

Az:
32/12
Nds. Ministerium f. Soziales

Bearbeiter | E-Mail:
RA E.-E. Deter
info@schulz-koffka.de

Telefon:
28480-0

Datum:
24.08.2012 de/di,ra
D8/71025

Rechtliche Zulässigkeit und mögliche Kompetenzen einer Pflegekammer in Niedersachsen

Rechtsgutachten erstattet im Auftrage des Niedersächsischen Ministeriums für Soziales, Frauen, Familie, Gesundheit und Integration.

A. Fragestellung und Sachverhalt

Seit längerer Zeit gibt es im gesamten Bundesgebiet Initiativen für die Gründung von Landes-Pflegekammern. Die entstandenen Fördervereine und Initiativgruppen zur Schaffung von Pflegekammern treffen sich nach ihren Angaben jährlich in der „Nationalen Konferenz zur Errichtung von Pflegekammern in Deutschland“. Der „Deutsche Pflegerat e.V.“ bezeichnet sich als „Bundesarbeitsgemeinschaft Pflege- und Hebammenwesen“: In ihm sind 16 Förderverbände vertreten, die nach eigener Darstellung 1,2 Mio. in der Pflege Beschäftigte mittelbar vertreten. In Niedersachsen besteht der „Niedersächsische Pflegerat“, der sich als „Landesarbeitsgemeinschaft der Pflegeberufsorganisationen und des Hebammenwesens“ bezeichnet und 11 Mitgliedsverbände hat. Trotz dieser Initiativen ist es bisher in keinem Bundesland zur gesetzlichen Gründung einer Pflegekammer durch Landesgesetz gekommen. Allerdings gab/gibt es in einigen Bundesländer Gesetzesinitiativen sowohl von Seiten der in den Landtagen vertretenen Parteien als auch von Seiten der Fördervereine und Initiativgruppen, die die Errichtung von Pflegekammern anstreben.

Im Niedersächsischen Landtag hat die Fraktion der SPD unter dem 09.02.2010 unter der Überschrift „Attraktivität der Pflegeberufe steigern – Pflegekammer einrichten“ am 09.02.2010 einen Entschließungsentwurf eingebracht (Drucksache 16/2179). Ebenfalls am 09.02.2010 hat die Landtagsfraktion „Bündnis 90/Die Grünen“ den Gesetzentwurf eingebracht, eine Kammer für Pflegeberufe in Niedersachsen im Rahmen des Kammergesetzes für Heilberufe (HKG) zu gründen (Drucksache 16/2175). Der Landtags-Ausschuss für Soziales, Frauen, Familie, Gesundheit und Integration hat mehreren Interessenverbänden Gelegenheit gegeben, zu den Initiativen der beiden Landtags-Fraktionen Stellung zu nehmen. Von dieser Möglichkeit hat eine Reihe von Interessenverbänden mit unterschiedlichen Tendenzen Gebrauch gemacht:

- Der „Niedersächsische Pflegerat“ und seine Mitgliedsverbände „Deutsche Gesellschaft für Fachkrankenpflege und Funktionsdienste e.V.“, der „Berufsverband Kinderkrankenpflege Deutschland e.V.“ und der „Verband Bundesarbeitsgemeinschaft Leitender Pflegepersonen e.V.“ Landesgruppe Bremen-Niedersachsen unterstützen die Initiativen der beiden Landtags-Fraktionen. Dasselbe geschieht durch die „Nationale Konferenz zur Errichtung von Pflegekammern in Deutschland“, den „Landesfrauenrat Niedersachsen e.V.“ und die „Arbeitsgemeinschaft Christlicher Schwesternverbände und Pflegeorganisationen in Deutschland e.V.“ Auch Herr Prof. Dr. Igl, der vom Landtags-Ausschuss zu der Initiative der beiden Landtags-Fraktionen angehört worden ist, weil er sich in wissenschaftlichen Veröffentlichungen zu diesem Thema geäußert hat, befürwortet die Initiativen der beiden Landtagsfraktionen unter Hinweis auf seine Veröffentlichung „Öffentlich-rechtliche Regulierung der Pflegeberufe“. Dort hatte Herr Prof. Dr. Igl ausgeführt (S. 101), dass „die berufliche Selbstverwaltung ... im deutschen Recht vor allem ein Merkmal der freien Berufe“ sei, „wobei sich die Selbstverwaltung der freien Berufe in der Organisationsform der Kammer als öffentlich-rechtlicher Körperschaft mit Zwangsmitgliedschaft vollzieht“. In der Sache selbst weisen die befürwortenden Interessenverbände darauf hin, dass die Berufsgruppe der Pflegenden und deren Vertreter in die

bisherige Diskussion, auf welche Weise der Stellenwert der Pflege erhöht werden könne und der Pflegeberuf für junge Menschen attraktiver gestaltet werden könne, nicht eingebunden worden sei. Die Pflegekammer sei „das Instrument, um in einem auch als Wirtschaftsbereich an Bedeutung zunehmenden Gesellschaftsbereich Gleichberechtigung zwischen den Interessengruppen herzustellen“.

- Demgegenüber sprechen sich die „Landesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege in Niedersachsen“, in der 6 Spitzenverbände der gemeinnützigen Einrichtungsträger und Anbieter anderer sozialer Leistungen zusammengeschlossen sind, und die „Landesarbeitsgemeinschaft der Verbände der Privaten Pflegeeinrichtungen in Niedersachsen“, in der 6 Spitzenverbände der Privatanbieter sozialer Dienste vereinigt sind, ebenso gegen die Einrichtung einer Pflegekammer aus wie die „Arbeitsgemeinschaft der Kommunalen Spitzenverbände Niedersachsens“, die „Kassenärztliche Vereinigung Niedersachsen“, der „Deutscher Gewerkschaftsbund, Bezirk Niedersachsen-Bremen-Sachsen-Anhalt“, die „Ärztzekammer Niedersachsen“ und der „Spitzenverband der Kranken- und Pflegekassen“. Auch der „Sozialverband Deutschland, Landesverband Niedersachsen e.V.“ äußert sich skeptisch. Die negativen Äußerungen werden in erster Linie auf Zweifel daran gestützt, dass eine Pflegekammer dazu beitragen könnte und dürfte, die drängenden Probleme im Bereich der Pflege zu lösen.

Der Gesetzentwurf der Landtagsfraktion der Grünen beschreibt die von ihm angestrebte Pflegekammer durch Anfügung einer neuen Nr. 6 in den bisherigen Katalog der Kammern für Heilberufe nach § 1 Abs. 1 HKG. Danach würde als weitere Kammer für Heilberufe entstehen:

„als Berufsvertretung der Pflegekräfte in Alten-, Gesundheits-, Kranken- und Kinderkrankenpflege sowie der Lehrerinnen und Lehrer für Gesundheits- und Kranken-, Gesundheits- und Kinderkranken- und Altenpflege, sowie Kranken- und Altenpflegehilfe, die in der Aus-, Fort- und Weiterbildung tätig sind, die Kammer für Pflegeberufe Niedersachsen“.

Deren Aufgaben würden sich aus § 9 HKG ergeben. Sie wären insbesondere:

- „1. im Einklang mit den Interessen der Allgemeinheit die gemeinsamen beruflichen Belange der Gesamtheit der Kammermitglieder zu wahren,
2. die Erfüllung der Berufspflichten der Kammermitglieder zu überwachen,
3. die Qualitätssicherung im Gesundheits- und Veterinärwesen sowie die berufliche Fortbildung der Kammermitglieder zu fördern, deren Weiterbildung nach Maßgabe dieses Gesetzes zu regeln und Zusatzqualifikationen zu bescheinigen,
4. auf ein gedeihliches berufliches Verhältnis der Kammermitglieder untereinander hinzuwirken, Streitigkeiten zwischen Kammermitgliedern sowie zwischen ihnen und Dritten, die aus der Berufsausübung entstanden sind, zu schlichten und Schlichtungsstellen zur Prüfung von Behandlungsfehlern einzurichten, wobei die Zuständigkeit anderer Stellen unberührt bleibt,
5. Fürsorgeeinrichtungen für die Kammermitglieder und deren Familienangehörige zu schaffen,
6. für Behörden und Gerichte in allen den Beruf und das Fachgebiet der Kammermitglieder betreffenden Fragen Gutachten zu erstatten oder Sachverständige namhaft zu machen,
7. auf eine ausreichende ärztliche, arzneiliche, tierärztliche, zahnärztliche und psychotherapeutische Versorgung der Bevölkerung hinzuwirken,
8. den öffentlichen Gesundheitsdienst und den öffentlichen Veterinärdienst bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen.“

Der Entschließungsantrag der SPD vom 09.02.2010 macht keine ausdrücklichen Aussagen zu der geplanten Mitgliedschaft der angestrebten Pflegekammer. Einen gewissen Rückschluss auf sie lässt lediglich der Satz zu, dass die angestrebte Pflegekammer „die berufliche Selbstverwaltung und damit die Pflegeberufe insgesamt stärken“ soll.

In der Stellungnahme des Niedersächsischen Pflegerates vom 07.06.2011 wird die Pflichtmitgliedschaft der angestrebten Pflegekammer an deren berufliche Qualifikation angeknüpft. Danach sollen Pflichtmitglieder einer Pflegekammer „alle mit pflegerischen Qualifikationen, mit Zulassung als Heilberuf nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG sein. Dem schließen sich auch die Pflegefachpersonen mit Weiterqualifizierung im Bereich klinischer Pflegeexpertise, Pflegemanagement, Pflegepädagogik sowie Pflegewissenschaft an.“

Die Aufgaben der angestrebten Pflegekammer sollen sich nach dem Entschließungsantrag der SPD-Fraktion vom 09.02.2010 aus einem Konzept ergeben, das nach dem Entschließungsantrag von der Landesregierung vorgelegt werden soll. Es soll

- a) der Schutz der Pflegebedürftigen verbessert,
- b) die Qualität der Pflege gesteigert,
- c) den Berufsangehörigen mehr Selbstbestimmung ermöglicht sowie
- d) der Stellenwert der Pflegeberufe erhöht

werden. Dabei schweben der SPD-Fraktion folgende Eckpunkte des Konzeptes für die Kammer vor:

- a) Entwicklung beruflicher Richtlinien und Standards für das Berufsbild Pflege,
- b) Lizenzierung und Registrierung der Berufsangehörigen durch die Abnahme des pflegerischen Staatsexamens,
- c) Erarbeitung einer einheitlichen und verbindlichen Ausbildungs- und Weiterbildungs- bzw. Fortbildungsordnung in Abstimmung mit schon bestehenden Angeboten,
- d) Disziplinierungsmöglichkeiten bei Verstößen gegen berufliche Mindeststandards seitens der Berufsangehörigen,

- e) Verzicht auf ein eigenes Altersversorgungswerk, um die solidarische Rentenversicherung zu stärken

In der Begründung der Entschließungsinitiative der SPD-Fraktion wird weiterhin als Aufgabe der angestrebten Pflegekammer genannt „die Qualitätssicherung und –steigerung durch die Vereinbarung, Umsetzung, Einhaltung und Überprüfung verbindlicher Ausbildungs- und Weiterbildungsstandards durch die Pflegekammer“.

Der Niedersächsische Pflegerat benennt als Aufgaben der von ihm angestrebten Pflegekammer (Blatt 4 der Stellungnahme vom 07.06.2011):

1. die Ausübung der Berufsaufsicht,
2. die Beteiligung an gesetzgeberischen Veränderungen,
3. die Planung von Ausbildungskapazitäten,
4. die Regelungen zur Aus-, Fort- und Weiterbildung,
5. die Wahrnehmung der Interessen von beruflich Pflegenden.

Der Niedersächsische Pflegerat weist darauf hin, dass „derzeit etablierte Qualitätsprüfungen ... Institutionen erfassen und nicht den Berufsstand (z.B. MDK oder Heimaufsicht). Die Überwachung und Steuerung der Weiterbildungsstätten und Weiterbildungsbezeichnungen und Formulierung einheitlicher Qualitätsanforderungen wie derzeit z.B. bei den staatlich anerkannten Weiterbildungen, kann an die Kammer übertragen werden“:

Herr Prof. Dr. Igl. (aaO, S. 108) leitet die in Betracht kommenden Aufgaben der von ihm befürworteten Pflegekammer aus der Satzung des Deutschen Pflegerates her:

„Ziel des Vereins ist, eine qualitätsorientierte pflegerische Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen. Dies soll insbesondere erreicht werden durch:

- a) Darstellung der Bedeutung und des Nutzens professioneller Pflege und des Hebammenwesens für ein effektives und effizientes Gesundheitssystem im

Interesse der Bevölkerung,

- b) politische Durchsetzung von pflegeberuflichen Zielen und Zielen des Hebammenwesens auf Bundesebene,
- c) Mitgestaltung bei Strukturveränderungen und Anpassungsprozessen in allen berufsrelevanten Bereichen im Gesundheits-, Sozial- und Bildungswesen der Bundesrepublik Deutschland und innerhalb Europas,
- d) Positionierung zu Gehalts- und Tariffragen und entgeltlichen Vergütungsgruppen,
- e) Positionierung zur entgeltlichen Vergütung professioneller Pflegeleistungen und Leistungen des Hebammenwesens gegenüber den Spitzenverbänden der Leistungsträger,
- f) Förderung und Weiterentwicklung der Pflegewissenschaft zum Nutzen des Gesundheits- und Sozialwesens,
- g) Erfüllung gesetzlicher Aufgaben der Berufsorganisationen der Pflegeberufe und des Hebammenwesens,
- h) Übernahme weiterer Aufgaben einer Selbstverwaltung des Pflege- und Hebammenwesens auf Bundesebene,
- i) Initiierung und Förderung von Qualitätsentwicklung in allen berufsrelevanten Feldern des Gesundheits-, Sozial- und Bildungswesens.“

Diese Aufgaben sieht er „als tragende Rechtfertigungsgründe für die Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft“ an, also die von ihm befürwortete Errichtung einer Pflegekammer.

Konkrete Ermittlungen über die Zahl der als Pflichtmitglieder in einer Pflegekammer in Betracht kommenden Personen liegen nicht vor. Deren Ermittlung ist zunächst davon abhängig, ob man die Pflichtmitgliedschaft in einer Pflegekammer allein von den „pflegerischen Qualifikationen, mit Zulassung als Heilberufe“ abhängig macht, wie dies der Niedersächsische Pflegerat in seiner Stellungnahme vom 07.06.2011 anstrebt oder ob man die Pflichtmitgliedschaft in der angestrebten Pflegekammer von der Ausübung eines

Pflegeberufs abhängig macht, wie dies § 2 Abs. 1 HKG für die bisher gesetzlich geregelten Kammern für Heilberufe nahelegt, der nach der Gesetzesinitiative der Landtagsfraktion der Grünen entsprechend auch für eine Pflegekammer anzuwenden wäre. Aus den Zahlen des Landesbetriebes für Statistik und Kommunikationstechnologie Niedersachsen über die am 31. Dezember 2010 tatsächlich Beschäftigten lassen sich immerhin Anhaltspunkte für die Zahl der in Betracht kommenden Pflichtmitglieder einer Pflegekammer entnehmen. Dann waren in den Krankenhäusern in Niedersachsen am Jahresende 2010 insgesamt 80.792 Beschäftigte im nichtärztlichen Dienst tätig, davon im Pflegedienst 36.631 Personen, im medizinisch-technischen Dienst 15.589 Personen und im Funktionsdienst insgesamt 10.155 Personen. In Vorsorge- und Reha-Einrichtungen waren am 31.12.2010 insgesamt 10.651 Personen tätig, davon 2.315 im Pflegedienst, 3.052 im medizinisch-technischen Dienst und 652 im Funktionsdienst.

Aus derselben Quelle, allerdings bezogen auf 2009, ergibt sich, dass in Pflegeheimen insgesamt 70.205 Personen tätig waren, davon 15.411 staatlich anerkannte Altenpfleger, 4.105 staatlich anerkannte Altenpflegehelfer, 5.370 Gesundheits- und Krankenpfleger, 1.898 Krankenpflegehelfer, 450 Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger, 413 mit sonstigen Abschluss im Bereich der nichtärztlichen Heilberufe. Für nicht unter das SGB XI fallende Pflegeheime, also insbesondere für stationäre Einrichtungen nach dem SGB XII, liegen entsprechende Angaben nicht vor. In ambulanten Pflegediensten nach dem SGB XI waren 2009 insgesamt 27.528 Personen beschäftigt, davon 4.737 staatlich anerkannte Altenpfleger, 1.087 staatlich anerkannte Altenpflegehelfer, 7.706 Gesundheits- und Krankenpfleger, 1.436 Krankenpflegehelfer, 753 Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger und 478 mit sonstigen Abschlüssen im Bereich der nichtärztlichen Heilberufe. Auch diese Angaben beschränken sich auf ambulante Leistungen aufgrund des SGB XI und erfassen nicht solche nach dem SGB XII und anderen Leistungsgesetzen.

Insgesamt ist zu den aufgeführten statistischen Zahlen zu bemerken, dass sie nur die Personen erfassen, die 2010 bzw. 2009 tatsächlich in Krankenhäusern, Heimen und ambulanten Diensten nach dem SGB XI tätig waren. Nicht erfasst werden Personen, die zwar über die Qualifikation/Zulassungen verfügten, die für eine berufliche Tätigkeit in den

genannten Bereichen erforderlich sind, die aber eine entsprechende Berufstätigkeit nicht ausübten.

Konkrete Zahlen über die Mitglieder in den Interessenverbänden, die sich zum Deutschen Pflegerat und zum Niedersächsischen Pflegerat zusammengeschlossen haben, liegen nicht vor. Erst recht gibt es keine repräsentativen Meinungsbilder der niedersächsischen Pflegenden über die Bildung einer Pflegekammer in Niedersachsen, insbesondere über die Pflichtmitgliedschaft in ihr und über Beitragslasten.

B. Rechtslage

Eine Pflegekammer wäre ein öffentlich-rechtlicher Verband mit Zwangs- bzw. Pflichtmitgliedschaft. Bereits eine solche Pflichtmitgliedschaft könnte zu einer Rechtsbeeinträchtigung führen. Da einer Pflegekammer wie anderen Selbstverwaltungsorganen dieser Art hoheitliche Rechte und Funktionen übertragen werden sollen wie z.B. Beitrags- und Disziplinargewalt, stellt sich die Frage nach der grundsätzlichen rechtlichen Zulässigkeit einer derartigen Selbstverwaltungsorganisation. Früher wurde diskutiert, auf welcher verfassungsrechtlichen Grundlage die Diskussion zu führen sei. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 29.07.1959 (1 BvR 394/58, E 10, 89 „Großer Erft-Verband“) folgende Richtlinien aufgestellt (S. 102):

„Der zentrale Angriff der Beschwerdeführer richtet sich gegen ihre Zwangseingliederung in den Erft-Verband aufgrund des Gesetzes. Als Mitglieder dieses Verbandes seien sie der autonomen Verbandsgewalt unterworfen; ihre Handlungs- und Dispositionsfreiheit sei dadurch in verfassungswidriger Weise eingeschränkt. Damit ist die Frage nach den verfassungsrechtlichen Schranken einer Zwangsmemberschaft in einem öffentlich-rechtlichen Verband gestellt. Sie lässt sich nicht aus Art. 9 GG beantworten, denn diese Bestimmung garantiert lediglich die Freiheit, privatrechtliche Vereinigungen zu gründen, ihnen beizutreten oder

fernzubleiben. Wohl aber zeigt Art. 2 Abs. 1 GG, dass eine solche Zwangsmitgliedschaft nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung möglich ist. Danach dürfen öffentlich-rechtliche Verbände nur gegründet werden, um legitime öffentliche Aufgaben wahrnehmen zu lassen. Doch ist es Sache des gesetzgeberischen Ermessens, zu entscheiden, welche dieser Aufgaben der Staat nicht durch seine Behörden, sondern durch eigens gegründete öffentlich-rechtliche Anstalten oder Körperschaften erfüllt. Das BVerfG kann hierbei nur nachprüfen, ob der Gesetzgeber die Grenzen seines Ermessens beachtet hat. Ob die Wahl der Organisationsform zweckmäßig oder notwendig war, hat das BVerfG also nicht zu prüfen.“

Diese Grundsätze bestätigt und wiederholt das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 18.12.1974 (1 BvR 430/65 und 259/66, Arbeitnehmerkammern Bremen und Saarland, E 38, 281). Sie sind auch heute noch Stand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (B. v. 07.12.2001, 1 BvR 1806/98, NVwZ 2002, 335, 336, Industrie- und Handelskammern):

„Prüfungsmaßstab für den Schutz gegen die Inanspruchnahme als Mitglied einer Zwangskooperation ist nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG Art. 2 Abs. 1 GG.... Diese Vorschrift stellt ein hinreichendes Instrument zur Abwehr unnötiger Pflichtverbände dar und erlaubt damit, dem Prinzip der freien sozialen Gruppenbildung, das Art. 9 Abs. 1 GG nach der Rechtsprechung des BVerfG ... zugrunde liegt, gerecht zu werden. Zugleich lässt dieser Prüfungsmaßstab aber dem Staat genügende Gestaltungsfreiheit, damit er seine Aufgaben angemessen wahrnehmen kann. Zwangsverbände sind danach nur zulässig, wenn sie öffentlichen Aufgaben dienen und ihre Errichtung, gemessen an diesen Aufgaben, verhältnismäßig ist.“

Das BVerfG schließt sich in ständiger Rechtsprechung diesen Leitlinien des BVerfG an (z.B. U. v. 17.12.1998, 1 C 7.98, E 108, 169, Handwerkskammer; U. v. 17.12.1997, 6 C 2.97, E 106, 64, Emscher-Genossenschaft). Auch die juristische Literatur folgt inzwischen einhellig

dieser Rechtsauffassung und stellt die früher gegen sie erhobenen Bedenken zurück, die sich an dem Charakter von Art. 2 Abs. 1 GG als „Auffanggrundrecht mit Anwendungssubsidarität“ anknüpfen (z.B. DiFabio bei Maunz-Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1, Rn. 21, 22; Starck bei v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Auflage 1999, Art. 2 Abs. 1, Rn. 125).

Erste Voraussetzung für die Gründung einer öffentlich-rechtlichen Institution mit Pflichtmitgliedschaft, also einer Kammer, ist damit, dass sie nach der gesetzgeberischen Gestaltungsentscheidung legitime öffentliche Aufgaben wahrzunehmen hat. Das allein rechtfertigt die Existenz einer öffentlich-rechtlichen Institution mit Pflichtmitgliedschaft jedoch noch nicht. Dazu führt das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 18.12.1974 (aaO, S. 301, 302) ergänzend aus:

„Der Gesetzgeber hat die Organisation der Kammern auf das Prinzip der Pflichtzugehörigkeit... gegründet. Darin liegt prinzipiell ein empfindlicher Eingriff in das Grundrecht der individuellen Freiheit des Verhaltens im Wirtschafts- und Arbeitsleben. Das Gesetz, das diesen Eingriff vornimmt, ist nur dann Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung, wenn der Eingriff sich als verhältnismäßig erweist. Das bedeutet, dass er zur Erreichung des vom Gesetzgeber erstrebten Zieles geeignet, aber auch erforderlich sein muss, d.h. dass das Ziel nicht auf eine andere, den einzelnen weniger belastende Weise ebenso gut erreicht werden kann, und dass schließlich das Maß der den Einzelnen durch seine Pflichtzugehörigkeit treffenden Belastung noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den ihm und der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen steht.“

Es ist zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Pflegekammer in Niedersachsen diese verfassungsrechtlichen Vorgaben erfüllen kann.

I.

Die Gründung einer Pflegekammer würde durch Landesgesetz erfolgen. Das Land Niedersachsen könnte einer Pflegekammer nur Kompetenzen übertragen, die ihm selbst

zustehen. Diese Erkenntnis führt zu dem Umkehrschluss, dass einer Pflegekammer in Niedersachsen keine Kompetenzen übertragen werden könnten, die dem Land Niedersachsen nicht zustehen. Aus demselben Grund könnte die Gründung einer Pflegekammer in Niedersachsen nicht mit öffentlichen Aufgaben gerechtfertigt werden, deren Erfüllung nicht in der Kompetenz des Landes Niedersachsen liegen. Eine unter Verstoß gegen diese Grundsätze gegründete Pflegekammer würde nicht „Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung“ sein. Die Übertragung von öffentlichen Aufgaben, die nicht in der Kompetenz des Landes Niedersachsen stehen, würde nicht „zur Erreichung des vom Gesetzgeber erstrebten Zieles geeignet“ sein. Eine daraus entstehende öffentlich-rechtliche Institution mit Pflichtmitgliedschaft wäre rechtswidrig. In einer ersten Stufe ist daher zu prüfen, welche der denkbaren Aufgaben(-kreise) in die Kompetenz des Bundes fallen und daher gem. Art. 71 GG oder Art. 72 Abs. 1 GG nicht (mehr) zur Regelungskompetenz des Landes Niedersachsen gehören.

1. Ausbildung, Fort- und Weiterbildung

Der Gesetzentwurf der Landtagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen benennt nicht ausdrücklich Aufgaben der ihm vorschwebenden Pflegekammer. Allerdings nimmt er auf das HKG Bezug. Daraus ist zu entnehmen, dass die Grünen die Aufgaben der Pflegekammer aus einer entsprechenden Anwendung von § 9 HKG entnehmen möchten. § 9 Abs. 1 Nr. 3 HKG sieht als Aufgabe der Kammern für die Heilberufe unter anderem vor, „die berufliche Fortbildung der Kammermitglieder zu fördern, deren Weiterbildung nach Maßgabe dieses Gesetzes zu regeln und Zusatzqualifikationen zu bescheinigen.“ Demgegenüber schwebt dem Entschließungsantrag der SPD-Fraktion in seinen Eckpunkten ausdrücklich die „Erarbeitung einer einheitlichen und verbindlichen Ausbildungs- und Weiterbildungs- bzw. Fortbildungsordnung“ vor. Ebenso benennt der Niedersächsische Pflegerat „die Planung von Ausbildungskapazitäten“, sowie „Regelungen zur Aus-, Fort- und Weiterbildung“ als Aufgaben der von ihm angestrebten Pflegekammer. Soweit gehen der Deutsche Pflegerat und der sein Anliegen unterstützende Prof. Dr. Igl jedoch nicht. Das wirft die Frage auf, ob und inwieweit dem Land Niedersachsen für Regelungen zur Aus-, Fort- und Weiterbildung von Angehörigen der Pflegeberufe Kompetenzen zustehen.

1.1.

Der Bund hat mit dem Gesetz über die Berufe in der Krankenpflege (Krankenpflegegesetz – KrPflG) vom 16.07.2003 (BGBl. I S. 1422), zuletzt geändert durch Art. 35 des Gesetzes vom 06.12.2011 (BGBl. I S. 2515) geregelt, dass die Führung der Berufsbezeichnungen „Gesundheits- und Krankenpflegerin“ oder „Gesundheits- und Krankenpfleger“ sowie „Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerin“ oder „Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger“ der Erlaubnis bedarf (§ 1 Abs. 1). Voraussetzung für die Erteilung der Erlaubnis ist nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KrPflG, dass die Antragstellerin/der Antragsteller die vorgeschriebene Ausbildungszeit abgeleistet und die staatliche Prüfung bestanden hat. Die §§ 3 und 4 KrPflG regeln das Ausbildungsziel sowie die Dauer und Struktur der Ausbildung. § 1 Abs. 2 KrPflG lässt für Staatsangehörige eines Vertragsstaates des Europäischen Wirtschaftsraumes die Führung der Berufsbezeichnungen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 KrPflG ohne Erlaubnis zu, sofern sie ihre Berufstätigkeit als vorübergehende und gelegentliche Dienstleistung im Sinne von Art. 50 des EG-Vertrages ausüben.

Des Weiteren hat der Bund mit dem Gesetz über die Berufe in der Altenpflege (Altenpflegegesetz – AltPflG) vom 25.08.2003 (BGBl. I S. 1690), zuletzt geändert durch Art. 29 des Gesetzes vom 20.12.2011 (BGBl. I S. 2854) Regelungen über die Befugnis erteilt, die Berufsbezeichnungen „Altenpflegerin“ oder „Altenpfleger“ zu führen (§ 1). Dazu bedarf es der Erlaubnis. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AltPflG ist die Erlaubnis zu erteilen, wenn die antragstellende Person die gesetzlich vorgeschriebene Ausbildung abgeleistet und die jeweils vorgeschriebenen Prüfung bestanden hat. § 3 Abs. 1 AltPflG regelt die Kenntnisse, die die Ausbildung in der Krankenpflege zu vermitteln hat, die zur selbständigen und eigenverantwortlichen Pflege einschließlich der Beratung, Begleitung und Betreuung alter Menschen erforderlich sind. § 4 AltPflG regelt die Dauer der Ausbildung, die aus theoretischem und praktischem Unterricht und einer praktischen Ausbildung zu bestehen hat. Der Unterricht ist in Altenpflegeschulen zu erteilen. Die praktische Ausbildung hat in stationären und ambulanten Einrichtungen stattzufinden, wobei abschnittsweise die praktische Ausbildung auch in Krankenhäusern, geriatrischen Rehabilitationseinrichtungen und Einrichtungen der offenen Altenhilfe zugelassen ist. § 5 AltPflG trifft Regelungen über

Altenpflegesschulen. § 1 a AltPflG lässt es zu, dass Altenpflegerinnen und Altenpfleger, die Staatsangehörige eines Vertragsstaates des Europäischen Wirtschaftsraumes sind, die Berufsbezeichnungen nach § 1 Abs. 1 AltPflG ohne Erlaubnis führen dürfen, sofern sie ihre Berufstätigkeit als vorübergehende und gelegentliche Dienstleistung im Sinne des Art. 50 des EG-Vertrages in der Bundesrepublik ausüben.

Die Frage, ob der Bund für den Erlass des KrPflG und des AltPflG zuständig ist, war umstritten. Das BVerfG hat über diese Frage aus Anlass des Altenpflegegesetzes in seinem Urteil vom 24. Oktober 2002 (2 BvF 1/01, E 106, 62) entschieden: Nach Einholung des Sachverständigengutachtens Landenberger/Görres kommt das BVerfG zu dem Ergebnis, dass sich die Kompetenz des Bundes für den Erlass des Altenpflegegesetzes mit Ausnahme der ins Einzelne gehenden Regelungen über die Ausbildung der Pflegekräfte aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19, Nr. 12 und Nr. 7 GG ergibt. Der Beruf der Altenpflegerin bzw. des Altenpflegers ist ein „anderer Heilberuf“ (S. 104). Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG eröffnet „dem Bund insgesamt die Gesetzgebungskompetenz für die Zulassung zu Heilberufen“ und damit auch zum Beruf der Altenpflegerinnen/des Altenpflegers. Von der Kompetenz der Zulassung des Berufes gedeckt ist es, dass der Bundesgesetzgeber „Anforderungen an die Ausbildung“ stellt, „umso die das Berufsbild ausmachenden Qualitätsstandards zu vereinheitlichen. Die Regelung von Mindeststandards ist ... unmittelbar zulassungsrelevant und damit kompetenzgemäß.“ Dagegen muss „die Substanz des Ausbildungsrechts ... den Ländern vorbehalten bleiben“ (aaO, S. 131). Auf diese Weise erfüllt das Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 24.10.2002 ausdrücklich die Vorgabe zur Grenzziehung zwischen der Bundes- und Landeszuständigkeit im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung, die es auf Blatt 25 des Urteils so formuliert: „Damit gehört all das, was sich nicht auf die Zulassung bezieht, nicht zur konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG.“

Diese im Urteil vom 24.10.2002 für den Beruf der Altenpfleger entwickelten Grundsätze im Rahmen von Art. 79 Abs. 1 Nr. 19 GG lassen sich zwanglos auch auf die Berufe in der Krankenpflege übertragen; denn sie sind noch eindeutiger als die der Altenpfleger als Heilberufe anzusehen. Das Bundesverfassungsgericht weist in seinem Urteil vom 24.10.2002

(S. 117) ausdrücklich darauf hin, „dass sich Berufsbilder der Alten- und Krankenpflege ... einander angenähert“ haben und „... kaum noch unterschieden werden ... können“.

Aus dem Urteil des BVerfG vom 24.10.2002 ergibt sich damit, dass sowohl das KrPflG als auch das AltPflG mit ihren Regelungen über die Berufszulassung und über die dafür zu verlangenden Voraussetzungen eine im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung denkbare Landeskompetenz gem. Art. 72 GG ausschließen. Die im KrPflG und AltPflG geregelten Voraussetzungen für diese Berufsbildung und damit die dort getroffenen Regelungen über die Ausbildung gehören nicht (mehr) zur Zuständigkeit des Landes Niedersachsen. Sie können daher auch nicht als Rechtfertigung für die Gründung einer Pflegekammer in Niedersachsen herangezogen werden und auch nicht einer zu gründenden Pflegekammer übertragen werden. Diese Feststellung gilt nicht für Kranken- und Altenpflegehelfer. Bei diesen Berufsbildern handelt es sich nach den Ausführungen des Bundverfassungsgerichts im Urteil vom 24.10.2012 nicht um Heilberufe (S. 104).

1.2.

Die aufgrund des früheren Bundes-Heimgesetzes erlassene Verordnung über personelle Anforderungen für Heime (Heimpersonalverordnung – HeimPersV - vom 19.07.1993 (BGBl I S. 1205) geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 22. Juni 1998 (BGBl I S. 1506) enthält wie das AltPflG Vorschriften über Mindestanforderungen von Personen, die Pflegeleistungen erbringen. Nach deren § 6 müssen Fachkräfte eine Berufsausbildung abgeschlossen haben, die Kenntnisse und Fähigkeiten zur selbständigen und eigenverantwortlichen Wahrnehmung der von ihnen ausgeübten Funktion und Tätigkeit vermitteln. § 6 Satz 2 regelt ausdrücklich, dass Pflegehelfer sowie vergleichbare Hilfskräfte keine Fachkräfte sind. § 8 HeimPersV regelt die Verpflichtung zur Fort- und Weiterbildung. Die Bundes-Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Heimpersonalverordnung, also § 3 Heimgesetz ist im Zuge der Föderalismusreform des Grundgesetzes außer Kraft getreten. Das Land Niedersachsen hat aufgrund seiner Verordnungsermächtigungen in § 17 des Niedersächsischen Heimgesetzes (NHeimG) vom 29.06.2011 (Nds.GVBl. S. 196) eigene Landes-Verordnungsermächtigungen geregelt. Für den Regelungsgegenstand der Bundes-Heimpersonalverordnung hat das Land Niedersachsen noch nicht in der Weise von der Verordnungsermächtigung Gebrauch

gemacht, dass eine Landes-Heimpersonalverordnung in Kraft gesetzt worden ist. Allerdings regelt § 17 Abs. 2 Nr. 2 NHeimG, dass die Bundes-Heimpersonalverordnung „weiter entsprechend anzuwenden“ sei, offenbar bis eine Niedersächsische Heimpersonalverordnung erlassen worden ist und an die Stelle der Bundes-Heimpersonalverordnung getreten ist. Das kann die Frage aufwerfen, ob die Bundes-Heimpersonalverordnung als Bundes- oder Landesrecht weitergilt, also entsprechend anzuwenden ist. Für Landesrecht spricht die Tatsache, dass § 17 Abs. 2 Nr. 2 NHeimG eine eigene Verordnungsermächtigung regelt und auf dieser Grundlage bestimmt, dass die (frühere) Bundes-Heimpersonalverordnung weiter entsprechend anzuwenden sei. Diese Frage kann für die Diskussion im Zusammenhang mit einer Niedersächsischen Pflegekammer offen bleiben, denn sollte sich der Landes-Gesetzgeber entscheiden, eine Pflegekammer einzurichten und ihr Regelungskompetenzen zu übertragen, die zur Zeit in der Heimpersonalverordnung enthalten sind, könnte er von den Kompetenzen des Heimrechts, also des NHeimG einschließlich seiner Verordnungsermächtigungen Gebrauch machen. Bundesrecht stände insoweit der Übertragung derartiger Kompetenzen nicht entgegen.

Ähnliches würde für das Niedersächsische Gesetz über Berufsbezeichnungen und die Weiterbildung in Gesundheitsfachberufen (Berufsbezeichnungs- und Weiterbildungsg) vom 16. Dezember 1999 (Nds.GVBl. S. 426), geändert durch Art. 24 des Gesetzes vom 20.11.2001 (Nds.GVBl. S. 701) und die auf seiner Grundlage erlassene Verordnung über die Weiterbildung in Gesundheitsfachberufen vom 18.03.2002 (Nds.GVBl. S. 86) gelten. Auch hierbei handelt es sich um Landesrecht, das durch Entscheidungen des Landesgesetzgebers geändert werden könnte.

1.3.

Anders dürfte die Rechtslage zur Konkurrenz zwischen Bundes- und Landesrecht sein im Zusammenhang mit der Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für den Beruf der Altenpflegerin und des Altenpflegers (Altenpflege-, Ausbildungs- und Prüfungsverordnung – AltPflAPrV) vom 26.11.2002 (BGBl. I S. 4418, 4429), zuletzt geändert durch Art. 38 des Gesetzes vom 06.12.2011 (BGBl. I S. 2115), die die umfangreichen Vorschriften für die Ausbildung und Prüfung Altenpflegern enthält und in ihrer Anlage 1 sehr detaillierte Konzepte

für den theoretischen und praktischen Unterricht in der Altenpflege. Aus der Tatsache, dass der Bundesgesetzgeber in Art. 38 des Gesetzes vom 06. Dezember 2011 die Verordnung ändert, sie also für weiterhin wirksam hält, ohne dass dies von den Ländern beanstandet worden ist, kann entnommen werden, dass allseits von der Weitergeltung der AltPflAPrV ausgegangen wird. Dem entspricht auch die Aufnahme der AltPflAPrV in die Gesetzessammlung des Standardkommentars Gitter-Schmitt und 3/17 A, Stand Mai 2012.

Das würde zu dem Ergebnis führen, dass die Regelungsgegenstände der AltPflAPrV nicht zum Anlass für die Gründung einer Pflegekammer genommen werden könnten und einer gegründeten Pflegekammer auch nicht als Regelungs- und Ausführungskompetenz übertragen werden dürfen.

2. Qualitätssicherung

Das von dem Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen in Bezug genommene HKG sieht als Aufgaben der Kammer für die Heilberufe in § 9 Abs. 1 Nr. 3 die Qualitätssicherung im Gesundheitswesen vor. Darauf sollen sich auch die Eckpunkte im Entschließungsentwurf der SPD-Fraktion und der von Herrn Prof. Dr. Igl unterstützte Katalog des Deutschen Pflegerates erstrecken. Dasselbe Ziel verfolgt der Niedersächsische Pflegerat, der allerdings im Gegensatz zum SPD-Fraktion und zum deutschen Pflegerat die „derzeit etablierten Qualitätsprüfungen“ erwähnt. Er sieht den Unterschied zwischen ihnen und dem angestrebten Pflegerat zu übertragenden Aufgaben im Zusammenhang mit der Qualitätssicherung darin, dass die Qualitätsprüfungen nach aktuellem Recht nur „Institutionen erfassen und nicht den Berufsstand“. Gemeint ist damit offenbar, dass die Qualitätsprüfungen nach aktuellem Recht sich auf die Leistungen der Einrichtungen, also z.B. Krankenhäuser, Rehabilitationseinrichtungen, stationäre und ambulante Einrichtungen nach dem SGB XI, dem SGB XII und anderen Leistungsgesetzen ohne unmittelbare Beteiligung der Pflegenden stattfinden. Es ist zu prüfen, ob und inwieweit dem Land Niedersachsen (noch) Regelungskompetenzen im Bereich der Qualitätssicherung zustehen, die einer Pflegekammer als legitime öffentliche Aufgaben übertragen werden können.

2.1.

Das Fünfte Buch des Sozialgesetzbuches (SGB V) bestimmt in § 2 Abs. 2 Satz 1, dass die von den Versicherten benötigten und ihnen zu erbringenden Leistungen „Sach- und Dienstleistungen“ sind. Die Krankenkassen sollen allerdings die von ihnen den Versicherten geschuldeten Leistungen nicht selbst erbringen; sondern sie erfüllen ihren Sicherstellungs- und Gewährleistungsauftrag grundsätzlich durch den Abschluss von (inhaltlich bedarfsgerechten) Verträgen mit den Leistungserbringern. Die Versicherten erhalten also die Leistungen nicht unmittelbar von ihren Vertragspartnern, den Krankenkassen, sondern von den Leistungserbringern (Hauck/Noftz, SGB V, K § 2, Rn. 78, 81). Das ändert nichts daran, dass die Krankenkasse als öffentlich-rechtliche Vertragspartner der Versicherten ihnen gegenüber zur Leistungserbringung verpflichtet ist. § 2 Abs. 2 Satz 3 SGB V macht den grundsätzlichen Sachleistungsanspruch zu einem Anspruch auf Sachleistungsverschaffung. Diese Bezeichnung verwendet das BSG in seinem Grundsatz-Urteil vom 28.10.2008 (B 8 SO 22/07 R) zu der insoweit gleich gelagerten Konstellation der Leistungserbringung im Form stationärer Eingliederungshilfe nach dem SGB XII.

Diese rechtliche Konstruktion des Leistungsverhältnisses zwischen den Versicherten und den Krankenkassen wirkt sich auf die Qualitätssicherung und die Qualitätskontrollen aus. Nur die Krankenkassen haben aufgrund ihrer Vertragsbeziehungen zu den Leistungserbringern das Recht auf Qualitätskontrollen und –sicherung. Andererseits besteht dieses Recht nur gegenüber den Leistungserbringern selbst und nicht auch gegenüber ihren Arbeitnehmern (§ 135 a SGB V). Die jeweiligen individuellen Vertragsverhältnisse zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern werden durch bundesrechtlich vorgegebene Institutionen wie die kassenärztlichen Vereinigungen (§ 136 SGB V), die Landesausschüsse (§ 90 SGB V), das Gemeinsame Landesgremium (§ 90 a SGBV) und den Gemeinsamen Bundesausschuss (§ 91 SGB V) wahrgenommen, die ihrerseits Richtlinien und Beschlüsse zur Qualitätssicherung aufstellen, die Qualitätssicherung umsetzen und die Ergebnisse darstellen (§§ 137 d SGB V). Es handelt sich um bundesgesetzliche Vorgaben, die die geregelten Bereiche und Verfahren der landesrechtlichen Kompetenz entziehen. Soweit diese Regelungen greifen, ist der Niedersächsische Landesgesetzgeber außerstande, eine Pflegekammer zu gründen und ihr Aufgaben der Qualitätssicherung zu übertragen.

2.2.

Es ist zu prüfen, ob in den Leistungsbereichen außerhalb der Gesundheitsversorgung nach dem SGB V, in denen Pflegekräfte die von den Leistungsberechtigten benötigten Leistungen erbringen, die gleichen Grundsätze gelten wie nach dem SGB V. Es handelt sich vor allem um den Bereich der ambulanten und stationären Pflege nach dem SGB XI und um Leistungen der Eingliederungshilfe und Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII. Für die Vorgängerregelungen nach den BSHG hatte das für sie zuständige Bundesverwaltungsgericht die Rechtsauffassung vertreten, dass der Leistungsberechtigte/Hilfsempfänger gegen den für ihn zuständigen Sozialhilfeträger („nur“) einen Anspruch auf Geldleistung hatte. Diese Rechtsprechung ist durch das nunmehr zuständig gewordene BSG in seinen Urteilen vom 28.10.2008 (z.B. B 8 SO 22/07 R) geändert worden. Auch der Sozialhilfeträger hat gegenüber dem sozialhilferechtlichen Hilfsempfänger einen Sachleistungsanspruch „in der Gestalt einer Sachleistungsverschaffung“ (Rn. 15). Diese Rechtsauffassung leitet das BSG aus dem sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnis her, das § 75 SGB XII zugrunde liegt. Die rechtlichen Konsequenzen aus dieser Rechtsauffassung und damit die bundesrechtlichen Vorgaben für die Leistungs- und Vertragsbeziehungen zwischen dem Hilfsempfänger, dem Sozialhilfeträger und dem Leistungserbringer sind durch das SGB XII ähnlich gestaltet wie im SGB V für die Gesundheitsversorgung: Der Hilfsempfänger hat gegen den Sozialhilfeträger einen Anspruch auf Bedürfnisbefriedigung. Der Sozialhilfeträger erfüllt ihn durch den Abschluss einer Leistungs-, einer Vergütungs- und einer Prüfungsvereinbarung nach § 75 Abs. 3 Satz 1 SGB XII. Die von dem Hilfsempfänger benötigte Leistung erbringt der Partner dieser Verträge, also der Leistungserbringer. Allerdings hat der Hilfsempfänger im Gegensatz zum SGB V zusätzlich zu dem Anspruch des Sozialhilfeträgers aus den Verträgen des § 75 Abs. 3 SGB XII einen unmittelbaren Leistungsanspruch gegen den Leistungserbringer; denn in aller Regel wird er mit dem Leistungserbringer zivilrechtliche Verträge abschließen. Das ist für die stationäre Unterbringung durch das Bundes-Heimgesetz vorgegeben, dass hinsichtlich der Regelungen über den Heimvertrag als Bundesrecht fortgilt. Für die übrigen Regelungen des Bundes-Heimgesetzes gilt seit Jahresmitte 2011 das NHeimG. Die Parallelität von sozialhilferechtlichen Ansprüchen des

Sozialhilfeträgers gegenüber dem Leistungserbringer und von zivilrechtlichen (heimvertraglichen) Ansprüchen des Hilfeempfängers/Heimbewohners direkt gegenüber dem Leistungserbringer ändert aber nichts daran, dass der sozialhilferechtliche Anspruch ein Sachleistungsverschaffungsanspruch ist, auf den der Hilfeempfänger keinen unmittelbaren Einfluss hat. Diesen systematischen Vorgaben entsprechen die gesetzlichen Regelungen über die Verpflichtung des Leistungserbringers: Die Leistungsvereinbarung nach § 75 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 SGB XII legt im Verhältnis zwischen Sozialhilfeträger und Leistungserbringer gem. § 76 Abs. 1 SGB XII den Leistungsstandard fest, die Prüfungsvereinbarung nach § 76 Abs. 3 SGB XII, die Grundsätze und Maßstäbe für die Wirtschaftlichkeit und Qualitätssicherung der Leistungen, Rahmenverträge nach § 79 SGB XI zwischen den überörtlichen Trägern der Sozialhilfe und den Spitzenverbänden der Einrichtungsträger. Sie geben nur Vorgaben für die Verträge nach § 75 Abs. 3 SGB XII. Das SGB XII regelt also wie das SGB V keine unmittelbaren Ansprüche des Hilfeempfängers gegen den Leistungserbringer. Er ist an den (Rahmen-)Verträgen und deren Umsetzung nicht beteiligt. Die Verträge der §§ 75, 76 und 81 SGB XII erstrecken sich nicht auch auf die Mitarbeiter des Leistungserbringers.

2.3.

Das SGB XI regelt für die voll stationäre Pflege, dass Pflegebedürftige einen „Anspruch auf Pflege in vollstationären Einrichtungen“ haben, „wenn häusliche oder teilstationäre Pflege nicht möglich ist oder wegen der Besonderheit des einzelnen Falles nicht in Betracht kommt“. § 43 Abs. 2 SGB XI beschränkt die Leistungsverpflichtung der Pflegekasse auf Pauschalbeträge, die von der Pflegestufe abhängt. Das legt die Annahme nahe, dass das SGB XI jedenfalls für die stationäre Pflege einen Geldleistungsanspruch regelt und keinen Sachleistungsanspruch. Das lässt auf den ersten Blick darauf schließen, dass § 43 SGB XI für die stationäre Pflege einen Geldleistungsanspruch regelt. Die herrschende Meinung (Udsching, SGB XI, 3. Auflage, § 43, Rn. 3; Reimer bei Hauck/Wilde, SGB XI, K § 43, Rn. 7; Leitherer in Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 43 SGB XI, Rn. 11) leitet allerdings aus dem Zusammenhang zwischen § 43 SGB XI und den entsprechenden Vorschriften des Leistungserbringungsrechts, insbesondere den §§ 83, 84 SGB XI her, dass der Pflegebedürftige gegenüber der Pflegekasse bei vollstationärer Pflege ebenfalls einen

Sachleistungsanspruch hat, der durch unmittelbare Zahlungen des der Pflegekasse an den Leistungserbringer erfüllt wird. Die Regelungen des § 43 Abs. 2 Satz 2 SGB XI über die zu zahlenden Höchstbeträge stellt lediglich eine Höhenbegrenzung der im Rahmen der Sachleistungspflicht geschuldeten Zahlungen an den Einrichtungsträger dar. Nach § 36 Abs. 1, Sätze 5 + 6 SGB XI werden auch ambulante Betreuungsleistungen als Sachleistungen behandelt (Udsching, aaO, § 36, Rn. 9; Leitherer, aaO, § 36, SGB XI, Rn. 13). Damit gibt das SGB XI für den größten Teil der von ihm ermöglichten Leistungen, also für alle stationären Ansprüche und für die meisten ambulanten Ansprüche, ebenfalls das Sachleistungsprinzip vor, das für das SGB V immer schon gegolten hat und für das SGB XII jedenfalls seit den Urteilen des BSG vom 28.10.2008. Der Pflegebedürftige hat keine pflegeversicherungsrechtlichen Ansprüche auf Leistungsstandards und Qualitätskontrolle bzw. -sicherung gegen den Leistungserbringer. Sie stehen nur der Pflegekasse zu. Sie schließt mit dem Leistungserbringer gem. § 73 SGB XI Versorgungsverträge ab und gem. § 82 SGB XI Vergütungsvereinbarungen. Die Verträge zwischen den Pflegekassen und den Leistungserbringern richten sich gem. § 75 SGB XI nach Rahmenverträgen und Vereinbarungen, an denen die Verbände der Pflegekassen, der Medizinische Dienst der Krankenversicherung und die Verbände der Leistungserbringer beteiligt sind. Bei Nichteinigung über die Höhe der Vergütung entscheidet nach § 85 Abs. 5 SGB XI die Schiedsstelle, deren Mitglieder von den Pflegekassen um den Leistungserbringer entsandt werden. Darüber hinaus können die Landesverbände der Pflegekassen und der Einrichtungsträger gem. § 86 SGB XI eine Pflegesatzkommission bilden. Die Qualitätskontrolle und Qualitätssicherung übertragen die §§ 112 – 116 SGB XI Institutionen der Pflegekassen und der Pflegeheime unter Einschaltung des MDK. Die Institutionen der Qualitätssicherung werden gegenüber den Einrichtungsträgern tätig. Die Pflegebedürftigen werden nicht beteiligt. Die Tatsache, dass die Pflegebedürftigen bei der stationären Pflege heimvertragliche Beziehungen zu den Leistungserbringern haben, berücksichtigt § 117 SGB XI lediglich dadurch, dass er eine Zusammenarbeit zwischen den Landesverbänden der Pflegekasse und den Medizinischen Dienst einerseits mit den Heimaufsichtsbehörden vorschreibt. Eine Beteiligung der Pflegebedürftigen an dieser Zusammenarbeit ist durch das SGB XI ebenso wenig vorgesehen wie im Bundes- und Landes-Heimrecht.

2.4.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass für die Leistungsbereiche SGB V, SGB XII und SGB XI, in denen Pflegekräfte tätig sind, die Bundesleistungsgesetze sehr ins Einzelne gehende Vorschriften für die Qualitätssicherung und –kontrolle enthalten. Für ihren Regelungsbereich besteht keine landesrechtliche Kompetenz (mehr). Das Land Niedersachsen könnte also mangels eigener Regelungskompetenz keine Pflegekammer gründen mit der Aufgabenstellung, die Qualitätssicherung und -kontrolle zu übernehmen. Es trifft zu, dass die Leistungskontrolle nach dem SGB V, dem SGB XII und dem SGB XI sich im Wesentlichen auf die Leistungserbringer erstreckt, von dem Niedersächsischen Pflegerat als „Institutionen“ benannt. Das ist konsequent, weil den Leistungsgesetzen überwiegend das Sachleistungsprinzip zugrunde liegt und die Leistungsverpflichteten ihre Schuld gegenüber den Leistungsberechtigten durch Leistungserbringer erfüllen. Das ändert aber nichts an der Tatsache, dass sich die bundesgesetzlich vorgeschriebene Leistungskontrolle auf die Arbeit der Pflegenden erstreckt, die ja „für die Leistungserbringer leisten“. Die mit der Formulierung des Landespflegerates verbundene Unterstellung, dass die Leistungskontrolle nach dem SGB V, dem SGB XII und dem SGB XI sich nicht auf die Leistungen der Pflegenden erstrecken, ist damit unrichtig.

II. Normatives Ermessen

Das BVerfG spricht bereits in seiner Entscheidung vom 29.07.1959 („Großer Erft-Verband“, aaO, S. 102) davon, dass dem Gesetzgeber bei der Entscheidung über die Errichtung eines Pflichtverbandes und die Übertragung öffentlicher Aufgaben an den Pflichtverband ein Ermessen zusteht. In seinem Urteil vom 18.12.1974 („Arbeitnehmerkammern“, S. 303) spricht das BVerfG von der „grundsätzlich bestehenden Freiheit des Staates, nach seinem Ermessen durch öffentlich-rechtliche Körperschaften mit Zwangsmitgliedschaft wahrnehmen zu lassen.“ Im neueren Beschluss vom 07.12.2001, in dem das BVerfG seine in früheren Entscheidungen aufgestellten Grundsätze zur Industrie- und Handelskammer bestätigt und wiederholt, ist schließlich davon die Rede, dass dem Gesetzgeber eine „genügende

Gestaltungsfreiheit“ einzuräumen ist, „damit er seine Aufgaben angemessen wahrnehmen kann“ (aaO, S. 336). Es handelt sich dabei um ein „normatives Ermessen“ (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Auflage, § 40, Rn. 5; Ziekow, VwVfG, § 40, Rn. 4) für das zwar § 40 VwVfG nicht unmittelbar anwendbar ist, für das aber bei einer Normenkontrolle vergleichbare Gesichtspunkte gelten. Hierzu hat der Niedersächsische Staatsgerichtshof in seinem Urteil vom 16.05.2001 (StGH 6/99 u.a., „Göttingen-Urteil“, Nds.VBl. 2001, 184, 192 den Grundsatz aufgestellt, dass „gerade Entscheidungen im Rahmen des legislativen Gestaltungsspielraumes einer plausiblen und nachvollziehbaren Begründung bedürfen.“ Auf dieser Grundlage hat er das Landesgesetz über die Aufgabenverteilung zwischen der Stadt und dem Landkreis Göttingen und den im Zusammenhang damit getroffenen Kostenregelungen aufgehoben, weil „eine nachvollziehbare Begründung für diese finanzausgleichsrechtliche Behandlung der Stadt Göttingen ... nicht ersichtlich“ sei. Das normative Ermessen, also der legislative Gestaltungsspielraum bei der Entscheidung des Landesgesetzgebers über die Gründung einer Pflegekammer, die Bestimmung ihrer (Pflicht-)Mitglieder und die Zuweisung von Aufgaben ist nach unterschiedlichen Aspekten anzunehmen. Das macht vor allem das Urteil des BVerwG vom 21. Juli 1998 (1 C 32.97, E 107, 169, 175) deutlich: In dem Verfahren war gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eine Pflichtmitgliedschaft in einer Industrie- und Handelskammer ins Feld geführt worden, dass die zur Mitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer verpflichteten Mitglieder „eine inhomogene Gruppe“ darstelle, so dass die „Wahrnehmung eines Gesamtinteresses der Pflichtmitglieder... aufgrund der Unterschiedlichkeit der wirtschaftlichen Betätigungen und der Gegensätzlichkeiten bestimmter Einzelinteressen“ sich „als bloße Fiktion“ darstelle. Diesem Einwand ist das BVerwG nicht weiter nachgegangen mit der Begründung „es liegt im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, ein Gesamtinteresse der Mitglieder anzunehmen, obwohl die die Pflichtmitgliedschaft begründende Gewerbesteuerpflicht an zum Teil recht unterschiedliche wirtschaftliche Betätigungen anknüpft“. Im Unterschied dazu spricht das BVerfG in den meisten seiner Entscheidungen zu Organisationsformen mit Pflichtmitgliedschaft davon, dass den Gesetzgebern ein Ermessen auch und gerade im Hinblick auf die Zweckmäßigkeit der von ihm getroffenen Entscheidung zuzubilligen sei.

Geht man hiernach davon aus, dass § 40 VwVfG auf das normative Ermessen des

Gesetzgebers beim Erlass förmlicher Gesetze, aber auch beim Erlass von Rechtsverordnungen und Satzungen (Ziekow, aaO) nicht unmittelbar anwendbar sei, dort jedoch ähnliche Grundsätze gelten (Sachs bei Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Auflage, § 40, Rn. 48), bietet sich als Parallele das Abwägungsgebot an, das in § 1 Abs. 7 BauGB für die Aufstellung von Bebauungsplänen ausdrücklich normiert ist, das aber als Ausfluss des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips zu behandeln ist (BVerwG, U.v. 30.04.1969, 4 C 6.68, BRS 22 Nr. 3). Für das baurechtliche Abwägungsgebot hat das BVerwG in seinem Urteil vom 12.12.1969 (4 C 105.68, E 34, 301) folgende Grundsätze entwickelt: Es sind alle Belange zu ermitteln und zusammenzustellen, die durch die gesetzgeberische Entscheidung betroffen werden können. Soweit diese nicht allgemein bekannt sind, muss eine weitere Sachverhaltsaufklärung ggf. unter Einholung eines Sachverständigengutachtens erfolgen, wie das BVerwG seine Entscheidung vom 24.10.2002 zum AltPflG mit der Einholung des Gutachtens Landenberger/Görres (aaO, S. 103) verfahren ist. Soweit die Ausübung des Gestaltungsspielraums und des Ermessens sich nicht nur auf gegenwärtige Tatsachen beschränken soll, sondern die zukünftige Entwicklung einbeziehen sollen, müssen an die Ermittlung Tatsachenprognosen angeschlossen werden. Die festgestellten und prognostizierten Tatsachenannahmen sind schließlich in einem letzten Schritt zu gewichten, um daran die Ermessensausübung anzuschließen. Diese Grundsätze des BVerwG für die Umsetzung des gesetzlichen Abwägungsgebotes als Konkretisierung des allgemein geltenden Rechtsstaatsprinzips sind auch heute noch Stand von Rechtsprechung und Literatur (z.B. Gaentzsch, Berliner Kommentar zum BauGB, 3. Auflage, § 1, Rn. 79 – 81; Söfker bei Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 1, Rn. 71 – 185). Sie sind auch für den hier geltenden legislativen Gestaltungsspielraum und das normative Ermessen entsprechend anzuwenden, das dem niedersächsischen Gesetzgeber bei einer Entscheidung über die Gründung einer niedersächsischen Pflegekammer, die Bestimmung seiner Pflichtmitglieder und die Zuweisung von Aufgaben zuzubilligen wäre.

Auf dieser Grundlage ist für die Ausübung des legislativen Gestaltungsspielraums und normativen Ermessens für eine Entscheidung über die Einrichtung einer Niedersächsischen Pflegekammer, die Bestimmung ihrer Pflichtmitglieder und die Zuteilung von öffentlichen Aufgaben folgendes zu beachten:

1.

Der Aufgabenkatalog, der von den beiden Landtagsfraktionen, dem Deutschen und dem Niedersächsischen Pflegerat genannt wird, um die Gründung einer Niedersächsischen Pflegekammer zu rechtfertigen und ihr „legitime öffentliche Aufgaben“ im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG zuzuordnen, würde sich erheblich verkleinern. Die Aufgabenkreise der Qualitätssicherung, der Aus-, Fort- und Weiterbildung würden wegen des Primats der bundesrechtlichen Regelungen sowohl für die grundsätzliche Rechtfertigung einer Niedersächsischen Pflegekammer als auch für die Aufgabenzuteilung nicht zur Verfügung stehen. Das gleiche würde gelten für den Aspekt „Schutz der Pflegebedürftigen“, „Entwicklung beruflicher Richtlinien und Standards für das Berufsbild Pflege“, „Lizensierung und Registrierung der Berufsangehörigen durch Abnahme des pflegerischen Staatsexamens“ und „Erarbeitung einer einheitlichen und verbindlichen Ausbildungs- und Weiterbildungs- bzw. Fortbildungsordnung“ aus dem Katalog der SPD-Fraktion. In die gesetzgeberische Abwägung wäre einzustellen, ob die verbleibenden denkbaren Aufgaben aus dem vorliegenden Katalogen der beiden Landtagsfraktionen und der beiden Pflegeräte ausreichen könnten, um die Gründung einer Niedersächsischen Pflegekammer mit Pflichtmitgliedschaft zu rechtfertigen. Es wäre die Frage zu erörtern und zu bescheiden, ob wegen der mangelnden Verfügbarkeit der genannten Aufgabenkreise die Pflichtmitgliedschaft in eine Pflegekammer unverhältnismäßig ist, weil gewichtige denkbare Vorteile entfallen.

2.

Eine Selbstverwaltungsorganisation mit Pflichtmitgliedschaft muss nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG in der Lage sein, die ihr übertragene „legitimen öffentlichen Aufgaben“ effektiv wahrzunehmen. Nur dann ist die Freiheitseinschränkung und sind die finanziellen Belastungen, die mit der Pflichtmitgliedschaft in einem solchen Verband verbunden sind, verhältnismäßig und zumutbar. Anderenfalls wären die mit einer Pflichtmitgliedschaft verbundenen Nachteile nicht zu rechtfertigen. Ihnen stehen keine Vorteile für die Pflichtmitglieder gegenüber, die die Nachteile überwiegen. Die Ziele, die die beiden Landtagsfraktionen und die beiden Pflegeräte mit der von ihnen angestrebten Bildung einer Niedersächsischen Pflegekammer verfolgen, würden, lässt man die im Wesentlichen

nicht delegierbaren Ziele der Qualitätssicherung und -kontrolle sowie der Aus-, Fort- und Weiterbildung außer Betracht, sehr gut auf privater Initiative wahrgenommen werden können. Ein darüber hinausgehendes gesteigertes öffentliches Interesse an der Bildung einer Selbstverwaltungsorganisation mit Pflichtmitgliedschaft ist nicht ersichtlich. Die zuständigen Gewerkschaften und die in den beiden Pflegeräten zusammengeschlossenen Interessenverbände haben die Legitimation, die individuellen Interessen der Pflegemitarbeiter gegenüber den Einrichtungsträgern effektiv zu vertreten. Vor einer gesetzlichen Entscheidung über eine Niedersächsische Pflegekammer wäre dieser Sachverhalt ebenfalls weiter zu erforschen und die damit verbundenen Probleme in das normative Ermessen einzustellen.

3.

Für das Bundesverfassungsgericht ist in mehreren Entscheidungen der Bestandsschutz für bestehende Verhältnisse und die Tradition einer Selbstorganisationsform von erheblicher Bedeutung. Seine Ausführungen im Urteil vom 18.12.1974 („Arbeitnehmerkammern“, aaO, S. 310) machen deutlich, wie wichtig für das BVerfG die Tatsache war, dass die Arbeitnehmerkammern in den Bundesländern Bremen und Saarland bereits Tradition hatten und nur um ihr „weiteres Bestehen“ gestritten wurde. Ähnliches gilt für die Entscheidung vom 13.10.1971 (1 BvR 280/66, Handwerkskammer, E 32, 54, 104) und für die Organisationsformen der Industrie- und Handelskammern und Jagdgenossenschaften. Das ist nachvollziehbar. Die bisherigen Mitglieder der Arbeitnehmerkammern Bremen und Saarland, der Handwerkskammern, Industrie- und Handelskammern und Jagdgenossenschaften sind kraft Tradition und Überlieferung an die Pflichtmitgliedschaften in die Selbstorganisationsformen gewöhnt. Sie haben die Vorteile ihrer Selbstorganisationen genossen und wahrgenommen. Das ist bei einer neu zu gründenden Pflegekammer anders. Hier würde in einem seit langem bestehenden Berufsstand eine neue Organisationsform eingeführt werden.

Gegenüber den Selbstverwaltungsorganisationsformen mit Pflichtmitgliedschaft, die sich traditionell entwickelt haben, würde eine Niedersächsische Pflegekammer Neuland betreten. Es gibt, sieht man von den Kammern für die Heilberufe nach dem HKG ab, keine Vorbilder

für vergleichbare Fälle. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die aufgrund des HKG gegründeten Kammern für die Heilberufe ausschließlich freie Berufe und Unternehmer betreffen, während die angestrebte Pflegekammer fast ausschließlich abhängige Mitarbeiter erfassen soll.

Bei der Abwägung dieser Umstände können der bisherige Organisationsgrad und die Intensität des dokumentierten Interesses der Pflegenden nicht unberücksichtigt bleiben. Nach Informationen der beiden Pflegeräte und der in ihnen zusammengeschlossenen Interessenverbände ist nicht einmal deren Angebot einer unentgeltlichen Registrierung aller Pflegekräfte in nennenswertem Umfang angenommen worden. Von den etwa 1,2 Millionen Pflegekräften sollen nur 9.000 von diesem Angebot Gebrauch gemacht haben. Das lässt darauf schließen, dass die überwiegend große Mehrheit der Pflegekräfte mit ihrer Repräsentation und Vertretung durch die Gewerkschaften und die in den Pflegeräten zusammengeschlossenen Interessenverbänden zufrieden ist und dass sie mit dem Berufsbild gut leben kann, das aufgrund des SGB V, des SGB XII und des SGB XI und den dort für die Berufe geregelten Zulassungs- und Tätigkeitsvoraussetzungen gut leben können. Für eine gegenteilige Annahme fehlen bisher alle Anhaltspunkte. Es ist auffällig, dass die beiden Pflegeräte und die in ihnen zusammengeschlossenen Interessenverbände bisher keine Mitgliederzahlen genannt haben und damit auch keine repräsentativen Meinungsbilder der im Bundesgebiet und/oder in Niedersachsen tätigen Pflegekräfte vorlegen können.

Auf der Grundlage dieses Sachverhalts wäre es jedenfalls für eine einwandfreie Ausübung des legislativen Gestaltungsspielraums und des normativen Ermessens erforderlich, jedenfalls aber sinnvoll, eine Umfrage unter den in Niedersachsen tätigen Pflegekräften durchzuführen. Den zu befragenden Pflegenden müsste vor Augen geführt werden, welche Vor- und Nachteile eine Pflegekammer mit Pflichtmitgliedschaft für sie hätte. Nur so könnte ein einigermaßen repräsentatives Meinungsbild erreicht werden, das für die gesetzgeberische Ermessensentscheidung nicht ohne Bedeutung bleiben kann.

4.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG wäre mit einer Pflichtmitgliedschaft

in einer niedersächsischen Pflegekammer die Verpflichtung verbunden, Kammerbeiträge zu zahlen. Nach dem Vorbild von § 7 HKG würde eine Niedersächsische Pflegekammer ihr Haushaltswesen durch eigene Haushalts- und Kassenordnung regeln. Kammerbeiträge wären den allgemeinen Grundsätzen des Abgaben- und Beitragsrechtes unterworfen, also insbesondere dem Äquivalenz- und dem Gleichheitsprinzip. Im Grundsatz sollte angestrebt werden, dass die einen eigenen Haushaltswesen betraute Pflegekammer ihre Aufwendungen durch die Beiträge ihrer (Pflicht-)Mitglieder decken kann.

In diesem Zusammenhang sind bei der normativen Ermessensausübung die besonderen Verhältnisse der Pflegeberufe zu berücksichtigen, auf die das BVerfG in seinem Urteil vom 24.10.02 hinweist. Es ist zu berücksichtigen, dass die überwiegende Anzahl der in Niedersachsen tätigen Pflegekräfte weiblichen Geschlechts sind. Es gibt einen besonders hohen Anteil von Teilzeitkräften. Das BVerfG entnimmt in seinem Urteil zum Altenpflegegesetz den von ihm ausgewerteten statistischen Zahlen die auffällige Tatsache, dass sehr viele Pflegekräfte nicht lange in ihrem Beruf tätig bleiben. Es ist also davon auszugehen, dass auch relativ niedrige Kammerbeiträge die zur Mitgliedschaft in einer Pflegekammer verpflichteten Pflegenden stärker belastet würden als Angehörige anderer Berufe, weil die Gehälter der Pflegenden erfahrungsgemäß sehr niedrig sind. Das gilt insbesondere für Teilzeitbeschäftigte.

Diese Umstände machen es erforderlich, vor der Entscheidung über die Bildung einer Niedersächsischen Pflegekammer prognostisch zu ermitteln,

- mit wie vielen Mitgliedern eine Pflegekammer in Niedersachsen rechnen könnte,
- welcher Aufwand für die Erfüllung der der Pflegekammer übertragenen Tätigkeiten verbunden wären,
- welches Budget der Pflegekammer also durch Beiträge ihrer Pflichtmitglieder zu finanzieren wäre.

Der Niedersächsische Pflegerat geht von einer monatlichen Beitragsbelastung in Höhe von 5,00 € aus, ohne dass diese Annahme mit auch nur groben Schätzungen substantiiert unterlegt wäre. Für eine einwandfreie Ausübung des normativen Ermessens erscheint es notwendig, dass eine lebensnahe Prognose über die zu erwartenden Aufwendungen und damit verbundenen Beitragsbelastungen durchgeführt wird.

5.

Eine gesetzgeberische Entscheidung über eine Pflegekammer in Niedersachsen müsste sich auch darauf erstrecken, unter welchen Voraussetzungen Pflichtmitgliedschaften begründet werden sollten und wovon deren Aufrechterhaltung abhängen sollte. In diesem Zusammenhang sind folgende Umstände in die Abwägung einzustellen:

5.1.

Es wäre zu entscheiden, ob alle nach den Regelungen des KrPflG und AltPflG zugelassenen Pflegekräfte Pflichtmitglieder werden sollen oder ob auch die Pflegehelfer Pflichtmitglieder der Pflegekammer werden sollten. Das BVerfG hat in seinem Urteil vom 24.10.2002 (aaO, S. 104) entschieden, dass unter den Begriff der Heilberufe nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG nur die Fachkräfte fallen, nicht aber die Helfer. Das aber muss nicht zwangsläufig zur Folge haben, dass auch nur die Fachkräfte und nicht die Helfer Pflichtmitglieder einer Pflegekammer werden müssen. Geht man davon aus, dass die Gründung einer Pflegekammer in Niedersachsen durch die bisher nicht anderweitig erfüllten legitimen öffentlichen Aufgaben gerechtfertigt ist und dass mit der Tätigkeit einer Pflegekammer in Niedersachsen Vorteile für die Pflegenden verbunden wären, die ihre Pflichtmitgliedschaft und Beitragspflicht rechtfertigt, dann würde das nicht für die Fachkräfte gelten, sondern auch für die Angehörigen der Helferberufe. Darauf weist Herr Prof. Dr. Igl (aaO, S. 111) zutreffend hin. Diese Frage müsste jedenfalls Gegenstand einer normativen Abwägung sein.

5.2.

Dem Niedersächsischen Pflegerat schwebt vor, die Pflichtmitgliedschaft in der angestrebten Pflegekammer von der Berufszulassung abhängig zu machen. Auf den Umfang der

Berufstätigkeit und auf das damit verbundene Einkommen aus einem Pflegeberuf möchte der Niedersächsische Pflegerat nicht abstellen. Ein solches System würde von der gesetzlichen Regelung in § 2 Abs. 2 HKG abweichen. Nach ihr haben Kammermitglieder, „die ihre Berufstätigkeit in Niedersachsen vorübergehend oder auf Dauer einstellen und berechtigt bleiben, ihren Beruf weiterhin auszuüben“, die Möglichkeit, die Mitgliedschaft in einer Kammer für die Heilberufe durch Verzicht zu beenden. Sie bleiben trotz Aufgabe ihrer Berufstätigkeit nur bis zur Erklärung des Verzichts Pflichtmitglieder. Da das Recht einer Kammer zur Erhebung eines Beitrages von dem Äquivalenz- und Gleichheitsgrundsatz beherrscht sein muss, würde nur eine entsprechende Regelung einer gerichtlichen Prüfung standhalten. Aus den gleichen Gründen wäre zu fordern, dass die Höhe eines Beitrages von dem Umfang der (fach-)beruflichen Tätigkeit abhängig zu machen wäre. Eine leitende Vollzeitkraft würde durch eine Beitragszahlung nicht so stark belastet werden wie eine Helferin mit Teilzeittätigkeit.

5.3.

In Niedersachsen wie in den meisten anderen Bundesländern ist eine größere Anzahl von Pflegekräften und Helfern aus Mitgliedsländern der EU tätig. Bei der Ausübung des normativen Ermessens ist die Frage zu stellen und zu beantworten, ob und unter welchen Voraussetzungen und Bedingungen nichtdeutsche Pflegekräfte und evtl. Helfer Pflichtmitglieder einer Niedersächsischen Pflegekammer werden sollen. Dabei sind vor Ausübung des normativen Ermessens die zwingenden EU-Vorgaben der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV), der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 57 Abs. 3 AEUV) zu berücksichtigen. Nach Art. 52 AEUV wird man davon ausgehen müssen, dass der Rechtfertigungsgrund Gesundheit nicht als Rechtfertigung für eine Pflichtmitgliedschaft in einer deutschen Kammer greift (Bröhmer bei Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage, 2011, Art. 52, Rn. 3). Damit bliebe als Rechtfertigungsgrund nur ein zwingender Grund des Allgemeininteresses im Sinne von Art. 62 AEUV. Außerdem könnte ins Feld geführt werden, dass nach § 1 a AltPflG und § 1 Abs. 2 KrpflG bei einer vorübergehenden Dienstleistung eines nichtdeutschen Pflegenden im Sinne von Art. 50 EG-Vertrag eine Kammermitgliedschaft nicht in Betracht käme (Igl, aaO, S. 111).

Diese Umstände sind vor allem unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes bei einer einwandfreien normativen Ermessensausübung zu berücksichtigen.

C. Abwehrmöglichkeiten

Eine Pflegekammer in Niedersachsen mit Pflichtmitgliedschaft und Pflichtbeiträgen ist nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG nur innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung zulässig. Sie muss für die Erfüllung der ihr übertragenen legitimen öffentlichen Aufgaben geeignet sein. Ihre Gründung, die mit ihr verbundene Pflichtmitgliedschaft und Beitragslast müssen verhältnismäßig und zumutbar sein. Die gesetzgeberischen Entscheidungen müssen auf einer einwandfreien Ausübung des normativen Ermessens beruhen. Das gleiche gilt für die Festlegung der Pflichtmitgliedschaft und die Festsetzung der Beitragshöhe.

Sind diese Vorgaben der Rechtsprechung nicht erfüllt, dann wäre entweder die Pflichtmitgliedschaft oder (nur) die Heranziehung zu Kammerbeiträgen rechtswidrig. Die Gründung einer Pflegekammer mit Pflichtmitgliedschaft und Beitragspflicht, die die von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts aufgezeigten Grenzen der verfassungsmäßigen Ordnung nicht einhält, würde in das Grundrecht der Pflichtmitglieder nach Artikel 2 Abs. 1 GG eingreifen. Das wirft folgende Fragen der Abwehrmöglichkeiten, des Rechtsschutzes und der möglichen Folgen einer gerichtlichen Überprüfung auf:

1.

Greifen die landesgesetzlichen Regelungen in Grundrechte der Personen ein, die Pflichtmitglieder der neuen Pflegekammer werden und deren Aufwendungen durch Beiträge zahlen müssen, ist ihre Aktiv-Legitimation zur Geltendmachung von Abwehrrechten eindeutig. Sie können mit dem einschlägigen Rechtsbehelf die Eingriffe in ihre geschützten Rechtspositionen abwehren.

Es ist darüber hinaus zu prüfen, ob die Gründung einer Pflegekammer und die Zuweisung von Aufgaben, die bisher durch andere Organisationen wahrgenommen werden (können) auch bei diesen die Befugnis zur Erhebung von Rechtsbehelfen, also zur Geltendmachung von Abwehrrechten auslösen kann. Zu denken ist dabei vor allem an die Gewerkschaften, bei denen die Pflegenden Mitglieder werden können und dies es sich zur Aufgabe gemacht haben, die Interessen der Pflegenden als Arbeitnehmer vor allem gegenüber ihren Arbeitgebern zu vertreten. Man könnte außerdem an die Interessenverbände der Leistungserbringer denken, also der gemeinnützigen und privaten Erbringen von Leistungen nach dem SGB V, dem SGB XII und dem SGB XI. Schließlich könnte man denken an die Interessenverbände und Organisationen der Kranken- und Pflegekassen, denen von dem SGB V, dem SGB XII und dem SGB XI Aufgaben und Funktionen nicht nur der Qualitätssicherung und -kontrolle übertragen worden sind, sondern die von den drei Leistungsgesetzen auch zum Abschluss von Landesrahmenverträgen und zur Aufstellung von Richtlinien befugt worden sind, deren Verbindlichkeiten überwiegend von einer freiwilligen, vertraglichen Unterwerfung abhängt, die aber zu einem kleinen Teil durch Bundes- oder Landesgesetze Allgemeinverbindlichkeit erhalten.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in seinem Beschluss vom 18.12.1974 zu den Arbeitnehmerkammern Bremen und Saarland mit der Betroffenheit von derartigen Organisationen befasst (aaO, S. 303/304):

„Die grundsätzlich bestehende Freiheit des Staates, nach seinem Ermessen öffentliche Aufgaben durch öffentlich-rechtliche Körperschaften mit Zwangsmitgliedschaft wahrnehmen zu lassen, erfährt ... eine gewisse Einschränkung. Bei echter Konkurrenz der solchen Körperschaften zugeordneten Aufgaben mit solchen, die von frei gegründeten Vereinigungen ebenso gut erfüllt werden können, kann der in der Pflichtmitgliedschaft liegende Eingriff in die Freiheit des Einzelnen sich als übermäßig, weil nicht unbedingt erforderlich, und deshalb als verfassungswidrig erweisen. Dieses Bedenken ist noch nicht dadurch ausgeräumt, dass durch die Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft die Gründung eines privatrechtlichen Verbandes mit paralleler Zielsetzung rechtlich nicht behindert wird. Es

müsste bereits als verfassungswidrig angesehen werden, wenn eine durch staatlichen Hoheitsakt gegründete Körperschaft dem freien Verband eine Tätigkeit, die er im Rahmen seiner Zielsetzung legitimer Weise ausübt, faktisch unmöglich macht. Dies gilt besonders im Verhältnis zu den Koalitionen; denn von der Verfassung her haben sie eine institutionelle und funktionelle Garantie erhalten (BVerfGE 28, 295, 304), und in zahlreichen Gesetzen sind ihnen Mitwirkungsrechte im öffentlichen Leben gesichert."

Im Falle der Arbeitnehmerkammern Bremen und Saarland hat das Bundesverfassungsgericht diese von ihm aufgeworfenen Fragen am Beispiel der Gewerkschaften geklärt, bei denen die Arbeitnehmer in den Bundesländern Bremen und Saarland Mitglied waren oder werden konnten, die nunmehr zur Pflichtmitgliedschaft in den beiden Arbeitnehmerkammern der Bundesländer verpflichtet waren. Es hat eine „echte Konkurrenz“ in dem von ihm dargelegten Sinne zwischen den Arbeitnehmerkammern und den Gewerkschaften verneint. Die Gewerkschaften könnten sich „nur dann unter Berufung auf Art 9 Abs. 3 GG gegen die Errichtung und Betätigung anderer Vertretungskörperschaften“ in ihrem Bereich nur wehren, „wenn solche Körperschaften die Wirkungsmöglichkeiten oder sogar den Bestand der Gewerkschaften beeinträchtigen“. Das verneint das Bundesverfassungsgericht, indem es darauf verweist, dass die von den Landesgesetzen Bremen und Saarland den Arbeitnehmerkammern übertragenen Funktionen nicht identisch sind mit den Befugnissen der Gewerkschaften. Diese „sind nach ihrem Ursprung Kampfverbände, entstanden aus dem Gegensatz zu den Arbeitgebern, denen gegenüber die Ansprüche der abhängigen Arbeitnehmer auf gerechten Lohn und angemessene Arbeitsbedingungen durchzusetzen waren“. Die von den Bundesländern Bremen und Saarland den Arbeitnehmerkammern übertragenen Funktionen unterscheiden sich nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts von diesen überkommenen gewerkschaftlichen Funktionen grundlegend:

„Die Initiative zu ihrer Gründung ist in Bremen wie im Saarland vom Staat ausgegangen. Er wollte sich in ihnen ein Organ schaffen, das ihm helfen sollte, die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Lage der sozialen Gruppen der in abhängiger

Arbeit Tätigen von einem neutralen, objektiven – d.h. nicht von vornherein interessenbestimmten – Standpunkt aus zu sehen und auf der so gewonnenen Grundlage die zur Wahrung und Förderung der Interessen dieser Gruppe erforderlichen Maßnahmen in Abstimmung mit den Interessen der übrigen Bevölkerungsgruppen zu treffen. ... Der Blick der Kammern soll nach der Intension des Gesetzgebers stets auf die Interessen der Arbeitnehmerschaft im Ganzen gerichtet sein; das verbindende bei dieser Gruppe ist die soziale Stellung als Arbeitnehmer, ohne Rücksicht, bei welchem Arbeitgeber gearbeitet wird. ... Die Kammerarbeit ist immer auf das Ganze von Staat und Gesellschaft bezogen, nicht auf einen sozialen „Gegner“.

Diese Grundsätze lassen sich auf die Betroffenheit der Gewerkschaften in Niedersachsen übertragen, in denen Pflegende Mitglieder werden können. Insoweit ist die „Konkurrenzsituation“ fast identisch mit der vom Bundesverfassungsgericht zu den Arbeitnehmerkammern in den Bundesländern Bremen und Saarland behandelten. Für die anderen in Betracht kommenden Interessenverbände erfordert die Beantwortung der aufgeworfenen Frage nach einer „echten Konkurrenz“ und einer Bedrohung ihres Bestandes im Sinne der Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts eine etwas differenziertere Betrachtung:

- a) Für die Organisationen, denen die drei Leistungsgesetze, also Bundesrecht, konkrete öffentlichen Aufgaben übertragen haben, scheidet eine „echte Konkurrenz“ zu einer Pflegekammer aus, weil dem Land Niedersachsen aufgrund der obigen Ausführungen zu B.I. nicht die Kompetenz zusteht, einer von ihm gegründeten Pflegekammer identische Funktionen zu übertragen.
- b) Soweit dem Landesgesetzgeber die Kompetenz zusteht, einer von ihm gegründeten Pflegekammer Funktionen zu übertragen, die bisher von anderen Organisationen wahrgenommen werden, ohne dass dies auf ausdrücklicher bundesrechtlicher Aufgabenzuweisung geschieht, ist die Konstellation mit denen der Gewerkschaften vergleichbar. Die Aufgabenstellungen sind nicht identisch. Insbesondere beruhen sie

auf unterschiedlichen Motiven. Die Krankenhausgesellschaft nimmt z.B. Interessen der Krankenhäuser wahr, die Interessenverbände der gemeinnützigen und privaten Leistungserbringer die Interessen ihrer Mitglieder. Die Pflegekammer hätte nach dem Interesse an ihrer Gründung die Berufs- und Interessenvertretung der Pflegenden wahrzunehmen. Es besteht also keine Identität der wahrzunehmenden Interessen. Es kann daher offen bleiben, ob und inwieweit die Interessenverbände neben der Interessenvertretung auch legitime öffentliche Aufgaben wahrnehmen.

Insgesamt wird bei einer entsprechenden Aufgabengestaltung der Pflegekammer mit den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil vom 18.12.1974 (Arbeitnehmerkammern) eine „echte Konkurrenz“ der anderen Verbände zu verneinen sein. Das würde dazu führen, dass ihre durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Rechtspositionen nicht beeinträchtigt wären und sie keine Abwehrrechte hätten. Der Vollständigkeit halber ist aus der Position eines langjährig auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts tätigen Anwalts darauf hinzuweisen, dass die fehlende individuelle Befugnis zur Geltendmachung von Abwehrrechten relativ einfach durch eine Zusammenarbeit zwischen einem an sich nicht selbst abwehrberechtigten Interessenverband und einem von ihm ausgesuchten Pflegenden überbrückt werden kann. Wenn also die Krankenhausgesellschaft oder ein anderer Interessenverband von Leistungserbringern die Geltendmachung von Abwehrrechten durch einen Pflegenden unterstützt, wäre dagegen nach dem Stand der Rechtsprechung nichts einzuwenden.

2.

Abwehrmöglichkeiten eines durch die Gründung einer Pflegekammer in seinen Rechten Betroffenen gewährt sowohl das Verfassungs- als auch das einfache Recht:

a)

Ein durch die Gründung einer Pflegekammer Betroffener könnte gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG i.V.m. den §§ 13 Nr. 8 a und 19 BVerfGG unmittelbar Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht gegen ein Landesgesetz zur Gründung einer niedersächsischen Pflegekammer einlegen. Das müsste gem. § 93 Abs. 3 BVerfGG innerhalb eines Jahres nach

Inkrafttreten des Landesgesetzes geschehen. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz ist, dass die von ihm verursachte Grundrechtsverletzung unmittelbar eintritt und keines Vollziehungsaktes bedarf (BVerfG, U.v. 03.03.2004, 1 BVR 2378/98, E 109, 279, 305, 306; Hömig bei Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93, Rn. 69, 70). Nach § 2 Abs. 1 HKG, der auf eine Pflegekammer entsprechend anzuwenden wäre, entsteht die Pflichtmitgliedschaft in einer Pflegekammer automatisch mit deren Gründung, ohne dass es eines Vollziehungsaktes bedürfte. Damit wären die Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Verfassungsbeschwerde gegen ein Landesgesetz zur Gründung der Pflegekammer erfüllt.

b)

Die zur Geltendmachung von Abwehrrechten befugten Personen könnten sich gegen die Pflichtmitgliedschaft und die Beitragserhebung auf einfachem Rechtsweg wehren. Die Erhebung von Kammerbeiträgen hätte Verwaltungsaktqualität im Sinne von § 35 VwVfG. Gegen sie könnte unmittelbar Klage erhoben werden, da nach § 8 a AG VwGO abweichend von § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO in Niedersachsen grundsätzlich keine Überprüfung im Vorverfahren stattfindet. Da die Pflichtmitgliedschaft in einer Pflegekammer automatisch mit deren Gründung eintritt, also keines Vollziehungsaktes bedarf, scheidet hier eine Anfechtungsklage aus. Die einschlägige Klageart wäre daher die Feststellungsklage nach § 43 VwGO.

Das angerufene Verwaltungsgericht müsste für eine Feststellungsklage gegen die Pflichtmitgliedschaft in einer niedersächsischen Pflegekammer aufgrund einer Inzidenzkontrolle des Gründungsgesetzes entscheiden. Ist es der Auffassung, dass das Gründungsgesetz verfassungswidrig ist, könnte es darüber nach Art. 100 Abs. 1 GG nicht allein entscheiden; sondern es hätte den Rechtsstreit dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen. Dasselbe gilt nach Art. 54 Nr. 4 der Nds. Verf. dann, wenn eine Verletzung der niedersächsischen Verfassung in Betracht kommt. In diesem Falle wäre die Vorlage nach § 8 Nr. 9 NStG an den Staatsgerichtshof vorzunehmen.

3.

Hält ein Landesgesetz zur Gründung einer niedersächsischen Pflegekammer die vom Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht aufgezeigten Grenzen der verfassungsmäßigen Ordnung nicht ein und verletzt es daher Grundrechte der Pflichtmitglieder, hätte eine Verfassungsbeschwerde direkt gegen das Gründungsgesetz oder eine gerichtliche Inzidenzkontrolle aus Anlass eines Rechtsstreits auf einfachem Rechtsweg zur Folge, dass das Gründungsgesetz aufgehoben würde oder seine Verfassungswidrigkeit festgestellt würde. Die bereits erfolgte Gründung der niedersächsischen Pflegekammer wäre rückabzuwickeln. Eine bereits erfolgte Benennung von Vertretern der Pflegekammer und eine erfolgte Anstellung von Mitarbeitern wären aufzuheben. Bereits eingezogene Beiträge wären unter dem Aspekt der Folgenbeseitigung zurückzuzahlen. Das könnte eine Fülle von Rechtsstreitigkeiten nach sich ziehen, da das Problem der Unanfechtbarkeit von Beitragsbescheiden zu lösen wäre.

D. Zusammenfassung

Die bundesrechtlich durch das KrPflG und das AltPflG sowie durch das SGB V, das SGB XII und das SGB XI geregelten Gegenstände unterliegen nicht der landesrechtlichen Regelungskompetenz. Das betrifft vor allem die Regelungen über die Zulassung zu dem Pflegeberuf und deren Voraussetzungen einschließlich der Aus- und Weiterbildung sowie die Qualitätssicherung und -kontrolle. Die Gegenstände dieser bundesrechtlichen Regelungen können nicht zur Rechtfertigung für die Gründung einer Pflegekammer in Niedersachsen herangezogen werden. Die mit ihnen verbundenen Aufgaben können einer Pflegekammer nicht übertragen werden.

Die nicht unter die bundesgesetzlichen Regelungen fallenden Aufgaben unterliegen der landesrechtlichen Regelungskompetenz. Sie können die Gründung einer Pflegekammer in Niedersachsen rechtfertigen, wenn es sich um legitime öffentliche Aufgaben handelt, die bisher nicht in befriedigender Weise wahrgenommen werden. Ob und unter welchen

Voraussetzungen das geschehen kann, unterliegt dem normativen Ermessen des Landesgesetzgebers. Er muss für die Ausübung des Ermessens den Sachverhalt weiter ermitteln. Das gleiche gilt für die Entscheidung über die Frage, ob die Pflichtmitgliedschaft in einer Niedersächsischen Pflegekammer verhältnismäßig und zumutbar ist.


Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht