

Schriftlicher Bericht

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Niedersächsischen Pflegegesetzes

Gesetzesentwurf der Landesregierung - Drs. 18/8197

Beschlussempfehlung des Ausschusses für Soziales, Gesundheit und Gleichstellung -
Drs. 18/10389

Berichterstattung: Abg. Burkhard Jasper (CDU)

Der Ausschuss für Soziales, Gesundheit und Gleichstellung empfiehlt Ihnen in der Drucksache 18/10389, den Gesetzesentwurf mit den aus der Beschlussempfehlung ersichtlichen Änderungen anzunehmen. Die Beschlussempfehlung kam im federführenden Ausschuss mit den Stimmen der Ausschussmitglieder der Fraktionen der SPD und der CDU bei Stimmenthaltung der Ausschussmitglieder der Fraktionen von Bündnis 90/Die Grünen und der FDP zustande. Der mitberatende Ausschuss für Rechts- und Verfassungsfragen und der ebenfalls mitberatende Ausschuss für Haushalt und Finanzen haben sich dieser Empfehlung mit dem gleichen Abstimmungsergebnis angeschlossen.

Der Gesetzesentwurf wurde am 17. Dezember 2020 direkt an die Ausschüsse überwiesen und am 14. Januar 2021 im federführenden Ausschuss von einer Vertreterin des Ministeriums für Soziales, Gesundheit und Gleichstellung (MS) eingebracht. Der federführende Ausschuss hat zu dem Gesetzesentwurf am 4. März 2021 eine mündliche und eine schriftliche Anhörung verschiedener Stellen und Interessensverbände durchgeführt.

Schwerpunkte der Beratungen im Ausschuss bildeten u. a. die Funktion und der genaue Aufgabenzuschnitt der nach § 1 a des Entwurfs einzurichtenden Beschwerdestelle Pflege, die Frage der Subsidiarität kommunaler Pflegeeinrichtungen sowie die Frage der Abstimmung der in § 7 Abs. 1 des Entwurfs vorgesehenen neuen allgemeinen Fördervoraussetzung der Tariftreue bzw. der tarifangeglichenen Vergütung mit Bundesrecht, welches nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (GVWG) vom 11. Juli 2021 (BGBl. I S. 2754) mit Wirkung zum 1. September 2022 vergleichbare, aber nicht voll kongruente Anforderungen als Voraussetzung für die Zulassung von Pflegeeinrichtungen durch Versorgungsvertrag vorsieht. Weiterer Schwerpunkt der Beratungen war die Einfügung einer Regelung zur Förderung von Pflegeplätzen der eingestreuerten Kurzzeitpflege in einem neuen § 10 a, die über einen entsprechenden Änderungsvorschlag der Fraktionen der SPD und der CDU zu dem Gesetzesentwurf (s. Vorlage 23 zu Drs. 18/8197) Eingang in die Gesetzesberatungen gefunden hat. Wegen der Einzelheiten wird auf die nachfolgenden Erläuterungen zu den einzelnen Regelungen verwiesen.

Den Ausschussempfehlungen zu den einzelnen Vorschriften liegen folgende Überlegungen zugrunde:

Zu Artikel 1 (Änderung des Niedersächsischen Pflegegesetzes):

Zu Nummer 1 (§ 1):

Zu Buchstabe b (Absatz 2):

Die zu Beginn des Satzes 1 empfohlene Änderung dient dazu, den nach Erklärung des MS beabsichtigten Regelungsgehalt zu verdeutlichen. Laut Entwurfsbegründung, S. 21, beinhaltet die Regelung eine „Konkretisierung“ des in Absatz 1 genannten Ziels. Auf Nachfrage hat das MS hierzu erklärt, es handele sich bei der Regelung um eine politische Zielvorgabe (s. auch die Entwurfsbegründung, S. 22: „Absichtserklärung“). Die Regelung begründe als solche keine rechtliche Verpflichtung zur Förderung (s. „nach Maßgabe des Haushaltsplans“); es solle mit ihr aber zumindest eine eingeschränkte Selbstverpflichtung des Landes erreicht werden. Insofern konkretisiere die Regelung das in Absatz 1 normierte Ziel, die pflegerischen Versorgungsstrukturen sicherzustellen, dahin gehend,

dass - insbesondere in Bereichen mit Unterversorgung, s. Satz 2 d. E. - zukünftig weitere Anstrengungen unternommen werden müssten, die über die im Dritten Abschnitt des Gesetzes vorgesehene Förderung hinausgingen. Dieser Bezug zur Zielsetzung des Gesetzes soll durch die zu Beginn der Regelung eingefügte Formulierung verdeutlicht werden. Dadurch wird zudem auch die Entscheidung, die Regelung in § 1 zu verorten, verständlicher.

Die weiteren Änderungen dienen der Klarstellung und Präzisierung. So findet sich insbesondere der in der Entwurfsfassung verwandte Begriff der „Leistungsbereiche“ in den Regelungen zur Pflegeversicherung nicht. Auf Nachfrage hat MS erklärt, dass damit die verschiedenen Leistungen der Pflegeversicherung nach dem Vierten Kapitel des Elften Sozialgesetzbuches (SGB XI) gemeint seien. Der eine Übersicht über diese Leistungen gebende § 28 SGB XI spricht insoweit von Leistungsarten. Der Ausschuss empfiehlt, diese Begrifflichkeit dann auch im Regelungstext aufzugreifen und die Bezugnahme durch eine entsprechende Verweisung zu verdeutlichen.

Bei der zu Satz 2 empfohlenen Änderung handelt es sich um eine Folgeänderung zu der entsprechenden Änderung der Begrifflichkeit in Satz 1. Vgl. die dortige Erläuterung.

Zu Buchstabe c (Absatz 3):

Der Ausschuss empfiehlt, die Regelung zur (Nicht-)Anwendbarkeit des vorliegenden Gesetzes auf den Bereich der Eingliederungshilfe nicht nur - wie in der Entwurfsfassung vorgesehen - hinsichtlich der Verweisung an die Neuregelung des Rechts der Eingliederungshilfe durch das Bundesteilhabegesetz anzupassen, sondern insgesamt neu zu fassen. Zwar ist fraglich, ob es einer Regelung wie der vorliegenden tatsächlich bedarf. Das MS hat insoweit erklärt, dass es angesichts der im Sozialgesetzbuch geregelten sozialversicherungsrechtlichen Versorgungsstrukturen rechtlich eigentlich keine Überschneidungen von Angeboten von Pflegeeinrichtungen mit Angeboten von Leistungserbringern der Eingliederungshilfe für Menschen mit Behinderungen gebe (vgl. auch § 13 Abs. 3 Satz 3, §§ 43 a, 71 Abs. 4 Nr. 1 SGB XI sowie § 103 SGB IX). Die Regelung soll in Übereinstimmung mit MS dennoch zumindest aus Gründen der Klarstellung beibehalten werden.

Dabei soll sich die Regelung im Sinne einer Präzisierung jedoch künftig ausschließlich auf die im Dritten Abschnitt des Gesetzes enthaltenen Förderregelungen beziehen, weil die pflegerische Versorgung von Menschen mit Behinderungen nach Erklärung des MS - der der Ausschuss sich inhaltlich angeschlossen hat - weder von der Tätigkeit der Beschwerdestelle nach § 1 a noch aus den Pflegeberichten und Pflegekonferenzen, die jeweils im Zweiten Abschnitt geregelt sind, ausgeschlossen werden soll. Auch kann die in der bislang geltenden Fassung enthaltene Rückausnahme für § 17 künftig entfallen. Auf Nachfrage, was genau diese bedeuten solle, hat MS erklärt, dass sie auch aus Sicht des MS nicht schlüssig bzw. der Grund für ihre Einführung auch seitens MS nicht mehr nachvollziehbar sei und die Rückausnahme damit jedenfalls aus heutiger Sicht entbehrlich erscheine. Zudem empfiehlt der Ausschuss nachgehend, die Regelung des § 17 Abs. 1 des geltenden Rechts zu streichen (vgl. die entsprechende Änderungsempfehlung und die diesbezügliche Erläuterung), sodass dann die Bezugsnorm für die Rückausnahme ohnehin entfallen würde.

Die vom Ausschuss vor diesem Hintergrund empfohlene Neufassung der vorliegenden Regelung beruht dabei auf einem Formulierungsvorschlag des MS und berücksichtigt die neue Begrifflichkeit des Neunten Buchs des Sozialgesetzbuchs (SGB IX), die von der bis zur Neuregelung durch das Bundesteilhabegesetz gebräuchlichen abweicht.

Zu Nummer 2 (§ 1 a):

Zu Absatz 1:

Die empfohlenen Änderungen dienen dazu, Rolle und Aufgabenzuschnitt der Beschwerdestelle Pflege klarzustellen und zu präzisieren.

Der GBD hat zu Satz 2 in der Entwurfsfassung darauf hingewiesen, dass der genaue Zuschnitt der Beschwerdestelle Pflege sowohl hinsichtlich ihrer Aufgabenstellung und Zielsetzung als auch ihrer Kompetenzen, rechtlichen Qualität und Stellung innerhalb der bestehenden Qualitätssicherungsmechanismen unklar bleibe bzw. sich als nicht unproblematisch darstelle. Dies beruhe insbesondere auf dem Regelungstext der Nummer 1 in der Entwurfsfassung, der der Beschwerdestelle eine Art der

Ermittlungs- oder Untersuchungstätigkeit (vgl. auch § 160 StPO oder § 86 VwGO) zuzuweisen scheine. Dies stehe aber im Widerspruch zu den Ausführungen in der Entwurfsbegründung, S. 23, wonach die Beschwerdestelle nicht in Konkurrenz zu den bereits bestehenden Strukturen treten, sondern diese „als Kontakt- und Koordinierungsstelle ergänzen“ solle. Die Aufgabe, Pflegeeinrichtungen - nicht nur, aber auch anlassbezogen - hinsichtlich der Einhaltung von Qualitätsstandards vor Ort zu überprüfen, Qualitätsmängel aufzuzeigen sowie gemeldete Missstände aufzuklären und ggf. abzustellen, werde in den bestehenden Strukturen bereits anderen Akteuren zugewiesen: So sähen die bundesgesetzlich geregelten Qualitätsmanagementmechanismen im elften Kapitel des SGB XI, die auch dem Schutz der Pflegebedürftigen vor Mängeln und Missständen in der Pflege dienen (vgl. hierzu nur die Gesetzesbegründung zum Pflege-Qualitätssicherungsgesetz, BT-Drs. 14/5395, S. 17 ff.) u. a. die Durchführung von sowohl regelmäßigen als insbesondere auch anlassbezogenen Qualitätsprüfungen vor (vgl. § 114 SGB XI) und wiesen diese Aufgabe dem Medizinischen Dienst, dem Prüfdienst des Verbandes der privaten Krankenversicherung oder den von den Landesverbänden der Pflegekassen eigens zu diesem Zweck bestellten Sachverständigen zu. Daneben sähen auch die Vorschriften des Niedersächsischen Gesetzes über unterstützende Wohnformen (NuWG) in den §§ 9 ff. verpflichtend turnusmäßige sowie anlassbegründete Prüfungen durch die Heimaufsichtsbehörden, d. h. insbesondere Landkreise und kreisfreien Städte (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 NuWG), und deren Befugnis zur Anordnung ggf. erforderlicher Maßnahmen (ordnungsrechtlicher Natur) vor. Vor diesem Hintergrund blieben aber Zweck und Funktion einer etwaigen eigenständigen Aufklärungs- und Prüfungstätigkeit der Beschwerdestelle Pflege im Verhältnis zu diesen bereits bestehenden Prüfungsstrukturen unklar; der Vorwurf der Schaffung von Doppelstrukturen (vgl. Vorlage 8, S. 2) liege nahe. Darüber hinaus stelle sich auch die Frage der Gesetzgebungskompetenz des Landes, da (nicht heimrechtsspezifische) Maßnahmen zur Qualitätssicherung zum Schutz der Pflegebedürftigen bereits in den §§ 112 ff. SGB XI geregelt seien und der Bund insoweit von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz nach Artikel 74 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 12 Grundgesetz (GG) Gebrauch gemacht habe. Es sei fraglich, ob insoweit neben den bundesgesetzlichen Regelungen noch ein landesgesetzlicher Regelungsspielraum verbleibe. Zwar werde die Gesetzgebungskompetenz für die Planung und Förderung der pflegerischen Versorgungsstruktur ausschließlich den Ländern zugeordnet (vgl. u. a. *Berchtold*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, § 9 SGB XI, Rn. 3; *Shafaei*, in: *Udsching/Schütze*, SGB XI, 5. Aufl. 2018, § 9, Rn. 2; *BVerwG*, Urteil vom 13.05.2004, 3 C 2/04, nach *Juris*, Rn. 26; *BSG*, Urteil vom 26.01.2006, B 3 P 6/04 R, nach *Juris*, Rn. 38) und verweise die Entwurfsbegründung, S. 23, insoweit auch auf die mit der Einführung der Beschwerdestelle beabsichtigte Aufrechterhaltung und Verbesserung der Pflegeversorgung. Es sei jedoch zweifelhaft, ob die so verstandenen Aufgaben der Beschwerdestelle in einem hinreichenden Sachzusammenhang mit dem Vorhalten einer pflegerischen Versorgungsstruktur stünden, um vorliegend die insoweit bestehende Gesetzgebungskompetenz des Landes in Anspruch nehmen zu können. Verstünde man die Entwurfsregelung der Nummer 1 hingegen so, dass zwar die eigentliche Ermittlungstätigkeit durch die zuständigen (Prüf- oder Heimaufsichts-)Behörden erfolgen und lediglich das Ergebnis so umfassend an die Beschwerdestelle rückgemeldet werden solle, dass diese eine eigene Sachverhaltsbewertung vornehmen könne, so stelle sich zwangsläufig die Frage nach der „Bewertungshoheit“ im Hinblick auf die geprüften Sachverhalte und damit wiederum nach dem Verhältnis der Beschwerdestelle zu den genannten Behörden sowie zusätzlich und insbesondere auch zu den über sie Aufsicht führenden Stellen.

MS hat hierzu erklärt, dass die Beschwerdestelle Pflege weder eigenständige Ermittlungstätigkeiten vornehmen noch die Aufgaben der aufsichtführenden Stellen wahrnehmen oder deren Tätigkeit „kontrollieren“ solle. Vielmehr solle sie (lediglich) die Funktion einer niedrighwelligen Anlaufstelle insbesondere auch für diejenigen Zielgruppen, „die für sich bisher keine geeignete Ansprechperson gesehen haben“ (Entwurfsbegründung, S. 23), inklusive Vermittlerrolle einnehmen und sich als solche - in Anlehnung an die Tätigkeit der Landespatientenschutzbeauftragten, bei der die Beschwerdestelle auch angegliedert werden solle - weitgehend unabhängig als Kontakt- und Koordinierungsstelle um die Anliegen der im Gesetz genannten Personengruppen kümmern.

Um diesen Aufgabenzuschnitt präziser abzubilden, ist zunächst ein zwischen MS und GBD abgestimmter Änderungsvorschlag zu Nummer 1 unterbreitet worden, der sich in der Formulierung an den Regelungen in § 16 Abs. 2 des Niedersächsischen Krankenhausgesetzes über die Patientenfürsprecherin oder den Patientenfürsprecher orientierte. Diesbezüglich hat der federführende Ausschuss jedoch Bedenken geäußert, dass die Formulierung der Aufgabenbeschreibung der Beschwerdestelle

die ihr vom Ausschuss beigemessenen Aufgaben nicht hinreichend abbilde, sondern die Gefahr berge, ihre Funktion auf die eines „Briefkastens“ zu reduzieren. Der Ausschuss hat daher im Folgenden das MS und den GBD beauftragt, einen Formulierungsvorschlag abzustimmen, der den vom Ausschuss geäußerten Bedenken Rechnung trage und außerdem auch die beabsichtigte Unabhängigkeit der Beschwerdestelle verdeutliche.

Die nunmehr vom Ausschuss zu Satz 2 empfohlenen Änderungen beruhen auf einem vor diesem Hintergrund von MS unterbreiteten (weiteren) Formulierungsvorschlag für die Aufgabenbeschreibung. Der GBD hat hierzu erklärt, dass rechtliche Bedenken hiergegen nicht bestünden, soweit die nach Satz 2 Nr. 1 in der empfohlenen Fassung erfolgende „Prüfung“ - in Abgrenzung zu den Aufgaben der nach dem Elften Kapitel des SGB XI für Qualitätssicherung zuständigen Stellen, der Heimaufsicht und der über diese Stellen aufsichtsführenden Stellen - dahin gehend verstanden werde, dass die Beschwerdestelle sich ein Bild von dem der Beschwerde oder dem Hilfeersuchen zugrunde liegenden Sachverhalt mache, um die ihr nach den Nummern 0/1, 0/2, 2 und 3 obliegenden Aufgaben sachgerecht erfüllen zu können, nicht aber eigenständige Ermittlungs- oder Untersuchungstätigkeiten zugewiesen bekomme. Die Beschwerdestelle solle insoweit jedoch die Aufgabe haben, auf eine zügige und transparente Bearbeitung und Aufklärung aktiv hinzuwirken (s. auch die Formulierungsempfehlung zu Absatz 2). Die Rolle, die den für die Sachverhaltsaufklärung zuständigen Stellen (s. „[...] auch unter Einbeziehung [...]“) in diesem Rahmen zukomme, und die Möglichkeiten ihrer Einbeziehung richteten sich dabei nach den für diese Stellen geltenden Vorschriften. Der Ausschuss nahm dies zur Kenntnis und erhob keine Einwände.

Der außerdem vom Ausschuss zur Anfügung empfohlene neue Satz 3 dient der Verdeutlichung der Unabhängigkeit und Weisungsungebundenheit der Beschwerdestelle Pflege bei der Erfüllung der ihr obliegenden Aufgaben und beruht ebenfalls auf einem Formulierungsvorschlag des MS.

Zu Absatz 2:

Die Änderungsempfehlungen dienen der Verdeutlichung und Präzisierung des beabsichtigten Regelungsgehalts der Vorschrift, mit der keine eigenständige echte Verpflichtung der genannten Stellen für eine Mitwirkung und Unterstützung der Beschwerdestelle bei ihrer Aufgabenerfüllung begründet, sondern lediglich eine entsprechende Erwartungshaltung des Landes formell festgehalten werden soll. Die fehlende Verpflichtungswirkung soll dann auch im Regelungstext zum Ausdruck kommen, was durch die empfohlene Formulierung erreicht wird.

Die Normierung einer echten rechtsverbindlichen Mitwirkungspflicht wäre auch problematisch, da zumindest im Hinblick auf die durch bundesrechtliche Regelungen eingerichteten Pflegekassen (vgl. nur § 46 SGB XI) und Medizinischen Dienste (vgl. § 275 SGB V i. V. m. § 53 c SGB XI), deren Aufgaben, Befugnisse und Rechtsverhältnisse ebenfalls durch Bundesrecht geregelt werden, die Gesetzgebungskompetenz des Landes sehr zweifelhaft wäre. Hinsichtlich der Träger der Pflegeeinrichtungen sowie der - in der Regel privatrechtlich organisierten - Interessenvertretungen der Pflegebedürftigen, der Pflegekräfte und der pflegenden Angehörigen würde eine verpflichtende Regelung zudem einen Eingriff in die Berufsfreiheit nach Artikel 12 GG oder in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Artikel 2 Abs. 1 GG darstellen, der sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig sein müsste. Eine Regelung wie die vorliegend empfohlene, die nur eine Zusammenarbeit im Rahmen der jeweiligen Aufgabenbereiche betrifft (vgl. auch die Entwurfsbegründung, S. 25: „Die Unterstützung [...] kann beispielsweise in Form von Stellungnahmen oder durch die Übernahme der Bearbeitung im Rahmen der eigenen Zuständigkeit und Rückmeldung [...] erfolgen.“) und der insoweit eine Appellfunktion zukommen soll, ist hingegen unproblematisch.

Der außerdem empfohlene Wegfall der Aufzählung einzelner Nummern des Absatzes 1 Satz 2 berücksichtigt, dass eine Zusammenarbeit mit einer oder mehreren der genannten Stellen grundsätzlich bei Wahrnehmung aller der Beschwerdestelle obliegenden Aufgaben sinnvoll und sachgerecht sein kann.

Die darüber hinaus zur Ergänzung am Satzende empfohlene Formulierung geht auf einen Formulierungsvorschlag des MS zurück, den dieses auf den vom Ausschuss geäußerten Wunsch einer Nachschärfung der Aufgabenbeschreibung der Beschwerdestelle hin unterbreitet hat (vgl. die vorgehende Erläuterung zu Absatz 1). Sie soll auch einen entsprechenden Appell an alle genannten Stellen richten.

Zu Nummer 3 (§§ 2 und 3):**Zu § 2:****Zu Absatz 1:**

Die zu Satz 2 empfohlene Änderung dient der Klarstellung, was genau weiterentwickelt werden soll, und hat sprachliche Gründe.

Die zu Satz 3 empfohlene Änderung soll verdeutlichen, dass die vorliegende Regelung dem präventiven und dem rehabilitativen Ansatz zu einer größeren Bedeutung verhelfen soll (vgl. die Entwurfsbegründung, S. 26). Die genannten Aspekte sollen also - ebenso wie die häusliche Pflege - konzeptionell stärkere Berücksichtigung erfahren. Bei der häuslichen Pflege wird dies im Regelungstext durch die Formulierung „zur Stärkung“ zum Ausdruck gebracht. Der Begrifflichkeit „Maßnahmen der Prävention und Rehabilitation“ hingegen fehlt eine solche Verdeutlichung, dass es nicht um Maßnahmen der Prävention/Rehabilitation im Einzelfall bzw. bezogen auf einen Pflegebedürftigen geht (vgl. auch z. B. § 18 Abs. 6 SGB XI), sondern um die stärkere Berücksichtigung des Präventions- und Rehabilitationsgedankens. Dies wird durch die empfohlene Änderung klargestellt.

Zu Satz 4 empfiehlt der Ausschuss zunächst, die Formulierung, mit der ausdrücklich auch das Fortschreiben des Landespflegeberichts in den Blick genommen wird, zu streichen. Sie passt hier systematisch nicht, da die Fortschreibung erst in Absatz 2 des Entwurfs geregelt (und dort auch erstmals genannt) wird. Außerdem sollen auch die Vorgaben der Sätze 1 bis 3 bei der Fortschreibung des Landespflegeberichtes gelten, ohne dass dieses dort ausdrücklich formuliert wird. Die weitere Änderung der Eingangsformulierung hat nur sprachliche Gründe.

Hinsichtlich der örtlichen Pflegeberichte soll zur Präzisierung und leichteren Orientierung im Gesetz die Verweisung auf § 3 eingefügt werden.

Die darüber hinaus zur Benennung der Pflegestatistik empfohlene Änderung soll klarstellen, welche Statistik berücksichtigt werden muss. Der Begriff „Pflegestatistik Niedersachsen“ findet sich in keinem Gesetz, und auch eine eigenständige gesetzliche Grundlage für die Erstellung einer solchen Statistik ist nicht ersichtlich, sodass nach der Entwurfsfassung unklar ist, was genau der Begriff bezeichnet. Auf Nachfrage hat MS erklärt, dass die Pflegestatistiken gemeint sind, die auf der Grundlage des § 109 SGB XI erstellt werden. Dem hat sich der Ausschuss inhaltlich angeschlossen und empfiehlt, dies im Regelungstext entsprechend abzubilden. Bei diesen Statistiken handelt es sich um Bundesstatistiken, deren Daten von den statistischen Ämtern der Länder erhoben werden (§ 109 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 3 SGB XI, § 4 Abs. 3 Pflegestatistik-Verordnung). Das MS hat außerdem mitgeteilt, dass die sich auf Niedersachsen beziehenden Daten vom Landesamt für Statistik Niedersachsen (gesondert) veröffentlicht werden.

Außerdem empfiehlt der Ausschuss die Aufnahme der Wendung „unter Heranziehung wissenschaftlicher Begleitung“, mit der klargestellt wird, dass die Erstellung des Landespflegeberichts mit pflegewissenschaftlicher Begleitung erfolgen soll. Denn nach dem Entwurf bleibt unklar, was genau mit der „Berücksichtigung des aktuellen Standes der pflegewissenschaftlichen Forschung“ gemeint ist. Die im Regelungstext enthaltene Formulierung („berücksichtigen“) könnte dahin gehend verstanden werden, dass der aktuelle Stand der Forschung lediglich - quasi als Qualitätsanforderung - bei Erstellung des Pflegeberichts von den Handelnden fortlaufend im Blick behalten und der Bericht, insbesondere wohl die Vorschläge zur Entwicklung der pflegerischen Versorgung, daran ausgerichtet werden soll. Die Ausführungen in der Entwurfsbegründung, S. 27, hingegen, wonach mit der Regelung die Forderung nach einer pflegewissenschaftlichen Begleitung umgesetzt wird, legen nahe, dass eine obligatorische wissenschaftliche Begleitung durch pflegewissenschaftliches Fachpersonal gewollt ist.

MS hat insoweit auf Nachfrage erklärt, dass vorliegend eine solche obligatorische pflegewissenschaftliche Begleitung für erforderlich gehalten werde und auch erfolgen solle. Dieser Einschätzung hat sich der Ausschuss angeschlossen und empfiehlt, das Erfordernis wissenschaftlicher Begleitung ausdrücklich in den Regelungstext aufzunehmen, zumal nach Erklärung von MS, der sich der Ausschuss ebenfalls inhaltlich angeschlossen hat, ein entsprechendes Erfordernis im Rahmen der Erstellung der örtlichen Pflegeberichte nach § 3 nicht gelten soll, obwohl dort (s. Absatz 1 Satz 5 des

Entwurfs) das Erfordernis der Berücksichtigung des aktuellen Forschungsstandes wortgleich formuliert wird. Dabei dürften sich die aus einer solchen wissenschaftlichen Begleitung zu erwartenden Kosten nicht mit hinreichender Deutlichkeit aus den im Entwurf enthaltenen Darlegungen zu den haushaltsmäßigen Auswirkungen für das Land (Artikel 68 Abs. 1 der Niedersächsischen Verfassung [NV]) ergeben. Dort sind nämlich nur pauschalierende Angaben zu den aufgrund der Neuerungen in den §§ 2 bis 4 zu erwartenden Personalausgaben zu finden (s. Entwurfsbegründung, S. 12 f.). MS hat hierzu jedoch mitgeteilt, dass eine pflegewissenschaftliche Begleitung auch schon bei dem zuletzt veröffentlichten Pflegebericht 2020 stattgefunden und mit Kosten in Höhe von rund 130 000 Euro zu Buche geschlagen habe. Haushaltsmittel für eine entsprechende Begleitung der Erstellung des Pflegeberichts 2024 seien von der Landesregierung bereits in die Planungen miteingestellt worden.

Schließlich wird empfohlen, als neuen Satz 5 die Regelung des § 2 Satz 4 des geltenden Rechts zur verpflichtenden Anhörung des Landespflegeausschusses anzufügen. Denn wie sich aus der Entwurfsbegründung, S. 28, ergibt, soll eine Anhörung des Landespflegeausschusses nach wie vor erfolgen. Sie erscheint im Hinblick auf die dortige Einordnung des Landespflegeausschusses „als wichtigstes Organ für Fragen der pflegerischen Versorgung auf Landesebene“ und die Regelung des § 8 a SGB XI (s. insbesondere Absatz 4 Satz 1) auch sachgerecht. Die Aufgaben des Landespflegeausschusses sind dabei in § 8 a SGB XI nicht im Detail geregelt, sondern mit „Beratung über Fragen der Pflegeversicherung“ (§ 8 a Abs. 1 Satz 1 SGB XI) und Mitwirkung an „Pflegestrukturempfehlungen“ (§ 8 a Abs. 4 Satz 1 SGB XI) umschrieben. Auch in der Niedersächsischen Pflegeausschussverordnung finden sich keine konkreten Regelungen über die Aufgaben des Landespflegeausschusses. Um Zweifel hinsichtlich des Erfordernisses der Anhörung des Landespflegeausschusses bei der Erstellung des Landespflegeberichtes auszuschließen, die sich aus der Streichung der bisherigen Regelung ergeben könnten, empfiehlt der Ausschuss, diese - nunmehr als Satz 5 - beizubehalten.

Zu § 3:

Zu Absatz 1:

Zu Satz 1 hat der GBD darauf hingewiesen, dass die Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Spitzenverbände Niedersachsens (AG KSV) in der Anhörung geäußert habe, dass sie „die verpflichtende Erstellung der örtlichen Pflegeberichte“ ablehne, und auf den den Kommunen entstehenden Mehraufwand verwiesen habe, sollten diese „künftig zur Erstellung örtlicher Pflegeberichte verpflichtet werden“ (vgl. Vorlage 8, S. 2 f.). Diese Ausführungen zielten, wie auch im mündlichen Vortrag der AG KSV deutlich geworden sei (vgl. Niederschrift über die 111. Sitzung am 4. März 2021, S. 9), auf die Frage der Relevanz der vorliegend vorgesehenen Änderungen im Hinblick auf Artikel 57 Abs. 4 NV und die dortigen Konnexitätsregelungen. Danach sei u. a. für den Fall, dass den Kommunen durch Gesetz Pflichtaufgaben zur Erfüllung in eigener Verantwortung zugewiesen würden, für die dadurch verursachten erheblichen und notwendigen Kosten unverzüglich durch Gesetz der entsprechende finanzielle Ausgleich zu regeln. Insoweit sei jedoch die sowohl in Vorlage 8, S. 2 f., als auch in der Entwurfsbegründung, S. 31, erkennbar werdende Einschätzung der AG KSV, es habe sich bei der Erstellung der örtlichen Pflegeberichte bisher um eine freiwillige Aufgabe gehandelt, die durch die vorliegende Entwurfsregelung nunmehr pflichtig gestellt werde, nicht nachvollziehbar. Denn eine Verpflichtung der Landkreise und kreisfreien Städte, örtliche Pflegeberichte zu erstellen und fortzuschreiben, bestehe angesichts des Wortlauts des geltenden § 3 Sätze 1 und 3 („erstellen“, „sind fortzuschreiben“) bereits nach der derzeitigen Rechtslage. Die Regelung bestehe dabei in dieser Form seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Niedersächsischen Pflegegesetzes v. 11. Dezember 2003 (Nds. GVBl. S. 425) und habe bereits eine Vorgängerregelung in § 4 in der Fassung des Gesetzes v. 22. Mai 1996 (Nds. GVBl. S. 245) gehabt. Allerdings sei die betreffende Verpflichtung nach Auskunft des MS wohl bislang nur von einem Teil der betroffenen Kommunen erfüllt worden und sei gegenüber den anderen Kommunen nicht durchgesetzt worden.

Unabhängig davon sei jedoch der Umstand, dass die gesetzliche Verpflichtung bereits seit Langem bestehe, entgegen den Ausführungen in der Entwurfsbegründung, S. 31, nicht gleichbedeutend damit, dass die Kostenfrage vorliegend nicht zu erörtern sei. Zwar richte sich der finanzielle Ausgleich für Vorschriften mit entsprechenden Aufgabenübertragungen, die vor dem 1. Januar 2006 erlassen worden seien, nach dem zum Zeitpunkt der Übertragung geltenden Recht (s. Artikel 57 Abs. 4 Satz 4

Halbsatz 1 NV). Jedoch sei insoweit zu berücksichtigen, dass auch Änderungen einer bereits vor dem 1. Januar 2006 bestehenden Regelung, mit der den Kommunen Pflichtaufgaben zur Erfüllung in eigener Verantwortung zugewiesen worden seien, die Pflicht zum finanziellen Ausgleich auslösen könnten, nämlich dann, wenn sie zu einer erheblichen Erhöhung der Kosten führten (vgl. Artikel 57 Abs. 4 Satz 4 Halbsatz 2 i. V. m. Satz 3 NV; s. auch *Waechter*, in: Hannoverscher Kommentar zur Niedersächsischen Verfassung, hrsg. von Epping u. a., 2. Aufl., Artikel 58, Rn. 91, 94). Eine Änderung der aufgabenübertragenden Norm könne dabei auch in einer qualitativen Änderung i. S. e. gesetzlichen Standarderhöhung für die Wahrnehmung der Aufgaben liegen (vgl. *Waechter*, a. a. O., Artikel 58, Rn. 89). Eine solche Standarderhöhung könnte vorliegend aber durch die im Vergleich zur bisherigen Fassung erweiterten inhaltlichen und verfahrensmäßigen Anforderungen (vgl. insbesondere die Sätze 3 bis 5 sowie Absatz 2 Sätze 3 und 4 der Entwurfsfassung) gegeben sein. Sollte sich aus dieser eine erhebliche Erhöhung der Kosten ergeben, wäre diese Erhöhung finanziell auszugleichen. Für die Beurteilung, ob eine erhebliche Erhöhung vorliege, sei dabei auf das Verhältnis des Erhöhungsaufwandes zum Gesamtaufwand für die Aufgabe abzustellen (*Waechter*, a. a. O., Artikel 58, Rn. 82).

Das Fachministerium hingegen vertrete hierzu die Auffassung, es handele sich bei der Neuregelung vor allem um die Nachschärfung der wichtigsten inhaltlichen Ziele der Berichte, mit denen diese sich auch schon vorher hätten befassen können und sollen. Auch seien zur Erfüllung der bisherigen Anforderungen schon eine Verarbeitung der Pflegestatistik (vgl. Absatz 1 Satz 1: „Stand der pflegerischen Versorgung“) sowie ein gewisser Grad an Erkenntnissen aus den Pflegewissenschaften (vgl. Absatz 1 Satz 1: „voraussichtliche Entwicklung der pflegerischen Versorgung“ sowie Satz 2) erforderlich gewesen. Der Umfang der Kostenerhöhung durch die Neuregelungen sei vor diesem Hintergrund, so MS, kaum zu ermitteln. Das MS gehe zudem nicht von einer Standarderhöhung aus, weil sich die durch Komm.Care vorgeschlagenen Standards an den Standards der bisherigen Pflegeberichte orientierten. Das MS erwarte jedenfalls keine Kostenerhöhung, die die Erheblichkeitsschwelle überschreite.

Ob diese Einschätzung im Ergebnis tragfähig sei, könne der GBD nicht abschließend beurteilen. Jedenfalls könne der Verweis auf die im Rahmen des Projekts Komm.Care vorgeschlagenen Standards nicht ausschlaggebend sein. Komm.Care sei ein freiwilliges Angebot an die Kommunen, welches Beratungen der Landesvereinigung für Gesundheit & Akademie für Sozialmedizin Niedersachsen e. V. zu einzelnen Fragestellungen und u. a. auch Handlungshilfen zu den örtlichen Pflegeberichten anböte (<https://www.gesundheit-nds.de/index.php/arbeitschwerpunkte-lvg/pflege-und-gesundheit/1241-komm-care>). Ob eine Standarderhöhung im obigen Sinne vorliege, die jedenfalls dem Grunde nach eine Kostenausgleichspflicht auslöse, beurteile sich jedoch allein nach den gesetzlichen Regelungen bzw. nach einem Vergleich der bislang dort niedergelegten Anforderungen zu den künftig zu erfüllenden Anforderungen. Insoweit sei aber festzustellen, dass mit den vorliegenden Entwurfsregelungen im Vergleich zu der bisherigen gesetzlichen Regelung eine Erweiterung der inhaltlichen Vorgaben erfolge und neue „methodische“ (s. Einbezug von Statistik und Forschungsstand) und organisatorische (s. verbindliches Fortschreibungsintervall und Übersendungspflicht) Vorgaben gemacht würden. Ob diese Änderungen zu erheblichen Kostenerhöhungen im Sinne des Artikels 57 Abs. 4 Satz 3 NV führten, müsste dabei wohl im Vergleich zu den Kosten ermittelt werden, die den Kommunen entstanden seien, die in den vergangenen Jahren pflichtgemäß und unter Beachtung der bisherigen Vorgaben örtliche Pflegeberichte erstellt und fortgeschrieben hätten. Die Schwelle der Erheblichkeit der Kosten sei dabei in Niedersachsen nicht festgelegt. Nach den Konnexitätsausführungsgesetzen anderer Länder läge sie zwischen 0,10 und 0,25 Euro pro Einwohner pro Jahr, in der Literatur für Niedersachsen würden - soweit ersichtlich - 0,06 Euro (so wohl *Trips*, NVwZ 2015, S. 102 [106]), 0,2 Euro (*Waechter*, a. a. O., Artikel 58, Rn. 83) oder jedenfalls nicht über 0,25 Euro (*Henneke*, Nds. VBl. 2006, S. 89 [96]) pro Einwohner pro Jahr genannt. MS komme nach nochmals angestellten eigenen Berechnungen auf einen Betrag von 0,009 bis 0,015 Euro pro Einwohner pro Jahr. Vor diesem Hintergrund dürfte die Erheblichkeit der Kostenerhöhung durchaus zweifelhaft sein, sie könne vom GBD aber - auch mangels genauerer Sachverhalts- und Fachkenntnis - nicht abschließend beurteilt werden.

Der Ausschuss nahm dies zur Kenntnis und sah keinen weiteren Änderungsbedarf.

Zu den vom Ausschuss zu Satz 2 empfohlenen Änderungen vgl. die Erläuterungen zur Parallelvorschrift in § 2 Abs. 1 Satz 2.

Zu den Änderungsempfehlungen zu Satz 3 vgl. die Erläuterungen zur Parallelvorschrift in § 2 Abs. 1 Satz 3.

Zu Satz 4 empfiehlt der Ausschuss zunächst, aus systematischen Gründen die auf die Fortschreibung der Berichte Bezug nehmende Formulierung in der einleitenden Formulierung zu streichen. Dies dient dazu, im Ergebnis einen Regelaufbau parallel zu demjenigen des § 2 d. E. zu erreichen, wonach in Absatz 1 die Erstellung der Berichte und die dafür geltenden inhaltlichen und methodischen Vorgaben geregelt werden, während sich Absatz 2 mit der Fortschreibung (und den diesbezüglichen Besonderheiten) befasst. Außerdem dürften - wie schon bei § 2 Abs. 1 d. E. - auch vorliegend die Sätze 1 bis 3 gleichfalls bei Fortschreibung der örtlichen Pflegeberichte zu beachten sein, ohne dass dies dort jeweils unmittelbar zum Ausdruck gebracht wird (vgl. auch die Erläuterung zu § 2 Abs. 1 Satz 4).

Zudem soll - ebenfalls parallel zu § 2 Abs. 1 Satz 4 - hinsichtlich des Landpflegeberichts zur Präzisierung und leichteren Orientierung im Gesetz die Verweisung auf § 2 eingefügt werden.

Zu der Änderungsempfehlung zur Bezeichnung der Pflegestatistik vgl. die Erläuterung zu der entsprechenden Empfehlung zu § 2 Abs. 1 Satz 4.

Zu der zu Satz 5 empfohlenen Streichung der Worte „und Fortschreiben“ vgl. die Erläuterung zu Satz 4.

Auf Nachfrage hat MS zu der vorliegenden Regelung im Übrigen erklärt, dass - abweichend von § 2 Abs. 1 Satz 4 zum Landpflegebericht, vgl. auch die dortige Erläuterung - eine pflegewissenschaftliche Begleitung der Berichtserstellung hier nicht vorgegeben werden solle. Es solle lediglich auf niedrighwelliger Ebene der Stand der pflegewissenschaftlichen Forschung als Qualitätsanforderung im Blick behalten werden. Dem hat sich der Ausschuss angeschlossen.

Zu Absatz 2:

Die zu Satz 1 empfohlenen Änderungen berücksichtigen, dass eine Pflicht zur Erstellung bzw. Fortschreibung der örtlichen Pflegeberichte auch nach bisherigem Recht bereits besteht. Die vorliegende Entwurfsregelung dient - darauf aufbauend und in Verbindung mit den nachfolgenden Sätzen 2 und 3 des Entwurfs - dazu, die Erstellung der örtlichen Pflegeberichte und des Landpflegeberichts sowie die hierbei zu berücksichtigende Statistik zu synchronisieren (vgl. auch die Entwurfsbegründung, S. 30). Zu diesem Zweck wird in der vorliegenden Regelung ein Stichtag festgelegt, bis zu dem die zuständigen Kommunen nächstmalig einen örtlichen Pflegebericht vorlegen müssen, und damit auch der Zeitpunkt bestimmt, von dem aus sich dann der in Satz 3 des Entwurfs neu angeordnete vierjährige Fortschreibungszeitraum berechnet. Dieses Verständnis wird durch die vorgeschlagene Formulierung „nächstmalig [...] zu erstellen“ verdeutlicht; die im Entwurf weiter vorgesehene Formulierung „oder fortzuschreiben“ ist dann entbehrlich.

Zu den zu Satz 2 empfohlenen Änderungen vgl. die Erläuterung zu der entsprechenden Änderungsempfehlung in § 2 Abs. 1 Satz 4.

Darüber hinaus empfiehlt der Ausschuss, die Regelung zur Übersendungspflicht in Satz 4 des Entwurfs aus systematischen Gründen hier zu streichen und in einen neuen Absatz 3 zu verschieben.

Zu Absatz 3 - neu -:

Vgl. die Erläuterung zu Absatz 2 Satz 4.

Zu Nummer 4 (§ 4):

Zu Buchstabe a (Absatz 1):

Die empfohlenen Änderungen stehen größtenteils im Zusammenhang mit der vom Ausschuss empfohlenen Einfügung eines neuen Satzes 2 (vgl. hierzu sogleich). Dabei haben die Änderung des Änderungsbefehls und die daraus folgende geänderte Darstellung (Abbildung der geänderten Fassung) nur rechtsförmliche Gründe (vgl. Hinweise der Staatskanzlei zur einheitlichen rechtsförmlichen Gestaltung der Entwürfe von Gesetzen und Verordnungen, unter I. Nr. 12.8).

Die zu Satz 1 im Vergleich zur geltenden Fassung der Regelung empfohlene Ersetzung der Worte „Im Zuständigkeitsbereich“ durch die Worte „Für den Zuständigkeitsbereich“ berücksichtigt, dass nach dem neuen Satz 2 die Pflegekonferenzen ausdrücklich auch in Form gemeinsamer Pflegekonferenzen zulässig sein sollen. Vgl. auch die dortige Erläuterung.

Die zu Nummer 9 im Vergleich zur Entwurfsfassung empfohlene Änderung erfolgt aus sprachlichen Gründen, da es sich laut Einleitungssatz um „Fragen“ bezüglich der nachfolgend aufgeführten Themenbereiche handelt.

Im Übrigen hat der GBD darauf hingewiesen, dass durch die im Entwurf vorgesehene Ersetzung des Wortes „können“ durch das Wort „sollen“ die nach bisherigem Recht freiwillige Einrichtung von örtlichen Pflegekonferenzen erstmals verpflichtend werde (vgl. zu dieser Absicht auch die Entwurfsbegründung, S. 31); von ihr könne lediglich in atypischen Ausnahmefällen abgesehen werden (vgl. zu Soll-Vorschriften z. B. BVerwGE 133, 297, zit. nach juris, Rn. 26). Die AG KSV habe in der Anhörung die Verpflichtung zu örtlichen Pflegekonferenzen abgelehnt und jedenfalls einen finanziellen Ausgleich des den Kommunen daraus entstehenden Mehraufwands aus Konnexitätsgründen gefordert (vgl. die Niederschrift über die 111. Sitzung am 4. März 2021, S. 9, sowie Vorlage 8, S. 2 f.). Dabei handele es sich bei der vorliegenden Soll-Vorschrift um die Zuweisung einer Pflichtaufgabe zur Erfüllung in eigener Verantwortung im Sinne des Artikels 57 Abs. 4 Satz 1 NV (vgl. zu Soll-Vorschriften *Waechter*, in: Hannoverscher Kommentar, Artikel 58, Rn. 43, LVerfG Sachsen-Anhalt, DVBl. 2004, S. 434 ff., zit. nach juris, Rn. 73). Sie ziehe damit gemäß Artikel 57 Abs. 4 Satz 2 NV eine Verpflichtung des Landesgesetzgebers nach sich, für die durch die Aufgabenzuweisung verursachten notwendigen Kosten unverzüglich durch Gesetz den entsprechenden finanziellen Ausgleich zu regeln, wenn diese Kosten die Erheblichkeitsschwelle überschritten (vgl. auch *Waechter*, in: Hannoverscher Kommentar, Artikel 58, Rn. 77 zu bis zur Pflichtstellung freiwillig wahrgenommenen Aufgaben). Das MS habe auf Nachfrage hierzu erklärt, dass nach seiner Einschätzung die aus der Wahrnehmung der neuen Pflichtaufgabe resultierenden notwendigen Kosten der Kommunen unter der Erheblichkeitsschwelle verblieben, sodass kein finanzieller Ausgleich durch das Land erforderlich sei. MS berufe sich insoweit auf eine Berechnung unter Berücksichtigung der Erfahrungswerte aus der regelmäßigen Durchführung von Sitzungen des Landespflegeausschusses, die den örtlichen Pflegekonferenzen strukturell ähnelten, und komme auf eine Kostenbelastung von 0,007 Euro pro Einwohner pro Jahr, was dann unterhalb der Beträge läge, ab denen in der Literatur für Niedersachsen von einer Erheblichkeit ausgegangen werde. Es obliege insoweit der Entscheidung des Gesetzgebers, ob dieser Einschätzung gefolgt werden solle.

Der Ausschuss nahm dies zur Kenntnis und sah keinen weiteren Regelungsbedarf.

Im Übrigen hat MS auf Nachfrage, welche atypischen Fälle der Gesetzentwurf vorliegend vor Augen habe, in denen die Bildung einer örtlichen Pflegekonferenz ausnahmsweise nicht erfolgen müsse, erklärt, ein solcher Ausnahmefall sei beispielsweise gegeben, wenn eine Kommune aufgrund besonderer Umstände - wie etwa in der COVID-19-Pandemie - insbesondere nicht die personellen Ressourcen aufbringen könne. Dem hat sich der Ausschuss angeschlossen.

Der Ausschuss empfiehlt zudem, an die Regelung der Entwurfsfassung einen neuen Satz 2 anzufügen, der sicherstellen soll, dass die Pflegekonferenzen auch in Form gemeinsamer Pflegekonferenzen zulässig sind, in denen dann die einschlägigen Fragestellungen gebietsübergreifend beraten werden können.

Zu Nummer 5 (§ 5):

Zu Buchstabe a (Absatz 1):

Der Ausschuss empfiehlt, den Änderungsbefehl, soweit er eine Änderung des Wortlauts des Absatzes 1 vorsieht, zu streichen. Laut der Entwurfsbegründung, S. 34, soll insoweit lediglich eine redaktionelle Änderung vorgenommen und der Regelungstext an den Wortlaut des § 9 SGB XI angepasst werden. Dies ist jedoch weder zwingend noch regelungstechnisch gelungen. Für eine Angleichung wäre es erforderlich, entsprechend der Formulierung in § 9 Abs. 1 Satz 1 SGB XI „verantwortlich für die Vorhaltung einer den örtlichen Anforderungen entsprechenden notwendigen pflegerischen Versorgungsstruktur“ zu formulieren. Anderenfalls fehlt die sowohl in der bisherigen Fassung als auch

in § 9 Abs. 1 Satz 1 SGB XI (für die Länder) abgebildete Verpflichtung, für das Bereitstehen einer hinreichenden Zahl an Pflegeeinrichtungen sowie der erforderlichen Versorgungsstruktur im Übrigen einzustehen. Genau dieses Einstehen für das Bereitstehen soll aber den Kommunen im Rahmen der Daseinsvorsorge obliegen (vgl. auch die Begründung zum Entwurf des Landespflegegesetzes, LT-Drs. 13/1705, S. 35). Darüber hinaus wird die Regelung des § 5 durch die beabsichtigte Änderung in der Begrifflichkeit uneinheitlich, da sowohl die Überschrift als auch Absatz 1 Satz 2 weiterhin von „Bereitstellung“ sprechen. Diese unterschiedliche Benennung des gleichen Sachverhalts sollte vermieden werden. Vor diesem Hintergrund soll die Änderung gestrichen werden.

Zu Buchstabe b (Absatz 2):

Zu der vorliegenden Regelung hat der GBD darauf hingewiesen, dass die beabsichtigte Streichung - abweichend von den Ausführungen in der Entwurfsbegründung, S. 35 - nicht lediglich eine redaktionelle, sondern eine inhaltliche Änderung darstelle. Die zur Streichung vorgesehene Regelung adressiere die Kommunen und verpflichte diese dazu, im Regelfall von der Schaffung eigener Einrichtungen abzusehen, soweit die pflegerische Struktur durch andere Träger, d. h. freigemeinnützige und private, sichergestellt sei. Die Regelung sei Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips. Dies gelte auch für die in der Entwurfsbegründung, S. 35, als Grund für die Streichung angeführte Regelung des § 72 Abs. 3 Satz 2 SGB XI, allerdings mit einer anderen inhaltlichen Ausprägung: Danach sollten Versorgungsverträge vorrangig mit freigemeinnützigen und privaten Trägern abgeschlossen werden. Eine solche nachrangige Berücksichtigung könnte zwar mittelbar dazu führen, dass weniger kommunale Einrichtungen gegründet würden, wenn und soweit sie sich nicht rentierten. Einen rechtlich verbindlichen Grundsatz, dass Pflegeeinrichtungen von der öffentlichen Hand nur bei mangelnder Sicherstellung der Versorgung durch andere Träger gegründet werden dürften, normiere die Regelung nicht. Gleiches gelte im Übrigen auch für § 11 Abs. 2 Satz 3, der einen Vorrang freigemeinnütziger und privater Träger bei der Durchführung des SGB XI statuieren. Darüber hinaus gelte im SGB XI gleichzeitig der Grundsatz der Trägervielfalt (§ 11 Abs. 2 Satz 1 SGB XI, vgl. hierzu etwa *Pfitzner*, in: BeckOK Sozialrecht, hrsg. v. Rolfs u. a., 62. Ed., SGB XI, § 11, Rn. 2) und sehe § 72 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 einen Rechtsanspruch der Pflegeeinrichtungen vor, bei Erfüllung der Zulassungsvoraussetzungen nach Absatz 3 Satz 1 Halbsatz 1 durch Versorgungsvertrag zur Pflege zugelassen zu werden. Vor diesem Hintergrund sei die praktische Bedeutung der genannten das Leistungserbringungsrecht betreffenden Subsidiaritätsregelungen fraglich (vgl. *Koch*, in: Kasseler Kommentar, SGB XI, Stand: 115. Erg.Lief. Juli 2021, § 11, Rn. 8; *Schmidt*, ebd., § 72, Rn. 28 f.; *Shafaei*, in: Udsching/Schütze, SGB XI, 5. Aufl. 2018, § 11, Rn. 6; *Schütze*, ebd., § 72, Rn. 11 m. w. N., s. auch *BSGE* 88, 215 ff., zit. nach juris, Rn. 33). Schließlich unterfielen die hier einschlägigen Einrichtungen des Gesundheits- und Sozialwesens nach § 136 Abs. 3 Nr. 2 des Niedersächsischen Kommunalverfassungsgesetzes (NKomVG) ausdrücklich auch nicht der in § 136 Abs. 1 NKomVG normierten Subsidiaritätsregelung. Es sei eine rechtspolitische Entscheidung, ob die im Gesetzentwurf zur Streichung vorgesehene Regelung beibehalten werden solle oder nicht.

Das MS hat hierzu erklärt, dass es an der Streichung festhalten wolle, weil es aus seiner Sicht keiner gesonderten Priorisierungsregelung im Landesrecht bedürfe.

Der Ausschuss hatte zwischenzeitlich erwogen, hinsichtlich Absatz 2 keine Streichung, sondern eine Änderung dahin gehend vorzusehen, dass nur noch ein Vorrang der freigemeinnützigen Träger, nicht jedoch der privaten Träger, gegenüber kommunalen Pflegeeinrichtungen bestünde. Er hat davon aber aufgrund von GBD und MS diesbezüglich geäußelter verfassungsrechtlicher Bedenken insbesondere im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot des Artikels 3 Abs. 1 GG, mögliche Wettbewerbsverzerrungen (Artikel 12 Abs. 1 GG) und den das Rechtsstaatsprinzip betreffenden Widerspruch zu bundesgesetzlichen Grundentscheidungen im SGB XI wieder Abstand genommen. Der Ausschuss sieht es allerdings für notwendig an, den Kommunen die Schaffung eigener Einrichtungen nicht über die Normierungen des Subsidiaritätsgedankens im SGB XI hinaus zu erschweren. Er empfiehlt daher, es bei der Streichung des Absatzes 2 zu belassen.

Zu Nummer 7 (§ 7):

Der GBD hat zu den die Förderung von Pflegeeinrichtungen betreffenden §§ 7 ff. vorab darauf hingewiesen, dass die vorliegende Novellierung an der in diesem Bereich vorzufindenden schwierigen

und vielschichtigen Regelungsstruktur und auch an der Komplexität der einzelnen Regelungen wenig ändere und das Förderrecht insoweit auch nach Inkrafttreten der Novelle weiterhin eher schwer verständlich bleiben werde. Der Ausschuss hat dies zur Kenntnis genommen.

Zu Absatz 1:

Bei der zu Satz 1 für den einleitenden Satzteil empfohlenen Änderung handelt es sich lediglich um eine redaktionelle Folgeänderung zu der auf Grundlage des Änderungsvorschlags der Fraktionen der SPD und der CDU (Vorlage 23) mit Nummer 12/1 vorgesehenen Einfügung eines neuen § 10 a. Vgl. auch die dortige Erläuterung.

Auch die zu Nummer 1 empfohlene Änderung stellt lediglich eine redaktionelle Folgeänderung dar, und zwar zu der bereits mit dem Änderungsvorschlag zu Nummer 1 Buchst. b (zu § 1 Abs. 2) vorgesehenen Einführung der amtlichen Abkürzung.

Zu Nummer 3 empfiehlt der Ausschuss, eine Ermächtigung der Landesregierung aufzunehmen, durch Verordnung das Nähere zur tarifgerechten Entlohnung bestimmen zu können, und in der Folge die eine solche nähere Bestimmung vorsehenden Sätze 2 und 3 der Entwurfsfassung entfallen zu lassen. Gleichzeitig empfiehlt der Ausschuss, in einem (neuen) Satz 2 eine Regelung aufzunehmen, mit der die Erfüllung der Voraussetzung des Satzes 1 Nr. 3 für die Fälle fingiert wird, in denen die - auch für die Förderung erforderliche (vgl. Nummer 1) - Zulassung der Pflegeeinrichtungen nach Maßgabe des derzeit geltenden § 72 Abs. 3 a oder 3 b SGB XI erfolgt ist.

Hintergrund dieser Empfehlungen ist, dass die mit den vorliegenden Entwurfsregelungen beabsichtigte Stärkung der tariflichen oder tarifangeglichenen Entlohnung in Pflegeeinrichtungen zwischenzeitlich durch die Gesetzesentwicklungen auf Bundesebene in gewisser Weise überholt worden ist: Mit Verabschiedung des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (GVWG) vom 11. Juli 2021 (BGBl. I S. 2754) wurde § 72 SGB XI dahin gehend geändert, dass ab dem 1. September 2022 nur noch mit solchen Pflegeeinrichtungen Versorgungsverträge abgeschlossen werden dürfen, die an Tarifverträge oder kirchliche Arbeitsrechtsregelungen gebunden sind und an ihr Pflegepersonal die darin vereinbarte Entlohnung zahlen oder bei denen die Höhe der gezahlten Entlohnung des Pflegepersonals jedenfalls die Höhe der Entlohnung eines Tarifvertrags oder kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen nicht unterschreitet, deren zeitlicher und persönlicher Geltungsbereich eröffnet ist und deren fachlicher Geltungsbereich mindestens eine andere Pflegeeinrichtung in der Region erfasst (s. § 72 Abs. 3a und 3b Satz 1 SGB XI). Bereits laufende Versorgungsverträge sind mit Wirkung ab dem 1. September 2022 an diese Vorgaben anzupassen (§ 72 Abs. 3b Satz 2 SGB XI).

Diese neuen bundesrechtlichen Regelungen haben zur Folge, dass Pflegeeinrichtungen, deren Entlohnung des Pflegepersonals sich nicht im vorgenannten Sinne an einschlägigen Tarifverträgen oder kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen orientiert, ab dem 1. September 2022 keine Zulassung durch Versorgungsvertrag gemäß §§ 72 und 73 SGB XI mehr erhalten können. Damit erfüllen diese Pflegeeinrichtungen dann aber bereits die Fördervoraussetzung nach Satz 1 Nr. 1 des Entwurfs nicht (mehr), sodass es auf die weitere Fördervoraussetzung nach Nummer 3 des Entwurfs in diesen Fällen für einen landesrechtlichen Förderanspruch nicht mehr ankommen würde.

In diesem Sinne verbliebe allenfalls ein gewisser Übergangszeitraum für die Anwendung der hier beabsichtigten Tariftreuregelung bis zum Wirksamwerden der neuen bundesgesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen zum 1. September 2022. Allerdings ist insoweit zu beachten, dass auch nach der im Entwurf vorgesehenen Regelung zugunsten der Pflegeeinrichtungen eine Vorlaufzeit vorgesehen ist (vgl. Satz 4 des Entwurfs), die erforderlich ist, um den Pflegeeinrichtungen die Gelegenheit zu geben, die Fördervoraussetzungen zu schaffen, z. B. durch Verbandsbeitritt oder entsprechende einzelvertragliche Vergütungsabreden. Die Anwendung der Entlohnungsgrundsätze eines Tarifvertrags, an den der Arbeitgeber nicht gebunden ist, kann zudem eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit darstellen, die Beteiligungsrechte eines etwaig bestehenden Betriebsrats auslöst (vgl. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, s. *Kania*, in: Erfurter Kommentar, 21. Aufl. 2021, BetrVG, § 87, Rn. 14 ff., 99 f.). Vor diesem Hintergrund dürfte sich die vorgenannte Übergangszeit, in der die Wirkungen der landesrechtlichen Tariftreuregelung nicht in größerem Ausmaß bereits durch das bundesrechtliche Zulassungsrecht vorweggenommen werden, auf wenige Monate beschränken.

Umgekehrt wäre eine Pflegeeinrichtung, die die neuen bundesrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen nach § 72 Abs. 3a und 3b SGB XI erfüllt, nicht in jedem Fall gleichzeitig auch nach den vorliegenden Entwurfsregelungen förderberechtigt. Denn die vorliegend vorgesehenen Voraussetzungen sind nicht voll kongruent zu den bundesrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen, sondern weichen in verschiedener Hinsicht von den bundesrechtlichen Vorgaben zur Tariftreue ab.

Beispielsweise setzen zwar sowohl Nummer 3 Alt. 1 des Entwurfs als auch § 72 Abs. 3a SGB XI voraus, dass die betreffenden Pflegeeinrichtungen - arbeitgeberseitig - an die dort jeweils genannten Tarifverträge (oder kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen) gebunden sind. Dies hat jedoch nur für diejenigen Pflegekräfte, die selbst Mitglied der Tarifvertragspartei auf Arbeitnehmerseite sind, zur Folge, dass die tarifvertraglichen Regelungen zwingend und unmittelbar Anwendung finden (vgl. § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 Tarifvertragsgesetz [TVG]). Gegenüber den übrigen Arbeitnehmern ist eine Geltung der betreffenden tarifvertraglichen Regelungen nur über eine auf den Individualarbeitsvertrag einwirkende Maßnahme wie eine Gesamtzusage oder aber eine Gleichstellungsabrede zu erlangen. Während hier aber die Entwurfsregelung ihrem Wortlaut und der Erklärung des MS nach auf die Geltung aller Bestandteile der tariflichen Regelungen abstellt, verlangt die bundesrechtliche Regelung insoweit lediglich, dass den betreffenden Pflegekräften eine Entlohnung zu zahlen ist, die in den betreffenden Tarifverträgen (oder kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen) vereinbart ist. Die Geltung sonstiger Bestandteile von Tarifverträgen, die andere Bereiche des Beschäftigungsverhältnisses als den der Vergütung betreffen (vgl. nur § 1 Abs. 1 TVG), ist danach also nicht ausschlaggebend.

Gleiches gilt auch für die Regelung der Nummer 3 2. Alt. des Entwurfs in Verbindung mit Satz 2 des Entwurfs im Verhältnis zu § 72 Abs. 3b Satz 1 Nr. 1 und - der nur schwer verständlichen - Nr. 2 SGB XI. Sowohl die landesrechtliche Regelung als auch die bundesrechtlichen Regelungen betreffen dabei die Fälle, in denen tarifvertragliche Regelungen (über entsprechende individualvertragliche Ausgestaltung) auf die Arbeitsverhältnisse Anwendung finden, ohne dass der Arbeitgeber selbst tarifgebunden ist. Die genannten bundesrechtlichen Regelungen stellen jedoch wieder nur auf eine entsprechende Entlohnung ab, die ihrer Höhe nach die Entlohnung eines ausgewählten Tarifvertrags nicht unterschreiten darf, während nach Erklärung des MS, die mit der Entwurfsbegründung, S. 36, übereinstimmt, der landesrechtliche Förderanspruch die Anwendung aller Bestandteile des betreffenden Tarifvertrags auf die Beschäftigungsverhältnisse voraussetzen soll. Der Regelungstext der Entwurfsfassung, der insoweit lediglich eine Vergütung in Anwendung eines einschlägigen Tarifvertrags fordert, beruht dabei laut MS auf einem Versehen und wäre entsprechend zu ändern.

Lediglich die im Entwurf vorgesehene dritte Variante in Nummer 3 2. Alt. des Entwurfs in Verbindung mit Satz 3 des Entwurfs nimmt allein die Entlohnung der Pflegekräfte in den Blick und fordert (zumindest) die Zahlung eines Monatsentgelts in Höhe von mindestens 95 Prozent des Tabellenentgelts der niedrigsten Stufe der jeweils in Betracht kommenden Entgeltgruppe nach dem TV-L und damit die Zahlung einer Art Mindestlohn. Eine unmittelbare Entsprechung findet sich in den Regelungen des § 72 Abs. 3a und 3b SGB XI nicht.

Schon insoweit wäre also das Gefüge aus landesrechtlichen Tariftreuregelungen und bundesrechtlichen Tariftreuregelungen wenig übersichtlich. Hinzu kommt erschwerend, dass bei einer parallelen Geltung der bundesrechtlichen Zulassungsvorschriften und der vorgesehenen landesrechtlichen Förder Voraussetzungen Fallgestaltungen denkbar sind, in denen eine Pflegeeinrichtung, die ihren Pflegekräften ein den Vorgaben der Nummer 3 Alt. 2 in Verbindung mit Satz 3 des Entwurfs entsprechendes Entgelt zahlt, dieses Entgelt nicht (vollständig) von den Pflegekassen refinanziert bekommt, wenn und weil die Höhe dieser Entlohnung das regional übliche Entgeltniveau im Sinne des - durch das GVWG eingefügten - § 82c Abs. 2 SGB XI deutlich überschreitet und die Entlohnung insoweit als unwirtschaftlich abgelehnt wird (vgl. § 84 Abs. 2 Satz 4 bzw. § 89 Abs. 1 Satz 3 SGB XI). Dass ein solcher Fall eintreten kann, ist auch nach Erklärung des MS nicht auszuschließen, zumal zum Zeitpunkt der Ausschussberatung die Richtlinien des Spitzenverbandes Bund der Pflegekassen für die Verfahrens- und Prüfgrundsätze nach § 72 Abs. 3c SGB XI und die Richtlinien nach § 82c Abs. 4 SGB XI, die Näheres zur Ermittlung der durchschnittlichen tariflichen Entlohnung - darunter u. a. auch der Zuschnitt der insoweit maßgeblichen Regionen (vgl. auch BT-Drs. 19/30560, S. 68) - festlegen werden, noch nicht bekannt sind.

Damit entstünde bei Geltung der im Entwurf vorgesehenen Förderbedingungen nach Satz 1 Nr. 3 und den Sätzen 2 und 3 ab dem Wirksamwerden der neuen bundesrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen zum 1. September 2022 aber eine Gemengelage an Tariftreueanforderungen, die in der Praxis und insbesondere von den Pflegeeinrichtungen im Hinblick auf die für sie eintretenden Folgen nur schwer zu überschauen wäre.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt der Ausschuss, zwar an einer landesrechtlichen Tariftreue Regelung festzuhalten, diese in Anbetracht der vorgehend dargelegten Schwierigkeiten für die Praxis jedoch nur noch dann greifen zu lassen, wenn die Bundesregelung nicht (mehr) wie derzeit geplant und beschlossen gelten sollte.

Dies wird durch die vom Ausschuss empfohlenen Änderungen erreicht. Diese beruhen im Grundsatz auf einem Formulierungsvorschlag des MS (vgl. Vorlage 22, S. 26). Zu diesem Formulierungsvorschlag hatte der GBD Bedenken geäußert, ob die Reichweite der Fiktionsanordnung hinreichend klar und die Verordnungsermächtigung im Hinblick auf den Eintritt der Ermächtigungswirkung, die in dieser Fassung unter der Bedingung des Entfalls oder der „maßgeblichen Änderung“ der genannten Zulassungsvoraussetzungen nach § 72 Abs. 3 a oder 3 b SGB XI stand, hinreichend bestimmt seien. Er hat vor diesem Hintergrund eine leicht geänderte Systematik vorgeschlagen, insbesondere die unbedingte Fassung der Verordnungsermächtigung und innerhalb der Fiktionsregelung eine statische Verweisung auf die derzeit geltende Fassung der neuen bundesrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen, um die aufgezeigten Probleme zu vermeiden. Die vom Ausschuss empfohlene Fassung übernimmt diese Vorschläge, um das Zusammenspiel zwischen der Fiktionsregelung und der Verordnungsermächtigung klarzustellen. Dabei hat die empfohlene statische Verweisung auf die derzeit geltenden bundesrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen zwar zur Folge, dass bei jeglicher Änderung der genannten bundesrechtlichen Regelungen die nach Satz 2 vorgesehene Fiktionswirkung entfallen und damit wieder allein die landesrechtlichen Bedingungen maßgeblich würden. Insoweit könnte dann jedoch, soweit erforderlich, durch die Verordnungsbestimmungen Vorsorge dafür getroffen werden, dass Pflegeeinrichtungen nicht allein dadurch ihre Förderfähigkeit verlieren.

Schließlich hat der GBD zu der Tariftreue Regelung - unabhängig von der Formulierung der Regelung im einzelnen - darauf hingewiesen, dass abweichend von der Entwurfsbegründung, S. 37, angesichts der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zu vergaberechtlichen Tariftreue Regelungen (vgl. EuGH, Urteil v. 3. April 2008, C-346/06 [Rüffert] sowie EuGH, Urteil v. 17. November 2015, C-115/14 [RegioPost]) seines Erachtens Zweifel an der Konformität der vorliegend in Rede stehenden Entwurfsregelungen mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht bestehen könnten. Der EuGH habe in den genannten Entscheidungen Rechtsvorschriften, mit denen dem öffentlichen Auftraggeber vorgeschrieben werde, Aufträge nur an solche Unternehmen zu vergeben, die sich verpflichteten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens einen Mindestlohnsatz zu zahlen, zum einen anhand der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (ABl. L 18 v. 21. Januar 1997, S. 1) - Entsenderichtlinie - als auch anhand des Primärrechts, nämlich der Dienstleistungsfreiheit nach Artikel 56 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) geprüft. Dabei habe der EuGH festgestellt, dass der Umstand, dass die zu überprüfenden Regelungen nicht die Entsendung von Arbeitnehmern bezweckten, keine Auswirkungen darauf habe, dass der Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie im Hinblick auf grenzüberschreitende Sachverhalte eröffnet sei (EuGH, Urteil v. 3. April 2008, C-346/06 [Rüffert], zit. nach Juris, Rn. 18). Er habe in den genannten Entscheidungen über die Europarechtskonformität solcher Regelungen maßgeblich darauf abgestellt,

- ob der vorgeschriebene Mindestlohnsatz sich erst aus einschlägigen, aber nicht als allgemeinverbindlich eingestuftem Tarifverträgen ergebe (EuGH, Urteil v. 3. April 2008, C-346/06 [Rüffert], zit. nach Juris, Rn. 24; keine Übereinstimmung mit der Entsenderichtlinie) oder aber die betreffende nationale Rechtsvorschrift den Mindestlohnsatz selbst unmittelbar festlege (EuGH, Urteil v. 17. November 2015, C-115/14 [RegioPost], zit. nach Juris, Rn. 62; vereinbar mit Entsenderichtlinie),
- die Vorgabe grundsätzlich allgemein für den ganzen betroffenen Bereich gelte (EuGH, Urteil v. 3. April 2008, C-346/06 [Rüffert], zit. nach Juris, Rn. 39 f., EuGH, Urteil v. 17. November 2015, C-115/14 [RegioPost], zit. nach Juris, Rn. 71 ff.) und

- ob die Regelung tatsächlich ein Mindestmaß an sozialem Schutz gewähre oder ob bereits eine andere nationale Regelung mit dem Ziel des Arbeitnehmerschutzes grundsätzlich und allgemein einen niedrigeren Mindestlohnsatz vorsehe (EuGH, Urteil v. 17. November 2015, C-115/14 [RegioPost], zit. nach Juris, Rn. 62, 74, 76).

Zwar weiche der vorliegend in Rede stehende Sachverhalt sowohl tatsächlich als auch rechtlich nicht unmaßgeblich von den der betreffenden EuGH-Rechtsprechung zugrunde liegenden Sachverhalten ab. Zudem sei die Entsenderrichtlinie zwischenzeitlich auch noch einmal geändert worden (vgl. Richtlinie [EU] 2018/957 v. 28. Juni 2018 [ABl. L 173 v. 9. Juli 2018, S. 16]). Angesichts des Umstands, dass (soweit für die empfohlene Fassung noch maßgeblich)

- die Förderbedingung nach Satz 1 Nr. 3 als solche gerade nicht zu einer allgemeinen Vorgabe einer bestimmten (tarifabgeleiteten) Mindestlohnhöhe führe, sondern lediglich punktuell wirke, nämlich für diejenigen, die die Investitionskostenförderung in Anspruch nehmen wollten, und insbesondere
- bereits das bundesrechtliche Zulassungsrecht sowie aber auch schon die auf Grundlage des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes ergangene Vierte Pflegearbeitsbedingungenverordnung vom 22. April 2020 (BAnz AT 28.04.2020 V2) und auch das Mindestlohngesetz Mindestentgelte vorsähen,

sei jedoch nicht auszuschließen, dass der EuGH auch hinsichtlich der vorliegenden Förderbedingung der Tariftreue zu dem Schluss kommen würde, dass ihr das Europarecht entgegenstehe. Entsprechende europarechtlichen Bedenken würden dann aber erst recht und zunächst gegenüber den neuen bundesrechtlichen Zulassungsvorschriften bestehen, da sie bei Nichterfüllung ein Tätigwerden am Markt verhinderten und damit einen viel stärkeren Eingriff in die europarechtlichen Grundfreiheiten darstellten als die Versagung einer Förderung.

Der Ausschuss nahm diese Bedenken zur Kenntnis.

Die zu Satz 4 empfohlene Änderung berücksichtigt zum einen den zwischenzeitlich eingetretenen Zeitablauf und stellt zum anderen eine Anpassung an den Geltungszeitpunkt der neuen bundesrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen dar.

Zu Absatz 2:

Die zu Satz 1 zum einleitenden Satzteil empfohlene Änderung dient der Klarstellung, dass sich die vorliegend vorgesehenen Voraussetzungen - anders als die des Absatzes 1 - nur auf die Förderung nach den §§ 9 und 10 beziehen.

Die Änderungsempfehlung zu Nummer 2 dient der Verdeutlichung und Präzisierung des beabsichtigten Regelungsinhalts und beruht auf einem Formulierungsvorschlag des MS.

Mit der im Vergleich zur bisherigen Gesetzesfassung neuen Nummer 2 wird die bislang nur für Tagespflege- und Kurzzeitpflegeeinrichtungen geltende sogenannte Landeskinderregelung (s. § 10 Abs. 2 Nr. 2 des geltenden Rechts) auf alle Pflegeeinrichtungen ausgeweitet (vgl. die Entwurfsbegründung, S. 42). Damit soll nach Erklärung des MS, der sich der Ausschuss inhaltlich angeschlossen hat, erreicht werden, dass den Einrichtungen eine Förderung nur für pflegebedürftige Personen aus Niedersachsen gewährt wird und damit nur diese die ihnen sonst gesondert in Rechnung gestellten Investitionskosten nicht selbst finanzieren müssen. Zudem soll vermieden werden, dass Pflegeeinrichtungen ihren Sitz nach Niedersachsen verlegen, um eine Förderung für nicht-niedersächsische Bürger zu erhalten. Vor diesem Hintergrund soll die Regelung im Hinblick auf die in der Entwurfsfassung enthaltene Wendung „ihren Wohnort in Niedersachsen haben“, deren genaue Bedeutung und Verhältnis zu der zweiten Alternative des vorherigen zwölfmonatigen gewöhnlichen Aufenthalts in Niedersachsen unklar ist, präzisiert werden. Insoweit soll maßgeblich sein, ob die Personen zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Pflegeleistungen oder Pflegeplätze ihren Hauptwohnsitz in Niedersachsen haben.

Zudem bezieht sich die aus der bisherigen Landeskinderregelung in die Entwurfsfassung übernommene Formulierung „bei Aufnahme in die Einrichtung“ auf die bislang allein von diesem Förderkriterium erfassten Einrichtungen der Tages- und Kurzzeitpflege. Nur bei diesen ist aber der Zeitpunkt der körperlichen Aufnahme in die Einrichtung gleichbedeutend mit dem Zeitpunkt der erstmaligen

Leistungserbringung/-inanspruchnahme, der nach Erklärung des MS, der sich der Ausschuss inhaltlich angeschlossen hat, maßgeblich sein soll. Da nunmehr aber auch die ambulanten Pflegedienste von der Vorgabe erfasst werden, empfiehlt der Ausschuss, im Regelungstext auch ausdrücklich auf diesen Zeitpunkt abzustellen.

Außerdem empfiehlt der Ausschuss die Aufnahme eines neuen Satzes 1/1, mit dem europarechtlichen Bedenken gegen die Landeskinderregelung Rechnung getragen werden soll.

Es ist nämlich zweifelhaft, ob die Regelung, insoweit sie vorliegend die Förderung von der Voraussetzung abhängig macht, dass die Pflegebedürftigen - als die durch die Förderung (mittelbar) Begünstigten - ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Niedersachsen haben, mit der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (im Folgenden: FreizügigkeitsVO) übereinstimmt.

Nach Artikel 7 Abs. 2 der FreizügigkeitsVO genießt ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates ist, im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie inländische Arbeitnehmer. Dies gilt auch für Arbeitnehmer, die ihre Arbeitsstelle im Mitgliedstaat behalten und nur ihren Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegen (sog. Wanderarbeitnehmer - EuGH, Urteil vom 2. April 2020, C-830/18, nach Juris, Rn. 22). Der Begriff der sozialen Vergünstigung i. S. d. Artikels 7 Abs. 2 FreizügigkeitsVO umfasst dabei alle Vergünstigungen, die - ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht - den inländischen Arbeitnehmern einfach wegen ihres Wohnorts im Inland gewährt werden und deren Ausdehnung auf die Arbeitnehmer, die Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats sind, als geeignet erschienen, deren Mobilität zu erleichtern (EuGH, C-830/18, a. a. O., Rn. 27). Hierzu können möglicherweise auch Förderungen gehören, die - wie bei der Investitionskostenförderung (als subjektorientierte Objektförderung) - nicht direkt an die betreffende Person, sondern an ein leistungserbringendes Unternehmen fließen (vgl. EuGH, C-830/18, a. a. O., in der Entscheidung ging es um die Kostenübernahme der Schülerbeförderung) und den Betroffenen nur mittelbar entlasten.

Familienangehörige eines Wanderarbeitnehmers sind dabei mittelbare Nutznießer dieses Gleichbehandlungsgebots (EuGH, C-830/18, a. a. O., Rn. 26), jedenfalls dann, wenn sie von dem Arbeitnehmer Unterhalt beziehen (EuGH, Urteil vom 20. Juni 2013, C-20/12, nach Juris, Rn. 39 f.). Eine Gleichbehandlung könnte aber in Ansehung des Artikels 45 AEUV (Arbeitnehmerfreizügigkeit) ggf. auch dann erforderlich sein, wenn schwerwiegende gesundheitliche Gründe die persönliche Pflege des Familienangehörigen durch den Arbeitnehmer erforderlich machen (vgl. allgemein *Brechmann* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Artikel 45, Rn. 31).

Dabei verbietet der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle verschleierte Formen der Diskriminierung, die tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen (EuGH, C-830/18, a. a. O., Rn. 30). Eine solche sog. mittelbare Diskriminierung liegt aber vor, wenn Voraussetzung für eine soziale Vergünstigung ein Wohnsitz im Inland ist, da sich diese Voraussetzung ihrem Wesen nach eher auf Wanderarbeitnehmer auswirken kann und folglich die Gefahr einer besonderen Benachteiligung von Wanderarbeitnehmern besteht (EuGH, C-830/18, a. a. O., Rn. 31). Auf die Frage, ob inländische Arbeitnehmer, die in einem anderen Bundesland leben, ebenfalls betroffen sind, kommt es hingegen für die (europarechtliche) Beurteilung als mittelbar diskriminierende Maßnahme nicht an. Derartige Fälle von Inländerdiskriminierung werden vom Europarecht nicht erfasst, sondern sind (unter dem Begriff „umgekehrte Diskriminierung“) allenfalls nach dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu bewerten (EuGH, C-830/18, a. a. O., Rn. 33 ff.).

Bezogen auf die vorliegende Regelung sind aber Sachverhalte denkbar, in denen eine mittelbare Diskriminierung im Sinne der EuGH-Rechtsprechung eintreten kann, so beispielsweise, wenn ein in den Niederlanden wohnender deutscher Staatsangehöriger, der in Niedersachsen arbeitet, einen pflegebedürftigen Angehörigen in einer niedersächsischen Tagespflege- oder Kurzzeitpflegeeinrichtung oder von einem niedersächsischen ambulanten Pflegedienst betreuen lässt.

Eine mittelbare Diskriminierung ist dabei grundsätzlich verboten, sofern sie nicht objektiv gerechtfertigt ist. Dafür muss sie geeignet sein, die Verwirklichung eines legitimen Ziels zu gewährleisten, und darf nicht über das zu seiner Erreichung Erforderliche hinausgehen (EuGH, C-830/18, a. a. O., Rn. 39).

Das MS geht zwar davon aus, dass angesichts der angespannten Versorgungssituation in Niedersachsen insoweit mit der Sicherung der pflegerischen Versorgungsstruktur als legitimem Ziel argumentiert werden könnte. Durch den Ausschluss von der Investitionskostenförderung könne, vor dem Hintergrund einer Auslastung der Pflegeeinrichtungen mit niedersächsischen Pflegebedürftigen, darauf hingewirkt werden, dass nicht in Niedersachsen wohnende Pflegebedürftige stattdessen die Leistungen der Pflegeeinrichtungen ihres Wohnsitzlandes in Anspruch nähmen.

Ob diese Argumentation vor dem EuGH Bestand hätte, kann jedoch nicht abschließend beurteilt werden.

Vor diesem Hintergrund hat MS vorgeschlagen, jedenfalls aus Gründen der Rechtssicherheit in einem neuen Satz 1/1 eine Regelung anzufügen, die für die vorgenannten Fälle mit grenzüberschreitendem Bezug eine Ausnahmeregelung zu der Landeskinderregelung vorsieht. Dem ist der Ausschuss gefolgt. Die insoweit empfohlene Formulierung geht auf einen Formulierungsvorschlag des MS zurück, der sich seiner Struktur an der Regelung in § 1 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über das Landesblindengeld für Zivilblinde orientierte; in der vom Ausschuss empfohlenen Fassung berücksichtigt sie allerdings zusätzlich, dass die hier in Rede stehenden pflegebedürftigen Familienangehörigen nur mittelbare Nutznießer des Gleichbehandlungsgebotes sind und dass die soziale Vergünstigung nicht direkt in der Zahlung der Förderung liegt, sondern in dem Umstand, dass in der Folge einer solchen Förderung die Investitionskosten den Pflegebedürftigen nicht mehr in Rechnung gestellt werden können.

Demgegenüber dürfte die Landeskinderregelung im Hinblick auf das Verfassungsrecht angesichts der zur Privatschulförderung ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes (vgl. BVerfGE 112, 74 ff., zit. nach juris, Rn. 52 ff.) eher unproblematisch sein. Danach kann die Konzentration der Haushaltsmittel des Landes auf die Aufgabenerfüllung gegenüber den landesansässigen Bürgern grundsätzlich einem legitimen Zweck darstellen, der eine Differenzierung rechtfertigt, insbesondere dann, wenn die Zuweisung einer Aufgabe - dort das Schulwesen, hier die Vorhaltung der notwendigen pflegerischen Versorgungsstruktur - in die ausschließliche Zuständigkeit der Länder primär den Belangen der im eigenen Land lebenden Personen dienen soll.

Schließlich soll Satz 3 des Entwurfs entfallen. MS hat in den Beratungen erklärt, dass es sich bei der Aufnahme der Regelung in den Gesetzentwurf um ein redaktionelles Versehen gehandelt habe. Die Regelung stelle die aktuelle Verwaltungspraxis bei der Förderung von Pflegeleistungen und -plätzen für Pflegebedürftige mit dem Pflegegrad 1 dar. Die Berechnung sei sehr komplex und im Verhältnis zur gewährten Förderung unangemessen aufwändig. In der Folge sei daher die Gewährung einer Pauschale geplant worden. Im Laufe der Arbeiten an dem Gesetzentwurf sei aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung dann jedoch entschieden worden, die Leistungen an Pflegebedürftige mit dem Pflegegrad 1 wie alle anderen Leistungen zu behandeln. Kurz vor der Kabinettsentscheidung zur Einbringung in den Landtag sei die Regelung wieder aufgenommen worden, jedoch lediglich versehentlich. Vor diesem Hintergrund empfiehlt der Ausschuss die ersatzlose Streichung.

Zu Nummer 8 (§ 7 b Abs. 1 Satz 1):

Die empfohlene Änderung dient der Präzisierung und besseren Verständlichkeit der durch die Entwurfsregelung zu ändernden Regelung.

Die im Entwurf vorgesehene Ergänzung der Formulierung „bei der Refinanzierung der“ löst die stark verkürzte und dadurch nahezu unverständliche Formulierung der bisherigen Fassung („denen Mindereinnahmen bei den betriebsnotwendigen Investitionsaufwendungen [...] entstehen“) auf. Dem bisherigen Wortlaut ist nämlich nicht zu entnehmen, dass die dort genannten Mindereinnahmen den Einrichtungen dadurch entstehen, dass die Möglichkeit der Einrichtungen, ihre Investitionsaufwendungen im Wege der gesonderten Berechnung auf die Pflegebedürftigen umzulegen (§ 82 Abs. 4 SGB XI), aufgrund pandemiebedingt auftretenden Rückgangs von Patientenzahlen eingeschränkt sein können und dass diese Einbußen durch die Förderung ausgeglichen werden sollen.

Jedoch könnte die in der Entwurfsfassung vorgesehene klarstellende Formulierung „bei der Refinanzierung der“ insofern zu (neuen) Unklarheiten führen, als in Absatz 1 Satz 3 bestimmt ist, dass die

Förderung nur gewährt wird, „wenn eine anderweitige Refinanzierung der Aufwendungen nicht möglich ist [...]“. Damit wird in der Fassung des Gesetzentwurfs aber im Ergebnis sowohl die gesonderte Berechnung der betriebsnotwendigen Investitionsaufwendungen gegenüber den Pflegebedürftigen nach § 82 Abs. 4 SGB XI als auch die Förderung nach den Sätzen 1 und 2, die die pandemiebedingten Einbußen bei der gesonderten Berechnung ausgleichen soll, als auch der nach Satz 3 die Förderung nach den Sätzen 1 und 2 ausschließende „anderweitige“ Ausgleich der Aufwendungen als „Refinanzierung“ bezeichnet. Diese begriffliche Vermengung dürfte die Verständlichkeit der ohnehin sehr komplexen Regelung des § 7 b Abs. 1 noch bzw. wieder erschweren. Daher soll der Tatbestand präzisiert werden, indem die hier gemeinte Refinanzierung(sart) genauer bezeichnet wird und insoweit die Begrifflichkeit der „gesonderten Berechnung nach § 82 Abs. 4 SGB XI“ aufgegriffen wird (vgl. auch § 7 a Abs. 3 Satz 1).

Zu Nummer 10 (§ 8):

Zu Buchstabe a (Absatz 1):

Der Ausschuss empfiehlt, die Regelung des Absatzes 1 mit dem Ziel der besseren Verständlichkeit über die in der Entwurfsfassung vorgesehenen Änderungen hinaus zu ändern und daher die Regelung neu zu fassen.

Dabei sollen die jeweiligen Verweisungen auf die Verordnungsermächtigungen in § 11, die in der bislang geltenden sowie in der Entwurfsfassung in den einzelnen Regelungsteilen bzw. Nummern enthalten sind und die Verständlichkeit der Regelung erschweren, dort entfallen und im Einleitungssatz gebündelt werden. Andernfalls müsste die Entwurfsfassung - im Sinne einer stimmigen Systematik - noch um weitere dieser Verweisungen ergänzt werden, weil der durch Verordnungsregelungen näher zu bestimmende Begriff der Betriebsnotwendigkeit nicht nur in Nummer 1, sondern nunmehr auch in den Nummern 2 und 3 enthalten ist und der in der geltenden Fassung in Absatz 2 enthaltene Verweis auf § 11 Nr. 4 durch dessen im Entwurf vorgesehene Streichung (vgl. unter Buchstabe b) sonst ersatzlos wegfällt. Dies würde die Regelung aber noch schlechter lesbar machen. Gleichzeitig haben die vorgenannten Verweisungen regelungstechnisch lediglich eine Hinweisfunktion und könnten streng genommen auch entfallen, da die insoweit maßgebliche Regelung die Verordnungsermächtigung in § 11 darstellt.

Darüber hinaus empfiehlt der Ausschuss zu Nummer 2, aus systematischen und regelungstechnischen Gründen bei der Regelung in Buchstabe b den Verweis auf Nummer 1 Buchst. b entfallen zu lassen und stattdessen parallel zu Nummer 1 Buchst. b zu formulieren.

Die im Übrigen empfohlene Änderung der Zuordnung des „Soweit-Satzes“ dient der Abbildung des gewollten Regelungsinhalts. Die Beschränkung der Förderfähigkeit der Aufwendungen auf einen Höchstbetrag soll sich auf Aufwendungen für Miete, Pacht, Nutzung und Mitbenutzung nicht nur von Grundstücken, sondern auch - wie auch in Nummer 2 der bislang geltenden Fassung - von Gebäuden und sonstigen Anlagegütern beziehen (vgl. auch die Entwurfsbegründung, S. 44 f.). Dies wird durch die empfohlene Änderung abgebildet.

Zu Nummer 11 (§ 9):

Die empfohlene Änderung auch des Satzes 2 der geltenden Fassung dient der Abbildung des beabsichtigten Regelungsinhalts. In der bislang geltenden Fassung ist die Regelung nach der im Gesetzentwurf vorgesehenen Ausweitung der Landeskinderregelung auch auf ambulante Pflegeeinrichtungen (vgl. Nummer 7, hier § 7 Abs. 2) insoweit problematisch, als sie einer Förderung ambulanter Pflegeeinrichtungen entgegensteht, die auch (nicht förderfähige) Leistungen an Nicht-Landeskinder erbringt und (nur) diesen gegenüber die Investitionskosten gesondert berechnen möchte (vgl. hierzu auch Vorlage 2, S. 3; Vorlage 3, S. 2 u. a.). Dies ist nach Erklärung des MS, der der Ausschuss sich anschließt, nicht gewollt und wird durch die empfohlene Änderung vermieden.

Die weiteren Änderungen sind rechtsförmlich bedingt.

Zu Nummer 12 (§ 10):**Zu Buchstabe a (Absatz 1):**

Der Ausschuss empfiehlt, über die im Entwurf vorgesehenen Änderungen hinaus die Regelung des § 10 auch und insbesondere hinsichtlich ihres Absatzes 1 zu ändern. Die insoweit empfohlenen Änderungen dienen dazu, Absatz 1 im Aufbau der Regelung des § 9 sowie im Wortlaut der tatsächlichen Förderpraxis anzupassen. Im Einzelnen:

Durch die zu Satz 1 empfohlene Formulierung wird die Regelung des Absatzes 1 aus Gründen der Systematik und im Sinne einer besseren Verständlichkeit des Fördergefüges in ihrer Struktur derjenigen des § 9 Satz 1 angepasst.

Es bleibt nämlich schon in der bisherigen Fassung, erst recht aber in der Entwurfsfassung unklar, warum die vorliegende Regelung zur Förderung von teilstationären Pflegeeinrichtungen und Einrichtungen der Kurzzeitpflege in ihren Absätzen 1 und 2 im Hinblick auf die Regelungsstruktur so sehr von der Parallelnorm zur Förderung von ambulanten Pflegeeinrichtungen in § 9 abweicht. So setzen beispielsweise beide Förderungsregelungen auf der Grundsatznorm zu den Allgemeinen Förderungsvoraussetzungen in § 7 auf, aber nur § 9 nimmt ausdrücklich Bezug auf § 7. Zudem erscheint - insbesondere nachdem die Landeskinderregelung in § 10 Abs. 2 Nr. 2 der geltenden Fassung nunmehr nach § 7 Abs. 2 übertragen wird (und der bisherige Charakter als Sonderregelung für die teilstationären und Kurzzeitpflegeeinrichtungen somit entfällt) - die Aufteilung der Absätze 1 und 2 gerade auch in Anbetracht des geringen verbleibenden Regelungsinhalts des Absatzes 2 in der Entwurfsfassung systematisch willkürlich, weil nicht ersichtlich ist, wieso dieser Regelungsteil nicht - vergleichbar der Regelung in § 9 Satz 1 - in die Regelung des Absatzes 1 integriert werden könnte. Der mit der vorgeschlagenen Änderung zu erzielende parallele Aufbau der Förderregelungen in § 9 Satz 1 und § 10 Abs. 1 Satz 1 sorgt zudem dafür, dass klar und einfach ersichtlich wird, worin sich die Förderung nach § 9 für die ambulanten Einrichtungen und die Förderung nach § 10 für die (teil-)stationären Einrichtungen gleichen und worin sie sich unterscheiden.

Darüber hinaus bildet die bisherige Regelung, wonach Zuschüsse „in Höhe der Aufwendungen nach § 8 gewährt werden“, die Förderpraxis nicht korrekt ab. Denn zum einen werden diese Aufwendungen nur bis zu einem bestimmten Höchstbetrag berücksichtigt (vgl. § 1 Sätze 2 und 3 der Verordnung zur Durchführung der Förderung von Pflegeeinrichtungen [PfleGEFördVO] in der geltenden Fassung). Zum anderen werden diese Aufwendungen dann noch nach einem bestimmten Schlüssel unter Zugrundelegung einer vorgegebenen durchschnittlichen Einrichtungsauslastung (s. § 8 Abs. 2 PfeleGEFördVO) auf die Zahl der Pflegeplätze der Einrichtung verteilt (s. § 8 Abs. 1 PfeleGEFördVO) und fließen so in die Berechnung der Förderung ein. Die Höhe der Zuschüsse ist damit jedenfalls - anders als es der geltende Wortlaut der Regelung erwarten lässt - nicht gleichzusetzen mit der Höhe der Aufwendungen nach § 8.

Vor diesem Hintergrund wird empfohlen, in der vorliegenden Bestimmung zunächst lediglich zu regeln, dass auf die Aufwendungen nach § 8 bis zu einem gewissen förderfähigen Höchstbetrag eine Förderung in Form von Zuschüssen erfolgt. Die diesbezügliche Formulierung beruht auf einem Formulierungsvorschlag des MS, welches hierzu erklärt hat, dass der Höchstbetrag der förderfähigen Aufwendungen nach wie vor im Verordnungswege geregelt werden soll, und insoweit vorschlägt, hierfür eine ausdrückliche Verordnungsermächtigung in § 11 in einer neuen Nummer 6/1 aufzunehmen, auf die dann vorliegend Bezug genommen werden kann. Dem schließt sich der Ausschuss an. Die Frage der Höhe bzw. der Berechnung der Zuschüsse soll dann in einem nachfolgenden - neuen - Satz 2 (s. hierzu sogleich) geregelt werden.

Der empfohlene neue Satz 2 beruht ebenfalls auf einem Formulierungsvorschlag des MS und soll die grundlegenden Bestimmungen zur Berechnung der Zuschüsse entsprechend der heutigen Praxis enthalten. Die Einzelheiten der Berechnung ergeben sich dann weiterhin aus der PfeleGEFördVO, wobei dies nunmehr durch die im Gesetzentwurf bereits vorgesehene (vgl. Nummer 13 Buchst. f) neue Nummer 7 des § 11 rechtlich abgesichert wird (vgl. auch die Entwurfsbegründung, S. 46).

Zu Buchstabe b (Absatz 2):

Es handelt sich um eine Folgeänderung zu der empfohlenen Änderung des bisherigen Absatzes 1 (vgl. hierzu auch die Erläuterung zu Buchstabe a). Da der in der Entwurfsfassung noch verbleibende

Regelungsgehalt des Absatzes 2 - der Bezug auf Leistungen im Sinne des § 39, 41 oder 42 SGB XI - nach dem Formulierungsvorschlag zu Absatz 1 Satz 1 nunmehr bereits dort enthalten ist, ist die Regelung des Absatzes 2 in der Entwurfsfassung entbehrlich und kann gestrichen werden.

Zu den Buchstaben c und d (bisherige Absätze 3 und 4):

Es handelt sich um redaktionelle Folgeänderungen.

Zu Nummer 12/1 (§ 10 a):

Der Ausschuss empfiehlt die Aufnahme eines neuen - in der Fassung des Gesetzentwurfs noch nicht enthaltenen - § 10 a zur Förderung von eingestreuten Plätzen der Kurzzeitpflege. Die zur Aufnahme empfohlene Regelung des § 10 a geht zurück auf den Änderungsvorschlag der Fraktionen der SPD und der CDU in Vorlage 23. Der darin zur Einfügung vorgesehene § 10 a entspricht der betreffenden Regelung des in die Verbandsbeteiligung gegebenen Referentenentwurfs der Landesregierung, die im Folgenden jedoch nicht in den Gesetzentwurf übernommen wurde (vgl. die Niederschrift über die 146. Sitzung des Ausschusses für Soziales, Gesundheit und Gleichstellung am 18. November 2021, S. 17).

Der GBD hat darauf hingewiesen, dass die zur Einfügung vorgesehene Regelung einen völlig neuen Fördertatbestand begründe, der in die bereits bestehenden Regelungen des Gesetzes bzw. den derzeitigen Stand der Beratungen zu dem vorliegenden Gesetzentwurf eingepasst werden müsse. Aufgrund der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit sei es ihm nicht möglich gewesen, die Problemstellungen der Regelung abschließend mit dem MS zu erörtern und rechtlich zu prüfen und die Regelung entsprechend der üblicherweise an seine Arbeit angelegten Maßstäbe in Abstimmung mit dem MS zu überarbeiten. Die insoweit vorgelegten Formulierungsvorschläge beschränkten sich daher im Wesentlichen auf solche zur Präzisierung und Klarstellung des beabsichtigten Regelungsinhalts, wie er sich aus der Begründung des Referentenentwurfs und den Erklärungen des MS ergebe.

Der Ausschuss nahm dies zur Kenntnis.

Zudem hat der GBD darauf hingewiesen, dass nach Erklärung des MS für die haushaltsrechtlichen Auswirkungen der vorgesehenen neuen Förderung hinsichtlich des zur Verabschiedung anstehenden Entwurfs eines Gesetzes über die Feststellung des Haushaltsplans für die Haushaltsjahre 2022 und 2023 über die politische Liste Vorsorge getroffen worden sei.

Zu Absatz 1:

Die Regelungen des Absatzes 1 gehen im Grundsatz auf den Änderungsvorschlag der Regierungsfractionen (vgl. Vorlage 23) zurück.

Zu Satz 1 empfiehlt der Ausschuss, im Vergleich zum Änderungsvorschlag hinsichtlich der vollstationären Pflegeeinrichtungen noch die Wendung „die nicht ausschließlich Einrichtungen der Kurzzeitpflege sind“ einzufügen, um so sicherstellen, dass nur eingestreute Kurzzeitpflegeplätze in vollstationären Pflegeeinrichtungen gefördert werden, nicht aber auch Kurzzeitpflegeplätze in Einrichtungen der Kurzzeitpflege (vgl. auch die Begründung des Referentenentwurfs, S. 11, 40).

Zudem soll klargestellt werden, dass auch die vorliegende Förderung voraussetzt, dass die allgemeinen Fördervoraussetzungen des § 7 - hier nur des Absatzes 1 - vorliegen. Die insoweit empfohlene Formulierung „mit einem Anspruch auf Förderung nach § 7 Abs. 1“ lehnt sich an die entsprechende Formulierung des § 9 Satz 1 in der geltenden Fassung und nunmehr auch des § 10 Abs. 1 Satz 1 in der Fassung der Vorlage 22 an.

Die darüber hinaus im Vergleich zur Fassung des Änderungsvorschlags ergänzte Wendung „nach Maßgabe des Absatzes 2“ soll den Regelungsgehalt der vorliegenden Regelung klarstellen. Sie soll in diesem Sinne insbesondere auf die mit Absatz 2 Satz 2 erfolgende Vorgabe einer Höchstzahl der Pflegeplätze, für die eine Förderung bewilligt werden kann, verweisen. Denn die vorliegende Regelung ist in der Fassung des Änderungsvorschlags insoweit problematisch, als ihre Formulierung („erhalten Zuschüsse“) einen Anspruch auf eine entsprechende Förderung - jedenfalls bei Vorliegen der

nachfolgend normierten Voraussetzungen - zu begründen scheint. Dem ist aber wegen der Begrenzung der förderbaren Pflegeplätze nicht so. Dies soll dann aber bereits an dieser Stelle klargestellt werden.

Die außerdem empfohlene Ersetzung der Formulierung „für die dauerhafte Umwandlung von Langzeitpflegeplätzen in Kurzzeitpflegeplätze sowie für die Schaffung und den Betrieb dauerhafter Kurzzeitpflegeplätze“ durch die Formulierung „verlässliche Bereitstellung von Plätzen der Kurzzeitpflege“ beruht auf einem Formulierungsvorschlag des MS. Sie dient zum einen der sprachlichen Vereinfachung und Präzisierung: Denn es kommt für den vorliegenden Förderungstatbestand nicht darauf an, ob der Kurzzeitpflegeplatz durch „Umwandlung“ oder „Neuschaffung“ entsteht. Außerdem ist nach Erklärung des MS jeder Pflegeplatz der Dauerpflege auch für die Kurzzeitpflege geeignet, sodass es sich nicht wirklich um eine „Umwandlung“ handelt. Zum anderen vermeidet die vorgeschlagene Formulierung die in der Fassung des Änderungsvorschlags zudem auftretende Widersprüchlichkeit zwischen einer „dauerhaften“ Umwandlung/Schaffung und der Vorgabe einer Bindungsfrist von (lediglich) 3 Jahren in Absatz 2 Nummer 1.

Die weiteren empfohlenen Änderungen dienen - zusammen mit der empfohlenen Einfügung eines im Vergleich zum Änderungsvorschlag neuen Satzes 2 - der Klarstellung, worauf und inwiefern Zuschüsse gewährt werden sollen (vgl. auch die Begründung des Referentenentwurfs, S. 11 und 41): Es geht - entsprechend der besonderen Rahmenbedingungen der Kurzzeitpflege - um die Abdeckung des Einnahmeausfallsrisikos der Pflegeeinrichtungen für den Fall der Nichtbelegung der Kurzzeitpflegeplätze. Dies ergibt sich aber nicht hinreichend deutlich aus der Regelung in der Fassung des Änderungsvorschlags. Vielmehr könnte die Regelung auch dahin gehend (miss-)verstanden werden, dass nicht nur eine Ausfallförderung für frei bleibende Plätze, sondern eine Dauerförderung erfolgen soll. Dies ist aber nicht gewollt; insoweit soll durch die am Ende von Satz 1 ergänzte Formulierung eine Klarstellung erfolgen. Darüber hinaus ist der in der Fassung des Änderungsvorschlags insoweit ohne nähere Eingrenzung verwandte Begriff der „Aufwendungen“ unklar. Der Begriff der „Aufwendungen“ wird im NPflegeG bisher im Zusammenhang mit den Investitionsaufwendungen gebraucht (vgl. u. a. §§ 8, 9 und 10). Zwar ist der betriebswirtschaftliche Begriff der „Aufwendungen“ nicht auf diese Bedeutung beschränkt und wird er im NPflegeG bislang auch immer mit entsprechenden spezifizierenden Zusätzen („Investitionsaufwendungen“, Aufwendungen nach § 8“) verwandt. Dennoch soll der Begriff der Aufwendungen vorliegend zumindest im Sinne einer Abgrenzung und auch allgemeinen Klarstellung, welche Aufwendungen vorliegend bezuschusst werden, inhaltlich präzisiert werden. Dies erfolgt in dem empfohlenen neuen Satz 2 (vgl. auch die dortige Erläuterung).

Schließlich berücksichtigt die empfohlene Formulierung, dass hinsichtlich der zu bezuschussenden Aufwendungen Höchstbeträge festgelegt werden sollen. Dies entspricht sowohl den Ausführungen in der Begründung des Referentenentwurfs (S. 41) als auch der Erklärung des MS, das sich insoweit dafür ausspricht, dass diese Festlegungen im Verordnungswege erfolgen sollen. Dem hat sich der Ausschuss angeschlossen, sodass hierfür eine neue Verordnungsermächtigung in § 11 Nr. 8 empfohlen wird, auf die dann hier Bezug genommen werden kann.

Der im Vergleich zum Änderungsvorschlag neue Satz 2 soll klarstellen, welche Aufwendungen vorliegend nach Satz 1 bezuschusst werden können sollen. Vgl. hierzu auch die Erläuterung zu Satz 1 zum allgemeinen Begriff der Aufwendungen. Die empfohlene Regelung beruht dabei auf einem Formulierungsvorschlag des MS und entspricht insoweit im Grundsatz den Ausführungen in der Begründung des Referentenentwurfs (S. 41).

Das im Vergleich zum Änderungsvorschlag geänderte Datum in Satz 3 entspricht der Empfehlung des Ausschusses, die Förderung zum 1. April 2022 wirksam werden zu lassen. Das MS hat in diesem Zusammenhang erklärt, dass die die Förderung und das Förderverfahren näher ausgestaltenden Verordnungsregelungen aufgrund des für den Erlass einer Verordnung notwendigen Vorlaufs erst nach diesem Zeitpunkt in Kraft treten werden. Der GBD hat insoweit darauf hingewiesen, dass dies zur Folge haben dürfte, dass Einrichtungen, die vor dem Inkrafttreten der betreffenden Verordnungsregelungen Kurzzeitpflegeplätze verlässlich bereitstellten, dies mehr oder weniger auf eigenes Risiko täten, da schon die nach Absatz 2 Satz 2 vorgegebene Begrenzung der förderbaren Pflegeplätze dazu führe, dass eine Einrichtung, die entsprechende Plätze vor Erhalt der Förderzusage bereitstelle, nicht sicher davon ausgehen könne, für diese auch eine Förderung zu erhalten. Der Ausschuss hat

dennoch an dem ins Auge gefassten Termin für den Förderbeginn festgehalten. Die in diesem Zusammenhang im Vergleich zur Fassung des Änderungsvorschlags empfohlene Änderung in der Formulierung soll lediglich sicherstellen, dass alle Pflegeplätze, die ab dem 1. April 2022 (und später) verlässlich für die Kurzzeitpflege bereitgestellt werden, grundsätzlich gefördert werden können, unabhängig davon, ob sie gegebenenfalls auch vorher schon zur Verfügung standen.

Die weiteren vorgeschlagenen Änderungen im Vergleich zur Fassung des Änderungsvorschlags haben lediglich sprachliche Gründe bzw. dienen der Vereinheitlichung der Begrifflichkeit.

Zu Absatz 2:

Auch die Regelungen des Absatzes 2 beruhen auf dem Änderungsvorschlag der Regierungsfractionen (vgl. Vorlage 23).

Die zu Nummer 1 im Vergleich zur Fassung des Änderungsvorschlags empfohlenen Änderungen dienen der Präzisierung und der Verdeutlichung des beabsichtigten Regelungsinhalts.

Die zu Nummer 2 im Vergleich zum Änderungsvorschlag empfohlene Ersetzung der Formulierung „im Zuständigkeitsbereich der nach § 12 Abs. 1 für die Förderung zuständigen Stelle“ durch die Formulierung „im Gebiet des Landkreises oder der kreisfreien Stadt, in der die Einrichtung ihren Sitz hat“ soll die Regelung an die zwischenzeitlich geänderten Organisationsentscheidungen anpassen. Der Ausschuss hat sich insoweit einer entsprechenden Erklärung des MS angeschlossen. Danach soll das Förderverfahren für die Förderung nach § 10 a - anders als noch im Referentenentwurf vorgehen - nicht mehr bei den Kommunen angesiedelt werden, sondern beim Land; zuständige Stelle soll laut MS das Niedersächsische Landesamt für Soziales, Jugend und Familie sein. Die Frage, ob ein Bedarf an Kurzzeitpflegeplätzen besteht, soll sich aber weiterhin nach den Verhältnissen in den Gebieten der betreffenden Kommune richten, zumal diese auch nach § 5 für die Bereitstellung der notwendigen Versorgungsstruktur zuständig sind.

Der GBD hat an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass auch für den Fall, dass die Kommunen nicht die Zuständigkeit für die Förderung übertragen bekämen, eine Anhörung der kommunalen Spitzenverbände nach Artikel 57 Abs. 6 NV erforderlich sein könnte. Danach seien die kommunalen Spitzenverbände zu hören, bevor durch Gesetz oder Verordnung allgemeine Fragen geregelt würden, welche die Gemeinden oder die Landkreise unmittelbar berührten. Hierfür genüge ggf. schon eine faktische Betroffenheit in einem kommunalen Belang (vgl. *Waechter*, in: Hannoverscher Kommentar, Artikel 57, Rn. 128). Davon dürfe vorliegend aber auszugehen sein, da die Landkreise und kreisfreien Städte diejenigen seien, die nach § 5 für die Bereitstellung der notwendigen pflegerischen Versorgungsstruktur und entsprechend auch für die örtliche pflegerische Versorgungsplanung zuständig seien und nach Erklärung des MS auch beabsichtigt sei, dass die Ergebnisse dieser örtlichen pflegerischen Versorgungsplanung die Grundlage für die Beantwortung der Frage nach der Erfüllung der vorliegenden Fördervoraussetzung darstellen sollten. Vor diesem Hintergrund empfehle der GBD zumindest aus Gründen der Rechtssicherheit eine Anhörung der kommunalen Spitzenverbände zu dem neu eingefügten § 10 a. Die kommunalen Spitzenverbände hätten in ihrer Stellungnahme zu dem vorliegenden Gesetzentwurf (Vorlage 8, S. 1, 3 f.) zwar in allgemeiner Form ihr Bedauern über den Entfall der noch im Referentenentwurf vorgesehenen Förderung nach § 10 a ausgedrückt; es sei aber zweifelhaft, ob dies eine Anhörung zu den konkret vorgesehenen Regelungen ersetzen könne. Die in der Verbandsanhörung der Landesregierung erfolgte Äußerung der kommunalen Spitzenverbände mache eine Anhörung durch das Parlament nicht entbehrlich (so jedenfalls die wohl allgemeine Auffassung, vgl. *Waechter*, ebd., Artikel 57, Rn. 125; *Hederich*, Nds.VBl. 2005, S. 33 [34]). Der federführende Ausschuss hat dies zur Kenntnis genommen, hält jedoch eine weitere Anhörung der kommunalen Spitzenverbände im Hinblick auf deren in der Anhörung abgegebene Stellungnahme für nicht erforderlich.

Die weiteren Änderungen haben lediglich sprachliche oder begriffliche Gründe.

Das Nähere dazu, wann im Sinne der vorliegenden Vorschrift Bedarf an Kurzzeitpflegeplätzen besteht und wann Dauerpflegeplätze in ausreichender Zahl zur Verfügung stehen, soll im Übrigen nach Erklärung des MS, der sich der Ausschuss angeschlossen hat, ebenfalls im Verordnungswege geregelt werden (vgl. auch § 11 Nr. 8 in der Fassung des Referentenentwurfs). Eine entsprechende Verordnungsermächtigung wird zu § 11 empfohlen (vgl. dort die neue Nummer 10).

Die zu Satz 2 im Vergleich zur Fassung des Änderungsvorschlags empfohlene Anfügung eines neuen Halbsatzes 2 soll es ermöglichen, für den Fall, dass in einer Kommune nicht so viele Anträge auf Förderung von Kurzzeitpflegeplätzen gestellt werden, wie nach Satz 2 in der Fassung des Änderungsvorschlags (jetzt Halbsatz 1) grundsätzlich möglich, mit den verbleibenden Mitteln weitere Pflegeplätze in anderen Kommunen zu fördern. Der Ausschuss folgt damit einer entsprechenden Anregung des MS. Die weitere Änderung ist eher redaktioneller Natur („oder“ statt „und“).

Die zu Satz 3 in der Fassung des Änderungsvorschlags empfohlenen Änderungen dienen der Präzisierung und beruhen auf einem Formulierungsvorschlag des MS.

Darüber hinaus empfiehlt der Ausschuss die Anfügung eines im Vergleich zum Änderungsvorschlag neuen Satzes 4. Mit diesem soll klargestellt werden, wonach sich richten soll, welche Pflegeplätze bzw. Einrichtungen für die nach Satz 2 zahlenmäßig begrenzte Förderung ausgewählt werden sollen. Der Regelungstext des Änderungsvorschlags enthält hierzu keine Vorgabe. MS hat hierzu erklärt, dass die Festlegung von Kriterien für die Auswahl im Rahmen der Verordnung erfolgen solle. Dem hat sich der Ausschuss angeschlossen und empfiehlt insoweit auch die Einfügung einer entsprechenden Verordnungsermächtigung in § 11 (vgl. auch § 11 Nr. 9 in der Fassung des Referentenentwurfs). Auch die sich nach Einfügung des neuen Halbsatzes 2 in Satz 2 stellende Frage der Verteilung der geförderten Pflegeplätze im Hinblick auf die Gebiete der Kommunen kann dann auf Grundlage dieser Ermächtigung in der Verordnung geregelt werden.

Der GBD hat darauf hingewiesen, dass nicht ganz ohne Zweifel sei, ob eine entsprechende Verordnungsermächtigung ohne gesetzgeberische Vorgabe einer Art „Leitkriterium“ für die Auswahlentscheidung den nach Artikel 43 Abs. 1 Satz 2 NV an eine Verordnungsermächtigung zu stellenden Bestimmtheitsanforderungen (Bestimmung von Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnungsermächtigung) entspreche. Denn einer solchen Regelung ließe sich nicht ansehen, mit welcher Tendenz oder Zielrichtung von ihr Gebrauch gemacht werden werde, ob also beispielsweise die Auswahlentscheidung nach der Stärke des Bedarfs oder aber „schlicht“ nach dem Zeitpunkt des Eingangs des Förderantrags erfolgen werde. Der Ausschuss nahm dies zur Kenntnis.

Zu Nummer 13 (§ 11):

Zu Buchstabe 0/1 (Nummer 1:)

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Einfügung eines neuen § 10 a (s. unter Nummer 12/1). Antrags- und Abrechnungsverfahren der Förderung nach § 10 a sollen nach Erklärung des MS, der sich der Ausschuss angeschlossen hat, ebenfalls durch Verordnung geregelt werden.

Zu Buchstabe f (Nummern 6/1 bis 11):

Die zur Einfügung empfohlene neue Nummer 6/1 dient dazu, eine ausdrückliche Verordnungsermächtigung zur Festlegung des Höchstbetrags der förderfähigen Aufwendungen zu normieren, der der Berechnung der Zuschüsse nach § 10 zugrunde zu legen ist (vgl. § 1 Satz 2 PflegeEFördVO). Dies erfolgt auf Anregung des MS und vor dem Hintergrund der Anpassung der Regelung des § 10 Abs. 1 an die Förderpraxis (vgl. hierzu die Änderungsempfehlung in Nummer 12 Buchst. a zu § 10 Abs. 1 Satz 1 und die betreffende Erläuterung).

Die zu Nummer 7 empfohlene Ersetzung des Begriffs „Förderung“ durch den Begriff „Zuschüsse“ berücksichtigt, dass die Förderung nach § 10 in Form von Zuschüssen erfolgt, die konkret zu berechnen sind. Die weitere Änderung geht auf einen Formulierungsvorschlag des MS zurück und passt die Regelung an die zu § 10 Abs. 1 vorgeschlagenen Änderungen an (vgl. hierzu die Änderungsempfehlung in Nummer 12 Buchst. a zu § 10 Abs. 1 Satz 2 und die betreffende Erläuterung).

Die neuen Nummern 8 bis 11 stellen Folgeänderungen zur Einfügung eines neuen § 10 a dar (s. die Änderungsempfehlung unter Nummer 12/1) und enthalten die weiteren für die dort vorgesehene Förderung nötigen Verordnungsermächtigungen (vgl. auch die dortigen Erläuterungen). Sie beruhen auf einem Formulierungsvorschlag des MS oder entsprechen im Wesentlichen den im Referentenentwurf vorgesehenen Verordnungsermächtigungen im Zusammenhang mit § 10 a.

Zu Nummer 14 (§ 12):**Zu Buchstabe a (Absatz 1):**

Es handelt sich um Folgeänderungen zur Einfügung eines neuen § 10 a (s. die Änderungsempfehlung unter Nummer 12/1). Nach Erklärung des MS, der sich der Ausschuss inhaltlich angeschlossen hat, soll die Zuständigkeit für die Förderung nach § 10 a beim Land liegen.

Zu Nummer 16 (§ 13):**Zu Absatz 1:**

Die empfohlenen Änderungen passen den Regelungstext lediglich im Sinne einer begrifflichen Vereinheitlichung an denjenigen des Absatzes 2 an, welcher sich seinerseits an dem ihm zugrunde liegenden § 10 Abs. 2 SGB XI orientiert.

Zu Absatz 2:

Die empfohlene Änderung dient dazu, auch die Förderung nach den pandemiebezogenen Fördertatbeständen in die Berichtspflicht mit aufzunehmen. MS hat auf Nachfrage erklärt, dass die Fördertatbestände nach § 7 a Abs. 3 und § 7 b Abs. 1 im Entwurf nur deswegen nicht in die vorliegende Vorschrift aufgenommen wurden, weil zum Zeitpunkt der Erstellung des Entwurfs noch von einem zeitnahen Außerkrafttreten dieser Vorschriften ausgegangen worden sei. Da diese Fördertatbestände jedoch weiterhin relevant sind und die entsprechende finanzielle Förderung der Pflegeeinrichtungen als solche dem Wortlaut nach der Berichtspflicht der Länder gegenüber dem Bund nach § 10 Abs. 2 SGB XI unterliegen dürften, sollen sie ergänzend in Absatz 2 aufgenommen werden.

Zu Nummer 18 (§ 16 Abs. 1):

Der Ausschuss empfiehlt, die vorliegend vorgesehene Änderung zu streichen. Sie entspricht systematisch nicht dem Regelungszweck des § 16 Abs. 1 und führt bei genauer Betrachtung zu einer zirkelschlussartigen Regelung.

§ 16 Abs. 1 regelt abschließend, welche Aufwendungen nach § 82 Abs. 3 und 4 SGB XI gesondert berechnet werden dürfen. Die Regelung stützt sich insoweit auf § 82 Abs. 3 Satz 3 2. Halbsatz SGB XI (vgl. auch die Begründung zum Entwurf des Landespflegegesetzes, LT-Drs. 13/1705, S. 44 f.). Danach wird das Nähere (auch) zu „Art, Höhe und Laufzeit sowie die Verteilung der gesondert berechenbaren Aufwendungen auf die Pflegebedürftigen einschließlich der Berücksichtigung pauschalierter Instandhaltungs- und Instandsetzungsaufwendungen sowie der zugrunde zu legenden Belegungsquote durch Landesrecht bestimmt.“ § 16 Abs. 1 regelt in diesem Sinne das Nähere zur „Art der gesondert berechenbaren Aufwendungen“, während § 16 Abs. 2 eine Regelung des Näheren insbesondere über Höhe und Laufzeit sowie die Verteilung der gesondert berechenbaren Aufwendungen auf die Pflegebedürftigen durch Verordnung der Landesregierung vorsieht. Dass sich aber die gesonderte Berechnung im Sinne des § 82 Abs. 3 SGB XI nur auf die dort genannten Aufwendungen bezieht, soweit sie durch öffentliche Investitionskostenförderung gemäß § 9 SGB XI nicht vollständig gedeckt sind, ergibt sich bereits und zwingend aus dem Bundesrecht, nämlich aus § 82 Abs. 3 Satz 1 (und Abs. 4 Satz 1) SGB XI, zu dessen Regelungsgegenstand nähere Bestimmungen gerade dem Landesrecht vorbehalten sind.

Zu Nummer 19 (§ 17):**Zu Buchstabe 0/a (Überschrift):**

Es handelt sich um eine Folgeänderung zu der nachfolgend zu Buchstabe a empfohlenen Änderung. Die Überschrift gibt dann nur noch den nach der dort empfohlenen Streichung übrig bleibenden Regelungsinhalt wieder.

Zu Buchstabe a (Absatz 1):

Die Regelung des Absatzes 1 ist entbehrlich und soll gestrichen werden.

§ 72 Abs. 2, § 85 Abs. 2 und § 89 Abs. 2 SGB XI stellen hinsichtlich der Frage, welcher Träger der Sozialhilfe bei dem jeweiligen Vertragsschluss (Versorgungsvertrag, Pflegesatzvereinbarung, Vergütungsvereinbarung) sein Einvernehmen erklären muss oder aber Vertragspartei ist, auf diejenigen Träger der Sozialhilfe ab, die für die Pflegeeinrichtung bzw. für die durch diese Einrichtung versorgten Pflegebedürftigen zuständig sind. Die genannten Bestimmungen orientieren sich insoweit also an den sozialhilferechtlichen Zuständigkeitsregelungen. Diese finden sich zunächst im SGB XII. Danach richtet sich die Frage, wann der überörtliche Träger der Sozialhilfe sachlich zuständig ist, wiederum nach Landesrecht (§ 97 Abs. 2 Satz 1 SGB XII). Das niedersächsische Landesrecht enthält Regelungen zur sachlichen Zuständigkeit der Träger der Sozialhilfe in § 3 des Niedersächsischen Gesetzes zur Ausführung des Neunten und des Zwölften Buchs des Sozialgesetzbuchs (Nds. AG SGB IX/XII). Daraus ergibt sich, dass die sachliche Zuständigkeit für Leistungen der Sozialhilfe an Leistungsberechtigte, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, (grundsätzlich) beim überörtlichen Träger liegt, im Übrigen - also für Kinder und Jugendliche - bei den örtlichen Trägern (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 AG SGB IX/XII).

Damit ist aber die Frage, welcher Träger der Sozialhilfe jeweils zuständig und damit gemäß § 72 Abs. 2, § 85 Abs. 2 und § 89 Abs. 2 SGB XI beim Vertragsschluss zu „beteiligen“ ist, bereits geregelt. Ein Bedürfnis für eine Regelung wie in § 17 Abs. 1 ist danach nicht ersichtlich. Außerdem weicht die dort normierte Zuständigkeitsregelung inhaltlich auch noch maßgeblich von den geltenden sozialhilferechtlichen Bestimmungen ab und steht die Zulässigkeit einer solchen Abweichung infrage.

Auf Nachfrage hat MS hierzu erklärt, dass die Regelung auf einer Regelungslücke in den früheren Zuständigkeitsregelungen für die Sozialhilfeträger beruhte, welche infolge der Neustrukturierung von Eingliederungshilfe und Sozialhilfe durch das Bundesteilhabegesetz zum 1. Januar 2020 jedoch neu gefasst wurden. Da die Zuständigkeiten für die Träger der Sozialhilfe nunmehr im Nds. AG SGB IX/SGB XII lückenlos geregelt sind, bedarf es der Regelung in § 17 Abs. 1 auch nach Ansicht des MS nicht mehr.

Zu Buchstabe b (bisheriger Absatz 2):

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung zu der vorgehend zu Buchstabe a empfohlenen Änderung.

Die Regelung im bisherigen Absatz 2 bestimmt, welcher Träger der Sozialhilfe Mitglied in der Pflegekommission ist, und beruht auf der entsprechenden Ermächtigung in § 86 Abs. 1 Satz 1 SGB XI. Sie soll nach Mitteilung des MS in der geltenden Fassung beibehalten werden. Dem hat sich der Ausschuss angeschlossen.

Zu Nummer 20 (§ 18):**Zu Absatz 1:**

Der Ausschuss empfiehlt zu Satz 1, die Entwurfsregelung in ihrem Regelungsgegenstand auf eine gesetzliche Befugnis zur Datenverarbeitung der Beschwerdestelle Pflege im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung zu beschränken.

Eine solche (nationale) Datenverarbeitungsregelung kann sich auf die Öffnungsklausel nach Artikel 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. e, Abs. 3 Satz 1 Buchst. b DS-GVO stützen. Danach ist eine Verarbeitung personenbezogener Daten zulässig, wenn sie für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde, und die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung festgelegt wird durch Unionsrecht oder das nationale Recht des betreffenden Mitgliedstaats.

Soweit nach der Entwurfsfassung mit Satz 1 eine Datenverarbeitungsbefugnis auch für die verschiedenen Stellen geschaffen werden soll, die nach § 1 a Abs. 2 des Entwurfs die Beschwerdestelle Pflege bei der Erfüllung ihrer Aufgaben unterstützen, erscheint dies bereits nicht erforderlich. Denn diese Stellen agieren schon jetzt auf Grundlage datenschutzrechtlicher Bestimmungen, die für sie

bei Wahrnehmung ihrer Aufgaben und Tätigkeiten gelten. Außerdem dürfte für eine entsprechende Regelung in weiten Teilen auch die Gesetzgebungskompetenz des Landes in Zweifel stehen, wenn und soweit nämlich der Bund bereits von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat. Dies trifft jedenfalls auf diejenigen in § 1 a Abs. 2 des Entwurfs genannten Stellen zu, die in ihrer Eigenschaft als Akteure nach dem SGB XI die Beschwerdestelle Pflege unterstützen sollen. Denn der Bundesgesetzgeber ist zur Regelung datenschutzrechtlicher Fragen als mitzuregelnder Folgematerie berechtigt, soweit seine allgemeinen Gesetzgebungsrechte reichen (vgl. z. B. *Gusy/Eichenhofer*, in: BeckOK Datenschutzrecht, hrsg. v. H. A. Wolff und S. Brink, 37. Ed., Stand: 01.05.2021, BDSG, § 1, Rn. 27 f.). Das SGB XI enthält entsprechend Vorschriften zur im Rahmen der Aufgabenerfüllung nach dem SGB XI anfallenden Datenverarbeitung sowohl für die Pflegekassen und ihre Verbände (§§ 94, 95 SGB XI) und den Medizinischen Dienst (§ 97 SGB XI) als auch für die Landesbehörden und Kommunen, soweit sie die heimrechtlichen Aufsichtsbehörden darstellen (vgl. § 19 NuWG), und die Träger der Sozialhilfe (§ 97 b SGB XI) und die Leistungserbringer und ihre Trägervereinigungen (§ 104 SGB XI). Diese Regelungen erfassen dabei insbesondere auch die Datenverarbeitung im Rahmen der Qualitätssicherung (§§ 79, 112, 113, 114, 114 a, 115 und 117 SGB XI) inklusive Qualitätsprüfungen nach § 114 SGB XI, darunter auch anlassbezogene. Die datenschutzrechtlichen Regelungen des SGB XI werden gemäß § 93 SGB XI zudem flankiert durch die datenschutzrechtlichen Regelungen in § 35 SGB I und §§ 67 bis 84 und § 85a SGB X. Gemäß § 35 Abs. 2 SGB I regeln dabei die §§ 67 ff. SGB X sowie die Vorschriften der übrigen Bücher des SGB die Verarbeitung von Sozialdaten (§ 67 Abs. 2 SGB X) abschließend, soweit nicht die DS-GVO in der jeweils geltenden Fassung unmittelbar gilt. Demnach ist aber, soweit es die Verarbeitung von Sozialdaten betrifft, kein Raum für landesgesetzliche datenschutzrechtliche Regelungen. Darüber hinaus stellt sich die Frage nach einer landesgesetzlichen Regelungskompetenz aber auch für die Datenverarbeitung der in § 1a Abs. 2 des Entwurfs genannten - wohl in aller Regel - privatrechtlich organisierten Interessensvertretungen sowie der privatrechtlichen Träger von Pflegeeinrichtungen und ihrer Vereinigungen (soweit es nicht um Sozialdaten nach § 67 Abs. 2 SGB X geht). Denn insoweit dürfte die Gesetzgebungskompetenz für das Datenschutzrecht als Annexkompetenz zu den konkurrierenden Bundesgesetzgebungskompetenzen nach Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1 (Bürgerliches Recht), Nr. 11 (Recht der Wirtschaft) und Nr. 12 (Arbeitsrecht) GG zumindest auch beim Bund liegen (vgl. *Gusy/Eichenhofer*, in: BeckOK Datenschutzrecht, BDSG, § 1, Rn. 29a) und in Anbetracht des Anwendungsbereichs des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) in § 1 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 2 Abs. 4 von diesem auch genutzt worden sein, sodass insoweit eine Sperrwirkung für die landesrechtliche Zuständigkeit eingetreten sein dürfte (s. Artikel 72 Abs. 1 GG sowie auch die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 18/11325, S. 71, die sich jedoch allein auf die Gesetzgebungsbefugnis nach Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 GG beruft). Vor diesem Hintergrund soll nur noch die Datenverarbeitung der Beschwerdestelle Pflege selbst geregelt werden.

In diese Regelung soll dann aus systematischen Gründen die Regelung des Absatzes 2 des Entwurfs integriert werden. Dadurch wird das Verhältnis dieser Bestimmung zu der vorliegenden Befugnisnorm klargelegt. In der Entwurfsfassung bleibt dieses regelungssystematisch unklar, weil es sich dem Wortlaut des Absatzes 2 in der Entwurfsfassung nach zwar um eine Sonderregelung für eine Verarbeitung von besonderen Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des Artikels 9 Abs. 1 DS-GVO zu handeln scheint, die Regelung aber keine weitergehenden oder spezifischen Verarbeitungsvoraussetzungen vorsieht.

Eine nähere Eingrenzung der besonderen Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des Artikels 9 Abs. 1 DS-GVO soll dabei nach Erklärung des MS nicht erfolgen, weil prinzipiell die Verarbeitung aller besonderen Kategorien personenbezogener Daten erforderlich sein könne, da sich die Beschwerden und Hilfeersuchen auf die unterschiedlichsten Lebenssachverhalte mit Bezug zur Pflegebedürftigkeit beziehen könnten. Dem hat sich der Ausschuss angeschlossen. Aus dem gleichen Grund erscheint auch eine Eingrenzung der betroffenen Personen schwierig.

Schließlich sollen die eine Datenverarbeitung erfordernden Aufgaben der Beschwerdestelle Pflege und damit der Verarbeitungszweck noch durch die Inbezugnahme der betreffenden Aufgabenbestimmungen präzisiert werden.

Die zu Satz 2 empfohlenen Änderungen dienen dazu, die Regelung an den geänderten Regelungsgehalt des Satzes 1 - Beschränkung der Regelung auf die Datenverarbeitung durch die Beschwerdestelle - anzupassen.

Dabei ist auch hier regelungstechnisch das Verhältnis der vorliegenden Entwurfsregelung zur Datenübermittlung zu der Regelung des Satzes 1 des Entwurfs nicht ganz unproblematisch. Denn das Übermitteln von Daten ist gemäß Artikel 4 Nr. 2 DS-GVO nur ein Unterfall der Verarbeitung von Daten. Danach wäre die Befugnis zur Übermittlung von der Befugnis zur Verarbeitung nach Satz 1 des Entwurfs bereits mitumfasst. Allerdings wäre dann unklar, warum die Übermittlung im vorliegenden Satz 2 des Entwurfs noch einmal gesondert geregelt ist. Der allgemeine Rechtsgrundsatz, nach dem das spezielle Gesetz allgemeineren Gesetzen vorgeht, spricht daher dafür, dass die Befugnis nach Satz 1 die Übermittlung nicht umfasst, weil diese im nachfolgenden Satz speziell geregelt ist (so wohl auch § 3 und § 5 des Niedersächsischen Datenschutzgesetzes [NDSG]). Insofern enthält die Regelung in der empfohlenen Fassung als spezielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung nun eine Begrenzung der potenziellen Empfänger, an die die Beschwerdestelle Pflege die in Satz 1 genannten Daten übermitteln kann und - um ihre Aufgabe nach § 1 a Abs. 1 Satz 2 wahrnehmen zu können - auch können muss.

Zu Absatz 2:

Die Regelung soll aus systematischen Gründen hier gestrichen und stattdessen unmittelbar in die Befugnisnorm in Absatz 1 Satz 1 aufgenommen werden. Vgl. auch die dortige Erläuterung.

Zu Absatz 3:

Die zu Satz 1 empfohlenen Änderungen sollen die Regelung auch vor dem Hintergrund europarechtlicher und verfassungsrechtlicher Anforderungen präzisieren und haben zum Teil auch systematische Gründe.

Grundlage für die vorliegende Entwurfsregelung einer Datenverarbeitungsbefugnis der für die Förderung zuständigen Stellen ist die Öffnungsklausel in Artikel 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. e, Abs. 3 Satz 1 Buchst. b DS-GVO. Dabei setzt Artikel 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. e DS-GVO voraus, dass die durch die nationale Rechtsgrundlage erlaubte Datenverarbeitung für die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe erforderlich ist. Die Erforderlichkeit der Verarbeitung ist dabei gegeben, wenn die Aufgabe nur vollständig und rechtmäßig wahrgenommen werden kann, wenn der Verantwortliche die personenbezogenen Daten in der vorgesehenen Weise verarbeitet; die Datenverarbeitung muss zudem auf das absolut Notwendige beschränkt sein (vgl. *Albers/Veit*, in: BeckOK Datenschutzrecht, DS-GVO, Artikel 6, Rn. 44; *Heberlein*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Artikel 6, Rn. 23). Die nationale Rechtsgrundlage muss dabei hinreichend klar, präzise und ihre Anwendung für die Rechtsunterworfenen vorhersehbar sein (vgl. ErwGr 41, s. auch *Heberlein*, a. a. O., DS-GVO, Artikel 6, Rn. 20, 40) und außerdem den inhaltlichen Vorgaben nach Artikel 6 Abs. 3 Sätze 2 und 4 DS-GVO genügen. Sie muss danach insbesondere in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten legitimen Zweck stehen. Zudem ist in diesem Zusammenhang auch auf den Transparenzgrundsatz in Artikel 5 Abs. 1 Buchst. a DS-GVO hinzuweisen, der - wie die anderen Grundsätze in Artikel 5 auch - auch für nationale Regelungen gilt, mit denen Öffnungsklauseln umgesetzt werden (vgl. *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, DS-GVO, Artikel 5, Rn. 4) und dem u. a. mit der Bestimmtheit normativer Regelungen Rechnung getragen wird (vgl. *Weichert*, a. a. O., DS-GVO, Artikel 5, Rn. 23; vgl. auch ErwGr. 41 der DS-GVO).

Außerdem greifen im Rahmen der durch die Öffnungsklauseln der DS-GVO ermöglichten nationalen Gesetzgebungsspielräume die nationalen Verfassungsvorgaben, insbesondere auch der Grundrechte (vgl. z. B. *Schantz*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 194; zur Grundrechtskontrolle durch das BVerfG bei nationalen Umsetzungsspielräumen vgl. auch BVerfGE 118, 79 ff. zit. nach juris, Rn. 65 ff., insb. 73; BVerfGE 121, 1 ff., zit. nach juris, Rn. 135; BVerfGE 125, 260, zit. nach juris, Rn. 182 sowie *Hoidn*, in: Roßnagel, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 96 ff., 118). Auch nach der Rechtsprechung des BVerfG zum Datenschutz muss aber der Bürger der gesetzlichen Grundlage die Voraussetzungen und den Umfang der Beschränkung seines informationellen Selbstbestimmungsrechts nach Artikel 2 Abs. 1 i. V. m. Artikel 1 Abs. 1 GG klar entnehmen können (Grundsatz der Normenklarheit) und im Sinne der Effektivität des Rechtsschutzes erkennen können, wer wo über welche seiner personenbezogenen Daten in welcher Weise und zu welchen Zwecken verfügt (vgl. nur BVerfGE 65, 1 ff., zit. nach juris, Rn. 165 und Rn. 211 (Volkszählung)).

Vor diesem Hintergrund soll die vorliegende Entwurfsregelung in verschiedener Hinsicht präzisiert werden. Unklar bleibt in der Entwurfsfassung nämlich schon, wessen personenbezogene Daten verarbeitet werden können sollen. Darüber hinaus ist auch die den Zweck der Verarbeitung bestimmende Formulierung „soweit dies für die Förderung nach dem Dritten Abschnitt erforderlich ist“ sehr pauschal gehalten und lässt nicht unmittelbar erkennen, um welche Verarbeitungszwecke und -situationen es sich handelt, zumal sich die Entwurfsregelung von ihrem Wortlaut her nicht einmal auf ein konkretes Förderverhältnis zu einer einzelnen Pflegeeinrichtung beschränkt. MS hat insoweit auf Nachfrage erklärt, dass es um die Möglichkeit einer Überprüfung der bei der Beantragung und Abrechnung der Fördermittel gemachten Angaben der Pflegeeinrichtungen im Hinblick auf das Vorliegen der Fördervoraussetzungen dem Grunde und der konkreten Höhe nach geht. Hierzu sei die Verarbeitung von persönlichen Daten des Trägers der Einrichtung (soweit es sich um einen Einzelunternehmer handelt), der Pflegebedürftigen (vgl. § 7 Abs. 2 des Entwurfs sowie § 9) und ggf. der Beschäftigten der Pflegeeinrichtung (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 3) erforderlich. Dem hat sich der Ausschuss inhaltlich angeschlossen und empfiehlt, dies durch eine ausdrückliche Aufzählung der von der Datenverarbeitung betroffenen Personen sowie durch konkrete Benennung der genannten Verarbeitungszwecke präzise in der Regelung abzubilden, wobei die vorgeschlagene Regelung insoweit auf einem Formulierungsvorschlag des MS zurückgeht und auch der neue Fördertatbestand nach § 10 a (vgl. die Änderungsempfehlung unter Nummer 12/1) berücksichtigt wird.

Zudem soll die in Absatz 5 Satz 1 des Entwurfs enthaltene Regelung, wonach nach der vorliegenden Entwurfsregelung auch Gesundheitsdaten verarbeitet werden dürfen, aus systematischen Gründen in die vorliegende Regelung integriert werden. Auf diese Weise kann auch im Sinne einer Beschränkung auf das Erforderliche präzisiert werden, von welchen Personen diese besondere Kategorie personenbezogener Daten, für die nach Artikel 9 Abs. 1 DSGVO ein grundsätzliches Verbot besteht und deren Verarbeitung nur in den in Artikel 9 Abs. 2 DSGVO aufgezählten Ausnahmefällen zulässig ist, verarbeitet werden dürfen. Der vorliegende Verarbeitungszweck betrifft nämlich nur die Gesundheitsdaten der Pflegebedürftigen, hinsichtlich derer nach Erklärung des MS teilweise Pflegestufen und erforderliche pflegerische Leistungen verarbeitet werden müssen, um das Vorliegen der Fördervoraussetzungen überprüfen zu können (s. hierzu auch die Entwurfsbegründung, S. 53). Dies wird durch die empfohlene Formulierung klargestellt.

Satz 2 des Entwurfs fungiert regelungstechnisch im Verhältnis zu der Verarbeitungsbefugnis nach Satz 1 als spezialgesetzliche Regelung zur Datenübermittlung (vgl. auch die Erläuterung zu Absatz 1 Satz 2 des Entwurfs).

Dabei enthält die Entwurfsregelung als spezielle Vorgabe (nur) eine Beschränkung der potenziellen Datenempfänger auf die für die Förderung nach § 12 Abs. 1 zuständigen Stellen. Im Übrigen sieht sie die gleiche - sehr unspezifisch formulierte - Voraussetzung vor wie Satz 1 der Entwurfsfassung. Nach Erklärung von MS ist der vorliegend vorgesehene interkommunale Datenaustausch in Einzelfällen für die Überprüfung des Vorliegens der Fördervoraussetzungen erforderlich: Neben dem in der Entwurfsbegründung, S. 51 f., genannten Sonderfall des Zuständigkeitswechsels (z. B. bei einer Verlegung des Betriebssitzes) kämen auch gelegentlich Fälle vor, in denen (beispielsweise bei mehreren Einrichtungen eines Trägers in verschiedenen Kommunen) die falsche Förderbehörde im Verwaltungsverfahren tätig werde. Um in diesen Fällen einen reibungslosen Übergang des Verwaltungsverfahrens zu gewährleisten, solle das in Rede stehende Übermittlungsrecht normiert werden. Dem hat sich der Ausschuss angeschlossen. Es soll dann aber aus den auch bereits zu Satz 1 dargelegten Gründen ebenfalls hinsichtlich der verfolgten Verarbeitungszwecke präzisiert werden, wobei insoweit vorliegend dann unmittelbar auf Satz 1 Bezug genommen werden kann.

Allerdings bedarf es eines entsprechenden Übermittlungsrechts im Förderverfahren nach § 10 a nicht, da insoweit das Land zuständig bleiben und nach Erklärung des MS allein das Niedersächsische Landesamt für Soziales, Jugend und Familie mit der Durchführung der Förderverfahren betraut werden soll. Dies soll durch die in Halbsatz 2 normierte Ausnahme klargestellt werden.

Außerdem empfiehlt der Ausschuss, aus Gründen des Sachzusammenhangs und der Systematik die Regelung des Absatzes 4 des Entwurfs als neuen Satz 2/1 in Absatz 3 vorzuziehen. Absatz 4 des Entwurfs soll die Befugnis der Träger von Pflegeeinrichtungen, die eine Förderung beantragen oder erhalten, regeln, die für einen Nachweis des Vorliegens der Fördervoraussetzungen erforderlichen personenbezogenen Daten an die für die Förderung zuständigen Stellen zu übermitteln (vgl.

die Entwurfsbegründung, S. 52). Sie stellt damit sozusagen das Gegenstück zu der Verarbeitungsbefugnis der für die Förderung zuständigen Stellen nach Satz 1 dar.

Entsprechend soll die Entwurfsregelung parallel zu den zu Satz 1 empfohlenen Änderungen hinsichtlich der betroffenen Daten und der Verarbeitungszwecke präzisiert werden.

Darüber hinaus soll die vorliegende Regelung, die in der Entwurfsfassung lediglich eine Übermittlungsbefugnis enthält, nun - wie auch der bisherige § 12 a Satz 2 des geltenden Rechts, den die vorliegende Entwurfsregelung ersetzen soll (vgl. die Entwurfsbegründung, S. 52) - als Übermittlungsverpflichtung gefasst werden. Der Ausschuss folgt insoweit zum einen einer Erklärung des MS. Denn die für den Nachweis der Fördervoraussetzungen erforderlichen personenbezogenen Daten sollen laut MS stets und regulär von den Einrichtungsträgern bei Antragstellung zur Feststellung der Förderfähigkeit und der Förderhöhe sowie bei Antragstellung zur Auszahlung des berechneten quartalsweisen Förderbetrags übermittelt werden müssen, wollen sie eine Förderung erhalten. Zum anderen bleibt in der Entwurfsfassung auch unklar, worauf sich die vorliegend beabsichtigte Datenverarbeitungsregelung im Verhältnis zur DS-GVO stützt. Die Entwurfsbegründung, S. 52, enthält hierzu keine Ausführungen. Nach Artikel 6 Abs. 1 DS-GVO ist eine Datenverarbeitung jedoch nur rechtmäßig, wenn eine der Bedingungen seines Unterabsatzes 1 erfüllt ist. Infrage käme hinsichtlich der vorliegend gesetzlich zu regelnden Verarbeitungsbefugnis allenfalls die Öffnungsklausel nach Artikel 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. e, Abs. 3 Satz 1 Buchst. b DS-GVO. Es ist jedoch fraglich, ob sich die vorliegende Entwurfsregelung auf diese Öffnungsklausel stützen kann, die voraussetzt, dass die Verarbeitung für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt und dem Verantwortlichen übertragen wurde. Zwar kann auch die Datenverarbeitungsbefugnis nicht-öffentlicher Stellen auf Artikel 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. e DS-GVO beruhen, nämlich dann, wenn ihnen insoweit eine öffentliche Aufgabe übertragen ist (vgl. *Albers/Veit*, in: BeckOK DatenschutzR, DS-GVO, Art. 6, Rn. 41; *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 3. Aufl. 2020, Art. 6, Rn. 111). Es ist aber zweifelhaft, ob die Träger einer Pflegeeinrichtung in diesem Sinne eine öffentliche Funktion innehaben. Nach dem BVerwG setzt dies eine Art staatlichen Übertragungsakt voraus sowie, dass sie anstelle einer Behörde handeln (BVerwGE 165, 111 ff, zit. nach juris, Rn. 45 f.; *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 6, Rn. 111). Dies dürfte im Hinblick auf die wirtschaftliche Tätigkeit des Betriebs einer Pflegeeinrichtung und im Zusammenhang mit der Beantragung einer Förderung aber nicht anzunehmen sein. Eine Übermittlungsverpflichtung wie die nach § 12 a Satz 2 des geltenden Rechts hingegen kann ihre Grundlage in der Öffnungsklausel des Artikels 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. c, Abs. 3 Satz 1 Buchst. b DS-GVO finden, wonach eine Verarbeitung rechtmäßig ist, die zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich ist, der der Verantwortliche unterliegt, und die Rechtsgrundlage insoweit durch Unionsrecht oder nationales Recht festgelegt wird. Eine freiwillige Übermittlung von personenbezogenen Daten kann aber nicht nach Artikel 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. c DS-GVO rechtmäßig sein (vgl. *Heberlein*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Artikel 6, Rn. 17). Wird also vor diesem Hintergrund die bisher in § 12 a Satz 2 des geltenden Rechts geregelte Übermittlungsverpflichtung beibehalten, kann sich die Regelung dann insoweit wieder auf Artikel 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. c, Abs. 3 Satz 1 Buchst. b DS-GVO stützen. Das nach Artikel 6 Abs. 3 Satz 4 geforderte im öffentlichen Interesse liegende Ziel der Regelung ist dabei in dem hinter der Kontrolle des Vorliegens der Fördervoraussetzung stehenden Ziel zu sehen, die sparsame sowie sach- und zweckgerechte Verwendung öffentlicher Mittel sicherzustellen, die ihrerseits eingesetzt werden, um eine funktionierende und leistungsfähige pflegerische Versorgungsstruktur zu gewährleisten. Hinsichtlich der dort ebenfalls geforderten Verhältnismäßigkeit der Regelung zu dem mit ihr verfolgten legitimen Zweck ist vorliegend zu berücksichtigen, dass die Regelung mit der Übermittlung der Gesundheitsdaten der Pflegebedürftigen zwar auch die Übermittlung besonders geschützter Daten anordnet, dass die Förderung im Ergebnis aber gerade auch den von der Datenübermittlung betroffenen Pflegebedürftigen zugutekommt, denen die Investitionskosten nämlich insoweit nicht gesondert in Rechnung gestellt werden können.

Da die vorliegend geregelte Verarbeitung der personenbezogenen Daten der Pflegebedürftigen und der von der Einrichtung beschäftigten Pflegekräfte darüber hinaus zu einem anderen Zweck erfolgen dürfte als zu demjenigen, zu dem die betreffenden Daten erhoben wurden, muss sie außerdem den Anforderungen nach Artikel 6 Abs. 4 DS-GVO entsprechen, der für den vorliegenden Fall, dass eine zweckändernde Verarbeitung auf einer mitgliedstaatlichen Rechtsvorschrift beruht, die Anforderung

aufstellt, dass die Regelung eine in einer demokratischen Gesellschaft notwendige und verhältnismäßige Maßnahme zum Schutz der in Artikel 23 Abs. 1 DS-GVO genannten Ziele darstellt. In Betracht kommt vorliegend insoweit der in Artikel 23 Abs. 1 Buchst. e DS-GVO genannte „Schutz sonstiger wichtiger Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses der Union oder eines Mitgliedstaats“, für die dort beispielhaft „wichtige wirtschaftliche oder finanzielle Interessen der Union oder eines Mitgliedstaats, etwa im Währungs-, Haushalts- und Steuerbereich sowie im Bereich der öffentlichen Gesundheit und der sozialen Sicherheit“ aufgeführt werden. Hierunter dürfte aber die Sicherstellung der sach- und zweckgerechten Verwendung öffentlicher Mittel, die zur Verfügung gestellt werden, um eine funktionierende und leistungsfähige pflegerische Versorgungsstruktur zu gewährleisten, fallen.

Die Regelung in Satz 3 des Entwurfs soll aus systematischen Gründen hier gestrichen und in einem nachfolgenden eigenständigen Absatz 3/1 normiert werden. Die in ihr geregelte Datenverarbeitungsbefugnis verfolgt mit der „Feststellung und Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen“ einen anderen Zweck als die vorgehenden Bestimmungen, die der Abwicklung der einzelnen Förderverhältnisse dienen. Vgl. aber auch die Erläuterung zu dem neuen Absatz 3/1.

Zudem empfiehlt der Ausschuss, Satz 4 des Entwurfs ersatzlos zu streichen. Eine inhaltsgleiche Übermittlungsbefugnis ist bereits in § 47a Abs. 3 Satz 3 SGB XI geregelt; die Entwurfsregelung ist damit schon nicht erforderlich. Zudem dürfte es auch an einer entsprechenden Gesetzgebungskompetenz des Landes fehlen, da der Bundesgesetzgeber insoweit mit der vorgenannten SGB XI-Regelung von seiner Gesetzgebungskompetenz (Artikel 72 Abs. 1 i. V. m. Artikel 74 Abs. 12 GG) Gebrauch gemacht hat (vgl. zur Gesetzgebungsbefugnis des Bundesgesetzgebers im Bereich Datenschutz auch die Erläuterung zu Absatz 1 Satz 1).

Zu Absatz 3/1:

Vgl. zunächst die Erläuterung zu Absatz 3 Satz 3 des Entwurfs. Die vorliegend als Satz 1 empfohlene Regelung greift die Regelung des Absatzes 3 Satz 3 des Entwurfs auf, die aus systematischen Gründen in einem eigenständigen Absatz verortet werden soll. Die darüber hinaus empfohlenen Änderungen dienen der Beschränkung der die Übermittlung rechtfertigenden Zwecke auf denjenigen Bereich, für den eine Landesgesetzgebungskompetenz jedenfalls nicht ausgeschlossen sein dürfte.

Denn die Feststellung und Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen ist Regelungsgegenstand des § 47a SGB XI, der neben organisatorischen Vorschriften auch Regelungen zur Übermittlung von personenbezogenen Daten in diesem Zusammenhang trifft. Er enthält dabei auch Regelungen für die Datenübermittlung zwischen den bundesrechtlich zuständigen Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen und den „Stellen, die nach Landesrecht für eine Förderung nach § 9 zuständig sind“ (vgl. § 47 a Abs. 3 Satz 1 Nr. 4, Satz 3 SGB XI). In Anbetracht dieser bundesrechtlichen Regelungen dürfte es jedenfalls keinen Raum für landesrechtliche Regelungen zur Übermittlung der betreffenden personenbezogenen Daten geben, soweit es allgemein um den Gegenstand des § 47a SGB XI (Fehlverhalten im Gesundheitswesen) geht. Denn soweit das SGB XI Vorschriften zur im Rahmen der Aufgabenerfüllung nach dem SGB XI anfallenden Datenverarbeitung enthält, regeln nach § 35 Abs. 2 SGB I diese Bestimmungen gemeinsam mit den §§ 67 ff. SGB X (und den Vorschriften der übrigen Bücher des SGB) die Verarbeitung von Sozialdaten nach § 67 Abs. 2 SGB X abschließend, jedenfalls soweit nicht die DS-GVO in der jeweils geltenden Fassung unmittelbar gilt.

Das MS hat hierzu erklärt, dass es sich um eine Annexregelung zum Förderrecht des NPflegeG handeln solle. Diese Annexkompetenz könnte jedoch allenfalls die Prüfung von Fehlverhalten im Zusammenhang mit der Beantragung und Entgegennahme von Förderleistungen umfassen. Um diese Begrenzung im Regelungstext klarzustellen, wird empfohlen, den Übermittlungszweck dahingehend zu präzisieren.

Darüber hinaus empfiehlt der Ausschuss eine Angleichung an die Übermittlungsregelungen nach § 47a Abs. 3 SGB XI und das dort vorgesehene Schutzniveau und insoweit die Ergänzung einer Regelung in einem neuen Satz 2, wonach entsprechend § 47a Abs. 3 Satz 2 SGB XI die Befugnis der Empfänger zur Verarbeitung der betreffenden übermittelten Daten auf den Zweck beschränkt wird, zu dem diese Daten übermittelt worden sind.

Zu Absatz 4:

Vgl. die Erläuterung zu Absatz 3 Satz 2/1.

Zu Absatz 5:

Absatz 5 kann entfallen. Der Regelungsinhalt von Satz 1 findet sich aus systematischen Gründen jetzt in Absatz 3 Satz 1, auf den Satz 2 sowie Absatz 3/1 Satz 1 insoweit jeweils Bezug nehmen. Der Regelungsinhalt von Satz 2 findet sich jetzt in Absatz 3 Satz 2/1. Vgl. auch die jeweiligen Erläuterungen.

Zu Artikel 2 (Neubekanntmachung):

Bei der empfohlenen Änderung handelt es sich um eine redaktionelle Folgeänderung zu der zu Artikel 3 Abs. 2 empfohlenen Änderung.

Zu Artikel 3 (Inkrafttreten):**Zu Absatz 2:**

MS hat darauf hingewiesen, dass der Zeitpunkt des Inkrafttretens angesichts des zwischenzeitlichen Zeitablaufs nach hinten verschoben werden müsse, um dem Land Gelegenheit zu geben, die betreffenden Regelungen in die PflegeEFördVO einzupflegen. MS veranschlagt hierfür sechs Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes nach Absatz 1. Dem soll durch die empfohlene Änderung Rechnung getragen werden.