

# Dokumentation des Strategie-Workshops der Steuerungsgruppe Jugendhilfe des Paritätischen Wohlfahrtsverbandes LV Berlin e.V. zur Erarbeitung eines Verfahrens der Entgeltermittlung im Bereich Hilfen zur Erziehung

- zur internen Verwendung im Kreis der paritätischen Mitgliedsorganisationen -

- Wann?** 30. August 2018 von 12:00-17:00 Uhr
- Wo?** Landesgeschäftsstelle des Paritätischen Wohlfahrtsverbandes LV Berlin e. V  
Brandenburgische Str. 80, 10713 Berlin
- Externe Beratung:** Prof. Dr. Bernd Schlüter, Kanzlei BERNZEN SONNTAG
- Moderation:** Anna Zagidullin, Referentin Hilfen zur Erziehung und Familie
- Teilnehmer/-innen:** s. TN-Liste

## Anlagen:

- Anlage 1: Caritasverband Köln: Argumentationspapier Sozialrechtliches Dreieck
- Anlage 2: BSG-Urteil 2011 Investitionskosten (Auszug)
- Anlage 3: BSG-Urteil 2013 Bemessung der leistungsgerechten Vergütung
- Anlage 4: BVerwG-Urteil Entgeltfindung
- Anlage 5: Kostendeckung der Entgelte - Vorschlag zur differenzierten Betrachtung der derzeitigen Entgeltermittlung
- Anlage 6: Präsentation Arbeitszeitgesetz
- Anlage 7: BSG-Urteil 2011 Belegungsquote (Auszug)

---

## Teil I: Überblick über die rechtliche Stellung der freien Träger und die Grundlagen der Rahmenverträge

### Verfassungsrechtliche Perspektive:

- Der Staat hat aus Art. 20 Abs. 1 Grundgesetz (GG) den Auftrag, den Sozialstaat zu gestalten. Dabei hat er u.a. zu beachten, dass freie Träger aus eigenem Auftrag handeln und aus den Grundrechten u.a. einen Schutz ihrer konzeptionellen Selbstbestimmung genießen.
- Die freien Träger sind Grundrechtsträger. Artikel 2 GG schützt u.a. die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 9 GG schützt die Vereinigungsfreiheit und inhaltliche Selbstbestimmung von Verbänden und Vereinen, Artikel 12 GG schützt die Berufsfreiheit auch der Sozialunterneh-

men, egal welcher Rechtsform, Art. 4 und 140 GG schützen speziell die karitative Betätigung als Ausdruck der Religions- und Weltanschauungsfreiheit im Sinne der Religionsausübung.

- Wenn der Staat in die Tätigkeit von Sozialunternehmen eingreift, muss er die rechtstaatlichen Regeln befolgen. Das heißt, Eingriffe sind nur möglich, wenn die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen gegeben sind (z.B. SGBVIII). Das heißt, es muss formal ein ausreichend konkret formuliertes Gesetz vorliegen, das den Eingriff erlaubt und es muss materiell eine ausreichende verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Staates für den Grundrechtseingriff vorliegen. So darf der Staat z.B. heimrechtliche Vorschriften erlassen, um Leib und Leben von Heimbewohnern zu schützen, da diese wiederum Verfassungswerte sind und der Staat u.a. mit dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ermächtigt ist und auch in gewissen Grenzen den Sozialstaat gestalten darf.
- Im Falle der Hilfen zur Erziehung muss der Staat auf seiner Seite die materiellen Ziele zum einen punktgenau aus den gesetzlichen Grundlagen (z.B. SGBVIII) ableiten können und zum anderen aus der Verfassung ergebende Rechtfertigung (Sozialstaatsgebot) hervorbringen können. Das heißt, für Rahmen- oder Trägerverträge und die Entgeltfindung, dass er Vertragsbestimmungen nur durchsetzen kann, wenn er dazu konkret gesetzlich ermächtigt ist oder die freien Träger von sich aus zustimmen.
- Das Wettbewerbsmodell des SGB besteht nicht, weil die Sozialwirtschaft integraler Bestandteil der allgemeinen Wirtschaft und des Binnenmarktes wäre. Es besteht, weil der deutsche Staat Sozialdienstleistungen idR nicht selbst erbringt, sondern eine Anbietervielfalt vorsieht, um eigene staatliche Aufgaben möglichst wirtschaftlich und sparsam, also effizient und kostengünstig zu erfüllen, indem die Wahl des Bürgers und der Vergleich innerhalb von Leistungs- und Entgeltverhandlungen zu einem optimierten Preis-Leistungsverhältnis führt. Dabei hat der Staat und die Sozialversicherungen als finanzierende Monopolnachfrager in jedem Fall die plausiblen prospektiven Gestehungskosten plus Gewinnaufschlag zu übernehmen. Zudem sind die konzeptionelle Selbstbestimmung und die übrigen Rechte der freien Träger zu beachten.

## Sozialrechtliche Prinzipien (SGBVIII):

- Trägervielfalt, Wunsch- und Wahlrecht und konzeptionelle Selbstbestimmung: Aus dem Wettbewerbsmodell des SGB leiten sich unterschiedliche Leistungsqualitäten und unterschiedliche Kosten der freien Träger für die gleichen Leistungen ab.
- Partnerschaftliches Verhältnis zwischen öffentlichen und freien Trägern: Im Gegensatz zum Auftragsverhältnis bedeutet dies für die Hilfen zur Erziehung **gleiche Macht- und Interessensverhältnisse (Waffengleichheit)**.
- Das wettbewerbliche System ist kein Markt im herkömmlichen Sinne, da es einen Monopolnachfrager, ein Machtgefälle zwischen öffentlichen und freien Träger sowie keine freie Preisbildung wie an einem Markt gibt. Letztere hätten vermutlich bereits zu solch gestiegenen

Preisen geführt, dass der Fachkräftemangel durch eine massive Steigerung der Berufsattraktivität beseitigt wäre.

- Konstituierend für das Wettbewerbssystem ist das sozialrechtliche Dreieck: der öffentliche Träger erfüllt Rechtsansprüche der Bürger/-innen, indem er freie Träger einschaltet und mit diesen Trägerverträge über Leistung und Entgelt schließt. Dabei hat jeder Träger, der eine gesetzlich geforderte Leistung anbieten kann, einen Anspruch auf Abschluss eines solchen Trägervertrages. Es gibt anders als beim Vergaberecht und der Ausschreibung keine staatliche Trägersauswahl. Diese liegt beim Bürger. Zum sozialrechtlichen Dreieck und dem Wettbewerb im Sozialwesen vergleiche das Argumentationspapier des Caritasverbandes der Erzdiözese Köln (Anlage 1).
- Die Rechtsprechung geht davon aus, dass die gleiche Art der Leistung von verschiedenen Einrichtungen und Trägern in verschiedenen Qualitäten, mit unterschiedlichen konzeptionellen Mitteln und Kosten erbracht werden kann. Eine Einheitsleistung zum Einheitspreis ist ebenso wenig vorgesehen, wie pauschale Entgelthöhen jenseits der konkreten Leistungen und Strukturen der einzelnen Träger. Sie geht zudem davon aus, dass die gleiche Leistung mit höheren Kosten erbracht werden darf, wenn die höheren Kosten z.B. durch tarifliche Bindungen entstehen.

### **Vertragsrechtliche Perspektive:**

- Vertragsfreiheit aus Art. 2 GG, BGB, Verwaltungsverfahrensgesetz: Grundsätzlich können die Vertragsparteien vereinbaren, was sie wollen.
- BGB regelt die öffentlich-rechtlichen Verträge, deren Wesensmerkmale darin bestehen, dass die Bürger/-innen, freie Träger und Behörde einvernehmlich (konsensual) handeln, um öffentliche Aufgaben und ggf. gleichzeitig Aufgaben der freien Träger zu erfüllen.
- Sozialrecht, hier z.B. SGBVIII, ist öffentliches Recht, welches auf BGB verweist.
- Rahmen- und Trägerverträge müssen sich an den Zielen des SGB und den Rechten der Träger orientieren.

### **Diskussionsergebnisse:**

#### **Was dürfen die freien Träger einfordern? Wo sind die Grenzen der öffentlichen Träger, etwas zu fordern?**

- Freie Träger dürfen die Kosten einfordern, die plausibel für ihre künftige Leistung entstehen werden. Eine konkrete Auflistung von Einzelpositionen nennt das SGBVIII nicht. Dies wäre eine Aufgabe des Rahmenvertrages. § 78c SGBVIII sagt nur in pauschaler Form dass Inhalt der Leistungs- und Entgeltverträge "die erforderliche sächliche und personelle Ausstattung" sein soll. Eine weitere rechtliche Grundlage für die konkrete Aufteilung von Personal-, Sach- und

Overheadkosten oder für Mindestquoten für festangestelltes Personal oder sonstige genauere betriebswirtschaftliche Strukturen gibt es im SGBVIII nicht. Solche Bedingungen müssten als Eingriff u.a. in die unternehmerische Freiheit des Art. 12 entsprechend rechtsstaatlich, also durch konkretes Gesetz oder durch Vertragszustimmung, abgesichert sein. Die Entscheidungs- und Gestaltungskompetenz liegt hier primär bei den freien Trägern der Jugendhilfe im Sinne der konzeptionellen Selbstbestimmung. Als Grundprinzipien gelten: Leistungsgerechtigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit.

- Was Inhalt einer Sachkostenpauschale ist, folgt der betriebswirtschaftlichen Definition von Sachkosten und ist in der einzelnen Einrichtung oder ggf. durchschnittlich zu ermitteln. Das BSG 2011 (Anlage 2) äußert sich vor dem Hintergrund der Investitionskostenfinanzierung der Länder und nicht der Pflegekassen, also systematisch vor einem anderen Hintergrund als dem SGB VIII und macht dabei Ausführungen zu den Kostenarten.
- Einheitliche Fachleistungsstunden (FLS) und Entgelte sind gesetzlich nicht vorgesehen, werden aber auch nicht ausdrücklich verboten (Einigungsprinzip).
- Leistungsgerechtigkeit bedeutet im Kern, dass für eine bestimmte, im Gesetz, Rahmenvertrag und Leistungsvertrag definierte Leistung in der Zukunft plausible Kosten entstehen, die vom öffentlichen Träger durch das Entgelt plus Gewinnzuschlag abgedeckt sein müssen.
- Leistungsgerechte Entgelte nach 78c Abs. 2 SGBVIII: Für das gesamte System der Leistungs- und Entgeltsystematik (SGBVIII, SGBXII usw.) gelten die Prinzipien der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit. Sparsamkeit heißt z.B., dass keine unnötigen oder unwirksamen Leistungen finanziert werden. Wirtschaftlichkeit bezieht sich auf das Verhältnis Leistung und Kosten.

**Auslegung/Definition von leistungsgerechten Entgelten nach dem Urteil des Bundessozialgerichtes im Pflegebereich 2009, aktualisiert 2013 (Anlage 3: BSG 2013 Auszüge):**

Im ersten Schritt wird zwischen dem einzelnen Einrichtungsträger und der öffentlichen Hand die bedarfsgerechte Leistung definiert und die Kosten für diese Leistung plausibel in Bezug auf die Zukunft dargestellt und ggf. mit Unterlagen hinterlegt.

Zweiter Schritt: Externer Vergleich mit vergleichbaren Einrichtungen: Übersteigen die dargestellten Kosten das unterste Drittel der Durchschnittskosten vergleichbarer Anbieter, so sind sie plausibel zu machen und z.B. durch eine höhere Qualität oder Tarifbindungen oder eine besonders teure Mietlage zu begründen. Liegen sie darunter, sind sie ohne weiteres als wirtschaftlich anzuerkennen.

Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes aus 1998 zu den Merkmalen der Leistungsgerechtigkeit (Anlage 4): BVerwG übernimmt im Wesentlichen die Regeln der Entgeltfindung des BSG. Bedarfsgerechte Hilfe und leistungsgerechte Preisbildung, die auskömmlich ist.

- Im Bereich Hilfen zur Erziehung gestaltet sich ein realistischer externe Träger- und Preisvergleich schwierig aufgrund der generell niedrig angesetzten Finanzierungsgrundlagen (Kosten) auf diesem Gebiet. Deshalb ist hier eine neue Preisbildung notwendig. Seit ca. 20-25 J. haben

sich einzelne Kostenpositionen nach BRVJug nicht verändert, z.B. Reisekosten für junge Menschen. An der Stelle wird eine **konzertierte Aktion auf Liga-Ebene erforderlich** sein, um die neue Preisbildung im BRVJug voranzubringen.

- Einen alternativen Weg könnte hier die Schiedsstelle bieten, indem sich mehrere Träger zusammenschließen. Schiedsstellenentscheidungen sind gerichtlich überprüfbar.
- Angesichts des Scheiterns der letzten Reform des SGBVIII ist auch mit dem Bundesministerium eine Diskussion über die Waffengleichheit, Sozialleistungspflicht gegenüber den Bürger/-innen notwendig.
- Gibt es eine allgemein anerkannte Prozentvorgabe für die Sachkostenkalkulation? Hier gilt das Plausibilitätsprinzip und Betriebsverfassungsgesetz (anerkannte Einrichtungskosten).

Merkposten/Recherche:

- Vergleich mit anderen Bundesländern. In B-W kommt beispielsweise mehr Geld bei den freien Trägern an.

---

## Teil II: Thematische Vertiefung des Workshops

### 1. Konkretisierung einer möglichen Personal- und Sachkostenanalyse zur Entgeltermittlung

Die beteiligten Träger haben einen Vorschlag für ein mögliches Verfahren zur Entgeltermittlung diskutiert und konkretisiert (s. Anlage 5). Dieser Vorschlag soll mit den Liga-Verbänden abgestimmt werden, um daraus eine repräsentative Personal- und Sachkostenanalyse im (teil-)stationären Bereich abzuleiten.

Ziel/Ergebnisposition:

Es wird eine konzertierte Aktion auf Liga-Ebene angestrebt, den BRVJug so anzupassen und zu dynamisieren, dass die Leistungen zeitgemäß, rechtkonform und systematisch validiert werden können (Preisbildung). Dabei tragen die Liga-Verbände einen Katalog mit Hürden im System und einen Zeitplan für die Einigung auf einen neuen BRVJug (2-3 Jahre) zusammen - quasi Kündigung des BRVJug mit Übergangszeit.

Verfahren:

Auf der Grundlage der o. g. Personal- und Sachkostenanalyse zunächst im (teil-)stationären Bereich soll eine einvernehmliche Verständigung über das Verfahren erzielt werden, wie Entgeltkomponente nach BRVJug in Zukunft ermittelt und fortgeschrieben werden könnten. Im besonderen Fokus stehen dabei diejenigen Kostenpositionen, die von der Mehrheit der Träger als unterfinanziert angegeben wurden. Der Kreis der beteiligten Träger der Liga-Verbände an der Personal- und Sachkostenanalyse könnte auf 20-30 Träger unterschiedlicher Unternehmensgröße festgelegt werden (durchaus reprä-

sentativ). Sollten sich die anderen Verbände nicht beteiligen wollen/können, würden sich für die Personal- und Sachkostenanalyse exemplarisch auch die freien Träger des Paritätischen Wohlfahrtsverbandes LV Berlin e.V. anbieten, die sich in der Steuerungsgruppe zusammengeschlossen haben.

Das Ziel soll dabei sein, möglichst viele Pauschalen zu generieren, sodass das Entgelt am Ende jährlich mit Bezug auf den Tarifabschluss TVL bzw. die aktuelle Inflationsrate fortgeschrieben werden kann und der individuelle Nachweis weitgehend auf die Bereiche „Mieten“ und „Investitionskosten“ beschränkt wird. Erforderlich sind transparente Orientierungswerte, die durch externe Wirtschaftsunternehmen (Sozialbereich) im bestimmten Zeitabständen dynamisiert werden.

Die Ergebnisse der Analyse sollen in die Vertragskommission Jugend eingebracht werden. Die Vertragskommission einigt sich anschließend auf eine „neutrale Instanz“ (z.B. eine anerkannte WiPrü-Gesellschaft), die das Vertrauen aller Parteien genießt, die zu den einzelnen und insbesondere zu den strittigen Positionen brauchbare Wertgrößen, Bezugsgrößen oder „Prozente-von“ ermitteln. (Es werden folgende Institute empfohlen: Curacon, Daten der AGJ, Dt. Jugendinstituts).

Für ambulanten Bereich folgt eine gesonderte Verständigung über die Zusammensetzung der FLS, da aktuell ein Schiedsstellenverfahren im Bereich „Sozialpädagogische Familienhilfe“ läuft und abzuwarten ist.

#### Begründung/Diskussionsergebnisse/Argumentationsgrundlagen:

- Die Rechtslage und die Beziehungsverhältnisse sollten im BRVJug klar beschrieben werden, z.B. rechtlicher Bezug für Präambel bzw. zur Nutzung als Argumentation: Erst Leistungsbeschreibung, dann die Entgeltvereinbarung. Ausarbeitung kann durch Herrn RA Schlüter erfolgen, braucht aber etwas zeitlichen Vorlauf.
- Die Verfahrensgrundlagen der Entgeltermittlung sollten künftig im BRVJug beschrieben werden und als Anlage eine Liste mit für die einzelnen Einrichtungen realistischen Rahmen für Entgeltkomponenten enthalten, die beziffert sind (z.B. Orientierungswerte).
- Sollten die Orientierungswerte als Anlage für den BRVJug angestrebt sein, müssen diese ohne negative Rechtsfolgen definiert werden, für den Fall, wenn sie überschritten werden, z.B. „entsprechend der Rechtslage nachweisen“. Wenn höhere Kosten entstehen, welche der Leistung und der Qualität einer Einrichtung plausibel entsprechen, müssen diese immer möglich bleiben.
- Es wird eine Dynamisierung des BRVJug anhand von Preisindexen angestrebt (Fortschreibungsmechanismus, z.B. TV-L, Mietpreisindex, etc.), die in festgelegten zeitlichen Abständen überprüft und angepasst werden. Es wird empfohlen, die Preisentwicklungen im Rahmen des BRVJug alle 5 Jahre anzupassen. Solche indexierte Erhöhungen können für eine Übergangszeit auf Grundlage der jetzigen Entgelte stattfinden, müssen aber künftig auf Grundlage der realistischen Kosten erfolgen.

- Für die Bezahlung des Personals könnte der BRVJug „In Anlehnung an TVL“ enthalten, um die bunte Tariflandschaft der freien Träger zu berücksichtigen. Wenn sich allerdings in Einzelverhandlungen ergibt, dass individuelle Kosten des Trägers höher oder niedriger sind, muss diese Berücksichtigung finden.
- Belegungsquote: Die aktuellen unrealistischen Belegungsquoten von 92-95 % erhöhen das wirtschaftliche Risiko der freien Träger (Gestehungskosten). Die Leistungen nach dem BRVJug sollten sich künftig an den Durchschnittsbelegungen der letzten 5 Jahre orientieren.
- Die Entgeltfortschreibungen müssen sich an gesetzlichen Zielen, Bedarfen der Bürger/-innen und Leistungen der freien Träger orientieren. Sie dürfen nicht an Auflagen gebunden werden, die nichts mit den Leistungen der Träger zu tun haben.
- Der BRVJug setzt die Einigkeit der Vertragsparteien voraus. Hier müssen sich die Vertragsparteien ggf. auf einen langen Prozess der Einigung und/oder auf das Risiko einer möglichen Kündigung und der daraus folgenden Einzelverhandlungen einstellen. Ein Beispiel aus der Praxis der Verhandlungen: Entgeltfortschreibung 2019 mit in Aussicht gestellten zusätzlichen 0,4 %. Sollten diese nicht kommen, dann bei allen Verbänden und/oder Kündigung des BRV Jug. Die freien Träger treten dann in die Einzelverhandlungen mit dem Land ein.
- Regelungen des Arbeitsschutzes müssen berücksichtigt werden (s. Anlage 6: Präsentation).

#### Merkposten/Recherche:

- Personalschlüssel in anderen Bundesländern vorbereitend sichten.
- Für eine Reihe von Leistungsbeschreibungen gibt es bereits wissenschaftliche Studien, die gut belegen, wie solche Leistungen in der Praxis funktionieren und begründet werden können.
- Wegezeiten im ambulanten Bereich!

## **2. Vorgaben zur Auslastung im stationären Bereich nach §§ 34, 35, 35a i. V. mit § 41 SGBVIII**

Die Vorgaben in der Rahmenleistungsbeschreibung für stationäre Hilfen liegen aktuell zwischen 92-95 %. Die Belegung von Plätzen ist in der Praxis immer dynamisch. Diese recht hohen Auslastungsvorgaben müssen mit Blick auf die Refinanzierung der Hilfeangebote so angepasst werden, dass die Träger die zu erbringenden Leistungen nicht unterhalb ihrer Gestehungskosten anbieten/vorhalten.

#### Diskussionsergebnisse:

- Es gibt keine gesetzlich konkret festgelegten Auslastungs-/Belegungsquoten. Es gelten die allgemeinen Grundsätze der Leistungsgerechtigkeit. Zu gewöhnlichen Betriebskosten gehört auch eine realistische Auslastungsquote. Es gelten außerdem die Grundsätze der Rechtsprechung u.a. aus dem Urteil BSG 2013 (Anlage 7: BSG-Urteil 2013 Auszüge).

- Rechtliche Einschätzung: Entgelte sind an Leistungen gebunden, sodass bei diesem Punkt in den Verhandlungen viel stärker die Leistungsfähigkeit hervorgehoben werden müsste. Bei Nicht-Belegung erhöhen sich die Risiken der freien Träger, die sich negativ auf ihre Leistungsfähigkeit auswirken (könnten).
- Freie Träger müssen bei einer Auslastungsquote, die bei einer erfolgreichen Unternehmensführung durchschnittlich entsteht, eine volle Finanzierung der Gesteuerungskosten erhalten. Im Zuge der angestrebten Weiterentwicklung des BRVJug soll eine Regelung aufgenommen werden, dass sich die Belegungsquote an den durchschnittlichen Belegungen der letzten 5 Jahre orientiert. Die freien Träger müssen dabei ihre Belegungsquoten der letzten 5 Jahre vorlegen.
- Die Absenkung der Auslastungsquote könnte bzw. wird oftmals mit Unternehmergeinn verbunden. Es könnten 80 % und leistungsspezifisch im BRVJug diskutiert werden. Das BSG 2011 (Anlage 7) geht für Pflegeheime bei wirtschaftlicher Betriebsführung von einem Auslastungsgrad von 100 % aus. Wenn diese Auslastung in der Jugendhilfe bei wirtschaftlicher Betriebsführung nicht erzielt wird, so sind andere Quoten anzusetzen. BSG deutet an, dass hier Durchschnittswerte tatsächlicher Auslastung herangezogen werden können.
- Unternehmergeinn: Es ist zu berücksichtigen, dass Risiken in der BWL und bei Kalkulationen über sog. WAGNISSE dargestellt und beziffert werden. Bei Wagnissen ist mindestens zwischen dem allgemeinen Wagnis und spezifischen Wagnissen zu unterscheiden. Das allgemeine Wagnis wird synonym auch als Unternehmerrisiko, Gewinnzuschlag, Marktrisikoprämie etc. bezeichnet. Das BSG-Urteil von 2009 benutzt den Begriff Unternehmerrisiko. Hier wurden in Einzelverhandlungen im Bereich der Eingliederungshilfe in der Schiedsstelle 2,5 % der kalkulierten Stundensätze geeint - und als Gewinnzuschlag bezeichnet. Unter die spezifischen Wagnisse gehören die branchenspezifischen, leistungstypspezifischen und Angebotspezifischen bzw. betriebsspezifischen Wagnisse. Sie beinhalten in der Regel auch die Belegungsquote (Synonym = Ausfallwagnis). Ausfallwagnisse bzw. Belegungsquote beinhalten KEINE Gewinnerzielungsabsicht. Sie sind ein selbstverständlicher Kalkulationsposten zum realistischen Betrieb einer Einrichtung. Sie sind daher vom o.g. allgemeinen Wagnis, dem Unternehmerrisiko, strikt zu unterscheiden.

### 3. Weitergabeverpflichtung: Personalkosten und Tarifverträge im Bereich Hilfen zur Erziehung

Mit Fortschreibungsbeschluss Nr. 2/2018 wurden die freien Träger der Jugendhilfe dazu verpflichtet, die in den pauschalen Entgeltfortschreibungen enthaltenen Personalkostensteigerungen an die Beschäftigten weiterzugeben, nach Maßgabe der jeweiligen tarifvertraglichen Regelungen. Als Maßstab für die Angemessenheit der insgesamt gezahlten Vergütungen gilt das Prinzip der ortsüblichen Bezahlung. Die Weitergabe wird **bei Verdacht im Einzelfall** geprüft.

#### Diskussionsergebnisse:

- Die Weitergabeverpflichtung in der bisherigen Form ist vermutlich rechts- und vertragswidrig. Die Entgeltsteigerungen sind an die prospektiven Leistungen und deren Kosten gebunden, nicht an weitere Bedingungen. Die richtige Reihenfolge fordert, dass erst die Einrichtungen mit den Arbeitnehmer/-innen Tarifsteigerungen vereinbaren und auf dieser Grundlage dann in der kommenden Entgeltverhandlung ein höheres Entgelt verhandelt wird. Wird für die Zukunft eine Entgeltsteigerung als plausibel angesehen und sie findet später nicht statt, so geschieht dies innerhalb der unternehmerischen Freiheit und des positiven Unternehmerrisikos des Trägers. Das heißt, die freien Träger vermuten bzw. zeigen beim Land eine Personalsteigerung an. Es besteht eine Finanzierungspflicht des Landes. Nicht umgekehrt!
- Grundgesetz: Tarifautonomie. Der Staat darf nicht in die Tarifsetzungsfreiheit der Tarifparteien eingreifen, es sei denn aufgrund eines Gesetzes, das hier nicht erkennbar ist. Allenfalls kann der freie Träger vertraglich zusagen, dass er sich um eine Tarifierhöhung bemühen wird. Auch dann darf aber die prospektive Entgelterhöhung nicht unter diese Bedingung gestellt werden. Der Themenbereich bedarf ggf. einer genaueren rechtlichen Begutachtung.
- Rückforderungsbescheide sind wohl rechtswidrig.

#### **4. Rechtliche Prüfung des Trägererhebungsbogens**

Mit Fortschreibungsbeschluss Nr. 2/2018 wurden die freien Träger der Jugendhilfe dazu verpflichtet, mittels eines Trägererhebungsbogens eine belastbare repräsentative, differenzierte Erhebung der Personalstruktur seitens der Träger bis zum 31.08.2018 zu ermöglichen. Diese Trägererhebung ist einseitig, weil die Sachkosten in die Gesamtbetrachtung nicht einbezogen werden.

#### Diskussionsergebnisse und Argumentationsgrundlagen:

- Beim Trägererhebungsbogen handelt es sich um einen Eingriff in die Strukturdaten der Sozialunternehmen. Dafür ist eine gesetzliche Grundlage erforderlich, die das SGBVIII bisher nicht hergibt. Allgemeine Erhebungen sind nicht zulässig! Ggf. muss dies durch Rechtsgutachten vertieft werden.
- Abgrenzung Zuwendungs- und Entgeltbereich: Zuwendung liegt im erheblichen Landesinteresse (VV zu § 44 LHO). Die Wahrnehmung von Pflichtaufgaben im Bereich der Jugendhilfe liegen immer im erheblichen Landesinteresse. Bei den Entgelten wie bei den Zuwendungen i.S. von § 74 SGBVIII handelt es sich um eine Standardaufgabe (gesetzliche Aufgabe) des Staates. So ist z.B. die Förderung der Jugendarbeit eine Pflichtaufgabe, keine Gnade. Bei der Zuwendung definiert das Land in seinem erheblichen Interesse die Förderprinzipien (z.B. Förderrichtlinien) und hat dabei die Grundrechte der freien Träger und das Prinzip der partnerschaftlichen Zusammenarbeit ebenso zu beachten wie bei Leistungsentgelten. Bei den Entgelten wie bei den Zuwendungen sind die Eingriffsrechte in die konzeptionelle Selbstbestimmung der freien Träger begrenzt. Bei Zuwendungen nach § 44 LHO werden die Förder-

ziele mit den dafür zur Verfügung stehenden Mitteln festgelegt. Sie folgen den gesetzlichen Zielen und den staatlichen Aufgaben aus dem SGB VIII und dem Grundgesetz. Zuwendungen sind lediglich eine andere Finanzierungsformen im gleichen Verhältnis zu den freien Trägern. Entgelte folgen den Leistungen: Wenn zur Leistungserbringung mehr Geld erforderlich ist, dann steigt das Entgelt. Leistungsrecht und Zuwendungsrecht gehören zu verschiedenen Finanzierungsarten, folgen aber denselben gesetzlichen Zielen des SGBVIII. Leistungsentgelte ordnen das wirtschaftliche Risiko und die Möglichkeit der Gewinnerzielung dem freien Träger zu. Bei Zuwendungen gibt es eine Verwendungsprüfung, im Entgeltbereich nicht. Gewinnmöglichkeiten gibt es eher im Entgeltbereich, jedenfalls nicht in der Zuwendungsfinanzierung als Fehlbetragsfinanzierung. Eine weitere Darstellung der Finanzierungsarten bedürfte einer eingehenderen Stellungnahme.

- Der Beschluss 2/2018 und die Trägererhebung als Auflage für die 0,4 %-Fortschreibung in 2019 widersprechen ggf. dem Grundsatz der Sparsamkeit: Entweder ist eine Kostensteigerung bei der Leistung zu erwarten oder nicht. Ist sie zu erwarten, so sind die 0,4 % bedingungslos zu zahlen. Ist sie nicht zu erwarten, so widerspricht eine Erhöhung dem Grundsatz der Sparsamkeit. Die Vergütung darf nur der Leistung folgen. Die 0,4 % der Entgeltsteigerungen wurden demnach nicht an die Leistungen des BRVJug und demnach der freien Träger gebunden.
- Wenn nach Auffassung des Landes die 3,1 %-Steigerung ausreichen würde, um die Leistungen nach BRVJug abzudecken und sich bei den zusätzlichen 0,4 % quasi um einen Bonus für die Darlegung der Strukturdaten der Träger handelt, so sind die 0,4 % nicht gesetzesgemäß. Zudem werden die Strukturdaten der freien Träger mit einem sehr hohen Verwaltungsaufwand erhoben, eigenständig ausgewertet und sachfremd interpretiert. Die tatsächlichen Leistungen nach BRVJug werden den Trägern demnach nicht erstattet (Erstattungsprinzip!).
- Für die Erwidern der jüngsten Drohung der Streichung von zusätzlichen 0,4% Entgeltsteigerung in 2019 wird Herr Schlüter eine Rechtsposition verschriftlichen. Diese wird als Argumentationsgrundlage nach der Vorstellung der Auswertungsergebnisse durch das Land Berlin und Stellungnahme des Landes zur rechtlichen Begründung der Trägererhebung hervorgebracht. Die Verschriftlichung braucht einen längeren zeitlichen Vorlauf.

# **Anlage 1: Caritasverband Köln: Argumentationspapier**

## **Sozialrechtliches Dreieck**

Die Bundesrepublik Deutschland bekennt sich in Artikel 20 GG zum Prinzip der Sozialstaatlichkeit. Nicht Almosen, sondern Leistungsansprüche sichern den Zugang aller Bürgerinnen und Bürger, auch der Armen, zu sozialen Diensten.

Das Sozialstaatsprinzip verleiht dem Staat kein Aufgabenmonopol, sondern schreibt das Subsidiaritätsprinzip fest: Soziale Dienste werden in Deutschland überwiegend von freien Trägern als eigene Aufgaben selbstständig erbracht - gerade von den Kirchen. Diese Selbständigkeit wird in den Grundrechten (Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) und im Selbstverwaltungsrecht der Religionsgesellschaften (Art. 140 GG i.V.m. Art. 37 Abs. 3 GG) geschützt, der berufliche Bezug zudem im Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).

Das Recht auf caritative Tätigkeit ist Ausfluss des Grundrechts der allgemeinen Handlungsfreiheit. Die einzelnen Bücher des Sozialgesetzbuchs greifen den verfassungsrechtlichen Status der freien Träger auf und verdeutlichen ihn (z.B. § 17 Abs. 1 SGB II, § 5 SGB XII, § 4 SGB VIII).

Der öffentliche Sozialleistungsträger, der die Gesamtverantwortung für die Realisierung der Rechtsansprüche der Hilfebedürftigen trägt, hat mit den freien Trägern, die ihre Dienste und Einrichtungen in eigener unternehmerischer und ethischer Verantwortung betreiben, partnerschaftlich zusammenzuarbeiten. Der Staat muss grundsätzlich freie Träger beteiligen, wenn es gilt, für die Erbringung bestimmter sozialer Dienstleistungen Sorge zu tragen. Soweit geeignete Einrichtungen und Dienste anderer (freier) Träger vorhanden sind oder rechtzeitig geschaffen werden können, hat der öffentliche Träger von eigenen Maßnahmen abzusehen.

Neben der Leistungserbringung im Einzelfall haben die freien Träger das Mandat, Lebensräume und soziale Infrastruktur mitzugestalten sowie die qualitativen Anforderungen mitzuformulieren und zu überwachen, was sie aus ihrer jahrzehntelangen Praxiserfahrung heraus sicherstellen können. Denn Menschen in Not sind auf ein umfassendes, gut zugängliches Hilfenetz angewiesen, das selbst dann vorgehalten werden muss, wenn es zeitweise nicht benötigt wird. Niemand würde ernstlich die Existenzberechtigung etwa der Feuerwehr oder des Rettungsdienstes in Frage stellen, nur weil es drei Wochen keinen Brand oder keine Unfallverletzten gab.

Der Staat und seine ausführenden Organe bleiben in der Definition und in der Anerkennung von sozialen Problemen in Deutschland auf die plurale Gesellschaft und die politische Öffentlichkeit angewiesen. Kirchliche und andere soziale Dienste und Einrichtungen in freier Trägerschaft arbeiten als Teil dieser pluralen Zivilgesellschaft selbstständig und entwickeln ihre Initiativen zur Bewältigung sozialer Problemlagen auf der Basis jeweils spezifischer weltanschaulicher Grundorientierungen. Dazu können auch Angebote gehören, die nicht der Mehrheitsmeinung folgen oder über staatliche Vorgaben legitimiert sind, wie z. B. die Schwangerschaftsberatung nach katholischem Verständnis. Ziel der Kooperation zwischen Staat und freien Trägern ist das Wohl des Sozialleistungsberechtigten. Dieser hat die in Art. 2 Abs. 1 GG verbürgte Freiheit, den Leistungserbringer auszuwählen und damit die Leistungsgestaltung mitzubestimmen. In den einzelnen Büchern des Sozialgesetzbuchs realisiert sich diese Freiheit in diversen Wunsch- und Wahlrechten.

Wegen dieses besonderen Miteinanders von Staat und freier Wohlfahrtspflege war und ist das "sozialrechtliche Dreieckverhältnis" in Deutschland Leitbild für die Regelung der Erbringung sozialer Dienstleistungen. Danach nimmt im „Dreieck“ zwischen Hilfesuchendem, Staat und freien Trägern der Staat seine Gesamtverantwortung für die Erbringung sozialer Dienstleistungen als Leistungsträger in besonderer Weise wahr: Er bewilligt dem Hilfebedürftigen (in der Regel aufgrund eines individuellen Rechtsanspruchs) eine soziale Leistung, erbringt diese aber zumeist nicht selbst, sondern trifft mit anderen, nicht-staatlichen Leistungsanbietern (etwa freigemeinnützigen oder privatgewerblichen Trägern) vertragliche Vereinbarungen, beispielsweise über Standards der Leistungserbringung oder die Kostenerstattung.

Im Ordnungsrahmen des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses kann der freie Träger seinen Anspruch auf Mitgestaltung des Sozialen am besten verwirklichen. Dies bezieht sich sowohl auf die sozial- und fachpolitische Beteiligung in den kommunalen Gremien als auch auf die Freiheit in der Durchführung der Hilfen. Der Hilfebedürftige wiederum kann frei wählen, bei welchem Leistungserbringer er seine staatliche Leistungszusage einlösen will. Er ist nicht nur „Objekt der Fürsorge“, sondern Mitentscheider, der über sein Wunsch- und Wahlrecht Einfluss auf die Art der Leistungserbringung nehmen kann, denn ein freier oder privater Träger erhält in aller Regel von der öffentlichen Hand nur dann eine Kostenerstattung, wenn der Hilfeberechtigte sich tatsächlich für sein Angebot entscheidet. Im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis liegt das Verwertungsrisiko einer möglicherweise unzureichenden Auslastung von Einrichtungen und Diensten also - anders als beim vergaberechtlichen Modell - beim Anbieter, nicht beim Staat. Damit haben Leistungsvereinbarungen zwischen Staat und freien Trägern im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis große Ähnlichkeit mit Dienstleistungskonzessionen.

Für Träger, die – wie die Caritas der Kirche - nicht als ausführendes Organ des Staates, sondern aufgrund eines eigenen ethischen Auftrags handeln, ist das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis von herausragender Bedeutung: Es verbindet die staatliche Verantwortung für die Erbringung sozialer Dienstleistungen mit weitgehenden Wahlrechten für die Hilfebedürftigen und Gestaltungsrechten für die freien Träger: Hilfesuchende haben das Recht, zur Einlösung ihres staatlich garantierten Hilfeanspruchs aus einem pluralen Angebot den Träger zu wählen, dessen Hilfen ihrer Wertorientierung (z.B. Religion) und ihren persönlichen Qualitätsanforderungen am besten entsprechen (z.B. Wohnortnähe).

Freien Trägern sozialer Dienste sichert das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis fachliche Gestaltungsmöglichkeiten. Sie sind nicht „Erfüllungsgehilfen“ des Staates, sondern gestalten (innerhalb gesetzlicher bzw. vereinbarter Rahmenvorgaben) ihr Hilfeangebot mit eigenem religiösen, ethischen und fachlichen Profil aus und entwickeln es innovativ weiter. Die Leistungserbringungsvereinbarungen zwischen freien Trägern und Staat klären lediglich die Bedingungen für die Leistungsabwicklung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis.

### **Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis als Handlungsmodell im Sozialmarkt weiterentwickeln**

Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis setzt in Deutschland den ordnungspolitischen Rahmen für das Handeln sozialer Dienstleister im Markt, denn sobald Hilfeberechtigte wirksame Wahlrechte haben, stehen die Hilfeanbieter, unter denen eine Wahl getroffen wird, zwangsläufig auch im Wettbewerb

um die Wahlentscheidung der Nutzer. Leistungserbringer im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis sind deshalb – unbeschadet des grundsätzlichen gesellschaftlichen Auftrags der Freien Wohlfahrtspflege - zunehmend darauf angewiesen, Hilfeberechtigte dafür zu gewinnen, sich für die Einlösung eines Hilfeanspruchs in ihren Diensten und Einrichtungen zu entscheiden. Wie für gut funktionierende Märkte typisch, sind es im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis dann primär die Nutzer, d.h., die Hilfebedürftigen selbst, die durch ihre Entscheidung für oder gegen einen bestimmten Leistungserbringer mit über die wirtschaftliche Stabilität von Diensten und Einrichtungen entscheiden. Damit ist das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis das gesetzlich vorgegebene, dem Bürger angemessene Wettbewerbsmodell für die Erbringung sozialer Dienstleistungen in Deutschland. Doch auch der Staat ist bei der Regelung von Leistungsbeziehung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis nicht nur passiver „Zahlmeister“. Dadurch, dass die öffentlichen Leistungsträger nicht nur Leistungsansprüche definieren und Leistungen bewilligen, sondern auch durch Gesetze, Verordnungen oder Vereinbarungen zum Teil sehr detailliert Vorgaben für die Inhalte der Leistungserbringung vorgeben, behält der Staat im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis wirksame Gestaltungs- und Steuerungsmöglichkeiten.

Macht die öffentliche Hand von ihren Gestaltungs- und Steuerungsmöglichkeiten allerdings zu extensiv Gebrauch, kommt es zu unnötigen Einschränkungen des Wettbewerbs im Sozialmarkt, die letztlich nicht zu Qualitätssicherung und Wirtschaftlichkeit beitragen. Gerade im Bereich der Pflegeversicherung und der Hilfen für Menschen mit Behinderungen schränken inzwischen viele bürokratische Regelungen die Wahlfreiheit der Hilfebedürftigen wie die Gestaltungsmöglichkeiten der Träger unnötig ein, etwa wenn ein zu enges Korsett von Sachleistungsvorgaben die Wahl eines auf die Bedürfnisse des Hilfesuchenden passenden Hilfearrangements erschwert. Häufig versuchen Leistungsträger aber auch, das Angebot und die Gestaltungsmöglichkeiten freier Träger (und damit die Wahlrechte der Hilfebedürftigen) künstlich zu begrenzen, um vermeintlich Kosten zu sparen, z.B. durch rigide, systemwidrige Bedarfsplanung oder reglementierende Sozialraumbudgets.

Diese Steuerungsinstrumente können zu einer künstlichen Angebotsverknappung und mitunter langen Wartelisten für die Hilfebedürftigen führen. Zu wirklichen Einsparungen für die Leistungsträger führen sie indes nicht, denn bei einer Verknappung des Angebots und einem entsprechend eingeschränkten Wettbewerb können Hilfeberechtigte nicht oder nur sehr eingeschränkt auf kostengünstigere Alternativen verwiesen werden, was das Prinzip des Mehrkostenvorbehalts in der Sozialhilfe leerlaufen lässt. Selbst vergleichsweise teure Einrichtungen dürfen dann auf Belegung nicht nur von Selbstzahlern, sondern auch von Sozialhilfeempfängern hoffen. Vor allem aber muss bei der Gestaltung des Wettbewerbs im Sozialmarkt die besondere Situation der Hilfebedürftigen beachtet werden.

Menschen, die krank sind, Schmerzen haben oder im Sterben liegen, die sich aufgrund von Sucht, Schulden oder Arbeitslosigkeit als ausgegrenzt erleben oder die gerade eine akute psychische Krise durchleben, können nicht durchweg als „souveräne Kunden“ agieren – und viele wollen das auch gar nicht. Präventive und zugehende Hilfeangebote gehören deshalb ebenso unabdingbar zu einer gut geordneten sozialen Infrastruktur wie Schutz- und Qualitätsvorgaben - auch jenseits von Marktmechanismen. Die Qualitätsanforderung muss auch dann optimal gewährleistet werden, wenn der Hilfebedürftige aufgrund seines Hilfebedarfes nicht oder nur bedingt in der Lage ist, die für ihn bestmögliche Qualität einschätzen zu können.

## Anlage 2: BSG 2011 zu den Investitionskosten

(Achtung andere Investitionskostenregelung im SGB XI als im SGB VIII !)

[15] 2. Rechtsgrundlage des Zustimmungsbegehrens ist § [82](#) Abs 3 SGB XI, hier in der Fassung des Pflege-Qualitätssicherungsgesetzes (PQsG) vom 9. 9. 2001 ([BGBl I 2320](#)). Danach gilt: "Soweit betriebsnotwendige Investitionsaufwendungen nach Absatz 2 Nr. 1 oder Aufwendungen für Miete, Pacht, Nutzung oder Mitbenutzung von Gebäuden oder sonstige abschreibungsfähige Anlagegüter nach Absatz 2 Nr. 3 durch öffentliche Förderung gemäß § 9 nicht vollständig gedeckt sind, kann die Pflegeeinrichtung diesen Teil der Aufwendungen den Pflegebedürftigen gesondert berechnen. Gleiches gilt, soweit die Aufwendungen nach Satz 1 vom Land durch Darlehen oder sonstige rückzahlbare Zuschüsse gefördert werden. Die gesonderte Berechnung bedarf der Zustimmung der zuständigen Landesbehörde; das Nähere hierzu, insbesondere auch zu Art, Höhe und Laufzeit sowie die Verteilung der gesondert berechenbaren Aufwendungen auf die Pflegebedürftigen, wird durch Landesrecht bestimmt". Hierdurch wird zu Gunsten der Pflegeeinrichtungen ein Ausgleichsanspruch zur Umlage solcher betriebsnotwendiger Aufwendungen begründet, die sie nach dem Ausnahmetatbestand des § [82](#) Abs 2 SGB XI nicht in die Vergütung der allgemeinen Pflegeleistungen und von Unterkunft und Verpflegung nach § [82](#) Abs 1 SGB XI einbeziehen dürfen und die auch nicht gemäß § [82](#) Abs 2 Nr 2, [4](#) und [5](#) SGB XI iVm § [82](#) Abs 3 Satz 1 SGB XI abschließend von ihnen selbst getragen werden sollen. Danach kann die Klägerin zwar die Umlage von Fremdkapitalzinsen beanspruchen, soweit sie – was der Senat anhand der vom LSG getroffenen Feststellungen nicht selbst entscheiden kann – nicht der Grundstücksfinanzierung dienen (dazu unter 11.). Erfolglos ist das Klagebegehren dagegen, soweit sie die Zustimmung zur Erhebung fiktiver Zinsen auf das von ihr eingesetzte Eigenkapital (dazu unter 6.), zu pauschalierten Reparaturkosten und zur Bildung von Rückstellungen für erst in Zukunft anfallende Investitionen (dazu unter 7.) sowie zur Umlage von Kosten für das zweite Kraftfahrzeug (dazu unter 10.) beansprucht und der gesonderten Berechnung insgesamt eine Belegungsquote von lediglich 95 % zugrunde legen möchte (dazu unter 9.).

[16] 3. § [82](#) Abs 3 SGB XI bezweckt einen Ausgleich dafür, dass der von einem Träger selbst aufgebrauchte Investitionsaufwand im Rahmen der sog dualen Finanzierung von Pflegeeinrichtungen weder durch die Vergütung der allgemeinen Pflegeleistungen noch von Unterkunft und Verpflegung zu decken ist (vgl dazu schon [BSGE 99, 57](#) = SozR 4—3300 § 82 Nr 4, RdNr 16).

[17] a) Anders als ursprünglich vorgesehen ist die Finanzierung von Pflegebetrieb und Pflegeinfrastruktur nach dem SGB XI nicht in einer Hand konzentriert (sog monistische Finanzierung, vgl Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP zum PflegeVG, [BT-Drucks 12/5262 S 35](#) f zu § 91), sondern auf mehrere Säulen aufgeteilt (vgl Schütze in: Udsching, SGB XI, 3. Aufl 2010, § 82 RdNr 3). Danach obliegt die Zuständigkeit für die Finanzierung des Pflegebetriebs und der betrieblichen Kosten von Unterkunft und Verpflegung auf der abschließenden bundesrechtlichen Grundlage des § [82](#) Abs 1 Satz 2 und 4 SGB XI den Pflegekassen sowie den Heimbewohnern bzw – soweit sie die Lasten nicht tragen können – deren Angehörigen oder dem zuständigen Sozialhilfeträger, die dazu Pflegevergütungen und Entgelte für Unterkunft und Verpflegung zu tragen haben. Dagegen sollen die Mittel für die Pflegeinfrastruktur auf landesgesetzlicher Grundlage grundsätzlich von den Ländern aufgebracht werden, wie in § [9](#) SGB XI klarstellend zum Ausdruck gebracht ist (vgl [BSGE 88, 215](#), 223 = SozR 3—3300 § 9 Nr 1 S 10). Demgemäß obliegt die Verantwortung "für die Vorhaltung einer leistungsfähigen, zahlenmäßig ausreichenden und wirtschaftlichen pflegerischen Versorgungsstruktur" den Ländern, die dazu "das Nähere zur

Planung und zur Förderung der Pflegeeinrichtungen" durch Landesrecht bestimmen und zur Förderung Einsparungen einsetzen sollen, "die den Trägern der Sozialhilfe durch die Einführung der Pflegeversicherung entstehen" (§ 9 Satz 1, 2 und 3 SGB XI in der bis zum 30. 6. 2008 geltenden Fassung des PflegeVG vom 26. 5. 1994, [BGBl I 1014](#)).

[18] b) Diese Trennung von verschiedenen Finanzverantwortlichkeiten und Gesetzgebungszuständigkeiten setzt auf bundesrechtlicher Ebene Regelungen erstens zur Abgrenzung der Infrastrukturverantwortung der Länder von den auf Pflegekassen und Heimbewohner entfallenden betriebsbezogenen Aufwendungen und zweitens für den Fall voraus, dass die Mittel für die Errichtung und Erhaltung einer Pflegeeinrichtung mangels ausreichender Landesförderung von dem Einrichtungsträger teilweise oder ganz selbst bereitgestellt werden müssen. Dem trägt § 82 SGB XI durch gestufte Grund- und Ausnahmetatbestände Rechnung. Danach können die zugelassenen Pflegeeinrichtungen und Pflegedienste nach dem Grundtatbestand des § 82 Abs 1 SGB XI zunächst eine an ihren Gesteungskosten orientierte (vgl § 85 Abs 3 Satz 2 SGB XI), aber durch die Grenze der Angemessenheit beschränkte (vgl § 84 Abs 2 Satz 1 und Satz 7 SGB XI) Vergütung erstens "für die allgemeinen Pflegeleistungen" und bei stationärer Pflege zweitens "für Unterkunft und Verpflegung" beanspruchen (vgl zu den Bemessungsgrundsätzen grundlegend [BSGE 102, 227](#) = SozR 4—3300 § 85 Nr 1 mwN). Das gilt allerdings nach dem Ausnahmetatbestand des § 82 Abs 2 SGB XI nicht für Aufwendungen, die entweder unmittelbar dem nach § 9 SGB XI grundsätzlich in die Länderverantwortung fallenden Aufbau der Pflegeinfrastruktur zuzurechnen sind oder die so mit der Aufnahme oder der Beendigung des Pflegebetriebs zusammenhängen, dass den Einrichtungen insoweit aus diesem Grund keine Vergütungsansprüche gegenüber Pflegekassen und Heimbewohnern zustehen sollen. Danach gilt:

"In der Pflegevergütung und in den Entgelten für Unterkunft und Verpflegung dürfen keine Aufwendungen berücksichtigt werden für

1. Maßnahmen, die dazu bestimmt sind, die für den Betrieb der Pflegeeinrichtung notwendigen Gebäude und sonstigen abschreibungsfähigen Anlagegüter herzustellen, anzuschaffen, wiederzubeschaffen, zu ergänzen, instandzuhalten oder instandzusetzen; ausgenommen sind die zum Verbrauch bestimmten Güter (Verbrauchsgüter), die der Pflegevergütung nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 zuzuordnen sind,
  2. den Erwerb und die Erschließung von Grundstücken,
  3. Miete, Pacht, Nutzung oder Mitbenutzung von Grundstücken, Gebäuden oder sonstigen Anlagegütern,
  4. den Anlauf oder die innerbetriebliche Umstellung von Pflegeeinrichtungen,
  5. die Schließung von Pflegeeinrichtungen oder ihre Umstellung auf andere Aufgaben"
- (§ 82 Abs 2 SGB XI, hier in der seit dem 1. 1. 2002 geltenden Fassung von Art 7 Abs 40 des Mietrechtsreformgesetzes vom 19. 6. 2001, [BGBl I 1149](#) sowie von Art 1 Nr 10a des PQsG vom 9. 9. 2001, [BGBl I 2320](#)).

[19] c) Hieran anknüpfend begründen schließlich die Absätze 3 und 4 des § 82 SGB XI mit einer weiteren Ausnahme zusätzliche Ansprüche im Verhältnis zwischen Heimträger und Bewohnern, die dann Platz greifen sollen, wenn eine nach § 82 Abs 2 SGB XI aus dem Vergütungsanspruch nach § 82 Abs 1 SGB XI ausgeschiedene Kostenposition entgegen § 9 SGB XI nicht mit öffentlichen Mitteln gefördert worden ist und diese Kostenlast auch nicht endgültig bei der Einrichtung selbst verbleiben soll. Wie der Senat bereits dargelegt hat, ist damit dem Umstand Rechnung getragen, dass den Pflegeeinrichtungen durch das SGB XI anders als den Krankenhäusern nach § 8 Krankenhausfinanzierungsgesetz kein Rechtsanspruch auf Förderung ihrer Pflegeinfrastruktur eingeräumt worden ist, den sie den Ländern gegenüber auf bundesrechtlicher Grundlage geltend machen könnten. Stattdessen

sind vielmehr auf Initiative des Vermittlungsausschusses des Deutschen Bundestages Vorschriften über die gesonderte Berechnung von Investitionskosten in § 82 Abs 3 und 4 SGB XI eingeführt worden, die den Pflegeeinrichtungen Ansprüche gegen die Heimbewohner einräumen, soweit ihre Investitionen aufgrund einer Entscheidung der nach Landesrecht zuständigen Behörden überhaupt nicht (§ 82 Abs 4 SGB XI) oder nur teilweise (§ 82 Abs 3 SGB XI) durch öffentliche Mittel gefördert worden sind. Damit ist ihnen im Wege der Rückausnahme von dem Ausschlusstatbestand des § 82 Abs 2 SGB XI ein subsidiärer Zahlungsanspruch unmittelbar gegen die Heimbewohner eingeräumt, über den sie diejenigen betriebsnotwendigen Investitionen auf Heimbewohner und ggf Sozialhilfeträger umlegen können sollen, für die ihnen öffentliche Mittel nicht zur Verfügung gestellt worden und die auch nicht endgültig von ihnen selbst zu tragen sind (vgl hierzu bereits [BSGE 99, 57](#) = SozR 4—3300 § 82 Nr 4, RdNr 13).

[20] 4. Bundesrechtlich umlagefähig sind dem Grunde nach nur tatsächlich bereits angefallene und wegen § 82 Abs 2 SGB XI nicht durch die Vergütung nach § 82 Abs 1 SGB XI gedeckte pflegeinfrastrukturbezogene Aufwendungen, die der Einrichtungsträger nicht nach § 82 Abs 2 Nr 2, 4 oder 5 SGB XI dauerhaft selbst tragen soll. Das bedingt die Regelungssystematik des § 82 SGB XI und wird auch durch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift belegt.

[21] a) Systematisch ist die Auslegung von § 82 Abs 3 SGB XI – und ebenso von § 82 Abs 4 SGB XI – durch die Stellung in dem Regel-/Ausnahmeverhältnis von Grundvergütungsanspruch nach § 82 Abs 1 SGB XI und Ausschlusstatbestand des § 82 Abs 2 SGB XI bestimmt. Grundnorm für die Pflegevergütung ist § 82 Abs 1 SGB XI. Danach müssen die Vergütungssätze so beschaffen sein, dass sie es dem Einrichtungsträger "bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen, seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen" (so für die Bemessung der Pflegesätze bei stationärer Pflege und die Vergütung der ambulanten Pflegeleistungen § 84 Abs 2 Satz 4 und § 89 Abs 1 Satz 3 Halbs 1 SGB XI). Das schließt grundsätzlich auch das Interesse ein, "Überschüsse" (vgl § 84 Abs 2 Satz 5 Halbs 1 SGB XI) erzielen zu können. Daraus hat der erkennende Senat abgeleitet, dass die Vergütung für stationäre Pflegeleistungen grundsätzlich 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 zu decken hat, soweit ihr Aufwand den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung entspricht ([BSGE 102, 227](#) = SozR 4—3300 § 85 Nr 1, RdNr 24 und 32 ff). Im Verhältnis dazu hat der Umlagetatbestand des § 82 Abs 3 SGB XI – und des § 82 Abs 4 SGB XI – eine nachgeordnete Funktion. Er dient lediglich als Ausgleich für den Fall, dass einer Einrichtung entgegen der mit § 9 SGB XI verbundenen Erwartung keine ausreichenden Mittel für die Pflegeinfrastruktur zur Verfügung gestellt worden sind und deshalb der von ihr selbst aufzubringende Aufwand wegen der Ausschlussnorm des § 82 Abs 2 SGB XI nicht durch den Vergütungsanspruch nach § 82 Abs 1 SGB XI abgegolten werden kann. Ansprüche nach § 82 Abs 3 und 4 SGB XI können daher schon im Ansatz nur hinsichtlich solcher Aufwendungen bestehen, die durch § 82 Abs 2 SGB XI aus den Entgelten nach § 82 Abs 1 SGB XI ausgeschieden sind.

[22] b) Das begrenzt den Kreis der nach § 82 Abs 3 und 4 SGB XI dem Grunde nach umlagefähigen Aufwendungen auf die Positionen, die im Rahmen des in § 9 SGB XI umschriebenen Infrastrukturauftrages auch von den Ländern bereitgestellt werden könnten. Umlagefähig können danach nur solche Beträge sein, die ein Heimträger für einen der in § 82 Abs 2 Nr 1 und 3 SGB XI aufgeführten Zwecke tatsächlich schon aufgewandt hat und für die er – aus bundesrechtlicher Sicht (zur Unbeachtlichkeit des Landesrechts als begrenzender

Faktor für die Ansprüche nach § 82 Abs 3 SGB XI vgl [BSGE 99, 57](#) = SozR 4—3300 § 82 Nr 4, RdNr 16 und 19) – grundsätzlich auch öffentliche Haushaltsmittel hätte erhalten können. Das schließt im Ansatz schon jede Rechnungsposition aus, die auf die Erzielung von Betriebsüberschüssen und/oder die Bildung von Kapitalrücklagen durch den Einrichtungsträger gerichtet sind. Solche Zwecke zählen nicht zu den Maßnahmen, für die ein Land im Rahmen seiner Verantwortung für die Pflegeinfrastruktur öffentliche Haushaltsmittel zur Verfügung zu stellen hätte. Verfolgt ein Träger mit einem Pflegebetrieb solche Ziele, so ist er zu deren Realisierung auf den Vergütungsanspruch nach § 82 Abs 1 SGB XI verwiesen. Das belegt schon die Regelung des § 84 Abs 2 Satz 5 Halbs 1 SGB XI, die mögliche Betriebsüberschüsse im Bereich der stationären Pflegevergütung dem Pflegesatz und damit der Vergütung nach § 82 Abs 1 SGB XI zuordnet. Dafür spricht systematisch auch die unterschiedliche Umschreibung der Ansprüche in § 82 Abs 3 Satz 1 SGB XI einerseits und § 82 Abs 1 Satz 1 SGB XI andererseits. Denn während die Einrichtung nach § 82 Abs 3 Satz 1 SGB XI "Aufwendungen ... gesondert berechnen" kann, erwirbt sie nach § 82 Abs 1 Satz 1 SGB XI Ansprüche "auf eine leistungsgerechte Vergütung" bzw "ein angemessenes Entgelt". In Letzterem kommt zum Ausdruck, dass das Interesse an einer nicht nur auf die Deckung der Betriebskosten gerichteten Honorierung ausschließlich im Rahmen der Ansprüche nach § 82 Abs 1 SGB XI zu berücksichtigen ist. Hingegen verweist die Formulierung "berechnen" auf eine bloß rechnerische Umlage der als betriebsnotwendig anzuerkennenden und tatsächlich angefallenen Kosten grundsätzlich ohne weitere Bewertung ihrer Angemessenheit, vergleichbar einer Nebenkostenumlage im Mietrecht.

[23] c) Dieses aus der Regelungssystematik gewonnene Verständnis wird bekräftigt durch die Entstehungsgeschichte von § 82 SGB XI. Ihre heutige Fassung hat die Norm auf Initiative des Vermittlungsausschusses erhalten (vgl die Beschlussempfehlungen des Vermittlungsausschusses zum Gesetz zur sozialen Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit – PflegeVG –, [BT-Drucks 12/6424 S 3](#) f und [12/7323 S 5](#) – jeweils zu § 91), nachdem sich die Länder gegen die ursprünglich vorgesehene monistische Finanzierung gewandt hatten (vgl dazu Reimer in: Hauck/Noftz, SGB XI, Stand August 2009, K § 82 RdNr 3 ff; Schütze in: Udsching, aaO, Vor §§ 82 bis 92 RdNr 4). In diesem Zusammenhang erfuhren auch die investitionsbezogenen Vorschriften eine Änderung. Zwar war schon im 1. Entwurf des PflegeVG eine Zweiteilung von betriebsbezogener Vergütung und Investitionsfinanzierung vorgesehen (vgl § 91 Abs 1 Satz 1 Nr 1 und 2 des Gesetzentwurfs der Fraktionen von CDU/CSU und FDP, [BT-Drucks 12/5262 S 35](#) f – im Folgenden: FraktE PflegeVG); dies belegt, dass von Anfang an zwischen dem Vergütungsinteresse der Einrichtung und dem Refinanzierungsbedarf für die Pflegeinfrastruktur unterschieden worden ist. Jedoch ist die Investitionsfinanzierung im Laufe des Vermittlungsverfahrens anders ausgestaltet worden. Ursprünglich sollte sich der Zahlungsanspruch der Einrichtung aus der Pflegevergütung wie nunmehr nach § 82 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGB XI (vgl § 91 Abs 1 Satz 1 Nr 1 FraktE PflegeVG) sowie weiterhin einem Investitionszuschlag zusammensetzen, der als gesondert ausgewiesener "Zuschlag auf die Pflegevergütung zur Finanzierung der für den Betrieb der Pflegeeinrichtung notwendigen Investitionen einschließlich der Instandhaltung und Instandsetzung der notwendigen Anlagegüter" vorgesehen war und dessen Umfang im Rahmen einer enumerativen Legaldefinition näher ausgestaltet sein sollte (vgl § 91 Abs 1 Satz 1 Nr 2 und § 100 FraktE PflegeVG). Schon damals war die Umlage solcher Kosten ausgeschlossen, für die der Einrichtung öffentliche Mittel gewährt worden sind oder die sie dafür beanspruchen konnte. Anders als heute war jedoch der Investitionszuschlag nicht als ein abgeleiteter Ausgleich für den Fall gedacht, dass die an sich vom Land zu übernehmende Förderung ausgeblieben ist. Vielmehr war er als eigenständiger Anspruch vorgesehen, der durch das Verbot der Umlage von öffentlich förderungsfähigen oder bereits geförderten Aufwendungen lediglich dem Umfang nach begrenzt werden sollte (vgl § 91 Abs 2 Satz 1

FraktE PflegeVG). Demzufolge war der Investitionszuschlag in seinem Grundbestand von den öffentlichen Fördermitteln unabhängiger und konnte mit der – allerdings begrenzten – Einbeziehung etwa von Rückstellungen für künftige investive Maßnahmen und von Zinsen für Eigenkapital (vgl § 100 Abs 2 Satz 2 Nr 5 und 2 FraktE PflegeVG) auch Berechnungsgrößen enthalten, mit denen nicht an in der Vergangenheit tatsächlich schon aufgewendete Aufwendungen der Einrichtung angeknüpft worden ist. Solche Möglichkeiten sind heute in § 82 SGB XI gerade nicht mehr vorgesehen. Auch dies verdeutlicht, dass die Umlage nach § 82 Abs 3 bzw Abs 4 SGB XI in ihrer Ausgleichsfunktion für entgegen der in § 9 SGB XI zum Ausdruck gebrachten Erwartung nicht öffentlich geförderte Aufwendungen allein auf die von der Einrichtung tatsächlich bereits aufgewandten Mittel ausgerichtet ist, anders als dies noch in dem Entwurf zur Einrichtungsfinanzierung ursprünglich vorgesehen war.

[24] d) Der Beschränkung der durch gesonderte Berechnung umlagefähigen Aufwendungen auf die von der Einrichtung tatsächlich bereits getätigten Investitionen steht nicht entgegen, dass gemäß Senatsurteil vom 24. 7. 2003 bei der Bemessung der Umlage – im entschiedenen Fall von Kosten für die Grundstücksrente – "nicht die tatsächlich anfallenden, sondern nur die angemessenen Kosten zu berücksichtigen" sind ([BSGE 91, 182](#) RdNr 20 = SozR 4—3300 § 82 Nr 1 RdNr 25). Damit ist nicht zum Ausdruck gebracht, dass der Einrichtungsträger auch unabhängig von seinen tatsächlichen Aufwendungen Beträge zu Investitionszwecken umlegen dürfte. Vielmehr ist nur festgestellt, dass die tatsächlichen Aufwendungen allein im Rahmen des Angemessenen zu berücksichtigen sind. Daran hält der Senat weiter fest.

[25] 5. Diese bundesrechtlichen Grenzen sind maßgeblich auch für die landesrechtliche Anspruchskonkretisierung nach § 82 Abs 3 Satz 3 Halbs 2 SGB XI; reicht sie über den bundesrechtlichen Rahmen hinaus, so ist dies grundsätzlich unwirksam, kann aber aus Gründen der Rechtssicherheit allenfalls noch bis Ende 2012 als mit Bundesrecht vereinbar angesehen werden.

[26] a) Vorrangig zuständig für die Ausgestaltung der öffentlich-rechtlichen Vergütungsbeziehungen zwischen Einrichtungen und Heimbewohnern ist auf der Grundlage seiner Gesetzgebungszuständigkeit aus Art 74 Abs 1 Nr 12 GG ([BVerfGE 103, 197](#), 215 = SozR 3—1100 Art 74 Nr 4 S 21) der Bundesgesetzgeber. In deren Wahrnehmung hat er über Grund und Gegenstand der Ansprüche zur Finanzierung von Pflegeeinrichtungen durch § 82 SGB XI abschließend selbst entschieden. Soweit diese Regelungen reichen, sind die Länder zu eigener Gesetzgebung nach Art 72 Abs 1 GG nicht befugt. Eigene Gesetze dürfen die Länder danach im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung nur erlassen, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht Gebrauch gemacht hat. Das sperrt die Befugnis zu eigener landesrechtlicher Gesetzgebung auf allen Gebieten, zu denen der Bundesgesetzgeber selbst abschließende Regelungen getroffen hat (vgl nur [BVerfGE 102, 99](#), 115; [BVerfGE 109, 190](#), 230 – jeweils mwN). Hierzu rechnet auch die Grundstruktur der Ansprüche nach § 82 SGB XI. Soweit darin die Finanzierung der Pflegeeinrichtungen abschließend festgelegt und dadurch auch gegenständlich beschränkt worden ist, bleibt im Rahmen der landesrechtlichen Befugnis zur näheren Ausgestaltung der Umlage nach § 82 Abs 3 Satz 3 Halbs 2 SGB XI insbesondere im Hinblick auf "Art, Höhe und Laufzeit sowie die Verteilung der gesondert berechenbaren Aufwendungen auf die Pflegebedürftigen" kein Raum für abweichende Regelungen.

[27] b) Soweit solche Regelungen in einzelnen Bundesländern auf der Grundlage einer nach der Rechtsprechung des Senats mit Bundesrecht nicht zu vereinbarenden Auslegung von § 82 SGB XI gleichwohl getroffen sind, wird dies innerhalb einer angemessenen Zeitspanne zu

korrigieren sein. Das gilt etwa für die Umlage fiktiver Zinsen auf das von den Trägern eingesetzte Eigenkapital, die nach Wortlaut, Regelungssystematik und Entstehungsgeschichte dem Vergütungsanspruch nach § 82 Abs 1 SGB XI zuzurechnen und in einigen Bundesländern gleichwohl der Umlage nach § 82 Abs 3 SGB XI zugewiesen worden sind (so etwa in Bayern, vgl dazu das Urteil vom heutigen Tage – [B 3 P 6/10 R](#) –, oder in Niedersachsen, vgl Senatsurteil vom 10. 3. 2011 – [B 3 P 3/10 R](#) – [BSGE 108, 14](#) = SozR 4—3300 § 82 Nr 5). In Abwägung der berührten Interessen erscheint es dem erkennenden Senat ausreichend, aber auch geboten, solche Änderungen spätestens bis Ende 2012 vorzunehmen.

[28] 6. Schon im Ansatz nicht nach § 82 Abs 3 SGB XI umlagefähig ist nach dem Vorstehenden das Vergütungsinteresse einer Einrichtung, das nicht der Sperrwirkung des § 82 Abs 2 SGB XI unterliegt und mithin ausschließlich über die Vergütung nach § 82 Abs 1 SGB XI zu decken ist. Mangels anderweitiger – und ggf vorübergehend noch gültiger – landesrechtlicher Regelung hat das LSG daher zutreffend entschieden, dass fiktive Zinsen auf das in ihrem Eigentum stehende Betriebskapital einer Einrichtung nicht nach § 82 Abs 3 SGB XI umgelegt werden können.

[29] a) Allerdings scheidet die gesonderte Berechnung fiktiver Zinsen auf die von der Klägerin selbst getragenen Erschließungskosten ihres Betriebsgrundstücks nicht bereits an § 82 Abs 2 Nr 2 SGB XI. Zwar dürfen hiernach "Aufwendungen" ua für den "Erwerb und die Erschließung von Grundstücken" nicht in der Pflegevergütung und in den Entgelten für Unterkunft und Verpflegung berücksichtigt und gemäß der insoweit eindeutigen Regelung auch nicht nach § 82 Abs 3 Satz 1 SGB XI auf die Heimbewohner umgelegt werden. Rechtfertigung dieses Umlageverbots ist, dass der Einrichtung insoweit ein Vermögenswert zur Verfügung steht, der nicht dem Wertverzehr unterliegt und den sie zu einem späteren Zeitpunkt realisieren kann. Das ändert aber nichts daran, dass die Einrichtung auch insoweit zu Zwecken des Pflegebetriebs Eigenkapital einsetzt und ihr deshalb im Rahmen des Zulässigen wie bei jedem anderen Kapitalwert ein schützenswertes Interesse an dessen angemessener Verzinsung zustehen kann.

[30] b) Nicht zu entscheiden ist zudem, ob und inwieweit von Einrichtungen in gemeinnütziger Trägerschaft wie hier der Klägerin eine Verzinsung von eingesetztem Eigenkapital überhaupt beansprucht werden kann. Insoweit sind hier vergleichbare Fragen aufgeworfen wie in dem vom Senat entschiedenen Fall der Verzinsung von Mitteln aus Konzessionsabgaben von Lotterie- und Wettunternehmen durch eine Kirchengemeinde (Urteil vom 10. 3. 2011 – [B 3 P 3/10 R](#) – [BSGE 108, 14](#) = SozR 4—3300 § 82 Nr 5). In diesem Zusammenhang hat der Senat darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit, Zinsen auf eingesetztes Eigenkapital in Ansatz zu bringen, die Freiheit der Wohlfahrtsverbände bzw deren Mitglieder voraussetzt, die Finanzhilfen aus den Konzessionsabgaben bei Banken oder Sparkassen als Kapital anlegen zu dürfen (BSG aaO RdNr 39). Entsprechend könnte hier zu fragen sein, inwieweit die Gemeinnützigkeit eines Trägers seiner Gewinnerzielungsabsicht Grenzen setzt.

[31] c) Dies kann indes offenbleiben, weil fiktive Zinsen auf das eingesetzte Eigenkapital keine nach § 82 Abs 3 Satz 1 SGB XI bundesrechtlich umlagefähigen "Aufwendungen" darstellen. Aufwendungen iS dieser Vorschrift sind nach dem Dargelegten ausschließlich die tatsächlichen Kosten einer Einrichtung, die wegen des Berücksichtigungsverbots des § 82 Abs 2 SGB XI nicht durch die Pflegevergütung und/oder die Entgelte für Unterkunft und Verpflegung nach § 82 Abs 1 SGB XI refinanziert werden können. Darunter fällt das Interesse an einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals nicht. Es ist vielmehr dem allgemeinen Vergütungsinteresse der Einrichtung zuzurechnen und wäre

deshalb im Rahmen der Ansprüche nach § 82 Abs 1 SGB XI zu verfolgen. Dieses Interesse ist in der Rechtsprechung des Senats auch als schützenswert anerkannt, soweit die Einrichtung ihrem Status nach mit Gewinnerzielungsabsicht tätig werden kann. Insoweit ist zunächst mit Urteil vom 23. 3. 2006 entschieden worden, dass das Verbot einer angemessenen Eigenkapitalverzinsung gegen die Eigentumsgarantie des Art 14 GG verstößt und – soweit das Landesrecht eine Refinanzierung nach § 82 Abs 3 SGB XI ausschließt – in die Kosten für Unterkunft und Verpflegung einkalkuliert werden kann ([BSGE 96, 126](#) = SozR 4—3300 § 82 Nr 2, RdNr 27). Sodann hat der Senat – beginnend mit Urteil vom 29. 1. 2009 – allgemein ausgeführt, dass das von einer Pflegeeinrichtung zu beanspruchende Entgelt Zuschläge für die angemessene Vergütung des Unternehmerrisikos und eines etwaigen zusätzlichen persönlichen Arbeitseinsatzes sowie einer angemessenen Verzinsung des Eigenkapitals umfasst, soweit es den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung entspricht ([BSGE 102, 227](#) = SozR 4—3300 § 85 Nr 1, RdNr 24 und 32 ff).

[32] d) Daran hält der Senat weiter fest, soweit es – jedenfalls für Einrichtungen in gewerblicher Trägerschaft – die Berechtigung zur Geltendmachung einer angemessenen Eigenkapitalverzinsung und ihre prinzipielle Zuordnung zu den Ansprüchen nach § 82 Abs 1 SGB XI betrifft. Nicht mehr weiter verfolgt wird der in der Entscheidung vom 23. 3. 2006 ([BSGE 96, 126](#) = SozR 4—3300 § 82 Nr 2) gewählte Ansatz, die Eigenkapitalverzinsung der Position "Unterkunft und Verpflegung" (§ 82 Abs 1 Satz 1 Nr 2 SGB XI) zuzurechnen. Dies erscheint gerechtfertigt nur, soweit eingesetzte Betriebsmittel ausschließlich diesem Bereich zuzuordnen sind. Soweit Mittel dagegen auch dem Pflegebetrieb zu dienen bestimmt sind, erscheint eine anteilige Zurechnung zur allgemeinen Pflegevergütung als angemessen und geboten. Soweit in dem oa Urteil vom 23. 3. 2006 ebenfalls noch eine Präferenz für die Geltendmachung von fiktiven Eigenkapitalzinsen im Rahmen der Umlage nach § 82 Abs 3 SGB XI zum Ausdruck kommt, hält der Senat aus den oben dargelegten Gründen daran nicht weiter fest (vgl oben unter 5.).

[33] 7. Ebenfalls keine bundesrechtlich umlagefähigen Aufwendungen iS von § 82 Abs 3 SGB XI bilden nach der dargelegten Regelungssystematik solche Kosten, die der Einrichtung noch nicht entstanden sind und auch in der Umlageperiode nicht sicher entstehen werden. § 82 Abs 3 SGB XI bezweckt allein einen Ausgleich dafür, dass der von den Trägern selbst aufgebrauchte Investitionsaufwand weder durch die Vergütung der allgemeinen Pflegeleistungen noch von Unterkunft und Verpflegung zu decken ist. "Aufgebracht" in diesem Sinne sind ausschließlich solche Kosten, die bei Inanspruchnahme der Heimbewohner tatsächlich bereits angefallen sind oder – wie laufende Mietkosten ua – bis zum Ende des Zustimmungszeitraums nach § 82 Abs 3 Satz 3 SGB XI (vgl dazu unter 8.) sicher anfallen werden. Zu Recht hat das LSG deshalb entschieden, dass die Klägerin die Heimbewohner nicht zu Zahlungen für nur pauschal bemessene Kosten der laufenden Instandhaltung bzw Instandsetzung und auch nicht zur Bildung von Rücklagen für künftige Sanierungsmaßnahmen heranziehen darf.

[34] a) Allerdings steht dem nicht schon der Vorrang des Vergütungsanspruchs nach § 82 Abs 1 SGB XI entgegen. Im Gegenteil schließt § 82 Abs 2 Nr 1 SGB XI insoweit ausdrücklich aus, dass im Rahmen der Pflegevergütung Rechnungspositionen für künftige Instandhaltungsmaßnahmen gebildet werden. Unbeachtlich für die Pflegevergütung sind danach ua Aufwendungen für solche "Maßnahmen, die dazu bestimmt sind, die für den Betrieb der Pflegeeinrichtung notwendigen Gebäude und sonstigen abschreibungsfähigen Anlagegüter ... wiederzubeschaffen, zu ergänzen, instandzuhalten oder instandzusetzen". Damit scheidet zunächst alle tatsächlichen Investitionen für die Wiederbeschaffung, Instandsetzung oder Instandhaltung der Pflegeinfrastruktur als Kostenfaktor bei der

Pflegevergütung aus; sie stehen den anfänglichen Aufwendungen der Pflegeeinrichtung in jeder Hinsicht gleich und können deshalb wie diese schon im Ansatz keine Ansprüche nach § 82 Abs 1 SGB XI vermitteln. Dasselbe gilt für erst in Zukunft möglicherweise anfallende Kosten für Instandhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten. Bildet der Träger Rücklagen hierfür, so ist das pflegeversicherungsrechtlich eine zur Erhaltung der Pflegeinfrastruktur bestimmte Maßnahme iS von § 82 Abs 2 Nr 1 SGB XI, die wie tatsächliche Investitionen in die Pflegeinfrastruktur keine Ansprüche nach § 82 Abs 1 SGB XI begründen können.

[35] b) Einen Anspruch auf Umlage solcher Rücklagen vermittelt aber auch § 82 Abs 3 SGB XI nicht. Dem steht schon der Wortlaut des Gesetzes "gesondert berechnen" entgegen, der deutlich macht, dass der Anspruch nach § 82 Abs 3 SGB XI ausschließlich auf die Abwälzung bereits angefallener Kosten und nicht auch auf die Bildung eines Kapitalstocks für künftige Investitionen zielt. Auch "Aufwendungen für Miete, Pacht, Nutzung oder Mitbenutzung von Gebäuden oder sonstige abschreibungsfähige Anlagegüter nach Absatz 2 Nr. 3" (§ 82 Abs 3 Satz 1, 2. Alt SGB XI) können sich offensichtlich nur auf bereits eingegangene Verbindlichkeiten und nicht auf in Zukunft möglicherweise anfallende Verpflichtungen beziehen. Das gilt vergleichbar auch für "Investitionsaufwendungen nach Absatz 2 Nr. 1" gemäß § 82 Abs 3 Satz 1, 1. Alt SGB XI, weil als betriebsnotwendig nur bereits durchgeführte Maßnahmen qualifiziert werden können. Ebenso bezieht sich die Formulierung "durch öffentliche Förderung gemäß § 9 nicht vollständig gedeckt" allein auf bereits durchgeführte Investitionen, weil ansonsten eine Entscheidung über eine öffentliche Förderung noch nicht getroffen wäre.

[36] c) Ausschließlich in diese Richtung weist nach Sinn und Zweck auch der Zustimmungsvorbehalt nach § 82 Abs 3 Satz 3 Halbs 1 SGB XI. Er unterwirft die Träger ebenso wie die Anzeigepflicht nach § 82 Abs 4 Satz 2 SGB XI einer besonderen Aufsicht und gesteigerten Nachweispflichten, sobald sie die Heimbewohner unter Verweis auf Kosten der Pflegeinfrastruktur zu zusätzlichen Zahlungen heranziehen möchten. Damit ist ein mit der Bestimmung der Pflegevergütung vergleichbarer Schutzzweck verbunden, weil auch zum Beleg der prospektiven Einrichtungskosten nach § 85 Abs 3 Satz 2 Halbs 1 SGB XI "Art, Inhalt, Umfang und Kosten der Leistungen ... durch Pflegedokumentationen und andere geeignete Nachweise rechtzeitig vor Beginn der Pflegesatzverhandlungen darzulegen" sind und auf Grundlage von § 85 Abs 3 Satz 4 SGB XI im Einzelfall selbst betriebswirtschaftliche Berechnungsgrundlagen offenzulegen sein können (vgl im Einzelnen [BSGE 102, 227](#) = SozR 4—3300 § 85 Nr 1, RdNr 26 f). Hierdurch hat der Gesetzgeber den Einrichtungen Nachweislasten aufgegeben, die über das im allgemeinen Geschäftsverkehr Übliche weit hinausreichen und sicherstellen sollen, dass Heimbewohner, Pflegekassen oder andere Kostenträger nur hinreichend plausibel gemachten Vergütungsforderungen ausgesetzt sind (vgl dazu grundlegend BSG aaO RdNr 27). Dies gilt ebenso für das Umlageverfahren nach § 82 Abs 3 Satz 3 SGB XI. Zum einen ist nicht anzunehmen, dass der Bundesgesetzgeber das Schutzbedürfnis der Betroffenen insoweit anders eingeschätzt haben könnte. Zum anderen ist der Schutz vor überhöhten Pflegevergütungen selbst nur dann vollständig, wenn auch die Umlage nach § 82 Abs 3 SGB XI von versteckten Vergütungselementen frei ist und sie dementsprechend geprüft wird. Deshalb ist es nach dem Zweck des Zustimmungsverfahrens – und anders als die Klägerin meint – ausgeschlossen, dass eine Einrichtung die Heimbewohner ohne Belege für tatsächliche Aufwendungen zu lediglich pauschal bemessenen Kosten oder für Maßnahmen heranziehen kann, die noch nicht ausgeführt sind und deren spätere Durchführung allein in ihrem freien Belieben steht.

[37] d) Dem Rechnung tragend haben die Länder bei der näheren Ausgestaltung des Zustimmungsverfahrens gemäß § 82 Abs 3 Satz 3 Halbs 2 SGB XI sicherzustellen, dass die

Heimbewohner ausschließlich mit tatsächlich anfallenden Kosten belastet werden. Dieses Verfahren kann zwar auf einen für alle Beteiligte möglichst geringen Verwaltungsaufwand ausgerichtet werden. Gleichwohl muss gewährleistet sein, dass einerseits die Einrichtungen ihre anders nicht gedeckten Kosten der Pflegeinfrastruktur refinanzieren können, andererseits die Heimbewohner aber auch nur zu tatsächlich anfallenden Kosten herangezogen werden. Soweit davon abweichend derzeit noch durch Ausführungsbestimmungen nach § 82 Abs 3 Satz 3 Halbs 2 SGB XI oder de facto auf der Grundlage von Rahmen- bzw sonstigen Vereinbarungen insbesondere durch Pauschalen oder andere Weise die Umlage auch nicht tatsächlich angefallener Aufwendungen vorgesehen ist, ist dies rechtswidrig; eine entgegenstehende Praxis in den Ländern kann aber aus den oa Gründen der Rechts- und Planungssicherheit insbesondere für die betroffenen Pflegeeinrichtungen ebenfalls noch vorübergehend bis Ende 2012 als mit Bundesrecht vereinbar hingenommen werden (vgl dazu oben unter 5.).

[38] 8. Folgen für die Zustimmung zur gesonderten Berechnung ergeben sich aus der Beschränkung auf die tatsächlichen Infrastrukturkosten auch in zeitlicher Hinsicht. Können die Heimbewohner nur zu bereits angefallenen oder sicher anfallenden Kosten herangezogen werden, so darf die Zustimmung nur erteilt werden, soweit sich die Zustimmungsbehörde von der Höhe der umzulegenden Kosten eine hinreichend sichere Überzeugung verschaffen kann. Unbefristet – wie hier beansprucht – kann die Zustimmung zur gesonderten Berechnung daher allenfalls dann erteilt werden, wenn ausschließlich dauerhaft feststehende Kosten umgelegt werden sollen. Enthalten die Aufwendungen dagegen auch variable Anteile (wie hier schon der Aufwand für Fremdkapitalzinsen), kann die Zustimmung nur für einen zeitlich begrenzten Zeitraum beansprucht und erteilt werden. Das im Einzelnen festzulegen, ist wiederum Sache der Länder im Rahmen der näheren Ausgestaltung des Zustimmungsverfahrens nach § 82 Abs 3 Satz 3 Halbs 2 SGB XI, wobei Bestrebungen, den Verwaltungsaufwand möglichst gering zu halten, durchaus akzeptabel sind. Vorrang muss indes das Interesse von Heimbewohnern und Einrichtungen haben, nur mit den tatsächlichen Infrastrukturkosten belastet zu werden bzw für diese Kosten eine Refinanzierung zu erhalten. Gewährleistet sein muss auch, dass die Berechnung der umzulegenden Beträge für alle Beteiligten, vor allem für die Heimbewohner und ihre Vertretungen, hinreichend nachvollziehbar ist; es muss für Außenstehende unproblematisch ersichtlich sein, welche Kosten für welchen Zeitraum umgelegt werden sollen und welche nicht. Daran mangelt es zB auch in diesem Verfahren, wie die Unsicherheit der Klägerin selbst im Hinblick auf die für ihren Antrag maßgebenden Rechnungspositionen deutlich zeigt. Daher wird es im Regelfall naheliegen, die Abrechnungsperiode an dem Geschäftsjahr der Einrichtungen auszurichten, das nach der – noch gültigen (vgl § 75 Abs 7 SGB XI) – Pflege-Buchführungsverordnung vom 22. 11. 1995 (PBV – BGBl I 1528, zuletzt geändert durch Art 6 der Verordnung zur Änderung von Rechnungslegungsverordnungen vom 9. 6. 2011, [BGBl I 1041](#)) dem Kalenderjahr entspricht. Im vorliegenden Fall könnte sich deshalb wegen der begehrten Zustimmung für die Zeit ab 28. 9. 2004 eine Beschränkung des anfänglichen Umlagebegehrens bis Ende 2005 anbieten; ausgeschlossen ist jedoch, dass der auf das Jahr 2004 bezogene Antrag eine vollständig unbefristete Zustimmung auslösen kann, wie sie der Beklagte hier erteilt hat und die Klägerin es noch weitergehend begehrt.

[39] 9. Grundsätzlich sind die tatsächlichen Verhältnisse auch für die Aufteilung der gesondert zu berechnenden Aufwendungen auf die Heimbewohner maßgebend (Belegungsquote). Sind über die gesonderte Berechnung ausschließlich die von der Einrichtung tatsächlich selbst zu tragenden Infrastrukturkosten zu decken, dann hat sich deren Verteilung auf die Heimbewohner allein an der tatsächlichen Belegungsquote zu orientieren. Keine Rechtsgrundlage bietet § 82 Abs 3 SGB XI hingegen für das Begehren der Klägerin, durch den Ansatz einer fiktiven Belegungsquote von 95 % deutlich unter dem vom LSG

festgestellten und daher mangels zulässiger und begründeter Revisionsrügen auch für das Revisionsverfahren maßgeblichen (§ 163 SGG) Auslastungsgrad von nahezu 100 % zumindest bis zum 1. Halbjahr 2010 zu bleiben, um hierdurch zusätzliche Überschüsse über die Pflegevergütung nach § 82 Abs 1 SGB XI hinaus erzielen zu können. Überschüsse können nach der ausdrücklichen Regelung in § 84 Abs 2 Satz 5 Halbs 1 SGB XI und der oa Regelungssystematik ausschließlich über die Pflegevergütung erzielt werden. Eine solche Funktionen kommt der Umlage nach § 82 Abs 3 SGB XI gerade nicht zu. Deshalb ist es nicht zulässig, die gesondert zu berechnenden Kosten der Pflegeinfrastruktur nach einer niedrigeren Belegungsquote auf die Heimbewohner zu verteilen, als in der maßgeblichen Umlageperiode tatsächlich im Pflegeheim wohnen. Angezeigt ist eine fiktive Belegungsquote als Verteilungsmaßstab der gesonderten Berechnung allerdings dann, wenn die Heimbewohner bei einer unterdurchschnittlichen Auslastung der Einrichtung – etwa in der Anlaufphase, wegen Kapazitätsüberschüssen oder wegen Mängeln der Einrichtung – vor einer übermäßigen Heranziehung zu den Kosten der Pflegeinfrastruktur zu bewahren sind.

[40] Auch insoweit obliegt die Ausgestaltung im Einzelnen gemäß § 82 Abs 3 Satz 3 Halbs 2 SGB XI den Ländern. Soweit dabei – wie hier von dem Beklagten nach seiner bisherigen Verwaltungspraxis – auf durchschnittliche Belegungsquoten abgestellt wird, wird das nach den aufgezeigten Maßstäben allerdings nur zulässig sein, wenn sich die Ausrichtung grundsätzlich an der typischen Vollaustung einer wirtschaftlich geführten Einrichtung orientiert, die eher bei knapp unter 100 % als bei 96 % liegen dürfte, wie es von dem Beklagten derzeit praktiziert wird. Jedoch wird den Einrichtungen ebenfalls die Möglichkeit des Nachweises einzuräumen sein, dass die tatsächliche Belegungsquote etwa zu Beginn des Umlagezeitraums unter dem Höchstwert liegt und die Heimbewohner deshalb mit einem höheren Anteil an den nach § 82 Abs 3 SGB XI umzulegenden Kosten zu beteiligen sind. Jedenfalls wird aber zur Abgrenzung der nach § 82 Abs 2 Nr 4 und 5 SGB XI ausdrücklich von den Einrichtungen selbst zu tragenden Anlauf-, Umstellungs- und Schließungskosten sowie zum Schutz der Bewohner vor den wirtschaftlichen Folgen einer unzureichenden Auslastung der Pflegeeinrichtung aus sonstigen Gründen durch Festsetzung eines unteren Auslastungsgrades und damit einer Mindestbelegungsquote sicherzustellen sein, dass das wirtschaftliche Risiko einer ungewöhnlich niedrigen Heimbelegung nicht von den Bewohnern zu tragen ist, sondern bei den Einrichtungen verbleibt.

[41] 10. Ohne Erfolg beansprucht die Klägerin auch eine Beteiligung der Heimbewohner an den Kosten eines zweiten Kraftfahrzeugs; hierfür hat sich nach den mangels zulässiger und begründeter Revisionsrügen auch für das Revisionsverfahren maßgeblichen (§ 163 SGG) Feststellungen des LSG keine betriebliche Notwendigkeit ergeben. Betriebsnotwendig iS von § 82 Abs 3 Satz 1 SGB XI sind nur solche Investitionen in die Pflegeinfrastruktur, die für die Aufrechterhaltung des Pflegebetriebs unter Berücksichtigung der Grundsätze wirtschaftlicher Betriebsführung als sachlich erforderlich und der Höhe nach als angemessen angesehen werden können. Diesem Maßstab genügt die Vorhaltung von zwei Kraftfahrzeugen nach den Feststellungen des LSG hier offenkundig nicht. Dass bei einer Jahresfahrleistung des einen Fahrzeugs von rund 10 500 km und des anderen von 5500 km und bei einer nur seltenen Benutzung beider Fahrzeuge gleichzeitig der Betrieb bei sparsamer Mittelverwendung und vorausschauender Organisation nicht auch mit einem Kraftfahrzeug ohne Einbußen hätte aufrechterhalten werden können, erschließt sich dem Senat nicht. Jedenfalls liegt es auf der Hand, dass eine Pflegeeinrichtung nicht nur wegen ihrer Lage im Außenbereich – wie die Revision geltend macht – auf zwei Kraftfahrzeuge betriebsnotwendig angewiesen sein kann. Bedarf dafür kann sich vielmehr nur aus den Erfordernissen des konkreten Betriebsablaufs im Einzelfall ergeben, der substantiiert nachzuweisen gewesen wäre, woran es hier fehlt.

[42] 11. Nicht selbst entscheiden kann der Senat mangels ausreichender Feststellungen des LSG, ob und ggf inwieweit die Klägerin Anspruch auf Zustimmung zur gesonderten Berechnung von Fremdkapitalzinsen hat.

[43] a) Allerdings steht der Geltendmachung nicht entgegen, dass nach dem Förderbescheid des Landes die nicht durch öffentliche Förderung gedeckten Aufwendungen den Heimbewohnern nicht in Rechnung gestellt werden dürfen. Wie der Senat bereits entschieden hat, entfaltet die Bewilligung der nach Landesrecht zu gewährenden Investitionsförderung keine Bindungswirkung für die auf bundesrechtlicher Grundlage zu erteilende Zustimmung zur Umlage ungedeckter Investitionskosten nach § [82](#) Abs 3 SGB XI. Insoweit steht die bundesrechtlich begründete Befugnis des Betreibers der Pflegeeinrichtung, seine durch öffentliche Förderung nicht gedeckten Investitionsaufwendungen durch anteilige Umlage auf die Heimbewohner zu refinanzieren, nicht zur Disposition des Landesrechts (vgl [BSGE 99, 57](#) = SozR 4—3300 § 82 Nr 4, RdNr 17 ff).

[44] b) Im rechtlichen Ausgangspunkt rechnen auch Fremdkapitalzinsen zu dem nach § [82](#) Abs 3 SGB XI gesondert berechnungsfähigen Aufwand, soweit sie einer der nach dieser Vorschrift berücksichtigungsfähigen Infrastrukturaufwendungen zuzurechnen sind. Sie bilden Aufwendungen, die iS von § [82](#) Abs 2 Nr 1 SGB XI dazu bestimmt sind, die für den Betrieb der Pflegeeinrichtung notwendigen Gebäude und sonstigen abschreibungsfähigen Anlagegüter herzustellen, anzuschaffen, wiederzubeschaffen, zu ergänzen, instandzuhalten oder instandzusetzen. Das steht zwischen den Beteiligten auch nicht in Streit.

[45] c) Ausgeschlossen hiervon sind aber alle Zinsaufwendungen, die dem Grundstückserwerb und der -erschließung zuzurechnen sind. Das folgt aus § [82](#) Abs 3 Satz 1 SGB XI iVm § [82](#) Abs 2 Nr 2 SGB XI. Hiernach sind aus der Pflegevergütung und den Entgelten für Unterkunft und Verpflegung ua ausgeschlossen die Zahlungen für den Erwerb und die Erschließung von Grundstücken. Hieran anknüpfend sind in dem Umlagetatbestand des § [82](#) Abs 3 Satz 1 SGB XI als umlagefähige Aufwendungen nur genannt erstens "betriebsnotwendige Investitionsaufwendungen nach Absatz 2 Nr. 1" und zweitens "Aufwendungen für Miete, Pacht, Nutzung oder Mitbenutzung von Gebäuden oder sonstige abschreibungsfähige Anlagegüter nach Absatz 2 Nr. 3". Nicht zu den umlagefähigen Kosten zählen mithin alle Aufwendungen, die iS von § [82](#) Abs 2 Nr 2 SGB XI "den Erwerb und die Erschließung von Grundstücken" betreffen. Auch wenn wegen der besonderen Eigenart des Vermittlungsverfahrens Gesetzgebungsmaterialien insoweit nicht verfügbar sind, spricht dieser klare Wortlaut dafür, dass grundstücksbezogene Kosten grundsätzlich von einer Refinanzierung durch Umlagen nach § [82](#) Abs 3 SGB XI ausgeschlossen sind. Dies deckt sich mit der ursprünglich für den Investitionszuschlag (s oben unter 4. c) vorgesehenen Regelung, wonach zu den Investitionsaufwendungen ausdrücklich nicht gehören sollten "die Kosten des Grundstücks, des Grundstückserwerbs, der Grundstücksererschließung sowie ihrer Finanzierung" (vgl § 100 Abs 1 Satz 2 FraktE PflegeVG, [BT-Drucks 12/5262 S 38](#) f). Diese Werte sollten von den Trägern – von Ausnahmefällen abgesehen – als Eigenleistung einzubringen sein (vgl [BT-Drucks 12/5262 S 149](#) zu § 100 Abs 1).

[46] d) Das Refinanzierungsverbot für grundstücksbezogene Aufwendungen ist verfassungsrechtlich unbedenklich, weil den Trägern hierdurch regelmäßig kein Wertverlust erwächst, der durch einen Umlagebeitrag der Heimbewohner auszugleichen wäre. Rechtsrahmen für das Gewinnerzielungsinteresse von Heimträgern ist ausschließlich der Vergütungstatbestand des § [82](#) Abs 1 SGB XI. Insoweit ist in den Grenzen dieses Anspruchs auch Raum dafür, aus getätigten Investitionen Erträge zu erwirtschaften und deshalb für eingesetztes Kapital eine angemessene Verzinsung erzielen zu können. Anders liegt es

dagegen bei dem Interesse, auch das von dem Pflegeheimträger für Infrastrukturmaßnahmen aufgebrauchte Kapital selbst refinanzieren zu können. Das ist im Rahmen des Betriebsnotwendigen und Angemessenen auf der Grundlage von § 82 Abs 3 SGB XI durch anteilige Umlage auf die Heimbewohner unproblematisch möglich, soweit die getätigten Investitionen einen Wertverlust erleiden und dem Träger deshalb ein auch handelsrechtlich beachtlicher Aufwand entsteht. Das liegt bei Grundstückswerten anders. Sie unterliegen keinem Wertverzehr durch Benutzung und verbleiben dem Heimträger regelmäßig als ungeschmälerter Wertgegenstand, der im Fall einer Betriebsaufgabe oder -verlagerung vollständig zur Verwertung zur Verfügung steht. Würde der Träger über die angemessene Verzinsung hinaus auch diesen eingesetzten Kapitalwert selbst durch Umlage refinanzieren wollen, liefe das auf eine Vermögensmehrung hinaus, deren Tragung weder den Heimbewohnern noch den Sozialhilfeträgern zuzumuten wäre. Darauf ist sinngemäß auch schon in den Materialien zu dem ursprünglichen Entwurf des PflegeVG hingewiesen worden (vgl [BT-Drucks 12/5262](#) aaO).

[47] e) Diese Zuordnung des Grundstücksaufwands zum ausschließlichen Verantwortungsbereich des Einrichtungsträgers bewirkt, dass auch die Neben- und Folgekosten des Grundstückserwerbs von der Einrichtung selbst zu tragen sind und nicht durch gesonderte Berechnung auf die Heimbewohner umgelegt werden können. Das schließt es aus, die Heimbewohner mit Fremdkapitalaufwand zu belasten, soweit er der Grundstücksfinanzierung zuzurechnen ist. Ob und mit welchem Anteil das ggf hier der Fall ist, kann der Senat mangels näherer Feststellungen des LSG hierzu nicht selbst entscheiden.

## Anlage 3: Bundessozialgericht 2013

Soziale Pflegeversicherung – Festsetzung der Vergütung stationärer Pflegeleistungen eines Pflegeheims durch Schiedsspruch – Überprüfung – Bemessung der leistungsgerechten Vergütung – voraussichtliche Gestehungskosten – externer Vergleich – Arbeitsvertragsrichtlinien – Tarifvertrag – ortsübliches Gehalt – Unternehmerrisiko – Risikozuschlag – Wagniszuschlag – Unternehmergewinn – Auslastungsquote

### BSG, Urteil vom 16. 5. 2013 – B 3 P 2/12 R

#### Auszüge:

[13] 3. Materielle Grundlage der angefochtenen Entscheidung ist § 84 Abs 2 S 1 und 4 SGB XI iVm § 82 Abs 1 und 2 sowie § 85 Abs 3 SGB XI – jeweils in der bis November 2010 gültigen Fassung. Hiernach sind, wie der Senat zuletzt in teilweiser Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung mehrfach entschieden hat, Pflegesatzverhandlungen und eventuell nachfolgende Schiedsstellenverfahren grundsätzlich nach einem zweigliedrigen Prüfschema durchzuführen: Grundlage der Verhandlung über Pflegesätze und Entgelte ist zunächst die Abschätzung der voraussichtlichen Kosten der in der Einrichtung erbrachten Leistungen nach § 85 Abs 3 S 2 Halbs 1 und S 3 SGB XI (Prognose). Daran schließt sich in einem zweiten Schritt die Prüfung der Leistungsgerechtigkeit nach § 84 Abs 2 S 1 und 4 SGB XI an. Maßgebend hierfür sind die Kostenansätze vergleichbarer Leistungen in anderen Einrichtungen (externer Vergleich). Daraus folgend sind Pflegesätze und Entgelte dann leistungsgerecht iS von § 84 Abs 2 S 1 SGB XI, wenn erstens die voraussichtlichen Gestehungskosten der Einrichtung nachvollziehbar und plausibel dargelegt werden und sie zweitens in einer angemessenen und nachprüfaren Relation zu den Sätzen anderer vergleichbarer Einrichtungen stehen. Geltend gemachte Pflegesätze und Entgelte sind dann nicht angemessen, wenn Kostenansätze und erwartete Kostensteigerungen nicht plausibel erklärt werden können oder die begehrten Sätze im Verhältnis zu anderen Pflegeeinrichtungen unangemessen sind (vgl grundlegend Urteile vom 29. 1. 2009, ua [BSGE 102, 227](#) = SozR 4—3300 § 85 Nr 1; ebenso für den ambulanten Bereich Urteil vom 17. 12. 2009, [BSGE 105, 126](#) = SozR 4—3300 § 89 Nr 2).

[14] 4. Dem nach diesen Grundsätzen durchzuführenden externen Vergleich sind Pflegeeinrichtungen auch dann unterworfen, wenn sie ihre Beschäftigten nach Tarifvertrag vergüten.

[15] a) Allerdings ist die Refinanzierung von Tariflöhnen und ortsüblichen Gehältern (vgl § 72 Abs 3 S 1 Nr 2 SGB XI idF des PflegeWEG) wesentlicher Faktor für die Bemessung der Pflegevergütung; das postuliert die Klägerin mit Recht. Ausdrücklich hält der erkennende Senat seit seinen Urteilen vom 29. 1. 2009 ([BSGE 102, 227](#) = SozR 4—3300 § 85 Nr 1) nicht mehr daran fest, dass nicht für alle Einrichtungsträger geltende Tarifbindungen für die Festlegung der Pflegevergütung grundsätzlich unbeachtlich sind. Vielmehr sind die Einhaltung der Tarifbindung und die Zahlung ortsüblicher Gehälter nach der jüngeren Senatsrechtsprechung immer als wirtschaftlich angemessen iS von § 84 Abs 2 S 4 SGB XI zu werten und genügen stets den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung ([BSGE 102, 227](#) = SozR 4—3300 § 85 Nr 1, RdNr 28 und 36; [BSGE 105, 126](#) = SozR 4—3300 § 89 Nr 2, RdNr 56 und 63). Hintergrund dieser Entscheidungen war das unverkennbare Bestreben des Gesetzgebers, eine Vergütungsspirale nach unten zu Lasten der Pflegequalität und auf Kosten einer unter das ortsübliche Maß abgesunkenen Arbeitsvergütung zu vermeiden (vgl § 72 Abs

3 S 1 Nr 2, § 84 Abs 2 S 7 SGB XI idF des PflegeWEG und hierzu [BT-Drucks 16/7439 S 67](#) zu Nr 40 Buchst c aa sowie S 71 zu Nr 50 Buchst a bb; vgl [BSGE 102, 227](#) = SozR 4—3300 § 85 Nr 1, RdNr 35). Dieses Ziel ist zuletzt nochmals bekräftigt worden durch die Ergänzung von § 84 Abs 2 S 4 SGB XI, dass nämlich die Pflegesätze es einem Pflegeheim bei wirtschaftlicher Betriebsführung auch ermöglichen müssen, "seine Aufwendungen zu finanzieren" (§ 84 Abs 2 S 4 SGB XI in der mit Wirkung vom 30. 10. 2012 in Kraft getretenen Fassung von Art 1 Nr 33 des Pflege-Neuausrichtungs-Gesetzes [PNG] vom 23. 10. 2012, [BGBI I 2246](#)). Hierdurch wird die Rechtsprechung des erkennenden Senats ausdrücklich bekräftigt, dass die Zahlung von Tariflöhnen als wirtschaftliche Betriebsführung anzusehen ist. Die Regelung soll deutlich machen, dass sich die Kostenträger bei der Bemessung künftiger Vergütungen nicht an den Mindestentgelten orientieren müssen, die in der auf Grundlage von § 11 Abs 2 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 20. 4. 2009 ([BGBI I 799](#)) erlassenen Pflegearbeitsbedingungenverordnung vom 15. 7. 2010 (BAnz vom 27. 7. 2010 Nr 110 S 2571) festgelegt worden sind (vgl [BT-Drucks 17/9369 S 46](#) sowie [BT-Drucks 17/10157 S 22](#) mit [BT-Drucks 17/10170 S 17](#)). Tarifvertragsfestsetzungen kommt deshalb bei der Bemessung der Pflegevergütung per se hohes Gewicht zu; insoweit ist dem Vorbringen der Klägerin zu folgen.

[16] Der Sinn dessen besteht – wie vom Senat bereits ausgeführt – vor allem darin, den in der Pflege (§ 37 SGB V, §§ 36, 43 SGB XI) tätigen Arbeitnehmern ein ihren Leistungen und ihrem Einsatz für kranke und behinderte Mitmenschen angemessenes Arbeitsentgelt zu gewährleisten und zu verhindern, dass der "Preiskampf" zwischen den verschiedenen Trägern von Pflegediensten und Pflegeheimen letztlich zu einer nicht vertretbaren Absenkung der Entgelte der Pflegekräfte und der Qualität der Leistungen führt, sodass sich das Entgeltniveau auf Dauer dem geltenden Mindestlohn-Niveau nähert. Zudem soll der Anreiz verringert werden, kollektive Tarifverträge zu verlassen (Tarifflucht) und auf Leiharbeit, die Auslagerung von Aufgaben (Outsourcing) oder ähnliche Kosten senkende – aber die Stammebelegschaft benachteiligende – Maßnahmen auszuweichen (vgl [BSGE 107, 123](#) = SozR 4—2500 § 132a Nr 5, RdNr 40); dies müssen Schiedsstellen und Vertragspartner – nicht zuletzt nach der Ergänzung des § 84 Abs 2 S 4 SGB XI durch das PNG – weiter beachten.

[17] b) Ungeachtet dessen ist das Vergütungsrecht für Pflegeeinrichtungen nach dem seit Einführung des SGB XI grundsätzlich unverändert geltenden Grundkonzept aber weiterhin maßgeblich von der Erwartung bestimmt, durch eine Wettbewerbsorientierung Anreize für möglichst kostengünstige Leistungen setzen zu können. Wie bereits dargelegt, findet dies seine Grundlage in der mit dem Ersten Änderungsgesetz zum SGB XI (1. SGB XI-ÄndG) vom 14. 6. 1996 ([BGBI I 830](#)) eingefügten Regelung des § 85 Abs 2 S 2 SGB XI, wonach – anders als im kollektivvertraglichen System der vertragsärztlichen Versorgung (vgl § 82 Abs 2 SGB V) – für jedes zugelassene Pflegeheim die Vergütung gesondert festzulegen ist. Hierdurch soll anstelle einer für alle Einrichtungen einheitlichen Preisgestaltung eine im Preiswettbewerb ausdifferenzierte Preisbildung befördert werden (vgl [BT-Drucks 13/3696 S 16](#) zu § 85). Getragen wird dies von der Erwartung des Gesetzgebers, dass die Einrichtungen ihre Leistungen in einer Wettbewerbssituation aus eigenem Interesse möglichst kostengünstig anbieten werden (so auch die Einschätzung des Senats in seinen Entscheidungen vom 14. 12. 2000 zum bis dahin erreichten Rechtsstand, vgl [BSGE 87, 199](#), 203 = SozR 3—3300 § 85 Nr 1 S 6; dazu nunmehr [BSGE 102, 227](#) = SozR 4—3300 § 85 Nr 1, RdNr 16 ff). Dazu sollte auch beitragen, dass bundesrechtlich die Zulassung ua zur stationären Pflegeversorgung – anders als in der gesetzlichen Krankenversicherung die Versorgung durch Vertragsärzte (vgl §§ 99 ff SGB V) und durch Krankenhäuser (vgl § 109 SGB V) – gemäß § 72 Abs 3 S 1 Halbs 2 SGB XI unabhängig vom Versorgungsbedarf zu erfolgen hat. Deshalb ist – von den

faktischen Zugangsschranken aufgrund der mangelnden Investitionsförderung auf Landesebene nach § 9 SGB XI einmal abgesehen (vgl § 82 Abs 3 S 1 SGB XI) – unabhängig vom tatsächlichen Bedarf jede Pflegeeinrichtung durch Versorgungsvertrag zur Erbringung von Pflegeleistungen zuzulassen, wenn sie nur den inhaltlichen Anforderungen nach § 72 Abs 3 S 1 Halbs 1 SGB XI genügt. Ausdrücklich soll hierdurch der Wettbewerb unter den Pflegeeinrichtungen gefördert werden (vgl [BT-Drucks 12/5262 S 136](#) zu § 81 Abs 3). Flankierend sind die Pflegekassen demgemäß seit längerem verpflichtet, den Versicherten bei Inanspruchnahme von Pflegeleistungen eine Leistungs- und Preisvergleichsliste zur Verfügung zu stellen (vgl § 72 Abs 5 SGB XI idF des 1. SGB XI-ÄndG; seit dem 1. 1. 2002 geregelt in § 7 Abs 3 SGB XI idF des Pflege-Qualitätssicherungsgesetzes vom 9. 9. 2001, [BGBl I 2320](#); zu den Motiven vgl [BT-Drucks 13/3696 S 15](#)).

[18] c) Dieses Wettbewerbskonzept prägt maßgeblich auch das Vergütungsregime des SGB XI. Schon nach der Ursprungsfassung des § 82 Abs 1 S 1 SGB XI hatten zugelassene Pflegeheime und Pflegedienste Anspruch auf eine "leistungsgerechte Vergütung" der allgemeinen Pflegeleistungen (Pflegevergütung) und bei stationärer Pflege auf ein "angemessenes Entgelt" für Unterkunft und Verpflegung; dementsprechend müssen die Pflegesätze zur Vergütung der Pflegeleistungen "leistungsgerecht" sein (§ 84 Abs 2 S 1 SGB XI) und das Entgelt für Unterkunft und Verpflegung "in einem angemessenen Verhältnis zu den Leistungen" stehen (§ 87 S 2 SGB XI). Vorbild hierfür waren entsprechende Regelungen zur Vergütung von Krankenhäusern und von Einrichtungen nach dem Bundessozialhilfegesetz (BSHG). In beiden Bereichen war der Gesetzgeber vor der Verabschiedung des PflegeVG von dem dort bis dahin geltenden Kostendeckungsprinzip (vgl § 4 S 2 KHG in der bis zum 31. 12. 1992 geltenden Fassung; dies ausformend § 17 Abs 1 S 1 KHG und § 93 Abs 2 S 1 BSHG in der bis zum 31. 12. 1993 geltenden Fassung) abgerückt und hatte ähnliche Vergütungsvorschriften wie in § 84 Abs 2 S 1 und 4 SGB XI eingeführt (vgl § 17 Abs 1 S 3 KHG in der bis zum 29. 4. 2002 geltenden Fassung des Gesundheitsstrukturgesetzes [GSG] vom 21. 12. 1992 [[BGBl I 2266](#)], nunmehr inhaltlich im Wesentlichen gleichlautend § 17 Abs 2 S 1 KHG idF des Fallpauschalengesetzes vom 23. 4. 2002 [[BGBl I 1412](#)]; vgl auch § 93 Abs 2 S 2 BSHG idF von Art 1 Nr 9 des Zweiten Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms vom 21. 12. 1993 [[BGBl I 2374](#)]). Geleitet war das von der Einschätzung, das Kostendeckungsprinzip habe sich nicht bewährt und stehe einer wirtschaftlichen Leistungserbringung entgegen. Die bis dahin geltende Selbstkostendeckungsgarantie habe eine "grundsätzliche Fehlsteuerung" bewirkt; sie habe die Erstattung nachgewiesener Betriebskosten zur nahezu automatischen Folge und biete keinen Anreiz für eine wirtschaftliche Betriebsführung. In Zukunft müssten deshalb nicht die Kosten, sondern die Leistungen maßgeblich sein (vgl [BT-Drucks 12/3608 S 130](#) ff zum GSG; ähnlich [BT-Drucks 12/5510 S 10](#) ff zu § 93 BSHG). Diese Einschätzung hat sich der Gesetzgeber des PflegeVG ausdrücklich zu eigen gemacht. Die Vorgabe der leistungsgerechten Vergütung bedeutet deshalb eine "klare Absage an jegliche Form der Kostenerstattung" (vgl [BT-Drucks 12/5262 S 144](#) zu § 93 Abs 2). Das schließt es aus, Vergütungsforderungen tarifgebundener Einrichtungen von der Prüfung im Rahmen des externen Vergleichs prinzipiell auszunehmen, wie es in der Konsequenz der Auffassung der Klägerin liegt; eine solche Rückkehr zu früheren Vergütungsprinzipien könnte nur vom Gesetzgeber selbst beschlossen werden. Auch bei tarifgebundenen Einrichtungen ist deshalb entgegen der Auffassung der Klägerin im Schiedsverfahren im Rahmen einer Gesamtbewertung abschließend weiterhin zu prüfen, ob der von der Einrichtung geforderte Vergütungssatz im Vergleich mit günstigeren Pflegesätzen und Entgelten anderer Einrichtungen im Hinblick auf die Leistungen der Einrichtung und die Gründe für ihren höheren Kostenaufwand (dennoch) als insgesamt angemessen und deshalb leistungsgerecht iS von § 84 Abs 2 S 1 SGB XI anzusehen ist (vgl [BSGE 102, 227](#) = SozR 4—3300 § 85 Nr 1, RdNr 36; [BSGE 105, 126](#) = SozR 4—3300 § 89 Nr 2, RdNr 63).

[19] 5. Der besonderen Bedeutung der Tarifbindung für die Bemessung der Pflegevergütung ist aber im Schiedsverfahren Rechnung zu tragen durch eine auf Ausnahmefälle beschränkte Kürzung von Personalaufwendungen:

[20] a) Zahlt eine Einrichtung Gehälter nach Tarifvertrag oder ortsübliche Arbeitsvergütungen iS von § [72](#) Abs 3 S 1 Nr 2 SGB XI idF des PflegeWEG, kann ihr nicht entgegengehalten werden, dass andere Träger geringere Entgelte zahlen und deshalb ihr Aufwand einer wirtschaftlichen Betriebsführung iS von § [84](#) Abs 2 S 4 SGB XI insoweit nicht entspricht. Vielmehr sind die Einhaltung der Tarifbindung und die Zahlung ortsüblicher Gehälter grundsätzlich immer als wirtschaftlich angemessen im Sinne dieser Vorschrift zu werten und genügen stets den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung ([BSGE 102, 227](#) = SozR 4—3300 § 85 Nr 1, RdNr 28 und 36; [BSGE 105, 126](#) = SozR 4—3300 § 89 Nr 2, RdNr 56 und 63). Entsprechendes gilt für eine angemessene übertarifliche oder das Ortsübliche übersteigende Bezahlung; auch dies ist im Grundsatz nicht zu beanstanden. Diese Tatsache ist auch auf der 2. Stufe – externer Vergleich – zu berücksichtigen und darf nicht zu einer Reduzierung der Pflegevergütung führen.

[21] b) Eine Grenze ist allerdings dort zu ziehen, wo im Einzelfall die Höhe der vereinbarten Lohn- und Gehaltssteigerungen die von anderen Einrichtungsträgern gezahlten Arbeitsentgelte deutlich übersteigt und es hierfür am Markt keine sachlichen Gründe gibt. Ein solcher sachlicher Grund könne zB darin bestehen, dass ein bisher vorhandener Rückstand der Arbeitsentgelte bei gleicher beruflicher Qualifikation der Pflegekräfte und vergleichbarer Leistungsqualität allmählich ausgeglichen wird, um der Gefahr der Abwerbung guter Kräfte durch Konkurrenzunternehmen vorzubeugen. Denkbar ist auch, dass eine besondere Bezahlung in Anbetracht besonders guter Leistungen und/oder eines besonderen beruflichen Einsatzes erfolgt. Ist ein solch rechtfertigender Grund für überdurchschnittliche Entgeltzahlungen aber nicht ersichtlich, so sind die Versicherungsträger – und nachfolgend die Schiedspersonen – nicht verpflichtet, derartige Zahlungen im externen Vergleich ohne Weiteres in voller Höhe bei der Festsetzung der Vergütungen für die Pflegeleistungen zu berücksichtigen. Dies gilt auch für Vereinbarungen in sog "Haustarifverträgen" oder ähnlichen Fallgestaltungen, wenn diese vergleichbare tarifliche und/oder ortsübliche Entgelte deutlich übersteigen. Es gibt folglich keinen "Freibrief", auf Kosten der Versicherungsträger und der Versicherten jedwede Gehaltserhöhung zu vereinbaren, auch wenn dies auf Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung beruht (vgl schon [BSGE 107, 123](#) = SozR 4—2500 § 132a Nr 5, RdNr 41). Liegt der Fall eines solch extremen Ausreißers vor, was hier wohl nicht der Fall ist, wird eine Angemessenheitsprüfung durchzuführen sein, bei der sachliche Gründe für die Lohn-/Gehaltshöhe darzulegen und im Streitfall von der Schiedsstelle zu bewerten sind. Von solchen Sondersituationen abgesehen kommt die Kürzung von plausiblen Personalaufwendungen im externen Vergleich nicht in Betracht.

[22] 6. a) Doch auch nachvollziehbare prognostische Gestehungskosten jenseits der Personalkosten rechtfertigen den geltend gemachten Vergütungsanspruch nur, soweit er dem Vergütungsvergleich mit anderen Einrichtungen standhält und sich insoweit als leistungsgerecht iS von § [84](#) Abs 2 S 1 SGB XI erweist. Obergrenze einer Vergütungsforderung ist das Maß des auch im Vergleich mit der Vergütung anderer Einrichtungen wirtschaftlich Angemessenen. Materieller Maßstab der auf der Grundlage des externen Vergleichs vorzunehmenden Bewertung ist § [84](#) Abs 2 S 4 SGB XI: Danach ist die Pflegesatzforderung leistungsgerecht iS von § [84](#) Abs 2 S 1 SGB XI, wenn der von der Vergütung abzudeckende – und hinreichend nachvollziehbare – Aufwand der Einrichtung den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung entspricht. Das ist dann nicht der Fall, wenn der Aufwand zur Erfüllung des Versorgungsauftrages gerade dieser Einrichtung und nach

Maßgabe der Kriterien des § 84 Abs 2 S 7 SGB XI im Vergleich zu den Pflegesätzen anderer Einrichtungen als unwirtschaftlich anzusehen ist (vgl [BSGE 102, 227](#) = SozR 4—3300 § 85 Nr 1, RdNr 31 ff). Vorliegend handelt es sich weder um Pflegesätze und Entgelte für Unterkunft und Verpflegung, die über die günstigsten Eckwerte vergleichbarer Einrichtungen nicht hinausreichen, noch um solche im unteren Drittel der vergleichsweise ermittelten Pflegesätze/Entgelte. In diesem Fall wäre eine weitere Prüfung im Hinblick auf die wirtschaftliche Betriebsführung und die Leistungsgerechtigkeit der Vergütung entbehrlich. Wie der Senat aber schon ausgeführt hat (BSGE aaO = SozR 4—3300 aaO, RdNr 36), kann sich eine Forderung auch oberhalb des unteren Drittels vergleichbarer Pflegevergütungen als leistungsgerecht erweisen, sofern sie auf einem – zuvor nachvollziehbar prognostizierten – höheren Aufwand der Pflegeeinrichtung beruht und dieser nach Prüfung im Einzelfall wirtschaftlich angemessen ist. Das ist der Fall, soweit die Einrichtung Gründe für einen höheren Pflegesatz oder ein höheres Entgelt für Unterkunft und Verpflegung aufzeigt und diese den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung entsprechen. Gründe für einen in diesem Sinne als wirtschaftlich angemessen anzusehenden höheren Aufwand können sich insbesondere aus Besonderheiten im Versorgungsauftrag der Einrichtung ergeben, etwa aus besonders personalintensiven Betreuungserfordernissen, aus besonderen Leistungsangeboten zugunsten der Heimbewohner oder einem in der Pflegequalität zum Ausdruck kommenden höheren Personalschlüssel (vgl [BT-Drucks 16/7439 S 71](#) zu Nr 50 Buchst a bb). Rechtfertigende Gründe für einen höheren Pflegesatz können auch aus Lage und Größe einer Einrichtung folgen, wenn sich daraus wirtschaftliche Nachteile gegenüber der Lage oder dem Zuschnitt anderer Einrichtungen ergeben und der Sicherstellungsauftrag der Pflegekassen (vgl § 69 S 1 SGB XI idF des PflegeVG) ohne die vergleichsweise teure Einrichtung nicht erfüllt werden kann. Entscheidend kommt es jeweils in der Gesamtbewertung darauf an, ob der von der Einrichtung geforderte Vergütungssatz im Vergleich mit günstigeren Pflegesätzen und Entgelten anderer Einrichtungen im Hinblick auf die Leistungen der Einrichtung und die Gründe für ihren höheren Kostenaufwand (dennoch) als insgesamt angemessen und deshalb leistungsgerecht iS von § 84 Abs 2 S 1 SGB XI anzusehen ist. Ist diese Frage zu bejahen, dann sind Pflegesatz- und Entgeltforderungen auch oberhalb des unteren Vergleichsdrittels wirtschaftlich angemessen.

[23] b) Die Schiedsstelle wird in dem erneut durchzuführenden Schiedsverfahren die obigen Grundsätze zu beachten haben. Sie wird zum einen feststellen müssen, ob die von der Klägerin gezahlten Entgelte angemessen sind oder einen "Ausreißer" darstellen (vgl oben Punkt 5.), und zum anderen den zuvor skizzierten externen Vergleich mit anderen Pflegeeinrichtungen durchzuführen haben (vgl oben Punkt 6. a). Dabei sind pauschale Abschläge, wie das LSG zutreffend festgestellt hat, in der Regel nicht zulässig, da es sich um plausibel gemachte Gestehungskosten handelt. Auch im Hinblick auf den grundsätzlich zu beachtenden Entscheidungsspielraum der Schiedsstelle (vgl dazu [BSGE 102, 227](#) = SozR 4—3300 § 85 Nr 1, RdNr 41 ff) ist es deshalb erforderlich, die wesentlichen Argumente für die Kürzung nachvollziehbar darzulegen. Nicht zu beanstanden wäre eine vergleichsweise Kürzung dann, wenn die Schiedsstelle auf der Grundlage eines sachgerecht ermittelten Sachverhalts vertretbar zu der Einschätzung gelangen würde, dass die zur Überprüfung gestellte Vergütungsforderung unter Berücksichtigung der Bandbreite der im Vergleichsraum ansonsten entrichteten Pflegeentgelte als nicht mehr leistungsgerecht iS von § 84 Abs 2 S 1 SGB XI anzusehen ist.

[24] 7. Pauschale Zuschläge für unvorhersehbare und nicht näher konkretisierte Unternehmensrisiken stehen einer Pflegeeinrichtung nicht zu; dies hat das LSG zutreffend ausgeführt. Weiterer Feststellungen bedarf es hingegen dazu, ob der angefochtene Schiedsspruch hinreichende Möglichkeiten zur Realisierung eines angemessenen

Unternehmergewinns lässt; darüber wird die Beklagte im wieder zu eröffnenden Schiedsverfahren nochmals zu befinden haben.

[25] a) Wie in der Rechtsprechung des Senats seit längerem geklärt ist, muss die Pflegevergütung so bemessen sein, dass sie bei wirtschaftlicher Betriebsführung 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 ([BSGE 102, 227](#) = SozR 4—3300 § 85 Nr 1, RdNr 24; ähnlich bereits zuvor [BSGE 87, 199, 202](#) = SozR 3—3300 § 85 Nr 1 S 5). Demnach muss zwar gemäß § [84](#) Abs 2 S 5 Halbs 2 SGB XI jeder Pflegeheimträger ein Verlustrisiko tragen, etwa als Folge von Überangeboten am Markt, von unwirtschaftlichem Verhalten, infolge eines unzureichenden Leistungsangebots oder wegen seiner unternehmerischen Fehlentscheidungen. Umgekehrt muss die Pflegevergütung dem Pflegeheim aber auch die Möglichkeit bieten, Gewinne zu erzielen, die ihm iS von § [84](#) Abs 2 S 5 Halbs 1 SGB XI als Überschuss verbleiben können. Wie diese Gewinnchance zu bemessen ist, hat der Gesetzgeber nicht vorgezeichnet, sondern der Aushandlung der Vertragspartner und im Streitfall der Entscheidung der Schiedsstelle im Verfahren nach § [85](#) Abs 5 S 1 SGB XI überlassen. Grundsätzlich ist es deshalb von den Vertragspartnern hinzunehmen, wenn die Schiedsstelle im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums (vgl. [BSGE 102, 227](#) = SozR 4—3300 § 85 Nr 1, RdNr 41; [BSGE 105, 126](#) = SozR 4—3300 § 89 Nr 2, RdNr 67 ff) nach ihrem Ermessen in vertretbarer Weise mit der Festsetzung der Pflegevergütung zugleich die Grundlage für die Realisierung von Gewinnaussichten setzt. Dies kann entweder über einen festen umsatzbezogenen Prozentsatz geschehen oder auch – wie hier – über die Auslastungsquote gesteuert werden; das ist im Grundsatz nicht zu beanstanden. Letzteres setzt dann aber voraus, dass die der Entgeltbemessung zugrunde gelegte Auslastungsquote im Vergleich mit den anderen Einrichtungen im jeweiligen Bezugsraum so realistisch angesetzt ist, dass sie bei ordnungsgemäßer Betriebsführung zu einem angemessenen Unternehmensgewinn führen kann. Ob das mit der hier zugrunde gelegten Auslastungsquote von 96, 5 % im Einzugsbereich der Klägerin zutreffend angenommen worden ist, kann dem angefochtenen Schiedsspruch nicht entnommen und darf tunlich bezweifelt werden. Die Beklagte wird entsprechende Feststellungen nachzuholen und über den Anspruch der Klägerin auf Realisierung eines angemessenen Unternehmergewinns neu zu befinden haben.

[26] b) Weiterer Zuschläge wegen nicht näher konkretisierter Risiken des Pflegebetriebs und über die mit der Pflegevergütung einzuräumende Möglichkeit zur Realisierung von Unternehmensgewinnen hinaus bedarf es entgegen der Auffassung der Klägerin nicht. Ein solcher Anspruch ist insbesondere nicht aus der Rechtsprechung des Senats abzuleiten, dass die leistungsgerechte Vergütung der Pflegeeinrichtungen unter "Zuschlag einer angemessenen Vergütung" ua des "zu tragenden Unternehmerrisikos" zu bestimmen ist (vgl. nur [BSGE 87, 199, 203](#) = SozR 3—3300 § 85 Nr 1 S 6; [BSGE 102, 227](#) = SozR 4—3300 § 85 Nr 1, RdNr 24). Damit hat der Senat – anders als die Klägerin möglicherweise meint – keine besonders zu ermittelnde Rechnungsposition umschrieben, die wie die Gestehungskosten einer Einrichtung zu behandeln wären. Schon mit der Bezeichnung als "Vergütung" ist vielmehr zum Ausdruck gebracht, dass dieser Zuschlag dem Vergütungsinteresse der Einrichtung und damit ihrer Gewinnchance zuzurechnen ist. Das folgt auch aus der Sache selbst, weil der Unternehmergewinn die Kehrseite der unternehmerischen Wagnisse eines Pflegeheimträgers ist: Realisiert sich keines der allgemeinen unternehmerischen Risiken etwa infolge der gesamtwirtschaftlichen Lage, der Nachfrageentwicklung oder von unternehmerischen (Fehl-) Entscheidungen, kann die Einrichtung bei ausreichend bemessener Pflegevergütung einen ihr verbleibenden Überschuss erzielen (§ [84](#) Abs 2 S 5 Halbs 1 SGB XI); andernfalls hat sie den

Verlust zu tragen (§ 84 Abs 2 S 5 Halbs 2 SGB XI). Muss in der Pflegevergütung schon nach den allgemeinen Grundsätzen Raum sein für die Realisierung von Unternehmensgewinnen, besteht deshalb für weitere Zuschläge zur Abgeltung der mit dem Betrieb von Pflegeeinrichtungen getragenen allgemeinen unternehmerischen Risiken kein Anlass.

[27] c) Das gilt ohne nähere Konkretisierung von im Einzelfall möglicherweise drohenden Risiken auch für Unsicherheiten über die Höhe der künftigen Gestehungskosten der Einrichtungen. Der Gesetzgeber hat die Pflegesatzermittlung ausdrücklich als prospektives Verfahren ausgestaltet und sie auch damit dem Prinzip der reinen Kostendeckung entzogen. Deshalb ist die Bestimmung der angemessenen Pflegevergütung notwendig mit Unwägbarkeiten über die Höhe der tatsächlich anfallenden Kosten verbunden. Als Ausgleich dafür ist das Verfahren nach § 85 Abs 7 SGB XI vorgesehen, wonach bei unvorhersehbaren wesentlichen Veränderungen der Annahmen, die der Vereinbarung oder Festsetzung der Pflegesätze zugrunde lagen, die Pflegesätze auf Verlangen einer Vertragspartei für den laufenden Pflegesatzzeitraum neu zu verhandeln sind. Unterhalb dieser Schwelle hat es deshalb bei dem Grundsatz zu verbleiben, dass betrieblicher Aufwand – also die Gestehungskosten der Einrichtungen – bei der Vergütungsbestimmung nur zu berücksichtigen ist, soweit er plausibel und nachvollziehbar ist ([BSGE 102, 227](#) = SozR 4—3300 § 85 Nr 1, RdNr 25); insoweit bestehen keine Unterschiede zu sonstigen Gestehungskosten einer Einrichtung. Deshalb können auch aus betrieblichen Risiken resultierende Kostenbelastungen – wenn sie nicht ohnehin wie bei Feuergefahr, Diebstahl oder Unfälle über Versicherungen gedeckt und daher wie andere Gestehungskosten auf dem üblichen Weg geltend zu machen sind – bei der Vergütungsfestsetzung nur dann zu berücksichtigen sein, wenn die Einrichtung anhand konkreter Erfahrungswerte in der Vergangenheit oder sonstiger nachvollziehbarer Anhaltspunkte den Beleg dafür führt, dass Kosten in solcher Höhe im Durchschnitt mehrerer Jahre beim Betrieb einer wirtschaftlich operierenden Pflegeeinrichtung voraussichtlich anfallen werden. Solche Nachweise hat die Klägerin indessen nicht geführt, weshalb nicht zu beanstanden ist, dass ihr insoweit kalkulatorische Gestehungskosten wegen betrieblicher Risiken nicht zugesprochen worden sind.

[28] 8. Ebenfalls zu Recht versagt hat die Beklagte der Klägerin auch die hilfsweise geltend gemachte Vergütung für den Einsatz von Eigenkapital für die Aufrechterhaltung des Pflegebetriebs. Insoweit fehlt es schon an konkreten Angaben, die diesen Betriebsmitteleinsatz plausibel machen könnten ([BSGE 102, 227](#) = SozR 4—3300 § 85 Nr 1, RdNr 25). Im Übrigen sind finanzielle Rückstellungen für den Pflegebetrieb typischerweise Teil des Unternehmerrisikos und könnten deshalb allenfalls in Ausnahmefällen gesondert zu berücksichtigen sein; insoweit sind indes mangels näherer Angaben der Klägerin weitere Ausführungen nicht veranlasst.

## **Anlage 4: BVerwG 1998**

Bundesverwaltungsgericht

Urt. v. 01.12.1998, Az.: BVerwG 5 C 17/97

Bedarfsdeckungsgrundsatz; Pflegevereinbarungen ; Sozialhilfe; Einschätzungsprärogative ;  
Schiedsstelle ; Prospektives Entgeltsystem ; Pflegesätze ; Leistungsfähigkeit ;  
Prognosespielraum ; Prospektive Pflegevereinbarungen ; Selbstkostendeckungsgrundsatz;  
Sparsamkeit; Wirtschaftlichkeit

[Bibliografie](#)

Gericht: BVerwG

Entscheidungsform: Urteil

Datum: 01.12.1998

Referenz: JurionRS 1998, 13680

Aktenzeichen: BVerwG 5 C 17/97

ECLI: [keine Angabe]

### **Verfahrensgang:**

vorgehend:

II. VG Hannover vom 02.02.1995 - VG 3 A 8186/94 und 8756/94

I. OVG Lüneburg vom 23.10.1996 - OVG 4 L 3258/95

### **Rechtsgrundlagen:**

§ 93 BSHG (F. 1994)

§ 94 BSHG (F. 1994)

### **Fundstellen:**

[BVerwGE 108, 47 - 56](#)

DVB1 1999, 1113-1116

FEVS 1999, 337

NDV-RD 1999, 34

NVwZ 1999, 996 (amtl. Leitsatz)

NVwZ-RR 1999, 446-448 (Volltext mit amtl. LS)

RsDE 1999, 88

RsDE 1999, 95

ZfF 1999, 135

# **BVerwG, 01.12.1998 - BVerwG 5 C 17/97**

## **Amtlicher Leitsatz:**

Der Schiedsstelle nach § 94 BSHG steht im Rahmen der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 93 Abs. 2 BSHG (insbesondere Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit, Leistungsfähigkeit, leistungsgerechtes Entgelt) eine Einschätzungsprärogative zu. Die gerichtliche Kontrolle der Schiedsstellenentscheidung ist insoweit auf die Nachprüfung beschränkt, ob die Bewertungen der Schiedsstelle dem Sinngehalt dieser unbestimmten Gesetzesbegriffe gerecht werden und, gemessen daran, in Anbetracht des von der Schiedsstelle vollständig ermittelten Sachverhalts vertretbar sind.

## **Tenor:**

Das Urteil des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts vom 23. Oktober 1996 wird aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten bleibt der Schlußentscheidung vorbehalten.

## **Gründe**

1

I.

Die Beteiligten streiten über den Abschluß einer Vereinbarung nach § 93 Abs. 2 BSHG für den Zeitraum vom 1. August bis 31. Dezember 1994.

2

Die Klägerin zu 1 betreibt eine Einrichtung für psychisch, geistig und mehrfach Behinderte, die aus einem Krankenhaus ("Akutbereich") und einem Pflegeheim ("Langzeitbereich") besteht. Die Bewohner des Pflegeheims erhalten überwiegend Eingliederungshilfe oder Hilfe zur Pflege (auch) in der Zuständigkeit des Klägers zu 2 als des überörtlichen Trägers der Sozialhilfe. Dieser hatte mit der Klägerin zu 1 zuletzt für das Jahr 1993 eine Vereinbarung über den ihr zu erstattenden Pflegesatz geschlossen.

3

Die Klägerin zu 1 bot dem Kläger zu 2 für den hier streitigen Zeitraum die Vereinbarung eines täglichen Pflegesatzes von 222,89 DM an. Der Kläger zu 2 war lediglich zur Vereinbarung eines Pflegesatzes von 157,36 DM bereit. Die daraufhin von dem Kläger zu 2 am 10. August 1994 als Schiedsstelle angerufene Beklagte setzte durch Entscheidung vom 26. Oktober 1994 den Pflegesatz auf 178,40 DM fest und sah für die Zeit vom 1. Juli bis 31.

Dezember 1994 zahlreiche inhaltliche Regelungen u.a. über Inhalt, Umfang und Qualität der Leistungen vor.

4

Das Verwaltungsgericht hat die Entscheidung der Beklagten aufgehoben und diese verpflichtet, die Kläger unter Beachtung seiner Rechtsauffassung neu zu bescheiden. Es hat die angefochtene Entscheidung als nicht ordnungsgemäß zustande gekommen angesehen, weil bei der Beratung und Entscheidung der Schiedsstelle auch stellvertretende Mitglieder anwesend gewesen seien, die sich ebenfalls zur Sache geäußert hätten. Es lasse sich nicht feststellen, daß ohne diesen Verfahrensfehler keine andere Entscheidung in der Sache hätte rechtmäßig getroffen werden können; denn die Entscheidung der Beklagten sei nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar. Der Beklagten stehe ein Gestaltungsspielraum zu, wenn Inhalt, Umfang und Qualität der Leistungen sowie das zu entrichtende Entgelt im Hinblick auf eine in die Zukunft gerichtete - prospektive - Pflegevereinbarung zueinander in Beziehung gesetzt werden sollten. Daß der der Beklagten aufgegeben billige Ausgleich der widerstreitenden Interessen hier nur in einer Weise möglich wäre, sei nicht erkennbar. Hinsichtlich der Punkte "Inhalt und Umfang der Leistungen" sowie "Qualität der Leistungen" lasse sich die von der Beklagten getroffene Entscheidung allerdings mangels einer detaillierten Beschreibung des Leistungsangebotes nicht hinreichend konkretisieren. Hinsichtlich der Bemessung des Entgelts hat das Verwaltungsgericht seine Rechtsansicht "zu den zentralen streitigen Einzelansätzen" dargelegt.

5

Das Oberverwaltungsgericht hat die Beklagte verpflichtet, über den Antrag der Klägerin zu 1 unter Beachtung der Entscheidungsgründe seines Urteils neu zu entscheiden. Das Berufungsurteil ist wie folgt begründet:

6

Im Ergebnis sei die Beklagte verpflichtet, für die Zeit vom 1. August bis 31. Dezember 1994 eine Vereinbarung über Inhalt, Umfang, Qualität und Prüfung der von der Klägerin zu 1 zu erbringenden Leistungen entsprechend deren Leistungsangebot in der Anlage K 4 zur Klageschrift und über die dafür zu erbringenden Entgelte in Höhe von mehr als 178,40 DM, aber wesentlich niedriger als 222,89 DM festzusetzen. Im einzelnen hat die Vorinstanz dazu ausgeführt:

7

Die Klägerin zu 1 könne, da sie zutreffend Verpflichtungsklage erhoben habe, nicht mit selbständigem Antrag die Aufhebung der Entscheidung der Beklagten wegen bestimmter Verfahrensverstöße verlangen. Die Festsetzungen der Beklagten über die von der Klägerin zu 1 zu erbringenden Leistungen seien auch nicht unbestimmt, sondern in Verbindung mit der von der Klägerin zu 1 in der Anlage zur Klageschrift vorgelegten Leistungsbeschreibung und mit den Kenntnissen über ihre seit Jahrzehnten bestehende Einrichtung hinreichend bestimmbar. Die Beklagte sei aber nicht befugt, Inhalt, Umfang und Qualität der Leistungen anders festzusetzen, als sie der Leistungsträger selbst beschreibe und anbiete; sie dürfe auch nicht eine bestimmte Leistung vorschreiben, die der Einrichtungsträger nach seinem Konzept nicht erbringen wolle. Dem Rechtsstreit fehle auch nicht wegen eines der Beklagten zustehenden Gestaltungsspielraums die Spruchreife. Bei der Anwendung der Rechtsbegriffe

"Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit" habe die Schiedsstelle weder einen Gestaltungsspielraum noch Ermessen; ihre Entscheidungen unterlägen der unbeschränkten Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte. Die für die Kalkulation des festzusetzenden Entgeltes maßgebenden Kostenpositionen brauche das Berufungsgericht aber nicht im einzelnen selbst zu berechnen, sondern könne die Beklagte zur Neuberechnung unter Beachtung der Entscheidungsgründe auch des Urteils des Verwaltungsgerichts und "ergänzender" Äußerungen zu den "Hauptstreitpunkten" im Urteil des Obergerverwaltungsgerichts vom selben Tage (23. Oktober 1996) in dem Parallelverfahren BVerwG 5 C 29.97 verpflichten.

8

Gegen das Berufungsurteil haben alle Beteiligten die vom Obergerverwaltungsgericht zugelassene Revision eingelegt, der Kläger zu 2 im Wege der Anschlußrevision. Sie rügen die Verletzung formellen und materiellen Rechts.

9

Der Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht hat sich zur Frage eines Entscheidungsspielraums der Beklagten im Sinne des Berufungsgerichts geäußert.

10

II.

Die Revisionen sind begründet. Das angegriffene Urteil verletzt Bundesrecht ([§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO](#)). Dies führt zu seiner Aufhebung und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz ([§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO](#)).

11

Die Annahme des Obergerverwaltungsgerichts, die Entscheidung der Beklagten vom 26. Oktober 1994 sei gerichtlich voll nachprüfbar, ist mit Bundesrecht unvereinbar.

12

Die beklagte Schiedsstelle wurde auf der Grundlage von § 94 BSHG in der Fassung von Art. 1 Nr. 10 des Zweiten Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms - 2. SKWPG - vom 21. Dezember 1993 (BGBl I S. 2374) errichtet, um mit Wirkung vom 1. Juli 1994 (vgl. Art. 12 Abs. 2 Satz 1 2. SKWPG) auf der Grundlage von § 93 Abs. 3 Satz 2 BSHG in der Fassung des 2. SKWPG (F. 1994) tätig zu werden, wenn der Träger der Sozialhilfe und der Träger einer Einrichtung oder sein Verband sich nicht über Inhalt, Umfang und Qualität der Leistungen sowie das dafür zu entrichtende Entgelt (vgl. § 93 Abs. 2 Satz 1 BSHG (F. 1994)) einigen können. Die Schiedsstelle nach § 94 BSHG ist der Schiedsstelle nach [§ 76 SGB XI](#) nachgebildet (vgl. BTDrucks 12/5510 vom 4. September 1993, S. 11, zu § 94), wobei der Gesetzgeber auf Erfahrungen mit der Schiedsstelle im Bereich der Krankenhausfinanzierung zurückgriff (s. BTDrucks a.a.O.). Nach § 93 Abs. 3 Satz 2 BSHG (F. 1994) entscheidet die Schiedsstelle, wenn eine Vereinbarung nach § 93 Abs. 2 BSHG innerhalb von sechs Wochen nicht zustande kommt, nachdem eine Partei schriftlich zu Verhandlungen aufgefordert hat, auf Antrag einer Partei unverzüglich über die Gegenstände, über die keine Einigung erreicht werden konnte. Gegen die Entscheidung der

Schiedsstelle ist nach § 93 Abs. 3 Satz 3 BSHG der Verwaltungsrechtsweg gegeben, ohne daß es zuvor einer Nachprüfung in einem Vorverfahren bedarf (§ 93 Abs. 3 Satz 4 Halbsatz 1 BSHG); damit ist die Schiedsstellenentscheidung vom Gesetzgeber als Verwaltungsakt ausgestaltet worden, gegen den unmittelbar die Klage zulässig ist (BTDrucks a.a.O., S. 11 zu § 93 Buchstabe b). Ihre Befugnis, durch Verwaltungsakt zu entscheiden, unterscheidet die Schiedsstelle nach § 94 BSHG von der Schiedsstelle nach [§ 18 a KHG](#) (vgl. dazu BVerwGE 94, 301 (303) [[BVerwG 23.11.1993 - 3 C 47/91](#)]; Wagner, NJW 1991, 737).

13

Die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit, die auf der Grundlage des § 93 Abs. 3 Satz 2 BSHG ergangene Schiedsstellenentscheidung verwaltungsgerichtlich überprüfen zu lassen, führt indessen nicht zu einer vollinhaltlichen, sondern nur zu einer Überprüfung mit eingeschränkter "Kontrolldichte". Dies folgt aus dem Wesen und den Aufgaben der Schiedsstelle nach § 94 BSHG sowie aus der Eigenart ihrer Entscheidungen.

14

Die Aufgabe der Beklagten ist in der Gesetzesbegründung unter Hinweis auf § 93 Abs. 2 bis 5 BSHG dahin umschrieben, daß sie im Konfliktfall über Leistungsinhalte, Leistungsstandards, Personalausstattung, das Prüfungsverfahren sowie Inhalt und Durchführung der Prüfung zu entscheiden habe; ihre Hauptaufgabe sei in der Definition und Ausfüllung der Rechtsgrundsätze Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit in bezug auf die Beurteilung der Höhe und des Umfangs von strittigen Positionen zu sehen; im Konfliktfall komme ihr die Entscheidung über Kalkulationsgrundlagen zu (BTDrucks a.a.O., S. 12). Diese Aufgabenstellung bedingt, daß der Beklagten ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Entscheidungsspielraum belassen wird, dessen Grenzen von der Funktion und rechtlichen Einordnung der Schiedsstellenentscheidung abhängen.

15

Die Einrichtung einer Schiedsstelle zur Entscheidung von Konflikten zwischen Sozialhilfeträgern und von ihnen in die Erfüllung ihrer Aufgaben einbezogenen Leistungsträgern ist begriffen worden als Ausdruck einer Konfliktlösung nach dem "Vereinbarungsprinzip" (BTDrucks a.a.O., S. 11) außerhalb des Bereiches staatlicher Verwaltung und Justiz innerhalb der Rechtssphäre der Vertragsparteien (vgl. auch Schellhorn/Jirasek/Seipp, Das Bundessozialhilfegesetz, 15. Aufl. 1997, § 93 Rn. 48: "Lösung ... im Bereich des Vertragsrechts"). In ähnlicher Weise hat das Bundessozialgericht die Funktion des Schiedsamtes nach § 368 h RVO als "Schlichtung, nicht ... Rechtsfindung" gekennzeichnet (BSGE 20, 73 (76)), dessen Spruch die Rechtswirkung einer vertraglichen Vereinbarung habe (BSGE 52, 253 (254)). Vor dem Hintergrund, daß der Gesetzgeber durch die paritätische Besetzung der Schiedsstelle gemäß § 94 Abs. 2 BSHG erreichen wollte, "alle Einrichtungsträger - freigemeinnützige und privatgewerbliche - gleichermaßen an dem Abschluß von Pflegesatzvereinbarungen nach dem Bundessozialhilfegesetz (zu beteiligen)" (BTDrucks a.a.O., S. 12), wird für die Schiedsstelle nach § 94 BSHG - wie schon vom Bundessozialgericht (BSGE 20, 73 (76, 81)) für das Schiedsamt nach § 368 h RVO - gefolgert, daß Rechte und Pflichten der Schiedsstelle dieselben seien wie diejenigen der Vertragsparteien selbst (vgl. z.B. Heinze, in: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.), Prospektive Pflegesätze im BSHG (1994), S. 61). Inhaltliche Grenzen der Kompetenzen der Schiedsstelle könnten sich aus dieser Sicht im wesentlichen

nur aus den für öffentlich-rechtliche Verträge geltenden Nichtigkeitsgründen des [§ 58 Abs. 2 SGB X](#) ergeben.

16

Doch läßt es sich nicht rechtfertigen, die Grenzen der rechtlichen Befugnisse der nach § 94 BSHG gebildeten Schiedsstelle erst dort zu ziehen, wo die rechtlichen Befugnisse der Vertragsparteien selbst enden und damit den Schiedsspruch auf Grund der Verweisung in [§ 61 Satz 2 SGB X](#) auf die Vorschriften des [Bürgerlichen Gesetzbuchs](#) in entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Leistungsbestimmung durch Dritte ([§§ 317, 319 BGB](#)) dem nur auf offenbare Unbilligkeit überprüfbar billigen Ermessen der Schiedsstelle zu unterstellen. Dagegen, das "materielle Entgeltvereinbarungsrecht" des Bundessozialhilfegesetzes allein aus der Sicht des "freiheitlichen Prinzips der Vertragsverhandlungen" (Heinze a.a.O., S. 61) zu bestimmen, spricht, daß jenem Prinzip in den §§ 93, 94 BSHG nicht vollständig Geltung verschafft, die "Vertragsfreiheit des Vereinbarungsrechtes" (so die Stellungnahme des Oberbundesanwalts) im Schiedsstellenverfahren nicht durchgehend verwirklicht ist. Der für einen Einrichtungsträger begründete wirtschaftliche Zwang, sich einer gegebenenfalls erforderlich werdenden Schiedsstellenentscheidung zu unterwerfen, läßt sich nicht als Ausdruck von Vertragsautonomie und einer freiwilligen Unterwerfung unter ein vertragliches Schlichtungsverfahren begreifen, da das Schiedsstellenverfahren der §§ 93, 94 BSHG nicht auf einer vertragsautonomen Entscheidung der Verfahrensbeteiligten, sondern auf staatlicher Setzung beruht. Auch Erklärungsmodelle wie etwa das der Vertragshilfe (s. dazu Heinze a.a.O., S. 56; Armbrorst NDV 1996, 262; ders., NDV 1998, 191 f.) können es vor diesem Hintergrund nicht rechtfertigen, den gerichtlichen Rechtsschutz gegenüber einem "Verwaltungsakt mit der Wirkung einer vertraglichen Vereinbarung" (Hatzl, NZS 1995, 448 (451)) auf die Kontrolle zu beschränken, ob die Grenzen der Vertragsautonomie nicht überschritten sind. Ungeachtet der Vorstellung des Gesetzgebers, es handele sich bei der Schiedsstellenentscheidung um einen Akt der Beteiligung aller Einrichtungsträger an dem Zustandekommen von Pflegesatzvereinbarungen auf der Grundlage der Vertragsfreiheit des Vereinbarungsrechtes, kann darum zur Wahrung des verfassungsrechtlichen Gebots effektiver Rechtsschutzgewährung ([Art. 20 Abs. 3](#), [Art. 19 Abs. 4 GG](#)) gegenüber einer Schiedsstellenentscheidung nach § 93 Abs. 3 Satz 2 BSHG nicht auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle verzichtet werden. Dabei ist allerdings den gesetzlichen Aufgaben der Schiedsstelle Rechnung zu tragen.

17

Nach ihrer schon im Gesetzgebungsverfahren deutlich gewordenen Aufgabenstellung ist die Schiedsstelle auch zu einer inhaltlichen Gestaltung der Vertragsbeziehungen befugt (zu der mit Wirkung vom 1. Januar 1999 geänderten Aufgabenumschreibung s. § 93 b BSHG in der Fassung von [Art. 1 Nr. 30 des Gesetzes zur Reform des Sozialhilferechts](#) vom 23. Juli 1996 (BGBl I S. 1088)). Sie ist mithin nicht etwa - wie die Klägerin zu 1 mit ihrer Revision geltend macht - darauf beschränkt, ein ihr von einer der Vertragsparteien unterbreitetes Angebot entweder abzulehnen oder mit Wirkung gegenüber dem anderen Vertragspartner gewissermaßen en bloc anzunehmen.

18

Soweit es hierbei um eine "Definition und Ausfüllung der Rechtsgrundsätze Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit in bezug auf die Beurteilung der Höhe

und des Umfangs von strittigen Positionen" geht (BTDrucks a.a.O., S. 12) - worin der Gesetzgeber die "Hauptaufgabe" der Schiedsstelle (BTDrucks a.a.O.) sieht -, muß eine gerichtliche Überprüfung der Schiedsstellenentscheidung deren Wesen als Schlichtungsmaßnahme eines weisungsfreien, mit Vertretern der Interessen der betroffenen Gruppen besetzten Gremiums gerecht werden. Mit dieser Besetzung bringt das Gesetz zum Ausdruck, daß es die Mitglieder der Schiedsstelle als mit der zu regelnden Materie vertraute und zu einer vermittelnden Zusammenführung von u.U. gegenläufigen Interessen der Beteiligten berufene Personen für geeignet hält, eine sach- und interessengerechte Lösung zu finden. Diese vom Gesetz gerade ihnen zugetraute Kompetenz gebietet es, die gerichtliche Überprüfung auf die der Schiedsstelle gesetzten rechtlichen Vorgaben zu beschränken und ihr für ihre Bewertungen und Beurteilungen im Rahmen der unbestimmten Rechtsbegriffe (insbesondere Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit, Leistungsfähigkeit, leistungsgerechtes Entgelt) einen Spielraum, eine Einschätzungsprärogative zu belassen (zur beschränkten Überprüfbarkeit von Regelsatzfestsetzungen vgl. BVerwGE 94, 326 (331) [[BVerwG 25.11.1993 - 5 C 8/90](#)]).

19

Allerdings hat der 3. Senat des Bundesverwaltungsgerichts hinsichtlich der Anwendung des unbestimmten Gesetzesbegriffs der "sparsamen Wirtschaftsführung" im Bereich der Krankenhausfinanzierung eine behördliche Einschätzungsprärogative verneint ([Urteil vom 19. Januar 1984 - BVerwG 3 C 45.81](#) - Buchholz 451.74 § 17 KHG Nr. 6 = NJW 1984, 2648 (2649) [[BVerwG 19.01.1984 - 3 C 45/81](#)] = DVBl. 1984, 525; vgl. auch schon BVerwGE 62, 86 (100) [[BVerwG 26.03.1981 - 3 C 134/79](#)]). Das Recht der Krankenhausfinanzierung ist jedoch mit dem Entgeltvereinbarungsrecht des Bundessozialhilfegesetzes schon deshalb nicht vergleichbar, weil es dort um die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe bei der Festsetzung eines Pflegesatzes durch die zuständige Behörde geht, während hier die Anwendung vergleichbarer unbestimmter Rechtsbegriffe durch eine in erster Linie zur Schlichtung, nicht aber zu bloßer Rechtsanwendung berufene Schiedsstelle zu beurteilen ist.

20

Ausgehend von einer Einschätzungsprärogative der Schiedsstelle hat sich das Gericht bei der Überprüfung der dem Schiedsspruch zugrunde liegenden Abwägung der betroffenen öffentlichen und privaten Belange darauf zu beschränken, festzustellen, ob die Schiedsstelle die widerstreitenden Interessen der Vertragsparteien ermittelt, alle für die Abwägung erforderlichen tatsächlichen Erkenntnisse gewonnen und die Abwägung frei von Einseitigkeit in einem den gesetzlichen Vorgaben des § 94 Abs. 3 BSHG entsprechenden fairen und willkürfreien Verfahren, inhaltlich orientiert an den materiellrechtlichen Vorgaben des Entgeltvereinbarungsrechts, vorgenommen hat.

21

Eine allgemeine normative Vorgabe für die Schiedsstelle und damit zugleich auch Prüfungsmaßstab im gerichtlichen Verfahren nach § 93 Abs. 3 Satz 3 BSHG ist der Bedarfsdeckungsgrundsatz des Sozialhilferechts (vgl. auch BVerwGE 97, 53 (57 f.) [[BVerwG 20.10.1994 - 5 C 28/91](#)]). Er gebietet, daß auf der Grundlage der zwischen den Trägern der Sozialhilfe und den Einrichtungsträgern unter Hinzuziehung der Schiedsstelle zustande gekommenen Vereinbarungen die von den Hilfesuchenden benötigten Sozialhilfeleistungen so erbracht werden können, daß den Anforderungen von § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 2

BSHG genügt ist. Darum bestimmt § 93 Abs. 2 Satz 2 BSHG (F. 1994), daß die Leistungsentgelte es einer Einrichtung ermöglichen müssen, eine "bedarfsgerechte Hilfe" zu leisten.

22

Weitere gesetzliche Vorgaben des materiellen Entgeltrechts ergeben sich aus dem ab 1. Juli 1994 geltenden sog. prospektiven Entgeltsystem: Nach § 93 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 BSHG (F. 1994) sind die Vereinbarungen im Sinne des § 93 Abs. 2 BSHG vor Beginn der jeweiligen Wirtschaftsperiode für einen zukünftigen Zeitraum (Vereinbarungszeitraum) abzuschließen. In dieser Hinsicht richtet sich die gerichtliche Überprüfung darauf, ob dieses System durch den Schiedsspruch folgerichtig umgesetzt wird (Systemgerechtigkeit). Die gesetzlich vorgeschriebene "prospektive" Berechnung der Pflegesätze hat die "Funktion, ... konkrete stationäre Hilfen leistungsgerecht zu vergüten" und "dem geltenden Gebot der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit ... verstärkt Rechnung (zu tragen)" (BTDrucks a.a.O., S. 10). Die prospektiven Entgelte sind darum nicht kosten-, sondern leistungsorientiert. Dies bedeutet eine "Abkehr von der bisherigen Abrechnung der Kosten auf der Grundlage von Selbstkostenblättern" (BTDrucks a.a.O., S. 11) und damit eine grundlegende Änderung des bis dahin für Pflegesätze praktizierten Entgeltsystems (vgl. auch die Nachweise in dem im Parallelverfahren BVerwG 5 C 29.97 ergangenen Beschluß des Senats [vom 23. September 1997 - BVerwG 5 B 51.97](#) - (Buchholz 436.0 § 93 BSHG Nr. 3, S. 12 f.)) Eine Bemessung der Pflegesätze nach den tatsächlich entstandenen Selbstkosten (Selbstkostendeckungsprinzip) entspricht mithin seit dem 1. Juli 1994 nicht mehr dem geltenden Recht.

23

Mit dem System der Prospektivität ist eine Orientierung an bereits entstandenen Kosten (retrospektiven Selbstkosten) allerdings nicht generell unvereinbar. Nur ist die tatsächliche Höhe der in der Vergangenheit entstandenen Kosten jetzt nicht mehr Ausgangspunkt, sondern lediglich einer von mehreren Anhaltspunkten für die Entgeltgestaltung (vgl. Igl, Einführung leistungsgerechter Entgelte bei der Hilfe in Einrichtungen nach dem Bundessozialhilfegesetz, Studie, erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit (1995), S. 223). Zur Höhe der Entgelte bestimmt § 93 Abs. 2 Satz 2 BSHG (F. 1994), daß sie leistungsgerecht sein und einer Einrichtung bei sparsamer und wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen müssen, eine bedarfsgerechte Hilfe zu leisten. Nachträgliche Ausgleiche sind nach Absatz 3 Satz 1 Halbsatz 2 nicht zulässig. Durch die Forderung des Gesetzes, daß die Entgelte leistungsgerecht sein und einer Einrichtung bei sparsamer und wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen müssen, eine bedarfsgerechte Hilfe zu leisten, soll den Einrichtungen ein "auskömmlicher, leistungsgerechter Preis ... gewährleistet" werden (BTDrucks a.a.O., S. 11). Auf Grund des prospektiven Entgeltsystems sollen Einrichtungen daher nicht gezwungen werden, die von ihnen erwarteten Leistungen unterhalb ihrer Gestehtungskosten anzubieten (vgl. auch Igl a.a.O., S. 100, 178; Endt/Kirchhof/Mezger/Weber-Sieb, ZfS 1995, 66 (67)). (Prospektive) Selbstkosten sind folglich, sofern sie den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit entsprechen, auch bei prospektiven Pflegesätzen die Untergrenze des festzusetzenden Entgelts. Die Beurteilung, ob ein Anbieter den von ihm geltend gemachten Pflegesatz zur Deckung seiner Selbstkosten wirklich benötigt, ist nicht möglich, ohne daß die Schiedsstelle eine an jenen Grundsätzen orientierte "Entscheidung über Kalkulationsgrundlagen" (BTDrucks a.a.O., S. 12) trifft (siehe auch BVerwGE 97, 53 (55))

[\[BVerwG 20.10.1994 - 5 C 28/91\]](#) für die Kostenübernahme nach § 93 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 BSHG).

24

Soweit es um die Beachtung der Grundsätze der "Wirtschaftlichkeit", der "Sparsamkeit" und der "Leistungsfähigkeit" geht, hat sich die gerichtliche Kontrolle gemäß dem Willen des Gesetzgebers, daß die Definition und Ausfüllung dieser Begriffe "Hauptaufgabe" (BTDrucks a.a.O., S. 12) der Schiedsstelle selbst und nicht der Gerichte sein soll, auf die Nachprüfung zu beschränken, ob die Bewertungen der Schiedsstelle dem Sinngehalt dieser unbestimmten Gesetzesbegriffe gerecht werden und, gemessen daran, in Anbetracht des von der Schiedsstelle vollständig ermittelten Sachverhalts vertretbar sind.

25

Solche Bewertungen setzen notwendig einen Vergleich voraus. Dabei kommt in Betracht, daß Entgelte verschiedener Einrichtungen für vergleichbare Leistungen verglichen werden ("externer Vergleich") oder daß einzelne, interne Positionen der Pflegesatzkalkulation eines Einrichtungsträgers gesondert daraufhin überprüft werden, ob sie einer sparsamen und wirtschaftlichen Betriebsführung entsprechen ("interner Vergleich"; zur Kostenübernahme auf der Grundlage von § 93 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Satz 2 BSHG i.d.F. des [Haushaltsbegleitgesetzes 1984](#) vom 22. Dezember 1983 (BGBl I S. 1532) s. Beschluß des Senats vom 23. September 1997 a.a.O., S. 12). Dabei sind nicht die konkreten Kosten der in Rede stehenden Einrichtung maßgeblich, sondern es gilt - was auch aus der Wortwahl des Gesetzes hervorgeht, das auf "eine Einrichtung" abstellt - ein genereller, nicht auf "die" jeweilige individuelle Einrichtung abstellender Maßstab. Die Erforderlichkeit eines "externen" Vergleichs, also des Vergleichs mit Entgelten, wie sie auch andere Einrichtungen für vergleichbare Leistungen erheben, folgt aus der Verpflichtung der Sozialhilfeträger, nur wirtschaftliche und sparsame Pflegesätze zu vereinbaren (vgl. BVerwGE 94, 202 (208) [\[BVerwG 30.09.1993 - 5 C 41/91\]](#); zur Bedeutung eines externen Vergleichs für einen Kostenvergleich bei der Berücksichtigung des Wunschrechts des Hilfesuchenden auf der Grundlage von § 93 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 2 BSHG siehe BVerwGE 97, 53 (58 f.) [\[BVerwG 20.10.1994 - 5 C 28/91\]](#)). Bei der konkreten Beurteilung der Vergleichbarkeit der dem Pflegesatzangebot zugrundeliegenden Leistungen kommt die Einschätzungsprärogative der Schiedsstelle zum Tragen. Erweist sich hiernach, daß der betreffende Einrichtungsträger der preisgünstigste Anbieter ist, reicht der "externe Vergleich" aus. Kann der betreffende Einrichtungsträger hingegen nicht geltend machen, der günstigste Anbieter zu sein, kann er nach Maßgabe der Grundsätze des § 93 Abs. 2 Satz 3 BSHG und des Merkmals "leistungsgerechtes Entgelt" in § 93 Abs. 2 Satz 2 BSHG nur berücksichtigt werden, wenn der von ihm gewünschte Pflegesatz innerhalb der Bandbreite der Entgelte für vergleichbare Leistungen anderer Einrichtungen liegt (sog. "marktgerechter" Preis).

26

Weder die Beklagte noch die Vorinstanzen sind der Frage nachgegangen, wie sich die Höhe des von der Klägerin zu 1 geltend gemachten Pflegesatzes zu den Entgelten für vergleichbare Leistungen anderer Einrichtungen verhält. Dem Bundesverwaltungsgericht ist es verwehrt, die hierzu in tatsächlicher Hinsicht erforderlichen Feststellungen zu treffen (vgl. [§ 137 VwGO](#)). Diese sind vielmehr dem Oberverwaltungsgericht vorzubehalten.

**Anlage 5: Kostendeckung der Entgelte - Vorschlag zur differenzierten Betrachtung der derzeitigen Entgeltermittlung**

Stand: 31.08.2018

Trägerbezogener Erhebungsbogen - HzE (stationärer und teilstationärer Bereich) zur Kostendeckung der aktuellen Entgelte

Zelle	Träger		Rechtsform
1.			
2.	Straße, Hausnr.	PLZ, Ort	
3.	Telefonnummer	eMail-Adresse	
4.	Trägernummer	Spitzen- bzw. Dachverband	Der Paritätische

5.	Leistungsbereiche: Zutreffendes bitte ankreuzen: Mehrfachnennung sind möglich	§ 32 Erziehung in einer Tagesgruppe (Anlage D.2)	Jugendberushilfe nach § 13 Abs. 2 und 3 (Anlage D.4)	Stationäre Hilfen nach §§ 34, 35, 35a i.V. mit § 41 (Anlage D.6)	Stationäre sozialpäd. Krisenintervention im Rahmen der Inobhutnahme nach § 42 (Anlage D.7)	Gemeinsame Wohnformen für Mütter/Väter und Kinder nach § 19 (Anlage D.8)
6.						
7.	Gesamtplatzzahl, die vorgehalten wird					

derzeit genutztes Kostenermittlungsschema

Erläuterungen in roter Schrift: Bezugnahme auf die RLV und ihre Anlagen

	Entgelt kostendeckend	Entgelt nicht kostendeckend	Anmerkungen
<b>direkte Personalkosten</b>			
8. Leitungspersonal (ohne GF und ohne Stabsstellen)			ok wenn Kalkulation nach "Mittelwert" (Bahlmannabelle) möglich; <b>Ansatz in RLV zu gering</b> 4,5%
9. (sozial-)päd. Betreuungspersonal			Kalkulation nach Mittelwert notwendig; <b>Stellen im Regel-Gruppenangebot RLV zu gering; Mitarbeiter in der Stationären Jugendhilfe sind überwiegend nach "EG kleine 9" einzugruppieren</b> 4,6
10. Vertretungskosten Betreuungspersonal incl. Leasingkräfte			<b>1%-Ansatz in RLV ist zu gering; 3-4% notwendig</b>
11. Wirtschaftskräfte und Technisches Personal			aktuell Erfassung unter "Sachkosten" <b>Fortschreibung wie übrige PK, da MA Teil der Belegschaft/ es gilt der (Haus-)Tarif</b>
<b>Personalnebenkosten</b>			
12. Betriebsrenten / Vorsorgeleistungen			
13. Supervision, Fort- und Weiterbildungskosten			<b>Ansatz von durchschnittlich 470 € /MA VZ-Stelle p.a. viel zu gering</b>
14. Qualitätsbeauftragte(r), Kinderschutzbeauftragte®			<b>Kosten im Entgelt faktisch nicht enthalten (siehe Ansatz Supervision, Fort- u. Weiterbildung)</b>
15. Kosten Betriebsrat			<b>Kosten im Entgelt nicht enthalten</b>
16. Ausgleichsabgabe			<b>Kosten im Entgelt nicht enthalten</b>
<b>Sachkosten</b>			
17. Aufwand für Lebensmittel			
18. Wirtschaftsbedarf			
19. Betreuungsbedarf einschl. therapeutischer Bedarf			<b>Überprüfung Nebenkostenkatalog dringend notwendig</b>
20. Aufwand für Fahrt- und Transportkosten der Betreuten			<b>Ansatz nicht regelhaft vorgesehen, zu gering</b>
21. Aufwand für Wasser, Energie, Brennstoffe			ggf. individueller Nachweis nötig
22. Steuern, Beiträge, Abgaben, Versicherungen			<b>Ansatz zu gering</b>
23. Beratungskosten Anwälte, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer incl. Kosten Jahresabschluss, Datenschutzbeauftragter, Betriebsarzt u. Sicherheitsfachkraft			<b>Ansatz zu gering, da zunehmend mehr Aufgaben + gesetzl. Verpflichtungen</b>
24. Personalkosten Verwaltung, Buchhaltung, Rechnungswesen, Organisation der GF			<b>PK Verwaltung sind keine Sachkosten; keine Berücksichtigung von GF-Anteilen im Entgelt</b>
25. Sachkosten Verwaltung			<b>unklar, was und welcher Anteil derzeit als Sachkosten definiert ist</b>
26. Hauswirtschaftliche Versorgung (bereits aufgeführt in Zeile 11)			
27. Sonstiges			
28. Arbeitsmaterial, Halb- und Fertigprodukte, Berufsbekleidung und Werkzeug, Einschreib- und Prüfungsgebühren sowie überbetriebliche Ausbildungsstelle, externe Veranstaltungen zur Berufsausbildung in den Einrichtungen der Jugendberufshilfe			

	Entgelt kostendeckend	Entgelt nicht kostendeckend	Anmerkungen
<b>Investitionskosten / betriebsnotwendige Anlagen</b>			
38. Abschreibungen für die Abnutzung von Gebäuden, Außenanlagen, technischen Anlagen und sonstigen Anlagegüter (s. Punkt 18.4 BRV Jug)			ggf. individueller Nachweis nötig
39. Abschreibung von Ausstattung und Einrichtung incl. GWGs			ggf. individueller Nachweis nötig
40. Fremdkapitalzinsen für Investitionsvorhaben (Punkt 18.5 BRV Jug)			ggf. individueller Nachweis nötig
41. Instandhaltungs- und Wartungskosten			ggf. individueller Nachweis nötig
42. Miete, Pacht, Nutzungsaufwendungen für Grundstücke und Gebäude			ggf. individueller Nachweis nötig
43. Mietausfall			ggf. individueller Nachweis nötig
44. Eigenkapitalverzinsung			<b>fehlt derzeit in der RLV; individueller Nachweis nötig</b>
45. Rücklage für Betriebsmittel + Investitionen (3 % der Personal und Sachmittel)			<b>fehlt derzeit in der RLV</b>

Vorschläge zur Überarbeitung der RLV:

- \* jährliche Fortschreibung der PK analog TVL-Vereinbarung
- \* jährliche Fortschreibung der SK gemäß Inflationrate
- \* Einführung einer "Pauschale für Steuerungskosten" von x % der PK zur Abdeckung der GF-Kosten, Verwaltungspersonal- und Verwaltungs-Sachkosten

sonstige Kritikpunkte an der RLV:

- Die Auslastungsquoten sollen differenziert nach Leistungsangebot vereinbart werden; 95% für Stationäre Angebote ist zu hoch;
- Realauslastung der letzten 5 Jahre als Bezugsgröße wäre wirklichkeitsnah



# Arbeitszeitgesetz und abweichende tarifliche Regelungen

Silke Müller

Landesamt für Verbraucherschutz  
Dezernat 57 - Gewerbeaufsicht Süd



## Arbeitszeitgesetz

- **Arbeitszeitgesetz (ArbZG)** vom 6. Juni 1994 (BGBl. I S. 1170/1171), zuletzt geändert durch Artikel 12a des Gesetzes vom 11. November 2016 (BGBl. I S. 2500, 2512)
  - ❖ Festlegungen zur Arbeitszeit,
  - ❖ Mindestforderungen für Ruhepausen,
  - ❖ Mindestforderungen für Ruhezeiten,
  - ❖ Festlegungen zur Nacht- und Schichtarbeit,
  - ❖ Abweichende Regelungen,
  - ❖ Regelungen zur Sonn- und Feiertagsruhe,
  - ❖ Ausnahmen in besonderen Fällen,
  - ❖ Allgemeine Forderungen zur Durchführung des Gesetzes,
  - ❖ Sonderregelungen,
  - ❖ Straf- und Bußgeldvorschriften



### § 3 ArbZG

- Die werktägliche Arbeitszeit darf 8 Stunden nicht überschreiten. Sie kann auf bis zu 10 Stunden verlängert werden, wenn innerhalb von 6 Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt 8 Stunden werktäglich nicht überschritten werden.
- Arbeitszeiten sind:
  - reguläre arbeitsvertraglich vereinbarte Tätigkeiten,
  - Zeiten im Bereitschaftsdienst,
  - Arbeitsbereitschaftszeiten,
  - Aktivzeiten in Rufbereitschaftsdiensten,
  - Umkleidezeiten (n.V.) bei Schutzkleidung u.s.w.



*Tag, der mit dem Zeitpunkt der  
Arbeitsaufnahme beginnt und 24 Stunden  
später endet*

- stimmt nicht mit dem Kalendertag überein!
- vorher ist eine Ruhezeit von 11 Stunden erforderlich
- Werktage sind alle Wochentage von Montag bis Samstag

*Vom Arbeitgeber begrenzter Zeitraum bzw. Dienst, in dem sich der Arbeitnehmer an einem vom Arbeitgeber festgelegten Aufenthaltsort zur sofortigen Aufnahme der Tätigkeit bereit hält.*

- Im Rahmen und für Zwecke des Arbeitsverhältnisses festgelegte Aufenthaltsbeschränkung, die mit der Verpflichtung verbunden ist, bei Bedarf sofort arbeitsbereit und arbeitsfähig zu sein.
- **Zeiten des Bereitschaftsdienstes sind Arbeitszeiten**

Die Nichtanerkennung von Bereitschaftszeiten als Arbeitszeiten hat folgende Auswirkungen.

Beispiel: Kinder und Jugendhaus X / Stand 05/2013

	FK 1	FK2	FK3
monatliche Arbeitszeit	168	168	147
wöchentliche Arbeitszeit	38	38	35
Nachtbereitschaften /Monat	11	11	9
angerechnete Arbeitszeit lt. Arbeitszeitznachweis des Trägers	144	148	117
tatsächliche Arbeitszeit unter Anerkennung der Nachbereitschaft als Arbeitszeit	234	228	191
Differenz	90	80	74



*liegt dann vor, wenn eine Arbeitnehmer sich an einem frei gewählten Ort zur Aufnahme der Tätigkeit nach Abruf befindet.*

- Freie Wählbarkeit des Aufenthaltsortes vom Arbeitnehmer
- Der Arbeitgeber kann die Bekanntgabe des Aufenthaltsortes anfordern.
- Im Allgemeinen ist es üblich, dass der in Rufbereitschaft befindliche Arbeitnehmer innerhalb eines festgelegten Zeitraumes nach Abruf die Tätigkeit aufnimmt. Dann kann muss der Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort darauf abstimmen.



*Nachtarbeit ist jegliche Beschäftigung von einer Mindestdauer von 2 Stunden innerhalb eines Zeitraumes von 23 bis 6 Uhr*

- Nachtarbeitnehmer sind Beschäftigte, die an mindestens 48 Kalendertagen Nachtarbeit leisten.
- In Tarifverträgen können andere Zeiten festgelegt sein. Diese Festlegungen dienen hauptsächlich der Vergütung.
- Den Arbeitnehmern ist für die geleistete Nachtarbeit ein Nachtarbeitszuschlag oder eine angemessene Zahl zusätzlicher freier Tage zu gewähren.



## *im Voraus feststehende Arbeitsunterbrechung*

- wird charakterisiert durch freie und den jeweiligen Verhältnissen entsprechende Verfügbarkeit des Arbeitnehmers über die Arbeitsunterbrechung ,
- dient der Erholung ,
- muss tatsächlich genommen werden können,
  
- bei einer Arbeitszeit von 6 – 9 Stunden - 30 Minuten,
- bei einer Arbeitszeit von mehr als 9 Stunden - 45 Minuten
- spätestens nach 6 Stunden Arbeit erforderlich



## *Zeit zwischen dem Ende der Arbeitszeit eines Arbeitstages und der Aufnahme der Tätigkeit am nächsten Arbeitstag*

- ist die frei verfügbare Zeit zur Ruhe und Erholung von der täglichen Arbeit, zur Regenerierung der durch die tägliche Arbeit verbrauchten Kräfte
  
- *allgemein 11 Stunden*
- *kann in Pflege- und Betreuungseinrichtungen minimiert werden auf 10 Stunden,*
- *Bei einer täglichen Arbeitszeit über 12 Stunden **muss** jedoch die Ruhezeit mindestens 11 Stunden betragen.*



Die Dauer der Schichten/Dienste setzt sich zusammen aus:

- reguläre Arbeitszeiten ( AZ),
- + Pausenzeiten( P)
- + Bereitschaftszeiten (BZ)

Beispiele für übliche Dienste:

8 Stunden Dienst	= (7,5 h AZ) + (0,5 h P)
12 Stunden Dienst	= (11,25 h AZ )+ (0,75h P)
16 Stunden Dienst	= (8 h AZ)+ (0,75h P)+ (7,25 h BZ)
24 Stunden Dienst	= (8 h AZ ) + (0,75h P) + (15,25 BZ)



Gemäß § 9 ArbZG ist eine Beschäftigung von Arbeitnehmern an Sonn- und gesetzlichen Feiertagen von 0 – 24 Uhr verboten.

Neben diesem gesetzlichen Schutz dieser besonderen Tage bestehen u.a. Ausnahmen für die Arbeitnehmer :

- in Einrichtungen zur Behandlung, Pflege und Betreuung von Personen
  - gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG



Ein Arbeitnehmer, der an einem Sonn- oder Feiertag beschäftigt wurde, hat Anspruch auf einen Ersatzruhetag.

- bei Sonntagsarbeit innerhalb von 2 Wochen,
- bei Feiertagsarbeit innerhalb von 8 Wochen,
- 15 Sonntage im Jahr müssen frei bleiben,
- Ersatzruhetage müssen im Anschluss an eine 11 stündige Ruhezeit gewährt werden

➤ Grundlage: § 11 ArbZG



Arbeitszeitchweise muss ein Arbeitgeber führen, wenn

- die werktägliche Arbeitszeit mehr als 8 Stunden beträgt,  
und
- bei einer Beschäftigung an Sonn- und Feiertagen.

- ❖ Alle Bereitschaftszeiten sind in den Arbeitszeitchweisen in ihrer genauen Anzahl aufzuzeichnen!
- ❖ Arbeitszeitchweise müssen zwei Jahre aufbewahrt werden.

➤ Grundlage: § 16 Abs. 2 ArbZG

Das ArbZG ist nicht anzuwenden für **Arbeitnehmer in häuslicher Gemeinschaft z.B.**



**„innewohnende Erzieher und Pfleger“**

**Bedingung:**

- ❖ Arbeitsvertrag, Mutterstatut und Tarifordnung ist vorhanden
- ❖ Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft,
- ❖ eigenständige Erziehung, Pflege und Betreuung der ihnen anvertrauten Personen
- ❖ eigenverantwortlich für alle getroffenen erzieherischen und wirtschaftlichen Maßnahmen

**Ausnahme:**



**„mitwirkende Arbeitnehmer“**

Landesamt für Verbraucherschutz Sachsen-Anhalt

Für eine bedarfsgerechte oder von Arbeitnehmern gewünschte Flexibilisierung kann eine Verlängerung der täglichen Arbeitszeit abweichend vom § 3 ArbZG durchgeführt werden, wenn:

- - eine Bewilligung durch die Behörde erteilt wurde  
**oder**
- - abweichende tarifvertragliche Regelungen angewendet werden.

Eine vom § 3 ArbZG abweichende Verlängerung der täglichen Arbeitszeit **kann** die zuständige Behörde erteilen, wenn

- ein kontinuierliches Schichtsystem vorliegt  
**und**
- mit dieser Verlängerung der täglichen Arbeitszeiten für die Beschäftigten mehr Freischichten erreicht werden.

Gesetzliche Grundlage: § 15 Abs. 1 Nr. 1a ArbZG

Verlängerung der täglichen Arbeitszeit auf maximal 12 Stunden möglich!

§ 7 ArbZG

Arbeitszeit -  
gesetz

Tarifvertrag



In einem Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrages in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung können Abweichungen von den Forderungen des Arbeitszeitgesetzes zugelassen werden:

- zur täglichen Arbeitszeit,
- zum Ausgleichszeitraum,
- zur Ruhezeit



Weitergehend kann unter Anwendung des § 7 Abs. 1 ArbZG die tägliche Arbeitszeit verlängert werden, wenn eine derartige Vereinbarung in einem Tarifvertrag aufgeschlüsselt ist.

Bei regelmäßiger und im erheblichen Umfang auftretender Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst kann die tägliche Arbeitszeit mehr als 10 Stunden pro Tag betragen.

- Bedingungen und Voraussetzungen sind in den Tarifverträgen ausgewiesen.



## Direkte Übernahme eines Tarifvertrages

Wenn in einem Tarifvertrag abweichende Regelungen zur täglichen Arbeitszeit, zum Ausgleichszeitraum, zu Ruhepausen, zu Ruhezeiten vereinbart worden,

- kann ein Betrieb diesen Tarifvertrag direkt übernehmen,
- ✓ wenn das Unternehmen tarifgebunden ist.

Wenn der Tarifvertrag den Betriebspartnern nur eine „Öffnungsklausel“ bietet,

- dann ist zusätzlich eine Betriebs- oder Dienstvereinbarung notwendig.



## Indirekte Übernahme eines Tarifvertrages

### Variante 1

Das Unternehmen ist nicht tarifgebunden,  
hat jedoch einen Betriebs- oder Personalrat,

- dann kann das Unternehmen über eine **Dienst-oder Betriebsvereinbarung** die Regelungen eines Tarifvertrages übernehmen.

Dieser Tarifvertrag muss dabei räumlich, sachlich und zeitlich für die jeweilige Branche anwendbar sein.

- Grundlage : § 7 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG

## *Vertrag zwischen Arbeitgeber und Personal- oder Betriebsrat/ Mitarbeitervertretung*

- Eine **Dienstvereinbarung** ist ein Vertrag, der im öffentlichen Dienst zwischen der Dienststellenleitung und dem Personalrat also der Vertretung der Beschäftigten in der jeweiligen Dienststelle, abgeschlossen werden kann.
- Eine **Betriebsvereinbarung** ist ein Vertrag zwischen Arbeitgeber und dem Betriebsrat/Mitarbeitervertretung in der Privatwirtschaft

## Variante 2

Das Unternehmen ist nicht tarifgebunden,  
hat keinen Betriebs- oder Personalrat,

- dann kann das Unternehmen über eine **einzelvertragliche Arbeitszeitvereinbarung** zwischen Arbeitgeber und dem jeweiligen Arbeitnehmer Regelungen eines Tarifvertrages übernehmen.

Dieser Tarifvertrag muss dabei räumlich, sachlich und zeitlich für die jeweilige Branche anwendbar sein.

- Grundlage: § 7 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG

- Zwischen Arbeitgeber und jedem einzelnen Arbeitnehmer kann gemäß § 7 Abs. 3 ArbZG eine einzelvertragliche Regelung zur Arbeitszeit getroffen werden.
- Hier kann die Anwendung eines für die Tätigkeit und die Örtlichkeit allgemein geltenden Tarifvertrages vereinbart werden.
- Es können auch nur Auszüge angewendet werden. Diese müssen jedoch detailliert aufgeschlüsselt werden.

- **§ 7 .1 Abs. 2 Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft**
- ...
- Abweichend von den §§ 3, 5 und 6 Abs. 2 ArbZG kann im Rahmen des § 7 ArbZG die tägliche Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes über acht Stunden hinaus verlängert werden, wenn mindestens die acht Stunden überschreitende Zeit im Rahmen von Bereitschaftsdienst geleistet wird, und zwar wie folgt:
  - a) bei Bereitschaftsdiensten der Stufen A und B bis zu insgesamt **maximal 16** Stunden täglich; die gesetzlich vorgeschriebene Pause verlängert diesen Zeitraum nicht,
  - b) bei Bereitschaftsdiensten der Stufen C und D bis zu insgesamt **maximal 13** Stunden täglich; die gesetzlich vorgeschriebene Pause verlängert diesen Zeitraum nicht.
- Quelle: TVöD – B  indirekte Übernahme nach Variante 1 u. 2

## § 7.1 Abs. 3 Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft

Im Rahmen des § 7 ArbZG kann unter den Voraussetzungen

- a) einer Prüfung alternativer Arbeitszeitmodelle,
- b) einer Belastungsanalyse gemäß § 5 ArbSchG und
- c) ggf. daraus resultierender Maßnahmen zur Gewährleistung des Gesundheitsschutzes

**aufgrund einer Betriebs-/Dienstvereinbarung** von den Regelungen des Arbeitszeitgesetzes abgewichen werden.

...

Abweichend von den §§ 3, 5 und 6 Abs. 2 ArbZG kann die tägliche Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes über acht Stunden hinaus verlängert werden, wenn in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Bereitschaftsdienst fällt.

Hierbei darf die tägliche Arbeitszeit ausschließlich der Pausen **maximal 24 Stunden** betragen.

Quelle : TVöD – B



indirekte Übernahme nach Variante 1

Die Bereitschaftsdienststufen werden durch eine Analyse der zeitlichen Arbeitsleistungen im Bereitschaftsdienst für die Dauer von mind. 3 Monaten und der daraus resultierenden durchschnittlichen Inanspruchnahmen ermittelt.

Beispiel: TVöD – B

Bereitschaftsdienststufe	zeitliche Arbeitsleistung im Bereitschaftsdienst
A	0-10%
B	10-25%
C	25-40%
D	40-49%

- **Tätigkeitsanalyse** mit Ermittlung der Arbeitsaufgaben an Werktagen, am Wochenende, an Feiertagen
- **Zeitanalyse** mit Ermittlung der Anteile an Regelarbeitszeit und Bereitschaftszeit an den Arbeitstagen
- **Ermittlung und Überprüfung** der arbeitshygienischen Belastungen und Beanspruchungen der Arbeitnehmer
- **Überprüfung personeller Voraussetzungen** mit Nachweis der Abdeckung des Personalbedarfes gemäß Arbeitszeitgesetz
- ...



» Dokumentation

Landesamt für Verbraucherschutz Sachsen-Anhalt

## Arbeitszeitrechtliche Grundbetrachtung

- 365 Tage pro Jahr(a) bei 24 h täglich
- Übergabezeiten zwischen den Schichten 0,5 h täglich
- Arbeitszeit der Arbeitnehmer 40h / Woche = 2080 h/a
- abzüglich Ausfallzeiten ca. 20 -28 % Jahr = 1608 \*h /a

**Personalgrundbedarf** unter Berücksichtigung, dass die 24 Stunden durch jeweils ein Arbeitnehmer abzusichern ist:

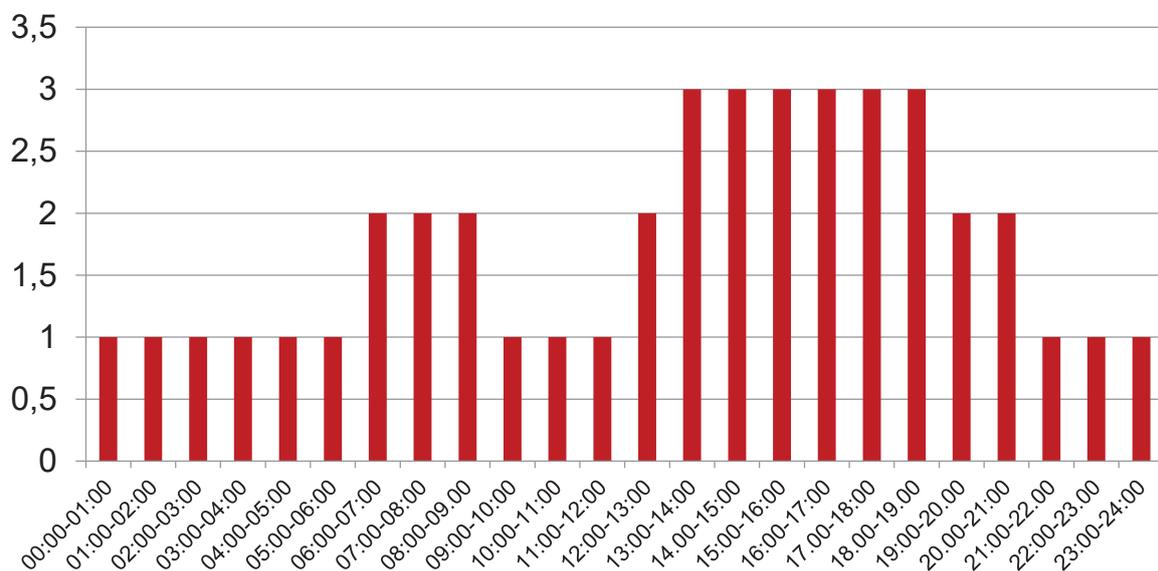
365 Tage x 24 Stunden	= 8760 h/a
+ Übergabezeiten 365 x 0,5 Stunden	= 182,5 h/a
Summe:	= 8942,5 h/a

Personalgrundbedarf: 8942,5h/a : 1608 h/a = 5,56 VK Stellen

\* Bezugsgröße des LvWA ST

- 1. Bedarfserhebung – **Tätigkeits- und Zeitanalyse**
  - Welche Aufgaben müssen erledigt werden?
  - Welche Aufgaben gehören zu Regelaufgaben?
  - Welche Aufgaben sind besondere Leistungen?
  - Welche Aufgaben können unvorhergesehen eintreten?
  - Zu welchem Tageszeitpunkt müssen diese Aufgaben erledigt werden?
  - Gibt es einen Betreuungsunterschied der Arbeiten an Werktagen / Wochenenden/ Ferien?
  - Wie viel Zeit ist für die einzelnen Arbeiten notwendig?
  - Wie viele Mitarbeiter sind dafür einzusetzen ?
- soll unabhängig von bisherigen Arbeitszeiten und Gegebenheiten ermittelt werden

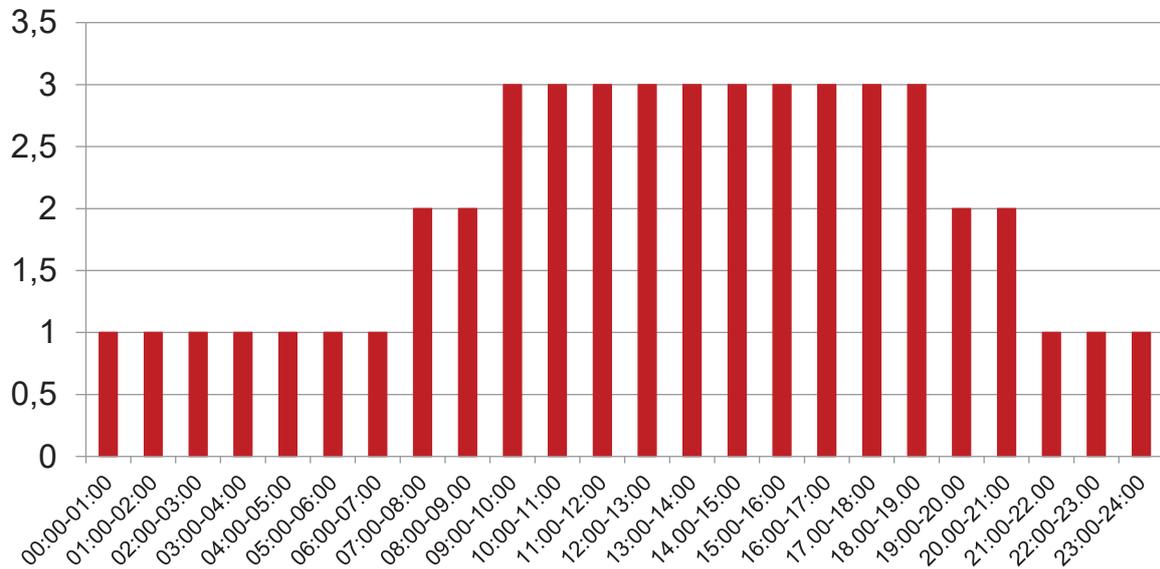
## Tagesverlauf des Personalbedarfes von Mo – Fr





# Ermittlung des Personalbedarfes

## Tagesverlauf des Personalbedarfes an Sa-So, FT u. Ferien



# Personalberechnung

Zeitraum	Zeitdauer/h	Mitarbeiter	Wochentage	h/Woche
Mo-Fr				
06:00-09:00	3	2	5	30
09:00-12:00	3	1	5	15
12:00-13:00	1	2	5	10
13:00-19:00	6	3	5	90
19:00-21:00	2	2	5	20
21:00-06:00	9	1	5	45
WE				
07:00-09:00	2	2	2	8
09:00-19:00	10	3	2	60
19:00-21:00	2	2	2	8
21:00-07:00	10	1	2	20
			Summe des wöchentlichen Arbeitszeitbedarfes	<b>306</b>



Beispiel anhand eines Unternehmens mit einer tariflichen Arbeitszeit von 38 Stunden /Woche pauschalisiert, ohne Berücksichtigung von Teilzeitbeschäftigten

- Wöchentlicher Arbeitszeitbedarf = 306 h
  
- Notwendige Mitarbeiterzahl zur Deckung des Arbeitszeitbedarfes:
  - Arbeitszeitbedarf/Wo : Arbeitszeit/Wo  
= 306h /Wo : 38 h/Wo = 8,05 Personen
  
- Notwendige Mitarbeiterzahl unter Berücksichtigung von Ausfallzeiten:
  - (Personalbedarf + ca. 20 % Ausfallzeiten) : Arbeitszeiten/ Wo  
= 367h/Wo : 38h/Wo = 9,66 Personen



## Bedingungen / Art der Einrichtung

1. Einrichtung zur Betreuung von 8 Kindern
2. Schulpflicht der Kinder besteht von 08:00-14:00 Uhr
3. Betreuungsbedingungen an Schultagen
  - Montag – Freitag täglich 18 Stunden
  - in der Kernzeit von 14:00 -21:00 Uhr pro Gruppe 2 Betreuer
  - in der Zeit von 21:00 – 08:00 Uhr pro Gruppe 1 Betreuer
4. Betreuungsbedingungen an schulfreien Tagen
  - Samstag, Sonntage, Feiertage, Ferientage täglich 24 Stunden
  - Kernzeit von 08:00- 21:00 Uhr pro Gruppe 2 Betreuer
  - in der Zeit von 21:00-08:00 Uhr pro Gruppe 1 Betreuer

## Voraussetzungen für die Personalberechnung in diesem Beispiel

### 1. Bedingungen

- Betreuungstage Schultage = 193 Tage
- Betreuungstage schulfrei = 172 Tage
- wöchentliche Arbeitszeit / Erzieher = 40 Stunden
- jährliche Nettoarbeitszeit/ Erzieher = 1608 Stunden
- Betreuung in der Kernzeit = 2 Betreuer
- Nachtbereitschaft = 1 Betreuer
- Zahl der Kinder pro Gruppe = 8

### 1. Ermittlung der Betreuungsstunden (BS) an Schultagen

- Nachtbereitschaft von 21:00-06:00 Uhr: = 9 BS
- Regeldienst von 06:00-08:00 Uhr: = 2 BS
- Kernzeit von 14:00-21:00 Uhr: = 7 BS
- Betreuungsstunden pro Tag: = 18 BS
- Betreuungsstunden pro Jahr: = **3474 BS**

### 2. Ermittlung der Betreuungsstunden (BS) an schulfreien Tagen

- Nachtbereitschaft von 21:00-06:00 Uhr: = 9 BS
- Regeldienst von 06:00-08:00 Uhr: = 2 BS
- Kernzeit von 08:00-21:00 Uhr: = 13 BS
- Betreuungsstunden pro Tag: = 24 BS
- Betreuungsstunden pro Jahr: = **4128 BS**



### 3. Ermittlung der Betreuungsstunden (BS) insgesamt

Betreuungsstunden an Schultagen	= 3474 Betreuungsstunden
Betreuungsstunden an schulfreien Tagen	= 4128 Betreuungsstunden
<b>jährliche Betreuungszeit der Gruppe</b>	<b>= 7602 Betreuungsstunden</b>

### 2. Ableitung des Personals

**Personalbedarf** = **4,72 Fachkräfte pro Gruppe**

( jährliche BS / jährliche Nettoarbeitszeit der FK)

**Personalschlüssel** = **1,69 Kinder je Fachkraft**

(Gruppengröße/ FK je Gruppe)



### Bedenken bei dieser Betrachtungsweise

- keine Berücksichtigung der Doppelbesetzung in den Kernzeiten
- erhöhte Mehrarbeit /Überstunden der Erzieher
- branchentypisch ist keine Vollzeitbeschäftigung mit 40 h/Woche
  
- Risiko für die Betreuung der Kinder
  - kein Personal vorgesehen bei Erkrankung der Kinder,
  - Keine individuellen Betreuungsmöglichkeiten für die Kinder – Freizeitaktivitäten/Arztbesuche
  - Keine Übergabezeiten – Informationsverluste sind zu erwarten

### 1. Ermittlung der Betreuungsstunden (BS) an Schultagen

Nachtbereitschaft von 21:00-06:00 Uhr:	= 9 BS
Regeldienst von 06:00-08:00 Uhr:	= 2 BS
Regeldienst von 14:00-21:00 Uhr x 2 Betreuer	= 14 BS
Betreuungsstunden pro Tag:	= 25 BS
Betreuungsstunden pro Jahr:	= <b>4825 BS</b>

### 2. Ermittlung der Betreuungsstunden (BS) an schulfreien Tagen

Nachtbereitschaft von 21:00-06:00 Uhr:	= 9 BS
Regeldienst von 06:00-08:00 Uhr:	= 2 BS
Regeldienst von 08:00-21:00 Uhr x 2 Betreuer	= 26 BS
Betreuungsstunden pro Tag:	= 37 BS
Betreuungsstunden pro Jahr:	= <b>6364 BS</b>

### 3. Ermittlung der Betreuungsstunden (BS) insgesamt

Betreuungsstunden an Schultagen	= 4825 Betreuungsstunden
Betreuungsstunden an schulfreien Tagen	= 6364 Betreuungsstunden
Jährliche Betreuungszeit der Gruppe	= <b>11189 Betreuungsstunden</b>

### 4. Ableitung des Personals ArbZG

**Bedarf an Arbeitnehmern** = **6,96 pro Gruppe**

( jährliche BS / jährliche Nettoarbeitszeit der AN)

### Bedenken bei dieser Betrachtungsweise

- Keine Berücksichtigung der Doppelbesetzung in den Kernzeiten
- Erhöhte Mehrarbeit /Überstunden der Erzieher
- **branchentypisch ist keine Vollzeitbeschäftigung mit 40 h/Woche**
  
- **Risiko für die Betreuung der Kinder**
  - kein Personal vorgesehen bei Erkrankung der Kinder,
  - Keine individuellen Betreuungsmöglichkeiten für die Kinder – Freizeitaktivitäten/Arztbesuche
  - Keine Übergabezeiten – Informationsverluste sind zu erwarten

### 1. Ermittlung der Betreuungsstunden (BS) an Schultagen

Nachtbereitschaft von 21:00-06:00 Uhr:	= 9 BS
Regeldienst von 06:00-08:00 Uhr:	= 2 BS
<b>Flex Dienst von 07:45- 14:15 Uhr</b>	<b>= 6,5 BS</b>
Regeldienst von 14:00-21:00 Uhr x 2 Betreuer	= 14 BS
Betreuungsstunden pro Tag:	= 31,5 BS
Betreuungsstunden pro Jahr:	= <b>6079,5 BS</b>

### 2. Ermittlung der Betreuungsstunden (BS) an schulfreien Tagen

Nachtbereitschaft von 21:00-06:00 Uhr:	= 9 BS
Regeldienst von 06:00-08:00 Uhr:	= 2 BS
Regeldienst von 08:00-21:00 Uhr x 2 Betreuer	= 26 BS
<b>Übergabezeiten</b>	<b>= 0,5 BS</b>
Betreuungsstunden pro Tag:	= 37,5 BS
Betreuungsstunden pro Jahr:	= <b>6450 BS</b>

### 3. Ermittlung der Betreuungsstunden (BS) insgesamt

Betreuungsstunden an Schultagen	= 6079,5 Betreuungsstunden
Betreuungsstunden an schulfreien Tagen	= 6450 Betreuungsstunden
Jährliche Betreuungszeit der Gruppe	= <b>12529,5 Betreuungsstunden</b>

### 4. Ableitung des Personals ArbZG

**Bedarf an Arbeitnehmern** = **7,79 pro Gruppe**

( jährliche BS / jährliche Nettoarbeitszeit der AN)

### Bedenken bei dieser Betrachtungsweise

- Keine Berücksichtigung der Doppelbesetzung in den Kernzeiten
- Erhöhte Mehrarbeit /Überstunden der Erzieher
- Branchentypisch ist keine Vollzeitbeschäftigung mit 40 h/Woche
- Risiko für die Betreuung der Kinder
  - kein Personal vorgesehen bei Erkrankung der Kinder,
  - Keine individuellen Betreuungsmöglichkeiten für die Kinder – Freizeitaktivitäten/Arztbesuche
  - Keine Übergabezeiten – Informationsverluste sind zu erwarten

## Zusammenfassung

	Betreuungs - stunden / Arbeitszeiten	Personal - bedarf (VK)
Betreuungszeiten für die Kinder und Jugendlichen	7602	4,72
Berücksichtigung der Kernzeiten mit zwei Betreuern	11189	6,96
Berücksichtigung von Krankheitszeiten der Kinder und Jugendlichen	12529,5	7,79

Landesamt für Verbraucherschutz Sachsen-Anhalt

**Vielen Dank für Ihre Zeit !**

Dipl.-Ing.(FH) Silke Müller  
Landesamt für Verbraucherschutz  
Fachbereich 5 Arbeitsschutz  
Dezernat 57 - Gewerbeaufsicht Süd  
Dessauer Straße 104  
06118 Halle  
Tel.: 0345/52 43 211

## Anlage 7: BSG 8.9.2011 Auszug zur Belegungsquote

[39] 9. Grundsätzlich sind die tatsächlichen Verhältnisse auch für die Aufteilung der gesondert zu berechnenden Aufwendungen auf die Heimbewohner maßgebend (Belegungsquote). Sind über die gesonderte Berechnung ausschließlich die von der Einrichtung tatsächlich selbst zu tragenden Infrastrukturkosten zu decken, dann hat sich deren Verteilung auf die Heimbewohner allein an der tatsächlichen Belegungsquote zu orientieren. Keine Rechtsgrundlage bietet § 82 Abs 3 SGB XI hingegen für das Begehren der Klägerin, durch den Ansatz einer fiktiven Belegungsquote von 95 % deutlich unter dem vom LSG festgestellten und daher mangels zulässiger und begründeter Revisionsrügen auch für das Revisionsverfahren maßgeblichen (§ 163 SGG) Auslastungsgrad von nahezu 100 % zumindest bis zum 1. Halbjahr 2010 zu bleiben, um hierdurch zusätzliche Überschüsse über die Pflegevergütung nach § 82 Abs 1 SGB XI hinaus erzielen zu können. Überschüsse können nach der ausdrücklichen Regelung in § 84 Abs 2 Satz 5 Halbs 1 SGB XI und der oa Regelungssystematik ausschließlich über die Pflegevergütung erzielt werden. Eine solche Funktionen kommt der Umlage nach § 82 Abs 3 SGB XI gerade nicht zu. Deshalb ist es nicht zulässig, die gesondert zu berechnenden Kosten der Pflegeinfrastruktur nach einer niedrigeren Belegungsquote auf die Heimbewohner zu verteilen, als in der maßgeblichen Umlageperiode tatsächlich im Pflegeheim wohnen. Angezeigt ist eine fiktive Belegungsquote als Verteilungsmaßstab der gesonderten Berechnung allerdings dann, wenn die Heimbewohner bei einer unterdurchschnittlichen Auslastung der Einrichtung – etwa in der Anlaufphase, wegen Kapazitätsüberschüssen oder wegen Mängeln der Einrichtung – vor einer übermäßigen Heranziehung zu den Kosten der Pflegeinfrastruktur zu bewahren sind.

[40] Auch insoweit obliegt die Ausgestaltung im Einzelnen gemäß § 82 Abs 3 Satz 3 Halbs 2 SGB XI den Ländern. Soweit dabei – wie hier von dem Beklagten nach seiner bisherigen Verwaltungspraxis – auf durchschnittliche Belegungsquoten abgestellt wird, wird das nach den aufgezeigten Maßstäben allerdings nur zulässig sein, wenn sich die Ausrichtung grundsätzlich an der typischen Vollauslastung einer wirtschaftlich geführten Einrichtung orientiert, die eher bei knapp unter 100 % als bei 96 % liegen dürfte, wie es von dem Beklagten derzeit praktiziert wird. Jedoch wird den Einrichtungen ebenfalls die Möglichkeit des Nachweises einzuräumen sein, dass die tatsächliche Belegungsquote etwa zu Beginn des Umlagezeitraums unter dem Höchstwert liegt und die Heimbewohner deshalb mit einem höheren Anteil an den nach § 82 Abs 3 SGB XI umzulegenden Kosten zu beteiligen sind. Jedenfalls wird aber zur Abgrenzung der nach § 82 Abs 2 Nr 4 und 5 SGB XI ausdrücklich von den Einrichtungen selbst zu tragenden Anlauf-, Umstellungs- und Schließungskosten sowie zum Schutz der Bewohner vor den wirtschaftlichen Folgen einer unzureichenden Auslastung der Pflegeeinrichtung aus sonstigen Gründen durch Festsetzung eines unteren Auslastungsgrades und damit einer Mindestbelegungsquote sicherzustellen sein, dass das wirtschaftliche Risiko einer ungewöhnlich niedrigen Heimbelegung nicht von den Bewohnern zu tragen ist, sondern bei den Einrichtungen verbleibt.