

# Gutachten

LANDTAG NORDRHEIN-WESTFALEN 16. WAHLPERIODE
<b>INFORMATION</b> <b>16/205</b>
Alle Abg

von

Prof. Dr. jur. habil Thomas Klie, Freiburg

**zur Bedeutung der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes**

**vom 08.09.2011 (Az: B 3 P 12/11 R, pp.) für die**

**Durchführungsverordnung zum Alten- und Pflegegesetz (APG)**

Dieses Gutachten hat der Parlamentarische Beratungs- und Gutachterdienst im Auftrag des Abgeordneten Günter Garbrecht MdL erstellen lassen. Das Gutachten wurde durch Herrn Garbrecht zur Veröffentlichung freigegeben.

Die Gutachten des Parlamentarischen Beratungs- und Gutachterdienstes des Landtags Nordrhein-Westfalen sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung - auch auszugsweise - ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

Der Gutachter ist gebeten, im Zusammenhang mit den Beratungen über die Verordnung zur Ausführung des Alten- und Pflegegesetzes Nordrhein-Westfalen (DVO APG) (NRW) im Landtag und ihrem zuständigen Ausschuss zu der Frage Stellung zu nehmen, ob und welche Bestandteile der Urteile des Bundessozialgerichtes im vorgesehenen Gesetz und der zugehörigen Verordnung Anwendung finden können oder müssen. Darüber hinaus ist er gebeten, die Handlungsspielräume des Gesetz- und Verordnungsgebers, die Übertragbarkeit der BSG-Urteile vorausgesetzt, insbesondere hinsichtlich des Tatsächlichkeitsprinzips und seiner Befolgung zu bewerten.

Das Gutachten ist wie folgt strukturiert: Es beginnt mit einer Beschreibung der zugrunde liegenden Problematik der heutigen und zukünftigen Finanzierung der stationären Pflege, die den Hintergrund für die Auseinandersetzung und Beratungen über die Durchführungsverordnung zum APG bilden. Es folgt eine Darlegung der Regelungssystematik und Finanzierungsstruktur für stationäre Pflegeeinrichtungen, die § 82 SGB XI vorgibt. So dann werden die wesentlichen Aussagen des Bundessozialgerichtes zusammengefasst, bevor Fragen der Übertragbarkeit erörtert werden. Der Handlungsspielraum des Gesetz- und Verordnungsgebers in NRW soll auf der Grundlage der Gesetzes- und Verordnungsentwürfe, strukturiert nach wesentlichen Fragen der Finanzierung bewertet werden. Das Gutachten schließt mit einer Zusammenfassung und Schlussfolgerungen.

Dem Gutachter lagen Unterlagen des Ministeriums für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und Alter (MGEPA) zur Rechtslage und Verwaltungspraxis der Investitionsfinanzierung vor. Es konnte die Stellungnahmen zum Entwurf der APG DVO NRW ebenso berücksichtigt werden, wie das Ausschussprotokoll Apr16/539 vom 07.05.2014. Dem Gutachter lag darüber hinaus ein Gutachten und eine Expertise der Solidaris Revisions GmbH zur Refinanzierung der Investitionsaufwendungen nach § 82 Abs. 2 SGB XI von April 2014 vor.

Er konnte ebenfalls zurückgreifen auf ein Gutachten des parlamentarischen Beratungs- und Gutachterdienstes vom Mai 2014 zu der Frage der Grenzen der Ermächtigungsgrundlage zur Vereinbarkeit der APG DVO NRW mit § 20 APG. Der Gutachter hat darüber hinaus Gespräche mit Experten aus NRW und anderen Bundesländern zu den aufgeworfenen Fragen geführt.

### **1. Aktuell und zukünftige Fragen der Finanzierung stationärer Pflegeeinrichtungen**

Die Durchführungsverordnung zum APG NRW ist Teil der Landespflegepolitik des Landes NRW. Sie ist eingebunden in und weithin determiniert durch die bundesgesetzlichen Vorgaben des Pflegeversicherungsrechtes, insbesondere des SGB XI. Das APG ist insgesamt darauf ausgerichtet, die Qualität der in NRW bestehenden 2052 vollstationären Pflegeeinrichtungen zu verbessern. Dabei spielt die Reduzierung von Doppelzimmern eine zentrale Rolle. Es wird eine Politik fortgesetzt, die Finanzierungsbedingungen für Neubauten von Pflegeeinrichtungen durch eine Reduzierung des Refinanzierungssatzes von vorübergehend vier auf zwei Prozent verschlechtert hat. Damit bringt die nordrhein-westfälische Landesregierung zum Ausdruck, dass sie weiterhin nicht auf den Ausbau von stationären Pflegeplätzen, sondern auf Modernisierung und Qualitätsverbesserung setzt. Mit der Betonung des Vorrangs ambulant vor stationär und der Förderung von quartiersbezogenen Ansätzen geht die Landespolitik davon aus, dass sie den durch die demografische Entwicklung und soziale Wandlungsprozesse zu erwartenden deutlich steigenden Zahlen von auf Pflege angewiesenen Menschen bei gleichzeitigem Rückgang des Pflegepotenzials in einer Kombination von qualifizierten stationären Pflegeeinrichtungen und einem ausgebauten Versorgungssystem für die häuslichen Pflege werden begegnen können. Mit dieser Politik steht das Land Nordrhein-Westfalen nicht alleine. Diese Politik steht gleichwohl in einem Spannungsverhältnis

zu Prognosen über die Inanspruchnahme von und dem unterstellten Bedarf an stationären Pflegeplätzen in der Zukunft.

Das Land NRW hat sich, wie fast alle Bundesländer aus einer in § 9 SGB XI zunächst vorgesehenen Objektfinanzierung stationärer Pflegeeinrichtung verabschiedet. Sie hat sich für eine Subjektförderung, für das Pflegewohngeld entschieden, mit dem Bewohnerinnen und Bewohner von stationären Pflegeeinrichtungen in förderwürdigen Einrichtungen einen Zuschuss zu den nicht gedeckten Investitionsaufwendungen erhalten. Damit wird u.a. das Ziel verfolgt, die Sozialhilfeabhängigkeit von Pflegeheimbewohnerinnen und –bewohnern zu reduzieren. Hinsichtlich der Pflegesatzgestaltung insgesamt und den Investitionsaufwendungen im Besonderen, weist NRW im Bundesvergleich vergleichsweise hohe Pflegesätze aus. Die Pflegesatzgestaltung bewegt sich in gewisser Weise zwischen den aus Zeiten vor Geltung der Pflegeversicherung stammenden Traditionen, gesetzlichen Vorgaben und politischen Steuerungsmaßnahmen. Dabei waren insbesondere grundlegende Fragen der Investitionsaufwendungen in der Vergangenheit, wie auch in anderen Bundesländern, etwa Fragen der so genannten „Abschreibung“, weithin einvernehmlich beraten worden. Mit den heimrechtlich angestoßenen „Qualitätsverbesserungen“, insbesondere hinsichtlich der Reduzierung der Doppelzimmer, wird die Branche mit Modernisierungsanforderungen konfrontiert, die sowohl zu einer Reduzierung der Platzzahl als auch zu erhöhten Investitionsaufwendungen führen. Durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes vom September 2011 wird die gesetzlich vorgesehene strikte Trennung der Finanzierungsbestandteile gemäß § 82 SGB XI mit neuer Relevanz und Verbindlichkeit ausgestattet und gleichzeitig mit dem vom BSG ausformulierten Tatsächlichkeitsprinzip (siehe unten), die bisher weitgehend pauschalierte Berechnung von Investitionsaufwendungen infrage gestellt.

Nordrhein-Westfalen ist bislang das einzige Bundesland, das die BSG Rechtsprechung im Kontext seiner pflegepolitischen Bemühungen um eine Stärkung der häuslichen Versorgung zum Anlass nimmt, seine landesrechtlichen Vergütungsregelungen bezogen auf die Investitionsaufwendungen grundlegend neu zu gestalten und an die Vorgaben des Bundessozialgerichtes anzupassen. In anderen Bundesländern ist dies für die Zukunft zu erwarten respektive angekündigt. Insofern nimmt das Land Nordrhein-Westfalen mit seiner Durchführungsverordnung zum APG eine Pionierrolle ein. Mit Einführung der Pflegeversicherung wurde das Prinzip der Wettbewerbsneutralität zum festen Bestandteil des Leistungserbringungsrechtes der sozialen Pflegeversicherung. Schon aus wettbewerbsrechtlichen Gründen waren bedarfsplanungs-basierte Finanzierungen stationärer Pflegeeinrichtungen nicht mehr möglich. Diese wettbewerbliche Orientierung der Pflegeversicherung ist ein Grund dafür, dass die Finanzierung von Investitionsaufwendungen im Rahmen der Förderung durch Länder und Kommunen gemäß § 9 SGB XI in fast allen Bundesländern eingestellt wurde (vgl. Höfer in LPK SGB XI, Rz. 9). Damit wurde der Weg geöffnet für eine investoren-gestützte Infrastrukturentwicklung in der stationären Pflege. Die Branche hat sich diversifiziert. Das gilt auch für die Strategien im Umgang mit der nordrhein-westfälischen Finanzierung stationärer Pflegeeinrichtungen. Neben der Gewinnerzielung zugänglichen Vergütungsbestandteilen der Pflegevergütung und der Entgelte für Unterkunft und Verpflegung wurden auch die anerkannten Investitionsaufwendungen in die jeweiligen trägerspezifischen Finanzierungsstrategien einbezogen. Dabei lassen sich unterschiedliche Verwendungen unterscheiden: Einige Einrichtungen haben die „Abschreibungen“ und andere Anteile der Investitionsaufwendungen, die sie nicht unmittelbar für Modernisierungsmaßnahmen und Ersatzbeschaffung benötigten, angespart, um später über Rücklagen für allfällige Modernisierungsmaßnahmen verfügen zu können.

Andere Einrichtungen sahen sich veranlasst, ihre zum Teil tarifbedingten hohen Personalaufwendungen aus dem Bereich der Investitionsaufwendungen zu finanzieren. Wieder andere bedienten die Annuitäten oder Pachtzahlungen aus den vereinnahmten Entgelten für Investitionsaufwendungen, hinter denen Zinserwartungen respektive Renditen der Investoren standen, die deutlich über einem anerkannten Unternehmergeinn oder einer angemessenen Kapitalverzinsung lagen. Wieder andere haben Mittel für andere Zwecke genutzt. Eine Verpflichtung zur Darlegung der Mittelverwendung gab es nicht. Diese Gemengelage erklärt die differenzierte und zum Teil vehemente Reaktion, insbesondere der Leistungserbringerverbände auf die DVO zum APG. Die vorgesehenen Regelungen stellen auf der einen Seite bisherige Refinanzierungsstrategien in Frage. Auf der anderen Seite werfen sie Fragen hinsichtlich der Finanzierung einer künftigen Pflegeinfrastruktur auf, die auch in der Anhörung des Ausschusses und in den Stellungnahmen der Verbände vorgetragen wurden. Man wird feststellen können und müssen, dass in den bisherigen Pflegesatzsystem in Nordrhein-Westfalen, insbesondere im Bereich der Investitionskosten „Luft“ war, die von den Beteiligten in unterschiedlicher Weise genutzt wurden. In dem von MGEPA durchgeführten Beteiligungsverfahren und in den Diskussionen im Ausschuss, wurden in nachvollziehbarer Weise Bedenken gegenüber einer neuen Berechnung und Ermittlung sowie der Verankerung von Nachweispflichten hinsichtlich der Investitionsaufwendungen gemäß § 82 Abs. 3 und 4 SGB XI zum Ausdruck gebracht. Ähnliche Auseinandersetzungen sind auch für andere Bundesländer zu erwarten. Dies bringen Experten sowohl von der Bundesebene als auch aus anderen Bundesländern explizit zum Ausdruck.

## 2. Finanzierung der Pflegeeinrichtung gemäß § 82 SGB XI

Die Frage der Finanzierung der stationären Pflegeeinrichtung war im Gesetzgebungsverfahren zum SGB XI umstritten. Der Gesetzgeber hatte verschiedentlich, zuletzt durch das Gesetz zur Regelung des Assistenzpflegebedarfes Gelegenheit, die Vorschrift des § 82 SGB XI zu ändern. Bei § 82 SGB XI handelt es sich um eine Grundsatzvorschrift zur Finanzierung von Pflegeeinrichtungen. Es werden drei Finanzierungsbestandteile voneinander unterschieden: Die leistungsgerechte Pflegevergütung, ein angemessenes Entgelt für Unterkunft und Verpflegung und die betriebsnotwendigen Investitionsaufwendungen. Es stellen sich zunächst Abgrenzungsfragen zwischen allgemeinen Pflegeleistungen und Leistungen der Unterkunft und Verpflegung. Diese sollen in Rahmenverträgen gemäß § 75 Abs. 2 Nr. 1 SGB XI beantwortet werden. Zu den allgemeinen Pflegeleistungen stationärer Einrichtungen gehören insbesondere die pflegebedingten Aufwendungen, die soziale Betreuung so wie die in den Rahmenverträgen gemäß § 75 Abs. 2 SGB XI im Einzelnen zu bestimmenden Leistungen der medizinischen Behandlungspflege. Mit dem bislang kaum eingelösten Prinzip der Leistungsgerechtigkeit der Pflegevergütung wird der vor der Einführung der Pflegeversicherung weithin geltende Grundsatz des Selbstkostendeckungsprinzips verlassen, der lange Zeit die Pflegesätze in Nordrhein-Westfalen geprägt hat. Dabei wirft die Konkretisierung des Begriffes „leistungsgerecht“ zahlreiche offene Fragen auf. Es kann bisher keineswegs davon die Rede sein, dass in den Verhandlungen über die Pflegevergütung ein expliziter Leistungsbezug hergestellt wird. Dies erklärt in Teilen, dass eine Reihe von Einrichtungen eine Art Mischkalkulation aus den drei Entgeltbestandteilen vornehmen und bisweilen ihre pflegebedingten Aufwendungen durch die Entgeltanteile für Investitionsaufwendungen querfinanzieren.

Insofern, das ist zu erwarten, wird eine konsequentere, am Tatsächlichkeitsprinzip orientierte Bemessung von Investitionsaufwendungen auch ihren Niederschlag in den Verhandlungen über die Pflegevergütung finden müssen. Aus § 82 Abs. 1 SGB XI ergibt sich die Schlussfolgerung, dass sich die Entgelte aus der Leistung und nicht die Leistung aus den Entgelten abzuleiten haben (vgl. Planholz in LPK SGB XI, § 82, Rz. 5). Die Bemühungen über das Pflegequalitätssicherungsgesetz und den Abschluss von Leistungs- und Qualitätsvereinbarungen auf dem Weg zur leistungsgerechten Vergütung voranzuschreiten, ist nicht in einer den Ansprüchen des Gesetzgebers entsprechenden Weise gelungen.

Die Leistungen der Unterkunft und Verpflegung sind nicht Bestandteil der Pflegevergütung. Für sie hat in der Regel der Pflegebedürftige selbst aufzukommen, ggf. ersatzweise der Sozialhilfeträger. Eine stationäre Vollversorgung durch die Pflegeversicherung wurde vom Gesetzgeber nicht nur für nicht finanzierbar sondern auch aus sozial- und familienpolitischen Gründen als nicht angezeigt angesehen. Die Entgelte für Unterkunft und Verpflegung müssen angemessen sein. § 82 Abs. 1 SGB XI bestimmt, welche Aufwendungen nicht in die Pflegevergütung eingehen dürfen. Dazu zählen die Investitionsaufwendungen, Abschreibungen, Fremdkapitalkosten und Eigenkapitalverzinsung. Verbrauchsgüter und geringwertige Wirtschaftsgüter sind der Pflegevergütung zugeordnet. Grundstücks-Erschließungskosten und Erbbauzinsen sind aus dem Entgelt für Unterkunft und Verpflegung ausgenommen. § 82 SGB XI strukturiert ein mehrgliedriges Finanzierungssystem, das auf dem Grundsatz der dualen Finanzierung des SGB XI aufbaut und insofern an § 9 SGB XI anknüpft, wonach für die Finanzierung der Investitionsaufwendungen grundsätzlich die Länder zuständig und verantwortlich sind. Das duale Finanzierungssystem ist dem Gesetzgeber aus dem Bereich der Krankenhausfinanzierung bekannt. Es wurde in der Pflegeversicherung allerdings nicht in der gleichen Weise umgesetzt: Es fehlt an einer entsprechenden Förderverpflichtung der Länder.



Insofern kommt dem Landesgesetzgeber ein weiter politischer Gestaltungsspielraum zu, wie er seine Aufgaben nach § 9 SGB XI einlöst (vgl. auch Planholz in LPK SGB XI, Rz. 8). Dabei sind durch den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität des Pflegeversicherungsrechtes der Bedarfssteuerung enge Grenzen gesetzt (vgl. BSG Urteil vom 28.06.2001, B3P9/00). Soweit die Länder die Investitionsaufwendungen nicht vollständig übernehmen, was die Regel ist („pseudo-duale“ Finanzierung des SGB XI) sind die Investitionsaufwendungen den Pflegebedürftigen in Rechnung zu stellen. Bei der gesonderten Berechnung der Investitionsaufwendungen bedarf gemäß § 82 Abs. 3 Satz 3 SGB XI die jeweilige Pflegeeinrichtung der Zustimmung der zuständigen Landesbehörde. Genau hierauf beziehen sich die in der Durchführungsverordnung zum APG vorgesehenen Regelungen. Dabei gilt für Nordrhein-Westfalen wie bereits erwähnt, dass sich das Land der Subjektförderung zugewandt hat. Auch wenn das Bundessozialgericht entschieden hat, dass bewohnerbezogene, einkommensabhängige Investitionskostenzuschüsse keiner Zustimmung der zuständigen Landesbehörde, sondern nur einer Mitteilung durch den Einrichtungsträger gemäß § 82 Abs. 4 SGB XI bedürfen (BSG Urteil vom 24.07.2003, B3P1/03) steht es den Landesgesetzgebern gleichwohl frei, ob sie die Subjektförderung der Objektförderung gleichstellen und damit den Anwendungsbereich von § 82 Abs. 3 SGB XI eröffnen wollen oder nicht (siehe hierzu unten, vgl. Planholz in LPG SGB XI, Rz. 16). Die Zustimmung der zuständigen Landesbehörde gemäß § 82 Abs. 3 SGB XI ist nicht gekoppelt an eine Vereinbarung mit dem Sozialhilfeträger gemäß § 75 Abs. 3 SGB XII (vgl. im Einzelnen Planholz a.a.O.). Durch das Gesetz zur Regelung des Assistenzpflegebedarfes wurde § 82 Abs. 3 Satz 3 SGB XI um Regelungen zur Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten ergänzt. Das Land ist danach berechtigt, Rahmenvorgaben für die berücksichtigungsfähigen diesbezüglichen Kosten treffen. Durch diese Regelungen werden zentrale Fragen der DVO AGP berührt.

Dies gilt auch hinsichtlich der Belegungsquote, die jeweils für die Verteilung investiver Aufwendungen auf die Bewohnerinnen und Bewohner zugrunde gelegt wird. § 82 Abs. 4 SGB XI enthält Regelungen zu Investitionszuschlägen nicht geförderter Einrichtungen. Hier bedarf es lediglich der Mitteilung über die gesonderte Berechnung von Investitionsaufwendung an die zuständige Landesbehörde, nicht aber der Zustimmung. Eine Angemessenheitskontrolle bezogen auf die betriebsnotwendigen Investitionsaufwendungen, die ohne Zustimmung der Landesbehörde dem Bewohner gegenüber in Rechnung gestellt werden kann, erfolgt nicht über den Sozialhilfeträger oder eine andere öffentlich-rechtliche Art und Weise, sondern lediglich über die Verbraucherschutzrechtlichen Kontrollen im Rahmen des Zivilrechtes (vgl. BSG Urteil vom 24.07.2003, B 3 P 1/03 R). Soll der Sozialhilfeträger die Übernahme von Investitionszuschlägen übernehmen, bedarf es einer Vereinbarung über den Investitionsbetrag gemäß § 75 Abs. 5 in Verbindung mit Abs. 3 SGB XII.

Das mehrgliedrige Finanzierungskonzept des § 82 SGB XI ist in vielfältiger Hinsicht voraussetzungsvoll. Es verlangt eine differenzierte Bestimmung und Berechnung der jeweiligen Vergütungsanteile, eine klare Abgrenzung und kennt für die unterschiedlichen Finanzierungsbestandteile jeweils unterschiedliche Bezugspunkte und Bewertungsmaßstäbe: leistungsgerecht, angemessen, betriebsnotwendig. In den Pflegesatzverhandlungen und anderen Verfahren zur Bestimmung der Heimentgelte werden die gesetzlichen Vorgaben durch pragmatisch zu nennende Verhandlungstraditionen und Strategien überlagert.

### **3. Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes vom 8.09.2011**

In vier Urteilen hatte das Bundessozialgericht die Gelegenheit, sich mit Fragen der Pflegevergütung und den gesondert berechneten Investitionsaufwendungen gemäß § 82 Abs. 3 SGB XI auseinanderzusetzen<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> BSG Urteile vom 8.09.2011 B3P2/11R; B3P4/10R, B3P3/11R)  
Prof. Dr. jur. habil Thomas Klie

Das BSG hatte Verfahren aus dem Bundesland Sachsen-Anhalt zu entscheiden, in dem es im Zusammenhang mit der Bundesförderung im Rahmen des Aufbau Ost eine weitreichende Investitionskostenförderung gab, sich gleichwohl Fragen der gesonderten Berechnung von Investitionsaufwendungen stellten. Das BSG arbeitet in seinen Urteilen die Maßstäbe für die gegebenenfalls gesondert in Rechnung zu stellenden Investitionsaufwendungen heraus. Dabei orientiert sich das BSG an der Grundannahme der Finanzierungskonzeption der Pflegeversicherung, dass die Investitionsaufwendungen vom Land aus öffentlichen Mitteln getragen werden. So dies nicht der Fall ist, gelten nach Ansicht des BSG gleichwohl für die Berechnung die Maßstäbe, die an die Verwendung von öffentlichen Mitteln angelegt werden müssen. In stationären Pflegeeinrichtungen sei im Wege der Rückausnahme vom dem Ausschlusstatbestand des § 82 Abs. 2 SGB XI ein subsidiärer Zahlungsanspruch unmittelbar gegen den Heimbewohner eingeräumt, über den sie diejenigen betriebsnotwendigen Investitionen auf Heimbewohner und gegebenenfalls 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 (BSG vom 8.09.2011 a. a. O.). Bundesrechtlich können nach Ansicht des BSG als umlagefähig nur tatsächlich bereits angefallene und wegen § 82 Abs. 2 SGB XI nicht durch die Vergütung nach § 82 Abs. 1 SGB XI gedeckte Pflegeinfrastruktur bezogene Aufwendungen anerkannt werden. In einer systematischen Auslegung von § 82 Abs. 3 SGB XI kommt das BSG zu dem Ergebnis, dass die Vergütungssätze gemäß § 82 Abs. 1 SGB XI dem Einrichtungsträger ermöglichen, seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen und gegebenenfalls Überschüsse (vgl. § 84 Abs. 2 Satz 5 Abs. 1 SGB XI) zu erzielen. Die Vergütung des Unternehmerrisikos und eines etwaigen zusätzlichen persönlichen Arbeitseinsatzes, sowie eine angemessene Verzinsung des Eigenkapitals entsprechen nach Auffassung des BSG den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung.

Diese Überschüsse sind jedoch aus den Vergütungs-, respektive Finanzierungsbestandteilen der Pflegevergütung und den Entgelten für Unterkunft und Verpflegung zu erzielen. Die gesonderte Berechnung von nicht gedeckten Investitionsaufwendungen hätte eine nachgeordnete Funktion. Der Kreis der nach § 82 Abs. 3 und 4 SGB XI dem Grunde nach umlagefähigen Aufwendungen sei auf die Positionen beschränkt, die im Rahmen des in § 9 SGB XI umschriebenen Infrastrukturauftrages auch von den Ländern bereitgestellt werden könnten. Dabei handele es sich allerdings jeweils nur um tatsächlich schon aufgewendete Mittel. Im Ansatz seien damit all jene Rechnungsposition auszuschließen, die auf die Erzielung von Betriebsüberschüssen oder/und die Bildung von Kapitalrücklagen durch den Einrichtungsträger gerichtet sind. Damit berührt das BSG bisher übliche Verwendungs-, respektive Finanzierungsstrategien von Trägern von stationären Pflegeeinrichtungen, die eingangs skizziert wurden. Eine Gewinnerzielungsabsicht gehöre nicht zu den Zwecken respektive Maßnahmen, für die ein Land im Rahmen seiner Verantwortung für die Pflegeinfrastruktur öffentliche Haushaltsmittel zur Verfügung zu stellen hätte. Verfolge ein Träger mit dem Pflegebetrieb solche Ziele, so ist er zu deren Realisierung auf den Vergütungsanspruch nach § 82 Abs. 1 SGB XI verwiesen. Angesichts der häufig als nicht auskömmlich bezeichneten Pflegevergütung fällt dies allerdings Trägern von stationären Pflegeeinrichtungen, insbesondere solchen, die tarifgebunden sind, zunehmend schwer. Das BSG sieht in der Formulierung des Gesetzgebers: „berechnen“, einen Verweis auf eine rechnerische Umlage der als betriebsnotwendig anzuerkennenden und tatsächlich angefallenen Kosten, vergleichbar einer Nebenkostenumlage im Mietrecht. Bei der Bewertung der tatsächlich bereits getätigten Investitionen ist nach dem BSG die Angemessenheit der jeweiligen Aufwendungen zu prüfen und sind nur die tatsächlichen Aufwendungen zu berücksichtigen, die im Rahmen der Angemessenheit getätigt wurden.

Die diesbezüglichen Ausführungen des Bundessozialgerichtes beziehen sich auch auf Kosten der Grundstücksrente und –pachten.

Mit Blick auf die kompetenzrechtlichen Fragen für die Ausgestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Pflegevergütung und die Finanzierung von Pflegeeinrichtungen hält das BSG ausschließlich den Bundesgesetzgeber für zuständig, Artikel 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. Es handle sich um öffentlich-rechtliche Vergütungsbeziehungen zwischen Einrichtung und Heimbewohnern, deren Vorgaben für alle Bundesländer in § 82 SGB XI geregelt seien. Eigene Gesetze dürften die Länder danach im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung nur erlassen, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht Gebrauch gemacht hat. An der Grundstruktur der Ansprüche nach § 82 SGB XI dürfe danach der Landesgesetzgeber nicht rütteln. Damit erklärt das Bundessozialgericht abweichende Vergütungsregelungen, etwa über weitgehende Pauschalierungen, für nicht mit dem Bundesrecht vereinbar und gibt den Landesgesetzgebern eine Anpassungsfrist bis Ende 2012. Diese Frist haben die meisten Bundesländer verstreichen lassen. Das BSG schließt schließlich die Umlage von fiktiven Zinsen auf das im Eigentum der Einrichtung bestehende Betriebskapital aus. Es begründet dies damit, dass der diesbezügliche Vermögenswert nicht dem Werteverzehr unterliege. In der mehrgliedrigen Finanzierungskonzeption des § 82 SGB XI sei die Eigenkapitalverzinsung wenn, der Position Unterkunft und Verpflegung zuzurechnen. Auch den Anspruch auf Umlagen von Rücklagen, die der Bildung eines Kapitalstocks für künftige Investitionen dient, hält das BSG für unzulässig. Als betriebsnotwendig seien nur bereits durchgeführte Maßnahmen zu qualifizieren, nicht solche, die erst in ferner Zukunft realisiert werden sollen. Neben dem Gesichtspunkt der strengen Zweckbindung des Einsatzes öffentlicher Mittel führt das BSG als zusätzliche an den Zielen des Gesetzgebers orientierte Begründung für die strenge Auslegung des

Umlageverfahrens das Schutzbedürfnis der Betroffenen vor überhöhten Pflegevergütungen an. Es sei Zweck des Zustimmungsverfahrens gemäß § 82 Abs. 3 SGB XI auszuschließen, dass eine Einrichtung die Heimbewohnerinnen und Heimbewohner ohne Belege für tatsächliche Aufwendungen zu lediglich pauschal bemessenen Kosten heranziehen kann. Durch das Gesetz zur Regelung des Assistenzbedarfes hat der Gesetzgeber das BSG insofern zumindest teilweise korrigiert, als es in engen Grenzen Pauschalierungsmöglichkeiten eröffnet. Auch hinsichtlich des Umlagemaßstabes der Investitionsaufwendungen auf die Bewohner setzt das BSG strenge Maßstäbe, wenn es die Zugrundelegung einer niedrigeren Belegungsquote als in der maßgeblichen Umlageperiode tatsächlich gegeben, ausschließt, wobei es für den Fall einer unterdurchschnittlichen Auslastung von einer fiktiven Belegungsquote ausgeht, etwa in der Anlaufphase oder bei Qualitätsmängeln. Das BSG ordnet den Ländern die Kompetenz für die Ausgestaltung des Zustimmungsverfahrens gemäß § 82 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 SGB XI zu. Es spricht hier ausdrücklich von den „Ländern“ und nicht nur von dem Bundesland Sachsen-Anhalt.

Die Urteile des Bundessozialgerichtes haben eine lebhafte Diskussion in der pflegerechtlichen Literatur ausgelöst.<sup>2</sup>

#### **4. Verbindlichkeit der Rechtsprechung des BSG für das Landesrecht NRW**

Im Mittelpunkt der Auseinandersetzungen über die die DVO APG zwischen der Freien Wohlfahrtspflege und dem MGEPA steht die Frage, ob und inwieweit die Auslegung des § 82 Abs. 3 SGB XI durch das BSG auch für das Land Nordrhein-Westfalen und damit für die im APG und der DVO zum APG zu treffenden Regelungen Verbindlichkeit erlangen.

---

<sup>2</sup> Manfred Lehmann, DB 2012, 469-476  
Ronald Richter, DStR 2012, 1141-1143  
Jana Henneberger, NDV 2012, 525-526  
Robert Bachert, NDV 2012 572-574  
Prof. Dr. jur. habil Thomas Klie

Während die Wohlfahrtsverbände in Nordrhein-Westfalen die Übertragbarkeit der BSG Urteile auf die Situation in Nordrhein-Westfalen für zweifelhaft und angreifbar halten, zumindest in der Form, wie es in der Durchführungsverordnung zum APG geschehen soll, sieht sich das MGEPA dem gegenüber verpflichtet, die Rechtsprechung des BSG in der Ausgestaltung der Verordnung zum APG, respektive im APG selbst aufzugreifen und dies in einer vergleichsweise konsequenten Befolgung des in den Urteilen des BSG herausgearbeiteten Tatsächlichkeitsprinzips (s. o.).

Zunächst stellt sich die Frage des Verhältnisses von Bundes- zu Landesrecht bei der Ausgestaltung der Finanzierung stationärer Pflegeeinrichtungen im Sinne der §§ 71 f SGB XI. Das Bundessozialgericht stellt, wie bereits dargelegt, fest, dass für die Ausgestaltung der öffentlich-rechtlichen Vergütungsbeziehungen zwischen Einrichtungen und Heimbewohnern auf der Grundlage seiner Gesetzgebungszuständigkeit aus Artikel 74 Abs. 1, 12 GG der Bundesgesetzgeber vorrangig zuständig ist (BSG Urteil vom 8.09.2001 B 3 P 12/01 LR). Über Grund und Gegenstand der Ansprüche zur Finanzierung von Pflegeeinrichtungen durch § 82 SGB XI hat der Bundesgesetzgeber selbst abschließend entschieden. Die Länder sind insofern an die bundesgesetzlichen Vorgaben gebunden. Ihnen bleibt nur die nähere Ausgestaltung des bundesgesetzlich vorgegebenen Finanzierungsrechtes. Bezogen auf § 82 Abs. 3 Satz 3 Abs. 2 SGB XI heißt dies, dass es in der landesrechtlichen Befugnis liegt, das Nähere zur Ausgestaltung der Umlage, beziehungsweise der Investitionsaufwendungen zu regeln.

Die Urteile des Bundessozialgerichtes beziehen sich in ihrer ausdrücklichen Formulierung auf alle Bundesländer, nicht nur auf das Bundesland Sachsen-Anhalt oder andere Bundesländer, in denen eine annähernde 100 - Prozent - Finanzierung der Investitionsaufwendungen durch Land oder Bund (Aufbau Ost) gewährt werden oder wurden. Es wird an verschiedenen Stellen von landesrechtlichen Regelungen gesprochen, die zu korrigieren, respektive anzupassen seien.

Der Vorrang des Bundesrechtes gilt darüber hinaus, soweit die Gesetzgebungskompetenz des Bundes gewahrt wird, einheitlich im Verhältnis vom Bund zu allen Bundesländern. Insofern ist den Aussagen des Bundessozialgerichtes auch für das nordrhein-westfälische Landesrecht Relevanz zuzusprechen.

Nun wird von der Freien Wohlfahrtspflege in Nordrhein-Westfalen nicht die Regelung des § 82 SGB XI in Frage gestellt, sondern letztlich die Verbindlichkeit der Auslegung der Vorschrift durch das Bundessozialgericht. Die Rechtskraft von Urteilen bezieht sich grundsätzlich nur, anders als im anglo-amerikanischen Bereich, in ihrer Bindung auf die in den gerichtlichen Verfahren Beteiligten. Dies gilt aber nicht für die höchstrichterliche Rechtsprechung, die stets nur dann im Revisionsverfahren angerufen werden kann, wenn Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung im Streit und zur Entscheidung stehen. Insofern kommt der höchstrichterlichen Rechtsprechung, namentlich in der Sozialgerichtsbarkeit, eine hohe Verbindlichkeit in der Auslegung des Bundesrechtes zu. Das berücksichtigt etwa auch § 48 Abs. 2 SGB X, in dem geregelt ist, dass ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Zukunft auch dann aufzuheben ist, wenn der zuständige Oberste Gerichtshof des Bundes in ständiger Rechtsprechung nachträglich das Recht anders auslegt, als die Behörde bei Erlass des Verwaltungsaktes. Eine weitergehende Bindungswirkung kommt den Entscheidungen des Bundessozialgerichtes insbesondere so lange nicht zu, als der Große Senat beim Bundessozialgericht keine Entscheidung gemäß § 41 SGG getroffen hat. Anders als bei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes, dem ein Normverwerfungsmonopol gemäß Artikel 100 Abs. 1 GG zugewiesen und dem die Entscheidung vorbehalten ist, eine Norm als verfassungswidrig zu verwerfen, sind die rechtlichen Bindungen der Entscheidung des Bundessozialgerichtes begrenzt.



Auch die erst- und zweitinstanzliche Sozialgerichtsbarkeiten sind nicht in jedem Fall an die Entscheidungen des Bundessozialgerichtes gebunden<sup>3</sup>. Sie werden allerdings sorgfältig prüfen, ob sie von der ständigen Rechtsprechung des zuständigen Obersten Gerichtshofes abweichen, oder ob sie sich ihr anschließen. Insofern kommt den Urteilen, insbesondere der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes eine faktische Bindungswirkung zu. Dabei werden Entscheidungen des Bundessozialgerichtes in der sozialrechtswissenschaftlichen Diskussion häufig kontrovers diskutiert. Dies gilt auch für die Entscheidungen des Bundessozialgerichtes vom 8.09.2011 (vgl. FN 2). Die fehlende formale Verbindlichkeit der Entscheidungen des Bundessozialgerichtes für die Gerichtsbarkeit und öffentliche Verwaltung im Übrigen führt keineswegs dazu, dass die vom Bundessozialgericht vorgenommene Auslegung des § 82 Abs. 3 SGB XI unmaßgeblich wäre. Insofern ist die in den Urteilen vorgenommene Auslegung des § 82 Abs. 3 SGB XI durch das Bundessozialgericht auch von den jeweiligen Landesgesetzgebern zu berücksichtigen, zumal sie in dem Urteil unmittelbar adressiert werden. Das Bundessozialgericht ist die höchste fachgerichtliche Instanz. Das Bundessozialgericht ist dazu berufen, die vom Bundesgesetzgeber normierten Regelungen im SGB XI gegebenenfalls zu konkretisieren. Für die richtige Anwendung von Rechtssätzen oder Vorschriften aus dem Bundesrecht ist die höchstrichterliche Rechtsprechung jeweils zu Grunde zu legen (BVerwG Urteil vom 30.08.1961 IV C 86.85). Die Landesgesetzgeber und nicht nur der des Landes Nordrhein-Westfalen haben sich insofern mit den Argumenten und der Auslegung des BSG auseinanderzusetzen. Es ist keinen Falls zu beanstanden, wenn Landesgesetzgeber sich an die Auslegung bestimmter Vorschriften durch den BSG gebunden fühlen. Tun sie dies nicht, bezweifeln sie die materielle Bindungswirkung der Auslegung des BSG, haben sie sich argumentativ mit der aus ihrer Sicht für verfehlt gehaltenen Auslegung auseinanderzusetzen und gegebenenfalls über den Bund Einfluss auf die

---

<sup>3</sup> Krasney, O. E.: Die Bedeutung höchstrichterlicher Urteile. In: praktischer Arbeitsmedizin 2008 (11) 6-7

Gesetzesformulierung zu nehmen. Auch können sie sich gegebenenfalls aus sachlich und rechtlich tragen Gesichtspunkten über die Auslegung des Bundessozialgerichtes hinwegsetzen. Insofern bleiben ein eigener, fachlicher und rechtlicher Interpretations- und ein politischer Handlungsspielraum der Länder bestehen. Nur darf der nicht dazu dienen, die bisher als gesetzeswidrig festgestellte Praxis aufrechtzuerhalten und abzusichern.

Der Bundesgesetzgeber hat durch das Gesetz zur Regelung des Assistenzpflegebedarfes vom 20.12.2012 als Reaktion auf die Urteile des BSG vom 8.09.2011 Änderungen im § 82 Abs. 3 Satz 3 SGB XI vorgenommen, da er erhebliche Umsetzungsschwierigkeiten für die Praxis bei Befolgung der Rechtsprechung des BSG sah (BT- Drs.17/11396, S. 17). Mit dieser partiellen Modifizierung und Änderung der Regelung in § 82 Abs. 3 SGB XI hat der Bundesgesetzgeber im Übrigen die Auslegung des BSG hinsichtlich der Umlage von Investitionsaufwendungen an die Bewohnerinnen und Bewohner als sachgerecht und zumindest nicht zur weiteren Änderungen von § 82 Abs. 3 Satz 3 SGB XI Veranlassung gebend angesehen. Damit ist noch nicht gesagt, dass die Auslegung des § 82 Abs. 3 Satz 3 SGB XI durch das BSG praxistauglich ist. Es hat, soweit erkennbar, noch kein Bundesland die Auslegung des BSG konsequent in Landesrecht umgesetzt.

Die Liga der Freien Wohlfahrtspflege hält die Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes vor allem deshalb nicht für einschlägig, da das Urteil in einem Bundesland ergangen sei, in dem es eine annähernde 100-Prozent-Fianzierung der Investitionsaufwendungen gab. Diese nicht näher begründete Argumentation kann in keinsten Weise nachvollzogen werden. Hätte es sich um eine 100-Prozent-Finanzierung gehandelt, würde sich die Frage nach der Umlage nicht gedeckter Investitionsaufwendungen gar nicht stellen. Auch in Nordrhein-Westfalen beteiligt sich das Land an den Investitionsaufwendungen über das Pflegegeld.

Insofern sind grundsätzlich die gleichen Fragen zu beantworten und beziehen sich die vom Bundessozialgericht vorgenommenen Auslegungen des § 82 Abs. 3 SGB XI zumindest auf all die Bundesländer, in denen es eine öffentliche Förderung gab, oder gibt, soweit sie denn bezogen auf die jeweilige Einrichtung greifen und kein Fall des § 82 Abs. 4 SGB XI vorliegt.

Es könnte eingewandt werden, dass es sich bei der in Nordrhein-Westfalen gewählten Subjektförderung nicht um eine Landesförderung im Sinne des § 82 Abs. 3 SGB XI handelt. Immerhin hatte das BSG entschieden, dass im Falle bewohnerbezogener, einkommensabhängiger und im Wesentlichen unter Sozialhilfevoraussetzungen gewährter Investitionszuschüsse keine Zustimmung der zuständigen Landesbehörde bedarf, wenn gesondert zu berechnende Investitionsaufwendungen den Bewohnern in Rechnung gestellt werden, sondern lediglich einer Mitteilung durch den Einrichtungsträger nach § 82 Abs. 4 SGB XI (BSG Urteil vom 24.07.2003 B3P1/03R). Das Pflegegeld stelle keine Förderung im Rechtsinne dar (vgl. Planholz in LPK SGB XI § 82 Ziffer 16). § 9 SGB XI stellt es allerdings seit Verabschiedung des Pflegeweiterentwicklungsgesetzes den Ländern frei, ob sie ihren Förderaufgaben im Wege der Objekt- oder Subjektförderung nachkommen. Insofern steht ihnen eine gesetzliche Regelungskompetenz hinsichtlich der Ankerkennungsfähigkeit von Investitionsaufwendungen und zur Festlegung von Umlagemaßstäben zu. Anders könnten sie ihren Verpflichtungen, öffentliche Mittel in einer an die Vorgaben des Bundesgesetzes gebundenen Weise nicht nachkommen (s. o.).

So ist festzustellen, dass die Auslegung des BSG von § 82 Abs. 2 und 3 SGB XI durch seine Rechtsprechung vom 8.09.2011 auch für das Land Nordrhein-Westfalen und für den Landesgesetzgeber maßgeblich und zu berücksichtigen sind.

## **5. Handlungsspielräume des Gesetzgebers in Nordrhein-Westfalen**

Die vom MGEPA vorgelegte DVO zum APG hat intensive Diskussionen auf Landesebene, insbesondere im Ausschuss für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landtags Nordrhein-Westfalen ausgelöst. In der Anhörung vom 07.05.2014 wurden die Positionen in der Befragung der Sachverständigen vorgetragen und in den Stellungnahmen zur Verbändeanhörung dargelegt. Dabei ist die Diskussion auf der einen Seite geprägt durch juristische Fragen, etwa der Verbindlichkeit der BSG-Rechtsprechung und der zutreffenden Auslegung des BSG hinsichtlich der Regelung in § 82 Abs. 3 SGB XI. Auf der anderen Seite stehen ökonomische Fragen im Vordergrund: sowohl Fragen der Angemessenheit der berücksichtigungsfähigen Investitionsaufwendungen werden thematisiert, als auch Fragen der „Auskömmlichkeit“ der Finanzierung. Zum Dritten werden Fragen des Verwaltungsaufwandes und der potenziellen Bürokratisierung erörtert. Schließlich werden pflegepolitische Konsequenzen diskutiert und in Szenarien zu erwartende Situationen der Unterversorgung prognostiziert. Es ist Ausdruck einer lebendigen demokratischen Verhandlungskultur, dass Fragen der Pflegefinanzierung breit und kontrovers diskutiert werden. Dabei stehen erkennbar Interessenspositionen hinter bestimmten Argumentationslinien, die sich auch vor dem eingangs skizzierten Hintergrund und der bisherigen Finanzierung stationärer Pflegeeinrichtungen in Nordrhein-Westfalen erklären lassen.

Die in der DVO zum APG vorgesehenen Regelungen stehen in der Tradition des Landespflegerechtes Nordrhein-Westfalen. Hier lassen sich vier Generationen von Einrichtungen unterscheiden: die Einrichtungen vor 1996, die zwischen 1996 und 2003, die zwischen 2003 und 2008, und die nach 2008 in Betrieb genommenen, respektive den jeweiligen Regelungen unterworfenen. 1996 wurden erstmalig nach Inkrafttreten des SGB XI im Landespflegerecht Regelungen zur Investitionskostenregelung verabschiedet. 2003 wurden diese, zum Teil an das Recht vor Einführung der Pflegeversicherung und mit Bestandsschutzregelungen

anknüpfenden „Investitionskostenregelungen“ verändert. Ebenfalls wurde eine nachschüssige Förderung mit einer vierprozentigen Abschreibung vereinbart. 2008 wurde die Abschreibungsquote auf zwei Prozent abgesenkt. Die jeweiligen Regelungen für die verschiedenen Generationen von Einrichtungen haben zum Teil bis heute ihre Relevanz behalten, da das Recht, das bei Inbetriebnahme bzw. bei Abschluss einer abgestimmten Modernisierungsmaßnahme für eine Einrichtung galt, auch für diese auf Dauer weiter gelten sollte. Die Regelungen im Landespflegerecht zur Landesförderung waren in Nordrhein-Westfalen stets mit den Regelungen zur gesonderten Berechnung verbunden. Insbesondere ist die Gewährung des Pflegewohngeldes an die gesonderte Berechnung der Investitionsaufwendungen geknüpft. Insofern hat das Land Nordrhein-Westfalen seinen pflegepolitischen Handlungsspielraum aus § 9 SGB XI in einer Kombination aus Subjektförderung und Steuerung hinsichtlich der Investitionsaufwendungen wahrgenommen. Gesondert zu berechnende Investitionsaufwendungen, Abstimmungen mit dem Sozialhilfeträger und Pflegewohngeldfähigkeit wurden in Nordrhein-Westfalen miteinander verschränkt. Das Landespflegerecht kannte im Zusammenhang mit den Investitionsaufwendungen Pauschalierungen. Dazu gehören „Abschreibungen“, dazu gehören die Pauschalen für Instandsetzungs- und Instandhaltungskosten, bezogen auf indizierte Herstellungskosten. Indirekte Pauschalierungen ergaben sich aus der Anerkennung von fünfzig Quadratmetern Gesamtfläche pro Platz. Die platzbezogenen Maximalwerte, die sich immer wieder verändert haben, stellen auch eine Art von Pauschalierungen dar; auch in der Verteilung der Investitionskosten finden sich Pauschalierungen ohne unmittelbaren Tatsächlichkeitsbezug. Die Abschreibung von langfristigen Anlagegütern auf fünfzig Jahre, von sonstigen auf zehn Jahre, und die Aufteilung zwischen langfristigen und sonstigen Anlagegütern im Verhältnis von 85 zu 15 Prozent verzichteten ebenfalls auf den Tatsächlichkeitsbezug.

Die Tradition der einvernehmlichen Gestaltung der Verwaltungspraxis in Nordrhein-Westfalen ist nunmehr mit dem durch das BSG mit neuer Verbindlichkeit ausgestatteten Bundesrecht konfrontiert. Nach Ansicht des MGEPA besteht insbesondere in folgenden Fragen und bezogen auf folgende Verwaltungspraxis Änderungsbedarf im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des BSG:

- Die Integration von eigenen Verwaltungskosten der Einrichtungsträger in früheren Jahren.
- Die Ermittlung der Investitionskosten auf der Basis von einem Normalbettenwert in früheren Jahrgangsgruppen.
- Die Abschreibung von sonstigen Anlagegütern über einen Zeitraum von zehn Jahren hinweg.
- Die Orientierung des Abschreibungswertes an dem jeweiligen Pro-Platz-Höchstbetrag.
- Die Anrechnung bei Erreichung einer Mindestfläche von 45 Quadratmetern je Platzzahl von fünfzig Quadratmetern, ohne Nachweis der tatsächlichen Aufwendungen.

Der Entwurf der Durchführungsverordnung zum APG sieht für die als revisionsbedürftig eingestuften Regelungen und Verwaltungspraktiken im Landespflegeamt Nordrhein-Westfalen entsprechende Korrekturen vor. Diese Korrekturen werden mit den pflegepolitischen Zielsetzungen der Landesregierung verbunden. Das erscheint als legitim. Es wird jeweils, auch bei der Aufrechterhaltung von Pauschalierungselementen, ein Tatsächlichkeitsbezug hergestellt. Dies gilt auch für Pflegeeinrichtungen, die die Einrichtung gemietet haben. Hier sind in besonderer Weise Bestandsschutzregelungen vorgesehen. Vermieter werden allerdings wie Eigentümer bei Modernisierungsmaßnahmen und ihrer Anerkennung verpflichtet, die tatsächlichen Kosten nachzuweisen.

Auch die Angemessenheitsgrenzen, die nach altem Landespflegerecht und der Verwaltungspraxis galten bleiben bestehen. Verlangt wird ein tatsächlicher Aufwendungsnachweis. Hinsichtlich der Instandhaltungskosten werden weiterhin Pauschalen anerkannt, allerdings ein aktueller Kontonachweis verlangt, mit der Verpflichtung des Nachweises einer zweckentsprechenden Verwendung der auf das Konto verbuchten Mittel. Ohne die vorgesehenen Vorschriften im Einzelnen würdigen zu wollen und zu können, steht die vom MGEPA vorgenommene Bewertung der bisherigen Verwaltungspraxis und des bisherigen Landesrechtes hinsichtlich der Finanzierung von Pflegeeinrichtungen im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes vom 08.09.2011. Auch bewegen sich die vorgeschlagenen Regelungen im Rahmen der Auslegung des BSG.

Maßstab für die Bewertung der in der DVO APG vorgesehenen Regelungen hat unter Heranziehung der Auslegung des BSG zu § 82 Abs. 3 SGB XI zunächst der Tatsächlichkeitsbezug der anerkannten Investitionsaufwendungen zu sein. Dies gilt vor dem Hintergrund, dass den Bewohnerinnen und Bewohnern (aber auch der öffentlichen Hand) keine Aufwendungen in Rechnung gestellt werden dürfen, die keinen tatsächlichen Bezug zu den von ihnen genutzten Immobilien und für sie getätigten Investitionen aufweisen. Dabei ist mit Blick auf die Langfristigkeit der Investitionen sowie der Unregelmäßigkeit ihres Anfalls eine gerechte Verteilung zwischen den „Generationen“ von Bewohnerinnen und Bewohnern acht zu geben. Hierauf wurde in den Stellungnahmen der Sachverständigen verschiedentlich und zu Recht verwiesen. Die durch den Bundesgesetzgeber eingeräumte Pauschalierung von Instandhaltungs- und Instandsetzungsaufwendungen ermöglicht die kalkulatorische Verteilung auf einen längeren Zeitraum, ohne dass auf den Nachweis der tatsächlichen Aufwendungen verzichtet werden muss. Angesichts der skizzierten Geschichte von fortlaufenden Änderungen in der Finanzierung stationärer Pflegeeinrichtungen in Nordrhein-Westfalen ist wie in der Vergangenheit auch bei

einer Neuregelung des Landesfinanzierungsrechts für Pflegeeinrichtungen der Vertrauensschutz der Einrichtungen zu berücksichtigen. Das gilt sowohl bei Eigentümern als auch bei Mietern. Der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes wird in den vorgesehenen Regelungen erkennbar durch Übergangsfristen aufgenommen. Sie beziehen sich differenziert auf die unterschiedlichsten Konstellationen, die sich aus der häufigen Änderungen der Finanzierungsbedingungen für unterschiedlichen Generationen von stationären Einrichtungen ergeben. Auf diese Weise werden, so weit abschätzbar, für vorhandene Einrichtungen kaum negative Auswirkungen provoziert. Weiterhin ist der in der Pflegebranche insgesamt schon hohe Bürokratieaufwand zu berücksichtigen, der durch die ggf. jährlichen Nachweispflichten von Investitionen, Instandhaltungen etc. steigen könnte. Dem kann, ggf. noch weitergehend als bisher vorgesehen, durch größere Intervalle für Nachweisverpflichtungen begegnet werden. Die für die Vergangenheit zu beklagende Intransparenz mit einer nicht gesetzeskonformen Verwendung der Entgeltbestandteile für die gesondert zu berechnenden Investitionsaufwendungen gibt zu mindestens politischen Anlass, den Nachweis der Verwendung von Mitteln, die von den Bewohnerinnen und Bewohnern eingenommen wurden, zu verlangen. Die Einbeziehung der Träger von Einrichtungen und Diensten in den Sicherstellungsauftrag der Sozialleistungsträger für auf Pflege angewiesene Menschen schließt einen besonders verantwortlichen und transparenten Umgang mit den auf der Basis öffentlich-rechtlicher Vorschriften vereinbarten Entgelte ein. Dem Einwand, der insbesondere in dem Gutachten der Solidaris Revisions GmbH<sup>4</sup> formuliert wurde, der im BSG verwandte Aufwendungs begriff, der in dem Entwurf der DVO zum APG noch einmal eingeführt werde, decke sich nicht mit einem betriebswirtschaftlichen Aufwendungs begriff ist entgegen zu halten, dass es sich bei dem Aufwendungs begriff des § 82 SGB XI um einen normativen und nicht um einen

---

<sup>4</sup> Dickopp, Friedrich; Schmitz, Herrmann-Joseph; Symhardt, Ina: Expertise zur Refinanzierung der Investitionsaufwendung nach § 82 Abs. 2 SGB XI durch gesondert berechenbare Investitionsaufwendungen gemäß § 82 Abs. 3 u. 4 SGB XI, Berlin, pp. April 2014



betriebswirtschaftlichen handelt, der vom Bundessozialgericht in Übereinstimmung mit der Gesetzessystematik konsistent entfaltet und ausgelegt wurde.

Ob die in der DVO APG vorgesehenen Regelungen im Detail sachgerecht sind, entzieht sich einer juristischen Beurteilung. Die Frage wie hoch Abschreibungssätze festgelegt, wo Maximalwerte für qm Flächen angesetzt werden ist jeweils eine politisch zu beantwortende. Manche der in den Stellungnahmen der Verbände und den Aussagen der Sachverständigen vorgetragenen Einwände respektive Vorschläge erscheinen nachvollziehbar:

Das gilt zum einen für die sehr grundlegende Kritik. Dass die Neuregelungen die Finanzierung von neuen stationären Pflegeeinrichtungen und die Gewährung von Darlehen für den Bau erschweren, dass die Attraktivität von stationären Einrichtungen für Immobilienfonds leidet ist zutreffend, berührt aber nicht die rechtliche Auslegung des § 82 SGB XI durch das BSG.

Das gilt auch für eine Detailkritik und entsprechende Änderungsvorschläge, etwa bezogen auf die Anerkennung von Quadratmeterflächen über fünfzig Quadratmeter bei der Berechnung der Kosten pro Pflegeplatz hinaus. So wird vorgeschlagen, sie zu ermöglichen, wenn und soweit nachgewiesenermaßen Aspekte der Barrierefreiheit oder die Versorgung besonderer Personengruppen dies erfordern und dies ggf. im Versorgungsvertrag gemäß § 72 SGB XI verbindlich niedergelegt wird.

Die im Einzelnen vorgeschlagenen Korrekturen und Ergänzungen werden im weiteren Verordnungs- respektive Gesetzgebungsverfahren berücksichtigt werden können.

Folgt man der Rechtsprechung des BSG und stellt sie nicht grundlegend in Frage, kann dem Entwurf der DVO APG bescheinigt werden, dass er sich im Rahmen der Auslegung von § 82 SGB XI durch das BSG bewegt und er die das

Tatsächlichkeitsprinzip verletzenden bisherigen Verwaltungspraktiken und landesrechtlichen Regelungen zur Finanzierung von Investitionsaufwendungen aufgreift und Gesetzes konform – in der Auslegung durch das BSG - revidiert. Im Detail zeigen sich Korrekturoptionen. Zu dem Handlungsspielraum einer Landesregierung, die die Rechtsprechung des BSG aufgreifen will, gehört es nicht, vom Tatsächlichkeitsprinzip generell Abstand zu nehmen.

## **6. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen**

Die Landesregierung Nordrhein-Westfalen nimmt erkennbar als erste Landesregierung in Deutschland die Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes - im Rahmen seiner auf den Vorrang ambulanter Versorgung ausgerichteten Pflegepolitik - zum Anlass, die Regelungen der Finanzierung von Pflegeeinrichtungen einer Revision zu unterziehen. Im Mittelpunkt stehen dabei die gesondert abrechenbaren Investitionsaufwendungen. Dabei setzt sich die Landesregierung von einer Tradition einvernehmlicher und weitgehend pauschaler Berechnungen oder Festlegungen zur Errechnung der Investitionsaufwendungen ab. Sie tut dies in Befolgung der Auslegung des § 82 Abs. 3 SGB XI durch das Bundessozialgericht. Sie tut dies auch im Zusammenhang mit der Verfolgung pflegepolitischer Zielsetzungen. So setzt sie auf eine Qualitätsverbesserung der Einrichtungen, auf den Ausbau ambulanter Versorgungssysteme und zeigt große Zurückhaltung was den Ausbau von Kapazitäten stationärer Pflegeeinrichtungen anbelangt. Von dieser Neuausrichtung respektive Korrektur der „Feinsteuerung“ der Infrastrukturfinanzierung sind Träger von stationären Pflegeeinrichtungen, die auf eine Stabilität der bisherigen Finanzierungsgrundlagen gesetzt haben, in erheblicher Weise betroffen. Räumte ihnen doch die bisherige Pauschalierung von anererkennungsfähigen Investitionsaufwendungen einen vergleichsweise großen Spielraum für die Verfolgung trägerspezifischer Strategien ein. Diese wurden eingangs skizziert. Eine veränderte „Feinjustierung“ der Finanzierung der stationären Pflege im Rahmen der

Investitionsaufwendungen lässt andere Entgeltbestandteile der Finanzierung von Pflegeheimen nicht unberührt. Das gilt auch für die Berechnung der Pflegevergütung, der es bislang an einem expliziten Leistungsbezug weithin fehlt. Hier könnte eine Initiative des Landes Nordrhein-Westfalen auf Bundesebene angezeigt, die auf eine präzisere Ausformulierung des Leistungsbezuges gerichtet ist. Auch ist den Sachverständigen der Verbände von Trägern und Einrichtungen zu konzедieren, dass eine am Tatsächlichkeitsprinzip orientierte Finanzierung von Investitionsaufwendungen den Neubau, weniger Ersatzbauten und Modernisierungsmaßnahmen, erschweren wird. Hierin, in der Erschwernis für vollständige Neubauvorhaben, liegt der Paradigmenwechsel der DVO zum APG. Eine investorengestützte Infrastrukturentwicklung, die in den letzten Jahrzehnten Grundlage des Ausbaus stationärer Pflegeeinrichtungen war, würde auf der Grundlage einer vergleichsweise streng an der Auslegung des § 82 SGB XI durch das BSG orientierten Ausgestaltung des Landesrechts nicht mehr zu erwarten sein. Ob damit der künftige Bedarf in angemessener Weise gedeckt werden kann, ist eine fachpolitisch zu bewertende Frage.

Es erscheint ratsam, angesichts der zu erwartenden Auseinandersetzungen um das neue Landespflegerecht, die zentralen Regelungen hinsichtlich der Finanzierung von Investitionsaufwendungen gesetzlich und nicht in einer Durchführungsverordnung zum APG zu regeln. Ein entsprechendes Gutachten, das dies nahe legt, liegt vom parlamentarischen Beratungs- und Gutachterdienst des Landtages Nordrhein-Westfalen vor. Durch die Beratungen im Gesetzgebungsverfahren würde die pflegepolitisch hochrelevante Frage der Finanzierung von Pflegeeinrichtungen in dem angemessenen parlamentarischen Rahmen erörtert.

Wenn das Land Nordrhein-Westfalen diesen Weg geht, wird es damit wesentliche Impulse für die bundesweite Diskussion um die Finanzierung von Pflegeeinrichtungen geben.