

L 4 P 1629/10 KL

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Pflegeversicherung

Abteilung

4

1. Instanz

-

Aktenzeichen

-

Datum

-

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 4 P 1629/10 KL

Datum

18.02.2010

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Zur Berücksichtigung eines Risiko- und Wagnisszuschlags sowie von Eigenkapitalzinsen bei den Pflegeentgelten eines Pflegeheimes (hier verneint).

NZB anhängig: B 3 P 25/11 B

L 4 P 1629/10 KL

Im Namen des Volkes Urteil

Der 4. Senat des Landessozialgerichts Baden-Württemberg in Stuttgart hat auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 11. November 2011 für Recht erkannt:

Auf die Klage der Klägerin wird der Schiedsspruch der Beklagten vom 18. Februar 2010, Az.:71/09, aufgehoben. Die Beklagte wird verpflichtet, über den Antrag der Klägerin vom 18. November 2009 auf Festsetzung der Vergütungen für das Alten- und Pflegeheim L.-U.-Stift für die Zeit vom 23. November 2009 bis 30. November 2010 erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu entscheiden. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen. Der Streitwert wird endgültig auf EUR 73.500,00 festgesetzt.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen einen Schiedsspruch der Beklagten vom 18. Februar 2010 über die Festsetzung der Pflegevergütungen und der Entgelte für Unterkunft und Verpflegung für die Zeit vom 23. November 2009 bis 30. November 2010.

Die Klägerin, eine GmbH, ist u.a. Trägerin des Alten- und Pflegeheims L.-U.-Stift (im Folgenden: U.-S.) in B. W. im Landkreis C., dem Beigeladenen zu 4). Das U.-S. verfügt über einen Versorgungsvertrag nach § 72 Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) über 80 vollstationäre Plätze bei zwei eingestreuten Kurzzeitpflegeplätzen. Das U.-S. ist in einem 1987 erbauten Gebäude untergebracht. 68 v.H. der Zimmer sind Einzel-, 32 v.H. Doppelzimmer. Alle Zimmer verfügen über eine eigene Nasszelle. Das U.-S. hält Angebote, die die Selbstständigkeit und Lebensfreude im Alter fördern, bereit. Dazu gehören u.a. Feste, Konzerte, Ausflüge, Gottesdienste, Andachten und ein Besuchsdienst (<http://www.L.-U.-stift.ev/evheimstiftung.de>). Nach der Leistungsbeschreibung der Klägerin gibt es an besonderen Pflegekonzepten außerdem Sturzpräventions-, (ergotherapeutisches) Gedächtnistraining, Beschäftigungstherapie, Basteln, Hand- und Werkarbeiten, Singen, Spielen und Musizieren, Sitztanz, Gymnastik, Kochen und Backen, Vorlesestunden, Altennachmittage und eine Hauszeitung. Die direkt bei der Klägerin angestellten Mitarbeiter im Bereich Pflege wurden bis 28. Februar 2010 nach den Arbeitsvertragsrichtlinien der Diakonie Württemberg (AVR DW) und werden seither nach den Arbeitsvertragsrichtlinien des Diakonischen Werks der Evangelischen Kirche Deutschland (AVR DW-EKD) vergütet. Für die Mitarbeiter der Tochtergesellschaft HDG, die als Fremdleistungen im U.-S. die Hausreinigung und die Küchenleistungen erbringen, findet im Bereich Hausreinigung der Mantel- und Lohnstarifvertrag für das Gebäudereinigerhandwerk in der jeweils geltenden Fassung Anwendung. Für diese Mitarbeiter im Bereich der Küche gilt der Mantelstarifvertrag sowie der Lohnstarifvertrag für das Hotel- und Gaststättengewerbe in Baden-Württemberg in der jeweils geltenden Fassung. Die Pflegefachkraftquote beträgt 50 v.H ... Die Klägerin ist Mitglied des Diakonischen Werks der Evangelischen Landeskirche in Württemberg, das wie u.a. auch die Rechtsvorgängerinnen der Beigeladenen zu 1) und 2) (im Folgenden einheitlich Beigeladene zu 1) bis 2)) und die früheren Landeswohlfahrtsverbände Baden und Württemberg-Hohenzollern (jetzt Kommunalverband für Jugend und Soziales Baden-Württemberg -

KVJS -) Vertragspartner des Rahmenvertrages für die stationäre Pflege gemäß [§ 75 Abs. 1 SGB XI](#) für das Land Baden-Württemberg vom 12. Dezember 1996 in der Fassung vom 09. Juli 2002 (im Folgenden RV) ist.

Nach den Angaben der Klägerin gegenüber der Beklagten betrug die durchschnittliche Auslastung 87,5 v.H. bei folgender tatsächlicher Bewohnerstruktur zwischen Januar und Juli 2009:

Pflegestufe 0 (Kurzzeitpflege) 1 1 v.H. Pflegestufe 0 (Ganztagspflege) 3 4 v.H. Pflegestufe 1 29 41 v.H. Pflegestufe 2 31 44 v.H. Pflegestufe 3 6 9 v.H. gesamt 70 100 v.H.

Von diesen Bewohnern waren nach den genannten Angaben 13 gerontopsychiatrisch verändert, sieben psychisch krank, 36 Rollstuhlfahrer und 60 inkontinent. Das Durchschnittsalter betrug 83 Jahre. Die Anzahl der Neuaufnahmen lag 2008 bei 52. Die Personalausstattung betrug im August 2009 25,67 Vollkräftestellen (VK) in der Pflege und Betreuung, 1,8 Altenpflegeschüler, 3,59 in der Hauswirtschaft sowie 1,99 für die Leitung und Verwaltung. Die Zahlen beinhalten die Umlage für die Hauptverwaltung und die Fremdleistungen Caterer und Hausreinigung nicht. Der Personalschlüssel, wobei es sich um den höchsten Pflegeschlüssel nach § 17 Abs. 2 RV handelte, betrug: Personalschlüssel Pflege Hauswirtschaft Leitung/Verwaltung Pflegeklasse 1 1: 3,13 Pflegeklasse 2 1: 2,23 Pflegeklasse 3 1: 1,65 Durchschnitt bzw. Gesamt 1: 2,18 1: 5,90 1: 30,00

Zuletzt wurden durch Schiedsspruch vom 02. Juli 2003, Az. 74/03, für den Zeitraum 01. Oktober 2003 bis 30. September 2004 bei jeweils höchsten Personalschlüsseln und einer Bewohnerstruktur von 32 Bewohnern in der Pflegestufe I, 28 Bewohnern in der Pflegestufe II und zwölf Bewohnern in der Pflegestufe III die Pflegesätze und das Entgelt für Unterkunft und Verpflegung in folgender Höhe festgesetzt: Pflegeklasse 1 EUR 48,71 je Berechnungstag Pflegeklasse 2 EUR 63,71 je Berechnungstag Pflegeklasse 3 EUR 81,98 je Berechnungstag Entgelt für Unterkunft und Verpflegung EUR 21,48 je Berechnungstag.

Grundlage für diese Entscheidung der Schiedsstelle waren angenommene Personaldurchschnittskosten im Bereich der Leitung und Verwaltung mit EUR 50.511,00, davon entfallend auf die Heimleitung EUR 56.757,00, die Verwaltungskräfte EUR 45.000,00 und als Umlage an die Zentralverwaltung EUR 50.100,00, für den Bereich der Pflege und sozialen Betreuung EUR 40.909,00 und für den Bereich der Hauswirtschaft und Technik EUR 32.862,00, jeweils bezogen auf 1,0 Vollkräfte. Die Sachkosten pro Berechnungstag wurden mit EUR 12,50 zugrunde gelegt. Gegen diesen Schiedsspruch erhobene Klagen der Klägerin und des damals als Sozialhilfeträger zuständigen Landeswohlfahrtsverbands Baden beim Sozialgericht Stuttgart bzw. Sozialgericht Karlsruhe ruhen.

Die Klägerin forderte mit Schreiben vom 01. September 2009 unter Übersendung bzw. Nachreichung einer Leistungsbeschreibung, Leistungsdaten, einer Übersicht zu den Ist-Kosten und prospektiv kalkulierten Kosten, einer anonymisierten Personalliste mit Angaben zu den jeweiligen Lohneingruppierungen der Mitarbeiter und des Anhörungsprotokolls des Heimbeirats die Beigeladenen zu 1) bis 3) und den BKK/IKK-Vertragsservice zu Verhandlungen über die Vergütungen auf. Die Pflegesatzverhandlungen fanden am 15. Oktober 2009 statt. Dabei machte die Klägerin zusätzlich zu der ursprünglichen Forderung einen Wagnis- und Risikozuschlag in Höhe von 3 v.H. geltend. Diesbezüglich reichte die Klägerin unter dem 11. November 2009 den Kostenträgern eine Begründung und eine aktualisierte Kalkulation nach. Bei der Verhandlung verständigten sich die Klägerin und die Kostenträger auf die Beibehaltung der bisherigen Personalschlüssel, die Fachkraftquote von 50 v.H. und die prospektiv angenommene Bewohnerstruktur. Eine Vereinbarung über die Höhe der Pflegevergütungen kam jedoch nicht zustande, worauf die Klägerin das Scheitern der Verhandlungen erklärte.

Mit Schreiben vom 18. November 2009, bei der Beklagten eingegangen am 23. November 2009, beantragte die Klägerin unter Beifügung der den Kostenträgern bereits im Rahmen der Pflegesatzverhandlungen zur Verfügung gestellten Unterlagen die Durchführung eines Schiedsstellenverfahrens. Die Klägerin begehrte - wie bereits bei den Pflegesatzverhandlungen - die Festsetzung folgender Pflegevergütungen mit Wirkung ab Antragstellung:

Pflegeklasse 1 EUR 55,70 je Berechnungstag Pflegeklasse 2 EUR 72,90 je Berechnungstag Pflegeklasse 3 EUR 93,82 je Berechnungstag Entgelt für Unterkunft EUR 13,14 je Berechnungstag Entgelt für Verpflegung EUR 11,94 je Berechnungstag.

Zur Begründung des Antrags führte die Klägerin aus, die von ihr für das U.-S. beantragten Pflegesätze entsprächen den vom Bundessozialgericht (BSG) mit den Urteilen vom 29. Januar 2009 ([B 3 P 7/08 R](#) = [SozR 4-3300 § 85 Nr. 1](#) sowie [B 3 P 6/08 R](#) und [B 3 P 9/08 R](#), beide in juris) aufgestellten Vorgaben. Sie habe ihre voraussichtlichen Gestehungskosten plausibel und nachvollziehbar dargelegt. Grundlage der Kalkulation für die Personalkosten seien die Ist-Werte vom August 2009 nebst Personalnebenkosten von 1,9 v.H. ... Zu berücksichtigen sei dabei, dass sie Mitglied im Diakonischen Werk Württemberg sei und ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nach den AVR-DW vergütet würden. Prospektiv zugerechnet worden sei bei den Personalkosten eine angenommene tarifliche Erhöhung von 2 v.H. für das Jahr 2010. Im Sachkostenbereich seien die Ist-Kosten des Jahres 2008 Ausgangsbasis der Kalkulation. Hierbei ergebe sich im Gesamtergebnis sogar eine Absenkung im Vergleich zu den bisherigen Ist-Kosten des Jahres 2008, weil sie, um die Bewohner nicht zusätzlich zu belasten, in dieser Position lediglich den kalkulatorischen Durchschnitt ihrer Energiekosten und nicht die aufgrund baulicher Eigenheiten insbesondere sehr hohen Energiekosten des U.-S. zugrunde gelegt habe. Ergänzt worden sei die Kalkulation zudem um einen Wagnis- und Risikozuschlag von 3 v.H. ... Die Kostenstrukturen seien transparent dargestellt und ließen eine Beurteilung der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit zu. Die Kostenträger hätten keine einzige Einzelposition der Kalkulation bestritten oder als unplausibel bezeichnet, sie hätten nur bemängelt, dass sie (die Klägerin) tatsächliche Ist-Werte als Ausgangspunkt der Kalkulation herangezogen habe. Dies stelle jedoch aus ihrer Sicht neben einer Fortschreibung grundsätzlich auch eine probate Kalkulationsbasis dar. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass vorliegend zuletzt im Jahr 2003 kalkuliert worden sei. Eine Kalkulation auf Basis aktueller Ist-Werte sei deshalb sachnah. Es liege beispielsweise auf der Hand, dass sich innerhalb der letzten sechs Jahre aufgrund fortschreitender Dienstaltersstufen und Bewährungsaufstiegen einerseits und gegebener Fluktuationen andererseits maßgebliche Veränderungen in der Personal- und Vergütungsstruktur ergeben hätten, die eine bloße Fortschreibung anhand tariflicher Steigerungen bzw. einen Vergleich der Kalkulationen nicht möglich machten. Abgesehen davon stehe die Frage, was für eine Grundlage für die Kalkulation heranzuziehen sei, auch nicht im Zusammenhang mit der Prüfung der Plausibilität der geltend gemachten prospektiven Gestehungskosten. Ebenso wenig eine Frage der Plausibilität sei die Bewertung der angenommenen tariflichen Erhöhungen für das Jahr 2010. Es liege in der Natur der Sache, dass prospektive Betrachtungen für künftige Zeiträume ein Unsicherheitsmoment aufwiesen. Deshalb seien bei vorkalkulatorischen Betrachtungen auch grundsätzlich Vertretbarkeitsspielräume anzuerkennen. Bei dem hier angenommenen Wert von lediglich 2 v.H. handele

es sich um keinen Ansatz, der das Maß des Vertretbaren überschreite. Sofern die Kostenträger darauf verwiesen, ihren Erkenntnissen zufolge sei von 1 v.H. auszugehen, sei dieses (auf einem sehr niedrigen Niveau) Spekulation, solange nicht einmal eine Forderung der Gewerkschaften vorliege. Vor dem Hintergrund, dass [§ 84 Abs. 2 Satz 5 SGB XI](#) keine nachträglichen Ausgleichs zulasse und sie die Verluste bei einem zu niedrigen Ansatz zu tragen habe, habe sie hier äußerst moderat kalkuliert. Die Pflegesatzforderung sei auch leistungsgerecht und entspreche den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung. Eine Vergleichsliste sei von den Kostenträgern bislang zwar noch nicht vorgelegt worden. Vorsorglich werde jedoch darauf hingewiesen, dass die geforderten Pflegesätze aus dem tatsächlichen Ist-Aufwand im U.-S. zuzüglich der angenommenen Tarifsteigerung und dem angenommenen Zuschlag für das unternehmerische Wagnis resultierten. Die Kosten setzten sich zu 82 v.H. aus Personalkosten und zu 17 v.H. aus Sachkosten zusammen. Die im Vergleich zu anderen Heimen höheren Pflegesätze lägen in den höheren Personalkosten im U.-S. begründet. Weitere Gründe könnten darin liegen, dass die anderen Einrichtungen noch nicht auf Basis der neuen Rechtslage verhandelt hätten, und die voraussichtlichen Gestehekungskosten in den dortigen Entgelten noch nicht hinreichend berücksichtigt worden seien. Auch unterschiedliche Personalschlüssel könnten hierfür ein Grund sein oder die fehlende Verpflichtung zur Tarifierung. Die tariflich bedingten Personalkosten seien unter dem Gesichtspunkt wirtschaftlicher Betriebsführung unabweisbar und daher ohne Abzug in die Entgelte aufzunehmen. Das BSG habe in seinen Urteilen vom 29. Januar 2009 nochmals verdeutlicht, dass die Einhaltung einer tariflichen Bindung und der hieraus resultierende Kostenaufwand stets den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung genügen und hieraus resultierende Pflegesatzforderungen folglich wirtschaftlich angemessen und leistungsgerecht seien. Auch die von ihr kalkulierten Aufwendungen im Sachkostenbereich seien wirtschaftlich angemessen. Sie gehe nicht davon aus, dass die kalkulierten Sachkosten von EUR 15,41 höher seien als in anderen Einrichtungen. Im Hinblick auf die örtlichen Besonderheiten habe sie korrigierend eingegriffen, indem sie bei den Energiekosten statt der tatsächlich viel höheren Werte lediglich Durchschnittswerte in Ansatz gebracht habe. Nicht zuletzt seien die Sachkosten in Baden-Württemberg aufgrund der damaligen Schiedsstellenpraxis jahrelang auf maximal EUR 12,75 beschränkt gewesen, was neben den höheren Personalkosten auch erklären könne, dass sie mit ihren nunmehr kalkulierten Entgelten über anderen Einrichtungen liege. Das BSG habe in seinen Urteilen vom 29. Januar 2009 auch darauf hingewiesen, dass eine Vergütung für stationäre Pflegeleistungen im Grundsatz erst dann leistungsgerecht sei, wenn sie die Kosten einer Einrichtung hinsichtlich der voraussichtlichen Gestehekungskosten unter Zuschlag einer angemessenen Vergütung ihres Unternehmerrisikos und eines etwaigen zusätzlichen persönlichen Arbeitseinsatzes sowie einer angemessenen Verzinsung ihres Eigenkapitals decke. Demgemäß habe sie ihre Kalkulation um einen betriebswirtschaftlich angemessenen üblichen Risiko- und Wagniszuschlag von 3 v.H. erweitert. Unter "sonstigem Personal" seien Wäscherei- und Servicekräfte und Kräfte für die Kurzreinigung zu verstehen. Einmalzahlungen enthalte die Ist-Basis der Personalkosten nicht. Die Erhöhung der Insolvenzgeldumlage von 0,1 v.H. auf 0,41 v. H. zum 01. Januar 2010 habe sie nicht berücksichtigt. Der Ansatz der Tarifsteigerung in gleicher Höhe sei deshalb erfolgt, weil angenommen werde, dass die Tarifierhöhungen in verschiedenen Berufsgruppen nicht unterschiedlich ausfallen würden. Bei den Fremdkosten seien keine prospektiven Personalkostensteigerungen in Ansatz gebracht worden. Eine angemessene Verzinsung des Eigenkapitals habe sie nicht berücksichtigt. Sie mache dies auch weiterhin nicht geltend, weise jedoch darauf hin, dass grundsätzlich ein Anspruch auf entsprechende Berücksichtigung bestehe (Verweis auf vorgelegte Berechnung; Bl. 203 und 233 der Akte der Beklagten). Die Klägerin stellte die Berechnung der Fremdleistungen "Hausreinigung" und "Küche/Speisenversorgung", den Berechnungsmodus im Bereich der Zentralen Dienste (HV-Umlage) und die von der Hauptverwaltung für die Einrichtungen erbrachten Leistungen dar. Wegen der Einzelheiten wird auf Bl. 189 bis 201 und 219 bis 231 der Akten der Beklagten verwiesen.

Die Kostenträger beantragten, die Anträge auf Festsetzung der beantragten Vergütungen mangels Plausibilität abzuweisen, hilfsweise bei Feststellung der Plausibilität durch die Beklagte die Anträge an die Vertragsparteien zurückzuweisen mit dem Auftrag, unter Einbeziehung der noch einzureichenden Angaben der Klägerin Verhandlungen zur Wirtschaftlichkeit der Betriebsführung und Angemessenheit der leistungsgerechten Vergütung zu führen, ebenfalls hilfsweise, lediglich für den Fall der Feststellung der Plausibilität und der abgeschlossenen Wirtschaftlichkeitsprüfung durch die Schiedsstelle die Entgelte wie folgt festzusetzen:

Pflegeklasse 1 EUR 51,10 je Berechnungstag Pflegeklasse 2 EUR 67,10 je Berechnungstag Pflegeklasse 3 EUR 86,60 je Berechnungstag Entgelt für Unterkunft EUR 12,20 je Berechnungstag Entgelt für Verpflegung EUR 10,10 je Berechnungstag.

Sie trugen vor, aus den eingereichten Kostenkalkulationen habe sich zunächst eine Forderung von 11,62 v.H. gegenüber den bisherigen Sätzen ergeben, nach der aktualisierten Kalkulation mit der Ergänzung um einen Wagnis- und Risikozuschlag habe sich die Forderung auf 14,62 v.H. erhöht. Eine nachvollziehbare Erklärung für die hohe Steigerung habe nicht gegeben werden können. Die Forderung sei deshalb nicht vollständig plausibel. Nach dem Urteil des BSG vom 29. Januar 2009 ([B 3 P 7/08 R](#), a.a.O.) hätten sie (die Kostenträger) substantiiert auf Unschlüssigkeiten im eigenen Vorbringen der Klägerin hinzuweisen. Unschlüssigkeiten/Widersprüche seien ausreichend, um die aufgestellte Kostenprognose zu erschüttern. Diese Voraussetzungen seien hier gegeben. Für den Bereich der Pflege könnten die von der Klägerin dargestellte Ist-Vollkräfteanzahl und die Personalkosten zwar nachvollzogen werden. Im Bereich der Hauswirtschaft/Technische Dienste sei nicht erklärt, von welcher Gesamtsumme und nach welchem Modus Fremdleistungen (z.B. über die Tochtergesellschaft HDG) kostenmäßig und VK-mäßig in die Darstellung der Ist-Personalkosten eingeflossen sei. In diesem Bereich gebe die Klägerin Kosten für sogenanntes sonstiges Personal an. Es sei für sie (die Kostenträger) nicht nachvollziehbar, was unter sonstigem Personal zu verstehen sei und nach welchen Kriterien die Klägerin Kostenzuordnungen vornehme. Im Bereich Leitung/Verwaltung rechne die Klägerin bei den prospektiven Kosten VK-Stellen und Personalkosten aus dem zentralen Bereich ein. Damit sei hier ebenso nicht nachvollziehbar, ob und inwieweit und nach welchem Modus Kosten bei der Darstellung der Ist-Personalkosten eingeflossen seien. Weiterhin sei auch nicht nachvollziehbar, ob im relevanten Zeitraum für die Darstellung der Ist-Basis die Personalkosten um Einmalzahlungen aufgrund tariflicher Erhöhungen bereinigt worden seien. Auch die prospektiven Personalkosten seien nicht plausibel. Im Bereich Hauswirtschaft/Technische Dienste rechne die Klägerin Fremdleistungen (HDG) bzw. sonstiges Personal ein. Es fehlten nachvollziehbare Angaben zu dem zugrunde gelegten Verteilungsschlüssel und dem dort vorgehaltenen Personal sowie Aussagen darüber, auf wie viele Einrichtungen und Angebote/Leistungen des Heimträgers diese Zentralangebote umgelegt würden. Auch im Bereich Leitung/Verwaltung sei nicht nachvollziehbar, nach welchem Verteilungsschlüssel die prospektiven Personalkosten errechnet würden. Außerdem fehlten Angaben zu der Menge des zentral vorgehaltenen Personals und die dort tatsächlich entstehenden Personalkosten. Weiterhin fehle eine nachvollziehbare Aussage darüber, auf wie viele Einrichtungen und Angebote/Leistungen umgelegt werde. Eine reine Rückrechnung in der Verteilung zur Ausschöpfung eines höchstmöglichen Personalschlüssels in beiden Bereichen sei nicht allein ausreichend. Dies müsse im Zusammenhang mit dem Gesamtangebot gesehen werden. Darüber hinaus seien in allen Bereichen die geltend gemachten prospektiven Tarifsteigerungen in gleicher Höhe angesetzt. Dies sei nach derzeitigen Erkenntnissen über Tarifverhandlungen nicht nachvollziehbar. Auch die beantragten Werte für Sachkosten seien nicht nachvollziehbar und plausibel, da der Anteil des eingerechneten Fremdpersonals nicht nachvollziehbar sei. Einen Wagnis- und Risikozuschlag hielten sie (die Kostenträger) für ausgeschlossen. Das allgemein dargestellte Unternehmerrisiko (z.B.

Wettbewerbsverschärfung, rückläufige Nachfrage) könne nicht dazu führen, dieses Risiko über einen Zuschlag, refinanziert über die Entgelte, abzumildern. Unklar und damit unplausibel bleibe auch, von welcher Basis ausgehend der Zuschlag berechnet worden sei. Zudem würden bei geringerer Auslastung Zusatzleistungen für die Nutzung eines Doppelzimmers angeboten. Im Hinblick auf die unzureichenden Vergütungen der Vergangenheit sei weder beziffert noch nachgewiesen, auf welche Größenordnung sich die angebliche Deckungslücke belaufe. Sollten die Sätze der Entgelte in den letzten Jahren nicht leistungsgerecht und auskömmlich gewesen sein, hätte in der Vergangenheit zu Verhandlungen aufgefordert werden können. Die Klägerin weise für das Jahr 2008 laut der beigelegten Presseinfo vom 01. Juli 2009 einen Gewinn von EUR 2.400.000,00 aus. 80 v.H. der Erlöse resultierten nach eigener Darstellung der Klägerin aus dem Geschäftsbereich Altenhilfe. Insofern sei die Argumentation von nicht ausreichenden Entgelten in der Vergangenheit nicht nachvollziehbar. Hilfsweise werde für den Fall einer vollumfänglichen Plausibilität und Nachvollziehbarkeit der vorgelegten prospektiven Gestehekungskosten und der daraus resultierenden Vergütungen und Entgelte, im Zusammenhang mit dem zweiten Prüfungsschritt (Wirtschaftlichkeitsprüfung/externer Vergleich) darauf hingewiesen, dass für die zentral organisierten Bereich der Verwaltung mangels Details, insbesondere zur tatsächlich vorgehaltenen Personalmenge, zur Eingruppierung und zur Organisationsstruktur, eine abschließende Aussage zur Wirtschaftlichkeit der angesetzten Personalkosten nicht getroffen werden könne. Im Bereich der Hauswirtschaft sei eine detaillierte Betrachtung nicht möglich, da von der Klägerin keine detaillierten Angaben darüber gemacht worden seien, in welchem Ausmaß Dienstleistungen durch die eigene Service GmbH HDG erbracht würden, deren Mitarbeiter nicht an die AVR-DW gebunden seien. Schließlich lägen die Entgeltforderungen der Klägerin nicht nur "oberhalb des unteren Vergleichsdrittels" mit anderen Einrichtungen, sondern weit über den Vergütungen sämtlicher anderer Einrichtungen des Landkreises C., der nach ihrer Auffassung als räumlich einschlägiger Markt zu bewerten sei. Im Landkreis C. seien, mit Ausnahme der Einrichtungen Seniorenresidenz Schönblick, APH Emmaus, Haus Nagoldtal und Seniorenresidenz Dobel, alle Einrichtungen, deren Vergütungen in den oberen zwei Dritteln lägen, tarifgebunden - teilweise sogar, anders als die Klägerin, in allen Bereichen der Leistungserbringung. Teilweise unterlägen sie dem gleichen Tarifvertrag wie die Klägerin (z.B. G. T.-Seniorenzentrum, Heim W., Haus auf dem W.). Die von ihnen (den Kostenträgern) letztlich angebotenen Vergütungen stünden in angemessener Relation zu den Vergütungssätzen der anderen vergleichbaren Einrichtungen, insbesondere auch zu den an die AVR gebundenen Einrichtungen. Die Kostenträger legten eine aktuelle Liste aller Pflegeheime mit den Pflegevergütungen, Vergütungen für Unterkunft und Verpflegung, Anzahl der Pflegeplätze und Datum der Pflegesatzvereinbarung vor und reichten eine Liste mit den vereinbarten Personalschlüsseln nach. Wegen der Einzelheiten wird auf diese Listen (Bl. 117, 145 und 171 der Akten der Beklagten) verwiesen.

Die Beklagte setzte mit Schiedsspruch vom 18. Februar 2010 auf der Basis der geeinten Leistungs- und Qualitätsmerkmale von zwei Bewohnern der Pflegestufe OK (nachrichtlich), drei Bewohnern der Pflegestufe OG (nachrichtlich), 33 Bewohnern der Pflegestufe I, 35 Bewohnern der Pflegestufe II und sieben Bewohnern der Pflegestufe III und einer Personalausstattung von

Personalschlüssel Pflege Hauswirtschaft Leitung/Verwaltung Pflegeklasse 1 1: 3,13 Pflegeklasse 2 1: 2,23 Pflegeklasse 3 1: 1,65 Durchschnitt bzw. Gesamt 1: 2,18 1: 5,9 1: 30

und einer Fachkraftquote von 50 v.H. für den Zeitraum vom 23. November 2009 bis 30. November 2010 folgende Vergütungen und Entgelte für Unterkunft und Verpflegung fest:

Pflegeklasse 1 EUR 53,19 je Berechnungstag Pflegeklasse 2 EUR 69,84 je Berechnungstag Pflegeklasse 3 EUR 90,15 je Berechnungstag Entgelt für Unterkunft EUR 12,54 je Berechnungstag Entgelt für Verpflegung EUR 10,26 je Berechnungstag.

In der Begründung legte sie zunächst die gesetzlich und rahmenvertraglichen Vorschriften, insoweit insbesondere § 17 RV, sowie die Rechtsprechung des BSG in den Urteilen vom 29. Januar 2009, wonach die Ermittlung der leistungsgerechten Pflegevergütungen in einem sogenannten "zweistufigen Verfahren" erfolge, im ersten Prüfungsschritt sei die Plausibilität der einzelnen Kostenansätze festzustellen, im zweiten Prüfungsschritt sei festzustellen, ob der auf nachvollziehbaren prognostischen Gestehekungskosten gegründete Vergütungsanspruch dem Vergütungsvergleich mit anderen Einrichtungen standhalte und insoweit leistungsgerecht im Sinne des [§ 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI](#) sei, dar. Sie führte weiter aus, sie halte die Plausibilität der kalkulierten Personalkostenansätze, ausgehend von den dargelegten und belegten Ist-Personalkosten, mit den im Jahr 2009 tatsächlich eingetretenen und für das Jahr 2010 in geschätzter Höhe anzunehmender Tarifsteigerung gegeben. Die Ansätze für Sachkosten halte sie ebenfalls im Wesentlichen für plausibel. Zweifel blieben an der Plausibilität des angesetzten Wagnis- und Risikozuschlags von 3 v.H. Einen Ansatz für die Verzinsung des Eigenkapitals habe sie - die Beklagte - in einem kürzlich entschiedenen Verfahren (Az. 65/09) für grundsätzlich gerechtfertigt und damit plausibel erklärt. Sie halte für die Mitarbeiter, für die derzeit noch die AVR-DW und ab 01. März 2010 die AVR DW-EKD gelten, einen Steigerungssatz von 2 v.H. für realistisch und damit wirtschaftlich angemessen. Die Kostenträger hätten die von der Klägerin dargelegten Ist-Personalkosten mit den ergänzenden anonymisierten Angaben zu der Zahl und der Eingruppierung der Mitarbeiter in der Personalliste für den Bereich der Pflege und sozialen Betreuung anerkannt. Dies gelte auch für die Fortschreibung dieser Kosten für die Auszubildenden. Der Ansatz von EUR 45.520,00 pro 1,0 VK sei deshalb im Hinblick auf die Tarifbindung, die angenommene Tarifierhöhung von 2 v.H. ab 01. Januar 2010, die als zutreffend unterstellte Eingruppierung der Mitarbeiter sowie die Beachtung der Fachkraftquote von 50 v.H. für die dem Personalschlüssel entsprechende Zahl der VK-Stellen als wirtschaftlich angemessen anzunehmen. Auch die dargelegten Ist-Kosten und prospektiv kalkulierten Personalkosten für die übrigen tarifgebundenen Mitarbeiter, die die Kostenträger nicht bestritten hätten, seien wirtschaftlich angemessen. Dies gelte auch für die im Bereich Leitung und Verwaltung angesetzte Umlage für die in der Hauptverwaltung zentral erbrachten Leistungen. Schließlich sei auch der kalkulierte Personaldurchschnittskostenansatz über alle Wirtschafts- und Technik-Dienste insgesamt wirtschaftlich angemessen. Die Berechnung der Sachkosten sei ebenfalls nachgewiesen und als wirtschaftlich angemessen zu betrachten. Einen Ansatz für die sogenannte Eigenkapitalverzinsung habe sie die Beklagte - nicht berücksichtigt, nachdem die Klägerin hierüber weder mit den Kostenträgern verhandelt noch einen rechnerischen Ansatz in die Kalkulation aufgenommen habe. Den gesondert berechneten Zuschlag "einer angemessenen Vergütung ihres Unternehmerrisikos" habe sie - die Beklagte - der Klägerin nicht zugestanden. Zwar gäben die Urteile des BSG hierzu einen Hinweis mit der Formulierung, dass zu den Kosten einer Einrichtung auch der "Zuschlag einer angemessenen Vergütung ihres Unternehmerrisikos" zähle. Allerdings gebe das BSG weder eine aus einer gesetzlichen Bestimmung abgeleitete Begründung noch eine Definition dessen, welche Faktoren dieses Unternehmerrisiko ausmachten. Die Klägerin habe in der Anlage 6 (Bl. 63 der Akte der Beklagten) keine konkreten Ereignisse für die Vergangenheit bezogen auf ihre Einrichtung oder eine andere Einrichtung in ihrer Trägerschaft benannt, aus denen eine gewisse Wahrscheinlichkeit eines gesteigerten Risikos für ihren Betrieb hätte abgeleitet werden können. Ihr kalkulatorischer Ansatz mit 3 v.H. auf die geltend gemachten Pflegesätze und das Entgelt für Unterkunft und Verpflegung würde für die Heimbewohner neben den von ihnen für die Pflegeleistungen geschuldeten Beträge und dem zusätzlich berechneten

Investitionskosten aufwand eine weitere nicht unerhebliche Zahlungsverpflichtung bedeuten. Sie - die Beklagte - sei der Auffassung, dass mit der Höhe der zuerkannten Pflegesätze, dem Entgelt für Unterkunft und Verpflegung und der angenommenen Auslastungsquote von 96,5 v.H. mögliche Betriebsrisiken abgefangen werden könnten. Im Übrigen stünden der Klägerin die Einnahmen aus den von den Einwohnern aufzubringenden Investitionskostenanteilen und aus ihren Betriebsgewinnen zur Verfügung. Diese rechnerisch ermittelten Vergütungssätze, die den ursprünglich von der Klägerin geltend gemachten Pflegevergütungen (d.h. ohne den nachträglich kalkulierten Zuschlag für das Unternehmerrisiko mit 3 v.H.) entsprächen, seien weiter einer Prüfung der Vergleichbarkeit mit anderen Pflegeheimen im Einzugsbereich, das sei der Landkreis C., zu unterziehen. Das BSG habe auch in seinen Urteilen vom 29. Januar 2009 an einem marktorientierten Versorgungskonzept festgehalten. Es halte geltend gemachte Pflegesätze und Entgelte dann nicht für angemessen, wenn Kostenansätze und erwartete Kostensteigerungen nicht plausibel erklärt werden könnten oder wenn die begehrten Sätze im Verhältnis zu anderen stationären Pflegeeinrichtungen unangemessen seien. Nach den Ausführungen des BSG komme es in der Gesamtbewertung jeweils entscheidend darauf an, ob der von der Einrichtung geforderte Vergütungssatz im Vergleich mit günstigeren Pflegesätzen und Entgelten anderer Einrichtungen im Hinblick auf die Leistungen der Einrichtungen und die Gründe für ihren höheren Kostenaufwand (dennoch) als insgesamt angemessen und deshalb leistungsgerecht im Sinne von [§ 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI](#) anzusehen seien. Sei diese Frage zu bejahen, dann seien Pflegesatz- und Entgeltforderungen auch oberhalb des unteren Vergleichsdrittels wirtschaftlich angemessen. Nach der von den Kostenträgern vorgelegten Liste aller Pflegeheime im Landkreis C. rangiere die Klägerin mit den zuletzt von ihr (der Beklagten) ab 01. Oktober 2003 festgesetzten Pflegevergütungen an fünfter Stelle nach den Einrichtungen, die in den Jahren 2007 bzw. 2009 neue Pflegevergütungen vereinbart hätten. Mit dem rechnerisch ermittelten Ergebnis liege sie künftig an erster Stelle, und zwar mit einem Abstand von fast 4 v.H. über den bisher höchsten Pflegevergütungen des Heimes W. (Heim W.) und noch deutlicher über denen des Pflegeheimes G. T.-Seniorenzentrum (G.-Seniorenzentrum), das erst zum 01. November 2009 - also etwa für denselben Zeitraum wie im vorliegenden Fall - neue Pflegeentgelte vereinbart habe. Von den Beteiligten seien keine Hinweise vorgetragen worden, dass diese beiden Einrichtungen oder die anderen Pflegeheime, deren derzeitigen Pflegevergütungen im sogenannten oberen Drittel aller Pflegeheime lägen, mit ihren Leistungen nicht mit dem Pflegeheim der Klägerin vergleichbar seien. Auch sie - die Beklagte - habe hierfür keine Anhaltspunkte gefunden. Bei den unterschiedlichen Zeitpunkten, zu denen neue Pflegesätze in einem Landkreis vereinbart bzw. festgesetzt würden, und bei der im vorliegenden Fall erstmals nach der neuen Rechtsprechung des BSG beachteten Kostenentwicklung sei es erklärbar, dass neue Pflegevergütungen zu einer neuen Spitzenposition führen könnten. Dies sei bei den rechnerisch ermittelten Ergebnissen der neuen Pflegevergütungen für die Einrichtung der Klägerin der Fall. Gleichwohl könne nach ihrer (der Beklagten) Auffassung das bisherige Niveau der Pflegevergütungen im Landkreis nicht unberücksichtigt bleiben. Sie (die Beklagte) habe deshalb, um ein ausgewogenes Verhältnis zu den anderen mit ihren Pflegevergütungen im obersten Bereich angesiedelten Pflegeheimen zu finden, den Abstand zum Heim W. mit einer Steigerung von 2,7 v.H. bei den Pflegesätzen und 2,4 v.H. bei dem Entgelt bei Unterkunft und Verpflegung begrenzt. Dies bedeute für die Klägerin immerhin eine Budgetsteigerung von insgesamt 8,56 v.H. ... Damit seien einerseits noch immer wirtschaftlich angemessene Personaldurchschnittskosten zugrunde gelegt, aber auch aufgezeigt, dass gerade die jüngst vereinbarten Pflegesätze anderer Pflegeeinrichtungen im Nahbereich zum Pflegeheim der Klägerin den Hinweis auf vergleichbare leistungsgerechte Entgelte gäben.

Gegen den am 09. März 2010 zur Post gegebenen Schiedsspruch hat am 08. April 2010 die Klägerin Klage zum Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg erhoben. Die Klägerin begehrt die Neubeschcheidung mit dem Ziel der Festsetzung der von der Beklagten für wirtschaftlich angemessenen Pflegesätze zuzüglich eines Ansatzes für das Risiko und Wagnis oder für die Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals. Sie trägt vor, die Beklagte habe entgegen den Vorgaben des BSG Vergütungen festgesetzt, die unterhalb dem nach ihrer eigenen Auffassung wirtschaftlich Angemessenen lägen. Damit werde namentlich die Vorgabe des BSG, dass tariflich geschuldete Personalaufwendungen stets durch die Pflegevergütungen zu refinanzieren seien, missachtet. Mit Urteilen vom 29. Januar 2009 habe das BSG neue Grundsätze für die Findung von Vergütungen für stationäre Pflegeeinrichtungen aufgestellt. Danach seien Pflegesatzverhandlungen und Schiedsstellenverfahren nach einem zweigliedrigen Prüfungsmuster durchzuführen. Zunächst seien die voraussichtlichen Kosten abzuschätzen, sodann gehe es um die Leistungsgerechtigkeit nach [§ 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI](#). Die Leistungsgerechtigkeit bzw. wirtschaftliche Angemessenheit der auf plausibler Grundlage benötigten Vergütungen könne nur noch eingeschränkt aufgrund des "externen Vergleichs" geprüft werden. Soweit die geforderten Vergütungen auf tariflich geschuldeten Personalaufwendungen beruhten, sei die wirtschaftliche Angemessenheit unabhängig vom externen Vergleich anzuerkennen. Hiervon weiche der Schiedsspruch ab. Den von der Beklagten vorgenommenen dritten Prüfungsschritt in Form des externen Vergleichs gebe es in der Rechtsprechung des BSG nicht. Vielmehr sei Gegenstand der Prüfung der wirtschaftlichen Angemessenheit gerade die Bewertung der Vergütungskalkulation anhand des "externen Vergleichs" und anderer Kriterien. Überlagerten diese anderen Kriterien den "externen Vergleich", so sei für dessen nochmalige Anwendung in einem dritten Prüfungsschritt kein Raum. Außerdem führe der Schiedsspruch dazu, dass tarifliche Personalaufwendungen, deren wirtschaftliche Angemessenheit die Beklagte ausdrücklich festgestellt habe, nicht refinanziert würden. Rechtswidrig sei der Schiedsspruch auch, weil die Beklagte keinen Ansatz für ihr Risiko und Wagnis oder für die Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals berücksichtigt habe. Insoweit vertrete das BSG in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass Ansätze für das zu tragende Unternehmerrisiko sowie die Verzinsung des Eigenkapitals zu den wirtschaftlich angemessenen Kalkulationsgrößen gehörten (BSG, Urteile vom 14. Dezember 2000 - [B 3 P 19/00 R](#) - [SozR 3-3300 § 85 Nr. 1](#), vom 29. Januar 2009 - [B 3 P 7/08 R](#) -, a.a.O. sowie vom 17. Dezember 2009 - [B 3 P 3/08 R](#) - [SozR 4-3300 § 89 Nr. 2](#)). Dabei erwähne das BSG beide Ansätze - Unternehmerrisiko und Eigenkapitalverzinsung - ausdrücklich nebeneinander. Es handele sich um zwei unterschiedliche Kalkulationspositionen. Auch auf anderen Rechtsgebieten in Normsetzung und Rechtsprechung sei anerkannt, dass der Ansatz eines Aufschlags für das Unternehmerwagnis betriebswirtschaftlich notwendig sei. Zu verweisen sei insoweit auf die Kostenmiete im Recht des sozialen Wohnungsbaus und den Aufschlag im öffentlichen Preisrecht. Da im Vergütungssystem des SGB XI nachträgliche Ausgleichs auf der Grundlage der tatsächlichen Selbstkosten des Einrichtungsträgers ausgeschlossen seien ([§ 84 Abs. 2 Satz 5 SGB XI](#)), sei die Situation mit der Festpreisberechnung nach öffentlichem Preisrecht vergleichbar. Der Wagniszuschlag müsse danach zwischen 2,5 und 5 v.H. betragen. Dass die Vergütungen in Baden-Württemberg generell auf der Grundlage einer Auslastung von 96,5 v.H. kalkuliert würden, decke das Unternehmerrisiko nicht hinreichend ab. Denn dieser Ansatz beziehe sich allein auf das besondere Belegungsrisiko in der stationären Pflege. In der Praxis der Pflegeheime sei ein Auslastungsgrad von über 96 bis 97 v.H. auch im Falle eines Nachfrageüberhangs regelmäßig nicht erreichbar, da die Zahlungspflicht der Heimbewohner und der Pflegekassen nach [§ 87a Abs. 1 Satz 2 SGB XI](#) mit dem Todestag ende, und die durchschnittliche Verweildauer der Bewohnerinnen und Bewohner in den Pflegeheimen in den letzten Jahren auf Zeiträume von nur noch etwa zwei Jahren gesunken seien. Leerstandskosten könnten nicht umgelegt werden. In der amtlichen Begründung zu [§ 87a Abs. 1 SGB XI](#) heiße es insoweit "Etwaige Leerstände im Anschluss an das Versterben oder Ein- und Auszug aus dem Heim lassen sich über die Auslastungskalkulation auffangen, die in der Vertragspraxis bereits jetzt üblich ist." (Bundestags-Drucksache [BT Drs.] 14/5395, zitiert nach Hauck/Noftz, SGB XI, Kommentar, Stand: März 2010, M 014, S. 39). Anerkenne der Ordnungsgeber in § 29 der 2. Berechnungsverordnung bereits im Mietrecht ein Ausfallrisiko von 2 v.H. an, so müsse dieses in der stationären Pflege schon unter dem Gesichtspunkt des Leerstandes bei Neuebelegung

höher liegen. Im Mietrecht sei die Überwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter durchweg üblich, dies sei in Pflegeheimen nicht zulässig, zudem sei die Neubelegung wesentlich häufiger. Ungedeckt blieben somit im Ansatz der Beklagten insbesondere folgende Risiken: Abfindungen für das Personal, Kosten des Arbeitgebers für sozialrechtliche Instrumente wie Elternzeit oder Altersteilzeit, Lohnfortzahlung im Falle gehäufter Erkrankungen des Personals (Grippewellen u.ä.), Betriebsrisiken für Elementarschäden u.ä., soweit diese nicht versicherbar seien oder die Versicherungen Selbstbehalte vorsehen, fehlerhafte Einstufung von Bewohnerinnen und Bewohnern in eine zu niedrige Pflegestufe oder verzögerte Anpassung der Pflegestufe nach oben, Forderungsausfälle. [§ 84 Abs. 2 Satz 5 SGB XI](#) weise diese Risiken ausdrücklich dem Unternehmer zu. Kehrseite dieser Risikozuweisung müsse aber die Zuerkenntnis eines angemessenen Aufschlags in der Kalkulation sein, um die Risiken betriebswirtschaftlich abdecken zu können. Soweit die Beklagte die Nichtberücksichtigung der (hilfsweise geforderten) Eigenkapitalverzinsung mit dem Hinweis begründe, über eine Eigenkapitalverzinsung sei zwischen den Beteiligten nicht verhandelt worden, greife dies zu kurz. Sie, die Klägerin, habe eine zusätzliche Begründung für einen Kalkulationsansatz gegeben, der von Anfang an in der Kalkulation enthalten gewesen sei und auch mit den Kostenträgern verhandelt worden sei. Zudem hätten die Kostenträger im Laufe des Schiedsverfahrens ausreichende Gelegenheit gehabt, auch unter dem Gesichtspunkt der Eigenkapitalverzinsung Stellung zu nehmen. Die Eigenkapitalverzinsung sei vom BSG ebenso eindeutig anerkannt wie der Risikozuschlag. Selbst die Beklagte habe in ihrer Entscheidung vom 26. Januar 2010 mit dem Az. 65/09 eine Eigenkapitalverzinsung in Höhe von 2 v.H. der Personalaufwendungen in drei Monaten anerkannt. Zudem sei darauf hinzuweisen, dass eine angemessene Eigenkapitalverzinsung auch in den Nrn. 43 ff. der beigefügten Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten - LPS - (Anlage zur Verordnung PR Nr. 30/53 vom 21. November 1952 - Stand: zuletzt geändert durch Art. 289 der Verordnung vom 25. November 2003, [BGBl. I, S. 2304](#)) anerkannt sei. Die Auffassung der Beklagten, wonach tarifliche Personalaufwendungen nicht vollständig zu berücksichtigen seien, führe zu einem unauflösbaren Widerspruch zu der neu gefassten Vorschrift des [§ 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XI](#). Danach sei nun zwingende Voraussetzungen des Abschlusses eines Versorgungsvertrags, dass der Einrichtungsträger eine in Pflegeeinrichtungen ortsübliche Arbeitsvergütung an die Beschäftigten zahle. Ortsüblich seien aber vielfach Vergütungen, die sich an den (weitgehend übereinstimmenden) Tarifwerken der öffentlichen Hand und der Wohlfahrtspflege orientierten. Eine Vergütung für das Unternehmerrisiko habe sie für U.-S. bereits im Jahr 2003 geltend gemacht. Soweit die Beklagte auf ihre Gewinne hinweise, sei auf die Eigenart der Vergütung für das Unternehmerrisiko hinzuweisen. Es handele sich um einen kalkulatorischen Ansatz, der mit Ist-Aufwendungen in dieser Form nicht belegt werden könne. Würde sie (die Klägerin) und andere Einrichtungsträger keine Pflegeheimplätze zur Verfügung stellen, so müsste die öffentliche Hand selbst Pflegeheime betreiben, um den Bedarf der heimbewohrenden Menschen zu decken. Sie habe dann selbst die genannten Risiken zu tragen. Darüber hinaus hätte sie im Falle plötzlicher Steigerungen beispielsweise der Energiekosten, der Tariflöhne oder Marktpreise für Pflegefachkräfte oder anderer Faktoren die Kosten selbst zu tragen. Von diesem Risiko werde die öffentliche Hand frei, indem sie mit privaten Einrichtungsträgern wie ihr (der Klägerin) zusammenarbeite. Es liege auf der Hand, dass die angemessene Vergütung für diesen Risikoübergang nicht direkt aus Kostenansätzen abgeleitet werden könne. Das BSG spreche insoweit auch nicht von Kosten, sondern von - so wörtlich - einer Vergütung für das Unternehmerrisiko. Hinzuweisen sei zur weiteren Verdeutlichung insoweit auch auf den beigefügten Auszug aus dem Fachgutachten von Werner Heister, Berechnung betriebsnotwendiger Investitionsaufwendungen, 2000. Soweit die Beklagte auf ihre Pressemitteilung verweise, ergebe sich daraus, dass sie bei einem Umsatz von rund EUR 240.000.000,00 einen Überschuss von EUR 2.400.000,00 erzielt habe (2008). Dies entspreche lediglich einer - vergleichsweise geringen - Umsatzrendite von 1 v.H. ... Bei genauem Hinsehen zeige sich zudem, dass von dem Überschuss nur rund EUR 300.000,00 aus der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit stammten. Dies entspreche lediglich einer Umsatzrendite von 0,125 v.H. und dies sei nicht mehr als eine "schwarze Null". Im Übrigen bleibe sie dabei, dass ihr Kalkulationsansatz für die Vergütung des Unternehmerrisikos es auch rechtfertige, stattdessen einen Betrag für die Eigenkapitalverzinsung zuzusprechen. Beide Ansätze beträfen den Sachkostenbereich. Sie würden sich auf die Vergütungen und Entgelte in exakt gleicher Weise auswirken.

Die Klägerin beantragt,

den Schiedsspruch der Beklagten vom 18. Februar 2010 (Az.: 71/09) aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, über ihren Schiedsantrag vom 18. November 2009 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu entscheiden.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Auffassung der Klägerin, dass der so genannte externe Vergleich nur Bedeutung für die Frage habe, ob die Pflegesatzforderung dem unteren Drittel der Pflegevergütungen aller Pflegeheime im Einzugsbereich zugeordnet werden könne, nicht jedoch dann, wenn aufgrund von Tarifbestimmungen ein höherer Personalkostenaufwand entstehe, der dann "stets den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung" genüge, werde den Entscheidungsgründen des BSG nicht gerecht. Das BSG messe in den genannten Urteilen vom 29. Januar 2009 entgegen seinem früheren Urteil vom 14. Dezember 2000 den voraussichtlichen Gestehungskosten (nach Prüfung der Plausibilität und wirtschaftlichen Angemessenheit) eine maßgebende Bestimmung für die Höhe der leistungsgerechten Pflegevergütungen zu. Andererseits stelle es aber auch unmissverständlich klar, dass "ausschließlich auf Gestehungskosten gestützte Vergütungsansprüche im geltenden Recht keine Grundlage finden". Würden deshalb die Pflegevergütungen allein auf der Grundlage von als wirtschaftlich angemessen beurteilten Personal- und Sachkosten (Gestehungskosten) ermittelt, d.h. errechnet, dann liefe das nicht nur diesem Urteilsgrundsatz zuwider. Es würde im Ergebnis auch bedeuten, dass kalkulierte Gestehungskosten = Selbstkosten durch entsprechend hohe Pflegevergütungen gedeckt würden. Dies sei unzulässig. Das BSG gehe auch neben der Berücksichtigung der Gestehungskosten unverändert von einem Wettbewerbskonzept des Vergütungssystems des SGB XI aus und folgere daraus, dass die Pflegevergütung "auf einem marktorientierten Versorgungskonzept beruhen muss". Dies gelte nicht nur für das sogenannte untere Drittel der Pflegevergütungen im Einzugsbereich, sondern auch für Pflegeentgelte, die aufgrund der als wirtschaftlich angemessen bewerteten Gestehungskosten oberhalb dieses Bereiches festzusetzen seien. Auch in diesem oberen Segment blieben die Pflegesätze anderer Pflegeeinrichtungen eine zu berücksichtigende Vergleichsgröße im Rahmen der Prüfung der wirtschaftlichen Angemessenheit, bestimmten jedoch weder ausschließlich noch begrenzend die individuelle Festsetzung der Pflegevergütungen des antragstellenden Pflegeheimes. Das BSG benenne als Maßstab den "generalisierten Vergütungsbedarf eines idealtypischen und wirtschaftlich operierenden Pflegeheimes" und folgere dies aus dem Gesetzeswortlaut in [§ 84 Abs. 2 Satz 4 SGB XI](#) "einem" Pflegeheim ... und aus [§ 84 Abs. 2 Satz 7 SGB XI](#). Dieser Maßstab könne nur aus einem Vergleich von Pflegevergütungen der Pflegeheime entnommen werden. Zu erwähnen bleibe auch noch, dass im vorliegenden Fall die von ihr (der Beklagten) festgesetzten neuen Pflegevergütungen - in der Gesamtabwägung - zu Beträgen geführt hätten, die nicht nur oberhalb des unteren Drittels, sondern an der Spitze aller Pflegeentgelte im Landkreis C. lägen. Ein Kostenansatz für die sogenannte Eigenkapitalverzinsung könne nicht berücksichtigt werden. Die Klägerin habe weder im Rahmen der Pflegesatzverhandlungen noch in der

Antragsbegründung vom 18. November 2009 diesen Kostenfaktor benannt. Sie habe ihn auch nicht in ihre Kalkulation im Rahmen der Kostenträgerrechnung eingestellt. Erstmals im ergänzenden Antragsschriftsatz vom 12. Februar 2010 habe sie Ausführungen zur Eigenkapitalverzinsung gemacht und eine Berechnung vorgelegt. Gleichwohl habe sie ihre bisherige Pflegesatzforderung weder entsprechend verändert noch diesen Ansatz fürsorglich zur Begründung ihrer Forderung geltend gemacht. Die Kostenträger und sie (die Beklagte) hätten deshalb im Vorfeld der Schiedsverhandlung keinen Anlass gehabt, sich mit diesem Kostenansatz zu befassen. Die Kostenfaktoren Unternehmerrisikozuschlag und Eigenkapitalverzinsung seien je eigenständige Kalkulationsposten. Sie beeinflussten in unterschiedlicher Höhe die geltend zu machenden Pflegevergütungen, weil sich die Eigenkapitalverzinsung nur aus den Personalkosten, der Risikozuschlag jedoch aus den Gesamtkosten errechne. Der Kostenfaktor Unternehmerrisiko bedürfe der inhaltlichen Konkretisierung. Risiken, die in der Belegung des Pflegeheimes begründet seien, würden zum einen durch den kalkulatorischen Ansatz der 96,5 prozentigen Auslastung und nach den Regelungen in [§ 87a SGB XI](#) aufgefangen. Daneben gebe es Risiken des Betriebs, die versichert werden könnten. Auch die Klägerin habe dafür einen Kostenansatz in ihre Kalkulation aufgenommen. Soweit Risiken verblieben, die nicht zu versichern seien, habe die Klägerin den Grad der Wahrscheinlichkeit und Häufigkeit anhand von Erfahrungen der vergangenen Jahre entweder aus dem antragstellenden Pflegeheim selbst oder aus anderen vergleichbaren Pflegeheimen in ihrer Trägerschaft darzulegen und nachzuweisen. Dazu habe die Klägerin nichts vorgetragen. Die Auflistung möglicher Risiken reiche nicht aus. Ferner sei auf den wesentlichen gesetzlichen Aspekt hinzuweisen, wonach nach [§ 84 Abs. 2 Satz 5 SGB XI](#) Überschüsse dem Pflegeheim verblieben und Verluste von ihm zu tragen seien. Wenn einem Heimträger zugestanden würde, bestimmte (welche?) Betriebsrisiken aus Kostenpositionen kalkulatorisch in die Begründung einer Pflegesatzforderung einzustellen, dann würde dies bedeuten, dass zu erwartende Betriebsverluste vermieden oder zumindest verringert werden könnten. Im Gegenzug sei dann aber zu fragen, mit welchem Ansatz der Heimträger Gewinne aus dem Betrieb des Pflegeheims einkalkuliert habe. Beide Ansätze müssten korrespondierend gesehen werden. Auffallend sei, dass ein Kostenansatz "Unternehmerrisiko oder -wagnis" nach dem Urteil des BSG vom 14. Dezember 2000 nie konkret kalkuliert und geltend gemacht worden sei. Dies habe sich erst nach den Urteilen vom 29. Januar 2009 geändert. Genauso auffallend sei aber auch, dass ein kalkulatorischer Ansatz für eine bestimmte Rendite (Gewinn im Sinne [§ 84 Abs. 2 Satz 5 SGB XI](#)) bisher weder offen benannt noch hinterfragt worden sei. Es bleibe die Frage, ob das von der Klägerin geltend gemachte Unternehmerrisiko in der Kalkulation nicht durch einen mindestens ebenso hohen kalkulatorischen Ansatz für zu erzielenden Gewinn ausgeglichen sei. Nach der Presseinformation der Klägerin habe der Konzern im Jahr 2008 nicht unerhebliche Gewinne erzielt. Auch dazu habe die Klägerin bisher nichts vorgetragen. Diese Argumentation finde im eigenen Vortrag der Klägerin und den von ihr vorgelegten und die in Bezug genommenen Unterlagen LPS eine Bestätigung. Diese gäben nicht nur Hinweise zur Darstellung der kalkulatorischen Kosten wie unter 43 f. und Nr. 47 f. für die Berechnung von Zinsen und die Bewertung von Unternehmerwagnissen. Sie enthielten unter Nr. 48 und 49 auch den unmissverständlichen Hinweis darauf, dass kalkulierten Wagnissen auch kalkulierte Gewinne gegenüberstünden.

Der Senat hat mit Beschluss vom 05. Mai 2010 neben den nunmehrigen Beigeladenen zu 1) bis 3) auch zunächst die BKK-IKK Arbeitsgemeinschaft Baden-Württemberg beigeladen. Die Beiladung der BKK-IKK Arbeitsgemeinschaft Baden-Württemberg hat der Senat mit Beschluss vom 08. Dezember 2010 aufgehoben.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt und mit Ausnahme der Beigeladenen zu 3) auch nicht Stellung genommen. Die Beigeladene zu 3) hat ausgeführt, dass die Klägerin zu Unrecht eine dreistufige Prüfung der Beklagten beanstande. Die Beklagte gehe von einem zweistufigen Verfahren, wie vom BSG vorgegeben, aus. Der Vergleich mit den übrigen Einrichtungen im Landkreis C. sei im Rahmen der zweiten Stufe, der Prüfung der wirtschaftlichen Angemessenheit, vorgenommen worden. Ein solcher externer Vergleich im Rahmen der wirtschaftlichen Angemessenheit sei rechtmäßig. Das BSG habe nicht dahingehend entschieden, dass man die vergleichbaren Einrichtungen im jeweiligen Landkreis ausschließlich für die Prüfung, ob die strittige Einrichtung im unteren Drittel liege oder nicht, heranziehen dürfe. Deshalb müssten Kürzungen der Beklagten, begründet mit vergleichbaren Einrichtungen, zulässig sein. Die Beklagte habe auch keine Vergütungen festgesetzt, die unterhalb dem nach ihrer eigenen Auffassung wirtschaftlichen Angemessenen lägen. Sie habe zunächst eine Plausibilitätsprüfung der einzelnen Kostenansätze angestellt und dann rechtmäßig nach der Leistungsgerechtigkeit und wirtschaftlichen Angemessenheit gefragt und sodann in diesem Bereich gekürzt. Klarstellend sei darauf hinzuweisen, dass von ihr (der Beigeladenen zu 3)) Personalkosten nur im tatsächlichen Bereich zugestanden worden seien, nicht aber im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung. Auch der geforderte Risikozuschlag und die Eigenkapitalverzinsung sei rechtmäßig abgelehnt worden. Die Begrifflichkeiten würden von der Klägerin unzulässig vermengt. Die hilfsweise geforderte Eigenkapitalverzinsung sei etwas ganz anderes wie der dreiprozentige Wagnis- und Risikozuschlag. Konkret vorhandenes Eigenkapital sei nie nachgewiesen worden, sodass diesbezüglich keine Verzinsung erfolgen könne. Was den Risikozuschlag betreffe, sei kein besonderes oder gesteigertes Risiko für den Betrieb aus der Vergangenheit belegt. Insoweit sei der Verweis der Beklagten auf die Auslastungsquote von 96,5 v.H., die zuerkannten Pflegesätze, die möglichen Einnahmen aus den Investitionskostenanteilen und aus Betriebsgewinnen überzeugend. Folge man der Argumentation der Klägerin, dass die Beklagte zuvor als wirtschaftlich und angemessen erkannte Vergütungen rechtswidrig gekürzt habe, würde es um Selbstkostenverhandlungen gehen, bei denen die Tarifierhöhungen ohne weitere Erwägungen ungekürzt akzeptiert werden müssten. Dies sei nicht im Sinne der BSG-Rechtsprechung und widerspreche eklatant dem Wirtschaftlichkeitsgebot und dem Gebot eines externen Vergleichs. Die Argumentation mit der Freistellung der öffentlichen Hand von dem Risiko, selbst entsprechende Einrichtungen zu betreiben, halte sie für verfehlt. Man sollte schon beim ganz konkreten Einzelfall bleiben und im konkreten Einzelfall, hier dem U.-S., darlegen, warum ein Unternehmerrisiko als Wagniszuschlag gerechtfertigt sein solle. Die Zahlen aus der Pressemitteilung 2008 könne sie nicht nachvollziehen. Laut einem beigefügten Artikel aus der Stuttgarter Zeitung vom 25. Juni 2010, habe der Jahresüberschuss im Jahr 2009 EUR 4.100.000,00 betragen. Hieran müsse man sich - wenn überhaupt - rechnerisch orientieren, da Vergütungen für den Zeitraum 2009/2010 streitig seien.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsakten sowie auf die Gerichtsakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist begründet. Der Schiedsspruch der Beklagten vom 18. Februar 2010 betreffend das U.-S. (Aktenzeichen der Beklagten 71/09) ist rechtswidrig. Die Beklagte war deshalb unter Aufhebung des Schiedsspruchs zur Neubescheidung für den Zeitraum vom 23. November 2009 bis 30. November 2010 zu verurteilen.

1. Die Klage ist zulässig.

a) Die sachliche Zuständigkeit des LSG für die Klage folgt aus [§ 29 Abs. 2 Nr. 1 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) in der seit dem 01. April 2008 und daher hier schon anwendbaren Fassung (die Klage wurde erst nach diesem Zeitpunkt erhoben) des Gesetzes zur Änderung des SGG und des Arbeitsgerichtsgesetzes (SGGArbGGÄndG) vom 26. März 2008 ([BGBl. I, S. 444](#)). Nach dieser Vorschrift entscheiden die Landessozialgerichte im ersten Rechtszug über Klagen u. a. gegen Entscheidungen der Schiedsstellen nach [§ 76 SGB XI](#). Zu diesen Entscheidungen gehört u. a. die Festsetzung der Pflegesätze nach einem Scheitern von Pflegesatzverhandlungen auf Antrag einer Vertragspartei der Pflegesatzvereinbarung nach [§ 85 Abs. 5 Satz 1 SGB XI](#). Bei der Beklagten dieses Verfahrens handelt es sich um eine solche Schiedsstelle, angegriffen ist ihr Schiedsspruch vom 18. Februar 2010, mit dem die Pflegesätze für das U.-S. für die Zeit vom 23. November 2009 bis 30. November 2010 festgesetzt worden sind.

b) Das angerufene LSG ist für die Klage auch örtlich zuständig, weil die Klägerin ihren Sitz im Land Baden-Württemberg und damit im Bezirk des erkennenden LSG hat. Dies folgt aus einer entsprechenden Anwendung des [§ 57 Abs. 1 Satz 1 SGG](#). Das SGGArbGGÄndG hat bei der Einführung einer originären erstinstanzlichen Zuständigkeit "der Landessozialgerichte" in [§ 29 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) zum 01. April 2008 keine Regelung darüber getroffen, welches Landessozialgericht örtlich zuständig sein soll. Die speziellen Regelungen der [§§ 57a](#) und [57b SGG](#) sind nicht anwendbar, außerdem betreffen auch sie nur die örtliche Zuständigkeit eines Sozialgerichts. Dies rechtfertigt es, [§ 57 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) anzuwenden, wobei dies nur entsprechend geschehen kann, weil diese Norm ihrem Wortlaut nach nur die örtliche Zuständigkeit der Sozialgerichte regelt. Auch der Gesetzgeber des SGGArbGGÄndG hat ausgeführt, dass sich die Neuregelung in [§ 29 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) "auf die instanzliche und örtliche Zuständigkeit für vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung anhängige Klageverfahren () nicht" auswirke (BT Drs. 16/7716, S. 16, Hervorhebung nur hier). Hieraus lässt sich entnehmen, dass nach Ansicht des Gesetzgebers in Zukunft das LSG zuständig sein sollte, das dem bislang örtlich zuständigen Sozialgericht im Instanzenzug vorgesetzt ist. Nach [§ 57 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) nun folgt die örtliche Zuständigkeit aus dem Sitz der Klägerin zur Zeit der Klageerhebung.

c) Die Klage ist form- und auch fristgerecht erhoben. Da der Schiedsspruch einer Schiedsstelle nach [§ 85 Abs. 5 Satz 1 SGB XI](#) einen Verwaltungsakt darstellt, ist eine Anfechtungs- und Bescheidungsklage gegen ihn nach [§ 87 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) binnen eines Monats ab seiner Bekanntgabe zu erheben. Für den Zeitpunkt der Bekanntgabe ist hier [§ 37 Abs. 2 Satz 1](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) heranzuziehen, da ein förmlicher Zustellungsnachweis fehlt. Nach dieser Vorschrift gilt ein Verwaltungsakt als am dritten Tage nach seiner Aufgabe zur Post als bekanntgegeben. Den hier angegriffenen Schiedsspruch hat die Beklagte am 09. März 2010 zur Post gegeben, wie sich aus dem Absendevermerk in ihrer Verwaltungsakte ergibt. Tag der Bekanntgabe war daher der 12. März 2010. Die einmonatige Klagfrist lief somit am 12. April 2010 ab. Die Klage ging am 08. April 2010 beim LSG ein.

d) Eines Vorverfahrens vor Klageerhebung nach [§ 78 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) bedurfte es nach [§ 78 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGG](#) i.V.m. [§ 85 Abs. 5 Satz 4 Halbsatz 1 SGB XI](#) nicht.

2. Die Klage ist begründet.

Gegenstand des Rechtsstreits ist der Zeitraum vom 23. November 2009 bis 30. November 2010. Denn nur für diesen Zeitraum hat der Schiedsspruch eine Entscheidung getroffen.

Nach [§ 85 Abs. 5 Satz 1 SGB XI](#) setzt die Schiedsstelle nach [§ 76 SGB XI](#) auf Antrag einer Vertragspartei die Pflegesätze unverzüglich fest, wenn eine Pflegesatzvereinbarung innerhalb von sechs Wochen nicht zustande kommt, nachdem eine Vertragspartei schriftlich zu Pflegesatzverhandlungen aufgefordert hat. Die Klägerin ist Vertragspartei einer Pflegesatzvereinbarung ([§ 85 Abs. 2 Satz 1 SGB XI](#)). Denn sie ist Trägerin des im vorliegenden Verfahren betroffenen zugelassenen U.-S ... Sie hat die Kostenträger schriftlich zu Vergütungsverhandlungen aufgefordert, die zu keiner Einigung führten und deshalb anschließend die Beklagte angerufen.

Nach [§ 82 Abs. 1 Satz 1 SGB XI](#) erhalten zugelassene Pflegeheime und Pflegedienste nach Maßgabe des Achten Kapitels eine leistungsgerechte Vergütung für die allgemeinen Pflegeleistungen (Pflegevergütung) sowie bei stationärer Pflege ein angemessenes Entgelt für Unterkunft und Verpflegung. Pflegesätze sind nach [§ 84 Abs. 1 SGB XI](#) die Entgelte der Heimbewohner oder ihrer Kostenträger für die teil- oder vollstationären Pflegeleistungen des Pflegeheims sowie für die soziale Betreuung. Durch Art. 8 Nr. 38 GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) vom 26. März 2007 ([BGBl. I, S. 378](#)) wurde Satz 1 der Vorschrift mit Wirkung ab 01. April 2007 dahin ergänzt, dass die Pflegesätze auch, soweit kein Anspruch auf Krankenpflege nach [§ 37](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) besteht, die medizinische Behandlungspflege umfasst, sowie Satz 2 angefügt, wonach in den Pflegesätzen keine Aufwendungen berücksichtigt werden dürfen, die nicht der Finanzierungszuständigkeit der sozialen Pflegeversicherung unterliegen. Die Pflegesätze müssen nach [§ 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI](#) leistungsgerecht sein. Sie sind nach dem Versorgungsaufwand, den der Pflegebedürftige nach Art und Schwere seiner Pflegebedürftigkeit benötigt, in drei Pflegeklassen einzuteilen ([§ 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI](#)). Mit Wirkung vom 01. Juli 2008 wurde Satz 2 durch Art. 1 Nr. 50 Buchst. a) Doppelbuchst. aa) Pflege-Weiterentwicklungsgesetz (PflegeWEG) vom 28. Mai 2008 ([BGBl. I, S. 874](#)) ergänzt, dass für Pflegebedürftige, die als Härtefall anerkannt sind, Zuschläge zum Pflegesatz der Pflegeklasse III bis zur Höhe des kalendertäglichen Unterschiedsbetrages vereinbart werden können, der sich aus [§ 43 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3](#) und 4 SGB XI ergibt. Bei der Zuordnung der Pflegebedürftigen zu den Pflegeklassen sind die Pflegestufen gemäß [§ 15 SGB XI](#) zu Grunde zu legen, soweit nicht nach der gemeinsamen Beurteilung des Medizinischen Dienstes und der Pflegeleitung des Pflegeheimes die Zuordnung zu einer anderen Pflegeklasse notwendig oder ausreichend ist ([§ 84 Abs. 2 Satz 3 SGB XI](#)). Die Pflegesätze müssen einem Pflegeheim bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen, seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen ([§ 84 Abs. 2 Satz 4 SGB XI](#)). Überschüsse verbleiben dem Pflegeheim; Verluste sind von ihm zu tragen ([§ 84 Abs. 2 Satz 5 SGB XI](#)). Weiterhin bestimmt [§ 84 Abs. 2 Satz 6 SGB XI](#) bereits seit In-Kraft-Treten des Pflegeversicherungsgesetzes (PflegeVG) vom 26. Mai 1994 ([BGBl. I, S. 1014](#)), dass die Pflegesätze den Grundsatz der Beitragsstabilität zu beachten haben. Außerdem legt seit dem 01. Juli 2008 der durch Art. 1 Nr. 50 Buchst. a) PflegeWEG eingefügte [§ 84 Abs. 2 Satz 7 SGB XI](#) fest, dass bei der Bemessung der Pflegesätze einer Pflegeeinrichtung die Pflegesätze derjenigen Pflegeeinrichtungen, die nach Art und Größe sowie hinsichtlich der in Abs. 5 genannten Leistungs- und Qualitätsmerkmale im Wesentlichen gleichartig sind, angemessen berücksichtigt werden können. [§ 84 Abs. 5 SGB XI](#), eingefügt durch Art. 1 Nr. 50 Buchst. b) PflegeWEG, regelt, dass in den Pflegesatzvereinbarungen auch die wesentlichen Leistungs- und Qualitätsmerkmale der Einrichtung festzulegen sind (Satz 1) und dass hierzu insbesondere gehören (Satz 2) 1. die Zuordnung des voraussichtlich zu versorgenden Personenkreises sowie Art, Inhalt und Umfang der Leistungen, die von der Einrichtung während des nächsten Pflegesatzzeitraums erwartet werden, 2. die von der Einrichtung für den voraussichtlich zu versorgenden Personenkreis individuell vorzuhaltende personelle Ausstattung, gegliedert nach Berufsgruppen sowie 3. Art und Umfang der Ausstattung der Einrichtung mit Verbrauchsgütern nach [§ 82 Abs. 2 Nr. 1 SGB XI](#).

Nach [§ 85 Abs. 3 SGB XI](#) ist die Pflegesatzvereinbarung im Voraus, vor Beginn der jeweiligen Wirtschaftsperiode des Pflegeheimes, für einen zukünftigen Zeitraum (Pflegesatzzeitraum) zu treffen (Satz 1). Das Pflegeheim hat Art, Inhalt, Umfang und Kosten der Leistungen, für die es eine Vergütung beansprucht, durch Pflegedokumentationen und andere geeignete Nachweise rechtzeitig vor Beginn der Pflegesatzverhandlungen darzulegen; es hat außerdem die schriftliche Stellungnahme der nach heimrechtlichen Vorschriften vorgesehenen Interessenvertretung der Bewohnerinnen und Bewohner beizufügen (Satz 2 in der Fassung des PflegeWEG), nach der zuvor geltenden Fassung des Art. 1 Nr. 12 Pflege-Qualitätssicherungsgesetz (PQsG) vom 09. September 2001 ([BGBl. I, S. 2320](#)) die schriftliche Stellungnahme des Heimbeirats oder des Heimförsprechers nach § 7 Abs. 4 Heimgesetz (HeimG). Soweit dies zur Beurteilung seiner Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit im Einzelfall erforderlich ist, hat das Pflegeheim auf Verlangen einer Vertragspartei zusätzliche Unterlagen vorzulegen und Auskünfte zu erteilen (Satz 3). Hierzu gehören auch pflegesatzerhebliche Angaben zum Jahresabschluss nach der Pflege-Buchführungsverordnung, zur personellen und sachlichen Ausstattung des Pflegeheimes einschließlich der Kosten sowie zur tatsächlichen Stellenbesetzung und Eingruppierung (Satz 4).

a) Vor Inkrafttreten des PQsG und des PflegeWEG hatte das BSG mit dem Urteilen vom 14. Dezember 2000 entschieden, dass als leistungsgerechte Vergütung im Sinne von [§ 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI](#) in erster Linie der für vergleichbare Leistungen verlangte Marktpreis anzusehen sei. Die Methode der Wahl für die Ermittlung des Marktpreises nach diesen Anforderungen sei der externe Vergleich. Den Gestehungskosten hatte das BSG dagegen Bedeutung nur für den Fall beigemessen, dass ein üblicher Marktpreis nicht ermittelt werden könne, weil entweder eine hinreichend große Zahl vergleichbarer Angebote nicht vorliege oder die zu vergleichenden Einrichtungen Unterschiede der Qualität nach aufwiesen. In diesen Fällen könne eine andere Methode zur Ermittlung der leistungsgerechten Vergütung angewandt werden, z. B. der interne Vergleich, bei dem einzelne, interne Positionen der Pflegesatzkalkulation einer Einrichtung gesondert daraufhin überprüft würden, ob sie einer sparsamen, wirtschaftlichen Betriebsführung entsprächen.

Mit der Anfügung des [§ 84 Abs. 2 Satz 7 SGB XI](#) mit dem Verweis auf [§ 84 Abs. 5 SGB XI](#) hat der Gesetzgeber angeordnet - bzw. (so die Gesetzesbegründung [BT-Drs. 16/7439 S. 71](#)) "klargestellt" -, dass für den (externen) Vergleich von Pflegeeinrichtungen im Hinblick auf die Bemessung der Pflegesätze nur die in den wesentlichen Vergleichskriterien gleichartigen und nicht auch die wesensfremden Einrichtungen herangezogen werden sollen. Dies bedeute eine Einschränkung der Rechtsprechung des BSG vom 14. Dezember 2000 (BT-Drs. a.a.O.).

Im Hinblick auf die durch das PQsG und das PflegeWEG erfolgten Gesetzesänderungen, die spätestens mit dem PQsG Ansätze zu stärker ausdifferenzierten Pflegevergütungen eingeföhrt haben, hat das BSG in seinen Urteilen vom 29. Januar 2009, denen der Senat folgt, seine Rechtsprechung teilweise aufgegeben. Es hat daran festgehalten, dass ausschließlich auf Gestehungskosten gestützte Vergütungsansprüche im geltenden Recht keine Grundlage finden, jedoch die Auffassung aufgegeben, dass sich die Vergütung im Allgemeinen ausschließlich nach Marktpreisen bestimmt und die kalkulatorischen Gestehungskosten regelmäßig außer Betracht bleiben. Das BSG geht nunmehr - nur noch - davon aus, dass die Pflegevergütung auf einem marktorientierten Versorgungskonzept beruhen muss und Ansprüche nach einem reinen Selbstkostendeckungsprinzip nicht bestehen. Jedoch ist die Höhe der Gestehungskosten für die Vergütung nicht bedeutungslos. Grundlage hierfür sind die Regelungen des Pflegesatzverfahrens in [§ 85 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1, Satz 3](#) und [4 SGB XI](#) sowie die Bemessungsgrundsätze des [§ 84 Abs. 2 Satz 1](#) und [4 SGB XI](#), jeweils in der Fassung des PflegeWEG, die der Sache nach aber auch schon für frühere Vergütungszeiträume, die hier freilich nicht streitgegenständlich sind, entsprechend galten. Grundsätzlich sind Pflegesatzverhandlungen und eventuell nachfolgende Schiedsstellenverfahren nach einem zweigliedrigen Prüfungsmuster 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 Satz 2 Halbsatz 1 und Satz 3 SGB XI](#) (Prognose). Daran schließt sich in einem zweiten Schritt die Prüfung der Leistungsgerechtigkeit nach [§ 84 Abs. 2 Satz 1](#) und [4 SGB XI](#) an. Maßgebend hierfür sind die Kostenansätze vergleichbarer Leistungen in anderen Einrichtungen (externer Vergleich). Im Ergebnis sind Pflegesätze und Entgelte dann leistungsgerecht im Sinne von [§ 84 Abs. 2 Satz 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 Einrichtungen für vergleichbare Leistungen stehen. Geltend gemachte Pflegesätze und Entgelte sind dann nicht angemessen, wenn Kostenansätze und erwartete Kostensteigerungen nicht plausibel erklärt werden können oder wenn die begehrten Sätze im Verhältnis zu anderen stationären Pflegeeinrichtungen unangemessen sind.

b) Nach diesen Kriterien ist die Vergütungsforderung der Einrichtung nicht ausreichend belegt, wenn sie nicht auf einer plausiblen und nachvollziehbaren Darlegung der voraussichtlichen Gestehungskosten beruht. Deshalb hat die Einrichtung zunächst geeignete Nachweise beizubringen; die Vorlage einer reinen Kostenkalkulation reicht in aller Regel nicht aus. Dem Plausibilitätserfordernis wird - jedoch - genügt, wenn die geltend gemachten Kostensteigerungen z.B. auf erhöhte Energiekosten zurückzuführen sind oder im Personalbereich auf die normale Lohnsteigerungsrate begrenzt bzw. durch Veränderungen im Personalschlüssel oder bei der Fachkraftquote bedingt sind. Nicht von vornherein als unplausibel ausgeschlossen ist auch die Erhöhung von Kostenansätzen, die in den Vorjahren auf Grund fehlerhafter Kalkulation oder sogar bewusst - z.B. um Marktsegmente zu erobern - zu niedrig angesetzt worden sind; allerdings besteht in diesem Fall eine besonders substantiierte Begründungspflicht der Einrichtung. Nicht ausreichend ist z.B. eine erhebliche und nicht durch Fakten belegte Erhöhung der Personalkosten allein mit der Begründung, die Beträge orientierten sich an dem durchschnittlichen tariflichen Arbeitgeberaufwand pro Vollzeitstelle.

Auf dieser ersten Prüfungsebene liegt die primäre Darlegungs- und Substantiierungslast bei dem Träger der Einrichtung. Grundsätzlich hat er die Plausibilität seiner prospektiven Gestehungskosten darzulegen. Reichen seine Angaben dazu nicht aus, sind nach [§ 85 Abs. 3 Sätze 3](#) und [4 SGB XI](#) zusätzliche Unterlagen vorzulegen und Auskünfte zu erteilen. Dies kann von der weiteren Konkretisierung der zu erwartenden Kostenlast über die Angabe von Stellenbesetzungen und Eingruppierungen bis zu pflegesatzerheblichen Auskünften zum Jahresabschluss reichen. Der Einrichtung obliegt insbesondere dann eine stärkere Substantiierung ihrer Forderung, wenn die Kostenträger die von der Einrichtung zunächst vorgelegte Kalkulation in sich und auch im Vergleich mit anderen Einrichtungen überprüft und den Einrichtungsträger - ihrerseits substantiiert - auf Unschlüssigkeit oder fehlende Plausibilität hingewiesen haben.

c) In dem zweiten Prüfungsschritt sind die - nachvollziehbar dargelegten und plausiblen - prognostischen Gestehungskosten mit den Vergütungen anderer Einrichtungen zu vergleichen. Dies folgt - insbesondere - aus dem zum 01. Juli 2008 eingefügten [§ 84 Abs. 2 Satz 7 SGB XI](#). Wirtschaftlicher Betriebsführung entspricht der Vergütungsanspruch danach regelmäßig ohne weitere Prüfung, wenn der geforderte Pflegesatz nebst Entgelt für Unterkunft und Verpflegung im unteren Drittel der zum Vergleich herangezogenen Pflegevergütungen liegt. Ist dies nicht der Fall, sind die von der Einrichtung geltend gemachten Gründe auf ihre wirtschaftliche Angemessenheit zu überprüfen. Die

Einhaltung der Tarifbindung und die Zahlung ortsüblicher Gehälter sind dabei immer als wirtschaftlich angemessen zu werten. Methode der Wahl zur Beurteilung der Leistungsgerechtigkeit einer Vergütungsforderung für stationäre Pflegeleistungen ist weiterhin der externe Vergleich mit anderen Einrichtungen, jedoch nach dem modifizierten Prüfungsansatz nunmehr mit anderer Grundlage und Zielrichtung. Allerdings bestimmt das Ergebnis des externen Vergleichs die angemessene Pflegevergütung nicht abschließend. Materieller Maßstab der auf der Grundlage des externen Vergleichs vorzunehmenden Bewertung ist [§ 84 Abs. 2 Satz 4 SGB XI](#). Danach ist die Pflegesatzforderung leistungsgerecht im Sinne von [§ 84 Abs. 2 Satz 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 Satz 7 SGB XI](#) im Vergleich zu den Pflegesätzen anderer Einrichtungen als unwirtschaftlich anzusehen ist. Insoweit sind drei Fallgruppen zu unterscheiden: • Stets als leistungsgerecht anzusehen sind Pflegesätze sowie Entgelte für Unterkunft und Verpflegung, die über die günstigsten Eckwerte vergleichbarer Einrichtungen nicht hinausreichen. Insoweit ist mit dem niedrigsten Pflegesatz/Entgelt derjenige Betrag bezeichnet, der zur Erfüllung des Versorgungsauftrages als noch ausreichend angesehen wird. Entspricht die Pflegesatzforderung dem günstigsten Pflegesatz vergleichbarer Einrichtungen oder bleibt sie gar darunter, kann der Einrichtung eine unwirtschaftliche Betriebsführung deshalb schon im Ansatz nicht entgegengehalten werden. Weitere Prüfungen im Hinblick auf die wirtschaftliche Betriebsführung und die Leistungsgerechtigkeit der Vergütung sind in diesem Fall entbehrlich. • Ebenfalls regelmäßig ohne weitere Prüfung als leistungsgerecht anzusehen sind nach dem Rechtsgedanken des [§ 35 Abs. 5 Satz 4 SGB V](#) in der Fassung des Art. 1 Nr. 23 Buchst. d) GKV-Modernisierungsgesetz vom 14. November 2003 ([BGBl. I, S. 2190](#)) Pflegesatz- und Entgeltforderungen im unteren Drittel der vergleichsweise ermittelten Pflegesätze/Entgelte. • Auch oberhalb des unteren Drittels vergleichbarer Pflegevergütungen kann sich eine Forderung 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-Drs. 16/7439 S. 71](#) zu Nr. 50 Buchstabe 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 Satz 1 SGB XI](#) in der Fassung des PflegeVG) ohne die vergleichsweise teure Einrichtung nicht erfüllt werden kann. Schließlich genügen auch die Einhaltung einer Tarifbindung und ein deswegen höherer Personalkostenaufwand stets den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung; dies ergibt sich nunmehr als ausdrückliche Folge der Regelung des [§ 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XI](#) in der Fassung des Art. 1 Nr. 40 Buchstabe c) aa) PflegeWEG, galt aber - als Rechtfertigung für eine höhere Vergütungsforderung - entsprechend schon zuvor, wenn die Tarifbindung einen höheren Personalkostenaufwand der Einrichtung bedingte. 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 im Sinne von [§ 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI](#) anzusehen ist. Ist diese Frage zu bejahen, dann sind Pflegesatz- und Entgeltforderungen auch oberhalb des unteren Vergleichsdrittels wirtschaftlich angemessen.

In diesen neu strukturierten externen Vergleich sind grundsätzlich alle Pflegeeinrichtungen eines bestimmten Bezirks - Stadt, Landkreis o.ä. - einzubeziehen, ohne dass es auf deren Größe oder sonstige äußere Beschaffenheit ankommt, wobei das BSG aber ausdrücklich offenlässt, ob sich nicht im Einzelfall abweichende Kriterien ergeben können, die die Vergleichbarkeit lokal oder regional benachbarter Einrichtungen gleichwohl beeinträchtigen und denen durch Differenzierungen Rechnung zu tragen ist.

Für diese zweite Prüfungsstufe haben zunächst die Kostenträger dem Pflegeheim und - soweit die Schiedsstelle angerufen ist - dieser alle notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen, die einen Vergleich der von der Einrichtung geforderten Vergütung mit den Pflegesätzen anderer Einrichtungen nach den vorstehend dargelegten Kriterien erlauben. Zu erstrecken haben sich die Angaben auf Pflegesätze und Entgelte aller Einrichtungen in dem einschlägigen räumlichen Markt, also ohne Unterscheidung nach der Tarifbindung. Diese hat für den Vergleich von Pflegevergütungen als solche keine rechtliche Relevanz; Bedeutung kann der Tarifbindung nur zukommen, soweit diese höhere Gestehungskosten bedingt und im Rahmen der Angemessenheitskontrolle einen Pflegesatz auch oberhalb des unteren Preisdrittels rechtfertigen kann (vgl. oben 3. Fallgruppe). Besteht hiernach - auf der Grundlage des externen Vergleichs - Rechtfertigungsbedarf für einen Pflegesatz und/oder Entgelte oberhalb des unteren Vergleichsdrittels, so hat zunächst die Einrichtung die Gründe anzugeben und nachvollziehbar zu belegen, die - aus ihrer Sicht - die höhere Pflegesatzforderung angemessen erscheinen lassen. Dazu haben wiederum die Kostenträger nach Maßgabe ihrer - notfalls noch zu beschaffenden - Marktkennntnis Stellung zu nehmen, sodass sowohl dem Einrichtungsträger als auch - bei ihrer Anrufung - der Schiedsstelle eine sachgerechte Beurteilung der Pflegesatzforderung möglich ist.

d) Die Schiedsstellen haben eine umfassende Aufklärungspflicht und dürfen Aufklärungsermittlungen auf beiden Seiten durchführen. Sie müssen aber das Beschleunigungsgebot beachten ([§ 85 Abs. 5 Satz 1 SGB XI](#)) und sollten Auflagen zur Sachverhaltsklärung möglichst schon mit der Ladung zum Schiedstermin verbinden. Die Möglichkeit zum Erlass von so genannte Beweislastentscheidungen ist nicht ausgeschlossen, falls eine der Schiedsparteien den gemachten Auflagen nicht oder nicht rechtzeitig nachkommt, in der Praxis aber durch den Umstand beschränkt, dass ein Schiedsspruch auch unmittelbare Wirkung für die am Verfahren nicht direkt beteiligten Heimbewohner besitzt ([§ 85 Abs. 6 Satz 1 SGB XI](#)) und sie nicht "Opfer" von Beweislastentscheidungen werden dürfen. Den Abschluss des Verfahrens bildet bei fehlender Einigung der Schiedsspruch, der mit einer hinreichenden Begründung zu versehen ist.

e) Für den gerichtlichen Überprüfungsmaßstab ist von einer eingeschränkten Kontrolldichte auszugehen. Der Schiedsspruch stellt seiner Natur nach einen Interessenausgleich durch ein sachnahes und unabhängiges Gremium dar. Insbesondere mit der paritätischen Zusammensetzung, dem Mehrheitsprinzip und der fachlichen Weisungsfreiheit ([§ 76 Abs. 4 SGB XI](#)) will der Gesetzgeber die Fähigkeit dieses Spruchkörpers zur vermittelnden Zusammenführung unterschiedlicher Interessen und zu einer Entscheidungsfindung nutzen, die nicht immer die einzige sachlich vertretbare ist und häufig Kompromisscharakter aufweist. Bei Berücksichtigung dieses Entscheidungsspielraums sind gerichtlich zu überprüfen ausschließlich die Fragen, ob die Ermittlung des Sachverhalts in einem fairen Verfahren unter Wahrung des rechtlichen Gehörs erfolgte, der bestehende Beurteilungsspielraum eingehalten und zwingendes Gesetzesrecht beachtet worden ist. Dies setzt voraus, dass die gefundene Abwägung auch hinreichend begründet ist. Die angestellten Erwägungen höheren, damit sie auf ihre

sachliche Richtigkeit sowie auf ihre Plausibilität und Vertretbarkeit hin geprüft werden können, im Schiedsspruch genannt werden oder jedenfalls für die Beteiligten und das Gericht deutlich gemacht sein, so dass im Rahmen des Möglichen die zutreffende Anwendung der Beurteilungsmaßstäbe erkennbar ist und dies von den Beteiligten sowie dem Gericht nachvollzogen werden kann (zum Ganzen unter b) bis e): BSG, Urteil vom 29. Januar 2009 - [B 3 P 7/08 R](#) - a.a.O.).

3. Ausgehend hiervon ist der angefochtene Schiedsspruch der Beklagten vom 18. Februar 2010 rechtswidrig.

Die Beklagte hat die notwendige zweistufige Prüfung und nicht wie von der Klägerin vorgebracht, eine dreistufige Prüfung, vorgenommen. Dies ergibt sich für den Senat aus den allgemeinen Ausführungen des Schiedsspruchs unter II.5). Sie hat in der ersten Stufe die von der Klägerin geltend gemachten Ist-Kosten und die prospektiven Kosten geprüft (II.6. des Schiedsspruchs) und in der zweiten Stufe im Zusammenhang mit der Prüfung der Wirtschaftlichkeit der Betriebsführung (II.7. bis II.9. des Schiedsspruchs) auch einen externen Vergleich durchgeführt (II.9. des Schiedsspruchs).

Die Beklagte hat ohne Verletzung des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums bereits auf der ersten Stufe bezüglich der Plausibilität des angesetzten Wagnis- und Risikozuschlags von 3 v.H. Zweifel an der Plausibilität geäußert. Ohne Verletzung des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums hat sie dann in der Folge den Wagnis- und Risikozuschlag im Rahmen der Prüfung der Wirtschaftlichkeit der Betriebsführung abgelehnt, da die Klägerin keine konkreten Ereignisse für die Vergangenheit bezogen auf die U.-S. oder eine andere Einrichtung in ihrer Trägerschaft benannt hat, aus denen eine gewisse Wahrscheinlichkeit eines gesteigerten Risikos für ihren Betrieb hätte abgeleitet werden können (a)). Auch die Eigenkapitalverzinsung hat die Beklagte ohne Verletzung des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums nicht berücksichtigt, da die Klägerin keinen rechnerischen Ansatz in ihre Kalkulation aufgenommen hat (b)). Rechtswidrig ist der Schiedsspruch jedoch deshalb, weil der externe Vergleich nicht ordnungsgemäß erfolgte (c)).

a) Nicht zu beanstanden ist, dass die Beklagte den von der Klägerin geltend gemachten Risiko- und Wagniszuschlag, der von der Klägerin in der Kostenrechnung (Bl. 29 der Akte der Beklagten) den rechnerisch dargestellten Pflegesätzen und dem Entgelt für Unterkunft und Verpflegung in Höhe von 3 v.H. jeweils gesondert zugeschlagen wurde, nicht zugestanden hat. Zwar ist Bezug nehmend auf die Urteile des BSG vom 14. Dezember 2000 und vom 29. Januar 2009, wonach eine Vergütung für stationäre Pflegeleistungen im Grundsatz erst dann leistungsgerecht ist, wenn sie die Kosten einer Einrichtung hinsichtlich der voraussichtlichen Gestehekungskosten unter Zuschlag einer angemessenen Vergütung ihres Unternehmerrisikos und eines etwaigen zusätzlichen persönlichen Arbeitseinsatzes sowie einer angemessenen Verzinsung ihres Eigenkapitals deckt, ein Risiko- und Wagniszuschlag nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Das BSG führt in den Urteilen vom 29. Januar 2009 dann jedoch weiter aus, dass die Gestehekungskosten plausibel und nachvollziehbar sein müssten, also die Kostenstruktur des Pflegeheims erkennen und eine Beurteilung seiner Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit im Einzelfall zulassen ([§ 85 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 und Satz 3 SGB XI](#)). Deshalb hat das Pflegeheim - so das BSG weiter - geeignete Nachweise beizubringen; die Vorlage einer reinen Kostenkalkulation ohne weitere Angaben reicht in aller Regel nicht aus. Dies hat, auch wenn das BSG dies in den Urteilen vom 29. Januar 2009 insoweit nicht explizit ausgeführt hat, auch im Hinblick auf die angemessene Vergütung des Unternehmerrisikos zu gelten. Auch insoweit sind Nachweise beizubringen. Der Zuschlag ist hinreichend zu belegen und muss tatsächlich nachvollziehbar sein.

Mit den von der Klägerin als spezielle Einzelwagnisse genannten Risiken (Epidemien, Grippewellen, Unfallereignisse, die mehrere Mitarbeiter betreffen, und die daraus folgenden Lohnfortzahlungen, Abfindungen, Eltern- oder Altersteilzeit, Betriebsrisiken für Elementarschäden u.ä., soweit diese nicht versicherbar seien oder die Versicherungen Selbstbehalte vorsähen, fehlerhafte Einstufung von Bewohnerinnen und Bewohnern in eine zu niedrige Pflegestufe oder verzögerte Anpassung der Pflegestufe nach oben und Forderungsausfälle) ist jedoch ein Bezug zur konkreten Einrichtung hinsichtlich derer verhandelt wird, nämlich dem U.-S. nicht dargetan. Es handelt sich bei den benannten Wagnissen, wie die Beklagte zu Recht ausführt, um ganz allgemeine Betriebsrisiken. Um die Anerkennung eines konkreten Unternehmerrisikos speziell für das U.-S. plausibel zu machen, hätte die Klägerin ein solches konkretes Risiko für das U.-S. darlegen und durch konkrete Fakten, etwa den in der Vergangenheit vorliegenden und/oder auch zukünftig für den neuen Pflegesatzzeitraum zu erwartenden hohen Krankenstand, die voraussichtlich höhere Anzahl schwangerer bzw. im Mutterschutz oder der Erziehungszeit befindlicher Mütter, der Mitarbeiter in Altersteilzeit, anhängige Verfahren hinsichtlich der Höherstufung oder Kündigungen von Arbeitnehmern mit einer deswegen in Betracht kommenden Zahlung einer Abfindung in einem Arbeitsgerichtsverfahren etc. belegen müssen. Mit den allgemeinen Angaben wird weder der Plausibilität Genüge getan noch ist eine Prüfung auf Wirtschaftlichkeit der Betriebsführung durchführbar. Ohne Darlegung eines konkreten Risikos handelt es sich nur um einen allgemeinen Risikoaufschlag. Insoweit muss der Heimträger aber durch eine entsprechende vorausschauende Kalkulation dafür Sorge tragen, dass das übliche Unternehmerrisiko mit den prospektiven Gestehekungskosten abgedeckt wird. Soweit außergewöhnliche Umstände nicht von vornherein in die Prognose mit einbezogen werden können, muss der Heimträger gegebenenfalls von der in [§ 85 Abs. 7 SGB XI](#) ihm eingeräumten Möglichkeit der Neuverhandlung Gebrauch machen. Bei unvorhersehbaren wesentlichen Veränderungen der Annahmen, die der Vereinbarung der Festsetzung der Pflegesätze zugrunde lagen, sind die Pflegesätze auf Verlangen einer Vertragspartei für den laufenden Pflegesatzzeitraum neu zu verhandeln.

b) Nicht zu beanstanden ist auch, dass die Beklagte die von der Klägerin geltend gemachten Eigenkapitalzinsen unberücksichtigt gelassen hat. Zwar gilt auch insoweit wiederum Bezug nehmend auf die Urteile des BSG vom 14. Dezember 2000 und 29. Januar 2009, dass eine angemessene Verzinsung des Eigenkapitals zur leistungsgerechten Vergütung für stationäre Pflegeleistungen gehört. Daraus folgt, dass einem Heimträger zugestanden ist, für die Aufrechterhaltung seines Betriebs und zur Vermeidung von Betriebsverlusten, die sich aus verzögerten Zahlungseingängen der von selbstzahlenden Heimbewohnern geschuldeten Pflegeentgelte oder bei Ansprüchen auf ergänzende Sozialhilfe vorübergehend ergeben können, vorhandenes Eigenkapital oder ggf. einen Betriebsmittelkredit einzusetzen. Ob der Heimträger tatsächlich über Eigenkapital verfügt, was ihm nicht verwehrt ist, da er gemäß [§ 84 Abs. 2 Satz 5 SGB XI](#) Überschüsse erzielen kann und diese bei ihm verbleiben, hat die Beklagte nicht zu überprüfen. Auch insoweit bedarf es aber konkreter Angaben und einer darauf fußenden konkreten Kalkulation im Hinblick auf das Eigenkapital und den Zinssatz.

Der Berücksichtigung der Eigenkapitalzinsen steht entgegen, dass die Klägerin diese in ihrer Kalkulation, die sie für die Erhöhung der Entgelte bei den Pflegesatzverhandlungen den Kostenträgern, auch nicht in der ihrem Schreiben vom 11. November 2009 beigefügten um das Wagniskapital ergänzten Kalkulation, vorgelegt hat (Bl. 4 des von der Klägerin unter dem 01. September 2009 ausgefüllten Vordrucks Kalkulation; Bl. 41 der Akte der Beklagten sowie Bl. 67 der Akte der Beklagten) und zu ihrem Antrag bei der Beklagten eingereicht hat (Bl. 4 des von der Klägerin unter dem 16. November 2009 ausgefüllten Vordrucks der Beklagten; Bl. 29 der Akte der Beklagten), nicht

aufgenommen hat. Sie hat erst nachträglich mit Schriftsatz vom 12. Februar 2010, mithin nach Anrufung der Beklagten, sich hierauf berufen und eine Berechnung der Eigenkapitalverzinsung nachgereicht (Bl. 203 der Akte der Beklagten), ohne jedoch die zuvor eingereichte Kalkulation zu ändern.

Zwar hat die Beklagte im Schiedsverfahren 65/09, dessen Schiedsspruch Gegenstand des am selben Tag vom Senat mündlich verhandelten Klageverfahrens [L 4 P 1221/10 KL](#) gewesen ist, eine Eigenkapitalverzinsung zugesprochen, obgleich auch der dortige Heimträger diese erst nach Anrufung durch die Beklagte geltend gemacht hatte. Im Unterschied zum vorliegenden Verfahren war dort die Eigenkapitalverzinsung allerdings in die nachträgliche vorgelegte Kalkulation aufgenommen worden, die dann auch Grundlage für den dortigen Schiedsspruch der Beklagten war.

Etwas anderes ergibt sich insoweit auch nicht deshalb, weil die Klägerin einen Kalkulationsansatz für die Vergütung des Unternehmerrisikos in ihre Kalkulation eingestellt hat. Zwar betreffen beide Ansätze den Sachkostenbereich, und sie werden auch beide vom BSG im Zusammenhang mit der leistungsgerechten Vergütung für stationäre Pflegeleistungen genannt. Doch hat dies nicht zur Folge, dass die einzelnen Ansätze nicht jeweils konkret und jeweils getrennt zu belegen wären. Ein Austausch der Begründung für den Kostenansatz zum einen "Wagnis- und Risikozuschlag", zum anderen "Eigenkapitalzinsen", ist nicht möglich. Dies gilt auch deshalb, weil sich die Eigenkapitalverzinsung nur aus den Personalkosten, der Risikozuschlag jedoch aus den Gesamtkosten errechnet.

c) Zu beanstanden ist allerdings der von der Beklagten auf der zweiten Stufe vorgenommene externe Vergleich.

Wohl genügen die Einhaltung einer Tarifbindung und ein deswegen höherer Personalkostenaufwand stets den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung, wie sich als ausdrückliche Folge der Regelung des [§ 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XI](#), wonach Versorgungsverträge nur mit Pflegeeinrichtungen abgeschlossen werden, die u.a. eine in Pflegeeinrichtungen ortsübliche Arbeitsvergütung an ihre Beschäftigten zahlen, ergibt. Dies führt jedoch nicht dazu, dass damit die weitere wirtschaftliche Prüfung abubrechen wäre. Es kommt auch in diesem Fall entscheidend auf die Gesamtbewertung an, d. h. darauf, 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 im Sinne von [§ 82 Abs. 2 Satz 1 SGB XI](#) anzusehen ist. Die Kriterien für die Pflegeeinrichtungen, die für einen externen Vergleich heranzuziehen sind, ergeben sich aus [§ 84 Abs. 2 Satz 7, Abs. 5 Satz 1 SGB XI](#). In den externen Vergleich sind dabei grundsätzlich alle Pflegeeinrichtungen eines bestimmten Bezirks (Stadt, Landkreis o.ä.) einzubeziehen. Soweit ggf. besondere Versorgungsaufträge bestehen, kann auch ein über den jeweiligen Stadt- oder Landkreis hinausgehender Vergleich mit entsprechendem Versorgungsauftrag erfolgen (vgl. BSG, Urteil vom 29. Januar 2009 - [B 3 P 7/08 R](#) - a.a.O. Rn. 37). Es sind mithin Angaben über die Bewohnerstruktur, die Angebote, die Ausstattungsmerkmale und ggf. Besonderheiten in diesem Bereich oder bei der Personalausstattung nötig. Es kommt nicht darauf an, dass die zu vergleichenden Einrichtungen in allen Kriterien völlig identisch sind. Vergleichbarkeit in wesentlichen Punkten reicht aus. Welche Vergleichsgruppe dann im konkreten Fall gebildet wird, unterliegt dem Beurteilungsspielraum der Beklagten. Die für die Bildung der Vergleichsgruppen maßgebenden Kriterien sind in der Begründung darzulegen.

Die Beklagte zog zum Vergleich die anderen Pflegeeinrichtungen im Bereich des zu 3) beigelegten Landkreises, insgesamt 27 Einrichtungen, die ihr von den Kostenträgern benannt worden waren, heran. Die Klägerin liegt mit den von ihr begehrten Pflegevergütungen an der Spitze der Pflegevergütungen aller im zu 3) beigelegten Landkreis gelegenen Pflegeheime und damit oberhalb des unteren Drittels. Diese Position hat die Beklagte der Klägerin mit den zugesprochenen Pflegevergütungen belassen, den Abstand zu dem Pflegeheim, das bislang die höchste Pflegevergütung zu 3) im beigelegten Landkreis hatte (Heim W.), allerdings von vier v.H. auf 2,7 v.H. bei den Pflegesätzen sowie auf 2,4 v.H. beim Entgelt für Unterkunft und Verpflegung begrenzt. Wie sich diese Werte ergeben, lässt sich der Begründung des Schiedsspruchs nicht entnehmen. Erachtet die Beklagte die vom Heimträger vorgelegte Kalkulation mit den prospektiven Gestehungskosten für plausibel, darf sie keine pauschalen Abzüge machen (vgl. Urteil des Senats vom 05. März 2010 - [L 4 P 4532/08 KL](#) - S. 28, in juris Rn. 75). Die vorgenommene Begrenzung der Pflegevergütungen ist auch widersprüchlich, weil die Beklagte selbst davon ausgeht, dass es erklärbar sei, dass die neuen Pflegevergütungen der Klägerin zu der Spitzenposition führen. Bei der Prüfung der Plausibilität der von der Klägerin geltend gemachten Personalkosten hat die Beklagte auch die Folgen dargelegt, die sich aus der Überführung der Mitarbeiter der Klägerin in das Tarifwerk AVR-DW-EKD ergeben können. In dem Vergleich wird nicht berücksichtigt, inwieweit die anderen im zu 3) beigelegten Landkreis gelegenen Pflegeheime ebenfalls die Überführung in dieses Tarifwerk in Anspruch genommen haben. Zudem lag die Klägerin mit den zuletzt vereinbarten Pflegevergütungen bereits an fünfter Stelle der im zu 3) beigelegten Landkreis gelegenen Pflegeheime und damit in der Spitzengruppe. Wenn nunmehr plausible höhere prospektive Gestehungskosten vorhanden sind, ist zwangsläufige Folge, dass die Klägerin sich in der Rangfolge der Pflegevergütungen nach oben verbessert.

Aus den vorgelegten Listen (Bl. 117, 145 und 171 der Akte der Beklagten) gehen auch zwar die Anzahl der jeweiligen Plätze, die Pflegesätze, der Beginn der Pflegesatzvereinbarung und die Personalschlüssel hervor. Welche Bewohnerstruktur, welche besonderen Angebote wegen besonderer Bewohnerstruktur, welche Fachkraftquote und welche Ausstattungsmerkmale und ggf. Besonderheiten in diesem Bereich vorhanden sind, ergibt sich aus den Listen jedoch nicht. Die Beklagte hat insoweit im angefochtenen Schiedsspruch ausgeführt, dass von den Verfahrensparteien keine Hinweise vorgetragen worden seien, dass die beiden Einrichtungen Heim W. und G. Seniorenzentrum oder die anderen Pflegeheime, deren derzeitigen Pflegevergütungen im so genannten oberen Drittel aller Pflegeheime liegen würden, mit ihren Leistung nicht mit dem U. S. vergleichbar seien (die jeweils vereinbarten Personalschlüssel seien in der Liste mitgeteilt). Auch sie - die Beklagte - habe hierfür keine Anhaltspunkte gefunden. Die Angaben in den Listen sind nach Auffassung des Senats jedoch nicht ausreichend, um den Vergleich durchführen zu können. Zu beanstanden ist, dass die Angaben über die Bewohnerstruktur, die Angebote, die Ausstattungsmerkmale und ggf. Besonderheiten in diesem Bereich und auch zur Fachkraftquote fehlen. Etwas anderes ergibt sich insoweit nicht daraus, weil die Verfahrensparteien die Listen und den auf ihrer Grundlage durchgeführten Vergleich nicht gerügt haben. Die Beklagte trifft insoweit - wie bereits dargelegt (2. d)) - eine umfassende Aufklärungspflicht. Die Beklagte hätte die Liste so nicht verwenden dürfen und entweder die Kostenträger zu weiterem Vortrag auffordern (vgl. dazu bereits Urteil des erkennenden Senats vom 07. Dezember 2007 - [L 4 P 721/07](#) - in juris Rn. 74) oder eine Beweislastentscheidung treffen müssen. Diese Darlegungslast traf im vorliegenden Fall noch die Kostenträger, sie haben ihr nicht genügt.

4. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf [§ 197a Abs. 1 SGG](#), [154 Abs. 1](#), [162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

5. Gründe für eine Zulassung der Revision ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)) liegen nicht vor.

6. Die endgültige Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§§ 197a Abs. 1 SGG](#), [1 Abs. 2 Nr. 3](#), [52 Abs. 1](#) und 63 Abs. 2 und 3 Gerichtskostengesetz (GKG).

Unter Berücksichtigung der Verteilung der Pflegestufen nach den geeinten Leistungs- und Qualitätsmerkmalen (Pflegeklasse I 33 Bewohner, Pflegeklasse II 35 Bewohner, Pflegeklasse III sieben Bewohner), ergibt sich aufgrund der begehrten höheren täglichen Beträge von EUR 2,51 für die Pflegeklasse I, von EUR 3,06 für die Pflegeklasse II, von EUR 3,67 für die Pflegeklasse III, von EUR 0,60 für Entgelt und Unterkunft und EUR 1,68 für Entgelt für Verpflegung sowie einer Auslastungsquote von 96,5 v.H. für den streitigen Zeitraum vom 23. November 2009 bis 30. November 2010 (372 Tage) ein Betrag von rd. EUR 147.000,00, der sich wie folgt errechnet:

Pflegeklasse I EUR 2,51 x 33 Bewohner = EUR 82,83 Pflegeklasse II EUR 3,06 x 35 Bewohner = EUR 107,10 Pflegeklasse III EUR 3,67 x 7 Bewohner = EUR 25,69 Unterkunft EUR 0,60 x 75 Bewohner = EUR 45,00 Verpflegung EUR 1,68 x 75 Bewohner = EUR 148,50 insgesamt täglich EUR 409,12 372 Tage EUR 152.192,64 Auslastungsquote 96,5 v.H. EUR 146.865,89 & 8776; EUR 147.000,00

Da die Klägerin eine Neubescheidung begehrt, ist hiervon die Hälfte als Streitwert festzusetzen, mithin EUR 73.500,00.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2012-02-01