

Der Minister

Ministerium für Arbeit,
Gesundheit und Soziales
des Landes Nordrhein-Westfalen



Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales Nordrhein-Westfalen, 40190 Düsseldorf

An den
Präsidenten
des Landtags Nordrhein-Westfalen
Herrn André Kuper MdL

Düsseldorf

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
17 WAHLPERIODE

**VORLAGE
17/2519**

A01

Datum: 4. Oktober 2019

Seite 1 von 1

Aktenzeichen PA 0400/0011
bei Antwort bitte angeben

Anna-Karoline Dahmen
Telefon 0211 855-3206
Telefax 0211 855-
anna-
karoline.dahmen@mags.nrw.de

für den Ausschuss für Arbeit, Gesundheit und Soziales

**Rechtsgutachten zu einzelnen Fragen der Errichtung einer
Pflegekammer NRW**

Sehr geehrter Herr Landtagspräsident,

im Rahmen der Diskussion zur Übertragung einzelner Aufgaben an die zukünftige Pflegekammer NRW hat das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales NRW sich entschlossen, einzelne Rechtsfragen über ein Gutachten klären zu lassen. Dieses Gutachten liegt inzwischen vor.

Für die Weiterleitung an die Mitglieder des Ausschusses für Arbeit, Gesundheit und Soziales wäre ich dankbar.

Mit freundlichen Grüßen

(Karl- Josef Laumann)

Dienstgebäude und
Lieferanschrift:
Fürstenwall 25,
40219 Düsseldorf
Telefon 0211 855-5
Telefax 0211 855-3683
poststelle@mags.nrw.de
www.mags.nrw

Öffentliche Verkehrsmittel:
Rheinbahn Linie 709
Haltestelle: Stadttor
Rheinbahn Linien 708, 732
Haltestelle: Polizeipräsidium

1 Anlage

Prof. Dr. Winfried Kluth

Rechtsgutachten zu einzelnen Fragen der Errich- tung einer Pflegekammer NRW

Erstattet im Auftrag des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des
Landes Nordrhein-Westfalen

Halle (Saale), im Juli 2019

Inhaltsübersicht

Erster Teil: Sachverhalt und Fragestellungen*	4
I. Sachverhalt	4
II. Fragestellungen	4
Zweiter Teil: Die berufsrechtlichen Regelungen im Überblick	7
I. Entwicklung und Vielfalt des Berufsrecht der Pflegeberufe	7
II. Das (neue) Pflegeberufegesetz	8
III. Hoheitliche Maßnahmen im Zusammenhang mit der Berufsausbildung und der Berufsausübung	9
Dritter Teil: Zulässigkeit der Delegation der Zuständigkeit für die Abschlussprüfung auf die Pflegekammer	11
I. Verfassungsmäßigkeit der Errichtung der Pflegekammer	11
1. Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab	11
2. Vorliegen eines legitimen Zwecks	12
3. Erforderlichkeit der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft	13
II. Allgemeine Anforderungen an die Aufgabendelegation	14
1. Einordnung von Zuständigkeitsverlagerungen aus der Perspektive des Verfassungsrechts	14
2. Anforderungen an eine Normsetzungsdelegation im Überblick	15
a) Delegierte Normsetzung im Anwendungsbereich des Art. 80 GG	15
b) Delegierte Normsetzungskompetenzen der Träger funktionaler Selbstverwaltung	16
3. Gesetzliche Ermächtigung zur Normsetzung	16
a) Normsetzung gegenüber "Mitgliedern"	16
b) Normsetzung gegenüber "Dritten"	17
c) Der Facharztbeschluss als Leitentscheidung	17
d) Weitere Entscheidungen und ihre Maßgaben	21
III. Übertragung der Zuständigkeit für die Mitwirkung an Abschlussprüfungen	22
1. Gesetzliche Grundlagen	22
a) Anordnung und Arten der staatlichen Abschlussprüfung	22
b) Einzelheiten der Abschlussprüfung nach Besuch der Pflegeschule	23
c) Einzelheiten der Abschlussprüfung nach Besuch einer Hochschule	23
d) Bestimmung der zuständigen Behörde	25
2. Weitere Zuständigkeiten und Gestaltungsspielräume	26
3. Delegation der Aufgaben an die Pflegekammer	26
a) Exkurs: Ein Blick auf Prüfungsregelungen im Bereich des Handwerks und anderer reglementierter Berufe	27
b) Interne oder externe Maßnahmen	28
c) Grundrechtsrelevanz	29
d) Hinreichend bestimmte gesetzliche Anleitung	30
e) Strukturell bedingte Interessenkonflikte	32

4.	Anforderungen an den Aufsichtsmaßstab.....	34
5.	Fachgerichtliche Kontrolle.....	35
a)	Staatliche Prüfung an den Pflegeschulen.....	36
b)	Staatliche Prüfungen an den Hochschulen.....	36
IV.	Übertragung der Zuständigkeit als Zulassungsbehörde nach §§ 1 bis 3 PflBG 37	
1.	Aufgaben der Zulassungsbehörde.....	37
2.	Vorliegen von strukturellen Interessenkonflikten.....	38
a)	Möglichkeit des Bestehens von Interessenkonflikten.....	38
b)	Entscheidungsstruktur bei Erteilung einer Erlaubnis	38
c)	Entscheidungsstruktur bei Entzug einer Erlaubnis	40
d)	Zwischenergebnis.....	40
3.	Eignung der Pflegekammer als Zulassungsbehörde	41
a)	Fachliche Eignung.....	41
b)	Verwaltungswissenschaftliche Aspekte.....	41
4.	Zwischenergebnis.....	42
	Vierter Teil: Regelung einer Pflegekammermitgliedschaft von Auszubildenden.....	44
I.	Einordnung der Thematik.....	44
II.	Pflichtmitgliedschaft oder freiwillige Mitgliedschaft?.....	44
1.	Vergleichsfälle in anderen Bereichen	44
2.	Das Phänomen einer freiwilligen Mitgliedschaft im Recht der Berufskammern 45	
3.	Fehlende Erforderlichkeit einer Pflichtmitgliedschaft.....	46
III.	Gründe für die Einführung einer freiwilligen Mitgliedschaft.....	47
IV.	Rechte und Pflichten freiwilliger Mitglieder.....	48
V.	Verfassungsrechtliche Beurteilung.....	48
VI.	Zusammenfassende Bewertung.....	48
	Fünfter Teil: Übertragung von weiteren Aufgaben.....	50
I.	Die weiteren Aufgaben im Überblick	50
II.	Rechtliche Eignung der Pflegekammer zur Aufgabenwahrnehmung.....	51
1.	Zuordnung entsprechender Aufgaben bei bestehenden Heilberufskammern	51
2.	Zulässigkeit der Übertragung auf die Pflegekammer	51
	Sechster Teil: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	52

Erster Teil: Sachverhalt und Fragestellungen*

I. Sachverhalt

Nach 25 Jahren kontroverser Debatte hat die nordrhein-westfälische Landesregierung im Frühjahr 2019 beschlossen, ein Gesetzgebungsverfahren für die Errichtung einer Pflegekammer zu initiieren, wie es sie bereits in Rheinland-Pfalz, Niedersachsen und Schleswig-Holstein gibt.¹

Vorausgegangen war eine repräsentative Befragung von 1.500 Pflegefachkräften in Nordrhein-Westfalen im vierten Quartal 2018. Dabei sprachen sich 79 % der Befragten für die Errichtung einer Pflegekammer aus. Die Landesregierung hat daraus einen entsprechenden Handlungsauftrag abgeleitet.

Die Pflegekammer soll nach dem Vorbild der bestehenden Heilberufskammern errichtet werden.

Gesetzliche Pflichtmitglieder sollen alle Pflegefachkräfte mit dreijähriger Ausbildung werden. Die Pflegekammer soll als Körperschaft des öffentlichen Rechts über ein Selbstverwaltungsrecht verfügen und schrittweise mit der Wahrnehmung von berufsrechtlichen Aufgaben betraut werden. Zudem soll sie an der Weiterentwicklung des Berufsbildes der Pflegeberufe mitwirken.

II. Fragestellungen

Während die verfassungsrechtlichen Grundsatzfragen im Zusammenhang mit der Errichtung von Wirtschafts- und Berufskammern mit gesetzlicher Pflichtmitgliedschaft weitestgehend geklärt sind², zumal das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zu den Industrie- und Handelskammern vom 12.07.2017 seine Rechtsprechung ausführlich bestätigt hat³, sind Einzelfragen

* Aus Gründen der besseren Verständlichkeit wird im nachfolgenden Text mit Ausnahme von wörtlichen Zitaten auf die Verwendung einer gegenderten Ausdrucksweise verzichtet. Die Aussagen beziehen jeweils auf die männliche, weibliche und diverse Geschlechtsform.

¹ Übersicht bei *Scholz*, GuP 2017, 41 ff.

² Siehe im Überblick *Martini*, Die Pflegekammer – verwaltungspolitische Sinnhaftigkeit und rechtliche Grenzen, 2014.

³ BVerfGE 146, 164 ff. Dazu vertiefend Kluth (Hrsg.), Die IHK-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Juli 2017: Analyse, interdisziplinäre Einordnung und Kritik, 2018.

vor allem in Bezug auf die Reichweite der Übertragung von grundrechtsrelevanten Befugnissen jeweils fallbezogen zu klären. Dabei kommt es auch darauf an, ob Dritte betroffen sind, also Personen, die (noch) nicht Mitglied der Kammer sind.⁴

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung zu den Berufskammern insbesondere betont, dass die grundrechtsbezogenen Entscheidungsbefugnisse der Kammern hinreichend konkret gesetzlich „angeleitet“ werden müssen.⁵ In der Sache geht es mithin um die Reichweite des sog. Parlamentsvorbehalts.⁶

Vor diesem Hintergrund ist bei Berufskammern allgemein⁷ und bei der zu errichtenden Pflegekammer im Besonderen zu klären, auf welcher gesetzlichen Grundlage welche Entscheidungs- und Normsetzungsbefugnisse delegiert werden dürfen. Dies betrifft insbesondere die Befugnisse im Zusammenhang mit Abschlussprüfungen.

Im Einzelnen sollen im Rahmen des Gutachtens folgende Fragen bearbeitet werden:

1. Kann der Pflegekammer die Zuständigkeit für die Abnahme von Examenprüfungen in den Ausbildungen nach dem Pflegeberufegesetz (PflBG) übertragen werden?
2. Welche Aufsichtsbefugnisse staatlicher Stellen sind dabei ggf. vorzusehen?
3. Wie kann vor dem Hintergrund der unter 1. beschriebenen Zuständigkeit eine freiwillige Mitgliedschaft von auszubildenden Pflegeschülerinnen und Pflegeschülern normiert werden?
4. Welche weiteren berufsbezogenen Aufgaben nach dem PflBG und der Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für Pflegeberufe (PfAPrV) könnte der Gesetzgeber der Pflegekammer übertragen und welche Aufgaben sollten nicht übertragen werden? Dabei ist insbesondere auf die Aufgabe einer Erlaubnisbehörde nach §§ 1 ff. PflBG einzugehen.

⁴ Darauf weist auch BVerfGE 146, 164 (211) hin.

⁵ Grundlegend BVerfGE 33, 125 (157 f.); siehe näher *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 487 ff.

⁶ *Kluth*, (Fn. 5), S. 489 ff.

⁷ Dazu *Ruffert*, in: *Kluth* (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl. 2011, § 9.

Zweiter Teil: Die berufsrechtlichen Regelungen im Überblick

I. Entwicklung und Vielfalt des Berufsrecht der Pflegeberufe

Deutschland verfügt bislang im Vergleich zu anderen europäischen Staaten über eine uneinheitliche Struktur in der Pflegeausbildung, die sich in den drei eigenständigen Berufsbildern der Gesundheits- und Krankenpflege, der Gesundheits- und Kinderkrankenpflege sowie der Altenpflege manifestiert.⁸

Diese historisch gewachsene Trennung wurde nach Ansicht der Bundesregierung der gesellschaftlichen Realität, dem geänderten Pflegebedarf und sich stetig wandelnden Versorgungsstrukturen in Deutschland nicht mehr in angemessener Weise gerecht. Deshalb wurde ein alle Bereiche umfassendes Pflegeberufsgesetz beschlossen.⁹

Dem Gesetz liegt das Konzept der kompetenzorientierten Ausbildung zugrunde.¹⁰ Der Begriff Kompetenz ist in den 1990er Jahren vor allem in der Berufsbildungsforschung und der Berufspädagogik als Gegenbegriff zu Qualifikation eingeführt worden. Im Mittelpunkt stehen dabei Subjektorientierung, Dynamik, Ganzheitlichkeit und Selbstorganisation. Wissen allein ist keine Kompetenz, es gehört hierzu, aber es steht nicht allein, sondern ist ein Element unter anderen. Das jeweilige Fachwissen und -können ist aber ein zentrales Merkmal der Kompetenzen und bildet einen Orientierungsrahmen, um konkrete Handlungssituationen selbstorganisiert und souverän zu gestalten. Unter Kompetenz ist daher die Zusammenfassung aller persönlichen Kräfte zu verstehen, die zum Bewältigen einer Situation notwendig sind und zusammenwirken müssen. Die Kompetenzorientierung verlangt daher eine ganzheitliche Bildung.

Als praktische Grundlage für das kompetenzbasierte Ausbildungsmodell des Pflegeberufsgesetzes dient der Deutsche Qualifikationsrahmen für lebenslan-

⁸ Zur Entwicklung der Pflegeberufe näher *Martini*, (Fn. 2), S. 15 ff.

⁹ G. v. 17.07.2017, BGBl. I S. 2581.

¹⁰ Die folgende Darstellung folgt *Leuxner/von Schwanenflügel*, NZS 2018, 201 ff.

ges Lernen (DQR). Dieser bildet den Rahmen für bildungsübergreifende Qualifikation im deutschen Bildungssystem. Der DQR unterscheidet grundsätzlich zwei Kompetenzkategorien: Fachkompetenz und personale Kompetenz. Nach einer „Vier-Säulen-Struktur“ lässt sich die Fachkompetenz in Wissen und Fertigkeiten bzw. die personale Kompetenz in Sozialkompetenz und Selbständigkeit untergliedern. An dieser Struktur orientieren sich auch die Ausbildungsziele in § 5 PflBG.

Zentrales Reformziel war zunächst die bestehende Dreigliedrigkeit der Pflegeberufe aufzuheben und die Ausbildungen in einem neuen generalistischen Pflegeberuf zusammenzuführen. Die neue generalistische Ausbildung soll auf einen universellen Einsatz in allen allgemeinen Arbeitsfeldern der Pflege vorbereiten und einen Wechsel zwischen den einzelnen Pflegebereichen erleichtern. Um dem Fachkräftemangel entgegen zu wirken, soll sowohl die Attraktivität, als auch die Qualität der Ausbildung gesteigert werden.

Im parlamentarischen Verfahren wurden im Rahmen eines Kompromisses der Regierungsfractionen zur grundsätzlichen Ausrichtung des Pflegeberufs zwischen generalistischer und spezialisierter Ausbildung auch die gesetzgeberischen Ziele modifiziert. Die Möglichkeit für gesonderte Abschlüsse in der Altenpflege und der Gesundheits- und Kinderkrankenpflege wird beibehalten. Durch Einführung eines Wahlrechts soll die Entscheidung über den jeweiligen Berufsabschluss bei Auszubildenden liegen. Niemand soll so für das Berufsfeld Pflege verloren gehen.

II. Das (neue) Pflegeberufegesetz

Das „neue Gesetz über den Pflegeberuf“ normiert und begründet einen reglementierten Beruf, d.h. einen Beruf, der nur auf Grund einer behördlichen Zulassung / Erlaubnis unter der Berufsbezeichnung ausgeübt werden darf (§ 1). Es handelt sich dabei teilweise um vorbehaltene Aufgaben, d.h. Aufgaben, die ohne eine entsprechende Erlaubnis von keinem anderen als Berufstätigkeit wahrgenommen werden dürfen (§ 4).¹¹

¹¹ Es handelt sich um eine absolute Vorbehaltsaufgabe, die auch nicht von Angehörigen der Heilberufe wahrgenommen werden dürfen.

Die für die Berufsausübung erforderliche Erlaubnis (§ 2) sowie ihre Aufhebung (§ 3) erfolgen durch die nach Landesrecht zuständige bestimmende Behörde (§§ 49, 52).

Vorgaben zu den Inhalten und den Trägern der Ausbildung finden sich in den § 5 ff. PflBG für die Ausbildung an den Pflegeschulen und in den §§ 37 ff. PflBG für die Ausbildung an den Hochschulen, wobei die Regelungsdichte im ersten Bereich deutlich höher ausfällt und auch die Ausgestaltung des Ausbildungsverhältnisses sowie die Finanzierung der Ausbildung einschließt, während diese Fragen im Falle der Hochschulausbildung den für diesen Bereich geltenden allgemeinen Regelungen überlassen wird.

III. Hoheitliche Maßnahmen im Zusammenhang mit der Berufsausbildung und der Berufsausübung

Die grundlegende Neuordnung des Berufsrechts der Pflegeberufe wirkt sich auch im Bereich der hoheitlichen Maßnahmen aus, die sowohl im Zusammenhang mit der Ausbildung als auch der Berufsausübung nunmehr erforderlich sind.

Im Bereich der Ausbildung an den Pflegeschulen ist jenseits der Anerkennung der Schulen selbst, auf die hier nicht eingegangen wird¹², vor allem auf die Durchführung der Prüfung zu verweisen.

Die staatliche Prüfung im Bereich der Pflegeberufe findet ihre allgemeinen rechtlichen Grundlagen zunächst in § 2 Nr. 1 PflBG. Dort wird die bestandene staatliche Abschlussprüfung als Voraussetzung für die Erteilung der Erlaubnis angeführt wird. Die Befugnis zur Regelung der weiteren Einzelheiten wird in § 56 Abs. 1 Nr. 2 PflBG durch eine Rechtsverordnungsermächtigung auf die beiden zuständigen Bundesministerien delegiert.

Für die staatliche Abschlussprüfung im Bereich des Hochschulstudiums finden sich bereits in § 39 PflBG allgemeine Aussagen, die ebenfalls in der auf Grundlage des § 56 Abs. 1 Nr. 2 PflBG erlassenen Rechtsverordnung näher ausgestaltet werden. Auch insoweit sind hoheitliche Befugnisse vorgesehen.

¹² Es handelt sich um staatliche Berufsfachschulen oder staatlich anerkannte Ergänzungsschulen (§ 6 Abs. 2 PflBG). Zu den Mindestanforderungen finden sich Regelungen in § 9 PflBG.

Einen weiteren zentralen Bereich (neuer) hoheitlicher Befugnisse stellt die Erteilung der Erlaubnis nach § 2 PflBG sowie die Entscheidung über deren Rücknahme, Widerruf oder Ruhenlassen nach § 3 PflBG dar. Es handelt sich jeweils um den Erlass eines Verwaltungsaktes.

Weitere hoheitliche Befugnisse sind nach dem Gesetz auszuüben, wenn es um die Anerkennung der Gleichwertigkeit von Ausbildungen (§§ 40 ff. PflBG) und um Maßnahmen im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden Erbringen von Pflegedienstleistungen (§§ 44 ff. PflBG) geht.

Schlichthoheitliches Handeln steht schließlich in Rede, wenn es um spezifische Informationspflichten nach §§ 50 ff. PflBG geht.

Da hoheitliches Handeln grundsätzlich¹³ staatlichen Stellen vorbehalten ist, stellt sich für die vorgenannten Aufgaben die Frage der Zuordnung derselben. Der Bundesgesetzgeber begnügt sich dabei mit dem allgemeinen Verweis auf die nach Landesrecht zuständige Stelle, so dass die Entscheidung auf Landesebene zu treffen ist. Dabei kommt die Wahrnehmung durch die unmittelbare Landesverwaltung ebenso in Betracht wie durch landesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechts einschließlich der Träger funktionaler Selbstverwaltung, wie sie in Gestalt der Berufskammern in Deutschland etabliert sind.

Die nachfolgenden Überlegungen beziehen sich auf die insoweit bestehenden Gestaltungsoptionen und die Herausarbeitung des dabei zu beachtenden verfassungsrechtlichen Rahmens.

¹³ Einen Sonderfall stellt die Beleihung Privater dar, auf die hier aber nicht näher einzugehen ist.

Dritter Teil:

Zulässigkeit der Delegation der Zuständigkeit für die Abschlussprüfung auf die Pflegekammer

I. Verfassungsmäßigkeit der Errichtung der Pflegekammer

1. Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab

Die Frage, an welchen Grundrechten die Gründung einer Kammer mit gesetzlicher Pflichtmitgliedschaft zu messen ist, war von Beginn der Debatte umstritten.¹⁴ Während Teile der Literatur die Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG in ihrer Variante der negativen Vereinigungsfreiheit heranziehen woll(t)en¹⁵, hat das Bundesverfassungsgericht¹⁶ mit der herrschenden Ansicht¹⁷ entschieden, dass dieses Grundrecht auf die Fälle der Gründung einer Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht anwendbar ist. In seiner letzten Grundsatzentscheidung zu dieser Frage hat das Bundesverfassungsgericht diese noch einmal ausführlich folgendermaßen begründet:

„Das spezielle Grundrecht des Art. 9 I GG garantiert die Freiheit, sich aus privater Initiative unabhängig vom Staat mit anderen zu Vereinigungen zusammenzuschließen, sie zu gründen oder ihnen fernzubleiben (vgl. BVerfGE 38, 281 [297 f.]). Die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 I GG zielt auf freiwillige Zusammenschlüsse zu frei gewählten Zwecken. Eine gesetzlich angeordnete Eingliederung in eine öffentlich-rechtliche Körperschaft beruht hingegen auf einer Entscheidung des Gesetzgebers, bestimmte öffentliche Aufgaben auch unter kollektiver Mitwirkung privater Akteure zu erledigen (vgl. BVerfGE 10, 89 [102]; BVerfGE 38, 281 [297 f.]; BVerfG, NVwZ 2002, 335). In Art. 9 GG findet dagegen das Prinzip freier sozialer Gruppenbildung zu selbst definierten Zwecken seinen grundrechtlichen Niederschlag (vgl. BVerfGE 38, 281

¹⁴ Überblick bei *Mronz*, Körperschaften und Zwangsmemberschaft, 1973; *Kluth*, (Fn. 5), S. 293 ff. Ausdrücklich mit Bezug auf Pflegekammern auch *Martini*, (Fn. 2), S. 118 ff.

¹⁵ Exemplarisch *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 9, Rn. 22 ff.

¹⁶ BVerfGE 10, 89 (102); 38, 281 (297 f.).

¹⁷ Exemplarisch *Erichsen*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1. Aufl. 1989, § 152, Rn. 70 ff.

[303]; BVerfGE 50, 290 [353]; zur Koalitionsfreiheit BVerfG, NJW 2017, 2523). Das beide Zusammenschlüsse verbindende Element ist zwar das Kollektiv, doch unterliegen Zweck und Gehalt nach Art. 9 GG der Selbstbestimmung, was die Vereinigung erheblich von einer gesetzlich geschaffenen Körperschaft unterscheidet. Art. 9 I GG enthält insbesondere das Recht, in einer Distanz zum Staat und zu politischen Parteien eigene Vereinigungen zu gründen oder ihnen fernzubleiben. Das weitere Recht, nicht durch Pflichtmitgliedschaft von „unnötigen“ Körperschaften in Anspruch genommen zu werden, ergibt sich demgegenüber aus Art. 2 I GG (BVerfGE 38, 281 [298]).“¹⁸

Daraus folgt indes nicht, dass es keine grundrechtlichen Anforderungen zu beachten gilt. Diese sind jedoch aus dem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, abzuleiten. Das Bundesverfassungsgericht hat das folgende Prüfungsschema entwickelt:¹⁹

- Aus Art. 2 I GG erwächst das Recht, nicht durch Pflichtmitgliedschaft von „unnötigen“ Körperschaften in Anspruch genommen zu werden (vgl. BVerfGE 10, 89 [102] = NJW 1959, 1675; BVerfGE 38, 281 [298] = NJW 1975, 1265).
- Die Gründung einer öffentlich-rechtlichen Pflichtkörperschaft, die nicht unmittelbar im Grundgesetz bestimmt ist, darf nur auf gesetzlicher Grundlage und durch Organisationsakte erfolgen, die den Vorgaben des Grundgesetzes genügen.
- Das setzt einen „legitimen Zweck“ voraus.
- Eine gesetzliche Pflichtmitgliedschaft ist nur verhältnismäßig, wenn der legitime Zweck ohne diese nicht verwirklicht werden kann.

Anhand dieses Maßstabes erweist sich die Errichtung einer Pflegekammer, wie sogleich zu zeigen sein wird, als verfassungsrechtlich zulässig.

2. Vorliegen eines legitimen Zwecks

Zu den legitimen Aufgaben gehören Aufgaben, an deren Erfüllung ein gesteigertes Interesse der Gemeinschaft besteht. Dabei kommt dem Gesetzgeber ein weites Ermessen zu.

¹⁸ BVerfGE 146, 164 (194).

¹⁹ Siehe zuletzt BVerfGE 146, 164 (196 f.).

Aufgabe von Kammern ist es u.a., die Interessen bzw. „beruflichen Belange“ der Kammerangehörigen wahrzunehmen (§ 6 Abs. 1 Nr. 7 HeilBerG NRW). Dies erkennt das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung als legitimen Zweck für die Errichtung einer Kammer an.²⁰

Auch die weiteren berufsbezogenen Aufgaben wie

- die Abgabe von Stellungnahmen und Fachgutachten auf Verlangen von Behörden (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 HeilBerG NRW),
- die Förderung der beruflichen Fortbildung der Kammerangehörigen (§ 6 Abs. 1 Nr. 4 HeilBerG NRW),
- die Erhaltung eines hochstehenden Berufsstandes und die Überwachung der Einhaltung des Berufsrechts (§ 6 Abs. 1 Nr. 6 HeilBerG NRW)

stellen legitime Zwecke dar, die die Errichtung einer Berufskammer rechtfertigen. In Bezug auf die Gründung einer Pflegekammer ist vor diesem Hintergrund ebenfalls von einem legitimen Zweck auszugehen.²¹

3. *Erforderlichkeit der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft*

Die Erforderlichkeit der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft erschließt sich für die verschiedenen Aufgabenbereiche aus unterschiedlichen Blickwinkeln.²²

In Bezug auf die Interessenvertretung und die Abgabe von Stellungnahmen kommt es darauf ab, so weit wie möglich das gesamte Spektrum des organisierten Berufsstandes einzubeziehen. Dadurch wird im Vergleich zu privaten Verbänden mit freiwilliger Mitgliedschaft eine andere Qualität erreicht.²³ Zudem sind die Kammern als Körperschaften des öffentlichen Rechts bei der Abgabe von Stellungnahmen zur Sachlichkeit verpflichtet.²⁴

Soweit es um die Mitwirkung an Fragen des Berufsrechts etwa durch den Erlass einer Berufsordnung geht, kommen weitere Gründe hinzu. So kann der

²⁰ Siehe zuletzt BVerfGE 146, 164 (198 f.).

²¹ Ebenso *Martini*, (Fn. 2). S. 130 ff. Zur Vereinbarkeit der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft in einer Pflegekammer mit höherrangigem Recht VG Mainz, GewArch 2017, 290 ff.; VG Hannover, NdsVBl 2019, 157 ff.

²² Dazu auch *Martini*, (Fn. 2). S. 133 ff.

²³ BVerfGE 146, 164 (202).

²⁴ BVerfGE 15, 235 (241); BVerwGE 137, 171 ff.

Erlass einer Berufsordnung, bei der es sich rechtsquellentechnisch um eine Satzung handelt, nur auf der Grundlage einer (repräsentativen) Beteiligung aller Betroffenen (Normadressaten) erfolgen, weil die Legitimation der Kammerorgane nicht weiter reicht als die Mitgliedschaft. Die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft ist insoweit aus dem demokratischen Prinzip abgeleitet, das im Falle einer Betroffenen-Selbstverwaltung eine umfassende Inklusion gebietet.²⁵

II. Allgemeine Anforderungen an die Aufgaben-delegation

1. *Einordnung von Zuständigkeitsverlagerungen aus der Perspektive des Verfassungsrechts*

Die Zuständigkeit und ihre Beachtung bei staatlichem Handeln stellen im demokratischen Rechtsstaat ein wichtiges Instrument sowohl der Vermeidung von Willkür als auch der Begründung demokratischer (personeller) Legitimation dar.²⁶

Unterhalb dieser allgemeinen Charakterisierung lassen sich weitere Facetten und Funktionen der Zuständigkeitsordnung erkennen. So trägt bei der Zuständigkeit von Selbstverwaltungsträgern auch die spezifische Legitimation ihrer Organe durch die Mitglieder dazu bei, die Akzeptanz der getroffenen Entscheidungen zu erhöhen.²⁷ Zudem kann durch besonders qualifiziertes Personal aber auch durch die Fachkompetenz der Mitglieder von Berufskammern in den ehrenamtlichen Hauptorganen, die für den Erlass von Berufsordnungen zuständig sind, die Qualität der Entscheidung im Vergleich zur Entscheidungszuständigkeit anderer Stellen verbessert werden.²⁸

Zuständigkeitsentscheidungen sind vor diesem Hintergrund jenseits ihrer formalen Bedeutung immer auch organisationsbezogene materiale Entscheidungen, die sich auf die Qualität der Wissensgenerierung auswirken.

Auf der anderen Seite ist gerade bei den Selbstverwaltungsorganisationen zu beachten, dass es zu „Zuständigkeiten in eigener Sache“ kommt, so dass sich

²⁵ Dazu vertiefend Kluth, Verfassungsfragen der Privatisierung von Industrie- und Handelskammern, 1997, S. 26 ff.

²⁶ Zu Einzelheiten Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 83, Rn. 1 ff.

²⁷ Kluth, (Fn. 5), S. 236 ff.

²⁸ Zu diesem Aspekt Kluth, (Fn. 5), S. 220 ff.

die Frage stellt, inwieweit außenstehende Dritte benachteiligt werden können. Dieser Frage hat sich das Bundesverfassungsgericht sehr eingehend in seiner sog. Facharztentscheidung gewidmet²⁹, aus der sich allgemeine Orientierungen zu diesem Themenfeld ableiten lassen. Daraus wird unter 3. näher eingegangen.

2. Anforderungen an eine Normsetzungsdelegation im Überblick

Das deutsche Verfassungsrecht geht grundsätzlich von einem weiten, materiellen Gesetzesbegriff aus, der die parlamentarische und exekutivische Normsetzung einschließt.³⁰

Im vorliegenden Zusammenhang ist es sinnvoll, die Normsetzung als Oberbegriff zugrunde zu legen und zwischen der parlamentarischen Gesetzgebung einerseits und der exekutivischen Normsetzung andererseits deutlich zu unterscheiden.

a) Delegierte Normsetzung im Anwendungsbereich des Art. 80 GG

In Bezug auf die Normsetzung durch die Exekutive unterscheidet das Grundgesetz zwischen der Delegation auf die Träger der unmittelbaren und mittelbaren Staatsverwaltung zum Erlass von Rechtsverordnungen und der autonomen Normsetzung durch Selbstverwaltungskörperschaften in Gestalt des Erlasses von Satzungen.

Die Bezeichnung der Selbstverwaltung als Autonomie³¹ sowie ihrer Normsetzung als autonomer Normsetzung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich verfassungsrechtlich nur bei der kommunalen Selbstverwaltung um eine autonome Normsetzung im eigentlichen Sinne handelt, weil hier Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG vor allem den Gemeinden ein eigenes Normsetzungsrecht garantiert.³²

²⁹ BVerfGE 33, 125 ff. Dazu eingehend *Kluth*, in: Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2017, 2028, S. 239 (295 ff., 304 ff.).

³⁰ *Krings*, in: Kluth/ders., Gesetzgebung, 2014, § 2, Rn. 23 ff.

³¹ Siehe nur BVerfGE 33, 125 (159). Zum Begriffsverständnis auch *Kluth*, (Fn. 5), S. 25.

³² Dazu näher *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 96, Rn. 73.

b) Delegierte Normsetzungskompetenzen der Träger funktionaler Selbstverwaltung

Die Normsetzungsbefugnisse der Träger funktionaler Selbstverwaltung beruhen alleine auf einer gesetzlichen Grundlage und sind deshalb nicht Ausdruck von verfassungsrechtlich begründeter Autonomie, sondern Folge einer gesetzlich begründeten Autonomie und damit eine delegierte Normsetzungskompetenz.³³ Sie ist in ihrer Reichweite damit durch die gesetzlichen Regelungen zugleich begrenzt.

3. Gesetzliche Ermächtigung zur Normsetzung

Die für eine Delegation erforderliche gesetzliche Regelung hat zugleich die Funktion der Ermächtigung, d.h. der parlamentsgesetzlichen Legitimation zur Normsetzung gegenüber den Mitgliedern und unter Umständen auch gegenüber Dritten.

Soweit die Normsetzung grundrechtsrelevant ist, also Grundrechte der Normadressaten begrenzt, ausgestaltet oder zu deren Verwirklichung beiträgt, was vor allem bei der Normierung von Leistungen und Ansprüchen der Fall ist, muss die gesetzliche Regelung der Normsetzung zudem den Anforderungen des sog. Parlamentsvorbehalts genügen.

a) Normsetzung gegenüber "Mitgliedern"

Die Normsetzungsbefugnisse in Selbstverwaltungskörperschaften sind systembedingt in erster Line mitgliederadressiert ausgestaltet. Es ist Sinn und Zweck der funktionalen Selbstverwaltung, die „eigenen Angelegenheiten“ der Mitglieder zu regeln.

Im Falle der gemeinsamen sozialen Selbstverwaltung, zu der auch der Gemeinsame Bundesausschuss gehört, besteht die Besonderheit, dass mehrere Organisationen zum Zweck der koordinierenden einheitlichen Steuerung von bereichsübergreifenden Angelegenheiten geschaffen werden, so dass die Normsetzung verschiedene, ihrerseits mit Selbstverwaltungsrechten ausgestattete Organisationen betrifft, die als Mitglieder fungieren.

³³ Kluth, (Fn. 5), S. 488 mit Fn. 8.

b) Normsetzung gegenüber “Dritten”

Besondere Aufmerksamkeit verdient die Frage, ob und mit welcher Reichweite den Trägern funktionaler Selbstverwaltung Normsetzungsbefugnisse gegenüber Dritten bzw. Externen verliehen werden dürfen.

Hierzu ist zunächst zu beachten, dass die Zuweisung solcher Normsetzungsbefugnisse nicht von vorneherein ausgeschlossen ist. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit bislang immer lediglich die Bestimmtheit und Reichweite der parlamentsgesetzlichen Ermächtigung thematisiert.³⁴

Wichtig ist vor der vertieften Betrachtung der Einzelheiten in diesem Zusammenhang zunächst die Rückbesinnung auf den Legitimationsmodus. Die personelle demokratische Legitimation der Träger funktionaler Selbstverwaltung beruht auf der Entscheidung des Gesetzgebers und findet ihre letzte Grundlage nicht in den Mitgliedern der Selbstverwaltungskörperschaften.³⁵ Sie ist deshalb nicht bereits konstruktiv auf die Mitglieder begrenzt. Vielmehr kann der Gesetzgeber den derart legitimierten Personengruppen bzw. Organisationen auch Befugnisse übertragen, die neben den Mitgliedern auch Dritte betreffen. Allerdings besteht insoweit ein geringeres Legitimationsniveau, weil die handelnden Organe gegenüber den Mitgliedern einen höheren Legitimationsstatus besitzen.³⁶

Zwingende Voraussetzung für die Zuweisung entsprechender Normsetzungsbefugnisse ist damit zunächst, dass ein direkter Bezug zum Selbstverwaltungsbereich, also den die Mitglieder unmittelbar betreffenden Angelegenheiten, besteht. Ist dies der Fall, so sind auch rechtlich relevante Auswirkungen auf Dritte, also Nichtmitglieder, legitimationsfähig.

c) Der Facharztbeschluss als Leitentscheidung

Der Facharztbeschluss vom 9. Mai 1972³⁷ markiert die erste grundlegende Verortung der Normsetzung durch Träger funktionaler Selbstverwaltung in

³⁴ Siehe nur BVerfGE 33, 125 (157 ff.).

³⁵ Der Begriff Betroffenen-Selbstverwaltung ist deshalb legitimatorisch irreführend, wie *Dederer*, *Korporative Staatsgewalt*, 2004, S. 200 ff. zutreffend ausführt.

³⁶ *Kluth*, (Fn. 5), S. 504 f.

³⁷ BVerfGE 33, 125 ff.

der durch das Grundgesetz etablierten verfassungsrechtlichen Ordnung.³⁸ Dementsprechend widmet sich das Bundesverfassungsgericht der Frage, unter welchen Voraussetzungen grundrechtsrelevante Normsetzungsbefugnisse auf Berufskammern (und vergleichbare Selbstverwaltungskörperschaften) delegiert werden dürfen, sehr grundsätzlich.

Zunächst wird die Delegation von Normsetzungsbefugnissen auf Selbstverwaltungskörperschaften „im Rahmen der ihr gesetzlich verliehenen Autonomie mit Wirksamkeit für die ihr angehörigen und unterworfenen Personen“ grundsätzlich anerkannt und auf die damit verfolgten ordnungspolitischen Ziele verwiesen.³⁹ Dabei werden die besondere Sachkunde der Betroffenen, die Verringerung des Abstands zwischen Normgeber und Normadressat sowie die Entlastung des parlamentarischen Gesetzgebers angeführt.⁴⁰ In diesem Zusammenhang wird implizit auch klargestellt, dass es sich um „überschaubare Bereiche“ handeln muss, ein Merkmal, das in der neueren Rechtsprechung als Voraussetzung für die Etablierung von Selbstverwaltung noch deutlicher herausgearbeitet wurde.⁴¹

Spezifisch für Berufskammern bestimmt das Gericht sodann die Grenzen der Verleihung von Normsetzungsgewalt. Zu diesem Zweck werden schrittweise die verfassungsrechtlichen Maßstäbe entfaltet und die auf den Einzelfall anzuwendenden Prüfkriterien entwickelt. Methodisch geht das Gericht dabei so vor, dass die verfassungsrechtlichen Maßstäbe aus Verfassungsprinzipien abgeleitet werden, die schrittweise in Wechselwirkung mit den festgestellten praktischen Gefahren für die demokratische und grundrechtliche Freiheit konkretisiert werden. Dies entspricht einer topischen Vorgehensweise.⁴²

Zunächst stellt das Gericht klar, dass Art. 80 GG auf den Fall der autonomen Rechtsetzung durch Selbstverwaltungskörperschaften nicht anzuwenden ist. Es gebe keinen zulänglichen Grund für die Geltungserweiterung der Norm.⁴³

³⁸ Soweit in der Entscheidung auf ältere Rechtsprechung verwiesen wird – BVerfGE 1, 91 (94); BVerfGE 10, 89 (102 ff.); BVerfGE 12, 319 (321 ff.); BVerfGE 15, 235 (240) – standen jeweils andere Fragen im Vordergrund.

³⁹ BVerfGE 33, 125 (156).

⁴⁰ BVerfGE 33, 125 (156 f.).

⁴¹ BVerfGE 107, 59 (93).

⁴² Dazu exemplarisch *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976.

⁴³ BVerfGE 33, 125 (157).

Es wird sodann nach den spezifischen verfassungsrechtlichen Grenzen für die Normsetzungsdelegation in diesen Fällen gefragt. Diese werden aus dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip abgeleitet:

„Fordert das eine, die öffentliche Gewalt in allen ihren Äußerungen auch durch klare Kompetenzordnung und Funktionentrennung rechtlich zu binden, so dass Machtmissbrauch verhütet und die Freiheit des Einzelnen gewahrt wird, so gebietet das andere, dass jede Ordnung eines Lebensbereichs durch Sätze objektiven Rechts auf eine der vom Volke bestellten Gesetzgebungsorgane muss zurückgeführt werden können. Der Gesetzgeber darf seine vornehmste Aufgabe nicht anderen Stellen innerhalb oder außerhalb der Staatsorganisation zu freier Verfügung überlassen. Das gilt besonders, wenn der Akt der Autonomieverleihung dem autonomen Verband nicht nur allgemein das Recht zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung der übertragenen Aufgaben und zum Erlass der erforderlichen Organisationsnormen einräumt, sondern ihn zugleich zu Eingriffen in den Grundrechtsbereich ermächtigt. Dem staatlichen Gesetzgeber erwächst hier eine gesteigerte Verantwortung: Der verstärkten Geltungskraft der Grundrechte entspricht die besondere Bedeutung aller Akte staatlicher Gewaltausübung, welche die Verwirklichung und Begrenzung von Grundrechten zum Gegenstand haben.“⁴⁴

Es werden damit zwei verfassungsrechtliche Orientierungspunkte aktiviert: Aus dem Rechtsstaatsprinzip die Klarheit der Zuständigkeitsordnung, die verlangt, dass die Normsetzungsbefugnisse der Selbstverwaltung klaren Grenzen unterliegen. Aus dem demokratischen Prinzip die unter dem Stichwort Parlamentsvorbehalt rubrizierte Letztverantwortung für grundrechtsrelevante Maßnahmen, wobei das Gericht explizit auch die „Verwirklichung der Grundrechte“ einbezieht und sich nicht nur auf beschränkende Maßnahmen konzentriert. Diese Maßgabe ist indes noch sehr vage und muss in weiteren Schritten konkretisiert werden. Dies geschieht zunächst durch einen Hinweis auf die Funktion des allgemeinen Gesetzes in diesem Zusammenhang:

„Der Staat erfüllt hier durch seine gesetzgebende Gewalt die Aufgabe, Hüter des Gemeinwohls gegenüber Gruppeninteressen zu sein.“⁴⁵

⁴⁴ BVerfGE 33, 125 (158).

⁴⁵ BVerfGE 33, 125 (159).

Diese Schutzfunktion parlamentarischer Gesetzgebung, so arbeitet das Gericht weiter heraus, führt aber nicht zu einem Delegationsverbot, sondern verlangt vielmehr, dass spezifische Gefährdungen auf Grund einer möglichen Dominanz von Gruppeninteressen erkannt und durch entsprechende normative Vorgaben „domestiziert“ werden. Dies kann durch inhaltliche Vorgaben für diejenigen Sachbereiche erfolgen, in denen entsprechende Gefahren entstehen können, aber auch durch innerorganisatorische Vorkehrungen, auf die im Facharztbeschluss jedoch nicht näher eingegangen wird.⁴⁶

Im Falle der Facharztentscheidung ist die Außenseiterproblematik mit einer Intensivierung des Grundrechtseingriffs verbunden, denn gerade die gegenüber den Berufsanfängern geltenden Regelungen stellen zugleich Berufswahlregelungen dar. Dieser Zusammenhang ist aber nicht zwingend, weshalb eine Drittbetroffenheit nicht mit einer hohen Eingriffsintensität gleichzusetzen ist.

Die Entscheidung vermittelt damit ein breites Set an analytischen Maßstäben, das dabei hilft, die Anforderungen an die gesetzliche Regelungsdichte im Falle der Normsetzungsdelegation auf Träger funktionaler Selbstverwaltung zu bestimmen:

Auszugehen ist von der Bestimmung der Eingriffsintensität, die im Hinblick auf die betroffenen Grundrechte zu bestimmen ist. In Bezug auf den Umstand, dass bei Selbstverwaltungskörperschaften die organisationsspezifische Legitimation zur Normsetzung nur gegenüber den Mitgliedern besteht, ist dabei auch zu prüfen, ob Nichtmitglieder (Dritte) betroffen sind.

In einem zweiten Schritt ist unter Berücksichtigung der Eingriffsintensität zu prüfen, ob es im Hinblick auf die zugewiesenen Aufgaben spezifische Anhaltspunkte dafür gibt, dass es zu Konflikten zwischen Gemeinwohl und Gruppeninteressen kommen kann und der Gesetzgeber deshalb zur Wahrung des Gemeinwohls verpflichtet ist, geeignete Regelungen zu treffen.

⁴⁶ Dazu aber BVerfG Beschl. v. 12. Juli 2017, 1 BvR 2222/12 und 1 BvR 1106/13, Rn. 114 ff. sowie schon früher BVerfGE 37, 1 (27 f.) und BVerfGE 107, 59 (93).

d) Weitere Entscheidungen und ihre Maßgaben

Von Bedeutung ist im vorliegenden Zusammenhang weiterhin, mit welcher sachlichen Reichweite einem Träger funktionaler Selbstverwaltung Entscheidungsbefugnisse zugewiesen werden dürfen. Auch dazu entwickelte das Bundesverfassungsgericht präzise Kriterien:

„Die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit bei der Schaffung und näheren Ausgestaltung von Organisationseinheiten der Selbstverwaltung erlaubt auch, den Selbstverwaltungsträger zu verbindlichem Handeln mit Entscheidungscharakter zu ermächtigen; dies gilt in allerdings begrenztem Umfang auch für ein Handeln gegenüber Dritten, also Nichtmitgliedern. Nicht bereits die Erledigung öffentlicher Aufgaben als solche, wohl aber die Befugnis zu verbindlichem Handeln mit Entscheidungscharakter macht es erforderlich, Maßnahmen, welche die jeweilige Selbstverwaltungskörperschaft bei der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben ergreift, am Maßstab des Art. 20 Abs. 2 GG zu messen. Das bedeutet im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung nicht, dass dies im Wege einer lückenlosen personellen Legitimationskette vom Volk zum einzelnen Entscheidungsbefugten zu geschehen hat. Verbindliches Handeln mit Entscheidungscharakter ist den Organen von Trägern der funktionalen Selbstverwaltung aus verfassungsrechtlicher Sicht aber nur gestattet, weil und soweit das Volk auch insoweit sein Selbstbestimmungsrecht wahrt, indem es maßgeblichen Einfluss auf dieses Handeln behält. Das erfordert, dass die Aufgaben und Handlungsbefugnisse der Organe in einem von der Volksvertretung beschlossenen Gesetz ausreichend vorherbestimmt sind und ihre Wahrnehmung der Aufsicht personell demokratisch legitimierter Amtswalter unterliegt (vgl. Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 285 ff.; Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 331; Britz, VerwArch. 91 <2000>, S. 418 <433 ff.>).“⁴⁷

⁴⁷ BVerfGE 107, 59 (94).

Damit knüpft das Gericht an die bereits in der Facharztentscheidung⁴⁸ angewandte Lehre vom Parlamentsvorbehalt an, die vor allem im grundrechtsrelevanten Bereich eine ausreichend bestimmte parlamentsgesetzliche Steuerung verlangt.⁴⁹

III. Übertragung der Zuständigkeit für die Mitwirkung an Abschlussprüfungen

1. Gesetzliche Grundlagen

a) Anordnung und Arten der staatlichen Abschlussprüfung

Das Pflegeberufgesetz unterscheidet zwei Formen der Ausbildung: Die berufliche Ausbildung in der Pflege (§§ 5 ff. PflBG) einerseits und die Hochschulische Pflegeausbildung (§§ 37 ff. PflBG) andererseits.

Während im ersten Fall eine strukturierte Ausbildung mit praktischen Ausbildungsabschnitten an Pflegeschulen vorgesehen ist, die zur Berufsqualifikation als Pflegefachfrau / Pflegefachmann führt⁵⁰, wird im zweiten Fall ein Studium an Fachhochschulen bzw. Universitäten⁵¹ durchgeführt, das ebenfalls zur Berufsqualifikation als Pflegefachfrau / Pflegefachmann führt, die in diesen Fällen jedoch um den erworbenen Hochschulgrad ergänzt wird.

Die staatliche Prüfung im Bereich der Pflegeberufe findet ihre allgemeinen rechtlichen Grundlagen zunächst in § 2 Nr. 1 PflBG, wenn dort die bestandene staatliche Abschlussprüfung als Voraussetzung für die Erteilung der Erlaubnis angeführt wird. Die Befugnis zur Regelung der weiteren Einzelheiten wird sowohl für die staatliche Abschlussprüfung im Bereich der Ausbildung in Pflegeschulen als auch für den Bereich des Hochschulstudiums, für den sich bereits in § 39 PflBG allgemeine Aussagen finden, in § 56 Abs. 1 Nr. 2 PflBG durch eine Rechtsverordnungsermächtigung auf die beiden zuständigen Bundesministerien delegiert.

⁴⁸ BVerfGE 33, 125 ff. Zu ihr vertiefend Kluth, (Fn. 5), S. 499 ff.

⁴⁹ Zu Einzelheiten, differenziert nach Aufgabentypen, Kluth, (Fn. 5), S. 487 ff.

⁵⁰ Wobei das Berufsbildungsgesetz mit einer Ausnahme gem. § 58 PflBG nicht zur Anwendung kommt.

⁵¹ Hier kommen die Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und die Universität Witten-Herdecke in Betracht, die eine Pflegewissenschaft unterhalten.

b) Einzelheiten der Abschlussprüfung nach Besuch der Pflegeschule

Die staatliche Abschlussprüfung für die Absolventen einer Pflegeschule ist in der Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für die Pflegeberufe (PflAPrV) geregelt. Diese normiert in ihren §§ 1 bis 8 Einzelheiten zur Ausbildung und Leistungsbewertung während der Ausbildung und anschließend in den §§ 9 bis 24 die Einzelheiten zur staatlichen Prüfung. Schließlich werden in den §§ 25 ff. Besonderheiten für die Prüfungen in den Bereichen der Kinder- und Altenkrankenpflege geregelt.

In § 9 PflAPrV werden die Gegenstände und die Ausführung der Prüfung näher bestimmt. Dabei wird auch vorgegeben, dass die Prüfung bei der Pflegeschule abgelegt wird, an der sie die Ausbildung abschließt.

Die Vorgaben für die Errichtung und Zusammensetzung des Prüfungsausschusses, vor dem die Prüfung abzulegen ist, finden sich in § 10 PflAPrV. Nach Absatz 1 werden die Prüfungsausschüsse an „jeder Pflegeschule“ gebildet. An jedem Prüfungsausschuss ist unter anderem eine Vertreterin bzw. ein Vertreter der „zuständigen Behörde“ zu betrauen, die für die Wahrnehmung dieser Aufgabe geeignet ist. Zudem bestellt die zuständige Behörde die übrigen Mitglieder des Prüfungsausschusses auf Vorschlag der Pflegeschule.

Nach Absatz 3 ist der Vertreter der zuständigen Behörde im Prüfungsausschuss dessen Vorsitzender. Ihm obliegen u.a. die folgenden Aufgaben:

- Bestimmung der Prüfungsbereiche (§ 10 Abs. 3 PflAPrV),
- Teilnahme an allen Teilen der Prüfung ohne Pflicht zur Anwesenheit während der gesamten Dauer (§ 10 Abs. 4 PflAPrV),
- Entscheidung über die Zulassung zur Prüfung (§ 11 PflAPrV),
- weitere Aufgaben bei der Benotung der Prüfungsleistungen (§§ 13 ff. PflAPrV).

Daraus lässt sich ableiten, dass dem Vertreter der zuständigen Behörde im Prüfungsausschuss eine zentrale Stellung zukommt.

c) Einzelheiten der Abschlussprüfung nach Besuch einer Hochschule

In Bezug auf die Abschlussprüfungen der Hochschulabsolventen verfolgt das Gesetz in § 39 Abs. 1 das Modell der Integration einer staatlichen Prüfung in

eine Hochschulabschlussprüfung. Dadurch wird ein Eingriff in die in anderen Bereichen bestehende Prüfungsautonomie der Hochschulen notwendig und vorgenommen.

Den ersten Schritt stellt die Etablierung einer Zustimmungspflichtigkeit der Ausbildungsmodule nach § 39 Abs. 3 S. 1 PflBG dar, so dass die Ausbildung an der Hochschule den konkretisierten gesetzlichen Vorgaben entspricht. Satz 2 stellt auf dieser Grundlage sodann klar, dass die Prüfung der Hochschule nach Absatz 1 Satz 2 „auch die staatliche Prüfung zur Erlangung der Berufszulassung“ umfasst.

Zu diesem Zweck wird nun in gleicher Art und Weise wie bei den Prüfungen an den Pflegeschulen ein Vertreter der zuständigen Landesbehörde in die Prüfung einbezogen. Im Unterschied zu den Prüfungen an den Pflegeschulen sieht Absatz 3 Satz 1 indes vor, dass die Prüfungen „unter dem gemeinsamen Vorsitz der Hochschule und der Landesbehörde durchgeführt“ werden und Satz 2 eröffnet weitergehend die Möglichkeit, dass die Landesbehörde die Hochschule beauftragen kann, den Vorsitz „auch für die zuständige Landesbehörde“, also alleine wahrzunehmen. Es wird demnach im Vergleich zu den Prüfungen an den Pflegeschulen eine deutlich weitergehende Eigenständigkeit der Hochschulen ermöglicht.

Die weiteren Einzelheiten des Verfahrens der Prüfungen sowie der Zusammensetzung und Aufgaben des Prüfungsausschusses werden in §§ 32 ff. PflAPrV geregelt. Dabei sind folgende Besonderheiten hervorzuheben:

Das Hochschulstudium nach dem Bologna-Modell ist durch studienbegleitende Hochschulprüfungen gekennzeichnet. Diese sind nicht Gegenstand der in den §§ 32 ff. PflAPrV getroffenen Regelungen, die sich alleine auf die Abschlussprüfung beziehen.

Nach § 33 Abs. 2 PflAPrV bestellt die zuständige Behörde ein Mitglied sowie dessen Stellvertreterin oder Stellvertreter. Nach Absatz 3 wird der Prüfungsausschuss unter dem gemeinsamen Vorsitz dieses Mitglieds und eines von der Hochschule bestimmten Mitglieds geführt. Das von der zuständigen Behörde bestellte Mitglied wird bei der Durchführung seiner Aufgaben durch die zuständige Behörde unterstützt. Diese ist somit in der Regel auch operativ in die Prüfungsabläufe eingebunden.

Die Vorsitzenden des Prüfungsausschusses bestimmen gemeinsam auf Vorschlag der Hochschule die Prüferinnen oder Prüfer für die einzelnen Prüfungsteile sowie deren Stellvertreterinnen und Stellvertreter.

Die in § 39 Abs. 3 PflBG eröffnete Möglichkeit, den Vorsitz alleine dem Vertreter der Hochschule zu übertragen, wird in der Verordnung nicht wiederholt.

d) Bestimmung der zuständigen Behörde

Wie es der Grundidee des Art. 84 Abs. 1 GG entspricht, wird die Behördenzuständigkeit nicht durch den Bund konkretisiert, sondern der Bestimmung durch die das Gesetz ausführenden Länder überlassen. Entsprechend wird in den Normtexten immer nur von den zuständigen Landesbehörden bzw. zuständigen Behörden gesprochen.

Zu den Zuständigkeitsfragen findet sich im Gesetz in § 49 die lapidare Regelung „Die Länder bestimmen die zur Durchführung dieses Gesetzes zuständigen Behörden.“ Damit hat der Landesgesetzgeber alle Gestaltungsfreiheiten.

Das Land Nordrhein-Westfalen hat durch ein Artikelgesetz zur Umsetzung der Pflegereform in Nordrhein-Westfalen vom 12.12.2018⁵² eine Reihe von Zuständigkeitsregelungen getroffen. In Artikel 1 des Gesetzes, dem Landesausführungsgesetz Pflegeberufe, werden in § 1 die Zuständigkeiten des Ministeriums bestimmt. Danach trifft das für die Pflegeberufe zuständige Ministerium die Entscheidungen über

1. die Zulassung von Modellvorhaben nach § 15 des Pflegeberufsgesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2581) im Einvernehmen mit dem Bund,
2. die Zustimmung zur Festlegung der Module nach § 39 Absatz 3 Satz 1 des Pflegeberufsgesetzes durch die Hochschulen,
3. die Zulassung der Ersetzung eines Anteils der Praxiseinsätze nach § 38 Absatz 3 des Pflegeberufsgesetzes durch praktische Lerneinheiten an der Hochschule und
4. den Abschluss von Vereinbarungen nach § 40 Absatz 5 des Pflegeberufsgesetzes.

Bezüge zur staatlichen Abschlussprüfung finden sich hier in Nr. 2.

⁵² GV. NRW. S. 767.

Die Regelungen sind im Übrigen noch unvollständig und sollen im Rahmen des anstehenden Gesetzgebungsverfahrens ergänzt werden.

2. Weitere Zuständigkeiten und Gestaltungsspielräume

Sowohl im Gesetz als auch in der Verordnung sind weitere Gestaltungsspielräume angelegt, die Aufgabenzuweisungen an die Pflegekammern ermöglichen. Dazu gehören insbesondere:

- Die Feststellung der Gleichwertigkeit und die Anerkennung einer Ausbildung von Pflegepersonal aus Drittstaaten nach §§ 40 ff. PflBG (so weit keine gemeinsame Einrichtung nach § 40 Abs. 5 PflBG vorgesehen ist).
- Die Entgegennahme der Meldung von vorübergehende Dienstleistungen erbringendem Pflegepersonal aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union nach § 46 PflBG sowie die Ausstellung von Bescheinigungen für diesen Personenkreis nach § 47 PflBG.
- Die Entgegennahme und Weiterleitung von Informationen im Rahmen der Europäischen Verwaltungszusammenarbeit nach § 48 PflBG.
- Die Wahrnehmung von Unterrichtungspflichten nach §§ 50 ff. PflBG.
- Die Aufbereitung von Daten für Statistiken nach § 55 PflBG.

3. Delegation der Aufgaben an die Pflegekammer

Soweit die Zuständigkeiten nach dem PflBG und der PflAPrV noch nicht geregelt sind, stellt sich die Frage, inwieweit für sie eine Zuständigkeit der Pflegekammer begründet werden kann.

Der landesrechtlichen Bestimmung einer Pflegekammer zur zuständigen Behörde stehen keine bundesgesetzlichen Hindernisse entgegen.

Es müssen aber die allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausübung von Hoheitsgewalt beachtet werden. Im Falle eines Trägers funktionaler Selbstverwaltung stellt das Bundesverfassungsgericht insoweit darauf ab, ob es sich um eine Maßnahme gegenüber Mitgliedern oder Dritten handelt,

ob und wie intensiv grundrechtlich geschützte Interessen betroffen sind und wie genau die Aufgabenwahrnehmung parlamentsgesetzlich angeleitet ist.⁵³

a) Exkurs: Ein Blick auf Prüfungsregelungen im Bereich des Handwerks und anderer reglementierter Berufe

Der Blick auf etablierte und nicht angezweifelte Regelungen ist bisweilen hilfreich, um eine erste Orientierung für die rechtliche Verortung geplanter neuer Regelungen zu erarbeiten. Deshalb soll an dieser Stelle zunächst ein Blick auf den Bereich des mit dem Thema der beruflichen Bildung eng verbundenen Handwerks sowie ausgewählter weiterer reglementierter Berufe erfolgen.

Im Bereich der dualen Handwerksausbildung ist festzustellen, dass für die Abnahme der Gesellenprüfungen die nach § 33 HwO von den Handwerkskammern zu errichtenden Prüfungsausschüsse zuständig sind. Auf Grund der Besonderheit, dass in der Handwerksorganisation auch die Gesellen und Lehrlinge als Arbeitnehmer gesetzliche Pflichtmitglieder sind (§ 90 Abs. 2 HwO) handelt es sich um eine Zuständigkeit gegenüber Mitgliedern. Allerdings sieht § 33 Abs. 1 S. 2 HwO vor, dass die Handwerkskammer auch eine Handwerksinnung und damit eine reine Unternehmerorganisation ermächtigen kann, Gesellenprüfungsausschüsse zu errichten. Das hängt u.a. damit zusammen, dass die Innungen teilweise auch mit eigenen Einrichtungen im Bereich der beruflichen Bildung aktiv sind. In diesen Fällen handelt es sich um eine Tätigkeit gegenüber Nichtmitgliedern.

Die Regelung in der Handwerksordnung stellt eine Sonderregelung zum Berufsbildungsgesetz dar, das in seinen §§ 37 ff. das Prüfungswesen im Bereich der dualen Ausbildung normiert und dabei dem gleichen Grundmuster folgt.

Auf einer ersten, allgemeinen Ebene werden die Prüfungsausschüsse in § 39 BBiG organisatorisch geregelt. Danach sind sie durch die „zuständige Stelle“ zu errichten und zu besetzen.

Die zuständigen Stellen werden sodann auch auf einer zweiten, konkreten Ebene in § 71 BBiG bestimmt. Absatz 1 verweist auf die Sonderregelungen für

⁵³ BVerfGE 33, 125 (156 ff.); BVerfGE 140, 229 ff. Siehe vertiefend Kluth, in: Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2017, 2018, S. 239 (296 ff.).

das Handwerk, Absatz 2 bestimmt für nicht handwerkliche gewerbliche Berufe die Industrie- und Handelskammern zu den zuständigen Stellen, Absatz 3 für die Berufsbildung in Berufen der Landwirtschaft, einschließlich der ländlichen Hauswirtschaft die Landwirtschaftskammer, Absatz 4 für die Berufsbildung der Fachangestellten im Bereich der Rechtspflege jeweils für ihren Bereich die Rechtsanwalts-, Patentanwalts- und Notarkammern und Absatz 5 für die Berufsbildung der Fachangestellten im Bereich der Wirtschaftsprüfung und Steuerberatung jeweils für ihren Bereich die Wirtschaftsprüferkammern und die Steuerberaterkammern.

Als Gesamteindruck ist damit festzuhalten, dass im Bereich des dualen Bildungswesens die thematisch zuständigen Berufskammern umfassend in die Durchführung der Abschlussprüfungen eingebunden sind. Mit Ausnahme der Meisterprüfungsausschüsse bei den Handwerkskammern handelt es sich dabei um Prüfungen von Nichtmitgliedern der jeweiligen Kammerorganisation.

Eine Analyse der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung zu diesen gesetzlichen Regelungen lässt keine verfassungsrechtlichen Bedenken erkennen. Allerdings enthebt das alleine nicht von einer gründlichen Prüfung.

b) Interne oder externe Maßnahmen

Die staatlichen Abschlussprüfungen, an denen die „zuständigen Behörden“ mitwirken, betreffen Personen, die noch nicht gesetzliche Pflichtmitglieder der Pflegekammer sein können. Damit handelt es sich um ein hoheitliches Handeln gegenüber Dritten bzw. Nichtmitgliedern.

Daran ändert sich grundsätzlich auch dadurch nichts, dass bei der Pflegekammer die Möglichkeit einer freiwilligen Mitgliedschaft für Auszubildende eröffnet wird, weil nicht alle Auszubildenden davon Gebrauch machen werden und weil ihnen auch kein gleichberechtigtes Mitwirkungsrecht an den Kammeranlässen eingeräumt werden kann.

Maßnahmen gegenüber Außenstehenden sind den Trägern funktionaler Selbstverwaltung indes nicht grundsätzlich verwehrt. Es kommt vielmehr darauf an,

- in welchem Umfang grundrechtlich geschützte Interessen betroffen sind,
- wie genau die parlamentsgesetzliche Anleitung erfolgt,

- inwieweit es zu strukturell bedingten Interessenkonflikten kommen kann.⁵⁴

Diese für die verfassungsrechtliche Prüfung relevanten Gesichtspunkte sind genauer zu untersuchen.

c) Grundrechtsrelevanz

Die Entscheidung über die Zulassung zu einem Beruf stellt eine die Berufswahlfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG betreffende Maßnahme dar und besitzt deshalb eine erhebliche Grundrechtsrelevanz. Das ergibt sich bereits aus den hohen Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht seit dem Apothekenurteil an die Rechtfertigung der Beschränkung der Berufswahlfreiheit stellt.⁵⁵ Nur besonders wichtige Gemeinschaftsgüter sind geeignet, eine Einschränkung der (subjektiven) Berufswahlfreiheit zu legitimieren.⁵⁶

Die Folge ist aber zunächst lediglich, dass die Beschränkung *als solche* durch den parlamentarischen Gesetzgeber hinreichend bestimmt normiert und tragfähig gerechtfertigt werden muss (sog. Parlamentsvorbehalt).⁵⁷

Davon zu unterscheiden ist die zulässige Reichweite einer Delegation von Regelungsbefugnissen auf die Exekutive, wobei zwischen der Ministerialverwaltung und der funktionalen Selbstverwaltung zu unterscheiden ist.⁵⁸ Während bei der Ministerialverwaltung Art. 80 GG zu beachten ist und eine hinreichende demokratische Legitimation grundsätzlich gegeben ist, sind bei einer Delegation von Normsetzungsbefugnissen auf Berufskammern weitere Vorgaben zu beachten, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Facharztentscheidung näher bestimmt hat, worauf bereits eingegangen wurde.⁵⁹

Vorliegend kommt es deshalb alleine auf die *Anwendung* von die Berufswahlfreiheit beschränkenden Normen an. Deren spezifische Grundrechtsrelevanz

⁵⁴ Siehe zu diesem „Prüfungsansatz“ auch BVerfGE 140, 229 (238 f.).

⁵⁵ BVerfGE 7, 377 (397 ff.).

⁵⁶ BVerfGE 7, 377 (407). BeckOK Grundgesetz/Ruffert, 41. Ed. 15.5.2019, GG Art. 12 Rn. 97 ff.

⁵⁷ Grundlegend BVerfGE 38, 373 (383). Dazu näher BeckOK Grundgesetz/Ruffert, 41. Ed. 15.5.2019, GG Art. 12 Rn. 80 m.w.N.

⁵⁸ Kluth, (Fn. 5), S. 489 ff.

⁵⁹ Siehe oben S. 15 ff.

hängt davon ab, ob und welche Spielräume bei der Anwendung der den Berufszugang regelnden Vorschriften bestehen. Dabei ist zwischen den materiellen und verfahrensbezogenen Aspekten zu unterscheiden.

Für die konkrete Beurteilung ist zunächst Genauigkeit und Dichte der gesetzlichen Vorgaben zu ermitteln und in einem weiteren Schritt zu beurteilen. Sodann ist zu klären, inwieweit es zu strukturbedingten Interessenkonflikten kommen kann.

d) Hinreichend bestimmte gesetzliche Anleitung

Wie die Darstellung unter III. 1. gezeigt hat, hat der Gesetzgeber die inhaltlichen Vorgaben für die Berufswahl in Gestalt der Ausbildungsziele getrennt für die berufliche Ausbildung in der Pflege (§ 5 PflBG) und die hochschulische Pflegeausbildung (§ 37 PflBG) geregelt und jeweils durch weitere Regelungen zu Dauer und Durchführung (u.a. hinsichtlich der praktischen Ausbildung) ergänzt. Diese Regelungen entsprechen sowohl in ihrer Struktur als auch in ihrer Regelungsdichte den vergleichbaren gesetzlichen Regelungen für andere Berufe bzw. gehen über diese hinaus.⁶⁰

Die Konkretisierung der Ausbildungspläne erfolgt hinsichtlich der „Mindestanforderungen an die Ausbildung nach den Teilen 2 und 3“ gem. § 56 Abs. 1 Nr. 1 PflBG durch eine Verordnung der beiden zuständigen Bundesministerien und damit bundesweit einheitlich.⁶¹

In der Verordnung wird auch – wie gezeigt – das Prüfungsverfahren näher geregelt, so dass das Landesrecht auf diesen beiden Ebenen keinen grundlegenden gestalterischen Einfluss ausüben kann.

Der maßgebliche gestaltende Einfluss ist somit auf die Prüferauswahl und die konkrete Festlegung der Prüfungsaufgaben sowie die Bewertung der Prüfungsleistungen beschränkt.

Die schriftlichen Prüfungsaufgaben werden bei der beruflichen Ausbildung gem. § 14 Abs. 4 PflAPrV auf Vorschlag der Pflegeschule von der zuständigen

⁶⁰ Das gilt u.a. für die Gesundheitsberufe des Handwerks, deren konkrete inhaltliche Anforderungen ausschließlich durch Rechtsverordnungen geregelt sind; siehe §§ 25 f. HwO.

⁶¹ Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für die Pflegeberufe v. 2.10.2018, BGBl. I 2018, Nr. 34, S. 1572 ff.

Behörde ausgewählt. Bei der Hochschulausbildung werden die schriftlichen Prüfungsaufgaben gem. § 35 Abs. 5 PflAPrV durch die beiden Vorsitzenden des Prüfungsausschusses bestimmt.

Im Falle einer Bestimmung der Pflegekammer als zuständige Behörde wäre damit der Einfluss auf die Prüfungsinhalte auf die Genehmigung der von den Berufsschulen eingereichten Prüfungsaufgaben beschränkt. Bei den Hochschulprüfungen gibt es keinen direkten Einfluss.

In Bezug auf die Zusammensetzung der Prüfungsausschüsse ist der Einfluss der zuständigen Behörde ebenfalls beschränkt.

Bei den Prüfungen der Pflegeschulen bestimmt die zuständige Behörde den Vorsitzenden des Prüfungsausschusses. Ihm obliegen u.a. die folgenden Aufgaben:

- Bestimmung der Prüfungsbereiche (§ 10 Abs. 3 PflAPrV),
- Teilnahme an allen Teilen der Prüfung ohne Pflicht zur Anwesenheit während der gesamten Dauer (§ 10 Abs. 4 PflAPrV),
- Entscheidung über die Zulassung zur Prüfung (§ 11 PflAPrV),
- Weitere Aufgaben bei der Benotung der Prüfungsleistungen (§§ 13 ff. PflAPrV).

Diese Entscheidungen trifft er als Vorsitzender des Prüfungsausschusses, der zwar „an der Pflegeschule“ gebildet wird, dessen Handeln aber der zuständigen Behörde zuzurechnen ist („staatliche Prüfung“), da sie die Mitglieder bestellt (§ 10 Abs. 2 PflAPrV) und den Vorsitzenden auch selbst auswählt.

Bei den (modularisierten) Hochschulprüfungen wird nur einer der beiden Vorsitzenden durch die zuständige Behörde bestellt. Der Prüfungsausschuss selbst ist ein Organ der Hochschule und sein Handeln nicht der zuständigen Behörde zurechenbar. Das bedeutet auch, dass der Einfluss der zuständigen Behörde in diesem Bereich deutlich geringer ausfällt.

Im Ergebnis besteht eine hinreichend bestimmte und genaue gesetzliche Anleitung des gesamten Prüfungswesens, die den in vergleichbaren Bereichen anzutreffenden Regelungen entspricht bzw. darüber hinausgeht. Es bestehen deshalb keine Bedenken, die Pflegekammer zur zuständigen Behörde zu erklären.

e) Strukturell bedingte Interessenkonflikte

Anknüpfend an den Facharztbeschluss des Bundesverfassungsgerichts ist weiter zu prüfen, ob es strukturell bedingte Interessenkonflikte gibt, die der Übertragung von Entscheidungszuständigkeiten im Bereich des Berufszugangs auf die Pflegekammer entgegenstehen.

Bei Selbstverwaltungseinrichtungen können Interessenkonflikte grundsätzlich in zwei „Richtungen“ auftreten. Einmal hinsichtlich einer Bevorzugung der Interessen der Personen, die bereits Mitglieder sind bzw. Marktzugang erhalten haben. Es kann in deren Interesse liegen, weiteren Personen den Zugang zu erschweren oder zu verwehren. Auf diesen Fall bezogen sich die Überlegungen in der Facharztentscheidung. Zum anderen hinsichtlich einer Vernachlässigung der Interessen der Allgemeinheit an hohen fachlichen Standards, wenn es ein Gruppeninteresse gibt, den Zugang neuer Personen zu erleichtern und die Standards zu senken.

Weiter ist klarzustellen, dass sich die Ausführungen des Facharztbeschlusses auf die Ebene der Normsetzung bezogen und damit auf eine Ebene, bei der es um die Grundrechtsbeschränkung als solche geht. Vorliegend geht es dagegen um die Frage, ob es im Bereich der Gesetzesanwendung eventuell Interessenkonflikte geben kann und welches Gewicht diesen ggf. zukommt.

In der Facharztentscheidung werden die möglichen Interessenkonflikte aus der klassischen Abschließungsfunktion abgeleitet, die bei bereits in einem Markt tätigen Personen gegenüber Newcomern entstehen kann, um Konkurrenten abzuwehren und die eigenen Marktanteile zu verteidigen. Diese Form von Interessenkonflikten lässt sich indes auf den Bereich der Pflegeberufe schon deshalb nicht übertragen, weil es sich bei den Prüfungsteilnehmern um Personen handelt, die zunächst eine abhängige Beschäftigung anstreben und zugleich auf dem Arbeitsmarkt eine hohe Nachfrage besteht, die in einigen Regionen nicht vollständig durch inländische Arbeitskräfte gedeckt werden kann (Stichwort Fachkräftemangel). Vor diesem Hintergrund erscheint es plausibel, einen entsprechenden strukturellen Interessenkonflikt zu verneinen.

Hinzu kommt aber weiter, dass wegen der völlig anderen Struktur des Ausbildungswesens auch aus anderen Gründen eine derartige Konfliktlage nicht besteht. Sowohl die Pflegeschulen als auch die Hochschulen, in deren maßgeblicher Verantwortung die Prüfungen stattfinden, sind keine konkurrierenden

Marktteilnehmer, sondern in erster Linie an einer guten Absolventenquote interessiert. Diese Interessenlage spricht eher dafür, dass es ein Interesse an guten Ergebnissen und nicht an einer Verhinderung des Marktzutritts gibt. Die Mitwirkung der zuständigen Behörde erweist sich vor diesem Hintergrund eher als wirksames Korrektiv zur Sicherung hoher Qualitätsansprüche.

Im Ergebnis sind deshalb keine tragfähigen Gründe ersichtlich, die für das Vorliegen eines Interessenkonflikts in Gestalt einer Abschließungsfunktion sprechen.

Anders könnte es jedoch mit Blick auf die zweite Konstellation aussehen. Da es einen hohen Fachkräftebedarf im Bereich der Pflege gibt, könnte es im Interesse der Kammermitglieder liegen, die Anforderungen an den Berufszugang „niedrig“ zu halten. Dadurch könnte das Interesse der Allgemeinheit, nur hinreichend, den vergleichsweise anspruchsvollen gesetzlichen Anforderungen genügende Personen zum Beruf zuzulassen, vernachlässigt oder verletzt werden.

Vor dem Hintergrund klarer gesetzlicher Vorgaben reicht es indes nicht aus, dass eine entsprechende Möglichkeit der Interessenkollision besteht. Das Recht der beruflichen Bildung ist in Deutschland flächendeckend durch die ehrenamtliche Beteiligung von Berufsträgern an den Zulassungsprüfungen geprägt und es wird u.a. daraus das im internationalen Vergleich hohe Niveau beruflicher Bildung abgeleitet. Deshalb gibt es mit Blick auf die Empirie keinen allgemeinen Erfahrungssatz, dass sich der abstrakt beschriebene Interessenkonflikt in der Praxis realisiert.

Gleichwohl ist es wichtig, auf die Sicherungsinstrumente zu blicken, die zur Vermeidung von Interessenkonflikten zur Anwendung kommen. Dies sind zunächst die allgemeinen Regelungen zur Befangenheit und zu Mitwirkungsverboten (vgl. allgemein §§ 20 f. VwVfG), sodann das zu Unparteilichkeit und Gewissenhaftigkeit verpflichtende Amtsethos, das auch für die ehrenamtliche Tätigkeit gilt (§ 83 VwVfG) sowie schließlich die Möglichkeit der anlassbezogenen Kontrolle, soweit es Hinweise auf Unregelmäßigkeiten gibt.

In den anderen Bereichen der beruflichen Bildung und des Prüfungswesens haben sich diese allgemeinen Sicherungsinstrumente bewährt, doch kommt es

darauf an, die entsprechende Grundhaltung immer wieder neu ins Bewusstsein zu rufen. Deshalb sind entsprechende Belehrungen und Verpflichtungserklärungen sinnvoll.

Vor diesem Hintergrund muss der Verordnungsgeber auch abwägen, zu welchem Zeitpunkt er eine entsprechende Aufgabendelegation vornimmt, die den Prozess der Herausbildung eines entsprechenden Amtsethos begleitet und unterstützt und welche Kontrollinstrumente (z.B. punktuelle Anwesenheit von Vertretern der Aufsichtsbehörde bei Prüfungen) er als Sicherungsmechanismus einführt.

4. Anforderungen an den Aufsichtsmaßstab

Ist die zuständige Behörde das Ministerium oder eine andere Stelle der unmittelbaren Landesverwaltung, so kommen die internen Kontroll- und Weisungsmechanismen der hierarchisch organisierten Ministerialverwaltung zur Geltung.

Würde die Pflegekammer zur zuständigen Behörde erklärt, so stellt sich indes die Frage des Maßstabs für die dann erforderliche Staatsaufsicht.

Da es sich bei der Pflegekammer um eine Selbstverwaltungseinrichtung handelt, wäre die Etablierung einer Rechtsaufsicht die Regel. Wie ein Blick in das Heilberufsgesetz NRW zeigt, gibt es aber auch in diesem Bereich ausnahmsweise eine Fachaufsicht (§ 9 Abs. 2 HeilBerG NRW).⁶²

Die ausnahmsweise Einrichtung von Fachaufsicht wird damit gerechtfertigt, dass es sich um übertragene staatliche Aufgaben handelt⁶³ und dass der Schutz von Interessen Dritter, also Personen außerhalb der Kammern, im Vordergrund steht. Sie ist aber deshalb problematisch, weil damit das Prinzip der Selbstverwaltung durchbrochen wird.

Im Falle der Absolventen der Pflegeschulen und Hochschulen liegt insoweit ein Grenzfall vor, weil die übertragene Aufgabe Personen betrifft, die unmittelbar vor dem Eintritt in die Kammer stehen und insoweit in einem besonderen

⁶² Dazu näher und kritisch Kluth, (Fn. 5), S. 523 ff.

⁶³ Das Argument nimmt unausgesprochen Bezug auf das Kommunalrecht, in dem die übertragenen staatlichen Aufgaben in der Regel durch den Bürgermeister und unter Fachaufsicht wahrgenommen werden. Siehe Burgi, Kommunalrecht, 6. Aufl. 2019, § 8.

Näheverhältnis zu ihr stehen. Andererseits fehlt es aber zum Zeitpunkt der Prüfung noch an dem formalen Mitgliedschaftsverhältnis.

Klarzustellen ist zudem, dass die Einrichtung einer Fachaufsicht verfassungsrechtlich nicht zwingend erforderlich ist, wenn die gesetzliche Anleitung des Verwaltungshandelns hinreichend bestimmt ist und zudem durch eine fachgerichtliche Kontrolle eine Prüfung der Einzelfallanwendung möglich ist.⁶⁴

Vor diesem Hintergrund gilt es abzuwägen. Wenn die Aufgaben im Zusammenhang mit den staatlichen Prüfungen der Pflegeschüler und -studenten auf die Pflegekammer wegen des besonderen Sachverstandes der Kammermitglieder und der Kammerorgane für die Pflegeberufe übertragen werden, erscheint es wenig sinnvoll, zugleich eine staatliche Fachaufsicht einzuführen, weil bei der aufsichtführenden Stelle gerade keine höhere fachliche Qualifikation vorausgesetzt werden kann. Es reicht vielmehr eine Rechtsaufsicht aus. Hinzu kommt, dass die fachliche Feinsteuerung wenn überhaupt bundeseinheitlich erfolgen sollte, weil auch das Berufsrecht auf Bundesebene erlassen wird. Deshalb sprechen die besseren Gründe dafür, es bei einer Rechtsaufsicht zu belassen.

Eine Fachaufsicht wäre andererseits aber verfassungsrechtlich und kammerrechtlich trotz des damit verbundenen Systembruchs zulässig. Eine Kompromisslösung könnte darin bestehen, eine zeitlich begrenzte Fachaufsicht zu regeln, um ggf. während der Übergangszeit entsprechende Steuerungen vornehmen zu können. Nach fünf Jahren könnte dann im Rahmen einer Evaluation die Erforderlichkeit der Regelung überprüft werden.

5. Fachgerichtliche Kontrolle

Für die Beschränkung auf eine Rechtsaufsicht spricht zudem, dass die Prüfungsentscheidungen einer in beiden Bereichen unabhängigen fachgerichtlichen Kontrolle unterliegen, die ebenso gut wenn nicht sogar wegen der richterlichen Unabhängigkeit besser geeignet ist, etwaige Fehler im einzelnen Fall oder im Bereich der Steuerung des Prüfungswesens insgesamt zu korrigieren.

⁶⁴ Das ergibt sich im Ansatz auch aus BVerfGE 140, 228 (238); siehe dazu auch Kluth, Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2017, 2018, S. 239 (380 f.).

In Bezug auf den Rechtsschutz gegenüber Prüfungsentscheidungen ist zwischen den Bereichen der Pflegeschulen und der Hochschulen zu unterscheiden.

a) Staatliche Prüfung an den Pflegeschulen

Wie bei der Analyse des Prüfungswesens gezeigt wurde, ist das Handeln der Prüfungsausschüsse an den Pflegeschulen der zuständigen Behörde zuzurechnen, da diese die Ausschüsse einsetzen. Die Prüfungsausschüsse handeln deshalb öffentlich-rechtlich und die Prüfungsentscheidungen sind vor den Verwaltungsgerichten überprüfbar. Dabei sind in Bezug auf die Kontrolldichte die prüfungsrechtlichen Besonderheiten zu beachten (Beurteilungsspielräume vor allem bei mündlichen und praktischen Prüfungen).⁶⁵

b) Staatliche Prüfungen an den Hochschulen

Bei den Prüfungen an den Hochschulen wird in den Prüfungsausschuss ein Vertreter durch die zuständige Behörde entsandt und die zuständige Stelle wirkt bei der Erteilung der Zeugnisse mit. Damit liegen die Voraussetzungen für eine Qualifikation als Staatsprüfung vor.

Bei staatlichen Hochschulen sind die Entscheidungen der Prüfungsausschüsse wegen der Rechtsform der Hochschule öffentlich-rechtlich und unterliegen der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Ob dies auch bei staatlich-anerkannten privaten Hochschulen der Fall ist, weil die zuständige Behörde durch die Bestimmung eines Vorsitzenden und die Erteilung des Einvernehmens bei der Ausstellung der Zeugnisse am Prüfungsverfahren beteiligt ist, kann hier dahinstehen⁶⁶, denn ein fachgerichtlicher Rechtsschutz ist in jedem Fall eröffnet.

Im Ergebnis ist in allen Fallkonstellationen fachgerichtlicher Rechtsschutz eröffnet.

⁶⁵ Dazu näher Schoch/Schneider/Bier/Riese, 36. EL Februar 2019, VwGO § 113 Rn. 45 f., Rn. 202.

⁶⁶ Zur Thematik VGH Kassel, NJW 2016, 1338 zu einer universitären Schwerpunktprüfung die Teil der Ersten Juristischen Staatsprüfung ist.

IV. Übertragung der Zuständigkeit als Zulassungsbehörde nach §§ 1 bis 3 PflBG

1. Aufgaben der Zulassungsbehörde

Die durch das Pflegeberufegesetz reglementierten Berufe „Pflegefachfrau“ und „Pflegefachmann“ ohne und mit akademischem Grad unterliegen gem. § 1 PflBG einer Erlaubnispflicht. Das bedeutet, dass die Berufsbezeichnungen nur bei Vorliegen einer entsprechenden Erlaubnis geführt und die in § 4 für diese Berufe formulierten Vorbehaltsaufgaben wahrgenommen werden dürfen. Damit handelt es sich um ein typisches Berufsbild, wie es auch bei anderen reglementierten Berufen, insbesondere den reglementierten Freien Berufen⁶⁷, anzutreffen ist. Im Vergleich zu den Handwerksberufen sind die Regelungen sogar anspruchsvoller, weil sich im Handwerksrecht die Reglementierung nur auf den Betriebsleiter bezieht (§ 7 HwO). Zudem fehlt es dort an einem Katalog klar definierter Vorbehaltsaufgaben.

Die Zulassungsbehörde ist zunächst gem. § 2 PflBG für die Erteilung der nach § 1 PflBG erforderlichen Erlaubnis auf Antrag zuständig. Dabei sind positive und negative tatbestandliche Voraussetzungen zu prüfen:

1. Die vorgeschriebene staatliche Abschlussprüfung.
2. Dass kein Vergehen vorliegt, aus dem sich die Unzuverlässigkeit zur Ausübung des Berufs ergibt.
3. Dass der Antragsteller nicht in gesundheitlicher Hinsicht zur Ausübung des Berufs ungeeignet ist.
4. Dass der Antragsteller über die für die Ausübung des Berufs erforderlichen Kenntnisse der deutschen Sprache verfügt.

Bei allen diesen Tatbestandsmerkmalen handelt es sich um dem Berufsrecht vertraute Anforderungen. Das gilt insbesondere für das unter Nr. 2 angeführte Merkmal der Unzuverlässigkeit, das im Rahmen der Gewerbeordnung sowie im Rahmen der §§ 3, 5 BÄO ebenfalls angewendet wird und durch die fachgerichtliche Rechtsprechung konkretisiert wurde.⁶⁸

⁶⁷ Dazu näher Kluth, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2019, § 22.

⁶⁸ Siehe etwa Kluth, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2019, § 15, Rn.107 ff.

Die Zulassungsbehörde ist zudem nach § 3 PflBG für die Entscheidung über die Rücknahme, den Widerruf und die Anordnung des Ruhens der Erlaubnis zuständig. Rücknahme und Widerruf sind „klassische Zuständigkeiten“ von Erlaubnisbehörden, weil es sich um Korrekturmaßnahmen handelt, die am besten durch die erteilende Behörde wahrgenommen werden können. Deshalb wird fast immer die erteilende Behörde auch als zuständige Behörde für Rücknahme und Widerruf bestimmt, etwa in der Gewerbeordnung. Im Berufsrecht der Freien Berufe ist die Entscheidung jedoch teilweise den Berufsgerichten vorbehalten (siehe § 60 HeilBerG NRW).

Bei den zu treffenden Entscheidungen sind im Wesentlichen die gleichen unbestimmten Rechtsbegriffe anzuwenden wie bei der Zulassungsentscheidung, so dass keine wesentlich anderen fachlichen Anforderungen zu stellen sind.

2. Vorliegen von strukturellen Interessenkonflikten

a) Möglichkeit des Bestehens von Interessenkonflikten

Analog zu den möglichen Zuständigkeiten der Pflegekammer im Bereich der staatlichen Prüfungen stellt sich auch für den Fall einer Zuständigkeitsbegründung für die Erteilung der Erlaubnis nach § 2 PflBG und für die Entscheidungen nach § 3 PflBG die Frage etwaiger struktureller Interessenkonflikte. Da die betroffenen Berufsträger ihre Interessen wirksam durch verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz verfolgen und durchsetzen können, geht es dabei vor allem um die Frage, ob die Gefahr einer zu großzügigen Handhabung der Befugnisse durch eine Pflegekammer bestehen und damit das öffentliche Interesse an der Sicherung hoher berufsrechtlicher Standards zum Schutz der Volksgesundheit und der Abwehr etwaiger Gefahren für pflegebedürftige Personen gefährdet werden kann.

Ob Anlass für die Annahme von entsprechenden Interessenkonflikten besteht, ist mit Blick auf die Entscheidungskriterien in den Fällen der §§ 2, 3 PflBG zu prüfen.

b) Entscheidungsstruktur bei Erteilung einer Erlaubnis

Für die Erteilung einer Erlaubnis nach § 2 PflBG müssen neben dem Nachweis der bestandenen staatlichen Abschlussprüfung drei weitere Voraussetzungen geprüft werden, die tatbestandlich klar gefasst sind:

1. Fehlende Unzuverlässigkeit: Hier stellt das Gesetz wie in vielen anderen berufsrechtlichen Regelungen (etwa § 34a Abs. 1 Nr. 1 GewO⁶⁹, § 3 und § 5 BÄO⁷⁰) vor allem darauf ab, dass keine schweren Gesetzesverstöße, Straftaten usw. vorliegen. Umgesetzt wird dies durch die Vorlage eines Führungszeugnisses. Zudem muss der Antragsteller eine entsprechende Auskunft erteilen.
2. Gesundheitliche Gründe: Der Antragsteller muss gesundheitlich zur Ausübung des Berufs geeignet sein. Dies kann in Zweifelsfällen durch eine amtsärztliche Untersuchung geklärt werden.
3. Kenntnisse der deutschen Sprache: Hier ist bei Zweifeln eine Prüfung bzw. der Nachweis eines Sprachzertifikats möglich.

Anhaltspunkte für Interessenkonflikte, die sich auf das öffentliche Interesse auswirken, kann es vor allem bei den Fällen der Nummer 1 geben, soweit es um die Bestimmung der Unzuverlässigkeit jenseits dokumentierter Fälle einer strafgerichtlichen Verurteilung geht.

Für den Bereich des Berufsrechts der freien Berufe (Ärzte, Rechtsanwälte usw.) sowie zu den in der Gewerbeordnung normierten Tätigkeiten liegt eine umfangreiche Kasuistik der Rechtsprechung vor, auf deren Grundlage behördliche Entscheidungen getroffen werden können.⁷¹ Es kommt deshalb vor allem darauf an, dass die zuständigen Mitarbeiter diesbezüglich gut geschult werden.

Ob es gleichwohl zu einem Interessenkonflikt kommen kann, muss letztlich der Gesetz- oder Ordnungsgeber beurteilen. In Bezug auf die erwähnten etablierten berufsrechtlichen Regelungen verhält es sich unterschiedlich. Im Gewerberecht sind die staatlichen Gewerbeaufsichtsbehörden zuständig, bei den Ärzten die Ärztekammern und Berufsgerichte. Bei Letzteren vertraut der Gesetzgeber darauf, dass der Berufsstand selbst ein hohes Interesse an der Beachtung des Berufsrechts und damit dem Schutz des eigenen Ansehens hat.

⁶⁹ Dazu BeckOK GewO/Jungk/Deutschland, 46. Ed. 1.12.2018, GewO § 34a Rn. 30 ff.

⁷⁰ Spickhoff/Schelling, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, BÄO § 3, Rn. 6 ff. und § 5 Rn. 33 ff.

⁷¹ Siehe exemplarisch Spickhoff/Schelling, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, BÄO, § 5 Rn. 33 ff.

Letztlich ist die Frage nicht alleine rechtsdogmatisch, sondern im Rahmen einer konkreten Lageeinschätzung zugleich mit Blick auf das Amtsethos zu entscheiden. Wenn die Pflegekammer zuständig sein soll, so muss dies mit entsprechenden Schulungsmaßnahmen einhergehen, die einen sicheren Umgang mit der komplexen Rechtsmaterie gewährleisten und die Entstehung eines entsprechenden Amtsethos fördern.

c) Entscheidungsstruktur bei Entzug einer Erlaubnis

Bei der Entscheidung nach § 3 PflBG stellen sich zunächst die gleichen Fragen. Hinzu kommt jedoch, dass die Behörde bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte von sich aus tätig werden muss.

Zu beachten ist dabei, dass die gesetzlichen Regelungen in den Absätzen 1 und 2 von einer gebundenen Entscheidung ausgehen und sich damit von den Ermessenregelungen im allgemeinen Verwaltungsverfahren nach §§ 48, 49 VwVfG unterscheiden. Der Gesetzgeber hat damit deutlich gemacht, dass das öffentliche Interesse eine Beendigung des Berufsausübungsrechts gebietet.

Nur im Falle des Absatzes 3, bei dem auf den Verdacht einer Straftat abgestellt wird, räumt das Gesetz Ermessen ein, was wegen der in solchen Fällen erforderlichen Würdigung der jeweiligen Verdachtsmomente aber auch nicht anders möglich ist.

Letztlich ist auch insofern festzustellen, dass es keine zwingenden Gründe gibt, die gegen die Übertragung der Zuständigkeit auf die Pflegekammern sprechen, dass aber zugleich Maßnahmen der Qualitätssicherung sinnvoll sind.

d) Zwischenergebnis

Die Entscheidungen über die Erteilung und den Entzug der Erlaubnis sowie die Anordnung eines Ruhens der Erlaubnis sind gesetzlich klar determiniert. Der unbestimmte Rechtsbegriff der Unzuverlässigkeit verlangt aber eine besondere fachliche Kenntnis und ein entsprechendes Amtsethos. Die Zuständigkeiten in diesem Bereich sollten deshalb nur auf die Pflegekammer übertragen werden, wenn beides zugleich gesichert ist.

Da es sich um gebundene Entscheidungen handelt, erscheint es nicht sinnvoll, im Falle einer Übertragung eine Fachaufsicht anzuordnen. Sinnvoller ist es meines Erachtens, im Rahmen einer kooperativen Rechtsaufsicht in der Anfangszeit einen umfassenden und zeitnahen Informationsaustausch zu vereinbaren.

3. *Eignung der Pflegekammer als Zulassungsbehörde*

a) Fachliche Eignung

Zulassungs- und Korrekturentscheidungen (Rücknahme, Widerruf, Anordnung des Ruhens) werden als Verwaltungsakte auf der Grundlage eines Verwaltungsverfahrens erlassen und begründet. Sie können in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren fachgerichtlich überprüft werden. Dafür ist in der Praxis federführend das hauptamtliche Fachpersonal in der Kammer zuständig, weil es in erster Linie auf die richtige Rechtsanwendung ankommt.

Wegen der vollständigen gesetzlichen Bindung der Zulassungsentscheidung und im Bereich der Korrekturentscheidungen mit Ausnahme der Entscheidung über das Ruhen sowie der intensiven fachgerichtlichen Kontrolle besteht auch nicht die Gefahr, dass die Entscheidungen zu Lasten der Antragsteller bzw. von einer Rücknahme oder einem Widerruf Betroffenen verfälscht werden.

Es bestehen insoweit auch keine Anhaltspunkte, an der fachlichen Eignung der Pflegekammer zu zweifeln, soweit die unter 2. empfohlenen Maßnahmen der Qualitätssicherung ergriffen werden.

b) Verwaltungswissenschaftliche Aspekte

Zu überlegen ist jedoch darüber hinaus, ob es in jeder Hinsicht sinnvoll ist, der Pflegekammer in der Gründungs- und Etablierungsphase Entscheidungszuständigkeiten zu übertragen, die in Bezug auf die gesetzlichen Pflichtmitglieder in besonderem Maße zu Konflikten führen können.

Betrachtet man die Rechtsentwicklung über längere Zeiträume so fällt auf, dass bei den Ärzte- und Rechtsanwaltskammern als den ältesten Berufskammern der Freien Berufe die Zuständigkeit für Zulassung und Rücknahme usw. nicht bei den Kammern selbst sondern bei staatlichen Behörden lag. Erst in

den letzten Jahrzehnten hat der Gesetzgeber die Zuständigkeiten auf die Kammern verlagert und dabei teilweise die Verlagerung von der Zustimmung der Kammern abhängig gemacht.⁷² In Niedersachsen haben die Heilberufskammern z.B. für diese Entscheidungen eine eigenen Körperschaft des öffentlichen Rechts gegründet (Niedersächsischer Zweckverband zur Approbationserteilung KdöR), damit die Entscheidungen nicht den Berufskammern selbst zugerechnet werden.⁷³

Dahinter steht die Überlegung, das Vertrauen in die Berufskammer im Bereich der in Bezug auf individuelle Belange einzelner Mitglieder weniger konfliktanfälligen Aufgaben wie der Interessenvertretung sowie der beruflichen Weiterbildung nicht zu belasten.

Diesem Anliegen könnte in der Gründungsphase der Pflegekammer eine besondere Bedeutung zukommen, da vor allem bei denjenigen Mitgliedern, die der Gründung kritisch gegenüber eingestellt sind, ein Grundvertrauen aufgebaut werden muss. Das kann durch konfliktbeladene Entscheidungen, nicht unbedingt nur in Bezug auf die eigene Person, ggfs. erschwert werden. Der Pflegekammern und ihren Mitarbeitern sollte deshalb auch die nötige Zeit eingeräumt werden, damit sie das notwendige Amtsethos entfalten und das damit verbundene Vertrauen bei den Mitgliedern aufbauen können.

Es sollte deshalb überlegt werden, ob vor diesem Hintergrund die Zuständigkeit für die Erteilung und den Entzug der Erlaubnis jedenfalls in den ersten Jahren nach der Errichtung der Pflegekammer weiter bei einer Stelle der allgemeinen Landesverwaltung verbleibt und erst zu einem späteren Zeitpunkt auf die Pflegekammer übertragen wird.

4. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist es demnach rechtlich möglich, die Aufgaben einer Zulassungsbehörde nach den §§ 1 bis 3 PflBG auf die Pflegekammer zu übertragen, wenn zugleich in hinreichendem Umfang Maßnahmen der Qualitätssicherung veran-

⁷² Siehe exemplarisch *Horn*, Stärkung der Selbstverwaltung, Ende der Zulassung bei Gericht, BRAK-Mitt. 2007, 94 ff.

⁷³ <https://www.aekn.de/arztspezial/niedersaechsischer-zweckverband-zur-approbationserteilung-nizza/>

lasst werden, die einen rechtssicheren Umgang mit den unbestimmten Rechtsbegriffen absichern und die Entstehung eines Amtsethos fördern, das eine unabhängige und neutrale Entscheidungspraxis gewährleistet.

Aus den unter 3. dargelegten verwaltungswissenschaftlichen Gründen ist es aber ratsam, diese Zuordnung nicht bereits bei der Gründung der Pflegekammer vorzunehmen. Dadurch bleibt auch genügend Zeit, um die fachliche Qualifikation des Personals abzusichern.

Vierter Teil: Regelung einer Pflegekammermitgliedschaft von Auszubildenden

I. Einordnung der Thematik

Die mögliche Mitwirkung der Pflegekammer bei den staatlichen Prüfungen nach § 2 Abs. 2 PflBG hat gezeigt, dass es sich dabei um Maßnahmen gegenüber Dritten handelt mit der Folge, dass die demokratische Legitimation des Kammerhandelns besonders begründungsbedürftig ist. Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Zuständigkeit gleichwohl auf die Pflegekammer übertragen werden könnte.⁷⁴ Durch die Begründung einer gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft von Auszubildenden wäre es möglich, die Legitimationsbasis zu verbessern. Insoweit stellt sich aber die Frage, ob alleine aus diesem Grunde die Einführung einer gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft erforderlich und damit verfassungsrechtlich gerechtfertigt wäre. Dies soll nachfolgend geklärt werden. Zudem soll der Frage nachgegangen werden, ob es sinnvoll ist, nach dem Vorbild anderer Kammergesetze, die Möglichkeit einer freiwilligen Mitgliedschaft für Auszubildende zu eröffnen, die sich in einem fortgeschrittenen Stadium der Ausbildung befinden.

II. Pflichtmitgliedschaft oder freiwillige Mitgliedschaft?

1. Vergleichsfälle in anderen Bereichen

Eine gesetzliche Pflichtmitgliedschaft in einer Kammer von Beginn der Ausbildung an kennt die deutsche Rechtsordnung im Bereich des Handwerks. Dort bestimmt § 90 Abs. 2 HwO, dass zur Handwerkskammer „... die Gesellen, andere Arbeitnehmer mit deiner abgeschlossenen Berufsausbildung und die Lehrlinge dieser Gewerbetreibenden“ gehören. Darin kommt das besondere Konzept der Handwerkskammern zum Ausdruck, das auf eine umfassende Einbeziehung der Arbeitnehmer abzielt. Damit unterscheidet sich das Kammerkonzept der Handwerkskammern nicht nur von dem an die Unternehmereigenschaft anknüpfenden Konzept der Industrie- und Handelskammern, sondern auch von dem der Berufskammern, die zwar einerseits auch angestellte

⁷⁴ Siehe oben S. 22 ff.

Berufsträger in die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft einbeziehen, dabei aber eine abgeschlossene Berufsqualifikation voraussetzen.

Das Regelungsmodell der Handwerksordnung ist aber auch insoweit atypisch, weil die mitgliedschaftliche Rechtsstellung der Lehrlinge „prekär“ ausfällt, da ihnen nach § 98 HwO kein aktives und passives Wahlrecht zugesprochen wird mit der Folge, dass sie in die Legitimationsstrukturen nicht eingebunden sind. Man kann deshalb im Hinblick auf den Selbstverwaltungsgedanken von einer symbolischen Mitgliedschaft sprechen, da die Lehrlinge keinerlei substantielle Partizipationsrechte besitzen. Das führt aber zu der weiteren Erkenntnis, dass etwaige Legitimationsdefizite so nicht behoben werden können.

2. Das Phänomen einer freiwilligen Mitgliedschaft im Recht der Berufskammern

Auch das Phänomen einer freiwilligen Mitgliedschaft findet sich in einzelnen Kammergesetzen. Dabei können verschiedene Fallgruppen unterschieden werden:

Eine erste Fallgruppe betrifft Berufsträger, deren Beruf von der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft erfasst ist, die ihren Beruf (vorübergehend) nicht in Kammerbezirk ausüben, aber die Dienstleistungen der Berufskammer in Anspruch nehmen wollen. Einen solchen Fall regelt § 2 Abs. 2 S. 2 HeilBerG NRW.⁷⁵ In ähnlicher Weise können die Satzungen der Handwerkskammern die freiwillige Zugehörigkeit von dem Handwerk nahestehenden natürlichen oder juristischen Personen zulassen. Dies ist in § 59 HwO für „Gastmitglieder der Innungen“ vorgesehen und kann ohne Bedenken auch von den Handwerkskammern praktiziert werden. Auch hier sind ihre Rechte und Pflichten in der Satzung zu regeln (§ 59 S. 2 HwO). Dass ihre Zugehörigkeit der Ehren- und Gastmitglieder nur ein beschränktes „Mitgliedschaftsrecht“ vermittelt, ergibt sich daraus, dass ihnen ein aktives und insbesondere auch ein passives Wahlrecht nicht zusteht (§§ 96, 97 iVm § 93 Abs. 1, § 108 Abs. 1, § 110). Sie können also nicht Mitglieder der Organe der Handwerkskammer (§ 92) sein. Ihre Mitwirkung innerhalb der Handwerkskammer ist daher auf Beratung beschränkt. Wenn sie jedoch als „sachverständige Mitglieder“

⁷⁵ Vergleichbare Regelungen finden sich auch in den Heilberufsgesetzen der anderen Bundesländer.

nach § 93 Abs. 4 zur Vollversammlung gewählt werden, stehen ihnen sämtliche Organrechte zu.

Eine zweite Fallgruppe betrifft Berufsträger, deren Beruf nicht von der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft erfasst ist, aber *thematisch* nahe mit einem solchen Beruf verwandt ist und die deshalb ebenfalls ein Interesse an einer Mitgliedschaft und der Inanspruchnahme der Dienstleistungen der Kammern haben. Nach § 38 Abs. 2 BauKaG NRW kann als freiwilliges Mitglied die Person beitreten, die a) ohne im Bauwesen tätig zu sein, in der Liste der Beratenden Ingenieure und Ingenieurinnen nach § 29 Abs. 1 Sätze 1 und 3 eingetragen ist oder b) als Ingenieur oder Ingenieurin im Bauwesen tätig ist (§ 29 Abs. 2) und die Voraussetzung nach § 30 Abs. 1 Nr. 1 erfüllt, ohne in der Liste der Beratenden Ingenieure und Ingenieurinnen eingetragen zu sein, und ihre Hauptwohnung, ihre Niederlassung oder ihren Beschäftigungsort in Nordrhein-Westfalen hat.

Eine dritte Fallgruppe betrifft Personen, die sich noch in der Ausbildung zu dem verkammerten Beruf befinden. Hier sind verschiedene Fallkonstellationen zu unterscheiden. Im Bereich des (Gesundheits-)Handwerks erstreckt sich die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft auch auf die Lehrlinge und Gesellen.⁷⁶ Das ist aber eine atypische Regelung. Im Bereich der Apotheker sieht § 2 Abs. 2 S. 1 HeilBerG NRW für Personen, die sich in der praktischen pharmazeutischen Ausbildung nach der Approbationsordnung für Apotheker befinden, den freiwilligen Beitritt vor.

3. *Fehlende Erforderlichkeit einer Pflichtmitgliedschaft*

Bei der Entscheidung, ob eine gesetzliche Pflichtmitgliedschaft für Pflegeschüler eingeführt werden soll, die ggf. auch ein Wahlrecht einschließt, ist aber letztlich ausschlaggebend, dass es an der Erforderlichkeit der Begründung einer solchen Mitgliedschaft fehlt und zwar aus mehreren Gründen.

Erstens gibt es bis zur Berufszulassung keine hoheitlichen Aufgaben, die die Pflegekammer gegenüber den Auszubildenden wahrnimmt und in Bezug auf die durch eine Mitgliedschaft Partizipationsrechte eingeräumt werden könnten.

⁷⁶ Siehe § 90 Abs. 2 HwO.

Zweitens lässt sich aus der Wahl der Ausbildungsstätte noch kein Rückschluss auf den Ort der späteren Berufstätigkeit ableiten mit der Folge, dass es völlig offen ist, ob es an diesem Ort eine Pflegekammer gibt.

Drittens ist in einem frühen Stadium der Ausbildung oft auch noch unklar, ob die Ausbildung abgeschlossen wird.

Das alles hat zur Folge, dass es an einer strikten Erforderlichkeit einer Mitgliedschaft aller Auszubildenden fehlt und diese mithin unverhältnismäßig wäre.

Offen ist damit aber die Frage, ob die Möglichkeit einer freiwilligen Mitgliedschaft eröffnet werden sollte.

III. Gründe für die Einführung einer freiwilligen Mitgliedschaft

In den beiden ersten unter II. 2. dargestellten Fällen hat der Gesetzgeber auf das besondere Interesse von bestimmten Personengruppen reagiert und ihnen vor allem die Möglichkeit eröffnet, die Dienstleistungen der Kammern in Anspruch zu nehmen. Da es sich bei diesen Personen um gleichwertig qualifizierte Berufsträger handelt, ergeben sich aus der Mitgliedschaft keine weiteren Probleme grundsätzlicher Art.

Anders verhält es sich bei der Regelung zu den Personen die sich in der praktischen pharmazeutischen Ausbildung nach der Approbationsordnung für Apotheker befinden. Hier fehlt es nur noch an der formal gleichwertigen Qualifikation, während der größte Teil der fachlichen Kenntnisse bereits vorliegt.

Aus dem Blickwinkel der freiwilligen Mitglieder dürfte der Zugang zu den Bildungs- und Beratungsangeboten der Kammern den Ausschlag für die freiwillige Mitgliedschaft geben, zumal in den meisten Fällen auf einen Mitgliedsbeitrag verzichtet wird, so dass es eine rein vorteilhafte Mitgliedschaft ist.

Aus der Perspektive der Kammern besteht ein Interesse, den beruflichen Nachwuchs möglichst früh und zu einem Zeitpunkt mit der Organisation vertraut zu machen, in dem die beruflichen Belastungen noch nicht sehr hoch

sind. Dadurch erhofft man sich, das Interesse für ein ehrenamtliches Engagement zu wecken.⁷⁷

IV. Rechte und Pflichten freiwilliger Mitglieder

In § 2 Abs. 2 S. 3 HeilBerG NRW findet sich in Bezug auf die Rechtsstellung der freiwilligen Mitglieder die Maßgabe, dass die Rechte und Pflichten der freiwilligen Mitglieder in der Hauptsatzung zu regeln sind. Dort ist u.a. eine Freistellung von Kammerbeiträgen vorgesehen.

Ein Wahlrecht sollte den freiwilligen Mitgliedern nicht eingeräumt werden, wenn sie nicht über die volle berufliche Qualifikation verfügen. Das wird bei den Apothekerkammern auch entsprechend praktiziert.

In Ausschüssen usw. kann eine Mitwirkung ohne Stimmrecht vorgesehen werden. Dadurch kann der Blickwinkel von Personen, die noch am Anfang des Berufslebens stehen und über frisches Ausbildungswissen verfügen, in die Beratungen einfließen.

V. Verfassungsrechtliche Beurteilung

Verfassungsrechtlich stellt eine freiwillige Mitgliedschaft einen Akt des Grundrechtsgebrauchs und keinen Grundrechtseingriff dar. Das wäre selbst dann der Fall, wenn von den freiwilligen Mitgliedern ein Beitrag erhoben würde, da sie dieser Belastung jederzeit wie in einem privaten Verband durch Austritt ausweichen könnten.

Da durch die Regelung auch alle Personen, die sich in der gleichen Lage befinden, die gleiche Chance der Mitwirkung eröffnet wird, kommt es auch nicht zu einer unzulässigen Privilegierung.

Es bestehen deshalb keine verfassungsrechtlichen Bedenken an einer entsprechenden Regelung.

VI. Zusammenfassende Bewertung

Insgesamt stellt die freiwillige Mitgliedschaft für noch in der Ausbildung befindliche Personen ein Angebot dar, um frühzeitig die Dienstleistungen der

⁷⁷ Diese Aussagen basieren auf Gesprächen des Verfassers mit Vertretern von Apothekerkammern, die das Modell praktizieren.

Kammer in Anspruch zu nehmen und sich mit den ehrenamtlichen
Betätigungsmöglichkeiten vertraut zu machen.

Fünfter Teil: Übertragung von weiteren Aufgaben

Das Pflegeberufegesetz sieht an zahlreichen weiteren Stellen Aufgaben vor, die durch die nach Landesrecht zuständige Behörde wahrzunehmen sind. Auch in Bezug auf diese Aufgaben ist über eine Zuständigkeit der Pflegekammer nachzudenken. Nachfolgend werden zunächst die in Betracht kommenden Aufgaben identifiziert und sodann geklärt, ob eine Übertragung dieser Aufgaben auf die Pflegekammern rechtlich in Betracht kommt. Zu diesem Zweck wird auch nach der Wahrnehmung der entsprechenden Aufgaben durch die bestehenden Heilberufskammern gefragt.

I. Die weiteren Aufgaben im Überblick

Die für eine Delegation auf die Pflegekammer in Frage kommenden Aufgaben finden sich in den §§ 40 ff. PflBG und beziehen sich überwiegend auf Verwaltungsvorgänge, die im Zusammenhang mit dem Marktzugang von Pflegepersonal aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union und aus Drittstaaten stehen. Im Einzelnen handelt es sich um die folgenden Aufgaben:

- Die Feststellung der Gleichwertigkeit und die Anerkennung einer Ausbildung von Pflegepersonal aus Drittstaaten nach §§ 40 ff. PflBG (so weit keine gemeinsame Einrichtung nach § 40 Abs. 5 PflBG vorgesehen ist).
- Die Entgegennahme der Meldung von vorübergehend Dienstleistungen erbringendem Pflegepersonal aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union nach § 46 PflBG sowie die Ausstellung von Bescheinigungen für diesen Personenkreis nach § 47 PflBG.
- Die Entgegennahme und Weiterleitung von Informationen im Rahmen der Europäischen Verwaltungszusammenarbeit nach § 48 PflBG.
- Die Wahrnehmung von Unterrichtspflichten nach §§ 50 ff. PflBG.
- Die Aufbereitung von Daten für Statistiken nach § 55 PflBG.

II. Rechtliche Eignung der Pflegekammer zur Aufgabenwahrnehmung

1. Zuordnung entsprechender Aufgaben bei bestehenden Heilberufskammern

Entsprechende Zuständigkeiten im Zusammenhang mit der Anerkennung von beruflichen Qualifikationen und der Wahrnehmung von Aufgaben im Rahmen der Europäischen Verwaltungszusammenarbeit finden sich in § 40 HeilBerG NRW sowie in den entsprechenden gesetzlichen Regelungen anderer Bundesländer.

2. Zulässigkeit der Übertragung auf die Pflegekammer

Es bestehen aus verfassungsrechtlicher Sicht keine Bedenken, die unter I. angeführten Aufgaben auf die Pflegekammer zu übertragen.

Zudem sprechen aus verwaltungswissenschaftlicher Perspektive wegen des engen Sachzusammenhangs mit anderen Aufgaben der Pflegekammer gute Gründe dafür, diese Aufgaben auf die Pflegekammer zu übertragen. In Bezug auf einige Aufgaben ist jedoch einschränkend darauf abzustellen, dass die Übertragung sinnvoll ist, sobald die Pflegekammern auch für die Zulassungsentscheidung zuständig ist.

Im Einzelnen ist folgendes zu beachten:

Die Feststellung der Gleichwertigkeit und die Anerkennung einer Ausbildung von Pflegepersonal aus Drittstaaten nach §§ 40 ff. PflBG (soweit keine gemeinsame Einrichtung nach § 40 Abs. 5 PflBG vorgesehen ist) sollte als Annex zur berufsfachlichen Kompetenz der Pflegekammer zugewiesen werden.

Die Entgegennahme der Meldungen nach § 46 PflBG sowie die Ausstellung von Bescheinigungen für diesen Personenkreis nach § 47 PflBG, sowie die Entgegennahme und Weiterleitung von Informationen im Rahmen der Europäischen Verwaltungszusammenarbeit nach § 48 PflBG sollte an die Zuständigkeit als Erlaubnisbehörde gekoppelt werden. Das gleiche gilt für die Wahrnehmung von Unterrichtspflichten nach §§ 50 ff. PflBG.

Die Aufbereitung von Daten für Statistiken nach § 55 PflBG kann ebenfalls auf die Pflegekammer übertragen werden.

Sechster Teil: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung können in den folgenden Thesen zusammengefasst werden:

1. Die Errichtung einer Pflegekammer nach dem Vorbild anderer Heilberufskammern im Land Nordrhein-Westfalen ist verfassungskonform. Es steht im Ermessen des Landesgesetzgebers, den durch den Bundesgesetzgeber zu einem reglementierten Beruf weiterentwickelten Beruf der Pflegefachfrau und des Pflegefachmanns in einer Berufskammer zu organisieren und dem Berufsstand damit substantielle Mitgestaltungsrechte bei der näheren Ausgestaltung und Anwendung des Berufsrechts zu übertragen.
2. Die gesetzlichen Regelungen bewegen sich innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens, die das Bundesverfassungsgericht in seiner ständigen Rechtsprechung zu den Wirtschafts- und Berufskammern herausgearbeitet und in seiner Grundsatzentscheidung vom 12. Juli 2017 erneut bestätigt hat.
3. Die Übertragung von Zuständigkeiten im Zusammenhang mit der Durchführung der staatlichen Abschlussprüfungen an den Pflegeschulen und den Hochschulen begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.
4. Es wird aber empfohlen hinreichende Maßnahmen der Qualitätssicherung zu ergreifen, um einen verantwortlichen Umgang mit den Aufgaben sicherzustellen.
5. Für die Überwachung der Wahrnehmung dieser Aufgaben ist eine Rechtsaufsicht ausreichend.
6. Auch die Zuständigkeiten einer Erlaubnisbehörde nach §§ 1 bis 3 PflBG können auf die Pflegekammer als Selbstverwaltungsaufgabe unter Rechtsaufsicht übertragen werden.
7. Auch in diesem Bereich wird empfohlen hinreichende Maßnahmen der Qualitätssicherung zu ergreifen, um einen verantwortlichen Umgang mit den Aufgaben sicherzustellen.
8. Aus verwaltungswissenschaftlichen Erwägungen sollte der Zeitpunkt der Übertragung aber so gewählt werden, dass zunächst ausreichend

Zeit für die Etablierung eines tragfähigen Vertrauens der Kammermitglieder in das objektive und unabhängige Amtshandeln der Pflegekammer zur Verfügung steht.

9. Für Personen, die sich in einem fortgeschrittenen Stadium der Ausbildung befinden, kann die Möglichkeit der Begründung einer freiwilligen Mitgliedschaft eröffnet werden.
10. Weitere Zuständigkeiten nach den §§ 40 ff. PflBG können ebenfalls auf die Pflegekammer übertragen werden. Die Aufgaben nach den §§ 46 ff. PflBG sollten aber wegen des engen sachlichen Zusammenhangs erst dann übertragen werden, wenn auch die Zuständigkeit als Zulassungsbehörde auf die Pflegekammer übertragen wurde.

Prof. Dr. Winfried Kluth