

Stellungnahme
des Vorsitzenden Richters am Finanzgericht a. D.
Günther Herrmann
und des Rechtsanwalts und Fachanwalts für Verwaltungsrecht
Christof Stock



zur öffentlichen Anhörung „Änderung des Landespflegegesetzes“ am 30.4.03

Die Stellungnahme befasst sich mit Nrn. 3 und 18 des Fragenkatalogs und mit § 16 E-PfG NW

A. Stellungnahme zu Nr. 3 Fragenkatalog

3. Kann die im Landespflegegesetz enthaltene Regelung zur Bedarfsplanung beibehalten werden? Wie wird die Gesetzmäßigkeit der nach dem Gesetzentwurf der Landesregierung entfallenden Bedarfsplanung beurteilt? Gibt es ein alternatives Instrument, das eine Bedarfssteuerung ermöglicht und welches ist das ggf.?

Einleitung

Es erfolgt zunächst eine zusammenfassende Darstellung der Problematik, um dann abschließend eine Antwort auf die vorstehend gestellten Fragen zu geben.

I. Rechtliche Grundlagen

Gem. § 9 S. 1 SGB XI sind die Länder für die Vorhaltung einer leistungsfähigen zahlenmäßig ausreichenden und wirtschaftlichen pflegerischen Versorgungsstruktur verantwortlich. Gem. § 9 S. 2 SGB XI wird das Nähere zur Planung und zur Förderung der Pflegeeinrichtungen durch Landesrecht bestimmt. Dabei sollen zur finanziellen Förderung der Investitionskosten der Pflegeeinrichtungen Einsparungen eingesetzt werden, die den Trägern der Sozialhilfe durch die Einführung der Pflegeversicherung entstehen.

In Wahrnehmung dieser Verantwortung sind jeweils von den einzelnen Bundesländern Landespflegegesetze verabschiedet und entsprechende Verordnungen erlassen worden. In Umsetzung des Auftrages zur Planung und Förderung der Pflegeinfrastruktur ist durchgängig von den Ländern in jeweils

unterschiedlicher Form das Instrument der Pflegebedarfsplanung eingesetzt worden und zwar mit der Maßgabe, dass eine öffentliche Förderung nur dann in Betracht kommen sollte, wenn, entsprechend den Planvorgaben, ein Bedarf dafür vorliegt.

Angesichts des Umstandes, dass das SGB XI, anders als das Krankenhausfinanzierungsgesetz, das in seinen §§1,6,8 eine bedarfsgerechte Versorgung vorsieht, keine entsprechende Einschränkung enthält, steht als Gegenpol die Pflicht der Länder, die bundesrechtliche Vorgabe durch das SGB XI zu beachten und nicht gegen die Grundsätze der Markt- und Wettbewerbsfähigkeit zu verstoßen.

II. Regelung im Landespflegegesetz Nordrhein-Westfalen –PfG NW-

Entsprechend den Regelungen der anderen Bundesländer hat auch das Land Nordrhein-Westfalen in seinem Landespflegegesetz den Weg der bedarfsorientierten Abhängigkeit der Bewilligung von Fördermitteln gewählt. Dies kommt besonders in § 8 Abs. 2 PfG NW zum Ausdruck, der die Bewilligung von Fördermitteln von der Erteilung einer Bedarfsbestätigung abhängig macht.

III. Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit einer bedarfsorientierten Abhängigkeit der Bewilligung von Fördermitteln auf der Grundlage höchstrichterlich ergangener Rechtsprechung.

Für die rechtliche Beurteilung der Frage, wie das Spannungsverhältnis zwischen der Planungs- und Förderungsverantwortlichkeit einerseits und der Markt- und Wettbewerbsorientierung andererseits zur Auflösung kommt, haben zwei Entscheidungen entscheidende Bedeutung gewonnen. Zum einen handelt es sich um das Urteil des Bundessozialgerichts –BSG- vom 28.6.2002 (Az. B 3 P 9/00 – veröffentlicht in BSGE 88,215), zum anderen um das Urteil des

Verwaltungsgerichtshofs –VGH - Mannheim vom 14.5.2002 (Az. 9 S 2206/01 – veröffentlicht in juris). Zwar sind diese Entscheidungen jeweils zu Landespflegegesetzen anderer Bundesländer ergangen (das BSG-Urteil zum Landespflegegesetz Rheinland-Pfalz; das Urteil des VGH Mannheim zum Landespflegegesetz Baden-Württemberg). Doch im Hinblick darauf, dass bei allen Ländergesetzen die vorgenannten Wertungskonflikte bestehen, können die Entscheidungsgründe der vorgenannten Urteile auch für den hier zu beurteilenden Gesetzentwurf (E-PfG NW) herangezogen werden.

● **a) § 9 SGB XI gebietet Beachtung des Leistungswettbewerbs**

Beide Gerichte interpretieren den Begriff der Planung in § 9 SGB XI dahingehend, dass durch ihn nicht auch die Bedarfsbefriedigung umfasst wird (so aber u.a. Trenk-Hinterberger in Wannagat, Soz. Pflegeversicherung § 9 Anm. 5; Herrmann/Stock, Zur Bedarfsbestätigung nach 8 Abs. 2 PfG NW, Die Sozialgerichtsbarkeit –SGB-2002, 606).

Mit der vorgenannten Auslegung des § 9 SGB XI durch das Bundessozialgericht und den Verwaltungsgerichtshof Mannheim ist dann davon auszugehen, dass in § 9 SGB XI wesentliche Grundlagen für einen Leistungswettbewerb für die nach § 72 Abs. 3 SGB XI zugelassenen Leistungserbringer gelegt werden. Durch freien Marktzugang soll für die Pflegeeinrichtungen ein wirksamer Leistungswettbewerb bestehen. Diese sollen ihre Leistungen nach den Regeln des Marktwettbewerbs erbringen. Dies hat z.B. zur Folge, dass der Landesgesetzgeber die Förderung nicht nur auf einen Teil der zugelassenen Pflegeeinrichtungen beschränken oder von vornherein mit der Begründung ausnehmen kann, für sie bestünde kein Bedarf (vgl. BSG a.a.O. Leitsatz 2, VGH Mannheim a.a.O. S. 11 unten). Dies gilt vor allem dann,

so das BSG a.a.O. S. 222, soweit finanzielle staatliche Förderung nicht geboten, aber zulässig ist.

b) § 9 SGB XI gebietet Beachtung der Planungskompetenz der Länder

Auch wenn durch § 9 SGB XI dem Wettbewerb ein hoher Rang zugeordnet wird, so ist die Planungskompetenz der Länder dennoch nicht obsolet. Nach wie vor hat die Planungskompetenz der Länder zum Inhalt, dass sie eine am Bedarf orientierte Planung einschließt. Dies allein deshalb, weil für den Fall einer Unterversorgung entsprechendes Handeln erforderlich wird. Diese Kompetenz wird weder vom Bundessozialgericht noch vom Verwaltungsgerichtshof Mannheim in Zweifel gezogen. (Vgl. BSG a.a.O. S.221, wo es heißt: „Nach dieser Grundentscheidung bleibt es zwar weiterhin eine staatliche Aufgabe des Landes, den Bedarf an Pflegeeinrichtungen zur Versorgung der Bevölkerung festzustellen und zu kontrollieren, inwieweit dieser Bedarf durch die bereits vorhandenen Einrichtungen gedeckt wird.“). Entscheidend ist, dass die Bedarfsplanung nicht angebotssteuernd durch entsprechend gezielt eingesetzte Förderungsmittel benutzt wird (so auch Igl in seinem für die Landesregierung im Juli 2002 erstatteten Gutachten S. 16 V).

Auch der Verwaltungsgerichtshof Mannheim misst der Planungskompetenz einen hohen Rang zu. So heißt es u.a. a.a.O. S. 13 Mitte: „Das schließt die Möglichkeit einer nach Sachgesichtspunkten differenzierenden und also unterschiedlichen Förderung der Pflegeeinrichtungen ein. Die damit verbundene Wettbewerbsverzerrung nimmt das Bundesrecht in Kauf“. A.a.O. S. 11 Mitte heißt es: „Auch kann eine fachliche Schwerpunktbildung (etwa für Demenzkranke) oder eine kulturell-religiöse Schwerpunktbildung(auch etwa für ausländische Pflegebedürftige) für geboten erachtet werden.“

Angesichts des in § 1 E-PfG NW festgelegten Ziels, u.a. die besonderen Belange pflegebedürftiger Menschen mit gleichgeschlechtlichem Lebensentwurf zu

berücksichtigen, könnte dies als eine nach Sachgesichtspunkten erfolgende zulässige Differenzierung in Betracht kommen.

IV. Beantwortung der Fragen

a) zu Frage 3 S. 1.: Kann die im Landespflegegesetz enthaltene Regelung zur Bedarfsplanung beibehalten werden?

Die jetzige im Landespflegegesetz enthaltene Regelung zur Bedarfsplanung kann nicht beibehalten werden, da sie z.B. die Möglichkeit eröffnet, bei festgestelltem Überbedarf Fördermittel zu verweigern. Dies ist unzulässig.

b) zu Frage 3 S. 2: 3. Wie wird die Gesetzmäßigkeit der nach dem Gesetzentwurf der Landesregierung entfallenden Bedarfsplanung beurteilt?

Eine Bedarfsplanung ist auf Grund der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht schlechthin unzulässig. Sie darf lediglich nicht angebotssteuernd durch Vergabe entsprechender Fördermittel eingesetzt werden. Eine Bedarfsplanung ist schon deshalb erforderlich, weil ohne sie eine eventuelle Unterversorgung, die entsprechendes Tätigwerden zur Folge haben müsste, nicht festgestellt werden könnte.

c) zu Frage 3 c): Gibt es ein alternatives Instrument, das eine Bedarfssteuerung ermöglicht und welches ist das ggf.?

Eine generelle Bedarfssteuerung mit Ausrichtung auf begrenzte Zulassung unter Quantitätsgesichtspunkten ist unzulässig. Eine Förderung kann allerdings unter den Gesichtspunkten der Sach- oder Fachbezogenheit differenziert gestaltet werden.

Eine Schwerpunktbildung (etwa für Demenzerkrankte, spezifisch Behinderte, Pflegebedürftige mit ausländischer Herkunft) separat zu fördern, ist auch bundesrechtlich zulässig. (sog. Angebotserzeugende Förderung, s. Igl, Gutachten Juli 2002, S. 16)

B. Stellungnahme zu Nr. 18 des Fragenkatalogs

Wie bewerten Sie die Regelungen zum bewohnerorientierten Aufwendungszuschuss für Investitionskosten vollstationärer Dauerpflegeeinrichtungen (Pflegewohngeld) ?

Mit dem Wegfall der Bedarfsbestätigung als Anspruchsvoraussetzung für das Pflegewohngeld bleiben zwei gravierende Rechtsprobleme des früheren Rechts bestehen:

- a. Die Objektbezogenheit der Förderung indiziert einen Eingriff in den Wettbewerb.
- b. Die Subjektbezogenheit indiziert eine Offenbarungspflicht des Heimbewohners gegenüber dem Einrichtungsträger im Hinblick auf seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse.

Zu a: Die Objektbezogenheit der Förderung indiziert einen Eingriff in den Wettbewerb

Nach dem Gesetzentwurf soll das Pflegewohngeld dem Einrichtungsträger zustehen. Maßgeblich dafür, ob und in welcher Höhe ein Aufwendungszuschuss gewährt wird, ist nicht allein die – subjektbezogene – Bedürftigkeit des jeweiligen Heimbewohners im Hinblick auf seine finanziellen Verhältnisse, sondern zugleich auch die – objektbezogene – Förderungsfähigkeit der Investitionskosten. Die Höhe des

Anspruchs beläuft sich höchstens auf die anerkennungsfähigen betriebsnotwendigen Investitionsaufwendungen.

Das Pflegewohngeld stellt sich deshalb als subjektorientierte Objektförderung dar (so auch VG Hannover, Ur.t.v. 25.02.2003 – 3 A 3989/02 – nicht rechtskräftig, nicht veröffentlicht, bezgl. § 13 NPfIG, Berufungsverfahren: 4 LC 179/03, a. A: reine Subjektförderung; Niedersächsisches Obergericht, Urteil vom 22. 1. 2003 – 4 LC 146/02, nicht rechtskräftig, nicht veröffentlicht -). Sie muss grundsätzlich wettbewerbsneutral sein (BSG, Ur.t.v. 28.06.2001 – B 3 P 9/00 R, BSGE 88, 215).

Daran bestehen insoweit Zweifel, als der Landesgesetz- bzw. Ordnungsgeber die Förderungsfähigkeit der Investitionskosten nach wie vor bestimmt: die hierzu vorgesehenen Kriterien

- Maximale Größe von 80 Pflegeplätzen, keine Ausweitung des Platzangebotes bei Modernisierung, § 9 Abs. 2 LpflGE;
- Einführung einer Bagatellgrenze und einer Höchstgrenze der förderungsfähigen Investitionskosten in § 3 Abs. 4 bzw. Abs. 2 GesBerVO

sind marktregulierend und daher rechtlich fragwürdig. Wir befürchten eine Verlagerung der mit der früheren Bedarfsbestätigung verbundenen Rechtsprobleme auf die Förderungsfähigkeit der Investitionen.

Angesichts im Verhältnis zu den BSHG-Regelungen höherer Freibeträge und des Ausschlusses eines Rückgriffes auf unterhaltspflichtige Angehörige bleiben die Bedenken wegen eines Verstoßes gegen das EU-Beihilferecht bestehen. (Igl, Gutachten vom Juli 2002, S. 42)

Zu b: Die Subjektbezogenheit indiziert eine Offenbarungspflicht des Heimbewohners gegenüber dem Einrichtungsträger im Hinblick auf seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse.

Es macht einen gravierenden Unterschied aus, wem gegenüber der Heimbewohner seine Einkommens- und jetzt auch Vermögensverhältnisse offen zu legen hat, ob der Einrichtung oder dem Sozialhilfeträger gegenüber. Während Heim- und Betreuungsrecht die weitgehende Selbstständigkeit der Betroffenen bezwecken und zu ihrem Schutz Eingriffe in und Informationen über ihr Vermögen rechtlichen Regeln unterwerfen, hat es der Landesgesetzgeber versäumt, bei der Neuregelung des Pflegewohnungs zum Schutze der Bewohner eine Auskunftspflicht nur dem Sozialhilfeträger gegenüber festzuschreiben. Wir halten dies auch aus datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten für geboten. Eine solche Regelung sollte nicht dem Ordnungsgeber überlassen bleiben.

C. Stellungnahme zu § 16 E-PfG NW

Nach dieser Bestimmung gelten, wie auch bereits nach dem jetzt gültigen § 18 PfG NW, für das Verwaltungsverfahren die Vorschriften des Sozialgesetzbuches entsprechend. Ein ausdrücklicher Hinweis darauf, welche Vorschriften für das Widerspruchsverfahren gelten, fehlt. Es empfiehlt sich, klarstellend in die Bestimmung aufzunehmen, „ daß für das Widerspruchsverfahren die Vorschriften nach §§ 78,83-86 Sozialgerichtsgesetz entsprechend gelten. Zur Begründung verweise ich auf den oben zitierten Aufsatz von Herrmann/Stock a.a.O S. 608 C. Rechtsbehelfsverfahren. wo es u.a. heißt:

„ Wenn der Gesetzgeber sich als Landesgesetzgeber entschließt, für das Verwaltungsverfahren den speziellen Verfahrensvorschriften des Sozialgesetzbuches X Geltung zu verschaffen, so muss man davon ausgehen, dass dieser Grund auch für das Widerspruchsverfahren gilt. Auch wenn das Widerspruchsverfahren nach der VwGO und das Widerspruchsverfahren nach dem SGG im Wesentlichen identisch sind (vgl. §§ 78.83-86 Sozialgerichtsgesetz (SGG) und §§ 68 – 73 Verwaltungsgerichtsordnung(VwGO), so ist doch eine andere Sachnähe zwischen Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren gegeben“

Eine Präjudizierung dafür, welcher Rechtsweg (Verwaltungsgerichtsbarkeit oder Sozialgerichtsbarkeit) für eine sich anschließende Klage gegeben ist, ist damit nicht verbunden.

Düsseldorf / Aachen, den 22. April 2003



Herrmann, VRiFG a.D.



Stock, RA und FAVerWR