



LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

INFORMATION
16/190

Alle Abg

**Rechtmäßigkeit der Verordnung zur
Ausführung des Alten- und Pflegegesetzes
Nordrhein-Westfalen und § 92 SGB XI (APG
DVO NRW)**

Bearbeitung: Dr. Martha Leibrandt

Datum: 26. Mai 2014

Dieses Gutachten hat der Parlamentarische Beratungs- und Gutachterdienst im Auftrag des Abgeordneten Günter Garbrecht MdL erstellen lassen. Das Gutachten wurde durch Herrn Garbrecht zur Veröffentlichung freigegeben.

Die Gutachten des Parlamentarischen Beratungs- und Gutachterdienstes des Landtags Nordrhein-Westfalen sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung - auch auszugsweise - ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----------|
| A. GUTACHTENAUFTRAG | 4 |
| B. GUTACHTEN | 5 |
| I. GRENZEN DER ERMÄCHTIGUNGSGRUNDLAGE..... | 5 |
| II. REGELUNGSINHALTE IM GESETZ STATT IN DER VERORDNUNG | 5 |
| 1. <i>Grundsätze der Wesentlichkeitslehre</i> | 6 |
| 2. <i>Bezug der Wesentlichkeitslehre auf Regelungen der APG DVO</i> | 7 |
| 2.1. Grundrechtsrelevanz von Art. 12 und Art. 14 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 | 8 |
| 2.2. Grundrechtsrelevanz von Art. 3 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 LVerf | 9 |
| 2.3. Grundrechtsrelevanz von Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1..... | 9 |
| III. ERGEBNIS | 10 |
| C. LITERATURVERZEICHNIS | 11 |

A. Gutachtenauftrag

Erstellung eines Gutachtens über die Vereinbarkeit der APG DVO NRW mit ihrer Ermächtigungsgrundlage

Mit Schreiben vom 28.03.2014 hat der Vorsitzende des Ausschusses für Arbeit, Gesundheit und Soziales, Herr Günter Garbrecht, den Parlamentarischen Beratungs- und Gutachterdienst mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens beauftragt.

Die Auftraggeber begleitet als Ausschussvorsitzender das Gesetzgebungsverfahren zum Gesetz zur Entwicklung und Stärkung einer demographiefesten, teilhabeorientierten Infrastruktur und zur Weiterentwicklung und Sicherung der Qualität von Wohn- und Betreuungsangeboten für Ältere Menschen, pflegebedürftige Menschen, Menschen mit Behinderung und ihre Angehörigen (GEPA, Drucksache 16/3388). Zum Beratungsverfahren gehört auch die Durchführungsverordnung zum Alten- und Pflegegesetz NRW (APG), das Teil des GEPA ist. Die Verordnung ist als Entwurf (Vorlage 16/1636) zunächst mit Stand vom 05.02.2014 vom MGEPA an den Landtag weitergeleitet worden und liegt nach weiterer Überarbeitung derzeit in aktueller Version mit Stand vom 31.03.2014 vor.

Der Ausschussvorsitzende will geprüft wissen, ob in der Verordnung Regelungen verankert sind, die sich nicht in den von der Ermächtigungsgrundlage vorgegebenen Grenzen halten. Darüber hinaus soll geprüft werden, ob die Verordnung Regelungen enthält, die besser unmittelbar in das Gesetz übernommen werden müssten bzw. sollten.

B. Gutachten

I. Grenzen der Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage der APG DVO NRW ist § 20 APG. Die Vorschrift hat folgenden Wortlaut:

Das für die Pflegeversicherung zuständige Ministerium wird ermächtigt, im Benehmen mit dem für Alter und Pflege zuständigen Ausschuss des Landtags durch Rechtsverordnung:

- 1. Zu § 3 Absatz 2 das Nähere zu bestimmen; insbesondere die dem Landesausschuss Alter und Pflege angehörenden Organisationen unter Berücksichtigung der Interessen aller an der Alten- und Pflegepolitik im Land Beteiligten zu benennen,*
- 2. Zu § 7 Absatz 5 das Nähere zu bestimmen, insbesondere zu Aufbau und Mindestinhalten,*
- 3. Zu § 9 das Nähere zu bestimmen, insbesondere, welche Daten zu Planungszwecken übermittelt werden sollen und zur Art der Datenübermittlung und*
- 4. Zu den §§ 10 bis 13 das Nähere zu Art und Umfang der Förderung, Voraussetzungen der Leistungsgewährung, Verfahren sowie das Verfahren zur gesonderten Berechnung nicht geförderter Aufwendungen gemäß § 82 Absatz 3 des Elften Buches Sozialgesetzbuch zu regeln.*

Von der Verordnungsermächtigung nach § 20 Nr. 2 und 3 APG hat das Ministerium in seinem Entwurf zur APG DVO NRW bislang keinen Gebrauch gemacht.

Der Verordnungsentwurf beschäftigt sich zuvorderst mit den Ermächtigungen nach den Nummern 1 und 4: Die §§ 28 bis 30 der Verordnung nehmen die Vorgaben von § 20 Nr. 1 APG auf und sehen detailliertere Regelungen für den Landesausschuss Alter und Pflege vor. Der überwiegende Teil der Verordnung konkretisiert nach § 20 Nr. 4 APG jedoch die Vorgaben der §§ 10 bis 13 APG zur Leistungsgewährung.

Die Prüfung hat ergeben, dass der Verordnungsentwurf die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage nach § 20 Nr. 1 und Nr. 4 APG nicht überschreitet. Eine Überschreitung der Grenzen der Ermächtigungsgrundlage ist vorliegend schwerlich möglich, da die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage recht weit gehalten sind. Die Ermächtigungsgrundlage erlaubt in der Verordnung nicht nur Regelungen zum Verfahren, zum Verfahren zur gesonderten Berechnung nicht geförderter Aufwendungen sowie zu Art und Umfang der Förderung zu treffen, sondern auch zu den Voraussetzungen der Leistungsgewährung. Dies eröffnet dem Verordnungsgeber einen weiten Spielraum, den er mit der APG DVO genutzt hat.

II. Regelungsinhalte im Gesetz statt in der Verordnung

Soweit der Auftraggeber geprüft wissen möchte, ob die APG DVO Regelungen enthält, die besser unmittelbar in das Gesetz übernommen werden müssten bzw. sollten, bezieht sich die Gutachtenfrage auf die Ermächtigungsgrundlage des § 20 APG und die Frage, ob diese dem Verordnungsgeber zu weite Regelungsmöglichkeiten eröffnet oder vielmehr der formelle Gesetzgeber über Regelungen des derzeitigen Verordnungsentwurfs zu entscheiden hat.

Da die Verordnung sich zuvorderst mit Fragen der Förderung und Leistungsgewährung beschäftigt, liegt das Augenmerk der Prüfung auf der Vorschrift des § 20 Nr. 4 APG, der zur konkreten Regelung dieser Bereiche ermächtigt. § 20 Nr. 4 APG besagt:

Das für die Pflegeversicherung zuständige Ministerium wird ermächtigt, im Benehmen mit dem für Alter und Pflege zuständigen Ausschuss des Landtags durch Rechtsverordnung:

4. *Zu den §§ 10 bis 13 das Nähere zu Art und Umfang der Förderung, Voraussetzungen der Leistungsgewährung, Verfahren sowie das Verfahren zur gesonderten Berechnung nicht geförderter Aufwendungen gemäß § 82 Absatz 3 des Elften Buches Sozialgesetzbuch zu regeln.*

Grundsätzlich unbedenklich erscheint es, Fragen des Verfahrens durch eine Verordnung zu konkretisieren bzw. auszuführen. Soweit Grundsätze des Verfahrens nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz beachtet werden, sind grundrechtsrelevante Rechtsverletzungen durch Verfahrensvorschriften kaum möglich. Es ist aber fragwürdig, inwieweit insbesondere Voraussetzungen einer Leistungsgewährung durch eine Verordnung geregelt werden sollten. Im Kern betrifft eine solche Konstellation Grundsätze der sogenannten Wesentlichkeitslehre. Danach ist zu klären, welche Regelungen der Verordnung so wesentlich sind, dass sie nicht in einem materiellen Gesetz verortet werden können, sondern eines formellen Gesetzes bedürfen.

1. Grundsätze der Wesentlichkeitslehre

Die Wesentlichkeitslehre leitet sich vom Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip ab. Sie verlangt, dass für den Grundrechtsbereich wesentliche Fragen – auch soweit sie nicht Eingriffe darstellen – jedenfalls im Grundsätzlichen vom parlamentarischen Rechtsetzungsorgan selbst entschieden werden müssen.¹ Mithin bedeutet dies bei allen substantiellen Grundrechtsbegrenzungen die Notwendigkeit eines förmlichen Gesetzes.²

Als „wesentlich“ erweist sich für das Bundesverfassungsgericht vor allem der „grundrechtsrelevante“ Bereich, d.h. das für die Verwirklichung der Grundrechte Wesentliche.³ Dabei wird die Wesentlichkeit durch verschiedene Kriterien ermittelt. Für die Wesentlichkeit einer Angelegenheit sprechen unter anderem deren Grundrechtsrelevanz, die Langfristigkeit einer Festlegung, gravierende finanzielle Auswirkungen oder auch die politische Wichtigkeit oder Umstrittenheit. Gegen die Wesentlichkeit einer Frage sprechen beispielsweise die Erforderlichkeit flexibler Regelungen, das Vorliegen entwicklungsöffener Sachverhalte, die Entlastung des Parlaments oder möglicherweise die Grenzen des Sachverstands des Parlaments.⁴

¹ *Sachs*, in: *Sachs, Grundgesetz, Kommentar*, Art. 20, Rn. 117; *Ohler*, *Der institutionelle Vorbehalt des Gesetzes*, AöR 131(2006), S. 343 ff.; *Stern*, *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte*, in: *Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts*, Band IX, § 185 Rn. 134.

² *Stern*, *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte*, in: *Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts*, Band IX, § 185 Rn. 134.

³ BVerfG Urteil v. 26.9.1972, 1 BvR 230/70 und 95/71, BVerfGE 34, 165, 192 f.; BVerfG Urteil v. 28.10.1975, 2 BvR 883/73 und 379/497, 526/74, BVerfGE 40, 237, 248 f.; BVerfG Urteil v. 24.5.2006, 2 BvR 669/04, BVerfGE 116, 24, 58.

⁴ *Grzeszick*, in: *Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar*, Art. 20 VI Rn. 107.

2. Bezug der Wesentlichkeitslehre auf Regelungen der APG DVO

Misst man die Grundsätze der Wesentlichkeitslehre an der APG DVO, so erscheinen einige Regelungen des Verordnungsentwurfs vom 31.03.2014 problematisch.

Die APG DVO gestaltet die Finanzierung und Förderung stationärer, teilstationärer und ambulanter Pflegeeinrichtungen zu den bisherigen Regelungen teilweise komplett neu. Übergangsbestimmungen für Refinanzierungsmodalitäten sind dabei recht restriktiv bemessen. Beispielhaft kann hier § 7 Abs. 2 des Verordnungsentwurfs aufgeführt werden. Danach sind Aufwendungen bei Erbpacht von Grundstücken nicht anerkennungsfähig, wenn sich das Grundstück vor dem 1. Februar 2014 noch im Eigentum der Trägerin oder des Trägers befand und unter Fortsetzung des Betriebs der Einrichtung veräußert wurde. Zu diesem Datum ist die Verordnung aber noch nicht in Kraft getreten, da sie sich derzeit weiterhin im Beratungsverfahren befindet. Der Verordnungsgeber verteidigt die Vorschrift in seinem Votum zu kritischen Stellungnahmen im Rahmen der Verbändeanhörung mit dem Hinweis, dass die Überlegungen des Verordnungsgebers (mit der ersten Veröffentlichung des Verordnungsentwurfs) seit dem 1. Februar 2014 bekannt seien.

Die Neuregelung ist damit mit organisatorischen und vor allem finanziellen Veränderungen für die Träger von Pflegeeinrichtungen verbunden. Bedingungen bzw. Voraussetzungen, die die Finanzierung und Förderung von Pflegeeinrichtungen detailliert ausgestalten, bestimmen einen Großteil der APG DVO. Orientiert man sich an den Kriterien der Wesentlichkeitslehre, die für wesentliche Angelegenheiten sprechen - darunter fallen unter anderem gravierende finanzielle Auswirkungen - so erscheint es fragwürdig, derart weitreichende Veränderungen, die die Finanzierung der Pflegeeinrichtungsträger grundlegend verändern, durch eine Verordnung zu regeln.

Das weitere Kriterium der Grundrechtsrelevanz, das für wesentliche Angelegenheiten spricht, ist beispielhaft nur an folgender Vorschrift aufzuführen: § 15 Abs. 6 des Verordnungsentwurfs besagt –

Kein Anspruch auf Pflegegeld besteht, wenn die pflegebedürftige Person in den zehn vorangegangenen Jahren die Bedürftigkeit vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat.

Die Vorschrift schränkt den anspruchsberechtigten Personenkreis ein. Unabhängig davon, ob diese rechtliche Begrenzung gerechtfertigt ist oder nicht, sind die Regelung und deren Konsequenzen so wesentlich, dass eine Regelung ohne die förmliche Zustimmung des Parlaments nur schwer nachvollziehbar ist. In § 13 APG findet sich kein Anknüpfungspunkt für diese Form der Anspruchsbeschränkung.

Im Folgenden sollen Regelungsbereiche des Verordnungsentwurfs näher betrachtet werden, die grundrechtsrelevante Bereiche berühren können und damit für eine wesentliche Regelung sprechen.

2.1. Grundrechtsrelevanz von Art. 12 und Art. 14 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 LVerf

Der Verordnungsentwurf sieht an vielen Stellen neue Berechnungsmethoden bzw. –grundlagen und Berechnungszeiträume vor, von denen die Anerkennung von Aufwendungen der Pflegeeinrichtungsträger abhängt. Beispielhaft seien die §§ 2, 6 Abs. 1, 8, 14, 15, 18, 21, 24 genannt. Teilweise liegen die Berechnungsgrundlagen unter den derzeit gültigen Faktoren, teilweise werden zukünftige Teuerungsraten oder örtliche Besonderheiten hinsichtlich der Preisstruktur nicht berücksichtigt. Stellungnahmen und Aussagen von unterschiedlichen Pflegeeinrichtungsträgern bei der Anhörung zum Verordnungsentwurf haben ergeben, dass diese Regelungen zu finanziellen Einbußen führen bzw. die Gefahr der Unterfinanzierung von Einrichtungen bergen können.

Darüber hinaus ist bei einigen Vorschriften fraglich, inwieweit der Verordnungsgeber die Grundaussagen des § 11 Abs. 2 SGB XI berücksichtigt hat. Danach hat der Gesetzgeber bei der Durchführung des SGB XI die Vielfalt der Träger von Pflegeeinrichtungen zu wahren sowie deren Selbständigkeit, Selbstverständnis und Unabhängigkeit zu achten. Freigemeinnützige und private Träger seien vorrangig gegenüber öffentlichen Trägern. Die Vorschrift betont den Charakter des Pflegerechts, das nicht als Bedarfsregelung ausgestaltet werden soll. Insbesondere sind folgende Regelungen des Verordnungsentwurfs an diesem Grundsatz zu messen: § 2 Abs. 5 Satz 1, § 3 Abs. 1 Satz 3, § 5 Abs. 1 Satz 2, § 13 Abs. 3.

§ 3 Abs. 1 Satz 3 normiert beispielsweise, dass

Aufwendungen für Maßnahmen, die zu einer Erweiterung des bisher vorhandenen Platzangebots führen, nur anerkannt werden können, wenn ohne sie ein dem aktuellen Bedarf entsprechendes Angebot an Plätzen in stationären Einrichtungen vor Ort nicht sichergestellt werden kann.

Demnach macht die Vorschrift Erweiterungsmaßnahmen der Einrichtungsbetreiber von Bedarfen abhängig. Zum einen scheint die Verordnung Grundaussagen des Pflegerechts nicht zu berücksichtigen. Zum anderen stellt sich die Frage, inwieweit die Vorschrift wettbewerbsregelnd ist und die unternehmerische Freiheit von privaten Trägern ungerechtfertigt einschränkt wird.

Die beschriebenen Regelungen sind grundrechtsrelevant. Aufgrund ihrer wettbewerbsregelnden und finanzschwächenden Wirkung können die Vorschriften der Verordnung die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG berühren. Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Gesamtheit von Modalitäten der Berufsausübung, zu der u.a. die unternehmerische Organisationsfreiheit⁵ und Wettbewerbsfreiheit⁶ gezählt wird.⁷ Indem der Verordnungsgeber die finanziellen Grundlagen der

⁵ Mann, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, Art. 12 Rn. 79.

⁶ BVerfG Urteil v. 8.2.1972, 1 BvR 170/71, BVerfGE 32, 311, 317; BVerfG Urteil v. 16.1.1980, 1 BvR 249/79, BVerfGE 53, 135, 143 f.; BVerfG Beschluss v. 26.6.2002, 1 BvR 558, 1428/91, BVerfGE 105, 252, 265.

⁷ Mann, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, Art. 12 Rn. 79.

Pflegeeinrichtungen schwächt kann das Recht auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, das aus Art. 14 Abs. 1 GG abgeleitet wird und die Gesamtheit des wirtschaftlichen Werts eines Unternehmens schützt⁸, tangiert werden.

2.2. Grundrechtsrelevanz von Art. 3 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 LVerf

Auch hinsichtlich der Vereinbarkeit des Verordnungsentwurfs mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG bestehen Bedenken. In Frage steht eine Ungleichbehandlung von Pflegebedürftigen in unterschiedlichen Kommunen. Der Verordnungsgeber macht es in § 3 Abs. 1 Satz 2 vom Ermessen der Behörde abhängig, ob bestimmte Aufwendungen zur Erweiterung und Verbesserung von langfristigen Anlagegütern anerkannt werden. Die Beurteilung kann je nach finanzieller Ausstattung einer Kommune unterschiedlich ausfallen und je nach dem zu einer Besser- oder Schlechterstellung eines Pflegebedürftigen führen. Fraglich ist auch, ob hier ein Widerspruch zu § 10 Abs. 6 Satz 2 APG besteht, der besagt, dass Aufwendungen für alle Menschen nach einheitlichen Grundsätzen zu bemessen sind.

2.3. Grundrechtsrelevanz von Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 LVerf

Für die Grundrechtsrelevanz der Ordnungsregelungen sprechen auch Übergangsregelungen, die an zahlreichen Stellen verortet sind. Beispielhaft seien nur § 2 Abs. 4, § 2 Abs. 6, § 7 Abs. 2 oder § 8 Abs. 8 genannt. Zumeist betreffen die Übergangsregelungen Berechnungsmethoden und die daraus folgende Anerkennungsfähigkeit von Aufwendungen, die sich im Vergleich zur früheren Rechtslage verändert. Der Hintergrund für Übergangsregelungen liegt in dem Erfordernis, Anforderungen neuer Gesetze mit vorherigen geltenden Rechtslagen in Einklang zu bringen und dadurch Widersprüchlichkeiten des Staatshandelns zu vermeiden. Widersprüche verstoßen gegen das Rückwirkungsverbot und verletzen den in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Vertrauensschutz. Dieser genießt grundrechtlichen Schutz.⁹ Demnach regeln die Übergangsregelungen des Verordnungsentwurfs auch an dieser Stelle einen grundrechtssensiblen Bereich.

⁸ BVerfG Urteil v. 29.11.1961, 1 BvR 148/57, BVerfGE 13, 225, 229 f.; BVerfG Beschluss v. 8.6.1977, 2 BvR 499/74 und 1042/75, BVerfGE 45, 142, 173.

⁹ Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, Art. 20 Rn. 131.

III. Ergebnis

Zwar ist grundsätzlich zu konstatieren, dass der Verordnungsgeber sich an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage nach § 20 APG gehalten hat, jedoch sind diese Grenzen so weit ausgestaltet, dass es schwer ist, § 20 APG zu verletzen.

Demgegenüber stellt sich aber die Frage, inwieweit § 20 Nr. 4 APG selbst einen zulässigen Rechtsrahmen bietet, an dem der Verordnungsentwurf zu messen wäre. Gehalten am Prüfungsmaßstab der Wesentlichkeitslehre muss festgestellt werden, dass die Verordnung insbesondere grundrechtsrelevante und kostenintensive Bereiche regelt, die so wesentlich sein dürften, dass sie vom Landesgesetzgeber durch ein förmliches Gesetz zu beschließen sind.

C. Literaturverzeichnis

Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, Heidelberg 2011.

Maunz, Theodor/ Dürig, Günter/ Herzog, Roman, Grundgesetz Kommentar, Bd. III (Art. 16 – 22), München Loseblattsammlung, Stand: Dezember 2013.

Ohler, Christoph, „Der institutionelle Vorbehalt des Gesetzes“, Archiv des öffentlichen Rechts 131 (2006), S. 336 ff.

Sachs, Michael, Grundgesetz Kommentar, München 2011.