

Deutscher Bundestag  
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache  
18(14)0174(29)  
gel. ESV zur öAnhörnung am 30.05.  
16\_PfBRefG  
25.05.2016

**Kapellmann**  
Rechtsanwälte

Kapellmann | Postfach 190 115 | 40111 Düsseldorf

Berlin  
Brüssel  
**Düsseldorf**  
Frankfurt/Main  
Hamburg  
Mönchengladbach  
München

**Dr. Hendrik Schilder**

Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
hendrik.schilder@kapellmann.de  
Durchwahl: +49 211 600500-416  
Telefax: +49 211 600500-91  
Sekretariat: Bianca Vor der Straße  
sche/stbi M\_Rechtsgutachten\_Clean

## Rechtsgutachten

### Zur Verfassungsgemäßheit des Pflegeberufgesetzes

**Büro Düsseldorf**

Stadttor 1  
D-40219 Düsseldorf  
Telefon: +49 211 600500-0

[www.kapellmann.de](http://www.kapellmann.de)

**Zertifiziert nach**

DIN EN ISO 9001:2008

**Deutsche Bank**

BLZ 300 700 10  
Konto 311338803  
BIC / SWIFT DEUTDEDDXXX  
IBAN DE66 3007 0010 0311 3388 03

**Stadtsparkasse Düsseldorf**

BLZ 300 501 10  
Konto 1005999485  
BIC / SWIFT DUSSDEDDXXX  
IBAN DE35 3005 0110 1005 9994 85

erstellt von

**Rechtsanwalt Dr. Hendrik Schilder**

**Rechtsanwalt Dr. Johannes Grüner**

**Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB**

**Kapellmann und Partner  
Rechtsanwälte mbB**

Rechtsform: Partnerschaft mbB  
Sitz: Mönchengladbach  
Registrierung: AG Essen, PR 18  
UID: DE120485916

Düsseldorf, 18.02.2016

## Inhalt

<b>1</b>	<b>GESETZGEBUNGSKOMPETENZ .....</b>	<b>4</b>
1.1	INHALT DES GESETZENTWURFES.....	4
1.2	KONKURRIERENDE GESETZGEBUNG.....	4
1.3	BERUFSBILD PFLEGEFACHFRAU/PFLEGEFACHMANN .....	5
1.3.1	Kompetenz zur Regelung von Heilberufen .....	5
1.3.2	Einordnung des Berufsbildes Pflegefachfrau/Pflegefachmann.....	6
1.4	KOMPETENZ ZUR REGELUNG DER FINANZIERUNG DER AUSBILDUNG.....	8
1.4.1	Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG.....	8
1.4.2	Begründung des Bundesgesetzgebers.....	10
1.4.3	Keine fortwirkende Kompetenz .....	11
1.4.4	Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse.....	12
1.4.5	Wahrung der Wirtschaftseinheit .....	12
1.5	ZWISCHENERGEBNIS.....	18
<b>2</b>	<b>VERFASSUNGSRECHTLICHE ANFORDERUNGEN AN SONDERABGABE</b>	
	<b>18</b>	
2.1	SACHLICHER RECHTFERTIGUNGSGRUND.....	19
2.2	HOMOGENE GRUPPE.....	20
2.2.1	Rechtliche Anforderungen .....	20
2.2.2	Bewertung Finanzierungssystem .....	22
2.2.3	Gruppennützige Verwendung .....	25
2.3	GESETZGEBERISCHE ÜBERPRÜFUNG .....	26
2.4	HAUSHALTSRECHTLICHE DOKUMENTATION.....	26
<b>3</b>	<b>VERSTOß GEGEN ART. 3 ABS. 1 GG .....</b>	<b>27</b>
3.1	VERFASSUNGSRECHTLICHE ANFORDERUNGEN DES GLEICHHEITSGEBOTES.....	27
3.1.1	Inhalt des Gleichheitsgebotes .....	27
3.1.2	Rechtfertigungsebene .....	28
3.1.3	Ausprägung des Gleichheitssatzes im Steuer- und Abgabenrecht .....	31
3.1.4	Verwaltungspraktikabilität/Typisierung .....	32
3.1.5	Prognosespielraum .....	32
3.2	BEWERTUNG DES GESETZENTWURFES.....	33
3.2.1	Ermittlung und Verteilung des Finanzierungsbedarfs .....	33

3.2.2	Aufteilung zwischen stationären und ambulanten Pflegeeinrichtungen.....	37
3.2.3	Landesspezifische Umlageverfahren .....	38
3.2.4	Möglichkeit zur Weiterreichung der Umlagebeträge .....	39
3.2.5	Wertschöpfungsanteil .....	41
<b>4</b>	<b>VERSTOß GEGEN ART. 2 ABS. 1 GG .....</b>	<b>43</b>
<b>5</b>	<b>VERORDNUNGSERMÄCHTIGUNG .....</b>	<b>44</b>
5.1	VORAUSSETZUNGEN DER VERORDNUNGSERMÄCHTIGUNG .....	45
5.2	VERORDNUNGSERMÄCHTIGUNGEN IM PFLEGEBERUFSGESETZ .....	47
5.2.1	Ausbildungs- und Prüfungsverordnung .....	47
5.2.2	Finanzierungsverordnung.....	48
<b>6</b>	<b>RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN.....</b>	<b>49</b>
<b>7</b>	<b>ERGEBNIS .....</b>	<b>52</b>
7.1	GESETZGEBUNGSKOMPETENZ .....	52
7.2	SONDERABGABE.....	53
7.3	ART. 3 GG .....	53
7.4	VERORDNUNGSERMÄCHTIGUNG.....	55
7.5	RECHTSMITTEL.....	56

## 1 Gesetzgebungskompetenz

Die formelle Rechtmäßigkeit des Gesetzes setzt voraus, dass der Bund die Gesetzgebungskompetenz für den Erlass des Gesetzes zur Reform der Pflegeberufe innehat.

### 1.1 Inhalt des Gesetzentwurfes

Gegenstand des Entwurfs für das Pflegeberufsgesetz, BR-Drs 20/16, ist in erster Linie die Zusammenlegung der Ausbildungen in der Altenpflege, der Gesundheits- und Krankenpflege sowie der Gesundheits- und Kinderkrankenpflege zum neuen Pflegeberuf der Pflegefachfrau bzw. des Pflegefachmanns (vgl. § 4 Abs. 1 des Gesetzentwurfes). Darüber hinaus wird durch das Gesetz eine bundesrechtliche Grundlage für eine primärqualifizierende hochschulische Pflegeausbildung geschaffen (§§ 37 ff. des Gesetzentwurfes). Ein komplexes System zur Finanzierung der neuen beruflichen Ausbildung über umlagefinanzierte Ausgleichsfonds ist ebenfalls vorgesehen (§§ 26 ff. des Gesetzentwurfes).

Ausweislich der Begründung auf Seite 62 des Gesetzentwurfs vom 15.01.2016 stützt sich der Bund zum Erlass des Pflegeberufsgesetzes auf verschiedene grundgesetzliche Kompetenztitel. Im Einzelnen wird eine Kompetenz des Bundes zum Erlass des Pflegeberufsgesetzes aus Art. 71 Abs. 1 Nr. 1 GG (Strafrecht), Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG (öffentliche Fürsorge (ohne Heimrecht)), Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Arbeitsrecht inkl. des Ausbildungsverhältnisses sowie Sozialversicherung), Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG (Zulassung zu ärztlichen und anderen Heilberufen) sowie Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG (wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und die Regelung der Krankenhauspflegegesetze) hergeleitet.

### 1.2 Konkurrierende Gesetzgebung

Die vorbenannten Kompetenztitel unterfallen vollumfänglich der konkurrierenden Gesetzgebung. Im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit liegt das **Vorrecht** zum Erlass von Gesetzen beim Bund. Die Länder haben gem. Art. 72 Abs. 1 GG nur dann die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner vorrangigen Gesetzgebungszuständigkeit keinen Gebrauch gemacht hat.

Es ist allerdings zu beachten, dass der Bund in bestimmten Bereichen nur dann die Gesetzgebungszuständigkeit besitzt, wenn und soweit dies zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- bzw. Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich ist (Art. 72 Abs. 2 GG, sog. **Erforderlichkeitskompetenz**). Es handelt sich hierbei um eine **zusätzliche Schranke** für die Ausübung der Bundeskompetenz.

*So das BVerfGE 106, S. 62, 135.*

Im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz ist insbesondere fraglich, ob der Bund zur Schaffung eines neuen Berufsbildes der Pflegefachfrau/des Pflegefachmanns sowie zur Regelung der der Ausbildungsfinanzierung über Ausgleichsfond befugt ist und ob die Erforderlichkeit i.S.v. Art. 72 Abs. 2 GG für die Inanspruchnahme der Kompetenztitel in Art. 74 Abs. 1 Nr. 7, 19a GG durch den Bund gegeben ist. Im Einzelnen:

### **1.3 Berufsbild Pflegefachfrau/Pflegefachmann**

Als Kompetenztitel für die Einführung des neuen Berufsbildes Pflegefachfrau/Pflegefachmann kommt die in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG enthaltene Befugnis zur Regelung der Zulassung zu ärztlichen und anderen Heilberufen und zum Heilgewerbe in Betracht. Dieser Kompetenztitel zählt zum Bereich des Gesundheitswesens. Der Bund hat hierfür keine generelle Zuständigkeit sondern darf nur in den eng begrenzten grundgesetzlich aufgezählten Bereichen regelnd tätig werden.

*Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 2011, Art. 74 Rn. 224 m.w.N.; vgl. etwa BVerwG, Beschl. v. 14.05.2013 – 3 B 13/13 -, Juris Rn. 3, wonach etwa die ärztliche Berufsgerichtsbarkeit nicht hierunter fällt.*

Die Einführung des Berufsbildes Pflegefachfrau/Pflegefachmann ist verfassungsgemäß, wenn dieses Berufsbild zu den Heilberufen zählt.

#### **1.3.1 Kompetenz zur Regelung von Heilberufen**

Das Berufsbild des Heilberufs ist nicht abschließend festgelegt und verharret nicht auf dem Stand des Kanons der zum Inkrafttreten des Grundgesetzes etablierten Heilberufe. Dem

Bundesgesetzgeber steht es frei, neue Heilberufe zu schaffen.

*BVerfGE 106, S. 62, 105; Kenntner, DVBl 2003, 259 (260); einschränkend Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 74 Rn. 210, wonach sich die neuen Berufsbilder an das durch bestehende Gesetze vorgeprägte Begriffsbild halten müssen.*

Hierbei ist zu beachten, dass der **Begriff des Heilberufs gesetzlich nicht definiert** ist. Nach übereinstimmender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur ist es aber möglich, zur Begriffsbestimmung auf die in § 1 Abs. 2 Heilpraktikergesetz enthaltene Legaldefinition zurückzugreifen. Diese hat folgenden Wortlaut:

*„Ausübung der Heilkunde im Sinne dieses Gesetzes ist jede berufs- oder gewerbsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen, auch wenn sie im Dienste von anderen ausgeübt wird.“*

Umfasst ist demnach **nicht nur die eigentliche Heilung, sondern** darüber hinaus **auch schon die Linderung von körperlichen oder seelischen Beeinträchtigungen**, selbst wenn hierdurch keine (vollständige) Heilung erreicht wird. Das Bundesverfassungsgericht hält dementsprechend fest, dass der Begriff des Heilberufs weit auszulegen ist und führt unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts folgendes aus:

*„Heilberufe werden [...] nicht reduziert auf die „Heilung“ von „Krankheiten“, sondern erfassen zudem die helfende Betreuung von Menschen mit gesundheitlichen Problemen, seien diese restitutionsfähig oder nicht, sei also die Behandlung und Betreuung nur pflegender, lindernder Natur.“*

*BVerfGE 106, S. 62, 106 f. m.w.N., 108; so auch Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 2011, Art. 74 Rn. 234.*

### **1.3.2 Einordnung des Berufsbildes Pflegefachfrau/Pflegefachmann**

Das Berufsbild der Pflegefachfrau und des Pflegefachmanns wäre demnach dann vom Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG umfasst, wenn und soweit es sich hierbei um einen

Heilberuf im Sinne der Vorschrift handelt.

Ausgehend von der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angezeigten weiten Auslegung des Heilberufsbegriffs spricht hierfür bereits die **Legaldefinition des Pflegebegriffs im Gesetzesentwurf**: Nach § 5 Abs. 2 S. 1 umfasst Pflege im Sinne des Gesetzesentwurfs

*„präventive, kurative, rehabilitative, palliative und sozialpflegerische Maßnahmen zur Erhaltung, Förderung, Wiedererlangung oder Verbesserung der physischen und psychischen Situation der zu pflegenden Menschen, ihre Beratung sowie ihre Begleitung in allen Lebensphasen und die Begleitung Sterbender.“*

Gegenstand der Pflegemaßnahmen im Sinne des Gesetzesentwurfs sind also **vorbeugende, heilende, wiederherstellende und lindernde Einwirkungen** auf die zu pflegenden Menschen. Dies lässt sich unter dem Begriff der „helfenden Betreuung von Menschen mit gesundheitlichen Problemen“ im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zusammenfassen. Der Beruf der Pflegefachfrau/des Pflegefachmanns lässt sich demnach als Heilberuf einordnen.

Hierfür spricht auch, dass das neue Berufsbild an die Stelle der bisherigen Pflegeberufe Altenpfleger, Gesundheits- und Krankenpfleger sowie Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger tritt (vgl. S. 60 f. der Begründung des Gesetzesentwurfs vom 26.11.2015). Diese stellen Heilberufe im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG dar.

*So ausführlich für den Beruf des Altenpflegers BVerfGE 106, S. 62, 104 ff.;  
vgl. Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 2014, Art. 74 Rn. 51.*

Das im Rahmen der Ausbildung zu vermittelnde Anforderungsprofil der abzulösenden und des neuen Berufsbildes ist, wie ein Vergleich von § 5 Abs. 3 des Gesetzesentwurfes mit den Vorschriften in § 3 Abs. 2 KrPflG und § 3 Abs. 1 AltPflG zeigt, inhaltlich deckungsgleich. Dementsprechend ist konsequenterweise auch das Berufsbild der Pflegefachfrau/des Pflegefachmanns als Heilberuf einzustufen. Im Ergebnis ist damit der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG eröffnet.

## 1.4 Kompetenz zur Regelung der Finanzierung der Ausbildung

Darüber hinaus trifft der Bund umfangreiche Regelungen zur Finanzierung der Ausbildungskosten für die neue generalistische Berufsausbildung: Geplant ist, die Finanzierung über einzurichtende Ausgleichsfonds (§§ 26 ff. des Gesetzentwurfes).

Bezüglich dieser Regelungen scheidet eine Berufung auf die in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG geregelte Kompetenz zur Zulassung von Heilberufen aus, da es nicht um das Berufsbild als solches, sondern um dessen Finanzierung geht. Auch eine Berufung auf den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG ist nicht möglich, da Gegenstand der Finanzierungsvorschriften nicht die Regelung der Zulassung zum Berufsbild der Pflegefachfrau / des Pflegefachmanns ist. In Frage kommt aber die Inanspruchnahme von Art. 74 Abs. 1 Nr. 7, Nr. 19a GG.

*Vgl. BVerfGE 108, S. 186, 213 f.; vgl. ferner BVerfGE 106, S. 62, 132 f.*

### 1.4.1 Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG

Die vom Bund in Anspruch genommenen Kompetenztitel der öffentlichen Fürsorge und der wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und der Regelung der Krankenhauspflegesätze unterliegen der Einschränkung des Art. 72 Abs. 2 GG. Nach dieser Vorschrift hat der Bund in diesen Gebieten nur dann das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- bzw. Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich machen.

#### 1.4.1.1 Erforderlichkeit

Art. 72 Abs. 2 GG stellt neben den Kompetenztiteln eine zusätzliche Schranke für die Ausübung der Bundeskompetenz zur Gesetzgebung dar. Wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Grundsatzurteil aus dem Jahre 2002 ausgeführt hat, unterliegt die entsprechende Klausel einer strikten Interpretation und einer **vollständigen gerichtlichen Kontrolle** (vgl. auch Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 a) GG). Ein gesetzgeberischer Beurteilungsspielraum dahingehend, ob die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt sind, besteht mithin nicht. Die fragliche Regelung muss nach den strengen Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts **nicht nur vertretbar, sondern tatsächlich erforderlich** sein. Dem Gesetzgeber kommt allerdings ein **Prognosespielraum** zu, solange er die zugrundeliegenden Annah-



men sorgfältig getroffen hat und konsequent ein angemessenes Verfahren zur Prognose ohne sachfremde Erwägungen vollzogen hat.

*BVerfGE 106, S. 62, 135 ff., 148 ff; BVerfGE 135, S. 155, 204; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 2014, Art. 72 Rn. 23.*

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist nicht zu fordern, dass eine die Annahme der Erforderlichkeit tragende Begründung aus den Gesetzesmaterialien selbst ablesbar ist. Vielmehr genügt es, wenn die für die Erforderlichkeit i.S.v. Art. 72 Abs. 2 GG sprechenden Argumente im Rahmen einer Auseinandersetzung mit der zu klärenden Frage ergründet werden können.

*Vgl. BVerfG, Urt. v. 21.07.2015 – 1 BvF 2/13 -, Juris Rn. 33.*

Die Kompetenzvorschrift benennt drei Alternativen, in denen eine Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung gegeben ist. Dies ist entweder dann der Fall, wenn und soweit die bundesgesetzliche Regelung zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet (Alt. 1), zur Wahrung der Rechtseinheit (Alt. 2) oder zur Wahrung der Wirtschaftseinheit (Alt. 3) von Nöten ist. Können die vorbenannten Ziele durch die gesetzliche Regelung dagegen nicht erreicht werden besteht keine Erforderlichkeit der Regelung.

*Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 2014, Art. 72 Rn. 18 m.w.N.*

#### **1.4.1.2 Gleichwertige Lebensverhältnisse**

Das Merkmal der **Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet** ist nicht bereits dann erfüllt, wenn unterschiedliche Regelungen in den Bundesländern vorhanden sind. Denn die Existenz voneinander abweichender Rechtslagen in einzelnen Ländern ist Folge des in Deutschland geltenden föderalistischen Systems. Ließe man eine solche abweichende Rechtslage in einzelnen Ländern zur Eröffnung der Kompetenz nach Art. 72 Abs. 2 GG ausreichen, unterliefe man letztlich das System der konkurrierenden Gesetzgebung in diesen Bereichen.

Die erste Alternative von Art. 72 Abs. 2 GG ist vielmehr erst dann erfüllt, wenn sich die **Lebensverhältnisse in den Ländern** der Bundesrepublik Deutschland **in erheblicher Weise auseinanderentwickeln** und diese Entwicklung dazu führt, dass das **bundes-**

**staatliche Sozialgefüge insgesamt beeinträchtigt ist.**

*BVerfGE 106, S. 62, 144 ff.; Kenntner, DVBl 2003, 259 (261).*

#### **1.4.1.3 Wahrung der Rechtseinheit**

Die zweite Alternative des Art. 72 Abs. 2 GG, **Wahrung der Rechtseinheit**, ist nur dann gegeben, wenn die unterschiedliche Behandlung identischer Lebenssachverhalte **erhebliche Rechtsunsicherheit** in der Bundesrepublik Deutschland hervorruft und der länderübergreifende Rechtsverkehr gefährdet ist. Auch hier liegen die Hürden für die Bejahung der Erforderlichkeit also sehr hoch.

*BVerfGE 106, S. 62, 145 ff.; Kenntner, DVBl 2003, 259 (261).*

#### **1.4.1.4 Wahrung der Wirtschaftseinheit**

Im Rahmen der Prüfung der dritten Alternative, **Wahrung der Wirtschaftseinheit**, ist eine Regelung schließlich nur dann erforderlich, wenn anderenfalls **erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft** der Bundesrepublik Deutschland drohen. Diese Alternative wurde insbesondere deshalb in das Grundgesetz aufgenommen, um eine **Einheitlichkeit der beruflichen Ausbildung** in Deutschland sicherstellen zu können. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass die Ausbildungs- bzw. Berufssituation im Gesamtstaat durch wirtschaftliche Abweichungen der einzelnen Länder in erheblicher Weise beeinträchtigt wären.

*BVerfGE 106, S. 62, 146 ff.; siehe BT-Drs. 12/8165, S. 31; Kenntner, NVwZ 2003, 821 (823) m.w.N.*

#### **1.4.2 Begründung des Bundesgesetzgebers**

Der Gesetzgeber führt zur Frage der Erforderlichkeit in der Gesetzesbegründung (S. 63 der Begründung des Gesetzentwurfs) mehrere Argumentationslinien an, welche sich teilweise überschneiden:

So wird zunächst darauf hingewiesen, dass die mit dem neuen Gesetz einzuführende einheitliche Ausbildung an die Stelle der bislang bereits bundesgesetzlich geregelten Ausbildungen nach dem Altenpflege- und dem Krankenpflegegesetz treten soll.

Die Begründung stellt weiter darauf ab, dass es das Ziel des neuen Gesetzes ist, ein bundesweit einheitlich hohes Niveau bei der Ausbildung von Pflegefachkräften zu erreichen. Hierzu sei es notwendig, Grundsätze und Grundregelungen der Kostentragung bundesweit einheitlich zu regeln. Dies diene der Steigerung der Attraktivität der Pflegeausbildung. Es bestehe damit ein gesamtstaatliches Interesse an einer bundeseinheitlichen Kostenregelung, um so die Wirtschaftseinheit zu wahren.

Darüber hinaus bezwecke das Gesetz, Wettbewerbsnachteile von ausbildenden gegenüber nicht ausbildenden Pflegeeinrichtungen zu vermeiden. Dies diene der Stärkung der Ausbildungsbereitschaft.

Es stellt sich die Frage, ob das Pflegeberufsgesetz unter Zugrundelegung der vorstehend wiedergegebenen Argumentation die Erforderlichkeitshürde überwinden kann.

### 1.4.3 Keine fortwirkende Kompetenz

Unerheblich für die Begründung einer Erforderlichkeit im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG ist zunächst das Argument, das Pflegeberufsgesetz ersetze die bisherigen bundesrechtlichen Gesetze zur Alten- und Krankenpflegerausbildung. Denn die Frage der Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung ist **bei Erlass** des in Rede stehenden Bundesgesetzes **zu prüfen**.

*Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 2014, Art. 72 Rn. 17.*

Es ist dagegen nicht möglich, sich zur Begründung der Erforderlichkeit darauf zu stützen, dass das Gesetz an die Stelle von zu einem früheren Zeitpunkt erlassenen Gesetzen tritt. Die Annahme einer solchen Fortwirkung der Gesetzgebungskompetenzen unterliefe letztlich die strikt zu interpretierenden Anforderungen des Verfassungsrechts an die Begründung einer Gesetzgebungskompetenz. Der Verweis auf das Bestehen von bundeseinheitlichen Vorgängerregelungen allein kann daher die Anforderungen von Art. 72 Abs. 2 GG nicht erfüllen. Dies gilt zudem auch deshalb, weil die Finanzierungsregelungen in den Gesetzen unterschiedlich ausgestaltet sind.

#### **1.4.4 Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse**

Eine Berufung auf Art. 72 Abs. 2 1. Alt GG (Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse) scheidet ebenfalls aus. Die vom Bund in der Gesetzesbegründung angesprochene Notwendigkeit der Erreichung eines bundesweit einheitlichen hohen Ausbildungs- und Qualitätsniveaus reicht hierfür nicht aus. Auch wenn ein solcher Zustand durchaus positiv zu bewerten ist kann der Wunsch nach bundesweit einheitlich hohen Standards für sich genommen nicht zur Rechtfertigung im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG dienen. Dies wäre nur bei einer drohenden erheblichen Auseinanderentwicklung der Lebensverhältnisse von Auszubildenden und Pflegebedürftigen der Fall.

*Siehe nochmals BVerfGE 106, S. 62, 153 f.*

Eine solche Auseinanderentwicklung macht der Bundesgesetzgeber nicht geltend. Auch tatsächlich droht – zumindest ausweislich der Gesetzesbegründung – eine solche Entwicklung nicht. Vielmehr geht es dem Bundesgesetzgeber primär darum, mit dem Pflegeberufsgesetz auf die Herausforderungen der Zukunft zu reagieren und nicht darum, eine von ihm erkannte prekäre Situation zu beseitigen (vgl. S. 1 der Gesetzesbegründung). Eine Berufung auf Art. 72 Abs. 2 1. Alt GG scheidet mithin aus.

#### **1.4.5 Wahrung der Wirtschaftseinheit**

Prinzipiell denkbar ist eine Rechtfertigung über Art. 72 Abs. 2 3. Alt GG (Wahrung der Wirtschaftseinheit). Zumindest beziehen sich die vorstehend angesprochenen Argumente teilweise auf die Finanzierung der Ausbildungskosten. Es ist also zu klären, ob die Regelungen zur Finanzierung der neuen Berufsausbildung den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht werden. Hierbei ist insbesondere § 26 Abs. 2 des Gesetzentwurfes in den Blick zu nehmen, wonach die aus verschiedenen Töpfen zu füllenden Ausgleichsfonds auf Landesebene organisiert und verwaltet werden sollen. Weiter ist auch die Regelung in § 29 des Gesetzentwurfes zu bewerten, die die Zurverfügungstellung von Ausbildungsbudgets zur Finanzierung der Ausbildungskosten regelt. Diese Budgets werden in den einzelnen Bundesländern festgelegt bzw. verhandelt.

#### **1.4.5.1 Folgen des Finanzierungssystems**

Es lässt sich zunächst festhalten, dass in dem Gesetzesentwurf das Bemühen des Bundesgesetzgebers erkennbar wird, die Finanzierung der neuen Ausbildung länderspezifisch zu regeln. Gleichzeitig werden aber in § 33 Abs. 1 des Gesetzesentwurfs bindende prozentuale Quoten für die einzelnen Finanzierungsträger festgelegt. Das Gesamtbudget, das über den Ausgleichsfonds zu finanzieren ist, weicht indessen in den Ländern ab. Denn diese sind jeweils selbst dafür verantwortlich, im Wege der Pauschal- oder Individualbudgets die Kosten festzulegen.

Die konkrete Höhe des Gesamtbudgets hängt natürlich insbesondere davon ab, in welchem Umfang Ausbildungsplätze im jeweiligen Bundesland vorgesehen bzw. geschaffen werden sollen. Die Erfahrungen aus der Vergangenheit zeigen, dass das Ausbildungsengagement der Länder sehr unterschiedlich ist und die Zahl der Auszubildenden je Bundesland nicht dem in dem jeweiligen Land anzutreffenden Bedarf an ausgebildeten Fachkräften entspricht. Vielmehr gibt es Länder, die faktisch für den Fachkräftebedarf anderer Länder (mit) ausbilden. Dies führt in diesen Ländern zu entsprechend höheren Ausbildungskosten und damit Budgets.

Einen bundeseinheitlichen Kostenmaßstab sieht der Bundesgesetzgeber also nicht vor, sondern lediglich eine bundeseinheitliche Verteilung der unterschiedlich hohen Kosten auf die einzelnen Finanzierungsträger. Hieraus resultiert, dass die absolute Höhe der Beiträge zu den Umlagefonds auf Landesebene abweichen wird. Da die Beiträge von Pflegeeinrichtungen und ambulanten Pflegediensten letztlich von den durch diese betreuten Pflegebedürftigen getragen werden wird die abweichende Ausgestaltung in den einzelnen Ländern dazu führen, dass Pflegebedürftige in einem Bundesland faktisch mehr für die Pflegeleistungen zahlen müssen als in einem anderen Bundesland. Es wird also für einen Pflegebedürftigen aller Voraussicht nach einen messbaren finanziellen Unterschied ausmachen, ob er sich beispielsweise in Nordrhein-Westfalen oder in Niedersachsen in eine Pflegeeinrichtung begibt. Es ist absehbar, dass die Entscheidung für oder gegen eine bestimmte Pflegeeinrichtung aufgrund dieses Umstandes nicht allein von der Qualität der angebotenen Leistungen, sondern auch von den in den verschiedenen Ländern abweichenden Kosten der Pflege abhängig gemacht werden wird.

Durch die Kombination aus landesindividuellen Fonds und bundeseinheitlich festen prozentualen Umlageanteilen wird also eine **Mobilitätsschranke** zumindest **für die Pflegebedürftigen** aufgebaut.

#### 1.4.5.2 Länderfonds

In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, inwieweit speziell die Regelung zur Finanzierung der Ausbildung aus bei den **Ländern** einzurichtenden Ausgleichsfonds erforderlich im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG ist. Alternativ könnte **ein** Fond auf **Bundesebene** etabliert werden.

Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfes ist eine wesentliche Zielrichtung des neuen Pflegeberufsgesetzes – ähnlich wie beim Altenpflegegesetz – das neue Berufsbild in wirtschaftlicher Hinsicht attraktiv zu gestalten und Interessenten für das Berufsbild zu gewinnen. Ein eventuell vorhandener Wunsch, eine solche Ausbildung zu absolvieren, soll nicht daran scheitern, dass diese nur in für den jeweiligen Interessenten unattraktiven Orten angeboten wird. Vielmehr sind identische wirtschaftliche Rahmenbedingungen in allen Landesteilen Deutschlands bezweckt.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob dies durch die Einrichtung von Landesfonds erreicht werden kann. Die Fonds dienen ausweislich der Gesetzesbegründung dazu, eine auf die individuelle Ausbildungs- und Schulsituation in dem jeweiligen Bundesland abgestimmten Finanzierung sicherzustellen und damit dem Erhalt und der Steigerung von Ausbildungsangeboten zu dienen (vgl. S. 87 des Gesetzentwurfes). Vom Gesetzgeber ist also gerade eine divergierende Ausgestaltung der Finanzierung der Ausbildung in den einzelnen Ländern beabsichtigt.

Als mögliche Folge einer solchen länderindividuellen Lösung ist damit zu rechnen, dass sich die Finanzierung der neuen Ausbildung in den einzelnen Ländern stark unterscheiden wird, da der Gesetzesentwurf den Ländern zahlreiche „Stellschrauben“ bietet. So heißt es in § 26 Abs. 4 des Gesetzentwurfes wie folgt:

*„Die zuständige Stelle im Land ermittelt den erforderlichen Finanzierungsbedarf nach § 32 und erhebt Umlagebeträge bei den Einrichtungen nach §§ 33 Absätze 3 und 4. Sie verwaltet die eingehenden Beträge nach §*

*33 Absatz 1 einschließlich der Beiträge aus Landesmitteln nach § 33 Absatz 1 Nummer 3 sowie der Beiträge nach § 33 Absatz 1 Nummer 4 als Sondervermögen und zahlt Ausgleichszuweisungen an die Träger der praktischen Ausbildung und die Pflegeschulen aus.“*

Die Länder verfügen also über verschiedene Variablen zur Beeinflussung der Ausgestaltung der Finanzierung. Durch die bewusste Ansiedlung auf Landesebene wird also eine unterschiedliche Entwicklung des Ausbildungsfonds ermöglicht.

Dies erscheint vor dem Hintergrund von Art. 72 Abs. 2 3. Alt. GG problematisch. Denn als Rechtfertigung einer bundeseinheitlichen Regelung ist nach dieser Vorschrift erforderlich, dass diese Regelung zur Beseitigung wirtschaftlicher Unterschiede zwischen den einzelnen Ländern dient, weil ansonsten Mobilitätshemmnisse bestehen. Vorliegend wird aber gerade eine wirtschaftlich abweichende Situation in den Ländern durch die Etablierung der Ausbildungsfonds geschaffen. Die eigenständige Entwicklung der Fonds in den einzelnen Ländern lässt erwarten, dass die für die Vergütung der Ausbildung zur Verfügung stehenden Budgets in den einzelnen Ländern erheblich abweichen werden. Die im Gesetzentwurf vorgesehene länderspezifische Differenzierung verhindert eine deutschlandweit einheitliche Ausgestaltung der Ausbildungsfinanzierung zum neuen Pflegeberuf. Die bundeseinheitliche Festbeschreibung der Rahmenbedingungen genügt für eine tatsächliche Vereinheitlichung der wirtschaftlichen Situation der Ausbildung nicht.

Die wirtschaftliche Situation ist damit letztlich nicht mehr vereinheitlicht, als wenn es den einzelnen Ländern vollständig überlassen bliebe, die Finanzierung eigenständig zu regeln. Zumindest jedoch trägt die gewählte Ausgestaltung der Finanzierung über Ausgleichsfonds die latente Gefahr des Auseinanderdriftens der Finanzierung in den einzelnen Ländern in sich. Eine solche Abweichung der Finanzierung der Ausbildung in den einzelnen Ländern wird aller Voraussicht nach auch Auswirkungen auf die Bereitschaft von Interessenten haben, eine Ausbildung zur Pflegefachfrau bzw. zum Pflegefachmann zu absolvieren. Insbesondere ist zu erwarten, dass sich schnell einzelne Länder herauskristallisieren werden, welche aufgrund des zur Verfügung stehenden Budgets oder auch nur aufgrund der Handhabung der Finanzierung durch die jeweiligen Landesstellen attraktiver für die Aufnahme einer solchen Ausbildung sind als andere. Es ist damit nicht auszuschließen, dass gerade aufgrund der länderindividuellen Ausgestaltung der Finanzierung ausbildungsbezogene Mobilitätshindernisse entstehen werden.

Dieser Befund gilt erst recht, weil angesichts der zahlreichen von verschiedener Seite im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Vorbehalte nicht auszuschließen ist, dass das neue Finanzierungssystem nach Inkrafttreten beklagt werden wird. Aufgrund der landesindividuellen Ausgestaltung der Ausbildungsfonds werden sich die Rechtsbehelfe nicht gegen den Bund, sondern die den jeweiligen Fonds verwaltende Landesstelle richten.

Insgesamt ist somit nicht ersichtlich, dass die Einführung von Ausgleichsfonds auf Landesebene geeignet ist, die Anforderung der Rechtsprechung zur Verhinderung erheblicher Nachteile für die Gesamtwirtschaft der Bundesrepublik Deutschland zu erfüllen. Dies spricht gegen eine Erforderlichkeit für die Einführung des Pflegeberufgesetzes gem. Art. 72 Abs. 2 Alt. 3 GG.

#### 1.4.5.3 Pauschal-/Individualbudgets

Die vorstehenden Bedenken werden vertieft durch die nach § 29 Abs. 5 des Gesetzentwurfes bestehende Möglichkeit, das zur Finanzierung der Ausbildung heranzuziehende Ausbildungsbudget (vgl. § 29 Abs. 1 S. 1 des Gesetzentwurfes) entweder als Pauschal- oder als Individualbudget auszugestalten. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu:

*„Sowohl die Festlegung von Ausbildungsbudgets über auf Landesebene vereinbarte Pauschalen als auch eine Individualvereinbarung ermöglichen eine auf die individuelle Ausbildungs- und Schulsituation zugeschnittene Finanzierung und dient damit dem Erhalt und der Steigerung von Ausbildungsangeboten.“*

Es ist zu erwarten, dass auch durch dieses Wahlrecht **unterschiedliche Finanzierungsvolumina** und damit unterschiedliche Ausbildungsanreize in den einzelnen Ländern entstehen werden. Gerade in Flächenländern wie etwa Nordrhein-Westfalen dürfte eine individuelle Vereinbarung von Budgets mit mehreren tausend Einrichtungen ausscheiden bzw. nur unter hohem Verwaltungs- und damit Kostenaufwand möglich sein.

Jedenfalls resultiert aus dem Umstand, dass die konkreten Budgets auf Länderebene festgelegt werden, eine abweichende Ausgestaltung und Strukturierung der Finanzierung in den einzelnen Ländern. Selbst wenn also die Bezahlung der einzelnen Auszubildenden in den Ländern einheitlich wäre bestünde aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung des Systems zur Ermittlung der Umlage eine in den einzelnen Ländern abweichende Finanzierungs-



systematik. Eine bundeseinheitliche Regelung ist nicht erkennbar, sodass auch aus diesem Grund ein Berufen auf Art. 72 Abs. 2 GG fraglich ist.

#### **1.4.5.4 Unterschiedliches Ausbildungsengagement**

Unmittelbare Auswirkungen auf die Höhe der von den verschiedenen Kostenträgern zu übernehmenden Ausbildungskosten hat natürlich der Umfang der Ausbildung in dem jeweiligen Bundesland. Aufgrund der Erfahrungen aus der Vergangenheit ist damit zu rechnen, dass das Ausbildungsengagement in den Ländern unterschiedlich ausfällt. Es wird somit Bundesländer geben, die rechnerisch mehr Ausbildungskapazitäten aufweisen als es ihrem eigenen Fachkräftebedarf entspricht. Als Folge entstehen in diesen Ländern höhere Gesamtausbildungskosten. Diese sind ausschließlich von denjenigen Kostenträgern des jeweiligen Landes zu übernehmen. Damit werden u.a. Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen in Bundesländern mit hohem Ausbildungsengagement stärker belastet als in solchen Bundesländern, in denen nur zurückhaltend ausgebildet wird. Wiederum ist nicht erkennbar, dass dieses Auseinanderdriften der tatsächlichen Kosten und Umlagebeträgen in den einzelnen Bundesländern gerade dazu dienen soll, die Einheit der Wirtschaft zu gewährleisten. Vielmehr ist das genaue Gegenteil der Fall.

#### **1.4.5.5 Freigabe Kostenquoten**

An dem vorstehenden Ergebnis änderte sich auch dann nichts, wenn die in § 33 Abs. 1 des Gesetzesentwurfs enthaltenen festen prozentualen Anteile freigabe und es den Ländern überließe, eigenständig für ihr jeweiliges Landesgebiet zu regeln, welche Kostenträger zu jeweils welchen Anteilen den Finanzierungsbedarf der Ausgleichsfonds aufzubringen haben. Auch in diesem Fall bliebe es dabei, dass das von Art. 72 Abs. 2 GG vorausgesetzte Ziel, nämlich die Schaffung von Wirtschaftseinheit, nicht erreicht wäre. Vielmehr bestünde in einem solchen Fall nur noch eine weitere Variable im Finanzierungssystem, die zu einer noch uneinheitlicheren Ausgestaltung der Finanzierung in den einzelnen Ländern führen könnte. Insbesondere bliebe es dabei, dass aufgrund des Umstands, dass der von den Pflegeeinrichtungen zu tragende Anteil der Kosten der Umlage zumindest teilweise von diesen auf die Pflegebedürftigen abgewälzt wird. Mithin wäre auch weiterhin damit zu rechnen, dass die von den Pflegebedürftigen zu tragenden Lasten in den einzelnen Ländern abweichen. Dies könnte dazu führen, dass aufgrund der abweichenden Pflegekosten in den einzelnen Ländern die Mobilität der Pflegebedürftigen erheblich eingeschränkt wird.

## 1.5 Zwischenergebnis

Es bestehen mithin im Hinblick auf die Ausgestaltung der Finanzierung durch umlagefinanzierte Ausgleichsfonds auf Länderebene Bedenken gegen die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zum Erlass des Pflegeberufgesetzes in seiner jetzigen Form. Die im Gesetz angelegte Kombination aus bundeseinheitlichen Finanzierungsquoten mit einer Ansiedlung der Ausgleichsfonds auf Landesebene führt dazu, dass die Finanzierung in den einzelnen Ländern abweichend ausgestaltet sein wird und hierdurch wirtschaftliche Unterschiede für Pflegebedürftige und Auszubildende zwischen den einzelnen Ländern gegeben sein werden. Dies spricht gegen die vom Bund angeführte Rechtfertigung mit Gründen der Wahrung der Wirtschaftseinheit.

Die einzige Möglichkeit, die vorstehenden verfassungsrechtlichen Bedenken auszuräumen, ist die Schaffung eines bundeseinheitlichen Fonds. Damit ist es dann für die Kostenträger unerheblich, in welchem Bundesland wie viele Ausbildungskapazitäten vorhanden sind und ob dies dem dort jeweils zu erwartenden Fachkräftebedarf entspricht. Auch die unterschiedlichen Kostenstrukturen in den jeweiligen Bundesländern spielen bei einem solchem Bundesfonds keine Rolle mehr. Vielmehr wird im Sinne einer gesamtwirtschaftlichen Betrachtung und damit gerade zur Wahrung der Wirtschaftseinheit über einen Bundesfonds dafür Sorge getragen, dass die Lasten der Ausbildung gleichermaßen von allen Kostenträgern zu übernehmen sind.

## 2 Verfassungsrechtliche Anforderungen an Sonderabgabe

Der Kabinettsentwurf des Pflegeberufgesetzes sieht eine Umlage der Ausbildungskosten vor, damit für die ausbildenden Betriebe und die Auszubildenden keine Kosten entstehen. Die entstehenden Gesamtkosten sind nach § 33 Abs. 1 Nr. 1 bzw. 2 des Gesetzentwurfes teilweise von Krankenhäusern bzw. ambulanten und stationären Pflegediensten aufzubringen. Die Inanspruchnahme dieser Einrichtungen soll per Verwaltungsakt erfolgen. § 33 Abs. 3 des Gesetzentwurfes sieht für Krankenhäuser vor, dass die nach Landesrecht zuständige Stelle den Umlagebetrag gegenüber den Einrichtungen festsetzt. Gleiches gilt nach § 33 Abs. 4 des Gesetzentwurfes für stationäre und ambulante Pflegeeinrichtungen. Rechtlich handelt es sich hierbei um eine Sonderabgabe, die einer entsprechenden verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf. Bei der Beurteilung ist zu berücksichtigen, dass das BVerfG bereits verschiedenen Ländern Umlagen zur Finanzierung der Altenpflegeausbildung gebilligt hat.

*BVerfGE 108, S. 186, 186 ff.*

Zu untersuchen ist daher vor allem, ob das nunmehr vom Bund beabsichtigte System der Umlage verfassungsrechtlich anders zu beurteilen ist als die seinerzeit vom BVerfG überprüften Regelungen in den Ländern Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Niedersachsen und Thüringen.

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist der Staat aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Finanzverfassung, Art. 104 ff. GG, nicht vollständig frei bei der Erhebung von nicht steuerlichen Abgaben. Das BVerfG knüpft die Zulässigkeit von Sonderabgaben daher an besondere Voraussetzungen.

*BVerfGE 122, S. 316, 333 ff.; 113, S. 128, 146 ff.*

Diese Voraussetzungen sind im Einzelnen:

## **2.1 Sachlicher Rechtfertigungsgrund**

Sonderabgaben bedürfen einer **besonderen sachlichen Rechtfertigung**. Dieser dient zur deutlichen **Unterscheidung gegenüber Steuern** und zur Gewährleistung der **Belastungsgleichheit** der Abgabepflichtigen.

*BVerfGE 122, S. 316, 333 ff.; 108, S. 186, 215 f.*

Der mit der Abgabenerhebung verfolgte **Zweck** muss **über die bloße Mittelbeschaffung hinausgehen**.

*BVerfGE 136, S. 194, 242.*

Eine solche besondere sachliche Rechtfertigung ist bei einer Sonderabgabe zur Finanzierung der Altenpflegeausbildung anzunehmen. Ziel ist es, die Attraktivität der Ausbildung zu erhöhen und so die Verfügbarkeit einer ausreichenden Zahl qualifizierter Fachkräfte für die Zukunft zu sichern.

*BVerfGE 108, S. 186, 220 f.*

Daneben sollen nicht ausbildende Einrichtungen durch die Erhebung der Umlage ihren wirtschaftlichen Vorteil gegenüber solchen Einrichtungen verlieren, die auf eigene Kosten ausbilden.

*BVerfGE 108, S. 186, 222.*

Diese Zielrichtung verfolgt der Entwurf des Pflegeberufgesetzes weiter. Eine besondere sachliche Rechtfertigung sowie ein Sachzweck, der über die bloße Mittelbeschaffung hinausgeht, liegt somit vor.

## **2.2 Homogene Gruppe**

Sonderabgaben dürfen nur gegenüber solchen Personen erhoben werden, die eine homogene Gruppe bilden.

### **2.2.1 Rechtliche Anforderungen**

Gruppenhomogenität setzt eine **Abgrenzbarkeit der Abgabepflichtigen** gegenüber anderen Gruppen voraus. Eine Abgrenzbarkeit ist gegeben, wenn sich die Abgabepflichtigen aufgrund **gemeinsamer**, durch Rechtsordnung oder gesellschaftliche Wirklichkeit geprägte **Interessen und Gegebenheiten** von anderen Gruppen oder der Allgemeinheit **unterscheiden**.

*BVerfGE 135, S. 155, 207; 108, S. 186, 223; 110, S. 370, 390.*

Eine vollständige Interessengleichheit ist hierbei nicht verlangt. Ausreichend ist ein die Belastung mit der Sonderabgabe rechtfertigendes Maß an spezifischer Gemeinsamkeit.

*BVerfGE 136, S. 194, 243.*

Die Homogenität der Gruppe fehlt dann, wenn der Gesetzgeber solche (Teil-)Gruppen von der Abgabenerhebung ausschließt, die zum verfolgten Sachzweck die gleiche oder sogar eine noch größere Nähe aufweisen als die Abgabepflichtigen.

*BVerfGE 136, S. 194, 246.*

Dem Gesetzgeber steht allerdings ein **Beurteilungsspielraum** bei der Frage zu, was hinsichtlich der Nähe zum Sachzweck als gleich oder ungleich anzusehen ist. Begrenzte Ungleichbehandlungen, insbesondere bei Schwierigkeiten der Abgrenzung vergrößern die Spielräume und erlauben **Typisierungen**.

*BVerfGE 135, S. 155 ff.*

Trifft eine Sonderabgabe im Endeffekt nicht die Abgabepflichtigen selbst, sondern aufgrund rechtlicher Gegebenheiten letztlich Dritte, an die die Abgabepflichtigen die Abgabe weiterreichen, müssen diese Dritten eine homogene Gruppe bilden.

*BVerfGE 91, S. 186, 205 f.*

Das BVerfG hat für die seinerzeit überprüften landesrechtlichen Regelungen zur Ausbildungsumlage die gebildete Gruppe der Abgabenschuldner verfassungsrechtlich gebilligt. Die maßgebliche Gemeinsamkeit sei die jeweilige Rolle der Pflegeeinrichtungen als Anbieter der Dienstleistung „Altenpflege“. Der Erhebung der Umlage gegenüber Heimen, stationären und ambulanten Pflegeeinrichtungen war nicht zu beanstanden. Ein direkter Durchgriff der Abgabenschuldner auf die Pflegebedürftigen bzw. die die Pflege letztendlich finanzierenden Pflegeversicherungen lag bei den seinerzeitigen Regelungen nach Auffassung des BVerfG nicht vor. Zwar eröffneten die gesetzlichen Regelungen die **Möglichkeit**, die zusätzlichen Kosten in die Vergütung der allgemeinen Pflegeleistungen einzubeziehen. Eine **Pflicht** so vorzugehen **bestand** aber **nicht**. Aufgrund der Konkurrenz der unterschiedlichen Pflegeeinrichtungen hing deshalb die Möglichkeit, tatsächlich die Abgabenlast auf die Pflegebedürftigen und damit die Pflegeversicherungen abwälzen zu können von den tatsächlichen Marktgegebenheiten ab.

*BVerfGE 108, S. 186, 222 f.*

Dieser Auffassung hat sich das OVG NRW für die zurzeit in Nordrhein-Westfalen geltende Umlage nach der Verordnung über die Erhebung von Ausgleichsbeiträgen zur Finanzierung der Ausbildungsvergütungen in der Altenpflege angeschlossen. Insbesondere sei nicht zu erkennen, dass sich seit der Entscheidung des BVerfG die Marktgegebenheiten so geändert hätten, dass die Gruppenbildung unter Berücksichtigung des Bewertungsspielraumes des Gesetzgebers als nicht mehr homogen darstellt.

*OVG NRW, Urteil v. 27.06.2014, Az: 12 A 1932/13 (juris).*

Das Land NRW musste zudem bei der bisherigen Regelung die Krankenhausträger nicht in den Kreis der Abgabepflichtigen einbeziehen, auch wenn diese u.U. von den mit Hilfe der Ausbildungsumlage ausgebildeten Altenpflegern/-erinnen profitieren.

*OVG NRW, Beschluss v. 30.09.2015, Az: 12 A 1968/14 (juris).*

### **2.2.2 Bewertung Finanzierungssystem**

Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung werden die Länderfonds durch Krankenhäuser, stationäre und ambulante Pflegeeinrichtungen, das jeweilige Land sowie die soziale Pflegeversicherung nach festgelegten Prozentsätzen gespeist, § 33 Abs. 1 des Gesetzentwurfes. Gegenüber dem jeweiligen Bundesland sowie der sozialen Pflegeversicherung handelt es sich nicht um eine Sonderabgabe, sondern um eine gesetzliche Inanspruchnahme. Eine Sonderabgabe liegt aber gegenüber den Krankenhäusern sowie den stationären und ambulanten Pflegeeinrichtungen vor. Diese werden nach § 33 Abs. 3 bzw. Abs. 4 des Gesetzentwurfes per Verwaltungsakt von der zuständigen Stelle auf Zahlung des Umlagebetrages in Anspruch genommen.

Stellt man nur auf diesen gesetzlich definierten Adressatenkreis ab, liegt eine homogene Gruppe vor. Es handelt sich um diejenigen Stellen, die jetzt und zukünftig auf fachlich qualifizierte Pflegefachfrauen/-männer angewiesen sind. Damit profitieren sie unmittelbar von der Ausbildung, die teilweise durch die Sonderumlage finanziert werden soll. Da nunmehr aufgrund der neuen Ausgestaltung des Berufsbildes die Krankenhäuser in die Sonderabgabe einbezogen sind, stellt sich die in der Vergangenheit in NRW erörterte Frage der Zulässigkeit einer Ausgrenzung dieser Arbeitgeber nicht mehr. Nach wie vor nicht umlagepflichtig sollen allerdings andere Stellen sein, in denen Pflegefachkräfte beschäftigt sein werden. Insbesondere betrifft dies die Heimaufsichten und die medizinischen Dienste der Krankenkassen (MDK). Konkrete Zahlen, wie viele Pflegefachkräfte dort in den bisherigen Ausbildungsberufen beschäftigt sind oder zukünftig nach Generalisierung der Ausbildung beschäftigt sein werden, existieren nicht. Im Vergleich zur Gesamtzahl der ausgebildeten Pflegefachkräfte dürfte es sich aber nur um einen sehr geringen Bruchteil handeln. Unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers ist es nicht zu beanstanden, wenn sich die Abgabepflicht an die eindeutigen Hauptprofiteure richtet. Die fehlende Berücksichtigung der

Heimaufsichten und MDK ist somit verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen nach § 28 Abs. 2 des Gesetzentwurfes die Möglichkeit haben, Ausbildungszuschläge als Teil ihrer Entgelte/Vergütungen von den Patienten bzw. Pflegebedürftigen zu erheben. Es ist daher zu prüfen, ob nicht in Wirklichkeit die Pflegebedürftigen bzw. Patienten die Abgabenschuldner sind und somit eine homogene Gruppe bilden müssten. Das BVerfG hat in seiner seinerzeitigen Entscheidung zur Sonderabgabe für die Ausbildung in der Altenpflege aufgrund der Fakultativität einer Weiterreichung der Sonderabgabe an die Pflegebedürftigen keine Notwendigkeit gesehen, dieser Frage nachzugehen.

Die vom BVerfG hierzu angestellten Überlegungen gelten für die Pflegebedürftigen auf Basis des § 28 Abs. 2 des Gesetzentwurfes nach wie vor. Dort wird lediglich die **Möglichkeit** vorgesehen, die Umlagebeträge in der Vergütung der allgemeinen Pflegeleistungen zu berücksichtigen. Aufgrund des betragsmäßig **begrenzten Leistungsumfanges** der sozialen Pflegeversicherung in Abhängigkeit von der Pflegestufe ist es den Pflegebedürftigen häufig nicht möglich, sämtliche in Anspruch genommenen Leistungen der Pflegeeinrichtungen gegenüber der sozialen Pflegeversicherung geltend zu machen und erstattet zu bekommen. Regelmäßig tritt dieses Erstattungsproblem gerade bei den Ausbildungszuschlägen auf, da sie zusätzlich zu der eigentlichen Pflegeleistung zu bezahlen sind. Es ist daher **für Pflegeeinrichtungen ein wettbewerblicher Vorteil, wenn sie von der Möglichkeit der Weiterreichung Abstand nehmen**. Aufgrund der Wettbewerbsbedingungen sozialer und ambulanter Pflegeeinrichtungen ist deshalb damit zu rechnen, dass – wie auch bisher – nicht jede Einrichtung tatsächlich von der Möglichkeit des § 28 Abs. 2 des Gesetzentwurfes Gebrauch machen wird. Die Pflegebedürftigen sind somit keine Abgabeschuldner der Sonderabgabe.

Auf den ersten Blick lassen sich diese Überlegungen genauso auf Krankenhäuser übertragen, da § 28 Abs. 2 des Gesetzentwurfes insoweit ebenfalls die bloße **Möglichkeit** der Erhebung gegenüber den Patienten beinhaltet. Eine solche Betrachtung berücksichtigt indessen nicht, dass die gesetzlichen und privaten **Krankenversicherungen die Ausbildungszuschläge übernehmen**. Es gibt daher keinen Wettbewerbsdruck für die Krankenhäuser, von der fakultativen Weiterreichung Abstand zu nehmen. Für die Patienten des Krankenhauses ist eine Inrechnungstellung der Umlagebeträge als Ausbildungszuschläge aufgrund der umfassenden Erstattungsmöglichkeit über die Krankenversicherung ohne Belang. Eine Ausnahme gilt lediglich für solche Privatversicherte, bei denen eine etwaige vereinbarte Selbstbeteili-

gung noch nicht erreicht ist. Im Rahmen einer typisierenden Betrachtung kann dieser Sonderfall aber nicht zu einer anderen Bewertung führen.

Es ist daher damit zu rechnen, dass die Krankenhäuser vollumfänglich von der Möglichkeit des § 28 Abs. 2 des Gesetzentwurfes Gebrauch machen. Ob diese zu erwartende praktische Handhabung der fakultativen Erhebung der Ausbildungszuschläge verfassungsrechtlich dazu führt, dass nicht die Krankenhäuser, sondern deren Patienten zusammen mit den ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen eine homogene Gruppe bilden müssen, ist bisher vom BVerfG nicht entschieden. Für den sogenannten Kohlepfennig ist das BVerfG davon ausgegangen, dass eine unzulässige faktische Inanspruchnahme der Endverbraucher vom Gesetzgeber beabsichtigt war, da die gesetzliche Regelung eine Möglichkeit der Weiterbelastung selbst für bereits geschlossene Stromlieferverträge eröffnete. Aufgrund des seinerzeit noch geltenden Gebietsmonopols für die Stromversorger sei die Abgabenlast bei den Energieversorgungsunternehmen lediglich ein durchlaufender Posten. Dies führte zur Verfassungswidrigkeit des sogenannten Kohlepfennigs, da die Stromabnehmer als eigentlich Belastete keine besondere Finanzierungsverantwortung für die Kohleverstromung hatten.

*BVerfGE 91, S. 186, 203 ff.*

Ein Gebietsmonopol besteht für die Krankenhäuser nicht. Zudem ist die gesetzliche Regelung nicht so formuliert, dass der Gesetzgeber auf jeden Fall von einer Weiterreichung ausgeht. Er schafft nur die Möglichkeit hierzu. Der Gesetzgeber muss u.E. aber auch die tatsächlich zu erwartende Praxis in den Blick nehmen, sodass die zu prognostizierende vollständige Weiterreichung der Umlage an die Patienten nicht außer Acht gelassen werden kann. Ohne Belang ist hierbei die Möglichkeit der Patienten, ihrerseits die Umlagebeträge von den Krankenversicherungen bzw. der Beihilfe erstattet zu bekommen. Vielmehr kann diese Erstattungsmöglichkeit nur für die Frage eine Rolle spielen, ob im Bereich der Krankenhäuser die Patienten oder sogar die Träger der Krankenversicherung und der Beihilfe aufgrund der wirtschaftlichen Zusammenhänge als Abgabenschuldner zu verstehen sind. Dies kann offen bleiben. In beiden Fällen läge keine homogene Gruppe mit den ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen vor. Es ist nicht erkennbar, warum die Patienten von Krankenhäusern die Finanzierungsverantwortung für die neue Ausbildung im gleichen Maße tragen sollen wie die ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen. Genauso wenig ist eine vergleichbare Finanzierungsverantwortung bei den Pflegeeinrichtungen einerseits und den Krankenversicherungsträgern andererseits feststellbar. Zu einer Verfassungsgemäßheit der Finanzierungssystematik käme man somit nur dann, wenn man allein auf den Wortlaut des § 28 Abs.



2 des Gesetzentwurfes abstellt, der eben nur die bloße Möglichkeit der Weiterreichung beinhaltet. Vor den tatsächlich zu erwartenden finanziellen Auswirkungen müsste man die Augen verschließen. Dies überzeugt nicht. Der Gesetzgeber kann nicht sehenden Auges eine fakultative Regelung schaffen, die in der wirtschaftlichen Realität nicht als bloße Möglichkeit, sondern als tatsächliche Gegebenheit gelebt werden wird. Die erforderliche Gruppenhomogenität ist damit nicht gewährleistet.

### 2.2.3 Gruppennützige Verwendung

Das Abgabeaufkommen muss gruppennützig, also unter Berücksichtigung der **besonderen Finanzierungsverantwortung** der in Anspruch Genommenen, verwendet werden.

*BVerfGE 136, S. 194, 242; BVerfGE 55, S. 274, 298, 306 ff.*

Eine gruppennützige Verwendung liegt nicht nur bei direkten Zuwendungen an Gruppenmitglieder vor, sondern auch wenn der Staat beabsichtigt, spezielle Nachteile auszugleichen, die die Gruppenangehörigen besonders treffen und die sie nicht selbst oder nicht mit gleicher Erfolgsaussicht kompensieren können.

*BVerfGE 123, S. 132, 143.*

Eine spezifische Verwendung des Abgabenaufkommens im Interesse eines jeden Einzelnen in Anspruch Genommenen ist nicht erforderlich. Zudem dürfen auch andere Gruppen oder die Allgemeinheit im begrenzten Umfang Vorteile aus der Mittelverwendung haben.

*BVerfGE 136, S. 194, 250.*

Das BVerfG hat bei den seinerzeit überprüften Umlagen zur Finanzierung der Altenpflegeausbildung die Gruppennützigkeit bejaht. Zwar erfolge die Erstattung der Ausbildungskosten ganz überwiegend nicht gegenüber Einrichtungen, die aus der Gruppe der Abgabepflichtigen stammten, sondern gegenüber den Trägern der fachpraktischen Ausbildung. Das erforderliche Interesse der Abgabepflichtigen liegt aber auch in dieser Konstellation vor, da die in Anspruch genommenen Einrichtungen für die Zukunft ein **ausreichendes Angebot an qualifiziert ausgebildeten Fachkräften benötigen**, um ihre Dienstleistungen erbringen zu können.

*BVerfGE 108, S. 186, 229 f.*

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass die im Wege der Sonderabgabe erhobenen Mittel in die jeweiligen Länderfonds einfließen und hieraus entsprechend der prozentualen Anteile nach § 33 Abs. 1 des Gesetzentwurfes anteilig die Ausbildungskosten finanziert werden. Damit liegt eine gruppennützige Verwendung vor, da die Krankenhäuser und stationären und ambulanten Pflegeeinrichtungen ein Interesse daran haben, über ein ausreichendes Angebot an qualifizierten Fachkräften zu verfügen, um ihre Dienstleistungen erbringen zu können.

### **2.3 Gesetzgeberische Überprüfung**

Das Bundesverfassungsgericht fordert eine regelmäßige gesetzgeberische Überprüfung der Sonderabgabe. Dies soll zum einen sicherstellen, dass der Gesetzgeber unter Kontrolle behält, ob der besondere Zweck, der für die Zulässigkeit einer Sonderabgabe notwendig ist, nach wie vor gegeben ist. Zum anderen ist der Gesetzgeber aufgerufen, die weiteren verfassungsrechtlichen Voraussetzungen wie insbesondere die Homogenität der Gruppe und die Gruppennützigkeit der Verwendung der Abgabe unter **Kontrolle** zu behalten, um so auf etwaige Änderungen der tatsächlichen Gegebenheiten **reagieren zu können**.

*BVerfGE 136, S. 194, 260; 55, S. 274, 308.*

Hieraus folgte für den Moment keine gesteigerte verfassungsrechtliche Anforderung an die Zulässigkeit der Umlage gem. §§ 26 ff. des Gesetzentwurfes. Der Bund ist aber aufgerufen, eine regelmäßige Überprüfung der nunmehr zur Einführung vorgesehenen Umlage durchzuführen. § 33 Abs. 8 des Gesetzentwurfes sieht eine Überprüfung der Höhe der Direktzahlung der Pflegeversicherung im Jahre 2021 vor. Eine Kontrolle der Sonderabgabe als solche ist nicht vorgesehen. Hieraus folgt jedoch nicht die Verfassungswidrigkeit des Gesetzentwurfes, sondern rechtliche Bedenken entstehen erst dann, wenn der Gesetzgeber in Zukunft keine regelmäßige Überprüfung vornimmt.

### **2.4 Haushaltsrechtliche Dokumentation**

Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die **Gesamtbelastung der Bevölkerung bzw. einzelner Bevölkerungsgruppen unter Kontrolle zu halten**. Es ist deshalb eine Übersicht über die Entwicklung der verschiedenen Sonderabgaben zu erstellen. Hierdurch erfährt der Ausnahmecharakter der Sonderabgaben eine prozedurale Absicherung. Üblich und ausrei-

chend ist es, in einer Übersicht zum Haushaltsplan das Soll-Abgabeaufkommen für das Planjahr sowie für das letzte Jahr das Ist-Aufkommen unter zusammenfassender Nennung der Rechtsgrundlage, des Zwecks der Abgabe, der Abgabepflichtigen und der Begünstigten aufzuführen.

*Vgl. BVerfGE 136, S. 194, 261; 124, S. 235, 248.*

Diese Anforderungen sind somit für die Zukunft bei der Erhebung der Pflegeberufeumlage zu beachten.

### **3 Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG**

Die Regelungen in § 26 ff. des Gesetzentwurfes betreffen die Finanzierung der Ausbildung zur Pflegefachfrau/zum Pflegefachmann. Gegenüber den zur Versorgung zugelassenen Krankenhäusern sowie den stationären und ambulanten Pflegeeinrichtungen erfolgt eine Umlage des von diesen zu erbringenden Finanzierungsbedarfes per Ausbildungszuschlag gem. § 33 Abs. 3 bzw. Abs. 4 des Gesetzentwurfes. Die Festsetzung erfolgt per Verwaltungsakt. Dieser ist nur dann rechtmäßig, wenn die grundsätzliche Erhebung und die Ermittlung der Umlagebeträge dem Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG entspricht.

#### **3.1 Verfassungsrechtliche Anforderungen des Gleichheitsgebotes**

Hierbei sind die folgenden Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten.

##### **3.1.1 Inhalt des Gleichheitsgebotes**

Art. 3 Abs. 1 GG gebietet es, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Hiermit ist allerdings kein generelles Verbot einer Differenzierung verbunden. Das Gleichheitsgrundrecht ist (nur) verletzt, wenn der Gesetzgeber bei Regelungen, die unmittelbar oder mittelbar Personengruppen betreffen, eine **Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu einer anderen Gruppe anders behandelt**, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, die die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.

*BVerfGE 126, S. 233, 263; 110, S. 141, 167.*

Umgekehrt darf es der Gesetzgeber **nicht unterlassen**, tatsächliche **Ungleichheiten** des zu ordnenden Lebenssachverhaltes **zu berücksichtigen**, wenn diese so bedeutsam sind, dass sie bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise beachtet werden müssen.

*BVerfGE 110, S. 141, 167; 103, S. 242, 258.*

Auf Tatbestandsebene ist also zu ermitteln, ob eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichen oder eine Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem vorliegt.

Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, diejenigen Sachverhalte auszuwählen, an die er dieselbe Rechtsfolge knüpft, die er also im Rechtssinne als gleich ansehen will. Er muss allerdings seine **Auswahl sachgerecht** treffen.

*BVerfGE 103, S. 310, 318; 75, S. 108, 157.*

Fehlt es bereits an einem sachlichen Grund für die Differenzierung erweist sich die Ungleichbehandlung von Gleichem bzw. die Gleichbehandlung von Ungleichem als **willkürlich**.

*BVerfG, a.a.O.; Kischel in: Epping/Hillgruber, GG, 2. Auflage 2013, Art. 3, Rn. 30.*

Bereits die Gruppenbildung, also die Festlegung der zu vergleichenden Personen, enthält wertende Elemente und ist nicht einer rein logischen Betrachtung zugänglich. Sowohl die Festlegung des gemeinsamen Oberbegriffes als auch der Differenzierungskriterien muss in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber verfolgten Ziele stattfinden.

*Dreier, GG, 3. Auflage 2013, Art. 3, Rn. 25.*

### **3.1.2 Rechtfertigungsebene**

Liegt eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichen oder umgekehrt eine Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem vor, hängt der Umfang der verfassungsrechtlich erforderlichen Rechtfertigung nach neuerer Rechtsprechung des BVerfG vom konkreten Rege-

lungsgegenstand und den verwendeten Differenzierungsmerkmalen ab. Auf jeden Fall erfolgt eine **Willkürkontrolle**, d.h. die Überprüfung, ob ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst irgendwie sachlich einleuchtender Grund für die vorgenommene Differenzierung festzustellen ist.

*Grundlegend BVerfGE 1, S. 14, 52.*

Dem Gesetzgeber wird dabei ein **Mindestmaß an Wertungs- und Begründungs rationalität** und damit die Folgerichtigkeit seiner Überlegungen abverlangt.

*Dreier, a.a.O., Rn. 37; Englisch in: Stern/Becker, GG, 2. Auflage 2016, Art. 3, Rn. 26.*

Nach der sogenannten neueren Formel liegt ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor allem dann vor, wenn eine Gruppe von Normadressaten anders als eine andere behandelt wird, obwohl **zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.**

*BVerfGE 126, S. 233, 263; 87, S. 1, 36; 96, S. 315, 325.*

In der Literatur hat sich hierfür der Begriff der **Entsprechungsprüfung** gebildet. Zu prüfen ist, ob die anzutreffende Differenzierung durch entsprechende sachliche Gründe kompensiert wird, die die (Un-)Gleichbehandlung aufwiegen können.

*Kischel, a.a.O., Rn. 37; Huster in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 3, Rn. 75 ff.*

Inzwischen hat sich in der Rechtsprechung des BVerfG die Auffassung durchgesetzt, dass die Anforderungen an die Rechtfertigung einer (Un-)Gleichbehandlung fließend sind. Bei einer (Un-) Gleichbehandlung von Personengruppen unterliegt der Gesetzgeber regelmäßig einer strengeren Bindung. Dies gilt auch dann, wenn eine (Un-) Gleichbehandlung von Sachverhalten mittelbar zu einer (Un-) Gleichbehandlung von Personengruppen führt.

*BVerfGE 103, S. 310, 319.*

In seinem Beschluss v. 21.06.2011, Az. 1 BvR 2035/07, führt das BVerfG zu den Anforderungen wörtlich aus:

*„Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können (vgl. BVerfGE 117, 1, 30; 122, 1, 23; 126, 400, 416 m.w.N.). Differenzierungen bedürfen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Art. 3 Abs. 1 GG gebietet nicht nur, dass die Ungleichbehandlung an ein der Art nach sachlich gerechtfertigtes Unterscheidungskriterium anknüpft, sondern verlangt auch für das Maß der Differenzierung einen inneren Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung, der sich als sachlich vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt von hinreichendem Gewicht erweist (vgl. BVerfGE 124, 199, 220). Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 55, 72, 88; 88, 87, 97; 93, 386, 397; 99, 367, 389; 105, 73, 110; 107, 27, 46; 110, 412, 432).*

*Dabei gilt ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach dem jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen (vgl. BVerfGE 75, 108, 157; 93, 319, 348; 107, 27, 46; 126, 400, 416 m.w.N.). Eine strengere Bindung des Gesetzgebers ist insbesondere anzunehmen, wenn die Differenzierung an Persönlichkeitsmerkmale anknüpft, wobei sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen umso mehr verschärfen, je weniger die Merkmale für den Einzelnen verfügbar sind (Vgl. BVerfGE 88, 87, 96) oder je mehr sie sich denen des Art 3 Abs. 3 GG annähern (vgl. BVerfGE 124, 199, 220). Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich auch aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben (BVerfGE 88, 87, 96). Im Übrigen hängt das Maß der Bindung u.a. davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind,*

*durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Kriterien zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird (Vgl. BVerfGE 88, 87, 96; BVerfG Beschluss des 1. Senates vom 12.10.2010 – 1 BvL 14/09 -, juris, Rn. 45).“*

### **3.1.3 Ausprägung des Gleichheitssatzes im Steuer- und Abgabenrecht**

Aus dem Gleichheitssatz folgt für das Steuer- und Abgabenrecht der Grundsatz der **Belastungsgleichheit**. Hiermit ist die grundsätzliche gleiche Zuteilung steuerlicher Lasten gemeint.

*BVerfG, Beschluss v. 03.09.2009, Az: 1 BvR 2384/08 (juris); BVerfGE 137, S. 1, 20 f.; 117, S. 1, 30.*

Die vom Gesetzgeber getroffene Belastungsentscheidung muss von ihm folgerichtig i.S. dieser Belastungsgleichheit umgesetzt werden.

*BVerfG, Beschluss v. 03.09.2009, Az: 1 BvR 2384/08 (juris); BVerfGE 117, S. 1, 31.*

Bei der Auswahl des Steuer- bzw. Abgabentatbestandes steht dem Gesetzgeber ein **weiter Gestaltungsspielraum** zu.

*BVerfGE 137, S. 1, 20; 91, S. 207, 223.*

Dieser **Spielraum** gilt auch für den **Verteilungsmaßstab für Kosten**, die auf die Sonderabgabepflichtigen umgelegt werden.

*BVerfGE 124, S. 235, 250.*

Das BVerfG verkennt bei der Prüfung der Belastungsgleichheit nicht, dass Steuer- und Abgabengesetze regelmäßig **Massenvorgänge** des Wirtschaftslebens betreffen. Schon aus Gründen der **Praktikabilität** bedarf es daher einer **Typisierung** der Sachverhalte, sodass nicht zwangsläufig den Besonderheiten jedes Einzelfalles Rechnung getragen werden muss. Eine wirtschaftlich ungleiche Wirkung auf die Steuer-/Abgabepflichtigen darf jedoch ein bestimmtes Maß nicht überschreiten. Die **Vorteile der Typisierung** müssen in einem **sachgerechten Verhältnis zu der mit ihr notwendig verbundenen Ungleichheit**

der Belastung **stehen**.

*BVerfGE, 137, S. , 21; 127, S. 224, 246.*

#### 3.1.4 **Verwaltungspraktikabilität/Typisierung**

Die Notwendigkeit, praktikable gesetzliche Regelungen zu finden und hierfür Sachverhalte zu typisieren, ist auch jenseits des Steuer- und Abgabenrechtes anerkannt.

*Grundlegung: BVerfGE 23, S. 327 ff.*

Die **Verwaltungspraktikabilität** kann aber nur dann als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden, wenn tatsächlich **bei einer Gleichbehandlung erhebliche verwaltungstechnische Schwierigkeiten entständen** und diese nicht durch einfache, weniger belastende Regelungen behoben werden können.

*BVerfGE 103, S. 225, 235; 100, S. 195, 205.*

Eine **Typisierung** ist nur dann zulässig, wenn die hierdurch entstehenden **Härten nur unter Schwierigkeiten vermeidbar** wären, eine lediglich verhältnismäßig **kleine Zahl von Personen betroffen** und der **Gleichheitsverstoß nicht sehr intensiv** ist.

*BVerfGE 126, S. 233, 263 f.; 100, S. 59, 90; 111, S. 115, 137.*

**Selbst bei wesentlichen Unterschieden in den regionalen Kostenniveaus** ist der Gesetzgeber **legitimiert**, eine **bundeseinheitliche Regelung** zu schaffen. Auf diesem Wege kann er den erheblichen Verwaltungsaufwand zur Ermittlung der verschiedenen regionalen Kosten einsparen, wenn eine solche Quantifizierung den Gesetzgeber vor eine kaum lösbare Aufgabe stellen würde.

*BVerfGE 113, S. 167, 197 ff., 246 für den Risikostrukturausgleich in der gesetzlichen Krankenversicherung.*

#### 3.1.5 **Prognosespielraum**

Eine Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ist allgemein anerkannt. Von besonderem



Maße spielt er eine rechtfertigende Rolle, wenn ein **Sachverhalt** zu regeln ist, der **mangels ausreichender Erfahrungen oder erschöpfenden Datenmaterials noch nicht abschließend sicher beurteilt** werden kann.

*BVerfGE 110, S. 141, 166 ff.*

Ein solcher Prognosespielraum, der gröbere Typisierungen und Generalisierungen rechtfertigen kann, besteht **nur bei komplexen, in der Entwicklung begriffenen Sachverhalten**. Ist der zu regelnde Lebenssachverhalt indessen überschaubar und von vornherein mit Härtefällen zu rechnen, darf sich der Gesetzgeber nicht mit Typisierungen begnügen.

*BVerfGE 68, S. 155, 174.*

Wenn eine pauschalierende Regelung an **statistisch ermittelte Daten** anknüpft, muss der Gesetzgeber in jedem Fall die **weitere Entwicklung beobachten**, um wesentliche Veränderungen rechtzeitig durch etwaige Anpassung der gesetzlichen Regelungen genüge tun zu können. Dies setzt zwangsläufig eine regelmäßige Überprüfung der Pauschalierung unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich anzutreffenden Gegebenheiten des geregelten Sachverhalts voraus.

*BVerfGE 97, S. 271, 292, 294 f.*

Selbstverständlich muss die Prognose zudem von Beginn an sachgerecht und vertretbar sein.

*BVerfGE 118, S. 1, 24; 30, S. 250, 263; Englisch, a.a.O., Rn. 136.*

### **3.2 Bewertung des Gesetzentwurfes**

Aufbauend auf die vorstehend dargestellten rechtlichen Kriterien zur Beurteilung, ob ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz besteht, gilt für die Regelungen in den §§ 26 ff. des Gesetzentwurfes Folgendes:

#### **3.2.1 Ermittlung und Verteilung des Finanzierungsbedarfs**

Die Aufbringung des Finanzierungsbedarfes, getrennt nach unterschiedlichen Kostenträgern, regelt § 33 Abs. 1 des Gesetzentwurfes. Gleichheitsrechtlich relevant ist die Aufteilung

im Hinblick auf die grundrechtsfähigen Krankenhäuser sowie die ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen. In den festgelegten Quoten gem. § 33 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 des Gesetzentwurfes kann eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung liegen, wenn die Belastungsgleichheit nicht gewährleistet ist.

Der Gesetzgeber differenziert in § 33 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 zwischen Krankenhäusern einerseits und ambulanten bzw. stationären Pflegeeinrichtungen andererseits. Dies ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, da die beiden in Anspruch genommenen Gruppen in unterschiedlichem Maße auf qualifizierte ausgebildete Fachkräfte in den neuen Pflegeberufen angewiesen sind und somit auch eine unterschiedliche Finanzierungsverantwortung haben. Der Grundsatz der Belastungsgleichheit im Abgabenrecht fordert hierbei allerdings eine folgerichtige Verteilung der Belastung. Angewendet auf die Quotelung in § 33 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 des Gesetzentwurfes bedeutet dies, dass die bundeseinheitlich **festgelegten Prozentsätze** diesem **Gebot der Belastungsgleichheit genügen müssen**.

Hieran bestehen erhebliche Zweifel, da das der gesetzlichen Regelungen zugrundeliegende Forschungsgutachten zur Finanzierung eines neuen Pflegeberufegesetzes unter verschiedenen Gesichtspunkten angreifbar ist. Dies gilt zunächst für das zugrundeliegende **Datenmaterial**, das zeitlich aus dem **Jahre 2012** stammt, dennoch aber eine Hochrechnung für das Jahr 2018 beinhaltet. Damit stammen die Daten aus einem Zeitraum, als die bundesweite Ausbildungs- und Qualitätsoffensive Altenpflege ihre Wirkung noch nicht entfaltet hat. Die Ausbildungs- und Qualifizierungsoffensive Altenpflege hat in NRW zu einer massiven Steigerung der Ausbildungszahlen in der Altenpflege um 75 % von Dezember 2011 bis Dezember 2015 geführt. Die Zahl der Auszubildenden in der Gesundheits- und (Kinder)Krankenpflegeausbildung ist stabil geblieben. Die Relation der Auszubildendenzahlen zwischen Alten- und Krankenpflegeausbildung hat sich damit grundlegend verändert. Zudem weist das Gutachten an diversen Stellen darauf hin, dass die Datengrundlage aus unterschiedlichen Gründen **unvollständig** ist. Viele Bundesländer konnten aus zeitlichen oder inhaltlichen Gründen die angefragten Daten nicht liefern. Das Forschungsgutachten rechnet in diesem Falle mit denjenigen Angaben als Bundesdurchschnitt, die tatsächlich von einigen Bundesländern geliefert wurden. Insgesamt ist das Datenmaterial damit vergleichsweise löchrig mit der Folge, dass tatsächliche Abweichungen, insbesondere bei einem gleichgerichteten Zusammenwirken verschiedener geschätzter Faktoren, die Ergebnisse und damit die Kostenanteile der einzelnen Kostenträger stark beeinflussen können.

Nach unserer Bewertung führt dies allein indessen nicht zu einem Verstoß gegen die Belas-

tungsgleichheit. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes ist geklärt, dass dem Gesetzgeber ein **weiter Gestaltungsspielraum** zusteht. Gerade aus Gründen der **Praktikabilität** bedarf es einer Typisierung von Sachverhalten. Der Gesetzgeber kann sich zusätzlich auf einen **Prognosespielraum** berufen, wenn der zu regelnde Sachverhalt mangels ausreichender Erfahrungen oder erschöpfenden Datenmaterial noch nicht abschließend sicher beurteilt werden kann. Dies trifft auf den vom Forschungsgutachten beurteilten Sachverhalt zu. Die fehlenden Daten beruhen zumeist auf der bisher fehlenden statistischen Erfassung der abgefragten Berechnungsparameter. Der Gesetzgeber kann in einem solchen Fall nicht darauf verwiesen werden, zunächst das statistische Datenmaterial – möglicherweise über Jahre – zu beschaffen und erst dann seine Tätigkeit zu entfalten. Vielmehr erlaubt ihm der Prognosespielraum bereits zuvor eine gesetzliche Regelung zu treffen. Diese muss er allerdings **unter Kontrolle halten**, also die Weiterentwicklung beobachten und ggf. eine Anpassung vornehmen. Grundsätzlich ist dies in § 33 Abs. 8 des Gesetzentwurfes angelegt. Allerdings soll im Jahr 2021 und nachfolgend alle drei Jahre nur über die Notwendigkeit und Höhe einer Anpassung des Prozentsatzes der Direktzahlung der sozialen Pflegeversicherung entschieden werden. Eine Anpassung hat nur Auswirkungen auf den prozentualen Anteil, den stationäre und ambulante Pflegeeinrichtungen zu tragen haben. Der Anteil der Bundesländer sowie der Krankenhäuser bleibt also gleich. Ob dies ausreicht, erscheint fraglich. Die Bedenken führen allerdings nicht bereits zum jetzigen Zeitpunkt zu einer Verfassungswidrigkeit der Regelung, sondern der Verfassungsverstoß entstünde in dem Moment, in dem trotz geänderter Grundlagen an den Anteilen gem. § 33 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 des Gesetzentwurfes festgehalten wird.

Bei der Bewertung, ob eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung vorliegt, ist neben der Unvollständigkeit des Datenmaterials auch zu berücksichtigen, dass sich das gesamte Forschungsgutachten auf das **bisherige System zur Finanzierung** der drei unterschiedlichen Ausbildungen bezieht. Es ermittelt, welche Kosten hierfür von den einzelnen Kostenträgern im Jahr 2012 aufgewendet worden sind. Maßgeblich für die Berechnungen ist somit das tatsächliche Engagement in der Ausbildung, nicht aber der zukünftige Bedarf an Fachkräften. Sofern das jetzige Engagement nicht geeignet ist, ausreichend Fachkräfte auszubilden oder aber umgekehrt zu viele Fachkräfte ausgebildet werden, ändern sich naturgemäß die Ausbildungskosten und damit die Berechnungsparameter. Dies lässt das Forschungsgutachten außer Acht.

Aufbauend auf den bisherigen Kosten erfolgt eine Berechnung der potenziellen Mehrkosten aufgrund der Umstellung auf die bundeseinheitliche Ausbildung sowie einer ergänzenden

Akademisierung. Damit orientiert sich das Forschungsgutachten an dem bisherigen Ausbildungssystem, ohne sich mit der Frage zu beschäftigen, wie denn in Zukunft unter Berücksichtigung der einheitlichen Ausbildung der Bedarf an Pflegefachfrauen/-fachmännern zu erwarten ist und welche Kostenfolgen hieraus resultieren. Das Forschungsgutachten verweist hierzu auf S. 19 auf die Schwierigkeiten der befragten Expertinnen und Experten zu den zu erwartenden Kosten konkrete Angaben zu machen. Eine Äußerung sei erst möglich, wenn das neue Pflegeberufegesetz konkrete Gestalt angenommen habe. Das Forschungsgutachten hält dies für ein Dilemma, da die Erkenntnisse des Gutachtens in die gesetzestvorbereitenden Beratungen einfließen sollten. Aufgrund dessen behilft sich das Forschungsgutachten mit einer Entwicklung von Zahlenwerten aus Positionspapieren, Stellungnahmen und dem Ergebnis der durchgeführten Befragungen. Dennoch seien in jedem Einzelfall auch andere Annahmen bzw. Wertefestsetzungen möglich. Damit kommt letzten Endes nicht anderes zum Ausdruck, als dass die rechnerischen **Ergebnisse** des Forschungsgutachtens **stark von den Annahmen der Gutachtenersteller beeinflusst sind**. Diese Annahmen sind zudem nicht durch entsprechende Angaben von Expertinnen und Experten abgesichert, sondern beruhen auf einer eigenen Entwicklung der Verfasser des Gutachtens. Es bestehen daher ernsthafte Zweifel, ob dies noch mit dem gesetzgeberischen Prognosespielraum und der Zulässigkeit von Typisierungen im Sinne einer Verwaltungspraktikabilität zu rechtfertigen ist.

Dies führt unmittelbar zu der Frage, ob die generelle Herangehensweise des Forschungsgutachtens, also die grundsätzliche Methodik, überhaupt einer Überprüfung im Rahmen der Belastungsgleichheit standhält. Tatsächlich entwickelt das Forschungsgutachten sein Zahlenwerk auf Basis einer alten und durch das Gesetz überholten Ausbildungsstruktur. Zusätzlich stammen die Zahlen aus einem Jahr vor der bundesweiten Ausbildungs- und Qualifizierungsoffensive Altenpflege, die jedenfalls in NRW erhebliche Auswirkungen auf die Ausbildungszahlen hatte. Hinzu kommen fehlende belastbare Angaben zu den Auswirkungen des Pflegeberufegesetzes, das seinerzeit noch nicht im Entwurf vorlag. Letztlich bildet das Forschungsgutachten die Auswirkungen des Pflegeberufegesetzes damit nicht ab. Der Gesetzgeber hätte deshalb, um auf jeden Fall dem Grundsatz der Belastungsgleichheit Rechnung zu tragen, zweistufig vorgehen können und müssen: Zuerst hätten die Eckpfeiler für die zukünftige praktische und theoretische Ausbildung festgelegt werden können, um anschließend darauf aufbauend die finanziellen Aufwendungen für diese neue Ausbildung zu ermitteln. Dies wäre dann Grundlage für die Festsetzung der einzelnen Anteile der Kostenträger an den Gesamtkosten gewesen. Die Abstandnahme von diesem gestuften Vorgehen ist aus unserer Sicht nicht mehr mit einem Prognosespielraum zu rechtfertigen. Vielmehr erweist sich die

methodische Vorgehensweise des Forschungsgutachtens und damit des Gesetzgebers als von vorneherein ungeeignet, eine an Art. 3 Abs. 1 GG ausgerichtete sachgerechte Verteilung des Kostenaufwandes auf die einzelnen Kostenträger festzulegen. Wenn aber bereits die Methodik unzutreffend ist, kann sich der Gesetzgeber nicht mehr auf seinen weiten Gestaltungsspielraum berufen. Vielmehr ist die Prognose von vorneherein nicht sachgerecht und daher vertretbar. Die Kostenaufteilung ist damit zwangsläufig gleichheitswidrig.

Damit verstößt § 33 Abs. 1 des Gesetzentwurfes gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Die prozentualen Anteile gem. § 33 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 des Gesetzentwurfes sind nicht in einer dem Gleichheitsgrundsatz genügenden Art und Weise ermittelt und verletzen somit die betroffenen Krankenhäuser und stationären / ambulanten Pflegeeinrichtungen in ihrem Recht auf Belastungsgleichheit.

### **3.2.2 Aufteilung zwischen stationären und ambulanten Pflegeeinrichtungen**

§ 33 Abs. 4 S. 3 des Gesetzentwurfes sieht vor, dass der auf die stationären und ambulanten Pflegeeinrichtungen entfallende Anteil innerhalb dieser beiden Gruppen im Verhältnis zu den in diesen Sektoren beschäftigten Pflegefachkräften aufgeschlüsselt wird. Innerhalb der Gruppe und den beiden Untergruppen stationäre Pflegeeinrichtungen und ambulante Pflegeeinrichtungen erfolgt damit vom Grundsatz her der gleiche Verteilungsschlüssel.

Dies bedeutet aber nicht zwangsläufig, dass keine Ungleichbehandlung vorliegt. Wenn allein das Verhältnis der beschäftigten Pflegefachkräfte entscheidend ist, unterstellt der Gesetzgeber damit, dass die **stationären Pflegeeinrichtungen einerseits und die ambulanten Pflegeeinrichtungen andererseits in gleichem Umfang** mit ihren Pflegekräften **Leistungen aus der Pflegeversicherung und Leistungen der Krankenpflege erbringen**. Entspricht dies nicht den tatsächlichen Gegebenheiten, liegt eine Ungleichbehandlung dieser beiden Gruppen vor. Dieses schlägt besonders ins Gewicht, weil die Pflegeeinrichtungen nach § 28 Abs. 2, 2. HS, des Gesetzentwurfes die auf sie entfallenen Umlagebeträge nur auf ihre Vergütung für Pflegeleistungen nach dem SGB XI aufschlagen können. Eine Refinanzierungsmöglichkeit besteht also nur gegenüber Pflegebedürftigen und soweit diese Pflegeleistungen in Anspruch nehmen. Damit hat das Verhältnis der tatsächlich erbrachten Leistungen aus dem Bereich der Pflege einerseits und der Behandlungspflege nach dem SGB X andererseits erhebliche Bedeutung für die jeweilige Pflegeeinrichtung.

Die Betrachtung des Gesetzgebers, allein nach dem Verhältnis der Fachkräfte im Bereich der

stationären Einrichtungen einerseits und der ambulanten Einrichtungen andererseits die Kosten aufzuteilen ist daher nur mit Gründen der Verwaltungspraktikabilität zu rechtfertigen. Eine solche Rechtfertigung ist jedoch nur zulässig, wenn die Vorteile der daraus resultierenden Typisierung in einem sachgerechten Verhältnis zu der mit ihr notwendig verbundenen Ungleichheit der Belastung stehen und insbesondere die Härten nur mit Schwierigkeiten vermeidbar wären. Diese Grenzen einer zulässigen Typisierung unter Berücksichtigung einer Verwaltungspraktikabilität überschreitet der Bundesgesetzgeber bei der Aufteilung der Kosten zwischen den ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen. Es ist dem Gesetzgeber ohne Weiteres möglich, die tatsächlichen Umsatzzahlen der stationären Pflegeeinrichtungen sowie der ambulanten Pflegeeinrichtungen getrennt nach Altenpflegeleistungen einerseits und Krankenpflegeleistungen andererseits zu ermitteln und zur Grundlage der Aufteilung zu machen. Das pauschale Abstellen auf die Zahl der beschäftigten Pflegefachkräfte führt zu einer Typisierung, die mit der tatsächlichen Aufteilung der Leistungen nichts zu tun hat.

Infolgedessen ist § 33 Abs. 4 S. 3 des Gesetzentwurfes eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der beiden Sektoren ambulante bzw. stationäre Pflegeeinrichtungen.

### 3.2.3 Landesspezifische Umlageverfahren

§ 28 Abs. 1 des Gesetzentwurfes sieht vor, dass in jedem Bundesland ein eigenes Umlageverfahren nach Maßgabe der bundesgesetzlichen Regelungen erfolgt. Damit legt der Bundesgesetzgeber zwar die Quoten gem. § 33 Abs. 1 des Gesetzentwurfes fest, nicht aber die dahinterstehenden konkreten Kosten. Diese werden vielmehr auf Basis der Regelung der §§ 29 ff. des Gesetzentwurfes in jedem Bundesland gesondert ermittelt und festgelegt. Damit werden sich die von den Krankenhäusern sowie den ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen zu tragenden Umlagebeträge je nach Bundesland unterschiedlich darstellen. Es findet somit eine **Ungleichbehandlung zwischen der bundesweiten Gruppe der Krankenhäuser und der stationären/ambulanten Pflegeeinrichtungen** statt. Anknüpfungspunkt ist allein der Sitz des Krankenhauses bzw. der Pflegeeinrichtung in einem bestimmten Bundesland.

Diese Ungleichbehandlung je nach Unternehmenssitz muss gerechtfertigt sein. Hierfür genügt ein Verweis auf die unterschiedlichen Kostenstrukturen in der Ausbildung aufgrund länderspezifischer Besonderheiten nicht. Der Bundesgesetzgeber hat sich entschlossen, im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung eine bundeseinheitliche Regelung zu schaffen.

Hierfür hat er – wie vorstehend dargelegt – nur dann die Gesetzgebungskompetenz, wenn die Voraussetzung des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt sind. Die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheiten im gesamtstaatlichen Interesse kann eine solche länderspezifische Ermittlung der Umlagebeträge gerade nicht rechtfertigen. Genau das Gegenteil ist der Fall: **Wenn der Bundesgesetzgeber eine bundeseinheitliche Regelung für erforderlich hält, spricht diese gerade dafür, die Kosten bundeseinheitlich zu ermitteln und zu verteilen.** Aufgrund der örtlichen Flexibilität der ausgebildeten Pflegefachfrauen und -männer ist es ohne Weiteres denkbar, dass ein Bundesland rechnerisch Fachkräfte ausbildet, die über den eigenen Bedarf hinausgehen. Dies ist bereits in der Vergangenheit bei der Altenpflegeausbildung eingetreten. Warum Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen, die ihren Sitz in einem bestimmten Bundesland haben, über die Umlage Kosten übernehmen sollen, die für die Ausbildung von Fachkräften für Arbeitgeber in anderen Bundesländern benötigt werden, ist nicht erklärbar. Bei der früheren länderspezifischen Regelung zur Altenpflegeausbildung musste dies aufgrund der föderalistischen Struktur der Bundesrepublik Deutschland hingenommen werden. Wenn aber nun der Bundesgesetzgeber von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch macht, muss er diese Auswirkung abstellen. Die Einführung von länderspezifischen Umlageverfahren stellt somit eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung der Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen dar.

Erst Recht gilt dies, wenn entsprechend des Wunsches einiger Bundesländer sogar die Kostenanteile gem. § 33 Abs. 1 des Gesetzentwurfes länderspezifisch festgelegt werden dürfen. Damit verließ der Bundesgesetzgeber endgültig den Bereich einer bundeseinheitlichen Regelung zur Finanzierung der Ausbildungskosten für den neuen Pflegefachberuf. Eine Gesetzgebungskompetenz hat er wegen des Verstoßes gegen Artikel 72 Abs. 2 GG entsprechend der vorstehenden Ausführungen hierzu nicht. Zudem verschärft sich der Gleichheitsverstoß, da in diesem Falle die vorstehend aufgezeigte Ungleichbehandlung der Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen je nach Sitz des Unternehmens erst Recht eintritt und nicht zu rechtfertigen ist.

### 3.2.4 Möglichkeit zur Weiterreichung der Umlagebeträge

§ 33 Abs. 3 und Abs. 4 des Gesetzentwurfes sieht vor, dass Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen von der zuständigen Stelle per Verwaltungsakt zu den jeweils zu entrichtenden Umlagebeträgen herangezogen werden. Flankierend bestimmt § 28 Abs. 2, dass die Krankenhäuser diese Umlagebeträge zu den Entgelten oder Vergütungen für ihre Leistungen aus Ausbildungszuschlägen erheben dürfen. Ambulante und stationäre Pflegeeinrichtungen

können die auf sie entfallenden Umlagebeträge in die Vergütung der allgemeinen Pflegeleistung einbeziehen. Auf den ersten Blick handelt es sich hierbei um eine Gleichbehandlung zwischen den Gruppen Krankenhäuser einerseits und Pflegeeinrichtungen andererseits.

Eine solche Betrachtung vernachlässigt aber die tatsächlichen Gegebenheiten, von der einheitlich eingeräumten Möglichkeit zur Weiterreichung der Umlagebeträge an Patienten und Pflegebedürftige Gebrauch zu machen. Bei Krankenhäusern ist der Ausbildungszuschlag letztlich nicht von den Patienten zu tragen, sondern die gesetzlichen und privaten Krankenversicherungen übernehmen diesen Betrag zusätzlich zu den Entgelten oder Vergütungen für die erbrachten Krankenhausleistungen. **Krankenhäuser** haben somit **keine Wettbewerbsnachteile**, wenn sie von der Weiterreichungsmöglichkeit des § 28 Abs. 2 des Gesetzes Gebrauch machen. Für den betroffenen Patienten ist dies unerheblich. Eine Veranlassung der Krankenhäuser, von der Weiterreichung Abstand zu nehmen, besteht somit nicht.

Bei den Pflegeeinrichtungen sieht dies anders aus. Aufgrund des beschränkten Leistungsumfanges der Pflegeversicherungen, die je nach Pflegestufe ein maximales Pflegebudget zur Verfügung stellen sowie der häufig fehlenden Auskömmlichkeit dieser maximalen Pflegesätze für die Betroffenen müssen die Pflegebedürftigen häufig einen Teil der Kosten selbst übernehmen. Wenn die Pflegeeinrichtungen die auf sie entfallenen **Umlagebeträge** zusätzlich geltend machen, **verbleibt** dieser Vergütungsanteil **bei den Pflegebedürftigen**. Somit entsteht ein **Wettbewerbsnachteil**, der die Annahme rechtfertigt, dass die Pflegeeinrichtungen nur teilweise von der Weiterreichungsmöglichkeit Gebrauch machen werden. Neben der vorstehend bereits thematisierten Frage, ob hierdurch die Homogenität der in Anspruch genommenen Gruppe nicht gewährleistet ist, liegt hierin eine **Ungleichbehandlung zwischen den Pflegeeinrichtungen einerseits und den Krankenhäusern andererseits**. Eine sachliche Rechtfertigung, warum Pflegeeinrichtungen aus ihrem eigenen Gewinn die Umlage erwirtschaften müssen, die Krankenhäuser aber nicht, ist nicht erkennbar. Der Gesetzgeber hätte zur Vermeidung der Ungleichbehandlung entweder zusätzlich regeln müssen, dass die Pflegeversicherungen verpflichtet sind die Umlagebeträge den Pflegebedürftigen zu erstatten oder aber die Erstattungsfähigkeit der Zuschläge für Krankenhausleistungen durch die privaten und gesetzlichen Krankenversicherungen streichen müssen.

Im Ergebnis behandelt die gesetzliche Systematik somit auch die Patienten eines Krankenhauses anders als die Pflegebedürftigen, die Pflegeleistungen von Pflegeeinrichtungen in An-



spruch nehmen. Letztere müssen die Umlage häufig aus eigener Tasche übernehmen, wohingegen die Patienten der Krankenhäuser die Kosten über die Krankenversicherung erstattet bekommen und somit die Kosten auf alle Versicherungsnehmer verteilt werden. Warum Pflegebedürftige finanziell zu den Ausbildungskosten eines einheitlichen Pflegeberufes beitragen sollen, obwohl die ausgebildeten Fachkräfte gleichermaßen in Krankenhäusern eingesetzt werden können, ist nicht erklärbar. Eine sachliche Rechtfertigung für die Differenzierung ist somit nicht auszumachen.

### **3.2.5 Wertschöpfungsanteil**

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass bei der Ermittlung der Mehrkosten der Ausbildungsvergütung, die aus den Länderfonds finanziert werden, der Vorteil der ausbildenden Stelle durch den Einsatz der Auszubildenden im Betrieb zu berücksichtigen ist. Für Krankenhäuser und stationäre Pflegeeinrichtung sieht § 27 Abs. 2 des Gesetzentwurfs einen Anrechnungsschlüssel von 9,5:1 vor, d.h. es wird unterstellt, dass 9,5 Auszubildende eine Leistung erbringen wie eine vollbeschäftigte Pflegefachkraft. Bei ambulanten Pflegeeinrichtungen soll der Anrechnungsschlüssel 14:1 betragen.

Der Anrechnungsschlüssel für Krankenhäuser von 9,5:1 ist in § 17a Abs. 1 KHG vorgeschrieben, sodass insoweit keine Änderung der Sach- und Rechtslage erfolgt. In der Altenpflege existiert bisher eine solche generelle Vorgabe nicht. Mit der Ermittlung eines Anrechnungsschlüssels für den bisherigen Bereich Altenpflege beschäftigt sich das Forschungsgutachten zur Finanzierung eines neuen Pflegeberufegesetzes. In sechs Bundesländern sehen landesrechtliche Regelungen eine Anrechnung mit unterschiedlichen Verhältnissen vor. In sechs anderen Bundesländern findet keine Anrechnung statt, vgl. Übersicht 4.12 auf S. 88 des Gutachtens. Für diejenigen Bundesländer, für die keine Angaben vorliegen, geht das Forschungsgutachten ebenfalls davon aus, dass keine Anrechnung erfolgt. Im Mittel beträgt damit das Anrechnungsverhältnis 12:1, vgl. S. 114 des Gutachtens. Bei der Ermittlung der zukünftigen Kosten rechnet das Forschungsgutachten in der Variation 5 ohne jegliche Anrechnung, also einen Verzicht auf den Wertschöpfungsanteil sowohl im Bereich der Krankenhäuser als auch der stationären und ambulanten Pflegeeinrichtungen, vgl. S. 188 und 191 des Gutachtens.

Der Bundesgesetzgeber rechtfertigt auf S. 86 des Begründungsentwurfs den Schlüssel für die Krankenhäuser mit dem Verweis auf die bisherige gesetzliche Anrechnungsregelung. Eine Erläuterung, woraus der Wertschöpfungsanteil für die ambulanten Pflegeeinrichtungen re-

sultiert, also welche Erkenntnisse dem Bundesgesetzgeber zur Überzeugung gebracht haben, dass eine Anrechnung überhaupt vorzusehen ist und der Schlüssel von 14:1 gerechtfertigt ist, fehlt.

In den **unterschiedlichen Anrechnungsschlüsseln** für die Krankenpflege und stationäre Pflegeeinrichtungen einerseits und ambulante Pflegeeinrichtungen andererseits liegt eine **Ungleichbehandlung**. Diese ist **gerechtfertigt**, da die Grundannahme des Gesetzgebers, dass in Krankenhäusern und stationären Pflegeeinrichtungen Auszubildende besser in die Erbringung der Leistungen einbezogen werden können als in ambulanten Pflegediensten, sicherlich zutreffend ist.

Zugleich beinhaltet die **Festlegung eines Wertschöpfungsanteils** (also unabhängig von der Höhe) für ambulante Pflegeeinrichtungen eine **Gleichbehandlung** mit Krankenhäusern und stationären Pflegeeinrichtungen, da jedenfalls eine Anrechnung grundsätzlich erfolgt. Diese Gleichbehandlung ist verfassungswidrig, wenn tatsächlich die zu beurteilenden Sachverhalte ungleich sind und diese Ungleichheit eine Gleichbehandlung als nicht sachgerecht erscheinen lässt. Bei der Bewertung ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber sicherlich den konkreten Anrechnungsschlüssel im Rahmen einer typisierenden Betrachtung festsetzen kann. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn alle Krankenhäuser und stationären Pflegeeinrichtungen einerseits und alle ambulanten Pflegeeinrichtungen andererseits mit dem gleichen Wertschöpfungsanteil belegt werden. Soweit in einzelnen Betrieben Auszubildende mehr oder weniger eine volle Pflegefachkraft ersetzen können, ist die darin liegende Ungleichbehandlung aufgrund der Notwendigkeit einer verwaltungspraktikablen Lösung hinzunehmen.

Dies beinhaltet allerdings keine Aussage, ob bei ambulanten Pflegeeinrichtungen überhaupt eine Anrechnung gerechtfertigt ist. Hieran bestehen erhebliche Zweifel. In der ambulanten Pflege werden die Pflegeleistungen durch mobile Pflegefachkräfte, die die Pflegebedürftigen zu Hause aufsuchen und pflegen, erbracht. Üblicherweise erbringt eine Pflegefachkraft die Pflegeleistungen für einen Pflegebedürftigen alleine. Die praktische Ausbildung in einem ambulanten Pflegedienst beinhaltet somit zwangsläufig die Notwendigkeit, die Auszubildenden **zusätzlich** zu der Pflegefachkraft einzusetzen. Statt alleine erbringt die Pflegefachkraft somit die Pflegeleistungen beim jeweiligen Pflegebedürftigen zusammen mit den Auszubildenden. Hierin liegt für sich genommen **kein Mehrwert** für die ambulante Pflegeeinrichtung, da die Pflegeleistungen genauso gut alleine von der Pflegefachkraft erbracht werden könnten. Der einzige Vorteil könnte daher nur eine **zeitlich schnellere Erbringung** der

Pflegedienstleistungen durch die zusätzliche Präsenz des Auszubildenden sein. Eine bestimmte Pflegedienstleistung benötigt jedoch schlicht und ergreifend die Zeit, die hierfür aufgebracht werden muss, egal, ob eine oder zwei Personen an der Erbringung der Leistung beteiligt sind. In der Praxis werden deshalb die Auszubildenden regelmäßig die Pflegedienstleistungen zur Übung selbst erbringen und die ausgebildete Pflegefachkraft wird hierbei anleitend und kontrollierend tätig. Dies bedeutet eher eine langsamere, weil ungeübtere Erbringung der Pflegedienstleistung, denn einen zeitlichen Vorteil. Fehlt ein zeitlicher Vorteil und damit die Möglichkeit, mehr Pflegedienstleistungen durch eine Pflegefachkraft erbringen zu lassen als es ohne zusätzliche Hinzuziehung eines Auszubildenden möglich ist, ist eine sachliche Rechtfertigung für die Gleichbehandlung der ambulanten Pflegeeinrichtungen mit den stationären Pflegeeinrichtungen und Krankenhäusern durch die Berücksichtigung eines Anrechnungsschlüssels nicht zu erkennen. Es liegt ein Gleichheitsverstoß vor.

Dieser Gleichheitsverstoß schlägt allerdings nicht auf die Sonderabgabe zur Finanzierung der Ausbildung durch. Vielmehr betrifft der Verstoß die Berechnung der Ausgleichszuweisungen nach § 34 des Gesetzentwurfes, da hierbei die Anrechnung nach § 27 Abs. 2 erfolgt. Aufgrund der Verfassungswidrigkeit des § 27 Abs. 2 des Gesetzentwurfes im Hinblick auf die Anrechnung bei ambulanten Pflegeeinrichtungen steht diesen Einrichtungen entgegen der gesetzgeberischen Intention eine Ausgleichszuweisung ohne Berücksichtigung des Wertschöpfungsanteils zu.

#### **4 Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG**

Die Erhebung der Pflegeberufeumlage greift in die allgemeine Handlungsfreiheit, die Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet, ein. Diese umfasst auch den Schutz vor einer finanziellen Inanspruchnahme, die nicht der verfassungsmäßigen Ordnung entspricht.

*BVerfGE 97, S. 332, 340 ff.; 19, S. 206, 215 ff.*

Aufgrund der komplizierten Berechnungsmethodik der Umlage sowie der noch nicht endgültig abschätzbaren Ausbildungskosten und damit der Höhe der Umlage ist ein Verstoß gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip Abs. 20 Nr. 3 GG folgenden Bestimmtheitsgebotes für Rechtsnormen denkbar. Gesetzliche Bestimmungen sind so zu fassen, dass die Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten daran ausrichten können.

*BVerfGE 89, S. 69, 84; 103, S. 111, 135.*

Bei Steuern und Abgaben bedeutet dies, dass **der die Inanspruchnahme begründete Tatbestand so bestimmt sein muss, dass der Abgabepflichtige die auf ihn entfallenden Abgaben in gewissem Umfang vorausberechnen kann.**

*BVerfGE 73, S. 388, 400; 34, S. 348, 365 ff.*

Das Bundesverfassungsgericht hat bei den seinerzeit überprüften Altenpflegeausbildungsumlagen eine hinreichende Bestimmtheit der abgabebegründenden Tatbestände angenommen. Soweit die zu zahlenden und die damit zu erstattenden Ausbildungsvergütungen durch Tarifverträge bestimmt sind, genüge dies für diese Rechenposition als Maß der Voraussehbarkeit. In Thüringen gab es zwar seinerzeit noch keine gesetzliche Aussage zur Höhe der Vergütungen. Aufgrund der gesetzgeberischen Intention, die Ausbildung der Altenpfleger an diejenige der Krankenpfleger anzugleichen, konnten aber die dort entstehenden Kosten mit ausreichender Sicherheit übernommen werden.

Des Weiteren fordert das Bestimmtheitsgebot nicht, dass bereits zum Zeitpunkt des Erlasses der Umlageregelungen exakt zu zahlende Ausbildungs- und damit Vergütungsfälle bekannt und deren Entwicklung für die Zukunft endgültig prognostizierbar ist. Vielmehr genügt es, wenn aufgrund der Zahlen zu Ausbildungsplätzen in der Vergangenheit eine grundsätzliche Vorausberechnung für die Abgabepflichtigen möglich ist.

*BVerfGE 108, S. 186, 234 ff.*

## **5 Verordnungsermächtigung**

§ 56 des Entwurfs des Pflegeberufgesetzes enthält eine umfangreiche Verordnungsermächtigung, welche der Exekutive auf Bundesebene die Befugnis zum Erlass einer Ausbildungs- und Prüfungsverordnung sowie einer Umlageverordnung einräumt. Im Folgenden ist die Rechtmäßigkeit dieser Verordnungsermächtigung zu untersuchen.

Maßgeblich für die Prüfung der Rechtmäßigkeit einer solchen Verordnungsermächtigung ist Art. 80 GG und die hierzu ergangene Rechtsprechung. Art. 80 GG gibt der gesetzgebenden Gewalt die Möglichkeit, Rechtsetzungsbefugnisse auf Exekutivorgane zu übertragen. Hierbei besteht allerdings die Gefahr, dass sich der parlamentarische Gesetzgeber seiner Verantwortung entzieht und sich gewissermaßen selbst entmachtet während sich die exekutive Verord-

nungsrechtsetzung verselbständigt. Art. 80 GG stellt daher einen Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen her, indem die Zulässigkeit und die Grenzen der Verordnunggebung auf Bundesebene geregelt werden.

*Remmert, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand der 74. EL:  
Mai 2015, Art. 80 Rn. 7 m.w.N.*

### 5.1 Voraussetzungen der Verordnungsermächtigung

Die Ermächtigung zum Erlass von Verordnungen ist an mehrere Voraussetzungen geknüpft. Nur ein Gesetz im formellen Sinn kann eine Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung enthalten. Es kann ferner nur dann Ermächtigungsgrundlage sein, wenn es wirksam – also z. B. nicht wegen Verstoßes gegen Grundrechte nichtig ist – und bereits in Kraft getreten ist. Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden (sog. **Bestimmtheitsgebot**). Der parlamentarische Gesetzgeber ist daher verpflichtet den Umfang und die Richtung der zukünftigen Regelungen selbst zu bestimmen. Dem Ordnungsgeber wird lediglich „die Konkretisierung und Weiterentwicklung eines vorgegebenen gesetzgeberischen Programms“ überantwortet.

*Maurer, Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 13 Rn. 6.*

Hinsichtlich der genauen Anforderungen ergeben sich jedoch mitunter in der Praxis Schwierigkeiten. Aus diesem Grund hat das Bundesverfassungsgericht eine umfangreiche kasuistische Rechtsprechung ausgebildet. Das Gericht verlangt regelmäßig, dass **der Bürger schon aus dem Gesetz selbst erkennen können muss, wann und in welcher Art und Weise der Adressat der Verordnungsermächtigung von dieser Gebrauch machen wird bzw. kann.**

*St. Rspr., siehe z. B. BVerfGE 1, S. 14, 60; BVerfGE 7, S. 282, 302; BVerfGE 15, S. 153, 160; BVerfGE 29, S. 198, 210; BVerfGE 113, S. 167, 269; BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 und 2 BvR 1989/12, juris Rn. 55.*

Allerdings genügt es, wenn sich Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnungsermächtigung im Rahmen einer **Auslegung** unter Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs und des Zwecks der Norm ermitteln lassen. Ausreichend ist insoweit eine hinreichende Bestimmtheit, da die Regelung der Detailfragen der Verwaltung im Rahmen des Verordnungsermes-

sens überlassen bleibt.

Ein solches Verordnungsermessen ist zwar grundsätzlich auch bei Grundrechtseingriffen gegeben; in diesem Bereich werden jedoch durch die sog. **Wesentlichkeitsrechtsprechung** des Bundesverfassungsgerichts erhöhte Anforderungen gestellt, nach der der parlamentarische Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen in den grundrechtsrelevanten Bereichen selbst treffen muss.

Das Bundesverfassungsgericht stützt seine Rechtsprechung auf das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip und führt in seinem Beschluss vom 09.05.1972 aus, dass

*„der Gesetzgeber [...] seine vornehmste Aufgabe nicht anderen Stellen innerhalb oder außerhalb der Staatsorganisation zu freier Verfügung überlassen [darf]“.*

*BVerfGE 33, S. 125, 158.*

Das Gericht legt seiner Wesentlichkeitsrechtsprechung allerdings keine einheitliche Terminologie zu Grunde, sondern spricht beispielsweise von „grundsätzlichen“, „wesentlichen“, „grundlegenden“ und „wichtigen“ Fragen, welche im ausschließlichen Verantwortungsbereich des parlamentarischen Gesetzgebers liegen.

*Siehe die Aufzählung bei Bauer, DÖV 1983, 53.*

Die Judikatur hat im Laufe der Zeit einen beachtlichen Umfang erlangt und eine Abgrenzung zwischen „Wesentlichem“ und „Unwesentlichen“ in vielen Einzelfällen vorgenommen. Hierbei bezieht sich das Gericht neben der Bedeutung des Regelungsgegenstandes für die Verwirklichung und Ausübung der Grundrechte auch auf die Gewichtigkeit des Regelungsgegenstandes für das Gemeinwesen oder dessen Auswirkung auf die allgemeinen Lebensverhältnisse.

*Vgl. Bauer, DÖV 1983, 53, 54.*

Neben der Wesentlichkeitsrechtsprechung bestehen noch weitere Voraussetzungen: So ist gem. Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG in der Verordnung die Verordnungsermächtigung anzugeben

(Zitiergebot). Damit soll deutlich werden, dass es sich um eine Rechtsverordnung handelt und diese ihren Geltungsanspruch aus einem Gesetz ableitet.

Das Verfahren zum Erlass einer Rechtsverordnung ist im Grundgesetz nicht näher geregelt. Abs. 2 bestimmt lediglich Fälle, in denen eine Zustimmung des Bundesrates erforderlich ist.

## **5.2 Verordnungsermächtigungen im Pflegeberufsgesetz**

Die in § 56 Abs. 1 und 3 des Gesetzesentwurfs enthaltenen Ermächtigungen zum Erlass einer Ausbildungs- und Prüfungsverordnung sowie einer Umlageverordnung sind vor diesem Hintergrund auf ihre Rechtmäßigkeit zu untersuchen.

### **5.2.1 Ausbildungs- und Prüfungsverordnung**

Generell ist die „Auslagerung“ von Ausbildungsregelungen auf Verordnungsebene nicht unüblich. So wird das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie in §§ 4, 5 BBiG dazu ermächtigt, durch Rechtsverordnung, Ausbildungsberufe staatlich anzuerkennen und hierfür Ausbildungsordnungen nach § 5 zu erlassen. Auch § 25 HwO sieht vor, dass das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie für Gewerbe der Anlage A und B Ausbildungsberufe staatlich anerkennen und hierfür Ausbildungsordnungen nach § 26 erlassen kann. Zum Erlass der Prüfungsordnungen sind dann aber die „zuständigen Stellen“ befugt, § 47 Abs. 1 BBiG. Nach § 38 Abs. 1 HwO sind das z. B. die Handwerkskammern; aber auch die IHK bzw. Innungen können „zuständige Stellen“ sein, §§ 71 ff. BBiG i. V. m. den landesrechtlichen Vorschriften. § 72 BBiG enthält hier wiederum eine Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung, in der geregelt werden kann, wer zuständige Stelle ist, soweit dies nicht durch § 71 BBiG bestimmt wird.

Ähnlich lautet § 8 KrPflG, der das Bundesministerium für Gesundheit ermächtigt, in einer Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für die Berufe in der Krankenpflege die Mindestanforderungen an die Ausbildungen sowie das Nähere über die staatlichen Prüfungen zu regeln.

Auch wenn durch die vorstehend wiedergegebenen Beispiele verdeutlicht wird, dass eine Regelung von Einzelheiten zu Ausbildung und Prüfungen im Verordnungswege nicht unüblich ist kommt es selbstverständlich auf die Betrachtung des konkreten Einzelfalls an.

Die Regelungen in § 56 Abs. 1 Nr. 1 und 2 des Entwurfs des Pflegeberufsgesetz geben vor, dass in der Verordnung die Mindestanforderungen an die Ausbildung und die Einzelheiten der staatlichen Prüfung geregelt werden. Insbesondere durch den Verweis auf die Teile 2 und 3 des Gesetzesentwurfs in Nr. 1 wird erkennbar, welchen Mindestinhalt die Ausbildungsordnung haben muss. Hierdurch wird in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinreichend deutlich, in welchen Fällen von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die Verordnung haben kann.

*Vgl. BVerfGE 1, S. 14, 60.*

Im Hinblick auf die staatliche Prüfung spricht das Gesetz davon, dass „das Nähere“ durch die Rechtsverordnung geregelt wird. Das mutet zunächst unbestimmt an. Allerdings ist dies eine gängige Formulierung in Ermächtigungen zum Erlass einer Rechtsverordnung (vgl. z.B. § 79 GWB, § 226 Abs. 1 SGB VI, § 56 Abs. 1 Nr. 1 BMG oder § 3 WasSG). Die Formulierung zielt darauf ab, dass die Prüfungsanforderungen und –rahmenbedingungen konkretisiert werden sollen. Der Wortlaut der Verordnungsermächtigung deckt sich im Übrigen weitgehend mit der „Vorgängerregelung“ in § 8 Abs. 1 S. 1 KrPflG.

Die aus dem Wesentlichkeitsgrundsatz resultierenden Anforderungen an die Ermächtigung zum Erlass einer Ausbildungs- und Prüfungsverordnung sind damit als erfüllt anzusehen.

### **5.2.2 Finanzierungsverordnung**

Auch die in § 56 Abs. 3 des Gesetzesentwurfs enthaltene Ermächtigung zum Erlass einer Finanzierungsverordnung ist vor dem Hintergrund der Wesentlichkeitsrechtsprechung zu prüfen.

Auch diesbezüglich existieren Vorbildregelungen, etwa die die Verordnung über die Finanzierung des Sicherungsfonds für die Lebensversicherer. Diese ist aber vom Regelungsgegenstand nur sehr bedingt mit der Konstellation des Pflegeberufsgesetzes in § 56 Abs. 3 vergleichbar, da sie auf § 129 Abs. 6 VAG basiert. Danach regelt das Bundesministerium der Finanzen das Nähere über den Mindestbetrag des Sicherungsvermögens, die Jahres- und Sonderbeiträge sowie die Obergrenze für die Zahlungen pro Kalenderjahr. Ein ähnliches Institut ist der Einlagensicherungsfond nach §§ 8 Abs. 9 Anlegerentschädigungsgesetz i. V. m. der EdWBeitrV.



Im Ergebnis dürfte auch die Ermächtigung zum Erlass einer Finanzierungsverordnung nicht zu beanstanden sein. Diesbezüglich kommt zum Tragen, dass der Bundesgesetzgeber zur Frage der Finanzierung selbst einen umfassenden Regelungskomplex in den Entwurf des Pflegeberufsgesetz aufgenommen hat (Abschnitt 3; §§ 26 bis 36) und lediglich die Detailfragen dem Verordnungsgeber überlässt. Insbesondere sind die Ansiedlung der Ausgleichsfonds auf Landesebene, die prozentualen Anteile der Finanzierungsträger sowie weitere spezifische Einzelheiten der Finanzierung bereits im Gesetzesentwurf vorgegeben. Der Wesentlichkeitsgrundsatz des Art. 80 GG ist damit vorliegend nicht verletzt.

Die Verordnungsermächtigung in § 56 Abs. 3 des Entwurfs des Pflegeberufsgesetzes ist darüber hinaus an Art. 104a Abs. 4 GG zu messen. Danach ist bei Bundesgesetzen, die Pflichten der Länder zur Erbringung von Geldleistungen, geldwerten Sachleistungen oder vergleichbaren Dienstleistungen gegenüber Dritten begründen und von den Ländern als eigene Angelegenheit oder nach Abs. 3 S. 2 im Auftrag des Bundes ausgeführt werden, eine Zustimmung des Bundesrates erforderlich, wenn daraus entstehende Ausgaben von den Ländern zu tragen sind. Das Pflegeberufsgesetz wird von den Ländern als eigene Angelegenheit ausgeführt. Das Gesetz bestimmt weder eine Ausführung im Auftrage des Bundes noch beteiligt sich der Bund an den Kosten. Die Zustimmungsbedürftigkeit von Bundesgesetzen wird immer dann ausgelöst, wenn sich Kostenfolgen von Bundesgesetzen für die Länderhaushalte ergeben, die die Interessen der Länder maßgeblich berühren.

*BT-Drs 16/813, S. 18.*

Vorliegend sieht § 56 Abs. 3 des Gesetzesentwurfs die Erforderlichkeit der Zustimmung des Bundesrates ausdrücklich vor, sodass auch in dieser Hinsicht die Verordnungsermächtigung nicht zu beanstanden ist.

## **6 Rechtsschutzmöglichkeiten**

Eine rechtliche Überprüfung können Krankenhäuser und ambulante und stationäre Pflegeeinrichtungen erreichen. Nach § 33 Abs. 3 S. 3 und Abs. 4 S. 2 setzt die zuständige Stelle den Umlagebetrag per Verwaltungsakt fest. Hiergegen ist gem. § 33 Abs. 7 des Gesetzesentwurfs der Verwaltungsrechtsweg gegeben. In NRW bedeutet dies aufgrund des durch § 110 JustG NRW abgeschafften Vorverfahrens, dass gegen die Umlagebescheide Anfechtungsklage beim Verwaltungsgericht eingereicht werden kann.

Die jeweiligen Umlagebescheide sind nur dann **rechtmäßig, wenn sie auf einer wirksamen Rechtsgrundlage beruhen**. In Folge dessen muss die Verwaltungsgerichtsbarkeit insgesamt prüfen, ob die Regelungen zur Ermittlung des Umlagebetrags verfassungskonform sind oder nicht. Hält das Verwaltungsgericht die dem Umlagebescheid zugrundeliegenden gesetzlichen Regelungen für verfassungswidrig, muss es im Wege der konkreten Normenkontrolle das Gesetz zur Prüfung dem BVerfG vorlegen. Bestätigt das BVerfG einen Verfassungsverstoß, ist damit zwangsläufig der Umlagebescheid rechtswidrig und aufzuheben. Somit schlägt jeder verfassungsrechtliche Mangel der §§ 26 ff. des Gesetzentwurfs auf die Umlagebescheide durch.

Sollte es zu einer gerichtlichen Aufhebung von angefochtenen Umlagebescheiden kommen, ist unklar, wer den darauf resultierenden Schaden zu übernehmen hat. Die Erhebung der Sonderabgabe ist nicht mehr möglich, wenn die Verfassungswidrigkeit der zugrundeliegenden gesetzlichen Regelungen feststeht. Dennoch erlassene Bescheide würden natürlich von den Adressaten direkt angefochten und dann wiederum gerichtlich aufgehoben. Die Erstattungsansprüche der Ausbildungsbetriebe nach § 34 Abs. 1 des Gesetzentwurfes bleiben dennoch bestehen, da bezüglich dieser Regelung keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen. Als Folge der einerseits nicht mehr möglichen Erhebung der Sonderabgabe sowie andererseits des Fortbestandes der Ansprüche auf Finanzierung der praktischen Ausbildung entsteht ein Defizit in den jeweiligen Länderfonds, das nur durch zusätzliche Einzahlungen beseitigt werden kann. Wer hierfür die Verantwortung trägt, ist nicht geregelt. Möglicherweise wird bei der näheren Ausgestaltung des Umlageverfahrens auf Verordnungsebene eine Regelung zu etwaigen Nachschusspflichten gem. den Quoten des § 33 Abs. 1 des Gesetzentwurfes aufgenommen. Ohne eine solche Regelung ist es nicht möglich, Krankenhäuser und ambulante und stationäre Pflegeeinrichtungen zu zusätzlichen Umlagebeiträgen heranzuziehen. Dies stünde im Widerspruch zu den Vorgaben für die Berechnung des jeweiligen Umlagebetrags. Der prozentuale Anteil der von der sozialen Pflegeversicherung zu übernehmenden Kosten steht ebenfalls fest. Das finanzielle Risiko verbliebe beim jeweiligen Bundesland, das mangels anderer Möglichkeiten zu einem ausgeglichenen Fond zu gelangen selbst nachschießen müsste. Das finanzielle Risiko einer unwirksamen bundesgesetzlichen Regelung liegt somit bei den einzelnen Bundesländern.

Der gleichheitswidrige Wertschöpfungsanteil kann zu einer Verpflichtungsklage einer ambulanten Pflegeeinrichtung führen. Aus § 34 Abs. 1 des Gesetzentwurfes ergibt sich ein einklagbarer Anspruch u.a. der ambulanten Pflegeeinrichtungen auf Gewährung einer Ausgleichszuweisung für die entstandenen Ausbildungskosten. Die nach Landesrecht zuständige Stelle

muss diese konsequenterweise nach § 27 Abs. 2 des Gesetzentwurfes um den Wertschöpfungsanteil kürzen. Da diese Regelung nach unserer Bewertung verfassungswidrig ist, fehlt es indessen an einer wirksamen Regelung zur Berücksichtigung des Wertschöpfungsanteils mit der Folge, dass sich aus § 34 Abs. 1 des Gesetzentwurfes ein insoweit ungekürzter Anspruch auf Übernahme der Ausbildungskosten ergibt. Diesen können die betroffenen Pflegeeinrichtungen mittels einer Verpflichtungsklage geltend machen. Hat diese Erfolg, entsteht wiederum ein Defizit in dem jeweiligen Länderfonds, da bei der Ermittlung der Einlagen in die Fonds der Wertschöpfungsanteil Berücksichtigung gefunden hat.

Eine Klagemöglichkeit der sozialen Pflegeversicherungen bzw. der privaten Pflegeversicherungen besteht nicht, da der Gesetzgeber den Inhalt der Pflegeversicherung und damit auch die von ihnen zu übernehmenden Leistungen / Zahlungen festlegen kann, ohne dass hiermit ein Grundrechtseingriff verbunden ist.

Eine direkte Rechtsschutzmöglichkeit für Patienten, Heimbewohner und Pflegebedürftige existiert nicht. Mit den Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen schließen diese jeweils ein zivilrechtlich zu beurteilenden Behandlungs- bzw. Heimvertrag. Der Vertragsschluss ist grundsätzlich freiwillig, wenn gleich natürlich die vertraglichen Bedingungen sowie die Leistungsentgelte vorgegeben sind. Aufgrund der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit besteht aber keine Möglichkeit, nach abgeschlossenem Vertrag, die auf die Ausbildungsumlage entfallenden Beträge nicht zu begleichen und dies mit der Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung zu begründen. Denkbar wäre allenfalls eine Verfassungsbeschwerde gegen die gesetzliche Regelung. Hierfür müsste der jeweilige Antragsteller geltend machen, durch das Pflegeberufegesetz in seinen Grundrechten verletzt zu sein. In Betracht kommt dies vor allem für Patienten von Krankenhäusern, wenn man aufgrund der vorstehend aufgezeigten zu erwartenden Weiterreichung der Umlagebeträge durch Krankenhäuser an die Patienten letztere als eigentlich Abgabepflichtige einstuft. Besonders naheliegend ist dieser Weg aber sicherlich nicht, zumal die Patienten letzten Endes aufgrund der Übernahme der Kosten durch die Krankenversicherungen keinen direkten finanziellen Nachteil erleiden.

Rechtsschutzmöglichkeiten durch Anrufung des BVerfG bestehen schließlich für verschiedene potentielle Antragsteller. Art. 93 Abs. 2 Nr. 2 a GG eröffnet den Weg zum BVerfG für Meinungsverschiedenheiten, ob ein Gesetz den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG entspricht. Antragsberechtigt ist der Bundesrat, eine Landesregierung oder die Volksvertretung eines Landes. Alternativ kann nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG das BVerfG angerufen werden, wenn Zweifel über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht mit dem

Grundgesetz bestehen. Antragsberechtigt ist die Bundesregierung, eine Landesregierung oder ein Viertel der Mitglieder des Bundestages. Denkbar wäre es also insbesondere, dass das Land NRW bzw. die Landesregierung die Verfassungsgemäßheit des Pflegeberufgesetzes vom BVerfG überprüfen lässt.

## **7 Ergebnis**

### **7.1 Gesetzgebungskompetenz**

Das Bestehen der Anforderlichkeit für den Erlass einer bundeseinheitlichen Regelung im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG ist problematisch. Der Bundesgesetzgeber verweist auf das Erfordernis der Wahrung der Wirtschaftseinheit, welche durch den Erlass des Pflegeberufgesetzes sichergestellt sei. Das im Gesetzesentwurf enthaltene komplizierte Finanzierungsmodell, welches eine Finanzierung der Ausbildung über auf Landesebene angesiedelte Ausgleichsfonds vorsieht, die von den Kostenträgern zu bundeseinheitlich festgelegten einheitlichen Quoten ausgestattet werden, lässt das Entstehen von Mobilitätsschranken im Bundesgebiet befürchten. Insbesondere die Finanzierung der Ausbildung über Landesfonds anstelle über einen einheitlichen Bundesfond lässt erwarten, dass es zu einer unterschiedlichen organisatorischen und finanziellen Ausstattung der einzelnen Fonds kommen wird. Die Höhe der aufzubringenden Ausbildungskosten je Bundesland orientiert sich zudem an der tatsächlich in dem jeweiligen Bundesland stattfindenden Ausbildung und nicht an der Zahl der in dem Bundesland benötigten Fachkräfte. In Bundesländern, in denen mehr Fachkräfte ausgebildet werden als in ihnen später benötigt werden, führt die Installierung von Landesfonds zur Verpflichtung der unterschiedlichen Kostenträger, die Ausbildung in anderen Bundesländern gegenzufinanzieren. Eine Rechtfertigung hierfür fehlt. Die Wahrung der Wirtschaftseinheit ist auf diesem Wege gerade nicht zu erreichen.

Es steht zu erwarten, dass aufgrund der vorstehenden Bedenken für die einzelnen Pflegebedürftigen wirtschaftliche Unterschiede in den einzelnen Bundesländern auftreten werden. Vollkommen ungeklärt ist auch die Frage, wie mit dem nicht auszuschließenden Fall umgegangen werden soll, dass die Finanzierung in einem Land erfolgreich beklagt werden wird. Auch die alternative Möglichkeit zur Festlegung von Pauschal- oder Individualbudgets führt dazu, dass von einer einheitlichen Regelung im gesamten Bundesgebiet und damit einer Sicherstellung der Wirtschaftseinheit nicht die Rede sein kann.

## 7.2 Sonderabgabe

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Sonderabgabe sind grundsätzlich unter Berücksichtigung der einschlägigen Entscheidung des BVerfG erfüllt. Bedenken bestehen allerdings unter einem Gesichtspunkt. Sonderabgaben dürfen nur gegenüber einer homogenen Gruppe erhoben werden. Hierbei ist zu prüfen, wer letztlich nach der gesetzlichen Systematik die Abgabe tragen muss. Bei ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen sieht der Gesetzesentwurf die Möglichkeit vor, die Ausbildungszuschläge gegenüber den Pflegebedürftigen in Rechnung zustellen. Das BVerfG hat in seiner einschlägigen Entscheidung dennoch die Pflegeeinrichtungen als maßgebliche Abgabenschuldner eingestuft, da aufgrund des Wettbewerbs zwischen Pflegeeinrichtungen eine tatsächliche Weiterreichung nicht zwingend zu erwarten sei. Hierfür spricht auch, dass Pflegebedürftige häufig keinen Erstattungsanspruch bezüglich dieses Vergütungsteils haben, da hierfür die Pflegepauschalen nicht ausreichen.

Anders sieht dies allerdings im Bereich der Krankenhäuser aus. Wiederum sieht der Gesetzesentwurf zwar nur die Möglichkeit vor, dass die Krankenhäuser die Ausbildungsumlage auf ihre Vergütungen aufschlagen. Da die Krankenversicherungen aber diesen Vergütungszuschlag generell übernehmen, wird es faktisch kein Krankenhaus geben, das von dieser gesetzlichen Möglichkeit keinen Gebrauch macht. Ein wirtschaftlicher Wettbewerb ist insoweit nicht zu erwarten, da es für die Patienten unerheblich ist, ob ein bestimmtes Krankenhaus den Zuschlag weiter reicht oder nicht. Dies wirft die Frage auf, ob insoweit nicht in Wirklichkeit die Patienten der Krankenhäuser die Abgabepflichtigen sind und somit eine homogene Gruppe mit den Pflegeeinrichtungen bilden müssten. Dies dürfte im Ergebnis zu verneinen sein, da diese Gruppe keine gemeinsame Finanzierungsverantwortung für die Finanzierung der Pflegefachausbildung hat. Es ist insbesondere auch nicht erklärbar, warum Patienten von Krankenhäusern diese Verantwortung haben sollen, nicht aber Pflegebedürftige.

## 7.3 Art. 3 GG

Allein die unsichere Datengrundlage des Prognos-Gutachtens dürfte im Ergebnis aufgrund des weiten Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers nicht zu beanstanden sein. In der Rechtsprechung des BVerfG ist anerkannt, dass gerade bei komplexen Sachverhalten Typisierungen und Vereinfachungen aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität erfolgen dürfen.

Die Quotelung gem. § 32 des Gesetzentwurfes knüpft allerdings nicht nur an unsicheres Datenmaterial an, sondern an die bisherige Finanzierung der drei verschiedenen Ausbildungsberufe. Zudem wird auf den tatsächlichen Umfang der Ausbildung in der Vergangenheit geblickt und nicht ermittelt, welcher Fachkräftebedarf für die Zukunft besteht. Somit beruhen die Kostenanteile für Krankenhäuser einerseits und Pflegeeinrichtungen andererseits von vornherein nicht auf einer zukunftsgerichteten Beurteilung. Es stellt sich daher die Frage, ob aufgrund dessen eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung zwischen Krankenhäusern einerseits und Pflegeeinrichtungen andererseits festzustellen ist. Hierbei allein auf die Zulässigkeit einer Typisierung abzustellen überzeugt nicht, da es um den generellen methodischen Ansatz und nicht um die Schwierigkeiten, den richtigen methodischen Ansatz umzusetzen geht. Die Ungleichbehandlung ist somit nicht gerechtfertigt.

Methodisch angreifbar ist auch die in § 33 Abs. 4 des Gesetzentwurfes vorgesehene Aufteilung zwischen ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen nach dem Verhältnis der jeweils beschäftigten Pflegefachkräfte. Es liegt eine Ungleichbehandlung zwischen stationären und ambulanten Pflegeeinrichtungen vor, wenn sich bei diesen beiden Einrichtungsgruppen jeweils andere prozentuale Verhältnisse zwischen Altenpflegeleistungen und Leistungen aus der Krankenpflege ergeben. Diese Ungleichbehandlung ist allenfalls unter Verweis auf die Zulässigkeit einer Typisierung unter dem Gesichtspunkt der Verwaltungspraktikabilität zu rechtfertigen. Wenn aber erkennbar ist, dass der Anteil von Leistungen aus der Krankenversicherung einerseits und aus der Pflegeversicherung andererseits sehr unterschiedlich ausfällt ist dies rechtlich nicht mehr akzeptabel. Das BVerfG erlaubt Typisierungen nur dann, wenn der Kreis der Betroffenen der Ungleichbehandlung eingegrenzt ist und nicht faktisch einen Großteil der in Anspruch Genommenen entspricht.

Kritisch zu sehen ist auch die Einrichtung der Länderfonds mit der Folge, dass die konkreten Budgets und damit auch die Höhe der Umlage in jedem Bundesland anders ausfallen. Damit werden Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen je nach Bundesland ungleich behandelt. Der Anknüpfungspunkt für die Ungleichbehandlung ist der Sitz des jeweiligen Krankenhauses/der Pflegeeinrichtung in einem bestimmten Bundesland. Eine sachliche Rechtfertigung, bei einer bundeseinheitlichen Ausbildung auf Basis einer bundesgesetzlichen Regelung bei der Ermittlung der Umlage doch wieder nach Bundesländern zu differenzieren ist nicht erkennbar. Insoweit besteht eine Parallele zu der Frage, ob der Bund für eine solche Regelung überhaupt die Gesetzgebungskompetenz hat. Dies gilt natürlich erst recht, wenn über den jetzigen Gesetzentwurf hinaus auch die Kostenquoten gem. § 33 Abs. 1 des Gesetzentwurfes noch in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich ausgestaltet werden dürfen oder gar

müssen.

Eine weitere Ungleichbehandlung zwischen den Krankenhäusern einerseits und den Pflegeeinrichtungen andererseits besteht im Hinblick auf die Möglichkeit, die Umlage an die Patienten bzw. Pflegebedürftigen weiterzugeben. Wie im Zusammenhang mit der Sonderabgabe bereits ausgeführt wird es für Krankenhäuser unproblematisch möglich sein, die Umlage einfach an die Patienten und damit die Krankenversicherungen weiterzureichen. Die gleiche Möglichkeit besteht für Pflegeeinrichtungen aufgrund des wirtschaftlichen Wettbewerbs und der zumeist fehlenden Erstattungsfähigkeit der Ausbildungsumlage nicht. Wiederum ist nicht erkennbar, warum diese Ungleichbehandlung bei einer einheitlichen Ausbildung gerechtfertigt sein soll.

Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen beim sogenannten Wertschöpfungsanteil. Nach § 27 Abs. 2 des Gesetzentwurfes soll der Vorteil der ausbildenden Einrichtung durch den Einsatz der Auszubildenden bei der Erbringung der Leistungen von Krankenhäusern und stationären Pflegeeinrichtungen im Verhältnis von 9,5 : 1 und bei ambulanten Pflegeeinrichtungen im Verhältnis von 14: 1 in Ansatz gebracht werden. Hierin liegt eine Ungleichbehandlung wegen der unterschiedlichen Verhältnisse, die allerdings gerechtfertigt ist, wenn aufgrund der unterschiedlichen Einsatzmöglichkeiten die vorgesehene unterschiedliche Anrechnung belegbar ist.

Die generelle Anrechnung eines Wertschöpfungsanteils bei allen Einrichtungen stellt zudem eine Gleichbehandlung dar, die nur dann gerechtfertigt ist, wenn tatsächlich der zu beurteilende Sachverhalt gleich ist. Hieran bestehen erhebliche Bedenken, da ambulante Pflegeeinrichtungen letztlich keine Möglichkeit haben, die Auszubildenden wirtschaftlich sinnvoll einzusetzen. Diese sind zwangsläufig mit einer ausgebildeten Pflegefachkraft unterwegs und können nur unterstützend beim jeweiligen Pflegebedürftigen eingesetzt werden. Hierdurch erhöhen sich die Leistungspauschalen für die erbrachten Pflegeleistungen nicht. Ein Mehrwert könnte deshalb allenfalls entstehen, wenn dieselben Leistungen in einer kürzeren Zeit erbracht und somit mehr Patienten innerhalb der Arbeitszeit gepflegt werden können. Dies erscheint nach den Erfahrungen in NRW unrealistisch.

#### **7.4 Verordnungsermächtigung**

Nicht zu beanstanden sind die in § 56 des Gesetzesentwurfs enthaltenen Ermächtigungen zum Erlass einer Ausbildungs- und Prüfungsverordnung sowie einer Umlageverordnung.

Insbesondere ist der Wesentlichkeitsgrundsatz eingehalten. Im Entwurf des Pflegeberufgesetzes werden sowohl im Hinblick auf die Ausbildung und Prüfung wie auch auf die Umlagefinanzierung alle wesentlichen Regelungen vom Gesetzgeber selbst getroffen. Insbesondere im Hinblick auf die Finanzierung enthält das Gesetz zahlreiche sehr detaillierte Regelungen. Darüber hinaus ist hinsichtlich der Umlageverordnung der Anforderungen von Art. 104a Abs. 4 GG Genüge getan, da eine Zustimmungspflicht des Bundesrats vorgesehen wird.

### 7.5 Rechtsmittel

Klagebefugt sind sowohl die Krankenhäuser als auch die ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen. Gegen die jeweiligen Umlagebescheide, die als Verwaltungsakt zu qualifizieren sind, besteht die Möglichkeit Anfechtungsklage zu erheben. Im Rahmen der Begründetheit der Klage wird dann die Verwaltungsgerichtsbarkeit auch die Verfassungsgemäßheit des Umlagesystems prüfen. Hält das Verwaltungsgericht die gesetzliche Regelung für verfassungswidrig, legt es diese Frage dem BVerfG zur Entscheidung vor. Bestätigt diese die Verfassungswidrigkeit fehlt die gesetzliche Grundlage für die jeweiligen Umlagebescheide. Den zuständigen Stellen und damit letzten Endes den Bundesländern obliegt daher das volle Risiko, dass die bundesgesetzliche Regelung verfassungswidrig ist und deshalb Klagen gegen die Umlagebescheide Erfolg haben.

Die Verfassungswidrigkeit des sogenannten Wertschöpfungsanteils in § 27 Abs. 2 des Gesetzesentwurfes kann zu Verpflichtungsklagen ambulanter Pflegeeinrichtungen auf Gewährung einer Ausgleichszuweisung ohne den entsprechenden Abzug führen. Resultat einer erfolgreichen Klage wäre eine Unterdeckung in den Fonds, die auch in dieser Konstellation letztlich von den Bundesländern ausgeglichen werden müsste.

Eine Überprüfung des Gesetzes durch das BVerfG kann über Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 oder 2 a GG erfolgen. Antragsberechtigt sind u.a. die Landesregierung und der Landtag NRW.

  
**Dr. Hendrik Schilder**  
Rechtsanwalt

  
**Dr. Johannes Grüner**  
Rechtsanwalt