

Sebastian Baunack und Anna Gilsbach

# **GEMEINWOHLORIENTIERUNG IN DER ALTENPFLEGE**

Regulierungsmöglichkeiten des Landesgesetzgebers  
zur Verbesserung der Qualität in Pflegeeinrichtungen  
im Land Bremen

**RECHTSGUTACHTEN**



SEBASTIAN BAUNACK ist Fachanwalt für Arbeits- und Verwaltungsrecht und in beiden Rechtsgebieten tätig, wobei ein Schwerpunkt auf dem Recht des öffentlichen Dienstes, insbesondere dem Beamtenrecht, liegt. Er ist Autor des Rechtsgutachtens «Qualitative Anforderungen an Plankrankenhäuser – Gestaltungsmöglichkeiten der Bundesländer», erstellt im Auftrag der Rosa-Luxemburg-Stiftung.

ANNA GILSBACH, LL.M. ist Fachanwältin für Sozialrecht, befasst sich aber überwiegend mit Arbeitsrecht und Verwaltungsrecht. Sie hat einen Master in Public International Law der Universität van Amsterdam und ist Mitglied im Menschenrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins.

Beide Autor\*innen sind in der Kanzlei «dka Rechtsanwälte Fachanwälte» in Berlin tätig.

#### IMPRESSUM

ONLINE-Studie 5/2023

wird herausgegeben von der Rosa-Luxemburg-Stiftung

V. i. S. d. P.: Barbara Fried

Straße der Pariser Kommune 8A · 10243 Berlin · [www.rosalux.de](http://www.rosalux.de)

ISSN 2749-3156 · Redaktionsschluss: März 2023

Lektorat: Text-Arbeit, Berlin

Layout/Satz: MediaService GmbH Druck und Kommunikation

Diese Publikation ist Teil der Öffentlichkeitsarbeit der Rosa-Luxemburg-Stiftung.  
Sie wird kostenlos abgegeben und darf nicht zu Wahlkampfzwecken verwendet werden.

# INHALT

Executive Summary	4
1 Problembeschreibung	5
2 Aufgeworfene Prüffragen	7
3 Zulässigkeit des Ausschlusses überregionaler privater Träger vom Betrieb von Pflegeeinrichtungen in Bremen mit Hinblick auf das Unionsrecht	8
4 Zulässigkeit des Ausschlusses überregionaler privater Träger vom Betrieb von Pflegeeinrichtungen in Bremen im Hinblick auf das Verfassungsrecht	9
5 Zulässigkeit des Ausschlusses überregionaler privater Träger vom Betrieb von Pflegeeinrichtungen in Bremen im Hinblick auf das einfache Bundesrecht	11
6 Zulässigkeit von Zugangsbeschränkungen durch erhöhte Qualitätsanforderungen	13
7 Möglichkeit von Vorrangregelungen aufgrund des Landesrechts	18
8 Vergleich zur Rechtslage bei der Jugendhilfe, insbesondere in Bezug auf Kindertagesstätten	21
9 Exkurs: Das Grundstückverkehrsgesetz als Vorbild für eine Regulierung des Verkaufs von Pflegeheimimmobilien?	27
10 Exkurs: Blick nach Österreich	29
11 Ergebnis	31

# EXECUTIVE SUMMARY

## AUSGANGSFRAGE:

Im Bereich der Pflege wurden im Land Bremen erhebliche quantitative und qualitative Mängel festgestellt, die maßgeblich bei profitorientierten Trägern auftreten. Welche rechtlichen Möglichkeiten stehen dem Landesgesetzgeber zur Verfügung, um das quantitative und qualitative Angebot der Pflege im Land Bremen zu verbessern?

## PRÜFUNGSERGEBNISSE:

1. In den §§ 14 und 15 des Bremischen Wohn- und Betreuungsgesetzes (BremWoBeG) gibt es bereits hohe Qualitätsanforderungen, die durch die Landesbehörde jedoch stärker durchgesetzt werden müssten. Die Qualität der Pflege könnte regelmäßig und häufiger anlasslos kontrolliert werden. Insbesondere könnten die bereits vorhandenen Spielräume der Sanktionierung – bis hin zur Unter-sagung des Pflegebetriebs – ausgeschöpft werden, wenn die festgestellten Mängel dazu Anlass bieten. Hierzu ist die bereits erfolgte personelle Aufstockung der Aufsichtsbehörde noch nicht ausreichend, diese wäre weiter personell zu stärken.
2. Auf Landesebene ist eine Beschränkung auf gemeinwohlorientierte und kommunale Träger derzeit rechtlich nicht möglich, da das Bundesrecht dem entgegensteht (Grundsatz der Trägervielfalt). Hier könnte der Bundesgesetzgeber tätig werden. Eine Verpflichtung von Trägern der Altenpflege auf gemeinwohlorientierte Zwecke wäre bundesrechtlich möglich – dazu müsste SGB XI dahingehend geändert und eine entsprechende Öffnung herbeigeführt werden. Denkbar ist hier eine Orientierung an der Jugendhilfe. SGB VIII regelt in § 75 Abs. 1 Nr. 3, dass als freie Träger der Jugendhilfe nur gemeinnützige Träger anerkannt werden. Eine solche bundesgesetzlich geregelte Vorrangstellung gemeinwohlorientierter Träger würde zwar einen Eingriff in die Berufs- und Eigentumsfreiheit der profitorientierten Träger beinhalten. Zieht man jedoch die Begründung des OVG Hamburg zu einer entsprechenden Fragestellung im Bereich der Jugendhilfe heran, so könnte ein entsprechender Eingriff auch im Pflege-Bereich gerechtfertigt sein, da die Belange des Gemeinwohls überwiegen (OVG Hamburg, Urteil v. 22.4.2008, 4 Bf 104/06).
3. Eine solche Verpflichtung von Trägern der Altenpflege auf gemeinwohlorientierte Zwecke würde europarechtlichen Grundfreiheiten (Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit Art. 49, 56 AEUV) nicht widersprechen, da Eingriffe in die Unternehmerfreiheiten durch das Gemeinwohl gerechtfertigt sein können und es sich um Aufgaben der öffentlichen Daseinsfürsorge handelt. Nach überzeugender Ansicht des OVG Hamburg im genannten Urteil ist es fraglich, ob europarechtliche Vorgaben überhaupt Anwendung auf den Sozialstaat finden, da die Ausgestaltung des Systems der sozialen Sicherheit dem jeweiligen Mitgliedstaat obliegt.
4. Mit Blick auf den Grundsatz der Trägervielfalt scheint es denkbar auf Landesebene Zielvorgaben zu machen, um darauf hinzuwirken, dass gemeinwohlorientierte Träger von profitorientiert wirtschaftenden privaten Trägern nicht vom Markt verdrängt werden.
5. Eine Bevorzugung gemeinwohlorientierter Träger ist dort möglich, wo das Land finanzielle Förderungen (bspw. Investitionskostenzuschüsse) vergibt. Dadurch kann die Zielsetzung, gemeinwohlorientierte Träger zu stärken umgesetzt werden. Das Land Bremen vergibt solche Zuschüsse allerdings seit 2008 nicht mehr an Träger der stationären Altenpflege. Sollte sich diese Praxis wieder ändern, wäre eine Bevorzugung gemeinwohlorientierter Träger möglich.
6. Darüber hinaus könnte die Kommune einen eigenen Träger gründen, sofern qualitativ und/oder quantitativ der Bedarf nicht durch (gemeinnützige oder profitorientierte) private Träger erfüllt werden kann. Orientierungspunkte können hier sowohl die kommunalen Kita-Eigenbetriebe in Bremen (und Berlin), als auch kommunale Pflege Träger in anderen Kommunen bieten.
7. Eine gesetzliche Regelung, die die Übertragbarkeit von Pflegeimmobilien derart beschränkt, wie es das Grundstücksverkehrsgesetz für land- und forstwirtschaftlich nutzbare Grundstücke tut, lässt sich verfassungsrechtlich kaum rechtfertigen. Es könnte aber weiter geprüft werden, ob für den Verkauf von Pflegeimmobilien die Möglichkeiten für ein kommunales Vorkaufsrecht im Baugesetzbuch erweitert werden können.
8. Das österreichische Burgenland hat 2019 eine gesetzliche Regelung auf Landesebene geschaffen, um gemeinnützige Träger zu stärken, indem gewinnorientierte Träger – nach einer Übergangszeit – vollständig von der Vergabe von Landesmitteln ausgeschlossen werden, was aufgrund der Struk-

tur der Sozialhilfe in Österreich dazu führt, dass sie keine Bewohner\*innen mehr aufnehmen können, die sozialhilfebedürftig sind. Diese gesetzliche Regelung wird derzeit vom österreichischen Verfassungsgerichtshof überprüft. Auch wenn in Deutschland eine Beschränkung auf gemeinwohlorientierte

Träger sowie die Bevorzugung von gemeinnützigen Trägern bei der Vergabe von Landesmitteln ohnehin möglich sein dürfte, lohnt es sich, dieses Verfahren zu verfolgen und anschließend zu bewerten, welche Lehren sich hieraus für den Pflegebereich des Landes Bremen ziehen lassen.

## 1 PROBLEMBESCHREIBUNG

### A)

Am 22. Juni 2022 haben die Bürgerschaftsfraktionen DIE LINKE, SPD und Bündnis 90/Die Grünen eine große Anfrage an den Bremer Senat gerichtet, die auf die Klärung von Auswirkungen der Kommerzialisierung des Pflegesektors auf dessen Strukturen und Qualität gerichtet war (Drs. 20/1509).

Zuerst führten die Fraktionen zur Begründung ihrer Anfrage aus, dass rund ein Fünftel aller pflegebedürftigen Menschen in Deutschland in Pflegeheimen lebt, während vier Fünftel zu Hause von Angehörigen oder ambulanten Pflegediensten versorgt werden. Mit der Einführung der Pflegeversicherung 1995 sei der Pflegebereich für private Unternehmen geöffnet worden. Es gebe auf dem Pflegemarkt multinationale Pflegekonzerne, die zunächst jeweils als kleines Unternehmen in einem europäischen Land starteten und dann mehr und mehr Einrichtungen auch in anderen Ländern aufkauften. Daneben gebe es Private-Equity-Fonds, denen es maßgeblich um Renditen und Gewinne gehe. Hier würden Einrichtungen aufgekauft und dann nach einigen Jahren mit möglichst großem Profit wieder abgestoßen. Auch als Immobilien seien Pflegeeinrichtungen begehrt, da sie ein zukunftssicheres Investment mit vergleichsweise hohen Renditen darstellten. Es seien professionelle Anleger wie Fonds, Versicherungen und Private-Equity-Firmen aus dem In- und Ausland, die hier Investitionen tätigten.

Im Land Bremen seien zum Zeitpunkt der Anfrage von den knapp 90 stationären Altenpflegeeinrichtungen 32 Einrichtungen mit 2.740 Plätzen den größten privaten Pflegeheimbetreibern zuzuordnen. 2019 seien laut einer Auswertung des *Weser Kuriers* vom 12. Dezember 2021 in Bremen 54 Prozent der vollstationären Plätze in privater Hand gewesen, davon ein Drittel in Einrichtungen international agierender Konzerne. In diesen privaten Einrichtungen bestünden überdurchschnittlich häufig personelle Unterversorgungen sowie strukturelle Mängel durch eine mangelnde Qualitätssicherung. Gewerbliche Einrichtungen greifen besonders stark auf Leiharbeit zurück, zudem wurden eine mangelhafte Pflegequalität, fehlende Schulungen und ungenügende Dokumentatio-

nen festgestellt. Das Personal würde vergleichsweise häufig wechseln, was immer wieder zu Phasen mit einem Mangel an Personal führe, der sich vor allem dort auswirke, wo Pflegebedürftige besonders abhängig seien. Die Profitorientierung könne aber auch auf Kosten des Pflegepersonals gehen, das unter diesen Umständen physisch wie auch psychisch an die Grenzen der Belastbarkeit gebracht werde. In Zeiten des Fachkräftemangels, aber auch angesichts einer grundsätzlichen Sozialstaatsdebatte stehe infrage, inwieweit besondere Modelle der Kommerzialisierung des Pflegesektors tragfähig sind – im Hinblick auf die zu Pflegenden wie die Pflegenden – und ob sie den Beitragszahlenden die bestmöglichen Rahmenbedingungen bieten.

Vor diesem Hintergrund stellten die drei Fraktionen bezüglich der Senior\*innen- und Pflegeeinrichtungen im Land Bremen 16 Fragen, zur ambulanten Pflege sieben Fragen und zur Prognose zwei Fragen. Die für das vorliegende rechtliche Kurzgutachten maßgebliche Frage 25 war wie folgt formuliert:

«Wäre es nach Einschätzung des Senats möglich, ähnlich wie bei Kindertageseinrichtungen auch in der stationären, teilstationären und ambulanten Altenpflege auf kommunaler oder Landesebene nur Träger zuzulassen, die öffentlich, Träger der freien Wohlfahrtspflege oder gemeinnützig sind?»

### B)

Diese große Anfrage beantwortete der Senat im Wesentlichen wie folgt:

Es gebe im Land Bremen keine Senior\*innen- und Pflegeeinrichtungen in öffentlicher Trägerschaft. In gemeinnütziger Trägerschaft stehen in Bremen laut Senat 48 Prozent und in Bremerhaven 7 Prozent. In privater überregionaler Trägerschaft stehen in Bremen 39 Prozent und in Bremerhaven 4 Prozent (Frage 1). In der Regel seien die Mieter\*innen der Pflegeimmobilien nicht die Eigentümer\*innen. Dies seien oftmals Immobiliengesellschaften, die an Pflegeeinrichtungs-

betreiber\*innen vermietet. Der deutschlandweit mit den meisten stationären Angeboten (229) vertretene Anbieter sei die Korian SE, im Land Bremen mit zwei Einrichtungen. Die meisten Einrichtungen gehörten der Convivo Holding GmbH (10), die bundesweit Angebote an 107 Standorten vorhalte (Frage 2).

Die Zahl der gemeinnützigen Einrichtungen sei in der Stadt Bremen von 34 im Jahr 1995 – im Jahr des Inkrafttretens der sozialen Pflegeversicherung – auf 47 im Jahr 2019 gestiegen. In der Stadt Bremerhaven sei die Zahl stabil geblieben. Die Zahl der privaten Einrichtungen habe sich im Land Bremen von 24 im Jahr 1995 auf 46 (2019) erhöht. Neben einigen wenigen inhabergeführten Einrichtungen würden zunehmend überregional tätige private Träger bis hin zu europaweit agierenden Private-Equity-Investoren den Markt dominieren (Frage 3).

Private Pflegeeinrichtungen verfügten im Durchschnitt über weitaus mehr Betten als Pflegeeinrichtungen in gemeinnütziger Trägerschaft (Frage 4).

Der Pflegepersonalschlüssel liege im Durchschnitt bei Einrichtungen in gemeinnütziger Trägerschaft in der Stadt Bremen mit 4,92 etwas höher als derjenige von Einrichtungen in überregionaler privater Trägerschaft mit 4,86. In der Stadt Bremerhaven liege das Verhältnis bei 4,62 zu 4,95. Die Abweichungen stünden in keinem direkten Zusammenhang mit der Trägerform, sondern seien baulichen Gegebenheiten oder der Einrichtungsgröße geschuldet. Weiterhin teilte die Landesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege Bremen e. V. mit, dass in ihren Einrichtungen der Anteil an Beschäftigten in Leiharbeit zwischen 0 und 13 Prozent betrage. Der Bundesverband privater Anbieter sozialer Dienste e. V., Landesgruppe Bremen/Bremerhaven, habe gemeldet, dass 44,5 Prozent aller Befragten angaben, in den letzten zwölf Monaten Leiharbeiter\*innen beschäftigt zu haben. Diese Daten bewerte der Senat kritisch (Frage 5).

Weiterhin teilte der Senat mit, dass ab dem 1. September 2022 eine tarifliche oder tarifanlehrende Bezahlung gesetzlich vorgeschrieben sei (Frage 6).

Im Bereich der Landesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege Bremen e. V. habe eine Anfrage ergeben, dass bis auf eine Ausnahme in allen Einrichtungen, die sich zurückgemeldet hatten, ein Betriebsrat oder eine Mitarbeiter\*innenvertretung bestehe. Der Bundesverband privater Anbieter sozialer Dienste e. V. konnte die Frage nicht beantworten. Nach einer Studie sei im Juni 2022 in 28 von 30 gemeinnützigen Einrichtungen eine betriebliche Interessenvertretung vorhanden gewesen, aber nur in acht von 21 privat-gewerblichen Einrichtungen (Frage 7).

Die Renditen der privaten Anbieter seien dem Senat nicht bekannt (Frage 8).

Ab 2008 sei die Investitionsförderung für stationäre Pflegeeinrichtungen eingestellt worden und werde seitdem vollständig von den Bewohner\*innen der

Pflegeeinrichtungen getragen. In der Kurzzeit- sowie Tagespflege übernehme das Land Bremen eine Investitionsförderung. In der Kurzzeitpflege würden dabei 50 Prozent der verhandelten Investitionskosten als Zuschuss gefördert. In der Tagespflege würden 100 Prozent der verhandelten Investitionskosten vom Land getragen, sodass Tagespflegegäste diese Kosten nicht zu tragen hätten (Frage 9).

In der Regel seien die Pflegekosten höher als die Leistungen der Pflegekassen. Daher müssten Pflegebedürftige einen Teil der Pflegekosten selbst zahlen. Der Eigenanteil sei bei Einrichtungen in gemeinnütziger Trägerschaft größer als bei Einrichtungen in überregionaler privater Trägerschaft. Die Eigenanteile hätten sich seit 1999 insgesamt um 187 Prozent erhöht. Seit 2019 seien die Kosten besonders stark gestiegen (Frage 10).

Der Senat teilte mit, dass die Verbraucher\*innen bei Mängeln das Recht hätten, das Entgelt zu mindern. Gemäß § 23 des Bremischen Wohn- und Betreuungsgesetzes (BremWoBeG) sei die Nichteinhaltung vertraglicher Pflichten und die Berechnung unangemessener Entgelte auch ordnungsrechtlich sanktionierbar (Frage 12).

In fast allen Prüfgegenständen hätten die Einrichtungen in privater Trägerschaft weit mehr Beschwerden zu verzeichnen als Einrichtungen in gemeinnütziger Trägerschaft. Ganz besonders deutlich werde dies bei den Unterstützungsleistungen nach Nr. 2 (personelle Ausstattung) und Nr. 3 (Unterstützungsleistungen) sowie Nr. 5 (hauswirtschaftliche Versorgung) (Frage 13).

Die Anzahl von Anlassprüfungen sei bei den Einrichtungen in privater Trägerschaft (überregional) stets höher als bei Einrichtungen in gemeinnütziger Trägerschaft. Besonders deutlich sei dies ab 2020 geworden. Zudem seien bei überregional tätigen privaten Trägern bei allen Prüfgegenständen die meisten Mängel festgestellt worden. Besonders stark zeige sich dies bei Nr. 2 (personelle Ausstattung), Nr. 3 (Unterstützungsleistungen) und Nr. 5 (hauswirtschaftliche Versorgung) (Frage 14).

Im Land Bremen seien 67 Prozent der ambulanten Pflegedienste in gewerblicher privater Trägerschaft (Frage 17).

Die Frage zu den betrieblichen Interessenvertretungen bei ambulanten Diensten entsprach der Antwort zu stationären Einrichtungen (Frage 18).

Eine tarifliche oder tarifanlehrende Entlohnung sei ab dem 1. September 2022 auch den ambulanten Pflegediensten gesetzlich vorgeschrieben (Frage 19).

Seit 2018 hat der Medizinische Dienst der Krankenversicherung nach eigenen Angaben im Auftrag der Landesverbände der Pflegekassen insgesamt 19 Anlassprüfungen in ambulanten Pflegediensten durchgeführt, davon 17 Dienste in privater Trägerschaft (Frage 21).

Im Ergebnis lasse sich feststellen, dass die Anzahl der Beschwerden und der Mängelfeststellungen bei privaten, überregional tätigen Trägern deutlich größer sei als bei Einrichtungen in gemeinnütziger Trägerschaft. Ganz besonders deutlich werde dies bei der personellen Ausstattung, den Unterstützungsleistungen und der hauswirtschaftlichen Versorgung. Festzustellen sei auch, dass alle Belegungsstopps und -obergrenzen, die von der Bremischen Wohn- und Betreuungsaufsicht ausgesprochen werden mussten, ausschließlich private, überregional tätige Träger betrafen (Frage 24).

Die aktuell geltenden Regelungen des Pflegeversicherungsgesetzes würden es nicht ermöglichen, die Zulassung privater Träger zu verhindern. Nur ein Systemwechsel in der gesetzlichen Pflegeversicherung böte die Chance, nur solche Träger zuzulassen, die öffentlich oder gemeinnützig sind. Die Pflege in Deutschland sei mit der Einführung der sozialen Pflegeversicherung marktwirtschaftlich organisiert worden. Mit dem Inkrafttreten des Pflegeversicherungsgesetzes zum 1. Januar 1995 (SGB – Sozialgesetzbuch – XI, Soziale Pflegeversicherung, Artikel 1 des Gesetzes vom 26. Mai 1994, BGBl. I S. 1014) sei ein zentrales Instrument des Pflegeversicherungsgesetzes in Kraft getreten, nämlich die Intensivierung

des Anbieterwettbewerbs. Zu diesem Zweck sei der zuvor bestehende Vorrang der Wohlfahrtsverbände aufgehoben und diese den privaten Anbietern gleichgestellt worden.

Seitdem sei der Marktanteil der privaten Träger stark angestiegen. Neben einigen wenigen Einrichtungen mit Einzelstandort dominierten bei den privaten Trägern zunehmend überregional tätige Träger bis hin zu europaweit agierenden Private-Equity-Investoren. Das Agieren Letzterer hat eine Studie aus dem Jahr 2021 untersucht und deren zunehmende Aktivitäten mit dem Ziel hoher Renditen dokumentiert. Private-Equity-Investoren bündelten die Gelder von Dritten in Fonds und legten sie mit dem Versprechen auf hohe Renditen an. Um hohe Renditen zu erwirtschaften, kauften und verkauften sie Pflegeunternehmen und deren Immobilien wiederholt.

Allerdings seien private Träger unverzichtbar für die Sicherstellung der Versorgung von pflegebedürftigen Menschen. Ziel solle es deshalb sein, im Rahmen einer Studie tatsächliche Renditen abzuschätzen und Auswirkungen der Renditeerwartungen auf die Pflegequalität zu erheben, um auf dieser Basis die Notwendigkeit stärkerer Kontrollen und Regularien zu bewerten.

## 2 AUFGEWORFENE PRÜFFRAGEN

Der Auftraggeber begehrt die rechtliche Klärung der Handlungsmöglichkeiten des Landesgesetzgebers, stationäre und ambulante Pflegeeinrichtungen im Land Bremen ausschließlich oder zumindest vorrangig durch öffentliche oder gemeinnützige Träger erbringen zu lassen und insbesondere überregional gewerblich-private Träger vom Betrieb solcher Einrichtungen auszuschließen oder jedenfalls nur nachrangig zuzulassen.

Denkbar wäre, dass der Landesgesetzgeber eine gesetzliche Regelung erlässt, etwa eine Änderung des Bremischen Wohn- und Betreuungsgesetzes (Brem-WoBeG), nach dem nur noch solche Träger Einrichtungen mit Wohn- und Unterstützungsangeboten anbieten dürfen, die sich in öffentlicher oder gemeinnütziger Trägerschaft befinden. Eine solche gesetzliche Regelung würde die Berufs- und Niederlassungsfreiheit sowie das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der privaten Träger erheblich beschränken. Daher sollen die unionsrechtliche, die verfassungsrechtliche und die einfachgesetzliche Zulässigkeit einer solchen Regelung geprüft werden. Ergänzend begehrt der Auftraggeber eine rechtsvergleichende Begutachtung hinsichtlich der Mög-

lichkeiten öffentlicher Träger, Kindertagesstätten zu betreiben, obgleich auch dort der Grundsatz der Trägervielfalt gilt. Geprüft werden soll auch, ob der im Bereich der Jugendhilfe geltende Vorrang der Gemeinnützigkeit auf den Bereich der Pflege übertragbar ist. Weiterhin begehrt der Träger eine rechtsvergleichende Betrachtung des Grundstücksverkehrsgesetzes (GrdstVG) mit Hinblick darauf, ob der Landesgesetzgeber Gesetze erlassen könnte, die den Verkauf von Immobilien durch private Träger von Pflegedienstleistungen einem behördlichen Genehmigungsvorbehalt unterwerfen würde. Darüber hinaus begehrt der Auftraggeber eine rechtsvergleichende Betrachtung zum Betrieb von Pflegeeinrichtungen vorrangig durch gemeinnützige Träger in Deutschland und Österreich. Diese ergänzenden Rechtsfragen werden als Exkurse in diesem Gutachten geprüft. Insbesondere die letzten beiden können nur ange-rissen werden, da eine abschließende Prüfung zu umfangreich wäre, um sie an dieser Stelle vorzunehmen. Die Verfasser\*innen sind zudem nicht auf österreichisches Recht spezialisiert, sodass die Prüfung hier an der Oberfläche bleiben muss.

# 3 ZULÄSSIGKEIT DES AUSSCHLUSSES ÜBERREGIONALER PRIVATER TRÄGER VOM BETRIEB VON PFLEGE-EINRICHTUNGEN IN BREMEN MIT HINBLICK AUF DAS UNIONSRECHT

Zuerst soll geprüft werden, ob eine überregionale private Träger vom Betrieb von Pflegeeinrichtungen in Bremen ausschließende gesetzliche Regelung mit den unionsrechtlichen Vorgaben in Einklang stünde.

## A)

Vorab sei darauf hingewiesen, dass fraglich ist, inwieweit europarechtliche Vorgaben auf das deutsche Sozialrecht Anwendung finden können. Denn die Ausgestaltung des Systems der sozialen Sicherheit obliegt dem jeweiligen Mitgliedstaat.<sup>1</sup> Für die Anwendung der EU-Regeln ist weiterhin erforderlich, dass die nationale Regelung grenzüberschreitende Bedeutung hat.<sup>2</sup> Wenn man die Anwendbarkeit des Europarechts auf das innerstaatliche Sozialrecht unterstellt, dann richten sich die weiteren Vorgaben nach den Verträgen der Europäischen Union. Mit Hinblick auf den Charakter von Verfassungsnormen in der Qualität rechtsverbindlicher Grundregeln zur Legitimation, Ausübung und Kontrolle von Hoheitsrechten kommt den entsprechenden Bestimmungen der Verträge, auf denen die Union beruht, Verfassungscharakter zu (funktionaler Verfassungscharakter).<sup>3</sup> Nach Art. 2 S. 1 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) sind die Werte, auf die sich die Union gründet, die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören. Freiheit bezeichnet einen Zustand der Abwesenheit von Fremdbestimmung des Einzelnen. Der Wert der Gleichheit aus Gründen der Staatsangehörigkeit wird durch Art. 18 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), im Gebot der Achtung des Grundsatzes der Gleichheit der Unionsbürger\*innen beim Handeln der Union (Art. 9 S. 1 EUV), in den Gleichheitsregeln der Grundrechte-Charta (Art. 20 bis 26 GRCh) und in

der Befugnis der Union zum Erlass von Antidiskriminierungsmaßnahmen (Art. 19 AEUV) konkretisiert.<sup>4</sup> Zu diesen auf den Werten der Freiheit und Gleichheit beruhenden Grundfreiheiten gehören die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. bzw. Art. 56 ff. AEUV). Die Niederlassungsfreiheit erfasst nach Art. 49 Abs. 2 AEUV die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten einschließlich der Gründung von Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften.<sup>5</sup> Die Niederlassungsfreiheit schützt die freie Standortwahl für Gesellschaften sowie natürliche Personen und eröffnet damit den Standortwettbewerb im Binnenmarkt.<sup>6</sup> Der Aufnahme und Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit in Art. 49 AEUV gleichgestellt ist nach Abs. 2 die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften i. S. d. Art. 54 Abs. 2 AEUV.<sup>7</sup> Für Gesellschaften gewährleistet Art. 54 AEUV die Zuzugs- und Wegzugsfreiheit, sofern die geregelten Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>8</sup> Art. 49 Abs. 1 AEUV verbietet jede Diskriminierung von Gesellschaften i. S. v. Art. 54 Abs. 1 AEUV nach der Rechtszugehörigkeit. Der Begriff der Diskriminierung umfasst sowohl eine Schlechterbehandlung bei gleichartigen Sachverhalten als auch die Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte. Eine faktische Diskriminierung ist gegeben, wenn eine gleichmäßig anwendbare Maßnahme für ausländische Unternehmen den Marktzutritt stärker erschwert als für heimische Unternehmen.<sup>9</sup> Der Diskriminierungsschutz erfasst insoweit alle Regelungen und Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die die Gründung von Niederlassungen, die Aufnahme von Tätigkeiten und ihre Ausübung regeln oder beeinflussen.<sup>10</sup> Entgegenstehendes mitgliedstaatliches Recht jedweder Art hat wegen des Anwendungsvorrangs des Art. 49 AEUV unangewendet zu bleiben.<sup>11</sup> Hat nach Ansicht der EU-Kommission ein Mitgliedstaat gegen Art. 49 AEUV ver-

1 EuGH, Urt. v. 18.7.2007 – Geven, C-213/05, InfAuslR 2007, 371 ff.; Urt. v. 17.6.1997 – Sodemare, C-70/95, Slg. 1997, Seite I 3395; Benicke, EG-Wirtschaftsrecht und die Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege, ZFSH/SGB 1998, 22, 24.

2 Kunkel/Steffan in LPK-SGB VIII, 3. Aufl. 2006, § 74, Rn. 47; OVG Hamburg v. 22.4.2008, 4 Bf 104/06, Rn. 62, juris.

3 Dausen/Ludwigs: EU-WirtschaftsR-HdB, A. A. I. Verfassungsziele der Europäischen Union, Rn. 78; vgl. auch BVerfG v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08; NJW 2009, 2267.

4 Dausen/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB, A. A. I. Verfassungsziele der Europäischen Union, Rn. 105.

5 Herdegen, IntWirtschaftsR, § 5. Europäische Wirtschaftsordnung, Rn. 3.

6 Dausen/Ludwigs, EU-WirtschaftsR-HdB, E. E. I. Grundregeln, Rn. 2.

7 Streinz/Müller-Graff, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 49 Rn. 19.

8 Dausen/Ludwigs, EU-WirtschaftsR-HdB, E. E. I. Grundregeln, Rn. 23.

9 Dausen/Ludwigs, EU-WirtschaftsR-HdB, E. E. I. Grundregeln, Rn. 86.

10 Dausen/Ludwigs, EU-WirtschaftsR-HdB, E. E. I. Grundregeln, Rn. 89.

11 Streinz/Müller-Graff, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 49 Rn. 105.

stoßen, leitet sie ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 258 AEUV ein. Nach Art. 259 AEUV kann der Europäische Gerichtshof (EuGH) auch von einem anderen Mitgliedstaat angerufen werden.<sup>12</sup>

## B)

Die unionsrechtlich verankerte Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit könnte demnach – sofern sie, wie ausgeführt, auf das deutsche Sozialrecht überhaupt Anwendung findet – einer landesgesetzlichen Regelung entgegenstehen, welche den Betrieb von Pflegeeinrichtungen im Land Bremen nur durch öffentliche oder gemeinnützige Träger gestattet und insbesondere überregional tätige private Träger ausschließt. Wäre ein unionsrechtlicher Sachverhalt gegeben, etwa wenn ein in einem anderen Unionsstaat ansässiges Unternehmen eine Pflegeeinrichtung in Bremen einrichten und betreiben möchte, das Land Bremen dies jedoch mit Hinblick auf die Profitorientierung untersagt, so greift dies beträchtlich in die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit dieses Unternehmens ein. Denn ein solches Unternehmen kann kein deutscher öffentlicher Träger sein. Auch die Erreichung einer Gemeinnützigkeit nach § 52 Abs. 1 Abgabenordnung (AO) wäre für ein in einem anderen Unionsstaat ansässiges Unternehmen wohl allenfalls in Ausnahmefällen gegeben. Das Gesetz würde zumin-

dest eine unzulässige mittelbare Diskriminierung darstellen, da es ausländische Unternehmen wesentlich häufiger betreffen würde als inländische Träger.

## C)

Die Anwendbarkeit des Unionsrechts auf das deutsche Sozialrecht unterstellt, wäre eine solche Verletzung der Niederlassungsfreiheit wohl nicht gerechtfertigt. Denn die Ziele des Landesgesetzgebers, für einen angemessenen Qualitätsstandard zu sorgen, ließen sich auch durch eine Inhalts- und Schrankenbestimmung, also spezifische Qualitätsvorgaben, erreichen und erfordern daher keine Beschränkung nach der Rechtsform, die auf Träger, die in einem anderen Unionsstaat ansässig sind, übermäßig zutreffen und sie von der Dienstleistung ausschließen würde. Es bestünde demnach ein hohes Risiko, dass ein nationales Gericht, an das sich ein solcher ausländischer Träger im Falle der Untersagung des Betriebs eines Pflegeheims wenden würde, die landesgesetzliche Norm unangewendet lassen würde. Zudem bestünde das Risiko eines Vertragsverletzungsverfahrens. Falls das Unionsrecht auf das deutsche Sozialrecht Anwendung finden würde – woran jedoch Zweifel bestehen –, bestünden unionsrechtlich Bedenken gegenüber einer solchen landesgesetzlichen Regelung.

# 4 ZULÄSSIGKEIT DES AUSSCHLUSSES ÜBERREGIONALER PRIVATER TRÄGER VOM BETRIEB VON PFLEGEEINRICHTUNGEN IN BREMEN IM HINBLICK AUF DAS VERFASSUNGSRECHT

Nachdem unionsrechtliche Bedenken gegenüber einer Regelung, die überregional tätige private Rechtsträger vom Betrieb von Pflegeeinrichtungen in Bremen ausschließt, vorstehend geprüft wurden, soll nunmehr besprochen werden, ob verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber einer solchen Regelung bestehen.

## A)

Durch eine gesetzliche Beschränkung des Trägerkreises für den Betrieb von Pflegeeinrichtungen auf öffentliche und gemeinnützige Rechtsformen könn-

ten die Grundrechte der überregional tätigen privaten Träger aus Art. 14 Abs. 1 Grundgesetz (GG) verletzt sein. Dies soll nunmehr geprüft werden. Träger des Eigentumsgrundrechts sind alle natürlichen und inländischen juristischen Personen des Privatrechts i. S. d. Art. 19 Abs. 3 GG.<sup>13</sup>

Zu den als Eigentum geschützten Rechten des Privatrechts gehört auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Der Schutz folgt der Überlegung, dass Grundlage der unternehmerischen Tätigkeit nicht lediglich die zum Unternehmen gehörenden Güter als einzelne sind; dies ist vielmehr der in sich geschlossene Wirtschaftskörper des Unterneh-

<sup>12</sup> Streinz/Müller-Graff, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 49 Rn. 107.

<sup>13</sup> Sachs/Wendt, 9. Aufl. 2021, GG Art. 14 Rn. 16.

mens in seiner ökonomischen Funktion.<sup>14</sup> Eigentumschutz kann sich jedoch nur auf den Gewerbebetrieb als Sach- und Rechtsgesamtheit beziehen, sodass grundsätzlich nur ein Eingriff in die Substanz dieser Sach- und Rechtsgesamtheit Art. 14 Abs. 1 GG verletzen könnte.<sup>15</sup> Der Schutz geht jedenfalls nicht weiter als der Schutz, den seine wirtschaftliche Grundlage genießt, und erfasst nur den konkreten Bestand an Rechten und Gütern; bloße Umsatz- und Gewinnchancen oder tatsächliche Gegebenheiten werden hingegen auch unter dem Gesichtspunkt des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs nicht von der Eigentumsgarantie erfasst.<sup>16</sup>

Art. 14 Abs. 1 GG schützt auch nicht gegen Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen wirtschaftlichen Handelns.<sup>17</sup> Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) führt in seinem Urteil zum Atomausstieg vom 6. Dezember 2016 – 1 BvR 2821/11 – jedoch wie folgt aus:

«Die in berechtigtem Vertrauen auf eine Gesetzeslage getätigten Investitionen ins Eigentum erfordern jedoch nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowohl hinsichtlich des Ob als auch hinsichtlich des Wie eines Ausgleichs angemessene Berücksichtigung, wenn der Gesetzgeber die weitere Verwertbarkeit des Eigentums direkt unterbindet oder erheblich einschränkt. Dabei bleibt dem Gesetzgeber für die Überleitung bestehender Rechtslagen, Berechtigungen und Rechtsverhältnisse ein breiter Gestaltungsspielraum.»<sup>18</sup>

Demnach ist zu prüfen, ob das staatliche Handeln in die Substanz des Gewerbebetriebs eingreifen würde, und in dem Fall, dass getätigte Investitionen beeinträchtigt würden, ein verhältnismäßiger Ausgleich gefunden würde.

In Betracht kommt weiterhin eine Beeinträchtigung des Grundrechts aus Art. 12 GG. Dieses umfasst die Freiheit der Berufswahl und -ausübung. Ein Eingriff in das Grundrecht der Berufsausübung liegt bereits dann vor, wenn das betreffende hoheitliche Handeln aufgrund seiner tatsächlichen Auswirkungen die Berufsfreiheit mittelbar beeinträchtigt oder eine schwerwiegende Beeinträchtigung der beruflichen Betätigungsfreiheit zur Folge hat. Davon ist unter anderem auszugehen, wenn durch staatliche Maßnahmen der Wettbewerb beeinflusst und Konkurrenten deutlich benachteiligt werden.<sup>19</sup>

## B)

Werden diese Maßgaben auf eine mögliche gesetzliche Regelung übertragen, nach der es überregional tätigen privaten Trägern untersagt sein soll, in Bremen Pflegeeinrichtungen zu betreiben, so erscheint es nicht ausgeschlossen, dass eine solche gesetzliche Regelung in die Substanz der Sach- und Rechtsgesamtheit der privaten Rechtsträger im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG eingreifen kann. Dies kann sich aus der getätigten privaten Investitions- und Wirtschaftsplanung ergeben. Es ist nicht ausgeschlossen, dass solche Träger sich darauf berufen könnten, dass sie eine Unternehmensstruktur geschaffen hätten, die darauf angewiesen sei, auch in Bremen Pflegeeinrichtungen betreiben zu können. Dies mag etwa der Fall sein, wenn die überregionalen Träger sich vertraglich verpflichtet haben, den zu betreuenden Personen Pflegeeinrichtungen bundesweit auch dann anzubieten, wenn sie aus persönlichen Gründen umziehen wollen. Diese vertraglichen Verpflichtungen könnten die überregional tätigen privaten Anbieter nicht mehr erfüllen, wenn ihnen untersagt wäre, in Bremen Pflegeeinrichtungen zu betreiben. Betroffen von einer entsprechenden landesgesetzlichen Regelung wären zudem diejenigen Träger, die bereits Einrichtungen in Bremen betreiben. Hingegen scheint eine Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG eher fernliegend. Denn eine Regelung, die vorsieht, dass Pflegeheime nur durch gemeinnützige Träger betrieben werden dürfen, betrifft nicht die Berufsausübungsfreiheit. Mit der Anerkennung als Träger von Pflegedienstleistungen im Sinne des § 72 Abs. 1 S. 1 SGB XI sind für sich genommen keine Vorteile im beruflichen Wettbewerb verbunden. Dies geschieht erst auf der Grundlage spezieller Regelungen im Versorgungsvertrag.<sup>20</sup> Der Eingriff in die Berufsfreiheit wäre wohl durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt, wenn das gewählte Mittel zur Erreichung des Erfolgs geeignet und auch erforderlich ist und wenn bei einer Gesamt abwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist.<sup>21</sup> Diese Voraussetzungen wären dann anhand der konkreten Ausgestaltung des Gesetzes, das einen Vorrang der Gemeinnützigkeit vorsieht, zu prüfen.

14 Sachs/Wendt, 9. Aufl. 2021, GG Art. 14 Rn. 26.

15 Vgl. BVerfGE 1, 277 f.; 13, 299; 22, 386; 45, 173; offen lassend BVerfGE 51, 221 f.; 68, 222 f.

16 BVerfGE 143, 246, 331; 155, 238, 274; vgl. Burghart in: Leibholz/Rinck, Grundgesetz Art. 14 (Eigentum, Erbrecht, Enteignung) Rn. 141.

17 BVerfG v. 6.12.2016, 1 BvR 2821/11, BVerfGE 143, 246; vgl. auch Sachs/Wendt, 9. Aufl. 2021, GG Art. 14 Rn. 47.

18 BVerfG v. 6.12.2016, 1 BvR 2821/11, BVerfGE 143, 246–396, Rn. 372.

19 BVerfG v. 25.3.1992, BVerfGE 86, 28, 37; v. 12.6.1990, BVerfGE 82, 209, 223 f.; BVerwG v. 17.12.1991, BVerwGE 89, 281, 283; v. 18.4.1985, BVerwGE 71, 183, 189 f.; OVG Hamburg v. 22.4.2008, 4 Bf 104/06, Rn. 44, juris.

20 OVG Hamburg v. 22.4.2008, 4 Bf 104/06, Rn. 45, juris.

21 BVerfG v. 17.8.2004, 1 BvR 378/00, NJW 2005, 273; v. 5.12.1995, BVerfGE 93, 362, 369; v. 19.11.1985, BVerfGE 71, 183, 196 f.

## C)

Schließlich wäre zu prüfen, ob ein solcher Eingriff unverhältnismäßig wäre. Wie sich aus der großen Anfrage ergibt, ist es das Ziel des Landes Bremen, für ein gleichbleibend hohes Qualitätsniveau in allen Einrichtungen zu sorgen. Dieses Ziel könnte auch durch weniger stark in das Grundrecht auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der über-

regional tätigen privaten Anbieter eingreifende Maßnahmen erreicht werden, etwa durch entsprechende Auflagen zur Sicherung der Qualitätsmaßstäbe. Eine vollständige Untersagung des Betriebs privater Pflegeeinrichtungen wäre dann wohl nicht erforderlich und daher eine Grundrechtsverletzung durch den Landesgesetzgeber. Ob solche Maßnahmen aber tatsächlich gleich wirksam wären, müsste geprüft werden.

# 5 ZULÄSSIGKEIT DES AUSSCHLUSSES ÜBERREGIONALER PRIVATER TRÄGER VOM BETRIEB VON PFLEGEEINRICHTUNGEN IN BREMEN IM HINBLICK AUF DAS EINFACHE BUNDESRECHT

Nachdem es mit Hinblick auf das Unionsrecht und das Verfassungsrecht nicht von vornherein unzulässig erscheint, profitorientierten privaten Trägern den Zugang zum Pflegemarkt zu versperren und nur gemeinnützige Träger zuzulassen, ist nunmehr weiter zu prüfen, ob das einfachgesetzliche Bundesrecht einer solchen landesgesetzlichen Regelung entgegenstehen könnte.

## A)

Landesgesetzliche Regelungen zur Einschränkung des Trägerkreises könnten unwirksam sein, wenn bundesgesetzliche Regelungen ihnen entgegenstehen würden. Denn Bundesrecht bricht nach Art. 31 GG Landesrecht. In Betracht kommen einschlägige Bundesregelungen im elften Buch des Sozialgesetzbuches zur sozialen Pflegeversicherung (SGB XI). Der Bundesgesetzgeber hat im zweiten Abschnitt des siebten Kapitels zum SGB XI Regelungen zu den Pflegeeinrichtungen getroffen. Nach § 71 Abs. 1 SGB XI sind ambulante Pflegeeinrichtungen (Pflegedienste) selbstständig wirtschaftende Einrichtungen, die unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegefachkraft Pflegebedürftige in ihrer Wohnung mit Leistungen der häuslichen Pflegehilfe im Sinne des § 36 SGB XI versorgen. Nach § 71 Abs. 2 SGB XI sind stationäre Pflegeeinrichtungen (Pflegeheime) selbstständig wirtschaftende Einrichtungen, in denen Pflegebedürftige (1) unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegefachkraft gepflegt werden und (2) ganztägig (voll-

stationär) oder tagsüber oder nachts (teilstationär) untergebracht und gepflegt werden können. Pflegedienst i. S. d. SGB XI kann nur eine Einrichtung sein, worunter eine auf Dauer angelegte organisatorische Zusammenfassung von Personen und Sachmitteln zu verstehen ist. Diese Pflegeeinrichtungen pflegen, versorgen und betreuen gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 SGB XI die Pflegebedürftigen, die ihre Leistungen in Anspruch nehmen, entsprechend dem allgemein anerkannten Stand medizinisch-pflegerischer Erkenntnisse.

Von der Einrichtung zu unterscheiden ist ihr Träger.<sup>22</sup> Dass ein Pflegedienst selbstständig wirtschaftend sein muss, bedeutet dabei nicht, dass es sich um eine Rechtspersönlichkeit mit einer bestimmten Rechtsform handeln muss. Der Begriff der Pflegeeinrichtung ist, wie auch die zusätzliche Bezeichnung «Pflegedienst» verdeutlichen soll, bewusst weit und flexibel gefasst.<sup>23</sup> Verlangt wird allerdings die organisatorische und wirtschaftliche Selbstständigkeit dergestalt, dass entweder ausschließlich Pflegebedürftige versorgt werden oder (bei gemischten Einrichtungen) der «Betriebsbereich Pflege» finanziell und wirtschaftlich getrennt von sonstigen Leistungsangeboten geführt wird.<sup>24</sup>

Bei der Durchführung des SGB XI ist nach § 11 Abs. 2 S. 1 SGB XI die Vielfalt der Träger von Pflegeeinrichtungen zu wahren und sind deren Selbstständigkeit, Selbstverständnis und Unabhängigkeit zu achten. Dem Auftrag kirchlicher und sonstiger Träger der freien Wohlfahrtspflege, kranke, gebrechliche und pflegebedürftige Menschen zu pflegen, zu betreuen, zu trösten und sie im Sterben zu begleiten, ist Rech-

<sup>22</sup> BT-Drs. 12/5262, 134; BeckOGK/Schmidt, 1.12.2021, SGB XI § 71 Rn. 6.

<sup>23</sup> Vgl. BT-Drs. 12/5262, 133f.

<sup>24</sup> BeckOGK/Schmidt, 1.12.2021, SGB XI § 71 Rn. 7.

nung zu tragen. Freigemeinnützige und private Träger haben nach § 11 Abs. 2 S. 3 SGB XI Vorrang gegenüber öffentlichen Trägern.

Die Finanzierung von privaten gewerblichen und freigemeinnützigen Pflegeeinrichtungen bestimmt sich einheitlich nach den §§ 82 ff. SGB XI. Diese sehen eine individuelle «leistungsgerechte Vergütung» vor.<sup>25</sup> Ungeachtet dessen hat der Gesetzgeber auch im Hinblick auf die Vergütung in den Bestimmungen des SGB XI den Grundsatz der Trägervielfalt zum Ausdruck gebracht:<sup>26</sup> Nach § 69 S. 3 SGB XI gilt dieser Grundsatz bei der Finanzierung der Einrichtungen durch die Pflegekassen. Der Bundesgesetzgeber wollte damit einerseits einen offenen Markt an Leistungserbringern gewährleisten, der vorrangig aus privaten und freigemeinnützigen Einrichtungen besteht, ohne andererseits Privilegierungen gemeinnütziger Einrichtungen in der gesamten Rechtsordnung auszuschließen. Die sozialrechtlichen Normen berücksichtigen die historisch gewachsene Situation des Nebeneinanders von öffentlichen, freigemeinnützigen und privaten Pflegeheimen und Pflegediensten.<sup>27</sup> Die Rechtsstellung der Einrichtungen wird durch die soziale Pflegeversicherung nicht beeinträchtigt.<sup>28</sup> Dementsprechend berührt das Finanzierungsmodell den Grundsatz der Trägervielfalt nicht.<sup>29</sup>

Nach dem in § 11 Abs. 2 S. 3 SGB XI geregelten Subsidiaritätsprinzip haben freigemeinnützige und private Träger Vorrang gegenüber öffentlichen Trägern. Hier ist zu beachten, dass nach § 72 Abs. 3 SGB XI die Zulassung – anders als bei Krankenhäusern (§ 109 Abs. 3 SGB V) – nicht von der bedarfsgerechten Versorgung abhängt.<sup>30</sup> Nach § 11 Abs. 3 SGB XI gelten für die stationären Einrichtungen daneben die Heimgesetze der Länder. Das im Wortlaut der Norm genannte Heimgesetz gibt es nicht mehr und die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG ist auf die Länder übergegangen.<sup>31</sup>

## B)

Diese bundesgesetzlichen Regelungen des SGB XI könnten einer landesgesetzlichen Regelung im Sinne des Art. 31 GG entgegenstehen, die dazu führt, dass überregional tätige private Träger vom Betrieb von Pflegeeinrichtungen faktisch ausgeschlossen sind.

Dabei ist zu beachten, dass den Landesgesetzgebern nach § 11 Abs. 3 SGB XI durchaus Handlungsspielräume verbleiben, die in den Heimgesetzen ausgefüllt werden können. So können sie zum Beispiel ebenfalls Qualitätsprüfungen für stationäre Einrichtungen vorsehen.<sup>32</sup> Auch ist eine gewisse Privilegierung gemeinnütziger Träger zulässig. Schließlich steht es der Berücksichtigung gemeinnütziger Träger nicht entgegen, dass die Einrichtungen eigenverantwortlich wirtschaften sollen. Auch eine Einrichtung, die einem gemeinnützigen Träger angehört, kann eigenständig wirtschaften, ohne dass es darauf ankommt, ob sie auch Gewinne erwirtschaftet.

Jedoch dürfte einem faktischen Ausschluss überregional tätiger privater Träger entgegenstehen, dass § 11 Abs. 2 SGB XI den Grundsatz der Trägervielfalt vorschreibt. Zuerst scheidet ein stärkeres Agieren der Kommunen aus, da der Bundesgesetzgeber eine Entscheidung getroffen hat, wonach soziale Einrichtungen wie zum Beispiel Krankenhäuser oder Pflegeeinrichtungen von der öffentlichen Hand nur dann vorgehalten werden sollen, wenn die Versorgung nicht durch andere Träger sichergestellt ist.<sup>33</sup> Dieser Bundesrechtslage hat der Landesgesetzgeber in § 1 Abs. 2 des BremAGPfleVG<sup>34</sup> Rechnung getragen, indem er geregelt hat, dass Pflegeeinrichtungen in öffentlicher Trägerschaft nur insoweit errichtet oder ausgebaut werden sollen, als eine leistungsfähige, zahlenmäßig ausreichende und wirtschaftliche Versorgungsstruktur nicht durch freigemeinnützige oder privatgewerbliche Träger sichergestellt wird. Nach dem Bundesrecht und dem bestehenden Landesrecht kommt demnach eine Privilegierung öffentlicher Einrichtungen nicht in Betracht, sondern nur eine solche gemeinnütziger Einrichtungen. Diese darf aber nicht dazu führen, dass die Trägervielfalt beseitigt wird. Werden keine überregionalen privaten Träger mehr zum Betrieb von Pflegeeinrichtungen in Bremen zugelassen, dann betrifft dies ihre Selbstständigkeit, ihr Selbstverständnis und ihre Unabhängigkeit, die nach § 11 Abs. 2 S. 2 SGB XI jedoch zu wahren sind. Daher ist es überwiegend wahrscheinlich, dass eine landesgesetzliche Regelung im Landesheimgesetz, die überregional tätige private Träger faktisch vom Betrieb von Pflegeeinrichtungen ausschließt, wegen eines Verstoßes gegen zwingendes Bundesrecht unwirksam wäre.

25 § 84 Abs. 2 S. 1 SGB XI; vgl. BSG v. 16.5.2013, B 3 P 2/12 R, BSGE 113, 258 Rn. 18f.

26 Vgl. BT-Drs. 12/5262 S. 93 zu § 10 Abs. 2 des Gesetzentwurfs; Koch, in: Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, Stand: 1. März 2017, § 11 SGB XI Rn. 6.

27 VG Berlin v. 25.5.2018, 4 K 223/16, BeckRS 2018, 16997 Rn. 42.

28 Vgl. Wagner, in: Hauck/Wilde (Hrsg.), SGB XI Soziale Pflegeversicherung, Stand: Dezember 2016, § 11 Rn. 13.

29 BSG v. 29.1.2009, B 3 P 8/07 R, SozR 4-3300 § 89 Nr. 1 Rn. 24; BVerwG v. 27.9.2017, 6 C 34/16, Rn. 22, juris.

30 BeckOGK/Koch, 1.3.2021, SGB XI § 11 Rn. 8.

31 Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann/Philipp, 7. Aufl. 2021, SGB XI § 11 Rn. 5.

32 BeckOK SozR/Evers, 66. d. 1.9.2022, SGB XI § 114 Rn. 14.

33 BeckOGK/Koch, 1.3.2021, SGB XI § 11 Rn. 6.

34 Bremisches Ausführungsgesetz zum Pflege-Versicherungsgesetz (BremAGPfleVG) v. 26.3.1996 (Brem.GBl. 1996, S. 85), zuletzt geändert durch Gesetz v. 8.6.2021 (Brem.GBl. S. 512).

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass es durchaus möglich erscheint, den Pflegemarkt auf gemeinnützige Träger zu begrenzen, dass jedoch eine sol-

che Begrenzung durch den Bundesgesetzgeber durch eine Änderung des SGB XI ermöglicht werden müsste.

## 6 ZULÄSSIGKEIT VON ZUGANGSBESCHRÄNKUNGEN DURCH ERHÖHTE QUALITÄTSANFORDERUNGEN

Nachdem festgestellt wurde, dass aufgrund der bundesgesetzlichen Regelungen gegenüber einer landesgesetzlichen Regelung Bedenken bestehen, die überregional tätige private Träger faktisch vom Betrieb von Pflegeheimen ausschließen würden, soll nunmehr geprüft werden, ob der Landesgesetzgeber Regelungen treffen darf, die zu einer höheren Qualität der Pflegeeinrichtungen führen. Solche höheren Anforderungen könnten mittelbar dazu führen, dass sich überregionale private Träger vom Bremer Markt zurückziehen, da dieser nicht mehr hinreichend profitabel wäre, und gemeinnützige Träger die Kapazitäten übernehmen könnten. Dies wäre aber nicht das Ziel der Regelungen.

### A)

Nach § 72 Abs. 1 S. 1 SGB XI dürfen die Pflegekassen ambulante und stationäre Pflege nur durch Pflegeeinrichtungen gewähren, mit denen ein Versorgungsvertrag besteht (zugelassene Pflegeeinrichtungen). In dem Versorgungsvertrag sind Art, Inhalt und Umfang der allgemeinen Pflegeleistungen (§ 84 Abs. 4 SGB XI) festzulegen, die von der Pflegeeinrichtung während der Dauer des Vertrages für die Versicherten zu erbringen sind (Versorgungsauftrag). Nach § 72 Abs. 1 S. 1 SGB XI wird der Versorgungsvertrag zwischen dem Träger der Pflegeeinrichtung oder einer vertretungsberechtigten Vereinigung gleicher Träger und den Landesverbänden der Pflegekassen im Einvernehmen mit den überörtlichen Trägern der Sozialhilfe im Land abgeschlossen, soweit nicht nach Landesrecht der örtliche Träger für die Pflegeeinrichtung zuständig ist. § 72 Abs. 3 SGB XI regelt zudem, dass Versorgungsverträge nur mit Pflegeeinrichtungen abgeschlossen werden dürfen, die den geregelten Anforderungen genügen.

Maßgeblich ist hier die Anforderung des § 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XI, wonach die Pflegeeinrichtungen

die Gewähr für eine leistungsfähige und wirtschaftliche pflegerische Versorgung bieten müssen. Klare Maßstäbe hierfür lassen sich dem Bundesrecht nicht entnehmen.<sup>35</sup> Eine Versagung der Zulassung wegen Unwirtschaftlichkeit ist möglich, wenn bereits im Vorhinein feststeht, dass die Einrichtung auf Dauer nicht wirtschaftlich arbeiten kann und die ernsthafte Befürchtung besteht, dass eine verlässliche Leistungserbringung nicht zu erwarten ist.<sup>36</sup> Ein Rechtsanspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages besteht ferner nur, wenn sich der Einrichtungsträger dazu verpflichtet, die Expertenstandards nach § 113a SGB XI einzuhalten (Nr. 4) und die ordnungsgemäße Durchführung von Qualitätsprüfungen zu ermöglichen.<sup>37</sup> Seit dem 1. September 2022 müssen Pflegeeinrichtungen nach § 72 Abs. 3a bis 3g SGB XI eine Vergütung in Höhe des einschlägigen Tariflohns zahlen. Mit Abschluss des Versorgungsvertrages wird die Pflegeeinrichtung gemäß § 72 Abs. 4 S. 1 SGB XI für die Dauer des Vertrages zur pflegerischen Versorgung der Versicherten zugelassen.

### B)

Die Frage ist demnach, ob der Bremer Landesgesetzgeber in seinem Heimgesetz berechtigt ist, die Anforderungen an eine leistungsgerechte Versorgung zu konkretisieren. Hierbei ist die Maßgabe des § 11 Abs. 1 S. 1 SGB XI zu beachten. Die Pflegeeinrichtungen pflegen, versorgen und betreuen die Pflegebedürftigen, die ihre Leistungen in Anspruch nehmen, entsprechend dem allgemein anerkannten Stand medizinisch-pflegerischer Erkenntnisse. Inhalt und Organisation der Leistungen haben eine humane und aktivierende Pflege unter Achtung der Menschenwürde zu gewährleisten. Mit der Verstärkung der Qualitätssicherung aufgrund des Pflegequalitätssicherungsgesetzes im SGB XI hat der Bundesgesetzgeber diesem Maßstab Rechnung getragen.<sup>38</sup> Jedoch

35 BeckOGK/Schmidt, 1.3.2022, SGB XI § 72 Rn. 24.

36 BeckOK SozR/Wilcken, 66. Ed. 1.3.2021, SGB XI § 72 Rn. 6.

37 BeckOK SozR/Wilcken, 66. Ed. 1.3.2021, SGB XI § 72 Rn. 6.

38 BGBl. I S. 2320.

fehlt ein Gesamtaufsichtskonzept zu den für erforderlich gehaltenen Überprüfungen von Qualitätsstandards und Sicherheitsanforderungen.<sup>39</sup> Der Bund hat demnach von seiner Gesetzgebungskompetenz zur Sozialversicherung aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG Gebrauch gemacht. Zur konkreteren Ausgestaltung der Leistungsgerechtigkeit in § 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XI müsste eine verbleibende ergänzende Gesetzgebungskompetenz der Länder bestehen.

Dies erscheint naheliegend, da der Bund im SGB XI nur Grundentscheidungen zur Finanzierung von Pflegeeinrichtungen durch die Sozialversicherung getroffen, nicht jedoch die Ausgestaltung der Pflegeeinrichtungen selbst geregelt hat. Regelungen hierzu treffen vielmehr die Länder in den Heimgesetzen. Dies folgt aus ihrer Gesetzgebungskompetenz aus Art. 70 Abs. 1 GG. Danach haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Mit der Föderalismusreform von 2007 ging die Gesetzgebungskompetenz für dieses Rechtsgebiet auf die Bundesländer über.<sup>40</sup> Dazu gehören Fragen der Genehmigung des Betriebs von Heimen oder anderen Wohnformen für ältere, pflegebedürftige und behinderte Menschen, die personelle oder bauliche Ausstattung der Einrichtung oder Sanktionen bei Nichteinhaltung der gesetzlichen Vorschriften. Demnach besteht die Kompetenz der Landesgesetzgeber, den Maßstab der Leistungsgerechtigkeit aus § 72 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB XI im Landesrecht näher auszugestalten.

### C)

Der Bremer Landesgesetzgeber hat diese Gesetzgebungskompetenz genutzt und am 15. Dezember 2017 das Bremische Wohn- und Betreuungsgesetz vom 12. Dezember 2017 (BremWBG) verkündet.<sup>41</sup> Ziel des Gesetzes ist es nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 BremWBG auch, die Qualität des Wohnens und der Unterstützung von Nutzer\*innen unter Beachtung des allgemein anerkannten Standes fachlicher Erkenntnisse weiterzuentwickeln und zu sichern. Nach § 2 BremWBG gilt das Gesetz für entgeltlich betriebene Wohnformen, die der Unterstützung ihrer Nutzer\*innen dienen sowie Unterstützungs- und Serviceleistungen nach § 3 BremWBG anbieten. Der Landesgesetzgeber hat in § 4 Abs. 1 BremWBG definiert, wer Leistungsanbieter im Sinne des Gesetzes ist. Leistungsanbieter ist, wer allein oder gemeinschaftlich mit einer anderen natürlichen oder juristischen Person

im Rahmen unternehmerischer Tätigkeit älteren oder pflegebedürftigen Menschen oder Menschen mit Behinderungen innerhalb von Wohn- und Unterstützungsangeboten Wohn-, Unterstützungs- oder Serviceleistungen nach § 3 BremWBG anbietet.

In § 9 Abs. 1 BremWBG hat der Landesgesetzgeber Pflege- und Betreuungseinrichtungen definiert: Es sind Einrichtungen für ältere oder pflegebedürftige Menschen oder Menschen mit Behinderungen, die in der Regel auf ein umfassendes Leistungsangebot angewiesen sind. Dieses beinhaltet neben der Wohnraumüberlassung und hauswirtschaftlichen Versorgung eine ständige Verfügbarkeit von Fachkräften der Pflege und der pädagogischen Unterstützung. Sie überlassen den Nutzer\*innen Wohnraum, bieten ihnen gleichzeitig Unterstützungsleistungen an oder nehmen maßgeblichen Einfluss darauf, von wem die Nutzer\*innen Unterstützungsleistungen annehmen. In § 14 BremWBG hat der Landesgesetzgeber allgemeine Anforderungen an Wohn- und Unterstützungsangebote geregelt. Wohn- und Unterstützungseinrichtungen dürfen betrieben werden, wenn die verantwortlichen Leistungsanbieter und die für sie handelnden Personen (1) die notwendige fachliche Zuverlässigkeit zum Betrieb des Wohn- und Unterstützungsangebotes besitzen, (2) die persönliche Zuverlässigkeit besitzen und (3) mit den Nutzer\*innen Verträge abschließen, die den Anforderungen des § 10 Abs. 1 BremWBG und im Geltungsbereich des Wohn- und Betreuungsvertragsgesetzes den Bestimmungen des Wohn- und Betreuungsvertragsgesetzes entsprechen.

Maßstab für Leistungserbringung und Angebotsgestaltung müssen im Rahmen der vertraglich vereinbarten Leistungen die individuellen Bedarfe der Nutzer\*innen sein. Nach § 14 Abs. 2 BremWBG müssen Wohn- und Unterstützungsangebote dem jeweiligen Stand der fachlichen und wissenschaftlichen Erkenntnisse entsprechen. Die Leistungsanbieter haben hierfür die angebotsbezogenen erforderlichen personellen und organisatorischen Voraussetzungen zu schaffen und zu unterhalten. Näheres soll eine Rechtsverordnung regeln. Diese soll insbesondere die Zahl, Qualifikation und Präsenz der für die Unterstützung der Nutzer\*innen erforderlichen Pflege- und Unterstützungskräfte sowie die Eignung der Leitungskräfte und der Beschäftigten, der Fachkräfte, die Fort- und Weiterbildung der Beschäftigten sowie den Anteil der Fachkräfte an dem zu beschäftigenden Personal, der in Pflege- und Betreuungseinrichtungen nach § 9 BremWBG mindestens 50 Prozent betragen muss, regeln.

39 Sieveking, Zielkonflikte der künftigen Landesheimgesetzgebung, NordÖR 2007, 398.

40 Burmeister, Dinter, Die Heimgesetzgebung der Bundesländer – Ein Rechtsvergleich, NVwZ 2009, 628; zur Debatte über die Auswirkungen vgl. Arbeitsgruppe der Sozialressorts der Länder Rheinland-Pfalz, Brandenburg, Bremen und Mecklenburg-Vorpommern, Leitgedanken und Inhalte für Länderregelungen zur Ablösung des Heimgesetzes v. 15.12.2006.

41 Brem-GBl. 2017, 129.

Nach § 14 Abs. 3 BremWBG müssen Größe und Beschaffenheit der für Wohn- und Unterstützungsangebote genutzten Räume dem Unterstützungszweck entsprechen und ein Leben der Nutzer\*innen in Würde und Selbstbestimmung ermöglichen. Nach § 14 Abs. 5 BremWBG haben Leistungsanbieter in Wohn- und Unterstützungseinrichtungen, die vornehmlich auf die Erbringung von Pflegeleistungen ausgerichtet sind, sicherzustellen, dass bei der Leistungserbringung ein ausreichender Schutz vor Infektionen gewährleistet ist und die Beschäftigten die Hygieneanforderungen nach dem anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse einhalten. Nach § 14 Abs. 6 BremWBG haben Leistungsanbieter ein Qualitätsmanagement durchzuführen.

Der Landesgesetzgeber hat zudem in § 15 Abs. 1 BremWBG besondere Anforderungen an Pflege- und Betreuungseinrichtungen geregelt. Danach dürfen Pflege- und Betreuungseinrichtungen nur dann betrieben werden, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Diese umfassen insbesondere gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 4 BremWBG die Anforderung, dass Pflege- und Betreuungskräfte in ausreichender Zahl und Qualität vorhanden sind. Es ist zu ersehen, dass der Landesgesetzgeber konkretisierende Regelungen erlassen hat, die erfüllt sein müssen, wenn ein Träger Pflegeeinrichtungen in Bremen betreiben möchte. Diese Regelungen durfte der Landesgesetzgeber aufgrund seiner Gesetzgebungskompetenz zur Heimgesetzgebung auch erlassen.

## **D)**

Aufgrund der Ermächtigung aus dem BremWBG wurde am 11. April 2018 die Personalverordnung zum Bremischen Wohn- und Betreuungsgesetz (BremWoBeGPersV) vom 8. März 2018 verkündet.<sup>42</sup> Unter § 1 S. 2 BremWoBeGPersV hat der Ordnungsgeber geregelt, dass die Leistungsanbieter von Wohn- oder Unterstützungsangeboten verpflichtet sind, für eine ausreichende Präsenz der Beschäftigten für Unterstützungsleistungen zu sorgen. Er hat Regelungen zur Bestimmung des Leitungspersonals getroffen. Zudem hat er Qualifizierungsanforderungen für die Beschäftigten für Unterstützungsleistungen geregelt. In § 6 Abs. 1 BremWoBeGPersV hat er insbesondere festgelegt, dass Unterstützungsleistungen nur durch Fachkräfte oder unter angemessener Beteiligung von Fachkräften geleistet werden dürfen. Fachkräfte im Sinne dieser Verordnung müssen über den staatlich anerkannten Abschluss einer für den Tätigkeitsbereich infrage kommenden Berufsausbildung verfü-

gen, die Kenntnisse und Fähigkeiten zur selbstständigen und eigenverantwortlichen Wahrnehmung der von ihnen ausgeübten Funktion und Tätigkeit vermittelt. In § 8 Abs. 1 BremWoBeGPersV hat der Ordnungsgeber geregelt, dass die Leistungsanbieter verpflichtet sind, den Beschäftigten der Wohn- und Unterstützungsangebote einschließlich der Leitungspersonen Gelegenheit zur Teilnahme an Veranstaltungen berufsbegleitender Fort- und Weiterbildung zu geben.

## **E)**

Unter Beachtung der bereits bestehenden landesgesetzlichen Regelungen samt der auf deren Grundlage erlassenen Verordnung soll nunmehr geklärt werden, ob der Landesgesetzgeber die durch die Antworten des Senats auf die große Anfrage der Fraktionen DIE LINKE, SPD und Bündnis 90/Die Grünen vom 22. Juni 2022 aufgedeckten konkreten Mängel in Bremer Pflegeeinrichtungen, insbesondere in solchen, die von überregionalen privaten Trägern betrieben werden, durch eine Änderung dieser bestehenden Normen in Zukunft verhindern könnte.

### **aa)**

Die Antwort Nr. 5b hat einen Mangel im Verhältnis der Zahl der Pflegekräfte zur Zahl der Pflegebedürftigen festgestellt. Hier können jedoch auch jetzt schon bei einer Unterschreitung der Untergrenzen für die Personalausstattung Belegungsstopps verhängt werden. Die gesetzliche Grundlage ist demnach hinreichend, um ein ordnungsrechtliches Einschreiten zu ermöglichen.<sup>43</sup> Hier scheint es eher ein Kontroll- und Vollzugsproblem zu geben, das anhand einer Stärkung der Aufsichtsbehörden behoben werden könnte.

### **bb)**

Die Antwort des Senats auf Frage 5c hat ergeben, dass der Anteil der Beschäftigten in Zeit- und Leiharbeitsverhältnissen bei den gemeinnützigen Trägern bis zu 13 Prozent beträgt. Bei den privaten Trägern wurde festgestellt, dass es einen Anstieg bei Leiharbeitseinsätzen um 41 Prozent gegeben hat, ohne dass jedoch ein zeitlicher Bezugsrahmen deutlich wird. Der Senat hat die Auskunft gegeben, dass viele qualifizierte Arbeitskräfte aufgrund der besseren Bezahlung zu Zeit- und Leiharbeit gewechselt haben. Hier dürfte die zwingende Bundesregelung zur Zahlung einer tarifäquivalenten Vergütung Abhilfe schaffen. Zudem könnte der Landesgesetzgeber regelnd eingreifen, indem er im BremWBG in Ergänzung des

<sup>42</sup> Brem Gbl. 2018, 28.

<sup>43</sup> Ordnungsrechtliches Vorgehen, § 33 und § 34 BremWBG, siehe dazu VG Bremen v. 29.4.2022, 3 K 258/20, und OVG Bremen v. 14.6.2021, 2 B 106/21, zu Belegungsstopps in Pflegeheimen bei mangelhafter Personalausstattung.

§ 15 BremBWG eine Obergrenze für den zulässigen Einsatz von Zeit- und Leiharbeiter\*innen regelt. Dies betrifft keine arbeitsrechtliche Regelung, für die der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz hat, weil das Vertragsverhältnis zwischen Arbeitnehmer\*in und Arbeitgeber\*in nicht berührt wird. Es handelt sich um eine konkretisierende Regelung der Leistungsstärke der Einrichtungen, die die fachliche Qualifikation der Beschäftigten und die menschenwürdige Pflege der Leistungsnehmer\*innen in einer ihnen vertrauten Umgebung durch ihnen vertraute Personen fördern soll. Eine solche Regelung wäre aller Voraussicht nach zulässig.

**cc)**

In der Antwort auf Frage 7 gab der Senat an, dass in gemeinnützigen Einrichtungen fast immer ein Betriebsrat oder eine Mitarbeiter\*innenvertretung vorhanden ist. Bei privaten Trägern bestehen überwiegend keine Betriebsräte. Hier könnte der Landesgesetzgeber eingreifen, indem er § 15 BremWBG dahingehend ergänzt, dass eine Pflegeeinrichtung in Bremen nur betreiben darf, wer das Bestehen einer gewählten Beschäftigtenvertretung nachweisen kann. In privaten Unternehmen werden Betriebsräte nach § 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) gewählt. Für öffentliche Einrichtungen gilt nach § 130 BetrVG nur das Bremische Personalvertretungsgesetz (BremPersVG).<sup>44</sup> Auch für Religionsgemeinschaften gilt nach § 130 BetrVG die Betriebsverfassung nicht. Hier werden nach den jeweiligen kirchlichen Regelungen (Kirchengesetz über Mitarbeitervertretungen in der Evangelischen Kirche in Deutschland, MVG-EKD, und Mitarbeitervertretungsordnung, MAVO) Mitarbeiter\*innenvertretungen gewählt.<sup>45</sup> Problematisch ist dabei, dass Arbeitgeber\*innen die Wahl der entsprechenden Beschäftigtenvertretung nicht erzwingen können. Es besteht keine Pflicht der Beschäftigten, eine solche zu wählen.

Dies ist problematisch für Träger, die eine Pflegeeinrichtung betreiben möchten, wenn eine gesetzliche Regelung das Bestehen einer Beschäftigtenvertretung vorschreibt, die Beschäftigten jedoch keine Wahl einleiten. Hier könnte gesetzlich eine Ausnahme dahingehend vorgesehen werden, dass Träger von dieser Pflicht befreit sind, die nachweisen können, dass die Beschäftigten keine Interessenvertretung wählen möchten, obgleich die Möglichkeit dazu besteht und der Träger die Wahl unterstützt. Eine solche Ausnahmeregelung könnte die Pflicht zum Vorhalten einer Beschäftigtenvertretung im Grundsatz rechtfertigen.

**dd)**

Aus der Antwort des Senats auf Frage 10 ergibt sich, dass die Eigenanteile der Nutzer\*innen der Pflegeeinrichtungen seit 1999 um 187 Prozent gestiegen sind. Dies betrifft die gemeinnützigen Träger ebenso wie die überregionalen privaten Träger. Die den Nutzer\*innen auferlegten Eigenanteile im Bereich des Einrichtungseinheitlichen Eigenanteils (EEE) sind sogar bei den gemeinnützigen Trägern deutlich höher als bei den privaten Trägern. Tatsächlich schlägt sich die Gestaltung der Pflegeversicherung auf die Eigenanteile durch. Selbst wenn es möglich sein würde, auf Landesebene eine Begrenzung der Eigenanteile vorzusehen, so könnte dies zu einer Qualitätsbegrenzung führen. Da sich die Pflegekasse ab 1. Januar 2022 mit einem zusätzlichen Leistungszuschlag an den Pflegekosten beteiligt, der von der Bezugsdauer vollstationärer Pflegeleistungen («Aufenthaltsdauer») abhängig ist, sinkt somit auch der Eigenanteil an den pflegebedingten Aufwendungen im Zeitverlauf.<sup>46</sup>

**ee)**

Aus der Antwort des Senats auf Frage 13 ergibt sich, dass es zu fast allen Prüfgegenständen in Einrichtungen in privater Trägerschaft zu mehr Beschwerden gekommen ist als in Einrichtungen in gemeinnütziger Trägerschaft. Diese betreffen insbesondere die Wohnqualität und bauliche Sicherheit, die personelle Ausstattung und die hauswirtschaftliche Versorgung. Entsprechendes gilt für die Antwort des Senats auf Frage 14. Deutlich wird, dass bei überregional tätigen privaten Trägern in allen Prüfgegenständen die meisten Mängel festgestellt werden. Besonders stark zeigt sich dies bei Nr. 2 (personelle Ausstattung), Nr. 3 (Unterstützungsleistungen) und Nr. 5 (hauswirtschaftliche Versorgung). Nach der Antwort des Senats auf Frage 24 lassen sich entsprechende Mängel auch für die ambulanten Pflegeeinrichtungen feststellen. Diese Mängel im stationären und ambulanten Bereich können durchaus behoben werden.

Schon jetzt müssen die Träger für ihre Einrichtungen nach § 72 Abs. 3 Nr. 5 die ordnungsgemäße Durchführung von Qualitätsprüfungen ermöglichen. Denkbar wäre, hier zusätzliche personelle Kapazitäten in der öffentlichen Verwaltung zu schaffen und regelmäßige beschwerdeunabhängige Kontrollen des Qualitätsmanagements und seiner Berichte aller Einrichtungen durchzuführen, um gegebenenfalls kurzfristig ordnungsrechtlich eingreifen zu können. Dies könnte der Landesgesetzgeber konkretisieren und die entsprechenden Verwaltungseinrichtungen entsprechend stärken.

<sup>44</sup> Fitting/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier/Schelz, 31. Aufl. 2022, BetrVG § 1 Rn. 42.

<sup>45</sup> Fitting/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier/Schelz, 31. Aufl. 2022, BetrVG § 1 Rn. 43.

<sup>46</sup> Vgl. [https://www.vdek.com/presse/glossar\\_gesundheitswesen/einrichtungseinheitlicher-eigenanteil-pflege-eee.html](https://www.vdek.com/presse/glossar_gesundheitswesen/einrichtungseinheitlicher-eigenanteil-pflege-eee.html).

Auf die Möglichkeit, bei gravierenden Mängeln nach § 74 Abs. 2 SGB XI einen Versorgungsvertrag zu kündigen, hat der Senat in seiner Antwort auf Frage 15 hingewiesen. Der Senat hat auch darauf hingewiesen, dass die Vertragskündigung zur Schließung der Pflegeeinrichtung führen kann. Dies hätte für die Bewohner\*innen erheblich nachteilige Folgen. Es könnte hier landesgesetzlich vorgesehen werden, dass in einer Verordnung ein Verwaltungsverfahren (Clearing-Verfahren) etabliert werden kann, um Mängel schnell festzustellen und zu beseitigen, damit eine Einrichtungsschließung vermieden wird.

## F)

Nunmehr soll geklärt werden, ob die vorab besprochenen landesgesetzlichen Regelungen mit den grundrechtlichen Positionen der Träger der Pflegeeinrichtungen zu vereinbaren wären.

Bei den vorab beschriebenen Regelungen handelt es sich um Schrankenbestimmungen, die in das Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eingreifen. Schrankennormen haben die sich aus der Innehabung oder Ausübung von solcherart zuerkanntem Eigentum ergebenden Bürger-Bürger- und Bürger-Staat-Konflikte zum Regelungsgegenstand und erlegen dementsprechende Handlungs-, Unterlassungs- und Duldungspflichten auf.<sup>47</sup> Auch wenn ein weiterer Gestaltungsraum des das Eigentum gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG beschränkenden Gesetzgebers anzuerkennen ist, müssen Regelungen stets durch das öffentliche Interesse legitimiert sein. Das bedeutet, dass der Gesetzgeber in die eigentumsgrundrechtlich geschützten Interessen der Beteiligten nicht ohne Grund und grundsätzlich auch nicht übermäßig eingreifen darf. Unzumutbare Schmälerungen von Eigentumspositionen sind ihm verwehrt.<sup>48</sup> Die Abwägung zwischen dem Interesse des Eigentümers am Bestand des Eigentumsrechts und der damit verbundenen Befugnisse (Bestandsinteresse) und den Gemeinwohlinteressen, die die Beschränkung rechtfertigen sollen, hat nach den Grundsätzen des Übermaßverbots zu erfolgen.<sup>49</sup> Die Schrankenziehung muss darüber hinaus allen übrigen Verfassungsnormen gerecht werden. Dazu gehört insbesondere der Gleichheitssatz, ferner das rechtsstaatliche Vertrauensschutzprinzip, das in

Art. 14 Abs. 1 GG für vermögenswerte Güter eine spezifische Ausprägung erfahren hat.<sup>50</sup>

Es wäre demnach zu prüfen, ob die vorab beschriebenen Regelungen einem legitimen Zweck dienen, ob sie geeignet, erforderlich und angemessen sind. Die Regelungen dienen dem Zweck, eine höhere Qualität der Pflege der bedürftigen Personen sicherzustellen. Dies ist ein legitimes, gemeinwohlorientiertes staatliches Interesse und dient den Grundrechten der Wahrung der Menschenwürde und der körperlichen Unversehrtheit der pflegebedürftigen Personen. Die Regelungen müssen zur Erreichung dieser Zwecke auch geeignet sein. Dies könnte problematisch sein hinsichtlich der Regelung, die es erfordert, dass eine Beschäftigteninteressenvertretung besteht. Denn unmittelbar hat das Bestehen einer Beschäftigteninteressenvertretung keine Auswirkungen auf das Wohlbefinden der zu pflegenden Personen, sondern zielt vielmehr auf eine Beteiligung der Beschäftigten an Entscheidungsprozessen. Es müsste demnach genauer erforscht werden, ob sich das Bestehen von Beschäftigtenvertretungen in Pflegeeinrichtungen positiv auf die zu pflegenden Personen auswirkt, etwa weil qualifizierte Pflegekräfte länger gehalten werden können, bessere Arbeitsbedingungen für Pflegekräfte bestehen usw.

Die Regelungen müssen zudem erforderlich sein. Dies wäre dann der Fall, wenn keine mildereren Mittel zur Zielerreichung zur Verfügung stünden. Hierfür müsste konkreter geprüft werden, welche anderen Möglichkeiten zur Zweckerreichung bestehen, die weniger stark in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eingreifen würden. Schließlich müssen die Regelungen auch angemessen sein. Es müsste ein Abgleich der grundrechtlichen Position der Träger auf ungestörte Ausübung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs und derjenigen der pflegebedürftigen Personen auf Wahrung ihrer Würde und ihrer körperlichen Unversehrtheit vorgenommen werden. Je größer die Gefährdung der Rechtspositionen der zu pflegenden Personen, desto weitergehend könnten die Eingriffe in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ausgestaltet werden. Dies wäre anhand der konkret geplanten Regelungen zu prüfen. Es lässt sich aber festhalten, dass landesgesetzliche Schrankenregelungen nicht a priori verfassungswidrig wären.

47 Sachs/Wendt, 9. Aufl. 2021, GG Art. 14 Rn. 55.

48 Sachs/Wendt, 9. Aufl. 2021, GG Art. 14 Rn. 70.

49 Sachs/Wendt, 9. Aufl. 2021, GG Art. 14 Rn. 73.

50 Sachs/Wendt, 9. Aufl. 2021, GG Art. 14 Rn. 74.

## G)

Schließlich wäre zu prüfen, ob solche Schrankenbestimmungen mit der unionsrechtlichen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zu vereinbaren wären. Auch hier ist zuerst darauf hinzuweisen, dass Zweifel bestehen, ob das Unionsrecht überhaupt auf das deutsche Sozialrecht durchschlägt.<sup>51</sup> Wird dies angenommen, dann wären die Regelungen unzulässig, wenn sie ungerechtfertigt Träger mit Sitz in einem

Unionsstaat schlechter behandeln würden als inländische Träger. Hierauf müssten geplante Regelungen überprüft werden. Anhand der oben besprochenen Regelungsgegenstände sind derzeit keine unmittelbar oder zumindest mittelbar diskriminierenden Regelungen erkennbar. Dies müsste anhand der konkreten Regelungen aber ergänzend geprüft werden. Dabei ist aber zu beachten, dass dem im Sozialstaat zum Ausdruck kommenden Gemeinwohl ein besonders hohes Gewicht zukommt.

## 7 MÖGLICHKEIT VON VORRANGREGELUNGEN AUFGRUND DES LANDESRECHTS

Weiterhin soll geprüft werden, ob es zulässig wäre, dass der Landesgesetzgeber Regelungen trifft, die die Marktpräsenz gemeinwohlorientierter Träger erhöhen.

### A)

Wie in Kapitel 5 dargelegt, ist nach § 11 Abs. 2 S. 1 SGB XI die Vielfalt der Träger von Pflegeeinrichtungen zu wahren und sind deren Selbstständigkeit, Selbstverständnis sowie Unabhängigkeit zu achten. Außerdem ist nach § 11 Abs. 2 S. 2 SGB XI dem Auftrag kirchlicher und sonstiger Träger der freien Wohlfahrtspflege, kranke, gebrechliche und pflegebedürftige Menschen zu pflegen, zu betreuen, zu trösten und sie im Sterben zu begleiten, Rechnung zu tragen. Die durch § 11 Abs. 2 S. 1 SGB XI gewährleistete Trägervielfalt und der im Gegensatz zum Krankenhausrecht bestehende freie Marktzugang für Anbieter von Pflegeeinrichtungen verdeutlicht, dass der Bundesgesetzgeber einen freien Wettbewerb der Träger zulassen will.<sup>52</sup>

Jedoch wird in § 11 Abs. 2 S. 2 SGB XI auch der Auftrag kirchlicher und sonstiger Träger der freien Wohlfahrtspflege, kranke, gebrechliche und pflegebedürftige Menschen zu pflegen, zu betreuen, zu trösten und sie im Sterben zu begleiten, betont. Es hat sich historisch entwickelt, dass sowohl kirchliche Träger als auch solche der freien Wohlfahrtspflege nach ihrem Selbstverständnis diese Aufgaben überneh-

men. Auf diesen Auftrag ist auch heute noch Rücksicht zu nehmen.<sup>53</sup> Die Trägervielfalt ist auch beim Abschluss von Versorgungsverträgen gemäß § 72 SGB XI zu berücksichtigen.<sup>54</sup> Sie ändert jedoch nichts an der Geltung des Wirtschaftlichkeitsgebotes und der Qualitätsanforderungen.<sup>55</sup>

### B)

Auch wenn man davon ausgeht, dass ein vollständiger Ausschluss von privaten Trägern nicht in Betracht kommt, so dürfte jedenfalls eine Zielsetzung in Bezug auf die Zusammensetzung der Trägerlandschaft unter Berücksichtigung der Trägervielfalt und des Subsidiaritätsprinzips (freigemeinnützige und private Träger gehen öffentlichen vor, § 11 Abs. 2 S. 3 SGB XI und § 1 Abs. 2 BremAGPflegeVG) zulässig sein, insbesondere, wenn sie nicht als starre Quote ausgestaltet ist,<sup>56</sup> sondern als Zielvorgabe, die die Bedeutung der kirchlichen sowie der Träger der freien Wohlfahrtspflege und ihres karitativen Auftrags in den Vordergrund stellt und bezweckt, deren Marktanteil zu erhöhen. Dies würde auch die Möglichkeit der pflegebedürftigen Personen fördern, ihr Wunsch- und Wahlrecht aus § 2 Abs. 2 SGB XI auszuüben, und zwar so selbstbestimmt wie möglich.<sup>57</sup> Ebenso würde hierdurch ein Beitrag dazu geleistet, der Verantwortung des Landes für die Vorhaltung einer leistungsfähigen, zahlenmäßig ausreichenden und wirtschaftlichen pflegerischen Versorgungsstruktur gerecht zu wer-

51 EuGH, Urt. v. 18.7.2007 – Geven, C-213/05, InfAuslR 2007, 371 ff.; Urt. v. 17.6.1997 – Sodemare, C-70/95, Slg. 1997, Seite I 3395.

52 VG Leipzig, Urteil vom 2.10.2003, 2 K 379/03, Rn. 61.

53 BeckOGK/Koch, 1.3.2021, SGB XI § 11 Rn. 6.

54 BeckOGK/Koch, 1.3.2021, SGB XI § 11 Rn. 7.

55 BSG, Urteil vom 6.8.1998, B 3 P 8/97 R, Rn. 13.

56 Wodurch ein Verstoß gegen Unionsrecht oder Verfassungsrecht eintreten könnte (siehe Kapitel 3 und 4).

57 Vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 SGB XI.

den<sup>58</sup> – insbesondere in Anbetracht der festgestellten Mängel der von privaten überregionalen Trägern betriebenen Einrichtungen.<sup>59</sup>

### C)

Anknüpfen lässt sich diesbezüglich daran, dass es gemäß § 9 SGB XI die Länder sind, die die pflegerischen Versorgungsstrukturen vorzuhalten haben. Sie haben hierfür die Gesetzgebungskompetenz.<sup>60</sup>

Weder das Ob noch der Umfang oder die Art und Weise der finanziellen Förderung von pflegerischen Versorgungsstrukturen durch die Länder sind bundesrechtlich geregelt.<sup>61</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht hatte diesbezüglich über den Ausschluss eines privat betriebenen ambulanten Pflegedienstes von einer Förderung von niedrigschwelligen Betreuungsangeboten<sup>62</sup> aus Landesmitteln zu entscheiden. Die Förderung von niedrigschwelligen Betreuungsangeboten sowie die Investitionsförderung von Pflegeeinrichtungen<sup>63</sup> aus Haushaltsmitteln der Länder sind durch Landesgesetzgebung zu regeln. Dabei ist nach dem Bundesverwaltungsgericht bei der Förderung von niedrigschwelligen Betreuungsangeboten die Bevorzugung von gemeinnützigen Angeboten bis hin zum totalen Ausschluss von privaten Anbietern von der Förderung zulässig und ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG hierin nicht zu erblicken, weil das Merkmal der Gemeinnützigkeit ein zulässiges Kriterium für die unterschiedliche Behandlung sein kann, wenn es um öffentliche Zuschüsse geht.

Soweit sich im Fall des Bundesverwaltungsgerichts der private Pflegedienst auf die Trägervielfalt aus § 11 Abs. 2 SGB XI berufen und damit begründen wollte, dass auch er eine Förderung für die von ihm gestellten niedrigschwelligen Betreuungsangebote erhalten müsse, lehnte das Bundesverwaltungsgericht dies ab, weil dieser bundesgesetzlichen Norm aufgrund der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den Bereich der landesrechtlichen Förderung von niedrigschwelligen Betreuungsangeboten keine Regelungswirkung zukomme.<sup>64</sup> Es ließ außerdem offen, ob § 11 Abs. 2 SGB XI mittel-

bar berührt wäre, wenn der Ausschluss gewerblicher Anbieter von der landesrechtlichen Förderung niedrigschwelliger Betreuungsangebote zu einem dauerhaften Wettbewerbsnachteil führen würde, der private Träger von Pflegeeinrichtungen (§ 71 SGB XI) vom Markt verdrängt, weil die dafür erforderlichen Tatsachenfeststellungen im entschiedenen Fall nicht vorlagen.<sup>65</sup>

### D)

Danach dürfte es zulässig sein, dass der Landesgesetzgeber Regelungen trifft, nach denen gemeinnützige Träger vorrangig berücksichtigt werden sollen, wenn Förderungen aus Landesmitteln vergeben werden. Anknüpfend an das Merkmal der Gemeinnützigkeit dürfte ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG nicht vorliegen.

Solche Regelungen würden dem bundesgesetzlichen Auftrag zur Förderung gemeinnütziger und karitativer Tätigkeit folgen und dürften daher auch sonst im Einklang mit dem Bundesrecht stehen. Ein solcher Eingriff würde auch als Schrankeneingriff nicht unzulässig in Art. 14 Abs. 1 GG der privaten Träger eingreifen. Denn eine solche Maßnahme wäre sowohl geeignet als auch erforderlich, um die Trägervielfalt zu wahren. Sie ist auch angemessen, weil sie nur dazu führen würde, dass überregionale private Träger räumlich bzw. im Leistungsspektrum begrenzt werden. Das Unionsrecht dürfte schon deshalb nicht berührt sein, da Träger mit Sitz in einem anderen Unionsstaat nicht stärker betroffen wären als rein inländische Träger.

Anknüpfend hieran soll detaillierter darauf eingegangen werden, welche Möglichkeiten die Länder im stationären Bereich bei der Bezuschussung von Investitionskosten stationärer Pflegeeinrichtungen aus Landesmitteln haben.

### E)

Die Finanzierung von Pflegeeinrichtungen ist in § 82 SGB XI geregelt. Sie besteht bei stationären Einrichtungen aus drei Komponenten: der Pflegevergütung für die pflegerischen Leistungen,<sup>66</sup> dem Entgelt für

58 Wobei vermieden werden soll, dass die Länder bedarfsorientiert handeln, weil das dem Leitbild des SGB XI von einem freien, den Regeln des Wettbewerbs unterworfenen Pflegemarkt widersprechen würde, das sich etwa in § 72 SGB XI zeigt; vgl. BeckOGK/Koch, 1.3.2021, SGB XI § 9 Rn. 4.

59 Siehe dazu etwa die Große Anfrage der Bürgerschaftsfraktionen von DIE LINKE, SPD und Bündnis 90/Die Grünen an den Bremer Senat vom 22. Juni 2022 (Drs. 20/1509) sowie VG Bremen, Urteil v. 29.4.2022, 3 K 258/20, und OVG Bremen, Beschluss v. 14.6.2021, 2 B 106/21.

60 BVerwG, Beschluss v. 17.11.2017, 3 B 14/16, Rn. 5.

61 BSG, Urteil v. 26.1.2006, B 3 P 6/04 R, Rn. 37.

62 § 45a SGB XI – im Urteil des BVerwG noch in einer alten Fassung.

63 § 9 SGB XI.

64 BVerwG, Beschluss v. 17.11.2017, 3 B 14/16, Rn. 10.

65 BVerwG, Beschluss v. 17.11.2017, 3 B 14/16, Rn. 9.

66 § 82 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI.

Unterkunft und Verpflegung<sup>67</sup> (auch Hotelkosten genannt)<sup>68</sup> und den Investitionskosten. Diese sind in § 82 Abs. 2 Nr. 1–5 SGB XI definiert. Sie umfassen die Maßnahmen einschließlich Kapitalkosten, die dazu bestimmt sind, die für den Betrieb der Pflegeeinrichtung notwendigen Gebäude und sonstigen abschreibungsfähigen Anlagegüter herzustellen, anzuschaffen, wiederzubeschaffen, zu ergänzen, instandzuhalten oder instandzusetzen, den Erwerb und die Erschließung von Grundstücken, Miete, Pacht, Erbbauzins, Nutzung oder Mitbenutzung von Grundstücken, Gebäuden oder sonstigen Anlagegütern, den Anlauf oder die innerbetriebliche Umstellung von Pflegeeinrichtungen, die Schließung von Pflegeeinrichtungen oder ihre Umstellung auf andere Aufgaben.<sup>69</sup>

Von der Pflegeversicherung übernommen werden lediglich die Kosten für die Pflege im Rahmen der im SGB XI vorgesehenen Leistungen. Darüber hinaus sowie für Unterkunft und Verpflegung und für die Investitionskosten müssen Pflegebedürftige in stationären Einrichtungen grundsätzlich selbst aufkommen bzw. – wenn ihr Einkommen und Vermögen nicht ausreichen – Leistungen der Sozialhilfe nach dem SGB XII beantragen.<sup>70</sup>

## F)

Nicht auf die Bewohner\*innen umgelegt werden dürfen jedoch Investitionskosten, die durch Förderleistungen der Länder getragen werden. Wie bereits erwähnt, sind diese gemäß § 9 SGB XI dafür verantwortlich, eine leistungsfähige, zahlenmäßig ausreichende und wirtschaftliche pflegerische Versorgungsstruktur vorzuhalten. Geregelt ist in § 9 SGB XI auch, dass durch Landesrecht bestimmt werden kann, ob und in welchem Umfang eine im Landesrecht vorgesehene und an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Pflegebedürftigen orientierte finanzielle Unterstützung für betriebsnotwendige Investitionsaufwendungen entweder der Pflegebedürftigen direkt oder der Pflegeeinrichtungen als Förderung der Pflegeeinrichtungen gilt. Allerdings erwächst Pflegeeinrichtungen aus § 9 SGB XI kein

Rechtsanspruch auf Übernahme von Investitionskosten gegenüber den Ländern. In der Folge dürfen Pflegeeinrichtungen gemäß § 82 Abs. 3 und 4 SGB XI nicht gedeckte Investitionskosten den Pflegebedürftigen in Rechnung stellen.<sup>71</sup> Soweit Förderung von den Ländern erbracht wird, soll es nicht durch eine zusätzliche Inanspruchnahme der Bewohner\*innen zu einer Doppelfinanzierung kommen.<sup>72</sup>

## G)

Der Landesgesetzgeber hat für die Investitionsförderung von Pflegeeinrichtungen die Gesetzgebungskompetenz.<sup>73</sup> Wie bereits ausgeführt, hat das Bundesverwaltungsgericht für die Förderung niedrigschwelliger Betreuungsangebote aus Landesmitteln entschieden, dass die Bevorzugung von gemeinnützigen Angeboten bis hin zum totalen Ausschluss von privaten Anbietern von der Förderung zulässig und ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG hierin nicht zu erblicken ist, weil das Merkmal der Gemeinnützigkeit ein zulässiges Kriterium für die unterschiedliche Behandlung sein kann, wenn es um öffentliche Zuschüsse geht. Selbst wenn man dies in dieser Absolutheit nicht auf stationäre Einrichtungen anwenden möchte, weil zu berücksichtigen ist, dass der Pflegemarkt grundsätzlich dem freien Wettbewerb unterliegen soll und daher vermieden werden muss, dass die Länder ihre Planungshoheit und von ihnen vergebene Förderung bedarfsorientiert einsetzen,<sup>74</sup> und außerdem die Vielfalt der Träger erhalten bleiben muss, dürfte auch hier gelten, dass es zulässig wäre, gemeinnützige Träger vorrangig zu berücksichtigen, wenn Förderungen aus Landesmitteln vergeben werden. Anknüpfend an das Merkmal der Gemeinnützigkeit dürfte ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG nicht vorliegen.<sup>75</sup> Auch § 82 SGB XI geht bereits davon aus, dass es Einrichtungen geben kann, die aus Landesmitteln gefördert werden (Abs. 3), und solche, die nicht nach Landesrecht gefördert werden (Abs. 4),<sup>76</sup> und sieht für beide Fälle ein unterschiedliches Verfahren zur Umlegung von nicht gedeckten Investitionskosten auf die Bewohner\*innen vor.

67 § 82 Abs. 1 Nr. 2 SGB XI.

68 So etwa BeckOK SozR/Wilcken, 67. Ed., 1.3.2021, SGB XI § 82 Rn. 1a.

69 Gemäß § 83 Abs. 1 Nr. 5 SGB XI kann zur Abgrenzung der Pflegevergütung, der Zusatzleistungen und der Entgelte für Unterkunft und Verpflegung von den Investitionskosten durch die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates eine Rechtsverordnung erlassen werden. Dies ist jedoch bisher nicht geschehen.

70 Siehe § 76a Abs. 3 SGB XII zu den Investitionskosten.

71 BeckOGK/Weber, 1.11.2022, SGB XI § 82 Rn. 15.

72 Siehe § 82 Abs. 3 und 4 SGB XI.

73 § 9 SGB XI.

74 BeckOGK/Koch, 1.3.2021, SGB XI § 9 Rn. 4.

75 Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass das BVerwG es offen gelassen hat, ob eine mittelbare Wirkung der in § 11 Abs. 2 SGB XI enthaltenen Trägervielfalt anderes gebieten kann, wenn der Ausschluss gewerblicher Anbieter von der landesrechtlichen Förderung zu einem dauerhaften Wettbewerbsnachteil führen würde, der private Träger vom Markt verdrängen würde, weil der von ihm entschiedene Fall hierzu keinen Anlass bot; vgl. BVerwG, Beschluss v. 17.11.2017, 3 B 14/16, Rn. 9.

76 Siehe dazu auch BSG, Urteil v. 6.7.2007, B 3 P 3/07 R.

## H)

Das Land Bremen sieht bisher im Bremischen Ausführungsgesetz zum Pflege-Versicherungsgesetz (BremAGPflegeVG) vor, dass Einrichtungen der teilstationären Pflege sowie der vollstationären Kurzzeitpflege aus Landesmitteln gefördert werden können.<sup>77</sup>

In Bezug auf eine ausschließliche oder auch nur bevorzugte Förderung von gemeinnützigen Trägern ist im Gesetz nichts geregelt. Auch stationäre Einrichtungen, die keine Kurzzeitpflege anbieten, sondern dauerhafte vollstationäre Pflege, sind nicht erfasst. Gemäß § 4 BremAGPflegeVG ist jedoch auch für diese stationären Einrichtungen zu planen.<sup>78</sup> Eine Ausweitung der Förderung auch auf vollstationäre Einrichtungen über die Kurzzeitpflege hinaus wäre auch gemäß § 9 SGB XI möglich und deren bisherige Nichterfassung ist möglicherweise vor allem eine Frage der finanziellen Möglichkeiten des Landes und

seiner Prioritäten beim Einsatz von finanziellen Mitteln. So ist etwa in § 9 BremAGPflegeVG ausgehend von der Zielsetzung, eine selbstständige Lebensführung von pflegebedürftigen Personen nach Möglichkeit zu erhalten, vorgesehen, dass auch Maßnahmen zur gezielten Unterstützung und Weiterentwicklung der ambulanten Pflege und der sie ergänzenden Pflegeformen finanziell gefördert werden können. Dies zielt entsprechend dem Grundsatz «ambulant vor stationär» auf einen Ausbau der ambulanten Pflege. Hierbei muss es jedoch nicht bleiben. Ein Einbezug stationärer Einrichtungen würde auch dem in § 1 Abs. 3 BremAGPflegeVG formulierten Ziel des Landesgesetzgebers entsprechen, im Interesse eines möglichst selbstständigen und selbstbestimmten Lebens pflegebedürftiger Menschen und ihrer gleichberechtigten Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zugleich einen Beitrag zu einer erhöhten sozialen Absicherung insbesondere bei Eintritt einer stationären Pflegebedürftigkeit zu leisten.

## 8 VERGLEICH ZUR RECHTSLAGE BEI DER JUGENDHILFE, INSBESONDERE IN BEZUG AUF KINDERTAGESSTÄTTEN

Mit Hinblick auf den Grundsatz der Trägervielfalt und den Vorrang privater und gemeinnütziger Träger vor öffentlichen Trägern in § 11 Abs. 2 SGB XI soll nachfolgend die Rechtslage bei der Jugendhilfe unter besonderer Berücksichtigung der Kindertagesstätten dargestellt werden.

### A)

Nach § 1 Abs. 1 SGB VIII hat jeder junge Mensch ein Recht auf die Förderung seiner Entwicklung und auf die Erziehung zu einer selbstbestimmten, eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit. Zur Verwirklichung dieses Rechts soll nach § 1 Abs. 3 SGB VIII die Jugendhilfe beitragen. Leistungen der Jugendhilfe sind nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII Angebote zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in der Kindertagespflege. Diese sind in den §§ 22 bis 25 geregelt. Gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 SGB VIII sind Tageseinrichtungen Einrichtungen, in denen sich Kinder für einen Teil des Tages oder ganztägig aufhalten

und in Gruppen gefördert werden. Nach § 22 Abs. 4 SGB VIII sollen für die Erfüllung des Förderungsauftrags geeignete Maßnahmen zur Gewährleistung der Qualität der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in der Kindertagespflege weiterentwickelt werden. Das Nähere regelt das Landesrecht.

### B)

Die Jugendhilfe ist nach § 3 Abs. 1 SGB VIII gekennzeichnet durch eine Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen und eine Vielfalt von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen. Diese Regelung entspricht der Trägervielfalt in § 11 Abs. 2 S. 1 SGB XI. Der Grundsatz der Trägervielfalt findet sich demnach sowohl bei Pflegeeinrichtungen als auch bei der Jugendhilfe.

Geprüft werden soll nun, ob die Regelungen des § 3 Abs. 1 SGB VIII und des § 11 Abs. 2 S. 1 SGB XI dahingehend übereinstimmen, dass der Grundsatz der Trägervielfalt in beiden Fällen zu vergleichbaren Rechts-

<sup>77</sup> § 6 BremAGPflegeVG.

<sup>78</sup> Vgl. zu den sehr viel umfassenderen Zielsetzungen der Planung auf Landesebene etwa § 19 des Alten- und Pflegegesetzes Nordrhein-Westfalen. In § 4 Abs. 3 sieht dieses Gesetz vor, dass zur Absicherung des Wahlrechts der Betroffenen eine größtmögliche Trägervielfalt anzustreben ist, was insbesondere bei einem Überhang von gewerblichen Trägern relevant werden kann. Einen solchen hat es auch im Land Bremen mit 54 Prozent gewerblichen Trägern zuletzt gegeben.

folgen führt. Hieran bestehen jedoch Zweifel. Denn nach § 3 Abs. 2 S. 1 SGB VIII werden Leistungen der Jugendhilfe von Trägern der freien Jugendhilfe und von Trägern der öffentlichen Jugendhilfe erbracht. Als freie Träger können nach § 75 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII nur gemeinnützige Träger anerkannt werden. Die Vielfalt ist im Gesetzestext garantiert, nicht dagegen das Interesse des einzelnen Trägers, sich gegenüber seinen Konkurrenten durchzusetzen. Letzteres ist gewissermaßen nur ein Reflex der Vielfalt.<sup>79</sup> Eine Differenzierung zwischen gemeinnützigen und überregional tätigen privaten Trägern sowie die Verpflichtung, deren Selbstständigkeit, Selbstverständnis und Unabhängigkeit zu achten, wie sie § 11 Abs. 2 S. 2 und 3 SGB XI voraussetzt, kennt § 3 Abs. 2 S. 1 SGB VIII nicht. Die Differenzierung im Bereich der Jugendhilfe besteht nur zwischen freien und öffentlichen Trägern. Insoweit darf § 8 Abs. 1 BremKTG<sup>80</sup> mit Hinblick auf § 3 Abs. 2 S. 1 SGB VIII wohl auch zulässig festlegen, dass Träger von Tageseinrichtungen im Sinne dieses Gesetzes die nach § 7 des Gesetzes zur Ausführung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes im Land Bremen anerkannten Träger der freien Jugendhilfe, gemeinnützige Elternvereine und andere in der Gruppenarbeit mit Kindern erfahrene gemeinnützige Vereinigungen (freie Träger) sowie die Stadtgemeinden sein können.<sup>81</sup> Dies begrenzt zwar den Marktzugang überregionaler privater Träger, die nicht als freie Träger der freien Jugendhilfe anerkannt sind, beseitigt jedoch nicht den Grundsatz der Trägervielfalt. Aus diesem Rechtsvergleich der bundesrechtlichen Regelungen der Jugendhilfe und derjenigen der Pflegeversicherung ergibt sich, dass der Grundsatz der Trägervielfalt in den zwei Rechtsbereichen durchaus divergiert. Während im Bereich der Jugendhilfe nicht-gemeinnützige private Träger im Bundesrecht nicht geschützt werden, ist dies im Bereich der Pflegeversicherung der Fall. Deutlicher: Im Bereich der Jugendhilfe sollen vorrangig gemeinnützige und nachrangig öffentliche Träger tätig werden dürfen. Im Bereich der Pflegeversicherung sollen vorrangig profitorientierte private und auch gemeinnützige private Träger und nachrangig öffentliche Träger tätig werden dürfen. Der Bereich der Pflege wurde durch den Bundesgesetzgeber weiter einer profitorientierten wirtschaftlichen Tätigkeit unterworfen als der Bereich der Jugendhilfe. Mit dem nationalen Recht wäre eine Änderung von SGB XI

dahingehend daher vereinbar. Ob sie auch europarechtlich und verfassungsrechtlich zulässig ist, wird nachstehend besprochen.

### C)

Ob diese Begrenzung des Marktzugangs auch europarechtlich und verfassungsrechtlich bedenkenlos möglich ist, kann im Rahmen dieses Gutachtens nicht abschließend geklärt werden. Jedoch ist darauf zu verweisen, dass das Oberverwaltungsgericht (OVG) Hamburg mit seinem Urteil vom 22. April 2008, 4 Bf 104/06, entschieden hat, dass § 75 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII aufgrund des geringen Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit verfassungsgemäß ist. Damit ist das OVG Hamburg von der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts (VG) Hamburg, Urt. v. 13.1.2006, 13 K 1657/04, abgewichen.<sup>82</sup> Es führt zur Verfassungsgemäßheit der Norm wie folgt aus:

«Eingriffe in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur zulässig, wenn sie durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sind, wenn das gewählte Mittel zur Erreichung des Erfolgs geeignet und auch erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist (BVerfG, Beschl. v. 17.8.2004 – 1 BvR 378/00–, NJW 2005, 273; Beschl. v. 5.12.1995, BVerfGE 93, 362, 369; Beschl. v. 19.11.1985, BVerfGE 71, 183, 196f.). Diese Voraussetzungen liegen vor. Die Regelung bewirkt, dass nur solche Träger an der Jugendhilfeplanung beteiligt werden, die keine privatnützigen Gewinne anstreben, sondern mit ihrer Tätigkeit gemeinnützige Ziele verfolgen. Dieser Zweck ist durch das Gemeinwohl gerechtfertigt. Bei der institutionellen Zusammenarbeit handelt es sich um einen Kernbereich der öffentlichen Jugendhilfe, in dem auch über künftige Projekte und über die Verwendung öffentlicher Gelder entschieden wird. Dies rechtfertigt es, von derartigen Planungen und Entscheidungen von vornherein solche Träger auszuschließen, deren Handeln möglicherweise von privaten Gewinnerwartungen und nicht allein von der bestmöglichen Hilfe für die Jugendlichen beeinflusst wird. Dies ist für die betroffenen Träger auch zumutbar.

79 Mrozynski: Eignung, Vielfalt und Vorrang der freien Träger in der Jugendhilfe. Untersucht am Beispiel der Jugendsozialarbeit an Schulen in Bayern, hrsg. von der Katholischen Jugendsozialarbeit (KJS) Bayern, München 2014, 133.

80 Bremisches Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege (Bremisches Tageseinrichtungs- und Kindertagespflegegesetz, BremKTG) v. 19.12.2000 (Brem.GBl. 2000, S. 491), zuletzt Inhaltsübersicht sowie §§ 18 und 19 geändert, § 20 neu gefasst sowie §§ 19a, 19b, 20a und 22 neu eingefügt durch Gesetz vom 5.3.2019 (Brem.GBl. S. 76).

81 BeckOK SozR/Winkler, 67. Ed. 1.12.2022, SGB VIII § 3 Rn. 4.

82 Die verfassungsrechtliche Bedenken äußernde Entscheidung des VG Hamburg v. 17.1.2006 – 13 K 1657/04 –, juris, ist vereinzelt geblieben; das nachfolgende OVG Hamburg v. 22.4.2008, 4 Bf 104/06, hat diese Argumentation nicht geteilt: «Eine aufgrund von § 75 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII bestehende Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit, soweit sie von der Klägerin geltend gemacht und die institutionelle Zusammenarbeit zwischen öffentlichen und freien Trägern der Jugendhilfe betrifft, ist als gering einzuordnen. Insoweit genügt § 75 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII den gesetzlichen Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG.»; BeckOK SozR/Winkler, 67. Ed. 1.12.2022, SGB VIII § 75 Rn. 9.

Erheblicher dürfte ein Eingriff sein, der darin liegt, dass ein freier Träger möglicherweise keine allgemeinen Subventionen nach § 74 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII beanspruchen kann, die in der Regel anerkannten Trägern vorbehalten sind. Die Klägerin macht hierzu geltend, dass in der Vergabepaxis der Beklagten insbesondere die sog. niedrigschwelligeren Angebote nach dieser Norm finanziert werden und dass hierbei ausschließlich anerkannte Träger der freien Jugendhilfe berücksichtigt würden. Aber auch dieser Eingriff in die Berufsausübung ist durch vernünftige Gemeinwohlerwägungen gerechtfertigt. Um die sparsame und zweckgerichtete Verwendung von Haushaltsmitteln zu sichern, die über das allgemeine Steueraufkommen finanziert sind, ist es ohne Weiteres nachvollziehbar, in der Regel von vornherein solche Träger von der dauerhaften Förderung durch öffentliche Mittel auszuschließen, die diese Mittel möglicherweise dazu verwenden, privatnützige Gewinne zu erzielen. Auch dieser Ausschluss ist für die betroffenen Träger zumutbar, da ihnen weitere berufliche Betätigungsfelder und Einnahmemöglichkeiten jedenfalls auf dem Gebiet der entgeltfinanzierten Leistungen (vgl. § 78a ff. SGB VIII) offen stehen.»

Nach Überzeugung des OVG Hamburg besteht auch kein Verstoß gegen das Europarecht. So führt es weiter aus:

«Ein Verstoß gegen europarechtliche Wettbewerbsvorschriften liegt auch insoweit nicht vor, als § 75 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII die Anerkennung eines freien Trägers von der Verfolgung gemeinnütziger Ziele abhängig macht. Es ist schon fraglich, inwieweit europarechtliche Vorgaben auf das deutsche Sozialrecht Anwendung finden können. Denn die Ausgestaltung des Systems der sozialen Sicherheit obliegt dem jeweiligen Mitgliedstaat (EuGH, Ur. v. 18.7.2007 – Geven –, C – 213/05 –, InfAuslR 2007, 371 ff.; Ur. v. 17.6.1997 – Sodemare –, C – 70/95 –, Slg. 1997, Seite I 3395; Benicke, EG-Wirtschaftsrecht und die Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege, ZFSH/SGB 1998, 22, 24). Für die Anwendung der EU-Regeln ist weiterhin erforderlich, dass die nationale Regelung grenzüberschreitende Bedeutung hat (Kunkel/Steffan in LPK-SGB VIII, 3. Aufl. 2006, § 74 Rdn. 47). Auch wenn man dies unterstellt und das europäische Beihilfenrecht insoweit anwenden will, erfasst dies den vorliegenden Fall nicht. Denn Gegenstand des Verfahrens ist die Frage der Anerkennung als freier Träger unter der Voraussetzung der Verfolgung gemeinnütziger Ziele im Sinne des § 75 SGB VIII. Ein unmittelbarer Anspruch auf die Zuwendung öffentlicher Gelder, die möglicherweise gegen Wettbewerbsvorschriften verstoßen könnte, besteht damit nicht. Allein mit der Anerkennung des anerkannten gewerblichen Trägers können noch keine Wettbewerbsverzerrungen eintreten, allenfalls erst

mit der Zuweisung bestimmter öffentlicher Gelder. Auch wenn die Anerkennung mittelbar dazu führen kann, finanzielle Vorteile zu erhalten, wie z. B. eine auf Dauer angelegte Förderung gemäß § 74 Abs. 1 S. 2 SGB VIII, führt die Anerkennung als solche nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung im Verhältnis zu nicht anerkannten Trägern. Entsprechende Zuwendungen sind nicht gleichsam automatisch mit der Anerkennung verbunden, sondern sie bedürfen eines Antrags und einer Prüfung im Einzelfall.»

Diese Argumente des OVG Hamburg überzeugen weitaus stärker als diejenigen des VG Hamburg. Fragen der Ausgestaltung des Sozialstaats obliegen originär den Mitgliedstaaten. Dies betrifft zuerst die Anerkennung als Träger. Hier ist das Erfordernis der Gemeinnützigkeit gerechtfertigt, da es sich um Aufgaben der öffentlichen Daseinsfürsorge handelt. Sofern öffentliche Subventionen auf gemeinnützige Träger beschränkt werden, kann nur im Einzelfall geklärt werden, ob eine unzulässige Benachteiligung eines in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Trägers vorliegt. Allgemein ist ein solcher Verstoß zumindest nicht anzunehmen. Die Anforderung der Gemeinnützigkeit ist daher, mit dem OVG Hamburg, als verfassungsgemäß und auch europarechtskonform anzusehen.

#### D)

Gemäß § 4 Abs. 2 SGB VIII soll die öffentliche Jugendhilfe von eigenen Maßnahmen absehen, soweit geeignete Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen von anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe betrieben werden oder rechtzeitig geschaffen werden können. Daraus wird mitunter die Subsidiarität kommunaler Betreuungsangebote gegenüber jenen der freien Jugendhilfe abgeleitet, jedenfalls aber ein gewisser Vorrang der freien Träger.<sup>83</sup> § 4 Abs. 2 SGB VIII räumt den anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe einen relativen Vorrang (Funktionsschutz) gegenüber den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe ein, wenn sie ein bedarfsdeckendes Angebot vorhalten oder rechtzeitig bereitstellen können.<sup>84</sup> Diese Bestimmungen begründen einen Vorrang der freien Träger vor der öffentlichen Jugendhilfe, der allerdings nicht uneingeschränkt gilt.<sup>85</sup> Bereits im Jahr 1967 hat das Bundesverfassungsgericht ein Urteil gefällt, das grundlegende Ausführungen zum Verhältnis zwischen öffentlichen und privaten Trägern der Jugendhilfe enthält und bis heute zur Auslegung der entsprechenden Bestimmungen herangezogen wird. Danach soll die öffentliche Jugendhilfe die freien Träger anregen und fördern, den notwendigen Bedarf an

83 BVerfG v. 21.11.2017, 2 BvR 2177/16, BVerfGE 147, 185–251, Rn. 6, 93.

84 BeckOK SozR/Winkler, 67. Ed. 1.12.2022, SGB VIII § 4.

85 Vgl. WD 9 - 3000 - 052/18 (26.7.2018).

Kitas zu schaffen, und nur dann selbst aktiv werden, wenn freie Träger nicht in der Lage sind, den Bedarf zu decken. Wenn genügend freie Trägerschaften vorhanden sind, um die Bedürfnisse ausreichend zu befriedigen, soll die Gemeinde mit ihren Mitteln den Ausbau der freien Träger finanzieren, anstatt selbst neue Einrichtungen zu schaffen. Der kommunale Träger sei aber bei sinkendem Bedarf andererseits nicht verpflichtet, öffentliche Einrichtungen zu schließen oder bei Bedarfsdeckung darüber hinaus die Entstehung neuer Einrichtungen freier Träger zu unterstützen.<sup>86</sup> Das BVerfG leitet aus den Grundrechten und dem Sozialstaatsprinzip eine gemeinsame Verantwortung der Träger der öffentlichen Jugendhilfe und der Träger der Jugend- und Wohlfahrtspflege ab.<sup>87</sup>

Danach besteht erkennbar kein absoluter Vorrang der freien Träger, sondern nur ein relativer Funktionsschutz.<sup>88</sup> Das Ziel von § 4 Abs. 2 SGB VIII ist ein Funktionsschutz der freien Jugendhilfe, keinesfalls aber eine Funktionssperre gegenüber den öffentlichen Trägern.<sup>89</sup> Die Vorschrift begründet unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>90</sup> demnach keinen bedingungslosen, «grundsätzlichen» Vorrang der freien Träger.<sup>91</sup> Die Letztzuständigkeit unter dem Gesichtspunkt, was in der Jugendhilfe geschehen soll, hat das Bundesverfassungsgericht<sup>92</sup> den hoheitlichen Trägern zugesprochen, wonach die Gesamtverantwortung bei den Gemeinden verbleibt und die Regelung nur die Aufgaben zwischen Gemeinden und privaten Trägern abgrenzt, die lediglich eine vernünftige Aufgabenverteilung und eine möglichst wirtschaftliche Verwendung der zur Verfügung stehenden öffentlichen und privaten Mittel sicherstellen soll.<sup>93</sup>

Nach der vom Bundesverfassungsgericht ermittelten Auslegung ist es demnach Zweck der Bestimmungen, bestmöglichen Erfolg durch Koordinierung öffentlicher und privater Einrichtungen zu erzielen. Die Koordinierung setzt jedoch begriffsnotwendig voraus, dass öffentliche und freie Träger nebeneinander auch auf gleichen Arbeitsgebieten tätig bleiben. Dafür spricht auch, dass die Gesamtverantwortung für die Jugendhilfe Aufgabe des öffentlichen Trägers bleibt (§ 79 SGB VIII).<sup>94</sup> Die partnerschaftliche Zusammenarbeit sei Voraussetzung für ein plurales Jugendhilfeangebot und damit für die Ausübung des indivi-

duellen Wunsch- und Wahlrechts junger Menschen und ihrer Familien. Die gesetzgeberische Absicht ist damit darauf gerichtet, ein vielfältiges Jugendhilfeangebot – also auch ein Nebeneinander von Angeboten der freien und öffentlichen Jugendhilfe – zu schaffen, um die Voraussetzungen für eine sinnvolle Ausübung des Wunsch- und Wahlrechts zu gewährleisten.<sup>95</sup> Sind demnach geeignete Angebote freier Träger – also insbesondere dem Gebot der Wohnortnähe und dem Wunsch- und Wahlrecht der Eltern entsprechende Angebote – nicht in ausreichendem Maße vorhanden bzw. sind Teile der Bevölkerung nicht bereit, die vorhandenen Angebote – etwa bei konfessionsgebundenen Kindertagesstätten – zu nutzen, hat der Träger der öffentlichen Jugendhilfe zunächst darauf hinzuwirken, dass andere Träger der freien Jugendhilfe ein geeignetes Angebot schaffen.<sup>96</sup> Ist kein Träger hierzu bereit, hat der Träger der öffentlichen Jugendhilfe wegen seiner Gewährleistungspflicht ein eigenes Angebot zu schaffen.<sup>97</sup> Daher ist ein Nebeneinander von freien und öffentlichen Trägern die Regel. Aus § 4 Abs. 2 SGB VIII lässt sich keinesfalls ableiten, dass bestehende Haushaltsmittel für eigene Angebote gekürzt werden müssten.<sup>98</sup>

## E)

Diese Regelungen begründen demnach einen Funktionsvorrang von Einrichtungen der Jugendhilfe – wie etwa Kindertagesstätten – freier Träger vor einem Tätigwerden der öffentlichen Jugendhilfe. Der Vorrang ist aber wie dargestellt nicht absolut. Weder müssen Einrichtungen der öffentlichen Jugendhilfe geschlossen werden, wenn freie Träger Einrichtungen eröffnen möchten, noch müssen Haushaltsmittel für die öffentliche Jugendhilfe gestrichen werden. Öffentliche Einrichtungen der Jugendhilfe, also auch öffentliche Kindertagesstätten, dürfen also weiter betrieben werden. Darüber hinaus haben Träger der öffentlichen Jugendhilfe immer einzutreten, wenn freie Träger keine ausreichende Ausstattung gewährleisten, um den Bedarf abzudecken. Letztlich tragen nach den §§ 79, 79a SGB VIII die Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Gesamtverantwortung für die Versorgung und die Qualität der Einrichtungen.

86 Vgl. BVerfG v. 18.7.1967, 2 BvF 3, 4, 5, 6, 7, 8/62; 2 BvR 139, 140, 334, 335/62, Bd. 22, Nr. 19, S. 181–220 (200 ff.).

87 BVerfG, Urteil v. 18.7.1967, 2 BvF 3–8, 139, 140, 334, 335/62, NJW 1967, 1795.

88 OVG Nds v. 7.9.2011, 4 ME 97/11, NordÖR 2011, 568.

89 WD 9 - 3000 - 052/18 (26.7.2018).

90 BVerfG v. 18.7.1967, 2 BvF 3, 4, 5, 6, 7, 8/62; 2 BvR 139, 140, 334, 335/62, BVerfGE 22, 180, juris Rn. 82 ff. zur Vorgängervorschrift § 5 Abs. 2 JWG.

91 Münder/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar SGB VIII, SGB VIII § 4 Rn. 15.

92 BVerfG v. 18.7.1967, a. a. O., Rn. 94.

93 VG Hamburg v. 8.11.2021, 5 E 4201/21, BeckRS 2021, 34109 Rn. 35.

94 OVG Nds v. 30.11.1999, 4 L 1420/99, Rn. 23, juris.

95 OVG Nds v. 30.11.1999, 4 L 1420/99, Rn. 24, juris.

96 BT-Drs. 11/5948, 49.

97 BeckOK SozRWinkler, 67. Ed. 1.12.2022, SGB VIII § 4 Rn. 21.

98 OVG Lüneburg, Urteil v. 25.3.1998, 4 L 3057/96, NVwZ-RR 1999, 127.

Die Regelungen zur Jugendhilfe sind demnach denjenigen in § 11 Abs. 2 SGB XI ähnlich, jedoch weniger weitgehend. In § 11 Abs. 2 S. 3 SGB XI ist ein zumindest dem Wortlaut nach unbegrenzter Vorrang privater und gemeinnütziger Träger von Pflegeeinrichtungen vor öffentlichen Trägern begründet. Dies geht erkennbar weiter als der Funktionsvorbehalt zum Schutz der freien Jugendhilfe in § 4 Abs. 2 SGB VIII. Zu bedenken ist, dass im Bereich der Jugendhilfe eine Gesamtverantwortung der öffentlichen Träger für die Abdeckung des Bedarfs besteht. Aus dieser Verpflichtung wird auch ein Recht zu einem Tätigwerden öffentlicher Träger hergeleitet. Dem Sinn nach ist in § 9 S. 1 SGB XI eine solche Gesamtverantwortung auch im Bereich der Pflege vorgesehen, allerdings in Bezug auf die Planungshoheit der Länder.<sup>99</sup> So wie mit dieser Gesamtverantwortung der öffentlichen Träger im Bereich der Jugendhilfe ein öffentliches Tätigwerden begründet wird, könnte auch ein öffentliches Tätigwerden der Länder im Bereich der Pflege begründet werden. Das Land müsste demnach eine Rechtsgrundlage für ein kommunales Tätigwerden in Fällen einer unzureichenden Abdeckung der bedarfsgerechten Pflegeversorgung durch private und gemeinnützige Träger schaffen.

## F)

Ebenfalls rechtsvergleichend mit Hinblick auf die Regelungen im Bereich der Jugendhilfe könnte dann versucht werden zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen eine bedarfsgerechte Pflegeversorgung nicht gewährleistet ist, sodass die Kommune tätig werden könnte, um ein entsprechendes öffentliches Angebot zu schaffen. Im Bereich der Kindertagesstätten ist in § 24 Abs. 1 SGB VIII ein Betreuungsanspruch des Kindes begründet. Hinsichtlich dieses Anspruchs besteht nach § 5 Abs. 1 S. 1 SGB VIII ein Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten. Verpflichtet wird der Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Träger der freien Jugendhilfe sind nicht verpflichtet, die Wünsche der leistungsberechtigten Person zu beachten.<sup>100</sup> Es besteht dabei kein Anspruch auf Schaffung neuer Einrichtungen und Dienste.<sup>101</sup> Kann der verpflichtete öffentliche Träger die Ansprüche aus § 24 Abs. 1 SGB VIII auf Förderung in einer Kindertageseinrichtung nicht erfüllen, weil die freien Träger keine hinreichenden Angebote vorhalten, so

darf und muss der öffentliche Träger nach § 4 Abs. 2 SGB VIII selbst Angebote schaffen, um den gesetzlichen Ansprüchen der Leistungsberechtigten nachkommen zu können. In diesem Fall besteht keine bedarfsgerechte Versorgung mit Kindertagesstätten. Es ist bereits gerichtlich entschieden, dass sich die Träger der öffentlichen Jugendhilfe gegen einen geltend gemachten Anspruch auf Betreuung gemäß § 24 Abs. 2 SGB VIII nicht auf mangelnde Kapazitäten berufen können. Nach der verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung steht der Rechtsanspruch auf frühkindliche Förderung nicht unter einem Kapazitätsvorbehalt und wird daher durch eine etwaige Kapazitätserschöpfung nicht berührt.<sup>102</sup> Das Bundesverfassungsgericht spricht hier von einer «unbedingten Pflicht, eine ausreichende Zahl von Betreuungsplätzen selbst zu schaffen oder durch geeignete Dritte – freie Träger der Jugendhilfe, Kommunen oder Tagespflegepersonen – bereitzustellen».<sup>103</sup>

Diese Grundsätze können auf den Bereich der Pflege übertragen werden. Nach § 43 Abs. 1 SGB XI haben Pflegebedürftige der Pflegegrade 2 bis 5 Anspruch auf Pflege in vollstationären Einrichtungen. Nach § 41 Abs. 1 S. 1 SGB XI haben Pflegebedürftige der Pflegegrade 2 bis 5 Anspruch auf teilstationäre Pflege in Einrichtungen der Tages- oder Nachtpflege, wenn häusliche Pflege nicht in ausreichendem Umfang sichergestellt werden kann oder wenn dies zur Ergänzung oder Stärkung der häuslichen Pflege erforderlich ist. Nach § 2 Abs. 2 S. 1 SGB XI können die Pflegebedürftigen zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger wählen. Die Leistungsgewährung darf nicht bevormunden.<sup>104</sup> Das Wunsch- und Wahlrecht ist eine wesentliche Voraussetzung zur Führung eines menschenwürdigen Lebens bei Pflegebedürftigkeit. Es muss sich um angemessene Wünsche handeln, bei denen das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 29 SGB XI gewahrt bleibt. Die in der Kommentarliteratur genannten Beispiele für angemessene Wünsche (Essenszeiten, Zeiten für Pflegeverrichtungen, hauswirtschaftliche Tätigkeiten, Art und Weise der Hilfeleistungen, gleichgeschlechtliche Pflege, religiöse Bedürfnisse) verpflichten primär die Leistungserbringer. Anhaltspunkte für gegebenenfalls zu berücksichtigende Wünsche enthält auch das Handbuch für eine kultursensible Altenpflegeausbildung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend.<sup>105</sup> Vorrangig sind diese Ansprüche gemäß § 11 Abs. 2 S. 3 SGB XI durch freigemeinnützige und

<sup>99</sup> BeckOGK/Koch, 1.3.2021, SGB XI § 9 Rn. 4.

<sup>100</sup> BeckOK SozR/Winkler, 67. Ed. 1.12.2022, SGB VIII § 5 Rn. 2a.

<sup>101</sup> VG HE v. 10.1.2017, 10 B 2923/16.

<sup>102</sup> BVerfG, Urteil v. 21.11.2017, 2 BvR 2177/16, E 147, 185, Rn. 134; BVerwG, Urteil v. 26.10.2017, 5 C 19/16, E 160, 212, Rn. 34 f.;

OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 22.3.2018, OVG 6 S 2.18, juris Rn. 11.

<sup>103</sup> BVerfG, Urteil v. 21.11.2017, 2 BvR 2177/16, E 147, 185, Rn. 134.

<sup>104</sup> BeckOGK/Koch, 1.11.2022, SGB XI § 2 Rn. 15.

<sup>105</sup> Vgl. www.bmfsfj.de; BeckOGK/Koch, 1.11.2022, SGB XI § 2 Rn. 24.

private Träger zu erfüllen. Kann diesen angemessenen Wünschen etwa nach einer Pflege in einer gleichgeschlechtlichen Einrichtung nicht durch private und gemeinnützige Träger Rechnung getragen werden, so kommt das Eintreten eines öffentlichen Trägers in Betracht. In diesem Fall dürfen und müssen öffentliche Stellen eine Erfüllung der Ansprüche aus der Pflegeversicherung ermöglichen.

Eine unzureichende Versorgung kann aber auch schlicht in dem Umstand begründet sein, dass keine hinreichenden Kapazitäten bestehen, um alle Pflegebedürftigen zu versorgen. Eine solche unzureichende Versorgung könnte demnach sowohl in quantitativer Hinsicht (zu geringe Kapazitäten) als auch in qualitativer Hinsicht (kein Angebot für besondere Bedürfnisse nach konfessionell geprägter Pflege, LGBTIQ\*-sensibler Pflege etc.) vorliegen. Könnte eine bedarfsgerechte Pflegeversorgung durch private und gemeinnützige Träger nicht gewährleistet werden, so könnten aufgrund eines Landesgesetzes öffentliche Träger tätig werden, um die Defizite auszugleichen. Einen interessanten Orientierungspunkt aus dem Bereich der Jugendhilfe bieten hier die fünf Berliner Kita-Eigenbetriebe (Kindergärten City, Kindergärten NordOst, Kindertagesstätten SüdOst, Kindertagesstätten NordWest, Kindertagesstätten SüdWest).<sup>106</sup> Nach § 1 Abs. 1 des Eigenbetriebsgesetzes Berlin (EigG BE) kann das Land Berlin (Träger) bestimmte öffentliche Aufgaben der Berliner Verwaltung in der Rechtsform des nicht rechtsfähigen Betriebs (Eigenbetrieb) selbstständig und mit eigenen Organen (Geschäftsleitung, Verwaltungsrat) wahrnehmen lassen, wenn die öffentlichen Aufgaben die Errichtung des Eigenbetriebs rechtfertigen und anders nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden können. Es erscheint rechtlich nicht ausgeschlossen, dass das Land Bremen entsprechende Eigenbetriebe zur Erbringung von Pflegeleistungen etablieren darf, wo und insoweit private Anbieter kein hinreichendes Angebot schaffen, insbesondere ein solches Angebot nicht besser und wirtschaftlicher ist.

## G)

Abgesehen von einem solchen eigenständigen Tätigwerden der Kommune selbst ist auch zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des OVG Ber-

lin-Brandenburg zur öffentlichen Jugendhilfe<sup>107</sup> kein Recht des öffentlichen Trägers besteht, bestimmten Anbietern aus dem Kreis der nach § 75 SGB VIII anerkannten Träger der freien Jugendhilfe unabhängig von konkreten Einzelfällen zu Lasten anderer ein bestimmtes Kontingent an Jugendhilfeleistungen zuzuweisen.<sup>108</sup> Dies könnte rechtsvergleichend relevant sein für die Überlegung, gemeinnützige vor überregionalen privaten Trägern vorrangig zu berücksichtigen.

In jenem Fall, über den das OVG Berlin-Brandenburg zu entscheiden hatte, wurde eine Kooperationsvereinbarung mit bestimmten Trägern geschlossen, welche dazu führte, dass andere Träger keine Berücksichtigung mehr finden konnten. Dieser Eingriff in die Berufsfreiheit der Rechtsschutz suchenden Träger aus Art. 12 Abs. 1 GG war unzulässig. Das OVG Berlin-Brandenburg führte aus, dass ein solcher Eingriff mit den im Licht des Art. 12 Abs. 1 GG zu interpretierenden Regeln des Sozialgesetzbuchs über freie Träger nur vereinbar sei, wenn er auf einer gesetzlichen Grundlage beruhe, durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werde und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sei.<sup>109</sup> Diese Wertung stützte das OVG Berlin-Brandenburg auf die Trägervielfalt und das Subsidiaritätsprinzip.<sup>110</sup> Es verwies darauf, dass die Leistungsberechtigten gemäß § 5 Abs. 1 SGB VIII das Recht haben, zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen.<sup>111</sup> Ein Recht des öffentlichen Trägers, bestimmten Anbietern aus dem Kreis der nach § 75 SGB VIII anerkannten Träger der freien Jugendhilfe unabhängig von konkreten Einzelfällen zu Lasten anderer ein bestimmtes Kontingent an Jugendhilfeleistungen zuzuweisen, ergebe sich aus den vorgenannten Regelungen nicht.<sup>112</sup>

Diese Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg zur öffentlichen Jugendhilfe verdeutlicht, welchen hohen Stellenwert die Rechtsprechung der Trägervielfalt und dem Subsidiaritätsprinzip einräumt. Im Bereich der Pflegeeinrichtungen sind diese Grundsätze sozialstaatlichen Handelns sogar noch stärker ausgeprägt. Dies verdeutlicht, dass Eingriffe in die Berufsfreiheit bestimmter Träger durch Beschränkungen ihrer Tätigkeit auf dem Markt nur sorgfältig mit Hinblick auf das Gemeinwohl begründet und in Abwägung der Interessen zulässig sein können.

<sup>106</sup> Zur Errichtung siehe Gesetz über die Eigenbetriebe des Landes Berlin (Eigenbetriebsgesetz, EigG) v. 13. Juli 1999; einen interessanten Überblick bietet der Bericht des Rechnungshofs Berlin v. 17.5.2011, unter: [www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewiU9YnXiuH9AhUP2qQKHYxwDNIQFnoECDCQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.berlin.de%2Frechnungshof%2F\\_assets%2Ferkennnisse\\_zur\\_grundung\\_und\\_steuerung\\_der\\_kita-eigenbetriebe\\_.pdf&usq=AOvVaw29J62LV3ZD0j1o3RJSbqHR](http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewiU9YnXiuH9AhUP2qQKHYxwDNIQFnoECDCQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.berlin.de%2Frechnungshof%2F_assets%2Ferkennnisse_zur_grundung_und_steuerung_der_kita-eigenbetriebe_.pdf&usq=AOvVaw29J62LV3ZD0j1o3RJSbqHR).

<sup>107</sup> Es handelte sich um drei regionale Sozialdienste des Fachbereichs familienunterstützende Hilfen im Bezirk Friedrichshain-Kreuzberg von Berlin.

<sup>108</sup> OVG B-Bbg v. 4.4.2005, 6 S 415.04, juris.

<sup>109</sup> Vgl. BVerfGE 93, 362, 369 OVG B-Bbg v. 4.4.2005, 6 S 415.04, Rn. 18, juris.

<sup>110</sup> Dieser vermittelt freien Trägern jedoch keinen Anspruch auf Vollfinanzierung; vgl. OVG NW v. 12.1.2021, 21 A 3824/18, Rn. 82, juris.

<sup>111</sup> OVG B-Bbg v. 4.4.200, 6 S 415.04, Rn. 19, juris.

<sup>112</sup> OVG B-Bbg v. 4.4.2005, 6 S 415.04, Rn. 21, juris.

# 9 EXKURS: DAS GRUNDSTÜCKVERKEHRSGESETZ ALS VORBILD FÜR EINE REGULIERUNG DES VERKAUFS VON PFLEGEHEIMIMMOBILIEN?

Im Folgenden soll auftragsgemäß ein anderer Ansatz überprüft werden, der mittelbar eine regulierende Wirkung im Pflegemarkt entfalten könnte. Dies könnte durch die Beschränkung der rechtsgeschäftlichen Übertragung von Immobilien erfolgen, die als stationäre Pflegeeinrichtungen genutzt werden. Dieser Gedanke knüpft an die Regelung der Grundstücksübertragung in einem ganz anderen Bereich an – der Land- und Forstwirtschaft.

## A)

Das seit 1961 bestehende Grundstücksverkehrsgesetz (GrdstVG) sieht für bestimmte Arten der Übertragung von landwirtschaftlichen und forstwirtschaftlichen Grundstücken sowie für Moor- und Ödland, das in landwirtschaftliche oder forstwirtschaftliche Kultur gebracht werden kann, behördliche Eingriffsbefugnisse vor. So ist unter anderem der Verkauf solcher Grundstücke in bestimmten Fällen genehmigungspflichtig und es sind behördliche Auflagen und Bedingungen möglich.<sup>113</sup> Unter das Gesetz fallende Grundstücke können also nicht Freihand verkauft und erworben werden. Zweck und Ziel dieser Regelungen war und ist es, die Agrarstruktur zu fördern, lebensfähige landwirtschaftliche Betriebe soweit möglich in der Hand selbstständiger und als Eigentümer darauf wirtschaftender Familien zu erhalten und zu verhindern, dass land- und forstwirtschaftliche Grundstücke zu anderen Zwecken genutzt werden und mit ihnen spekuliert wird. So soll dem entgegengewirkt werden, dass Land- und Forstwirt\*innen die Grundlage ihrer Tätigkeit verlieren. Außerdem soll das Gesetz Ernährungssicherheit gewährleisten und den Wirtschaftszweig der Land- und Forstwirtschaft stärken.<sup>114</sup>

## B)

Den Verkauf von Grundstücken unter einen behördlichen Genehmigungsvorbehalt zu stellen sowie die behördliche Möglichkeit von Bedingungen und Auf-

lagen bewirken einen empfindlichen Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum aus Art. 14 Abs. 1 GG.

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits 1967 entschieden, dass derartige Inhalts- und Schrankenbestimmungen grundsätzlich möglich sind. Der ländliche Grundstücksverkehr müsse nicht so frei sein wie der Verkehr mit jedem anderen «Kapital». Denn Grund und Boden seien unvermehrbar und unentbehrlich und eine gerechte Rechts- und Gesellschaftsordnung zwingt dazu, die Interessen der Allgemeinheit beim Boden in weit stärkerem Maße zur Geltung zu bringen als bei anderen Vermögensgütern. Grund und Boden seien weder volkswirtschaftlich noch in ihrer sozialen Bedeutung mit anderen Vermögenswerten ohne Weiteres gleichzustellen. Dabei sei das Gebot sozial gerechter Nutzung von Eigentum aus Art. 14 Abs. 2 GG – «Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen» – in erster Linie eine Richtschnur für den Gesetzgeber, bei der Regelung des Eigentumsinhalts das Wohl der Allgemeinheit zu beachten.<sup>115</sup>

Das Bundesverfassungsgericht stellte aber auch klar, dass eine Inhaltsbestimmung des Eigentums die Handlungsfreiheit nicht unverhältnismäßig bescheiden dürfe.<sup>116</sup>

## C)

Legt man dies zugrunde, lässt sich überlegen, ob ähnliche Regelungen durch den Landesgesetzgeber auch in Bezug auf die rechtsgeschäftliche Veräußerung von Pflegeimmobilien eingeführt werden könnten. Es übersteigt den Rahmen des vorliegenden Kurzgutachtens, hierzu abschließend Stellung zu nehmen. Im Folgenden soll aber auf zwei zu bedenkende Punkte eingegangen werden.

### aa)

Ausgangspunkt ist, dass eine gesetzliche Regelung, die den Kauf und Verkauf von Grundstücken einschränkt, das Grundrecht auf Eigentum aus Art. 14 Abs. 1 GG betrifft und mit diesem vereinbar sein muss. Für land- und forstwirtschaftliche Grundstücke

113 §§ 1–12 GrdstVG.

114 Booth, Der landwirtschaftliche Grundstücksverkehr in der aktuellen bodenmarktpolitischen Diskussion, land 2.20, 20.7.2020; BT-Drs. III/2635, 2.

115 BVerfG, Beschluss v. 12.1.1967, 1 BvR 169/63, Rn. 23 f.

116 BVerfG, Beschluss v. 12.1.1967, 1 BvR 169/63, Orientierungssatz 4.

hat das Bundesverfassungsgericht dies angenommen.<sup>117</sup> Dem liegen jedoch Erwägungen zugrunde, die sich auf die Eigenschaften von land- und forstwirtschaftlich genutztem Grund und Boden beziehen. Sie lassen sich nicht ohne Weiteres auf andere Arten von Grundstücken übertragen. Zwar sind auch diese unvermehrbar, die Immobilien darauf sind es aber schon. Land- und forstwirtschaftliche Grundstücke haben außerdem eine gesamtgesellschaftliche Bedeutung, die über die anderer Grundstücke hinausgeht. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die schon bei Gesetzeserlass bedachte Gewährleistung der Ernährungssicherheit der Bevölkerung sowie die Bedeutung für den Klimaschutz.

Ob sich bei Immobilien, die zur stationären Pflege genutzt werden, eine ähnliche Bedeutung rechtfertigen lässt wie bei land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken, ist fraglich. Ein Nutzungswechsel oder eine vorübergehende anderweitige Nutzung sind bei als Pflegeheim genutzten Gebäuden sehr viel leichter möglich, als es bei land- und forstwirtschaftlichen Flächen der Fall ist, die einmal versiegelt und gegebenenfalls bebaut wurden. Schon dies stellt einen bedeutsamen Unterschied dar. Die Ziele, die mit einem Eingriff in die rechtsgeschäftliche Übertragung von Pflegeimmobilien verfolgt werden würden, müssten zudem in ihrer Bedeutung den Eingriff in das Eigentumsgrundrecht rechtfertigen können, und dies müsste entsprechend begründet werden. Als Vergleichsmaßstab können hier etwa die Ernährungssicherheit und auch die Bedeutung für den Klimaschutz dienen, die unter anderem Begründung für die im Grundstücksverkehrsgesetz enthaltenen Einschränkungen bei der Übertragung von land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken sind.

Ob eine dem Grundstücksverkehrsgesetz vergleichbare Regelung verfassungsrechtlich zulässig wäre, kommt daher sehr auf die Ausgangssituation an, in der sie geschaffen werden würde, und zudem auf ihre Ausgestaltung und die Art und Intensität möglicher

Eingriffe, die nicht nur einem legitimen Zweck dienen, sondern auch erforderlich und angemessen sein müssten. Nach erster Prüfung bestehen hier erhebliche Zweifel.

#### **bb)**

Ob hier der Landesgesetzgeber überhaupt tätig werden könnte oder eine entsprechende Regelung nicht dem Bundesgesetzgeber vorbehalten wäre, hängt überdies davon ab, wer nach den Regelungen des Grundgesetzes hierfür die Gesetzgebungskompetenz hat. Während das Grundstücksverkehrsgesetz als Bundesgesetz geschaffen wurde,<sup>118</sup> hat der Bund im Zuge der Föderalismusreform die Gesetzgebungskompetenz für den Bodenverkehr verloren. Soweit die Länder bisher keine eigenen Gesetze erlassen haben, gilt das GrdstVG des Bundes jedoch fort.<sup>119</sup>

Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung sind gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG unter anderem der städtebauliche Grundstücksverkehr und das Bodenrecht und gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG das Zivilrecht, sodass die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung haben, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.<sup>120</sup> Da dies für eine mit dem GrdstVG vergleichbare Regelung für Pflegeimmobilien nicht ersichtlich ist, können die Länder unter den oben genannten Voraussetzungen tätig werden.

#### **D)**

Angedacht werden könnte weiter, ob in Bezug auf Grundstücke mit zur stationären Pflege genutzten Immobilien die Möglichkeit besteht, ein Vorkaufsrecht für die Kommune bzw. das Land gesetzlich zu verankern.<sup>121</sup> Ob ein solches verfassungsrechtlich zulässig wäre, müsste unabhängig von den bisherigen Ausführungen vertieft geprüft werden.

117 BVerfG, Beschluss v. 12.1.1967, 1 BvR 169/63, es wurde hier jedoch lediglich eine Regelung im GrdstVG überprüft.

118 BT-Drs. III/2635, S. 2.

119 Art. 125a Abs. 1 GG; siehe auch Booth, Der landwirtschaftliche Grundstücksverkehr in der aktuellen bodenmarktpolitischen Diskussion, land 2.20, 20.7.2020.

120 Art. 72 Abs. 1 GG.

121 Siehe etwa für Vorkaufsrechte der Gemeinde §§ 24 ff. Baugesetzbuch. Bei einer weiteren Prüfung in diese Richtung auf Landesebene ist zu berücksichtigen, dass es sich hierbei um Bundesrecht handelt.

## 10 EXKURS: BLICK NACH ÖSTERREICH

Auftragsgemäß soll schließlich geprüft werden, wie die Rechtslage in Österreich ausgestaltet ist. Den Ausgangspunkt hierfür bildet eine entsprechende Presseberichterstattung, nach der das österreichische Land Burgenland 2019 den «Zukunftsplan Pflege» vorgestellt hat, der vorsehe, dass Pflegeheime künftig «nur mehr gemeinnützig» betrieben werden dürften.<sup>122</sup> Nach einer Darstellung der gesetzlichen Regelung des Burgenlandes soll geprüft werden, ob Möglichkeiten des Landesgesetzgebers ersichtlich sind, vergleichbare Regelungen in Deutschland zu erlassen.

### A)

Der «Zukunftsplan Pflege», den das Land Burgenland in Zusammenarbeit mit der Fachhochschule Burgenland erstellt hat und der eine Bedarfs- und Entwicklungsplanung für den Zeitraum 2018 bis 2030 enthält, führt zur gesetzlichen Verankerung der Gemeinnützigkeit aus:

«Die vom Land Burgenland für die Betreuung und Pflege eingesetzten Finanzmittel müssen in Form hochqualitativer Pflege und Betreuung in modernen Pflegeeinrichtungen den pflegebedürftigen Menschen zur Gänze zugutekommen.

Dies gilt für alle Betreiber von Einrichtungen und Anbieter von mobilen Pflegediensten, die sich aus Mitteln des Landes Burgenland finanzieren. Die Gemeinnützigkeit wird als Bewilligungsvoraussetzung für die Ausübung der Tätigkeit gesetzlich verankert.

Ziel ist es, dass in einer angemessenen Übergangsfrist alle Träger diese Voraussetzungen erfüllen müssen.

Erzielte Gewinne, die aus der Pflege- und Betreuungstätigkeit entstehen, sind zweckgewidmet ausschließlich und unmittelbar wieder für die Pflege, die Betreuung und die Verbesserung der Infrastruktur sowie die Qualität der Pflegeeinrichtungen und der Pflegeangebote der Träger im Burgenland zu verwenden.»<sup>123</sup>

### B)

Umgesetzt wurde diese Zielsetzung im Burgenländischen Sozialeinrichtungsgesetz (Bgl. SEG) vom 17.10.2019.<sup>124</sup> Vorgesehen ist hier, dass für (unter anderem) stationäre Pflegeeinrichtungen, die finanzielle Mittel des Landes Burgenland erhalten (wollen), deren Gemeinnützigkeit<sup>125</sup> Voraussetzung für den Erhalt einer Bewilligung zum Betrieb der Einrichtung ist.<sup>126</sup> Für den Betrieb einer stationären Pflegeeinrichtung ist eine Bewilligung einzuholen. Zu den Antragsunterlagen gehört die Verpflichtungserklärung, die Einrichtung bei Zufluss von Landesmitteln gemeinnützig im Sinne des Gesetzes zu betreiben.<sup>127</sup> Geprüft wird vor Erlass einer Bewilligung auch der Bedarf an Pflege- und Betreuungsplätzen.<sup>128</sup> Dies entfällt jedoch, wenn nachweislich darauf verzichtet wird, Landesmittel in Anspruch zu nehmen.<sup>129</sup>

Landesmittel, die die Gemeinnützigkeit voraussetzen, erhalten stationäre Pflegeheime durch eine Tagessatzvereinbarung mit dem Land Burgenland.<sup>130</sup> Eine Tagessatzvereinbarung regelt die Höhe der Kostenerstattung durch den Sozialhilfeträger für die Unterbringung in einem Pflegeheim. Betreiber\*innen verpflichten sich, die aufgenommenen Personen entsprechend der geltenden Vorgaben zu pflegen und zu betreuen, das Land Burgenland als Träger der Sozialhilfe leistet dafür einen Kostenersatz in Form eines Tagessatzes. Erhalten können Heimbetreiber\*innen den Tagessatz nur für sozialhilfebedürftige Bewohner\*innen, also solche, die die Unterbringungskosten nicht selbst aufbringen können.<sup>131</sup> Außerdem können nur Betreiber\*innen gemeinnütziger Einrichtungen im Sinne des Gesetzes Tagessatzvereinbarungen mit dem Land Burgenland schließen. Auch sie haben hierauf allerdings keinen Anspruch. Einrichtungen, die nicht gemeinnützig sind, können daher nur Selbstzahler\*innen aufnehmen.<sup>132</sup>

122 Heime künftig nur mehr gemeinnützig, NÖN v. 25.3.2019, unter: <https://m.noen.at/in-ausland/pflege-im-burgenland-heime-kuenftig-nur-mehr-gemeinnuetzig-burgenland-burgenland-pflege-141298902>.

123 «Zukunftsplan Pflege», S. 7, unter: [www.burgenland.at/fileadmin/user\\_upload/Bilder/Aktuelle\\_Meldungen/2019/](http://www.burgenland.at/fileadmin/user_upload/Bilder/Aktuelle_Meldungen/2019/).

124 [www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=LrBgl&Gesetzesnummer=20001234](http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=LrBgl&Gesetzesnummer=20001234).

125 Definiert in § 3 Ziffer 6 Bgl. SEG.

126 § 6 Abs. 1 Ziffer 6, Abs. 4 Bgl. SEG.

127 § 5 Abs. 2 Ziffer 8 und § 6 Abs. 1 Ziffer 6 Bgl. SEG.

128 § 5 Abs. 4 S. 1 Bgl. SEG.

129 § 5 Abs. 4 S. 2 und § 6 Abs. 1 S. 2 Bgl. SEG.

130 § 15 Bgl. SEG.

131 Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, Sachstand WD 9 - 3000 - 077/19: Aktuelle Entwicklungen zur Gemeinnützigkeit von Pflegeeinrichtungen in Österreich, 18.12.2019, S. 14 f.

132 § 15 S. 2 Bgl. SEG, siehe auch Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, Sachstand WD 9 - 3000 - 077/19: Aktuelle Entwicklungen zur Gemeinnützigkeit von Pflegeeinrichtungen in Österreich, 18.12.2019, S. 15.

### C)

Im Vergleich zur deutschen Rechtslage fällt auf, dass hier eine Bedarfsprüfung zur Zulassung von stationären Pflegeeinrichtungen nicht vorgesehen ist, und zwar auch dann nicht, wenn Landesmittel vergeben werden. Auch dann soll gerade vermieden werden, dass die Länder diese bedarfslenkend einsetzen.<sup>133</sup>

Im burgenländischen Gesetz ist die Bedarfsprüfung auf die Einrichtungen beschränkt, die Landesmittel in Anspruch nehmen (möchten). Wer dies nicht tut, dessen Zulassung ist nicht hiervon abhängig, es gibt aber keine Möglichkeit, Landesmittel zu erhalten.

Die Beschränkung der Landesmittelvergabe an gemeinnützige Einrichtungen im burgenländischen Gesetz führt jedoch nicht dazu, dass es nicht mehr möglich ist, Pflegeeinrichtungen gewinnorientiert zu betreiben. Es entfällt dann die Prüfung des Bedarfes – der eine Einschränkung darstellt –, davon abgesehen sind die Zulassungskriterien die gleichen wie bei gemeinnützigen Einrichtungen, sodass hier keine Ungleichbehandlung stattfindet. Das burgenländische Gesetz schließt also gewinnorientierte Betreiber\*innen nicht vollständig vom Markt aus; es beschränkt sie aber auf selbst zahlende Pflegebedürftige als Bewohner\*innen.

Wie oben schon erläutert, dürfte es auch in Deutschland möglich sein, die Vergabe von Landesmitteln (auch) an das Merkmal der Gemeinnützigkeit zu knüpfen. Wenn hierdurch auch keine Bedarfslenkung erfolgen soll, so erscheint jedenfalls eine Einschränkung der Mittelvergabe zulässig.<sup>134</sup>

### D)

Das Burgenländische Sozialeinrichtungsgesetz von 2019 ist derzeit Gegenstand eines Gesetzesprüfungs-

verfahrens vor dem österreichischen Verfassungsgerichtshof.<sup>135</sup> Angegriffen sind die Normen, die die Gemeinnützigkeit als Voraussetzung für die Möglichkeit vorsehen, über eine Tagessatzvereinbarung finanzielle Mittel vom Land Burgenland zu erhalten.<sup>136</sup>

Die Wirtschaftskammer Burgenland hatte ein Gutachten des Wiener Juraprofessors DDr. Michael Potacs eingeholt und beschlossen, das Gesetz vom Verfassungsgerichtshof überprüfen zu lassen. Sie hält das Gesetz für verfassungswidrig, weil es die Erwerbsfreiheit verletze, da private Betreiber\*innen von Pflegeeinrichtungen (nach einer im Gesetz enthaltenen Übergangszeit) vollständig von der Möglichkeit ausgeschlossen seien, Tagessatzvereinbarungen mit dem Land zu schließen. Ihnen werde der Markteintritt «ausnahmslos unmöglich gemacht». Hinzu komme, dass auch die zu pflegenden Personen, sofern sie auf Sozialhilfe angewiesen seien, in ihrer Wahlfreiheit eingeschränkt würden. Denn ihnen bliebe nur die Möglichkeit, sich in einer gemeinnützigen Einrichtung pflegen zu lassen. Das Gesetz sei deshalb problematisch im Hinblick auf den Gleichheitssatz.<sup>137</sup>

Eine Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes steht noch aus und es bleibt abzuwarten, wie er diese beiden Punkte bewertet. Auch wenn das burgenländische Gesetz wie oben dargestellt keineswegs den Marktzugang für privatgewerbliche Betreiber\*innen vollständig verschließt, so könnten die gegen das Gesetz vorgebrachten Argumente im Hinblick auf Art. 12 und 14 GG in Bezug auf Betreiber\*innen von Pflegeeinrichtungen sowie im Hinblick auf das Wunsch- und Wahlrecht und Art. 3 Abs. 1 GG in Bezug auf pflegebedürftige Personen auch bei Verabschiedung eines ähnlichen Gesetzes in Deutschland verfassungsrechtliche Probleme aufwerfen und es müsste sorgfältig geprüft werden, ob ein Erlass in verfassungsgemäßer Weise möglich wäre.

133 Siehe oben, S. 15 und 42.

134 Siehe oben, Abschnitte 7 und 9. Eine abschließende Beurteilung kann hier nicht erfolgen. Für weitere Details zum österreichischen Recht ist weitere Recherche und ggf. die Bewertung durch spezialisierte Jurist\*innen nötig.

135 Stand 16.1.2023, Aktenzeichen G 89/2022.

136 §§ 6 Abs. 1 Ziffer 6, § 15 S. 2 und § 28 Abs. 3 Ziffer 1 Bgld. SEG.

137 Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, Sachstand WD 9 - 3000 - 077/19: Aktuelle Entwicklungen zur Gemeinnützigkeit von Pflegeeinrichtungen in Österreich, 18.12.2019, S. 17 m.w.N.

## 11 ERGEBNIS

Es besteht ein legitimes Interesse des Landesgesetzgebers, möglichst hohe Qualitätsstandards in Pflegeeinrichtungen sicherzustellen, um der Würde der pflegebedürftigen Menschen und ihrem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit Rechnung zu tragen. Es bestehen bereits erhebliche Qualitätsanforderungen an die Träger, mit denen Versorgungsverträge abgeschlossen werden, aus den §§ 70 ff. SGB XI und den Regelungen §§ 14 und 15 des BremWBG. Die große Anfrage an den Senat hat ergeben, dass trotz dieser Regelungen Qualitätsmängel zu Beschwerden geführt haben, die überwiegend oft überregional tätige private Träger betreffen. Hier bestehen darüber hinaus Personalengpässe, große Anteile von Zeit- und Leiharbeiter\*innen und eine gering ausgeprägte Beschäftigteninteressenvertretung. Es wird vermutet, dass die festgestellten Mängel zu Qualitätseinbußen führen.

Der Landesgesetzgeber hat wohl keine Möglichkeit, diese Mängel zu beseitigen, indem er den Markt für Pflegeeinrichtungen auf öffentliche und gemeinnützige Träger beschränkt und überregional tätige private Träger faktisch ausschließt. Eine solche Änderung könnte systematisch in § 1 Abs. 2 BremAGPflegerVG erfolgen. Eine solche landesgesetzliche Regelung begegnet unionsrechtlichen Bedenken in Bezug auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Auch verfassungsrechtlich bestünden erhebliche Bedenken, da eine solche Regelung das Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb faktisch beseitigen würde. Dies wäre wohl unverhältnismäßig, da reine Schrankenbestimmungen als gleichwirksames milderer Mittel zur Verfügung stehen. Schließlich würde eine solche Regelung auch gegen die in § 11 Abs. 2 SGB XI konstituierte Trägervielfalt und die Nachrangigkeit öffentlicher Einrichtungen verstoßen. Öffentliche Einrichtungen dürfen nur dann eintreten, wenn gemeinnützige und private Träger den Bedarf nicht abdecken können. Würde der Markt faktisch auf gemeinnützige Träger beschränkt, so wäre die Vielfalt der Träger unter Beachtung ihrer Identität nicht mehr gewahrt. Eine solche landesgesetzliche Regelung wäre unzulässig.

Zulässig wären jedoch Schrankenbestimmungen, die §§ 14, 15 BremWBG ergänzen. Diese könnten etwa Anforderungen zur Quote der Zeit- und Leiharbeiter\*innen, zur Wahl von Beschäftigteninteressenvertretungen und zum Umgang mit Mängeln vorsehen. Die Anforderungen an das Qualitätsmanagement könnten konkretisiert und anlassunabhängige Kontrollen vorgesehen werden. Hierzu müsste die Aufsichtsbehörde personell gestärkt und ordnungsrechtlich ermächtigt werden. Ein Mängel- und

Clearingverfahren könnte durch gesetzliche Ermächtigung in einer Verwaltungsvorschrift erfolgen. Solche Regelungen würden nicht gegen Bundesrecht verstoßen, da die §§ 70 ff. SGB XI insoweit keine abschließenden Regelungen beinhalten, sondern einer landesgesetzlichen Konkretisierung zugänglich sind. Dies gilt insbesondere für das Erfordernis einer leistungsfähigen Pflege. Solche Regelungen wären, je nach Ausgestaltung, auch nicht aufgrund des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verfassungswidrig, da der Eingriff zur Erreichung des Ziels einer menschenwürdigen und gesundheitsschonenden Pflege gerechtfertigt wäre. Auch gegen das Unionsrecht würden solche Regelungen nicht verstoßen.

Darüber hinaus könnte der Landesgesetzgeber auch Regelungen treffen, damit die überregional tätigen privaten Träger nicht die gemeinnützigen Träger vom Markt verdrängen. Auch damit würde der Landesgesetzgeber der Trägervielfalt Rechnung tragen und seiner Pflicht zur Förderung karitativer Einrichtungen, die § 11 Abs. 2 SGB XI nennt, Rechnung tragen. Hierzu dürfte der Landesgesetzgeber zwar keine festen Vorgaben machen. Er dürfte jedoch Vorrangregelungen dahingehend treffen, dass bei einer Bedrohung der Trägervielfalt Versorgungsverträge in einem Einzugsgebiet oder in Bezug auf ein spezialisiertes Angebot mit dem Träger in der marginalisierten Kategorie abgeschlossen wird. Dies könnte die Marktposition gemeinnütziger Träger stärken und überregionale private Träger einhegen.

Bei der Vergabe von Förderungen aus Landesmitteln könnten gemeinnützige Anbieter durch ein Anknüpfen an dieses Merkmal ebenfalls gestärkt werden, sowohl im ambulanten Bereich als auch in Bezug auf die Investitionskosten im stationären Bereich. Der Einsatz der Möglichkeit der bevorzugten Förderung durch das Land könnte jedenfalls mittelbar Auswirkungen auf eine verstärkte Präsenz von gemeinnützigen Einrichtungen in der Bremer Einrichtungslandschaft haben.

Hierzu könnte die Rechtsprechung des OVG Hamburg vom 22.4.2008, 4 Bf 104/06, zur Jugendhilfe nutzbar gemacht werden. Das OVG Hamburg hebt in dieser Entscheidung hervor, dass eine Regelung, die bewirke, dass nur solche Träger an der Jugendhilfeplanung beteiligt werden, die keine privatnützigen Gewinne anstreben, sondern mit ihrer Tätigkeit gemeinnützige Ziele verfolgen, durch das Gemeinwohl gerechtfertigt sein könne. Das österreichische Burgenland hat 2019 den Versuch unternommen, durch eine gesetzliche Regelung auf Landesebene gemeinnützige Träger zu stärken, indem gewinnorientierte Träger – nach einer Übergangszeit – vollstän-

dig von der Vergabe von Landesmitteln ausgeschlossen werden, was aufgrund der Struktur der Sozialhilfe in Österreich dazu führt, dass sie keine Bewohner\*innen mehr aufnehmen können, die sozialhilfebedürftig sind. Diese gesetzliche Regelung wird derzeit gerichtlich überprüft. Auch wenn in Deutschland die Bevorzugung von gemeinnützigen Trägern bei der Vergabe von Landesmitteln ohnehin möglich sein dürfte, lohnt es sich, dieses Verfahren vor dem österreichischen Verfassungsgerichtshof zu verfolgen und anschließend zu bewerten, welche Lehren sich hieraus für das Land Bremen ziehen lassen.

Weiterhin könnte in Betracht gezogen werden, dass öffentliche Träger zumindest dort, wo private Träger keine hinreichende Infrastruktur bieten, eigene öffentliche Angebote machen. Eine Orientierung hierzu

können aus dem Bereich der Jugendhilfe die Kita-Eigenbetriebe des Landes Berlin bieten. Raum für ein solches öffentliches Tätigwerden besteht dort, wo private Träger entweder quantitativ kein hinreichendes Angebot schaffen wollen oder können (mangelnde Kapazitäten) oder aber diese für die Pflegebedürftigen nicht adäquat sind und es Bedarf nach besonderen Pflegeeinrichtungen gibt (etwa bestimmte konfessionelle Ausrichtungen oder für LGBTQ\*). Dies könnte der öffentlichen Hand die Möglichkeit geben, durch hochqualitative Angebote eine Ausstrahlungswirkung auch auf den privaten Sektor zu entfalten.

Durch diese Maßnahmen könnte der Landesgesetzgeber sein Ziel, eine verbesserte Qualität der Pflege in Bremen sicherzustellen, befördern.