

## Beklagt: Heimrecht für ambulante Pflegedienste in Hessen?

von Jörn Bachem, Darmstadt\*

Die Ausweitung des heimrechtlichen Anforderungs- und Überwachungsregimes auf ambulante Pflegedienste war politisch schon immer umstritten. Auch jetzt wogen die Diskussionen in den Bundesländern hin und her. Der Hessische Staatsgerichtshof wird nun über eine Klage entscheiden müssen, welche die Gesetzgebungskompetenz der Länder für ein »ambulantes Heimrecht« bestreitet. Außerdem wird das Prüfrecht der Heimaufsicht bei ambulanten Diensten in Frage gestellt.

### A. Einleitung

Die Initiative des Landes Hamburg für ein an das Heimgesetz angelehntes »Ambulante-Dienste-Gesetz«<sup>1</sup> liegt mittlerweile mehr als 12 Jahre zurück, intern gebliebene Vorarbeiten des Bundesfamilienministeriums mit demselben Ziel datieren sogar von Mitte der Neunziger Jahre. Es war dann wieder Hamburg, das als erstes Bundesland nach der 2006 vollzogenen Verlagerung der Gesetzgebungskompetenz für das Heimrecht auf die Länder durch die Föderalismusreform I<sup>2</sup> schließlich im Jahre 2009, acht Jahre nach dem ersten Anlauf, das seinerzeit zu guter Letzt am politischen Willen zur Entbürokratisierung der Pflege gescheiterte Vorhaben wieder aufgriff und mit § 2 Abs. 1 HmbWBG<sup>3</sup> ambulante Dienste dem Heimrecht unterwarf. Hessen zog vor einem Jahr mit § 2 Abs. 1 Nr. 2 HGBP<sup>4</sup> nach. Diese legislativen Entscheidungen sind in der Pflegebranche einhellig auf heftige Kritik gestoßen, nicht zuletzt deshalb, weil an ambulante Pflegedienste mit SGB XI-Zulassung, die nach § 114 SGB XI im Auftrag der Landesverbände der Pflegekassen regelmäßigen Qualitätskontrollen unterworfen sind, unterschiedslos dieselben Anforderungen gestellt werden wie an bislang weitgehend ohne staatliche Aufsicht arbeitende Einrichtungen.<sup>5</sup> Für ambulante Pflegedienste, eigentlich die Hoffnungsträger der auf Ambulantisierung ausgerichteten Pflegepolitik, sind die erweiterten Anforderungen, die Doppelprüfungen und die zusätzlichen Melde- sowie Dokumentationspflichten nicht akzeptabel. Seit Ende Dezember 2012 ist nun die gegen das HGBP gerichtete Grundrechtsklage eines Pflegedienstes beim Hessischen Staatsgerichtshof anhängig,<sup>6</sup> unterstützt vom Bundesverband privater Anbieter sozialer Dienste e.V. – bpa.

### B. Reichweite der Länderkompetenz für das Heimrecht

Die Klägerin knüpft zunächst beim Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG an. Dort wird den Ländern die Kompetenz für das »Heimrecht« zugewiesen und aus der konkurrierenden Gesetzgebung ausgeklammert. »Ambulantes Heimrecht« ist ein paradoxes Begriffspaar. Wie die Gesetzgebungsgeschichte des Heimgesetzes des Bundes zeigt, wurden in der Tat unter Heimen auch stets nur stationäre Einrichtungen verstanden, deren unverzichtbares Wesensmerkmal die Wohnraumüberlassung darstellt.<sup>7</sup> Eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder kann für eine ordnungsrechtliche Kodifikation zur Sicherung der ambulanten Pflegequalität daher nicht bestehen. Das Land Hessen hat das HGBP allerdings ausdrücklich auf die Kompetenz für den Erlass von Heimrecht gegründet, ohne sich mit dieser Problematik auseinanderzusetzen.<sup>8</sup>

Würde das Heimgesetz auf den ansonsten unveränderten Kompetenztitel für die öffentliche Fürsorge und daneben auch denjenigen für das Gewerberecht gestützt,<sup>9</sup> muss die Gesetzgebungsbefugnis für die hoheitliche Qualitätssicherung bei ambulanten Diensten dort verblieben sein, nachdem die Länder nur das »stationäre Heimrecht« übertragen bekommen haben. Man mag das für rechtspolitisch verfehlt halten, womöglich auch nur für ein Versehen der an der Föderalismusreform Beteiligten. Der die Grenzen der Auslegung statuierende Wortlaut der Verfassung spricht aber eine klare Sprache. Im Rahmen der daher insoweit fortbestehenden konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz können die Länder eigene Normen nur erlassen, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat, Art. 72 Abs. 1 GG. Der Bundestag hat ein »Ambulante-Dienste-Gesetz« nie verabschiedet. Auf den ersten Blick hatte Hessen also den erforderlichen Gestaltungsspielraum.

### C. Prüfungsgegenstände des Staatsgerichtshofs

Allerdings sperrt auch die bewusste Nichtregelung einer Materie den Zugriff der Länder im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung.<sup>10</sup> Der Staatsgerichtshof wird also zwei Fragen untersuchen müssen: Erstens ist zu überlegen, ob nicht bereits das dichte Regelungsgeflecht, das aus den Bestimmungen des SGB XI, des SGB XII und auch, hinsichtlich gewinnorientierter Einrichtungen, aus der Gewerbeordnung sowie zahlreichen anderen öffentlich-rechtlichen Normen gewoben ist, bereits eine nach dem Willen des Bundes abschließende Kodifikation von Qualitätsanforderungen für ambulante Dienste darstellt und die bestehenden Lücken vom Bundesgesetzgeber bewusst in Kauf genommen wurden. Zweitens aber ist zu prüfen, ob das Fallenlassen der vielfältigen Initiativen zu einem »Ambulante-Dienste-Gesetz« als bewusster Entschluss des Bundesgesetzgebers anzusehen ist, den Wirkungsbereich ambulanter Pflegedienste von weiteren bürokratischen Bestimmungen freizuhalten und auf die bereits implementierten Anforderungen und Kontrollmechanismen insbesondere des SGB XI zu vertrauen.

\* Jörn Bachem ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht in der Fachkanzlei für die Sozialwirtschaft Ißland Wischniewski Rechtsanwälte, Darmstadt.

1 BR-Drucks. 730/0/00.

2 BGBl. I 2006, S. 2034.

3 Hamburgisches Wohn- und Betreuungsgesetz v. 15.12.2009, HmbGVBl. S. 494.

4 Hessisches Gesetz über Betreuungs- und Pflegeleistungen vom 7.3.2012, GVBl. S. 34; krit. Überblick *Bachem*, PflR 2012, 759 ff., *Bachem*, PflR 2013, 3 ff.

5 Siehe etwa die Stellungnahme des bpa e.V., Ausschussvorlage SPA 18/47, Teil I, S. 1-3, 6; zur rechtswissenschaftlichen Kritik *Bachem*, PflR 2012, 759 ff.

6 Aktenzeichen: PSt. 2406.

7 Ausführl. u. m.N. *Bachem*, PflR 2012, 759 ff.

8 Lf-Drucks. 18/3763, S. 14 ff.

9 *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl. 2002, Art. 74 Rn. 18 m.N.; BVerfG, Urt. v. 24.10.2002 – 2 BvF 1/01, E 106, 62, 134; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 27.9.2011 – 6 S 707/10, Rn. 77 d. aml. Umdrucks m.N.; ferner VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 9.7.2012 – 6 S 773/11, SRa 2012, 247, 248 f.

10 *Steiner*, in: Dreier, GG, Art. 72 Rn. 41 m.N.

Die Klägerin zeichnet hier den Gang der Heimgesetzgebung detailliert nach.<sup>11</sup> Meilensteine sind dabei die nicht veröffentlichten Gesetzentwürfe des BMFSFJ aus den Jahren 1995 und 1997, nämlich ein Diskussionsentwurf und ein Vorentwurf zum »Ambulante-Dienste-Gesetz«, das Pflege-Qualitätssicherungsgesetz<sup>12</sup>, die eingangs erwähnte Hamburgische Gesetzesinitiative über den Bundesrat<sup>13</sup> sowie diverse Verlautbarungen von Abgeordneten und Regierungsmitgliedern der rot-grünen Koalition im Jahre 2002, welche schließlich in die Erklärung im Koalitionsvertrag vom 16.10.2002 mündeten, man wolle dem Heimgesetz vergleichbare Regelungen für ambulante Dienste schaffen.<sup>14</sup>

Die Einbeziehung der Betroffenen und externen Sachverständiger jeglicher Couleur führte dann allerdings zur Abkehr von dem Vorhaben: Im Herbst 2003 beriefen das BMFSFJ und das BMGS den »Runden Tisch Pflege« ein. Die Experten legten zwei Jahre später die Ergebnisse ihrer Beratungen vor.<sup>15</sup> Darin war von einem Bedürfnis für ein »ambulantes Heimrecht« keine Rede, im Gegenteil: Qualitätsprobleme sollten durch eine bessere Qualifizierung der Mitarbeitenden und eine Stärkung des internen Qualitätsmanagements beseitigt werden.<sup>16</sup> Die Arbeitsgruppe III setzte sich betreffend die stationäre Pflege für einheitliche Prüfkriterien von Heimaufsichten und Medizinischen Diensten der Krankenversicherung und deutlich abgegrenzte Zuständigkeiten sowie eine Reduzierung der öffentlich-rechtlichen Prüftätigkeit insgesamt bei gleichzeitiger Aufwertung des einrichtungsinternen Qualitätsmanagements ein.<sup>17</sup> Dieser Anstoß zur Entbürokratisierung entfaltete in der Bundesregierung durchgreifende Wirkung. Im Juli 2005 veröffentlichte das BMFSFJ zehn Eckpunkte zur Entbürokratisierung im Heimrecht.<sup>18</sup> Das »Ambulante-Dienste-Gesetz« kam darin nicht mehr vor, hätte man sich damit doch in einen manifesten Widerspruch zum einmal gefassten Entbürokratisierungsentschluss gesetzt. Ganz im Gegenteil hätte man das längst als gravierend erkannte Problem der Doppelprüfungen durch Heimaufsicht und Medizinischen Dienst der Krankenversicherung sogar noch in die ambulante Pflege übertragen und damit ausgeweitet. Auch die nachfolgenden Bundesregierungen haben diesen Ansatz bewusst nicht weiter verfolgt, sondern mit immer feinsinnigeren, aber bislang nahezu wirkungslosen Regelungen versucht, die Entbürokratisierung, vor allem in der stationären Pflege, voranzubringen. Im Fokus stand dabei auch stets die Ermöglichung neuer Wohn- und Betreuungskonzepte, vor allem aufbauend auf ambulant versorgten Wohngemeinschaften, die zwangsläufig auf eine vitale ambulante Pflegebranche und entsprechende Gestaltungsspielräume angewiesen waren und sind. Nach der 2006 erfolgten Verlagerung der Gesetzgebungskompetenz für das Heimrecht auf die Länder bestand für den Bund weiterhin kein Anlass, die ambulante Pflege zusätzlich zu regulieren. Mit dem WBVG<sup>19</sup> beschränkte man sich 2009 auf den zivilrechtlichen Verbraucherschutz und vertraute damit konzeptionell auf die Mündigkeit und die Initiativkraft einer Bürgergesellschaft.<sup>20</sup> In der Konsequenz ist den Ländern damit auch die Befugnis zum Erlass von das Zivilrechtsverhältnis zwischen Pflegedienst und Pflegebedürftigem betreffenden Gesetzen genommen.

Die beim Hessischen Staatsgerichtshof gegen das HGBP anhängige Grundrechtsklage hat daneben noch ein zweites Ziel. Das hessische Sozialministerium und das Regierungsprä-

sidium Gießen als obere Aufsichtsbehörde vertreten die Auffassung, § 16 Abs. 1 HGBP gewähre den Heimaufsichtsbehörden ein Recht zur anlassbezogenen Vor-Ort-Überprüfung ambulanter Dienste. Die Klägerin ist der Überzeugung, dass dieses Prüfrecht dann, wenn es denn tatsächlich im Gesetz angelegt wäre, jedenfalls nicht hinreichend bestimmt formuliert und daher verfassungswidrig ist. Dabei sind Wortlaut und Syntax der Norm die wichtigsten Argumente, aber auch die historisch-genetische Auslegung und die Systematik stützen diese Ansicht.<sup>21</sup>

#### D. Ausblick

Die Entscheidung des Staatsgerichtshofs dürfte bundesweit mit Spannung erwartet werden, voraussichtlich aber nicht vor 2014 ergehen. In Baden-Württemberg hatte die grün-rote Landesregierung ursprünglich ebenfalls vor, ambulante Pflegedienste dem Landesheimgesetz zu unterwerfen. Der massive Widerstand der Leistungserbringerverbände war dort allerdings erfolgreich. Nordrhein-Westfalens rot-grüne Regierung plant weiterhin, wie in Hessen ambulante Dienste zumindest durch Anlassprüfungen ordnungsbehördlich kontrollieren zu lassen.<sup>22</sup> Ob das auf einem juristisch sicheren Weg geschehen oder ganz im Gegenteil in die verfassungsrechtliche Sackgasse führen wird, bleibt abzuwarten.

Außerhalb der zuständigen Länderministerien ist der Blick auf die ambulante Pflege allerdings ohnehin ein anderer: Sie hat nach einer Reihe von Reformen des Elften Kapitels SGB XI aktuell wohl weniger ein Qualitätssicherungsproblem als vielmehr mit der Finanzierung der erforderlichen Leistungen und dem massiven Fachkräftemangel zu kämpfen. Ob mehr Überwachung da hilfreich ist, darf bezweifelt werden.

11 Kurzer Überblick der Quellen bei Bachem, PÄR 2012, 759, 760 Fn. 15.

12 PQsG vom 9.9.2001, BGBl. I S. 2320; Entwurf BR-Drucks. 731/00, S. 25.

13 BR-Drucks. 730/00.

14 BR-Drucks. 730/00, S. 58.

15 »Empfehlungen und Forderungen zur Verbesserung der Qualität und der Versorgungsstrukturen in der häuslichen Betreuung und Pflege«, Runder Tisch Pflege, Arbeitsgruppe 1, Deutsches Zentrum für Altersfragen, Berlin, September 2005; »Entbürokratisierung«, Runder Tisch Pflege, Arbeitsgruppe III, Deutsches Zentrum für Altersfragen, Berlin, September 2005.

16 »Empfehlungen und Forderungen zur Verbesserung der Qualität und der Versorgungsstrukturen in der häuslichen Betreuung und Pflege«, Runder Tisch Pflege, Arbeitsgruppe 1, Deutsches Zentrum für Altersfragen, Berlin, September 2005, S. 12, 13 f., 24.

17 »Entbürokratisierung«, Runder Tisch Pflege, Arbeitsgruppe III, Deutsches Zentrum für Altersfragen, Berlin, September 2005, S. 5-9, 29, 31.

18 <http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Pressestelle/Pdf-Anlagen/eckpunkte-entbueroক্রatisierung.property=pdf.pdf>.

19 Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz v. 29.7.2009, BGBl. I S. 2319.

20 Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 9.7.2012 – 6 S 773/11 – SRa 2012, 247, 248 ff.

21 Einzelheiten bei Bachem, PÄR 2013, 3, 6 ff.

22 [http://www.mgepa.nrw.de/mediapool/pdf/pflege/Eckpunkte\\_Weiterentwicklung\\_Landespflegerecht\\_und\\_Reform\\_WTG.pdf](http://www.mgepa.nrw.de/mediapool/pdf/pflege/Eckpunkte_Weiterentwicklung_Landespflegerecht_und_Reform_WTG.pdf); jetzt bereits umgesetzt in § 2 Abs. 2 Nr. 4 des Entwurfs eines Gesetzes zur Entwicklung und Stärkung einer demographiefesten, teilhabeorientierten Infrastruktur und zur Weiterentwicklung und Sicherung der Qualität von Wohn- und Betreuungsangeboten für ältere Menschen, pflegebedürftige Menschen, Menschen mit Behinderung und ihre Angehörigen (GEPA NRW).