

**Stellungnahme zur Frage 3 des Fragenkataloges
zur öffentlichen Anhörung
„Änderung des Landespflegegesetzes“
am 30. April 2003
Landtag Nordrhein-Westfalen**



**Universitätsprofessor Dr. Gerhard Igl
Direktor des Instituts für Sozialrecht und Sozialpolitik in Europa
der Universität Kiel**

Inhaltsübersicht

A.	Frage 3 des Fragenkataloges	3
B.	Rechtliche Ausgangslage nach Einführung der Pflegeversicherung (SGB XI)	4
I.	Wettbewerb unter den Leistungserbringern	4
II.	§ 9 SGB XI als Ermächtigung zur Bedarfsplanung?	5
III.	Gestaltungsfreiheit der Länder	10
C.	Das Urteil des Bundessozialgerichts zur Bedarfsplanung im Zusammenhang mit der Investitionsförderung und seine Übertragbarkeit auf stationäre Einrichtungen	12
I.	Das Urteil des Bundessozialgerichts vom 28. Juni 2001 zur Bedarfsplanung	12
II.	Übertragbarkeit des Urteils auf stationäre Einrichtungen	13
III.	Keine Differenzierung zwischen Alt- und Neueinrichtungen	14
IV.	Handlungsbedarf des Landesgesetzgebers aufgrund des Urteils des BSG	14
V.	Verbleibende Planungsmöglichkeiten	17
D.	Europäisches Beihilferecht und Investitionsförderung nach dem Landespflegegesetz NRW	18
I.	Überblick über Vorgaben im europäischen Beihilferecht	18
II.	Die geplante Förderung der Investitionskosten nach dem E-PfG NW und ihre Konformität mit dem EU-Beihilferecht	19
E.	Zusammenfassung der Ergebnisse	21
I.	Zur verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit einer angebotssteuernden Bedarfsplanung von Pflegeeinrichtungen	21
II.	Zum Handlungsbedarf des Landesgesetzgebers aufgrund des Urteils des BSG	21
III.	Einschätzung zum EU-Beihilferecht	22
1.	Reine Objektförderung	22
2.	Reine Subjektförderung	22
3.	Subjektorientierte Objektförderung	23
IV.	Gesamteinschätzung	23

A. Frage 3 des Fragenkataloges

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

Die in der Frage 3 zusammengefassten Fragen werden im Folgenden unter verfassungsrechtlichen und EG-rechtlichen Gesichtspunkten erörtert.

Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die verfassungsrechtlichen Fragen unter Zugrundelegung der einschlägigen Rechtsprechung dargestellt werden, während für die EG-rechtlichen Fragen mangels einschlägiger Rechtsprechung nur Einschätzungen geliefert werden können.

B. Rechtliche Ausgangslage nach Einführung der Pflegeversicherung (SGB XI)

I. Wettbewerb unter den Leistungserbringern

Mit der Einführung der Pflegeversicherung wurden im deutschen Sozialleistungssystem zum ersten Mal auch Elemente eines Wettbewerbes der Leistungserbringer eingeführt. Dies kommt indirekt zum Ausdruck im Vorrang der freigemeinnützigen und privaten Träger gegenüber den öffentlichen Trägern (§ 11 Abs. 2 Satz 3 SGB XI), und direkt in der Schaffung gleicher Marktzugangsschwellen durch den Anspruch auf einen Versorgungsvertrag bei Erfüllung der für alle Leistungserbringer in gleicher Weise geltenden Voraussetzungen (§ 72 Abs. 3 Satz 1 SGB XI). Ein Hinweis auf die Einführung von Wettbewerbselementen ist auch darin zu sehen, dass das SGB XI selbst – anders als etwa das Krankenhausfinanzierungsgesetz und die entsprechenden Landesgesetze – keine Regelungen enthält, die zu einer angebotssteuernden Bedarfsplanung ermächtigen würden.

Mit dem SGB XI als Bundesgesetz sollte damit die bundesrechtliche Vorgabe für einen möglichst freien Wettbewerb zwischen den Pflegeeinrichtungen geschaffen werden. Es sollte ein geschlossener Markt der zugelassenen Pflegeeinrichtungen verhindert, neuen, innovativen Leistungsanbietern der Zugang zum Pflegemarkt offen gehalten und so der Wettbewerb zwischen den Pflegeeinrichtungen gefördert werden.¹ Das SGB XI enthält somit einen rechtlich verpflichtenden Grundsatz zur Gewährleistung von freiem Wettbewerb. Daraus folgt das bundesrechtliche Verbot, den Wettbewerb durch ungleiche Förderung der Investitionskosten von Einrichtungen zu verzerren. Dieses bundesrechtliche Verbot hat auch der Landesgesetz- und -verordnunggeber aus dem verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt der Bundestreue heraus zu beachten.

Ob und inwieweit eine landesrechtliche Vorschrift dem bundesrechtlichen Gebot der Wett-

bewerbsneutralität widerspricht, lässt sich nicht pauschal beantworten, sondern hängt von den konkreten Auswirkungen der Förderung auf die Wettbewerbssituation ab

Im Übrigen wird auch aus ökonomischer Sicht vorgetragen, dass auf eine Bedarfsplanung verzichtet werden soll.²

II. § 9 SGB XI als Ermächtigung zur Bedarfsplanung?

Gemäß § 9 Satz 1 SGB XI sind die Länder verantwortlich für die Vorhaltung einer leistungsfähigen, zahlenmäßig ausreichenden und wirtschaftlichen pflegerischen Versorgungsstruktur. Mit dieser Vorschrift ist die *Bereitstellungsverantwortung* im Sinne der Infrastrukturverantwortung der Länder angesprochen. Die Länder erhalten mit dieser Vorschrift keine neuen Kompetenzen bezüglich der Bereitstellungsverantwortung für pflegerische Einrichtungen. Die Vorschrift weist nur auf eine bereits bestehende Bereitstellungsverantwortung der Länder hin. Dies entspricht auch dem Vorrang der Aufgabenwahrnehmung durch die Länder in Art. 30 GG. Es wäre auch zweifelhaft, ob die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für die Sozialversicherung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG dem Bundesgesetzgeber überhaupt die Schaffung einer neuen Infrastrukturverantwortung für die Länder erlauben würde.

Gemäß § 9 Satz 2 SGB XI bestimmt das Landesrecht „das Nähere zur Planung und zur Förderung der Pflegeeinrichtungen“. Auch diese Vorschrift weist nur auf bereits bestehende Kompetenzen der Länder hin. Sie schafft insoweit nicht neues Recht und hat deshalb nur deklaratorische Wirkung. Das Bundesverwaltungsgericht hat jedoch für die Situation vor dem SGB XI und für die Rechtslage nach § 93 BSHG alter Fassung im Jahre 1993 festgestellt, dass § 93 BSHG a.F. keine Eingriffsermächtigung gegenüber Sozialhilfeeinrichtungen für eine angebotssteuernde Bedarfsplanung enthalte.³ Im Leitsatz der Entscheidung stellte

¹ BT-Drs. 12/5262, S. 136, 143.

² S. Prinz/Wrohlich, Investitionsfinanzierung in stationären Pflegeeinrichtungen, RsDE 51 (2002), S. 1 ff. (24).

³ BVerwGE 94, 202 = NDV 1994, 197. Herrmann/Stock, Zur Bedarfsbestimmung nach § 8 Abs. 2 Lan-

das Gericht eindeutig fest:

„§ 93 Abs. 2 BSHG überlässt es nicht dem Ermessen des Sozialhilfeträgers, den Abschluss einer Pflegesatzvereinbarung mit einem Träger der freien Wohlfahrtspflege wegen des Fehlens eines Bedarfs an (weiteren) Heimplätzen für Sozialhilfeberechtigte abzulehnen, sondern schließt eine derartige Ermessensentscheidung aus.“

In der Begründung führte das Gericht aus:

„Es ist zwar nicht zu verkennen, dass die Entscheidung des Sozialhilfeträgers, keine Pflegesatzvereinbarung abzuschließen, wegen der damit für den Einrichtungsträger verbundenen Unsicherheiten bei der Planung und Finanzierung seiner Einrichtung geeignet ist, das Angebot an Heimplätzen für Sozialhilfeberechtigte indirekt zu steuern und einem Überangebot entgegenzuwirken. Der Gesetzgeber hat sich jedoch in § 93 Abs. 2 BSHG selbst der Frage einer angebotssteuernden Funktion von Pflegesatzvereinbarungen angenommen und abschließend geregelt, auf welche Weise der Abschluss einer solchen Vereinbarung zur bedarfsgerechten Begrenzung des Angebots an Heimplätzen beitragen soll. Diese gesetzliche Vorgaben lassen (...) für Einbeziehung von Bedarfsgesichtspunkten in das Abschlussermessen des Sozialhilfeträgers keinen Raum. Das ergibt sich aus dem durch die Gesetzesmaterialien belegten Zweck des § 93 Abs. 2 BSHG und aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift.“

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hat in seinem Urteil vom 14. Mai 2002⁴ für die Rechtslage nach Inkrafttreten des SGB XI an mehreren Stellen und ganz eindeutig darauf verwiesen, dass eine Bedarfsprüfung mit genereller Ausschlusswirkung mit Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) unvereinbar wäre. Da das Urteil des VGH Baden-Württemberg das erste zweitinstanzliche Urteil zu Fragen der Bedarfsplanung nach Inkrafttreten des SGB

despflegegesetz Nordrhein-Westfalen – PfG NW -, SGB 20032, S. 606 ff. (607), bestreiten die Anwendbarkeit der Grundsätze dieser Entscheidung auf die Pflegebedarfsplanung nach dem PfG NW, weil die Bedarfssteuerung Teil der Planungsverantwortlichkeit sei. Diese Argumentation kommt aber einer *petitio principii* gleich: Was Bestandteil der Planungsverantwortlichkeit ist, muss sich an rechtlichen und insbesondere an verfassungsrechtlichen Maßstäben messen lassen. Die Behauptung, dass das Element der Bedarfssteuerung Teil der Planungsverantwortlichkeit sei, ersetzt die verfassungsrechtliche Würdigung nicht.

⁴ Az: 9 S 2206/01.

XI ist, soll es hier ausführlich zitiert werden:⁵

„b) Eine derartige Auswahlregelung wäre auch mit dem Pflegeversicherungsgesetz des Bundes unvereinbar (im Grundsatz ebenso BSG, Urt. vom 28.06.2001 - B 3 P 9/2000 R -, LSG Rheinland-Pfalz, Urt. vom 19.08.1999 - L 5 P 33/98 -, NZS 2000, 93; Steffan in LPK-SGB XI, Rdnr. 11 zu § 72 SGB XI).

Für die Belange der sozialen Pflegeversicherung gilt, dass jedwede Pflegeeinrichtung Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages hat, die einen fachlichen und wirtschaftlichen Mindeststandard erfüllt (§ 72 Abs. 3 Satz 1 SGB XI). Eine am Bedarf ausgerichtete Zulassungsbegrenzung ist im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich abgelehnt worden. Vielmehr sollte der Zulassungsanspruch auch im Falle der Überversorgung bestehen; über den Erfolg oder Misserfolg einer Pflegeeinrichtung sollte der Markt entscheiden (BT-Drucks. 12/5262, S. 136). Eine Ausnahme gilt lediglich zum Nachteil von Pflegeeinrichtungen in kommunaler Trägerschaft: wegen des Subsidiaritätsgrundsatzes (§ 11 Abs. 2 Satz 3 SGB XI; vgl. BVerfGE 83, 363 zu einer vergleichbaren Subsidiaritätsklausel im Krankenhausrecht) können die Pflegekassen im Falle der Überversorgung deren Zulassung verweigern (§ 72 Abs. 3 Satz 2 SGB XI; vgl. Udsching, Rdnr. 14 zu § 72 SGB XI). Im übrigen soll unter allen Pflegeeinrichtungen Wettbewerb herrschen. Zu dessen Transparenz dient die Aufklärungs- und Beratungspflicht der Pflegekassen (vgl. § 7 Abs. 3 SGB XI mit ausdrücklichem Hinweis auf den Wettbewerb).

Im Einklang mit diesem Konzept formuliert § 9 Satz 1 SGB XI die Aufgaben der Länder. Diese sind verantwortlich für die Vorhaltung einer leistungsfähigen, zahlenmäßig ausreichenden und wirtschaftlichen pflegerischen Versorgungsstruktur. Dass die Länder dabei eine Bedarfsprüfung mit Ausschlusswirkung für nicht benötigte Pflegeeinrichtungen vornehmen dürfen, wird gerade nicht gesagt. Zwar geht das Bundesgesetz davon aus, dass die Länder ihre Aufgabe im Wege der Planung und der Förderung von Pflegeeinrichtungen wahrnehmen (§ 9 Satz 2 SGB XI) und dass diese Förderung auch objektbezogen sein kann (vgl. § 81 Abs. 3 und 4 SGB XI; zweifelhaft insofern BSG, Urt. vom 28.06.2001 - B 3 P 9/00 R -). Das schließt die Möglichkeit einer nach Sachgesichtspunkten differenzierenden und also unterschiedlichen Förderung der Pflegeeinrichtungen ein. Die damit verbundene Wettbewerbsverzerrung nimmt das Bundesrecht in Kauf. Jedoch muss sich dies in dem durch § 9 Satz 1 SGB XI gezogenen Rahmen bewegen: es führt zwar zu einer gewissen Relativierung der Grundentscheidung für den Wettbewerb unter den Pflegeeinrichtungen, hebt diese jedoch als solche nicht auf.

Mit diesem Konzept darf Landesrecht sich nicht in Widerspruch setzen (Art. 30, 31 GG; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 07.05.1998 - 2 BvR 1991/95 u.a. -, BVerfGE 98, 106). Es ist zwar richtig, dass das Konzept des Pflegeversicherungsgesetzes nur für die Belange der sozialen Pflegeversicherung trägt: nur so weit reicht auch die Gesetzgebungskompetenz des Bundes (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12

⁵ Ausschnitt aus dem Urteil B. II. 3. b).

GG). Anders als im Krankenhauswesen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG) ist das Recht der Einrichtungen damit Ländersache. Jedoch stehen das Recht der sozialen Pflegeversicherung und das Recht der Pflegeeinrichtungen nicht unverbunden nebeneinander; da die Pflegeversicherung auch für die in Pflegeeinrichtungen untergebrachten Personen Leistungen zu erbringen hat. Der Bund darf daher Regelungen zum Recht der Pflegeeinrichtungen treffen, soweit dies für das Recht der Pflegeversicherung erforderlich ist. Wenn zu seinem Konzept der Pflegeversicherung gehört, dass unter den Pflegeeinrichtungen Wettbewerb herrscht, so bindet dies die Länder.

c) Eine Bedarfsprüfung im Wege der Kreispflegeplanung mit genereller Ausschlusswirkung wäre auch mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar (ebenso BSG, Urt. vom 28.06.2001 a.a.O.; Steffan in LPK-SGB XI, Rdnr. 6 zu § 9 SGB XI). Die Gewährung öffentlicher Fördermittel nur an bestimmte Pflegeeinrichtungen bevorzugt diese und benachteiligt andere Pflegeeinrichtungen im Wettbewerb. Sie besitzt damit berufsregelnde Tendenz und bedarf daher der Rechtfertigung durch hinlängliche Gründe des Gemeinwohls (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.06.1990 - 1 BvR 355/86 -, BVerfGE 82, 309). Nun muss der Staat seine Förderung nicht nach dem "Gießkannenprinzip" vergeben, sondern darf seine Mittel gezielt einsetzen und daher nach sachgerechten Gesichtspunkten differenzieren. Die beschriebenen Zwecke der Herstellung einer ausreichenden Grundversorgung auch in unterversorgten Gebieten sowie der Verbesserung der pflegerischen Versorgungsstruktur sind derartige Gesichtspunkte; die so motivierte Förderung ist den Einrichtungsträgern auch zumutbar, solange diese grundsätzlich alle und nach gleichen Grundsätzen um die Fördermittel konkurrieren können. Anders liegt es jedoch, wenn von der Förderung bestimmte Einrichtungen nach Bedarfs Gesichtspunkten von vornherein ausgeschlossen werden. Dies benachteiligt sie auf Dauer im Wettbewerb und führt tendenziell dazu, sie vom Markt zu verdrängen. Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass auch nicht geförderte Einrichtungen instande seien, ihre Leistungen zu konkurrenzfähigen Pflegesätzen anzubieten; entscheidend ist die Dauerhaftigkeit der Benachteiligung, deren Erheblichkeit im Wettbewerb - der Landespflegeplan 2000 beziffert den Investitionskostenanteil auf 10 bis 20 % des gesamten Heimentgelts (S. 20, vgl. S. 23), was einen erheblichen Kostenfaktor darstellt - und die damit einhergehende Verdrängungstendenz. Auch wenn die Einrichtungsträger lediglich in ihrer Freiheit zur Berufsausübung getroffen werden, so kann die Benachteiligung doch nach ihrer Intensität einer objektiven Berufszulassungsschranke gleichkommen und ließe sich dann nur durch überragend wichtige Gemeinschaftsgüter rechtfertigen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56 -, BVerfGE 4, 377). Solche sind nicht erkennbar. Im Bereich der Krankenhausfinanzierung hat der Bundesgesetzgeber eine Bedarfsplanung für erforderlich angesehen, um die Funktionsfähigkeit des Systems der sozialen Krankenversicherung zu gewährleisten; das hat das Bundesverfassungsgericht gebilligt (BVerfG, Beschluss vom 12.06.1990 - 1 BvR 355/86 -, BVerfGE 82, 209; vgl. auch BVerfG-Kammer, Beschluss vom 27.04.2001 - 1 BvR 1282/99 -, DVBl. 2002, 401). Anders liegt es jedoch im Bereich der Pflegeheimfinanzierung. Hier hat der Bundesgesetzgeber, um die Funktionsfähigkeit der sozialen Pflegeversicherung zu gewährleisten, eine Bedarfsplanung gerade nicht für erforderlich erachtet, sondern im Gegenteil ein Konzept des Wettbewerbs vorgezogen. Ein anderes überragend wichtiges Gemeinschaftsgut, welches

eine Bedarfsplanung stattdessen legitimieren könnte, ist jedoch nicht ersichtlich. Der Gesichtspunkt des sparsamen Einsatzes der öffentlichen Fördermittel reicht keinesfalls hin, zumal auch bei einem Verzicht auf eine Bedarfsprüfung mit genereller Ausschlusswirkung der jeweilige Haushaltsgesetz- oder -satzungsgeber - abgesehen von § 9 Satz 3 SGB XI - frei ist, über das jährliche Fördervolumen zu disponieren.“

Da mit der Vorschrift des § 9 Satz 2 SGB XI keine neue Ermächtigung für eine angebotssteuernde Bedarfsplanung geschaffen worden ist, ist auch keine bundesrechtliche Grundlage für einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Träger von Pflegeeinrichtungen gegeben.

Das Bundesverfassungsgericht hat im Jahr 1997 einer Verfassungsbeschwerde gegen eine gesetzliche Regelung, auf die die Ablehnung der Aufnahme in einen regionalen Bedarfsplan gestützt worden war, nicht stattgegeben.⁶ Dies geschah jedoch nicht aus inhaltlichen Gründen, sondern aus Gründen der fehlenden Rechtswegerschöpfung (§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG).

Aus der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Bedarfsplanung auf dem Gebiet des Krankenhauswesens kann nicht auf eine ebensolche Zuständigkeit auf dem Gebiet der pflegerischen Einrichtungen geschlossen werden. Für das Krankenhauswesen besteht eine Bereitstellungsverantwortung der Länder, die aus Art. 30 GG folgt. Die Länder können für diesen Bereich eine Bedarfsplanung einrichten, wie dies auch in den Landeskrankenhausgesetzen geschehen ist. Diese rechtliche Zulässigkeit kann nur durch Bundesrecht begrenzt werden. Entgegenstehendes Bundesrecht wäre aber verfassungsrechtlich nicht zulässig, da sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nur auf „die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und die Regelung der Krankenhauspflegesätze“ beschränkt (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG). Aus der Gesetzgebungsgeschichte ergibt sich eindeutig, dass dem Bundesgesetzgeber der Krankenhausplanung versperrt werden sollte.⁷

⁶ BVerfG, Beschl. v. 14.1.1997 – 1 BvR 660/96, NZS 1997, S. 172, hinsichtlich einer möglichen unzulässigen Angebotssteuerung durch Bedarfsplanung unter Bezugnahme auf *Igl.* Die soziale Pflegeversicherung, NJW 1994, S. 3185 (3188).

⁷ BVerfG, Beschl. v. 07.02.1991, - 2 BvL 24/84, BVerfGE 83, 363, hier zitiert nach NVwZ 1992, S. 365 ff. (366): „Im Gesetzgebungsverfahren zur Einfügung des Art. 74 Nr. 19a GG schlug die Bundesregie-

Daraus ergibt sich auch, dass die Hinweise auf die Krankenhausplanung, die sich im Krankenhausfinanzierungsgesetz (vgl. §§ 6, 8 KHG) finden, ebenso wie § 9 SGB XI klarstellenden Charakter vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Lage haben, dass der Bund keine Kompetenz hat, die Planungsbefugnisse der Länder auf diesen Gebieten zu schaffen oder sie näher zu bestimmen. Außerdem hat das Bundesverfassungsgericht hier die Einrichtung einer Bedarfsplanung für zulässig erachtet.⁸ Für das SGB XI hat sich jedoch die besondere verfassungsrechtliche Lage ergeben, dass die Länder bei der Wahrnehmung ihrer planungsrechtlichen Kompetenzen den Grundsatz der Bundestreue zu beachten hätten.⁹

III. Gestaltungsfreiheit der Länder

Wie die Länder im vorstehend ausgeführten Rahmen ihrer Verantwortung nachkommen sollen, wird in § 9 SGB XI nicht festgelegt. Das SGB XI enthält auch keine unmittelbar vollziehbare Verpflichtung der Länder zur Förderung der Investitionen.¹⁰ Allerdings geht § 9 SGB XI davon aus, dass die Länder ihre Infrastrukturverantwortung auch durch Investitionsförderung erfüllen werden.¹¹ Das SGB XI begründet also keinen subjekt-

zung zunächst vor, dem Bund die Befugnis zur konkurrierenden Gesetzgebung über "die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhausversorgung" einzuräumen. Dies lehnte der Bundesrat ab. In ihrer Gegenüberung schlug die Bundesregierung daraufhin die engere Fassung "die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser" vor, die später Gesetz wurde (BT-Dr V/3515, S. 6, 11, 16). Sie machte sich damit einen Vorschlag der Länder Hessen und Niedersachsen zu eigen, der jedoch im Bundesrat zunächst keine Mehrheit gefunden hatte. Die neue Formulierung sollte dem Bund lediglich Spielraum zur Regelung finanzieller Fragen eröffnen, ihm jedoch den Bereich der Krankenhausorganisation und der Krankenhausplanung versperren (vgl. BR-Ausschuss für Arbeit und Sozialpolitik, 270. Sitzung am 26. 6. 1968, S. 4 ff.; BR-Gesundheitsausschuss, Sitzung des Unterausschusses am 18. 6. 1968, Ndschr. S. 11 ff., und 34. Sitzung am 27. 6. 1968, Ndschr. S. 16 ff.; BR-Dr 332/1/68, S. 9 f.)."

⁸ BVerfGE 82, 209.

⁹ BSG 88, 215, Leitsatz 2: „Den Ländern ist es im Hinblick auf das Grundrecht der Berufsfreiheit und aus dem Gesichtspunkt der Bundestreue untersagt, Pflegeeinrichtungen, die von den Pflegekassen zugelassen sind, als nicht bedarfsgerecht von der finanziellen Förderung auszuschließen.“

¹⁰ Vgl. Seewald, Probleme bei der Investitionsförderung von Pflegediensten, VSSR 2001, S. 189 (194).

¹¹ Vgl. Klie, Strukturen und Probleme der Landespflegegesetze, VSSR 1999, S. 327 (328).

öffentlichrechtlichen Anspruch der Einrichtungen auf Investitionsförderung. Es weist nur auf die bereits bestehende Infrastrukturverantwortung der Länder hin. Die inhaltliche Ausgestaltung der Förderung obliegt damit grundsätzlich den Ländern. Sie sind aber bei der Durchführung der Investitionsförderung an die bundesgesetzlichen und europarechtlichen Vorgaben gebunden.

C. Das Urteil des Bundessozialgerichts zur Bedarfsplanung im Zusammenhang mit der Investitionsförderung und seine Übertragbarkeit auf stationäre Einrichtungen

I. Das Urteil des Bundessozialgerichts vom 28. Juni 2001 zur Bedarfsplanung

Das Bundessozialgericht (BSG) hat sich mit dem Urteil vom 28. Juni 2001¹² erstmalig mit der Umsetzungspraxis der Investitionsförderung in einem besonders klaren Fall der Bedarfsplanung (Rheinland-Pfalz) beschäftigt. Das entsprechende Gesetz enthielt eine Regelung, wonach die Investitionsförderung grundsätzlich auf Sozialstationen, die in einen Bedarfsplan aufgenommen waren, beschränkt wurde. Ein Rechtsanspruch auf die Aufnahme bestand nicht. Die ambulanten Pflegeeinrichtungen, die nicht in den Planbedarf aufgenommen waren, mussten also die Investitionskosten den Pflegebedürftigen in voller Höhe in Rechnung stellen.

Das BSG hat festgestellt, dass der Landesgesetzgeber bei der Umsetzung des § 9 SGB XI seine Gesetzgebungskompetenz so ausüben muss, dass er mit den bundesgesetzlichen Regelungen nicht in Widerspruch gerät. Die Förderung der Pflegeeinrichtungen muss deshalb so erfolgen, dass sie wettbewerbsneutral ist, damit der vom Bundesgesetzgeber gewünschte Leistungswettbewerb unter den Leistungserbringern nicht beeinträchtigt wird. Der entsprechende Leitsatz des Urteils lautet:

„Den Ländern ist es im Hinblick auf das Grundrecht der Berufsfreiheit und aus dem Gesichtspunkt der Bundestreue untersagt, Pflegeeinrichtungen, die von den Pflegekassen zugelassen sind, als nicht bedarfsgerecht von der finanziellen Förderung auszuschließen.“

¹² Urt. des BSG vom 28. Juni 2001, Az: B 3 P 9/00 R, BSGE 88, 215.

Damit hat das BSG in zutreffender verfassungs- und einfachgesetzlicher Würdigung die landesgesetzliche Investitionsförderung am Maßstab der bundesgesetzlichen Vorgaben des SGB XI gemessen.

Das BSG spricht sich weiter für die Wettbewerbsneutralität der Investitionsförderung aus:

„Entschließt er [sc. der Landesgesetzgeber] sich aber zu einer Förderung, ist diese aus verfassungsrechtlichen Gründen wettbewerbsneutral auszugestalten, etwa durch eine einkommensabhängige Förderung der Pflegebedürftigen, wie dies in anderen Bundesländern geschieht (...).“

„Wenn § 9 Satz 2 SGB XI das Nähere zur Planung und zur Förderung der Pflegeeinrichtungen dem Landesgesetzgeber überlässt, so bedeutet dies nicht, dass er von den bundesgesetzlichen Vorgaben befreit ist. Vielmehr muss der Landesgesetzgeber seine Gesetzgebungskompetenz so ausüben, dass er mit den bundesgesetzlichen Regelungen nicht in Widerspruch gerät (vgl. BVerfGE 98, 106 ff; 81, 310, 339). Die Förderung der Pflegeeinrichtungen muss deshalb so erfolgen, dass sie wettbewerbsneutral ist, damit der vom Bundesgesetzgeber gewünschte Leistungswettbewerb unter den Leistungserbringern nicht beeinträchtigt wird. (...) Ein unbedingter Rechtsanspruch auf finanzielle Förderung ist damit nicht verbunden; das Land ist nur verpflichtet, im Rahmen der zur Verfügung gestellten Haushaltsmittel für eine gleichmäßige Förderung der Pflegeeinrichtungen zu sorgen.“

Aus der Sicht des BSG kann somit eine einkommensabhängige Förderung der Pflegebedürftigen eine wettbewerbsneutrale Gestaltung im Rahmen des § 9 Satz 2 SGB XI darstellen.

II. Übertragbarkeit des Urteils auf stationäre Einrichtungen

Das Urteil des BSG ist ohne weiteres auf stationäre Einrichtungen im Sinne von § 71 Abs. 2 SGB XI übertragbar. Die entsprechenden Vorschriften des SGB XI, in denen die Wettbewerbsorientierung der Einrichtungsträger zum Ausdruck kommen und auf die sich das BSG in seiner Argumentation zum bundestreuen Verhalten stützt, unterscheiden nicht zwischen ambulanten und stationären Einrichtungen (vgl. § 72 Abs. 3 Satz 2 2. Halbsatz SGB XI = Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages und damit auf Zulassung zum Pflege-

markt).¹³ Im Übrigen umfasst der Einrichtungsbegriff des SGB XI die ambulanten Pflegedienste wie die stationären Pflegeheime (vgl. § 71 Abs. 1 und 2 SGB XI).

III. Keine Differenzierung zwischen Alt- und Neueinrichtungen

Nach dem Urteil des BSG ist es nicht nur aus einfachgesetzlichen, sondern aus verfassungsrechtlichen Gründen untersagt, die Pflegeeinrichtungen einer angebotssteuernden Bedarfsplanung zu unterwerfen. Eine landesrechtliche (Neu-)Regelung, nach der eine zwischen Alt- und Neueinrichtungen differenzierende angebotssteuernde Bedarfsplanung eingerichtet würde, wäre verfassungsrechtlich unzulässig, da die Bedarfsplanung als solche für Pflegeeinrichtungen unzulässig ist.

IV. Handlungsbedarf des Landesgesetzgebers aufgrund des Urteils des BSG

Anders als bei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts kann in einer Entscheidung des Bundessozialgerichts kein Auftrag zur Gesetzesänderung an den Landes- oder Bundesgesetzgeber gerichtet werden. Das BSG entscheidet nicht über den Bestand von Gesetzen und hat auch keine Kompetenz zur Nichtigkeitserklärung von Gesetzen. Die Verwerfungsbefugnis steht bei verfassungswidrigen Bundesgesetzen ausschließlich dem Bundesverfassungsgericht, bei (landes-)verfassungswidrigen Landesgesetzen dem Landesverfassungsgericht zu (vgl. Art. 100 Abs. 1 GG).

Das BSG hatte im hier vorliegenden Fall nicht über die Verfassungswidrigkeit eines Landesgesetzes, sondern über die mögliche verfassungskonforme Auslegung eines Landesgesetzes durch die Vorinstanzen zu befinden. In diesem Zusammenhang sind die Äußerungen des BSG zur Frage zu sehen, dass es den Ländern im Hinblick auf das Grundrecht der Be-

¹³ In Hinblick auf die Vorschrift des § 72 Abs. 2 Satz 2 SGB XI führt das BSG aus, dass „unter der Prämisse eines Rechtsanspruchs auf Zulassung für alle geeigneten, dh leistungsfähigen und wirtschaftlichen Pflegeeinrichtungen (...) sich ein Anwendungsbereich für diese Vorschrift nicht erkennen“ lässt.

rufsfreiheit und aus dem Gesichtspunkt der Bundestreue untersagt ist, Pflegeeinrichtungen, die von den Pflegekassen zugelassen sind, als nicht bedarfsgerecht von der finanziellen Förderung auszuschließen.

Auch wenn das BSG somit dem Landesgesetzgeber keine Handlungsaufträge erteilen kann, ergeben sich für Länder mit einer angebotssteuernden Bedarfsplanung de facto Handlungszwänge. Klagt beispielsweise der Träger einer Pflegeeinrichtung, dem die Investitionsförderung nur aufgrund bedarfsplanerischer Erwägungen versagt worden ist, so wird das zuständige Gericht¹⁴ das dieser behördlichen Entscheidung zugrunde liegende Landesrecht entweder, soweit dies möglich ist, verfassungskonform auszulegen haben, oder aber, wenn es das Landesrecht für (landes-)verfassungswidrig hält, eine Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten des Landes zuständigen Gerichtes einholen. Bei Verletzung des Grundgesetzes durch Landesrecht oder bei Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz ist ebenfalls die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen (Art. 100 Abs. 1 GG).

Angesichts der im Urteil des BSG sehr deutlich vorgebrachten Feststellungen zur Rechtmäßigkeit der angebotssteuernden Bedarfsplanung im Rahmen des SGB XI und der entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften können sich folgende prozessuale Situationen ergeben:

- Ein Sozialgericht hält die angebotssteuernde Bedarfsplanung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BSG für rechtswidrig und legt das entsprechende Landesrecht verfassungskonform aus mit der Konsequenz, dass die angebotssteuernde Bedarfsplanung nicht mehr zulässig ist.
- Ein Sozialgericht hält die angebotssteuernde Bedarfsplanung anders als das BSG für verfassungswidrig (z.B. Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG – Berufsfreiheit). Dann muss das Gericht das Verfahren aussetzen und gemäß Art. 100 Abs. 1 GG

¹⁴ Nicht zu erörtern ist hier die Frage, ob für diese Angelegenheiten nicht die Verwaltungsgerichte zuständig sind. Im hier vorliegenden Rechtsstreit hat das Verwaltungsgericht die Sache an das Sozialgericht verwiesen. Dieser Verweisungsbeschluss ist für das Sozialgericht bindend, vgl. § 17a Abs. 2 Satz 3 GVG. Das Landessozialgericht hat darauf hingewiesen, dass es sich in der Sache nicht für zuständig halte, s. LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 19.8.1999, abgedruckt in: RsDE (Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen), Heft 45, S. 75 ff.

die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einholen.

- Ein Sozialgericht hält die angebotssteuernde Bedarfsplanung für rechtmäßig. Dann ist die Berufung gegen dieses Urteil zuzulassen, da das Sozialgericht von einer Entscheidung des Bundessozialgerichts abweicht (§ 144 Abs. 2 Nr. 2 Sozialgerichtsgesetz - SGG).
- Die beiden erstgenannten Situationen können auch eintreten, wenn ein Verwaltungsgericht zuerst mit der Angelegenheit befasst wird und sich für zuständig hält, d.h. nicht an das Sozialgericht weiterverweist. Nur die letztgenannte Situation – zwingende Zulassungsberufung – ist nicht gegeben, da bei einer Abweichung eines verwaltungsgerichtlichen Urteils von einem Urteil des Bundessozialgerichts dieser Grund nicht gegeben ist (§ 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO). Es spricht jedoch viel dafür, dass dann die Berufung wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zuzulassen ist (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO). Im Übrigen ist aber nicht anzunehmen, dass ein Kläger angesichts der Rechtsprechung des BSG eine Klage beim Verwaltungsgericht anhängig machen wird. Es kann eher der Fall eintreten, dass ein Sozialgericht die Rechtssache bindend an das Verwaltungsgericht verweist (§ 17a Abs. 2 Satz 3 GVG).

In allen Fällen tritt für die am Verfahren Beteiligten bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung der Gerichte Rechtsunsicherheit ein; ggf. kann auch einstweiliger Rechtsschutz beantragt werden.

Angesichts der klaren Aussagen zur Unzulässigkeit der angebotssteuernden Bedarfsplanung im Urteil des BSG wird das Land bei Beibehaltung der angebotssteuernden Bedarfsplanung Fördermittel nur noch unter Vorbehalt der Rückforderung bis zur Klärung der Rechtslage in Nordrhein-Westfalen vergeben können, um möglichen haushaltsrechtlichen Anforderungen zu genügen.

Wegen der mittlerweile in der Szene der Pflegeeinrichtungen weithin bekannten Rechtsprechung des BSG ist es auch sehr zweifelhaft, ob sich aufgrund angebotssteuernder Bedarfsplanung geförderte Einrichtungen bei Rückforderungen der Förderung noch auf Vertrauensschutz berufen können. Dies könnte für so geförderte Einrichtungen erhebliche wirtschaftliche Konsequenzen haben, die auch Wirkungen für die pflegerische Infrastruktur zeitigen

können.

Aufgrund dieser Erwägungen steht fest, dass eine Beibehaltung der Förderung aufgrund angebotssteuernder Bedarfsplanung zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Rechtssicherheit bei den so geförderten Einrichtungsträgern führen kann. Da dem Land jedoch die Bereitstellungsverantwortung für die pflegerischen Einrichtungen zukommt, ist es auch gehalten, die entsprechenden Vorkehrungen gesetzlicher und sonstiger Art zu treffen, damit die zu erwartende Rechtsunsicherheit nicht zur Beeinträchtigung der pflegerischen Infrastruktur führt.

V. Verbleibende Planungsmöglichkeiten

Das zitierte Urteil des BSG¹⁵ erging zur Frage der angebotssteuernden Bedarfsplanung. Es sieht diese im Zusammenhang der Bedarfsplanung und der damit zusammenhängenden Finanzierung von Investitionskosten. Darüber hinaus ist auszuführen, dass eine Bedarfsplanung, die keine angebotssteuernde Wirkung hat und damit nicht in das Grundrecht der Berufsfreiheit eingreift, zulässig ist. Weiter ist eine Bedarfsplanung mit anbotserzeugender Wirkung unter bestimmten Voraussetzungen rechtlich zulässig. Eine solche Bedarfsplanung kann sich als notwendig erweisen, wenn in bestimmten Bereichen der pflegerischen Versorgung keine oder keine hinreichenden Angebote vorhanden sind und wenn die zuständige Körperschaft staatsorganisationsrechtlich die Aufgabe und Befugnis hat, solche Planungen vorzunehmen. Bei einer derartigen anbotserzeugenden Planung wird nicht in die Berufsfreiheit von möglichen Leistungsanbietern eingegriffen, wenn diese Leistungsanbieter nicht vorhanden sind. Allerdings ist zu beachten, dass das Recht auf Gleichbehandlung der sich um die Realisierung der bedarfsplanerisch geförderten Angebote bewerbenden Einrichtungsträger nicht verletzt wird. Verbleibende Möglichkeiten einer Planung sind im Übrigen im Urteil des VGH Baden-Württemberg für die dortige Rechtssituation geschildert.¹⁶

¹⁵ S. Anm. 12.

¹⁶ S. Anm. 4.

D. Europäisches Beihilferecht und Investitionsförderung nach dem Landespflegegesetz NRW

Der EuGH hatte bisher noch keine Gelegenheit, sich zur Frage der staatlichen Förderung von Investitionskosten sozialer oder medizinischer Einrichtungen zu äußern. Die Analyse der vorhandenen Entscheidungen zu Art. 87 EG (früher: Art. 92 EGV) erlaubt es nicht, in jeder Hinsicht rechtlich eindeutige Aussagen zu treffen.

I. Überblick über Vorgaben im europäischen Beihilferecht

Der zentrale Gegenstand des Gemeinschaftsrechts ist die Schaffung des Gemeinsamen Marktes oder Binnenmarktes (Artt. 2, 13, 14 EG). Dieser ist definiert als ein „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital (...) gewährleistet ist“ (Art. 14 Abs. 2 EG). Das EU-Recht gewährleistet den einzelnen wirtschaftenden Individuen in Gestalt der Freiheiten des Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs (vgl. Art. 23 ff., 39 ff. EG) als Hersteller von Waren, Erbringer von Diensten, Investoren, Selbständigen oder Arbeitnehmern Rechte zur grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Tätigkeit. Diese Freiheiten werden „Grundfreiheiten“ genannt.

Zu den Grundfreiheiten gehören neben der Freiheit des Kapitalverkehrs (Art. 56 ff. EG) vor allem die Freiheit des Warenverkehrs (Art. 28 ff. EG), die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs (Art. 49 EG) und die beiden Personenverkehrsfreiheiten, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 39 ff. EG) und die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 SG). Diese Grundfreiheiten sind in erster Linie Verbote der Diskriminierung wegen der Nationalität bei grenzüberschreitenden Austausch- und Mobilitätsprozessen.¹⁷ Die Grundfreiheiten kommen sämtlichen am Wirtschaftsleben Beteiligten zu, soweit die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit berührt ist, mithin allen Unternehmen, Arbeitnehmern und Selbständigen, Kapitalanlegern so-

wie - soweit der Vertrieb von Waren und Dienstleistungen berührt ist - auch den Konsumenten.¹⁷ Die Grundfreiheiten stehen - zusammengefasst - allen Wirtschaftssubjekten zu, welche die genannten Grundfreiheiten gebrauchen können, also auch den Arbeitnehmern, Selbständigen, Kapitalanlegern oder Konsumenten.

Um eine auf wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Rahmen gründende Ordnung zu sichern, gewährleistet das EU-Recht den Wettbewerb durch ein eigenes Kartellrecht (Art. 81 ff. EG) sowie durch Kontrollen für die Gewährung staatlicher Beihilfen (Art. 87 EG). Der Adressat des Wettbewerbs- (Art. 81 ff. EG) und des Beihilferechts (Art. 87 ff. EG) sind Unternehmen. Unternehmen ist die einvernehmliche Beschränkung des Wettbewerbs (Art. 81 EG) sowie die Ausnutzung einer Übermacht gegenüber anderen Wettbewerbern (Art. 82 EG) untersagt. Zu den nach den Art. 87 ff. EG grundsätzlich verbotenen Beihilfen gehören öffentliche Zuwendungen, die einzelnen Unternehmen oder Unternehmensgruppen gewährt, anderen Unternehmen oder Unternehmensgruppen indes versagt werden, die also - anders formuliert - unter Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung die auf ein und denselben Markt agierenden Akteure unterschiedlich behandeln. Auch öffentliche Unternehmen sind dem Wettbewerbsrecht unterworfen (Art. 86 Abs. 1 EG). Finanz- und Dienstleistungsmonopole unterliegen dem Wettbewerbsrecht, soweit dies nicht „die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert“ (Art. 86 Abs. 2 EG).

II. Die geplante Förderung der Investitionskosten nach dem E-PfG NW und ihre Konformität mit dem EU-Beihilferecht

Eine Konformität der geplanten Regelungen mit dem EU-Beihilferecht ergibt sich jetzt aus dem Wegfall der problematischen *reinen Objektförderung*.

Schwierig zu beurteilen bleibt, ob die weiterhin als *bewohnerorientierte Objektförderung* ausgestalteten Regelungen zum *Pflegewohngeld* insofern problematisch werden können, als

¹⁷ Bieback, Die Stellung der Sozialleistungserbringer im Marktrecht der EG. RStDE 49 (2001), S. 1 (3).

¹⁸ EuGH Slg. 1984, 377 (Luisi und Carbone).

für sie im Verhältnis zu den sonstigen BSGH-Regelungen ein Freibetrag bei den Einkommens- und Vermögensgrenzen gilt und damit die Annahme des Vorliegens einer Beihilfe nicht mehr völlig mit dem Argument ausgeschlossen werden, dass keine Belastung für öffentliche Haushalte entsteht. Allerdings ist zu bedenken, dass die Belastung für die öffentlichen Haushalte durch die Anhebung der Vermögensgrenzen relativ gering bleiben wird. Bedingt eine subjektorientierte Objektförderung keine zusätzliche Haushaltsbelastung – gesehen im Verhältnis zu einer reinen Subjektförderung –, so spricht viel dafür, dass bei einer solchen Ausgestaltung keine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG vorliegt.

E. Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Zur verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit einer angebotssteuernden Bedarfsplanung von Pflegeeinrichtungen

Die Verknüpfung der Förderung von Investitionskosten mit einer angebotssteuernden Bedarfsplanung ist unzulässig. § 9 Satz 2 SGB XI gibt dem Landesgesetzgeber hierfür keine Ermächtigung. Da das SGB XI als Bundesrecht den Wettbewerb der Leistungserbringer voraussetzt, sind die Länder aus dem Grundsatz der Bundestreue heraus gehalten, ihre Förderbedingungen wettbewerbsneutral zu gestalten. Dies gilt für stationäre wie ambulante Pflegeeinrichtungen.

Nach Ansicht des Bundessozialgerichts ist eine einwohnerbezogene Pflegegeldregelung verfassungskonform.

II. Zum Handlungsbedarf des Landesgesetzgebers aufgrund des Urteils des BSG

Das BSG entscheidet nicht über den Bestand von Gesetzen und hat auch keine Kompetenz zur Nichtigkeitserklärung von Gesetzen. Die Verwerfungsbefugnis steht bei verfassungswidrigen Bundesgesetzen ausschließlich dem Bundesverfassungsgericht, bei (landes-)verfassungswidrigen Landesgesetzen dem Landesverfassungsgericht zu (vgl. Art. 100 Abs. 1 GG).

Angesichts der klaren Aussagen zur Unzulässigkeit der angebotssteuernden Bedarfsplanung im Urteil des BSG wird das Land bei Beibehaltung der angebotssteuernden Bedarfsplanung Fördermittel nur noch unter Vorbehalt der Rückforderung bis zur Klärung der Rechtslage in Nordrhein-Westfalen vergeben können, um möglichen haushaltsrechtlichen Anforderungen zu genügen. Wegen der mittlerweile in der Szene der Pflegeeinrichtungen weithin bekannten

Rechtsprechung des BSG ist es auch sehr zweifelhaft, ob sich aufgrund angebotssteuernder Bedarfsplanung geförderte Einrichtungen bei Rückforderungen der Förderung noch auf Vertrauensschutz berufen können.

Aufgrund dieser Erwägungen steht fest, dass eine Beibehaltung der Förderung aufgrund angebotssteuernder Bedarfsplanung zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Rechtssicherheit bei den so geförderten Einrichtungsträgern führen kann. Da dem Land jedoch die Bereitstellungsverantwortung für die pflegerischen Einrichtungen zukommt, ist es auch gehalten, die entsprechenden Vorkehrungen gesetzlicher und sonstiger Art zu treffen, damit die zu erwartende Rechtsunsicherheit nicht zur Beeinträchtigung der pflegerischen Infrastruktur führt.

III. Einschätzung zum EU-Beihilferecht

Der EuGH hatte bisher noch keine Gelegenheit, sich zur Frage der staatlichen Förderung von Investitionskosten sozialer oder medizinischer Einrichtungen zu äußern. Damit kann eine auf die Rechtsprechung des EuGH gegründete Aussage nicht getroffen werden.

1. Reine Objektförderung

Eine reine Objektförderung von Pflegeeinrichtungen muss mit den EU-beihilferechtlichen Vorschriften (insbesondere Art. 87 EG) konform sein. Insbesondere muss eine Objektförderung für alle bewerbenden Unternehmen aus den EU-Mitgliedstaaten zugänglich sein.

2. Reine Subjektförderung

Eine reine Subjektförderung stellt sich EU-beihilferechtlich grundsätzlich als unproblematisch dar, wenn mit ihr öffentliche Haushalte nicht zusätzlich belastet werden. Dies kann der Fall sein, wenn mit der Subjektförderung die Abhängigkeit der geförderten Person von sonst zu finanzierenden Fürsorgeleistungen aufgehoben oder reduziert wird. Weiter kann – bei

Annahme einer Beihilfe - die Ausnahme nach Art. 87 Abs. 2 Buchst. a) EG vorliegen.

3. Subjektorientierte Objektförderung

Bei einer subjektorientierten Objektförderung ist zunächst zu prüfen, ob es für die Annahme einer Beihilfe – und damit für die Unterwerfung unter das europäische Beihilferecht - hinreichend, dass sich diese *materiell* beim Verbraucher in niedrigeren Entgelten auswirkt, während sie *formell* an das Unternehmen geht. Bedingt eine subjektorientierte Förderung keine zusätzliche Haushaltsbelastung – gesehen im Verhältnis zu einer reinen Subjektförderung -, so spricht viel dafür, dass bei einer solchen Ausgestaltung keine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG vorliegt.

IV. Gesamteinschätzung

Nach deutschem Recht ist eine landesrechtliche, mit einer angebotssteuernden Bedarfsplanung verknüpfte Objektförderung von Investitionskosten der Pflegeeinrichtungen nicht verfassungsgemäß, weil sie nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts gegen den Grundsatz der Bundestreue verstößt. Eine einkommensabhängige Förderung der Pflegebedürftigen, auch in Form der subjektorientierten Objektförderung, ist jedoch verfassungsgemäß. Unter EG-beihilferechtlichen Aspekten ist die geplante bewohnerorientierte Objektförderung hinsichtlich ihrer Qualifizierung als Beihilfe zur Zeit mangels einschlägiger Rechtsprechung des EuGH nicht völlig eindeutig bestimmbar. Dies verbietet es jedoch nach dem gegenwärtigen Stand der rechtswissenschaftlichen Äußerungen nicht, diese Lösung zu wählen.