

B 3 P 6/10 R

Land

Bundesrepublik Deutschland

Sozialgericht

Bundessozialgericht

Sachgebiet

Pflegeversicherung

Abteilung

3

1. Instanz

SG München (FSB)

Aktenzeichen

S 2 P 51/07

Datum

24.04.2008

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 2 P 54/08

Datum

15.09.2010

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 3 P 6/10 R

Datum

08.09.2011

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Erbbauzinsen für betriebsnotwendige Grundstücke sind durch gesonderte Berechnung umlagefähige Aufwendungen iS von [§ 82 Abs 3 Satz 1 SGB XI](#).

Auf die Revision des Klägers werden die Urteile des Bayerischen Landessozialgerichts vom 15. September 2010 und des Sozialgerichts München vom 24. April 2008 sowie der Bescheid des Beklagten vom 10. April 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20. Februar 2007 und die Änderungsbescheide vom 11. Juli 2007 sowie vom 10. und 11. Februar 2011 geändert. Der Beklagte wird verpflichtet, die Zustimmung zur gesonderten Berechnung von Investitionsaufwendungen für die Pflegeeinrichtung "Haus der Senioren" in O. in Höhe von weiteren 1,18 Euro für den Zeitraum 1. August 2005 bis 31. Juli 2007 und weiteren 1,24 Euro für den Zeitraum 1. August 2007 bis 31. Juli 2010 - jeweils pro Pflageetag und Heimplatz - für Erbbauzinsen zu erteilen. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits in allen Instanzen. Der Streitwert wird auf 259 515 Euro festgesetzt.

Gründe:

I

1

Streitig ist die Zustimmung des beklagten Landes zur gesonderten Berechnung von Erbbauzinsen zu Lasten der Bewohner eines Pflegeheims des Klägers.

2

Der Kläger betreibt als Körperschaft des öffentlichen Rechts die stationäre Altenpflegeeinrichtung "Haus der Senioren" in O. mit 120 bzw ab dem 1.8.2007 mit 115 Pflegeplätzen, die er unter Inanspruchnahme von Fördermitteln des Freistaats Bayern als Erbbauberechtigter eines 1967 erworbenen, 1993 erweiterten und bis 2066 geltenden Erbbaurechts errichtet hat. Auf seinen Antrag auf Zustimmung zur gesonderten Berechnung von Investitionsaufwendungen gemäß [§ 82 Abs 3 SGB XI](#) in Höhe von 9,62 Euro unter Einschluss der von ihm entrichteten Erbbauzinsen in Höhe von 49 326 Euro jährlich und von fiktiven Zinsen auf seinen Eigenkapitaleinsatz genehmigte der Beklagte für die Zeit vom 1.8.2005 bis 31.7.2010 eine Umlage von 7,95 Euro und nach der Reduzierung der Pflegeplätze ab dem 1.8.2007 eine Umlage von 8,30 Euro pro Pflageetag und Heimplatz. Den Antrag im Übrigen lehnte er ab, weil die geltend gemachten Erbbaubau- und Eigenkapitalzinsen nicht umlagefähig seien (Bescheid vom 10.4.2006 und Widerspruchsbescheid vom 20.2.2007 sowie Änderungsbescheid vom 11.7.2007).

3

Das SG hat die Klage auf Erteilung der Zustimmung nach [§ 82 Abs 3 SGB XI](#) unter Berücksichtigung der Erbbaubau- und von fiktiven Eigenkapitalzinsen abgewiesen (Urteil vom 24.4.2008), das LSG hat die Berufung nach einem Teilvergleich über die Eigenkapitalverzinsung zurückgewiesen (Urteil vom 15.9.2010): Erbbauzinsen seien als grundstücksbezogene Aufwendungen von der Umlage auf die Pflegebedürftigen ausgeschlossen. Der Erbbaubauzins sei als Entgelt für ein beschränkt dingliches grundstücksgleiches Recht keine umlagefähige Aufwendung für die Nutzung eines Gebäudes iS von [§ 82 Abs 2 Nr 3 SGB XI](#). Das verstoße auch weder gegen Art 12 noch gegen [Art 14 GG](#), wobei sich der Kläger als Körperschaft des öffentlichen Rechts auf die Eigentumsgarantie ohnehin nicht berufen könne.

4

Mit der vom LSG wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassenen Revision rügt der Kläger die Verletzung materiellen Rechts ([§ 82 Abs 3 SGB XI](#)). Er habe bei verfassungskonformer Auslegung von [§ 82 Abs 3 SGB XI](#) Anspruch auf Zustimmung zur gesonderten Berechnung von Investitionsaufwendungen unter Einbeziehung auch der Erbbauzinsen. Diese seien betriebsnotwendige Aufwendungen für die Nutzung eines Gebäudes oder sonstiger abschreibungspflichtiger Anlagegüter. Im Unterschied zu den Kosten des Grundstückserwerbs und der Grundstücksnutzung trete beim Erbbaurecht ein tatsächlicher Wertverzehr ein, da dem Erbbauberechtigten nach dem Ende der Laufzeit des Erbbaurechts kein Wert verbleibe. Die Nichtberücksichtigung der Erbbauzinsen verstoße zudem gegen [Art 12](#) und [14 GG](#).

5

Der Kläger beantragt, das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 15.9.2010 und das Urteil des Sozialgerichts München vom 24.4.2008 sowie den Bescheid des Beklagten vom 10.4.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.2.2007 und die Änderungsbescheide vom 11.7.2007 sowie vom 10. und 11.2.2011 zu ändern und den Beklagten zu verpflichten, die Zustimmung zur gesonderten Berechnung von Investitionsaufwendungen gegenüber den Pflegebedürftigen der von ihm betriebenen Pflegeeinrichtung "Haus der Senioren" in O. in Höhe von weiteren 1,18 Euro für den Zeitraum 1.8.2005 bis 31.7.2007 und weiteren 1,24 Euro für die Zeit vom 1.8.2007 bis 31.7.2010 für Erbbauzinsen - jeweils pro Pfllegetag und Heimplatz - zu erteilen.

6

Der Beklagte hat in Ausführung des vor dem LSG geschlossenen Teilvergleichs die Bescheide vom 10.4.2006 und vom 11.7.2007 durch Bescheide vom 10.2.2011 und 11.2.2011 geändert und einer Umlage von betriebsnotwendigen Investitionskosten in Höhe von 8,04 bzw 8,39 Euro pro Pfllegetag und Heimplatz zugestimmt. Im Übrigen verteidigt er die angefochtenen Urteile und beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

II

7

Die Revision hat Erfolg; zu Recht beansprucht der Kläger die Zustimmung zur gesonderten Berechnung auch der von ihm entrichteten Erbbauzinsen.

8

1. Die auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu beachtenden Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor.

9

a) Gegenstand des Revisionsverfahrens ist das Begehren des Klägers, zusätzlich zu den mit Bescheiden vom 10.4.2006, 11.7.2007 sowie 10. und 11.2.2011 zugebilligten Beträgen von zuletzt 8,04 bzw 8,39 Euro pro Pfllegetag und Heimplatz für den Zeitraum vom 1.8.2005 bis 31.7.2007 weitere 1,18 Euro und für die Zeit vom 1.8.2007 bis 31.7.2010 weitere 1,24 Euro auf die Bewohner seiner Pflegeeinrichtung umlegen zu dürfen. Damit sollen zusätzlich zu den bereits genehmigten Umlagepositionen auch die von dem Kläger für die Betriebsgrundstücke aufgebrauchten Erbbauzinsen der gesonderten Berechnung unterworfen werden können. Nicht mehr zu entscheiden ist nach dem Teilvergleich der Beteiligten dagegen über die anfänglich noch streitig gewesene Umlage fiktiver Zinsen auf das von dem Kläger eingesetzte Eigenkapital.

10

b) Statthafte Klageart für Klagen auf Zustimmung zur gesonderten Berechnung nach [§ 82 Abs 3 SGB XI](#) ist die - bezifferte - kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ([§ 54 Abs 1 Satz 1 SGG](#)). Klageziel ist nicht die Gewährung einer Leistung, sondern die Zustimmung zur Umlage von (Investitions-)Aufwendungen auf Dritte. Begehrt wird damit der Erlass eines Verwaltungsaktes iS des [§ 31 SGB X](#). Mit der erstrebten Entscheidung nach [§ 82 Abs 3 Satz 3 Halbs 1 SGB XI](#) legt eine oberste Landesbehörde aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften in Bezug auf eine konkrete Pflegeeinrichtung - also im Einzelfall - verbindlich fest, in welchem Umfang die öffentlich-rechtlichen Vergütungsvorschriften die Umlage nicht geförderter Investitionsaufwendungen durch gesonderte Berechnung erlauben. Geregelt werden hierdurch Rechtsbeziehungen in verschiedener Hinsicht. Im Verhältnis zwischen Pflegeeinrichtung und Aufsichtsbehörde wird die präventive Sperre des [§ 82 Abs 3 Satz 3 Halbs 1 SGB XI](#) aufgehoben und der Einrichtung die Befugnis verliehen, Investitionskosten in bestimmter Höhe auf ihre Bewohner umzulegen; insoweit ist die Zustimmung einem statusbegründenden Verwaltungsakt vergleichbar (zu solchen Verwaltungsakten vgl BSG [SozR 4-2500 § 96 Nr 1](#) - Genehmigung des Zulassungsausschusses bei der vertragsärztlichen Versorgung; [BSGE 78, 243](#) = [SozR 3-2500 § 109 Nr 2](#) - Krankenhausversorgungsvertrag; [BSGE 61, 235](#) = [SozR 2200 § 355 Nr 8](#) - Klage auf aufsichtsbehördliche Genehmigung). Im Verhältnis zwischen Pflegeeinrichtung und Heimbewohnern betrifft die Zustimmung deren privatrechtliches Vertragsverhältnis mit der verbindlichen Festlegung, in welcher Höhe zusätzlich zur Pflegevergütung und zu den Entgelten für Unterkunft und Verpflegung Kosten nach Maßgabe öffentlich-rechtlicher Prüfung auf die Heimbewohner umgelegt werden dürfen. Gegenstand des beantragten Bescheides ist in beiden Richtungen die Berechtigung zur Umlage und somit ein Verwaltungsakt, nicht jedoch eine Leistung. Da sich das Rechtsschutzziel des Klägers in dem Erlass dieses Verwaltungsaktes erschöpft, ist die Verpflichtungsklage die statthafte Klageart (vgl Keller in Meyer-Ladewig/Keller/ Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, § 54 RdNr 20b). Soweit der Senat in seiner Entscheidung vom 6.9.2007 ([BSGE 99, 57](#) = [SozR 4-3300 § 82 Nr 4](#) RdNr 10 unter Verweis auf [BSGE 91, 182](#) = [SozR 4-3300 § 82 Nr 1](#), RdNr 3) in einer vergleichbaren Fallkonstellation eine kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage angenommen hat, wird diese Rechtsprechung nicht fortgeführt. Bereits seinerzeit hatte der Senat die (teilweise) Ablehnung der Zustimmung nach [§ 82 Abs 3 SGB XI](#) als Verwaltungsakt angesehen, der mit der Anfechtungsklage anzugreifen ist. In Ermangelung einer auf eine Leistung in Geld gerichteten Klage kommt demgemäß der Erlass eines Grundurteils ([§ 130 Abs 1 SGG](#)) vorliegend nicht in Betracht.

11

c) Einer im Revisionsverfahren von Amts wegen zu berücksichtigenden notwendigen Beiladung ([§ 75 Abs 2 Alt 1 SGG](#)) der in der Einrichtung lebenden Heimbewohner und des für sie ggf eintrittspflichtigen Sozialhilfeträgers bedurfte es mangels deren unmittelbarer Beteiligung an dem hier zu beurteilenden Rechtsverhältnis nicht (zum fehlenden drittschützenden Charakter der Zustimmung vgl Hübsch, NZS 2004, 462, 463 f). Zwar kann sich die begehrte Entscheidung im weiteren Verlauf auch auf die Rechtssphäre von Heimbewohnern und Sozialhilfeträger auswirken; jedenfalls im Hinblick auf die Heimbewohner ist das mit dem Zustimmungsantrag und der Klage ausdrücklich intendiert. Jedoch führt die zu treffende Entscheidung nicht ohne Weiteres und notwendig zu deren unmittelbarer Belastung. Vielmehr ist die Zustimmung des Landes schon im Verhältnis zu den Heimbewohnern lediglich eine von mehreren Voraussetzungen, die der zwischen Pflegeeinrichtung und ihnen bestehende privatrechtliche Vertrag (Heimvertrag nach dem Heimgesetz in der bis 30.9.2009 gültigen Fassung bzw ab 1.10.2009 Vertrag nach dem Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz vom 29.7.2009 - [BGBl I 2319](#)) an die Erhöhung des Entgelts wegen betriebsnotwendiger Investitionen knüpft (zur fehlenden privatrechtsgestaltenden Wirkung der Zustimmung: Hübsch aaO; Gürtner in: Kasseler Komm zum Sozialversicherungsrecht, Stand September 2007, [§ 82 SGB XI](#) RdNr 13). Das gilt umso mehr für den Sozialhilfeträger und die von ihm unter Berücksichtigung weiterer Voraussetzungen zu treffende Entscheidung.

12

d) Einer Entscheidung in der Sache steht schließlich auch nicht entgegen, dass der Beklagte die Ausgangsbescheide vom 10.4.2006 und vom 11.7.2007 durch Bescheide vom 10.2.2011 und 11.2.2011 und damit während des Revisionsverfahrens geändert und hierdurch über die Zustimmung zur Umlage von betriebsnotwendigen Investitionskosten teilweise neu entschieden hat. In den Grenzen des [§ 171 Abs 2 SGG](#) ist vielmehr über die Ausgangsbescheide nunmehr in der Fassung der Korrekturbescheide vom 10.2.2011 und 11.2.2011 zu befinden. Hiernach gilt ein neuer Verwaltungsakt, der während des Revisionsverfahrens den angefochtenen Verwaltungsakt ändert oder ersetzt, als mit der Klage beim SG angefochten, es sei denn, dass der Kläger durch den neuen Verwaltungsakt klaglos gestellt oder dem Klagebegehren durch die Entscheidung des Revisionsgerichts zum ersten Verwaltungsakt in vollem Umfang genügt wird. Folglich fällt der Rechtsstreit insoweit nicht zwangsläufig in die 1. Instanz zurück. [§ 171 Abs 2 SGG](#) bezweckt ebenso wie der hierdurch modifizierte [§ 96 SGG](#) primär den Schutz des Rechtssuchenden (in diesem Sinne auch BSG Vorlagebeschluss vom 16.5.2006 - [B 4 RA 5/05 R](#)). In dessen Interesse soll verhindert werden, dass während des Revisionsverfahrens ergehende und den bisherigen Streitgegenstand ändernde oder ersetzende Verwaltungsakte ohne weitere Rügemöglichkeit zu seinem Nachteil bindend werden (BSG aaO). Das bedeutet indes nicht, dass dem BSG die Entscheidungsbefugnis über die anhängige Revision - in den Grenzen, die sich aus der fehlenden Sachaufklärungskompetenz ([§ 163 SGG](#)) ergeben - durch den Erlass eines solchen Verwaltungsaktes entzogen werden könnte. Vielmehr verbleibt es - außer in den Fällen der vollständigen Klaglosstellung iS der 1. Alternative von [§ 171 Abs 2 Halbs 2 SGG](#) - bei der Zuständigkeit des BSG zur Entscheidung über das Revisionsbegehren im Hinblick auf den "ersten Verwaltungsakt", und zwar in der Gestalt, den dieser durch den "neuen" Verwaltungsakt erhalten hat. Der Revisionsentscheidung entzogen sind ersetzende oder ändernde Verwaltungsakte ausschließlich insoweit, als sie entweder auf einer im Verhältnis zu dem ursprünglichen Bescheid neuen Grundlage beruhen (so die Konstellation bei BSG Urteil vom 29.8.2007 - [B 6 KA 31/06 R](#) - Die Leistungen Beilage 2009, 28 ff - Änderung der Honorarverteilung während des Revisionsverfahrens) oder weitergehende Regelungen treffen, wie hier mit dem Ausführungsbescheid zu dem Teilvergleich in Bezug auf Umlagepositionen, die von dem ursprünglichen Antrag des Klägers nicht gedeckt waren. Hierüber wäre gegebenenfalls nach Abschluss des Revisionsverfahrens im Verfahren vor dem Sozialgericht zu befinden (vgl BSG Urteil vom 6.5.2010 - [B 13 R 118/08 R](#) - juris RdNr 23 mwN).

13

2. Rechtsgrundlage des Zustimmungsbegehrens ist [§ 82 Abs 3 SGB XI](#), hier in der seit dem 1.1.2002 geltenden Fassung des Pflege-Qualitätssicherungsgesetzes (PQsG) vom 9.9.2001 ([BGBl I 2320](#)). Danach gilt: "Soweit betriebsnotwendige Investitionsaufwendungen nach Absatz 2 Nr. 1 oder Aufwendungen für Miete, Pacht, Nutzung oder Mitbenutzung von Gebäuden oder sonstige abschreibungsfähige Anlagegüter nach Absatz 2 Nr. 3 durch öffentliche Förderung gemäß § 9 nicht vollständig gedeckt sind, kann die Pflegeeinrichtung diesen Teil der Aufwendungen den Pflegebedürftigen gesondert berechnen. Gleiches gilt, soweit die Aufwendungen nach Satz 1 vom Land durch Darlehen oder sonstige rückzahlbare Zuschüsse gefördert werden. Die gesonderte Berechnung bedarf der Zustimmung der zuständigen Landesbehörde; das Nähere hierzu, insbesondere auch zu Art, Höhe und Laufzeit sowie die Verteilung der gesondert berechenbaren Aufwendungen auf die Pflegebedürftigen, wird durch Landesrecht bestimmt". Hierdurch wird zu Gunsten der Pflegeeinrichtungen ein Ausgleichsanspruch zur Umlage solcher betriebsnotwendiger Aufwendungen begründet, die sie nach dem Ausnahmetatbestand des [§ 82 Abs 2 SGB XI](#) nicht in die Vergütung der allgemeinen Pflegeleistungen und von Unterkunft und Verpflegung nach [§ 82 Abs 1 SGB XI](#) einbeziehen dürfen und die auch nicht gemäß [§ 82 Abs 2 Nr 2, 4](#) und [5 SGB XI](#) iVm [§ 82 Abs 3 Satz 1 SGB XI](#) abschließend von ihnen selbst getragen werden sollen. Das trägt bei verfassungskonformer Auslegung entgegen der Auffassung des Beklagten und der Vorinstanzen auch die Umlage von Erbbauzinsen.

14

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

15

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

zur Förderung der Pflegeeinrichtungen" durch Landesrecht bestimmen und zur Förderung Einsparungen einsetzen sollen, "die den Trägern der Sozialhilfe durch die Einführung der Pflegeversicherung entstehen" ([§ 9 Satz 1](#), 2 und 3 SGB XI in der bis zum 30.6.2008 geltenden Fassung des PflegeVG vom 26.5.1994, [BGBl I 1014](#)).

16

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

17

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

1. Maßnahmen, die dazu bestimmt sind, die für den Betrieb der Pflegeeinrichtung notwendigen Gebäude und sonstigen abschreibungsfähigen Anlagegüter herzustellen, anzuschaffen, wiederzubeschaffen, zu ergänzen, instandzuhalten oder instandzusetzen; ausgenommen sind die zum Verbrauch bestimmten Güter (Verbrauchsgüter), die der Pflegevergütung nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 zuzuordnen sind,
2. den Erwerb und die Erschließung von Grundstücken,
3. Miete, Pacht, Nutzung oder Mitbenutzung von Grundstücken, Gebäuden oder sonstigen Anlagegütern,
4. den Anlauf oder die innerbetriebliche Umstellung von Pflegeeinrichtungen,
5. die Schließung von Pflegeeinrichtungen oder ihre Umstellung auf andere Aufgaben"

([§ 82 Abs 2 SGB XI](#), hier in der seit dem 1.1.2002 geltenden Fassung von Art 7 Abs 40 des Mietrechtsreformgesetzes vom 19.6.2001, [BGBl I 1149](#) sowie von Art 1 Nr 10a des PQsG).

18

c) Hieran anknüpfend begründen schließlich die Absätze 3 und 4 des [§ 82 SGB XI](#) mit einer weiteren Ausnahme zusätzliche Ansprüche im Verhältnis zwischen Heimträger und Bewohnern, die dann Platz greifen sollen, wenn eine nach [§ 82 Abs 2 SGB XI](#) aus dem Vergütungsanspruch nach [§ 82 Abs 1 SGB XI](#) ausgeschiedene Kostenposition entgegen [§ 9 SGB XI](#) nicht mit öffentlichen Mitteln gefördert worden ist und diese Kostenlast auch nicht endgültig bei der Einrichtung selbst verbleiben soll. Wie der Senat bereits dargelegt hat, ist damit dem Umstand Rechnung getragen, dass den Pflegeeinrichtungen durch das SGB XI anders als den Krankenhäusern nach [§ 8 Krankenhausfinanzierungsgesetz](#) kein Rechtsanspruch auf Förderung ihrer Pflegeinfrastruktur eingeräumt worden ist, den sie den Ländern gegenüber auf bundesrechtlicher Grundlage geltend machen könnten. Stattdessen sind vielmehr auf Initiative des Vermittlungsausschusses des Deutschen Bundestages Vorschriften über die gesonderte Berechnung von Investitionskosten in [§ 82 Abs 3](#) und 4 SGB XI eingeführt worden, die den Pflegeeinrichtungen Ansprüche gegen die Heimbewohner einräumen, soweit ihre Investitionen aufgrund einer Entscheidung der nach Landesrecht zuständigen Behörden überhaupt nicht ([§ 82 Abs 4 SGB XI](#)) oder nur teilweise ([§ 82 Abs 3 SGB XI](#)) durch öffentliche Mittel gefördert worden sind. Damit ist ihnen im Wege der Rückausnahme von dem Ausschlusstatbestand des [§ 82 Abs 2 SGB XI](#) ein subsidiärer Zahlungsanspruch unmittelbar gegen die Heimbewohner eingeräumt, über den sie diejenigen betriebsnotwendigen Investitionen auf Heimbewohner und ggf Sozialhilfeträger umlegen können sollen, für die ihnen öffentliche Mittel nicht zur Verfügung gestellt worden und die auch nicht endgültig von ihnen selbst zu tragen sind (vgl hierzu bereits [BSGE 99, 57 = SozR 4-3300 § 82 Nr 4](#), RdNr 13).

19

4. Erbbauzinsen für betriebsnotwendige Grundstücke sind anders als von den Vorinstanzen und dem Beklagten entschieden keine von der Pflegeeinrichtung dauerhaft selbst zu tragende Aufwendungen, sondern gesondert berechnungsfähige Betriebskosten iS von [§ 82 Abs 3 Satz 1 SGB XI](#).

20

a) Allerdings sind Teil der nach [§ 82 Abs 2 SGB XI](#) aus der Pflegevergütung und den Entgelten für Unterkunft und Verpflegung ausgeschiedenen Aufwendungen nach Nr 2 der Vorschrift ua die Zahlungen für "den Erwerb und die Erschließung von Grundstücken". Hieran anknüpfend sind in dem Umlagetatbestand des [§ 82 Abs 3 Satz 1 SGB XI](#) als umlagefähige Aufwendungen nur bezeichnet erstens "betriebsnotwendige Investitionsaufwendungen nach Absatz 2 Nr. 1" und zweitens "Aufwendungen für Miete, Pacht, Nutzung oder Mitbenutzung von Gebäuden oder sonstige abschreibungsfähige Anlagegüter nach Absatz 2 Nr. 3". Nicht zu den umlagefähigen Kosten zählen mithin alle Aufwendungen, die iS von [§ 82 Abs 2 Nr 2 SGB XI](#) "den Erwerb und die Erschließung von Grundstücken" betreffen. Auch

wenn wegen der besonderen Eigenart des Vermittlungsverfahrens Materialien insoweit nicht verfügbar sind, spricht dieser klare Wortlaut dafür, dass grundstücksbezogene Kosten grundsätzlich von einer Refinanzierung durch Umlagen nach [§ 82 Abs 3 SGB XI](#) ausgeschlossen sind. Dies deckt sich mit dem ursprünglichen Ansatz, wonach zu den von den Einrichtungen zu beanspruchenden Aufwendungen für die Infrastruktur ausdrücklich nicht gehören sollten "die Kosten des Grundstücks, des Grundstückserwerbs, der Grundstückerschließung sowie ihrer Finanzierung" (vgl Art 1 § 100 Abs 1 Satz 2 des Gesetzentwurfs der Fraktionen von CDU/CSU und FDP zum Pflege-Versicherungsgesetz, [BT-Drucks 12/5262 S 38](#) f; vgl dazu Urteil vom heutigen Tag - [B 3 P 2/11 R](#) - RdNr 24). Ausweislich der Materialien sollten diese Werte von den Trägern von Ausnahmefällen abgesehen vielmehr als Eigenleistung einzubringen sein (vgl [BT-Drucks 12/5262 S 149](#) zu § 100 Abs 1).

21

b) Das Refinanzierungsverbot für grundstücksbezogene Aufwendungen ist verfassungsrechtlich unbedenklich, weil den Trägern hierdurch regelmäßig kein Wertverlust erwächst, der durch einen Umlagebeitrag der Heimbewohner auszugleichen wäre. Rechtsrahmen für das Gewinnerzielungsinteresse von Heimträgern ist ausschließlich der Vergütungsstatbestand des [§ 82 Abs 1 SGB XI](#). Insoweit ist in den Grenzen dieses Anspruchs auch Raum dafür, aus getätigten Investitionen Erträge zu erwirtschaften und deshalb für eingesetztes Kapital eine angemessene Verzinsung erzielen zu können. Anders liegt es dagegen bei dem Interesse, auch das für Infrastrukturmaßnahmen aufgebrauchte Kapital selbst refinanzieren zu können. Das ist im Rahmen des Betriebsnotwendigen und Angemessenen auf der Grundlage von [§ 82 Abs 3 SGB XI](#) durch anteilige Umlage auf die Heimbewohner unproblematisch möglich, soweit die getätigten Investitionen einen Wertverlust erleiden und dem Träger deshalb ein auch handelsrechtlich beachtlicher Aufwand entsteht. Das liegt bei Grundstückswerten anders. Sie unterliegen keinem Wertverzehr durch Benutzung und verbleiben dem Heimträger regelmäßig als ungeschmälerter Wertgegenstand, der im Fall einer Betriebsaufgabe oder -verlagerung vollständig zur Verwertung zur Verfügung steht. Würde der Träger über die angemessene Verzinsung hinaus auch diesen eingesetzten Kapitalwert selbst durch Umlage refinanzieren wollen, liefe das auf eine Vermögensmehrung hinaus, deren Tragung weder den Heimbewohnern noch den Sozialhilfeträgern zuzumuten wäre. Darauf ist sinngemäß auch schon in den Materialien zu dem ursprünglichen Entwurf des PflegeVG hingewiesen worden (vgl [BT-Drucks 12/5262](#) aaO).

22

c) Eine andere Bewertung ist hingegen geboten bei grundstücksbezogenen Aufwendungen, die nicht im Eigentum des Einrichtungsträgers stehende Betriebsgrundstücke betreffen. Das hat der erkennende Senat mit Urteil vom 24.7.2003 bereits für die in den Mietkosten für die Betriebsgebäude enthaltene Grundstücksrente entschieden ([BSGE 91, 182](#) = [SozR 4-3300 § 82 Nr 1](#), RdNr 14 ff). Für diesen Fall hat er eine Auslegung dahin als zulässig und geboten erachtet, dass die Miete von Gebäuden auch das damit verbundene Grundstück umfasse ([BSGE aaO RdNr 18](#) bzw [SozR aaO RdNr 23](#)). Dies ist über die Grundstücksrente hinaus zu verallgemeinern. Soweit die Betriebskosten einer Pflegeeinrichtung im Einklang mit den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung stehen ([§ 84 Abs 2 Satz 4 SGB XI](#), vgl dazu nur [BSGE 102, 227](#) = [SozR 4-3300 § 85 Nr 1](#), RdNr 32 ff), dürfen von Verfassungen wegen jedenfalls gewerbliche Träger an deren angemessener Refinanzierung nicht dauerhaft gehindert werden. Das wäre nicht zu vereinbaren damit, dass Berufsinhabern durch staatliche Vergütungsvorschriften nach [Art 12 Abs 1 GG](#) keine unangemessen niedrige Einkünfte zugemutet werden dürfen (zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Vergütungsvorschriften vgl etwa [BVerfGE 101, 331](#), 346 ff, 350 f). Dass dem Vergütungsrecht hier eine solche Intention zugrunde liegen würde und es mit Ausnahme der Kosten des Grundstückserwerbs und dessen Erschließung iS von [§ 82 Abs 2 Nr 2 SGB XI](#) bewusst auf das Verbot einer Refinanzierung der anders nicht umzulegenden Infrastrukturaufwendungen gerichtet sei, kann vor diesem Hintergrund nicht angenommen werden; das ist auch den Materialien nicht zu entnehmen und entspricht im Übrigen gerade nicht dem mit [§ 82 Abs 3 SGB XI](#) verfolgten Zweck. Dem ist durch eine entsprechende verfassungskonforme Auslegung der Vergütungsvorschriften Rechnung zu tragen. Das ist unter Berücksichtigung von [Art 3 Abs 1 GG](#) auch dann beachtlich, wenn eine Einrichtung in gemeinnütziger Trägerschaft nicht oder nur teilweise in den Schutzbereich von [Art 12 Abs 1 GG](#) einbezogen sein sollte; insoweit ist im Hinblick auf die Refinanzierung der Betriebskosten - anders als uU bei dem Gewinnerzielungsinteresse (vgl Urteil vom heutigen Tag - [B 3 P 2/11 R](#) - RdNr 31) - kein Grund dafür erkennbar, freigemeinnützige Einrichtungen anderen Regeln zu unterwerfen als gewerbliche Träger.

23

d) Hiervon ausgehend gebietet die verfassungskonforme Auslegung von [§ 82 Abs 3 Satz 1 GG](#) dem Grunde nach die Anerkennung der Umlagefähigkeit auch von Erbbauzinsen für betriebsnotwendige Grundstücke. Nach § 1 Abs 1 des Gesetzes über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz - ErbbauRG) kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, dass demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (Erbbaurecht). Hierdurch erlangt der Berechtigte ausschließlich die Befugnis, das Grundstück zu bebauen und entsprechend zu nutzen, nicht aber Eigentum an dem Grundstück selbst. Dieses verbleibt vielmehr bei dem Grundstückseigentümer. Der Gegenwert für den hierfür zu entrichtenden Erbbauzins beschränkt sich deshalb auf die reine Nutzungsbefugnis des Grundstücks und vermittelt dem Erbbauberechtigten (von Ansprüchen bei der Ausübung des Heimfallrechts möglicherweise abgesehen) keinen Vermögenswert, der zu einem späteren Zeitpunkt selbstständig verwertet werden könnte. Dementsprechend wird das Erbbaurechtsverhältnis in der steuerrechtlichen Rechtsprechung seinem Leistungsinhalt nach als einem rein schuldrechtlichen Nutzungsverhältnis wie Miete oder Pacht nahestehend gewertet (vgl [BFHE 217, 100](#) mwN).

24

e) Das nötigt dazu, den Erbbauzins wie den Mietaufwand für ein betriebsnotwendiges Grundstück den nach [§ 82 Abs 3 Satz 1 SGB XI](#) umlagefähigen Aufwendungen zuzurechnen. Wie die Miete vermittelt das Erbbaurechtsverhältnis nur Nutzungsrechte, nicht aber Vermögenswerte an dem zur Nutzung überlassenen Grundstück. Eigene und ggf durch Veräußerung selbstständig zu verwertende Vermögenswerte kann der Erbbaurechtsnehmer insoweit nur im Hinblick auf die Bauwerke erwerben, die auf Grund des Erbbaurechts errichtet worden sind und als wesentliche Bestandteile des Erbbaurechts gelten ([§ 12 Abs 1 Satz 1 ErbbauRG](#)). Erlangt mithin ein Pflegeheimträger durch die Entrichtung des Erbbauzins ebenso wenig wie ein Mieter einen diesen Zahlungen korrespondierenden Vermögenswert, so ist kein tragfähiger Grund dafür ersichtlich, diesen betrieblichen Aufwand von der Refinanzierung durch die Umlage nach [§ 82 Abs 3 SGB XI](#) auszuschließen. Abgesehen von den insoweit nach [Art 12 Abs 1 GG](#) zu beachtenden Grenzen würde das auch einen mit [Art 3 Abs 1 GG](#) schwerlich zu rechtfertigenden wirtschaftlichen Vorteil zugunsten der Einrichtungsträger mit sich bringen, die ihre

Einrichtung auf selbst erworbenen Grundstücken betreiben. Zwar steht [§ 82 Abs 2 Nr 2 SGB XI](#) insoweit zweifellos einer Umlage ihres Tilgungsaufwands nach [§ 82 Abs 3 Satz 1 SGB XI](#) entgegen. Anders als ein Träger mit einem nur zur Erbpacht überlassenen Grundstück erwerben sie aber mit der Zahlung für das Grundstück einen zu einem späteren Zeitpunkt uU zu verwertenden Vermögenswert und können zudem ggf auch Zinsen auf das eingesetzte Eigenkapital beanspruchen (vgl dazu Urteil vom heutigen Tag - [B 3 P 2/11 R](#) - RdNr 30).

25

f) Dem ist Rechnung zu tragen, indem zu den Aufwendungen für die "Nutzung von Gebäuden" iS von [§ 82 Abs 3 Satz 1 SGB XI](#) in verfassungskonformer Auslegung auch Erbbauzinsen für die Grundstücke gerechnet werden, die mit für den Einrichtungsbetrieb notwendigen Gebäuden bebaut sind. Zwar zeigt der Vergleich der Fassungen von [§ 82 Abs 2 Nr 3 SGB XI](#) einerseits mit der Wendung "Miete, Pacht, Nutzung oder Mitbenutzung von Grundstücken, Gebäuden oder sonstigen Anlagegütern" und von [§ 82 Abs 3 Satz 1 SGB XI](#) andererseits mit der Formulierung "Miete, Pacht, Nutzung oder Mitbenutzung von Gebäuden", dass grundstücksbezogene Aufwendungen dem Wortlaut nach in dem Umlageatbestand des [§ 82 Abs 3 SGB XI](#) an sich nicht erfasst sind. Jedoch überschreitet die hier zugrunde gelegte Auslegung weder das ersichtlich zwingend intendierte Verbot der Umlage von Aufwand für "den Erwerb und die Erschließung von Grundstücken" nach [§ 82 Abs 2 Nr 2 SGB XI](#) noch den möglichen Wortsinn, weil durch die Erbpacht Grundstücke nicht "erworben" werden und das Erbbaurecht Voraussetzung für die "Nutzung" des auf seiner Grundlage errichteten Betriebsgebäudes ist. Anders als das LSG es gesehen hat, ist deshalb dieser Auslegung zur Meidung eines ansonsten verfassungswidrigen Refinanzierungsverbotes der Vorzug zu geben.

26

5. Hiervon ausgehend beansprucht der Kläger zum Ausgleich seiner Aufwendungen für die Erbpacht für den Zeitraum vom 1.8.2005 bis 31.7.2007 zutreffend eine Umlage in Höhe von weiteren 1,18 Euro und für die Zeit vom 1.8.2007 bis 31.7.2010 von weiteren 1,24 Euro pro Tag und Heimplatz.

27

a) Zunächst ist der geltend gemachte Betrag rechnerisch nicht zu beanstanden. Nach dem Erbbaurecht war von dem Kläger in dem Berechnungszeitraum ein jährlicher Erbbauzins von 49 326 Euro zu tragen, was bei 347 Tagen (Berechnungsmodus für Vollzeitpflege) und 120 Heimbewohnern einen zusätzlichen Umlagebetrag von 1,18 Euro und bei 115 Heimbewohnern von 1,24 Euro pro Pflageatag und Heimplatz ergibt. Dass damit die Grenze des Betriebsnotwendigen iS von [§ 82 Abs 3 Satz 1 SGB XI](#) überschritten wäre und somit Beträge umgelegt werden sollen, die für die Aufrechterhaltung des Pflegebetriebs unter Berücksichtigung der Grundsätze wirtschaftlicher Betriebsführung nicht als sachlich erforderlich oder der Höhe nach nicht als angemessen angesehen werden könnten, ist ebenfalls nicht ersichtlich.

28

b) Der Umlage der Erbbauzinsen steht ebenfalls nicht entgegen, dass in der landesrechtlichen Ausgestaltung des [§ 82 Abs 3 SGB XI](#) durch die Verordnung zur Ausführung der Sozialgesetze (AVSG) vom 2.12.2008 (GVBl 2008, 912) sowie die zuvor geltende Verordnung zur Ausführung des Elften Buches Sozialgesetzbuch Soziale Pflegeversicherung (AVPflgeVG) vom 10.1.1995 (GVBl 1995, 3) die Aufwendungen für Instandhaltung und Instandsetzung der Pflegeinfrastruktur pauschaliert und nicht nach den tatsächlichen Kosten bemessen worden sind (vgl § 74 Abs 2 Nr 4 ASVG und § 33 Abs 2 Nr 4 AVPflgeVG) und dass auch für die Verteilung auf die Heimbewohner eine pauschalierte und nicht die tatsächliche Belegung der Einrichtung des Klägers maßgebend war (vgl § 76 Abs 1 Satz 1 ASVG und § 35 Abs 1 Satz 2 AVPflgeVG). Diese Konkretisierung der Bemessungsansätze ist zwar von der bundesrechtlichen Regelung des [§ 82 Abs 3 SGB XI](#) nicht gedeckt und wird deshalb entsprechend zu ändern sein (vgl dazu im Einzelnen Urteil vom heutigen Tag - [B 3 P 2/11 R](#) - RdNr 34 ff und 40). Auch die Umlageperiode ist mit fünf Jahren (vom 1.8.2005 bis zum 31.7.2010) eher lang (vgl dazu Urteil vom heutigen Tag - [B 3 P 2/11 R](#) - RdNr 39). Gleichwohl beansprucht der Kläger gegenwärtig noch zu Recht die Zustimmung zur gesonderten Berechnung nach diesen Maßgaben und damit auch unter Berücksichtigung der in diesem Zeitraum entrichteten Erbbauzinsen, weil - wie der Senat in seinem Urteil zur Parallelsache [B 3 P 2/11 R](#) ausgeführt hat - aus Gründen der Rechtssicherheit auch nicht voll von dem bundesrechtlichen Umlageatbestand gedeckte landesrechtliche Gestaltungen noch bis Ende 2012 als mit Bundesrecht vereinbar anzusehen und deshalb von allen Beteiligten vorübergehend noch hinzunehmen sind (vgl aaO RdNr 28).

29

6. Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197a Abs 1 Satz 1 SGG](#) iVm [§ 154 Abs 1 VwGO](#), diejenige über den Streitwert aus [§ 197a Abs 1 Satz 1 SGG](#) iVm [§ 63 Abs 2](#), [§ 52 Abs 1](#) und 3 sowie [§ 47 Abs 1 GKG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2012-05-04