

Ansgar Hense

## Rechtsgutachten über sozial- und staatskirchenrechtliche Aspekte des sogenannten Kleinen Versorgungsvertrages

Die Begutachtung betrifft pflegerechtliche Abmachungen zwischen der DOK und damals verschiedenen Krankenkasenverbänden, die mittlerweile zum VdeK verschmolzen sind. Die pflegerechtlichen Abmachungen sind zum einen ein „Rahmen-Versorgungsvertrag“ (analog § 72 SGB XI) aus dem Jahr 2004 – sog. „Kleiner Versorgungsvertrag“ – sowie flankierende Ergebnisprotokolle u. Ä.

### A. SACHVERHALT

Die katholischen Ordensgemeinschaften als religiöse Lebensgemeinschaften haben auch für die Pflege ihrer eigenen Ordensangehörigen Sorge zu tragen. Dies entspricht ihrem Selbstverständnis als Lebensgemeinschaft. Dem korrespondieren kirchenrechtliche Verpflichtungen.

Um den speziellen Anforderungen der Pflege im Ordensbereich gerecht zu werden, haben die Vorgängervereinigungen der DOK mit den Pflegekassen, bei denen nahezu alle Ordensangehörigen in Deutschland versichert sind, bzw. deren Verbänden ein ordensspezifisches Pflegemodell entwickelt, welches den Besonderheiten ordensrechtlicher Vorgaben

und der damit verbundenen speziellen Situation der Pflege in diesem Sektor gerecht wird. Auf diese Weise soll dem zentralen Aspekt der *vita communis* im Bereich der Orden Rechnung getragen werden, so dass im Fall der Pflegebedürftigkeit dieser wesentliche Teil der ge-

### Ansgar Hense

Prof. Dr. iur. Ansgar Hense hat sich mit der Arbeit „Bedarfsplanung und Bedarfsgerechtigkeit. Eine Untersuchung zum sozialen Infrastrukturverwaltungsrecht“ 2004 habilitiert (Venia legendi „Staats- und Verwaltungsrecht, Kirchenrecht und Sozialrecht“). Er ist seit 2010 Direktor des Instituts für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands und lehrt an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn.

[a.hense@dbk.de](mailto:a.hense@dbk.de)

meinsamen Bindung in der religiösen Lebensgemeinschaft soweit wie möglich weiter realisiert werden kann.

Nicht alle Ordensgemeinschaften sind in der Lage, die Pflege in eigenen Einrichtungen zu erbringen, mit denen die Pflegekassen einen „echten“ Versorgungsvertrag nach SGB XI abschließen (können). Die Ordenslandschaft, die Größe der einzelnen Gemeinschaften, ihre örtliche Belegenheit u. a. sind zu unterschiedlich. Insofern ist es in der Regel auch keine Option, den Ordenseinrichtungen Kooperationen nahezulegen, da die örtliche Gebundenheit zu unterschiedlich ist, wenngleich wenige Ordensangehörige in stationären Einrichtungen anderer Ordensgemeinschaften oder sogar in ordensfremden Einrichtungen versorgt werden.

Ein nach Einführung der Pflegeversicherung initiiertes pragmatisches Vorgehen wurde 2004 durch einen sog. „Kleinen Versorgungsvertrag“ in analoger Anwendung des § 72 SGB XI besiegelt und durch in einem Ergebnisprotokoll festgehaltene Absprachen – im gleichen Jahr – weiter konkretisiert. Diese Konkretisierungen sind 2009 und 2020 nochmals modifiziert bzw. fortgeschrieben worden.<sup>1</sup> Durch diese Vertragskonstellation wird den einzelnen Ordensgemeinschaften ermöglicht, eine Versorgung ihrer Ordensangehörigen im Rahmen einer klausurinternen Pflegestation zu verschaffen. Auf diese Weise wird die ordensadäquate Vita communis<sup>2</sup> auch im Fall der Pflegebedürftigkeit aufrechterhalten. Die besondere Vertragskonstellation dient ausschließlich der Versorgung der Ordensangehörigen und verbleibt damit im ordens- bzw. kircheninternen Bereich; es geht nicht um die Erbringung einer Pflegedienstleistung auf dem allgemeinen Markt.

Durch den sog. Kleinen Versorgungsvertrag werden ordenseigene Pflegestationen als stationäre Pflegeeinrichtungen anerkannt, sofern es eine verantwortliche Pflegekraft gibt.<sup>3</sup> Von weiteren Anforderungen, die herkömmlicherweise an die Zulassung zu stellen wären, wie z. B. bauliche Vorschriften, Personalquoten, Qualitätssicherungsmaßnahmen wie die Einhaltung von Vorschriften zur Pflegetransparenz wird abgesehen. Der Abschluss dieses Rahmen-Versorgungsvertrags analog zu § 72 SGB XI erfolgte in Abstimmung mit dem zuständigen Bundesministerium und ist auch den anderen Pflegekassen bekannt.

2021 umfasste das Versorgungsvolumen im Ordensbereich einen Bettenbestand von ca. 2.300. Eine erneute Bestandsaufnahme 2024 ergab eine nur leicht rückläufige Tendenz.

Der VdK hat angekündigt, den Vertrag kündigen zu wollen. Andere Akteure befürchten, dass der vor Jahren eingeschlagene Weg nicht gesetzeskonform sei, weil die in dem Vertrag getroffenen Abweichungen von den herkömmlichen Zulassungsvoraussetzungen nicht ausdrücklich im Gesetz (anders als z. B. die Ordensausnahmen in § 5 Abs. 1 Nr. 3 SGB VI, § 6 Abs. 1 Nr. 7 SGB V) vorgesehen seien. Es gibt aktuell politische Bestrebungen, dem abzuhalten, ohne dass gegenwärtig eine Prognose über die Realisierung abgegeben werden könnte.

Sehr deutlich haben DOK-interne Umfragen ergeben, dass die einzelnen Ordenseinrichtungen, die an dem sog. Kleinen Versorgungsvertrag partizipieren, an dessen Fortbestand in einem hohen Maße interessiert und darauf angewiesen sind.

## B. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

Die nachfolgende rechtliche Würdigung beschränkt sich im Wesentlichen auf die Zulässigkeit des sog. Kleinen Versorgungsvertrages (II. und III.). Grundsätzlich ausgeklammert bleibt eine nähere Prüfung der im Sachverhalt erwähnten Kündigungsabsicht eines Pflegekassenverbandes, da für deren Prüfung zur Zeit keine näheren Umstände bekannt sind. Implizit stellt sich aber die Frage, ob und inwieweit ggf. so etwas wie eine „Kontinuitätsgewähr“ oder ein Vertrauenschutz besteht,<sup>4</sup> der sich ggf. auf die Kündigungsmöglichkeit auswirkt (IV.).

### I. Das Problem des Prüfungsmaßstabs

Rechtsprobleme werden anhand von Rechtsnormen geprüft. Es ist aber die Frage, ob der Kleine Versorgungsvertrag der Ordensgemeinschaften<sup>5</sup> einfach hin anhand der Regelung des § 72 SGB XI und anderer pflegeversicherungsrechtlicher Normen überprüft werden kann. Dies wäre nur dann korrekt, wenn diese Norm der ausschließliche Prüfungsmaßstab wäre. Sollten die pflegeversicherungsrechtlichen Normen exklusiv angewandt werden, könnte sich die Frage ergeben, ob und inwieweit sich angesichts der besonderen Sachverhaltskonstellation ggf. staatskirchenrechtliche Modifikationen ergeben. Diese Frage stellt sich vor allem in dem Fall, wenn sich die einfachgesetzlichen Vorgaben des SGB XI als zu starr bzw. unflexibel in der Anwendung erweisen sollten.

Die nachfolgende Prüfung wird sich demnach nicht auf die einfachgesetzlichen Regelungen des SGB XI beschränken, sondern naheliegender Weise auch die

Bedeutung des Staatskirchenrechts (Art. 4 GG, Art. 140 GG) in Auswirkung auf das Pflegeversicherungsrecht in den Blick nehmen.

### II. Die einfachgesetzlichen Vorgaben zum Abschluss eines „echten“ Versorgungsvertrages

Anders als im Krankenhaussektor ist der Bereich der stationären Pflege nicht durch die Vorschaltung von Planungsprozessen reguliert.<sup>6</sup> Der statusbegründende Akt, der einer Einrichtung die Zulassung zur Erbringung von Pflegedienstleistungen und die Abrechnung dieser Leistung mit den Pflegekassen eröffnet, ist der Versorgungsvertrag nach § 72 SGB XI.<sup>7</sup> Der Versorgungsvertrag ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag,<sup>8</sup> den die Pflegekassen mit dem Leistungserbringer abschließen. Erst mit Abschluss dieses Versorgungsvertrages trifft die Pflegekasse auch eine Vergütungspflicht (vgl. §§ 82 ff. SGB XI). Prinzipiell besteht für die Pflegekassen ein Kontrahierungszwang.<sup>9</sup> Bei Vorliegen/ Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen ist ein Versorgungsvertrag abzuschließen, der aber keinen Anspruch auf Förderung (z. B. der Investitionskosten) umfasst.<sup>10</sup> Diese Form des vertraglichen Zugangs zum Pflegemarkt als Regulierungsinstrument ist mit der Einführung der Pflegeversicherung bewusst geschaffen worden. Anders als bspw. im Krankenhaussektor erfolgt die Zulassung nicht bedarfsabhängig.<sup>11</sup>

Der Kontrahierungszwang der Pflegeversicherung ist aber nicht voraussetzungslös. Er trifft die Pflegekassen nur dann, wenn eine Einrichtung die Voraussetzungen nach § 71 SGB XI erfüllt. Die stationäre Einrichtung muss die Gewähr dafür bieten, eine leistungsfähige und wirt-

schaftliche pflegerische Versorgung anbieten zu können (z. B. Pflegefachkraft). Darüber hinaus müssen nicht nur bestimmte Qualitätsanforderungen (einrichtungsinternes QM-System, Expertenstandards sowie Qualitätsprüfungen) erfüllt, sondern auch angemessene Vergütungen gezahlt werden (ab 1. September 2022 § 72 Abs. 3a bis 3f SGB XI<sup>12</sup>).

Im Kontext des sozialversicherungsrechtlichen Dreiecks dürfen Pflegekassen stationäre Pflege grundsätzlich nur durch Einrichtungen gewähren, mit denen ein Versorgungsvertrag geschlossen werden konnte. Die Versorgungsverträge, die Art, Inhalt und Umfang der allgemeinen Pflegedienstleistungen (§ 43 Abs. 2 SGB XI) regeln, dienen der Umsetzung des Sicherstellungsauftrags der Pflegekassen (vgl. §§ 12 Abs. 1, 69 SGB XI).

Die Besonderheit der vorliegenden Vertragskonstellation liegt darin, dass sowohl den Ordensgemeinschaften als auch den Pflegekassen bewusst war, dass sie keinen „echten“ Versorgungsvertrag nach § 72 SGB XI schließen wollten und geschlossen haben, so dass sich die Frage ergibt, ob eine solche Vereinbarung überhaupt geschlossen werden durfte.

### **III. Wesentliche Frage: Zulässigkeit eines „unechten“, atypischen Versorgungs- vertrages?**

#### **1. Problemumschreibung**

Damit ist das Problem aufgeworfen, ob die Pflegekassen überhaupt die Pflegesachleistungen in der Art und Weise erbringen lassen dürfen, wie es aufgrund des sog. Kleinen Versorgungsvertrags bis heute erfolgt.

Der gesetzlich angeordnete Kontrahierungszwang bedeutet nicht einfach, dass

die Pflegekassen ansonsten völlig frei wären, unter Umständen und unterhalb der Regulierungsschwellen des SGB XI für den Abschluss von Versorgungsverträgen, freiwillige Kontrakte zu tätigen. Grundsätzlich wird angenommen, dass es ein gesetzliches Verbot gibt, pflegerische Sachleistungen durch Einrichtungen erbringen zu lassen, mit denen kein „echter“ Versorgungsvertrag nach § 72 SGB XI geschlossen worden ist. Es besteht demzufolge ein „Versorgungsverbot mit Zulassungsvorbehalt“.<sup>14</sup> Die Kommentarliteratur käme demnach vielleicht ziemlich apodiktisch zu dem Ergebnis, dass die Pflegekassen, indem sie den sog. Kleinen Versorgungsvertrag geschlossen haben, sich nicht rechtskonform verhalten hätten.

Dies erscheint zu kurz gegriffen. Die Intention der Ordensgemeinschaften und Pflegekassen ging dahin, keinen allgemeinen Versorgungsauftrag für die Ordenseinrichtungen zu erstreben. Die Ordenseinrichtungen, die am sog. Kleinen Versorgungsvertrag Anteil haben, wollen sich nicht als Anbieter sozialer Dienstleistungen auf einem unabgeschlossenen Pflegemarkt betätigen. Vielmehr ist nur und ausschließlich die Versorgung der pflegebedürftigen Ordensangehörigen in der speziellen Situation der religiösen Gemeinschaft beabsichtigt. Dies unterscheidet sich so grundlegend von der Regelungssituation des § 72 SGB XI, dass die allzu strikte Fokussierung auf den „reinen“ Gesetzeswortlaut und die damit verbundene Regelungsintention fragwürdig erscheint. Es fragt sich, ob sich rechtlich relevante, plausible Gründe dafür finden lassen, einen ausdrücklich gesetzlich so nicht vorgesehenen Regelungssachverhalt rechtskonform dergestalt konsensual zu regeln und auszustalten,

wie es in dem sog. Kleinen Versorgungsvertrag erfolgt ist.

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, die die Herausnahme der Ordensgemeinschaften (weitgehend) zweifelsfrei ergibt und wie sie an anderen Stellen des einfachgesetzlichen Sozialrechts durchaus existiert, wäre aus Gründen der Rechtsklarheit sicherlich wünschenswert. Sie ist aber möglicherweise keine unabdingbare Voraussetzung für die Rechtskonformität des zwischen Pflegekassen und Ordensgemeinschaften beschrittenen Weges.

Insofern stellt sich die Frage, ob es hier so etwas wie eine – möglicherweise planwidrige – Regelungslücke gibt, die in rechtlich vertretbarer Weise durch eine Analogie geschlossen werden könnte.<sup>15</sup> Sowohl die Pflegekassen als auch die Ordensseite gingen von Anfang an davon aus, einen atypischen Versorgungsvertrag zu schließen. Die Bezeichnung als „Rahmen-Versorgungsvertrag in analoger Anwendung des § 72 SGB XI (vollstationäre Pflege)“ verdeutlicht dies.

Wie lässt sich folglich eine Integration der Ordenseinrichtungen in das öffentlich-rechtliche Sozialleistungssystem normativ – und auch tatsächlich – rechtfer- tigen, was spricht möglicherweise aus der Sicht der Pflegekassen grundlegend dagegen? Gibt es ein „Zulassungs-Re- gime“ unterhalb der Schwelle des § 72 SGB XI, welches als notwendig und be- rechtigt angesehen werden kann?

**2. Textliche und regelungsbezogene Analyse des „Rahmen-Versorgungs- vertrages“ 2004 im Kontext anderer rechtsverbindlicher Absprachen aus den Jahren 2004/5, 2009 sowie 2020**  
Bevor im Einzelnen die aufgeworfenen Fragen beantwortet werden, bedarf es einer Verortung des sog. Kleinen Versor-

gungsvertrags/Rahmen-Versorgungsvertrags.

Der sog. *Kleine Versorgungsvertrag* von 2004 wird flankiert durch drei weitere Dokumente:

- Ein „Grundlagendokument zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversiche- rung von Ordensmitgliedern in der Barmer und DAK (Stand 17. Februar 2005);<sup>16</sup>
- 2009 wurde der sog. Kleine Versor- gungsvertrag hinsichtlich der seiner- zeit eingeführten Vergütungszuschlä- ge fortgeschrieben;
- sowie durch ein konsentiertes „*Ergebnisprotokoll zur Umsetzung des Rah- men-Versorgungsvertrages in analoger Anwendung des § 72 SGB XI (vollsta- tionäre Pflege) zur stationären Versor- gung von versicherten (pflegebedürf- tigen) Ordensangehörigen in Pflege- einrichtungen (Pflegeabteilungen) in- nerhalb des Klausurbereichs der jeweiligen Ordenseinrichtung*“ zwi- schen den Pflegekassen BEK, DAK, dem Verband der Ersatzkassen sowie der DOK vom März 2020.

Alle drei Dokumente bestehen nebenei- nander; durch keines wird ein anderes ersetzt. Im Folgenden ist der Blick aber vorrangig zu richten auf den sog. Kleinen Versorgungsvertrag als die maßgebliche Vertragsrechtsquelle.

#### a) Regelungsüberblick VV 2004

- *Vertragsbezeichnung/Titulatur:* Es fällt auf, dass der Vertrag als „Rahmen- Versorgungsvertrag“ tituliert wird. Das SGB XI kennt unterschiedliche Ver- tragstypen, im Rahmen der Zulassung von Pflegeeinrichtungen sind Rahmen- verträge nach § 75 SGB XI von Indi- vidual- bzw. Gesamtversorgungsver-trägen nach § 72 Abs. 2 Satz 1, erster

- und zweiter Halbsatz SGB XI zu unterscheiden. Nun wird man den Aspekt der Vertragsüberschrift nicht zu sehr traktieren müssen, da Falsch- oder irkorrekte Bezeichnungen nicht rechtlich schädlich sein müssen (nach dem Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“). Das Kompositum „Rahmen-Versorgungsvertrag“ ist so als kollektivrechtliche Vereinbarung einfachgesetzlich nicht vorgesehen. Weder geht es wegen der grundsätzlichen Selbstständigkeit jeder einzelnen Ordensgemeinschaft um Pflegeeinrichtungen „der DOK“ als Interessenvertretung der Höheren Oberen sämtlicher Ordensinstitute bzw. Gesellschaften des apostolischen Lebens (nach cc. 537-79 und cc. 731-746 CIC/1983) noch weist der Vertrag die gewöhnliche Bundeslandbezogenheit der pflegeversicherungsrechtlichen Rahmenverträge auf. Die DOK ist nicht Trägerin stationärer Pflegeeinrichtungen innerhalb des Klausurbereichs der jeweiligen Ordenseinrichtungen. Sie handelt hier auch nicht einfach stellvertretend für die einzelnen Ordensgemeinschaften, sondern agiert kodex- und satzungskonform als Interessenstehänderin, weil der DOK die Wahrnehmung der gemeinsamen Angelegenheiten der einzelnen Ordensgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschlands obliegt.<sup>17</sup> Demnach erstreckt sich der Regelungsbereich auf die über das gesamte Bundesgebiet verteilten Ordenseinrichtungen.
- **Vertragsparteien:** Als Vertragsschließende traten 2004 auf Seite der Pflegekassen der Verband der Angestellten-Krankenkassen und der Arbeitersatzkassenverband auf. Ordensseitig unterzeichneten die Vereinigung Deutscher Ordensoberen (VDO) und die Ver-

einigungen der Ordensoberinnen Deutschland (VOD); beide Verbände sind 2006 zur Deutschen Ordensobernkonferenz fusioniert worden.<sup>18</sup> Die DOK fungiert als gemeinsame Interessenvertretung und ist zu entsprechenden Handlungen – auch kraft universalen Kirchenrechts (c. 708 CIC/1983) – mandatiert. Im Fall des sog. Kleinen Versorgungsvertrages handelten die Dachverbände nicht einfach für sämtliche Ordenseinrichtungen, sondern in § 5 ist vorgesehen, dass jede einzelne Ordenseinrichtung ihren Beitritt zum Rahmen-Versorgungsvertrag schriftlich und unter Beifügung eines Strukturerhebungsbogens erklären muss (Abs. 1). Pflegekassenseitig wird dies überprüft und die „Zulassung“ der jeweiligen ordensmäßigen Pflegeeinrichtung dann bestätigt (Abs. 2).

- **Vertragsinhalte:** Der sog. Kleine Versorgungsvertrag lehnt sich im Großen und Ganzen an herkömmliche Inhalte von (Individual-)Versorgungsverträgen an. Der Umschreibung allgemeiner Grundsätze (§ 1) folgt eine Normierung des Versorgungsauftrags (§ 2). Bemerkenswert ist eine auf die Situation der Orden spezifizierte Umschreibung der Qualitätssicherung in § 3, die in § 3 Abs. 2 eine weitreichende Exemption von Vorgaben des Elften Kapitels SGB XI enthält. Weitere Vertragsregelungen betreffen die Abrechnung der Leistungen (§ 4) sowie den Datenschutz (§ 6). Der Kleine Versorgungsvertrag enthält schließlich eine Kündigungs-<sup>20</sup> und Vertragsänderungsklausel.

Grosso modo entspricht der Kleine Versorgungsvertrag den Regularien des Versorgungsvertragsrechts.

### b) Weitere Konkretisierung durch Ergebnisprotokolle

Die oben erwähnten konsentierten Ergebnisprotokolle konkretisieren Umsetzungsaspekte des Rahmen-Versorgungsvertrages. Das Dokument aus 2020 modifiziert eine ältere Absprache aus dem Jahr 2004, die sich auf verschiedenste Fragen des Kranken- und Pflegeversicherungsrechts erstreckte und demnach über den Regelungsbereich des Ergebnisprotokolls von 2020 hinausgeht. Als Spezialregelung für den vorliegenden, konkreten Begutachtungsgegenstand hat die Absprache aus 2020 Vorrang; im Übrigen bleibt das Ergebnisprotokoll von 2004 weiterhin relevant. Das Ergebnisprotokoll erfüllt auch die Funktion der Vergütungsvereinbarung, da pflegeversicherungsrechtlich die Abrechnung von Sachleistungen nach dem Vereinbarungsprinzip erfolgt.<sup>21</sup>

Die hier im Einzelnen nicht zu rekapitulierenden Absprachen betreffen die besondere Situation der Versorgung von ordensangehörigen Pflegebedürftigen innerhalb des Klausurbereichs ihres Ordens. Die verschiedenen Punkte heben zum einen immer wieder hervor, dass es sich um keine allgemein, marktkonform anzubietende und zu erbringende Pflegedienstleistungen handelt, die völlig dem System des SGB XI entsprechen, mit denen dann ein regulärer („großer“) Versorgungsvertrag zu schließen wäre, sondern dass die entsprechenden Pflegestationen der Orden sich ausschließlich an Ordensangehörige richten und es demnach besondere und gesonderte „kircheninterne“ Bereiche sind.<sup>22</sup> Der immer wieder hervorgehobene Aspekt des „Ordensinternums“ schließt den Einsatz externer Pflegedienste bzw. den Einsatz von nicht-ordensangehörigen Pflegekräften

nicht aus. Korrespondierend zu § 3 des Kleinen Versorgungsvertrages wird die Qualitätsprüfung nach § 114 SGB XI ausgeschlossen, da es sich nicht um eine öffentliche Einrichtung nach SGB XI handelt.<sup>23</sup>

### c) Erste Einordnung

Geht man pflegeversicherungsrechtlich von einem Numerus clausus von Vertragstypen aus (dem kollektivvertraglichen Rahmenvertrag und dem Versorgungsvertrag als Individualvertrag), so stellt der Kleine Versorgungsvertrag eine rechtfertigungsbedürftige Ausnahme von der Regel dar.

Formal handelt es sich um eine hybride Vertragskonstruktion. Einerseits wird allgemein etwas geregelt, was herkömmlicherweise individualvertragsrechtlich vereinbart wird, andererseits erstreckt sich der „Rahmen-Versorgungsvertrag“ nicht automatisch auf sämtliche Ordenseinrichtungen, sondern erlangt Rechtsverbindlichkeit erst durch den konkret-individuellen Beitritt einer Ordensgemeinschaft. Das Vertragsrechtsverhältnis ist insofern ein gestuftes.

Materiell betrifft der Inhalt des Kleinen Versorgungsvertrags nur die exklusiv-ordensinterne stationäre Versorgung von pflegebedürftigen Ordensangehörigen, das ist eine genau definierbare Personengruppe und damit ein geschlossener Kreis von Pflegebedürftigen. Es handelt sich in der Regel um räumlich nicht separierte Pflegeeinrichtungen, sondern um eine in das Kloster integrierte Einrichtungsform Pflegestation.<sup>24</sup> Die als Pflegestationen bezeichnete stationäre Einrichtungsform unterscheiden sich sowohl von der häuslichen Pflege (i. S. des §§ 3, 36, 77 SGB XI), die allenfalls in einem geringen Maße auch in klösterlichen Einrichtungen

betrieben wird, und vollstationären Pflegeeinrichtungen (§ 71 SGB XI), die im Rahmen eines sozial-caritativen Auftrags von Orden auf dem allgemeinen Pfleemarkt realisiert werden und grundsätzlich für alle Pflegebedürftigen geöffnet sein müssen; hier existiert ein „echter“ („größer“) Versorgungsvertrag in unmittelbarer Anwendung von § 72 SGB XI und damit verbundener pflege(versicherungs-)rechtlicher Bestimmungen.

### **3. Rechtliche Argumentationsaspekte zur Frage Zulässigkeit des Kleinen Versorgungsvertrages**

Die Frage ist, ob sich sowohl einfachgesetzlich als auch (religions-)verfassungsrechtlich/staatskirchenrechtlich valide Ansatzpunkte finden, die die rechtliche Konstruktion eines atypischen Versorgungsvertrages wie sie die Pflegekassen mit den Orden seit 2004 gefunden haben, rechtfertigt und möglicherweise sogar nahelegt.

Die Crux der rechtlichen Bewertung liegt zum einen darin, dass es keine grundlegende Vorspurung durch Rechtsprechung gibt. Zum anderen wird die Problematik auch im Schrifttum – soweit ersichtlich – nicht einmal ansatzweise diskutiert, wenngleich es immer wieder auch Hinweise auf die religiösen Implikationen bei der Erbringung von Pflegedienstleistungen gibt und diese sogar ausdrücklich Gegenstand gesetzlicher Regelung sind. Grundsätzlich betreffen die in der Literatur problematisierten Sachverhalte die Regelsituation echter Versorgungsverträge und der Erbringung von Pflegedienstleistungen auf dem Markt, d. h. für alle und eben gerade nicht einen abgrenzbaren Personenbereich wie Ordensangehörige.

#### **a) Vorrang des Vertrages im Leistungserbringungsrecht**

Grundsätzlich entspricht die Regelung durch einen Vertrag zwischen den Einrichtungsträgern und den Pflegekassen dem Ordnungsmuster des Sozialrechts. Das Leistungserbringungsrecht ist vorrangig vertraglich strukturiert (vgl. § 2 Abs. 2 Satz 3 SGB V), an diesem Ordnungsmodell hält auch das Pflegeversicherungsrecht fest (siehe etwa §§ 69 Satz 2, 72 SGB XI).

Es liegt demnach im herkömmlichen Pfad, dass die Rechtsbeziehungen kontraktuell fundiert und ausgestaltet werden. Dem dient auch der sog. Kleine Versorgungsvertrag und das Ergebnisprotokoll, das diesen Vertrag umsetzt bzw. näher ausgestaltet.<sup>26</sup> Die Vertragsbeziehungen zwischen den Pflegekassen und der konkreten Pflegestation werden nicht einfach durch Abschluss des „Rahmen-Versorgungsvertrages“ der DOK und der Kassen rechtlich begründet, sondern kommen erst durch Beitritt des konkreten Trägers der jeweiligen Ordens-Pflegestation zu stande (§ 5 Kleiner Versorgungsvertrag).

#### **b) Starrheit und Disponibilität von Voraussetzungen des § 72 SGB XI?**

Da der Kleine Versorgungsvertrag hinsichtlich der Ordens-Pflegestationen von herkömmlichen Versorgungsverträgen formal wie materiell abweicht, stellt sich die Frage, ob diese Form der Abweichung rechtlich gerechtfertigt werden kann und inhaltlich auch sachgerecht ist. Ließen sich hinreichende normative Gründe anführen, würde es keinen Zwang geben, zwei heterogene Lebenssachverhalte – Versorgungssituation „normaler“ Pflegebedürftiger im Gegensatz zu pflegbedürftigen Ordensmitgliedern – nur einem einzigen Ordnungsschema (echter Ver-

sorgungsvertrag nach § 72 SGB XI) zu unterwerfen.

Die Pflegekassen haben nach §§ 12 Abs. 1 Satz 1, 69 SGB XI einen einfachgesetzlich vorgegebenen Sicherstellungsauftrag zu erfüllen. Zu dessen Ausführung bedienen sie sich entsprechender Pflegeeinrichtungen, denen die Erfüllung eines Versorgungsauftrags zukommt (§ 72 Abs. 1 Satz 2 SGB XI). Die Pflegeversicherung dient der sozialen Absicherung des Risikos Pflegebedürftigkeit, indem Pflegebedürftigen Hilfe und Unterstützung zuteil wird (vgl. § 1 Abs. 1 und 4 SGB XI). Die Pflegekassen trifft nach § 69 Satz 1 SGB XI der Sicherstellungsauftrag, im Rahmen ihrer Leistungsverpflichtung eine bedarfsgerechte und gleichmäßige, dem allgemein anerkannten Stand medizinisch-pflegerischer Erkenntnisse entsprechende pflegerische Versorgung der Versicherten zu gewährleisten.

Formal ergibt sich die Frage: Kann es überhaupt einen Versorgungsvertrag geben, der sich im Gegensatz zum Ordensmodell § 72 SGB XI nicht auf eine potentiell unbegrenzte Anzahl von versicherten Pflegebedürftigen erstreckt? Würde man ein strikt formales Verständnis der Regelungen des SGB XI zugrunde legen, würde die Antwort schnell negativ ausfallen.

Zu beachten ist aber, dass schon die einfachgesetzlichen Regelungen des SGB XI normative Fingerzeige dafür geben, dass eine spezielle Vertragskonfektion für die Pflegestationen in den Ordenseinrichtungen nicht denkunmöglich ist. Sollten diese nachfolgend anzudeutenden Aspekte auch nicht per se von sich aus eindeutig die Zulässigkeit der Konstruktion Kleiner Versorgungsvertrag rechtfertigen, ist die endgültige Klärung durch die Prüfung der (religions-)verfassungs-

rechtlichen/staatskirchenrechtlichen Lage abzuschließen.

### c) Einfachgesetzliche Hinweise für eine personen- bzw. gruppen-spezifische Vertragslösung

Das Regelungsprogramm der Pflegeversicherung erweist sich als grundsätzlich offen für Besonderheiten. Dies betrifft sowohl die Trägerseite als auch die Bedürfnislage auf Seiten der Konsumenten hinsichtlich der pflegerischen Versorgung in konkreten Einrichtungen.

Die Landschaft der Pflegeeinrichtungen hat dem Grundsatz der Trägerpluralität zu entsprechen. Die Angebotskonstellation ist von den Pflegekassen so zu gestalten und zu gewährleisten, dass sie vielfältig ist und unterschiedliche Träger je nach Selbstverständnis ihre jeweiligen institutionellen Leitideen verwirklichen können (§ 11 Abs. 2 Satz 1, § 69 Satz 2 SGB XI), vorausgesetzt, dass dabei pflegerische Standards eingehalten werden (§ 11 Abs. 1 Satz 1 SGB XI). Kirchliche Einrichtungsträger werden in § 11 Abs. 2 Satz 2 SGB XI besonders erwähnt. Damit ist zwar nicht explizit die Frage nach der Zulässigkeit der atypischen Vertragskonstellation Kleiner Versorgungsvertrag beantwortet, aber doch ein normativer Hinweis darauf gegeben, dass institutionelle Besonderheiten auf der Anbieterseite Beachtung oder zumindest Berücksichtigung finden (können).

Dieser eher anbieterorientierten Seite korrespondiert – gleichsam als zweite Seite derselben Medaille – das Wahlrecht des einzelnen Pflegebedürftigen. Die Pflegeversicherung dient der Realisierung von Konsumentensouveränität. Dieser Aspekt wird – gleich – unter d) bb) nochmals eine besondere grundrechtliche Rolle spielen.

Es stellt sich die Frage, ob § 1 Abs. 5 SGB XI mit dem Aspekt „Kultursensibilität“ gruppenspezifische Angebote erfordert. Dagegen könnte sprechen, dass die Einfügung dieses im Übrigen ausdrücklich unter Möglichkeitsvorbehalt gestellten Aspekts sich eher auf Migrationsphänomene bezieht und per se keine unmittelbar anspruchsbegründende Wirkung haben soll.<sup>27</sup> Andere sehen in dieser Norm des § 1 Abs. 5 SGB eine „programmatisch zu verstehende Sollvorschrift“,<sup>28</sup> die es nahelegt, dass personenspezifischen Besonderheiten bei den Leistungsbedarfen nach Möglichkeit Rechnung zu tragen ist.<sup>29</sup> An verschiedenen Stellen des SGB XI lässt sich zudem noch deutlicher als in § 1 Abs. 5 SGB XI ablesen, dass religionsspezifische Bedarfslagen und Aspekte keine quantité négligeable der Versorgung Pflegebedürftiger sind und sich diese auch in einem trägerpluralen Angebot widerspiegeln sollen (vgl. § 2 Abs. 3, § 11 Abs. 2 SGB XI).<sup>30</sup>

Die Grundsatzfrage, die sich bei alldem aber stellt, ist die: Beziehen sich diese normativen Aspekte nicht allein auf Pflegeeinrichtungen, die entweder mit echten Versorgungsverträgen zum Pflegemarkt zugelassen sind bzw. werden können? Bzw. betreffen die angedeuteten Aspekte religiöser Pflege nur ein Angebot bereits zugelassener Pflegeeinrichtungen mit einem echten Versorgungsvertrag? Das SGB XI als ein spezielles Regulierungsrecht umfasste demnach nicht von vornherein die Entwicklung ganz spezifischer Versorgungsformen wie es die Pflegestationen innerhalb der Ordensklausur sind. Gegen eine solch strikte Interpretation könnte aber eingewandt werden, dass die Regelungen des SGB XI durchaus eine Offenheit für Erfordernis-

se religiös-kultureller Versorgungsformen aufweisen, die zumindest ein norminterner Ansatzpunkt dafür ist, dass das Tableau der Versorgungsformen nach SGB XI kein „closed shop“ ist, sondern zumindest eine prinzipielle Offenheit für pflegerische Sonderformen, die vom Typischen abweichen, nicht a priori ausschließt.

Als Zwischenfazit lässt sich demzufolge festhalten: Die genannten Rechtsnormen beantworten vielleicht nicht abschließend die Frage danach, ob die Konstellation echter Versorgungsvertrag ausnahmsweise zugunsten eines untypischen Versorgungsvertrages „durchbrochen“ werden kann. Völlig bedeutungslos sind die einfachgesetzlichen Bestimmungen gleichwohl nicht, wenngleich sie nicht abschließend die Frage nach der „Durchbrechung“ der Regel beantworten. Das normative Leitbild des SGB XI ist grundsätzlich darauf ausgerichtet, Bedarfslagen nach dem jeweiligen individuell-autonomen Selbstbild zu realisieren, und ermöglicht darüber hinaus gemäß dem Grundsatz der Trägerpluralität institutionell unterschiedliche (ideelle, religiös und weltanschauliche) Formen von Pflegeeinrichtungen. Diese normative Grundtendenz ist zumindest ein wesentlicher Fingerzeig dahingehend, dass personen- bzw. gruppenspezifische Aspekte eine gewisse normative Bedeutung im Rahmen des SGB XI haben und entsprechende Wirkungen entfalten können.

#### d) Religionsverfassungsrechtliche Prüfung

##### aa) Die eher institutionelle Perspektive der Orden und insbesondere die Verfassungsgewährleistung des Art.

140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV  
Die grundgesetzliche Ordnung nimmt

anders und stärker als andere ausländische Rechtordnungen auch die organisierte Form von Religion in den Blick. Durch die Inkorporation der Weimarer Verfassungsbestimmungen werden den Religionsgesellschaften Freiheitsrechte wie das religionsgesellschaftliche Selbstbestimmungsrecht nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV zugesprochen.<sup>31</sup> Selbst wenn das einzelne Institut geweihten Lebens bzw. die Gesellschaft apostolischen Lebens nicht leicht unter den herkömmlichen Verfassungsbegriff der „Religionsgesellschaft“<sup>32</sup> subsumiert werden kann, ist es in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (und auch der Literatur) bis jetzt kaum zweifelhaft gewesen, dass die Ordensgemeinschaften i.w.S. den verfasst-kirchlichen Strukturen der katholischen Kirche zuzurechnen sind und auch an der Verfassungsgewährleistung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV partizipieren können.<sup>33</sup> Ob die Ordensgemeinschaften i.w.S. dabei selbst Träger der Verfassungsrechtsposition sind oder zumindest an ihr wegen ihrer Zuordnung zur religiösen Kernintention als Destinatare hieran partizipieren können, ist nicht wirklich entscheidend, da es zu keinen abweichenden Ergebnissen führt. An dem verfassungsrechtlichen Selbstbestimmungsrecht haben nicht nur die Orden „an sich“, d. h. die Ordensgemeinschaften bzw. ihre weltlichen Rechtsträger Anteil, sondern darüber hinaus auch die den Orden zuzuordnenden Einrichtungen, die (möglicherweise, aber nicht zwingend) rechtlich selbstständig organisiert sind.<sup>34</sup> Damit erfährt die kirchenrechtlich fundierte Ordensautonomie auch noch ein verfassungsrechtliches Pendant. Beim Schutzbereich des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV handelt es sich um eine denkbar weit zu definieren-

de Freiheitsgewährleistung. Dem Selbstverständnis des jeweiligen Akteurs im Rahmen der kirchenrechtlichen Vorgaben wird eine besondere Bedeutung und ein herausgehobenes Gewicht (bei erforderlichen Abwägungsprozeduren wie etwa auf der Ebene der Schrankenziehung) zugemessen.<sup>35</sup> Eine nicht unwichtige Anforderung bei der Realisierung des Selbstverständniskriteriums ist die Plausibilisierungslast, die den religiösen Akteur trifft. Die Verfassungsbestimmung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV ermöglicht jeder einzelnen Ordensgemeinschaft wie den Orden insgesamt ihre Angelegenheiten weitgehend selbst zu bestimmen. Hierzu zählt neben Organisationsfragen auch die Umschreibung der religiösen Lebensform. Die Orden insgesamt wie die jeweils einzelnen Ordensgemeinschaften können durch die universalkirchlichen Vorgaben sowie ihr jeweiliges „Eigenrecht“<sup>36</sup> plausibel nachweisen, dass die durch die Ablegung der Ordensgelübde (Profess)<sup>37</sup> begründete religiöse Lebensgemeinschaft ein intensives Band zwischen dem einzelnen Ordensangehörigen und der Ordensgemeinschaft konstituiert. Die Institute geweihten Lebens bzw. die Gesellschaften apostolischen Lebens zeichnen sich als eine in Gemeinschaft zu führende Lebensform aus (vgl. c. 665 § 1 bzw. c. 731 CIC/1983). In allen Niederlassungen von Instituten geweihten Lebens besteht eine den Eigenarten des jeweiligen Ordens entsprechende Klausur (vgl. c. 667 CIC/1983).<sup>38</sup> Die Gemeinschaftlichkeit zeigt sich im gemeinsamen religiösen Leben (Gebetszeiten, Feier der Eucharistie u. a. m.). Das Ordensverhältnis endet nicht mit Eintritt der Pflegebedürftigkeit, sondern gerade diese Lebensphase ruft in besonderer Weise die Verantwortung der Or-

densgemeinschaft hervor, da neben der pflegerischen Betreuung die besondere Form des religiösen Zusammenlebens zu Tage tritt: In dieser Lebenssituation ist das Weiterleben in der *Vita communis* mit dem klösterlichen Tagesablauf einschließlich der Gebetszeiten wesentlicher Lebensbestandteil und Ausdruck eines gemeinschaftlichen Aufgehobenseins. So wünschenswert eine ausdrückliche gesetzgeberische Klarstellung wäre, zumal gerade das Sozialrecht auch an anderen Stellen ordensrechtliche Besonderheiten berücksichtigt, so wenig ist sie zwingende Voraussetzung dafür, dass die Atypizität verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. Fehlt so etwas wie eine gesetzliche Bereichsausnahme oder zumindest eine die Religionsgesellschaft betreffende Berücksichtigungsklausel, bedarf es einer Prüfung, ob die Schrankenklausel des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV greift, d. h. es wird eine Güterabwägung auf der Schrankenebene notwendig, um die effektive Gewährleistungsreichweite des verfassungsrechtlich verbürgten Selbstbestimmungsrechts (der Orden) zu ermitteln.

Dabei verschafft Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV wegen seines qualifizierten Schrankenvorbehalts des für alle geltenden Gesetzes keine rechtliche *Carte blanche* für religiös motivierte Interessen und Positionen.<sup>40</sup> Das religionsgesellschaftliche Selbstbestimmungsrecht ist nicht schrankenlos, gleichwohl wird ihm wegen der Nähe zur grundrechtlichen Verbürgung der korporativen Religionsfreiheit<sup>41</sup> eine relativ hohe Gewichtigkeit zugemessen.<sup>42</sup>

Grundsätzlich kommt bei der Anwendung und Auslegung des einfachen Gesetzesrechts dem religionsgesellschaftlichen Selbstbestimmungsrecht nach Art. 140

GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV besonderes Gewicht zu.<sup>43</sup> Das Bundesverfassungsgericht resümiert: „*Das bedeutet nicht nur, dass die Religionsgesellschaft Gestaltungsspielräume, die das dispositive Recht eröffnet, voll ausschöpfen darf. Auch bei der Handhabung zwingender Vorschriften sind Auslegungsspielräume, soweit erforderlich, zugunsten der Religionsgesellschaft zu nutzen [...], wobei dem Selbstverständnis der Kirchen ein besonderes Gewicht zuzumessen ist.*“<sup>44</sup> Umgekehrt bedeutet dies, dass zur Einschränkung des religionsgesellschaftlichen Selbstbestimmungsrechts „ein besonders hohes Gewicht“ der gegenläufigen Rechtsposition in die Abwägung einzubringen ist.<sup>45</sup>

Grundsätzlich müssen im Gemeinwohlinteresse liegende Beschränkungen der Einrichtungszulassung nicht gegen das Grundrecht der Religionsfreiheit (Art. 4 GG) bzw. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV verstößen.<sup>46</sup> Für die spezielle Situation der Versorgung von pflegebedürftigen Ordensangehörigen ist aber Vorsicht angemahnt. In dieser sehr speziellen Konstellation sollten nicht vorschnell gegenläufige Gemeinwohlbelange einfach unterstellt werden. Dies würde – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – nicht den Vorgaben der verfassungsgerichtlichen Regelung (und Rechtsprechung zu) Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV gerecht.

Unter Umständen werden angesichts der hohen Bedeutung des religionsgesellschaftlichen Selbstbestimmungsrechts durchaus Modifikationen einfachgesetzlicher Ordnungsstrukturen erforderlich, die bis zur Nichtanwendung (einzelner) gesetzlicher Vorgaben reichen können. Mit der Bahai-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht dies für das Ver-

einsrecht entschieden und auch das Bundesarbeitsgericht hat dies jüngst noch in einem Rechtsstreit, in dem es um arbeitsrechtliche Fragen einer spirituellen Gemeinschaft ging, explizit hinsichtlich der Orden bestätigt: „*Diese verfassungsrechtlichen Gewährleistungen eröffnen die Möglichkeit, Mitglieder eines Ordens oder Singularinstituts der katholischen Kirche oder evangelische Diakonissen in kirchlichen Einrichtungen nicht als Arbeitnehmer zu beschäftigen, obwohl sie weisungsgebundene Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verrichten. Für Personen, die in ein besonderes Rechtsverhältnis zur Kirche treten, um in der Nachfolge Christi zu leben, kann die Kirche eine Lebensordnung schaffen, auf die staatliches Recht nicht zur Anwendung gelangt, weil der Dienst ausschließlich vom religiösen Bekenntnis geprägt wird [...].*“<sup>49</sup> Da die Lebensweise von Ordensangehörigen durch religiöse Regularien bestimmt ist, denen, nicht zuletzt weil es sich um eine umfassende Lebensform handelt, besonderes verfassungsrechtliches Gewicht zukommt, müssten seitens der Pflegekassen substantiiert ganz erhebliche Vorbehalte gegenüber dem Modell des Kleinen Versorgungsvertrags und der damit verbundenen Versorgungsform innerhalb der ordensinternen Pflegestationen geltend gemacht werden. Diese werden nicht in bloß formalen Aspekten wie dem Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Ausnahmebestimmung liegen können.

Die Vorbehalte könnten aber im Materialien liegen. Material können Aspekte wie der Gesundheitsschutz pflegebedürftiger Menschen einen erheblichen Belang darstellen, weshalb Aspekte wie die Qualitätssicherung, die Einhaltung medizinisch-pflegerischer Standards und deren

Kontrolle durch Aufsicht u. a. m. ins Feld geführt werden könnten, zumal sie durch das Gesetzesprogramm des SGB XI entsprechend vorgeben sind. Bereits die bisherige Rechtsprechung des Bundessozialgerichts hat aber gezeigt,<sup>50</sup> dass mit Erwägungen zur Qualitätssicherung „nicht alles begründet werden kann“, sondern dem Wahlrecht des Pflegebedürftigen – dessen „Konsumentensouveränität“ – ebenfalls eine wesentliche Relevanz zukommt.<sup>51</sup> Missstände können nicht einfach abstrakt unterstellt, sondern müssten seitens der Pflegekassen – vor allem nach einer mehr als zwanzigjährigen anscheinend unproblematischen Phase des Modells Kleiner Versorgungsvertrag – konkret nachgewiesen werden. Grundsätzlich wird in § 2 des Kleinen Versorgungsvertrags der allgemeine Versorgungsauftrag der jeweiligen Ordenseinrichtung festgeschrieben, wonach die nach Art und Schwere der Pflegebedürftigkeit erforderlichen Pflegeleistungen sowie eine entsprechende Unterkunft und Verpflegung zu erbringen sind. Dies umfasst nach § 3 Abs. 1 des Vertrages die qualitätsgesicherte Erbringung der notwendigen und sachgerechten Pflege und Versorgung der pflegebedürftigen Ordensangehörigen, wenngleich § 3 Abs. 2 eine weitgehende Ausnahme von den pflegeversicherungsrechtlichen Vorgaben zur Qualitätssicherung und sonstigen Regelungen zum Schutz der Pflegebedürftigen nach dem Elften Kapitel des SGB XI normiert.

Ob und inwieweit es angezeigt wäre, nicht zuletzt angesichts erheblicher gesetzgeberischer Modifikationen gerade in diesem Bereich des SGB XI, hier ggf. vertragsrechtliche Nachbesserungen zu avisieren, mag dahinstehen. Für die vorliegende Begutachtung geht es aber erst

einmal um die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit eines atypischen Versorgungsvertrages. Ob es möglicherweise konkreten Anlass für versorgungsmäßige Beanstandungen – also Schlechtversorgungen von pflegebedürftigen Ordensangehörigen – gibt, entzieht sich der Beurteilung des Unterzeichnenden. Im Gegenteil scheint es tendenziell und weit überwiegend so zu sein, dass sich die praktizierte Form der Pflegestationen in den Ordensgemeinschaften bis jetzt durchaus bewährt hat, so dass eine Nichterfüllung des Versorgungsauftrages eher auszuschließen und insofern nach Lage der Dinge auch kein Konflikt mit dem Sicherstellungsauftrag der Pflegekassen zu befürchten ist.

Die Abwägung zwischen den Rechtspositionen der Orden und der Pflegekassen sub specie der Verfassungsgewährleistung Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV tendiert prima facie sehr deutlich dahin, die Zulässigkeit des ordensspezifischen Pflegemodells nach dem sog. Kleinen Versorgungsvertrag verfassungsrechtlich zu rechtfertigen, selbst wenn das SGB XI eine solche ausnahmsweise zulässige Vorgehensweise nicht ausdrücklich vor sieht.

Selbst wenn der Kleine Versorgungsvertrag nicht mit dem „echten“ Versorgungsvertrag nach § 72 SGB XI und dessen Voraussetzungen völlig übereinstimmt, ist er doch auch keine (!) völlige Freistellung der Ordenseinrichtungen von standardmäßigen Vorgaben hinsichtlich medizinisch-pflegerischer Versorgung. Der sog. Kleine Versorgungsvertrag normiert auch, dass die Pflege durch eine nach SGB XI erforderliche Pflege(fach)kraft zu erfolgen hat.

#### bb) Die eher individuelle Perspektive: Grundrechte der Ordensangehörigen und ihre Entscheidung für eine spezifische Lebensform in einer *Vita communis*

Bereits die erwähnten einfachgesetzlichen Vorgaben intendieren besondere Freiheitspositionen des einzelnen Pflegebedürftigen, die sowohl das Wahlrecht zwischen den auf dem Pflegemarkt zugelassenen Einrichtungsformen prinzipiell ermöglichen als auch die Berücksichtigung gerade religiöser Aspekte bei der Durchführung der Pflege im Konkreten (siehe oben unter 3.c)). Es stellt sich zur Absicherung des Zwischenergebnisses zur korporativen Freiheitdimension (vorstehend aa)) die Frage, ob es für die Zulässigkeit des ordensspezifischen Pflegemodells nach dem Kleinen Versorgungsvertrag auch eine verfassungsrechtliche Abstützung nach der individuellen Freiheitsseite hinsichtlich des einzelnen Ordensangehörigen gibt. Hierbei soll – und kann – die Sicherung des Gesundheitsschutzes als Individualrechtsgut wohl unterstellt werden, so dass es thematisch vorrangig um individuelle religiöse Freiheitsrechte geht.

Das Ergebnis, dass die pflegerische Versorgung im Rahmen der Ordenseinrichtung verfassungsrechtlich zulässig ist, lässt sich ggf. noch durch das Grundrecht der Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zusätzlich abstützen. Das einheitliche Grundrecht der Religionsfreiheit ermöglicht eine Ausrichtung sämtlicher Handlungsweisen anhand religiöser Lehr- und Handlungsvorgaben.<sup>52</sup> Die individuelle Entscheidung für einen Orden als (frei gewählte) Lebensform betrifft eine (grundsätzlich<sup>53</sup>) lebenslange Bindung an ein Institut geweihten Lebens bzw. eine Gesellschaft apostolischen Lebens. Das

Leben in Gemeinschaft unter einem bestimmten religiösen Regelwerk des Ordens ist konstitutiv und allumfassend. Diese individuelle Lebensentscheidung lässt sich religionsfreiheitlich interpretieren, so dass die Unterbindung bzw. Verhinderung der *Vita communis* verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden müsste. Dies kann nicht einfach anhand von „irgendwelchen Aspekten“ erfolgen, dazu bedarf es vielmehr erheblicher gegenläufiger Verfassungsrechtsgüter (wie z. B. konkrete Gefährdungen des Gesundheitsschutzes o. Ä.). Konkret sind diese weder mitgeteilt noch vorgetragen. Die angedeutete grundrechtliche Fundierung kann und soll an dieser Stelle nur als ein zusätzliches Argument für die grundsätzliche Zulässigkeit des Modells Kleiner Versorgungsvertrag herangezogen werden.

### cc) Verfassungsrechtliches Zwischenergebnis

Als verfassungsrechtliches Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass sowohl die korporativrechtliche Verfassungsposition wie das von den Ordensgemeinschaften grundsätzlich beanspruchbare religionsgesellschaftliche Selbstbestimmungsrecht als auch die individualrechtliche Verbürgung der Religionsfreiheit zugunsten des einzelnen Ordensangehörigen und dessen Entscheidung für diese spezielle religiöse Lebensform nachdrücklich die Zulässigkeit unterstreichen, dass die Pflegekassen abweichend von einfachgesetzlichen Vorgaben einen Weg beschreiten können, eine ordensadäquate Versorgungsform zu schaffen und zu betreiben, obwohl sie gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen ist und in Teilen Modifikationen pflegeversicherungsrechtlicher Aspekte vornimmt.

## IV. Bestands- und Vertrauensschutz sowie Kündigungsrecht - Andeutungen

Anzudeuten bleiben schließlich noch Vertrauensschutzaspekte. Grundsätzlich sind Verträge aus sich heraus verbindlich (Grundsatz *pacta sunt servanda*).<sup>54</sup> Dies gilt vorbehaltlich gesetzlicher bzw. vertraglicher Kündigungsoptionen. Für den Kleinen Versorgungsvertrag für die Ordensgemeinschaften als Rahmenvertrag gilt der § 74 SGB XI analog sowie der Verweis auf „grundlegende gesetzliche Änderungen“ (§ 7 Abs. 1). Für rechtmäßig geschlossene Verträge bedarf es de iure nicht des Vertrauensschutzes.<sup>55</sup> Relevant wird der Vertrauensschutzaspekt erst dann, wenn es sich um einen rechtswidrig geschlossenen Vertrag handelt bzw. einen Vertrag, dessen Geschäftsgrundlage entfallen sein könnte.<sup>56</sup>

Die Vertrauensschutz- bzw. Kündigungsproblematik soll im Weiteren nur andeutungswise behandelt werden.<sup>57</sup> Die wesentliche Weichenstellung liegt darin, wie die Rechtmäßigkeit des Kleinen Versorgungsvertrages bewertet wird.

Nach den vorstehenden Ausführungen ist der Kleine Versorgungsvertrag mit den Ordensgemeinschaften aus religionsverfassungsrechtlichen Gründen rechtlich zulässig, selbst wenn von bestimmten gesetzlichen Vorgaben abgewichen wird. Da dies zu keiner „Totalexemption“ führt, sondern an vorgegebenen Besonderheiten des Ordenslebens und damit an staatskirchenrechtlich legitimierbaren Erfordernissen liegt, handelt es sich um eine verhältnismäßige Modifikation, die sich seit zwei Jahrzehnten auch bewährt hat.<sup>58</sup> Wird von der Rechtmäßigkeit des Kleinen Versorgungsvertrages ausgegangen, stellt sich nur die Frage nach den vertraglichen bzw.

gesetzlich vorgesehenen Kündigungsvo- raussetzungen, die letztlich das Vertrauen der Vertragsparteien und den „Bestands- schutz“ regulieren. § 74 SGB XI normiert ein durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip gesteuertes Regel-Ausnahmeverhältnis.<sup>59</sup> Eine Kündigung ist *ultima ratio*. Bevor eine rechtmäßige Kündigung ausgesprochen werden kann, bedarf es bspw. einer Option zur Abstellung von Mängeln o. ä. Die Pflegekassen müssten eine grobe Pflichtverletzung seitens der Ordensge- meinschaften nachweisen.

Würde man abweichend von der hier vertretenen Auffassung von einer Unzu- lässigkeit des Kleinen Versorgungsver- trages ausgehen, würde dies auf Seite der Pflegekassen ebenfalls keine ungebun- dene Dispositionsbefugnis über das In- strument der Kündigung bedeuten. Viel- mehr wäre in einer solchen Konstellation dann zwischen formeller Verbindlichkeit als Ausdruck der Rechtssicherheit und der materiellen Akzeptanz als Ausprä- gung des Vertrauensschutzes letztlich abzuwägen. Das schutzwürdige Vertrau- en der Ordensseite auf den Bestand des vor zwei Jahrzehnten geschlossenen Klei- nen Versorgungsvertrages wäre in eine Abwägung einzustellen und könnten zu dessen Wirksamkeit führen.<sup>60</sup> Einer – so- weit ersichtlich – unbeanstandeten Pra- xis seit zwei Jahrzehnten wird dabei allein schon wegen des Faktors Zeit eine erhebliche Bedeutung zuzumessen sein.

## V. Gesamtergebnis der gutachterlichen Würdigung

Die vorstehende Begutachtung ist davon ausgegangen, dass der Abschluss eines echten Versorgungsvertrages nach § 72 SGB XI zwischen Pflegekassen und Ordenseinrichtungen angesichts der konkre-

ten Umstände von Ordensklausuren in der Regel nicht möglich ist. Lägen die Vor- aussetzungen vor, hätte die entsprechen- de Ordenseinrichtungen angesichts des Kontrahierungszwangs einen Anspruch auf Abschluss eines echten (typischen) Versorgungsvertrages. Vor dem Hinter- grund des 2004 geschlossenen Kleinen Versorgungsvertrages – einschließlich der flankierenden Ergebnisprotokolle von 2004, 2009 bzw. 2020 – stellt sich die Frage, ob diese Vorgehensweise rechtlich zulässig ist. Die Zulässigkeit der Form des Kleinen Versorgungsvertrags als eine „ordensadäquate Vertragskonfektion“ lässt sich aus den religionsverfassungsrechtli- chen Gewährleistungen konsistent herleiten. Es lassen sich aber auch einfachge- setzliche „Fingerzeige“ anführen, wenn- gleich denen eher indizielle Wirkung zu- kommt. Damit lässt sich diese aus dem System der Pflegeversicherung herausfal- lende Vertragskonstruktion rechtfertigen. Diese unterminiert aber nicht das pflege- versicherungsrechtliche System. Die Si- tuation pflegebedürftiger Ordensangehö- riger ist ein derartiger Sonderfall, dass keine Ausnahmeezesse o. Ä. zu befürch- ten sind, da es kaum vergleichbare Kon- stellationen geben dürfte, zumindest kei- ne Konstellationen, die sich in ähnlicher Weise auf religionsverfassungsrechtliche Gewährleistungen berufen könnten. Nach- ahmer-Effekte bzw. -Anreize, die das Re- gelverhältnis des echten Versorgungsver- trages nach § 72 SGB XI aushebelten, dürften eher fernliegend sein. Vor diesem Hintergrund wirkt sich die zwanzigjährige Praxis vertrauensschützend aus und reguliert auch die Ausübung des Kündi- gungsrechts seitens der Pflegekassen. Bei- des wird durch den Verhältnismäßigkeits- grundsatz gesteuert und bedarf sorgfälti- ger Abwägungsprozeduren.

- 1 Die Modifikation 2009 betraf die seinerzeit eingeführten Vergütungszuschläge.
  - 2 Zu diesem – im Folgenden immer wieder als Kurzformel verwendeten – Topos siehe Georg M. Eisenstein, Artikel ‚Vita communis‘, in: LThK, 3. Aufl., Bd. 10 (2001), Sp. 823.
  - 3 § 1 Abs. 2 Rahmen-Versorgungsvertrag 2004, der damit auf § 71 Abs. 2 Ziff. 1 und Abs. 3 SGB XI rekurriert.
  - 4 Grundlegend dazu Hartmut Maurer, Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. IV (2006), § 79 Rn. 1 ff.
  - 5 Dieser Topos wird hier und im Weiteren als Oberbegriff genommen für die kodikarischen Institute geweihten Lebens (cc. 573-730 CIC/1983) und die Gesellschaften apostolischen Lebens (cc. 731-746 CIC/1983).
  - 6 Hierzu und zum Folgenden siehe etwa Ansgar Hense, Soziale Infrastrukturen – der stationäre Sektor (am Beispiel Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen), in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 16 Rdn. 81-85. Siehe auch Torsten Gühlstorf, Leistungserbringung und Finanzierung bei vollstationärer Pflege in Bundes- und Landesrecht, 2004, S. 99 ff. Ferner Heinrich Griep/Heribert Renn, Pflegesozialrecht, 6. Aufl. 2017, Rdn. 308 ff.
  - 7 KassKomm/Schmidt, SGB XI (118. EL 2022), § 72 Rn. 8, 21, 47.
  - 8 Gerhard Dalichau, SGB XI-Kommentar, 2. Aufl. 2018, § 72 Rn. 14, 52. Zur Dogmatik des öffentlichen Vertrags allgemein sehr grundlegend Hartmut Bauer, in: Schoch/Schneider, VwVfG-Kommentar, Stand Juli 2020, Vorb. § 54 Rdn. 1-137.
  - 9 Vgl. Maximilian Fuchs, in Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 4 (Pflegeversicherungsrecht), 1997, § 6 Rdn. 13; ferner Volker Neumann, ebda. (Schulin, HS-PV), § 21 Rdn. 19; Dalichau (Fn. 8), § 72 Rn. 21, 84 f.; Kaminiski/Plantholz, LPK-SGB XI, § 72 Rn. 25.
  - 10 Dalichau (Fn. 8), § 72 Rn. 90. Aspekte der Investitionsförderung können in dieser Stellungnahme unbeachtet bleiben, da sie nicht relevant sind.
  - 11 Gerhard Igl, in: ders./Felix Welti (Hrsg.), Gesundheitsrecht, 4. Aufl. 2022, § 21 Rn. 24. Vgl. zur Krankenhausbedarfsplanung Hense (Fn. 6), § 16 Rn. 64 ff.; und in der vielleicht 2025 erscheinenden Neuauflage des Beitrags Rn. 76 ff.
  - 12 Zu diesen die Beschäftigungsbedingungen verbessernden Vergütungsaspekten näher Rosa Hinzpeter-Schmidt, Die Neuregelung der §§ 72 und 82 c SGB XI, ZAT 2022, 117-123; siehe auch Kaminski/Plantholz, in: LPK-SGB XI, § 72 Rn. 2, 28 ff.
  - 13 Grothe, in: Hauck/Noftz, SGB XI, § 72 Rdn. 9. Vgl. auch Gühlstorf (o. Fn. 6), S. 102 f.
  - 14 So die Charakterisierung bei Udsching/Schütze/Schumann, SGB XI-Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 72 Rdn. 3.
  - 15 Zu den Grundlagen und Voraussetzungen eines Analogieschlusses siehe nur Thomas M. J. Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rdn. 94 ff.
  - 16 Die umfassende Überschrift des konkreten Dokuments lautet: „Ergebnisprotokoll zu Fragen aus dem Kranken- und Pflegeversicherungsrecht (SBG V und SGB XI) zwischen Vertretern der Kranken- und Pflegekassen BARMER und DAK und ihres Spitzenverbandes VdAK einerseits und der Vereinigung Deutscher Ordensobern (VDO) andererseits – zugleich handelnd für die Vereinigung der Ordensoberinnen Deutschlands (VOD) und die Vereinigung der Ordensobern der Brüderorden Deutschlands (VOB) und ihren künftigen gemeinsamen Rechtsnachfolger – am Sitz des Verbandes der Angestellten-Krankenkassen am 12.07.2004 in Siegburg“.
  - 17 Vgl. dazu die Präambel der Satzung der DOK: „Der Zusammenschluss von Höheren Oberinnen und Höheren Obern beabsichtigt, einerseits den Zweck der von ihnen

- vertretenen einzelnen Ordensgemeinschaften unter Wahrung ihrer Selbständigkeit, ihrer Eigenart und ihres eigenen Geistes besser verwirklichen zu können und andererseits gemeinsame Angelegenheiten zu behandeln und eine entsprechende Abstimmung und Zusammenarbeit mit kirchlichen, staatlichen und zivilen Stellen zu ermöglichen (vgl. c. 708 CIC).<sup>18</sup>
- 18 Siehe die Darstellung auf: <https://www.orden.de/ueber-die-dok/geschichte/> und [https://de.wikipedia.org/wiki/Deutsche\\_Ordensobernkonferenz](https://de.wikipedia.org/wiki/Deutsche_Ordensobernkonferenz) (31.07.2024). Vgl. *Lars Westinger*, Artikel „Ordensvereinigungen“ DOK, in: Meier/Kandler-Mayr/Kandler (Hrsg.), 100 Begriffe aus dem Ordensrecht, 2015, S. 323 ff.<sup>19</sup>
- 19 Zu dieser Norm siehe nur *Rudolf Henseler/ Dominicus M. Meier*, in: MKCIC (44. Lfh. 2009), c. 708 Rn. 1 ff.
- 20 Die Kündigungsoption wird analog zu § 74 SGB XI gefasst.
- 21 Zum Procedere von Vergütungsvereinbarungen nach SGB XI siehe nur *Griep/Renn* (o. Fn. 6), Rdn. 346 ff.
- 22 Die Pflege von Familienangehörigen der Ordensmitglieder wird ausdrücklich ausgeschlossen (Pkt. 4).
- 23 Pkt. 9 des Ergebnisprotokolls 2020.
- 24 Dies dürfte bezogen auf die meisten Ordensgemeinschaften die Regel sein, die aber nicht ausschließt, dass bei großen, d. h. mitgliederstarken Ordensgemeinschaften die zu pflegenden Ordensangehörigen beispielsweise in einem gesonderten, gemeinsamen Haus auf dem Klostergelände untergebracht und versorgt werden. Dieser Umstand ist nur ein tatsächlicher, der aber im Ergebnis zu keiner anderen rechtlichen Bewertung führt, da damit immer noch eine strikt ordensgemäße, d. h. interne Versorgungsform verfolgt wird.
- 25 Siehe *Steffen Roller*, Religiös geprägte Pflege, in: Festschrift für Hans-Wolfgang Strätz zum 70. Geburtstag. Hrsg. von H. Derschka u.a., 2009, S. 433-444.
- 26 Dass die vertragliche Absprache im Religionsverfassungsrecht gegenüber der gesetzlichen Regelung eine gewisse Tradition hat (Konkordate, Staatskirchenverträge etc.), sei nur en passant erwähnt. Grundlegend dazu *Dominik Rennert*, Hierarchie und Verhandlung. Die Verschiebung deutscher Konfliktlösungsmuster 1871-1971 am Beispiel der Religionsverfassung, 2023.
- 27 Deutlich *KassKomm/Koch*, SGB XI (EL 113., 2021), § 1 Rn. 12 ff.
- 28 *Krahmer/Plantholz*, in: LPK-SGB XI, § 1 Rdn. 11.
- 29 Vgl. auch Udsching/Schütze/Udsching (Fn. 14), § 1 Rn. 7, weist darauf hin, dass es sich bei § 1 Abs. 5 SGB XI keineswegs um eine bloß als Programmsatz zu verstehende Norm handele.
- 30 *Roller* (o. Fn. 25). Siehe auch *Ansgar Hense*, Betrachtungen zu religiösen und religionsgesellschaftlichen Aspekten im Sozialrecht, in: FS Hillgruber (Zeitschrift für Lebensrecht, Beiheft 3), i.E.
- 31 Zu dieser Verfassungsgewährleistung näher *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 5. Aufl. 2024, Rdn. 149 ff.; Axel von Campenhausen/Heinrich de Wall, Religionsverfassungsrecht, 5. Aufl. 2022, § 15 Rdn. 1 ff.; *Stefan Korioth*, in: *Pirson/Rüfner/Germann/Muckel* (Hrsg.), HSKR 3. Aufl., Bd. 1 (2020) § 16.
- 32 Zu diesem etwa von *Campenhausen/de Wall* (o. Fn. 31), § 15 Rdn. 3 ff.; *Unruh* (o. Fn. 31), Rdn. 153.
- 33 Vgl. BVerfGE 46, 73 (86 f.); siehe auch BVerfGE 70, 138 (143, 163). Siehe auch *Andreas Sailer*, in: *Pirson/Rüfner/Germann/Muckel* (Hrsg.), HSKR, 3. Aufl., Bd. 1 (2020), § 29 Rdn. 4.
- 34 Dazu nur *Wolfgang Rüfner*, Weltliches Arbeitsrecht gilt auch für die Kirche, in: Neue Caritas 105 Jg., 2004/ Heft 2, S. 19 (20 f.).
- 35 Zum Inhalt und der Selbstdefinitionsbefugnis und -zuständigkeit des (jeweiligen) religiösen Akteurs von *Campenhausen/de Wall* (o. Fn. 31), § 15 Rdn. 17 ff.; *Peter Unruh*, in: *Huber/Voßkuhle* (Hrsg.), GG-Kommentar, 8. Aufl., Bd. 3 (2024), Art. 140 GG/137 WRV Rdn. 26 ff.

- 36 Konstitutionen, Statuten u. a. m., die durch das Dikasterium für Ordensgemeinschaften und Säkularinstitute (ehedem: Ordenskongregation) gebilligt werden müssen. Zur ersten Orientierung dazu *Dominicus M. Meier*, Artikel ‚Eigenrecht‘, in: 100 Begriffe (o. Fn. 18), S. 150–155. Ferner *Bruno Primetshofer*, Ordensrecht, 4. Aufl. 2003, S. 25 f.
- 37 Dazu *Dominicus M. Meier*, Artikel ‚Profess‘, in: 100 Begriffe (o. Fn. 18), S. 369–374; *Primetshofer* (o. Fn. 36), S. 99 ff.
- 38 Hierzu *Primetshofer* (o. Fn. 36), S. 211 ff. Sowie *Rudolf Henseler/Dominicus M. Meier*, in: MKCIC, 45. Lfg. Dezember 2009/55. Lfg. Mai 2018, c. 667 Rdn. 1–11.
- 39 Gäbe es eine einfachgesetzliche Ausnahmeregelung, wäre dies kein für alle geltendes Gesetz. Es würde sich angesichts des Normcharakters der rechtlichen, religiös motivierten sektorspezifischen Begünstigung aber auch gar nicht mehr die Frage nach einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung einer Einschränkung ergeben können, da es an der Beschränkungslage fehlt.
- 40 Zur Dogmatik des Schrankenvorbehalts siehe *Unruh*, (o. Fn. 35), Art. 140 GG/137 WRV Rdn. 38 ff.; ferner *von Campenhessen/de Wall* (o. Fn. 31), § 15 Rdn. 34 ff.
- 41 Dazu und zur Auswirkung auf die Schrankenziehung siehe nur *Hans Michael Heinig*, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), GG-Kommentar, 8. Aufl., Bd. 1 (2024), Art. 4 Rdn. 38, 89 ff.
- 42 Vgl. BVerfGE 137, 273 (304 = Rz. 85, 312 Rz. 106).
- 43 Siehe neben den bereits erwähnten Stellen auch noch BVerfGE 137, 273 (319 f. = Rz. 125).
- 44 BVerfGE 137, 273 (314 = Rz. 110 a.E.).
- 45 Vgl. BVerfGE 137, 273 (335 = Rz. 163).
- 46 So etwa BSG, Urteil vom 6. August 1998 – B 3 P8/97 R –, BSGE 82, 252 (257, 259 f.).
- 47 *Michael Germann*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), GG-Kommentar, 3. Aufl. 2020, Art. 140 Rdn. 47 f.
- 48 BVerfGE 83, 343 (357 ff.).
- 49 BAG, Urteil vom 25. April 2023 – 9 AZR 253/22 – [ECLI:DE:BAG:2023:250423.U. 9AZR253.22.0], Rdn. 42.
- 50 Siehe BSG, Urteil vom 24. Mai 2006 – B 3 P 1/05 R –, SGb 2007, 359 (361 f. = Tz. 19).
- 51 *Felix Welti*, Urteilsanmerkung, SGb 2007, 362.
- 52 BVerfGE 24. 236 (246 ff.) – ständige Rechtsprechung.
- 53 Die negative Freiheitsoption, ggf. aus einem solchen Lebensverband wieder auszuscheiden, kann im vorliegenden Kontext außer Betracht bleiben.
- 54 *Maurer* (o. Fn. 4), § 79 Rn. 118.
- 55 *Maurer*, ebda.
- 56 *Maurer* (o. Fn. 4), § 79 Rn. 119.
- 57 Für eine wirkliche juristische Bewertung bedürfte es näherer Angaben, die aber nicht Gegenstand der vorliegenden Begutachtung sind.
- 58 Dem Verfasser sind zumindest keine gegenteiligen Aspekte bekannt.
- 59 *Igl* (o. Fn. 11), § 21 Rn. 94. Siehe auch *Plantholz*, in: LPK-SGB XI, § 74 Rn. 9.
- 60 Näher zu diesen Aspekten *Maurer* (o. Fn. 4), § 79 Rn. 119 ff.