dazu, die Leistungsgerechtigkeit näher zu beschreiben, stehen mit dieser aber nicht in Konkurrenz. Dies folgt aus dem Wortlaut und der systematischen Stellung des § 82 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB XI.

#### 2. Leistungsgerechtigkeit nur bei vollständiger Kostenerfassung

Das Kriterium der Leistungsgerechtigkeit verlangt bereits dem Wortlaut nach, die Vergütung so in eine Korrelation zur erbrachten Leistung zu setzen, dass dieses Austauschverhältnis als gerecht anzusehen ist. Maßstab hierfür kann daher nicht der subjektive Eindruck einer Pflegesatzpartei, der Einrichtung oder der Kostenträger, sondern muss ein vor dem Hintergrund unserer gesamten Werteordnung billig und gerecht denkender Dritter sein. Inhaltlich gilt dasselbe auch für die Entgelte für Unterkunft und Verpflegung, die nach § 87 Satz 2 SGB XI in einem angemessenen Verhältnis zu den Leistungen stehen müssen.<sup>25</sup>

Gerecht kann das Austauschverhältnis von Leistung und Vergütung aber nur dann sein, wenn alle mit der Leistung verbundenen Kosten in

<sup>25</sup> Schütze, in: *Udsching*, SGB XI – Soziale Pflegeversicherung, 3. Aufl. (2010), § 82 Rdnr. 13, § 87 Rdnr. 4.

eine Kalkulation einbezogen und bewertet werden. Dies folgt aus einer verfassungskonformen Auslegung des Kriteriums der Leistungsgerechtigkeit. Soweit die Betriebskosten einer Pflegeeinrichtung im Einklang mit den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung stehen, dürfen vor dem Hintergrund der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) Einrichtungsträger an deren angemessener Refinanzierung nicht dauerhaft gehindert werden.<sup>26</sup> Dies wäre nicht gewährleistet, wenn ein ordnungsgemäß wirtschaftender Einrichtungsträger mit den bewilligten Vergütungen nicht imstande wäre, seine Kosten zu decken und ein ausreichendes Einkommen zu erzielen.<sup>27</sup> Dabei ist, worauf das Bundesverfassungsgericht wiederholt hingewiesen hat, eine generalisierende Betrachtungsweise geboten, die auf den gesamten Berufszweig abstellt.<sup>28</sup> Würden also Kostenpositionen in den Pflegesatzverhandlungen nicht anerkannt, sondern systematisch ausgeblendet, so wäre dies mit der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar.

Bei der Beurteilung der Leistungsgerechtigkeit von Wagniszuschlägen ist darüber hinaus zu beachten, dass die Träger von Pflegeeinrichtungen, indem sie eine Zulassung nach § 72 SGB XI erhalten und ihre Leistungen am Markt anbieten, Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge übernehmen (vgl. §§ 8 Abs. 1, 69 SGB XI). Die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr ist aber typischerweise mit Risiken verbunden, welche die Betreiber von Pflegeeinrichtungen zu tragen haben und damit der öffentlichen Hand abnehmen. Sie haben bei unvorhergesehenen Mehrkosten keine Möglichkeit, auf sonst übliche betriebswirtschaftliche Instrumente, wie etwa die Ausweitung der Produktionsmenge oder die Reduzierung der (Personal-)Kosten, zurückzugreifen. Dem stehen der auf eine konkrete Platzzahl begrenzte Versorgungsvertrag (vgl. § 72 Abs. 1 Satz 2 SGB XI) und die Pflicht, die vereinbarte personelle Ausstattung jederzeit vorzuhalten (§ 84 Abs. 6 SGB XI), entgegen. Gleichzeitig dürfen sie nach § 84 Abs. 4 Satz 2 SGB XI ausschließlich die mit den Kostenträgern vereinbarten oder von der Schiedsstelle festgesetzten Vergütungen berechnen. Sie sind sowohl auf der Ausgabenseite als auch hinsichtlich des Ertrags vollständig in das Korsett der Pflegesatzvereinbarung gezwungen. Da nachträgliche Kostenausgleiche nach § 84 Abs. 2 Satz 5 Halbsatz 2 SGB XI unzulässig sind, sind Pflegeeinrichtungen also

26 BSG, Urteil vom 8. September 2011 – B 3 P 6/10 R, Rdnr. 22; *Brünner/Philipp*, RsDE Heft 67/2008, S. 1 (28 f.).

27 BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 1999 – 1 BvR 1904/95, BVerfGE 101, 331, 350 f.

28 BVerfG, Beschluss vom 16. März 1971 – 1 BvR 52/66, BVerfGE 30, 292, 316; BVerfG, Beschluss vom 31. Oktober 1984 – 1 BvR 35/82, BVerfGE 68, 193, 219; BVerfG, Beschluss vom 14. Mai 1985 – 1 BvR 449/82, BVerfGE 70, 1, 30.

existenziell darauf angewiesen, besonders vorsichtig zu kalkulieren und eventuell bestehende Risiken vorausschauend zu berücksichtigen. Es gibt keine sachliche Rechtfertigung dafür, demjenigen, der Aufgaben der öffentlichen Hand übernimmt, jegliche Risiken der hierfür auszuübenden wirtschaftlichen Tätigkeit kompensationslos aufzubürden.

Dem steht auch nicht entgegen, dass nach § 84 Abs. 2 Satz 5 SGB XI Überschüsse beim Pflegeheim verbleiben und Verluste von diesem zu tragen sind. Diese Norm ist nicht als Einfallstor dafür anzusehen, dem Einrichtungsträger einseitig die unternehmerischen Risiken seiner Tätigkeit aufzuerlegen, sondern stellt lediglich klar, dass prospektiv ermittelte Entgelte im Nachhinein nicht deswegen auszugleichen sind, weil der Kalkulation zugrunde liegende Annahmen tatsächlich nicht eingetreten sind.<sup>29</sup> Das setzt aber eben gerade voraus, dass diese Kalkulation die Ungewissheit über die künftige Entwicklung wirtschaftlich berücksichtigt.

### 3. Hervorhebung des Aufwands durch das Pflege-Neuausrichtungsgesetz

Mit dem Pflege-Neuausrichtungsgesetz<sup>30</sup> wird der § 84 Abs. 2 Satz 4 SGB XI neu gefasst. Dieser lautet nun:

»Die Pflegesätze müssen einem Pflegeheim bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen, *seine Aufwendungen zu finanzieren und seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen.*«<sup>31</sup>

Der Gesetzgeber manifestiert damit die an den Gestehungskosten orientierte Betrachtung des Bundessozialgerichts und verschiebt außerdem den Maßstab zur Bewertung der wirtschaftlichen Angemessenheit der kalkulierten Kosten auf den Einzelfall. Dass der generalisierte Vergütungsbedarf eines idealtypischen und wirtschaftlich operierenden Pflegeheimes, also der allgemein erforderliche Betriebsaufwand, Maßstab dieser Bewertung sei<sup>32</sup>, wird zu überdenken sein. Dabei ist zu beachten, dass der Gesetzgeber unter Verwendung eines Possessivpronomens (»seine«) die zu finanzierenden Aufwendungen dem Pflegeheim unmittelbar zuordnet. Die wirtschaftliche Betriebsführung bleibt als Korrektiv vorhanden.

29 Vgl. Neumann, in: Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 4 – Pflegeversicherungsrecht, 1997, S. 587.

30 Gesetz zur Neuausrichtung der Pflegeversicherung (Pflege-Neuausrichtungsgesetz – PNG) vom 23. Oktober 2012 (BGBl. I S. 2246).

31 Die durch den Verfasser vorgenommene Hervorhebung kennzeichnet den neu eingefügten Gesetzestext.

32 So: BSG (FN 1), Rdnr. 19.

Außerdem wird der Aufwand durch die Gesetzesänderung gegenüber ggf. weiteren den leistungsgerechten Pflegesätzen zuzurechnenden Vergütungsbestandteilen besonders betont. Welche Positionen dem Aufwand zuzurechnen sind und daher von dieser Privilegierung profitieren und ob hierunter auch kalkulatorische Wagniskosten zu fassen sind, ist anhand der Erkenntnisse der Betriebswirtschaftslehre, der der Begriff entnommen wurde, zu ermitteln.

#### **IV. Die Kostenartenrechnung als Grundlage der Preiskalkulation**

Dass auch kalkulatorische Wagniskosten zu einer vollständigen Kostenerfassung gehören, ist in der Betriebswirtschaftslehre allgemein anerkannt.<sup>33</sup> Angemessene Gestehungskosten, zu denen auch bewertete unternehmerische Risiken gehören, bilden die Untergrenze einer betriebswirtschaftlichen Preiskalkulation. Dies ergibt sich auch aus den Grundlagen der Kostenrechnung.

##### *1. Der wertmäßige Kostenbegriff*

Im betriebswirtschaftlichen Sinn haben die Gestehungskosten als Preisuntergrenze im Rahmen der unternehmerischen Planungsaufgabe eine zentrale Steuerungsfunktion. Hierfür ist es erforderlich, dass tatsächlich alle relevanten Kosten auch erfasst werden. Nach dem von Schmalenbach entwickelten wertmäßigen Kostenbegriff<sup>34</sup> sind Kosten der bewertete betriebsbezogene Verzehr von Gütern und Dienstleistungen. Kosten setzen sich demnach aus

1. den aufwandsgleichen Grundkosten und
  2. den kalkulatorischen Kosten
- zusammen.

<sup>33</sup> Mayer, NZS 2008, 639 (641); vgl. Wöhe, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 24. Aufl. (2010), S. 938 f., 946 f., 950 f.; Eisele/Knobloch, Technik des betrieblichen Rechnungswesens, 8. Aufl. (2011), S. 812, 821 ff.

<sup>34</sup> Schmalenbach, Kostenrechnung und Preispolitik, 1963, S. 6.

## 2. Vollständige Kostenerfassung anhand der Kostenartenrechnung

Zur vollständigen Erfassung der Gesamtkosten einer Periode bedient sich die Betriebswirtschaftslehre der Kostenartenrechnung.<sup>35</sup> Ausgangspunkt zur Erstellung einer Kostenartenrechnung ist die Gewinn- und Verlustrechnung (GuV).<sup>36</sup> Allerdings endet die Kostenartenrechnung nicht mit dem hier ausgewiesenen Aufwand, der als jede Wertminderung der Periode definiert wird,<sup>37</sup> sondern umfasst auch die kalkulatorischen Kosten. Diese werden in die Anderskosten, denen Aufwand in anderer Höhe gegenübersteht (kalkulatorische Abschreibungen und kalkulatorische Wagnisse), und die Zusatzkosten, denen kein Aufwand gegenübersteht (kalkulatorische Zinsen, kalkulatorischer Unternehmerlohn und kalkulatorische Miete), unterschieden.<sup>38</sup> Während die Anderskosten und damit auch die kalkulatorischen Wagniskosten zum Aufwand gehören, sind die Zusatzkosten vom Aufwand nicht umfasst.<sup>39</sup>

## 3. Allgemeines Unternehmerrisiko – spezielle Einzelwagnisse

Jede betriebswirtschaftliche Unternehmung ist mit Risiken verbunden und kann damit zu Verlusten führen. Man differenziert zwischen dem allgemeinen Unternehmerrisiko und den speziellen Einzelwagnissen. Während das allgemeine Unternehmerrisiko (z.B. Wettbewerbsverschärfung, rückläufige Neueinzüge) unkalkulierbar ist, gehören die speziellen Einzelwagnisse (z.B. Forderungsausfälle, Gewährleistungsansprüche Dritter, Unfallschäden) zu den aperiodisch auftretenden Begleiterscheinungen des betrieblichen Leistungsprozesses.<sup>40</sup>

## 4. Technik bei der Kalkulation von Wagniskosten

Würde man den aperiodischen Aufwand im Jahr seiner Entstehung als Kosten erfassen und in der Kalkulation berücksichtigen, so würde ein »Katastrophenjahr« auf die Kalkulation durchschlagen und diese verzerren. Um

35 Wöhe, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 24. Aufl. (2010), S. 938.

36 Wöhe (FN 35), S. 936.

37 Wöhe (FN 35), S. 700.

38 Wöhe (FN 35), S. 702, 946.

39 Eisele/Knobloch, Technik des betrieblichen Rechnungswesens, 8. Aufl. (2011), S. 794.

40 Eisele/Knobloch (FN 39), S. 821 f.

dies zu vermeiden, wird der aperiodisch auftretende Aufwand als neutraler Aufwand, der nicht in die Kostenrechnung gelangt, verbucht und es werden stattdessen kalkulatorische Wagniskosten zur Abdeckung der speziellen Einzelwagnisse berücksichtigt. Die kalkulatorischen Wagniskosten sollten dabei so bemessen werden, dass sie auf lange Sicht den aperiodisch auftretenden Aufwand abdecken.<sup>41</sup>

Das allgemeine Unternehmerrisiko wird bei gewerblicher Tätigkeit als Teil des Betriebsgewinns abgegolten. Dies kann bei frei-gemeinnützigen Einrichtungsträgern allerdings nicht gelten, da diese einen Gewinn im eigentlichen Sinn nicht kalkulieren. Jedoch kann man das allgemeine Unternehmerrisiko in diesem Fall nicht einfach negieren, sondern es muss ebenfalls in Gestalt des kalkulatorischen Wagniszuschlages in die Kalkulation einfließen.<sup>42</sup>

## **V. Der Wagniszuschlag in der Rechtsprechung und Schiedsstellenpraxis**

### *1. Der Wagniszuschlag in der Schiedsstellenpraxis*

Soweit sich Schiedsstellen nach § 76 SGB XI bereits mit der Frage nach dem Wagniszuschlag befasst haben, wurde dessen grundsätzliche Daseinsberechtigung, soweit ersichtlich, weitgehend anerkannt. Allerdings gibt es in der Schiedsstellenpraxis unterschiedliche Auffassungen darüber, in welchen Fällen er in Ansatz gebracht werden kann, welche Anforderungen der Einrichtungsträger hinsichtlich der Plausibilisierung der kalkulierten Risiken zu erfüllen hat und schließlich, in welcher Höhe ein kalkulierter Wagniszuschlag wirtschaftlich angemessen sein kann.

Sowohl die Schiedsstelle in Baden-Württemberg<sup>43</sup> als auch die Schiedsstelle in Sachsen<sup>44</sup> rechtfertigen den Wagniszuschlag alleine aus abstrakt generalisierenden Erwägungen heraus. Eine besondere Darlegung der sich in der Vergangenheit tatsächlich realisierten Risiken fordern beide Schiedsstellen nicht. Die mit dem Betrieb eines Pflegeheims typischerweise einhergehenden Risiken seien auf betriebswirtschaftlicher Grundlage zu bewerten und bei der Bemessung der Pflegesätze zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Höhe des Wagniszuschlages seien verschiedene Parameter, wie etwa die

41 *Wöbe* (FN 35), S. 950 f.; vgl. *Eisele/Knobloch* (FN 39), S. 822.

42 A. A. *Gürtner* in: *Kasseler Kommentar, Losebl.* (Stand: Juli 2009), § 84 SGB XI, Rdnr. 7.

43 Schiedsstelle nach § 76 SGB XI für Baden-Württemberg, Beschluss vom 13. Oktober 2010 – 11/10, unveröff.

44 Schiedsstelle nach § 76 SGB XI für Sachsen, Beschluss vom 24. März 2011, unveröff.

Größe der Einrichtung und deren Jahresbudget, aber auch die Einführung der Einrichtung am Markt berücksichtigungsfähig. Maßstab könnten aber ebenso die gesetzlich pauschalierten Gewinnerwartungen oder andere Zinswerte sein. Unabhängig von den Besonderheiten des konkreten Einzelfalls könne man von mindestens 2 % der Gestehungskosten ausgehen, so die Schiedsstelle in Sachsen, die hier einen Ermessensspielraum eröffnet sieht. Die Schiedsstelle in Baden-Württemberg orientiert sich bei der Bemessung des Wagniszuschlags an den Unternehmen der öffentlichen Hand und geht dabei davon aus, dass diese in ihre Wirtschaftspläne eine erstrebte Umsatzrendite von 2 % bis 4 % aufnehmen und diese auch erzielen müssen, wenn das Unternehmen längerfristig seinen unternehmerischen Auftrag ohne Insolvenzgefahr erfüllen soll. Demgegenüber hat die Schiedsstelle nach § 76 SGB XI in Hessen<sup>45</sup> zwar die Berechtigung eines Kalkulationszuschlags für das zu tragende Unternehmerrisiko grundsätzlich anerkannt, jedoch im konkreten Einzelfall festgestellt, dass Kostensteigerungen bereits in der Kalkulation antizipiert und zusätzliche Wagniskosten daher nicht ohne weiteres erklärbar seien.

## 2. Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Wagniszuschlag

Der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts sind einige allgemeine, knapp gehaltene Aussagen zum Wagniszuschlag zu entnehmen. Bereits im Jahr 2000 hatte der dritte Senat die Daseinsberechtigung des Wagniszuschlags grundsätzlich bestätigt,<sup>46</sup> jedoch war dieser mit dem damals favorisierten Marktpreismodell nicht kompatibel. Lediglich für den Fall, dass ein Marktpreis nicht ermittelt werden kann, seien die Kosten des Heimträgers bei wirtschaftlicher Betriebsführung heranzuziehen, um unter Zuschlag einer angemessenen Vergütung, unter anderem des zu tragenden Unternehmerrisikos, eine leistungsgerechte Vergütung zu ermitteln. Das Bundessozialgericht hat somit bereits mit dem Marktpreisurteil anerkannt, dass die leistungsgerechte Vergütung einen angemessenen Wagniszuschlag beinhaltet. Allerdings konstatierte das Gericht damals, dass es an geeigneten Maßstäben zur Festlegung einer angemessenen Höhe des Wagniszuschlags fehle. Wenn auch unter kritischen Vorbehalten, schlug der dritte Senat eine Anknüpfung an sonstige Kapitalanlagen vor.

45 Schiedsstelle nach § 76 SGB XI für Hessen, Beschluss vom 2. Dezember 2010 – 2/10, unveröff.

46 BSG (FN 4).

Anders als dem Marktpreismodell, ist die Frage nach dem Wagniszuschlag dem auf dem betriebswirtschaftlichen Aufwand einer Einrichtung beruhenden Stufenmodell immanent. Es verwundert daher, dass den Urteilen des Bundessozialgerichts zum Stufenmodell keine vertiefenden Aussagen zum Wagniszuschlag zu entnehmen sind. Die als Leitsatz formulierte Aussage

*»Eine Vergütung für stationäre 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.«<sup>47</sup>*

wird im weiteren Verlauf der Entscheidungsgründe hinsichtlich der angemessenen Vergütung des Unternehmerrisikos weder begründet noch erläutert.<sup>48</sup> Insbesondere bleibt offen, welche Anforderungen an die Plausibilisierung und die wirtschaftliche Angemessenheit eines kalkulierten Wagniszuschlags zu stellen sind.

### *3. Der Wagniszuschlag im Spiegel der Landessozialgerichte*

Zunächst hatte das Landessozialgericht Hessen im Jahr 2006 das »Marktpreisurteil« vorsichtig weiterentwickelt, die Ermittlung der prospektiven Selbstkosten gefordert und dabei auch Raum für einen Wagniszuschlag gelassen. Allerdings setzt das Gericht den Wagniszuschlag unzutreffend mit einem kalkulatorischen Gewinn gleich.<sup>49</sup>

Auch das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg<sup>50</sup> geht nur knapp auf die Frage nach dem Wagniszuschlag ein. Zwar bringt die Entscheidung eine Orientierung an gesetzlich pauschalierten Gewinnerwartungen, wie etwa an den gesetzlichen Verzugszinsen, als Maßstab für die Vergütung des Unternehmerrisikos in die Diskussion ein, verkennt dabei jedoch, dass auch nicht gewinnorientiert arbeitende Einrichtungsträger ein zu vergütendes Unternehmerrisiko zu tragen haben.

47 BSG (FN 1), Rdnr. 24.

48 Vgl. *Bieback*, Anm. z. BSG, Urteil vom 29. Januar 2009 – B 3 P 7/08 R –, jurisRR-SozR 21/2009, S. 7 (10).

49 LSG Hessen, Urteil vom 26. Januar 2006 – L 8/14 P 18/04, openjur 2012, 27037.

50 LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 29. Oktober 2009 – L 27 P 46/08, BeckRS 2010, 65324.

Soweit ersichtlich, hat sich schließlich mit dem Landessozialgericht Baden-Württemberg<sup>51</sup> erstmals ein Sozialgericht auch substantziell mit dem Wagniszuschlag befasst. Das Gericht fordert im Rahmen der Plausibilitätsprüfung von der Einrichtung die Benennung konkreter Ereignisse aus der Vergangenheit, aus denen eine gewisse Wahrscheinlichkeit eines gesteigerten Risikos hätte abgeleitet werden können. Lediglich allgemeine Betriebsrisiken könnten einen Risikozuschlag nicht rechtfertigen, sondern seien durch eine entsprechend vorausschauende Kalkulation mit den prospektiven Gestehungskosten abzudecken. Mit der Aufzählung allgemeiner Betriebsrisiken sei weder der Plausibilität Genüge getan, noch sei eine Prüfung der wirtschaftlichen Angemessenheit durchführbar. Diese Begründung trägt allerdings nicht, wie die folgenden Betrachtungen zeigen werden.

## VI. Generell abstrakter Maßstab zur Bewertung der Plausibilität des kalkulierten Wagniszuschlags

Orientiert man sich weiterhin am Stufenmodell des Bundessozialgerichts,<sup>52</sup> stellt sich die Frage, wie ein kalkulierter Wagniszuschlag auf der ersten Stufe der vorzunehmenden Prüfung plausibel und nachvollziehbar dargestellt werden kann.

### 1. Wann ist eine Kalkulation plausibel?

Die Anforderungen, die an die Plausibilität einer Kalkulation zu stellen sind, sind in der Praxis oft strittig. Einige Kostenträger fordern regelhaft bereits bei Verhandlungsaufforderung, Einsicht in die Personallisten oder die Gewinn- und Verlustrechnung zu nehmen. Derart weitgehende und undifferenzierte Eingriffsbefugnisse gibt jedoch das Gesetz nicht her und können auch aus der Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 29. Januar 2009<sup>53</sup> nicht abgeleitet werden.

Bereits § 85 Abs. 3 Satz 3 SGB XI differenziert zwischen Nachweisen, die stets bei Pflegesatzverhandlungen zu erbringen sind, und zusätzlichen Unterlagen und Auskünften, die nur zu erteilen sind, soweit dies zur Be-

51 LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 11. November 2011 – L 4 P 1629/10 KL, in diesem Heft der RsDE, S. 66 (nicht rechtskräftig, die Revision ist beim BSG unter dem Az. B 3 P 2/12 R anhängig).

52 BSG (FN 1), Rdnr. 22.

53 Vgl. BSG (FN 1), Rdnr. 25 f., 39.

urteilung der Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit »im Einzelfall erforderlich« ist. Das Bundessozialgericht hat die so abgestuften Nachweispflichten weiter definiert und erläutert.<sup>54</sup> Es lassen sich folgende Aussagen zusammenfassen:

a) Allgemeine Nachweispflichten

Alle Pflegeheime haben im Rahmen der Plausibilitätsprüfung geeignete Nachweise zu erbringen, welche die Kostenstruktur des Pflegeheims erkennen und eine Beurteilung der Wirtschaftlichkeit zulassen. Die Kostenkalkulation ist hinreichend zu belegen und muss tatsächlich nachvollziehbar sein. Diesem Plausibilitätserfordernis wird etwa genügt, wenn Kostensteigerungen auf normale Lohn- oder Sachkostensteigerungsraten begrenzt sind.

Das Bundessozialgericht geht dabei erkennbar von einem Grundsatz aus, der sich durch das gesamte Vergütungsrecht des Sozialgesetzbuchs zieht,<sup>55</sup> nämlich der »Vermutung für die Richtigkeit der Vorvereinbarung«. Für das Pflegesatzverfahren hat das Landessozialgericht Baden-Württemberg<sup>56</sup> diesen Grundsatz ausdrücklich bekräftigt. Hieraus lässt sich ableiten, dass die Entwicklung im Vergleich zur letzten Vergütungsvereinbarung Ausgangspunkt der Plausibilitätsprüfung sein muss. Kann die Einrichtung gewünschte Vergütungssteigerungen mit normalen Kostenentwicklungen erklären, wozu allgemeine statistische Auswertungen heranzuziehen wären, ist der Plausibilität Genüge getan.<sup>57</sup>

b) Spezielle Nachweispflichten im Einzelfall

Nur dann, wenn die Angaben des Pflegeheims für eine abschließende Plausibilitätskontrolle nicht ausreichen, sind nach § 85 Abs. 3 Sätze 3 und 4 SGB XI zusätzliche Unterlagen vorzulegen und/oder Auskünfte zu erteilen. Dies kann von der weiteren Konkretisierung der zu erwartenden Kostenlast über die Angabe von Stellenbesetzungen und Eingruppierungen bis zu pflegesatzerheblichen Auskünften zum Jahresabschluss reichen. Eine solche Vorlagepflicht besteht jedoch nur, soweit dies zur Beurteilung der

54 BSG (FN 1).

55 Vgl. zum Vertragsarztrecht: BSG, Urteil vom 16. Juli 2003 – B 6 KA 29/02 R, SozR 4-2500 § 85 Nr. 3, Rdnr. 31.

56 LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 5. März 2010 – L 4 P 4532/08 KL.

57 Vgl. auch *Bieback*, Anm. z. BSG, Urteil vom 29. Januar 2009 – B 3 P 7/08 R –, jurisRR-SozR 21/2009, S. 7 (11), der weitere Detailfragen zum Konzept der Plausibilitätsprüfung erörtert.

Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit eines Pflegeheims im Einzelfall erforderlich ist.

c) Wann liegt ein Einzelfall mit höheren Nachweispflichten vor?

Zur Beurteilung der Frage, in welchen Fällen eine abschließende Plausibilitätskontrolle anhand statistischer Auswertungen möglich bzw. in welchen Fällen die Vorlage der oben genannten weiteren Unterlagen im Einzelfall erforderlich ist, kommt es entscheidend darauf an, was unter einer Plausibilitätsprüfung zu verstehen ist und was die Plausibilitätsprüfung bezweckt.

Bereits nach dem Wortsinn meint die Plausibilität nicht die letzte mathematische Richtigkeit. Plausibilität bedeutet so viel wie Stimmigkeit, Glaubwürdigkeit.<sup>58</sup> Das Wort wird benutzt, um eine Aussage über die richtige Größenordnung von gemessenen oder berechneten Werten zu machen. Die Plausibilitätskontrolle, auch Plausibilitätsprüfung, ist eine Methode, mit der ein Wert überschlagsmäßig daraufhin überprüft wird, ob er überhaupt plausibel, also annehmbar, einleuchtend oder nachvollziehbar sein kann oder nicht. Es kann nicht immer die Richtigkeit des Wertes oder des Ergebnisses verifiziert werden, sondern es soll eine ggf. vorhandene offensichtliche Unrichtigkeit erkannt werden.<sup>59</sup>

Das Leistungserbringerrecht kennt unter § 106a SGB V eine gesetzlich normierte Plausibilitätsprüfung. Nach dieser sind ärztliche Abrechnungen z.B. dann unplausibel, wenn eine Quartalsarbeitszeit von 780 Stunden überschritten wird. Für eine Plausibilitätsprüfung ist es also gerade typisch und charakterisierend, dass kalkulierte Werte auf der Grundlage von generell-abstraktem statistischem Zahlenmaterial überprüft werden.

Die Plausibilitätsprüfung dient dem Zweck, die Kostenkalkulation daraufhin zu kontrollieren, ob diese nachvollziehbar ist. In Abgrenzung zu der nach § 79 SGB XI speziell anzuordnenden Wirtschaftlichkeitsprüfung erfolgt keine Tiefen- oder Einzelfallprüfung. Eine mathematisch-rechnerische Richtigkeit wird nicht verlangt. Soweit die kalkulierten Kosten auf der Grundlage der letzten Vereinbarung und statistisch belegten Kostenentwicklungen oder im Vergleich zu den Werten anderer Einrichtungen in diesem Sinn plausibel sind, können weitergehende Unterlagen nicht gefordert werden. Zusammenfassend lässt sich daher feststellen: Die Nachweispflichten eines Pflegeheims reichen umso weiter, je erheblicher die gefor-

58 Aus lat. *plaudere* = Beifall klatschen; *plausibilis* = beifallwürdig.

59 [www.wikipedia.de](http://www.wikipedia.de) zu den Begriffen »Plausibilität« und »Plausibilitätskontrolle« (Stand: 26. September 2012).

derte Vergütungssteigerung im Verhältnis zu allgemeinen und spezifischen Preissteigerungen und je höher die begehrte neue Vergütung ausfällt.<sup>60</sup>

## *2. Wie wird ein kalkulatorischer Wagniszuschlag plausibel gemacht?*

Die aufgezeigten Anforderungen an die Plausibilität können auch auf den Wagniszuschlag übertragen werden, wobei allerdings im Vergleich zu den übrigen kontinuierlich auftretenden Kosten dessen Besonderheiten berücksichtigt werden müssen. Risiken zeichnen sich nämlich gerade dadurch aus, dass ihr Eintritt unvorhersehbar ist und aus der Realisierung oder ausbleibenden Realisierung in der Vergangenheit nicht auf deren Eintritt in der Zukunft geschlossen werden kann. Die Situation ähnelt der eines Münzwurfs: Ist bereits zehnmal hintereinander »Wappen« geworfen worden, erhöht diese Tatsache beim elften Wurf weder die Wahrscheinlichkeit, dass nun eine »Zahl« fällt, noch kann sie als Beleg dafür herhalten, dass erneut »Wappen« fallen wird. Anders als bei den übrigen Kosten kann die Plausibilität eines kalkulierten Wagniszuschlags also nicht dadurch ermittelt werden, dass die Kosten des abgelaufenen Pflegesatzzeitraums fortgeschrieben werden. »Normale Kostensteigerungen« gibt es beim Wagniszuschlag nicht, vielmehr sind die sich tatsächlich realisierenden Wagnisse erheblichen Schwankungen unterworfen. Der Wagniszuschlag dient gerade dazu, diese aperiodisch auftretenden Ereignisse aus dem normalen Aufwand herauszunehmen und die Schwankungen durch eine regelmäßige Kalkulationsgröße langfristig auszugleichen.

Die Plausibilität des Wagniszuschlags ist daher anhand eines generell-abstrakten Maßstabs zu ermitteln. Diese Möglichkeit eröffnet auch das Bundessozialgericht, indem es von den Kostenträgern fordert, die vorgelegte Kalkulation in sich und ggf. auch im Vergleich mit den Werten anderer Einrichtungen auf Schlüssigkeit und Plausibilität zu überprüfen.<sup>61</sup> Erst dann, wenn die kalkulierten Wagniszuschläge über ein normales, die Pflegeheime typischerweise treffendes Maß sich realisierender Risiken hinausgeht, kann vom Einrichtungsträger unter Darlegung der aperiodisch auftretenden Kosten der Vergangenheit eine weitere Substanziierung gefordert werden. Aufgrund der Funktion des Wagniszuschlags, einen langfristigen Ausgleich zu

<sup>60</sup> *Iffland*, *Altenheim* 1/2012, 30 (31).

<sup>61</sup> BSG (FN 1), Rdnr. 39.

schaffen, ist in diesem Fall aber zumindest ein Zeitraum von fünf Jahren zugrunde zu legen.<sup>62</sup>

### 3. Zur Höhe eines Ausgleichs der sich typischerweise realisierenden Risiken

Eine Bezifferung des Wertes der sich typischerweise in einem Pflegeheim realisierenden Risiken ist schwer. Belastbare und statistisch fundierte Untersuchungen existieren, soweit ersichtlich, nicht. Die vom Bundessozialgericht vorgeschlagene Anknüpfung an sonstige Kapitalanlagen<sup>63</sup> und auch die vom Landessozialgericht Berlin-Brandenburg in die Diskussion eingeführte analoge Anwendung gesetzlich pauschalierter Gewinnerwartungen, wie etwa der Verzugszinsen<sup>64</sup>, können nicht vollständig überzeugen. Hier werden abweichende Situationen und Interessenslagen bewertet, sodass diese Instrumente ein auf anderem Weg gefundenes Ergebnis lediglich verifizieren können.

Den Schiedsstellen ist ein nur beschränkt überprüfbares Ermessen zur Beurteilung der Höhe der sich in einem Pflegeheim typischerweise realisierenden Risiken eingeräumt.<sup>65</sup> Dabei ist es sachgerecht, sich an gesetzlichen Vorgaben und Pauschalierungen für die Bewertung des Wagniszuschlags in anderen Märkten zu orientieren. So kann z.B. nach § 29 Satz 2 Zweite Berechnungsverordnung<sup>66</sup> das Mietausfallwagnis auf 2 % der jährlich laufenden Aufwendungen kalkuliert werden, ohne dass es einer Darlegung der sich konkret realisierenden Risiken bedarf. Auch die Preisermittlung der Gas- und Stromwirtschaft ist staatlich reglementiert. Die Höhe des Zuschlags zur Abdeckung branchenbezogener unternehmerischer Wagnisse wird hier anhand der Verhältnisse auf den Kapitalmärkten und der Bewertung der Betreiber auf diesen Märkten sowie der durchschnittlichen Verzinsung des Eigenkapitals in der Branche ermittelt, wobei auch die beobachteten und quantifizierbaren unternehmerischen Wagnisse in die Be-

62 Vgl. auch: Ziff. 5.3.4 (Wagnisse) der Allgemeinen Hinweise des Finanzministeriums zum Landesgebührengesetz Baden-Württemberg vom 15. August 2005 (GABl. Nr. 14, S. 786).

63 BSG (FN 4), II. 7 der Gründe.

64 LSG Berlin-Brandenburg (FN 50).

65 BSG in ständiger Rspr., z.B. BSG (FN 4), II, 6.; BSG (FN 1), Rdnr. 41 f.

66 Verordnung über wohnwirtschaftliche Berechnungen nach dem Zweiten Wohnungsbau-gesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Oktober 1990 (BGBl. I S. 2178), zuletzt geändert durch Art. 78 Abs. 2 des Gesetzes vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2614).

wertung einfließen sollen (§ 7 Abs. 5 GasNEV<sup>67</sup>; § 7 Abs. 5 StromNEV<sup>68</sup>). Schließlich ist auch die Interessenlage des öffentlichen Preisrechts, das bei Leistungen aufgrund öffentlicher Aufträge zur Anwendung kommt,<sup>69</sup> mit der Situation einer Pflegesatzverhandlung vergleichbar. Bei der Kalkulation von Selbstkostenfestpreisen, die prospektiv auf Basis kalkulatorischer Gestehungskosten vereinbart werden, sind Wagniszuschläge in Höhe von 3 % anerkannt.<sup>70</sup>

Bei Anwendung der genannten Kriterien ist es m.E. sachgerecht, aber nicht zwingend, einen Wagniszuschlag in Höhe von zumindest 2 % der kalkulierten Gesamtkosten ohne weiteren Nachweis als plausibel anzuerkennen. Dies entspricht in analoger Anwendung § 29 Satz 2 Zweite Berechnungsverordnung und lehnt sich an die Untergrenze der Spannbreite der in den Ausführungsverordnungen zu den Landespflegegesetzen genannten Eigenkapitalverzinsungen an.<sup>71</sup> Auch die Einbringung von Eigenkapital ist mit Risiken behaftet, der Eigenkapitalzins ein Gegenwert dafür, dass der Einrichtungsträger bereit ist, Kapital trotz des Risikos zu investieren. Darüber hinausgehende Wagniszuschläge sind nach hier vertretener Auffassung nicht von vornherein unplausibel, aber vom Einrichtungsträger durch konkrete Darlegung einer erhöhten Risikolage zu begründen. Werden dabei vergangenheitsbezogene Vergleiche vorgenommen, ist von einem mehrjährigen, zumindest fünfjährigen Betrachtungszeitraum auszugehen.

67 Gasnetzentgeltverordnung vom 25. Juli 2005 (BGBl. I S. 2197), zuletzt geändert durch Art. 5 der Verordnung vom 3. September 2010 (BGBl. I S. 1261).

68 Stromnetzentgeltverordnung vom 25. Juli 2005 (BGBl. I S. 2225), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 28. Juli 2011 (BGBl. I S. 1690).

69 Vgl. § 3 Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953 (BAnz Nr. 244 vom 18. Dezember 1953).

70 Vgl. OVG Münster, Urteil vom 24. Juni 2008 – 9 A 373/06, DVBl. 2008, 1138 L; zuletzt: OVG Lüneburg, Urteil vom 17. Juli 2012 – 9 LB 187/09, Rdnr. 51 m.w.N.

71 Die Ausführungsverordnungen zu den Landes-Pflegegesetzen der Länder sehen berücksichtigungsfähige Eigenkapitalzinsen in einer Spannbreite von 2 % (vgl. § 12 Abs. 2 Satz 4 PflhVO Sachsen) bis zu 5 % (vgl. § 6 Abs. 5 PflEinrV Hessen) vor. In vielen Ländern (z.B. Bayern, Brandenburg, Niedersachsen) können 4 % Eigenkapitalzinsen angesetzt werden.

## VII. Kriterien zur Bemessung der wirtschaftlichen Angemessenheit des Wagniszuschlags

### 1. Kritik an dem vom BSG entwickelten Prüfungsschema

Nach den Kriterien des Bundessozialgerichts sollen plausibel kalkulierte Kosten unter Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 35 Abs. 5 Satz 4 SGB V per se nur dann wirtschaftlich angemessen sein, wenn sie sich im unteren Drittel vergleichsweise ermittelter Pflegesätze bewegen.<sup>72</sup> Oberhalb des unteren Drittels vergleichbarer Pflegevergütungen könne eine plausible Kalkulation nur insoweit als wirtschaftlich angemessen bewertet werden, als die Einrichtung Gründe für einen höheren Pflegesatz aufzeigt und diese wirtschaftlicher Betriebsführung entsprechen.<sup>73</sup>

Soweit das Bundessozialgericht ausführt, Gründe für einen als wirtschaftlich angemessenen höheren Aufwand könnten sich insbesondere aus Besonderheiten im Versorgungsvertrag der Einrichtung ergeben,<sup>74</sup> verkennt es, dass die Versorgungsverträge in den Bundesländern mit Ausnahme der Plätzahlen überwiegend mit identischem Inhalt abgeschlossen werden. Eine wesentliche Leistungspreizung ist nicht festzustellen. Insofern sind die vom Bundessozialgericht als berücksichtigungsfähig bezeichneten Gründe wirtschaftlich angemessener Entgelte oberhalb des unteren Drittels weitgehend auf die tarifliche Entlohnung der Mitarbeiter beschränkt, was – konsequent angewandt – zu einer Abwärtsspirale der Pflegesätze führen würde. Außerdem ist bislang ungeklärt, welche Auswirkungen es auf die wirtschaftliche Angemessenheit der übrigen Kostenpositionen hat, wenn eine einzelne Position als wirtschaftlich angemessen anzuerkennen ist.

### 2. Kriterien zur Bewertung der wirtschaftlichen Angemessenheit

#### a) Abgestufte Bewertung anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Es ist also zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen auch plausibel kalkulierte Sach- und Wagniskosten Vergütungen oberhalb des unteren Drittels rechtfertigen können. Hierbei kann auf den externen Vergleich zurückgegriffen werden. Der externe Vergleich dient nicht dazu, Preisspan-

72 BSG (FN 1), Rdnr. 34 f.

73 BSG (FN 1), Rdnr. 36.

74 BSG (FN 1).

nen oder eine Obergrenze vereinbarungsfähiger Pflegesätze zu ermitteln. Er stellt vielmehr ein Regulativ in einem System widerstreitender Interessen dar. Dies ergibt sich aus dem wegen des Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die Anforderungen an die wirtschaftliche Angemessenheit der Pflegesätze sind umso größer, je höher die geforderten Pflegesätze im externen Vergleich liegen. Während im mittleren Bereich nach hier vertretener Auffassung vernünftige unternehmerische Entscheidungen ausreichen, um die plausibel kalkulierte Kostenstruktur zu rechtfertigen, sind im oberen Bereich und darüber hinaus wirtschaftliche Zwänge oder betriebswirtschaftliche Selbstverständlichkeiten zu fordern.<sup>75</sup>

### b) Positionsbezogene Betrachtungsweise

Es ist generell bereits zu überlegen, ob die kalkulierten Entgelte oder aber die einzelnen Kostenpositionen der Kalkulation auf ihre wirtschaftliche Angemessenheit hin zu prüfen sind.

Die wirtschaftliche Angemessenheit der Gesamtkalkulation kann nicht vom Zutreffen dieses Kriteriums im Hinblick auf eine Einzelposition abhängig gemacht werden. So nimmt z.B. die als wirtschaftlich angemessen anerkannte Tarifbindung die kalkulierten Sachkosten nicht automatisch in die Wirtschaftlichkeit mit. Allerdings kann es auch nicht leistungsgerecht sein, wenn sich die Sachkosten in diesem Beispiel wegen der bereits durch die Tarifbindung veranlassten Einreihung in das obere Drittel des externen Vergleichs höheren Anforderungen an die wirtschaftliche Angemessenheit stellen müssten oder gar zum Ausgleich für die vermeintlich hohen Personalkosten nicht vollständig anerkannt werden könnten. Leistungsgerechtigkeit und wirtschaftliche Betriebsführung können nur dann zutreffend bewertet werden, wenn man die einzelnen Positionen der Kalkulation getrennt voneinander betrachtet.

### 3. Anwendung der Kriterien auf den kalkulierten Wagniszuschlag

Die wirtschaftliche Angemessenheit des Wagniszuschlags ist unabhängig von der Frage zu bewerten, ob bereits andere kalkulierte Einzelpositionen Pflegesätze im mittleren oder oberen Segment des externen Vergleichs rechtfertigen. Weiterhin wird sich ein Rest an unternehmerischen Risiken selbst

<sup>75</sup> Iffland, *Altenheim* 3/2012, 58 (59).

bei wirtschaftlichster Betriebsführung und vorausschauender Planung im langjährigen Mittel nicht vermeiden lassen. Daher ist – wie bei allen anderen dem Grunde nach anerkannten Kostenpositionen auch – ein gewisser Basissatz für das unternehmerische Wagnis stets als wirtschaftlich angemessen anzuerkennen.

Die Höhe dieses Basissatzes muss auf den Wert festgelegt werden, der auch als Ausgleich für das sich in einem Pflegeheim typischerweise realisierende Risiko ohne weiteren Nachweis als plausibel anerkannt wird.<sup>76</sup> Denn warum sollte eine Position wirtschaftlich unangemessen sein, wenn sie ohne weiteren Nachweis plausibel, d.h. an sich bereits als branchentypisch nachvollziehbar ist? Ist darüber hinaus die wirtschaftliche Angemessenheit des kalkulierten Wagnisses zu prüfen, so sind taugliche Gründe für die Überschreitung des allgemeinen Wagnisses u. a., dass die Mitarbeiter aufgrund der versorgten Klientel außergewöhnlich stark belastet sind, wegen der hohen Quote an Selbstzahlern ein erhöhtes Ausfallrisiko<sup>77</sup> vorliegt oder sich der regionale Wettbewerb stark verändert.

## VIII. Zusammenfassung

1. Mit dem Betrieb eines Pflegeheims sind Risiken verbunden, deren Realisierung prospektiv nicht exakt kalkulierbar ist.
2. Dem Kriterium der Leistungsgerechtigkeit ist gegenüber den weiteren gesetzlichen Anforderungen zur Bemessung der Pflegesätze eine zentrale Stellung zugewiesen. Dies folgt aus dem Wortlaut und der systematischen Stellung im Rahmen des § 82 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI.
3. Von Leistungsgerechtigkeit kann nur dann gesprochen werden, wenn alle mit der Leistung verbundenen Kosten in die Kalkulation einbezogen werden. Hierzu gehören auch kalkulatorische Wagniskosten.
4. Die auf der ersten Stufe der Bewertung leistungsgerechter Pflegesätze zu prüfende Plausibilität erfordert in Abgrenzung zur Wirtschaftlichkeitsprüfung nach § 79 SGB XI keine Tiefen- oder Einzelfallprüfung, es muss keine letzte rechnerisch-mathematische Richtigkeit belegt werden. Die Nachweispflichten eines Pflegeheims reichen umso weiter, je erheblicher die geforderte Vergütungssteigerung und je höher die begehrte neue Vergütung ausfällt.

<sup>76</sup> Vgl. oben VI., 3.

<sup>77</sup> S. dazu: Frings, SozialRecht aktuell 2012, 137 (139 f.).

*Der Wagniszuschlag als Bestandteil leistungsgerechter Pflegesätze*

5. Die Plausibilität eines kalkulatorischen Wagniszuschlags kann nicht anhand der eingetretenen Risiken der Vorperiode geprüft werden. Wagnisse zeichnen sich nämlich gerade dadurch aus, dass sie aperiodisch auftreten und sich nicht fortschreiben lassen.
6. Die wirtschaftliche Angemessenheit der kalkulierten Pflegesätze ist anhand abstrakter Kriterien stufenlos und für jede Kostenposition einzeln zu bewerten. Dabei sind im mittleren Bereich vernünftige unternehmerische Entscheidungen und im oberen Bereich und darüber hinaus wirtschaftliche Zwänge und unternehmerische Selbstverständlichkeiten zu fordern.
7. Es ist als plausibel und auch wirtschaftlich angemessen anzuerkennen, dass alle Pflegeheime im langjährigen Mittel ein Mindestmaß an Wagniskosten zu tragen haben. Dieses Mindestmaß kann auf 2 % des Gesamtumsatzes beziffert werden. Darüber hinausgehende Wagniskosten sind unter Darlegung einer erhöhten Risikolage zu begründen.