



Heinrich Hanika

Robert Roßbruch

Europa und die Pflegequalifikationen in Deutschland – Die neue EG-Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (2. Teil)

■ Von Prof. Dr. iur. Heinrich Hanika und Rechtsanwalt Robert Roßbruch

V. Zur richtlinienkonformen Erweiterung der Berufsausbildung in Deutschland

1. Grundsätzliches

Im Jahr 2004 waren in Deutschland 1.822.000 Beschäftigte in den nicht akademischen Gesundheitsfachberufen tätig, davon insgesamt 1.006.000 ausgebildete Gesundheits- und Krankenpfleger/innen, Hebammen sowie Altenpfleger/innen, 78.000 Physiotherapeut/innen, 314.000 Arzthelfer/innen und 96.000 Medizinisch-technische Assistent/innen.¹

Die genannten Berufe gehören mit Ausnahme der Arzthelfer/innen zu den sogenannten »geregelten Berufen«. Die jeweiligen Ausbildungen in der Gesundheits- und Krankenpflege, der Physiotherapie etc. einschließlich der jeweiligen staatlichen Prüfung werden über eigene Berufsgesetze in der Gesetzgebungskompetenz des Bundes geregelt; das Berufsbildungsgesetz findet explizit keine Anwendung.

Die Alten-, Gesundheits- und Krankenpflege, die größte Berufsgruppe im deutschen Gesundheitswesen, steht vor einem enormen Entwicklungsbedarf. Um auf die sich ändernden Anforderungen einer alternden Gesellschaft, auf die Zunahme chronischer Erkrankungen sowie auf die Fortschritte in der Medizin und Pflegewissenschaft adäquat reagieren zu können, sind neben dem wissenschaftsbasierten Fachwissen im Sinne des »Evidence Based Nursing« Kommunikations-, Management- und Führungskompetenz zwingend nötig. Dies haben 22 von 25 EU-Mitgliedsstaaten (Stand: 31.12.2006; siehe die unten stehende Grafik) – zum Teil schon seit langem – erkannt und die berufliche Ausbildung auf die Ebene der akademischen Ausbildung (Hochschulen bzw. Universitäten) verlagert.

Dagegen beruht in Deutschland noch heute die Kernaufgabe der Pflege, nämlich die Pflege des Patienten/Pflegebedürftigen, überwiegend auf gewachsenen Strukturen, auf Erfahrung – nicht auf wissenschaftlichen Erkenntnissen. Zwar ist auch im neuen Krankenpflegegesetz ein »eigenverantwortlicher Tätigkeitsbereich« der Pflege verankert, der fundiertes, wissenschaftlich begründetes Wissen innerhalb der Berufsgruppe voraussetzt, doch zeichnet sich immer mehr ab, dass eine effektive Etablierung wissenschaftsbasierten Fachwissens neben der Verbesserung der traditionellen beruflichen Ausbildung nur durch den Aufbau berufsbefähigender Bachelor-Studiengänge im Berufsfeld Pflege gelingen kann.

Dabei besteht die primäre Aufgabe von akademisch ausgebildetem Pflegepersonal nicht darin, die Ärzte zu entlasten – dies mag mit der hier skizzierten Entwicklung einhergehen – und erst recht nicht darin, das nicht akademisch ausgebildete Pflegepersonal zu verdrängen. Im Gegenteil, ihr Tätigkeitsfeld umfasst den Wissenstransfer und die Fortbildung des examinierten Pflegepersonals, die Führungs- und Planungsaufgaben in Kliniken, Pflegeheimen und Pflegediensten und die Forschung über die Wirksamkeit von Pflegemethoden, um evidenzbasierte Pflege leisten zu können. Um diese Aufgaben in den kommenden Jahren und Jahrzehnten adäquat bewältigen zu können, sollten mittelfristig etwa zehn Prozent des Pflegepersonals eine Hochschulbildung absolviert haben.

Die grundständig primärqualifizierenden Pflegestudiengänge in den EU-Mitgliedsstaaten erfüllen die EU-Richtlinie in der Weise, dass sie einen Gesamtumfang der praktischen Ausbildung von 2.300 Stunden beinhalten und einen Gesamtstundenumfang der theoretischen Ausbildung sowie des praktischen Unterrichts von ebenfalls mindestens 2.300 Stunden. Den Absolvent/innen dieser grund-

¹ Statistisches Bundesamt 2005, Stand: 02.01.2006.

ständig primärqualifizierenden Pflegestudiengänge eröffnet sich sowohl die Möglichkeit der **Berufsausbildung** europaweit als auch die Möglichkeit einer **akademischen Karriere**.

Absolvent/innen bundesdeutscher grundständiger generalistischer Pflegestudiengänge haben vergleichbare Chance nur, wenn sie zudem eine abgeschlossene Berufsausbildung in der Gesundheits- und Krankenpflege/Gesundheits- und Kinderkrankenpflege absolviert haben. Dies bedeutet, dass den Absolvent/innen bundesdeutscher grundständiger generalistischer Pflegestudiengänge in Deutschland weite Bereiche des Berufsfeldes Pflege verbaut sind, da sie die Berufsbezeichnung »Gesundheits- und Krankenpfleger/in« oder »Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/in« nicht führen dürfen, weil nach herrschender Meinung die Erlaubnis zur Führung dieser Berufsbezeichnungen nur dann erteilt werden kann, wenn eine berufliche Ausbildung im Sinne des Krankenpflegegesetzes gegeben ist.²

Aber auch in der Europäischen Union sind die Absolvent/innen bundesdeutscher grundständiger generalistischer Pflegestudiengänge benachteiligt, da sie auch in den EU-Mitgliedsstaaten den Pflegeberuf nicht ausüben dürfen. Denn gemäß der Richtlinie 2005/36/EG schließt die automatische Anerkennung von **Berufsqualifikationen** auch die wechselseitige Anerkennung von **Berufsbezeichnungen** mit ein.³ So heißt es in der Begründung der Richtlinie: »Es ist angezeigt, zur Erleichterung des freien Dienstleistungsverkehrs besondere Vorschriften zu erlassen, durch die die Möglichkeiten zur Ausübung beruflicher Tätigkeiten unter der im Herkunftsmitgliedstaat erworbenen Berufsbezeichnung erweitert werden.«⁴ Dies bedeutet, dass ein direkter Zugang der Angehörigen der betreffenden Berufsgruppe zu den jeweiligen Berufen im EU-Ausland nur dann möglich ist, wenn diese eine im Herkunftsland anerkannte Berufsbezeichnung besitzen.

Die nicht vorhandene Anerkennung der Hochschulabsolvent/innen eines grundständigen generalistischen Pflegestudienganges, sich als »Gesundheits- und Krankenpfleger/in« oder »Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/in« bezeichnen zu kön-

nen führt somit zu massiven Wettbewerbsnachteilen sowohl auf dem deutschen als auch auf dem europäischen Arbeitsmarkt.

Diese eindeutige Benachteiligung von Absolvent/innen bundesdeutscher grundständiger generalistischer Pflegestudiengänge widerspricht in eklatanter Weise Sinn und Zweck der Richtlinie über die automatische Anerkennung von Berufsqualifikationen und der Handhabung des Anerkennungssystems, der vor allem darin besteht, im Sinne der Lissabonner Strategie die Arbeits- und Dienstleistungsmärkte in der EU zu flexibilisieren und hierdurch eine Erleichterung der Dienstleistungserbringung zu ermöglichen.

2. Die bundesdeutsche Pflegeausbildung im Vergleich mit dem außereuropäischen, europäischen und insbesondere mit dem EU-Ausland

Wie bereits oben angedeutet bildet Deutschland im Hinblick auf die akademische Pflegeausbildung⁵ und die sich aus dem Krankenpflegegesetz⁶ ergebenden Handlungskompetenzen im EU-Vergleich zusammen mit Österreich und Luxemburg das Schlusslicht. In den übrigen EU-Mitgliedsstaaten hat sich die Berufsqualifizierung auf Hochschul- bzw. Universitätsebene und zwar überwiegend als einzige Ausbildungsmöglichkeit im Berufsfeld Pflege etabliert.

Auch im außereuropäischen Ausland ist die akademische Pflegeausbildung längst eingeführt. So wurde an der Universität von Minnesota bereits im Jahr 1910 der erste eigenständige Studiengang eingerichtet, der mit dem akademischen Grad des Bachelor of Science in Nursing abschloss. Das erste Promotionsstudium speziell für Krankenschwestern bot das Teachers College an der Columbia University in New York im Jahr 1923 an.

In den EU-Mitgliedsstaaten kommt Großbritannien die Pionierrolle in der Entwicklung der akademischen Pflegeausbildung und Forschung zu. 1956 wurde in Edinburgh der erste Studiengang zur Grundausbildung in der Pflege an der sozialwissenschaftlichen Fakultät etabliert. Aber auch in den neuen EU-Mitgliedsstaaten in Osteuropa kam es bereits in den 1960er Jahren zu einer Akademisierung der Pflege, u. a. in Prag und in Lublin.

2 Siehe hierzu auch A. Grewe, *Harmonisierung der Pflegeausbildung in Europa durch Integration grundständiger generalistischer Pflegestudiengänge in der Bundesrepublik, Fulda 2000, unveröffentlichtes Manuskript.*

3 A. Grewe, a. a. O.

4 Richtlinie 2005/36/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 07.09.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, in: *Amtsblatt der Europäischen Union vom 30.09.2005, L 255/22, Ziff. 4.*

5 Unter dem Begriff »akademische Pflegeausbildung« wird im Folgenden ein grundständig primärqualifizierendes Hochschulstudium verstanden.

6 Im Folgenden wird nur auf die Gesundheits- und Krankenpflege und damit auf das Krankenpflegegesetz und nicht auf die Altenpflege Bezug genommen, da die deutsche Berufsqualifikation zum/zur Altepfleger/in ausschließlich in Deutschland üblich und eine bedingte berufliche Anerkennung in anderen EU-Mitgliedsstaaten nicht gelungen ist.

Im Übrigen wird auf die unten stehende Grafik verwiesen, anhand derer erkennbar ist, dass in 22 von 25 EU-Mitgliedsstaaten (Stand: 31.12.2006) eine akademische Erstausbildung – in einigen wenigen Fällen parallel zu einer nichtakademischen Pflegeausbildung – die Regel ist.

Auch ein Blick in andere europäische Staaten, die nicht der Europäischen Union angehören, wie z. B. die Schweiz, zeigt, dass auch dort, mit Ausnahme der Westschweiz, in der die Erstausbildung in der Pflege ausschließlich an der Fachhochschule erworben werden kann, sowohl eine berufliche Ausbildung an höheren Fachschulen mit dem Diplomabschluss als auch ein Fachhochschulstudium mit dem Bachelor-Abschluss als gleichwertige Berufsabschlüsse anerkannt sind und dazu berechtigen, den Beruf der diplomierten Pflegefachfrau auszuüben. Mit der Anerkennung beider Abschlüsse gewährleistet die Schweiz nach eigenen Aussagen die Durchlässigkeit des Systems und ermöglicht so die Rekrutierung aller jungen Menschen, die den Berufswunsch Pflege haben.

In Deutschland entwickelte sich erst im Rahmen der Wiedervereinigung ab 1989 eine flächendeckende akademische Ausbildung mit derzeit weit über fünfzig pflegeorientierten Studiengängen. Allerdings waren diese Studiengänge nicht als grundständige primärqualifizierende Pflegestudiengänge konzipiert, sondern waren und sind Studiengänge in den Bereichen Pflegewissenschaft, Pflegemanagement und Pflegepädagogik, die als Zugangsberechtigung eine einschlägige abgeschlossene Berufsausbildung in einem der anerkannten Pflegeberufe voraussetzen.

Erst ab 1993 wurden zunächst an den beiden Hochschulen in Frankfurt und Fulda und an der Ev. FH Darmstadt grundständige generalistische Pflegestudiengänge eingerichtet. Es folgten die Hochschule in Hamburg, die FH Neubrandenburg, die FH Zwickau sowie die Ev. FH Berlin. Diese sieben grundständigen generalistischen Pflegestudiengänge verfolgen bildungspolitisch innerhalb der Bundesrepublik mit ihrer neuen systemischen, strukturellen und curricular-inhaltlichen Ausrichtung eine Angleichung der Pflegeausbildung an den EU-Standard, nämlich die Berufsqualifikation auf Hochschulebene.⁷ Der erfolgreiche Abschluss dieser grundständigen generalistischen Studiengänge führt jedoch – wie bereits oben dargelegt – nicht zur Erlaubnis der Führung der Berufsbezeich-

nung »Gesundheits- und Krankenpfleger/in« oder »Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/in«, so dass den Absolvent/innen dieser Pflegestudiengänge weite Berufsfelder auf dem in- und ausländischen Arbeitsmarkt Pflege verschlossen sind. Auch die an der Hochschule Fulda und an der Evangelischen Fachhochschule Berlin neu konzipierten Bachelor-Studiengänge Pflege können diesem Manko nicht abhelfen. Dies liegt zum einen an dem Umstand, dass diese Pflegestudiengänge aufgrund ihrer derzeitigen strukturellen und curricular-inhaltlichen Ausrichtung die Voraussetzungen des Krankenpflegegesetzes nicht erfüllen. So findet innerhalb der grundständigen generalistischen Pflegestudiengänge weder eine dem Krankenpflegegesetz genügende praktische Ausbildung in Form von Praktika noch eine am Krankenpflegegesetz ausgerichtete staatliche Prüfung statt. Aus diesem Grund bietet die Evangelische Fachhochschule Berlin für ihre Studierenden parallel zum Studium eine dreijährige berufliche Ausbildung mit Ablegung des Examens an einer staatlich anerkannten Ausbildungseinrichtung an, während die Hochschule Fulda nach Abschluss des Bachelor-Studiengangs noch eine einjährige Berufsausbildung an einer traditionellen Krankenpflegeschule mit anschließendem Examen anbietet. Zum anderen – und dies ist der entscheidende Faktor – scheidet die Anerkennung des Abschlusses eines grundständigen generalistischen Pflegestudienganges zur Führung der Berufsbezeichnung »Gesundheits- und Krankenpfleger/in« oder »Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/in« an dem erklärten berufs- und bildungspolitischen Willen des Bundesministeriums für Gesundheit, unterstützt durch die Deutsche Krankenhausgesellschaft und die Bundesärztekammer, dass bei den Pflegeberufen im Prinzip – mit Ausnahme von einigen ökonomisch und versorgungspolitisch motivierten graduellen Modifikationen – auch künftig alles so bleiben soll wie es ist. So behauptet u. a. das Bundesministerium für Gesundheit, dass es einer Akademisierung der Pflege auch aus europarechtlichen Gründen nicht bedarf. Diese Rechtsauffassung ist bereits aus verfassungs- und europarechtlichen Gründen, wie nachfolgend noch aufzuzeigen sein wird, schon zweifelhaft, aus Gründen der Heranführung und Angleichung bundesdeutscher Pflegeausbildung an das europäische Niveau und aus Gründen gleicher Chancen auf dem europäischen Arbeitsmarkt muss eine solche Position jedoch als unverantwortlich angesehen werden.

⁷ Vgl. A. Grewe, *Harmonisierung der Pflegeausbildung in Europa durch Integration grundständiger generalistischer Pflegestudiengänge in der Bundesrepublik, Fulda 2000, unveröffentlichtes Manuskript.*

Pflegeausbildung in der EU ⁸						
Land	Zugangsvoraussetzungen		Status der Lernenden	System der Ausbildung		
	Alter	Allg. Schulabschluss		Dauer/Jahre	Verortung	Abschluss
Belgien	18	12 Jahre	Student Azubi	4 3	Fachhochschule Berufsschule	Diplom (FH) Berufsdiplom
Dänemark		12 Jahre	Student	4	Fachhochschule	Diplom (FH)
Deutschland		10 Jahre	Azubi	3	Krankenpflegeschule Berufsfachschule	Examen
Estland		12 Jahre	Student	3,5	Universität	Bachelor of Nursing
Finnland			Student	3,5	Universität	Bachelor of Nursing
Frankreich		12 Jahre	Student	3	Akademie	Berufsdiplom
Griechenland		12 Jahre	Student	4	Universität	Bachelor of Nursing
Großbritannien	17,5	12 Jahre	Student	3	Universität/College	Diploma in Higher Education
England Nord-Irland Schottland Wales				4		Bachelor of Nursing
Irland (Republik)		13 Jahre	Student	3	Universität/College	Bachelor of Nursing
Italien		12 Jahre	Student	3	Universität	Bachelor of Nursing
Lettland		12 Jahre	Student	3	Universität	Bachelor of Nursing
Litauen		12 Jahre	Student	3	Universität	Bachelor of Nursing
Luxemburg		10 Jahre	Schüler	3	Technisches Lyzeum	Berufsdiplom und Abitur
Malta		12 Jahre	Student	4	Universität/College	Universitätsdiplom
Niederlande	17	12 Jahre	Student Azubi	4	Fachhochschule Berufsschule	Bachelor of Nursing Berufsdiplom
Österreich	17	10 Jahre	Schüler	3	Krankenpflegeschule als BMS	Berufsdiplom Berufsreifeprüfung
Polen		12 Jahre	Student	4	Universität	Bachelor of Nursing
Portugal		12 Jahre	Student	4	Universität	Bachelor of Nursing
Schweden		12 Jahre	Student	3	Universität/College	Universitätsdiplom Berufsdiplom
Slowakien		12 Jahre	Student	3	Universität	Bachelor of Nursing
Slowenien		12 Jahre	Student	3	Universität	Bachelor of Nursing
Spanien		12 Jahre	Student	3	Universität/College	Universitätsdiplom
Tschechien		12 Jahre	Student	4	Universität	Bachelor of Nursing
Ungarn	18	12 Jahre	Student	3 bzw. 4	Universität	Bachelor of Nursing oder Berufsdiplom
Zypern		12 Jahre	Student	3,25	Universität	Bachelor of Nursing

8 Da noch keine verifizierten Daten der beiden neuen EU-Mitgliedsstaaten Bulgarien und Rumänien vorliegen, beinhaltet die vorliegende Grafik nur die Daten der ehemals 25 Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.

3. Zur Möglichkeit über einen grundständigen primärqualifizierenden Pflegestudiengang auch die Erlaubnis zur Führung der einschlägigen Berufsbezeichnungen zu erwerben

Der Bologna-Prozess stellt grundständig primärqualifizierende Studiengangskonzepte für Pflegeberufe vor Herausforderungen, die sowohl die europäische Passfähigkeit als auch die berufsrechtliche Verortung in Deutschland, insbesondere unter dem Aspekt der »Berufsbefähigung« betreffen. Die Diskrepanz zwischen der europäischen und der bundesdeutschen Ausbildung in den Pflegeberufen könnte jedoch größer nicht sein:

- Europaweit findet die Ausbildung für geregelte Gesundheitsfachberufe, wie Pflege, Physiotherapie etc. überwiegend im tertiären Bereich statt.
- Mit dem Bachelor-Abschluss wird in fast allen EU-Mitgliedsstaaten die Berufsbefähigung und, damit gekoppelt, die Erlaubnis zur Ausübung des jeweiligen geregelten Berufes erworben.
- In Deutschland erfolgt die Ausbildung in den Pflegeberufen überwiegend an Krankenpflege-, Kinderkrankenpflege- und Altenpflegeschulen gemäß dem Krankenpflegegesetz bzw. Altenpflegegesetz statt.⁹

Zunächst ist festzustellen, dass die Richtlinien 2005/36/EG nicht danach unterscheidet, an welcher Institution die entsprechende Berufsqualifizierung erworben wird. So sind schulische Ausbildungen, die zur Erlaubnis der Führung der in der Richtlinie 2005/36/EG genannten Berufsbezeichnung führen, in der staatenübergreifenden Anerkennung hochschulischer Ausbildungen, die mit der Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung einhergehen, gleichwertig. In den europäischen Mitgliedsstaaten, die die Pflegeausbildung vollständig in den tertiären Sektor überführt haben (z. B. Dänemark, Estland, Finnland, Griechenland, Irland, Italien, Lettland, Litauen, Polen, Portugal, Tschechien etc.) entsprechen die Bachelor-Studiengänge ebenfalls den o. g. Richtlinien und Übereinkommen, so dass der erfolgreiche Abschluss des Studiums nicht nur zur Erlangung des ersten akademischen Grades führt, sondern auch die Erlaubnis zur Führung der entsprechenden Berufsbezeichnung einschließt.

In Deutschland ist nach wohl herrschender Meinung ein grundständiger primärqualifizierender Pflegestudiengang aus berufsrechtlichen Gründen

9 Siehe Fachhochschule Fulda, Pädagogik für Pflege- und Gesundheitsberufe Master of Arts (M.A.): www.hrk.de/bologna/de/download/dateien/Fulda_FH_Kassel_U_Handout.pdf

nicht möglich,¹⁰ so dass die derzeit angebotenen Pflegestudiengänge (siehe u. a. Hochschule Fulda und Evangelische Fachhochschule Berlin) neben dem Bachelor-Abschluss nicht zur einer ebenfalls angestrebten Berufsbezeichnung führen. Dies führt zu der paradoxen Situation, dass die Absolvent/innen berufsbefähigender Pflegestudiengänge in der ambulanten und stationären Pflege lediglich als Pflegehelfer/innen arbeiten dürfen.¹¹ Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass zwar das Krankenpflegegesetz nur die Berufsbezeichnung unter besonderen staatlichen Schutz stellt, dass aber die Ausübung der Pflgetätigkeit als solche hierdurch mittelbar ebenfalls einen Schutz erfährt. Auch nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 24.10.2002 stellen Vorschriften über den Schutz der Berufsbezeichnung eine Berufszulassungsregelung dar.¹²

Aufgrund dieser herrschenden Rechtsauffassung und unter Zugrundelegung des § 6 KrPflG sieht beispielsweise die Konzeption des Pflegestudienganges an der Hochschule Fulda eine Kombination mit einem sich an das Studium anschließenden berufspraktischen Ausbildungsjahr vor, das in Verantwortung einer Krankenpflegeschule abgeleistet wird. Auf diese Weise werden die Voraussetzungen zur Ableistung der staatlichen Prüfung in der Gesundheits- und Krankenpflege erfüllt und innerhalb einer Gesamtausbildungszeit von vier Jahren sowohl die Berufsbezeichnung »Gesundheits- und Krankenpfleger/in« als auch der akademische Grad »Bachelor of Science« erworben.¹³

Nach der herrschenden Auffassung kommen somit der Konzeption grundständiger primärqualifizierender Bachelor-Studiengänge im Berufsfeld Pflege folgenden drei Gesichtspunkten zentrale Bedeutung zu:

- Der Schutz der Berufsbezeichnungen »Gesundheits- und Krankenpfleger/in« oder »Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/in« durch das Krankenpflegegesetz.

10 Siehe das u. a. Schreiben des BMG an die Obersten Landesgesundheitsbehörden vom 27.03.2001, S. 2 sowie Storsberg/Neumann/Neiheiser, Krankenpflegegesetz, Kommentar, 6. vollständig überarbeitete Aufl. Stuttgart 2006, S. 82.

11 Vgl. Grewe, A./Stahl, S.: Zukunft aus der Geschichte? Die Beharrlichkeit einer Professionalisierungsidee als konstitutives Element von Hochschulbildungskonzepten für die Pflege. In: Bollinger, H.; Gerlach, A.; Pfadenhauer, M. (Hrsg.): Gesundheitsberufe im Wandel. Soziologische Betrachtungen und Interpretationen, Frankfurt 2005, S. 55–69.

12 BVerfG, PflR 2002, 449 ff m. Anm. Roßbruch, S. 476 f.; Vgl. auch Storsberg/Neumann/Neiheiser, Krankenpflegegesetz, Kommentar, 6. vollständig überarbeitete Aufl. Stuttgart 2006, S. 59.

13 Siehe Fachhochschule Fulda, Pädagogik für Pflege- und Gesundheitsberufe Master of Arts (M.A.): www.hrk.de/bologna/de/download/dateien/Fulda_FH_Kassel_U_Handout.pdf.

- Die Einschränkung der Anrechenbarkeit »anderer gleichwertiger Ausbildungen«, also auch der eines Studiums, auf die jeweilige Berufsausbildung. Sie beträgt für alle genannten dreijährigen Ausbildungen maximal zwei Jahre (vgl. § 6 KrPflG).
- Die Notwendigkeit der Zahlung einer Ausbildungsvergütung.

Im Folgenden wird die herrschende Meinung, dass ein grundständiger primärqualifizierender Pflegestudiengang aus berufsrechtlichen Gründen nicht möglich ist, einer kritischen Prüfung unterzogen. Insbesondere wird dabei der Rechtsfrage nachgegangen, ob unter bestimmten Voraussetzungen auch durch den Abschluss eines berufsbefähigenden Bachelor-Pflegestudiengangs die Erlaubnis zur Führung einer einschlägigen Berufsbezeichnung erworben werden kann.

Zentraler Ausgangspunkt für die folgenden Überlegungen ist die Modellklausel des § 4 Abs. 6 KrPflG. Denn in Auslegung der Modellklausel des § 4 Abs. 6 KrPflG ist die hier entscheidende Rechtsfrage zu thematisieren, ob die Modellklausel auch eine Erprobung von Ausbildungen an Hochschulen zulässt. Storsberg/Neumann/Neiheiser kommen in Beantwortung dieser Frage zunächst zu der zutreffenden Feststellung, dass eine Erörterung dieser Frage während des Gesetzgebungsverfahrens nicht stattgefunden hat. Des Weiteren führen sie aus:

*»Selbst wenn man bei weiter Auslegung des Wortlauts dieses grundsätzlich in Betracht ziehen würde, wäre eine solche Erprobung kaum praktikabel. Zum einen erlaubt die Modellklausel nicht, die Ausbildung in anderer Form als durch **theoretischen und praktischen Unterricht** sowie eine **praktische Ausbildung** zu vermitteln. Diese Ausbildungsformen entsprechen dem bisherigen Fachschulsystem, so dass die Hochschulen in der Regel mindestens Kooperationen mit Fachschulen und Krankenhäusern eingehen müssten. Zum Zweiten haben auch die Hochschulen die **Vorgabe des EU-Rechts sicherzustellen**. Drittens ist darauf hinzuweisen, dass ein Verzicht auf die Zahlung von Ausbildungsvergütung nicht möglich ist. Dieser Anspruch besteht auch innerhalb eines Modellvorhabens unverändert fort und wäre von der Fachhochschule zu erfüllen.«¹⁴*

Diese Ausführungen, die fast wörtlich dem Schreiben des Bundesministeriums für Gesundheit vom 27.03.2001 an die Obersten Landesgesundheitsbehörden entnommen sind, begegnen zum Teil erheblichen Zweifeln und halten – wie dies nachfol-

14 Storsberg/Neumann/Neiheiser, Krankenpflegegesetz, Kommentar, 6. vollständig überarbeitete Aufl., Stuttgart 2006, S. 82.

gend belegt werden soll – im Ergebnis einer kritischen Überprüfung nicht stand.

Zunächst ist festzuhalten, dass sowohl das Bundesministerium für Gesundheit¹⁵ als auch Storsberg et. al.¹⁶ die Möglichkeit der Erprobung einer grundständig primärqualifizierenden Hochschulausbildung im Rahmen einer weiten Auslegung des § 4 Abs. 6 KrPflG nicht prinzipiell ausschließen. Sie halten eine solche Erprobung jedoch für kaum praktikabel, weil die Hochschulen die Voraussetzungen – als da sind:

- die Vermittlung eines adäquaten theoretischen und praktischen Unterricht sowie die Sicherstellung der praktischen Ausbildung,
- die Einhaltung der Vorgaben der EU-Richtlinien und
- die Zahlung einer Ausbildungsvergütung –

hierfür nicht erfüllten.

Ich stimme hinsichtlich der beiden ersten Punkte Storsberg et. al. insofern zu, als in der Tat die Hochschulen diese beiden ersten Voraussetzungen zu erfüllen haben. Der Behauptung, dass auf die Zahlung einer Ausbildungsvergütung nicht verzichtet werden kann, muss jedoch widersprochen werden. Im Einzelnen:

a) Theoretischer und praktischer Unterricht sowie praktische Ausbildung

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 KrPflG ist die Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnungen »Gesundheits- und Krankenpfleger/in« oder »Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/in« (§ 1 Abs. 1 KrPflG) zu erteilen, wenn der/die Antragsteller/in die **vorgeschriebene Ausbildungszeit** abgeleistet und die **staatliche Prüfung** bestanden hat.

aa) Vorgeschriebene Ausbildungszeit

Gemäß § 4 Abs. 1 KrPflG dauert die Ausbildung in Vollzeitform drei Jahre, in Teilzeitform höchstens fünf Jahre. Diese Voraussetzung erfüllen die Hochschulen regelmäßig durch ihre Bachelor-Studiengänge von mindestens sechs Semestern. Es dürfte wohl unbestritten sein, dass eine Hochschule, die einen grundständigen primärqualifizierenden Studiengang Pflege anbietet, die Anforderungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 KrPflAPrV an den theoretischen und praktischen Unterricht sowohl qualitativ als auch quantitativ regelmäßig erfüllen wird. Fraglich ist lediglich, ob sie auch die zu erbringende prakti-

15 Schreiben an die Obersten Landesgesundheitsbehörden vom 27.03.2001, S. 2.

16 Storsberg/Neumann/Neiheiser, Krankenpflegegesetz, Kommentar, 6. vollständig überarbeitete Aufl., Stuttgart 2006, S. 82.

sche Ausbildung in Höhe von 2.500 Stunden erfüllt. Dies ist zwar derzeit an keiner Hochschule erfüllt, stellt jedoch kein grundsätzliches Hindernis dar. So erbringen beispielsweise die Studierenden des Studiengangs Pflege an der Hochschule Fulda im Rahmen ihres Studiums eine praktische Ausbildungszeit an diversen Einrichtungen des Gesundheitswesens von derzeit 1.232 Stunden. Mit Erhöhung der Semesterzahl von sechs auf acht Semester wäre es beispielsweise für die Hochschule Fulda ein leichtes, aufgrund der bestehenden Kooperationsverträge mit Einrichtungen des Gesundheitswesens die Stundenanzahl der praktischen Ausbildung auf 2.500 Stunden zu erhöhen. Dabei wird nicht zwingend vorausgesetzt, dass die praktische Ausbildung im Rahmen eines Ausbildungsverhältnisses zu erbringen ist. Sie muss gemäß § 4 Abs. 2 Satz 3 KrPflG lediglich an einem Krankenhaus oder mehreren Krankenhäusern und ambulanten Pflegeeinrichtungen sowie weiteren geeigneten Einrichtungen erfolgen. Die praktische Ausbildung kann somit auch in Form entsprechend konzipierter Praktika erbracht werden. Dies geschieht heute schon durch entsprechende Kooperationsverträge zwischen den einzelnen Hochschulen mit Pflegestudiengängen und Einrichtungen im Sinne des § 4 Abs. 2 Satz 3 KrPflG.

Damit sind die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 KrPflAPrV erfüllt.

bb) Staatlich anerkannte Schulen

Gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 KrPflG ist der Unterricht in staatlich anerkannten Schulen an Krankenhäusern oder in staatlich anerkannten Schulen, die mit Krankenhäusern verbunden sind, zu vermitteln. Diese Rechtsvorschrift stellt unzweifelhaft ein Hindernis für ein grundständig primärqualifizierendes Hochschulstudium dar. Dieses Hindernis wird jedoch ausdrücklich durch den § 4 Abs. 6 KrPflG (sog. **Modellklausel**) genommen. Denn danach können die Länder zum Zwecke der Erprobung von zeitlich befristeten Ausbildungsangeboten, die der Weiterentwicklung der Pflegeberufe dienen sollen, von Absatz 2 Satz 1 sowie von der Ausbildungs- und Prüfungsverordnung nach § 8 KrPflG abweichen, sofern das Ausbildungsziel nicht gefährdet und die Vereinbarkeit der Ausbildung mit den Richtlinien 77/452/EWG und 77/453/EWG, nunmehr Richtlinie 2005/36/EG, gewährleistet ist.

Es ist zwar zutreffend, dass eine Erörterung der Frage, ob mit der Modellklausel auch eine Erprobung von Ausbildungsangeboten an Hochschulen ermöglicht werden sollte, während des Gesetzgebungsverfahrens nicht stattgefunden hat. Doch kann aufgrund der Nichterörterung dieser Frage

nicht geschlussfolgert werden, dass eine Erprobung der Ausbildung an Hochschulen prinzipiell unmöglich ist. Man wird im Gegenteil durch den bewusst weit gefassten Wortlaut des § 4 Abs. 6 KrPflG zu dem Ergebnis kommen müssen, dass auch eine Erprobung der Ausbildung an Hochschulen prinzipiell möglich ist.

cc) Staatliche Prüfung

Die »Verlagerung« der staatlichen Prüfung in den Hochschulbereich ist grundsätzlich möglich, da, wie noch unten aufzuzeigen sein wird, die Voraussetzungen der §§ 9 bis 18 KrPflG für die Ausbildung im Rahmen eines Hochschulstudiums nicht greifen und somit die vom Bundesministerium für Gesundheit behauptete zwingende Verpflichtung zur Zahlung einer Ausbildungsvergütung nicht gegeben ist.

b) Einhaltung der Vorgaben der EU-Richtlinien

Die im Schreiben des Bundesministeriums vom 27.03.2001 enthaltene Auffassung, dass die Vorgaben der EU-Richtlinien zu erfüllen sind, könnte man zunächst mit der ironischen Feststellung kommentieren, dass es gerade die Hochschulen sind, die nicht nur die Vorgaben der neuen Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.09.2005 erfüllen können, sondern dass durch diese überhaupt erst eine Angleichung an die hochschulgeprägte Ausbildung der Pflege der meisten EU-Mitgliedsstaaten erreicht werden kann.

Im Übrigen kann dem Bundesministerium für Gesundheit zugestimmt werden, wenn dieses feststellt, dass bei der Prüfung von Anträgen zur modellhaften Erprobung grundständig primärqualifizierender Pflegestudiengänge darauf zu achten ist, dass vorgeschriebene Anteile von theoretischer und praktischer Ausbildung sowie die sich hierauf zu beziehende staatliche Prüfung sicherzustellen sind (siehe hierzu die bereits oben vorgenommenen Ausführungen).

c) Zahlung der Ausbildungsvergütung

Die Auffassung des Bundesministeriums für Gesundheit¹⁷ sowie die entsprechende Ansicht von Storsberg et. al.¹⁸, dass auf die Zahlung einer Ausbildungsvergütung nicht verzichtet werden kann, ist schon deshalb unzutreffend, weil die Regelungen des gesamten Abschnitts 3 (Ausbildungsverhältnis, §§ 9 bis 18 KrPflG) des Krankenpflegegesetzes, also einschließlich der dort geregelten Ausbildungsver-

17 Schreiben an die Obersten Landesgesundheitsbehörden vom 27.03.2001, S. 2.

18 Storsberg/Neumann/Neiheiser, Krankenpflegegesetz, Kommentar, 6. vollständig überarbeitete Aufl., Stuttgart 2006, S. 82.

gütung, keine zwingende Voraussetzung zur Erteilung der Erlaubnis zum Führen von Berufsbezeichnungen im Sinne des § 1 Abs. 1 KrPflG darstellen.

Dies ergibt sich zum einen aus § 2 Abs. 1 Nr. 1 KrPflG. Danach ist als Voraussetzung für die Erteilung der Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnungen im Sinne des § 1 Abs. 1 KrPflG »lediglich« erforderlich, dass der/die Antragsteller/in

- die **vorgeschriebene Ausbildungszeit** abgeleistet und
- die **stattliche Prüfung** bestanden

hat. Zu diesen Voraussetzungen siehe die bereits oben vorgenommenen Ausführungen.

Zum anderen kann dies auch aus § 18 KrPflG hergeleitet werden. Danach finden die §§ 9 bis 17 KrPflG keine Anwendung auf Schülerinnen und Schüler, die Mitglieder geistlicher Gemeinschaften oder Diakonissen oder Diakonieschwestern sind. Diese haben somit trotz der Nichtanwendbarkeit des gesamten Abschnitts 3 des Krankenpflegegesetzes unter den Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung »Gesundheits- und Krankenpfleger/in« oder »Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/in«.

Darüber hinaus liegt durch die Ableistung von Praktika im Rahmen eines Hochschulstudiums kein Ausbildungsverhältnis im Sinne des Abschnitts 3 des Krankenpflegegesetzes vor, aus dem sich ein Vergütungsanspruch ergeben könnte. In Bezug auf das Berufsbildungsgesetz (BBiG) entspricht es herrschender Meinung, dass das in ein Studium integrierte Praktikantenverhältnis von § 19 BBiG nicht erfasst wird.¹⁹ Dies kann für die inhaltsgleichen Regelungen des Abschnitts 3 des Krankenpflegegesetzes nicht anders sein. Somit ist die Berufsbildung, soweit sie in berufsbildenden Schulen bzw. Hochschulen durchgeführt wird, welche den Schul- bzw. Hochschulgesetzen der Länder unterstehen, von den §§ 9 bis 18 KrPflG ausgenommen.

Zwischenergebnis: Aus all dem ergibt sich, dass bei einer weiten Auslegung der Modellklausel des § 4 Abs. 6 KrPflG und unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 KrPflG i. V. m. § 4 Abs. 1 und Abs. 2 KrPflG auch heute schon grundsätzlich primärqualifizierende Pflegestudiengänge

19 So für das Berufsbildungsgesetz LAG Hessen, Urt. v. 25.01.2001 – 3 Sa 1818/99; Sächsisches LAG, Urt. v. 30.09.2005 – 3 Sa 542/04; vgl. auch das einschlägige Schrifttum u. a. Wohlgemuth, Kommentar zum Berufsbildungsgesetz, § 19 Rdnr. 5; Gedon/Spiertz, Berufsbildungsrecht, § 19 Rdnr. 7–11.

möglich sind, die mit dem Bachelor-Abschluss sowohl zur **Berufsbefähigung** als auch zur Erlaubnis der Führung der **Berufsbezeichnung** »Gesundheits- und Krankenpfleger/in« oder »Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/in« und somit zur **Berufsausübung** führen.

4. Zur Problematik der Inländerdiskriminierung

a) Grundsätzliches

Die hier in Rede stehende Problematik kann jedoch nicht nur unter ausbildungsrechtlichen Gesichtspunkten betrachtet werden, sondern muss auch unter dem Aspekt der sogenannten **Inländerdiskriminierung**²⁰ kritisch hinterfragt werden.

Die Personenverkehrsfreiheiten und die Dienstleistungsfreiheit sind als **Diskriminierungsverbot** formuliert, daneben lässt auch die Warenverkehrsfreiheit auf ein Diskriminierungsverbot schließen. Danach dürfen Angehörige **anderer** Mitgliedsstaaten nicht aufgrund der Staatsangehörigkeit unterschiedlich, d. h. schlechter behandelt (Schlechterstellung von Inländern und EU-Ausländern) werden. Das gilt für offene wie auch für verdeckte Diskriminierungen.

Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV ist zu den speziellen Diskriminierungsverboten der Grundfreiheiten subsidiär. Sein Anwendungsbereich kann allerdings auch dann eröffnet sein, wenn die Grundfreiheiten zwar berührt, aber nicht konkret tatbestandlich einschlägig sind.

Das **Problem der Inländerdiskriminierung** ist Folge des unvollkommenen Binnenmarktes und der Tatsache, dass alle vier Grundfreiheiten (Personen-, Dienstleistungs-, Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit) an grenzüberschreitende Sachverhalte anknüpfen. Eine Inländerdiskriminierung liegt vor, wenn beispielsweise wegen der Personenverkehrsfreiheit oder der Dienstleistungsfreiheit EU-Ausländer in bestimmten Fällen von nationalen Maßnahmen ausgenommen werden müssen und auf diese Weise besser behandelt werden als Inländer, weil diesen die nationalen Rechtsvorschriften entgegengehalten werden dürfen.

20 Zur Inländerdiskriminierung in Deutschland und zur darüber geführten Debatte siehe im Einzelnen: Osterloh in: Sachs, Grundgesetz, 2. Aufl., Art. 3, Rdnr. 3, insbesondere Fußnote 124; ebenfalls und sehr ausführlich Schilling, Gleichheitssatz und Inländerdiskriminierung, JZ 1994, 8 ff, der in der Inländerdiskriminierung einen Verstoß gegen Artikel 3 GG sieht; in der Rechtsprechung: BGH, Beschluss vom 13.02.1995, AnwZ (B) 77/94, NJW-RR 1995, 888; BGH, Beschluss vom 18.09.1989, AnwZ (B) 24/89, NJW 1990, 108.

In der hier in Rede stehenden Thematik ist dies die Tatsache, dass eine beispielsweise in Polen, Tschechien, Belgien, oder Holland im Rahmen einer Fachhochschulausbildung oder universitären Ausbildung ausgebildete Pflegefachkraft sich in Deutschland als Gesundheits- und Krankenpfleger/in bezeichnen und als solche hier tätig werden darf, während dies einer Deutschen mit gleichem Studium und Abschluss z.B. »Bachelor of Nursing« oder »Bachelor of Science« nicht möglich ist, da nach herrschender Meinung das Krankenpflegegesetz eine berufliche Ausbildung erfordert, um sich als »Gesundheits- und Krankenpflegerin« bezeichnen zu können.

Aus der Sicht einer Absolventin des Studiengangs Pflege, die ihr Studium mit dem »Bachelor of Nursing« bzw. »Bachelor of Science« abgeschlossen hat, bedeutet das, dass sie in Deutschland schlechter behandelt wird als eine EU-Ausländerin mit gleichem bzw. vergleichbarem Studium und gleichem Abschluss; weil ihr eine Berufsausübung als »Gesundheits- und Krankenpflegerin« verboten ist, während dies einer EU-Ausländerin erlaubt ist.

Allgemein nennt man diesen Effekt Inländerdiskriminierung. Er ist eine Folge der Deutung der EU-Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote. Würde man die Grundfreiheiten nur als Diskriminierungsverbote deuten, könnte es zu diesem Effekt nicht kommen, denn dann könnten EU-Ausländer »nur« Gleichbehandlung mit Deutschen verlangen, aber nicht mehr. Zwar verlangt auch ein Beschränkungsverbot nicht, dass EU-Ausländer besser behandelt werden als Inländer. Da ein Beschränkungsverbot aber nur in grenzüberschreitenden Sachverhalten zur Anwendung gelangt und damit typischerweise Ausländern zugute kommt, räumt es nicht zu rechtfertigende Beschränkungen des nationalen Rechts nur bei grenzüberschreitenden Sachverhalten und damit typischerweise zu Gunsten von EU-Ausländern aus. Für Inländer bleibt die Beschränkung bestehen, weil sie sich auf Grundfreiheiten nicht berufen können. Der Anwendungsvorrang der EU-Grundfreiheiten räumt solche Beschränkungen nur selektiv aus zu Gunsten von Personen, die grenzüberschreitend tätig sind. Weil die Beschränkungen nur insoweit zurückgedrängt werden, verbleiben reine Inlandssachverhalte in ihrem – freiheitsbeschränkenden – Anwendungsbereich.

Das Diskriminierungsverbot des Art. 12 Abs. 1 EGV hilft gegen Inländerdiskriminierung nicht weiter. Selbst wenn man eine versteckte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit noch bejahen

würde, wäre aber für Inlandssachverhalte der Anwendungsbereich des Vertrages nicht eröffnet. Inländerdiskriminierungen beruhen darauf, dass der Vertrag nur einen begrenzten Anwendungsbereich hat und reine Inlandssachverhalte nicht erfasst. Gleiches gilt für die Grundfreiheiten als *leges speciales* zu Art. 12 Abs. 1 EGV.

Die Benachteiligung des nur in Deutschland Tätigen ist aber möglicherweise nach deutschem Verfassungsrecht problematisch, und diese Problematik würde sich dann in dem Maße steigern, wie Inländerdiskriminierungen von der statistischen Ausnahme zu einem häufiger vorkommenden Phänomen werden, was in Grenzregionen gut vorstellbar ist. Verfassungsrechtlich sind zwei Lösungsansätze denkbar, um das Problem in den Griff zu bekommen. Der eine Lösungsansatz ist **freiheitsgrundrechtlich** (Art. 12 Abs. 1 GG), der andere **gleichheitsgrundrechtlich** (Art. 3 Abs. 1 GG).

b) Der freiheitsgrundrechtliche Lösungsansatz gemäß Art. 12 Abs. 1 GG

Betrachtet man die in Rede stehende Problematik freiheitsgrundrechtlich, so erweist sich § 1 Abs. 1 KrPflG als Berufszulassungsregelung,²¹ die mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist, wenn sie verhältnismäßig ist. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung umfasst u. a. die Frage nach der Eignung der Vorschrift für den Zweck, die Patienten/Pflegebedürftigen vor nicht qualifizierter Pflege zu schützen. Diese Eignung wird in Frage gestellt, wenn EU-ausländische Pflegefachkräfte mit ausschließlichem Hochschulabschluss bzw. universitärem Abschluss z. B. die Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung »Gesundheits- und Krankenpfleger/innen« erhalten und eine entsprechende Tätigkeit in Deutschland ausüben dürfen. Solange EU-ausländische Pflegefachkräfte in Deutschland nur vereinzelt tätig sind, wird man hierin kein Problem sehen. Sobald aber eine arbeitsmarktrelevante Anzahl EU-ausländischer Pflegefachkräfte mit inländischen Pflegefachkräften auf dem heimischen Arbeitsmarkt konkurrieren (dies ist schon jetzt im polnischen, tschechischen und holländischen Grenzgebiet der Fall), ist das nicht mehr möglich. Denn es macht keinen Sinn mehr, beispielsweise im Bereich der ambulanten Pflege aus Gründen des Patientenschutzes ausschließlich auf einer Ausbildung im Rahmen eines Berufsausbildungsverhältnisses zu bestehen,

21 Nach dem Urteil des BVerfG, PflR 2002, 449 ff m. Anm. Roßbruch, S. 476 f. stellen Vorschriften über den Schutz der Berufsbezeichnung eine Berufszulassungsregelung dar, weil andere die Berufsbezeichnung regelnde Vorschriften, insbesondere im Bereich der Qualitätssicherung, auf die geschützte Berufsbezeichnung Bezug nehmen und die Berufsausübung denen vorbehalten ist, die diese Berufsbezeichnung führen dürfen.

wenn gleichzeitig tausende von EU-ausländischen Hochschulabsolventen/innen zu Recht als »Gesundheits- und Krankenpfleger/innen« in Deutschland tätig sein können. Die einseitige Ausrichtung der Ausbildung ausschließlich im Rahmen von Berufsausbildungsverhältnissen wird dann insgesamt hinfällig, für EU-ausländische Pflegefachkräfte wegen der Personenverkehrs-, Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit und ihres Anwendungsvorrangs, für inländische Pflegefachkräfte wegen Art. 12 Abs. 1 GG und der Unverhältnismäßigkeit eines auf sie beschränkten Berufsausübungsverbots.

b) Der gleichheitsgrundrechtliche Lösungsansatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG

Art. 3 Abs. 1 GG könnte verletzt sein, weil für die Ungleichbehandlung deutscher und EU-ausländischer Pflegefachkräfte, gemessen an dem Zweck der ausbildungsrechtlichen Vorschriften, kein sachlicher Grund angeführt werden kann. Für die betroffenen deutschen Pflegefachkräfte handelt es sich um den willkürlichen Effekt des begrenzten Anwendungsbereichs der EG-Grundfreiheiten. Dagegen lassen sich zwei Einwände vortragen.

Erster Einwand: Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG setzt eine Ungleichbehandlung durch denselben Normsetzer voraus. Der Gleichheitssatz findet im Verhältnis unterschiedlicher Normsetzer keine Anwendung. So liegt keine rechtlich relevante Ungleichbehandlung vor, wenn ein Bundesland im Rahmen seiner Kompetenz einen Sachverhalt so, ein anderes Bundesland, ebenfalls im Rahmen seiner Kompetenz, einen vergleichbaren Sachverhalt anders regelt, z. B. wenn ein Bundesland Studiengebühren erhebt, ein anderes nicht. Im vorliegenden Fall sind unterschiedliche Normsetzer beteiligt, weil für deutsche Pflegefachkräfte nur deutsches Recht zur Anwendung kommt, für EU-ausländische Pflegefachkräfte aber die Personenverkehrs-, Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit, die das deutsche Recht zurückdrängen.

Zweiter Einwand: Es liegt grundsätzlich im Ermessen des Gesetzgebers, wie eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung behoben wird. Der Gesetzgeber kann eine Begünstigung streichen oder auf die bisher von ihr Ausgeschlossenen ausdehnen. Beides stellt Gleichheit her. Diese Alternative gibt es in den Fällen der Inländerdiskriminierung für einen deutschen Gesetzgeber nicht, weil er über europäisches Gemeinschaftsrecht nicht disponieren kann. Er hat nur eine Regelungsoption, um Gleichheit herzustellen: Er müsste die Rechtslage für Inländer der Rechtslage für EU-Ausländer angleichen.

Beide Einwände kommen somit zu dem Ergebnis, dass die Inländerdiskriminierung verfassungskonform ist, weil es sich bei dem Europäischen Gemeinschaftsrecht und dem deutschen Verfassungsrecht um unterschiedliche Rechtskreise handele, welche in ihrer Interaktion nicht dem Gleichheitssatz unterworfen seien. Denn unterschiedlichen Hoheitsgewalten stehe es frei, gleiche Sachverhalte verschieden zu behandeln.²² Dies gelte auch bei einer Transformation von sekundärem Gemeinschaftsrecht in deutsches Recht.²³

Der österreichische Verfassungsgerichtshof (öVfGH) führt zu den oben dargestellten Einwänden zutreffend aus: »... bei diesen Überlegungen beachtet die Bundesregierung aber nicht ausreichend, dass ein österreichisches Gesetz, mit dem eine gemeinschaftsrechtliche Vorschrift ausgeführt und in österreichisches Recht umgesetzt wird, rechtlich doppelt bedingt ist.« Es ist, wie der Verfassungsgerichtshof zusammenfassend ausgeführt hat,²⁴ »in Lehre und Rechtsprechung unbestritten, dass der Gesetzgeber bei der Ausführung von Gemeinschaftsrecht jedenfalls insoweit an bundesverfassungsgesetzliche Vorgaben gebunden bleibt, als eine Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben durch diese nicht inhibiert wird. Der Gesetzgeber unterliegt in diesen Fällen also einer doppelten Bindung, nämlich einer Bindung an das Gemeinschaftsrecht und einer Bindung an den verfassungsgesetzlich gezogenen Rahmen.

Der Umstand, dass mit einer gesetzlichen Regelung gemeinschaftsrechtliches Richtlinienrecht umgesetzt werden soll, bildet für sich allein – lässt man den hier nicht vorliegenden (und in den Konsequenzen umstrittenen) Fall, dass die Umsetzung einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift zwingend eine Änderung österreichischen Verfassungsrechts erfordert, außer Betracht – keinesfalls einen ausreichenden Rechtfertigungsgrund für eine durch die Art der Umsetzung bewirkte Differenzierung.«²⁵

Aus dogmatischer Sicht ist an der Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs, der die Zustimmung nicht versagt werden kann, insbesondere bemerkenswert, dass der öVfGH ausdrücklich festhält, dass Rechtsakte, die EG-Recht umsetzen, »**doppelt bedingt**« sind.²⁶ Diese doppelte Bedingtheit bringt es folgerichtig auch mit sich, dass der Gesetzgeber in diesen Fällen einer doppelten Bindung unterliegt, nämlich einer »Bindung an das Gemein-

22 Vgl. Fastenrath, JZ 1987, 175; Papier, JZ 1999, 260; König AöR 118 (1993), 591, 599.

23 Vgl. Fastenrath, JZ 1987, 177.

24 Siehe VfSlg 15.106/1998 m. w.N., vgl. insbesondere auch Öhlinger/Potax, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht, 1998, S. 93, 107, 117.

25 öVfGH, Urf. v. 09.12.1999 – G 42/99 u. a., S. 17.

26 öVfGH, Urf. v. 09.12.1999 – G 42/99 u. a., S. 17.

schaftsrecht und einer Bindung an den verfassungsgesetzlich gezogenen Rahmen«.27

Der österreichische Verfassungsgerichtshof weist somit die in Deutschland zum Teil vertretene These der Nichtanwendung des Gleichheitssatzes wegen unterschiedlicher Rechtskreise und Hoheitsträger ausdrücklich zurück und nimmt explizit eine **verfassungsrechtliche Interdependenz** an.28

Interessanter als die obigen dogmatischen Überlegungen sind die Auswirkungen des Urteils auf die deutsche Rechtsordnung. So wird beispielsweise im Bereich des Handwerks ähnlich wie bis vor kurzem in Österreich gemäß § 9 HWO in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Nr. 1 EWG Handwerks-VO29 eine Ausnahmegenehmigung zur Ausübung eines Handwerkes ohne Meisterbrief nur dann erteilt, wenn die in der Verordnung vorgeschriebene Ausbildung/Berufsausübung im Ausland erfolgt ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat in einem ähnlichen Rechtsfall einen anderen Lösungsweg gewählt.30 Der Beschwerdeführer machte in dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt ebenfalls eine Verletzung des Europäischen Gemeinschaftsrechts geltend (und rügte wohl implizit auch die Verfassungswidrigkeit der Inländerdiskriminierung). Das Bundesverfassungsgericht prüfte die Verfassungsmäßigkeit der Inländerdiskriminierung (noch) nicht, sondern nahm vielmehr einen Verstoß gegen Artikel 12 Abs. 1 GG an, den die Untergerichte zu eng ausgelegt hätten. Die Frage, ob »die Anforderungen der Meisterprüfung angesichts geringerer Anforderungen an EU-Handwerker noch gerechtfertigt« seien, ließ das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich »offen«.

Allerdings neigt aus den vom österreichische Verfassungsgerichtshof dargestellten Gründen nunmehr auch in Deutschland eine zunehmend stärker werdende Meinung in der Literatur zur Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG in Fällen der Inländerdiskriminierung.31 Bei der Frage, ob es für die Beibehaltung der deutschen Berufsausübungsregelung rechtfertigende Gründe gibt, wird allerdings auch

die deutsche Rechtsetzungshoheit als Abwägungsfaktor zu berücksichtigen sein.

Wenn man die Argumentation des österreichischen Verfassungsgerichtshofs (in Bezug auf die Ausübung eines Handwerkes ohne Meisterbrief) auf Deutschland und auf die hier in Rede stehende Problematik (Tätigkeit als »Gesundheits- und Krankenpfleger/in« oder »Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/in« ohne Absolvierung eines Berufsausbildungsverhältnisses) überträgt, so ergibt sich ohne weiteres, dass die Verweigerung der Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung »Gesundheits- und Krankenpfleger/in« oder »Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/in« für Absolventen/innen eines grundständigen primärqualifizierenden Pflegestudiengangs, der die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 i. V. m. § 4 Abs. 1 KrPflG erfüllt, gegen Artikel 3 Abs. 1 GG verstößt und somit verfassungswidrig ist. Dies hat zur Folge, dass eine Auslegung des Krankenpflegegesetzes dahin gehend, dass dieses nur eine berufliche Ausbildung im Rahmen eines Ausbildungsverhältnisses gemäß den §§ 9 ff. KrPflG zulässt, aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht mehr haltbar ist.

Zwischenergebnis: Sowohl der freiheits- als auch der gleichheitsgrundrechtliche Ansatz laufen auf das Ergebnis hinaus, dass Inländerdiskriminierungen verfassungsrechtlich nicht mehr hinzunehmen sind.

Eine Fortgeltung der berufsrechtlichen Regelungen dahin gehend, dass die Erlaubnis zur Führung einer der in Rede stehenden Berufsbezeichnungen eine abgeschlossene Berufsausbildung gemäß den §§ 9 ff. KrPflG voraussetzt, lässt sich verfassungsrechtlich nicht mehr rechtfertigen, da diese Regelungen als Berufszulassungs- bzw. Berufsausübungsregelung nicht mehr geeignet noch erforderlich sind. Es ist daher davon auszugehen, dass der politische Druck in Richtung auf eine Änderung des Krankenpflegegesetzes immer größer wird. Immer größer wird auch die verfassungsrechtliche Rechtfertigungslast.

Diese Last hat, seitdem Polen und Tschechien EU-Mitgliedsstaaten sind, nunmehr auch das deutsche Berufsrecht der Pflegeberufe zu tragen. Eines seiner Strukturprinzipien ist die gemäß § 1 Abs. 1 KrPflG normierte Erlaubnispflicht zum Führen der Berufsbezeichnung »Gesundheits- und Krankenpfleger/in« oder »Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/in« als Berufszugangsvoraussetzung. Das Problem wird sich in dem Maße verschärfen, wie EU-ausländische Pflegefachkräfte ohne berufliche Ausbildung, dafür aber mit Fachhochschulausbil-

27 *öVfGH, Urt. v. 09.12.1999 – G 42/99 u. a., S. 14, öVfGH VfSlg 15.106/1998 zitierend.*

28 *Ähnlich wie der öVfGH sieht dies Bleckmann, NJW 1985, 2856 ff. (2860); ebenfalls ähnlich, wenn auch im Ansatz dogmatisch unterschiedlich: Pietzckers, Der anwaltliche Lokalisationsgrundsatz, S. 22 ff.*

29 *Verordnung über die für Staatsangehörige der Mitgliedsstaaten der EWG geltenden Voraussetzungen der Eintragungen in die Handwerksrolle, BGBl. I 1996, 469, i. d. F. der 4. Verordnung zur Änderung der EWG Handwerksverordnung, BGBl. I 1985, 195.*

30 *BVerfG, Urt. v. 31.03.2000 – 1 BvR 608/99, Rdnr. 15.*

31 *Siehe u. a. Schilling, Gleichheitssatz und Inländerdiskriminierung, JZ 1994, 8 ff.*

derung oder universitärer Ausbildung die Personenverkehrs-, Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit in Anspruch nehmen und in Deutschland als »Gesundheits- und Krankenpfleger/innen« tätig werden. Die Forderung nach grundständigen primärqualifizierenden Pflegestudiengängen erhält damit zunehmend verfassungsrechtliches Gewicht. Die Sonderstellung des deutschen Berufsrechts für Pflegeberufe wird sich auf Dauer auf einem euro-

päischen Binnenmarkt politisch nur schwer behaupten können, weil ein Binnenmarkt gleiche Wettbewerbsbedingungen und damit auch gleiche rechtliche Startchancen für alle Marktteilnehmer fordert.

Die Fortsetzung des Aufsatzes erfolgt in Heft 4/2007.