

In: ZFSH/ SGB - Sozialrecht in Deutschland und Europa. Hrsg.: Schelter.  
Starnberg: Verlag R.S. Schulz. Jg. 43. 2004, Nr. 2, S. 74-77

## Abschied von der Objektförderung?

### Die Finanzierung der Investitionskosten von Einrichtungen nach SGB XI und BSHG

Andreas Hänlein<sup>1</sup>

#### I. Erneut eine Freiburger Fachtagung zur Pflegefinanzierung

Mit einem spröden Titel lockte eine zweite Tagung zur Pflegefinanzierung eine unerwartet große Zahl an Teilnehmern nach Freiburg.<sup>2</sup> Eingeladen hatten für die Universität Freiburg die Abteilung Sozialversicherung des Instituts für Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht sowie der Deutsche Caritas-Verband e.V.

In beiden Institutionen verkörpern sich alte Freiburger Traditionen des Sozialrechts. Die Wissenschaft vom Sozialrecht wird in Freiburg, wenn auch mit Unterbrechungen, betrieben seit den 90er-Jahren des 19. Jahrhunderts. Im Jahr 1893 veröffentlichte der Freiburger Professor *Heinrich Rosin*, der Pionier des Sozialversicherungsrechts, den ersten Band seines „Rechts der Arbeiterversicherung“.<sup>3</sup> Rosin übernahm dann im Jahr 1908 die Direktion und Leitung des kurz zuvor gegründeten Freiburger „Versicherungswissenschaftlichen Seminars“.<sup>4</sup> Mit einem im Jahr 1895 in Freiburg gebildeten „Charitas-Comité“ bereitete der Priester Lorenz Werthmann die Gründung des später so genannten Deutschen Caritasverbandes vor, die im Juli 1897 in Köln stattfand. Noch heute hat die Zentrale des Verbandes in Freiburg

ihren Sitz, ebenso wie seine 1896 von Werthmann gegründete Bibliothek, heute eine führende Spezialbibliothek für Wohlfahrtspflege.

Seit einiger Zeit nun gibt es eine ergiebige Kooperation zwischen den beiden traditionsreichen Institutionen, zwischen der Wissenschaft des Sozialrechts und dem Erfahrungswissen des großen frei-gemeinnützigen Wohlfahrtsverbandes. Zu Beginn des Wintersemesters 2003/2004, am 23. Oktober, brachten die Veranstalter erneut Vertreter der unterschiedlichsten Akteure des Pflegegeschehens zueinander. So groß die Vielfalt der Akteure ist, so vielstimmig gestaltete sich die Beschreibung der gegenwärtigen Turbulenzen im Sachbereich Pflegefinanzierung. Unterschiedliche Träger von Pflegeeinrichtungen verfolgen unterschiedliche Interessen, in den Bundesländern gibt es unterschiedliche politische Ansätze und unterschiedlich ausgeprägte Haushaltsnöte, Gerichte der Sozial- und der Verwaltungsgerichtsbarkeit ringen um die Deutungshoheit im Recht der Pflegeinstitutionen, und Rechts- und Wirtschaftswissenschaften verfechten ganz heterogene normative Konzepte. Aber nicht allein die Deutung ist vielstimmig, auch die Realien als solche sind buntscheckig genug; immerhin, eine Tendenz wurde schnell erkennbar: Der Trend geht zu weniger Staat, zu mehr Markt, von bedarfsbezogener Investitionsförderung zur Zahlung bedürftigkeitsgeprüfter Leistungen an die Sozialkunden, die Tendenz geht, anders gesagt, von der Objekt- zur Subjektförderung. Vor diesem Hintergrund warf einleitend *Ursula Köbl* (Universität Freiburg) zentrale Fragen der Tagung auf: Wird der Markt funktionieren? Werden durch Markt und Wettbewerb Innovationspotenziale eröffnet? Wird der Marktzugang für neue Anbieter erleichtert? Können in Anbetracht spezifischen Aufwandes für Kontrollen, Einzelfallprüfung und -beratung in erheblichem Umfang Verwaltungskosten eingespart werden?<sup>5</sup>

1 Prof. Dr. Andreas Hänlein, Fachbereich Wirtschaftswissenschaften Universität Kassel, 34109 Kassel.

2 Zur vorangegangenen Tagung siehe den Tagungsband: *Köbl/Brünner (Hrsg.), Die Vergütung von Einrichtungen und Diensten nach SGB XXI und BSHG*, Baden-Baden, 2001; vgl. auch den dort abgedruckten Tagungsbericht, S. 94 ff. = ZFSH/SGB, 2001, S. 331 ff.

3 *Rosin*, Das Recht der Arbeiterversicherung, Bd. 1. Die rechtsrechtlichen Grundlagen der Arbeiterversicherung. Berlin 1893; zu Rosin zuletzt *Mikesic*, Sozialrecht als wissenschaftliche Disziplin, 2002, S. 40 ff.

4 Zur Geschichte des Seminars *Mikesic*, a. a. O., S. 110–112.

5 Vgl. den einführenden Beitrag von *Köbl*, Zum Verhältnis von Objekt- und Subjektförderung im Deutschen Sozialrecht.

## II. Die Ausgangslage

Die normativen Grundlagen des Landespflegerechts befinden sich derzeit im Umbruch. Dies ist nur zu verstehen vor dem Hintergrund ungeklärter Konflikte aus der Zeit der Entstehung der Pflegeversicherung.<sup>6</sup> Der Bund hatte seinerzeit geplant, die Länder zu einem Investitionskostenzuschlag an die Pflegeeinrichtungen zu verpflichten, denn die Länder würden infolge der Einführung der Pflegeversicherung erhebliche Sozialhilfekosten einsparen. Der geplante Zuschlag hätte allen Pflegeeinrichtungen in gleicher Weise zukommen sollen. Allerdings scheiterte diese Konzeption am Widerstand des Bundesrates. Die Bundesländer waren nicht bereit, ihr Handlungsfeld „Pflegeinvestitionsförderung“ aufzugeben. Infolgedessen konnte das SGB XI die Länder nur um Investitionsförderung bitten (vgl. § 9 SGB XI), musste jedoch auch die Möglichkeit in Rechnung stellen, dass es dazu nicht kommt. Für diesen Fall erhielten die Pflegeeinrichtungen notgedrungen die Möglichkeit, den Heimbewohnern die Investitionskosten zusätzlich in Rechnung zu stellen (§ 82 Abs. 3 u. 4 SGB XI).

In der Praxis zogen sich die Bundesländer allerdings zunächst nicht aus der Investitionsförderung im Pflegegesetz zurück. Es wurden vielmehr weiterhin Pflegeeinrichtungen aufgrund landesrechtlicher Regelungen gefördert, eine Förderung, die freilich vielfach von einer Bedarfsprüfung abhängig gemacht wurde. Dass diese Form der Förderung in die Kritik der Sozialgerichtsbarkeit geriet, war ein Anlass der gegenwärtig zu beobachtenden Umwälzungen in diesem Rechtsbereich.

## III. Die aktuellen Entwicklungen im Landesrecht der Pflegefinanzierung

Mehrere Bundesländer haben in jüngster Zeit ihre Förderpraxis im Bereich der Pflegeinvestitionen überdacht, daraus allerdings unterschiedliche Konsequenzen gezogen.

So gab es etwa in Baden-Württemberg eine beim Sozialministerium angesiedelte Arbeitsgruppe „Förderung“, die die Förderpraxis analysierte. Vor dem Hintergrund der Ergebnisse dieser Analyse wird in Baden-Württemberg die Förderung von Pflegeeinrichtungen durch Zuschüsse zu den Investitionskosten, also im Wege der

Objektförderung, fortgesetzt, wobei gesagt wird, die Förderpraxis werde qualitativ verbessert. In Baden-Württemberg, wo offenbar für derartige Ausgaben des Landes noch Gelder vorhanden sind, geht die Politik davon aus, dass nur mit diesem Förderinstrumentarium die dort fehlenden 10.000 Pflegeplätze geschaffen werden können.<sup>7</sup>

Ganz anders verläuft die Entwicklung im exemplarisch auf der Tagung vertretenen Bundesland Nordrhein-Westfalen (*Martin Klein*, Landkreistag NRW/ *Albert Evertz* Caritasverband, Köln).<sup>8</sup> Dort hatte man bisher Pflegeeinrichtungen zweigleisig „Objektförderung“ zukommen lassen. Zum einen wurden 50% der Investitionskosten vorschüssig vom Land gezahlt, allerdings bedarfsabhängig. Daneben erhielten die Einrichtungen als Aufwendersersatz pro Bewohner ein einkommensabhängiges sog. „Pflegewohngeld“. Es kam jedoch in Nordrhein-Westfalen, u. a. aufgrund von Problemen bei der Förderungsverwaltung sowie aufgrund von Haushaltsengpässen, vor einiger Zeit zu einer völligen Einstellung der Investitionsförderung des Landes. Nunmehr hat das Land ein neues Landespflegegesetz und zugehörige Rechtsverordnungen erlassen.<sup>9</sup> Gegenstand dieses Gesetzes ist eine Verlagerung der Pflegebedarfsplanung auf die Kommunen sowie die Einführung eines neuen Pflegegelds, das die Kommunen, in Abhängigkeit von der Bedürftigkeit der Bewohner, an die Pflegeeinrichtungen zu zahlen haben. Dabei sind verschiedene umstrittene Mechanismen zur Kostendeckelung vorgesehen.

Eine derartige Umstellung der Fördermechanismen verursacht Folgefragen bei der Anwendung des SGB XI wie des BSHG (*Frank Brünner*, Deutscher Caritasverband, Freiburg).<sup>10</sup> So sind etwa trägervermittelte, aber personenbezogene Zuschüsse, wie sie nach dem neuen Recht Nordrhein-Westfalens gezahlt werden, nicht als öffentliche Förderung der Einrichtung einzuordnen, so dass bei der Berechnung der betriebsnotwendigen Investitionsaufwendungen keine Einflussmöglichkeiten des Landes bestehen.<sup>11</sup> Die Verlagerung der Verantwortung auf die Kommunen führt im Übrigen zu bislang nicht höchstrichterlich geklärten Zweifelsfragen im Vereinbarungsrecht des BSHG.

## IV. Bewertung aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht

Auch die Wirtschaftswissenschaften waren vertreten. Ihre Repräsentanten, *Tscheulin* und *Haderlein* (Universität Freiburg), wählten einen „normativen“ Ausgangspunkt, wobei sie als Maßstab nicht vom Gesetzesrecht ausgingen, sondern von einem gesetzten, abstrakten Modell, dem bekannten Marktmodell.<sup>12</sup> Aus Sicht dieses Modells, das dem Staat allein die Verantwortung für die Rahmenbedingungen des Wettbewerbs zuweist, erscheint der Modus der Subjektförderung vorzugswürdig, denn er stärkt die Kundensouveränität am Markt. Dabei wird es für essentiell gehalten, dass es zu keinen weiteren staatlichen Eingriffen in den Pflegemarkt kommt. Es dürfe keinerlei Preisvorgaben geben; staatliche Vorgaben für die Qualitätssicherungen sind mit dem Marktmodell ebenfalls nicht zu vereinbaren („Qualität kommt automatisch“). Allerdings erweist sich das Marktmodell

6 U. a. hierzu der Beitrag von *Udsching*, Investitionskostenförderung von Pflegeeinrichtungen nach SGB XI – bundesrechtliche Vorgaben.

7 Zu den Diskussionen in Baden-Württemberg siehe das Statement von *Kontermann*, Objekt- bzw. Subjektförderung aus Sicht der Praxis – Impuls Statement: pro Objektförderung – contra Subjektförderung.

8 Hierzu Beiträge von *Klein* und *Evertz*, jeweils Statements unter dem Titel: Umstellung in der Praxis am Beispiel NRW.

9 Landespflegegesetz NW vom 8.7.2003, GVBl. NW 2003, S. 380 ff.; diverse Durchführungsverordnungen vom 15.10.2003, GVBl. 2003, S. 610, 611, 613.

10 Vgl. den Beitrag von *Brünner*, Rechtliche Anforderungen an eine Umstellung von Objekt- auf Subjektförderung.

11 Nach Auffassung der Rechtsprechung ist § 82 Abs. 3 SGB XI in solchen Konstellationen nicht einschlägig, OVG Lüneburg, Urteil vom 22.1.2003, 4 LC 146/02; BSG, Urteil vom 24.7.2003 – B 3 P 1/03.

12 Siehe den Beitrag von *Tscheulin/Haderlein*, Wirkungen von Objekt- bzw. Subjektförderung aus ökonomischer Sicht.

durchaus als voraussetzungsvoll, verlangt es doch Kostentransparenz und informierte Verbraucher, die in der Lage sind, anhand des Kriteriums ökonomischer Rationalität Wahlentscheidungen vorzunehmen. Ob diese Voraussetzungen bei Heimbewerbern oder -bewohnern gegeben sind, wurde aus dem Publikum bezweifelt. Das aus Sicht der Wirtschaftswissenschaftler probate Instrument in Bezug auf diese Problematik, ein „Bewohneranwalt“, dürfte kaum in der Lage sein, die spezifische Asymmetrie dieses Marktes sozialer Dienstleistungen zu neutralisieren.

## V. Bewertung aus Sicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Auf dem Spielfeld der Pflegeinvestitionsförderung betätigen sich zwei Gerichtszweige, die einen Wettbewerb um richtige Lösungen austragen und so eine gewisse Intransparenz der Rechtslage zu verantworten haben.

Zum einen gibt es Entscheidungen der Sozialgerichtsbarkeit. Hier verfolgt das Bundessozialgericht einen tendenziell wettbewerbsfreundlichen Ansatz (*Peter Udsching*, BSG Kassel).<sup>13</sup> Es nimmt den Ansatz des SGB XI ernst, das das Pflegegeschehen für privat-gewerbliche Träger gleichermaßen geöffnet sehen will, ganz anders, als es im Krankenhaussektor der Fall ist. Aus diesem gesetzlich realisierten Konzept wird abgeleitet, dass allein ein wettbewerbskompatibles Förderregime als zulässig angesehen werden kann. Dies bedeutet, dass der Fördermodus „Objektförderung“ nur ohne eine Bedarfsprüfung zulässig ist. Angesichts der Unterschiede hinsichtlich der tatsächlichen Abläufe im Krankenhaussektor einerseits und im Pflegesektor andererseits folgt nach Auffassung des Bundessozialgerichts im Übrigen, dass eine selektive Objektförderung auch im Hinblick auf das Grundrecht der Berufsfreiheit als zweifelhaft erscheint.

Einen konträren Standpunkt nimmt das Bundesverwaltungsgericht ein (*Hans-Jürgen van Schewick*, BVerwG Leipzig).<sup>14</sup> Das Bundesverwaltungsgericht stärkt im Ergebnis die Stellung der Sozialpolitiker der Bundesländer, die, sofern überhaupt Mittel vorhanden sind, auf Steuerungsinstrumente auch dann ungerne verzichten, wenn diese den Wettbewerb beeinträchtigen. Aus dieser Sicht fehlt dem Bund die Kompetenz zur Regelung der Pflegeinvestitionsförderung, da ihm nach dem Grundgesetz lediglich die Gesetzgebung im Bereich der Sozialversicherung zusteht. Vor diesem Hintergrund kann aus dem SGB XI keine Einschränkung der Gestaltungsfreiheit der Bundesländer in Bezug auf die Pflegeinvestitionsförderung abgeleitet werden. Im Übrigen wird es nicht beanstandet, wenn sich ein Bundesland für eine bedarfsge-

prüfte Investitionsförderung entscheidet. Dem stehe Art. 12 Abs. 1 GG ebenso wenig entgegen, wie dies im Krankenhaussektor der Fall ist.

## VI. Bewertung aus Sicht der Rechtswissenschaft

Aus rechtswissenschaftlicher Sicht wurde in erster Linie der Maßstab des Europarechts thematisiert, wobei es hier so viele Positionen gab, wie Vertreter dieser Wissenschaft auf dem Podium saßen, nämlich drei. Gegenstand der europarechtlichen Betrachtungen war das Konzept der Objektförderung, der trägerbezogenen Zuwendungen.

Hierzu vertrat *Johannes Münder* (TU Berlin) eine markt- und wettbewerbsfreundliche Position.<sup>15</sup> Er ging dabei der Frage nach, ob Investitionsförderung im Wege der „Objektförderung“ als verbotene Beihilfe im Sinne von Art. 87 EG anzusehen sei. Nach seiner Auffassung sind Träger von Pflegeeinrichtungen unabhängig von etwaiger Frei-Gemeinnützigkeit Unternehmen im Sinne dieses Artikels. Investitionsförderung sei also als staatliche Beihilfe im gemeinschaftsrechtlichen Sinne einzuordnen. Seien Fördermaßnahmen nur Einrichtungen zugänglich, die in einen Pflegebedarfsplan aufgenommen sind oder das Kriterium der Gemeinnützigkeit erfüllen, handele es sich um selektive Maßnahmen, die bei einem grenzüberschreitendem Bezug als europarechtlich relevante Wettbewerbsverfälschung anzusehen sind. Schließlich sind nach *Münder* auch die Voraussetzungen der europarechtlich denkbaren Rechtfertigungsgründe nicht gegeben. Insbesondere scheitere eine Rechtfertigung im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EG, denn es fehle an einem staatlichen Betrauungsakt, durch welchen die geförderten Einrichtungen zur Erbringung spezifischer, im Allgemeininteresse liegender Dienste verpflichtet werden.

Ganz Staatsrechtler, konnte sich demgegenüber *Volker Neumann* (Humboldt Universität Berlin) mit dem Gedanken nicht anfreunden, es könnte sich beim Pflegegeschehen um einen Markt handeln. Angesichts der Einbindung in die Sozialleistungssysteme des SGB XI und des BSHG handelt es sich aus seiner Sicht vielmehr um staatliche Daseinsvorsorge, die sich schon im Ausgangspunkt der Kontrollen durch das europäische Wettbewerbsrecht entzieht. Dementsprechend kann die Investitionskostenförderung gegenüber frei-gemeinnützigen Trägern schon deshalb nicht dem Verdikt des Beihilfeverbots unterfallen, da diese Träger keine Unternehmen im Sinne des Art. 87 EG seien. Sie übten keine Tätigkeit aus, die darin bestehe, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten. Im Übrigen greife das Beihilfeverbot auch deshalb nicht ein, so *Neumann*, weil die frei-gemeinnützigen Träger gemeinwirtschaftliche Sonderpflichten erfüllten, deren Zusatzkosten durch die Investitionskostenförderung abgedeckt werden sollen.

Nach *Eberhard Eichenhofer* (Universität Jena) schließlich gibt es ein Drittes zwischen Staat und Markt, nämlich die Universaldienstleistungen, denen das europäische Primärrecht in Gestalt von Art. 16 EG in jüngster Zeit einen eigenständigen Stellenwert zwischen den beiden Polen zuweist. Dem trage gerade die jüngste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Rechnung, derzu-

13 Vgl. hierzu den Beitrag aus Sicht des Bundessozialgerichts von *Udsching*, Investitionskostenförderung von Pflegeeinrichtungen nach SGB XI – bundesrechtliche Vorgaben; vgl. auch BSGE 88, 215 ff.

14 Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts das Statement von *Schewick*, Bundesrechtliche Vorgaben für die Investitionskostenförderung von Einrichtungen nach SGB XI und BSHG; vgl. auch BVerwG, NVwZ-RR 1999, 316–317; OVG Koblenz, Urteil vom 24. 6. 2003 – 12 A 10096/03; näher am BSG dagegen VGH Mannheim, Urteil vom 14. 5. 2002, 9 S. 2206/01.

15 *Münder*, Objektförderung als verbotene Beihilfe nach europäischem Recht?

folge derartige Dienstleistungen, zu denen auch Pflegedienstleistungen zu rechnen seien, unter gewissen Umständen bereits tatbestandlich dem Beihilfenverbot entzogen würden. In Bezug auf Pflegedienstleistungen führt dies nach *Eichenhofer* dazu, dass das Beihilfenverbot nicht eingreife, dass freilich die Ausgestaltung der Förderung den Grundsätzen des europäischen Vergaberichts zu entsprechen habe.

## VII. Wo bleibt die Caritas?

Insgesamt birgt der hergebrachte Fördermodus, die Objektförderung, für etablierte frei-gemeinnützige Träger weniger betriebswirtschaftliche Risiken als das neue Instrument der Subjektförderung; mehrfach wurde auf mögliche Schwierigkeiten bei der Kreditbeschaffung im Blick auf „Basel II“ hingewiesen. Die Bundesländer scheinen die klassische Investitionsförderung so lange zu bevorzugen, wie ihnen die Mittel dafür zur Verfügung stehen. Allerdings ließen sich rechtliche Zweifel auch im Hinblick auf die Objektförderung keineswegs ausräumen. Die Divergenzen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und unter den Rechtswissenschaftlern erschienen unüberwindlich.

Die rechtliche Beurteilung dieses Förderweges hängt davon ab, ob durch die staatliche Subvention eine spezifische Leistung der geförderten Einrichtung ermöglicht wird, mit der die Einrichtung im Interesse des Gemeinwohls staatlicherseits betraut wurde. Die These *Münders*, es fehle an einem solchen spezifischen Auftrag frei-gemeinnütziger Einrichtungen, hätte man durchaus als Provokation der betroffenen Träger verstehen können. Es fand sich allerdings im Publikum weder ein Repräsentant privat-gewerblicher Einrichtungen, der diese Vorlage hätte nutzen wollen, noch kam es zu einem Aufstand der Frei-Gemeinnützigen. Dabei liegt an diesem Punkt letztlich ein Kern des Problems. Wie lässt sich die Bevorzugung etablierter karitativer Pflegeeinrichtungen gegenüber neu auf den Markt drängenden privat-gewerblichen Einrichtungen rechtfertigen, wenn es den gemeinnützigen Trägern nicht gelingt, das, worin sie sich unterscheiden, kenntlich zu machen? Nicht nur zur Verteidigung bestehender, allerdings aus Haushaltsgründen zunehmend ins Wanken geratender Privilegien, sondern schlicht zur Behauptung auf den Märkten werden die bestehenden Einrichtungen der Wohlfahrtspflege nicht umhin können, ihr spezifisch karitatives Profil zu schärfen und herauszustellen. Gelänge dies, könnte man sich auch im noch keineswegs endgültig entschiedenen<sup>16</sup> europarechtlichen Diskurs argumentativ dafür stark machen, bei frei-gemeinnützigen Trägern dürfe der Tatbestand des Beihilfenverbots auch unabhängig von einem staatlichen Betrauungsakt nicht angewendet werden,<sup>17</sup> passt doch ein verpflichtender staatlicher Betrauungsakt kaum zum Selbstverständnis frei-gemeinnütziger Organisationen. ■

16 Vgl. dazu auch *Igl*, Dritter Sektor, Sozialbereich und EG-Recht, in: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2002, 21 ff. (38 ff.).

17 Restriktiv an diesem Punkt freilich von *Boetticher*, Die freigemeinnützige Wohlfahrtspflege und das europäische Beihilfenrecht, S. 124 f.