

## **Öffentliche Förderung von stationären Pflegeeinrichtungen - Pflegewohngeld - gesonderte Berechnung betriebsnotwendiger Investitionsaufwendungen - Zustimmung der Landesbehörde - betriebsnotwendige Aufwendungen bei der Anmietung eines Gebäudes**

### Leitsätze

1. Bei einer landesrechtlichen Förderung von stationären Pflegeeinrichtungen durch bewohnerbezogene, einkommensabhängige Investitionskostenzuschüsse (so genanntes Pflegewohngeld) bedarf es zur gesonderten Berechnung betriebsnotwendiger Investitionsaufwendungen durch den Heimträger keiner Zustimmung der zuständigen Landesbehörde, sondern nur einer Mitteilung des Heimträgers.
2. Als betriebsnotwendige Aufwendungen können bei der Anmietung eines Gebäudes die angemessenen Mietkosten auch insoweit geltend gemacht werden, als darin Kosten für das reine Grundstück enthalten sind.

### Tatbestand

- 1 Der klagende Verein ist Träger eines Pflegeheims, das sich in einem angemieteten Gebäude befindet und zur Versorgung von Pflegeversicherten zugelassen ist. Gemäß Landespflegegesetz (vom 10. Februar 1996, GVBl Schl.-H. 227 - LPflegeG aF) und Landespflegegesetzverordnung (vom 19. Juni 1996, GVBl Schl.-H. 521 - LPflegeGVO aF) von Schleswig-Holstein erhält er für einkommensschwache Heimbewohner Zuschüsse zu seinen Investitionsaufwendungen ("Pflegewohngeld"). Einem Antrag des Klägers vom 13. November 1998, ab 1. Januar 1999 bei der Pflegevergütung der gesonderten Berechnung betriebsnotwendiger Investitionsaufwendungen in Höhe von 34,15 DM täglich pro Heimplatz nach § 82 Abs 3 Sozialgesetzbuch Elftes Buch (SGB XI) zuzustimmen, gab der beklagte Landkreis nur in Höhe von 26,44 DM statt (Bescheid vom 19. Januar 1999); dabei berücksichtigte er die Mietaufwendungen entsprechend § 10 Abs 6 LPflegeGVO aF nur bis zur Höhe der ortsüblichen Miete für vergleichbaren, nicht preisgebundenen Wohnraum und zog dementsprechend von 570.000 DM Jahresmiete einen Betrag von 128.420,88 DM ab. Den Widerspruch des Klägers, der die Mieten für gewerbliche Immobilien wie Hotels als Vergleichsmiete geltend machte, wies der Beklagte zurück (Widerspruchsbescheid vom 11. Februar 1999).
- 2 Das Sozialgericht (SG) hat die angefochtenen Bescheide aufgehoben und den Beklagten zur Neubescheidung verurteilt (Urteil vom 9. April 2001), weil die Begrenzung der Mietaufwendungen auf die Höhe der Vergleichsmiete für Wohnraum in der LPflegeGVO rechtswidrig sei. Auf die Berufung des Klägers hat das Landessozialgericht (LSG) den Beklagten zur Zustimmung zu einem Tagessatz pro Heimplatz in Höhe von 30,81 DM (15,75 Euro) verurteilt und die Berufung im Übrigen zurückgewiesen (Urteil vom 11. Dezember 2002). Das LSG hat ausgeführt, bei der Entscheidung über die Zustimmung stehe dem Beklagten kein Ermessen zu.

Die Änderung der LPflegeGVO vom 14. Mai 2002 (GVBl Schl.-H. 100 - nF), die bei dem berücksichtigungsfähigen Mietaufwand nunmehr eine Obergrenze in Höhe der ortsüblichen Miete für "vergleichbar genutzte Gebäude", ersatzweise für "vergleichbare Pflegeeinrichtungen", vorsehe, sei ebenfalls rechtswidrig und deshalb nichtig, weil sie eine Kostendeckung des Heimbetriebes nicht erlaube. Die dadurch vorhandene Regelungslücke sei vom Gericht durch § 82 Abs 3 SGB XI in der Weise zu schließen, dass die tatsächlichen Mietaufwendungen berücksichtigt werden müssten, vermindert allerdings um einen fiktiven Mietanteil für das reine Grundstück. Dieser sei wegen der staatlichen Förderung vom Heimbetreiber als Eigenanteil zu tragen. Nach den Richtwerten des Bodengutachterausschusses des Beklagten ergebe sich ein abzuziehender Bodenwertanteil von 37.560 DM, woraus sich ein Tagessatz von 30,81 DM errechne.

- 3 Gegen dieses Urteil haben beide Beteiligte Revision eingelegt. Der Kläger begehrt nunmehr die Zustimmung zu einem Tagessatz von 16,67 Euro (32,61 DM) und macht geltend, die für den Betrieb des Pflegeheims erforderliche Miete müsse einschließlich des für das Grundstück gezahlten Anteils berücksichtigt werden, woraus sich ein um 1,80 DM (0,92 Euro) höherer Wert pro Tag und Heimplatz ergebe. Es gebe keine sachlich begründbaren Kriterien für das Herausrechnen eines Bodenwerts aus einem vereinbarten Mietzins.
- 4 Der Kläger beantragt,
  - 5 das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts vom 11. Dezember 2002 abzuändern und den Beklagten zu verpflichten, ab 1. Januar 1999 gesondert berechenbaren Aufwendungen iS von § 82 Abs 3 SGB XI mit einem Tagessatz von 32,61 DM pro Heimplatz zuzustimmen,
  - 6 hilfsweise festzustellen, dass er berechtigt ist, bei den Investitionskosten die tatsächlich anfallende Grundstücksrente in voller Höhe geltend zu machen.
- 7 Der Beklagte beantragt,
  - 8 das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts vom 11. Dezember 2002 abzuändern, die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Lübeck vom 9. April 2001 zurückzuweisen und im Übrigen die Revision des Klägers zurückzuweisen.
  - 9 Er wendet sich gegen die Berücksichtigung der tatsächlich gezahlten Miete. Eine Überprüfung der Angemessenheit von Heimentgelten sei gesetzlich geboten. Bei Mietaufwendungen sei eine Begrenzung auf die Miete von vergleichbaren Gebäuden und Pflegeeinrichtungen sachgerecht. Seine Bescheide hätten sich schon vor der Änderung der LPflegeGVO bereits an vergleichbaren Pflegeeinrichtungen orientiert. Der Bodenwert müsse und könne herausgerechnet werden. Allerdings habe das LSG zu Unrecht eine Auslastung von 95 % statt 96 % zu Grunde gelegt.
- 10 Der Kläger beantragt,
  - 11 die Revision des Beklagten zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

- 12 Die Revision des Klägers ist hinsichtlich des Hauptantrages nur iS der Aufhebung der angefochtenen Bescheide, hinsichtlich des Hilfsantrages iS der Zurückverweisung der Sache an das LSG zur erneuten Verhandlung und Entscheidung begründet. Die vom Land gezahlten Zuschüsse sind keine öffentliche Förderung iS von § 82 Abs 3 Satz 1 iVm § 9 SGB XI, weshalb der Kläger keiner Zustimmung zur gesonderten Berechnung von Investitionskosten bedarf. Die Erteilung der Zustimmung zur gesonderten Berechnung von Investitionskosten in einer geringeren Höhe als beantragt ist ohne gesetzliche Grundlage erfolgt und schon aus diesem Grunde aufzuheben, weil sie den Kläger beschwert. Seine Leistungsklage auf Erteilung der Zustimmung zur Berechnung eines höheren Tagessatzes ist andererseits unbegründet. Zur Entscheidung über den hilfsweise gestellten Feststellungsantrag reichen die vom LSG getroffenen Tatsachenfeststellungen nicht aus (§ 170 Abs 2 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz <SGG>). Der Kläger ist dem Grunde nach berechtigt, nach Anzeige bei dem Beklagten die Mietkosten ohne Kürzung um einen Grundstücksanteil als Investitionskosten gegenüber den Heimbewohnern geltend zu machen. Das LSG wird die Mietkosten des Klägers noch auf ihre Angemessenheit zu überprüfen haben; in diesem Umfang war auch der Revision des Beklagten stattzugeben.
- 13 1. Der Hauptantrag des Klägers ist nur iS der Aufhebung der angefochtenen Bescheide begründet.
- 14 Im Rahmen der zulässigen Revision, mit der der Kläger die Verletzung von Bundesrecht insoweit rügt, als das LSG bei den betriebsnotwendigen Investitionsaufwendungen, die den Pflegebedürftigen gesondert berechnet werden dürfen, nicht die vollen Mietkosten, sondern nur die fiktiv für das Gebäude anfallenden Mietkosten berücksichtigt hat, prüft das Bundessozialgericht (BSG) in vollem Umfang von Amts wegen, ob sich die Rechtsanwendung des LSG mit Bundesrecht vereinbaren lässt (Meyer-Ladewig, SGG, 7. Aufl, § 162 RdNr 8b). Das ist insoweit nicht der Fall, als das LSG der Klage auf Erteilung der Zustimmung zur gesonderten Berechnung der betriebsnotwendigen Investitionsaufwendungen zum Teil stattgegeben hat.
- 15 Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen kann der Kläger einen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung der zuständigen Landesbehörde nicht auf § 82 Abs 3 Satz 3 iVm Abs 3 Satz 1 SGB XI stützen. Nach dieser Vorschrift kann die Pflegeeinrichtung zwar betriebsnotwendige Investitionsaufwendungen nach Abs 2 Nr 1 dieser Vorschrift oder Aufwendungen für Miete, Pacht, Nutzung oder Mitbenutzung von Gebäuden oder sonstige abschreibungsfähige Anlagegüter nach Abs 2 Nr 3 der Vorschrift, die durch öffentliche Förderung gemäß § 9 SGB XI nicht vollständig gedeckt sind, den Pflegebedürftigen gesondert berechnen. Dafür bedarf es der Zustimmung der zuständigen Landesbehörde, wozu das Nähere durch Landesrecht bestimmt wird. Die Voraussetzungen dafür liegen deshalb nicht vor, weil die dem Kläger gezahlten Zuschüsse aus Landesmitteln entgegen der vom LSG nicht näher begründeten Annahme keine öffentliche Förderung iS von § 9 SGB XI sind.
- 16 Die landesrechtliche Regelung geht zwar erkennbar davon aus, dass eine teilweise Investitionsförderung auch durch die Gewährung von Pflegewohngeld erfolgen kann und die gesonderte Berechnung von Investitionskosten durch den Heimträger nur mit behördlicher Zustimmung erfolgen darf. In der Tat steht es dem Landesgesetzgeber frei, ob und in welcher Form er die stationäre Pflege fördert. Welche Investitionskosten der Heimträger dem Pflegebedürftigen in Rechnung stellen darf und welche

verfahrensrechtlichen Voraussetzungen er dabei zu beachten hat, wird allerdings durch den Bundesgesetzgeber festgelegt (vgl Art 74 Abs 1 Nr 7 und Nr 12 Grundgesetz <GG>), der insoweit den Ländern keine Ermächtigung eingeräumt hat, das Nähere zu regeln (vgl dazu Gürtner in Kasseler Kommentar, SGB XI, § 82 RdNr 12; BVerwGE 91, 363 = NJW 1993, 2391; zur Gesetzgebungskompetenz: Neumann in Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd 4, Pflegeversicherungsrecht 1997, § 22 Fn 13). Dazu gehört auch die Bestimmung, welche Art von landesrechtlicher Förderung eine öffentliche Förderung im Sinne von § 9 SGB XI darstellt. Die landesrechtliche Regelung stellt das nicht in Frage, sondern versucht nur, daran anzuknüpfen.

- 17 Der Senat schließt sich insoweit der verwaltungsgerichtlichen Instanzrechtsprechung an, die zwar irrig, aber bindend bei gleich gelagertem Streitgegenstand den Verwaltungsrechtsweg bejaht hat (vgl dazu Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts <BVerwG> vom 27. Mai 2003 - 3 B 41.03); in der Sache hat sie aber zu Recht entschieden, dass Zuschüsse an Träger von Einrichtungen der vollstationären Pflege für Anspruchsberechtigte, deren Einkommen die Einkommensgrenze des § 79 Bundessozialhilfegesetz (BSHG) unter Zugrundelegung eines um 30 % erhöhten Grundbetrages nach § 81 Abs 1 BSHG nicht übersteigt (so genanntes Pflegewohngeld), nicht zu den öffentlichen Förderungsmaßnahmen zählen, die § 82 Abs 3 Satz 1 SGB XI meint (OVG Lüneburg, Urteil vom 22. Januar 2003 - 4 LC 146/02; VG Osnabrück, Urteil vom 20. Februar 2002 - 6 A 114/99).
- 18 Zwar wird das Pflegewohngeld auf Antrag der Heimträger mit Zustimmung des Pflegebedürftigen (§ 9 Abs 1 Satz 1 und 2 LPflegeGVO nF) an den Heimträger gezahlt, der verpflichtet ist, dieses auf die gesondert berechenbaren betriebsnotwendigen Investitionsaufwendungen zu Gunsten des anspruchsberechtigten Pflegebedürftigen anzurechnen. Der Heimträger kann das Pflegewohngeld aber gegen den Willen des Pflegebedürftigen nicht geltend machen und dessen eigenständige Antragstellung nicht verhindern. Die verfahrensrechtliche Stellung des Heimträgers entspricht damit materiell-rechtlich einer Einziehungsermächtigung und prozessual einer Prozessstandschaft für den berechtigten Heimbewohner. Die Zuschüsse kommen nur diesem und nicht allen Heimbewohnern - wie bei einer sog Objektförderung - zugute. Das Pflegewohngeld stellt damit keine Förderung des Heimträgers, sondern allein des bedürftigen Heimbewohners dar, der insoweit von sonst zu tragenden Kosten entlastet wird. Der Sache nach handelt es sich um eine Sozialleistung sui generis (vgl Klie, VSSR 1999, 327, 328, 334; Wilde in Hauck/Wilde, SGB XI, K § 9 RdNr 7), wie sie von verschiedenen Bundesländern zur Entlastung ihres Sozialhilfeeats gezahlt wird.
- 19 Die Regelung über die gesonderte Berechnung von Investitionskosten ist erst durch den Vermittlungsausschuss in das Gesetzgebungsverfahren eingeflossen (vgl BR-Drucks 342/94 unter Nr 25) und aus diesem Grunde hinsichtlich der Motive nicht dokumentiert. Sie hat die im Regierungsentwurf zunächst vorgesehene sog monistische Finanzierung durch einen von den Pflegekassen zu zahlenden besonders auszuweisenden Investitionskostenzuschlag (§ 100 des Entwurfs, vgl BT-Drucks 12/5262 S 38), der wiederum durch die Länder refinanziert werden sollte, abgeändert. Als Rechtfertigung dafür, bei Gewährung direkter Investitionskostenzuschüsse die

Kostenanteile in Rechnung gestellt werden, die bereits durch Zuschüsse gedeckt sind (vgl Rudolph, BArbBl 8-9/1994, 48, 49; Udsching, SGB XI, 2. Aufl 2000 § 82 RdNr 9). Diese Gefahr besteht bei einer subjektbezogenen Förderung wie dem Pflegegeld nicht. Dieses ist in der dem Heimbewohner bewilligten Höhe von den Tagessätzen für betriebsnotwendige Investitionskosten abzuziehen. Über die zutreffende Abrechnung der Heimentgelte hat der Träger der Heimaufsicht zu wachen (§ 15 Heimgesetz idF des 3. HeimGÄndG vom 5. November 2001 - BGBl I 2960), der im vorliegenden Fall ebenfalls der beklagte Landkreis ist.

- 20 Der Kläger fällt damit unter die Pflegeeinrichtungen iS des § 82 Abs 4 SGB XI, die nicht nach Landesrecht gefördert werden. Solche Pflegeeinrichtungen dürfen ihre betriebsnotwendigen Investitionsaufwendungen den Pflegebedürftigen ohne Zustimmung der zuständigen Landesbehörde gesondert berechnen. Die gesonderte Berechnung ist dieser lediglich mitzuteilen. Durch diese Anzeigepflicht erhalten die Länder einen Überblick über die den Pflegebedürftigen gesondert berechneten Investitionskostenanteile bei nicht geförderten Pflegeeinrichtungen. Anhand dieser Information können sie entscheiden, ob eine nicht geförderte Pflegeeinrichtung in die so genannte Objektförderung aufgenommen werden soll (zu deren wettbewerbsrechtlicher Problematik vgl BSGE 88, 215 = SozR 3-3300 § 9 Nr 1), um auf diese Weise zur Senkung der von allen Heimbewohnern zu tragenden Heimentgelte beizutragen (vgl Spellbrink in Hauck/Noftz, SGB XI, K § 82 RdNr 29; Rudolph, aaO; Wigge in Wannagat, SGB XI, § 82 RdNr 25).
- 21 Weil es somit lediglich einer Anzeige des Klägers an den Beklagten über die Berechnung betriebsnotwendiger Investitionsaufwendungen bedurfte, waren die angefochtenen Bescheide aufzuheben; der weitergehende Antrag auf Erteilung der Zustimmung konnte aber keinen Erfolg haben.
- 22 2. Der hilfsweise gestellte Antrag auf Feststellung, dass der Kläger zur Berechnung betriebsnotwendiger Investitionsaufwendungen in der geltend gemachten Höhe berechtigt ist, ist auch im Revisionsverfahren zulässig. Es handelt sich um keine Klageänderung iS von § 168 SGG, sondern lediglich um eine Einschränkung des ursprünglichen Klageantrags in der Hauptsache ohne Änderung des Klagegrundes, die gemäß § 99 Abs 3 Nr 2 SGG nicht als Klageänderung gilt. Das für eine Feststellungsklage stets erforderliche berechtigte Interesse des Klägers an der baldigen Feststellung (§ 55 SGG) ist zu bejahen, da der Beklagte die Zulässigkeit der Berechnung der Mietkosten der Höhe nach bestreitet und er die Möglichkeit hat, in seiner Eigenschaft als Träger der Heimaufsicht gegen zu Unrecht geltend gemachte Heimentgelte einzuschreiten. Der Kläger hat ein berechtigtes Interesse, die Rechtmäßigkeit seines Handelns im Rahmen des anhängigen Prozesses feststellen zu lassen und nicht darauf verwiesen zu werden, erst Ordnungsverfügungen der Heimaufsicht abzuwarten, um deren Rechtmäßigkeit unter erneuter Beschreitung des Rechtswegs, möglicherweise wiederum durch drei Instanzen, zu bestreiten. Das Feststellungsbegehren des Klägers kann zwar in der Revisionsinstanz nicht abschließend beschieden werden, weil es noch an der Feststellung von Tatsachen fehlt, die nur durch die Tatsacheninstanz getroffen werden können; da es aber nur noch um die Feststellung der angemessenen Miethöhe durch Vergleich mit anderen Pflegeeinrichtungen geht, ist eine Entscheidung über das Feststellungsbegehren des Klägers im anhängigen Rechtsstreit auch prozessökonomisch.
- 23 3. Die Revision des Klägers ist auf seinen Hilfsantrag insoweit begründet, als er zu

Recht beanstandet, dass das LSG bei der Ermittlung der berechnungsfähigen Investitionskosten einen fiktiven Anteil außer Ansatz gelassen hat, der auf die Miete für das reine Grundstück entfällt. Was als Pflegevergütung von den Pflegeeinrichtungen gegen den Pflegebedürftigen und die Pflegekassen geltend gemacht werden kann, ist in § 82 Abs 1 und 2 SGB XI geregelt. Danach erhalten Pflegeheime eine leistungsgerechte Vergütung für die allgemeinen Pflegeleistungen (Pflegevergütung) sowie ein angemessenes Entgelt für Unterkunft und Verpflegung. Während die Pflegevergütung bis zur Erschöpfung des jeweiligen Leistungsrahmens zunächst von den Pflegekassen und erst darüber hinaus von dem Pflegebedürftigen zu zahlen ist, hat er für Unterkunft und Verpflegung allein aufzukommen. Der Sinn dieser Regelung liegt darin, keinen Anreiz zu Gunsten der Inanspruchnahme stationärer Pflege dadurch zu schaffen, dass der Pflegebedürftige von den im eigenen Haushalt anfallenden Kosten der Unterkunft und Verpflegung vollständig entlastet wird. § 82 Abs 2 SGB XI schließt allerdings bestimmte Aufwendungen als Kostenfaktoren für die Berechnung der Pflegevergütung und der Entgelte für Unterkunft und Verpflegung aus. Darunter fallen - enumerativ aufgeführt und damit abschließend - Aufwendungen für

- 24 1. Maßnahmen, die dazu bestimmt sind, die für den Betrieb der Pflegeeinrichtung notwendigen Gebäude und sonstigen abschreibungsfähigen Anlagegüter herzustellen, anzuschaffen, wiederzubeschaffen, zu ergänzen, in Stand zu halten oder in Stand zu setzen, mit Ausnahme der Verbrauchsgüter, deren Kosten in die Pflegevergütung einbezogen werden dürfen, 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.
- 25 Danach dürfen Aufwendungen für die Miete von Grundstücken und Gebäuden nicht bei den Entgelten für Unterkunft und Verpflegung berücksichtigt werden (Nr 3), obwohl diese Kosten bei der gewöhnlichen Wohnungsmiete nach wie vor den überwiegenden Anteil ausmachen und auch bei dem Betrieb einer Pflegeeinrichtung gegenüber den sonstigen Kosten des Heimbetriebes (Pensionskosten im weiteren Sinne) nicht unerheblich ins Gewicht fallen. Diese Kosten werden von dem Kläger bei den gesondert ausgewiesenen Entgelten für Unterkunft und Verpflegung auch nicht geltend gemacht. Er stützt sich vielmehr auf die Regelung des § 82 Abs 3 Satz 1 SGB XI, wonach Aufwendungen für Miete, Pacht, Nutzung oder Mitbenutzung von Gebäuden oder sonstige abschreibungsfähige Anlagegüter nach Abs 2 Nr 3 wie betriebsnotwendige Investitionsaufwendungen nach Abs 2 Nr 1 geltend gemacht werden dürfen. Dass die Aufwendungen für die Miete von Gebäuden nicht als Unterkunfts-kosten, sondern als Investitionsaufwendungen eingeordnet werden, ist nur im Zusammenhang mit der öffentlichen Förderung gemäß § 9 SGB XI zu verstehen, die von einer Förderungsfähigkeit auch der Aufwendungen für Miete von Gebäuden ausgeht.
- 26 Daraus, dass § 82 Abs 3 Satz 1 SGB XI nur die Aufwendungen für die Miete von Gebäuden erwähnt und nicht auch die Miete von Grundstücken als berücksichtigungsfähige Aufwendungen aufführt, die in Abs 2 Nr 3 neben der Miete für Gebäude oder sonstige Anlagegüter eigens erwähnt und als Kostenfaktoren der Entgelte für Unterkunft ausgeschlossen worden sind, hat das LSG zu Unrecht gefolgert, dass nur der Anteil, der bei der Anmietung eines gewerblichen Objektes auf die Nutzung des Gebäudes selbst fällt, berücksichtigt werden könne.

- 27 Es ist zwar einzuräumen, dass bei der Anmietung eines Grundstücks mit Gebäude der auf das Grundstück entfallende Anteil der Miete annähernd dadurch ermittelt werden kann, dass zum Vergleich unbebaute Grundstücke in vergleichbarer Lage herangezogen werden. Diese werden allerdings in der Regel in unbebautem Zustande nicht vermietet, sodass Vergleichsmieten kaum zur Verfügung stehen. Unter diesen Umständen hat es das LSG als geboten angesehen, den Bodenwertanteil von vergleichbaren Grundstücken mit einem Zinssatz von 4 % jährlich zu verzinsen, um an Stelle eines Mietwertes den Nutzungswert unter Zugrundelegung einer angemessenen Kapitalverzinsung zu ermitteln. Gegen diese Art der anteiligen Mietkostenermittlung spricht aber nicht nur die lebensfremde Aufteilung eines einheitlichen Rechtsgeschäftes über die Anmietung eines bebauten Grundstücks mit einem vereinbarten Gesamtmietpreis, der sich keineswegs mit einer angemessenen Kapitalverzinsung des angemieteten Objektes decken muss, sondern je nach Marktlage darüber oder auch darunter liegen kann. Gegen diese Gesetzesauslegung spricht vielmehr entscheidend, dass der Heimträger, falls er die von ihm aufgewandten Mietkosten nicht über die Vergütung durch die Heimbewohner oder sonstige Kostenträger refinanzieren kann, schon allein deshalb einen kostendeckenden Betrieb nur schwer aufrechterhalten kann. Erst recht ist es dann einem gewerblichen Betreiber eines Pflegeheims erschwert, einen angemessenen Gewinn zu erzielen. Grundstücke ohne Berechnung einer Eigenkapitalverzinsung in den Betrieb einzubringen bzw auf die Kostendeckung der anfallenden Mietkosten zu verzichten, wird in der Regel nur öffentlichen oder frei gemeinnützigen Trägern möglich sein, die sich aus öffentlichen Mitteln, Stiftungen oder auch Spenden refinanzieren. Soweit derartige Mittel nicht eingesetzt werden können, was insbesondere bei gewerblichen Unternehmen in der Regel der Fall sein wird, liefe das Verbot einer Refinanzierung eines Teils der notwendigen Betriebsaufwendungen über die Heimentgelte auf einen Wettbewerbsnachteil hinaus, der über denjenigen noch hinausgeht, der ohnehin mit der Forderung von höheren Heimentgelten aufgrund der höheren Kosten verbunden ist. Dies würde dem Anliegen des Gesetzgebers, für die Versorgung der pflegebedürftigen Personen einen Markt zu eröffnen, auf dem vorrangig frei gemeinnützige und private Träger im Wettbewerb tätig werden (vgl § 72 Abs 3 Satz 2 SGB XI) zuwiderlaufen. Der Gesetzgeber hat ausdrücklich für die Pflegesätze geregelt, dass diese es einem Pflegeheim bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen müssen, seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen (§ 84 Abs 2 Satz 4 SGB XI). Das muss aber auch für die übrigen Anteile des Heimentgeltes gelten. Denn eine Gefährdung des Versorgungsauftrages kann nicht nur durch unzureichende Pflegesätze, sondern auch durch unzureichende Entgelte für Unterkunft und Verpflegung sowie unzureichende Deckung der sonstigen Investitionskosten eintreten.
- 28 Gegen diese Auslegung kann nicht mit Erfolg ins Feld geführt werden, dass Grundstücke nicht zu den abschreibungsfähigen Gütern zählen und es bei der öffentlichen Förderung von Einrichtungen und Vorhaben zu den Grundsätzen zählt, von dem Geförderten die Erbringung eines Eigenanteils zu verlangen. Dies ist zwar zutreffend und entspricht auch den ursprünglichen Vorstellungen des Bundesgesetzgebers über die Finanzierung von Pflegeeinrichtungen. In § 100 des Gesetzesentwurfs zum Pflegeversicherungsgesetz (BT-Drucks 12/5262 S 149) waren die förderungsfähigen Investitionsaufwendungen näher umschrieben; dabei waren Kosten des Grundstücks, des Grundstückserwerbs, der Grundstückerschließung sowie ihrer Finanzierung ausdrücklich ausgenommen. Sie sollten grundsätzlich von den Pflegeeinrichtungen als Eigenleistung einzubringen sein (BT-Drucks 12/5262 aaO). Dieser Ausschluss der Grundstückskosten aus dem Investitionszuschlag hätte aber

nicht bedeutet, dass diese Kosten nicht als Kosten für Unterkunft und Verpflegung hätten berücksichtigt werden dürfen. Ein ausdrückliches Verbot wie jetzt in § 82 Abs 2 Nr 2 und Nr 3 SGB XI enthielt der Gesetzesentwurf nicht. Die jetzige Regelung über die Finanzierung der betriebsnotwendigen Investitionsaufwendungen in § 82 Abs 3 Satz 1 SGB XI lehnt sich mit dem Ausschluss der Kosten für den Erwerb und die Erschließung von Grundstücken von der Refinanzierung durch den Versicherten ersichtlich an die ursprüngliche Regelung über den Investitionszuschlag an. Da nunmehr eine Refinanzierung dieser Kosten aus den Entgelten für Unterkunft und Verpflegung ebenfalls ausdrücklich ausgeschlossen ist, ohne dass dafür eine tragfähige Begründung erkennbar ist, bleibt eine Deckungslücke bestehen. Es kann in diesem Zusammenhang dahinstehen, ob dieser Ausschluss mit dem Grundrecht auf freie Berufsausübung (Art 12 GG) und dem Gleichheitssatz (Art 3 GG) vereinbar ist (dazu Neumann in Schulin, aaO, § 22 RdNr 11) oder inwieweit trotz des klaren Gesetzeswortlauts eine verfassungskonforme Auslegung möglich wäre. Was die Aufwendungen für die Miete von Gebäuden betrifft, ist eine verfassungskonforme Auslegung zu Gunsten der Berufsfreiheit jedenfalls zulässig und geboten, ohne die Grenzen des möglichen Wortverständnisses zu überschreiten. Danach umfasst die Miete von Gebäuden auch das damit verbundene Grundstück, dessen wesentlicher Bestandteil das Gebäude im Regelfall ist (§§ 94, 95 Bürgerliches Gesetzbuch).

- 29 § 82 Abs 4 SGB XI erwähnt allerdings im Unterschied zu § 82 Abs 3 Satz 1 SGB XI nur die betriebsnotwendigen Investitionen und nicht auch die sonstigen Aufwendungen für Miete, Pacht usw, die streng genommen nicht zu den Investitionskosten, sondern zu den laufenden Betriebskosten gehören. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass beim vollständigen Fehlen einer öffentlichen Förderung diese Kosten nicht, wohl aber bei einer anteiligen Förderung gesondert berechnet werden dürfen. Für eine solche Differenzierung wäre ebenfalls kein sachlicher Grund erkennbar. Die Gesetzesformulierung muss insoweit als Redaktionsversehen gewertet werden, das hier eine Subsumtion der Mietkosten unter die Investitionsaufwendungen zulässt (ebenso Zuck, PKR 2001, 29, 33; Neumann in Schulin, aaO, § 22 RdNr 13).
- 30 In der Sache selbst reichen die bisherigen Feststellungen des LSG nicht zu einer - positiven oder negativen - Entscheidung darüber aus, in welcher konkreten Höhe der Kläger bei den Investitionskosten auch Mietkosten in Rechnung stellen kann. Entgegen der Auffassung des LSG sind nicht die tatsächlich anfallenden, sondern nur die angemessenen Kosten zu berücksichtigen, sodass Bundesrecht verletzt worden ist. Das ergibt sich einmal aus der Einbindung dieser Kosten in das Heimentgelt, das nur eine "leistungsgerechte" Vergütung für die Pflege und ein "angemessenes" Entgelt für Unterkunft und Verpflegung vorsieht (§ 82 Abs 1 Satz 1 SGB XI). Die Heimaufsicht hat darüber zu wachen, dass die Heimentgelte "angemessen" sind (§ 5 Abs 7 Satz 1 Heimgesetz idF des 3. HeimGÄndG vom 5. November 2001 - BGBl I 2960). Die leistungsgerechte Vergütung iS der §§ 82 Abs 1 Satz 2, 84 Abs 2 Satz 1 SGB XI ist nach der Entscheidung des Gesetzgebers in erster Linie über die Feststellung von Marktpreisen im Vergleich mit anderen Einrichtungen, insbesondere des örtlichen Einzugsbereichs, zu bestimmen ("externer Vergleich"); bei fehlender Ermittelbarkeit eines Marktpreises können die tatsächlich entstandenen Kosten des Heimträgers auch nur bei wirtschaftlicher Betriebsführung berücksichtigt werden (vgl BSGE 87, 199 = SozR 3-3300 § 85 Nr 1). Entsprechendes muss daher auch im Rahmen der berücksichtigungsfähigen Investitionen gelten.
- 31 Zu den Mietkosten "vergleichbarer Pflegeeinrichtungen" fehlt es allerdings noch an



Feststellungen des LSG, sodass die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen war.

32 4. Der Vortrag des Beklagten, das LSG habe zu Unrecht 60 statt 67 Heimplätze und eine Auslastung von 95 statt 96 % zu Grunde gelegt, entspricht nicht den Anforderungen an eine Feststellungsrüge und ist deshalb in der Revisionsinstanz nicht zu berücksichtigen (§ 163 SGG).

33 Das LSG wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.