DORNHEIM
RECHTSANWÄLTE & STEUERBERATER

Angemessene Vergütung des Unternehmerrisikos – nach der Entscheidung 2019

Dr. Markus Plantholz
DORNHEIM Rechtsanwälte

Ausgangspunkt: Rechtsprechung und Schiedsstellen bis 2019

Gewinnchance des Einrichtungsträgers

- § 84 Abs. 2 Satz 4 SGB XI idF des PSG III: *„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.“*

BSG v. 14.12.2000

- BSG v. 14.12.2000 *(u.a. B 3 P 19/00 R = BSGE 87, S. 199 ff.): externer Vergleich als Methode der Wahl*

- auf eine nähere Bestimmung der angemessenen Vergütung des Unternehmerrisikos kam es nicht an.

- Aber: „Verzinsung sonstiger Kapitalanlagen“ sei mangels Vergleichbarkeit nicht als Maßstab geeignet.

BSG v. 29.1.2009

- Urteile v. 29.1.2009: Paradigmenwechsel bei Relevanz der (prospektiven) Gestehungskosten, Beibehaltung externer Vergleich auf 2. Stufe

- BSG, Urt. v. 16.5.2013 (B 3 P 2/12 R):
  - Mit „angemessene Vergütung des Unternehmerrisikos“ ist Möglichkeit der „Realisierung von Gewinnaussichten“ gemeint
  - Begründung: Symmetrie zwischen Verlustrisiko und Gewinnchance.

Höhe des Wagniszuschlags: BSG v. 16.5.2013

- Schiedsstellen haben Beurteilungsspielraum
- Wagniszuschlag kann über festen umsatzbezogenen Prozentsatz oder über kalkulatorische Auslastungsquote abgebildet werden.
- Kombination aus beiden Methoden ist denkbar
- Aber: nennenswerte Gewinnerzielung mit dem in Baden-Württemberg generell zugrunde gelegten kalkulatorischen Auslastungsgrad von 96,5 % nicht möglich

- **LSG Berlin-Brandenburg** *(Urt. v. 29.10.2009 - L 27 P 46/08):* Orientierung an gesetzlichen Zinssätzen wird angeregt

- 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)*

- ☞ 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.

- ☞ Zuschlag nur auf anerkannte Betriebsausgaben für Pflege

- ☞ 4,84 bis 5,38 % zur Abdeckung des allgemeinen unternehmerischen Wagnis gem. IEGUS-Studie stammt aus Vergleich aller Branchen

- ☞ Ausgangspunkt Renditeerwartung Rating-Report der Pflegeheime, also interner Vergleich innerhalb der Branche

- ☞ angemessener Gewinnzuschlag bei 2,8 bis 3,2 % auf Pflege <u>und</u> U+V

Urteil des BSG v. 26.9.2019 und Kritik

BSG v. 26.9.2019 (B 3 P 1/18 R)

- 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)

- Aufhebung der Schiedssprüche NRW, einzelne Aspekte:
  - 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)

- Schriftliche Stellungnahme der Interessenvertretung (IV)
  - 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 IV Gelegenheit zur (informierten) Stellungnahme erhält.
  - Uns ist keine Einrichtung bekannt, die der Interessenvertretung nicht die Gelegenheit zur Stellungnahme gibt.

BSG v. 26.9.2019 (B 3 P 1/18 R)

- Schriftliche Stellungnahme der Interessenvertretung (IV)
  - Bisher keine Schiedssprüche zur Frage der Würdigung konkreter Stellungnahmen
  - Erste Hinweise durch Schiedsstelle SH

- 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?
  - Lösung: vorab konsentierte Punkte werden nur auf Schlüssigkeit geprüft, da schnelles Verfahren (§ 85 I 1 SGB XI)

BSG v. 26.9.2019

- 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!

BSG v. 26.9.2019

- ☞ § 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.

BSG v. 26.9.2019

- Gesetzliche Systematik: retrospektiv entstandene Personalkosten offen gelegt und daraus plausible prospektive Personalaufwendungen abgeleitet werden, die dann ihrerseits wieder retrospektiv überprüft werden

- Vgl. auch § 6 BRe Vergütungsgrundsätze zu § 132a Abs. 1 SGB V

- Bei konsequenter Umsetzung: „Mitnahmeeffekte“ und das „Verstecken von Margen“ in Personalkosten wird unterbunden.

☞ 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 spricht für normativen Maßstab.

- ☞ Gehälter bis zur Höhe von Tarifen / kirchenarbeitsrechtlichen Regelungen sind *kraft gesetzlicher Anordnung* stets wirtschaftlich.

BSG v. 26.9.2019

- Vgl. Meinung des Vorsitzenden in 10 Schiedsverfahren zur ambulanten Vergütung in Nds.: kein Anspruch auf Wagniszuschlag, wenn Einrichtung aufgrund der prospektiven Kosten teuerste Einrichtung im Landkreis wird.

- Folge: diejenigen, die nach TV-L o.ä. zahlen wollen, aber nicht müssen, werden es nicht tun, da sie keine Risiken mehr ausgleichen können.

BSG v. 26.9.2019

- Man kann nicht beides wollen: Steigerung der Löhne und Gehälter und Kappung des Ergebnisses durch externen Vergleich

- Gesetzgeber muss sich entscheiden, was er will.

- BSG kann nicht alles auf den Gesetzgeber schieben. Auslegung ohne Überschreitung der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung ist möglich.

☞ Beitragsstabilität ist zu beachten (5)

- ☞ BSG setzt sich mit der gesamten Kommentarliteratur nicht auseinander *(O'Sullivan in: jurisPK-SGB XI, § 84 Rdnr. 49; Reimer, in: Hauck/Noftz, SGB XI, § 84 Rdnr. 31; Schulin, VSSR 1994, S. 285, 305 f.)*

- ☞ Analogie zu § 71 Abs. 3 SGB V hinkt – selbst im SGB V - der Entwicklung des § 132a Abs. 4 durch das PpSG hinterher (Steigerung jenseits GLS aufgrund angehobener Gehälter möglich)

BSG v. 26.9.2019

- Wie genau soll die Berücksichtigung der Beitragsstabilität bei einrichtungsindividuell zu bemessenden, leistungsgerechten Pflegesätzen praktisch erfolgen?

BSG v. 26.9.2019

- Argument des BSG. Verweisnorm auf § 84 Abs. 2 (S. 3) fehlt in § 87.

- Erneut: BSG missachtet gesamte Kommentarliteratur zum Begriff der Angemessenheit in § 87 S. 2

- Argumente:
  - 87 S. 3 SGB XI verweist auf die gleichen prozeduralen Regeln wie § 85
  - Offenlegung retrospektiv entstandener Personalkosten wird verlangt (§ 85 Abs. 3 Sätze 2 – 4)
  - BRe § 75 Abs. 6 SGB XI ordnet Kosten für das Personal anteilig Pflegesätzen und U + V zu
  - Folge: Gleiche Betriebsausgaben werden mal mit, mal ohne Marktrisikoprämie eingestellt.

BSG v. 26.9.2019

- Urteil beruht auf der Annahme, dass kein externer Vergleich bei U + V stattfindet. Ähnlich wie bei Invest-Zuschlag durchlaufende Position.

- Aber: BSG, Urt. v. 23.3.2006, B 3 P 2/05 R lässt EK-Zinsen auch bei I-Kosten zu.

Entwicklungen nach dem Urteil

- Hessen:
  - Bislang keine weitere Schiedsentscheidung nach unserer Kenntnis
  - Vergleiche 3 % über Pflege und U + V üblich.

- Mecklenburg-Vorpommern
  - Keine Änderung des Grundsatzbeschlusses (angemessener Gewinnzuschlag bei 2,8 bis 3,2 % auf Pflege und U+V)

Schiedsstellen

- Schleswig-Holstein
  - Hinweisbeschluss des LSG
  - Externer Vergleich nicht durchgeführt
  - Systematik der Verrechnung der Mehrauslastung mit Risikozuschlag führe zu Gewinngarantie

- Schiedsstelle mit neuer Vorsitzenden:
  - externer Vergleich bei Sachkosten auch bei U+V (m.E. falsch)

Schiedsstellen

- Schleswig-Holstein:
  - 96,0 % Auslastung, 1 – 1,5 % Wagniszuschlag, Offenlegung letzte zwei GuVen
  - „Für den Gewinnzuschlag fehlt in der Regel die erforderliche Angemessenheit, wenn die Steigerung der Pflegesätze ohne Berücksichtigung eines Gewinnzuschlags höher als die Veränderungsrate ist“

Schiedsstellen

- Baden-Württemberg
  - Schiedsstelle entscheidet wie vor BSG-Urteil
  - 96,5 % Auslastung + 1,0 – 1,5 % Wagniszuschlag auf Pflege und U+V
  - Begründung: Gesetzesänderungen nach 2015 und Urteil des BSG v. 16.5.2013 zum Auslastungsgrad
  - Anhängig beim LSG

Schiedsstellen

- Schiedsstelle BRe § 132a Abs. 1 SGB V
  - Entscheidung des BSG wurde teils offen, teils „off the record“ diskutiert
  - Eindruck: allgemeine Ablehnung, erneute Revision dringend notwendig
  - Übernahme Risikovergütung zusätzlich zu (prospektiven Gestehungskosten) in § 6 Abs. 3 Satz 3 BRe ohne Einschränkungen

Herzlichen Dank für Ihr Gehör!