

# Gedanken zum angemessenen Zuschlag für das Unternehmerrisiko

Dr. Steffen Mälzer  
Rechtsanwalt  
[steffen@ramaelzer.de](mailto:steffen@ramaelzer.de)

I. Blick zurück: Gewinn zu Zeiten des BHSG

II. PflegeVG

III. Rückkehr zur Selbstkostendeckung ?

IV. Ideen

# BSHG 1961

- primär Kostenerstattungen für den Leistungsberechtigten
- § 93 Abs. 2 BSHG: Vereinbarungen waren „anzustreben“
- Kostensteuerung über Mehrkostenvorbehalt im Wunsch- und Wahlrecht, § 3 Abs. 2 BSH: keine unverhältnismäßige Mehrkosten
- seit 1984: Vereinbarung zwingend
  - Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit , Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit

# Pflegesatzvereinbarungen (PSV)

- PSV zumeist mit Einrichtungen der Wohlfahrt, später private
- Inhalte vorgeprägt: auf Landesebene  
Pflegesatzrahmenvereinbarungen
- Verbände der Wohlfahrtspflege, später auch privaten Verbänden
- Vereinbarungen LPSK

# Grundlage: Selbstkostendeckungsprinzip

*„Kosten im Sinne dieser Vereinbarung sind alle bei einer sparsamen Wirtschaftsführung unter Berücksichtigung der Aufgabenstellung der betreffenden Heime entstehenden Personal- und Sachkosten einschließlich des Substanzerhaltungsaufwandes.“*

*Ziff. § 4 Abs. 2 Allgemeine Vereinbarung der Pflegesatzkommission Nordrhein-Westfalen vom 01.03.1983, Hirnschützer, Pflegesätze Bd. II, S. 201.*

# keine echte Selbstkostendeckung

- im Voraus („entstehenden“) - Prospektivität
  - nachträgliche Ausgleiche zumeist ausgeschlossen
    - Spitzabrechnung nur bei speziellen Einrichtungen
- Budgetwirkung
- Selbstkostenblatt
- Problem: wenig Prüfrechte

# Andere Varianten

- Gruppenpflegsätze ohne Kostennachweise
- festgesetzte Vorgabewerte der LSPK
- möglich Spitzabrechnung
  - bspw. für Sonderkindergärten, Tagesbildungsstätten, Werkstätten für Behinderte, Ziff. 6.5.2 Vereinbarung über die Pflegesatzgestaltung in freigemeinnützigen, sozialen Einrichtungen in Niedersachsen, Hirnschützer, Pflegesätze Bd. II, S. 162.

# Struktur des Pflegesatzes

- Personal
- Verpflegung
- Fremdkapitalzinsen
- Eigenkapitalverzinsung str.
- kalkulatorische Kosten:
  - Abschreibungen , Instandhaltungen,
  - Wagnisse nur soweit versicherbar als Versicherungskosten
- Auslastungsrate und Abwesenheitsvergütungen

# Gewinne

- durch Unterschreitung Budget: Differenzgewinn (faktisch)-wenig Prüfrechte
- kalkulatorischer Gewinn ?
- unvereinbar mit postuliertem Selbstkostendeckung: kein Kostencharakter
  - keine Spalte im Selbstkostenblatt
- Wohlfahrt stellt sich die Frage nicht, für Private schon
- in NRW: kalkulatorischer Unternehmerlohn bis 86.000,00DM

# Kalkulatorischer Gewinn in der Rechtsprechung?

- Frage war nicht zu stellen, solange durch Kostenunterschreitung Überschuss möglich (OVG Lüneburg 1991, 4 A 25/86)
- OVG Lüneburg 1984, B 63/84: Prinzip der ökonomischen Realität beschränkt die Sparsamkeit: keine Unternehmer kann gezwungen werden, mit Verlust zu arbeiten
- Vereinbarkeit mit SKD ?
  - BVerwG 5 C 29/97: Grundsatz der Sparsamkeit entfaltet keine Sperrwirkung, wenn gewinnorientierte Anbieter mit kalkulatorischem Gewinn günstiger sind als die (ohne Gewinn) kalkulierenden freigemeinnützigen Anbieter

# Pflegeversicherungsgesetz 1994

- postulierte Abkehr von der SKD
  - Arg. keine Impulse zur Wirtschaftlichkeit, kostentreibend
- Marktprinzipien und Wettbewerb sollen für günstige Preise sorgen
- Prospektivität und Ausgleichsverbot: faktische Gewinne weiterhin durch Unterschreitung Budget möglich
- zwei Entscheidungen für Markt: Frage des Gewinns unerheblich
  - Marktpreisurteil, BSG 2000
  - marktgerechte Preis, BVerwG 1998
  - Probleme:
    - a.a. Refinanzierung Tariflöhne

# Paradigmenwechsel – BSG 2009

- Gestehungskosten im Blick
- Nachweisverpflichtung erhöht („Kostenansätze“)
  - (meist) keine Spalte für Risiko/Wagnisse in der Kalkulation
- Drittellösung
  - Besonderheiten im Versorgungsvertrag
- Schiedsverfahren wurden schwieriger
  - Vorlage geeigneter Unterlagen (Istkosten), § 85 Abs. 3 SGB XI
    - Überschüsse (verdeckte Aufschläge) konnten offen gelegt werden
  - kalkulatorischer Gewinn – hätte erklärt werden müssen
  - Besonderheiten ? Heimverträge ähnlich, (Standard – durch Rahmenverträge):Rechtfertigung in den beiden oberen Dritteln

# Sprung

- Verpflichtung und Nachweise der Zahlung von Tarif
- kein Wettbewerb über Löhne
- Rückkehr zur Selbstkostendeckung (?)
- externer Vergleich bei Personal nicht mehr möglich
- nur noch bei den Sachkosten
- Probleme im Schiedsverfahren:
  - erschwerter Kostenvergleich in Ländern, in denen linear gesteigert wird, mit Möglichkeit der Individualverhandlung
  - Vorlage der absoluten Zahlen(PsS i.eS.+ U+V)
  - notwendig wäre: Vorlage der Kosten (im Detail) anderer Einrichtungen im Detail (Beibringung durch die Kostenträger) – keine vollumfängliche Amtsermittlung (BSG aktuell)

# Zum Zuschlag (seit PSG III)

- an sich Klarstellung: Zuschlag für die angemessene Vergütung des Unternehmerrisikos, eines etwaigen zusätzlichen persönlichen Arbeitseinsatzes sowie einer angemessenen Verzinsung des Eigenkapitals ist st.Rspr.
- Gesetzgeber erwartet sich Lösung von Parteien oder Schiedsstelle, BT-Drucks. 18/10510, S. 117: bislang nicht (Hessen)
- oder LPSK - Richtigkeitsgewähr ?

# Bestimmung des Unternehmerrisikos

- ....nach der Rechtsprechung (muss) die Pflegevergütung der stationären Pflegeeinrichtung aber auch die Möglichkeit bieten, Gewinne zu erzielen. ....Wie diese Gewinnchance zu bemessen ist, hat der Gesetzgeber im Detail nicht vorgezeichnet, BT-Drucks. 18/10510, S. 117
- Gewinnchance – etymologische Klärung
  - Überschuss-Ertrag-Risiko
- die mit Überschüssen planende Einrichtung muss die Regel sein (Iffland)
  - nicht lediglich beim Ausbleiben von Risiken Überschuss
  - Grundsatz der gewinnorientierten Einrichtung (Gemeinnützigkeit steht Gewinnen nicht entgegen – müssen entsprechend verwendet werden)
- Probleme in Schiedsstelle:
  - soweit es Spalte „Wagnis“ gibt, nicht ausfüllen
  - seit BSG 2019 : u.a. Suche nach „verdeckten“ Gewinnen im Rahmen der vollständigen Amtsermittlung – Referenz nur Pflegesatz ohne U+V
  - aufgegeben, darüber nachzudenken – Verfahrensdauer LSG/BSG

# Was gehört nicht zum Zuschlag ?

- Eigenkapitalverzinsung –
- versicherbare Risiken – Versicherungsprämien sind Sachkosten
- sonstige Risiken-nächste Folie

# Typische Risiken

- Belegung unter Auslastungsrad
- Einhalten Fachkraftquote- muss mit Überhang geplant werden (Nettojahresarbeitszeit)
  - Entgeltfortzahlung
  - Leasingkräfte (zBsp.2 % auf Personalkosten) –Schiedsstelle: Bettenreduzierung
- Elternzeiten
- Abfindungen
- Forderungsausfälle bei Selbstzahlern
- gesetzgeberische Änderungen
- Bettenreduzierung wg. Personalmangel

# BSG 2013 B 3 P 2/12: Einzelrisiken sind Gestehungskosten

Differenziert:

(1) Allgemeine Risiken: allgemeine wirtschaftliche Lage, Nachfrage, unternehmerische Fehlentscheidungen

(2) konkrete aus betrieblichen Risiken resultierende Kostenbelastungen: sind wie Gestehungskosten zu behandeln

- Einzelrisiken müssen aus der Vergangenheit abgeleitet werden und dass sie im Durchschnitt mehrere Jahre (immer wieder) anfallen werden
- Gedanke aus der Betriebswirtschaft: die periodengerechte Verteilung (Glättung über mehrere Jahre)
- evtl. Problem mit Verbot von Verlustausgleichen- Impuls wie bei der SKD ?
  - Beschränkung auf nicht vermeidbare (unverschuldete) Verluste (Abfindungen eher nicht, Fehlentscheidungen) - Einzelfall

# BSG 2013, B 3 P 2/12 - Vorschläge

- umsatzbezogener Prozentsatz auf die Gestehungskosten oder Steuerung über die Auslastungsquote
- Auslastungsquote: Nettoeffekt
  - hat andere Funktion (ursprünglich): als Berechnungsrundlage (Planungssicherheit)
  - Überschreitung zieht auch erhöhte Kosten nach sich (Personal, Verbrauchskosten)
  - Unterschreitung führt nicht zu proportionalen Einsparungen (Fixkosten bleiben)
  - Schiedsstelle Ba-Wü: Mischung aus Auslastungsquote und umsatzbezogenen Prozentsatz
  - bislang keine Zahlen bekannt

# Was bleibt - Ideen

- Schiedsstelle hat weites Ermessen (Spielraum)
  - Erkenntnis: Zuschlag muss Etwas sein, dass Heimbetreiber genug Impuls erhält, das Unternehmen weiter zu betreiben (OVG Lüneburg 1984)
  - externer Vergleich beim Zuschlag?
    - individuelle Risikostruktur außerhalb der Einzelrisiken ?
    - generalisierender Ansatz – für alle gleich (im Bundesland/bundesweit): aus Wettbewerbsgründen
- Grenze: Methodengerechtigkeit als Richtigkeitsgewähr
- u.a. Suche in anderen Gesetzen; Anlehnungen an Idizes
  - zBsp. Verzugszins § 44 SGB I nicht analogiefähig

# betriebswirtschaftliche Bestimmung: IEGUS

- spezielle Einzelwagnisse (wie Gestehungskosten)
- allgemeines Unternehmerrisiko: Methode der Risikoaggregation und Erwartungswertbildung
- zw. 4-5 % (lokale Besonderheiten)
- BSG nicht kritisiert

# Umsatzrendite (Caritas)

- mittlere Umsatzrendite der letzten zehn Jahre
- Umsatzrendite: Erfolgsrechnung nichtfinanzieller Unternehmen (Monatsbericht der Bundesbank)-Gesamtmarkt
- Arg.: immer noch Markt –daher Anlehnung (Korrelation) an den Gesamtmarkt
- um Volatilität auszuschließen: Durchschnittswert Zeitreihe 10 Jahre
- Referenz: Umsatz

# Fortschreibung der Überschüsse der Vergangenheit

- verschiedene Zahlen aus verschiedenen Quellen: 1,5 – 2,8 %
  - ambulant größere Spannen
- Problem: Heime ohne oder mit geringen Überschüssen
- Unterschiedlichkeit
  - Ansatz: keinen individuellen Zuschlag
  - externer Vergleich ?

# Preisregulierung: PreisV 30/53

- anzuwenden bei öffentlichen Aufträgen, wenn keine Marktpreise feststellbar sind: Preise auf Selbstkostenbasis
- Leitsätze zur Ermittlung der Selbstkosten (LSP)
- kalkulatorischer Gewinn, Nr. 51 LSP in Form des branchenüblichen Ertrags
- Referenz: in Prozent auf die (Netto)-Selbstkosten (Umsatz), Nr. 52 Abs.1 S.1 LSP
- Analogiefähig ?
  - Ist Pflege ein echter Marktpreis – ist Pflege (noch) Markt ?
    - wenn nicht
    - Branchenüblichkeit

# Rechtliche Anlehnung an Indizes

- Netzentgeltrecht: Gasnetzentgeltverordnung – GasNEV, (StromNEV)
- BAG bei Anpassung der Betriebsrenten
- Gemeinsamkeit (vereinfachtes Modell aus der BWL: CAPM )
  - Mischung: risikolosem Basiszins + Risikozuschlag (Marktrisikoprämie)

# Netzentgeltrecht: GasNEV, StromNEV

- Preisregulierung des natürlichen Monopols des Netzbetreibers
- Höhe: so hoch, dass Impuls zur Investition und Aufrechterhaltung Qualität
- Referenz: Anlagenkapital (40 %)
- Bundesnetzagentur setzt fest – kann beklagt werden: OLG Düsseldorf
- für Regulierungsperiode 2018-2022: 6,91 %
- risikoloser Basiszins: Umlaufrendite (u.a. Anleihen der öffentlichen Hand)
- Risikozuschlag: Anlehnung an nationale und internationale Kapitalmärkte + durchschnittliche EKVZ ausländischer Betreiber, § 7 Abs. 5

# Analogie ?

- Obergriff Daseinsvorsorge
- Notwendigkeit der Preisregulierung
- was unterscheidet Heimbetreiber vom Netzbetreiber
- Monopol eher nicht – Nachfragekartell Kostenträger

# Adaption

- Referenz: Umsatz (PS + UV) statt Anlagevermögen
- Austausch internationale Kapital- und Energiemärkte mit dem Gesamtmarkt (Umsatzrendite) –Mitlaufen mit dem Markt
- Feinsteuerung über Angemessenheit: Zu- oder Abschlag (über mit oder unter dem Markt (in der BWL der Risikofaktor: über 1, 1 oder kleiner 1)
  - sicheres Geld – Sozialhilfe als Ausfallbürge
  - wenig Insolvenzen ?
  - Personalprobleme
  - Wachsender Markt- Demographie
  - wahrscheinlich unter dem Markt – „Sozialmarkt“ (Risikofaktor 0,7)
  - Stand 2019: 10 Jahresdurchschnitt Umlaufrendite: ca. 1,7 Umsatzrendite: ca.4,1
    - $5,8 \times 0,7 = 4,06 \%$

# BAG und die Eigenkapitalversicherung<sup>(zBsp. BAG AZR 146/99)</sup>

- Pflicht zur Anpassung der Betriebsrenten nach § 16 Abs. 1 BetrAVG Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung - BetrAVG)
- Pflicht entfällt, wenn Wettbewerbsfähigkeit gefährdet ist
- Gefährdung, wenn keine angemessene Eigenkapitalverzinsung
- Bestimmung: Basiszins (Umlaufrendite) + Risikozuschlag
- Risikozuschlag: einheitlich (starr) 2 %
- wenn darüber, dann Pflicht zur Anpassung
- Grenze, an der Sozialbindung des Eigentums beginnt

# Fazit

- Schiedsstellen
  - weites Ermessen (gerichtsfrei): Methodenrichtigkeit
- oder LPSK
- Idee: Bindung an einen Index oder Mischung aus Indizes mit Abschlag als Anpassung an den „sozialen“ Markt
- Einzelrisiken sind Gestehungskosten (wie BSG)
- Referenz: Umsatz (wie BSG)
- Istauslastung der Vorperiode
- Gesetzgeber ?