

VDAB Landesverband NRW e.V.

Landtag Nordrhein-Westfalen
Ausschuss für Arbeit, Gesundheit und Soziales
Platz des Landtags 1

40221 Düsseldorf

per E-Mail: anhoerung@landtag.nrw.de

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
16/1626

A01, A11

25. April 2014
-Fah-prz/bk-JF

Entwurf einer Verordnung zur Ausführung des Alten- und Pflegegesetzes Nordrhein-Westfalen und nach § 92 SGB XI (APG DVO NRW)

Vorlage 16/1795

Hier: Verbändeanhörung

Sehr geehrte Damen und Herren,

im Rahmen der mit Schreiben vom 10.04.2014 eingeleiteten Verbändeanhörung nehmen wir zum Entwurf der APG DVO Stellung. Der VDAB verkennt mit Blick auf die oben bezeichnete Verordnung nicht, dass durch die jüngste Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes sowie durch die Vorgaben des SGB XI der Gestaltungsrahmen nicht allzu weit gesteckt ist. Nicht verkannt wird darüber hinaus das Bemühen, das Vertrauen solcher Träger, die vor dem Hintergrund einer für dauerhaft stabil erachteten Rechtslage in Nordrhein-Westfalen Dispositions- und Investitionsentscheidungen getroffen haben, zu schützen. Ob dies mit dem vorliegenden Verordnungsentwurf durchgängig in befriedigender Form geschehen ist, soll Gegenstand der folgenden Ausführungen sein.

Im Einzelnen:

- In **§ 2 Abs. 2 des Entwurfes einer Verordnung zur Ausführung des Alten- und Pflegegesetzes Nordrhein-Westfalen (im Folgenden: APG-DVO)** muss als Basisjahr 1962 benannt werden, da nach diesseitiger Kenntnis eine Anknüpfung an das Jahr 2014 nicht möglich ist. Dies gilt im Übrigen auch für **§ 4 Abs. 3 und § 6 Abs. 2 APG-DVO**.

- In **§ 4 Abs. 5 APG-DVO** ist die Anerkennung für Maßnahmen der Instandhaltung und Ersatzbeschaffung mit Blick auf das Inventar geregelt. Nach hiesiger Auffassung sind der Nachweis und die Prüfung derartiger Aufwendungen in **§ 4 Abs. 5 APG-DVO** so kompliziert geregelt, dass die Anwendung der Vorschrift und bereits die Kalkulation der anerkennungsfähigen Aufwendungen im Vorfeld einen beträchtlichen, der Sache nicht angemessenen bürokratischen Aufwand auslösen werden. Hier wäre aus unserer Sicht über eine wesentliche Vereinfachung nachzudenken, die nicht nur die betriebliche Praxis, sondern auch die spätere Überprüfung durch die Landschaftsverbände erleichtern würde. Diese Anmerkungen gelten im Übrigen auch sinngemäß für die Gebäudeinstandhaltung gem. **§ 6 Abs. 3 APG-DVO**.

- Mit Blick auf die in **§ 5 Abs. 4 APG-DVO** geregelte Eigenkapital-Verzinsung ist die Frage aufzugreifen, ob eine nur um 0,5 Prozentpunkte über der Verzinsung festverzinslicher Wertpapiere angesetzte Verzinsung wirklich sachgerecht ist. Zweck dieser gegenüber festverzinslichen Papieren erhöhten Refinanzierung ist – vom Ansatz her zutreffend – die Berücksichtigung des gegenüber festverzinslichen Papieren erhöhten Risikos. Ein solches erhöhtes Risiko folgt aus dem Belegungsrisiko, der konkreten Wettbewerbssituation und selbstverständlich auch Unwägbarkeiten im rechtlichen Bereich. Im Gegensatz zu festverzinslichen Wertpapieren inländischer Emittenten reicht das Risiko durchaus realistisch bis hin zum völligen Kapitalverlust. Ein solches Risiko lässt sich realistischer Weise nicht mit lediglich 0,5 Prozentpunkten bewerten. Hier ist eine angemessene Anhebung angezeigt.

- Die mit **§ 7 Abs. 2 APG-DVO** verbundene Problematik des Vertrauensschutzes, aber auch der Gleichbehandlung soll im sachlichen Zusammenhang mit der Gesamtregelung des **§ 8 APG-DVO** erörtert werden.

- **§ 8 APG-DVO** enthält die Regelungen zu Pflegeeinrichtungen, die vom jeweiligen Betreiber gemietet bzw. gepachtet werden. Hierbei handelt es sich nicht nur im Bereich der privaten Trägerschaft, sondern auch im Bereich der Wohlfahrt um einen maßgeblichen Anteil der Einrichtungen. Nach hiesiger Wahrnehmung stellen gemietete Einrichtungen im privaten Bereich sogar bei Weitem die Mehrheit der Einrichtungen dar. Die Gründe, die zur Wahl eines Mietmodells geführt haben, sind vielfältig. Hier geht es keineswegs lediglich um Fragen der Refinanzierung, sondern auch solche der Risikostreuung, der Beteiligung von Familienmitgliedern wie auch der Beteiligung von Investoren. Derartige „Betriebsaufspaltungen“ (nicht allein im steuerrechtlichen Sinne) stellen eine insbesondere im Bereich des Mittelstandes absolut übliche Gestaltung in praktisch allen Wirtschaftszweigen dar.

- **§ 8 APG-DVO** nimmt eine grundsätzliche Zweiteilung der Refinanzierung von Mieteinrichtungen vor. Es regeln die **Absätze 3 bis 7** die der bisherigen Mietregelung insbesondere mit Blick auf die Stabilität und Planbarkeit der Refinanzierungsbeträge nahe kommende fiktive Vergleichsberechnung. Demgegenüber ist in **Absatz 10** eine konkrete Vergleichsberechnung geregelt, die in wirtschaftlicher Hinsicht die Folgen des bisherigen „Eigentümermodells“ widerspiegelt. Problematisch in diesem Zusammenhang ist neben dem in **§ 8 Abs. 2 Satz 3 APG-DVO** geregelten Erfordernis einer nicht mehr umkehrbaren Entscheidung zwischen beiden Varianten die automatische Zuweisung zur konkreten Vergleichsberechnung für solche Träger, die ein Mietmodell überhaupt erst im Jahr 2014 oder doch zumindest nach dem 31. Januar 2014 herbeiführen. Geschieht dies durch Umgestaltung einer bisher von einheitlichen Eigentumsverhältnissen geprägten Struktur, wird der Träger auf die konkrete Vergleichsberechnung nach **§ 8 Abs. 10 APG-DVO** verwiesen, letztlich werden also die wirtschaftlichen Folgen des Mietmodells im Rahmen der Refinanzierung nicht anerkannt. Nimmt also ein Träger etwa zur Deckung zusätzlichen Kapitalbedarfs, aber auch zur Aufnahme von Familienmitgliedern weitere Personen auf Vermieterseite auf, so wird er auf die Regelungen des **§ 8 Abs. 10 APG-DVO** verwiesen. Diese führt je nach der Finanzierung des Vorhabens nach einiger Zeit zu abnehmenden bzw. abbrechenden berücksichtigungsfähigen Aufwendungen. Derartiges lässt sich im Rahmen eines üblichen Mietvertrages kaum darstellen, ist völlig unüblich und faktisch zumindest gegenüber Dritten nicht durchsetzbar. Vermieter von Gegenständen des Anlagevermögens, insbesondere von Immobilien, werden Vertragsgestaltungen mit abnehmenden bzw. abbrechenden Mietzahlungen nicht

akzeptieren. Ein Wechsel ins Mietmodell dürfte damit für Einrichtungen im Jahr 2014 ausscheiden. Es ist allerdings nicht einzusehen, was gegen den Wechsel ins Mietmodell unter der Maßgabe sprechen sollte, dass die Obergrenze der bisherigen Investitionskostensätze beibehalten wird. Betroffen hiervon sind im Übrigen nicht nur solche Einrichtungen, die aufgrund unternehmerischer Entscheidung in 2014 erstmals den Wechsel ins Mietmodell erwägen, sondern auch diejenigen Einrichtungen, die zum Teil über Jahrzehnte auf der Basis eines „fiktiven Mietmodells“ refinanziert wurden, die also ungeachtet einer im Eigentum des Trägers stehenden Immobilie refinanziert wurden **wie** eine gemietete Einrichtung. Gerade für diesen Kreis, dessen Refinanzierung über Jahre und Jahrzehnte von den Kostenträgern mitgetragen wurde, geht es vielfach ums blanke Überleben. Aus Sicht dieses nicht kleinen Kreises von Einrichtungen dürfte hier der Vertrauensschutz massiv verletzt sein. Die Refinanzierung als „fiktives Mietverhältnis“ ist seit langer Zeit von den Kostenträgern akzeptiert worden, ohne dass irgendein Anlass bestand, in den Fortbestand solcher Regelungen nicht weiter zu vertrauen. Es sind nicht nur ursprüngliche Investitionsentscheidungen auf solchen Gestaltungen errichtet worden, sondern späterhin Umgestaltungen im Vertrauen darauf unterblieben, dass eine seit vielen Jahren oder gar Jahrzehnten mitgetragene Refinanzierungsform Bestand haben müsse.

Die beabsichtigte Gestaltung des **§ 8 APG-DVO** führt darüber hinaus zu Ungleichbehandlungen, die nicht durch sachliche Erwägungen geboten sind. So erhält der erstmalig unter der Geltung neuen Rechtes den Betrieb aufnehmende Träger eine Refinanzierung des Grundstückes, was gleichermaßen für Miet-, Pacht- und Erbpachtregelungen gilt. An dieser Vergünstigung nimmt der bis ins Jahr 2014 im Eigentümermodell „verharrende“ Träger nicht teil, ohne dass hierfür eine sachliche Begründung ersichtlich wäre.

Darüber hinaus erhält der Mieter einer Einrichtung, die vor dem Stichtag 1. Februar 2014 vermietet und deren Mietaufwendungen auch vor diesem Stichtag anerkannt waren, nach **§ 8 Abs. 8 APG-DVO** über fünf Jahre uneingeschränkt Bestandsschutz und danach zeitlich unbegrenzt die Möglichkeit, den Vergleichsbetrag im Rahmen der Feststellung der berücksichtigungsfähigen Aufwendungen um 10 % zu übersteigen. Einen derartigen Bestandsschutz erhält sogar der Mieter im „Näheverhältnis“, also dort, wo hinter Mieter und Vermieter identische oder einander nahe stehenden Personen stehen. Es ist nicht nachzuvollziehen, warum dieser

Personenkreis allein aufgrund zeitlich früherer Gestaltung des Mietverhältnisses Vertrauensschutz genießen soll, nicht hingegen die keineswegs seltenen und übrigens gleichermaßen über private und Wohlfahrtseinrichtungen verteilten fiktiven Mietverhältnisse. Auch dieser Kreis hat darauf vertraut, dass die mit den Landschaftsverbänden abgestimmte Refinanzierungsbedingungen von Dauer sind.

Schließlich ist auf die Problematik der Entwertung älterer Einrichtungen einzugehen. Soll – etwa aus Alters- oder Krankheitsgründen – eine den vorstehend dargestellten Bedingungen unterliegende Einrichtung veräußert werden, so kann ein Käufer mangels späterer Refinanzierung unter Umständen **keinen** Wert für das Grundstück und die darauf errichteten Bauten berücksichtigen. Einen veräußerbaren Wert stellt in einer derartigen Situation ausschließlich der Heimbetrieb dar, während das Grundstück dem Käufer quasi geschenkt werden muss. Letztlich ergibt sich aus dieser Refinanzierungskonstellation eine Enteignung des Grundeigentümers.

Entscheidet sich dieser in einer abweichenden Konstellation etwa dafür, das Grundstück lediglich mietweise zu überlassen (Fall des **§ 8 Abs. 2 Satz 6 APG-DVO**), so käme wiederum zwingend **§ 8 Abs. 10 APG-DVO** zur Anwendung mit der Folge, dass nach Ablauf des Refinanzierungszeitraumes der Eigentümer gezwungen wäre, das Grundstück und die darauf befindlichen Bauten dauerhaft unentgeltlich zu überlassen. Eine derartige Konstellation ist dem Wirtschaftsleben fremd, was im Übrigen selbst dort gilt, wo soziale Gesichtspunkte auf Renditeerwartungen Einfluss haben wie etwa im sozialen Wohnungsbau. Der Zwang zur dauerhaften unentgeltlichen Überlassung eines Mietgegenstandes stellt einen enteignungsgleichen Eingriff dar, der auch mit der jüngeren Rechtsprechung des Bundessozialgerichts nicht zu rechtfertigen ist. Ein völliger Ausfall der Gewährung von Entgelten für die Nutzungsüberlassung ist auch von dieser Rechtsprechung nicht geboten. Hier ist zumindest ein gewisser Ausgleich notwendig.

Jenseits dieser grundsätzlichen Erwägungen sind weitere Bedenken im Detail mit der Regelung des **§ 8 APG-DVO** verbunden. So ist festzuhalten, dass die dem Vertrauensschutz dienende Vorschrift des **§ 8 Abs. 8 APG-DVO** den Träger nicht dazu zwingen kann, von dieser Regelung auch dann Gebrauch zu machen, wenn die fiktive Vergleichsberechnung zu höheren Beträgen führt als die tatsächlich im Pachtvertrag vereinbarten. Angesichts der die Träger begünstigenden Zielrichtungen der Vorschrift

gehen wir davon aus, dass hier in solchen Fällen ein Wahlrecht hin zu der fiktiven Vergleichsberechnung nach den **Absätzen 3 bis 7** besteht.

Wir gehen darüber hinaus mit Blick auf **§ 8 Abs. 9 APG-DVO** davon aus, dass die dort eingeräumte Anpassungsmöglichkeit hin zu den aus der fiktiven Vergleichsberechnung ermittelten Beträgen nicht auf eine einmalige Anpassung im Jahr 2015 beschränkt sein soll. Wir gehen vielmehr davon aus, dass eine Anpassung zwar durch Verweis auf das Fristenregime des § 558 BGB gehemmt ist, in den Folgejahren aber die Mietaufwendungen an den berücksichtigungsfähigen Gesamtbetrag nach **Absätzen 3 bis 7** weiter angepasst werden dürfen. Unter Zugrundelegung der üblichen Indexanpassung zum 1. Januar 2013, die von der Mehrzahl der Einrichtungen vorgenommen worden sein dürfte, wäre eine weitere Erhöhung angesichts der 15-monatigen Sperrfrist erst ab dem 1. April 2014 möglich. Wäre allerdings für die Feststellung der refinanzierungsfähigen Gesamtaufwendungen ausschließlich das Jahr 2014 maßgeblich, so wäre eine – an sich zulässige – Anpassung der Miete an die Vergleichsbeträge erst ab April 2014 berücksichtigungsfähig. Ließe sich dieser Verzögerungseffekt nicht in den Folgejahren korrigieren, wäre der Kappungseffekt des Fristenregimes aus § 558 BGB nicht lediglich ein vorübergehender, sondern ein in die Zukunft perpetuierter. Es müsste hiernach also entweder in **§ 8 Abs. 9 APG-DVO** oder aber in **§ 11 Abs. 3 APG-DVO** klargestellt werden, dass der Verzögerungseffekt, wie ihn der Verweis auf § 558 BGB mit sich bringt, in den Folgezeiträumen aufgeholt werden darf. Anderenfalls wäre von einer Schlechterstellung derjenigen Einrichtungen auszugehen, die die Erhöhung zum 1. Januar 2013 und umgesetzt haben, hierdurch aber unwissentlich um die Möglichkeit gebracht wurden, die Mietzahlungen bereits zu Beginn des Jahres 2014 an die neuen Refinanzierungsregelungen anzupassen.

- In **§ 8 Abs. 7 APG-DVO** muss auf **§ 6 APG-DVO** verwiesen werden, was übrigens gleichermaßen für die **§§ 4 Abs. 3 und 6 Abs. 2 APG-DVO** gilt.
- Die Regelung des **§ 11 Abs. 7 APG-DVO** begegnet vergleichbaren Bedenken wie den zu **§ 8 APG-DVO** geäußerten. Die Vorschrift regelt, dass eine abfinanzierte Immobilie auch bei einem Trägerwechsel nicht mehr refinanziert werden kann. Dies entwertet das Grundstück und zwingt dessen Eigentümer dazu, es im Ergebnis unentgeltlich zu überlassen. Eine derart drastische Folge kann auch der Rechtsprechung des BSG nicht entnommen werden.

- **§ 12 Abs. 2 Nr. 4 APG-DVO** scheint einen Widerspruch zu **§ 12 Abs. 5 APG-DVO** zu enthalten. So regelt die erstgenannte Vorschrift einen für die Durchschnittsermittlung maßgeblichen Betrachtungszeitraum von fünf Jahren, hingegen **Abs. 5** einen solchen von drei Jahren.

- **§ 12 Abs. 3 APG-DVO** normiert Handlungspflichten, die den Träger mit Blick auf den ersten nach der neuen Rechtslage zu betrachtenden Zeitraum 2015 bereits im Jahr 2014 und zwar „bis zum 31. August“ treffen. Hiermit verbunden sind nicht nur umfangreiche Vorausberechnungen, sondern im Mietverhältnis auch eine Entscheidung für die konkrete oder abstrakte Vergleichsberechnung. Diese im Übrigen unumkehrbare Entscheidung lässt sich nicht ohne Vorausberechnungen treffen, so dass die Übergangsregelungen in **§ 32 APG-DVO** grundsätzlich zu begrüßen sind. Sollte sich in der Praxis erweisen, dass dieser Zeitraum im Einzelfall zu kurz ist, gehen wir von einer mit Augenmaß gewährten Verlängerung durch die Kostenträger aus. Der VDAB wird im Interesse seiner Mitglieder und der von ihnen betreuten Pflegebedürftigen, sicherlich aber auch im Interesse der Kostenträger sein Möglichstes tun, für eine sachgerechte Umsetzung zu sorgen. Vor dem Hintergrund der zwingenden Zeitabfolge sollte allerdings erwogen werden, ob weitreichende Finanzierungsentscheidungen nicht doch als umkehrbar gestaltet werden sollten. Den Trägern und hierunter auch den nicht verbandsgebundenen muss die Möglichkeit eingeräumt werden, eine informierte Entscheidung zu treffen.

Mit freundlichen Grüßen

VDAB Landesverband NRW e.V.

gez. Jürgen Fahnenstich
RA/ FA f. ArbR
Vorstandsmitglied

gez. Bernd Uhlenbruch
RA/StB
Vorsitzender des Vorstandes

gez. Oliver Aitcheson
Vorstandsmitglied