

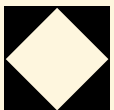
Studien aus dem Max-Planck-Institut
für Sozialrecht und Sozialpolitik

55

Martin Landauer

Die staatliche Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege in England und Deutschland

Eine rechtsvergleichende Analyse von
Steuerungsinstrumenten im Gewährleistungsstaat



Nomos

Studien aus dem Max-Planck-Institut
für Sozialrecht und Sozialpolitik

Band 55

Martin Landauer, M.Jur.

Die staatliche Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege in England und Deutschland

Eine rechtsvergleichende Analyse von
Steuerungsinstrumenten im Gewährleistungsstaat



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: München, Univ., Diss., 2011

ISBN 978-3-8329-6946-2

1. Auflage 2012

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2012. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Diese Arbeit habe ich der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im Wintersemester 2010/2011 als Dissertation vorgelegt. Ich habe sie als Doktorand am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht – inzwischen: Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik – in München verfasst.

Zunächst möchte ich meinem hochgeschätzten Doktorvater und Direktor dieses Instituts, Herrn Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. (EHI), herzlichst für die Unterstützung und Förderung bei der Erstellung dieser Arbeit danken. Ihm bin ich auch insofern zu besonderem Dank verpflichtet, als er meinen juristischen Werdegang bereits seit 1999 begleitet und mir weit über den Rahmen dieser Dissertation hinaus stets mit Rat und Tat hilfreich zur Seite stand.

Dank gebührt auch Herrn Prof. Dr. Stefan Koriath, der das Zweitgutachten zu dieser Arbeit – trotz ihres Umfangs – äußerst zügig erstellt hat. Ferner bedanke ich mich bei den Mitarbeitern des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht, deren Kritik und Anregungen mir eine große Hilfe waren. Unter ihnen möchte ich ausdrücklich meine ehemalige Bürokollegin, Frau Dr. Maria Grienberger-Zingerle, nennen. Sehr dankbar bin ich außerdem Prof. Anne Davies, Brasenose College, University of Oxford, für ihre hilfreichen Hinweise zur Konzeption der Arbeit.

Eine besondere Stütze war mir meine Freundin, Frau Dr. Friederike Müller, LL.M. (Sydney), der ich nicht nur für das Korrekturlesen, sondern vor allem für ihre stete Motivation und Rücksichtnahme ganz herzlich danke. Schließlich gilt mein Dank meinen Freunden, die mein Promotionsvorhaben mit viel Geduld begleitet haben. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet. Meinen guten Freunden.

München, November 2011

Martin Landauer

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Erstes Kapitel: Einleitung	25
A. Einführung	25
B. Eingrenzung	29
C. Erkenntnisziele	32
D. Methodik der Rechtsvergleichung und Auswahl der Vergleichsländer	35
I. Ziel und Gegenstand der Rechtsvergleichung	35
II. Methodik der Rechtsvergleichung	38
III. Gang der Arbeit und Asymmetrie des Rechtsvergleichs	43
IV. Auswahl der Vergleichsländer	44
Zweites Kapitel: Grundlegung	47
A. Stationäre Langzeitpflege	47
B. Staat und Private	50
C. Verantwortungsteilung im Gewährleistungsstaat	57
I. Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten	57
1. Private, öffentliche und staatliche Aufgaben	57
2. Aufgabenteilung	60
3. Aufgabenprivatisierung	63
a. Begriff, Entwicklung und Gründe für die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben	63
b. Formen der Einbeziehung Privater in die Erfüllung von Staatsaufgaben	65
aa. Organisationsprivatisierung	66
bb. Materielle Privatisierung (Aufgabenprivatisierung)	67
cc. Funktionale Privatisierung	67
dd. Finanzierungsprivatisierung	70
ee. Im anglo-amerikanischen Rechtsraum gebräuchliche Begrifflichkeiten	70
(1) Privatisation	70
(2) Contracting-out	71
(3) Public Private Partnerships	73
II. Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten	76
1. Verantwortungsteilung als „Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit“	76
2. Staatliche Verantwortung	78
3. Verantwortungsteilung	82
a. Vorbemerkungen	82
b. Modelle gestufter Verantwortungsverantwortung	84
aa. Erfüllungsverantwortung	87

bb. Gewährleistungsverantwortung und Gewährleistungsstaat	88
cc. Auffangverantwortung	91
dd. Finanzierungsverantwortung	92
III. Der Gewährleistungsstaat	92
IV. Steuerung	95
1. Vorbemerkungen	95
2. Begrifflichkeiten	97
a. Steuerung	97
b. Regulierung	98
c. Governance	100
3. Systematisierung	101
a. Steuerungssubjekt und Steuerungsobjekt	101
b. Steuerungsbedürftigkeit	102
c. Steuerungsfähigkeit	103
d. Steuerungsinstrumentarium	106
aa. Allgemeines und Klassifizierungsansätze	106
bb. Steuerungsinstrumente im Einzelnen	112
(1) Hierarchische Gebots- und Verbotssteuerung	113
(2) Prozedurale Steuerung	116
(3) Konsensuale Steuerung	117
(4) Informationsbasierte und sonstige persuasive Steuerung	118
(5) Steuerung mittels ökonomischer und sonstiger Anreize	120
(6) Marktbasierte Steuerungsmechanismen	121
(7) Stärkung von Konsumentenrechten	122
(8) Regulierte Selbstregulierung	123
(9) Unmittelbares staatliches Handeln	125
e. Steuerungsziele und Steuerungsbereiche	125
D. Vergleichsgrundlagen und Aufbau der Länderberichte	126
I. Einteilung in Verantwortungsbereiche	126
1. Staatliche Verantwortung für die Infrastruktur der stationären Langzeitpflege	127
2. Staatliche Verantwortung für die Qualität der stationären Langzeitpflege	127
a. Pflegequalität	128
b. Struktur-, Prozeß- und Ergebnisqualität	129
c. Pflegestandards	130
d. Aufbauhinweise	132
3. Haftung des Staates für Pflegemängel seitens privater Leistungserbringer	134
II. Zusammenfassung	134
 Drittes Kapitel: Stationäre Langzeitpflege in England	 135
A. Marktstruktur und Marktdaten	135

I. Pflegeheime	135
II. Heimträger	137
III. Jüngere Entwicklungstendenzen	141
IV. Marktvolumen, Heimgebühren und andere wirtschaftliche Aspekte	142
B. Staatliche Leistungen der stationären Langzeitpflege	143
I. Allgemeines	143
II. Zuständigkeiten und Leistungsspektrum	145
1. Zuständigkeitsabgrenzung zwischen den Kommunen und dem Nationalen Gesundheitsdienst	145
a. Die Kommunen und der Nationale Gesundheitsdienst als Leistungsträger	145
b. Social care, community care und health care	146
c. Überschneidungen, Verschiebungen und Neubestimmung der Zuständigkeiten für die Langzeitpflege	148
d. Zusammenfassung	153
2. Formen der Zusammenarbeit zwischen dem NHS und den Kommunen	154
3. Care Trusts	156
III. Stationäre Langzeitpflegeleistungen nach s. 21 NAA 1948	159
1. Leistungsinhalt	159
2. Rechtscharakter von s. 21 NAA 1948	160
3. Verfahrensschritte für die Erbringung stationärer Langzeitpflegeleistungen nach s. 21 NAA 1948	163
a. Überblick	163
b. Ermittlung des relevanten Hilfebedarfs	164
aa. Allgemeines	165
bb. Verfahrensablauf	167
c. Entscheidung über die zu erbringenden Leistungen	169
aa. S. 47(1)(b) NHSCCA 1990	169
bb. Örtliche Auswahlkriterien	169
(1) Funktion	169
(2) Einfluß finanzieller Ressourcen auf die Auswahlkriterien	170
(3) Vorgaben für die Bestimmung der „eligible needs“	171
(4) Auswahlkriterien in der Praxis	178
(5) Zuordnung des festgestellten Hilfebedarfs zu den Auswahlkriterien	179
cc. Auswirkung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Pflegebedürftigen auf die Erbringung stationärer Langzeitpflegeleistungen	180
(1) Bedürftigkeitsabhängige Pflicht zur Erstattung der Heimgebühren	181
(2) Bedürftigkeitsprüfung	181
(3) Finanzielle Leistungsfähigkeit und anderweitige Verfügbarkeit von Pflegeleistungen	182
dd. Aufstellung eines persönlichen Pflegeplans	185

ee. Direct Payments	188
d. Leistungserbringung	189
aa. „Mixed Economy of Care“	189
(1) Community care-Reformen des Jahres 1993	189
(2) Teilprivatisierung der Leistungserbringung	191
(3) „Purchaser/Provider Splits“ und „Quasi-Markets“	192
bb. Leistungskommissionierung	194
(1) Funktionen der Kommissionierung	194
(2) Kommissionierung, Best Value und das National Service Framework for Older People	196
(3) Abschluß von Leistungserbringungsverträgen	198
(a) Allgemeines	198
(b) Vertragsarten	200
cc. Stellung der Leistungserbringer im Gefüge zwischen Staat und Privaten	204
IV. Weitere staatliche Leistungen im Zusammenhang mit stationärer Langzeitpflege	204
C. Steuerung der Pflegeinfrastruktur	205
I. Heiminfrastruktur	206
1. Problematik der Heimschließungen	206
2. Infrastrukturplanung	208
3. Finanzielle Förderung der Pflegeinfrastruktur	208
a. Kapitalmarktbasierter Finanzierung der Pflegeinfrastruktur	208
b. Einfluß staatlicher Sozialleistungen auf private Infrastrukturinvestitionen	209
4. Bereitstellung stationärer Pflegeinfrastrukturen durch die Kommunen	212
5. Zugänglichkeit der Pflegeheime	214
II. Personalinfrastruktur	216
1. Marktsituation	216
2. Staatliche Maßnahmen gegen den Mangel an social care-Personal	218
3. Erhöhung des Qualifikationsniveaus des Pflegepersonals	221
D. Steuerung der Pflegequalität	225
I. Strukturbezogene Steuerung der Pflegequalität	226
1. Das Regulierungsregime des Care Standards Act 2000 und des Health and Social Care Act 2008	226
2. Regulierungsmechanismen hinsichtlich der Heimbetreiber und Heimleiter	232
a. Vorgaben des Regulierungsregimes des CSA 2000	232
aa. Einzelne Anforderungen	233
bb. Durchsetzungsmechanismen des CSA 2000-Regimes	235
(1) Registrierungserfordernis	235
(a) Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich	235
(b) Zuständigkeit und Verfahren	237
(c) Materielle Registrierungsvoraussetzungen	238

(d)	Unbedingte oder bedingte Erteilung der Registrierung	240
(e)	Sicherung der Beachtung des Registrierungserfordernisses	241
(f)	Registrierungen unter dem HSCA 2008	242
(2)	Aufsichtliches Instrumentarium	243
(a)	Durchführung von Kontrollen	244
(b)	Warnbrief, Abhilfeplan und Beratung	246
(c)	Formale aufsichtliche Maßnahmen	247
(d)	Das aufsichtliche Instrumentarium des HSCA 2008	250
(3)	Strafbewehrung von Verstößen	250
(a)	Straftatbestände	250
(b)	Strafverfolgung	252
(c)	Bußgeldbescheide	253
(4)	Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Regulierungsbehörde	253
(a)	Corporate Complaints Procedure	253
(b)	Parliamentary Commissioner for Administration	254
(c)	Care Standards Tribunal	254
(d)	Judicial Review	255
(5)	Bewertung	256
b.	Vertragliche Vorgaben	257
aa.	Allgemeines zu den Leistungserbringungsverträgen unter s. 26 NAA 1948	257
(1)	Standardsetzung und Verhältnis zwischen vertraglichen und objektivrechtlichen Leistungsstandards	257
(2)	Überwachung der Vertragsstandards	259
(3)	Durchsetzung der Vertragsstandards	260
bb.	Vertragliche Vorgaben zur Person des Heimträgers und des Heimleiters	261
cc.	Bewertung	261
c.	Informationsangebote	262
3.	Regulierungsmechanismen im Hinblick auf das Pflegepersonal	263
a.	Vorgaben des Care Standards Act 2000-Regimes	263
aa.	Personelle Ausstattung	263
bb.	Qualifikation des Personals	264
(1)	Eignung der Pflegepersonen und Fachkraftquote	264
(2)	National Vocational Qualifikations ("NVQ")	265
(3)	Beschäftigungsverbote aufgrund des Safeguarding Vulnerable Groups Scheme	267
(4)	Aus- und Weiterbildung des Personals	268
cc.	Durchsetzungsmechanismen	269
b.	Berufsrechtliche Vorgaben	269
aa.	„Workforce Regulation“ durch den General Social Care Council	269
bb.	Fragmentierung von Zuständigkeiten	271

c.	Vertragliche Vorgaben	271
d.	Anreizbasierte und persuasive Instrumente der Einflußnahme auf das Personal	272
4.	Regulierungsmechanismen hinsichtlich der baulichen Gegebenheiten sowie der Einrichtung und Ausstattung des Heimes	273
a.	Vorgaben des CSA 2000-Regimes	274
b.	Sicherheitsrechtliche Anforderungen	275
c.	Anforderungen aufgrund von Arbeitsplatzschutzvorschriften	275
d.	Vertragliche Vorgaben	277
e.	Informationsangebote	278
5.	Einflußnahme auf die Erbringung pflegebegleitender Dienstleistungen	278
6.	Regulierungsmechanismen im Bezug auf Leitung und Betrieb des Heims	282
a.	Allgemeine Maßstäbe	282
b.	Einzelaspekte	283
aa.	Organisation und Überwachung des Heimbetriebs	283
(1)	Kommunikation zwischen Pflegepersonal und Heimleitung	283
(2)	Schutz der Gesundheit der Heimbewohner	283
(3)	Überwachung des Heimbetriebs	284
bb.	Schutz des Vermögens der Heimbewohner	284
cc.	Wirtschaftlichkeit und Kontinuität der Pflege	285
(1)	Wirtschaftlichkeit	286
(2)	Kontinuität der Pflege: Heimschließungen und Kündigung des Pflegeplatzes	287
(a)	Heimschließungen und der Human Rights Act 1998	288
(b)	Steuerung des Heimschließungsprozesses	296
(c)	Staatliche Einflußnahme auf die Kündigung von Pflegeplätzen	297
c.	Zusammenfassung	300
II.	Prozeßbezogene Steuerung der Pflegequalität	301
1.	Regelungen des CSA 2000-Regimes	301
2.	Vorgaben durch arbeitsplatzsicherheitsrechtliche Vorschriften	304
3.	Praxisleitlinien des Social Care Institute for Excellence und des National Institute for Health and Clinical Excellence	305
a.	Praxisleitlinien des Social Care Institute for Excellence	305
b.	Clinical Guidelines des National Institute for Health and Clinical Excellence	308
4.	Einflußnahme auf Pflegeprozesse durch den General Social Care Council	311
5.	Vorgaben des National Service Framework for Older People	313
6.	Vorgaben für die Pflegeprozesse in den Leistungserbringungsverträgen	313
7.	Prozeßbezogene Qualitätssteuerung durch Einflußnahme auf die Pflegeausbildung	314
8.	Zusammenfassung	315

III. Ergebnisbezogene Steuerung der Pflegequalität	315
1. Allgemeines	315
2. Ergebnisqualitätsbezogene Vorgaben des CSA 2000-Regimes	316
3. Ergebnisqualitätsbezogene Aussagen des National Service Framework for Older People	319
4. Ergebnisqualitätsbezogene Steuerung durch Leistungserbringungsverträge	319
5. Ergebnisqualitätsbezogene Informationen des Social Care Institute for Excellence	323
IV. Qualitätsdimensionenübergreifende Implementations- und Durchsetzungsmechanismen	324
1. Heiminterne Steuerungsansätze	324
a. Qualitätsselbstbewertungssysteme und das Annual Quality Assurance Assessment	325
b. Besichtigungen des Heims durch den Betreiber	327
c. Heiminternes Beschwerdeverfahren	327
aa. Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens im Einzelnen	328
bb. Information des Bewohners über die ihm zustehenden Leistungen	329
cc. Stellungnahme	331
2. Heimexterne Steuerungsansätze	332
a. Unterstützung der Heimbewohner bei gerichtlichen oder behördlichen Rechtsbehelfen	332
aa. Beschwerden an die CQC	333
bb. Beschwerdeverfahren vor den Kommunen	334
cc. Beschwerden vor dem Local Government Ombudsman	336
dd. Gerichtlicher Rechtsschutz	338
(1) Privatrechtliche Klagen	339
(2) Judicial Review und Verfahren nach s. 7 des Human Rights Act 1998	342
ee. Zusammenfassung und Bewertung	344
b. Local Involvement Networks	346
c. Wettbewerbsbasierte Steuerungsmechanismen	348
aa. Auswahl unter verschiedenen Leistungserbringern durch die Lokalbehörden	348
bb. Wahlrechte der Heimbewohner und Unterstützung bei deren Ausübung	349
(1) Wahlrechte	351
(2) Unterstützung der Bewohner bei der Ausübung von Wahlrechten	352
(a) Pflichten des Heimbetreibers	352
(b) Informationen seitens staatlicher Stellen	353
(3) Bewertung	359

E. Staatshaftung im Zusammenhang mit der Erbringung stationärer Langzeitpflegeleistungen durch Heimträger des privaten Sektors	363
I. Haftung und staatliche Verantwortung	363
II. Haftung staatlicher Stellen bei Fehlern in der Leistungserbringung durch Private	363
1. Allgemeines	363
2. Die Haftungstatbestände im Einzelnen	366
a. Tort of negligence	366
aa. Überblick über das case law	366
bb. Tort of negligence durch staatliche Stellen in der stationären Langzeitpflege	371
b. Tort of breach of a statutory duty	374
aa. Überblick über das case law	374
bb. Tort of breach of a statutory duty durch staatliche Stellen in der stationären Langzeitpflege	376
c. Section 8 des Human Rights Act 1998	378
aa. Überblick über das case law	378
bb. S. 8 des Human Rights Act 1998 in der stationären Langzeitpflege	380
3. Empfehlungen durch den Local Government Ombudsman	382
 Viertes Kapitel: Die stationäre Langzeitpflege in Deutschland in vergleichender Betrachtung zum englischen System	387
A. Marktstruktur und Marktdaten	387
B. Staatliche Leistungen der stationären Langzeitpflege	390
I. Verfassungsrechtliche Bezüge	390
II. Staatliche Leistungen der stationären Langzeitpflege im Überblick	391
1. Stationäre Langzeitpflegeleistungen der sozialen Pflegeversicherung	391
2. Stationäre Langzeitpflegeleistungen der Sozialhilfe	393
3. Stationäre Langzeitpflegeleistungen der gesetzlichen Krankenversicherung	395
4. Sonstige staatliche Sozialleistungen der stationären Langzeitpflege	395
III. Zuständigkeiten für pflegeversicherungs- und sozialhilferechtliche Leistungen der stationären Langzeitpflege	397
IV. Umfang der Sozialleistungen der stationären Langzeitpflege	398
1. Pflegeleistungen der sozialen Pflegeversicherung	398
2. Sozialhilferechtliche Pflegeleistungen	402
3. Vergleichende Zusammenfassung	403
V. Leistungsvoraussetzungen	404
1. Leistungsvoraussetzungen nach dem Recht der sozialen Pflegeversicherung	404
2. Sozialhilferechtliche Leistungsvoraussetzungen	407
3. Vergleichende Zusammenfassung	408
VI. Leistungserbringung	410

1.	Leistungserbringung in der sozialen Pflegeversicherung	410
a.	Allgemeines	410
b.	Zulassung zur Leistungserbringung durch Versorgungsverträge	412
c.	Abschluß von Pflegesatzvereinbarungen	414
d.	Rahmenverträge, Bundesempfehlungen sowie Maßstäbe und Grundsätze für die Qualität und die Qualitätssicherung	416
2.	Leistungserbringung im Recht der Sozialhilfe	418
3.	Vergleichende Zusammenfassung	420
C.	Steuerung der Pflegeinfrastruktur	422
I.	Heiminfrastruktur	422
1.	Finanzielle Förderung	422
a.	Duales Finanzierungskonzept des SGB XI	422
b.	Objektbezogene Investitionskostenförderung	423
c.	Subjektbezogene Förderung durch Pflegewohngeld	425
d.	Finanzierungsbeiträge von Bewohnern	427
2.	Infrastrukturplanung und Abschluß von Versorgungsverträgen	427
3.	Bereitstellung staatlich betriebener Pflegeeinrichtungen	430
4.	Zugänglichkeit der Heime	431
II.	Personalinfrastruktur	434
1.	Überblick	434
2.	Staatliche Maßnahmen zur quantitativen Stärkung der Personalinfrastruktur	435
3.	Maßnahmen zur Erhöhung der Qualifikation der Pflegekräfte	438
4.	Vergleichende Zusammenfassung	441
D.	Steuerung der Pflegequalität	441
I.	Strukturbezogene Steuerung der Pflegequalität	441
1.	Ordnungsrechtliche Mechanismen	441
a.	Das heimaufsichtliche Regime	442
aa.	Allgemeines	442
bb.	Inhaltliche Aspekte	443
cc.	Durchsetzungsmechanismen	446
b.	Sonstiges Ordnungsrecht	453
2.	Strukturqualitätsbezogene Aspekte des Pflegeversicherungsrechts	457
a.	§ 11 Abs. 1 S. 1 SGB XI als Qualitätsgrundnorm des Pflegeversicherungsrechts	457
b.	Das Leistungserbringungsrecht des SGB XI	458
aa.	Abschluß von Versorgungsverträgen	458
bb.	Leistungs- und Qualitätsmerkmale in Pflegesatzvereinbarungen	460
cc.	Rahmenverträge auf Landesebene sowie Rahmenempfehlungen und Vereinbarungen auf Bundesebene	461
dd.	Maßstäbe und Grundsätze zur Sicherung und Weiterentwicklung der Pflegequalität	462
ee.	Expertenstandards zur Sicherung und Weiterentwicklung der Qualität in der Pflege	464

ff. Durchsetzung	465
gg. Schnittstellen zwischen dem heimaufsichtsrechtlichen und dem Vertragsregime	467
3. Strukturqualitätssteuerung im Leistungserbringungsrecht des SGB XII	468
4. Zusammenfassung	469
II. Prozeßbezogene Steuerung der Pflegequalität	470
1. Steuerung von Pflegeprozessen mittels des Heimaufsichtsrechts	470
2. Einflußnahme auf die Prozeßqualität mittels des Leistungserbringungsrechts	471
a. Anforderungen im Vertragsregime des SGB XI	471
b. Einflußnahme auf die Pflegequalität durch Expertenstandards	472
aa. Finanzielle Förderung der Qualitätsentwicklung	472
bb. Sicherstellungsauftrag der gemeinsamen Selbstverwaltung für die Entwicklung und Aktualisierung von Expertenstandards	476
c. Durchsetzung der Anforderungen	481
3. Berufsrechtliche Vorgaben	482
4. Sonstige Instrumente der Einflußnahme auf die Prozeßqualität	483
5. Zusammenfassung	484
III. Ergebnisqualitätsbezogene Steuerungsmaßnahmen	486
1. Ergebnisqualitätsbezogene Vorgaben im Heimaufsichtsrecht	486
2. Ergebnisqualitätsbezogene Steuerung im Leistungserbringungsrecht	489
3. Sonstige ergebnisqualitätsbezogene Steuerungsinstrumente	491
IV. Qualitätsdimensionenübergreifende Implementations- und Durchsetzungsmechanismen	492
1. Heiminterne Steuerungsansätze	492
a. Heiminternes Qualitäts- und Beschwerdemanagement	493
b. Heimbeiräte	495
2. Heimexterne Steuerungsansätze	496
a. Einräumung von Wahlrechten	496
b. Unterstützende Einflußnahme auf die Ausübung von Wahlrechten	498
aa. Informationsgewährung durch staatliche Akteure	498
bb. Informationspflichten der Betreiber stationärer Pflegeeinrichtungen	504
c. Unterstützung der Bewohner bei Qualitätsdefiziten	505
d. Weitere Instrumente der bereichsübergreifenden Qualitätssteuerung	509
3. Zusammenfassung und Vergleich	510
E. Staatshaftung im Zusammenhang mit der Erbringung stationärer Langzeitpflegeleistungen durch Heimträger des privaten Sektors	511
 Fünftes Kapitel: Schlußbetrachtung	 517
A. Gewährleistungsverantwortung für die stationäre Langzeitpflege	517
I. England und Deutschland als Gewährleistungsstaaten für die stationäre Langzeitpflege	517
II. Zur begrenzten Aussagekraft des Leitbildes des Gewährleistungsstaats	519

B. Steuerungsinstrumente im Gewährleistungsstaat der stationären Langzeitpflege	523
I. Dominanz der hoheitlich-imperativen Ge- und Verbotssteuerung	523
II. „Moderne“ Steuerungsmechanismen als Ergänzung des hoheitlich-imperativen Instrumentariums	524
III. Erklärungsansätze für das Überwiegen hoheitlich-imperativer Steuerungsinstrumente	526
1. Der Mindestbedarf an hoheitlich-imperativen Steuerungsformen	527
a. Rechtfertigung der staatlichen Regulierung in der stationären Langzeitpflege	527
b. Gründe für den Rückgriff auf ein hoheitlich-imperatives Instrumentarium	530
2. Zur Kritik an der hoheitlich-imperativen Ge- und Verbotssteuerung	534
IV. Die Bedeutung der ergänzend eingesetzten „modernen“ Steuerungsformen	538
C. Ausblick	540
Bibliographie	543

Abkürzungsverzeichnis

<i>a.A.</i>	anderer Ansicht
<i>a.F.</i>	alte Fassung
<i>ABl.</i>	Amtsblatt
<i>A.C.</i>	Law Reports, Appeal Cases (Third Series)
<i>AGSG</i>	Gesetz zur Ausführung der Sozialgesetze
<i>All E.R.</i>	All England Law Reports
<i>AllMBl</i>	Allgemeines Ministerialblatt (Bayern)
<i>AltPflAPrV</i>	Altenpflege-Ausbildungs- und Prüfungsverordnung
<i>AMG</i>	Arzneimittelgesetz
<i>AöR</i>	Archiv des öffentlichen Rechts
<i>ApoG</i>	Apothekengesetz
<i>AQAA</i>	Annual Quality Assurance Assessment
<i>ArbSchG</i>	Arbeitsschutzgesetz
<i>asp</i>	Act of the Scottish Parliament
<i>Az.</i>	Aktenzeichen
<i>BAnz.</i>	Bundesanzeiger
<i>BauGB</i>	Baugesetzbuch
<i>BayBO</i>	Bayerische Bauordnung
<i>BB</i>	Betriebs Berater
<i>Bd.</i>	Band
<i>BDSG</i>	Bundesdatenschutzgesetz
<i>Bearb.</i>	Bearbeiter
<i>ber.</i>	berichtigt
<i>BGBI.</i>	Bundesgesetzblatt
<i>BJSW</i>	British Journal of Social Work
<i>BMFSFJ</i>	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
<i>BMG</i>	Bundesministerium für Gesundheit
<i>BMLR.</i>	Butterworths Medico-Legal Reports
<i>BSeuchG</i>	Bundeseseuchengesetz
<i>BtPrax</i>	Betreuungsrechtliche Praxis
<i>BUKO-QS</i>	Bundeskonferenz zur Qualitätssicherung im Gesundheits- und Pflegewesen e.V.
<i>BVG</i>	Bundesversorgungsgesetz
<i>CA</i>	Court of Appeal
<i>CCLR</i>	Community Care Law Reports
<i>CCT</i>	Compulsory Competitive Tendering
<i>CI</i>	Chief Inspector Letter
<i>CJA 1982</i>	Criminal Justice Act 1982

<i>Cm</i>	Command Paper
<i>CMLR</i>	Common Market Law Reports
<i>CMLRev</i>	Common Market Law Review
<i>COD</i>	Crown Office Digest
<i>CompAR</i>	Competition Appeal Reports
<i>Complaint Regs 2009</i>	Local Authority Social Services and National Health Service Complaints (England) Regulations 2009
<i>CRAG 2010</i>	Charging for Residential Accommodation Guide 2010
<i>CSA 2000</i>	Care Standards Act 2000
<i>CSDPA 1970</i>	Chronically Sick and Disabled Persons Act 1970
<i>CSP</i>	Critical Social Policy
<i>dir.</i>	direction
<i>dies.</i>	dieselbe
<i>DJZ</i>	Deutsche Juristen-Zeitung
<i>DOK</i>	Die Ortskrankenkasse
<i>DV</i>	Die Verwaltung
<i>DNQP</i>	Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege
<i>EGV</i>	Vertrag zur Gründung der Europäischen Union
<i>EGMR</i>	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
<i>EHHR</i>	European Human Rights Reports
<i>EL</i>	Executive Letter
<i>EMRK</i>	Europäische Menschenrechtskonvention
<i>ERSK</i>	Die Ersatzkasse
<i>EuR</i>	Europarecht
<i>EWCA Civ</i>	England & Wales Court of Appeal (Civil Division)
<i>EWHC (Admin)</i>	England & Wales High Court (Administrative Court)
<i>FC.R.</i>	Family Court Reporter
<i>FQA</i>	Fachstellen für Pflege- und Behinderteneinrichtungen – Qualitätsentwicklung und Aufsicht
<i>FS</i>	Festschrift
<i>FSA 1990</i>	Food Safety Act 1990
<i>G</i>	Gesetz
<i>GBL</i>	Gesetzblatt
<i>gem.</i>	gemäß
<i>GewArch</i>	Gewerbearchiv
<i>GewO</i>	Gewerbeordnung
<i>GKV-WSG</i>	Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung
<i>GMH</i>	Gewerkschaftliche Monatshefte
<i>GSCC</i>	General Social Care Council

<i>GV. NRW.</i>	Gesetz- und Verordnungsblatt des Landes Nordrhein-Westfalen
<i>GVBl.</i>	Gesetz- und Verordnungsblatt
<i>GVBl. LSA</i>	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Sachsen-Anhalt
<i>HACCP</i>	Hazard Analysis Critical Control Points
<i>HdbKV</i>	Handbuch der Krankenversicherung
<i>HdbStR</i>	Handbuch des Staatsrechts
<i>HdbSozV</i>	Handbuch der Sozialversicherung
<i>HdbSV</i>	Handbuch des Sozialversicherungsrechts
<i>HdbSV-PfIV</i>	Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 4, Pflegeversicherungsrecht
<i>HeimwV</i>	Heimmitwirkungsverordnung
<i>HeimPersV</i>	Heimpersonalverordnung
<i>H.L.C.</i>	House of Lords Cases
<i>HLR</i>	Harvard Law Review
<i>HmbGVBl.</i>	Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt
<i>HRA 1998</i>	Human Rights Act 1998
<i>HSC</i>	Health Service Circular
<i>HSCA 2001</i>	Health and Social Care Act 2001
<i>HSCA 2008</i>	Health and Social Care Act 2008
<i>HSE</i>	Health and Safety Executive
<i>HSWA 1974</i>	Health and Safety at Work Act 1974
<i>ICF</i>	Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit
<i>I.C.R.</i>	Industrial Cases Reports
<i>IfSG</i>	Infektionsschutzgesetz
<i>J</i>	Judge
<i>J.P.I. Law</i>	Journal of Personal Injury Law
<i>JSP</i>	Journal of Social Policy
<i>Kap.</i>	Kapitel
<i>KHG</i>	Krankenhausfinanzierungsgesetz
<i>KLORA</i>	Key Lines of Regulatory Assessment
<i>L&PQ</i>	Law and Policy Quarterly
<i>LAC</i>	Local Authority Circular
<i>LASSA 1970</i>	Local Authority Social Services Act 1970
<i>LASSC(E)R 2006</i>	Local Authority Social Services Complaints (England) Regulations 2006
<i>LASSL</i>	Local Authority Social Services Letter
<i>LGA 1974</i>	Local Government Act 1974
<i>LGA 1988</i>	Local Government Act 1988

<i>LGA 1992</i>	Local Government Act 1992
<i>LGA 1999</i>	Local Government Act 1999
<i>LGPIHA 2007</i>	Local Government and Public Involvement in Health Act 2007
<i>LGR</i>	Local Government Reports
<i>LINKs</i>	Local Involvement Networks
<i>LJ</i>	Lord Justice
<i>LKV</i>	Landes- und Kommunalverwaltung
<i>LMBG</i>	Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz
<i>Lt-Drs.</i>	Drucksache des Bayerischen Landtags
<i>L.Q.R.</i>	Law Quarterly Review
<i>m.w.N.</i>	mit weiteren Nachweisen
<i>MDK</i>	Medizinischer Dienst der Krankenkassen
<i>MedR</i>	Medizinrecht
<i>MLR</i>	The Modern Law Review
<i>MPG</i>	Medizinproduktegesetz
<i>n.v.</i>	nicht veröffentlicht
<i>NCSC</i>	National Care Standards Commission
<i>NDV</i>	Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge
<i>NDPB.</i>	Non-Departmental Public Body
<i>NHS</i>	National Health Service
<i>NHSA 2006</i>	National Health Service Act 2006
<i>NHSCCA 1990</i>	National Health Service and Community Care Act 1990
<i>NICE</i>	National Institute for Health and Clinical Excellence
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>NSF</i>	National Service Framework
<i>NuR</i>	Natur und Recht
<i>NVQ</i>	National Vocational Qualification
<i>NZV</i>	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
<i>OECD</i>	Organisation for Economic Co-operation and Development
<i>OJLS</i>	Oxford Journal of Legal Studies
<i>PFI</i>	Private Finance Initiative
<i>PflegeVG</i>	Pflegeversicherungsgesetz
<i>PfleWoqG</i>	Bayerisches Pflege- und Wohnqualitätsgesetz
<i>PfIR</i>	Pflegerecht
<i>PfWG</i>	Pflege-Weiterentwicklungsgesetz
<i>PL</i>	Public Law
<i>PM&M</i>	Public Money & Management
<i>PPLR</i>	Public Procurement Law Review

<i>PVS</i>	Politische Vierteljahresschrift
<i>QBD</i>	Queen's Bench Division
<i>QPR</i>	Qualitätsprüfungsrichtlinien
<i>QRRS</i>	Quality Ratings Review Service
<i>RabelsZ</i>	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
<i>RDG</i>	Rechtsdepesche für das Gesundheitswesen
<i>RHA 1984</i>	Registered Homes Act 1984
<i>RsDE</i>	Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen
<i>s.</i>	siehe, section
<i>S.</i>	Seite
<i>S.L.T.</i>	Scots Law Times
<i>SCIE</i>	Social Care Institute for Excellence
<i>SI</i>	Statutory Instrument
<i>SIM</i>	Sector Information Minute
<i>SozSich</i>	Soziale Sicherheit
<i>SSI</i>	Scottish Statutory Instrument
<i>SuP</i>	Sozialrecht und Praxis
<i>SVGA 2006</i>	Safeguarding Vulnerable Groups Act 2006
<i>TK HeimG</i>	Taschenkommentar zum Heimgesetz
<i>TKG</i>	Telekommunikationsgesetz
<i>UTCCRegs 1999</i>	Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999
<i>VersR</i>	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
<i>VO</i>	Verordnung
<i>WBVG</i>	Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz
<i>W.L.R.</i>	Weekly Law Reports
<i>WRV</i>	Weimarer Verfassung
<i>ZaöRV</i>	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
<i>ZfRSoz</i>	Zeitschrift für Rechtssoziologie
<i>ZfS</i>	Zeitschrift für Sozialreform
<i>ZfSch</i>	Zeitschrift für Schadensrecht
<i>ZIAs</i>	Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht
<i>Ziff.</i>	Ziffer(n)
<i>ZIP</i>	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
<i>ZÖR</i>	Zeitschrift für öffentliches Recht
<i>ZSR</i>	Zeitschrift für Sozialreform

Erstes Kapitel: Einleitung

A. Einführung

„Die Nachfrage nach Schwarzwälder Kirschtorte, koffeinfreiem Kaffee und Wellnessbädern boomt“¹. Man mag über Sinn oder Unsinn einer derartigen Beschreibung der Zukunft Deutschlands geteilter Meinung sein. Eine Aussage ist jedoch klar, auch wenn sie hier nicht mit der fast schon üblichen negativen Konnotation² vorgetragen wurde: die deutsche Gesellschaft altert. Schätzungen der *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD) zufolge wird in Deutschland der Bevölkerungsanteil derjenigen Personen, die 65 Jahre oder älter sind, bis im Jahr 2030 von 20,4 % (2010) auf 27,8 % angestiegen sein.³ Dieser erwartete Anstieg von über 36 % in den nächsten 20 Jahren ist kein national begrenztes Phänomen.⁴ Der für den gleichen Zeitraum für die 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union prognostizierte Anstieg beträgt ca. 39,4 %, ⁵ im Vereinigten Königreich beträgt er immerhin 32,7 %.⁶ Noch drastischer ist die prognostizierte Entwicklung der hochaltrigen Bevölkerung. Der Anteil der über 80-Jährigen an der Gesamtbevölkerung der Europäischen Union soll im Zeitraum von 2008 bis 2030 sogar um mehr als 56 % zunehmen,⁷ für Deutschland liegt die erwartete Zuwachsrate in diesem Zeitraum mit ca. 58 % nochmals leicht höher.⁸ Für das Vereinigte Königreich sehen Prognosen einen Zuwachs der Personen mit einem Alter von 85 oder mehr Lebensjahren von heute 1,3 Mio. (2008) auf 3,3 Mio. im Jahr 2033 voraus⁹ – eine Zunahme um annähernd 154 %.

1 *Sinn*, Ist Deutschland noch zu retten?, S. 392.

2 Der Sprachjargon variiert von der „Überalterung“ der Gesellschaft (vgl. etwa *Daric/Girard*, Vieillessement de la population et prolongation de la vie active, 1948, *Kaufmann*, Die Überalterung, 1960, oder – aus neuerer Zeit – *Herbert-Quandt-Stiftung* [Hrsg.], Gesellschaft ohne Zukunft? Bevölkerungsrückgang und Überalterung als politische Herausforderung, 2004) bis hin zu ihrer „Vergreisung“ (vgl. etwa *Gallon*, Vergreisung als Grund, um die Rente zu senken?, in: Soziale Sicherheit, Band 46 (1997), S. 286 ff.); vgl. zu dieser „Bedrohungsperspektive“ auch *Becker*, Die alternde Gesellschaft, JZ 2004, S. 929 m.w.N.; ausführlich zur Wahrnehmung des Alters aus verschiedenen gesellschaftlichen Perspektiven sowie zur Altersdiskriminierung und deren geschichtlicher Entwicklung *Bytheway*, Ageism, S. 1 ff.

3 *OECD*, OECD Factbook 2010, S. 17. Zur deutschen Bevölkerungsentwicklung vgl. auch *Kaufmann*, Schrumpfende Gesellschaft, S. 39 ff.

4 Zur Alterung der Bevölkerung als globalem Phänomen vgl. *Pohlmann*, Ageing, S. 1 ff., 6.

5 *OECD*, OECD Factbook 2010, S. 17.

6 *OECD*, OECD Factbook 2010, S. 17.

7 Vgl. *Europäische Kommission/Eurostat*, The Social Situation in the European Union 2009, S. 185.

8 *Statistisches Bundesamt*, Bevölkerung Deutschlands bis 2060, S. 45 (Tabelle 7).

9 *Office for National Statistics*, National population projections, 2008-based, S. 3 (Tabelle 4).

Diese Vorhersagen basieren im Wesentlichen auf der deutlich gestiegenen Lebenserwartung¹⁰ und einem signifikanten Rückgang der Geburtenrate.¹¹ Doch während über die Gründe hierfür noch weitgehend Einigkeit herrscht – an prominentester Stelle stehen wohl der medizinisch-technische Fortschritt einerseits und die mit der Emanzipation der Frau einhergehende gezielte Geburtenkontrolle andererseits –, lassen sich die möglichen Folgen für die Gesellschaft heute bestenfalls erahnen.¹² Die Implikationen für die Wirtschaft, die Arbeitsmärkte und die sozialen Sicherungssysteme sind jedenfalls höchst komplex und vielschichtig.

So unsicher die möglichen Folgen der Änderung in der demographischen Entwicklung aber sind, in einem Bereich werden sie sich in besonders unmittelbarer Weise niederschlagen: der Altenpflege. Das Risiko der Pflegebedürftigkeit erhöht sich wie kaum ein anderes soziales Risiko mit zunehmendem Lebensalter. Beträgt die Prävalenz in der Bevölkerung derzeit bei den unter 60-jährigen nur 0,6 %, so sind von den 60 bis 80-jährigen schon ca. 3,9 %, von den über 80-jährigen rund 28,3 % und in der Altersgruppe ab 90 Jahren sogar über 60 % pflegebedürftig.¹³ Die gesellschaftlichen Herausforderungen, die die zunehmende Zahl Pflegebedürftiger mit sich bringt, werden durch zwei weitere Trends vergrößert: zum einen durch die Tatsache, daß – bedingt mitunter durch gestiegene Trennungs- und Scheidungsraten – immer mehr ältere Menschen alleine wohnen und zum anderen dadurch, daß der kontinuierliche Anstieg der Beschäftigungsquote von Frauen die Verfügbarkeit „informeller Pflege“, also der Pflege durch die im sozialen Unterstützungsnetzwerk vorhandenen nichtberuflichen Helfer wie insbesondere Ehegatten bzw. Lebenspartner und Kinder, vermindern.¹⁴

Die Herausforderungen, die sich hieraus ergeben, betreffen jedoch nicht allein die individuelle Verantwortung für die Lebensqualität im Alter. Ebenso gefordert sind solidarisches gesellschaftliches Handeln sowie Maßnahmen der Daseinsvorsorge seitens der

10 Zur Entwicklung der Lebenserwartung in Deutschland vgl. *Statistisches Bundesamt*, Bevölkerung Deutschlands bis 2060, S. 45 (Tabelle 7), S. 29 ff.

11 Zur Alterung der Bevölkerung „von beiden Enden“ vgl. *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, Fünfter Bericht zur Lage der älteren Generation, S. 35 ff.; zu den Kennzeichen einer alternden Gesellschaft vgl. auch *Becker*, Die alternde Gesellschaft, JZ 2004, S. 930.

12 Mögliche Implikationen sind etwa behandelt im Schlußbericht der Enquête-Kommission „Demographischer Wandel – Herausforderungen unserer älter werdenden Gesellschaft an den Einzelnen und die Politik“, BT-Drs. 14/8800. Vgl. auch *Birg*, Dynamik der demographischen Alterung und Bevölkerungsschrumpfung. Wirtschaftliche und gesellschaftliche Auswirkungen in Deutschland, in: *Herbert-Quandt-Stiftung* [Hrsg.], Gesellschaft ohne Zukunft? Bevölkerungsrückgang und Überalterung als politische Herausforderung, S. 12, 14 ff.

13 Bezogen auf die Kriterien des § 14 SGB XI (Sozialgesetzbuch Elftes Buch - Soziale Pflegeversicherung, G. v. 26. Mai 1994, BGBl. I S. 1014, zuletzt geändert durch G. vom 17. Dezember 2008, BGBl. I S. 2586). Zu den Zahlen vgl. *Bundesministerium für Gesundheit und soziale Sicherung*, Vierter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung, S. 59, sowie *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, Vierter Altenbericht zur Lage der älteren Generation in der Bundesrepublik Deutschland, S. 250. Zum Ansteigen des Risikos der Pflegebedürftigkeit mit zunehmendem Alter vgl. *Baltes/Smith*, New Frontiers in the Future of Aging, *Gerontology* 49 (2003), S. 123 ff.

14 Dazu *Kendall*, The Voluntary Sector, S. 159.

Sozialstaaten. Diese sind sich ihrer sozialen Verantwortung bewußt, wissen aber zugleich um die Notwendigkeit der Anpassung ihrer Sozialschutzsysteme an die sich ändernden gesellschaftlichen Rahmenbedingungen. Als der Europäische Rat in Lissabon das strategische Ziel der Europäischen Union festlegte, „die Union zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu machen, einem Wirtschaftsraum, der fähig ist, ein dauerhaftes Wirtschaftswachstum mit mehr und besseren Arbeitsplätzen und einem größeren sozialen Zusammenhalt zu erzielen“¹⁵, hob der Rat nicht nur die Bedeutung des Sozialschutzes für die globale sozioökonomische Politik hervor. Er betonte zugleich das Erfordernis einer verstärkten Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten mit dem Ziel, die Sozialschutzsysteme angesichts einer alternden Bevölkerung auch langfristig aufrechterhalten zu können.¹⁶ In einer Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften von 2001 über die Zukunft des Gesundheitswesens und der Altenpflege¹⁷ wurde die soziale Dimension der Lissabonner Strategie weiterentwickelt und drei Langzeitziele formuliert, die von den Mitgliedstaaten mittels der „Offenen Methode der Koordinierung“¹⁸ (OMK) umgesetzt werden sollen. Um den mit der Alterung der Gesellschaft verbundenen Problemen zu begegnen, sollen die Zugänglichkeit, die Qualität sowie die langfristige Finanzierbarkeit des Gesundheitswesens und der Altenpflege gesichert werden.¹⁹

Schenkt man allerdings Stimmen Glauben, die angesichts der nur begrenzten Ressourcen moderner Staaten von „Staatsversagen“²⁰, vom „entzauberten“²¹ oder „über-

15 Schlußfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Lissabon, 23. und 24. März 2000, Nr. 5, abrufbar unter <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/de/ec/00100-r1.d0.htm>.

16 Schlußfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Lissabon, 23. und 24. März 2000, Nr. 31, abrufbar unter <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/de/ec/00100-r1.d0.htm>.

17 Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 5. Dezember 2001 über „Die Zukunft des Gesundheitswesens und der Altenpflege: Zugänglichkeit, Qualität und langfristige Finanzierbarkeit sichern“, KOM (2001) 723 endg.

18 Schlußfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Lissabon, 23. und 24. März 2000, Nr. 37, abrufbar unter <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/de/ec/00100-r1.d0.htm>; vgl. auch Mitteilungen der Kommission „Stärkung der sozialen Dimension der Lissabonner Strategie: Straffung der offenen Koordinierung im Bereich Sozialschutz“, KOM (2003) 261 endg./2; „Modernisierung des Sozialschutzes für die Entwicklung einer hochwertigen, zugänglichen und zukunftsfähigen Gesundheitsversorgung und Langzeitpflege: Unterstützung der einzelstaatlichen Strategien durch die ‚Offene Koordinierungsmethode‘“, KOM (2004) 304 endg.; mit der Kommissionsmitteilung „Ein erneuertes Engagement für ein soziales Europa: Verstärkung der offenen Koordinierungsmethode für Sozialschutz und soziale Eingliederung“, KOM (2008) 418 endg., wurde die offene Koordinierungsmethode in den Bereichen Sozialschutz und soziale Eingliederung nochmals überarbeitet und gestärkt. Allgemein zur OMK *Zeitlin/Pochet* [Hrsg.], *The Open Method of Co-ordination in Action*, S. 17 ff.; *Schulte*, Die „Methode der offenen Koordinierung“ *ZSR* 2002, S. 1 ff.; *Berghman/Okma*, *The Method of Open Coordination*, *European Journal of Social Security* 4 (2002), S. 331 ff.; *Angele*, Die offene Methode der Koordinierung, *ZESAR* 2003, S. 444 ff.; *Bode-wig/Voß*, Die „offene Methode der Koordinierung“ in der Europäischen Union, *EuR* 2003, S. 310 ff.

19 KOM (2001) 723 endg., S. 11 ff.

20 Vgl. *Jänicke*, *Staatsversagen*, 1987; *Arnim*, *Staatsversagen*, in: Bundeszentrale für Politische Bildung [Hrsg.], *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Bd. 37 (1987), S. 17 ff.

forderten Staat²², von der „Krise staatlicher Regulierung“²³ oder vom „Sozialstaat in der Krise“²⁴ sprechen, so stellt sich die Frage, ob Sozialstaaten wie etwa der deutsche den Herausforderungen gewachsen sind, die die Aufrechterhaltung ihrer Sozialschutzsysteme an sie stellt. Jedoch hat sich nicht nur die Rolle des Staates angesichts ständig zunehmender und komplexer werdender Aufgaben verändert, sondern mit ihr auch seine Handlungs- und Organisationsformen sowie Art und Maß der staatlichen Verantwortung im Verhältnis zu anderen Akteuren und zu den von seinem Tätigwerden Betroffenen.²⁵ Sehen sich die Staaten gerade auch im Bereich der Sozialgestaltung einerseits zwar einem hochkomplexen Anforderungsprofil gegenüber,²⁶ so sind sie andererseits doch nicht die alleinigen Akteure, wenn es darum geht, diesem Profil zu entsprechen. Längst beziehen die Staaten – gerade wenn sie tatsächlich an der Grenze ihrer Belastbarkeit agieren – bei der Verwirklichung öffentlicher Interessen auch Private ein, um sich auf diese Weise zum einen selbst zu entlasten und zum anderen das Problemlösungspotential der Gesellschaft nutzbar zu machen.²⁷ Mag die Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben inzwischen zur Alltäglichkeit geworden sein,²⁸ wie nicht zuletzt der Erlaß des Gesetzes zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen der Öffentlich Privaten Partnerschaften (ÖPP-Beschleunigungsgesetz) belegt,²⁹ so gewinnt das verantwortungsteilende Koagieren von öffentlichem und privatem Sektor angesichts der mit der Alterung der Gesellschaft verbundenen Herausforderungen gerade im Bereich der Altenpflege eine besondere Aktualität.

Will aber der Staat seiner sozialen Verantwortung im Bereich der Altenpflege nachkommen und bedient er sich hierbei – wie etwa in Deutschland oder in England³⁰ –

21 *Willke*, Entzauberung des Staates, 1983.

22 *Herzog*, Der überforderte Staat, in: Badura/Scholz [Hrsg.], Wege und Verfahren des Verfassungslebens, S. 15 ff.; *Ellwein/Hesse*, Der überforderte Staat, S. 29, 89; *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, S. 15 f.

23 *Mayntz*, Regulative Politik in der Krise?, in: Matthes [Hrsg.], Sozialer Wandel in Westeuropa, S. 55 ff.; *Treiber*, Regulative Politik in der Krise?, in: ders. [Hrsg.], Vollzugskosten des Rechtsstaats, S. 189 ff.; *Teubner*, Das regulatorische Trilemma, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 13 (1984), S. 120 f.; vgl. auch *Offe*, Rationalitätskriterien und Funktionsprobleme des politisch-administrativen Handelns, Leviathan 1974, S. 333 ff.; *Beck*, Risikogesellschaft, S. 306 ff.; *Wolf*, Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft, Leviathan 1987, S. 357 ff.

24 *Dierkes/Zimmermann* [Hrsg.], Sozialstaat in der Krise, 1996.

25 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 6.

26 Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 6.

27 *Vosskuhle*, Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 268.

28 *Heintzen*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 268; zur Einschaltung Privater vor dem Hintergrund der Verschuldung der öffentlichen Haushalte *Henneke*, Öffentliches Finanzwesen, S. 212 f.

29 Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen der Öffentlich Privaten Partnerschaften vom 1. September 2005, BGBl. I S. 2676. Zu diesem Gesetz etwa *Müller*, Kommunalrechtliche Grenzen beim Sale-and-lease-back, S. 2 f., 115, 122.

30 Zu Einzelheiten der Leistungserbringung s. unten, S. 189 ff., 410 ff.

Privater, ist er weiterhin gefordert, eine adäquate Aufgabenerfüllung zu gewährleisten. Wird der erfüllende Wohlfahrtsstaat überlagert und zum Teil ersetzt durch einen ermöglichenden Gewährleistungsstaat³¹, wandelt sich seine Funktion also graduell von einem „Providing“ zu einem „Enabling“;³² so trägt er anstelle einer „Erfüllungsverantwortung“ eine „Gewährleistungsverantwortung“.³³ Aber wird der Staat dieser Verantwortung gerecht? Seit langem berichtet die Presse von Pflegeskandalen – angefangen von Meldungen über das Versagen der staatlichen Heimaufsicht³⁴ und die „Not in den Heimen“³⁵ bis hin zur Berichterstattung über den „Todespfleger von Sonthofen“³⁶. Fälle mit Stürzen von Heimbewohnern mit zum Teil tödlichem Ausgang beschäftigen die Gerichte³⁷, der Bundestag kritisiert „unerträgliche Mißstände“³⁸, und die juristische Literatur weist auf ein ungelöstes Pflegeproblem hin.³⁹ All dies läßt Zweifel an der Effektivität der staatlichen Einflußnahme auf den privaten Sektor aufkommen. Kommt nicht dem Staat eine „Gewährleistungsverantwortung“ für die stationäre Langzeitpflege zu und wenn ja, was ist ihr Inhalt und wie kommt der Staat ihr nach? Für welche Pflegestandards auf einer Skala zwischen einer „Sauber-satt-trocken-Pflege“ einerseits und einer optimalen Pflege nach „Wellness-Hotel-Standard“ andererseits übernimmt der Staat die Verantwortung und mit welchen Instrumenten gewährleistet er, daß die Leistungserbringung, die weitgehend durch private Dritte erfolgt, die intendierte Qualität aufweist?

B. Eingrenzung

Den Gegenstand dieser Arbeit bildet ein Ausschnitt aus dem breiten Spektrum der Heranziehung Privater zur Erbringung von Leistungen mit einem funktionalen Bezug zu staatlichen Aufgaben, nämlich die Einbeziehung des privaten Sektors in die Erbringung

31 Zum Leitbild des „Gewährleistungsstaats“ unten, S. 92 ff.

32 *Gilbert/Gilbert*, *The Enabling State*, 1989; *Gilbert*, *The Enabling State*, 2005; *Hoffmann-Riem*, *Modernisierung von Recht und Justiz*, S. 24.

33 Vgl. etwa *Hoffmann-Riem*, *Modernisierung von Recht und Justiz*, S. 15 ff.

34 So etwa im Artikel „Pflege-Mängel in Deutschland: Hunderttausende Alte müssen hungern“ vom 14. Juni 2006, Spiegel Online, abrufbar unter <<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,421440,00.html>>; S. auch den Spiegel-Report „Da verliert der Mensch seinen Schatten“, *Der Spiegel* 1988, S. 104 ff.

35 SZ vom 15. Juli 2005, S. 1.

36 Stern.de vom 20. November 2006, abrufbar unter <<http://www.stern.de/panorama/todespfleger-von-sonthofen-getoetet-wie-am-fliessband-576753.html>>.

37 Etwa BGH, Urt. v. 14. Juli 2005, Az. III ZR 391/04 sowie BGH, Urt. v. 28. April 2005, Az. III ZR 399/04.

38 BT-Drs. 14/5395, S. 1.

39 *Zacher*, *Diskussionsbeitrag in VVDStRL 62*, S. 350. Vgl. auch *Vincent-Jones*, *Citizen Redress in Public Contracting for Human Services*, *The Modern Law Review*, vol. 68 (2005), S. 923, der von „severe economic difficulties and governance problems afflicting the nursing and residential care sectors“ spricht.

stationärer Langzeitpflegeleistungen. Weil zudem die Bewohner von Pflegeheimen im Durchschnitt deutlich über 80 Jahre alt sind,⁴⁰ liegt der thematische Schwerpunkt der Arbeit im Bereich der Altenpflege, ohne aber von vorneherein auf diese Gruppe von Leistungsempfängern begrenzt zu sein.

Die Inanspruchnahme stationärer Langzeitpflegeleistungen betrifft einen stark vom Sozialrecht⁴¹ geprägten Bereich der Lebenswirklichkeit. Den Blick für die Untersuchung des verantwortungsteilenden⁴² Zusammenwirkens von Staat und Privaten auf das Sozialrecht⁴³ zu richten, liegt nahe. Gerade in diesem Rechtsgebiet hat der Rückgriff auf Private zur Erfüllung staatlich gewährter Leistungen eine lange Tradition, „nirgendwo ist der moderne Staat [...] so sehr mit der Beteiligung Privater aufgewachsen wie im Sozialrecht“⁴⁴. Um so erstaunlicher ist es, daß das Sozialrecht in den aktuellen Diskussionen über das Verhältnis von öffentlichem und privatem Sektor nur eine untergeordnete Stellung einnimmt,⁴⁵ ein Defizit,⁴⁶ dem diese Arbeit ebenfalls begegnen soll.

So breitgefächert die Anwendungsbeispiele für eine Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten auf dem Gebiet des Sozialrechts einerseits sind, so unumgänglich ist es andererseits, sich bei dieser Arbeit, deren Konzeption über die deskriptive Darstellung der privaten Leistungserbringung hinausgeht, auf einen bestimmten Teilausschnitt zu konzentrieren. Die stationäre Langzeitpflege, also die vollstationäre Erbringung von

40 Nämlich 84 Jahre im Vereinigten Königreich (bezogen auf 2004, s. *Office of Fair Trading*, Care homes for older people, S. 20) und 82 Jahre in Deutschland (bezogen auf 2003, s. *Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, Erster Bericht über die Situation der Heime und die Betreuung der Bewohnerinnen und Bewohner, S. 106).

41 Zum Begriff des Sozialrechts allgemein *Zacher*, Was ist Sozialrecht?, in: Müller [Hrsg.], FS Horst Schieckel, S. 371 ff.; *Becker*, Sozialrecht und Sozialrechtswissenschaft, ZÖR 65 (2010), S. 611 ff.

42 Vgl. zur Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, S. 25, sowie ausführlich unten, S. 76 ff.

43 Zum Begriff des Sozialrechts allgemein vgl. *Zacher*, Was ist Sozialrecht?, in: Müller [Hrsg.], FS Horst Schieckel, S. 371 ff.

44 *Zacher*, Diskussionsbeitrag in VVDStRL 62, S. 349.

45 Breiter behandelt werden demgegenüber z.B. der Energie- und der Post- bzw. Telekommunikationssektor, vgl. etwas *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998; *König/Benz* [Hrsg.], Privatisierung und staatliche Regulierung. Bahn, Post und Telekommunikation, Rundfunk, 1997; *Freud*, Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation, NVwZ 2003, S. 408 ff.; *Burgi*, Die Umsetzungsebene der Gewährleistungsverantwortung, Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften 2007, S. 46 ff.; der defizitären Behandlung des Sozialrechts hilft mittlerweile das 2010 erschiene, von *Fehling* und *Ruffert* herausgegebene „Regulierungsrecht“ in gewissem Umfang ab, das die Regulierung der sozialen Infrastruktur im ambulanten (S. 788 ff., verfaßt von *Schuler-Harms*) und im stationären Sektor des Gesundheitswesens (S. 863 ff., verfaßt von *Hense*) beschreibt. Die Darstellung der stationären Langzeitpflege gerät durch ihre gemeinsame Abhandlung mit dem Krankenhaussektor dabei allerdings etwas knapp; auch *Reimer*, Qualitätssicherung, 2010, widmet dem Sozialrecht zwar eine gewisse Aufmerksamkeit (vgl. etwa S. 92 ff., 145 ff., 233 ff.), was gerade beim Thema der Qualitätssicherung sicherlich nahe liegt. Aufgrund des weitgezogenen Referenzgebiets, dem Recht der Dienstleistungen, kommen die sozialrechtlichen Spezifika der Qualitätssicherung dabei allerdings nicht zum Tragen.

46 Auch in der allgemeinen Verwaltungsrechtswissenschaft fand das Sozialrecht in den letzten Jahren – zu Unrecht – nur wenig Beachtung. S. hierzu *Becker*, Sozialrecht und Sozialrechtswissenschaft, ZÖR 65 (2010), S. 637 f. m.w.N.

Pflegeleistungen in Pflegeheimen, eignet sich hierfür aus folgenden Gründen besonders: Zum einen ist die Heranziehung des privaten Sektors in diesem Teilbereich stark ausgeprägt. In Deutschland etwa wurden im Jahr 2007 von den 9.919 zugelassenen⁴⁷ Pflegeheimen ca. 94 % von Trägern aus dem privaten (gewerblichen und freigemeinnützigen) Sektor betrieben,⁴⁸ die Situation in England stellt sich ähnlich dar (93 % in gewerblicher oder gemeinnütziger Trägerschaft).⁴⁹ Zum anderen betrifft die Erbringung von Langzeitpflegeleistungen einen besonders sensiblen Ausschnitt aus der Lebenswirklichkeit. Aufgrund des hohen Durchschnittsalters⁵⁰ der Pflegeheimbewohner sind viele von ihnen körperlich und oft auch geistig in hohem Maße auf die Hilfe der sie Pflegenden angewiesen und befinden sich daher auch in einer starken persönlichen Abhängigkeit von den im Heim erbrachten Leistungen. Gleichzeitig ist diese Personengruppe jedoch oftmals nicht mehr hinreichend in der Lage, die eigenen Bedürfnisse angemessen artikulieren, geschweige denn durchsetzen zu können.⁵¹ Daraus resultiert nicht nur eine gesteigerte Verantwortlichkeit der Heimträger, sondern gerade auch der Sozialstaat ist in besonderer Weise gefordert, steuernd auf die Leistungserbringung einzuwirken.

Zudem ist die Langzeitpflege ganz unmittelbar von den oben geschilderten demographischen Entwicklungen betroffen.⁵² Schätzungen zufolge werden in Deutschland im Jahre 2040 ca. 1 Million Menschen in Pflegeheimen leben.⁵³ Der Modernisierungsdruck, der aufgrund dieser Veränderungen auf den Sozialsystemen lastet, zwingt die Sozialstaaten nicht nur zum Nachdenken über Reformen. Er erfordert zugleich ein erhebliches Maß an Einflußnahme auf die privaten Leistungserbringer, wenn es darum geht, sozialpolitische Ziele wie etwa die im Rahmen des OMK-Prozesses entwickelten umzusetzen. Hierbei geht es neben der Qualität von Pflegeleistungen auch darum, deren Zugänglichkeit zu gewährleisten. Dies betrifft unter anderem die Sicherstellung einer ausreichenden Pflegeinfrastruktur, ein Aspekt, der besonders bei stationären Pflegeleistungen hohe Anforderungen an das verantwortungsteilende Zusammenwirken von Staat und privaten Leistungserbringern stellt.

Trotz des relativ eng gehaltenen Untersuchungsgegenstandes sollen die Ergebnisse dieser Arbeit aber über die stationäre Langzeitpflege und das Sozialrecht hinaus Geltung beanspruchen können. Dementsprechend behandelt diese Arbeit Fragestellungen, die ganz allgemein, d.h. unabhängig vom konkret betrachteten Lebensbereich bei der Einbeziehung von Privaten in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben auftreten können.

47 Gemeint sind die für die Leistungserbringung in der Pflegeversicherung gem. § 72 SGB XI zugelassenen Heime.

48 Statistisches Bundesamt, Pflegestatistik 2007. Ländervergleich – Pflegeheime, S. 8.

49 Vgl. *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 121.

50 Siehe oben, Fn. 40.

51 Auf diesen Befund deuten empirische Untersuchungen im Bereich der Erbringung sozialer Dienstleistungen hin, vgl. *Ryan*, *Competitive Delivery of Social Services*, *Australian Journal of Public Administration*, 54 (1995), S. 355 ff.

52 Siehe oben S. 25 f.

53 *Meyer*, Eine Prognose zum zukünftigen Bedarf in der stationären Altenhilfe, *ZSR* 2003, S. 332.

C. Erkenntnisziele

Das allgemeinste Erkenntnisziel dieser Arbeit besteht darin, dem Leser neben dem deutschen vor allem auch das hierzu völlig unterschiedlich konzipierte englische System der sozialen Sicherheit im Bereich der stationären Langzeitpflege nahezubringen. Über diese Systemdarstellung hinaus soll der Themenkomplex unter einer ganz bestimmten Perspektive analysiert werden. Ausgangspunkt hierfür ist die Überlegung, daß sich der Staat trotz der Einbeziehung des privaten Sektors aufgrund der ihm gegenüber seinen Bürgern zukommenden sozialen Verantwortung keineswegs vollumfänglich aus den mit der Langzeitpflege zusammenhängenden Aufgabenfeldern zurückzieht. Die betreffenden Aufgaben bleiben in der Regel öffentliche⁵⁴, und der Gewährleistungsstaat stellt den Rahmen und die strukturierenden Vorgaben für Aufgabenwahrnehmung und Problemlösungen durch Private bereit,⁵⁵ indem er gezielt auf gesellschaftliche Abläufe einzuwirken, sie also zu „steuern“ oder zu „regulieren“ versucht.⁵⁶ Diese steuernde Einflußnahme des Staates auf Private, in der sich die staatliche Rolle im verantwortungsteilenden Zusammenwirken zwischen beiden Sektoren manifestiert, bildet den zentralen Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit. Aus der Perspektive des Staates als steuerndem Akteur verfolgt die Arbeit in einem Rechtsvergleich der stationären Langzeitpflegesysteme Englands und Deutschlands die folgenden Ziele:

Zunächst soll gewissermaßen ein Fundus verschiedenster Instrumente herausgearbeitet werden, mit denen der Staat den privaten Sektor steuert, wenn er ihn in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in der stationären Langzeitpflege einbezieht. Zu diesem Zweck werden nicht nur das für die Privaten verbindliche rechtliche Instrumentarium, sondern auch sonstige Maßnahmen, mit denen der Staat unmittelbar oder mittelbar bestimmte Ziele bezogen auf die Pflege in Heimen erreichen möchte, betrachtet. Die einzelnen Instrumente sollen dabei nach ihrer jeweiligen Zielsetzung systematisiert und – weil das komplexe Ineinandergreifen der Steuerungsprogramme nur in einer Zusammenschau erfaßt werden kann –⁵⁷ in ihrem Zusammenwirken mit anderen Mechanismen, also gewissermaßen als „Steuerungsbündel“⁵⁸, beschrieben werden. Eine besondere Fragestellung ergibt sich in diesem Zusammenhang aus dem Umstand, daß dem Heimaufenthalt zwar der meisten, aber eben gerade nicht aller Bewohner leistungrechtlich eine Dreieckskonstellation zugrunde liegt: in aller Regel erbringen die Heimträger des privaten Sektors (Leistungserbringer) stationäre Langzeitpflegeleistungen für Heimbewohner

54 Zum Begriff der „öffentlichen Aufgaben“ unten, S. 57 ff.

55 *Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Modernisierung von Recht und Justiz, S. 24.

56 *Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Modernisierung von Recht und Justiz, S. 31.; näher zum hier verwendeten Begriff der „Steuerung“ unten, S. 95 ff.

57 So auch *Schuppert*, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, S. 83.

58 *Trute*, Verantwortungsteilung, in: *Schuppert* [Hrsg.], *Jenseits Privatisierung und „schlankem“ Staat* S. 22, verwendet im Zusammenhang mit diesem „Steuerungsbündel“ den Begriff der „Regelungsstruktur“, mit dem er alle für die Regulierung eines bestimmten Aufgabenfeldes wichtigen Regelungsinstanzen und Regelungsinstrumente bezeichnet und damit – anders als hier – die staatliche Steuerungsperspektive verläßt.

(Leistungsempfänger), die hierauf gegenüber staatlichen Stellen (Leistungsträger) einen sozialrechtlichen Anspruch haben, dessen Erfüllung aber eben nicht eigenhändig, sondern durch Rückgriff auf den privaten Sektor erfolgt. Dieses Leistungserbringungs-dreieck bedingt gesteigerte Anforderungen an das steuernde Einwirken des Staates, weil dieser sicherstellen muß, daß nicht – wie aber bemängelt wird – „ein großer Graben zwischen dem Zugesagten und dem Erbrachten“⁵⁹ entsteht. Daneben gibt es jedoch auch einen Kreis von Bewohnern, die ihren Heimaufenthalt gänzlich in eigener Regie, also außerhalb des sozialrechtlichen Leistungsregimes finanzieren. Ungeachtet der fehlenden sozialrechtlichen Ansprüche wirkt der Staat jedoch auch mit Blick auf diese Personen steuernd auf die Heimbetreiber ein. Vor diesem Hintergrund soll die Arbeit bei der Darstellung der Steuerungsprogramme zugleich auch der Frage nachgehen, ob es hinsichtlich der eingesetzten Steuerungsinstrumente einen Unterschied macht, ob die stationäre Langzeitpflege als sozialrechtliche Leistung erbracht wird oder nicht, und wenn ja, in welchem Verhältnis die Instrumentarien aus „subjektiver Berechtigung“ versus „objektiver Ordnung“⁶⁰ zueinander stehen.

Der rechtsvergleichende Ansatz der Arbeit erfüllt in diesem Zusammenhang zwei Funktionen: zum einen soll er den Fundus der Steuerungsinstrumentarien erweitern, indem er zu den in Deutschland eingesetzten auch die hiervon teilweise abweichenden Steuerungskonzepte, die in England herangezogen werden, vorstellt. Zum anderen soll der Rechtsvergleich gerade auch in den Bereichen, in denen in einer der Rechtsordnungen ein „Steuerungsdefizit“ zu konstatieren ist, den Blick auf die jeweils andere Rechtsordnung ermöglichen um festzustellen, ob die Probleme mit den dort eingesetzten Instrumenten in gleicher Weise virulent werden. Hierbei ist jedoch auf zwei Einschränkungen hinzuweisen, die es im Kontext mit den „Steuerungsdefiziten“, also dem Zurückbleiben der erwarteten Ergebnisse hinter den sozialpolitischen Zielsetzungen, zu beachten gilt: zum einen kommt dem Staat bei der Festlegung der jeweiligen Sollzustände ein weiter Spielraum zu, so daß sich die Zielsetzungen in den beiden Vergleichsrechtsordnungen nicht immer decken. Zum anderen sind die Staaten allenfalls in einem sehr begrenzten Rahmen verpflichtet, bestimmte Steuerungsziele auch tatsächlich zu erzielen. Wenn insofern von „Steuerungsdefiziten“ die Rede ist, handelt es sich demnach in aller Regel nicht um rechtlich, sondern lediglich um empirisch festzustellende Defizite.

Weil Steuerung zudem nicht im Sinne linearer, monokausaler Zusammenhänge verstanden werden kann, sondern unter verschiedenen ungewissen Bedingungen mit dynamischen Rückkoppelungen in einem komplexen System abläuft,⁶¹ kann diese Arbeit mit der ihr zur Verfügung stehenden juristischen Methodik auch nicht der Steuerungseffektivität einzelner Instrumentarien im Einzelnen nachgehen oder gar die Steuerungswirklichkeit in ihrer Gesamtheit beleuchten.⁶² Solche mit Vollzug und Implementation

59 Zacher, Diskussionsbeitrag in VVDStRL 62, S. 349.

60 Vgl. Zacher, Vorfragen, S. 34.

61 Vgl. Hoffmann-Riem, Modernisierung von Recht und Justiz, S. 32.

62 Zu den Grenzen der juristischen Betrachtung siehe auch Hoffmann-Riem, Modernisierung von Recht und Justiz, S. 199; auch mit der Methodik des (funktionalen) Rechtsvergleichs lassen sich

von Normen und Maßnahmen zusammenhängende Fragestellungen müssen vielmehr von den empirisch arbeitenden Wissenschaften untersucht werden.⁶³ Freilich aber wird dort, wo Erkenntnisse insbesondere der soziologischen Wissenschaften über bestimmte Steuerungsinstrumente und -ziele vorliegen, zur Ergänzung der juristischen Systematisierung auf diese zurückgegriffen werden, hängt doch das „Erfassen, Verstehen und Bewerten von Sozialrecht [...] in relativ hohem Maß von den korrespondierenden und umgebenden Sozialstrukturen ab“⁶⁴. Die aufgeworfenen Fragestellungen bleiben nichtsdestotrotz genuin juristische, weil sie sich auf eine systematische Analyse des rechtlichen oder doch zumindest des in die rechtlichen Strukturen eingefügten Steuerungsinstrumentariums beziehen.

Ein weiteres Ziel der Arbeit besteht darin, die vom Staat zur Steuerung privater Akteure in der stationären Langzeitpflege eingesetzten Instrumentarien mit Blick auf ihre Wirkmechanismen und die ihnen zugrundeliegende Regulierungsmethodik zu untersuchen. Damit soll der Frage nachgegangen werden, inwiefern mit dem Wandel vom erfüllenden Wohlfahrtsstaat zum ermöglichenden, auf den Beitrag Privater zurückgreifenden Gewährleistungsstaat zugleich eine Abkehr von klassischen, hoheitlich-imperativen Regulierungsmechanismen verbunden ist, die sich auf die unmittelbare Geltungskraft und gegebenenfalls die zwangsweise Durchsetzbarkeit rechtlicher Ge- und Verbote stützen. Zu diesem Zweck wird die Arbeit untersuchen, in welchem Verhältnis „moderner“ Regulierungsansätze, mit denen auf das konstatierte „Steuerungsversagen des Staates“ reagiert werden sollte, zur traditionellen Regulierung im Sinne von „*command and control*“⁶⁵ stehen.

Schließlich soll die vorliegende Untersuchung zu einem genaueren Verständnis dessen beizutragen, was unter den Begriffen der *staatlichen Verantwortung* und der *Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten* im Allgemeinen zu verstehen ist und welche Aussagekraft dem in der aktuellen Diskussion des modernen Staatsverständnisses vielgebrauchten Leitbild des Gewährleistungsstaats zukommt. Hierzu geht die Arbeit der Frage nach, ob es bezogen auf die stationäre Langzeitpflege in Deutschland und England gerechtfertigt ist, von einem verantwortungsteilenden Zusammenwirken zwischen Staat und Privaten zu sprechen, worin sich insbesondere die staatliche Verantwortung in diesem Bereich ausdrückt und ob darüber hinaus das vielzitierte Leitbild des Gewährleistungsstaates eine zutreffende Beschreibung für die Rolle des Staates ist, die dieser im Langzeitpflegesystem einnimmt.

solche evaluierenden Aussagen über die Steuerungseffektivität nicht treffen, vgl. *Michaels*, *The Functional Method of Comparative Law*, S. 373 ff.; skeptisch hinsichtlich der Möglichkeit einer Effizienzbewertung speziell in der Sozialrechtsvergleichung auch *Becker*, *Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht*, S. 22 f.

63 Vgl. zur Implementationsforschung etwa *Hansmeyer/Mayntz/Derlien/Bohne*, *Vollzugsprobleme der Umweltpolitik*, 1987; *Mayntz* [Hrsg.], *Implementation politischer Programme*, 1983. Zu Zielen und Methoden der Rezeptionsforschung vgl. *Hänlein*, *Sozialrechtsvergleich als Rezeptionsforschung?*, *ZIAS* 1998, S. 104 ff.

64 *Zacher*, *Vorfragen*, S. 29.

65 Dazu ausführlich unten, S. 113 f.

Auch wenn diese Arbeit thematisch Berührungspunkte mit der Diskussion um die Privatisierung von Staatsaufgaben aufweist, sollen in ihr nicht die Fragen nach der Privatisierungsfähigkeit oder dem Sinn und Zweck einer Aufgabenübertragung auf Private in der stationären Langzeitpflege aufgeworfen werden. Die vorliegende Untersuchung analysiert zwar eine Konstellation, in der der Staat den privaten Sektor zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben heranzieht. Ob der Staat die betreffende Aufgabe vormals aber selbst ausgeführt hat, ob es also zu einer Privatisierung im Sinne eines „*outsourcing*“ gekommen ist, ist für die hier beleuchteten Fragestellungen nicht von Bedeutung, weil diese rechtsvergleichende Untersuchung nicht als Entwicklungs- oder Tendenzvergleich⁶⁶ angelegt ist. Weil sich die aufgeworfenen Fragen andererseits aber mit einem Teilaspekt der Aufgabenprivatisierung, nämlich dem des „Privatisierungsfolgenrechts“⁶⁷, überschneiden, soll in der Grundlegung der Arbeit kurz auch der Zusammenhang zur Privatisierungsdiskussion hergestellt werden.

D. Methodik der Rechtsvergleichung und Auswahl der Vergleichsländer

I. Ziel und Gegenstand der Rechtsvergleichung

Die Arbeit verfolgt einen rechtsvergleichenden Ansatz. Dies nicht, weil der Autor das strenge Urteil von *Jhering* teilen würde, wonach die „zur Landesjurisprudenz degradiert[e]“⁶⁸ Rechtswissenschaft eine „demütigende, unwürdige Form für eine Wissenschaft“⁶⁹ sei, sondern weil er bezogen auf die vergleichende Jurisprudenz darin mit ihm übereinstimmt, daß „ihr Blick ein weiterer, ihr Urteil ein reiferes“⁷⁰ sind. Als Ziele⁷¹ der Rechtsvergleichung werden – wenngleich in unterschiedlicher Rangfolge⁷² – Erkenntnisgewinn⁷³, also das bessere „Erfassen, Verstehen und Bewerten von Recht“⁷⁴,

66 Vgl. *Zacher*, Vorfragen, S. 31.

67 S. hierzu unten, S. 62.

68 *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Teil 1, S. 15.

69 *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Teil 1, S. 15; ähnlich *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 13: „Keine Wissenschaft kann es sich leisten, sich allein auf Erkenntnisse zu stützen, die innerhalb ihrer nationalen Grenzen produziert worden sind.“

70 *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Teil 1, S. 15.

71 Ausführlich zu den Funktionen speziell der funktionalen Methode der Rechtsvergleichung *Michaels*, *The Functional Method of Comparative Law*, S. 363 ff.; zur Kritik an der Frage nach den Zielen der Rechtsvergleichung im Bezug auf deren praktische Anwendungsmöglichkeiten vgl. *Sacco*, Rechtsvergleichung, S. 13 ff.

72 Zur „Gewichtung“ der Ziele vgl. *Graser*, Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit, S. 110 f.

73 Statt vieler *Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, S. 90; *Constantinesco*, Rechtsvergleichung, Bd. II, S. 334 f.; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 13. *Eichenhofer*, Sozialrechtsvergleichung, NZS 1997, S. 97; *Michaels*, *The Functional Method of Comparative Law*, S. 364 ff.; zur Interdependenz zwischen Rechtsvergleichung und Erkenntnisgewinn s. *Sacco*, Rechtsvergleichung, S. 21: „Die Vergleichung folgt der Kenntnis der Modelle. [...] Aber die vergleichenden

sowie die Anreicherung des „Vorrates an Lösungen“⁷⁵ für die rechtliche Bewältigung von Konflikten genannt. Beide Ziele hat – wie dargelegt – auch diese Arbeit. Denn obgleich sich das eingangs beschriebene Herausarbeiten und Analysieren eines Fundus an Steuerungsinstrumenten vordergründig allein auf die Anreicherung des Lösungsvorrates zu beziehen scheint, ist doch die dafür erforderliche systematisierende Untersuchung umgekehrt nicht ohne ein Erfassen und Verstehen des eigenen wie des fremden Rechts denkbar.⁷⁶

Gegenstand der Rechtsvergleichung ist der Vergleich gegenwärtig geltender nationaler⁷⁷ oder inter- und supranationaler⁷⁸ Rechte. Anders als der Makrovergleich, der sich mit den Rechtskreisen oder Rechtssystemen im Ganzen befaßt und sich deren wesentlichen Stilmerkmalen wie der geschichtlichen Entwicklung, der kennzeichnenden juristischen Denkweise, den Rechtsquellen, Interpretationsmethoden und Verfahrensweisen im Umgang mit dem Rechtsstoff sowie den Verfahren der Schlichtung und Entscheidung von Streitigkeiten widmet,⁷⁹ beschäftigt sich der Mikrovergleich mit einzelnen Rechtsinstituten oder Rechtsproblematiken, somit mit den Regeln, nach denen bestimmte Sachprobleme oder Interessenskonflikte in den zu vergleichenden Rechtsordnungen gelöst werden.⁸⁰

Die vorliegende Arbeit unterfällt demnach der Kategorie des Mikrovergleichs, weil sie Normen und Normkomplexe der deutschen und der englischen Rechtsordnung in Bezug auf das spezifische Sachproblem der staatlichen Verantwortung für die Erbringung stationärer Pflegesozialleistungen vergleicht. Daß dieses Sachproblem weit gefaßt ist, steht der getroffenen Einordnung nicht entgegen. Denn einerseits muß das genannte Sachproblem, um für den Vergleich handhabbar zu sein, ohnehin auf konkretere Einzelprobleme zurückgeführt werden. Und zum anderen sind die Grenzen zwischen Mikro-

den [...] Wissenschaften wissen [...], daß die Kenntnis der Modelle gerade durch die Vergleichung wächst.“

74 Zacher, Vorfragen, S. 22.

75 Vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 14 und *Rheinstein*, Rechtsvergleichung, S. 26; vgl. auch – speziell zum Rechtsvergleich mit dem Gegenstand von Pflegebedürftigkeit und Behinderung im Recht der sozialen Sicherheit – *Igl*, Pflegebedürftigkeit, ZIAS 2003, S. 336 ff.

76 Zum Konnex zwischen der besseren Erkenntnis und der Anreicherung des Lösungsvorrates vgl. auch Zacher, Vorfragen, S. 22 f. sowie Graser, Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit, S. 111.

77 Auf nationale Rechtsordnungen beschränkt etwa *Eichenhofer*, Sozialrechtsvergleichung, NZS 1997, S. 97 f.

78 Allgemein zum Einbezug supra- oder internationalen Rechts in die Rechtsvergleichung vgl. etwa Zacher [Hrsg.], Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts. Dieser Einbezug kann nicht nur im Wege eines „vertikalen“, sondern auch im Rahmen eines „horizontalen“ Rechtsvergleichs erfolgen, vgl. Zacher, Horizontaler und vertikaler Sozialrechtsvergleich, S. 21, 26; zur beim Einbezug inter- und supranationalen Rechts in einen Vergleich bestehenden Gefahr der Verwechslung mit einer Überprüfen („testing“) der nationalen Rechtsordnung vor diesem Hintergrund vgl. *Pieters*, S. 727.

79 *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 4, *Ebert*, Rechtsvergleichung, S. 23; vgl. auch *Rheinstein*, Rechtsvergleichung, S. 33; *Eichenhofer*, Sozialrechtsvergleichung, NZS 1997, S. 100; Zacher, Vorfragen, S. 26; *Constantinesco*, Rechtsvergleichung, Bd. II, S. 259.

80 *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 4.

und Makrovergleichung keineswegs so strikt,⁸¹ wie es die Begriffe suggerieren: auch die Mikrovergleichung darf die Untersuchung konkreter Details eines Rechtssystems nicht als isolierte Gegebenheiten verstehen, sondern muß diese als Teil des jeweiligen Rechtssystems und vor dem jeweiligen nationalen rechtsdogmatischen Hintergrund⁸² betrachten. Ihre Bedeutung kann somit erst im Zusammenhang mit dem allgemeinen institutionellen Ambiente der ausländischen Rechtsordnung und den jeweiligen sozio-kulturellen Gegebenheiten erfasst werden.⁸³

II. Methodik der Rechtsvergleichung

Da die Rechtsvergleichung über die bloße, unverbundene Nebeneinanderstellung verschiedener Rechtsordnungen hinausgeht,⁸⁴ die für sich genommen noch keinen Erkenntnisgewinn bringt, bedarf sie zur Erreichung der mit ihr bezweckten Ziele einer spezifischen Methodik. Grundvoraussetzung für einen Erkenntnisgewinn ist die Vergleichbarkeit der zu vergleichenden Elemente.⁸⁵ Im Zentrum der Methodik des Rechtsvergleichs steht damit die Suche nach einem geeigneten *tertium comparationis*, also einer gemeinsamen, universalen Grundlage aller in die Vergleichung einzubeziehenden Rechtsnormen.⁸⁶ Dies führt zur Frage nach den Kriterien, die das im Mittelpunkt des Mikrorechtsvergleichs stehende gemeinsame Sachproblem erfüllen muß, damit es eine geeignete Vergleichsgrundlage bildet. Einigkeit herrscht darüber, daß das *tertium comparationis* so gestaltet sein muß, daß der vergleichende Blick nicht durch eine aus der eigenen Sprache und der Dogmatik und Systematik der eigenen Rechtsordnung resultierende Voreingenommenheit verstellt wird.⁸⁷ Hinsichtlich der Anforderungen an die Formulierung der Vergleichsgrundlage werden verschiedene Ansätze vorgeschlagen: es

81 So auch *Rheinstein*, Rechtsvergleichung, S. 31; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 5.

82 Zur aus der Rechtsbezügigkeit folgenden nationalen Prägung der Rechtsdogmatik s. *Becker*, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, S. 13.

83 *Rheinstein*, Rechtsvergleichung, S. 32; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 5; *Michaels*, The Functional Method of Comparative Law, S. 362, 365; vgl. auch *Graser*, Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit, S. 112.

84 So bereits *Zitelmann*, Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung, DJZ 1900, S. 329; die Rechtsvergleichung geht insbesondere auch über die Auslandsrechtskunde hinaus, vgl. *Maydell*, Die internationale Dimension des Sozialrechts, ZIAS 1987, S. 15 f.

85 *Salomon*, Grundlegung zur Rechtsphilosophie, S. 33: „Die Einheitlichkeit des Problems ist es, die deren Vergleichbarkeit gewährleistet. Rechtsvergleichung ist Vergleichung der Lösung eines einheitlichen Problems.“ Vgl. allgemein zur Frage nach der Vergleichbarkeit statt vieler etwa *Constantinesco*, Rechtsvergleichung, Bd. II, S. 68 ff.

86 *Ebert*, Rechtsvergleichung, S. 26; *Michaels*, The Functional Method of Comparative Law, S. 367 ff.

87 Vgl. statt vieler etwa *Großfeld*, Kernfragen, S. 106 ff.; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 33 f; *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 13; *Sommermann*, DÖV 1999, S. 1018; *Zimmermann*, RabelsZ 65 (2001), S. 36; speziell zum Problem der Sprache bei der Rechtsvergleichung vgl. *Sacco*, Rechtsvergleichung, S. 33 ff., *Großfeld*, Macht und Ohnmacht, S. 179 ff., sowie – bezogen auf die Vergleichung öffentlichen Rechts – *Trantas*, Rechtsvergleichung, S. 77 ff.

wird gefordert, der Bezugspunkt für den Rechtsvergleich müsse „vorrechtlich“⁸⁸, „exogen“⁸⁹ oder „rein funktional gestellt“⁹⁰ sein. Diese Ansichten unterscheiden sich zwar darin, daß sie unterschiedliche Dinge betonen. Im Kern der Aussage widersprechen sie sich aber nicht. Die Forderung nach einer „exogenen“ Problemformulierung hebt hervor, daß ein außerhalb der Vergleichsrechtsordnungen liegender Blickwinkel eingenommen werden muß. Darunter ist eine Fragestellung zu verstehen, die von den konkreten Rechtsordnungen oder einer bestimmten Rechtssprache losgelöst formuliert ist. Diese strikte Position wird dann aber dahingehend aufgegeben, als zur Problemformulierung auch eine nicht in den Vergleich involvierte supra- oder internationale Rechtsordnung mit ihren Begrifflichkeiten herangezogen werden kann.⁹¹ Gleiches muß aber für die „vorrechtliche“ Problemformulierung gelten: bei dieser kommt es zwar vor allem darauf an, die Fragestellungen von juristischen Begrifflichkeiten zu entbinden, sie versteht darunter jedoch lediglich die „Formulierung eines vom positiven Recht der *vergliehenen* Rechtsordnungen ablösbaren, sachlich begrenzten Problems“⁹². Und schließlich bleibt auch der dem Funktionalitätsprinzip folgende Ansatz⁹³ nicht bei der – von ihm besonders betonten – Aussage stehen, daß „vergleichbar im Recht [...] nur [ist], was dieselbe Aufgabe, dieselbe Funktion erfüllt“⁹⁴, so daß das Sachproblem und nicht etwa dessen rechtliche Lösung die Vergleichsgrundlage bildet.⁹⁵ Als sogenannte „negative

88 Zacher, Vorfragen, S. 39, 41; Eichenhofer, Sozialrechtsvergleichung, NZS 1997, S. 99.

89 Pieters, Reflections, S. 725 ff.

90 Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, S. 33. Zum Funktionalitätsprinzip und zur funktionalen Rechtsvergleichung s. Esser, Grundsatz und Norm, S. 346 ff., 356 ff.; Ebert, Rechtsvergleichung, S. 26 ff.; Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, in: Zweigert/Puttfarcken [Hrsg.], Rechtsvergleichung, S. 88 f.; Rheinstejn, Rechtsvergleichung, S. 25 ff. m.w.N.; Sommermann, DÖV 1999, S. 1023; Becker, Staat und autonome Träger im Sozialleistungsrecht, S. 33; ders., Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, S. 20; Michaels, The Functional Method of Comparative Law, S. 339 ff., 356 ff.

91 Pieters, Reflections, S. 726: „It was already stated that [...] exogenous means [...] detached from any concrete legal system [...] This statement now needs to be nuanced somewhat in order to leave open the possibility to compare the comparable (elements of) social security systems by defining the research object in terms of a higher or alternatively legal order. Starting from a (legal) system that is involved in the comparison is fundamentally wrong [...]. On the other hand, it is sometimes useful and sensible to compare [...] national social security law on the basis of a research object that is formulated in terms of a supranational or international legal instrument.“

92 Zacher, Vorfragen, S. 36 f.

93 Streng genommen ist zwischen verschiedenen Ausprägungen der funktionalen Methode der Rechtsvergleichung zu unterscheiden. S. hierzu ausführlich Michaels, The Functional Method of Comparative Law, S. 343 ff., der zwischen sieben unterschiedlichen *concepts of functionalisms* differenziert, derer sich die Rechtsvergleichung bedient.

94 Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, S. 33; vgl. auch Sommermann, S. 1023; Michaels, The Functional Method of Comparative Law, S. 356 ff., 363 spricht insoweit von „*equivalence functionalism*“ bzw. von „*functional equivalence*“.

95 Cappelletti, In Honor of John Merryman, S. 6: „The *tertium comparationis* for the legal comparativist is not the legal solution given to a problem of societal live. [...] What must be similar to provide the proper basis for valuable comparative research is only *the problem itself* that demands a solution in terms of law“; Michaels, The Functional Method of Comparative Law, S. 367: „in reality, as long as institutions are non-universal, only problems can play the role of a constant.“

Seite des Funktionalitätsprinzips“⁹⁶ stellt der funktionale Ansatz ebenfalls Anforderungen an die Formulierung der Ausgangsfrage und fordert, „das zu untersuchende Problem [müsse] frei von den Systembegriffen der eigene Rechtsordnung formuliert werden.“⁹⁷

An der funktionalen Methode wurde in jüngerer Zeit Kritik laut.⁹⁸ Die Frage nach der Funktionalität setze stillschweigend die rationale Erkennbarkeit der Welt sowie die rationale Gestaltung der Gesellschaftsordnungen voraus, berücksichtige aber nicht hinlänglich, daß die genannten Zielvorgaben oftmals bloße Rhetorik seien und die wahren Ziele mitunter nicht genannt oder gar verschleiert würden. Statt dessen würden die Ziele aus eigener nationaler Sicht bestimmt.⁹⁹ Des weiteren wird Kritik an der Textbezogenheit („*textism*“) der bisherigen Rechtsvergleichung geübt, die die Einbettung der positiven Normen in das nationale Umfeld zu sehr außer Acht lasse.¹⁰⁰ Erforderlich sei vielmehr ein Kulturvergleich.¹⁰¹

Der Kritik ist zuzugeben, daß der isolierte Blick ins geschriebene Recht einen unvollständigen und mitunter verfälschten Einblick in eine fremde Rechtsordnung ergeben kann. Dies widerspricht jedoch nicht der funktionalen Fragestellung als solcher, sondern erfordert sie geradezu. Nur so ist zu vermeiden, daß einzelne rechtliche Regelungen in isolierter Betrachtung zum Vergleichsmaßstab gemacht werden. Auch ein rein textbezogener Ansatz kann beachtliche Ergebnisse erzielen, wenn er sich von einem naiven Textverständnis löst und die Einzelvorschriften im begrifflichen, systematischen und dogmatischen Zusammenhang des jeweiligen Rechtssystems erörtert.¹⁰² Bei der Frage, welche Instrumentarien in einzelnen Rechtsordnungen die vergleichsgegenständliche Funktion erfüllen, erfordert die funktionale Methode zudem keineswegs eine Fixierung auf das geschriebene, „harte“ Recht. Sie ist offen für „alles, was das Rechtsleben der herangezogenen Ordnung gestaltet oder mitgestaltet“¹⁰³, also auch für das „gelebte, praktizierte Recht“ („*law in action*“)¹⁰⁴, das von der Rechtsprechung geschaffene „Richterrecht“¹⁰⁵ und alle Arten von „weichen Rechtselementen“ („*soft law*“), denen zwar keine rechtliche Verbindlichkeit im eigentlichen Sinne, faktisch aber doch eine

96 *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 80.

97 *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 33.

98 Vgl. *Großfeld*, Neue Rechtsvergleichung, S. 211, nach dem es nicht mehr „*en vogue*“ sei, „funktionale Schneisen“ zu schlagen; vgl. auch ausführlich *Michaels*, The Functional Method of Comparative Law, S. 339 ff.

99 *Großfeld*, Neue Rechtsvergleichung, S. 211 f.

100 Vgl. *Großfeld*, Neue Rechtsvergleichung, S. 213, 215 ff.

101 *Großfeld*, Neue Rechtsvergleichung, S. 213.

102 *Sommermann*, Rechtsvergleichung, DÖV 1999, S. 1022.

103 *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 34; *Zacher*, Vorfragen, S. 32, spricht in diesem Zusammenhang vom „materiellen“ Vergleich, der alle Rechtsquellen unter „Hintanstellung“ ihrer Natur einbezieht.

104 Zum Spannungsverhältnis zwischen dem „*law in the books*“ und dem „*law in action*“ vgl. *Pieters*, Reflections, S. 721 ff.; zur Notwendigkeit der Einbeziehung in den Rechtsvergleich s. *Eichenhofer*, Sozialrechtsvergleichung, NZS 1997, S. 99.

105 Hierzu etwa *Müller*, Richterrecht, 1986.

ähnliche Bindungswirkung zukommt.¹⁰⁶ Hierfür ist die Einbeziehung kultureller Hintergründe unerlässlich.¹⁰⁷

Erkennt man darüber hinaus dem Recht (jedenfalls für entwickelte Gesellschaften) eine gewisse Steuerungsfähigkeit zu, so ist auch die Frage nach den mit dem Recht verfolgten Zielen keineswegs die von den Kritikern vorgebrachte „Crux“¹⁰⁸ der funktionalen Methode. Sicherlich liegen nicht alle Ziele eines Gesetzes stets auf der Hand, insbesondere nicht die mittelbar verfolgten Zwecke, und auch können Instrumente mit „latenten“, d.h. unbekanntem und unerwünschten Effekten verbunden sein.¹⁰⁹ Es ist jedoch überzogen, dem Gesetzgeber pauschal eine Verschleierung seiner Ziele vorzuwerfen, zumal Normen oftmals nicht isoliert, sondern in ihrem Regelungskomplex zum Vergleich stehen, der das Erkennen des für die Vergleichung entscheidenden objektiven Gesetzeszwecks erleichtert. Die Tatsache, daß dies nicht frei vom gesellschaftlichen Kontext geschehen kann, verlangt Umsicht bei der Feststellung der jeweiligen Gesetzesfunktion, macht die Eruiierung des Zwecks aber keineswegs unmöglich. Schließlich ist der Rückgriff auf den objektiven Gesetzeszweck kein allein von der Rechtsvergleichung herangezogenes Hilfsmittel. Bei der Rechtsanwendung findet er sich im anerkannten, klassischen Auslegungskanon als teleologische Interpretation von Rechtsnormen wieder,¹¹⁰ und auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip rekuriert auf den Gesetzeszweck.¹¹¹

Weil die funktionalistische Methode von der Zivilrechtsvergleichung entwickelt wurde,¹¹² stellt sich allerdings die Frage, ob das Vergleichen des öffentlichen Rechts allgemein und des Sozialrechts¹¹³ im besonderen speziellen Regeln folgen muß. Dies ist für die vorliegende Arbeit von besonderer Bedeutung, weil sich das zu vergleichenden staatliche Steuerungsinstrumentarium aus verschiedenen einzelnen Mechanismen zusammensetzt, die – erkennt man die Existenz von *public law* mit der überwiegend vertretenen Auffassung auch für die englische Rechtsordnung an¹¹⁴ – sowohl dem Privatrecht als auch dem öffentlichen Recht entstammen. Auch wenn das öffentliche Recht und insbesondere das Sozialrecht durch Eigenheiten gekennzeichnet sind, die vor allem

106 Vgl. etwa *Ehricke*, „Soft law“ - Aspekte einer neuen Rechtsquelle, NJW 1989, S. 1907.

107 *Michaels*, The Functional Method of Comparative Law, S. 364.

108 *Großfeld*, Neue Rechtsvergleichung, S. 212.

109 Vgl. *Michaels*, The Functional Method of Comparative Law, S. 352 f., ff.

110 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 149 ff., 153 ff.

111 Das Verhältnismäßigkeitsprinzip (*proportionality test*) spielte im englischen Recht bislang eine im Vergleich zur deutschen Rechtsordnung begrenzte Rolle, gewinnt jedoch insbesondere seit der Einführung des Human Rights Acts 1998 zunehmend an Bedeutung. Ausführlich hierzu *Craig*, Administrative Law, S. 622 ff.

112 Zur zivilistischen Ausrichtung vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 33 ff. sowie *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 74 f.; dies bedeutet jedoch nicht, daß der Rechtsvergleich im Zivilrecht eine längere Tradition besitzen würde als im Privatrecht, vgl. hierzu *Becker*, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, S. 20.

113 Zum Rechtsvergleich im Sozialrecht aus jüngster Zeit etwa *Becker*, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, S. 20 ff.

114 Hierzu sowie zur in der englischen Rechtsordnung vorherrschenden Skepsis gegenüber einem Sonderrecht des Staates *Grienberger/Zingerle*, Kooperative Instrumente, S. 80 ff.

die Betrachtung des jeweiligen außerrechtlichen Kontextes erfordern,¹¹⁵ so dürfte die eine spezifisch öffentlich-rechtliche comparative Methode schon aus sachlich-logischen Gründen nicht in Betracht kommen,¹¹⁶ weil sich die Methodik grundsätzlich nach der Logik des Vergleichens und den zu beantwortenden Fragestellungen bestimmt, nicht aber nach dem Vergleichsgegenstand. Die funktionale Methode findet daher auch beim Vergleich von Sozialrecht oder sonstigem öffentlichen Recht Anwendung.¹¹⁷ Die nicht immer klar zu zeichnende Grenzlinie zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht sowie die vielfach bestehende Austauschbarkeit der Rechtsformen bestätigen dieses Ergebnis.¹¹⁸

Alle genannten methodischen Ansätze verlangen, die Vergleichsgrundlage frei von Rechtsbegriffen der verglichenen Rechtsordnungen zu formulieren. Diese – methodisch richtige – Forderung nach einer neutralen Formulierung läßt allerdings nicht den Schluß zu, daß von einem nationalen Vorverständnis geprägte Anknüpfungspunkte wie etwa eine bestimmte Institution, eine Handlungsform oder auch ein Text keine tauglichen Ausgangspunkte für einen Rechtsvergleich darstellen könnten.¹¹⁹ Häufig wird gerade erst die Beschäftigung mit einer konkreten, zunächst im nationalen Rechtskontext betrachteten Fragestellung das Interesse an einem Rechtsvergleich auslösen. Um so wichtiger ist es allerdings, das betreffende Sachproblem anschließend seines positivrechtlichen Kontextes zu entheben.¹²⁰

Da das Erkenntnisinteresse dieser Arbeit auf die Herausarbeitung verschiedener Wahrnehmungsmodalitäten der staatlichen Verantwortung, dabei insbesondere auf die Evaluierung einzelner Steuerungsinstrumente gerichtet ist, auf die der Staat gegenüber privaten Akteuren in der stationären Langzeitpflege zurückgreift, kann bei allem Bemühen um eine Abstraktion von den rechtlichen Rahmenbedingungen eine im strengen Sinne „vorrechtliche“ Formulierung des *tertium comparationis* schon deswegen nicht gelingen, weil etwa Begriffe wie „Staat“ und „Private“ nicht losgelöst von den jeweiligen staatsrechtlichen Konzepten beschrieben werden können.¹²¹ Anders als die vorgenannten methodischen Grundsätze es suggerieren, bleibt ein Vergleich damit aber trotz-

115 Vgl. *Trantas*, Rechtsvergleichung, S. 72 ff.; *Bernhardt*, ZaöRV 24 (1964), S. 432 ff.; zur Bedeutung der jeweiligen Sozialstrukturen für sozialrechtliche Normen vgl. *Maydell*, ZIAS 1987, S. 17. Allgemein zu den Besonderheiten, die das öffentliche Recht als Vergleichsgegenstand mit sich bringt, *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 85 ff.; *Trantas*, Rechtsvergleichung, S. 63 ff.; zu den Eigenarten des Sozialrechtsvergleichs vgl. etwa *Zacher*, Vorfragen, S. 27 ff.

116 *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 85; *Mössner*, Rechtsvergleichung, AöR 99 (1974), S. 223 ff., 242.

117 *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 85; *Constantinesco*, Rechtsvergleichung, Bd. II, S. 66 ff.; *Sommerrmann*, DÖV 1999, S. 1023; *Markesinis*, S. 44; für den Sozialrechtsvergleich vgl. *Pieters*, Reflections, S. 725 f.

118 Zu restriktiv daher *Bernhardt*, ZaöRV 24 (1964), S. 436, der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht nur als Institutionenvergleich für möglich erachtet.

119 *Becker*, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, S. 25.

120 So auch *Becker*, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, S. 26.

121 Vgl., bezogen auf „Staat“ und „Gesellschaft“, *Rupp*, HdbStR II, § 31 Rn. 2; zur Unterstellung des Vorhandenseins eines handlungsfähigen Staates im Rechtsvergleich s. auch *Becker*, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, S. 26 f.

dem möglich. Denn ungeachtet der Frage, ob das Postulat einer vorrechtlichen Problemformulierung überhaupt erreichbar ist,¹²² kann aus erkenntnistheoretischer Sicht eine das Vergleichsergebnis verfälschende nationale Voreingenommenheit auch dann ausgeschlossen werden, wenn dem Vergleich zwar nationale rechtliche Konzepte zugrunde liegen, diese aber entweder in allen verglichenen Ländern einen identischen Inhalt haben (was aufgrund der Einbettung der Normen in den jeweiligen gesellschaftlichen Kontext ein sehr seltener und wohl nur bei einfachsten rechtlichen Gestaltungen möglicher Fall sein dürfte) oder wenn sich die Konzepte zwar unterscheiden, sie aber einen gemeinsamen Kernbereich aufweisen und es bei dem Vergleich nur auf diesen, nicht aber auch auf die konkrete, differierende Ausgestaltung des Randbereiches ankommt.¹²³ Geeignete Vergleichsgrundlage ist im letztgenannten Fall der „größte gemeinsame Nenner“ der zu vergleichenden Rechtsordnungen. Daß dieser mitunter einen rechtlichen Gehalt hat, stört solange nicht, als es sich um einen *gemeinsamen* Nenner handelt und somit das für die Erzielbarkeit von Ergebnissen oberste Gebot der Vergleichbarkeit gewahrt ist.

Der hermeneutische Zirkel, der auftritt, wenn zur Bestimmung des *tertium comparationis* bereits eine vergleichende Perspektive bezogen werden muß, widerspricht diesem Ansatz nicht. Dieses Dilemma resultiert nicht aus dem Rückgriff auf (auch) rechtliche Gemeinsamkeiten, sondern ist der Formulierung der Ausgangsfrage unabhängig davon stets in einem bestimmten Umfang immanent.¹²⁴ Im Übrigen erfordert die Entwicklung der Vergleichsgrundlage ein ähnliches „Hin- und Herwandern des Blickes“¹²⁵ bzw. „Hin- und Herschauens“¹²⁶, wenn ihr nur ein konkretes und begrenztes Sachproblem zugrunde liegt: „Der Weg kann vom Sozialproblem über seine Rechtsfrage zur rechtlichen Regelung führen. Und er kann von der rechtlichen Regelung zum Sozialproblem führen. [...] Jedoch vollzieht sich in der Wirklichkeit dieser Prozeß nicht allein in eine Richtung. Wie mancher andere juristische Denkprozeß auch vollzieht er sich im ‚Hin- und Herschauen‘. Das gilt sowohl für die beiden Seiten ‚Recht‘ und ‚Sozialproblem‘ als auch für die verschiedenen Rechtsordnungen.“¹²⁷

122 Kritisch dazu Graser, Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit, S. 114 f.; vgl. auch Eichenhofer, Sozialrechtsvergleichung, NZS 1997, S. 99: „In dem Maße, wie sich das Recht eines Problems gestaltend und bewältigend annimmt, wird das vorrechtliche Problem zum Rechtsproblem.“

123 Zur Eignung rechtlicher Gemeinsamkeiten als *tertium comparationis* s. auch Graser, Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit, S. 115 f.

124 Vgl. dazu auch Eichenhofer, Sozialrechtsvergleichung, NZS 1997, S. 98; s. auch Michaels, The Functional Method of Comparative Law, S. 369.

125 Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 15.

126 Zacher, Vorfragen, S. 40.

127 Zacher, Vorfragen, S. 39 f.

III. Gang der Arbeit und Asymmetrie des Rechtsvergleichs

Der Aufbau der Arbeit ist wesentlich durch die rechtsvergleichende Methodik bestimmt. Das Erkenntnisinteresse ist auf die Herausarbeitung und Systematisierung derjenigen Instrumente gerichtet, mit denen die Staaten in den zu vergleichenden Jurisdiktionen Verantwortung im Zusammenhang mit der Erbringung stationärer Pflegeleistungen übernehmen. Da diese Vergleichsgrundlage jedoch nicht in einem eng umgrenzten spezifischen Sachproblem besteht, mit der staatlichen Verantwortung eine sehr abstrakte Basis hat, die sich unter anderem in der steuernden Einflußnahme auf private Leistungserbringer ausdrückt, bedarf es zunächst einer theoretischen Aufarbeitung. Deren Ziel wird es sein, die *tertia comparationis* möglichst umfassend und differenziert zu formulieren.¹²⁸

Den Beginn des zweiten Kapitels bildet aber zunächst eine Begriffsklärung, die dazu dient zu erläutern, was in dieser Arbeit unter den Begriffen „Staat“, „Private“, „Verantwortungsteilung“, „Steuerung“ und „stationäre Langzeitpflege“ verstanden wird. Dies ist neben der Präzisierung der Grundlage der Untersuchung auch deshalb erforderlich, weil diese Begrifflichkeiten für sich betrachtet weder „exogen“ sind noch das Erfordernis der „Vorrechtlichkeit“ erfüllen und deshalb hinsichtlich ihrer Geeignetheit als Vergleichsgrundlage einer kritischen Untersuchung auf den „größten gemeinsamen Nenner“ hin bedürfen.

Nach der Klärung der Begrifflichkeiten wird in der Grundlegung das „Vergleichsraster“ entwickelt, an dem sich die Darstellung und schließlich auch die vergleichende Auswertung der Rechtsordnungen orientiert. Um ferner die Analyse der in den Vergleichsrechtsordnungen eingesetzten Steuerungsinstrumente vorzubereiten, werden in der Grundlegung schließlich auch einige Klassifizierungsansätze vorgestellt, mit denen sich Regulierungsmechanismen unter dem Aspekt ihres Wirkmechanismus beschreiben lassen.

Dem dritten, vierten und fünften Kapitel liegt ein modernes, innovatives Verständnis einer rechtsvergleichenden Arbeit zugrunde. Die Darstellung verläßt das klassische Muster mehrerer parallel gestalteter Länderberichte, an das sich ein vergleichendes Kapitel¹²⁹ anschließt, in dreifacher Hinsicht. Erstens trägt die Arbeit dem Umstand Rechnung, daß das Recht der stationären Langzeitpflege in England wissenschaftlich bislang in einem deutlich geringeren Umfang erschlossen und aufbereitet ist als in Deutschland. Sie ist deshalb als „*asymmetrischer Rechtsvergleich*“ konzipiert und stellt dem Leser das englische Langzeitpflegesystem im dritten Kapitel – unter Rückgriff auf die in der Grundlegung entwickelte Systematik – mit einer großen Detailtiefe vor, während sie die in der juristischen Literatur bereits ausführlicher erörterte deutsche stationäre Langzeitpflege im vierten Kapitel nicht mehr umfassend, sondern sogleich mit einem Fokus auf

128 Zu diesem Erfordernis *Zacher*, Vorfragen, S. 40.

129 Ob die vergleichende Bewertung überhaupt notwendiger Bestandteil der Rechtsvergleichung ist, wird unterschiedlich beurteilt. Vgl. dazu *Zweigert*, Die kritische Wertung, S. 403 ff., sowie die Nachweise bei *Becker*, Autonome Träger, S. 35, Fn. 41.

die für den Rechtsvergleich bedeutenden Aspekte beschreibt. Zweitens gewinnt die Arbeit hierdurch den Raum, um mit der gewichteten Darstellung des deutschen Systems gleichzeitig auch die vergleichende Auswertung zur englischen Rechtsordnung vornehmen und in den deutschen Länderbericht integrieren zu können. Auf diese Weise werden Redundanzen vermieden, die ein eigenes, den Länderberichten nachfolgendes Vergleichskapitel zwangsläufig in einem gewissen Umfang zur Folge hätte. Drittens ermöglicht diese Darstellung im fünften Kapitel einen Perspektivenwechsel, der die in den Länderberichten bereits gefundenen Vergleichsergebnisse aufgreifen und in einer Gesamtschau an die in der Grundlegung aufgeworfenen Fragestellungen zum Gewährleistungsstaat und dessen Steuerungsmechanismen rückbinden kann.

IV. Auswahl der Vergleichsländer

Die vorliegende Arbeit stellt in einem Rechtsvergleich die englische und die deutsche Rechtsordnung gegenüber. Bestimmend für die Auswahl dieser beiden Jurisdiktionen waren primär die mit dem Vergleich verfolgten Erkenntnisziele.¹³⁰ Weil diese Ziele in unmittelbarem Zusammenhang mit der staatlichen Einflußnahme auf private Leistungserbringer in der stationären Langzeitpflege stehen, bestand das wichtigste Auswahlkriterium deshalb darin, daß in den Vergleichsrechtsordnungen Heimträger des privaten Sektors einen signifikanten Anteil an der Leistungserbringung haben.

Sowohl England als auch Deutschland erfüllen diese Bedingungen,¹³¹ zudem existiert in beiden Rechtsordnungen noch eine gewisse Anzahl staatlich betriebener Pflegeheime, was zusätzlich die Möglichkeit zu Vergleichen mit der eigenhändigen Leistungserbringung eröffnet. Für die Auswahl Englands spricht im Übrigen, daß dieses Land bei der Privatisierung eine Vorreiterrolle spielte¹³² und die Tendenz zu „mehr Markt“ und „weniger Staat“ dort seit jeher besonders ausgeprägt ist.¹³³ Gerade in England ist daher ein hohes Maß an Interaktion zwischen beiden Sektoren zu erwarten.

Weil diese Untersuchung aber nicht nur Aussagen allgemein über die Erbringung stationärer Pflegeleistungen durch Private treffen, sondern im speziellen auch Erkenntnisse über die staatliche Einflußnahme auf private Träger gewinnen soll, die solche Leistungen gerade *für* den Staat zur Erfüllung dessen sozialrechtlicher Pflichten erbringen, war es weiter erforderlich, daß die jeweiligen Rechtsordnungen entsprechende Sozialleistungen zumindest auch unter Rückgriff auf private Leistungserbringer anbieten. Wie im

130 Allgemein zu den Anforderungen an die Länderauswahl *Ebert*, Rechtsvergleichung, S. 143 ff., sowie speziell zur Zivilrechtsvergleichung *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 40 ff.

131 Dazu schon oben, S. 31.

132 *Moran*, British Regulatory State, S. 2 f. Dem Privatisierungsvolumen der Bundesrepublik Deutschland von 12 Mrd. DM zwischen 1979 und 1992 stehen in Großbritannien auf den gleichen Zeitraum bezogen Privatisierungserlöse in Höhe von 120 Mrd. DM gegenüber, vgl. *Schmidt*, Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen, ZGR 1996, S. 346.

133 *Schulte*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und freie Wohlfahrtspflege, ZIAS 1992, S. 201.

dritten und vierten Kapitel zu zeigen sein wird, erfüllen die hier verglichenen Systeme diese Kriterien.

Um ferner in der Lage zu sein, spezifische auf die Langzeitpflege zugeschnittene Daten, Statistiken und Steuerungsinstrumente zu ermitteln, war eine weitere Voraussetzung für die Eignung des betreffenden Landes als Vergleichsrechtsordnung, daß die Langzeitpflege dort als ein gegenüber der Gesundheitsversorgung im engeren Sinne abgrenzbarer Bereich verstanden wird. Dies trifft sowohl auf Deutschland zu, wo auch im Sozialleistungsrecht zwischen Kranken- und Pflegeleistungen unterschieden wird, als auch für England, wo zwischen *health and nursing care* einerseits und *social care* andererseits unterschieden wird.¹³⁴ Nur erstere stellen Leistungen des Nationalen Gesundheitsdienstes (*National Health Service* – NHS) dar, während die Erbringung der *social care* grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich der *local authorities* fällt.¹³⁵

Zwei Merkmale, die man bei der hier getroffenen Länderauswahl vordergründig für relevant halten könnte, scheiden mit Blick auf das Erkenntnisinteresse als geeignete Auswahlkriterien aus: Zum einen kann die Zugehörigkeit Deutschlands zum kontinentalen („*civil law*“) und die Englands zum anglo-amerikanischen („*common law*“) Rechtskreis¹³⁶ im Rahmen dieser Arbeit nicht von Relevanz sein,¹³⁷ weil die entsprechende Einteilung gewöhnlich nach zivilrechtlichen Kriterien erfolgt.¹³⁸ Für das öffentliche Recht, das in dieser Untersuchung eine maßgebliche Rolle spielt, ist sie demgegenüber nur begrenzt hilfreich,¹³⁹ was unter anderem an der unterschiedlichen Entwicklung ersichtlich ist, die England und die Vereinigten Staaten im Verfassungs- und Verwaltungsrecht genommen haben.¹⁴⁰ Zum anderen steht die Unterscheidung auch sonst in keinem relevanten Bezug zum Vergleichsgegenstand der Steuerung Privater bei deren Einschaltung in die Erfüllung staatlicher Aufgaben, so daß sie für das mit dieser Arbeit verfolgte Erkenntnisziel keine Rolle spielt.

Gleiches gilt für die nach gemeinsamen historischen Vorbildern vorgenommene Klassifizierung nach „Sozialrechtsfamilien“, die Deutschland als typischen Vertreter der Bismarck'schen Tradition und England als das typische „Beveridge-Land“ betrachtet. Diese Einteilung ist zu grobmaschig und zu vereinfachend,¹⁴¹ als daß sie für den hier unternommenen Mikrovergleich einen Einfluß auf die Auswahl der Vergleichsländer haben könnte. Die Tatsache, daß in England – anders als in Deutschland – Langzeit-

134 Zu den Begrifflichkeiten unten, S. 135 f.; 146 ff.

135 Ausführlich unten, S. 148 ff.

136 Zu den Rechtskreisen vgl. etwa *Rheinstein*, Rechtsvergleichung, S. 77 ff.

137 Bis 1920 wurde demgegenüber bestritten, daß das englische Recht mit dem Recht anderer Länder überhaupt verglichen werden könne. Dazu sowie zur grundsätzlichen Vergleichbarkeit von Ländern verschiedener Rechtskreise *Sacco*, S. 26 ff.

138 Vgl. *Pieters*, Reflections, S. 724; *Becker*, Staat und autonome Träger, S. 35 m.w.N.

139 Die Bedeutung der Rechtskreise für die Auswahl der Vergleichsländer generell in Frage stellend *Gutteridge*, Comparative Law, S. 74.

140 *Trantas*, Rechtsvergleichung, S. 71; zur fehlenden Möglichkeit, Sozialrechtsfamilien entsprechend den Zivilrechtsfamilien zu bilden vgl. auch *Zacher*, Vorfragen, S. 31.

141 *Zacher*, Vorfragen, S. 33; zur begrenzten Nutzbarkeit der Einteilung für einen Rechtsvergleich s. auch *Pieters*, Reflections, S. 724.

pflege nicht als Sozialversicherungsleistung erbracht wird, kann als (zumindest partielles) Kontrastprogramm¹⁴² allerdings einen zusätzlichen Erkenntnisgewinn hinsichtlich der möglichen Systemarchitekturen bringen.

Aufgrund der weitgefaßten Vergleichsgrundlage, die verschiedenste Instrumente unterschiedlicher Rechtsquellen im weit gefaßten Themenkontext der staatlichen Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege betrachtet und eine umfangreiche Recherche in den Vergleichsländern erfordert, beschränkt sich dieser Rechtsvergleich auf zwei Rechtsordnungen. Angesichts der Ähnlichkeiten bei der stationären Langzeitpflege in England, Schottland und Wales¹⁴³ wäre eine Einbeziehung der beiden letztgenannten Länder zwar durchaus denkbar gewesen. Da die entsprechenden Regelungen in verschiedenen nationalen Gesetzen und Richtlinien enthalten sind, hätte dies aber den Nachteil häufiger Parallelzitate mit sich gebracht, ohne – aufgrund der großen Übereinstimmungen – zu einem dem Aufwand entsprechenden Erkenntnisgewinn beizutragen. Wengleich die Beschränkung auf zwei Vergleichsländer – jedenfalls theoretisch – zu einem begrenzteren „Vorrat an Lösungen“ führt als ein Mehrländervergleich,¹⁴⁴ darf nicht übersehen werden, daß diese Arbeit Erkenntnisziele verfolgt, die über die bloße Erweiterung von Lösungsansätzen für bestimmte Regelungsprobleme hinausgeht. Die intendierte Bewertung der Regulierungsmechanismen sowie die Aussagen zum Leitbild des Gewährleistungsstaates lassen sich in einem Vergleich von zwei Rechtsordnungen ebenso valide treffen wie nach einer Gegenüberstellung mehrerer Jurisdiktionen – oder mit *Lord Steyn* formuliert: „*The acquisition of ideas does not depend on a head count of legal systems.*“¹⁴⁵

142 Zur Bereitstellung eines ausreichenden Kontrastprogramms als Kriterium zur Auswahl der Vergleichsländer vgl. *Becker*, Staat und autonome Träger, S. 35 m.w.N.

143 Vgl. etwa *Thompson/Winfeld/Simmons/Linney*, S. 12.

144 Für eine begrenzte Anzahl an Vergleichsländern aber grundsätzlich auch *Gutteridge*, S. 74.

145 *Lord Steyn* in *McFarlane v Tayside Health Board* [2000] AC 59, 81.

Zweites Kapitel: Grundlegung

Die im Folgenden zu entwickelnde Grundlegung soll zum einen Klarheit über die in der Arbeit verwendeten Begrifflichkeiten schaffen, zum anderen bildet sie den theoretischen Hintergrund und gibt die systematische Strukturierung vor, die für die Darstellung und die Auswertung der Länderberichte erforderlich sind.

A. Stationäre Langzeitpflege

Zunächst soll der Untersuchungsgegenstand der stationären Langzeitpflege näher beschrieben und eingegrenzt werden.

Dieser Begriff stellt das deutsche Pendant zur „*long-term care*“ dar, ein Ausdruck, der sich im Zusammenhang mit dem sozialen Risiko der Pflegebedürftigkeit nicht nur im angelsächsischen¹⁴⁶, sondern auch im internationalen Sprachgebrauch¹⁴⁷ durchgesetzt hat und der aus diesem Grund auch in der vorliegenden Arbeit verwendet wird.

In einer ersten Annäherung an diesen Begriff ist festzustellen, daß er eine bestimmte Art pflegerischer Leistungen bezeichnet und sich damit auf Leistungen bezieht, die speziell der Unterstützung „pflegebedürftiger“ Menschen dienen. Pflegebedürftigkeit wiederum wurde erst relativ spät, nämlich gegen Ende des 20. Jahrhunderts, als soziales Risiko erkannt.¹⁴⁸ Inhaltlich bezieht sie sich auf eine infolge einer Krankheit, einer Behinderung oder einer Gebrechlichkeit entstandene Bedarfssituation, die aus der Hilflosigkeit resultiert, bestimmte existenzbezogene Tätigkeiten wie etwa der Körperpflege, der Mobilität, der Ernährung und der Haushaltsführung selbst auszuführen.¹⁴⁹ Diese Merkmale finden sich etwa in § 14 SGB XI, wonach Pflegebedürftigkeit einen bestimmten Hilfebedarf bei den gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens voraussetzt. Ein ähnliches Verständnis liegt aber auch s. 21(1) des englischen *National Assistance Act 1948*¹⁵⁰ zugrunde, der Pflegebedürftigkeit als „*in need of care and attention*“ umschreibt.¹⁵¹

146 Vgl. nur *Royal Commission on Long Term Care, With Respect to Old Age: Long Term Care – Rights and Responsibilities*, S. 3 f.; LAC 2001(18), para 5.

147 OECD, *Long-term Care for Older People*, 2005.

148 Dazu näher *Igl*, Pflegebedürftigkeit, RsDE 66 (2008), S. 9 ff.

149 *Igl*, Pflegebedürftigkeit, RsDE 66 (2008), S. 16. Dieser Pflegebedürftigkeitsbegriff ist dem deutschen Recht entlehnt (vgl. § 14 SGB XI), kann in dieser allgemeinen Form (d.h. insbesondere ohne auf ein bestimmtes Mindestmaß an Hilfebedürftigkeit abzustellen) jedoch auch der englischen Rechtsordnung zugrundegelegt werden.

150 1948 Chapter 29.

151 Ausführlich hierzu unten, S. 150.

Aus einer internationalen, sozialpolitischen Perspektive, die insbesondere die „Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit“¹⁵² (ICF) der Weltgesundheitsorganisation einnimmt, lassen sich die funktionale Abhängigkeit und der Bedarf an personeller Hilfe als die beiden zentralen Begriffe für die Charakterisierung von Pflegebedürftigkeit nennen.¹⁵³ In ähnlicher Weise setzen pflegetheoretische Arbeiten an den Beeinträchtigungen körperlicher oder kognitiver/physischer Funktionen an, die aus Krankheiten oder anderen gesundheitlichen Problemen resultieren. Sie beziehen Pflegebedürftigkeit auf die aus diesen Funktionsbeeinträchtigungen entstehenden Anforderungen und Belastungen.¹⁵⁴ Neben diesem Aspekt zählt auch die Abhängigkeit von personeller Hilfe, die aus einem Mißverhältnis zwischen Beeinträchtigungen, Belastungen und Anforderungen einerseits sowie den individuellen Bewältigungsressourcen andererseits folgt, zum gemeinsamen Verständnis des Pflegebedürftigkeitsbegriffs.¹⁵⁵ Demgemäß kann eine Person dann als pflegebedürftig bezeichnet werden, „wenn sie infolge fehlender personaler Ressourcen, mit denen körperliche oder psychische Schädigungen, die Beeinträchtigung körperlicher oder kognitiver/psychischer Funktionen, gesundheitlich bedingte Belastungen oder Anforderungen kompensiert oder bewältigt werden könnten, dauerhaft oder vorübergehend zu selbständigen Aktivitäten im Lebensalltag, selbständiger Krankheitsbewältigung oder selbständiger Gestaltung von Lebensbereichen und sozialer Teilhabe nicht in der Lage und daher auf personelle Hilfe angewiesen ist.“¹⁵⁶

Eine entsprechende Klassifizierung der in Betracht kommenden Aktivitäten und Erscheinungsformen der sozialen Teilhabe läßt sich der ICF entnehmen, die eine umfassende Auflistung aus den Bereichen „Lernen und Wissensanwendung“, „Allgemeine Aufgaben und Anforderungen“, „Kommunikation“, „Mobilität“, „Selbstversorgung“, „Häusliches Leben“, „Interpersonelle Interaktionen und Beziehungen“, „Bedeutende Lebensbereiche“ (wie etwa Erziehung, Bildung und Arbeit) und „Gemeinschafts-, soziales und staatsbürgerliches Leben“ anführt.¹⁵⁷

152 *Deutsches Institut für Medizinische Dokumentation und Information* [Hrsg.], Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit, 2005.

153 *Wingefeld/Büscher/Schaeffer*, Recherche und Analyse von Pflegebedürftigkeitsbegriffen und Einschätzungsinstrumenten, S. 107; Vgl. auch *OECD*, Long-term Care for Older People, S. 20.

154 Vgl. *Wingefeld/Büscher/Schaeffer*, Recherche und Analyse von Pflegebedürftigkeitsbegriffen und Einschätzungsinstrumenten, S. 40.

155 *Wingefeld/Büscher/Schaeffer*, Recherche und Analyse von Pflegebedürftigkeitsbegriffen und Einschätzungsinstrumenten, S. 40 f.

156 *Wingefeld/Büscher/Schaeffer*, Recherche und Analyse von Pflegebedürftigkeitsbegriffen und Einschätzungsinstrumenten, S. 43.

157 *Deutsches Institut für Medizinische Dokumentation und Information/World Health Organisation* [Hrsg.], Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit, S. 97 ff.

Hinsichtlich der Dauer der Hilfebedürftigkeit setzt die Langzeitpflege in Abgrenzung zu nur kurzfristigen Funktionseinschränkungen eine gewisse zeitliche Länge voraus, die üblicherweise aus einer ex ante Perspektive ermittelt wird.¹⁵⁸

Der Begriff der Pflegebedürftigkeit ist offen für eine Vielzahl unterschiedlichster pflegerischer Interventionen, von denen in der vorliegenden Arbeit medizinische Pflegeleistungen allerdings ausgeklammert bleiben sollen. Bei diesen handelt es sich um Leistungen, die insofern krankheitsspezifisch sind, als sie durch eine bestimmte Krankheit erforderlich werden und auf deren Behandlung, d.h. Heilung oder Linderung, abzielen. Stattdessen beschäftigt sich diese Untersuchung mit „sozialen“ Pflegeleistungen, bei denen die Pflegebedürftigkeit zwar auch krankheitsbedingt sein kann, die jedoch nicht spezifisch der Behandlung der zugrundeliegenden Ursache, sondern der Kompensation der resultierenden Funktionseinschränkungen dienen.

Ferner beschäftigt sich diese Arbeit speziell mit der *stationären* Langzeitpflege, also mit Pflegeleistungen, die in stationären Einrichtungen erbracht werden. Hierunter sind selbständig wirtschaftende Einrichtungen in Form einer auf Dauer angelegten, organisatorischen Zusammenfassung personeller und sachlicher Mittel zu verstehen, in der pflegebedürftige Menschen auf Dauer wohnen und ganzheitlich und geplant betreut, gepflegt und versorgt werden.¹⁵⁹ In diesen Einrichtungen, die in dieser Arbeit häufig auch als „Pflegeheime“ oder kurz als „Heime“ bezeichnet werden, werden nicht nur die Haushaltsführung, sondern auch die übrigen alltäglichen Verrichtungen übernommen oder unterstützend begleitet, zu denen die Bewohner aufgrund ihrer Pflegebedürftigkeit nicht mehr in der Lage sind.¹⁶⁰ Reine Altenwohnheime¹⁶¹ und Altenheime¹⁶² sind demgegenüber nicht zu den stationären Langzeitpflegeeinrichtungen zu zählen, weil in ihnen Grundpflegeleistungen jedenfalls nicht als Teil der Leistungen der Einrichtung erbracht werden. Ebenso wenig werden Formen des sog. „betreuten Wohnens“ in die Betrachtung einbezogen. Dies sind – bei allen Abgrenzungsschwierigkeiten zu stationären Pflegeeinrichtungen – Wohnformen, bei denen die Unterstützung bei den alltägli-

158 Vgl. etwa für Deutschland § 14 SGB XI: „voraussichtlich für mindestens sechs Monate“; für England LAC (2001)18: „over an extended period of time“; s. hierzu auch *Gudat*, Pflegebedürftigkeit in Großbritannien, S. 46.

159 Vgl. auch Ziffer 2.1.1. der Gemeinsamen Grundsätze und Maßstäbe zur Qualität und Qualitätssicherung sowie für die Entwicklung eines einrichtungsinternen Qualitätsmanagements nach § 80 SGB XI (a.F.) in vollstationären Pflegeeinrichtungen vom 16. Dezember 2003, abrufbar unter http://www.aok-gesundheitspartner.de/inc_ges/download/dl.php/bundesverband/pflege/imperia/md/content/gesundheitspartner/bund/pflege/stationaerepflege/gem_gs_qual_vollstat_161003.pdf.

160 Vgl. *Klie*, Heimaufsicht, S. 28.

161 Der Begriff „Altenwohnheim“ bezeichnet eine Zusammenfassung von in sich abgeschlossenen Wohnungen, die in Anlage, Ausstattung und Einrichtung den besonderen Bedürfnissen alter Menschen Rechnung tragen und sie in die Lage versetzen, so lange als möglich selbständig zu leben, insbesondere eigenständig einen Haushalt zu führen, s. *Klie*, Heimaufsicht, S. 28.

162 Unter „Altenheimen“ sind Einrichtungen zu verstehen, die alte Menschen aufnehmen, die zwar nicht mehr in der Lage sind, einen Haushalt eigenständig zu führen, die aber noch nicht pflegebedürftig sind. Neben der Unterkunft umfassen die Leistungen von Altenheimen auch die Verpflegung und Betreuung. Kennzeichnend ist die Aufgabe des eigenständigen Haushalts durch die Bewohner und die Übernahme der diesbezüglichen Funktionen durch das Heim, s. *Klie*, Heimaufsicht, S. 28.

chen Verrichtungen in den Hintergrund tritt und gegenüber dem Wohnen ein nur untergeordnetes Gewicht einnimmt.¹⁶³ Werden in diesen Wohnformen Pflegeleistungen in Anspruch genommen, ist die Erbringung dieser Leistungen grundsätzlich dem Bereich der ambulanten Hilfe zuzurechnen, wenngleich manche Landesheimgesetze nun auch diese Formen in ihren Anwendungsbereich einbeziehen.¹⁶⁴

Gleichsam nicht zu den stationären Langzeitpflegeeinrichtungen werden Krankenhäuser, Hospize und Einrichtungen der medizinischen Rehabilitation gezählt, in denen zwar ebenfalls Pflegeleistungen erbracht werden, die jedoch gegenüber der medizinischen Versorgung eine nur untergeordnete Rolle spielen.¹⁶⁵ Ferner bleiben spezifische Behinderteneinrichtungen von der vorliegenden Untersuchung ausgenommen.

Innerhalb der Pflegeeinrichtungen wiederum wird sich diese Arbeit nur den vollstationären Einrichtungen widmen, die durch eine Unterbringung auf Dauer, also prospektiv betrachtet auf unbestimmte Zeit, gekennzeichnet sind. Teilstationäre Einrichtungen wie etwa Tages- oder Nachtpflegeeinrichtungen werden hingegen ausgeklammert. Auch Kurzzeitpflegeeinrichtungen – etwa zur Unterbringung Pflegebedürftiger bei Urlaub der Pflegeperson – sind entsprechend nicht Teil der Untersuchung.

Auch wenn die verschiedenen Einrichtungstypen vorstehend als funktional voneinander abgegrenzt beschrieben wurden, um den Untersuchungsgegenstand hinreichend bestimmen zu können, ist darauf hinzuweisen, daß die Grenzen sowohl innerhalb der stationären als auch zwischen den stationären und den nicht stationären Einrichtungsformen in der Praxis fließend sind.

B. Staat und Private

Diese Arbeit untersucht die in der stationären Langzeitpflege vorzufindende Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten. Den Ausgangspunkt der Untersuchung bildet daher die Unterscheidung zwischen staatlichen und privaten Akteuren, so daß die Begriffe „Staat“ und „Private“ einer genaueren Bestimmung bedürfen.¹⁶⁶ Denn zum einen ist die Abgrenzung zwischen dem staatlichen und dem privaten Sektor keineswegs so eindeutig, wie sie sich auf den ersten Blick darstellt. Und zum anderen ist das Verständnis dessen, was als Staat oder als Privater bezeichnet wird, in starkem Maße vom jeweiligen staatsrechtlichen Kontext abhängig, so daß eine rechtsvergleichende Arbeit, die in den Vergleichsgrundlagen vom jeweiligen nationalen Kontext losgelöste

163 Hierzu *Burmeister* u.a., Bayerisches Pflege- und Wohnqualitätsgesetz, Art. 2 Rn. 21 ff.

164 Vgl. etwa Art. 18 ff. des bayerischen Gesetzes zur Regelung der Pflege-, Betreuungs- und Wohnqualität im Alter und bei Behinderung vom 8. Juli 2008, GVBl. S. 346.

165 Zu den Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Institutionen des Gesundheitswesens und der Altenhilfe s. *Klie*, Heimaufsicht, S. 28 ff.

166 Zur Notwendigkeit der Klärung dieser Begriffe auch *Bachof*, Diskussionsbeitrag in VVDStRL 29 (1971), S. 249 f.

Begrifflichkeiten zu verwenden hat,¹⁶⁷ zunächst eine allen Vergleichsrechtsordnungen gemeinsame Begriffsdefinition zu entwickeln hat.

Mit „Staat“¹⁶⁸ soll im hier vorliegenden Zusammenhang ein von der Gesellschaft¹⁶⁹ abzugrenzendes¹⁷⁰ Gebilde gemeint sein. In Bezug genommen ist also der Staat im engeren Sinne einer institutionalisierten Herrschaft, nicht jedoch der Staat im weiteren Sinne eines umfassenden Gebildes des Gemeinwesens, das den Gesamtverband menschlichen Zusammenwirkens innerhalb des Staatsgebiets bezeichnet.¹⁷¹ Im Gegensatz dazu werden mit „Privaten“ diejenigen Rechtspersonen bezeichnet, die der vom Staat abzugrenzenden gesellschaftlichen Sphäre entstammen. Der Private ist ein „nicht-staatliches Subjekt in einer staatlichen Rechtsordnung.“¹⁷² Diese antithetische Gegenüberstellung von „Staat“ und „Privaten“ besagt freilich nichts über den Verlauf der Trennlinie zwischen beiden Akteuren. Die Kriterien für eine Abgrenzung sind indes nicht leicht zu bestimmen. Auch können sie nur im Kontext des mit der Unterscheidung intendierten Zwecks formuliert werden.

Eine rein *formale* Abgrenzung zwischen Staat und Privaten gestaltet sich zunächst deswegen schwierig, weil es „den Staat“ als einheitliche juristische Person nicht gibt. Was England anbelangt, versteht sich das Gemeinwesen nach dem dortigen Staatsverständnis schon deswegen nicht als eine juristische Person,¹⁷³ weil das Konzept des Staates im englischen Verfassungsrecht von allenfalls untergeordneter Bedeutung ist,¹⁷⁴

167 Zur Vorrechtlichkeit bzw. Exogenität siehe oben, S. 38 f.

168 Zur Geschichte des Wortes „Staat“ bzw. „State“ vgl. *Loughlin*, *The State, the Crown and the Law*, S. 41; *Ehmke*, „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, S. 27 f.

169 Der Begriff der Gesellschaft soll hier nicht dem weiten Sprachgebrauch der systemtheoretisch geprägten Soziologie folgend verstanden werden, die die Gesellschaft als das „Gesamte“ zwischenmenschlicher Beziehungen und den Staat als „Untersystem“ der Gesellschaft betrachtet (vgl. *Luhmann*, Grundrechte als Institution, S. 15 ff.).

170 Zum heute (wieder) vorherrschenden dualistischen Verständnis zwischen Staat und Gesellschaft vgl. etwa *Böckenförde*, Unterscheidung, S. 395 ff.; *Hesse*, Bemerkungen, S. 488 ff.; *Isensee*, Dualismus, S. 317, 320 ff.; *ders.*, HdbStR III, § 57 Rn. 12; *Rupp*, HdbStR II, § 31 Rn. 25 ff.; *Schmidt*, Entscheidungsfreiheit, AöR 101 (1976), S. 24 ff.; *Badura*, Staatsrecht, S. 5; *Depenheuer*, VVDStRL 55 (1996), S. 94 f.; *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 22, 65; *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 139 ff.; *Heintzen*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 235 ff. Gegen die Identität von Staat und Gesellschaft auch *Hesse*, Heutige Problematik von Staat und Gesellschaft, S. 484 ff., 490, der das Verhältnis beider Sphären jedoch nicht als Nebeneinander, sondern den Staat aus systemtheoretischer Sicht als gesellschaftliches Handlungs(sub)system betrachtet; vgl. auch *ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts, § 1 Rn. 11 f. Für eine monotonistische Auffassung vom Staatsverband hingegen *Häberle*, Unmittelbare staatliche Parteienfinanzierung, JuS 1967, S. 73 f.; *Ehmke*, „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, S. 42 ff., 46, der jedoch erkennt, daß der Dualismus zwischen Staat und Gesellschaft nicht notwendig eine strikte Trennung und Unverbundenheit beider Sphären bedeuten muß. Zur Kritik vgl. *Böckenförde*, Staat und Gesellschaft, S. 407 f.

171 Vgl. BVerfGE 20, 162, 174 f.; 69, 92, 111; *Isensee*, HdbStR III, § 57 Rn. 7; *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 22.

172 *Heintzen*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 231.

173 *Brunner*, Land und Herrschaft, S. 146, 154 f.

174 Vgl. *Loughlin*, *The State, the Crown and the Law*, S. 33, 48 einerseits und S. 38 ff. andererseits, wo *Loughlin* diesem Zustand ein Staatskonzept entgegenzustellen versucht; zum Fehlen der Konzeption

seine Rolle vielmehr vom Konzept der *Crown*¹⁷⁵ eingenommen wird.¹⁷⁶ Eine einheitliche Staatsgewalt, die den Staat als juristische Person repräsentieren würde, fehlt – nur die Krone, nicht aber der Staat kann verklagt werden.¹⁷⁷ Der im Zusammenhang mit dem Träger von Exekutiv-, Legislativ- und Judikativfunktionen gebräuchlichere Begriff „*Government*“¹⁷⁸ wird – als Gegenbegriff zur „*civil society*“ – als eine Verbindung institutioneller und personeller Instrumente aufgefaßt und ähnlich wie eine Treuhand (*trust*) verstanden.¹⁷⁹ England stellt sich daher als eine Gesellschaft ohne juristische Staatstradition dar.¹⁸⁰

Zwar trifft dieser Befund für Deutschland mit seinem durch die Verfassung geprägten Staatsverständnis¹⁸¹ nicht zu. Doch auch wenn beispielsweise die Bundesrepublik Deutschland als juristische Person¹⁸² des öffentlichen Rechts konzipiert ist, ist der Staat keineswegs mit dieser Rechtsperson gleichzusetzen. Seine Umschreibung ist vielmehr aufgrund des föderalen Konzepts sowie der Pluralisierung¹⁸³ der staatlichen Handlungsträger erschwert.¹⁸⁴ Insbesondere dem „Kultur- und Wohlfahrtsstaat“¹⁸⁵ entspricht ein durch Formen der mittelbaren Staatsverwaltung gekennzeichnetes, hoch differenziertes Verwaltungssystem,¹⁸⁶ in dem neben die ohne weiteres dem Staat zuzuord-

des Staates vgl. auch *Griffith*, *The Political Constitution*, MLR 42 (1979), S. 16, sowie – aus politikwissenschaftlicher Sicht – etwa *Easton*, *Political Theory*, Vol. 9, No. 3 (1981), S. 321 f.

175 Zum Konzept der *Crown* vgl. *Wade*, *The Crown, Ministers and Officials: Legal Status and Liability*, S. 23 f.; *Loughlin*, *The State, the Crown and the Law*, S. 36 ff.

176 *Loughlin*, *The State, the Crown and the Law*, S. 33.

177 *Brunner*, *Land und Herrschaft*, S. 155.

178 Der englische Ausdruck *government* beschreibt dabei ein Konzept, das weit über den engeren deutschen Begriff der „Regierung“ hinausgeht, vgl. *Dyson*, *State Tradition*, S. 209. *Central government* und *local government* werden dabei insbesondere nicht als in einem hierarchischen Verhältnis stehende Organe des „Staates“ verstanden, vgl. *ders.*, a.a.O., S. 272. Bisweilen wird *government* jedoch auch in einem engeren Sinne als Synonym für *ministry* verwendet und bezeichnet dann die Gesamtheit von etwa 100 Inhabern ministerieller Ämter, die vom Gesetz besonders genannt und – mit Ausnahme des *Lord Chancellor* – im *Second Schedule to the House of Commons Disqualifications Act 1975* (chapter 24) aufgelistet sind, s. *Phillips/Jackson/Leopold*, *Constitutional And Administrative Law*, Rn. 17-007.

179 *Ehmke*, „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, S. 25 m.w.N.

180 *Dyson*, *The State Tradition in Western Europe*, S. 4 f., 37, sowie *Trantas*, *Rechtsvergleichung*, S. 66, die England deswegen als „staatenlose Gesellschaft“ bezeichnen. Vgl. auch *Dyson*, *The State Tradition in Western Europe*, S. 43: „*Little or no attention is paid to state [...] as a legal institution with an inherent responsibility for regulating matters of public concern*“, sowie *Thompson*, *Whitehall's Cultural Revolution*, *Web journal of Current Legal Issues*, 1995, abrufbar unter <<http://webjcli.ncl.ac.uk/articles1/thomps1.html>>.

181 Vgl. nur Art. 20 Abs. 1 GG: „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.“

182 Grundlegend zum Verständnis des Staates als juristischer Person *Wolff*, *Organschaft und Juristische Person*, Erster Band: *Juristische Person und Staatsperson*, S. 232 ff.

183 Dazu beispielsweise *Trute*, *Verantwortungsteilung*, S. 29.

184 Vgl. *Hoffmann-Riem*, *Modernisierung von Recht und Justiz*, S. 23.

185 *Wagner*, *Grundlegung der politischen Oekonomie*, S. 888.

186 *Schuppert*, *Erfüllung öffentlicher Aufgaben*, S. 128.

nende¹⁸⁷ unmittelbare Staatsverwaltung eine Vielzahl verselbständigter Organisationseinheiten treten,¹⁸⁸ deren Qualifikation Schwierigkeiten bereitet. Entsprechendes gilt für den englischen Staat, der ebenfalls eine stark fragmentierte Struktur mit unterschiedlichen Rechtsträgern vorzuweisen hat.¹⁸⁹ Dabei sei nicht nur an die verschiedenen Kommunalbehörden (*local authorities*) gedacht, die über eine eigenständige und von der *Crown* abzugrenzende Rechtspersönlichkeit verfügen und denen als *statutory bodies* eigene, auf Gesetzesstatut beruhende Kompetenzen und Zuständigkeiten zukommen.¹⁹⁰ Neben ihnen existieren vielmehr weitere Formen rechtlich verselbständigter Verwaltungseinheiten – die angelsächsische Literatur etwa nennt „*Public Corporations*“ (öffentlich-rechtliche Einrichtungen, auf die insbesondere zur Verstaatlichung bestimmter Industriezweige zurückgegriffen wurde),¹⁹¹ „*Non Departmental Public Bodies*“ (von den Ministerien der Zentralregierung abgespaltene, nicht deren direkten Weisungen unterstellte öffentliche Stellen mit grundsätzlich eigener Rechtspersönlichkeit, die bestimmte ihnen zugewiesene öffentliche Aufgaben mit einem ihnen zugeteilten, eigenen Haushalt erfüllen, dabei aber trotzdem in einer – je nach Ausgestaltung – mehr oder weniger starken faktischen Abhängigkeit von den Ministerien stehen)¹⁹² oder „*fringe bodies*“¹⁹³ (mit diesem Ausdruck wurde die fehlende unmittelbare demokratische Legitimation dieser öffentliche Aufgaben erfüllenden Einrichtungen betont).¹⁹⁴ Auf einer Skala mit den Endpunkten der unmittelbar staatlichen Organisation und der rein privaten Vereinigungen bilden diese Einrichtungen den Mittelbereich, der zugleich auch die Grenze zu den nicht mehr dem staatlichen Bereich zuzurechnenden Einheiten bildet. Wenn insofern also im Folgenden vom „Staat“ die Rede ist, so ist dieser Ausdruck stets als eine Bezeichnung zu verstehen, die die eben beschriebene Pluralität staatlicher Akteure umfaßt.

Stellt der Staat also keineswegs ein einheitliches juristisches Gebilde dar, so ist auch

187 *Remmert*, Private Dienstleistungen, S. 18.

188 Vgl. hierzu etwa *Becker*, Staat und autonome Träger, S. 38 ff., 47 ff.

189 *Greenwood/Pyper/Wilson*, New Public Administration in Britain, S. 14 f.

190 Zu Struktur, Kompetenzen und Zuständigkeiten der Kommunalbehörden s. *Craig*, Administrative Law, S. 170 ff.

191 S. *Craig*, Administrative Law, S. 116 ff.

192 Vgl. Cabinet Office, Public Bodies 2009, S. 5: „*body which has a role in the processes of national Government but is not a Government Department or part of one, and which accordingly operates to greater or lesser extent at arm’s length from Ministers.*“ Die NDPBs werden zumeist von einem Direktorium geleitet, wenngleich letztlich die Minister der sponsoring departments dem Parlament gegenüber für die Handlungen der NDPBs politisch verantwortlich sind. Näher zu den NDPBs etwa *Craig*, Administrative Law, S. 97 ff., 102 ff.; *Becker*, Staat und autonome Träger, S. 50; NDPBs sind von den sog. „*Public Agencies*“ zu unterscheiden, die als Teil der Zentralregierung betrachtet werden, vgl. *Craig*, Administrative Law, S. 110.

193 *Chester*, Fringe Bodies, Quangos and All That, Public Administration 57 (1979), S. 54.

194 Aufgegeben wurde demgegenüber die etwa von *Keeling*, Beyond Ministerial Departments, Public Administration 54 (1976), S. 161 ff. oder *Johnson*, Quangos and the Structure of British Government, Public Administration 57 (1979), S. 379 ff. herangezogene, im Aussagewert aber begrenzte Unterscheidung in „*Quagos*“ (*quasi-governmental organisations*) und „*Quangos*“ (*quasi-non-governmental organisations*).

eine *formale* Abgrenzung dergestalt, den Staat als Summe aller öffentlich-rechtlich organisierten Rechtsträger zu betrachten und unter Privaten alle Einzelpersonen und juristischen Personen des Privatrechts zu verstehen, nicht zielführend. Dieser Ansatz greift schon aufgrund des Dualismus von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Organisationsformen von Verwaltungseinheiten zu kurz.¹⁹⁵ Denn einerseits steht es dem Staat angesichts der Freiheit in Bezug auf die Formenwahl¹⁹⁶ grundsätzlich frei, privatrechtlich organisierte Verwaltungsträger zu schaffen,¹⁹⁷ die nichtsdestotrotz der Sphäre des Staates zuzurechnen sind,¹⁹⁸ und andererseits existieren vereinzelt auch öffentlich-rechtlich organisierte Träger wie etwa die Kirchen,¹⁹⁹ deren Zuordnung zum Staat nicht überzeugen würde.

Aus rechtsvergleichender Perspektive kommt überdies hinzu, daß die Trennung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht in der britischen Verwaltungsrechtsdogmatik erst in den vergangenen Jahrzehnten einsetzte²⁰⁰ und bis heute nicht unumstritten ist.²⁰¹ Aufgrund der fehlenden Tradition des öffentlichen Rechts existiert in England bis heute kein festgefügtter Kanon öffentlich-rechtlicher Organisationstypen.²⁰² Denn trotz des Bestehens bestimmter Verfahrensarten, Rechtsmittel und verwaltungsrechtlicher Sondermaßstäbe untersucht die englische Rechtsprechung die Zuordnung eines handelnden Trägers zur öffentlichen Verwaltung letztlich nicht anhand bestimmter Organisationsformen. Sie knüpfte für die Frage nach dem Eingreifen staatlicher Sonderbindungen lange Zeit allein an die Herkunft der Handlungsermächtigung des betreffenden Trägers an.²⁰³ Inzwischen wird hingegen zunehmend auf das Vorliegen eines „*public element*“ in Gestalt der Ausübung staatlicher Funktionen und einer gewissen Anbindung des Trägers an den Staatsapparat durch eine – zumindest konkludente – Aufgabendelegation abgestellt.²⁰⁴ Auch wenn dahinter der Gedanke der Zugehörigkeit des Trägers zur öf-

195 So auch *Isensee*, Dualismus, S. 326. Die Organisationsform deswegen nur als Indikator für die Staatlichkeit einer Einrichtung heranziehend *Remmert*, Private Dienstleistungen, S. 19; generell zum Dualismus der Organisationsformen verselbständigter Verwaltungseinheiten s. *Gogos*, Verselbständigte Verwaltungseinheiten S. 27 ff.

196 Zu den Gründen für die Wahl der Privatrechtsform vgl. *Schuppert*, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 125 ff.

197 Zur Wahlfreiheit der Verwaltung bezüglich Handlungs- und Organisationsform vgl. aus der Rechtsprechung etwa BVerwGE 94, 229, 231 f.; aus der Literatur vgl. *Koch*, Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform, S. 24 ff., sowie ausführlich *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 64 ff. m.w.N.; kritisch zur Wahlfreiheit *Bull*, Formenwahl, S. 550 ff.

198 Vgl. *Remmert*, Private Dienstleistungen, S. 20; *Schuppert*, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 160.

199 *Schuppert*, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 187, und zu weiteren Beispielen S. 161 ff.

200 *Gogos*, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 89; ausführlich zu dieser Entwicklung s. *Cane*, Administrative Law, S. 11 ff.

201 Vgl. *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 133 f.; *Blumenwitz*, Einführung in das anglo-amerikanische Recht, S. 20; *Ridley*, DÖV 1995, S. 578.

202 *Harden*, PPLR 1992, S. 364: „*there is no clear distinction in Britain between public and private bodies*“; vgl. auch *Schuppert*, DÖV 1981, 155; *Becker*, Staat und autonome Träger, S. 51; *Gogos*, S. 90 ff.

203 *Gogos*, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 325.

204 Vgl. R. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex p. Datafin plc [1987] 1 All E.R. 564 (CA). S. auch *Gogos*, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 239 ff.

fentlichen Verwaltung gesehen werden kann,²⁰⁵ wurde bislang trotzdem keine institutionelle, an Organisationsformen orientierte Zuordnung entwickelt.

Eine *formale* Abgrenzung wäre schließlich auch für die Zielsetzung dieser Arbeit, das verantwortungsteilende Aufgabenerfüllung des Staates und Privater auf dem Gebiet der stationären Langzeitpflege zu untersuchen, nicht geeignet. Die steuernde Einflußnahme auf Private, durch die der Staat seine Verantwortung in diesem Bereich maßgeblich realisiert, wird allenfalls in der konkreten rechtlichen Ausgestaltung von der Rechtsform der jeweiligen Akteure beeinflusst. Der Konstituierung des Steuerungsbedarfs als solchem liegen jedoch davon zu unterscheidende *funktionale* Aspekte zugrunde, denen die Unterscheidung zwischen der Ausübung von Hoheitsgewalt auf der einen und der Inanspruchnahme individueller Freiheiten auf der anderen Seite zugrunde liegt. Dies wiederum spricht dafür, in der vorliegenden Arbeit eine funktionale anstatt einer formalen Abgrenzung zwischen staatlichen und privaten Trägern zu verwenden.²⁰⁶ Eine funktionale Bestimmung der Begrifflichkeiten stimmt zudem eher mit den Anforderungen der rechtsvergleichenden Methodik überein als eine Abgrenzung anhand formaler Kriterien, die in den Vergleichsländern unterschiedliche Inhalte aufweisen können.²⁰⁷ Weil das Gebilde „Staat“ in England keineswegs mit dem in Deutschland vorzufindenden identisch ist,²⁰⁸ ermöglicht erst eine funktionale Umschreibung einen einheitlichen, als Vergleichsgrundlage geeigneten Gebrauch des Staatsbegriffs.

Funktional betrachtet stellt sich der Staat als „Entscheidungs- und Machteinheit“²⁰⁹ dar. Er umfaßt „die Gesamtheit (und Pluralität) aller Akteure [...], die über eine durch Recht abgeleitete Handlungsmacht als Träger hoheitlicher Befugnisse verfügen, die ihnen [...] nicht im eigenen Interesse, sondern in Ausrichtung auf öffentliche Interessen (‚Gemeinwohl‘) übertragen sind, und zwar über Befugnisse, die den sonstigen Akteuren so nicht offen stehen.“²¹⁰ Staatliche Organisationen sind damit nicht Ausdruck individueller Freiheit, sondern der Wahrnehmung zugewiesener Kompetenzen.²¹¹ So um-

205 Gogos, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 240.

206 Für eine funktionale Differenzierung zwischen Staat und Gesellschaft z.B. auch Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 11; Hermes, Infrastrukturverantwortung, S. 151 f.

207 Eine funktionale Interpretation liegt auch der Interpretation von Art. 6 des *Human Rights Act 1999* zugrunde, wenn es darum geht zu bestimmen, welche Einrichtungen als „*public authorities*“ im Sinne dieses *Acts* gelten, mit dem die Europäische Menschenrechtskonvention für das Vereinigte Königreich anwendbar gemacht wurde. Vgl. dazu *R v Leonard Cheshire Foundation* [2002] 2 All ER 936 (CA); *Poplar Housing v Donoghue* [2001] 4 All ER 604 (CA); *R (Johnson) v Havering London BC* [2007] EWCA Civ 26 (CA). Zu den Schwierigkeiten bei der Umsetzung des Gesetzes s. Klug, *The Human Rights Act, Public Law 1999*, S. 255 ff.

208 Zur Inkongruenz der Begriffe vgl. Isensee, Dualismus, S. 323.

209 Isensee, HdbStR III, § 57 Rn. 41; Burgi, Funktionale Privatisierung, S. 25; ähnlich Loughlin, *The State, the Crown and the Law*, S. 40: „The State [...] must be distinguished from society in general on the ground that one basic function of the State is to exercise its authority over society.“

210 Hoffmann-Riem, Governance, S. 204 f.; vgl. auch ders. Modernisierung, S. 24, sowie Rupp, HdbStR II, § 31 Rn. 30.

211 Burgi, Funktionale Privatisierung, S. 25; zum Kriterium der Kompetenzwahrnehmung s. auch Remmert, Private Dienstleistungen, S. 18 ff., 25 f., die dieses Kriterium allerdings zur Kennzeichnung einer Dienstleistung als „privat“ für ungeeignet hält.

geschrieben ist der Staatsbegriff einerseits offen für die Zuordnung verselbständigter, privatrechtlicher Organisationsformen zum Staat, schließt andererseits aber die Zuordnung öffentlich-rechtlicher Träger zur gesellschaftlichen Sphäre im Einzelfall nicht aus. Der gesellschaftliche Bereich ist nach dieser funktionalen Differenzierung demgegenüber der durch individuelle und gruppenmäßige Selbstentfaltung, Selbstverantwortung und Selbstbestimmung charakterisierte Bereich.²¹²

Die Abgrenzung im konkreten Fall hat unter Heranziehung von Indizien im Wege einer Gesamtbetrachtung²¹³ zu erfolgen. Abzustellen ist dabei etwa auf die Abhängigkeit der betreffenden Einrichtung zu eindeutig als solchen zu qualifizierenden staatlichen Stellen,²¹⁴ etwa mit Blick auf Aufsichts- und Weisungsrechte²¹⁵ oder die Befähigung des in Rede stehenden Gebildes, selbst über seine Existenz zu entscheiden²¹⁶, über sein Eigentum zu disponieren sowie Personalentscheidungen ohne direkten staatlichen Einfluß zu treffen.²¹⁷

Oftmals wird neben dem öffentlichen und dem privaten Sektor noch der sog. „dritte Sektor“ genannt,²¹⁸ der in England als „*voluntary sector*“ bezeichnet wird.²¹⁹ Dieser Ausdruck bezieht sich auf gemeinnützige Organisationen, also solche, die eigenständig und unabhängig vom Staat verfaßt sind, unter privater Eigenverwaltung stehen, zu einem gewissen Grad von ehrenamtlichem Engagement profitieren und deren Tätigkeit auf die Erfüllung öffentlicher, oft sozialer Bedürfnisse zielt, ohne dabei auf Gewinnerzielung bedacht zu sein.²²⁰ Hierzu zählen in Deutschland beispielsweise die Wohl-

212 Rupp, HdbStR II, § 31 Rn. 26; *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 152.

213 Dazu Schuppert, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 187 ff., der einen aus formalen und funktionalen Kriterien gemischten Indizienkatalog vorschlägt. Eine Bewertung im Wege einer Gesamtbetrachtung nimmt auch Gogos, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 331 ff. vor, indem er auf die Ausstattung des Trägers mit obrigkeitlichen Befugnissen, die Erfüllung gemeinwohlbezogener Aufgaben, die Aufgabendelegation seitens der unmittelbaren Staatsverwaltung sowie das Kriterium der staatlichen Einflußnahmemöglichkeiten abstellt. Zu in der angelsächsischen Literatur diskutierten Unterscheidungsmerkmalen zwischen privaten und staatlichen Organisationen s. *Rainey/Backoff/Levine*, Comparing Public and Private Organizations, *Public Administration Review* 36 (1976), S. 233 ff.

214 Vgl. *Becker*, Staat und autonome Träger, S. 58; *Schuppert*, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 169 ff.; *Gogos*, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 337 ff.

215 *Isensee*, Dualismus, S. 327; *Schuppert*, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 169 f.; *Gogos*, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 340.

216 Leitet ein Verband sein Daseinsrecht hingegen von Individuen und nicht vom Staat ab, spricht dies gegen eine Zuordnung zum Staat, s. *Isensee*, Dualismus, S. 325. Eine ausschließlich staatliche Finanzierung einer Organisation kann hingegen für eine Zurechnung zum Staat sprechen, vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 79.

217 *Gogos*, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 340; vgl. auch *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 79.

218 Vgl. etwa *Osborne/Gaebler*, Reinventing Government, S. 43 ff.

219 Dazu etwa *Kendall*, The Voluntary Sector, S. 1 ff.; *Lewis*, The Voluntary Sector, The State and Social Work in Britain, S. 1 ff.

220 *Osborne/Gaebler*, Reinventing Government, S. 44; *Kendall*, The Voluntary Sector, S. 6.

fahrtsverbände.²²¹ Der Dritte Sektor ist – jedenfalls in der Terminologie dieser Arbeit – als Teil des privaten Sektors einzuordnen, der nicht auf diejenigen Träger beschränkt ist, die rein private Ziele verfolgen, sondern lediglich in Abgrenzung zur staatlichen Sphäre, die hoheitliche Funktionen ausübt, zu sehen ist.

Die konkrete Zuordnung eines Akteurs zur staatlichen oder zur gesellschaftlichen Ebene kann jedoch nur einzelfallbezogen²²² erfolgen. Soweit sich die Zuordnung einzelner Akteure der stationären Langzeitpflege in England oder Deutschland als nicht eindeutig erweist, wird in den Länderberichten eine Einordnung anhand der hier dargelegten Grundsätze erfolgen.

C. Verantwortungsteilung im Gewährleistungsstaat

Diese Arbeit untersucht verschiedene Aspekte der staatlichen Verantwortung in der stationären Langzeitpflege. Die Rolle des Staates im verantwortungsteilenden Koagieren staatlicher und privater Akteure hängt dabei wesentlich von der Ausgestaltung des Zusammenwirkens beider Sektoren in dem betreffenden Aufgabengebiet ab. Vor diesem Hintergrund soll zunächst kurz das allgemeine Kooperationsspektrum zwischen Staat und Privaten, dabei insbesondere die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher und staatlicher Aufgaben, erläutert werden.

I. Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten

1. Private, öffentliche und staatliche Aufgaben

Die Ausführungen zur staatlichen Verantwortung und zur arbeitsteiligen Aufgabenerfüllung zwischen Staat und Privaten setzen zunächst die Klärung der Begriffe „private Aufgabe“, „öffentliche Aufgabe“ und „Staatsaufgabe“ voraus.

Überwiegend wird bei diesen Begrifflichkeiten danach differenziert, daß öffentliche

221 Damit werden üblicherweise die sechs in der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtsverbände zusammengeschlossenen Spitzenverbände der freien Wohlfahrtsverbände (Arbeiterwohlfahrt, Deutscher Caritasverband, Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband, Deutsches Rotes Kreuz, Diakonisches Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland und Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland) bezeichnet. Daneben existieren aber eine Vielzahl weiterer, nicht immer als Verband organisierter Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege wie beispielsweise die Deutsche Lebensretungsgesellschaft oder die Anonymen Alkoholiker. Zu Funktion und Bedeutung der freien Wohlfahrtspflege vgl. *Goll*, Wohlfahrtspflege, S. 23 ff. Freigemeinnützig sind alle nichtstaatlichen Träger, die planmäßig zum Wohl der Allgemeinheit und nicht des Erwerbs wegen pflegebedürftige Menschen betreuen, wobei die Mitgliedschaft in einem der sechs etablierten Spitzenverbänden unerheblich ist, s. *Neumann*, in: Schulin [Hrsg.], HdbSV-PfIV, § 20 Rn. 25.

222 Zur Notwendigkeit der einzelfallbezogenen Abgrenzung vgl. *Schuppert*, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 187 f.

Aufgaben im Unterschied zu privaten solche sind, an deren Erfüllung die Öffentlichkeit maßgeblich interessiert ist.²²³ Öffentliche Aufgaben können sowohl von staatlichen als auch – in aller Regel staatlich in einer bestimmten Weise beeinflusst – von privaten Akteuren wahrgenommen werden. Sie sind also nicht schon wesenhaft dem Staat zur ausschließlichen Wahrnehmung vorbehalten.²²⁴

Demnach bilden Staatsaufgaben einen Unterfall der öffentlichen Aufgaben und umfassen diejenigen Funktionen, auf die der Staat zugreift, indem er sie durch seine unmittelbare oder mittelbare Verwaltung wahrnimmt,²²⁵ d.h. sich in irgendeiner Form mit ihnen befaßt.²²⁶ Entscheidend ist der (gleichwie zum Ausdruck kommende) staatliche Kurationsakt, d.h. die Tatsache, daß der Staat eine Aufgabe nach der jeweils geltenden Verfassungsordnung zulässigerweise für sich in Anspruch nimmt.²²⁷ Der Staatsaufgabenbegriff wird so verstanden, daß ein Aufgabenbereich, d.h. ein Ausschnitt aus der Lebenswirklichkeit, nicht im Ganzen zur staatlichen Aufgabe wird, wenn ihn der Staat lediglich unter einem bestimmten Gesichtspunkt berührt.²²⁸ Beispielsweise läßt die staatliche Wahrnehmung der Aufsicht über eine private Einrichtung nicht etwa deren Betrieb zur staatlichen Aufgabe werden. Die Verwendung der Begriffe ist allerdings weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur einheitlich. Zum Teil werden öffentliche Aufgaben und Staatsaufgaben gleichgesetzt,²²⁹ zum Teil werden sie in dem Sinne gegensätzlich verstanden, als allein die nicht vom Staat übernommenen Aufgaben als öffentliche bezeichnet werden.²³⁰ Bisweilen haftet dem Umgang mit den Begrifflichkeiten auch eine gewisse Inkonsistenz an.²³¹ Für die Zwecke dieser Arbeit soll der eingangs dargestellten Abgrenzung gefolgt werden.

223 Grundlegend *Peters*, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Dietz/Hübner, FS Nipperdey zum 70. Geburtstag, S. 879 f.; aus neuerer Zeit etwa *Bull*, Staatsaufgaben, S. 47 ff., 97 ff.; *Gogos*, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 28; *Burgi*, HdbStR IV, § 75 Rn. 2.

224 *Isensee*, HdbStR III, § 57 Rn. 136.

225 *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 137; *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 118 ff.; *Isensee*, HdbStR III, § 57 Rn. 137, der allerdings das Faktum der Wahrnehmung allein nicht genügen läßt, sondern darüber hinaus die Legalität des staatlichen Zugriffs als Kriterium der Staatsaufgabe betrachtet. Ebenso *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 46; *Heintzen*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 228.

226 BVerfGE 12, 205, 243 u. 246; 41, 205, 218; 52, 63, 85; 53, 366, 401.

227 *Ossenbühl*, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), S. 153 f. mit ausführlichen Nachweisen in Fn. 76.

228 *Isensee*, HdbStR III, § 57 Rn.

229 Vgl. z.B. BVerfGE 20, 56, 113; 21, 362, 369; BVerwG, Urt. v. 26. Februar 1997, NJW 1997, S. 2694.

230 Für eine Exklusivität von öffentlichen und staatlichen Aufgaben etwa *Heimburg*, Verwaltungsaufgaben und Private, S. 14 f.

231 So etwa das BVerfG, das im Zusammenhang mit der Energieversorgung einerseits von der „Gemeinwohlbezüglichkeit“ der Aufgabe, von einer „öffentlichen Aufgabe von größter Bedeutung“ und von einer „öffentlichen Aufgabe“, die privaten Energieversorgern zugewiesen ist, andererseits aber von einer „dem Staat oder den Gemeinden obliegenden Angelegenheit“ spricht (BVerfGE 66, 248, 257 f.). In anderen Entscheidungen gebraucht das Gericht dann wiederum den Begriff „Staatsaufgabe“, vgl. etwa BVerfGE 56, 266, 693. Zur Kritik hieran *Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, S. 160 ff.

Praktisch jede Aufgabe kann innerhalb der verfassungsrechtlichen Vorgaben vom Gesetzgeber zu einer Staatsaufgabe gemacht werden.²³² Ausmaß und Umfang der Staatsaufgaben sind deshalb zuvörderst das Ergebnis politischer Programmatik,²³³ was in England jedenfalls in der Zeit vor New Labour Ausdruck fand in Sätzen wie „*Vote Tory and for the Private Sector. Vote Labor and for the Public Sector*“.²³⁴ Die Abhängigkeit vom politischen Willensbildungsprozeß gilt in gleicher Weise auch für die Modalitäten der Wahrnehmung von Staatsaufgaben.²³⁵ Das – konkretisierungsbedürftige – Sozialstaatsgebot etwa mag in Verbindung mit der Pflicht zur Achtung der Menschenwürde den Staat zur Wahrnehmung lebensnotwendiger Ver- und Versorgungsaufgaben zugunsten der Bevölkerung verpflichten;²³⁶ ob und in welchem Umfang der Staat diese Aufgaben aber eigenhändig wahrnehmen muß oder ob er sie mittels der Heranziehung Privater erfüllen kann, ist nicht vorgegeben,²³⁷ da der gegenstandsbezogene Begriff der Staatsaufgabe hierzu keine Aussage trifft.²³⁸ Weil zudem die tradierte Rolle des Staates nicht zuletzt im Geflecht inter- und supranationaler Beziehungen mehr denn je verschwimmt, fehlt es trotz intensiver Bemühungen²³⁹ bislang an aussagekräftigen Kriterien zur Bestimmung von obligatorischen staatlichen, fakultativen staatlichen und genuin privaten Aufgaben.²⁴⁰ Mittlerweile scheint im Gegenteil Einigkeit darüber zu bestehen, daß Staatsaufgaben normativ weder abschließend vorgegeben noch aus dem Wesen oder Zweck des Staates als solchem abgeleitet werden können.²⁴¹ Auch eine verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre²⁴² führt nur zu wenig konkreten Ergebnissen, weil die Verfassung hinsichtlich der Entscheidung über die vom Staat wahrzunehmenden Aufgaben grundsätzlich auf den durch sie strukturierten parlamentarischen Willensbildungsprozeß verweist.²⁴³

Der Verzicht auf Spekulationen über Kriterien zur Bestimmung eines vorgegebenen Bündels an Staatsaufgaben impliziert, daß sich der Staat von Aufgaben, die er einmal

232 Zur grundsätzlichen Allzuständigkeit des Staates vgl. etwa *Bull*, Staatsaufgaben, S. 3 ff.

233 *Huber*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 167; *Grande*, Vom produzierenden zum regulierenden Staat, S. 577; *König*, Entwicklung der Privatisierung, *VerwArch* 79 (1988), S. 249.

234 *Schuppert*, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 157.

235 Vgl. *Voßkuhle*, Beteiligung Privater, *VVDStRL* 62 (2003), S. 275.

236 Vgl. etwa zuletzt *BVerfGE* 125, 175; 115, 25.

237 *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, *DVBl.* 1994, S. 970. Dies ergibt sich ferner auch nicht aus einer dem Staat bereits eingeräumten Zuständigkeit, s. *Heintzen*, Beteiligung Privater, *VVDStRL* 62 (2003), S. 253.

238 *Voßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 58.

239 Vgl. etwa *Bull*, Staatsaufgaben, S. 99 ff.; *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 23 ff., 190 ff.; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 53 ff., 97 ff.

240 *Voßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 58; kritisch gegenüber der Bestimmung eines Kerns notwendiger Staatsaufgaben unter Verweis auf die graduelle Abstufung der Aufgabenverteilung zwischen Staat und Gesellschaft auch *Burgi*, *HdbStR* IV, § 75 Rn. 2.

241 *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 158.

242 S. *Schulze-Fielitz*, Staatsaufgabenentwicklung, S. 11 ff.

243 *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 159.

übernommen hat, grundsätzlich²⁴⁴ auch ganz oder zum Teil wieder trennen kann.²⁴⁵ Hierdurch eröffnet sich ein breites Spektrum für das Tätigwerden Privater bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, sei es, daß sich der Staat einer Aufgabe bislang gar nicht selbst angenommen hat, sei es, daß er in dem betreffenden Bereich zwar tätig ist, ohne jedoch gleichzeitig Private von diesem Feld auszuschließen oder sei es, daß er den privaten Sektor aktiv in die Erfüllung seiner eigenen Aufgaben einbezieht.

Auf Möglichkeiten der Beteiligung des privaten Sektors an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben soll im Folgenden insoweit genauer eingegangen werden, als dies für das Verständnis des Konzepts der Verantwortungsteilung, insbesondere mit Blick auf den konkret zu betrachtenden Bereich der Erbringung stationärer Langzeitpflegeleistungen von Relevanz ist.

2. Aufgabenteilung

Die begriffliche Trennung zwischen Staatsaufgaben und öffentlichen Aufgaben darf nicht mit einer strikten Alternativität der Aufgabenerfüllung durch staatliche oder private Träger assoziiert werden. Festlegungen des Staates auf bestimmte Aufgaben schließen gleichartig orientierte private Tätigkeiten nichtstaatlicher Aufgabenträger keineswegs aus.²⁴⁶ In einer freiheitlichen Ordnung ist es der Regelfall und nicht etwa die Ausnahme, daß staatliche und private Akteure in bestimmten Bereichen der Lebenswirklichkeit gleichzeitig tätig werden.²⁴⁷ Öffentliche Gemeinwohlaufgaben können daher vom Staat allein, in rechtlich gesteuerten, differenziert abgestuften Formen des Zusammenwirkens zwischen Staat und Privaten oder aber von Privaten allein erledigt werden.²⁴⁸ Gerade der Wandel vom liberalen Ordnungsstaat des 19. Jahrhunderts hin zum auf Daseinsvorsorge, sozialen Ausgleich und soziale Umverteilung zielenden Wohlfahrts-, Interventions- und Verteilungsstaat des späten 20. und des beginnenden 21. Jahrhunderts führte zu vielfältigen Verschränkungen von Staat und Gesellschaft.²⁴⁹

244 Für nicht privatisierungsfähig werden allerdings die jeweiligen *Kernbereiche* von Justiz, Polizei, Militär, Auswärtigen Angelegenheiten und der Finanzverwaltung gehalten, vgl. *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 963; *Peine*, Grenzen der Privatisierung, DÖV 1997, S. 355. Enger hingegen *Wallerath*, Der ökonomisierte Staat, JZ 2001, S. 215 f., unter Nennung von Gesetzgebung, Rechtsprechung und innere Sicherheit. Ähnlich, nämlich dem Staat vorbehalten das Gewaltmonopol im Inneren und Äußeren sowie die Befugnis zur Letztentscheidung, *Heintzen*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 238. Außerhalb der Kernbereiche ist eine Aufgabenteilung durchaus denkbar, was *Pitschas*, Verantwortungsteilung in der inneren Sicherheit, S. 135 ff., etwa anhand sog. Sicherheitspartnerschaften nachweist. Zur Frage, inwieweit der Funktionsvorbehalt der Art. 33 Abs. 4 GG Privatisierungen entgegensteht, vgl. *Strauß*, Funktionsvorbehalt, S. 21 ff.

245 *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 962.

246 *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 53.

247 *Isensee*, HdbStR III, § 57 Rn. 139

248 *Schulze-Fielitz*, Staatsaufgabenentwicklung, S. 17; *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 153.

249 Ausführlich zu diesen Verschränkungen *Böckenförde*, Staat und Gesellschaft, S. 395 ff.; vgl. auch *Schuppert*, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 130 ff.

Die Beiträge von staatlicher und gesellschaftlicher Seite können entweder aufeinander bezogen und miteinander verzahnt sein – dies wird häufig mit dem Begriff des „kooperativen Verwaltungsstaats“ zum Ausdruck gebracht²⁵⁰ –, oder aber eine allein äußere Funktionsgleichheit aufweisen und in einem mehr oder weniger unbeeinflussten Nebeneinander stehen.²⁵¹ Dieses Agieren sowohl gesellschaftlicher als auch staatlicher Akteure in einem Aufgabenbereich wird in der vorliegenden Arbeit als Aufgabenteilung beschrieben. Allerdings ist sogleich anzumerken, daß sich eine Aufgabenteilung stets nur auf einen bestimmten Aufgabenbereich beziehen kann. Eine staatliche Aufgabe *als solche* kann aufgrund des formalen Staatsaufgabenbegriffs nicht mit einem Privaten geteilt oder auf ihn übertragen werden.²⁵²

Der Begriff der Aufgabenteilung als solcher sagt zudem noch nichts über das Verhältnis aus, in dem die staatlichen und privaten Teilbeiträge zueinander stehen. Hierfür bedarf es weiterer Differenzierungen, die unter verschiedenen Gesichtspunkten denkbar sind: *Isensee* etwa beleuchtet die Aufgabenteilung aus der Perspektive des Staates und nennt fünf durch jeweils unterschiedliche Grade des staatlichen Einsatzes gekennzeichnete Stufen:²⁵³ (1) die vollständige Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe durch die Staatsverwaltung selbst; (2) die Teilnahme des Staates an der Aufgabenerfüllung in Kooperation mit freien Leistungsträgern oder in Konkurrenz zu ihnen; (3) die Steuerung der Tätigkeit Privater durch Interventionen; (4) die Schaffung und die Durchsetzung der rechtlichen Rahmenordnung mit den Mitteln des allgemeinen Gesetzes; und (5) die Anregung und Förderung privater Tätigkeit in gemeinwohlwichtigen Bereichen, die sich der staatlichen Regelungs- und Organisationsmacht entziehen.

Wie sich das Zusammenwirken staatlicher und privater Akteure in der stationären Langzeitpflege in Deutschland und England im Vergleich zueinander darstellt, wird in den jeweiligen Länderberichten untersucht. An dieser Stelle sollen zunächst noch einige Formen der Kooperation des Staates mit privaten Leistungsträgern bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben näher beschrieben werden. Weil sich der Gesichtspunkt der Verantwortungsteilung, der im Fokus dieser Untersuchung steht, aus der Privatisierungsdiskussion entwickelt hat und weil in England zu Beginn der 90-er Jahre des letzten Jahr-

250 Aus der umfangreichen Literatur über das kooperative Verwaltungshandeln vgl. etwa *Ritter*, Der kooperative Staat, AöR 104 (1979), S. 389 ff.; *Bulling*, Kooperatives Verwaltungshandeln, DÖV 1989, S. 277 ff.; *Schrader*, Das Kooperationsprinzip, DÖV 1990, S. 326 ff.; *Brohm*, Rechtsgrundsätze für normersetzende Absprachen, DÖV 1992, S. 1025 ff.; *Dose*, Kooperatives Recht. Defizite einer steuerungsorientierten Forschung zum kooperativen Verwaltungshandeln, DV 27 (1994), S. 91 ff.; *Dose/Voigt*, Kooperatives Recht, S. 11 ff.; *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 565; zu einer spieltheoretischen Analyse des kooperativen Verwaltungshandelns s. *Benz*, Beitrag der Spieltheorie, S. 297 ff.

251 Die unspezifische Formulierung „Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben“ ist daher nicht automatisch mit Kooperation gleichzusetzen, vgl. *Vofskule*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 276 f.

252 Vgl. *Vofskule*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 228. Die Beleihung sowie die Aufgabenerfüllung durch ein gemischt-wirtschaftliches, staatlich dominiertes Privatrechtssubjekt stellen nur scheinbar Ausnahmen hiervon dar, weil es sich hierbei nicht um „echte“ Private im Sinne der in dieser Arbeit verwendeten Begriffsbildung handelt.

253 *Isensee*, HdbStR III, § 57 Rn. 139.

hundreds ein Großteil der Leistungserbringung in der kommunalen Sozialdienste (*community care*), zu der auch die stationäre Langzeitpflege zählt,²⁵⁴ auf den privaten Sektor verlagert wurde,²⁵⁵ wird die Einbeziehung Privater im Zusammenhang mit der Privatisierung staatlicher Aufgaben dargestellt werden. Wenngleich die stationäre Langzeitpflege in Deutschland nicht Gegenstand einer Privatisierung im engeren Sinne war, sind die hier angestellten Ausführungen dennoch auch für den deutschen Länderbericht von Relevanz: weil sich Privatisierung nicht im eigentlichen (und in Deutschland in der stationären Langzeitpflege in dieser Weise fehlenden) Privatisierungsakt erschöpft, sondern vielmehr als Prozeß zu begreifen ist,²⁵⁶ schließt sich an die Aufgabenverlagerung die Stufe der „*after-privatization*“²⁵⁷ an. Auf dieser kann der Staat – abhängig vom jeweiligen Privatisierungsziel – überwachend und kontrollierend tätig werden,²⁵⁸ gerade auf dieser sind auch – umgesetzt etwa im „Privatisierungsfolgenrecht“²⁵⁹ – diejenigen Kooperations- und Steuerungsbeziehungen angesiedelt, die für die Charakterisierung der staatlichen Verantwortung im Zusammenwirken mit privaten Akteuren bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben von Relevanz sind.

Die auf dieser Ebene angesiedelte Einflußnahme des Staates stimmt in weiten Bereichen mit der Steuerung in denjenigen Konstellationen überein, in denen der Staat – wie etwa bei stationären Pflegeleistungen in Deutschland – auf private Leistungserbringer zurückgreift, ohne daß dem in der Vergangenheit ein Privatisierungsakt im eigentlichen Sinne vorausgegangen wäre. Weil jedoch die Verantwortungs- und Steuerungsdiskussion primär aus der Privatisierungsfolgen-Perspektive geführt²⁶⁰ und „Regulierung als Zwillingsstaatlicher Privatisierungspolitik“²⁶¹ gesehen wird, soll im Folgenden die Aufgabenprivatisierung kurz thematisiert werden. Damit soll gleichzeitig auch das staatlich-private Kooperationspektrum beleuchtet werden, das allerdings nicht umfassend, sondern mit Blick auf die Relevanz der jeweiligen Erscheinungsformen für die stationäre Langzeitpflege erörtert werden wird.

254 Ausführlich zur *community care* unten, S. 146 ff.

255 Hierzu unten, S. 189 ff.

256 Vgl. *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 254.

257 Vgl. etwa *Trute*, The after privatization, *Revue Européenne de Droit Public/European Review of Public Law*, Sonderheft 1994, S. 211 ff.

258 Zu diesen Stufen der Privatisierung *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 243 ff.; *Huber*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 168.

259 Allgemein dazu etwa *Kämmerer*, JZ 1996, S. 1042 ff.; *Müller*, Kommunalrechtliche Grenzen beim Sale-and-lease-back, S. 71 f.

260 Siehe nur etwa *Burgi*, HdbStR IV, § 75 Rn. 28 ff.

261 *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 564.

3. Aufgabenprivatisierung

a. Begriff, Entwicklung und Gründe für die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben

Kooperationen von Staat und Privaten können zustande kommen, indem der Staat eine bislang von ihm erfüllte Aufgabe in einem bestimmten Umfang der gesellschaftlichen Sphäre rücküberantwortet. Dieser Aufgabentransfer wird als Privatisierung bezeichnet.²⁶² Hinter dem Privatisierungsbegriff verbirgt sich jedoch kein einheitliches Phänomen,²⁶³ er dient vielmehr als „Chiffre für Umverteilungsprozesse“²⁶⁴ hin zum privaten Sektor.

Historisch gesehen spielte England in der Privatisierung eine Vorreiterrolle.²⁶⁵ Die 1979 gewählte konservative Regierung unter *Thatcher* bekannte sich nicht zuletzt angesichts einer sehr angespannten Haushaltslage zu einer Politik der Privatisierung,²⁶⁶ so daß in England zu Beginn der 1980-er Jahre ein rapider Anstieg der Erbringung vormals von den Kommunalbehörden erbrachten Dienstleistungen (*local services*) durch private Träger zu verzeichnen war.²⁶⁷ Gleichzeitig brachte die konservative Regierung die Ausgliederung der *nationalised industries*²⁶⁸ aus der unmittelbaren Staatsverwaltung und ihre Übertragung auf private Anteilseigner auf den Weg.²⁶⁹ In Deutschland hingegen setzte die „Privatisierungswelle“ erst Ende der 1980-er Jahre ein.²⁷⁰

262 *Remmert*, Private Dienstleistungen, S. 189; *Potocki*, The inevitable privatisation, PPLR 2001, 303. Der Begriff „Privatisierung“ geht zurück auf *Drucker*, der bereits im Jahre 1969 im Zusammenhang mit der „systematic policy of using the other, the nongovernmental institutions of the society [...] for performance, operations, execution“ von „reprivatization“ sprach, s. *Drucker*, Age of Discontinuity, S. 234. Allgemein zur Privatisierung aus der äußerst umfangreichen Literatur etwa *König*, Entwicklung der Privatisierung in der Bundesrepublik Deutschland, VerwArch 79 (1988), S. 241 ff.; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 28 ff.

263 *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 250; *Ascher*, Privatisation, S. 4, spricht von einem „umbrella term“.

264 *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 251.

265 *S. Moran*, British Regulatory State, S. 2 f.

266 Vgl. *Ridley*, Verwaltungsmodernisierung in Großbritannien, S. 251 ff.

267 *Ascher*, Privatisation, S. 3 f.

268 Zur Rolle der *nationalised industries* vgl. *Prosser*, Nationalised Industries And Public Control, S. 1 ff.; *Craig*, Administrative Law, S. 112 ff.

269 Als frühe Beispiele für diese Ausgliederungen seien genannt der Civil Aviation Act 1980 (chapter 60), der British Aerospace Act 1980 (chapter 26), der British Telecommunications Act 1981 (chapter 38), der Telecommunications Act 1984 (chapter 12) und der Gas Act 1986 (chapter 44); bis 1985 wurden auf diese Weise ca. 400.000 Arbeitsplätze in die Privatwirtschaft verlagert, s. *Ascher*, Privatisation, S. 4. Ausführlicher zur britischen Privatisierungspolitik von 1979 bis 1985 vgl. *Abromeit*, Veränderung ohne Reform, PVS 27 (1986), S. 271 ff.

270 Der Verkauf der bundeseigenen Salzgitter AG an die Preussag AG beispielsweise erfolgte im Jahre 1989. Während in Großbritannien in der Zeit von 1979 bis 1992 Privatisierungserlöse in Höhe von 120 Mrd. DM erzielt wurden, stand dieser Summe in Deutschland bezogen auf denselben Zeitraum lediglich ein Privatisierungsvolumen von 12 Mrd. DM gegenüber, s. *Schmidt*, Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen, ZGR 1996, S. 346.

Die zu Gunsten einer Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben angeführten Gründe variieren in Abhängigkeit vom jeweils betroffenen Aufgabenbereich. Nichtsdestotrotz lassen sich einige gemeinsame Hauptmotive benennen. Vor dem Hintergrund der mit der Entwicklung der modernen Sozialstaatlichkeit verbundenen Zunahme der Staatsaufgaben und deren stetig gestiegener Komplexität einerseits sowie den Sparzwängen der öffentlichen Haushalte andererseits²⁷¹ werden zugunsten von Privatisierungen immer wieder die Aspekte der Arbeitsentlastung,²⁷² der Kostenersparnis²⁷³ und der Effizienzsteigerung²⁷⁴ angeführt,²⁷⁵ die die Nutzbarmachung der technischen und betrieblichen Mittel sowie des Sachverständes²⁷⁶ Privater mit sich bringen soll.²⁷⁷ Für eine Einbeziehung Privater wird ferner häufig auf deren größere Flexibilität im Hinblick auf Anpassungen an Veränderungen des sozialen und wirtschaftlichen Umfeldes verwiesen²⁷⁸. Hinter diesen Überlegungen steht die – jedenfalls in dieser Pauschalität kritisch zu sehende²⁷⁹ – weitverbreitete Überzeugung, daß private Organisationen in ihrer Leistungsfähigkeit öffentlichen Institutionen überlegen sind.²⁸⁰ Schließ-

271 Zu diesen beiden Motiven etwa *Burgi*, HdbStR IV, § 75 Rn. 10.

272 *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 968; *Vofßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 50 (dort unter dem Stichwort „Verantwortungsteilung“).

273 Etwa *Ogus*, Regulation, S. 288; *Dreher*, Public Private Partnerships, NZBau 2002, S. 246; *Nitz*, Neuere Rechtsprechung zur Privatisierung der Verkehrsüberwachung, NVZ 1998, S. 11. Ein – keineswegs zwingend gegebener (zu Beispielen für einen Kostenanstieg vgl. z.B. *Vofßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 85 f.) – Kosteneinsparungseffekt auf Seiten des Staates muß nicht gleichermaßen auch den Bürgern gegenüber bestehen: durch die Einbeziehung eines Entgelts für den Verwaltungshelfer können dem Bürger als Endnutzer der Verwaltungsleistung im Einzelnen mitunter höhere Kosten entstehen, als dies bei der Eigendurchführung seitens des Staates der Fall wäre. Zu unter gebührenrechtlichen Aspekten problematischen Fällen dieser Art aus dem Bereich der Abfallentsorgung vgl. etwa *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 113 m.w.N.

274 *Schmidt*, Liberalisierung, Privatisierung und Regulierung der Wasserversorgung, LKV 2008, S. 194 f.

275 In dieses Bild paßt auch § 7 Abs. 1 S. 2 BHO (Bundeshaushaltsordnung vom 19. August 1969, BGBl. I S. 1284, zuletzt geändert durch G. vom 22. September 2005, BGBl. I S. 2809), der als Ausprägung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Verwaltung staatliche Verwaltungsträger zur Prüfung verpflichtet, inwieweit staatliche Aufgaben durch Entstaatlichung, Ausgliederung oder Privatisierung erfüllt werden können.

276 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 57, 62; *Tettinger*, Public Private Partnership, DÖV 1996, S. 764; *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 968; *Vofßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 50; zur sachverständigen Beratung vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 130 ff. Hinsichtlich des Rückgriffs auf privates Know-how wird sogar behauptet, ein im Rechtsstaatsprinzip zu verortendes „Gebot sachverständiger Entscheidung“ setze einen „verfassungsrechtlichen Impuls“ in Richtung der Nutzbarmachung qualifizierten Sachverständes, vgl. *Di Fabio*, Verwaltungsentscheidung durch externen Sachverstand, VerwArch 81 (1990), S. 210 ff.

277 Kritisch gegenüber der oftmals fast schon unreflektiert wirkenden Gleichsetzung von Privatisierung und Effizienzsteigerung aber etwa *Müller*, Kommunalrechtliche Grenzen beim Sale-and-lease-back, S. 41 ff., am Beispiel von Sale-and-lease-back-Geschäften bei kommunalen Immobilien.

278 *Müller*, Rechtsformenwahl, S. 113; *Vofßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 50.

279 Kritisch hinsichtlich der Privatisierung als „Patentlösung“ etwa *Osborne/Gaebler*, Reinventing Government, S. 45 ff.

280 *Reichard*, Institutionelle Wahlmöglichkeiten bei der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung, S. 121.

lich wird mit der Einbeziehung Privater in die staatliche Aufgabenbewältigung auch ein Zuwachs an Legitimität und Akzeptanz der zu treffenden Entscheidungen erwartet.²⁸¹

Die ordnungspolitischen Ansätze des Ordoliberalismus sehen in der Aufgabenverlagerung auf den privaten Sektor demgegenüber vor allem ein Mittel zur Stärkung des Freiheitsinteresses privater Träger.²⁸²

b. Formen der Einbeziehung Privater in die Erfüllung von Staatsaufgaben

Unter dem Begriff der Privatisierung werden sehr unterschiedliche Erscheinungsformen zusammengefaßt. Obgleich die Terminologie nicht immer einheitlich ist,²⁸³ unterscheidet das neuere deutsche rechtswissenschaftliche Schrifttum²⁸⁴ im Wesentlichen zwischen der formellen (oder Organisationsprivatisierung), der materiellen, der funktionalen sowie der Finanzierungs-²⁸⁵, Vermögens-²⁸⁶ und Verfahrensprivatisierung²⁸⁷. Die vier erstgenannten Formen werden in Folgenden näher beleuchtet.

281 *Vofßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 51. Darüber darf jedoch nicht vergessen werden, daß je nach Ausgestaltung der Einbeziehung Privater in die staatliche Aufgabenerfüllung Demokratiedefizite gerade auch neu entstehen können. Zu den Vorgaben des Demokratieprinzips für die Ausgestaltung der Verantwortungsteilung vgl. z.B. *Vofßkuhle*, Regelungsstrategie, S. 64 f.

282 Etwa *Möschel*, Privatisierung als ordnungspolitische Aufgabe, S. 914 f.; *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 9; vgl. auch *ders.*, HdbStR IV, § 75 Rn. 22.

283 Zu diesem Befund vgl. etwa *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 250.

284 Statt vieler etwa *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 542 ff.; *Burgi*, HdbStR IV, § 75 Rn. 6; *Krölls*, Rechtliche Grenzen der Privatisierungspolitik, GewArch 1995, S. 131 f., benennt demgegenüber elf verschiedene Privatisierungsformen.

285 Der Schwerpunkt der Finanzierungsprivatisierung (in England als „*Public Finance Initiative*“ bezeichnet – dazu *Badcoe*, Public Private Partnerships, PPLR 1999, S. 283, 285 ff.; s. auch *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hrsg.], VwVfG, § 54 Rn. 43 b), liegt in der Erschließung privater Finanzierungsmittel zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, vgl. *Huber*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 167. Sie weist jedoch keine feste Struktur auf, sondern umfaßt verschiedenste Gestaltungsmöglichkeiten wie etwa Fonds- und Leasingkonzepte, diverse Varianten von Betreibermodellen (z.B. dem Gebühren-Factoring), Projektfinanzierungen (eines der bekanntesten Beispiele hierfür ist der Bau des Kanaltunnels zwischen Frankreich und England) und Konzessionsmodelle. Einen guten Überblick bietet etwa *Rehm*, Modelle zur Finanzierung kommunaler Investitionen durch Private, in: Ipsen [Hrsg.], Privatisierung öffentlicher Aufgaben. Private Finanzierung kommunaler Investitionen, S. 93 ff.

286 Unter einer Vermögensprivatisierung ist die Übertragung staatlichen Eigentums, insbesondere von Grundstücken und Beteiligungen an Wirtschaftsunternehmen, auf Private zu verstehen, s. *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 962; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 64.; *Strauß*, Funktionsvorbehalt, S. 198; *Schmidt*, Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen, ZGR 1996, S. 347; *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 543. Sie spielt in Deutschland seit einigen Jahren vor allem auf Bundesebene eine Rolle, wo sich der Bund sukzessive von einem großen Teil seiner Industriebeteiligungen (wie etwa an den Konzernen Veba, Viag, Volkswagen und Salzgitter) trennt. Unter dem Aspekt der Aufgaben- und Verantwortungsteilung weist diese Privatisierungsform allerdings keine Besonderheiten auf, vgl. *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 544.

287 Bei der vor allem im Bau- (vgl. etwa § 12 BauGB) und Umweltrecht (siehe etwa das Scopingverfahren nach § 5 UVPG) stattfindenden Verfahrensprivatisierung werden bisher behördlich durchgeführte Teile eines Verwaltungsverfahrens auf Private übertragen (vgl. *Hoppe/Bleicher*, Rechtsprob-

aa. Organisationsprivatisierung

Im Bereich der Organisationsprivatisierung, die zum Teil als formelle Privatisierung²⁸⁸ oder als eine Unterform²⁸⁹ davon bezeichnet wird, errichtet der Staat zur Wahrnehmung bestimmter Aufgaben der Leistungsverwaltung von ihm beherrschte privatrechtliche Organisationen.²⁹⁰ Eine solche Beherrschung ist gegeben bei Organisationen, an denen der Staat entweder ausschließlich (sog. Eigengesellschaften oder publizistische Privatrechtssubjekte) oder neben anderen Anteilseignern mehrheitlich²⁹¹ (sog. gemischtwirtschaftliche Unternehmen)²⁹² beteiligt ist oder die der Staat extern – d.h. anders als durch Beteiligung – maßgeblich beeinflusst.²⁹³ Aufgrund dieser Beherrschung fehlt es jedoch an einer Aufgabenübertragung an einen Privaten im funktionalen

leme bei der Verfahrensprivatisierung, NVwZ 1996, S. 421 ff.), etwa durch verfahrensentlastende Eigenbeiträge des Antragstellers, durch privates Verfahrensmanagement seitens privater Projektmanager oder dadurch, daß Prüf- und Planungsvorgänge in die Hände privater Sachverständiger gegeben werden. Zur Verfahrensprivatisierung allgemein s. *Hoffmann-Riem*, Verfahrensprivatisierung als Modernisierung, DVBl. 1996, S. 225 ff.; zu ihrer Bedeutung im Umweltrecht vgl. *Laskowski*, Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht, NVwZ 1995, S. 977 ff.; zu einer dualen Verteilung der Verantwortung im Umweltrecht zwischen Staat und Gesellschaft s. *Kloepfer*, NuR 1993, S. 353 ff.

288 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 61.

289 *Peine*, Grenzen der Privatisierung, DÖV 1997, S. 354.

290 *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 11, 14. Beispiele für eine solche Organisationsprivatisierung bilden etwa die Gründung der Gesellschaft für Entwicklung, Beschaffung und Betrieb mbH, die Beschaffungs- und Betriebstätigkeiten der Bundeswehr ausführt, und die zur Abwicklung von Schuldaufnahme und -tilgung durch den Bund gegründete Bundesrepublik Deutschland Finanzagentur GmbH, vgl. *Dreher*, Public Private Partnerships, NZBau 2002, S. 246 sowie *ders.*, Privatisierung, NZBau 2001, S. 360 ff.

291 Dabei darf eine Mehrheitsbeteiligung des Staates nicht darüber hinwegtäuschen, daß mitunter auch der private Minderheitsgesellschafter faktisch den maßgeblichen Einfluß besitzen kann. Zu daraus resultierenden rechtsstaatlichen Problemen vgl. etwa die Urteile des VG Schleswig, Die Gemeinde SH 1998, S. 190 ff. und des OVG Schleswig-Holstein, Die Gemeinde SH 1998, S. 304 ff.

292 Die Zuordnung der Bildung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen zur Organisationsprivatisierung ist nicht unumstritten. *Ziekow*, Verwaltungskooperationsrecht, S. 76, sieht in ihnen einen Mischfall aus entweder funktionaler und materieller Privatisierung oder funktionaler und formeller Privatisierung, abhängig davon, ob auch die Verantwortlichkeit auf das neu gegründete Unternehmen übertragen wird; hingegen (ohne nach Mehrheitsverhältnissen zu differenzieren) für eine Teilprivatisierung in Form einer echten materiellen Privatisierung *Habersack*, Private Public Partnership, ZGR 1996, S. 545. Für die hier vorgenommene Zuordnung spricht, daß nach dem funktionalen Staatsbegriff ein staatlich dominiertes gemischt-wirtschaftliches Unternehmen, das öffentliche Aufgaben wahrnimmt, der Sphäre des Staates zuzurechnen ist und die von ihm wahrgenommene Aufgabe damit weiterhin Staatsaufgabe bleibt. Im Ergebnis wie hier auch *Schoch*, Public Private Partnership, S. 113 f.; *Schmidt*, Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen, ZGR 1996, S. 347, weist zutreffend darauf hin, daß es sich um eine Kombination aus Organisations- und Teilvermögensprivatisierung handelt, wenn ein privater Minderheitsgesellschafter erst nachträglich an einer privatrechtlichen staatlichen Eigengesellschaft beteiligt wird; zu dieser Kombination vgl. auch *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 252.

293 Zur Zurechnung dieser „externen privaten Organisationseinheiten“ zum Staat vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 78 f.

Sinne.²⁹⁴ Die Organisationsprivatisierung hat damit keine grundlegende Bedeutung für die Veränderung des Verhältnisses von staatlichem und privatem Sektor²⁹⁵ und wird an dieser Stelle deshalb nicht vertieft behandelt.

bb. Materielle Privatisierung (Aufgabenprivatisierung)

Anders verhält es sich bei der auch als Aufgabenprivatisierung²⁹⁶ bezeichneten materiellen Privatisierung. Bei dieser Privatisierungsform zieht sich der Staat aus einer bislang von ihm selbst wahrgenommenen Aufgabe zurück und überläßt deren Erledigung dem gesellschaftlich-wirtschaftlichen Bereich.²⁹⁷ Weil dies mit dem Wegfall der entsprechenden Staatsaufgabe verbunden ist, weist das private Tätigwerden keinen funktionalen Bezug zu einer Staatsaufgabe auf. In der Praxis spielt dieses vollumfängliche „take over“ durch den privaten Sektor eine nur geringe,²⁹⁸ im Bereich der Langzeitpflege letztlich gar keine Rolle.

cc. Funktionale Privatisierung

Relevanter für die Erbringung stationärer Langzeitpflegeleistungen in England und – aus der Privatisierungsfolgenperspektive – Deutschland ist demgegenüber die sog. funktionale Privatisierung.²⁹⁹ Bei ihr zieht der Staat Akteure des privaten Sektors so zu seiner Unterstützung heran, daß diese einen Teilbeitrag mit funktionalem Bezug auf eine Staatsaufgabe erbringen,³⁰⁰ ohne daß dieses Tätigwerden selbst (ungeachtet einer möglichen Zurechenbarkeit des Handelns im Verhältnis nach außen³⁰¹) als hoheitliches Tätigwerden (wie etwa beim Beliehenen³⁰²) oder als Staatsaufgabe klassifiziert werden

294 Zur Zurechnung des Beliehenen zur staatlichen Organisation vgl. *Krebs*, HbdStR III, § 69 Rn. 39. Statusbezogen handelt es sich bei den Beliehenen demgegenüber bereits definitionsgemäß um echte Privatrechtssubjekte, s. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 56. Aufgrund des Fehlens einer Aufgabenübertragung auf Private im funktionalen Sinn wird die Organisationsprivatisierung mitunter auch als „unechte“ Privatisierung oder „Scheinprivatisierung“ bezeichnet, s. *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 973.

295 Vgl. *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 544.

296 S. *Stelkens/Schmitz* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* [Hrsg.], VwVfG, § 1 Rn. 109 f.; anders als hier faßt *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 974, unter dem Oberbegriff „Aufgabenprivatisierung“ die materielle und die funktionale Privatisierung zusammen.

297 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 63; *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 962 f.; *Schuppert*, Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 767.

298 *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 417.

299 *Pietzcker*, Staatsauftrag, S. 339 ff., spricht statt von funktionaler Privatisierung von „Auslagerung“.

300 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 100.

301 Vgl. *von Heimburg*, S. 112, 139 ff., der das Kriterium der Abhängigkeit bei der von ihr so bezeichneten „Verwaltungs substitution“ gerade dazu dient, die Zurechnung des privaten Beitrags zur Staatsaufgabe zu bewirken.

302 Im Unterschied zu Beliehenen können Verwaltungshelfer bei der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht auf den Einsatz hoheitlicher Mittel zurückgreifen, *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 147.

könnte.³⁰³ Vielmehr findet eine Aufspaltung der Staatsaufgabe statt.³⁰⁴ Die Aufgabe der Erledigung bleibt in der Zuständigkeit des staatlichen Trägers, lediglich die Erfüllung der Aufgabe geschieht durch Private.³⁰⁵ Der durch Private erbrachte Teilbeitrag ist als „Verwaltungshilfe“ (oder in bestimmten Fällen als „technische Erfüllungshilfe“³⁰⁶) zu qualifizieren.³⁰⁷ Vom Erfordernis einer gewissen Unselbständigkeit³⁰⁸, also der Bindung an staatliche Vorgaben und Weisungen,³⁰⁹ ist die Verwaltungsrechtslehre hierbei inzwischen wieder abgerückt.³¹⁰ Die Verwaltungshilfe kann etwa in planenden, vorbereitenden, durchführenden oder kontrollierenden Tätigkeiten innerhalb eines bestimmten Aufgabenbereichs bestehen.³¹¹ Die grundsätzliche Zuständigkeit und Verantwortung für die jeweilige Aufgabe verbleiben bei der staatlichen Verwaltung,³¹² der das private Handeln des Verwaltungshelfers zugerechnet wird.³¹³ Typusprägend ist der funktionale Bezug des privaten Teilbeitrags zur Staatsaufgabe, wofür es nicht genügt, daß der Teilbeitrag lediglich auf einen öffentlichen Zweck gerichtet ist.³¹⁴ Nicht zwingend erforderlich ist demgegenüber, daß der Verwaltungshelfer in fremdem Namen handelt, das Bestehen einer unmittelbaren Rechtsbeziehung zu Dritten steht der Charakterisierung als Verwaltungshilfe nicht entgegen.³¹⁵

Genaueren Hinsehens bedarf die „untere Schwelle“ dieser Art der Aufgabenteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor. Damit ist derjenige Grenzbereich gemeint, bei dem es sich noch nicht um funktionale Privatisierung bzw. Verwaltungshilfe,³¹⁶ sondern um bloße Bedarfsdeckung³¹⁷ seitens des Staates im privaten Sektor handelt.

303 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 100, 156 ff., der zu Recht darauf hinweist, daß es in den Fällen der funktionalen Privatisierung gerade um die Hereinnahme „echt“ privater Initiative und Leistungskraft geht. Allgemein zur Verwaltungshilfe s. *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 59 Rn. 55 ff., sowie *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 60.

304 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 65.

305 *Krölls*, Rechtliche Grenzen der Privatisierungspolitik, *GewArch* 1995, S. 138.

306 *Steiner*, Öffentliche Verwaltung, S. 106 ff.

307 Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 100; *ders.*, *HdbStR* IV, § 75 Rn. 7.

308 Die von *Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht, *VVDStRL* 56 (1997), S. 273, verwendete Figur des „selbständigen Verwaltungshelfers“ ist demgegenüber in den Kontext der gesellschaftlichen Selbstverwaltung einzuordnen. Der von *Di Fabio* verwendete Begriff des selbständigen Verwaltungshelfers wird angesichts des fehlenden funktionalen Bezugs des privaten Beitrags zu einer Staatsaufgabe kritisiert, vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 161.

309 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 154; vgl. auch *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 60.

310 Vgl. *Burgi*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 32.

311 *Lee*, Privatisierung als Rechtsproblem, S. 167 ff., nennt die Planung, die Durchführung, die Finanzierung und die Kontrolle als funktional privatisierungsfähige Phasen.

312 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 62; *Strauß*, Funktionsvorbehalt, S. 197 f.; *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 544; *ders.*, Rückzug des Staates?, *DÖV* 1995, S. 767.

313 *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 59 Rn. 57.

314 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 146.

315 Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 153 f.; anders etwa *Arnim*, Rechtsfragen, S. 15, *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn 60; *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 113.

316 Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 149.

317 Allgemein zur Bedarfsdeckung durch den Staat *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 19 ff.

Der Bereich der Verwaltungshilfe ist so lange noch nicht betreten, als sich der Beitrag des Privaten in der Bedarfsdeckung erschöpft und zwischen dieser und der anschließenden Erfüllung der (den Bedarf verursachenden) Staatsaufgabe durch den Staat eine Zäsur liegt.³¹⁸ Umgekehrt ist dann von Verwaltungshilfe auszugehen, wenn die Leistung des Privaten *uno actu* mit der Mitwirkung an der betreffenden Staatsaufgabe erfolgt, der private Akteur also zugleich in einen funktionalen Bezug zur Erfüllung der jeweiligen Staatsaufgabe tritt.³¹⁹ Im ersten Fall wird der Staat bedarfsdeckend, im zweiten veranlassend tätig.³²⁰

Bislang nicht abschließend geklärt ist, wie sich die Kategorie der funktionalen Privatisierung zu den anderen Privatisierungsformen verhält. Teilweise wird sie als Unterfall der Organisationsprivatisierung verstanden,³²¹ nach anderer Ansicht der Aufgabenprivatisierung zugerechnet.³²² Weil die Verwaltungshilfe als Erbringung von Teilbeiträgen mit funktionalem Bezug zu einer Staatsaufgabe aufgrund des trägerorientierten Staatsaufgabenbegriffs gerade keine Wahrnehmung von Staatsaufgaben darstellt,³²³ unterscheidet sich die funktionale Privatisierung qualitativ von der Organisationsprivatisierung.³²⁴ Auch als Unterfall der materiellen Privatisierung ist die funktionale Privatisierung nicht zutreffend erfaßt.³²⁵ Zwar wird ein Teilbereich einer vormals vom Staat erfüllten Aufgabe nun nicht mehr als Staatsaufgabe erbracht, in der zwischen dem privaten Teilbeitrag einerseits und der verbliebenen Staatsaufgabe andererseits bestehenden funktionalen Verschränkung liegt jedoch ein qualitativer Unterschied zur materiellen Privatisierung, die durch einen vollständigen Rückzug des Staates aus dem betreffenden Aufgabenbereich gekennzeichnet ist.³²⁶

318 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 149.

319 Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 149.

320 Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 151.

321 *Vitzthum*, AöR 104 (1979), S. 587; *Arnim*, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 16; *Peine*, Grenzen der Privatisierung, DÖV 1997, S. 354 ff.

322 *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 974; *Krölls*, Rechtliche Grenzen der Privatisierungspolitik, GewArch 1995, S. 131.

323 *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 32; denkbar ist allerdings eine Kombination aus Verwaltungshilfe und Beleihung, die etwa im Bereich des Baus und der Erhaltung von Fernstraßen herangezogen wird, wenn dem privaten Betreiber zugleich im Wege der Beleihung das Erheben der Mautgebühren übertragen ist, vgl. *Burgi*, Der Beliehene, S. 582. Näher besehen handelt es sich jedoch um eine Kombination aus funktionaler und Organisationsprivatisierung, bei der die Mauterhebung nach wie vor als Staatsaufgabe wahrgenommen wird.

324 Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 158; *ders.*, HdbStR IV, § 75 Rn. 8; die Einwirkungsmacht des Staates auf die Privaten unterscheidet sich bei den verschiedenen Privatisierungsformen demgegenüber nur graduell, vgl. *Osterloh*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 234.

325 So aber *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 417, der die funktionale Privatisierung als Teil-Aufgabenprivatisierung versteht, damit aber nicht zum Ausdruck bringt, daß der Vollzug der Aufgabe nunmehr keine Staatsaufgabe mehr darstellt.

326 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 158 f.; auch *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 62, nennt die funktionale Privatisierung daher als eigenständige Kategorie zwischen formaler und materieller Privatisierung.

Gerade bei der funktionalen Privatisierung ergeben sich „interessante und nicht nur periphere Verschiebungen der sich ständig verändernden Überlappung und Verzahnung von öffentlicher und privater Aufgabenerfüllung.“³²⁷ Auf sie wird unter dem Aspekt der Verantwortungsteilung zurückzukommen sein.

dd. Finanzierungsprivatisierung

Anders gelagert ist die Einbindung Privater im Falle der sog. Finanzierungsprivatisierung. Bei dieser Privatisierungsform steht die Erschließung finanzieller Mittel des privaten Sektors im Vordergrund.³²⁸ Der Rückgriff auf den privaten Sektor muß sich allerdings nicht auf diesen Aspekt beschränken, in der Praxis sind oftmals Kombinationen aus Finanzierungs- und funktionaler Privatisierung anzutreffen. Die Gestaltungsmöglichkeiten für die private Finanzierungsbeteiligung reichen von Fonds- und Leasingkonzepten über diverse Varianten von Betreibermodellen und Projektfinanzierungen³²⁹ bis hin zu Konzessionsmodellen.³³⁰

ee. Im anglo-amerikanischen Rechtsraum gebräuchliche Begrifflichkeiten

Im anglo-amerikanischen Rechtsraum ist die aufgezeigte, an die Staatsaufgabendogmatik anknüpfende Unterscheidung zwischen formaler, materieller und funktionaler Privatisierung nicht gebräuchlich.³³¹ Teils wird pauschal von *privatisation* gesprochen, teils orientieren sich die Bezeichnungen an den eingesetzten Handlungsinstrumenten oder den beteiligten Akteuren, etwa wenn von *contracting-out* oder der Bildung von *Public Private Partnerships*, einem inzwischen auch in Deutschland gebräuchlichen Ausdruck – gesprochen wird.

(1) *Privatisation*

Privatisation wird oftmals – wie der deutsche Begriff „Privatisierung“ – pauschal zur Beschreibung der Übertragung bisher vom Staat ausgeführter Aufgaben auf den priva-

327 Schuppert, Privatisierung als Veränderung, S. 544.

328 Vgl. Huber, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 167.

329 Eines der bekanntesten – wenngleich nicht sonderlich erfolgreichen – Beispiele ist der Bau des Kanaltunnels zwischen Frankreich und England.

330 Einen guten Überblick bietet etwa Rehm, Modelle zur Finanzierung kommunaler Investitionen durch Private, S. 93 ff. Die Finanzierungsprivatisierung findet längst nicht mehr nur im kommunalen Bereich, sondern mittlerweile auch auf Landes- oder Bundesebene Anwendung, wo beispielsweise § 1 des Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetzes (Gesetz v. 20. Januar 2003, BGBl. I S. 98, neubekanntgemacht am 6. Januar 2001, BGBl. I S. 49) die Übertragung von Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung gebührenpflichtiger Bundesfernstraßen auf private Betreiber ermöglicht.

331 Der Aufsatz von Priess, Privatisations And The E.C. Public Procurement Rules, PPLR 1998, S. 1 ff., der zwischen *material* und *formal privatisation* unterscheidet, stellt nur eine scheinbare Ausnahme hiervon dar. Er wurde von einem deutschen Autor der deutschen Rechtstradition folgend verfaßt. Für einen (keineswegs abschließenden) Überblick über Privatisierungsformen in England s. Greenwood/Pyper/Wilson, New Public Administration in Britain, S. 215 ff.

ten Sektor verwendet.³³² Häufig wird dieser Ausdruck allerdings auch mit einer etwas engeren Bedeutung verwandt. Er bezeichnet dann die Ausgliederung der *nationalised industries*³³³ aus der unmittelbaren Staatsverwaltung und ihre Umwandlung in eigenständige Unternehmen,³³⁴ wie sie vor allem von der im Jahr 1979 gewählten konservativen Regierung unter *Thatcher* auf den Weg gebracht wurde.³³⁵ Von einer *full* oder *true privatisation* wird dabei nur dann gesprochen, wenn sich der Staat vollständig von seinen Anteilen am ausgliederten Unternehmen trennt.³³⁶

(2) *Contracting-out*

Contracting-out,³³⁷ handlungsförmneutral auch als *outsourcing* bezeichnet,³³⁸ bedeutet, daß eine vormals vom Staat eigenhändig erbrachte (Dienst-)Leistung durch Vertrag einem privaten Träger zur Ausführung übertragen wird, wobei der Staat für deren Erbringung verantwortlich bleibt.³³⁹ In der weiter oben dargestellten Begrifflichkeit wäre das *contracting-out* der funktionalen Privatisierung zuzuordnen,³⁴⁰ weil der privat erbrachte Teilbeitrag einen unmittelbaren Bezug zur fortbestehenden Staatsaufgabe des Angebots einer bestimmten Leistung aufweist.

Der Begriff „*contracting-out*“ findet in England vor allem im Zusammenhang mit der Privatisierung kommunaler Dienstleistungen wie etwa der Müllabfuhr und Müllentsorgung, der Straßen- und der Gebäudereinigung,³⁴¹ aber auch im Rahmen der Erbrin-

332 S. etwa *Sah/Daintith*, Privatisation, PL 1993, S. 465; *Potocki*, The inevitable privatisation, PPLR 2001, S. 303; *Ascher*, Privatisation, S. 4; vgl. auch *Harden*, The Contracting State, S. 30.

333 Hierzu etwa *Prosser*, Nationalised Industries And Public Control, S. 1 ff.; *Craig*, Administrative Law, S. 112 ff.

334 Vgl. neben den oben in Fn. 269 genannten Beispielen aus den frühen 1980-er Jahren auch den *Electricity Act 1989* (chapter 29), den *Water Act 1989* (chapter 15), den *Railways Act 1993* (chapter 43), den *Coal Industry Act 1994* (chapter 21) oder den *Postal Services Act 2000* (chapter 26).

335 Vgl. etwa *Phillips/Jackson/Leopold*, Constitutional and Administrative Law, Rn. 28-013. *Ascher*, Privatisation, S. 4. In diesem Sinne auch *Craig*, Administrative Law, S. 114 ff., sowie *Cane*, Administrative Law, S. 309.

336 *Potocki*, The inevitable privatisation, PPLR 2001, 304. *Privatisation* primär auf den Wechsel von staatlichem in privates Eigentum beziehend auch *Hemming/Mansoor*, Privatisation and Public Enterprises, S. 6; *Trebillock/Prichard*, Crown Corporations, S. 86. Die *full privatisation* entspräche in der deutschen, von der Staatsaufgabendogmatik geprägten Terminologie einer mit einer materiellen oder funktionalen Privatisierung verbundenen Vermögensprivatisierung, abhängig davon, welche Aufgaben der Staat im betreffenden Aufgabenfeld nach der Privatisierung noch wahrnimmt. Behält der Staat hingegen alle Anteile am Unternehmen (wie etwa im Falle der *Post Office Ltd*, einer 100%-igen Tochtergesellschaft der *Royal Mail Group plc*, deren Anteile vollständig vom Staat gehalten werden), stünde dies einer Organisationsprivatisierung gleich.

337 Allgemein zum *contracting-out* statt vieler *Craig*, Administrative Law, S. 125 ff.; *Ascher*, Privatisation, S. 7 ff.

338 Vgl. etwa *Potocki*, The inevitable privatisation, PPLR 2001, S. 304.

339 *Cane*, Administrative Law, S. 309 f.; *Craig*, Administrative Law, S. 129; *Potocki*, The inevitable privatisation, PPLR 2001, S. 304.

340 So auch *Ziekow*, Verwaltungskooperationsrecht, S. 75; *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 541 f.

341 *Leigh*, Local Democracy, S. 311.

gung sozialer Dienste Verwendung. Obwohl dort die Möglichkeit für staatliche Stellen, die Erbringung bestimmter Leistungen vertraglich auf den privaten Sektor zu übertragen, schon früher bestand,³⁴² gewann das *contracting-out* erst mit der Einführung des *Compulsory Competitive Tendering*³⁴³ (CCT), einem zwingenden Ausschreibungsverfahren, durch den Local Government Act 1988³⁴⁴ wesentlich an Bedeutung. Wollten Kommunalbehörden Leistungen selbst, d.h. durch eigenes Personal oder eigene Betriebe erbringen, waren sie nunmehr gesetzlich gezwungen, zuvor ein sog. *market testing*³⁴⁵ vorzunehmen, also den Nutzen der Eigenerbringung mit dem bei einem *contracting-out* erwarteten zu vergleichen.³⁴⁶ Um auch staatlicherseits eine Vergleichsbasis zu schaffen, mußte innerhalb der Kommunalbehörden ein sog. *purchaser/provider-split*³⁴⁷ vorgenommen und organisatorisch und finanziell eigenständige Leistungserbringer, die *Direct Service Organisations*, eingerichtet werden. Nur wenn sich die Eigenerbringung gegenüber dem Angebot des privaten Erbringers durchsetzte, durfte die Leistung von der Kommunalbehörde selbst erbracht werden, anderenfalls mußte sie nach außen vergeben werden. Speziell auf das *contracting-out* in der stationären Langzeitpflege wird im englischen Länderbericht zurückzukommen sein.

Vom *contracting-out* zu unterscheiden ist das Konzept des „*contracting state*“³⁴⁸, dessen Handeln häufig auch mit den Schlagwörtern „*contractualism*“³⁴⁹ oder „*contractualisation*“ bezeichnet wird. Wesentliches Merkmal des *contracting state* ist das Verwaltungshandeln durch Vertrag. Während aber das *contracting-out* stets mit einer Einbeziehung des privaten Sektors verbunden ist, geht *contractualisation* darüber hinaus und bezieht auch vertragliche Absprachen innerhalb des Staates mit ein.³⁵⁰ Zu solchen kommt es etwa aufgrund des soeben beschriebenen *purchaser/provider-split*: obgleich mittlerweile mit der Abschaffung des CCT die Pflicht zum *market testing* wieder entfiel,³⁵¹ blieb die organisatorische Trennung zwischen *purchaser* und *provider-units*

342 Das *contracting-out* stellte bereits unter der 1979 gewählten konservativen Regierung ein wichtiges Politikelement dar, vgl. etwa die Empfehlungen im Treasury-Report „Using Private Enterprise in Government: report of a multi-departmental review of competitive tendering and contracting for services in government departments“ aus dem Jahr 1986. Zur Geschichte des *contracting-out* s. Leigh, Local Democracy, S. 309 ff.

343 Hierzu sowie zum *Competitive Tendering* vgl. Harden, The Contracting State, S. 17 ff.

344 1988 chapter 9.

345 S. dazu Harden, Defining The Range Of The Public Sector Procurement Directives In The United Kingdom, PPLR 1992, S. 369 ff.

346 S. dazu Leigh, Local Democracy, S. 217, 309 ff.

347 Dieser Begriff oder auch der „*contractor/provider-split*“ findet sich als „Auftraggeber/Auftragnehmermodell“ in der deutschen Literatur wieder, s. Reichard, Das Konzept des Gewährleistungsstaates, S. 54 f.

348 Grundlegend etwa Harden, The Contracting State, S. 1 ff.

349 Dazu etwa Eichenhofer/Westerveld, Contractualism, S. 21 ff.

350 So etwa im *NHS internal market*, dazu Harden, The Contracting State, S. 14 ff.; vgl. auch Vincent-Jones, Regulation, PL 1999, S. 304; ders., Responsive Law, MLR 61 (1998), S. 362, Fn. 1.

351 S. 21 des Local Government Act 1999.

bestehen. Zur eigenhändigen Leistungserbringung werden daher weiterhin interne „Verträge“³⁵² abgeschlossen.

(3) *Public Private Partnerships*

Mit der Einführung des *Best Value*³⁵³ Regimes in der öffentlichen Verwaltung in England wurde das CCT abgelöst und die Erbringung von *public services* flexibilisiert. Als Alternative zum *contracting-out* im eben beschriebenen Sinn können die Kommunalbehörden nun auch auf eine weitere Form des Zusammenwirkens von öffentlichem und privatem Sektor bei der Aufgabenerfüllung, nämlich auf die Bildung sog. *Public-Private-Partnerships*,³⁵⁴ zurückgreifen. Der Begriff „*Public Private Partnership*“ (PPP) war ursprünglich auf die Kooperation mit Investoren und gesellschaftlichen Gruppen in städtebaulichen Problemzonen in den USA beschränkt,³⁵⁵ ist seit Beginn der 90-er Jahre³⁵⁶ aber auch in Deutschland und England gebräuchlich³⁵⁷ und umfaßt als „schillernder Sammelbegriff“³⁵⁸ verschiedenste Formen der Zusammenarbeit von Staat und Privaten.³⁵⁹ Diese findet etwa im Bereich der Bauleitplanung,³⁶⁰ des Städte-

352 Bei den internen „Verträgen“ handelt es sich allerdings nicht um Verträge im rechtlichen Sinn, weil die *Direct Service Organisations* keine eigenständigen Rechtspersonen darstellen. Vgl. dazu *Freedland*, *Government by Contract*, PL 1994, S. 89: „*These arrangements are then subjected to a sort of double legal fiction, whereby a non-corporation is deemed to enter into non-contracts.*”

353 Bei *Best Value* handelt es sich um einen flexibleren und pragmatischeren Ansatz, der die Stellung des Endkonsumenten stärker in den Vordergrund stellt und dabei eher auf Performance-Indikatoren denn auf formelle Vorgaben der Leistungserbringung setzt; dazu *Leigh*, *Local Democracy*, S. 321 ff.

354 *Leigh*, *Local Democracy*, S. 322.; zum Zusammenhang von PPP und *Value for Money* vgl. auch *Steadman*, *Public Private Partnership*, S. 15 f.

355 Die Wurzeln der öffentlich-privaten Zusammenarbeit wurden in der Stadt Pittsburgh bereits in den 40-er Jahren des letzten Jahrhunderts gelegt, s. *Kruzewicz/Schuchardt*, *Der Städtetag* 1989, S. 763.

356 Zur Einführung von PPP in England im Jahre 1992 vgl. *Steadman*, *Public Private Partnership*, S. 14 f.

357 Aus der umfangreichen, deutschen Literatur s. etwa *Budäus/Eichhorn* [Hrsg.], *Public Private Partnership*, 1997; *Tettinger*, *Public Private Partnership*, DÖV 1996, 764 ff.; *Habersack*, *Private Public Partnership*, ZGR 25 (1996), S. 544 ff.; *Bauer*, *Public Private Partnership*, DÖV 1998, S. 89 ff.; *Becker*, *Rechtsrahmen für Public Private Partnership*, ZRP 2002, S. 303 ff.; *Dreher*, *Public Private Partnerships*, NZBau 2002, S. 245 ff.; *Knauff*, *Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership?*, NZBau 2005, S. 249 ff.; aus der angelsächsischen Literatur statt vieler *Arrowsmith*, *Public Private Partnerships and the European Procurement Rules*, CMLRev2000, S. 709 f.; *Bennett/Krebs*, *Local Economic Development*, 2001; *Steadman*, *Public Private Partnership*, S. 9 ff.

358 *Schoch*, *Public Private Partnership*, S. 103.

359 Vgl. *Jordan*, *Public-Private Joint Venture Companies*, PPLR 2003, S. 64: „*The concept of Public Private Partnerships [...] refers to all forms of co-operation between the public and private sector for the management of services intended for the public.*” In diesem Sinne auch *Steadman*, *Public Private Partnerships*, S. 11. Enger *Habersack*, *Public Private Partnership*, ZGR 1996, S. 545 f.: Zusammenarbeit auf der kommunalen Ebene auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge. Ein Überblick über die Anwendungsfelder der PPP findet sich etwa bei *Roggencamp*, *Public Private Partnership*, S. 38 ff., sowie – für England – bei *Steadman*, *Public Private Partnership*, S. 11 f., und *Badcoe*, *Public Private Partnerships*, PPLR 1999, S. 279 ff.

360 Vgl. dazu *von und zu Franckenstein*, *Public Private Partnership*, UPR 2000, S. 288 ff.

baurechts,³⁶¹ der Verkehrswirtschaft³⁶² oder im Rahmen sog. Sicherheitspartnerschaften³⁶³ statt.

Die Offenheit für unterschiedlichste Gestaltungsformen kommt gut zum Ausdruck, wenn man die PPP als prozeßorientierte Integration zwischen öffentlicher Hand und Akteuren aus dem privaten Sektor beschreibt,³⁶⁴ deren Fokus auf die Verfolgung komplementärer Ziele sowie die Nutzung von Synergiepotentialen bei der Zusammenarbeit gerichtet ist.³⁶⁵ Die PPP läßt die Identität und Verantwortung der Partner unberührt.³⁶⁶ Häufig wird zudem eine vertragliche Formalisierung der Zusammenarbeit gefordert.³⁶⁷ Bei den vertraglichen Absprachen handelt es sich regelmäßig um eine Kombination aus Gesellschafts- und Betreiberverträgen,³⁶⁸ der Anwendungsbereich der PPP geht jedoch darüber hinaus und bezieht ebenso nicht-gesellschaftsrechtliche Vertragsformen mit ein.³⁶⁹ Somit können auch die oben beschriebenen Formen des *contracting-out* unter den Begriff der PPP gefaßt werden.³⁷⁰ Dies gilt auch für den Abschluß von Leistungserbringungsverträgen zwischen Staat und privaten Anbietern, so daß auch die vertragliche Heranziehung Dritter zur Erbringung staatlicherseits geschuldeter stationärer Langzeitpflegeleistungen eine *Public Private Partnership* darstellt.³⁷¹

361 Vgl. *Kahl*, Das Kooperationsprinzip im Städtebaurecht, DÖV 2000, 793 ff.

362 Vgl. *Muthesius*, Praktische Erfahrungen und Probleme mit Public Private Partnership, S. 169 ff.

363 Vgl. etwa *Stober* [Hrsg.], Public-Private-Partnerships und Sicherheitspartnerschaften, 2000; *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 434 f.

364 Zur im Hinblick auf die demokratische Legitimation damit einhergehenden Gefahr einer „Diffusion kommunaler und privater Steuerung und Verantwortung“ vgl. *Ehlers*, Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, DVBl. 1998, S. 506, sowie *Schoch*, Public Private Partnership, S. 109 f., 113 f.

365 Dies läßt PPP dort krisenanfällig werden und relativiert übertriebene Erwartungen an die PPP, wo ökologische oder soziale Erwägungen, die nicht den betriebswirtschaftlichen Zielen des Privaten entsprechen, bei der Aufgabenerfüllung eine maßgebliche Rolle spielen, vgl. *Schoch*, Public Private Partnership, S.115. sowie VGH Baden-Württemberg, Beschluß v. 7. März 1985, NVwZ 1985, S. 438.

366 *Budäus/Grüning*, Public Private Partnership, S. 54; ebenso *Schuppert*, Erscheinungsformen von Public Private Partnership, S. 94. Den Anwendungsbereich etwas enger fassend hingegen die EG-Kommission in ihrem Bericht für den Europäischen Rat in Laeken vom 17. Oktober 2001, Rn. 37: Nach ihr „bezeichnen Öffentlich-private Partnerschaften im Allgemeinen sämtliche Formen der Zusammenarbeit zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor zum Zweck der Erbringung von Dienstleistungen für die Öffentlichkeit“, *Ziekow*, Verwaltungskooperationsrecht, S. 77 ff.

367 Zur Vertragsgestaltung bei PPP etwa *Müller*, Kommunalrechtliche Grenzen beim Sale-and-leaseback, S. 71 ff., 94 ff.; *Bauer*, Public Private Partnership, DÖV 1998, S. 91 ff. Mitunter werden jedoch auch informelle Kooperationsformen wie z.B. Abstimmungen im Einzelfall, Erfahrungs- und Informationsaustausch und Arbeitskreise zu bestimmten Fachthemen unter den Begriff der PPP eingeordnet, soweit sie zumindest einen gewissen Institutionalisierungsgrad aufweisen, vgl. *Roggenkamp*, Public Private Partnership, S. 48 f.; mit einem weiten, alle Kooperationsformen einbeziehenden Verständnis auch *Tettinger*, Public Private Partnership, DÖV 1996, S. 764.

368 Sog. „Kooperationsmodell“; hierzu sowie allgemein zur Bedeutung des Gesellschaftsrechts für den Ausgleich der unterschiedlich gelagerten Motive und Interessen der Gründer einer PPP vgl. *Habersack*, Private Public Partnership, ZGR 1996, S. 544 ff.

369 Vgl. *Steadman*, Public Private Partnership, S. 12.

370 *Steadman*, Public Private Partnership, S. 12.

371 *Badcoe*, Public Private Partnerships, PPLR 1999, S. 283.

Weil der Begriff der PPP am kooperativen, funktional aufeinander bezogenen Modus des Tätigwerdens privater und öffentlicher Akteure ansetzt, verläuft er quer zu den oben genannten am Staatsaufgabenbegriff orientierten Kategorisierungen.³⁷² Die häufigsten Erscheinungsformen, wie etwa Konzessions- und Betreibermodelle, stellen funktionale Privatisierungen dar.³⁷³ Vielfach liegt den Modellen zugleich eine private Finanzierungskomponente zugrunde, weswegen im Rahmen von *Public Private Partnerships* häufig auch die „*Public Finance Initiative*“³⁷⁴ genannt wird.³⁷⁵ Diese weist die Merkmale der oben beschriebenen Finanzierungsprivatisierung auf und ist längst über ihren ursprünglichen Anwendungsbereich – die Finanzierung von *Public Private Partnerships* – hinausgewachsen.

Zur materiellen sowie zur formellen Privatisierung dürften *Public Private Partnerships* demgegenüber in einem Exklusivitätsverhältnis stehen.³⁷⁶

Aufgrund der Verschiedenartigkeit der von PPPs umfaßten Erscheinungsformen ist der Begriff, dem der „Charme des rechtlich Unverbindlichen“³⁷⁷ anhaftet, letztlich allerdings nicht hinreichend konturiert, um einen Anknüpfungspunkt für juristische Ableitungen für die normative Strukturierung von Kooperationen zwischen dem staatlichen und dem privaten Sektor bilden zu können.³⁷⁸

372 *Tettinger*, Public Private Partnership, DÖV 1996, S. 764.

373 Vgl. *Burgi*, HdbStR IV, § 75 Rn. 7; s. auch *Dreher*, Public Private Partnerships, NZBau 2002, S. 247, der allerdings zusätzlich auch die Beleihung als Fall der funktionalen Privatisierung einordnet.

374 Vgl. dazu *Badcoe*, Public Private Partnerships, PPLR 1999, S. 285 ff.; s. auch *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hrsg.], VwVfG, § 54 Rn. 43 b; *Greenwood/Pyper/Wilson*, New Public Administration in Britain, S. 218 ff.

375 So für die Private Finance Initiative (s. Fn. 285) *Steadman*, Public Private Partnerships, S. 11: „*PFI [...] is the most common form of PPP utilized in the UK at the moment.*“

376 Die Fälle der materiellen Privatisierung scheiden für eine PPP aus, weil ihnen das kooperative Element zwischen öffentlicher Hand und Privaten fehlt, *Dreher*, Public Private Partnerships, NZBau 2002, S. 246. In welchem Verhältnis die PPP und Fälle der formalen Privatisierung zueinander stehen, hängt letztlich davon ab, ob man die Fälle staatlich dominierter, gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen als Form der formellen Privatisierung anerkennt. Hierfür spricht, daß der Einflußnahme durch die Privaten in diesen Fällen keine dominierende Stellung zukommt, dieses vielmehr immer unter dem staatlichen Letztvorbehalt steht. Dies macht sie gewissermaßen zu „verlängerten Armen“ des Staates und rechtfertigt die Zurechnung dieser Gesellschaften zur Sphäre des Staatlichen, so daß das Vorliegen einer *Public Private Partnership* zu verneinen ist. So im Ergebnis auch *Dreher*, Public Private Partnerships, NZBau 2002, S. 246, sowie *von und zu Franckenstein*, Public Private Partnership, UPR 2000, S. 289.

377 *Tettinger*, Public Private Partnership, DÖV 1996, S. 764.

378 *Ziekow*, Verwaltungskooperationsrecht, S. 77; *Tettinger*, Public Private Partnership, DÖV 1996, S. 764; *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 96 f., 99. Umgekehrt bietet die Offenheit des Begriffs jedoch den Vorteil, Aufgabenteilungen auch dort betonen und beschreiben zu können, wo sie mit dem Schema aus formeller, funktionaler und materieller Privatisierung nur schwer ausgedrückt werden können, vgl. *Ziekow*, Verwaltungskooperationsrecht, S. 76.

II. Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten

1. Verantwortungsteilung als „Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit“

Waren bis Ende der 1990-er Jahre die Auseinandersetzungen über Privatisierungen geprägt vom Diskurs über Aufgabenabbau³⁷⁹ und Aufgabenkritik,³⁸⁰ so hat sich mittlerweile sowohl in Deutschland als auch in England der Blickwinkel der Diskussion geändert. Anstelle der Diktion eines angeblichen „Rückzugs des Staates“³⁸¹, der „Entstaatlichung“ und des „Abbaus“ des (Sozial-)Staates trat das Leitbild des „aktivierenden Staates“³⁸² in den Vordergrund. Obgleich vor allem mit der aktivierenden Arbeitsmarktpolitik in Zusammenhang gebracht,³⁸³ geht der Anwendungsbereich dieses Konzepts weit darüber hinaus und zielt auf eine umfassende Neubestimmung der Rollenverteilung zwischen Staat und Gesellschaft, auf eine stärkere kooperative Aufgabenwahrnehmung, welche den einzelnen Bürger und die Gesellschaft mit eigenverantwortlichen Leistungen in den Produktionsprozeß öffentlicher Leistungen einbindet.³⁸⁴ Diese Ansätze waren nicht nur zentral für die „New Deal“-Politik von New Labour unter Blair,³⁸⁵ sondern wurden auch von der deutschen Bundesregierung unter Schröder aufgenommen. Im Leitbild des „aktivierenden Staates“³⁸⁶, das schon in der Koalitionsvereinbarung zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 20.10.1998 enthalten war³⁸⁷ und das in der Regierungserklärung „Moderner Staat – Moderne Verwaltung“³⁸⁸ konkretisiert wurde, finden sich Privatisierungsgesichtspunkte unter dem zentralen Konzept der „Neuen Verantwortungsteilung“ zwischen Staat und Gesellschaft wieder. Dieses Konzept hebt zum einen die Verpflichtung des Staates, „Freiheit und Sicherheit der Bürgerinnen und Bürger als

379 Zur „Kernaufgabendiskussion“ vgl. etwa Schuppert, Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 764 f.

380 So sah der 1995 unter der Regierung Helmut Kohls eingesetzte Sachverständigenrat „Schlanker Staat“ die Frage nach den Kernaufgaben des Staates verbunden mit der Nutzbarmachung von bürgerschaftlichem Engagement und Privatisierungen als wesentlichen Aspekt der Staatsmodernisierung, s. Sachverständigenrat „Schlanker Staat“ [Hrsg.], Abschlußbericht. Band 2, S. 41; allgemein zum „Schlanken Staat“ etwa Scholz, Schlanker Staat tut not!, S. 987 ff.

381 Schuppert, Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 761 ff.

382 Zum „aktivierenden Staat“ vgl. Schröder, Der aktivierende Staat aus der Sicht der Politik, S. 277 ff.; Blanke, Aktivierender Staat, S. 8 ff.; Blanke/von Bandemer, GMH 1999, S. 321 ff.

383 Vgl. etwa Eichhorst/Kaufmann/Konle-Seidl [Hrsg.], Bringing the jobless into work? Experiences with activation schemes in Europe and the US, 2008.

384 Grienberger-Zingerle, Kooperative Instrumente, S. 30 ff.; Blanke, Aktivierender Staat, S. 15. Vgl. auch Hoffmann-Riem, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff, S. 52.

385 Vgl. etwa die „New partnerships for welfare“ im Green Paper des Department of Social Security, New ambitions for our country: A new contract for welfare, S. 33 ff.; zur Zunahme der Bedeutung von Public Private Partnerships unter New Labour s. Steadman, Public Private Partnership, S. 19 ff.

386 Vgl. Schröder, Der aktivierende Staat aus der Sicht der Politik, S. 277 ff.

387 Koalitionsvereinbarung zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, S. 40 abrufbar unter <http://www.gruene.de/cms/themen/dokbin/182/182660.koalitionsvertrag_1998.pdf>.

388 Die Bundesregierung, Moderner Staat – Moderne Verwaltung, 1999.

Kernbereich in seiner alleinigen Verantwortung zu schützen“³⁸⁹ hervor. Andererseits betont es gleichzeitig, daß es daneben „einen großen Bereich anderer, bisher als öffentlich³⁹⁰ angesehener Aufgaben [gibt], die sichergestellt, aber nicht unbedingt durch staatliche Organe selbst durchgeführt werden müssen“³⁹¹, wobei aber in diesem Bereich „der Staat jedenfalls die Erfüllung der Aufgaben gewährleisten“³⁹² müsse.

Der Aspekt der Verantwortungsteilung trat in Folge auch in der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit der Einschaltung Privater in die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben zunehmend in den Vordergrund. *Schmidt-Aßmann* etwa stellte – betrachtet aus der Perspektive des Staates – eine Skala mit den Endpolen der vollen „Erfüllungsverantwortung“ einerseits und der „staatlichen Rahmensetzung für private Aktivitäten“ andererseits auf.³⁹³ *Schuppert* beschrieb die „Verantwortungsteilung“ zwischen Staat und Privaten als „Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor“³⁹⁴, *Hoffmann-Riem* sah in ihr den „Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit“³⁹⁵.

Im Hinblick auf die Eignung des Begriffs, das Zusammenspiel zwischen öffentlichem und privatem Sektor zu beschreiben, wird das Konzept der Verantwortungsteilung als gehaltvoller erachtet als der Staatsaufgabenbegriff.³⁹⁶ Die Staatsaufgabendogmatik vermag die vielfältigen Verantwortungsdifferenzierungen nicht nachzuzeichnen, da sie aufgrund der mangelnden Fähigkeit, private Aufgabenbeiträge einzubeziehen, das *Zusammenspiel* von Staat und Privaten in je unterschiedlicher Intensität nicht hinreichend zum Ausdruck bringt.³⁹⁷

Das Erkenntnisziel dieser Arbeit ist darauf gerichtet, die Verantwortungsteilung zwischen dem staatlichen und dem privaten Sektor im Bereich der stationären Langzeitpflege zu beleuchten. Weil aber der Gebrauch übergreifender Ordnungsideen wie „Verantwortung“ oder „Verantwortungsteilung“ – zumal im juristischen Kontext – die Gefahr einer pauschal-deskriptiven und unbestimmten Vorgehensweise birgt, statt die erforderliche analytische Tiefe zu gewährleisten,³⁹⁸ soll im Folgenden auf den Begriff der Verantwortung im Allgemeinen und sodann auf verschiedene Verantwortungsformen mit dem Staat als Verantwortungssubjekt im Besonderen näher eingegangen werden.

389 *Die Bundesregierung*, *Moderner Staat – Moderne Verwaltung*, S. 2 sowie S. 7 zur Kooperation mit Privaten.

390 Im hier verwendeten Sinn: „staatlich“.

391 *Die Bundesregierung*, *Moderner Staat – Moderne Verwaltung*, S. 2.

392 *Die Bundesregierung*, *Moderner Staat – Moderne Verwaltung*, S. 2.

393 *Schmidt-Aßmann*, *Reform*, S. 44.

394 So der Untertitel des von *Schuppert* herausgegebenen Buches „Jenseits von Privatisierung und ‚schlankem‘ Staat“, 1999.

395 *Hoffmann-Riem*, *Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff*, S. 47 ff.

396 *Vofßkuhle*, *Regelungsstrategien*, S. 58.

397 *Trute*, *Verantwortungsteilung*, S. 24.

398 Mit diesem Hinweis etwa *Wilke*, *Verwaltungsverantwortung*, DÖV 1975, S. 511. Kritisch zur Verwendung des Begriffs in juristischen Kontexten allerdings *Röhl*, *Verwaltungsverantwortung als dogmatischer Begriff*, DV Beiheft 2 (1999), S. 48; *Schmidt*, *Reform*, *VerwArch* 91 (2000), S. 157 f.; *Kämmerer*, *Privatisierung*, S. 433 ff.

Hieraus sollen schließlich diejenigen Elemente abgeleitet werden, an Hand derer sich die Struktur der staatlichen Verantwortung im Bereich der stationären Langzeitpflege hinreichend differenziert beschreiben läßt.

2. Staatliche Verantwortung

Obleich sich eine Reihe juristischer Beiträge mit Modellen der Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft beschäftigt, finden sich in diesen Abhandlungen doch nur selten genauere Ausführungen zur (staatlichen) Verantwortung.³⁹⁹ Auch ein einheitlicher rechtlicher Begriff der Verantwortung existiert nicht.⁴⁰⁰ Sehr allgemein gefaßt bedeutet Verantwortung, daß ein Akteur die Interessen der von seinem Handeln Betroffenen zu berücksichtigen und hierüber möglicherweise in irgendeiner Form Rechenschaft abzulegen hat.⁴⁰¹ Obleich der Begriff der Verantwortung in diversen moraltheologischen, philosophischen, politischen wie auch juristischen Kontexten mit jeweils unterschiedlicher Konnotation verwendet wird,⁴⁰² lassen sich sechs Elemente herauskristallisieren, die fast allen Bedeutungsvarianten zugrunde liegen:⁴⁰³

Zunächst muß die Verantwortung einerseits einem *Handlungssubjekt* zugewiesen und andererseits auf ein *Objekt* bezogen sein. Dieses Objekt kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen, in einer daraus resultierenden Folge, in der Erhaltung oder Erreichung eines Zustands, in einer Aufgabe. Wenn in dieser Untersuchung von „Verantwortungsbereichen“ die Rede ist, meint dies die Zusammenfassung mehrerer solcher aufeinander bezogener solcher Objekte.

Ferner bedarf Verantwortung der *Zurechnung* zwischen Verantwortungssubjekt und Verantwortungsobjekt. Sie bildet das Ergebnis verschiedener, im Recht primär vom Gesetzgeber getroffener Wertentscheidungen. Voraussetzung für die Zurechenbarkeit ist dabei stets ein *weisungsunabhängiger Entscheidungsspielraum*, der selbständig ausgefüllt und konkretisiert wird und die Freiheit beinhalten muß, das Verhalten (Verantwortungsobjekt) an den betreffenden Maßstäben auszurichten.⁴⁰⁴ Im Bereich vollständig determinierter Handlungen ist demgegenüber kein Raum für die Übernahme eigener Verantwortung.

Des Weiteren kann Verantwortung nur gegenüber einer *anderen Instanz* – dem Verantwortungsadressaten⁴⁰⁵ – bestehen,⁴⁰⁶ der gegenüber das Subjekt der Verantwort-

399 Ausführlich zur „Verantwortung“ als Rechtsbegriff *Klement*, Verantwortung, S. 34 ff.

400 *Kämmerer*, Privatisierung, S. 435 f.

401 *Suchanek*, Institutionenökonomik, S. 287.

402 Zu verschiedenen Bedeutungsgehalten vgl. *Bovens*, The Quest for Responsibility, S. 24 ff.

403 Zu diesen sechs im Folgenden darzustellenden Elementen s. *Voßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 55 ff.; ein ähnlicher, allerdings in lediglich vier Voraussetzungen aufgegliederter Verantwortungsbe-
griff findet sich bei *Di Fabio*, Verfassungsstaat, S. 106 ff.

404 Näher zu diesem Aspekt der Verantwortung *Murswiek*, Staatliche Verantwortung, S. 31 f.

405 *Di Fabio*, Verfassungsstaat, S. 107.

406 Vgl. etwa *Schwartländer*, Verantwortung, S. 1586 ff.

lichkeit für das Verantwortungsobjekt einzustehen⁴⁰⁷ hat. In Betracht kommen insofern etwa das eigene Gewissen oder Gott, aber auch die Öffentlichkeit oder ein Gericht. Nicht erforderlich ist, daß durch diese Instanz eine Sanktion verhängt wird.

Als derivatives Konzept⁴⁰⁸ bedarf Verantwortung eines *Maßstabs*, von dem sich der Verantwortliche bei seiner Entscheidung leiten lassen kann. Dieser hängt mit der Instanz zusammen, gegenüber der die Verantwortung besteht. Entsprechend kann er rechtlicher, religiöser oder moralischer Natur sein.⁴⁰⁹

Übertragen auf den Staat als Verantwortungssubjekt gelangt man zu den Begriffen „staatliche Verantwortung“ und „Verwaltungsverantwortung“. Den Staat als taugliches Subjekt von Verantwortung zu sehen, setzt zunächst voraus, einem weiteren und nicht allein auf den Menschen beschränkten⁴¹⁰ Verantwortungsbegriff zu folgen.⁴¹¹ Dies ist insofern möglich, als dem Staat das an bestimmten Maßstäben orientierte, frei gewollte Tätigwerden der für ihn handelnden Amtsträger zugerechnet und sein Entscheidungsverhalten dadurch auf das natürlicher Personen zurückgeführt werden kann.⁴¹² Die dem Staat hinsichtlich der Ausübung von Hoheitsgewalt nach wie vor zukommende Sonderrolle rechtfertigt es, ihn trotz der festzustellenden Diffusion von nationalstaatlicher und inter- bzw. supranationaler Ebene einerseits und von staatlicher und gesellschaftlicher Sphäre andererseits⁴¹³ als taugliches Zurechnungssubjekt von Verantwortung zu betrachten.⁴¹⁴ Zu bedenken ist ferner, daß die „staatliche Verantwortung“ angesichts der Pluralität der staatlichen Träger gewissermaßen eine von konkreten Staatsorganen herführende, „gebündelte“ Verantwortung beschreibt.⁴¹⁵

Was das Verantwortungsobjekt anlangt, beziehen sich die „staatliche Verantwortung“ und die „Verwaltungsverantwortung“⁴¹⁶ auf Staatsaufgaben.⁴¹⁷ Dabei stellt die

407 Hierin drückt sich die etymologische Bedeutung des Begriffs „Verantwortung“ aus, der erst im Mittelhochdeutschen im Rechtsbereich auftaucht: das Rede und Antwort stehen auf eine Anklage, also das sich verteidigen gegenüber einem Vorwurf durch einen anderen. Dazu *Biller*, Der Begriff der Verantwortung und des Gewissens, S. 146; *Schwarzländer*, Verantwortung, S. 1579; *Murswiek*, Staatliche Verantwortung, S. 29 f.

408 *Suchanek*, Institutionenökonomik, S. 287.

409 Vgl. *Murswiek*, Staatliche Verantwortung, S. 30.

410 So aber etwa *Jonas*, Das Prinzip Verantwortung, S. 185.

411 In diesem Sinne statt vieler etwa *Voßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 54; zur Geeignetheit anderer als natürlicher Personen als Verantwortungssubjekt auch *Bovens*, The Quest for Responsibility, S. 54 ff.

412 Vgl. auch *Murswiek*, Staatliche Verantwortung, S. 49.

413 Vgl. *Voßkuhle*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 271 f.

414 *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 148; *Voßkuhle*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 272 f.

415 Mit dem Hinweis auf die Verortung rechtlicher staatlicher Verantwortung bei den einzelnen Staatsorganen und Staatsfunktionen *Murswiek*, Staatliche Verantwortung, S. 57, der deswegen die pauschale Frage nach der Verantwortung „des Staates“ nicht für möglich hält.

416 Die Verwaltungsverantwortung wird – als Verantwortung für Verwaltungsaufgaben – auch unter dem Stichwort „Aufgabenverantwortung“ thematisiert, s. *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 268; kritisch zum Begriff der Verwaltungsverantwortung *Röhl*, Verwaltungsverantwortung als dogmatischer Begriff, DV Beiheft 2 (1999), S. 33 ff.

417 Vgl. *Voßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 54.

Verwaltungsverantwortung, die die Verfahren, Zuständigkeiten und Handlungsspielräume der „öffentlichen Verwaltung“ betrifft,⁴¹⁸ lediglich einen Teilbereich aus dem staatlichen Verantwortungsbereich dar. Im Gegensatz zur staatlichen Verantwortung als gesamter verweist die Verwaltungsverantwortung auf ihr sachliches Substrat, das Handeln der Exekutive.⁴¹⁹ Angesichts der Komplexität der staatlichen Aufgaben im Wohlfahrtsstaat läßt sich die staatliche Verantwortung nur jeweils für bestimmte Sachbereiche bzw. nur für einzelne Regelungskomplexe analysieren.⁴²⁰ Daran wird sich auch diese Arbeit orientieren und das Verantwortungsobjekt „stationäre Langzeitpflege“ in verschiedene Unterbereiche und Handlungsaufgaben (wie beispielsweise das Vorhandensein einer hinreichenden Einrichtungsinfrastruktur) untergliedern.

Bei der staatlichen Verantwortung geht es zunächst um die Frage, inwiefern staatliche Organe rechtlich verpflichtet sind, für die Erledigung bestimmter Aufgaben einzustehen.⁴²¹ Weil in einem freiheitlich-demokratisch verfaßten Gemeinwesen aber grundsätzlich keine vorrechtliche juristische Verantwortung des Staates existiert,⁴²² ist diese Verpflichtung „eine normative, aus der Verfassung und den gesetzlichen Aufgaben- und Befugniszuweisungen abgeleitet[e].“⁴²³ In Deutschland ist die damit angesprochene normative Verankerung in ihrer allgemeinsten Form in den Verfassungsprinzipien des sozialen⁴²⁴ und demokratischen Rechtsstaats sowie in der Verpflichtung des Staates zum Schutz der Grundrechte zu finden.⁴²⁵ Konkrete Aussagen zum Umfang der Verantwortung trifft das deutsche Grundgesetz nur selten,⁴²⁶ etwa im Eisenbahn- und Postverfassungsrecht der Art. 87e Abs. 4 und 87f Abs. 1 GG, die dem Gedanken der Gewährleistungsverantwortung Ausdruck verleihen.⁴²⁷

In erster Linie ist es daher Sache des einfachen Gesetzgebers und – im Rahmen der Spielräume, die die Rechtsordnung beläßt – der Verwaltung, Inhalt und Ausmaß der

418 *Scholz*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), S. 149; s. auch *Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, S. 10; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), S. 232 ff., unterscheidet in einer Typologie der Verwaltungsverantwortung weiter zwischen den Modalitäten der Vollzugsverantwortung, Entfaltungsverantwortung, Verantwortung für Programmverwirklichung, Initiativverantwortung und Gesamtverantwortung (im Sinne einer Einordnung von Einzelmaßnahmen in einen Gesamtkontext).

419 *Pitschas*, Verwaltungsverantwortung, S. 10.

420 So zutreffend *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 146 f.

421 *Vofßkuhle*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 270 f.

422 *Vofßkuhle*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 271 Fn. 11 m.w.N. sowie S. 327. Auch die Verantwortung Privater erfordert im Rechtsstaat eine rechtliche Konkretisierung, s. *Heintzen*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 238 f.

423 *Trute*, Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht, S. 198.

424 Zur staatlichen Gesamtverantwortung für eine gerechte Sozialordnung s. BVerfGE 22, 180, 204.

425 *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 269.

426 Vgl. jedoch *Schubert*, Prinzip Verantwortung, S. 271 ff. zur Verankerung der sehr universellen, auf die Sicherung der Existenz der Menschheit als solcher gerichteten Verantwortung im Sinne eines objektiv und unbedingt geltenden Rechtsprinzips in der Verfassung.

427 Zu diesen Normierungen der Infrastrukturverantwortung vgl. *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 118.

staatlichen Verantwortung im Einzelnen zu bestimmen.⁴²⁸ Der Gesetzgeber verteilt die Verantwortung für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben zwischen Staat und Gesellschaft.⁴²⁹ In Verbindung mit der grundsätzlich bestehenden Kompetenz des Staates, Aufgaben zu seinen eigenen zu machen,⁴³⁰ führt dies dazu, daß sich der Umfang der Staatsverantwortung vor allem in den staatlicherseits übernommenen Aufgaben manifestiert und die „Lehre der Staatsverantwortung [...] notwendig eine Lehre der Staatsaufgaben“⁴³¹ ist. Die staatliche Verantwortung ist somit in starkem Maße selbst-determiniert,⁴³² was den Staat von anderen Verantwortungssubjekten unterscheidet.⁴³³ Indem insbesondere der Gesetzgeber fortlaufend über die konkrete Ausgestaltung der staatlichen Verantwortung für Verwaltungsaufgaben entscheidet, wird die Verantwortung gleichzeitig an den demokratischen Prozeß rückgebunden.⁴³⁴

Staatliche Verantwortung wird zwar auch „als Abbeviatur [...] staatlicher Verpflichtungen“⁴³⁵ beschrieben. Allerdings kann dies angesichts der soeben beschriebenen, auf Handlungskompetenzen⁴³⁶ abstellenden Verantwortungsverteilung zwischen Staat und Gesellschaft nicht bedeuten, daß in einem strikten Sinne nur dort von staatlicher Verantwortung gesprochen werden könnte, wo staatliche Organe konkrete objektive Handlungspflichten haben. Es geht grundlegender um die generelle Rollenverteilung zwischen den Sektoren. Für die Frage, ob der Staat in irgendeiner Weise Verantwortung für einen bestimmten Lebensbereich übernimmt, wird nach dem dieser Arbeit zugrundeliegenden Verantwortungsbegriff daher vor allem auf das faktische Gebrauchmachen von staatlichen Kompetenzen abgestellt, ohne daß es spezifisch auf das Vorhandensein einer rechtlichen Verpflichtung hierzu ankäme.⁴³⁷ Die im jeweiligen Bereich existierenden Kompetenzen und Befugnisse sowie die vorgelagerte Entscheidung, in diesem Ausschnitt der Lebenswirklichkeit aktiv zu werden, vermitteln dabei den erforderlichen Entscheidungsspielraum, der es rechtfertigt, von Verantwortung zu sprechen.⁴³⁸

428 Vgl. dazu, bezogen speziell auf das Sozialrecht, auch *Becker*, Sozialrecht und Sozialrechtswissenschaft, ZÖR 65 (2010), S. 612 ff.

429 *Vofßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 47.

430 Vgl. *Vofßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 58; *Bull*, Staatsaufgaben, S. 3 ff.

431 *Saladin*, Verantwortung, S. 77.

432 Hierin unterscheidet sich die so verstandene staatliche Verantwortung etwa von einem moralisch-ethischen, auf den Menschen bezogenen Verantwortungsbegriff, nach dem es diesem nicht selbst möglich ist zu bestimmen, wofür er verantwortlich ist. Vgl. *Frankl*, Anthropologische Grundlagen der Psychotherapie, S. 232 f., 305 f.

433 *Murswiek*, Staatliche Verantwortung, S. 57.

434 *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 270.

435 *Trute*, Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht, S. 198.

436 Zur Zuweisung von Verantwortung an verschiedene Verantwortungssubjekte durch die Aufteilung von Handlungskompetenzen s. *Krawietz*, Theorie der Verantwortung – neu oder alt, S. 186, 193.

437 Nach der in dieser Arbeit verwendeten Begrifflichkeit kann sich der Staat etwa durch die Bereitstellung von Informationen an die Öffentlichkeit für die Erreichung eines bestimmten Ziels „verantwortlich“ zeigen, auch wenn er hierzu im Einzelnen nicht verpflichtet gewesen wäre.

438 *Vofßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 55; vgl. auch *Di Fabio*, Verfassungsstaat, S. 106; *Dreier*, Verantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, S. 20 f.

Hinsichtlich des Verantwortungsmaßstabs wird Verantwortung in dieser Arbeit nicht als ethische Kategorie der Moral,⁴³⁹ sondern einem pragmatischen Verständnis folgend als Einstehe für eine am Gemeinwohl orientierte Zielverwirklichung verstanden.⁴⁴⁰ Diese Verantwortlichkeit des Staates für das Gemeinwesen⁴⁴¹ besteht gegenüber dem Volk.⁴⁴² Weil das für den Verantwortungsbegriff charakteristische Einstehe für eine andere Instanz gegenüber nicht zwingend auch in Sanktionen resultieren muß,⁴⁴³ reicht das Konzept der staatlichen Verantwortung weit über den Bereich hinaus, in dem Bürgern dem Staat gegenüber in irgendeiner Form erzwingbare Rechte zustehen. Eine in diesem Sinn verstandene staatliche Verantwortung läßt überdies die Grenzen zwischen rechtlicher und politischer⁴⁴⁴ Betrachtung verschwimmen. Das Einstehe für eine andere Instanz gegenüber kann daher auch in politischen „Sanktionen“ gesehen werden, beispielsweise indem Bürger eine nicht hinreichend am Gemeinwohl orientierte Wahrnehmung staatlicher Verantwortung durch ein entsprechendes Wahlverhalten mißbilligen.

Die konkrete Ausgestaltung der staatlichen Verantwortung kann sich in gegenständlicher, inhaltlicher Hinsicht allerdings derart unterschiedlich darstellen, daß zur näheren Beschreibung aussagekräftigere Begriffe erforderlich sind.⁴⁴⁵ Eine größere analytische Präzision wird etwa vom Konzept der Verantwortungsteilung erwartet, das im Folgenden vorgestellt wird.

3. Verantwortungsteilung

a. Vorbemerkungen

Wie die vielfältigen Erscheinungsformen gerade der funktionalen Privatisierung zeigen, geht eine Aufgabenverlagerung auf private Akteure nicht notwendig mit einem „Rückzug des Staates“ aus dem jeweiligen Aufgabenbereich einher. Die unmittelbare staatliche Aufgabenerfüllung wird regelmäßig durch unterschiedlichste Formen der Einflußnahme, Überwachung, Reglementierung und Regulierung abgelöst, um die private

439 Dazu etwa *Bayertz*, Verantwortung, S. 3 ff.

440 Vgl. zu diesem Begriffsverständnis auch *Hoffmann-Riem*, Modernisierung, S. 23; *Scheuner*, Verantwortung und Kontrolle im demokratischen Rechtsstaat, S. 392 („wirksame Wahrnehmung des Gesamtwohls“).

441 Zur umfassenden Verantwortlichkeit des Staates für das Gemeinwesen s. *Isensee*, HdbStR III, § 59 Rn. 1 f.

442 *Di Fabio*, Verfassungsstaat, S. 107.

443 S. oben, S. 79.

444 Zu den Elementen politischer Verantwortung vgl. *Scheuner*, Verantwortung und Kontrolle im demokratischen Rechtsstaat, S. 392; *Dreier*, Verantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, S. 23 ff.

445 Vgl. *Krawietz*, Theorie der Verantwortung, S. 200.

Aufgabenwahrnehmung sicherzustellen.⁴⁴⁶ Der „erfüllende Staat“ wird zum „Gewährleistungsstaat“⁴⁴⁷.

Mit einer solchen *Aufgabenteilung* ist zugleich eine „Publizierung“⁴⁴⁸ von Verantwortung verbunden, die zu einer von Staat und Privaten „gemeinsam getragenen Verantwortung“⁴⁴⁹, also einer *Verantwortungsteilung* zwischen diesen Sektoren führt. Das Konzept der Verantwortungsteilung geht zurück zum einen auf *Ossenbühl*, der 1971 die Rolle des Staates im Zusammenhang mit dem Zusammenwirken staatlicher und privater Akteure darlegte⁴⁵⁰ und vom „staatlich-privaten Kondominium“ sprach, in dem Staat und Private „verantwortungs- und entscheidungsteilend verwalten“⁴⁵¹. Zum anderen beschrieb *Schmidt-Aßmann* im Jahre 1976 – zunächst für den staatsinternen Bereich – die gemeinsame Verantwortung für das Recht durch die Verwaltung und die Verwaltungsgerichtsbarkeit.⁴⁵² Angewendet auf das Verhältnis zwischen Staat und Privaten lenkt das Denken in den Kategorien der Verantwortungsteilung den Blick auf die Rol-
lenteilung beider Sektoren bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und beleuchtet das Verhältnis von staatlicher Verantwortung und gesellschaftlicher Selbstverantwortung. Zugleich wird die verbleibende Rolle des Staates nach der Einschaltung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben betont.⁴⁵³

Die Verantwortungsteilung wird – wenngleich diese Fokussierung begrifflich nicht indiziert ist – von der verwaltungs- und steuerwissenschaftlichen Literatur primär aus der staatlichen Perspektive geschildert. Dies geschieht, indem den unterschiedlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten der verantwortungsteilenden Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben verschiedene Grundtypen der *staatlichen* Verantwortungsverantwortung zugeordnet werden.⁴⁵⁴ Hierzu wurde ein Modell mit verschiedenen (staatlichen) Verantwortungsstufen⁴⁵⁵ entwickelt,⁴⁵⁶ bei dem es um die Standortbe-

446 *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 277.

447 Ausführlich zum Leitbild des Gewährleistungsstaates s. unten, S. 92.

448 *Giddens*, Neoprogressivism, S. 7, beschreibt die Zuweisung von Verantwortungsanteilen an die Gesellschaft als „*publicisation*“, durch die sich der Staat von alten Staatsbildern wie dem bürokratischen Regulierungsstaat oder dem schlanken, privatisierenden Staat unterscheidet.

449 So die EU-Kommission in ihrer Empfehlung über Umweltvereinbarungen zur Durchführung von Richtlinien der Gemeinschaft vom 9. Dezember 1996 (96/733/EG), ABl. Nr. L 333, S. 59.

450 *Ossenbühl*, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), S. 145 ff.

451 *Ossenbühl*, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), S. 149.

452 *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), S. 237 ff.

453 Vgl. *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 430; *Trute*, Verantwortungsteilung, S. 15; zur Verantwortungsteilung aus der spieltheoretischen Perspektive vgl. *Suchanek*, Institutionenökonomik, S. 287 ff.

454 Hierzu sogleich auf S. 84.

455 Zu Recht weist *Voßkuhle*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 286 Fn. 65, darauf hin, daß der Begriff der *Verantwortungsstufung* insofern mißverständlich ist, als zwischen den meisten Verantwortungstypen vielfach kein Stufenverhältnis besteht und ein bestimmtes Verantwortungsniveau erst aus einer Gesamtschau der Verantwortlichkeiten ablesbar ist.

456 Zum „Denken in Verantwortungsstufen“ *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 419 ff.; kritisch zu diesem Konzept *Heintzen*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 226.

stimmung und Rollenzuweisung der öffentlichen Verwaltung im Verhältnis zu privaten Funktionsträgern geht,⁴⁵⁷ das also ausdrückt, mit welcher „Leistungstiefe“⁴⁵⁸ der Staat in einem bestimmten Aufgabenfeld agiert. So verwendet stellt der „heuristische Begriff der staatlichen Verantwortung [...] eine Chiffre für die Intensität staatlicher Aufgabewahrnehmung in Bezug auf die eigenhändige Zielverwirklichung durch den Staat“⁴⁵⁹ dar.

Trotz der Fokussierung auf den Staat als Verantwortungssubjekt darf nicht übersehen werden, daß die Verantwortungsstufenmodelle ihre Grundlage gerade in der Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft finden und sie somit auch den privaten Sektor als Träger von Verantwortung einbeziehen. Verantwortungskonzeptionen, die allein im Bereich der Verwaltung ansetzen, laufen Gefahr, diesen Aspekt aus dem Auge zu verlieren. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie lediglich pauschal im Wege einer Subtraktion auf den der gesellschaftlichen Sphäre verbliebenen Verantwortungsteil schließen.⁴⁶⁰ Die Rechtsstellung des in die Aufgabenerfüllung einbezogenen Privaten ist keineswegs stets das Spiegelbild staatlicher Verantwortungsrücknahme.⁴⁶¹ Die starke Zunahme der staatlichen Regulierungstätigkeit, die die Privatisierungswelle der 80-er und 90-er Jahre des letzten Jahrhunderts begleitete,⁴⁶² zeigt vielmehr, daß Verantwortungsteilungen in aller Regel Anlaß zu einer qualitativen Neuordnung von Verantwortungsstrukturen geben, die über eine bloß quantitative Aufteilung bisher bestehender Strukturen hinausreicht. Wenn in den folgenden Ausführungen allerdings trotz des grundsätzlich also gleichermaßen erörterungswürdigen Verantwortungsanteils gesellschaftlicher Akteure das Hauptaugenmerk auf die Rolle des Staates gelegt wird, ist dies lediglich dem Umstand geschuldet, daß auch die Themenstellung dieser Untersuchung und das mit ihr verfolgte Erkenntnisinteresse diese Ausrichtung erfordern.

b. Modelle gestufter Verantwortungsverantwortung

War bislang verkürzend von *dem* Modell der Verantwortungsstufung die Rede, so bedarf dies insofern der Klarstellung, als bislang weder ein einheitliches Verständnis der Verantwortungsbegrifflichkeiten entwickelt wurde geschweige denn Konsens über ein bestimmtes Modell der Verantwortungsteilung herrscht.

457 Schuppert, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 421.

458 Der Begriff „Leistungstiefe“ beschreibt, wie viele Teilaspekte der Leistungserstellung (wie Zielsetzung, Planung, Finanzierung, Produktion, Betrieb oder Vertrieb, Evaluation, Kontrolle) zur staatlichen Eigenleistung vorgesehen sind. Dazu im einzelnen Naschold u.a. [Hrsg.], Leistungstiefe im öffentlichen Sektor, 1996.

459 Trute, Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht, S. 198.

460 Voßkuhle, Regelungsstrategien, S. 81.

461 So bezogen auf den Indienstgenommenen Trute, Verantwortungsteilung, S. 38 f.

462 S. etwa für Großbritannien Hogwood, Developments in Regulatory Agencies in Britain, International Review of Administrative Sciences 56 (1990), S. 598 ff.

Nachdem *Schmidt-Aßmann* das Konzept der Verantwortungsteilung für den staatsinternen Bereich beschrieben hatte,⁴⁶³ machte er 1993 das Denken in Verantwortungsstufen schließlich auch im Verhältnis Staat-Gesellschaft fruchtbar. Er zeigte das Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung auf, indem er einzelne Modalitäten staatlicher Verantwortungswahrnehmung unterschied und diese in eine die staatliche Leistungstiefe ausdrückende Abstufung brachte. Zwischen den beiden Polen der *staatlichen Rahmensetzung* für private Aktivitäten auf der einen und der *vollen staatlichen Erfüllungsverantwortung* auf der anderen Seite siedelte er die Stufen der *Beratungsverantwortung*, der *Überwachungsverantwortung*, der *Organisationsverantwortung* und der *Einstandsverantwortung* in den Fällen gesellschaftlicher „Schlechterfüllung“ an,⁴⁶⁴ ohne die Begrifflichkeiten allerdings näher zu umschreiben. Später erweiterte er dieses Modell um die Förderungs- und die Finanzierungsverantwortung.⁴⁶⁵

Dieses Ausgangsmodell *Schmidt-Aßmanns* wurde von *Schuppert* verfeinert. In einer aufgabenbezogenen Typologie unterschied er zwischen der *unmittelbaren Erfüllungsverantwortung*, der *mittelbaren Erfüllungsverantwortung*⁴⁶⁶, der *Überwachungsverantwortung* durch Aufsichtsbehörden, der *Förderungs- und Finanzierungsverantwortung*⁴⁶⁷, der *Beratungsverantwortung*, der *Organisationsverantwortung*⁴⁶⁸, der *Einstandsverantwortung* in Fällen gesellschaftlicher Schlechterfüllung, der *staatlichen Rahmensetzung*⁴⁶⁹ für private Aktivitäten und der *sozialen Abfederungsverantwortung* bei einer Überlassung der Aufgabe an den Markt.⁴⁷⁰

Schoch wiederum erweiterte dieses Modell um die *Privatisierungsfolgenverantwortung*⁴⁷¹ und – als spezielle Ausprägung hiervon – um die *Regulierungsverantwortung*.⁴⁷² Anders als die vorgenannten, vom jeweiligen Modus der Verantwortungswahr-

463 S. oben, S. 83.

464 *Schmidt-Aßmann*, Reform, S. 43 f.

465 *Ders.*, Verwaltungsorganisationsrecht, S. 42

466 Wie z.B. der Substitution einer staatlichen Forschungsbürokratie durch die Deutsche Forschungsgesellschaft.

467 Etwa bei Agrarsubventionen oder der Filmförderung.

468 Beispielsweise im Rahmen der Organisation des Rundfunks oder der Hochschulen.

469 Sog. „Bereitstellungsfunktion“ des Rechts. Näher zu diesem Begriff s. *Schuppert*, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, S. 96 ff.

470 *Schuppert*, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 29.; *ders.*, Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 768.

471 Dieser Begriff bringt vor allem zum Ausdruck, daß mit der Privatisierung kein vollständiger Rückzug des Staates aus seiner Verantwortungsposition stattgefunden haben muß; *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 279, bezieht in diese Verantwortungskategorie die Verantwortlichkeit für vorhandenes Personal sowie fortbestehende Haftungsverantwortlichkeiten des Staates wie etwa die Gewährträgerhaftung ein. Indes wird der Begriff der Privatisierungsfolgenverantwortung häufig in einem umfassenderen Sinne als eine Art Sammelbegriff für die auf der Privatisierungsfolgenebene fortbestehenden staatlichen Verantwortlichkeiten verwendet. Die Privatisierungsfolgenverantwortung kann – je nach Art und Umfang der Privatisierung – sehr unterschiedlich gelagert sein. Der Begriff ist sehr offen und umfaßt – mit Ausnahme der Erfüllungsverantwortung – eine Vielzahl der an Wahrnehmungsmodalitäten orientierten Verantwortungsarten.

472 *Schoch*, Verantwortungsteilung, S. 238 f.; *ders.*, Public Private Partnership, S. 112.; diese um die Privatisierungsfolgenverantwortung erweiterte Systematik verwendet auch *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 278.

nehmung abgeleiteten Modelle stellt die Privatisierungsfolgenverantwortung eine auf eine bestimmte Phase bezogene Verantwortungsart dar.

Diese Ausrichtung weist auch der Systemisierungsansatz von *Voßkuhle* auf. Er beschreibt verschiedene Verwirklichungsphasen arbeitsteiliger Gemeinwohlkonkretisierung, indem er zwischen der *Maßstabs-*, der *Vorbereitungs-*, der *Verfahrensleitungs-*, der *Implementations-*, der *Kontroll-*, der *Realisations-* und der *Folgenverantwortung* differenziert.⁴⁷³ Ein ähnliches, den Prozeßcharakter von Privatisierungen betonendes Konzept abgestufter Verantwortungsarten von *Schuppert*, das dieser neben dem oben genannten und bestimmte Wahrnehmungsmodalitäten bezeichnenden Stufenmodell entwickelte, umfaßt die vier Verantwortungsstufen *Erfüllungs-*, *Kontroll-*, *Privatisierungs-* und *Beobachtungsverantwortung*.⁴⁷⁴

Andere Autoren wie etwa *Trute*⁴⁷⁵ oder *Bauer*⁴⁷⁶ fügten der „Inflation“⁴⁷⁷ der Verantwortungsbegriffe weitere hinzu, so daß *Di Fabio* schließlich konstatierte: „Das begriffliche Feuerwerk beginnt bei der Initiativverantwortung, reicht über Beratungs-, Stimmigkeits- und Ausgleichsverantwortung, Regulierungs- und Kontinuitätsverantwortung bis hin zur Auffang- und schließlich zur Gesamtverantwortung und kennt auch eher exotische Paarungen wie die ‚Entfaltungsverantwortung‘ und die ‚soziale Abfederungsverantwortung‘.“⁴⁷⁸ Der Gebrauch der Begrifflichkeiten wird darüber hinaus dadurch verkompliziert, daß verschiedenen Autoren diesen häufig unterschiedliche Bedeutungsinhalte beimaßen.⁴⁷⁹

Um die unterschiedlichen Verantwortungsstrukturen stärker in den Vordergrund zu rücken, führten *Hoffmann-Riem* und *Schuppert* die Verantwortungsarten sodann auf drei Grundtypen zurück, die sie in den Abstufungen *Erfüllungsverantwortung*, *Gewährleistungsverantwortung* und *Auffangverantwortung* sahen.⁴⁸⁰ Erweitert um die *Finanzierungsverantwortung*, die auf einen zusätzlichen, von den anderen Verantwortungsarten nicht angesprochenen Aspekt der Verantwortungsteilung verweist, sollen diese Begriffe im Folgenden näher dargestellt werden.

473 *Voßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 68 ff.; S. dort auch näher zu den einzelnen Begrifflichkeiten. *Ders.*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 285, verwendet daneben auch ein zwischen Erfüllung-, Regulierungs-, Überwachungs-, Beobachtungs- und Auffangverantwortung unterscheidendes Modell.

474 *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 569 f.

475 *Trute*, Verantwortungsteilung, S. 15, 34, z.B.: „Legitimationsverantwortung“.

476 *Bauer*, Privatisierung, VVDStRL 54 (1996), S. 277 ff., etwa: „Haftungsverantwortlichkeit“.

477 Deswegen vor einer Entwertung und politischen Instrumentalisierung des Begriffs warnend *Dreier*, Verantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, S. 11.

478 *Di Fabio*, Der Verfassungsstaat, S. 112.

479 Zum uneinheitlichen Gebrauch des Begriffs „Erfüllungsverantwortung“ s. etwa unten, S. 87.

480 Vgl. *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 441 f.; *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 423 ff.

aa. Erfüllungsverantwortung

Von staatlicher Erfüllungs- oder auch Ergebnisverantwortung⁴⁸¹ wird gesprochen, wenn der Staat selbst für die Erfüllung bestimmter Aufgaben verantwortlich zeichnet, und zwar in der Weise, daß er diese Aufgaben in eigener Regie durch die unmittelbare oder die mittelbare Staatsverwaltung wahrnimmt⁴⁸² und sie nicht an Dritte delegiert.⁴⁸³ Unter Aufgabenwahrnehmung ist in diesem Zusammenhang das tatsächliche Erfüllungshandeln gegenüber dem Leistungsnachfrager zu verstehen.⁴⁸⁴ In diesem Sinne wird der Begriff auch in dieser Arbeit verwendet werden.

In der verwaltungswissenschaftlichen Literatur wird der Begriff teilweise allerdings auch mit einem abweichenden Bedeutungsgehalt gebraucht: *Bauer*⁴⁸⁵ etwa bezieht ihn auf die staatliche Verantwortung auch nach der Heranziehung eines Privaten zur Erledigung von Staatsaufgaben, also bezogen auf die Situation nach einer funktionalen Privatisierung. Nach diesem Verständnis stellt die Erfüllungsverantwortung eine volle Einstandspflicht für die Aufgabenerledigung dar, die von der Einschaltung Privater unberührt bleibt, dann jedoch durch entsprechende Vorkehrungen bis hin zu Rückholoptionen abzusichern ist.⁴⁸⁶ Um dies auszudrücken, wird von anderer Seite der Begriff der Aufgabenverantwortung vorgeschlagen.⁴⁸⁷ Diese beschreibt die Letztverantwortung eines Aufgabenträgers für die tatsächliche Erbringung der Leistung gegenüber dem Nachfrager, ist aber im Bezug auf den die Erfüllungsleistung erbringenden Akteur neutral, weil sie – anders als die Erfüllungsverantwortung im hier verstandenen Sinn – ein Auseinanderfallen von Aufgabenwahrnehmung und Aufgabenverantwortung erlaubt.⁴⁸⁸ Auch der von *Vofskuhle* verwendete Begriff der *Realisationsverantwortung*⁴⁸⁹ scheint nicht auf die eigenhändige Aufgabenerfüllung beschränkt zu sein.

481 *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 442, verwendet Erfüllungs- und Ergebnisverantwortung synonym.

482 *Hoffmann-Riem*, Modernisierung, S. 442; *Schmidt-Aßmann*, Reform, S. 44; *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, S. 404; *ders.*, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 29 f.; *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 160; *Wallerath*, Der ökonomisierte Staat, JZ 2001, S. 216; *Freund*, Infrastrukturgewährleistung, NVwZ 2003, S. 409 sowie *Masing*, Regulierungsverantwortung und Erfüllungsverantwortung, VerwArch 95 (2004), S. 153.

483 *Schuppert*, Neubestimmung der Staatsaufsicht, S. 313.

484 *Ziekow*, Verwaltungskooperationsrecht, S. 73.

485 *Bauer*, Privatisierung, VVDStRL 54 (1995), S. 278.

486 *Bauer*, Privatisierung, VVDStRL 54 (1995), S. 278; näher am hier vertretenen Begriff der Erfüllungsverantwortung liegt *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 442, der auch eine Leistungserstellung durch vom Staat beherrschte Dritte außerhalb der unmittelbaren oder mittelbaren Staatsverwaltung unter die die Erfüllungsverantwortung kennzeichnende staatliche Leistungserstellung in eigener Regie subsumiert und den Bereich der Gewährleistungsverantwortung erst dort beginnen läßt, wo ein Handeln selbständiger Dritter in die Leistungserstellung zwischengeschaltet ist.

487 *Ziekow*, Verwaltungskooperationsrecht, S. 73.

488 *Ziekow*, Verwaltungskooperationsrecht, S. 73; vgl. auch *König/Benz*, Privatisierung und Regulierung, S. 30.

489 Dieser Begriff wird von *Vofskuhle* im Zusammenhang mit dem an verschiedenen Verwirklichungsstufen orientierten Modell der Verantwortungsstufung verwendet, vgl. *ders.*, Regelungsstrategien, S.

Bisweilen wird anstelle von Erfüllungsverantwortung auch von *Vollzugsverantwortung* gesprochen, die diejenige Institution gegenüber dem Abnehmer der Leistung trägt, die diese tatsächlich selbst produziert.⁴⁹⁰

Die Erfüllungsverantwortung ist durch eine volle Einstandspflicht des Verwaltungsträgers für die Aufgabenerledigung gekennzeichnet.⁴⁹¹ Sie ist am ehesten im Bereich der staatlichen „Kernaufgaben“ wie Verteidigung, Justiz⁴⁹² oder Polizei vorzufinden.⁴⁹³ Die Erfüllungsverantwortung des Staates ist durch die Reichweite der staatlich wahrzunehmenden Aufgabe begrenzt.⁴⁹⁴ In Zusammenhang gebracht mit verschiedenen Privatisierungsformen bleibt die staatliche Erfüllungsverantwortung in einem Aufgabenbereich, der Gegenstand lediglich einer Organisationsprivatisierung ist, vollumfänglich bestehen,⁴⁹⁵ während bei einer funktionellen Privatisierung Teile dieser Erfüllungsverantwortung abgespalten werden.

bb. Gewährleistungsverantwortung und Gewährleistungsstaat

Anders als die mit der Leistungserbringung in Eigenregie einhergehende Erfüllungsverantwortung eröffnet die Gewährleistungsverantwortung die Möglichkeit der Zusammenarbeit mit nicht-staatlichen Akteuren.⁴⁹⁶ Damit ist sie für diese Arbeit von besonderem Interesse.

Inhalt der Gewährleistungsverantwortung des Staates ist es sicherzustellen, daß Leistungen zu politisch erwünschten Standards erbracht werden, nicht aber unbedingt, Verantwortung für deren Vollzug im Sinne eigenhändiger Leistungserstellung zu übernehmen.⁴⁹⁷ Es geht darum, Leistungen anzubieten, ohne sie im Regelfall selbst zu produzieren.⁴⁹⁸ Von der Gewährleistungsverantwortung nicht umfaßt ist demgegenüber, daß der Staat die Erfüllung von Aufgaben in einer bestimmten Weise garantiert.⁴⁹⁹ Aus diesem Grund ist die Wahl des Wortes „Gewährleistung“ mit seiner starken Analogie zum

76 f.; *Vofßkuhle*, a.a.O., spricht bei der Aufgabenerfüllung im Dualen System der Abfallentsorgung von Realisationsmitverantwortung des privaten Sektors und scheint damit vom Vorliegen einer Realisationsverantwortung auch auf Seiten des Staates auszugehen.

490 So etwa *Reichard*, Das Konzept des Gewährleistungsstaates, S. 49.

491 *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 278.

492 Zumindest im Bereich der spruchrichterlichen Tätigkeit, vgl. *Hoffmann-Riem*, Justizdienstleistungen, S. 163.

493 *Hoffmann-Riem*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff, S. 53.

494 *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 442.

495 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 161; *ders.*, in Erichsen/Ehlers [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 19; vgl. auch *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 973.

496 *Reinermann*, Die Krise als Chance, S. 26; *Wallerath*, Der ökonomisierte Staat, JZ 2001, S. 216.

497 *Reichard*, Das Konzept des Gewährleistungsstaates, S. 48.

498 *Seidmann/Gilmour*, Politics, Position and Power, S. 119 f.

499 *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 424; *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 441; *Gretschmann*, Gewährleistungsstaat für Europa, S. 191.

Begriff der Garantie nicht unproblematisch. Umso mehr gilt dies für die Übersetzung ins Englische mit dem Ausdruck „*Guarantor State*“^{500,501}

Der Begriff der Gewährleistungsverantwortung ist auf einen Rückzug des Staates aus der unmittelbaren Erfüllungsverantwortung bezogen.⁵⁰² Der Staat verläßt den betreffenden Aufgabenbereich jedoch nicht vollumfänglich, sondern übernimmt weiterhin Verantwortung in dem Sinne, daß er den für das Handeln der Privaten maßgeblichen Rahmen beeinflusst und Strukturen bereitstellt, mit deren Hilfe eine rechts- und sozialstaatliche Standards wahrende gesellschaftliche Aufgabenerfüllung und Problemlösung möglich wird.⁵⁰³ Durch das Vertrauen auf gesellschaftliche Problemlösungen entäußert sich der Staat somit nicht seiner Aufgabe der Gemeinwohlsicherung.⁵⁰⁴ Die Ermöglichung und Sicherung gemeinwohlorientierter⁵⁰⁵ Ausübung privater Macht geschieht positiv durch die eben beschriebene Schaffung von Rahmenbedingungen für privates Handeln und negativ durch die Verhinderung des Mißbrauchs privater Macht.⁵⁰⁶

Die Gemeinwohlverantwortung des Staates konkretisiert sich dabei insbesondere in den beiden Varianten der Überwachungs- und der Regulierungsverantwortung, die von *Schuppert* als der „harte Kern“ der Gewährleistungsverantwortung bezeichnet werden.⁵⁰⁷ Während sich die Überwachungsverantwortung darauf bezieht, durch laufende informelle Beobachtung des Strukturrahmens und der Akteure (Beobachtungsverantwortung⁵⁰⁸) oder durch formelle Beaufsichtigung (Kontrollverantwortung⁵⁰⁹) Mög-

500 *Schuppert*, *Governance Reflected in Political Science*, S. 42; *Reichard*, *Strengthening competitiveness of local public service providers in Germany*, *International Review of Administrative Sciences* 72 (2006), S. 481.

501 *Reichard*, *Das Konzept des Gewährleistungsstaates*, S. 48.

502 Weiter hingegen *Hermes*, *Infrastrukturverantwortung*, S. 116 f., der auch die eigene Leistungserbringung durch den Staat als noch von der Gewährleistungsverantwortung umfaßte Modalität der Gewährleistung sieht.

503 *Schuppert*, *Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung*, DV 31 (1998), S. 424; *Hoffmann-Riem*, *Modernisierung*, S. 442; *ders.*, *Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff*, S. 53 f.; *ders.*, *Verwaltungsrechtsentwicklung*, DÖV 1997, S. 441.

504 *Hoffmann-Riem*, *Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff*, S. 54.

505 Vgl. *Seidmann/Gilmour*, *Politics, Position and Power*, S. 119 f.: „*meeting the community's needs*“.

506 *Hoffmann-Riem*, *Recht des Gewährleistungsstaates*, S. 95.

507 *Schuppert*, *Privatisierung als Veränderung*, S. 55; vgl. auch *ders.*, *Neubestimmung der Staatsaufsicht*, S. 314.

508 Die Beobachtungsverantwortung bezieht sich ganz allgemein auf die Pflicht des Staates, die ordnungsgemäße Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Auge zu behalten. Sie umfaßt auch die Verpflichtung zu beobachten, ob die staatliche Rahmensetzung für private Tätigkeiten hinreichend ausgestaltet ist oder Änderungen bedarf, und diese Anpassungen gegebenenfalls vorzunehmen, *Bauer*, *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, VVDStRL 54 (1995), S. 280. Im Unterschied zur Kontrollverantwortung ist die Beobachtungsverantwortung nicht spezifisch mit dem aufsichtsrechtlichen Instrumentarium verknüpft.

509 Die Kontrollverantwortung bezieht sich auf Aufsichtsbeziehungen zwischen Staat und Privaten, mit denen eine ordnungsgemäße Aufgabenerledigung sichergestellt werden soll, vgl. *Bauer*, *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, VVDStRL 54 (1995), S. 279 mit Bezugnahme auf die Situation nach einer Aufgabenprivatisierung.

lichkeiten des staatlichen Eingriffs zu sichern,⁵¹⁰ zielt die Regulierungsverantwortung darauf ab, gewisse Anforderungen an die Qualitäten des Handelnden zu stellen und sein Tätigwerden einem bestimmten Regelungsrahmen zu unterwerfen. Ferner lassen sich der Gewährleistungsverantwortung weitere Wahrnehmungsmodalitäten wie etwa die Organisationsverantwortung oder die Beratungsverantwortung, mit der der Staat die Verantwortung für das Vorhandensein eines bestimmten Informationsniveaus auf Seite der Privaten sicherzustellen versucht, zuordnen.

Hoffmann-Riem schließlich teilt die Gewährleistungsverantwortung in die Dimensionen der Bereitstellungs-, der Auffangs- und der Abfederungsverantwortung.⁵¹¹ Er betont damit, daß die staatliche Gewährleistungsverantwortung ein Mindestmaß an Ergebnisbeherrschung beinhalten muß und durch Vorkehrungen abzusichern ist, die notfalls bis zu einer Rückholung der Aufgabenwahrnehmung in die staatliche Obhut zu reichen haben.⁵¹²

Während die soeben genannten, modalitätsbezogenen Verantwortungsarten typische Erscheinungsformen des Übergangs von der Erfüllungs- zur Gewährleistungsverantwortung sind, sind objektbezogene Verantwortungskategorien wie etwa die der *Infrastrukturverantwortung*⁵¹³ zunächst neutrale Kategorien, deren Zuordnung zu einem der Verantwortungsgrundtypen nur einzelfallbezogen geschehen kann: statt Infrastrukturaufgaben selbst wahrzunehmen (Übernahme von Erfüllungsverantwortung), kann der Staat ein flächendeckend angemessenes und ausreichendes Versorgungsniveau an Diensten und Einrichtungen auch „lediglich“ gewährleisten, so daß sich auch die Infrastrukturverantwortung als Subkategorie der Gewährleistungsverantwortung darstellen kann.⁵¹⁴

Was den Zusammenhang der Gewährleistungsverantwortung mit den verschiedenen Privatisierungsformen anbelangt, läßt sie sich zunächst zur funktionalen Privatisierung in Bezug setzen, deren Spezifikum gerade in der Veränderung der Verantwortungsstruktur im Hinblick auf eine fortbestehende Staatsaufgabe liegt.⁵¹⁵ Aufgrund des funktionalen Bezugs des Tätigwerdens des Privaten zur staatlichen Aufgabe liegt eine Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten vor,⁵¹⁶ in deren Rahmen der Staat eine gewährleistende Rolle einnimmt. Wenn indes teilweise auch im Zusammenhang mit der Aufgabenprivatisierung⁵¹⁷ von staatlicher Gewährleistungsverantwortung die Rede

510 Vgl. zu diesen Beispielen *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 424.

511 *Hoffmann-Riem*, Recht des Gewährleistungsstaates, S. 96 ff.

512 Vgl. *Schuppert*, Der moderne Staat, S. 411.

513 Ausführlich dazu *Hermes*, Infrastrukturverantwortung; *Eifert*, Grundversorgung, S. 175 ff.

514 Eingehend *Freund*, Infrastrukturgewährleistung, NVwZ 2003, 408 ff.; vgl. auch *Schuppert*, Gewährleistungsstaat, S. 16.

515 Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 146; *Pietzcker*, Staatsauftrag, S. 340, spricht von einer dogmatisch nur schwer faßbaren Verantwortungsverschiebung.

516 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 160, spricht betreffend die Situation nach einer funktionalen Privatisierung allerdings nicht von Gewährleistungsverantwortung, sondern von der beim Staat verbliebenen *Leistungsverantwortung* im Gegensatz zu der auf den Privaten übergegangenen *Durchführungsverantwortung*.

517 S. oben S. 67.

ist,⁵¹⁸ so ist dies insofern gerechtfertigt, als sich der Staat auch bei dieser Privatisierungsform zwar von der konkreten Aufgabe, nicht jedoch zwingend auch gänzlich aus dem betreffenden Aufgabenfeld zurückgezogen haben muß. Dies ergibt sich daraus, daß die verschiedenen Verantwortungsstufungen und Wahrnehmungsmodalitäten staatlicher Verantwortung jeweils ein Aufgabenfeld durchziehen und dieses in Teilbeiträge zerlegen, nicht jedoch die einzelne vom Staat wahrgenommene Aufgabe aufspalten.⁵¹⁹ Dabei dürfte erst dann, wenn der Staat allein den allgemeinen nicht weiter aufgabenspezifizierten Rahmen für eigenverantwortliches gesellschaftliches Tätigwerden setzt (z.B. durch das Bereithalten zivilrechtlicher Organisations- und Handlungsformen, sog. „Bereitstellungsfunktion des Rechts“⁵²⁰), wenn der Staat also einer bloßen, d.h. für den betreffenden Lebensbereich unspezifischen *Rahmenverantwortung* nachkommt, der Bereich der Verantwortungsteilung verlassen sein.⁵²¹

Auf den Staat als Träger der Gewährleistungsverantwortung, den sogenannten Gewährleistungsstaat, wird, nachdem kurz auch die „Auffangverantwortung“ und die „Finanzierungsverantwortung“ vorgestellt wurden, nochmals zurückzukommen sein.

cc. Auffangverantwortung

Die *Auffangverantwortung* ist durch das ihr innewohnende Element der Subsidiarität von der Erfüllungsverantwortung zu unterscheiden: sie kommt dann zum Tragen, wenn ein gemeinwohlrelevantes Steuerungsdefizit zu konstatieren ist, wenn sich also die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben durch Private nicht (mehr) mit den vom Staat gewünschten, gemeinwohlorientierten Zielen deckt.⁵²² Die Mittel, mit denen der Staat seine Gewährleistungsverantwortung im Verhältnis zum privaten Sektor umsetzt, können kein Garant dafür sein, daß die Privaten das gewünschte Verhalten zeigen, daß die angestrebten Zielsetzungen erreicht werden oder daß unerwünschte Nebenwirkungen ausbleiben.⁵²³ Ist dies nicht der Fall, kommt die auch als Einstandsverantwortung⁵²⁴ bezeichnete Auffangverantwortung zum Tragen. Als latente, subsidiäre Verantwortung bedarf sie erst der Aktualisierung, nämlich dahingehend, daß der Staat selbst korrigierend bzw. substituierend tätig wird oder indem der Staat die Aufgabenwahrnehmung durch Dritte zwar nicht korrigiert, jedoch für nachteilig Betroffene Hilfen bereitstellt.⁵²⁵ Während sich in den ersten beiden Fällen die Auffangverantwortung als *latente Erfüllungsverantwortung* darstellt, ist sie im letzten Fall als *Abfederungsverantwortung* aus-

518 *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 10.

519 Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 64 f.

520 Dazu *Schuppert*, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, S. 98 ff.

521 *Franzius*, Der Staat 42 (2003), S. 505.

522 Vgl. *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 442; *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 426 f.

523 *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 442.

524 *Trute*, Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht, S. 199.

525 *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 442; *ders.*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff, S. 55. Vgl. auch *Wallerath*, Der ökonomisierte Staat, JZ 2001, S. 216.

gestaltet.⁵²⁶ Die beiden Arten zugrundeliegende Subsidiarität staatlichen Einschreitens zeigt den Zusammenhang mit der Gewährleistungsverantwortung, weswegen manche Autoren die Auffangverantwortung – inhaltlich zutreffend – als Subkategorie der Gewährleistungsverantwortung darstellen.⁵²⁷

dd. Finanzierungsverantwortung

Als weitere, in der bisherigen Einteilung nicht berücksichtigte Verantwortungskategorie ist die Finanzierungsverantwortung zu nennen. Liegt die Finanzierungsverantwortung beim Staat, bedeutet dies allerdings lediglich, daß der Staat die betreffende Leistung finanziert. Die Finanzierungsverantwortung sagt jedoch nichts darüber aus, wer die Leistung erbringt.⁵²⁸ Obgleich von *Schuppert* nicht zu den Grundtypen der Verantwortungsverantwortung gezählt,⁵²⁹ beleuchtet doch auch diese Verantwortungskategorie in grundlegender Weise die in einem bestimmten Lebensbereich vorzufindende Verteilung von Verantwortungspositionen zwischen staatlicher und privater Sphäre.

III. Der Gewährleistungsstaat

Häufiger noch als von der staatlichen Gewährleistungsverantwortung⁵³⁰ ist von deren Träger, dem „Gewährleistungsstaat“, die Rede.⁵³¹ Dieser Begriff wurde 1998 erstmals von *Eifert* näher beschrieben,⁵³² um mit ihm einen Wandel des Staates hinsichtlich der Form der Erfüllung seiner Aufgaben auszudrücken. Der aus dem sozialwissenschaftlichen Jargon stammende Ausdruck des „*enabling state*“⁵³³ bzw. die Metapher des Staates, der sich auf das „*steering rather than rowing*“⁵³⁴ verlegt, bringt den vielbe-

526 *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 442; *ders.*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff, S. 55.

527 So etwa *Hoffmann-Riem*, Recht des Gewährleistungsstaates, S. 96 ff.

528 *Reichard*, Das Konzept des Gewährleistungsstaates, S.49.

529 *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, S. 404 ff.

530 Zur Problematik des Begriffs der "Gewährleistungsverantwortung" *Klement*, Verantwortung, S. 237.

531 Aus der zahlreichen Literatur statt vieler *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 76 ff.; *Eifert*, Grundversorgung, S. 18 ff., 293 ff.; *Hoffmann-Riem*, Modernisierung, S. 24 ff.; *Schuppert*, Gewährleistungsstaat, S. 11 ff.; *Franzius*, Der Staat 42 (2003), S. 493 ff.; s. auch *Gilbert/Gilbert*, The Enabling State, S. 163 ff.; *Ruffert*, in: Fehling/Ruffert [Hrsg.], Regulierungsrecht, S. 348 ff.

532 Vgl. *Eifert*, Grundversorgung, S. 18 ff.; ihm folgend *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, S. 934, sowie *Franzius*, Der Staat 42 (2003), S. 494.

533 Statt vieler etwa *Gilbert/Gilbert*, The Enabling State, 1989; *Gilbert*, The „Enabling State“, 2005; vgl. auch *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, S. 24. *Schuppert*, The Ensuring State, S. 54 ff., 57, verwendet demgegenüber den Ausdruck „*ensuring state*“ um die Fortbestehende staatliche Verantwortlichkeit „*after enabling*“ zu betonen.

534 *Osborne/Gaebler*, Reinventing Government, S. 25, 34 f.

schriebenen und schon Ende der 1960er Jahre geforderten⁵³⁵ Rollenwechsel vom erfüllenden Wohlfahrtsstaat zum ermöglichenden Gewährleistungsstaat zum Ausdruck.⁵³⁶ Dieser sieht seine Rolle vornehmlich in der Steuerung, aber nicht primär auch in der Erbringung öffentlicher Aufgaben.⁵³⁷ In Parallele hierzu wird in England auf der lokalen Ebene auch von „*enabling councils*“ gesprochen, um das gewandelte Verhältnis der Kommunalbehörden zum privaten Sektor bei der Erbringung öffentlicher Dienste zum Ausdruck zu bringen.⁵³⁸

Nach einer inzwischen verbreiteten Definition bezeichnet der Gewährleistungsstaat „den an seiner konkreten Gemeinwohlverantwortung festhaltenden Staat, der die Instrumente zur eigenhändigen, also unmittelbaren Aufgabenerfüllung aufgegeben hat. Er führt den prinzipiellen sozialgestalterischen Anspruch des wohlfahrtsorientierten Erfüllungsstaates in dem Sinne fort, daß er auf bestimmte positive gesellschaftliche Verhältnisse und Zustände zielt und sich [hierfür] weiterhin in einer Letztverantwortung“⁵³⁹ sieht. Damit prägen den Gewährleistungsstaat folgende Charakteristika:⁵⁴⁰ der Staat stellt die Aufgabenerfüllung sicher, d.h. er gewährleistet sie und trägt dementsprechend die Gewährleistungs-, gegebenenfalls auch die Auffangverantwortung; er muß dabei jedoch nicht alle Aufgaben selbst erfüllen, sondern kooperiert mit nicht-staatlichen Trägern; dementsprechend überläßt der Gewährleistungsstaat die Vollzugs- und gegebenenfalls auch die Finanzverantwortung regelmäßig der gesellschaftlichen Sphäre.

Der Gewährleistungsgedanke hat mittlerweile seinen Niederschlag auch in den Organisationsvorschriften des deutschen Grundgesetzes gefunden, etwa wenn es im Kontext der netzbasierten Daseinsvorsorge heißt, der Bund habe flächendeckend angemessene und ausreichende Telekommunikationsdienstleitungen⁵⁴¹ zu gewährleisten.⁵⁴² Die Verwendung des Leitbildes⁵⁴³ des Gewährleistungsstaates dient dazu, das obrigkeits- und wohlfahrtsstaatliche Bild vom Staat ebenso wie das des neoliberalen Minimalstaates um ein neues zu ergänzen, das den in den letzten Jahrzehnten erfolgten Wandel der Staatlichkeit aufzunehmen vermag und das das Verständnis für verschiedenartige Kooperationsbeziehungen zwischen Staat und Privaten erleichtern sowie Reflektionen über

535 Vgl. etwa *Drucker*, Age of Discontinuity, S. 234 f., der diese Forderung mit den Worten ausdrückte, der Staat müsse als „Dirigent“ und nicht als „Ausführender“ auftreten, er müsse leiten statt tun: „*Instead of being the ,performer’, he has become the ,conductor’. Instead of ,doing’, he leads.*“

536 *Schuppert*, Neubestimmung der Staatsaufsicht, S. 313; *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 80.

537 *Reinermann*, Die Krise als Chance, S. 26.

538 Vgl. hierzu *Leigh*, Local Democracy, S. 306 ff., der zugleich auf zwei unterschiedliche Bedeutungsinhalte von „*enabling*“ hinweist: Die weite Auffassung betrifft allgemein das Schaffen guter Bedingungen für private Leistungserbringung, die enge Auffassung geht mit dem *contracting-out* von „Pflichtleistungen“ der Kommunalbehörden einher.

539 *Eifert*, Grundversorgung, S. 139;

540 Vgl. *Reichard*, Das Konzept des Gewährleistungsstaates, S. 49 f.

541 Zur Bildung europäischer Gewährleistungsstrukturen im Telekommunikationsbereich *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 174.

542 Vgl. Art. 87f Abs. 1 GG. Ähnlich Art. 87e Abs. 4 GG.

543 Zur Analyse- und Politikfunktion des Denkens in Leitbildern s. *Schuppert*, Gewährleistungsstaat, S. 11 ff.

Sinn und Möglichkeit staatlicher Steuerung provozieren soll.⁵⁴⁴ Was die ideologische Einordnung anbelangt, läßt sich die Position des Gewährleistungsstaates am ehesten als neutral beschreiben: während sich einerseits im Gewährleistungsgedanken die Nähe zum Wohlfahrtsstaat ausdrückt, zeigt andererseits der Fokus auf die private Leistungserstellung eine gewisse Ausrichtung an neoliberalen Idealen.⁵⁴⁵

Abgesehen von der Kritik, die generell an Leitbildern geübt wird, werden speziell gegenüber dem des Gewährleistungsstaates Bedenken geäußert, die sich wie folgt zusammenfassen lassen:

Zunächst wird dem Konzept des Gewährleistungsstaates angelastet, es tendiere dazu, die hohen Anforderungen an Professionalität, Kompetenz, Entscheidungsfreude und materielle Rücklagen zu unterschätzen, die auf Seiten der Privaten erforderlich sind, um die ihnen zugeordnete Rolle im Zusammenhang mit der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben verantwortungsvoll zu erfüllen.⁵⁴⁶ Darüber hinaus wird dem Konzept entgegengehalten, es basiere auf einem überzogenen Steuerungsoptimismus und suggeriere eine Steuerungsmacht, die vom Staat nicht (mehr) zu erwarten sei.⁵⁴⁷ Es gehe davon aus, es bedürfe nur geeigneter, die Interessen der Adressaten einbeziehender Strukturvorgaben, um die privaten Akteure zum gewünschten Verhalten zu veranlassen. Damit gehe dieses Konzept vom Vorhandensein einer den Realitäten regelmäßig nicht gerecht werdenden „Win/Win“-Situation aus. Eine zu starke Orientierung an den Interessen des zu regulierenden Akteurs laufe darüber hinaus Gefahr, die Gemeinwohlorientierung aus dem Blick zu verlieren und insbesondere Interessen Dritter nicht hinreichend zur Geltung zu bringen.⁵⁴⁸ Schließlich zielen die Einwände gegen das Gewährleistungskonzept auf die in ihm angelegte Annahme, der Staat könne – Stichwort „Auffangverantwortung als latente Erfüllungsverantwortung“ – wenn er eine gesellschaftliche Schlechterfüllung nicht abzuwenden vermag, notfalls die Erfüllungskompetenz wieder an sich ziehen. Dies würde – sofern eine Rückholung überhaupt praktikabel ist – jedoch aufgrund der hierfür benötigten Ressourcen wie Infrastruktur und Know-how oft eines langen Zeitraumes bedürfen.⁵⁴⁹ Hierin drückt sich das eigentliche „Dilemma“⁵⁵⁰ des Gewährleistungsstaates aus: war doch gerade staatlicherseits die Erkenntnis, nicht in allen Gebieten über ein hinreichendes Know-how und über die hinreichenden Ressourcen zu verfügen, einer der ausschlaggebende Gründe für den Wandel in der Rolle des Staates vom *providing* zum *enabling* unter der Nutzung der gesellschaftlich verankerten und vom Staat in dieser Weise nicht zu leistenden Potentiale. Dies läßt vermuten, daß der Staat in vielen Lebensbereichen einer Auffangverantwortung eher in Gestalt der Abfederungsverantwortung denn in Form der latenten Erfüllungsverantwortung nachkommen könnte.

544 Vgl. Hoffmann-Riem, Recht des Gewährleistungsstaates, S. 90.

545 Vgl. Reichard, Das Konzept des Gewährleistungsstaates, S. 51.

546 Schmid, Gewährleistungsstaat und Arbeitsmarkt, S. 165.

547 Franzius, Der „Gewährleistungsstaat“, Der Staat 42 (2003), S. 517; ders., Gewährleistung im Recht, S. 109.

548 Schmid, Gewährleistungsstaat und Arbeitsmarkt, S. 165

549 Schmid, Gewährleistungsstaat und Arbeitsmarkt, S. 165.

550 Schuppert, Der moderne Staat, S. 411.

Auf die möglichen Erscheinungsformen dieser Auffangverantwortung soll an späterer Stelle⁵⁵¹ exemplarisch unter Berücksichtigung der für den Bereich der stationären Langzeitpflege gefundenen Erkenntnisse eingegangen werden. Weil aber all den geäußerten Bedenken Zweifel an der Effektivität der dem Gewährleistungsstaat zur Verfügung stehenden Instrumentarien zugrunde liegen, bedarf es hierzu zunächst eines weiteren gedanklichen Schrittes, der vom Gewährleistungsstaat zum „Steuerungsstaat“ führt. Indem die oben dargelegte Typologie der abgestuften Verantwortungsintensität die vom Staat wahrgenommene Rolle in einem bestimmten, gemeinsam mit Privaten bedienten Aufgabenbereich zu beschreiben versucht, lenkt sie den Blick notwendigerweise auch auf die „*Steuerungsebene*“,⁵⁵² weil sie versucht, „verschiedene Verantwortungsmodalitäten [...] sowie verschiedene Instrumente, derer sich Staat und Verwaltung bei der Wahrnehmung ihrer Verantwortung bedienen“⁵⁵³, zu unterscheiden. Mit der Steuerungsebene ist damit jene Ebene angesprochen, auf der sich die staatliche Verantwortung in Form bestimmter Instrumentarien konkretisiert, mittels derer der Staat Einfluß auf die verantwortungsteilend mit ihm zusammenwirkenden privaten Akteure zu nehmen versucht. Diese Steuerungsebene, an der sich die vom Staat konkret übernommene Verantwortung mit am deutlichsten ablesen läßt, soll im Folgenden näher dargelegt werden, weil sie auch den Zugang zur Beschreibung der staatlichen Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege in den Länderberichten bilden wird.

IV. Steuerung

1. Vorbemerkungen

Die wissenschaftlichen Auseinandersetzungen um die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private wurden von Beginn an begleitet von der Mahnung, man dürfe bei ihrer Einbeziehung „den Schutz der Allgemeinheit nicht außer Acht lassen. Wo der Staat Tätigkeiten an private Unternehmen oder Einrichtungen überläßt, muß er auf der anderen Seite durch eine strenge Aufsicht dafür sorgen, daß die Interessen [...] der betroffenen Bürger [...] gesichert bleiben.“⁵⁵⁴ Diese Forderung nach einer „strengen Aufsicht“ steht exemplarisch für zwei Aussagen: zum einen verweist sie auf die Notwendigkeit, private Leistungserbringer bei der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen „an die fortbestehende staatliche Gemeinwohlverantwortung zurückzukoppeln und sicherzustellen, daß auch eine nicht-staatliche Aufgabenwahrnehmung gemeinwohlorientierte

551 Siehe etwa S. 212 ff.

552 *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 430 f.; zur Verknüpfung der Perspektive der Verantwortungsteilung mit der Diskussion um die staatliche Steuerungsfähigkeit s. auch *Trute*, Verantwortungsteilung, S. 15 ff.

553 *Schuppert*, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 27, sowie *ders.*, Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 768.

554 *Scheuner*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 29 (1971), S. 249.

Aufgabenwahrnehmung ist und bleibt.“⁵⁵⁵ Indem sie nach der staatlichen Gewährleistungsverantwortung verlangt, steht die Forderung in unmittelbarem Bezug zu den Ausführungen zur Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten.

Zum anderen aber spricht sie mit der staatlichen Aufsicht ein Instrumentarium an, mit dem der Staat der ihm verbliebenen Verantwortung gerecht werden soll. Denn während bei der Erfüllungsverantwortung des auf das Gemeinwohl verpflichteten Staates ein komplexes Arrangement von Regelungen über Organisation, Aufgaben, Handlungsmaßstäbe, Handlungsinstrumente und Verfahren für eine bestimmte rechtsstaatliche und demokratische Qualität der Ergebnisse sorgt,⁵⁵⁶ muß der moderne, auf die verantwortungsteilende Aufgabenwahrnehmung setzende Verwaltungsstaat notwendig auch Regulierungsstaat sein, also ein Staat, dessen zentrale Staatsaufgabe in der Regulierungsaufgabe besteht.⁵⁵⁷ Die „Regulierungsaufgabe fungiert als Scharnier des Übergangs von der staatlichen Erfüllungs- zur staatlichen Gewährleistungsverantwortung, vom rudernden zum steuernden Staat“⁵⁵⁸, weil jede arbeitsteilige Gemeinwohlkonkretisierung notwendig einer wie auch immer gearteten Koordination der Akteure und ihrer Handlungsbeiträge bedarf. Deshalb stellt sich die Deregulierung, von der im Zusammenhang mit Privatisierungsvorhaben oftmals die Rede ist, in Wirklichkeit häufig als „Re-Regulierung“ dar,⁵⁵⁹ und Vorstellungen vom „schlanken Staat“ entpuppen sich als nicht realisierbare politische Illusion.⁵⁶⁰ Augenfällig wird der untrennbare Zusammenhang zwischen der Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und der Regulierung etwa am Beispiel der großangelegten englischen Privatisierungspolitik, die mit der Errichtung einer Vielzahl an Regulierungsbehörden⁵⁶¹ einherging.⁵⁶²

Die Steuerungs- und Regulierungsansätze reichen freilich weit über die eingangs erwähnte „strenge Aufsicht“ hinaus. Die oben aufgezeigten Verantwortungsmodalitäten, die jenseits der vollen staatlichen Erfüllungsverantwortung liegen, sind auf verschiedenste Instrumentarien angewiesen, die die in den einzelnen Verantwortungsarten angelegten Steuerungsintensitäten übersetzen.⁵⁶³ Auf den folgenden Seiten wird deshalb die Steuerung Privater durch staatliche Akteure genauer erörtert.

555 *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 425.

556 *Trute*, Verantwortungsteilung, S. 22.

557 *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 426 m.w.N.; vgl. auch *ders.*, Gewährleistungsstaat, S. 18; *Grande*, Vom produzierenden zum regulierenden Staat, S. 583 ff.; *Ruffert*, in: Fehling/Ruffert [Hrsg.], Regulierungsrecht, S. 349.

558 *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 575; zum Zusammenhang von Privatisierung und Regulierung vgl. auch *ders.*, Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 767.

559 *S. Hoffmann-Riem*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff, S. 51.

560 Statt vieler etwa *Vofßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 85.

561 Vgl. die Zusammenstellung bei *Beesley/Littlechild*, Regulation of Privatised Monopolies, S. 42. Allgemein zum sog. *Regulatory State* s. *Moran*, The British Regulatory State, S. 12 ff.

562 Zum Zusammenhang von Regulierung und Privatisierung in England s. *Hogwood*, Developments in Regulatory Agencies in Britain, International Review of Administrative Sciences 56 (1990), S. 595 ff.

563 Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Reform, S. 422.

2. Begrifflichkeiten

a. Steuerung

Um den Steuerungs begriff rankt sich eine Vielzahl von Definitionsversuchen unterschiedlichster Provenienz.⁵⁶⁴ In der Soziologie knüpfen einige Darstellungen an *Luhmann*⁵⁶⁵ und die neueren Entwicklungen⁵⁶⁶ der Systemtheorie an, die in der Steuerung eine systemische, vom Handeln konkreter Akteure abgelöste Funktion sehen. Teilweise wird Steuerung allgemein im Sinne von Handlungskoordination⁵⁶⁷ oder sozialer Ordnung gebraucht. Auch der Gesetzgeber spricht neuerdings von „Steuerung“,⁵⁶⁸ ohne diesen Begriff freilich näher darzulegen.

Der Steuerungs begriff, der dieser Untersuchung zugrunde gelegt wird, ist jedoch enger gefaßt. Er knüpft an das handlungszentrierte sozialwissenschaftliche Verständnis von Steuerung an und läßt sich etwa mit *Mayntz* definieren als eine intentionale und kommunikative Handlungsbeeinflussung mit dem Ziel der gemeinwohl-orientierten Gestaltung.⁵⁶⁹ Ähnlich angelegte Definitionen beschreiben Steuerung als Hinwirken auf die Erzeugung erwünschter oder auf die Vermeidung unerwünschter Wirkungen in einem bestimmten Problemfeld,⁵⁷⁰ oder – speziell aus der Perspektive der Policy-Forschung – als „die fachspezifische Präzisierung staatlicher Interventionen in die Gesellschaft.“⁵⁷¹ Staatliche Steuerung in diesem Sinne läßt sich auch definieren als „jede Gestaltung der Lebensverhältnisse durch einen Träger öffentlicher Gewalt“⁵⁷². Dieses Verständnis von Steuerung eignet sich deshalb für die Zwecke dieser Arbeit, weil es mit der Koppelung an die Akteursperspektive⁵⁷³ und dem damit bewirkten handlungstheoretischen Ansatz⁵⁷⁴ mit dem Ausgangspunkt dieser Arbeit korreliert, die zur Analyse der staatlichen Verantwortung in der stationären Langzeitpflege die Steuerung privater Einrichtungsträger durch den Steuerungsakteur Staat untersucht. Darüber hinaus kann aus einer akteursbezogenen Perspektive anders als etwa aus der Systemperspektive⁵⁷⁵

564 Zur Einführung des Begriffs in der deutschen Soziologie in den 1970-er Jahren s. *Mayntz*, Politische Steuerung, S. 91 f.

565 *Luhmann*, Soziale Systeme, 2006.

566 Etwa *Willke*, Entzauberung des Staates, S. 117 ff.; *ders.*, Kontextsteuerung, S. 3 ff.; *Teubner/Willke*, Reflexives Recht, *ZfRSoz* 6 (1984), S. 4 ff.

567 Etwa *Kaufmann*, Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht, S. 76 f.

568 Vgl. das Gesetz über den Deutschen Wetterdienst vom 10. September 1998, BGBl. I S. 2871, § 2 S. 2: „Im Rahmen der Fachaufsicht erfolgt die Steuerung des DWD durch das Bundesministerium für Verkehr durch Zielvorgaben und Erfolgskontrollen.“

569 *Dose*, Politische Steuerungstheorie, S. 20 f.; *Mayntz*, Politische Steuerung, S. 190 ff.

570 *Hoffmann-Riem*, Modernisierung, S. 32 f.

571 *Burth/Görlitz*, Politische Steuerung, S. 7.

572 *Schmidt-Preuß*, Verwaltung und Verwaltungsrecht, *VVDStRL* 56 (1997), S. 163.

573 Zur Bedeutung der Akteursperspektive vgl. *Braun*, Steuerbarkeit funktionaler Teilsysteme, S. 199 ff.

574 *Mayntz*, Politische Steuerung, S. 92.

575 Vgl. etwa *Kaufmann*, Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht, S. 76, der unter sozialer Steuerung die „erfolgreiche Handlungskoordination“ versteht.

auch dann noch von Steuerung gesprochen werden, wenn der angestrebte Zielzustand nicht erreicht wurde oder die Steuerungsmaßnahmen im Extremfall gänzlich ohne Wirkung blieben.⁵⁷⁶ Dies kommt der Anlage dieser Arbeit ebenfalls entgegen, die weder das Ziel hat noch die hierfür erforderliche Methodik aufweisen kann, im Einzelnen empirische Belege für *Steuerungserfolge* nachzuweisen.

In Schwierigkeiten gerät der akteurszentrierte Steuerungs-begriff allerdings im Umfeld des „kooperativen Staates“⁵⁷⁷, weil bei dieser Form der politischen Steuerung unter Mitwirkung gesellschaftlicher Akteure die Regelungsadressaten selbst am Entwerfen der Regeln und ihrer Durchsetzung beteiligt sind. Aus diesem Grund kann die Perspektive des Steuerungsakteurs nicht mehr eindeutig ausgemacht werden, und auch Steuerungs-subjekt und -objekt lassen sich nicht mehr eindeutig voneinander unterscheiden.⁵⁷⁸ Obgleich die sogleich zu beschreibende Governance-Perspektive hier Vorteile hat, verfügt der akteursbezogene Steuerungsansatz aber trotzdem auch dort über Aussagekraft, wo es um vertragliche Beziehungen zwischen dem Staat und privaten Leistungserbringern geht. Dies gilt insbesondere dann, wenn für die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbeziehung gesetzliche Vorgaben existieren, die das Vertragshandeln prädeterninieren. Daß an der vertraglichen Aktualisierung dieser Bindung auch Private maßgeblich beteiligt sind, soll darüber hinaus nicht unbeachtet bleiben. Ein gewisses Maß an Selbstbindung schließt allerdings das Vorliegen von Fremdsteuerung nicht vollkommen aus. Es gibt aber Anlaß, sich genauer mit der Reichweite der im Einzelfall bestehenden externen Steuerung auseinanderzusetzen. Erst bei der freiwilligen Handlungskoordination *gleichberechtigter* Akteure durch horizontale Abstimmung dürfte der Bereich verlassen sein, in dem noch sinnvoll von einer von außen kommenden Steuerung aus einer bestimmten Akteursperspektive gesprochen werden kann.⁵⁷⁹

b. Regulierung

Ein weiterer Begriff, der im Zusammenhang mit der staatlichen Einflußnahme auf gesellschaftliche Vorgänge insbesondere der Leistungserstellung häufig Verwendung findet, ist der der Regulierung. Als Beispiel sei das Telekommunikationsgesetz⁵⁸⁰ genannt, das die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen als Regulierungsbehörde bezeichnet.⁵⁸¹ Exemplarisch ist auch die Bezeichnung „*regulatory watchdogs*“⁵⁸², die die Literatur im Zusammenhang mit den

576 Mayntz, Politische Steuerung, S. 94.

577 Siehe hierzu oben, S. 61.

578 Mayntz, Governance Policy, S. 15.

579 Mayntz, Politische Steuerung, S. 95.

580 TKG, Gesetz v. 22. Juni 2004, BGBl. I S. 1190, zuletzt geändert durch Ur. des BVerfG vom 2. März 2010 (1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08), BGBl. I S. 272.

581 § 116 TKG.

582 Veljanovski, The Regulation Game, S. 11; Beesley/Littlechild, Regulation of Privatised Monopolies, S. 42.

englischen Wirtschaftsaufsichtsbehörden verwendet. Auch der Terminus „Regulierung“ weist jedoch keinen klaren Bedeutungsgehalt auf.⁵⁸³

In einem physikalischen, kybernetisch verstandenen Sinn verweist der Begriff der Regulierung bzw. der der Regelung im Gegensatz zur Steuerung auf eine iterative, *rückgekoppelte* Einflußnahme auf ein System in Richtung eines bestimmten Zielzustandes.⁵⁸⁴ Im juristischen Schrifttum werden die Termini „Steuerung“ und „Regulierung“ teilweise gleichgesetzt.⁵⁸⁵ Im deutschen Sprachgebrauch wird Regulierung häufig auch mit einem Begriffsverständnis verwendet, das eine Konnotation zur traditionellen, auf unmittelbarer rechtlicher Bindung und Zwang beruhenden hoheitlichen Steuerung aufweist, mit der spezifische öffentliche Bindungen von bestimmten Wirtschaftstätigkeiten geltend gemacht werden.⁵⁸⁶ Dies kommt auch dann zum Ausdruck, wenn der „Regulierungsstaat“ dem „kooperativen Staat“ gegenübergestellt wird. Regulierung in diesem Sinne, d.h. verstanden als hoheitliches Einwirken auf Wirtschaftssektoren zur Schaffung oder Sicherung von Wettbewerbsbedingungen und zur Gemeinwohlsicherung,⁵⁸⁷ stellt eine „Subkategorie von Wirtschaftsaufsicht“⁵⁸⁸ dar.

Der Begriff „Regulierung“ ist primär der Verwendung des Terminus „*regulation*“ im anglo-amerikanischen Rechtskreis entlehnt.⁵⁸⁹ In den USA wird dieser Ausdruck abweichend vom deutschen Begriffsverständnis vorwiegend⁵⁹⁰ in einem engeren Sinn zur Umschreibung wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen gegenüber monopolartigen Privatunternehmen gebraucht.⁵⁹¹ Auch in England gehen die Assoziationen, die mit dem Terminus „*regulation*“ verbunden werden, auseinander. Ein enges Begriffsverständnis versteht unter *regulation* die Summe autoritativer Verhaltensgebote und -verbote („*command and control*“), die zur Sicherstellung der Befolgung mit bestimmten

583 Vgl. *Ogus*, *Regulation*, S. 1: „unfortunately it has acquired a bewildering variety of meanings“; s. auch *Ruffert*, in: Fehling/Ruffert [Hrsg.], *Regulierungsrecht*, S. 334 ff.

584 So unterscheidet etwa auch die DIN 19226 zwischen Steuerung und Regelung: „Das Steuern – die Steuerung – ist der Vorgang in einem abgegrenzten System, bei dem eine oder mehrere Größen als Eigenschaftsgrößen andere Größen als Ausgangsgrößen aufgrund der dem abgegrenzten System eigentümlichen Gesetzmäßigkeit beeinflussen. [...] Das Regeln – die Regelung – ist ein Vorgang, bei dem eine Größe, die zu regelnde Größe (Regelgröße), fortlaufend erfaßt, mit einer anderen Größe, der Führungsgröße, verglichen und abhängig vom Ergebnis dieses Vergleichs im Sinne einer Angleichung an die Führungsgröße beeinflußt wird. Der sich hierbei ergebende Wirkungsablauf findet in einem geschlossenen Kreis, dem Regelkreis, statt.“ Hierzu auch *König/Dose*, *Klassifizierungsansätze*, S. 16 f.; aus sozialwissenschaftlicher Sicht ähnlich *Moran*, *The Regulatory State*, S. 5 und 13, der im Zusammenhang mit *regulation* von *balancing* und *cybernetic control* spricht.

585 Regelung hingegen weiter verstehend als Steuerung etwa *Mayntz/Scharpf*, *Steuerung und Selbstorganisation*, S. 16.

586 Vgl. *Schneider*, *Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation*, S. 37; s. auch *König/Dose*, *Klassifizierungsansätze*, S. 128.

587 So *Ruffert*, in: Fehling/Ruffert [Hrsg.], *Regulierungsrecht*, S. 359

588 *Ruffert*, in: Fehling/Ruffert [Hrsg.], *Regulierungsrecht*, S. 352.

589 *Kämmerer*, *Privatisierung*, S. 479 f.

590 Zum daneben auch in den USA existierenden weiten Begriffsverständnis, das unter Regulierung jegliche legislative oder administrative Regelung der sozial-ökonomischen Bedingungen versteht, vgl. *Ruffert*, in: Fehling/Ruffert [Hrsg.], *Regulierungsrecht*, S. 337 ff. m.w.N.

591 Vgl. *Kämmerer*, *Privatisierung*, S. 479 f.

Überwachungs-, Kontroll- und Durchsetzungsmechanismen versehen sind.⁵⁹² Inzwischen wohl verbreiteter ist ein moderneres und breiteres Verständnis von *regulation*, das alle von staatlichen Stellen unternommenen Bemühungen zur Steuerung des Wirtschaftslebens unter diesem Terminus zusammenfaßt und diesen nicht auf ge- und verbotsbasierte Regime beschränkt.⁵⁹³ Mit diesem Bedeutungsgehalt und in diesem Sinne zugleich synonym zum oben dargelegten Steuerungsbegriff soll „Regulierung“ auch in dieser Arbeit verwendet werden.

Schließlich existiert in der englischsprachigen Literatur noch eine dritte Konzeption von *regulation*, die, weil sie die akteurszentrierte Perspektive verläßt, jedenfalls für die Zwecke dieser Arbeit zu breit ist: dieses Verständnis faßt unter Regulierung alle Mechanismen sozialer Steuerung, unabhängig davon, ob diese von staatlichen Organen ausgehen und ob sie intendiert sind oder nicht.⁵⁹⁴ Dieser Sinngehalt, der die Gesamtheit steuernder Impulse in den Vordergrund rückt, von wem und auf welche Weise auch immer veranlaßt, wird zunehmend auch mit dem Begriff „Governance“ zum Ausdruck gebracht, der im Folgenden beschrieben werden soll.

c. Governance

In den Sozial- und Politikwissenschaften ist mittlerweile wohl häufiger von „Governance“ als von Steuerung die Rede,⁵⁹⁵ das Begriffsverständnis ist allerdings auch hier nicht einheitlich.⁵⁹⁶ Bisweilen dient der Begriff lediglich als „modische“ Übersetzung von Steuerung,⁵⁹⁷ manchmal bezeichnet er nicht-hierarchische Arten des Regierens.⁵⁹⁸ Häufig aber liegt ihm ein Verständnis zugrunde, das ihn vom Steuerungsbegriff unterscheidet. Dieser mit dem Leitbegriff Governance arbeitende analytische Ansatz repräsentiert im Vergleich zur Steuerungstheorie eine andere, nämlich institutionalistische Perspektive: im Vordergrund steht nicht mehr das Steuerungshandeln von Akteuren, sondern die mehr oder weniger fragmentierte und nicht länger auf das nationale Gefüge beschränkte⁵⁹⁹ *Regelungsstruktur* als der institutionelle Rahmen, der das Handeln der ihm unterworfenen Akteure lenkt.⁶⁰⁰ In der Governance-Perspektive resultiert die Koordination der Handelnden aus dem Zusammenwirken von institutionellen Regelsysteme-

592 Vgl. *Baldwin/Cave*, *Understanding Regulation*, S. 2; *Baldwin/Scott/Hood*, *Introduction*, S. 3.

593 *Baldwin/Cave*, *Understanding Regulation*, S. 2; *Baldwin/Scott/Hood*, *Introduction*, S. 3 f.

594 *Baldwin/Cave*, *Understanding Regulation*, S. 2; *Baldwin/Scott/Hood*, *Introduction*, S. 4.

595 Etwa *Messner*, *Das „Global-Governance“-Konzept*, S. 243 ff.; s. auch die Beiträge in *Benz* u.a. [Hrsg.], *Governance*, 2004, sowie die in *Schuppert* [Hrsg.], *Governance-Forschung*, 2005, zu diesem Thema zusammengestellten Abhandlungen.

596 Zur Begriffsgeschichte s. etwa *Benz*, *Governance*, S. 15 ff.

597 Vgl. hierzu die Nachweise bei *Mayntz*, *Governance Theory*, S. 11.

598 *Rhodes*, *Understanding Governance*, S. 15 f., 52 f.; vgl. auch *Rosenau*, *Governance, Order, and Change in world politics*, S. 4.

599 Vgl. zum Aspekt der Lösung der Perspektive vom Nationalstaat als Steuerungsakteur auch *Rosenau*, *Governance, order, and change in world politics*, S. 1 ff., sowie *Holsti*, *Governance without government*, S. 30 ff.

600 *Mayntz*, *Governance Theory*, S. 13 f.

men (in diesen können Elemente von Hierarchie, Wettbewerb und Verhandlungssystemen verbunden sein) und der Selbststeuerung der beteiligten Akteure.⁶⁰¹

Über den unterschiedlichen Ansätzen der Steuerungs- und der Governancetheorie darf jedoch nicht vergessen werden, daß sich beide Konzepte keineswegs gegenseitig ausschließen, sondern daß es sich lediglich um verschiedenartige Akzentuierungen handelt.⁶⁰² Auch der akteurszentrierte und handlungsorientierte Steuerungs begriff, dem in dieser Arbeit aus den oben genannten Gründen der Vorzug gegenüber der Governance-Perspektive gegeben wird, ist keineswegs auf einen einzelnen Steuerungsakteur beschränkt. Insofern kann es auch mit ihm gelingen, komplexe Steuerungsprozesse zum Untersuchungsgegenstand zu machen. Allein werden die komplexen Interaktionszusammenhänge jeweils selektiv auf die Handlungsebene eines einzelnen Steuerungsakteurs „heruntergebrochen“ und aus dessen Perspektive dargelegt.⁶⁰³

3. Systematisierung

Steuerung im handlungstheoretischen Sinne setzt zunächst ein *Steuerungssubjekt* (also einen Steuerungsakteur) voraus, ferner ein *Steuerungsobjekt* (dessen Handeln beeinflußt werden soll) und ein *Steuerungsziel*. Des weiteren bedarf es *Steuerungsinstrumente* sowie eines bestimmten *Steuerungswissens* über die Wirkzusammenhänge zwischen den Steuerungsmaßnahmen sowie deren Ergebnissen. Schließlich ist Steuerung auf die *Steuerungsfähigkeit* des Akteurs sowie auf die grundsätzliche *Steuerbarkeit* des Objekts in Richtung des intendierten Steuerungsziels angewiesen.⁶⁰⁴ Demgegenüber stellt der Eintritt eines Steuerungserfolgs beim handlungsbezogenen Steuerungs begriff anders als aus Sicht der Systemtheorie keine Rolle.⁶⁰⁵

a. Steuerungssubjekt und Steuerungsobjekt

Steuerungssubjekt können Personen sowie handlungsfähige soziale Kollektive sein. „Der Markt“ etwa scheidet hingegen als Steuerungsakteur aus, Marktmechanismen wie der Wettbewerb können aber als *Steuerungsinstrumente* betrachtet werden.⁶⁰⁶

Diese Arbeit nimmt spezifisch den Steuerungsakteur „Staat“ in den Blick. Wie oben dargelegt, handelt es sich dabei um eine Sammelbezeichnung, hinter der eine Vielzahl von staatlichen Handlungsträgern steht. Diese Fokussierung führt zwar dazu, daß diese Arbeit strenggenommen diejenigen Bereiche ausklammern muß, die ohne staatliche

601 Benz, Governance, S. 20.

602 Mayntz, Governance Theory, S. 17.

603 Mayntz, Politische Steuerung, S. 93, mit dem zutreffenden Hinweis, man müsse der mit dieser hoch selektiven Betrachtungsweise verbundenen Ausblendungen bewußt sein.

604 Vgl. zu den genannten Strukturen der Steuerung s. Mayntz, Politische Steuerung, S. 93 ff.

605 Siehe oben, S. 98.

606 Mayntz, Politische Steuerung, S. 93.

Intervention der gesellschaftlichen Selbststeuerung überlassen sind.⁶⁰⁷ Die Erscheinungsformen der (staatlich) regulierten gesellschaftlichen Selbstregulierung⁶⁰⁸ lassen sich mit ihr jedoch ohne weiteres beleuchten.

Steuerungsobjekte sind existente soziale (Teil-)Systeme, deren autonome Dynamik oder Entwicklung durch das Steuerhandeln in eine bestimmte Richtung gerückt werden soll.⁶⁰⁹ Das zum Steuerungsobjekt „Staat“ Ausgeführte gilt analog, wenn verkürzend von den Steuerungsobjekten „Gesellschaft“ oder „Private“ die Rede ist.

b. Steuerungsbedürftigkeit

Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben hat gegenüber einer rein staatlichen Aufgabenerfüllung zunächst den Nachteil, daß Private anders als der Staat keine mit einer grundsätzlichen Ausrichtung am Gemeinwohl⁶¹⁰ agierenden, grund- bzw. menschenrechtsverpflichteten Akteure sind. Gesellschaftliche Akteure an einer gemeinwohlorientierten Handlungsausrichtung zu messen, ist jedoch dort gerechtfertigt, wo diese in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einbezogen sind. Weil auch die Privatrechtsordnung, die das Verhältnis zwischen den Leistungserbringern der gesellschaftlichen Sphäre und den Leistungsempfängern regelt, nicht per se auf die Umsetzung spezifischer Gemeinwohlanforderungen ausgerichtet ist,⁶¹¹ ist mit der Steuerungsbedürftigkeit die Frage angesprochen, ob es zur Verwirklichung der politisch gewünschten Ziele in bestimmten Bereichen einer zusätzlichen staatlichen Intervention bedarf, oder bereits die Selbststeuerung gesellschaftlicher Teilsysteme zu einer hinreichenden Gemeinwohlgewährleistung führt.

Zur Beantwortung dieser Frage werden verschiedene Theorien vertreten. Der ökonomisch orientierte Ansatz innerhalb der *public interest theory* erklärt regulierende Intervention als eine Reaktion auf Marktversagen, die erforderlich ist, um die Öffentlichkeit vor den negativen Folgen von Monopolen, destruktivem Wettbewerb, dem Ausnutzen überlegener privater Marktmacht oder von externen Effekten⁶¹² zu schützen,⁶¹³ die einer gesamtgesellschaftlichen Wohlstandsoptimierung entgegenstehen. Auf die Verteilung des Wohlstands innerhalb der Gesellschaft oder auf andere soziale Gesichtspunkte wie die Verhinderung sozialer Ausgrenzung oder das Verhindern von Nachteilen für künftige Generationen geht die ökonomisch orientierte *public interest theory* allerdings

607 Der akteursbezogene Steuerungs begriff schließt es nicht aus, auch dort von Steuerung zu sprechen, wo der Steuerungsakteur selbst Teil des gesteuerten Systems ist, *Mayntz*, Politische Steuerung, S. 94.

608 Siehe hierzu unten, S. 123.

609 *Mayntz*, Politische Steuerung, S. 93 f.

610 Praktisch betrachtet führten allerdings beispielsweise im Bereich der englischen *nationalized industries* gerade auch deren undurchsichtige und nicht immer am Gemeinwohl, sondern oftmals eher an partikulären Interessen orientierten Strukturen zur Privatisierung. Vgl. hierzu etwa *Moran*, British Regulatory State, S. 99 f., 109.

611 *Trute*, Verantwortungsteilung, S. 42.

612 Bei externen Effekten handelt es sich um unkompenzierte Auswirkungen auf unbeteiligte Dritte. Siehe hierzu etwa *Hoffmann-Riem*, Modernisierung, S. 20 f.

613 *Ogus*, Regulation, S. 29 ff.

nicht ein.⁶¹⁴ Derartige nicht rein ökonomische Aspekte wie etwa die Verteilungsgerechtigkeit werden hingegen von „politisch“⁶¹⁵ orientierten Ansätzen der *public interest theory* berücksichtigt. Nach ihr können – vereinfacht ausgedrückt – all diejenigen Staatsaufgaben, die über den Bereich des klassischen Sicherheitszwecks hinausreichen, letztlich darauf zurückgeführt werden, daß das freie Spiel der gesellschaftlichen Kräfte auf der Grundlage formaler Gleichheit und Freiheit die in der Gesellschaft vorhandenen Gerechtigkeits- und Wohlfahrtsvorstellungen nicht verwirklichen konnte, wodurch staatliche Aktivitäten auf den Plan gerufen wurden.⁶¹⁶ Übertragen auf die Einschaltung privater Leistungserbringer in die Erstellung von Leistungen von öffentlichem Interesse bedeutet dies, daß staatliche Steuerung grundsätzlich in dem Maße geboten ist, in dem die zwischen den Leistungserbringern und Leistungsempfängern wirkenden Marktmechanismen nicht zu verteilungs- oder sozialpolitisch gewollten Ergebnissen führen. Ausdruck hiervon sind in der stationären Langzeitpflege etwa die in England laut gewordenen Befürchtungen, mit dem steten Zuwachs des Anteils der Betreiber, die ihr Engagement als reines Finanzinvestment betrachten, könnte die Pflegequalität stärker von Profitmargen als von den Bedürfnissen der zu Pflegenden abhängen.⁶¹⁷

Im Gegensatz zu den *public interest theories* sehen *private interest theories* Regulierung als vom Eigeninteresse einzelner Individuen oder Gruppen von Individuen veranlaßt an.⁶¹⁸ Auf sie soll an dieser Stelle zwar nicht näher eingegangen werden, allerdings zeigen sie, daß es – was vor allem die *public choice*-Theorie betont – keine einfachen kausalen Zusammenhänge zwischen Marktversagen und Regulierung gibt. Vielmehr kann es etwa durch den Einfluß von Partikularinteressen auf die Entscheidungsfindung auch zu einem Staatsversagen in Gestalt von Steuerungsfehlansätzen kommen, die letztlich höhere Kosten produzieren als das konstatierte Marktversagen.

c. Steuerungsfähigkeit

Während des wirtschaftlichen Aufschwungs nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs erschien das „Wirtschaftswunder“ als Beleg für die staatliche Plan- und Steuerbarkeit gesellschaftlicher Vorgänge. Bald stellte sich jedoch heraus, daß die ökonomische Prosperität weder dauerhaft noch ohne weiteres im Sinne der Keynes'schen Politikansätze staatlich beeinflussbar war. Weil gleichzeitig die gestiegene Komplexität gesellschaftlicher Vorgänge den Anspruch an die staatliche Steuerung wachsen ließ,⁶¹⁹ folgte der kurzen Phase des Steuerungsoptimismus rasch die Ernüchterung. Dies drückte sich nicht nur in der politischen Rhetorik aus, sondern der Vorwurf des staatlichen Steuerungsversagens fand – wie oben beschrieben – Einzug auch in die wissenschaftliche

614 *Morgan/Yeung*, An Introduction into Law and Regulation, S. 26 f.

615 Vgl. *Morgan/Yeung*, An Introduction into Law and Regulation, S. 26.

616 *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 158.

617 *Ridout*, Care Standards, S. 1.

618 Ausführlich dazu *Morgan/Yeung*, An Introduction into Law and Regulation, S. 43 ff.

619 Dazu *Voigt*, Recht als Instrument, S. 14.

Diskussion.⁶²⁰ Vertreter der Systemtheorie sprachen dem Staat die Fähigkeit, auf gesellschaftliche Einflüsse steuernd einzuwirken, mitunter sogar gänzlich ab.⁶²¹ Im Kern des Paradigmas des Steuerungsversagens stand dabei die Behauptung, der Staat sei aufgrund inhärenter Schranken seines traditionell-regulativen, also mit Geboten, Verboten, Genehmigungsvorbehalten und Strafandrohungen arbeitenden Interventionsinstrumentariums nicht mehr in der Lage, die Gesellschaft bezüglich ihrer sozialen und ökonomischen Probleme in die staatlich erwünschte Richtung zu steuern.⁶²²

Die Gründe für das behauptete Versagen der politischen Steuerung wurden in zwei Bereichen gesucht: einerseits im „Binnenbereich“ des Staates in dem Sinne, daß die mit dem Normvollzug vertrauten Instanzen nicht zur Durchsetzung der Regelungen in der Lage sind; andererseits im „Außenbereich“ der Steuerungsobjekte, nämlich dergestalt, daß diese die Normbefolgung verweigern.⁶²³ Bezogen auf den Binnenbereich setzte sich die Erkenntnis durch, daß aufgrund der Vielschichtigkeit und Komplexität des Staates als Steuerungsakteur der staatsinterne Implementationsprozeß seinerseits der steuerungstheoretischen Aufarbeitung bedurfte. Es zeigte sich, daß eine partielle Dezentralisierung zu nachgeordneten Vollzugsträgern in Verbindung mit dem Einräumen größerer Ermessensspielräume und dem Setzen bestimmter Zielvorgaben die Anpassung des Behördenhandelns an situative Besonderheiten verbessern und eine effektivere Aufgabenerfüllung bewirken kann.⁶²⁴ Verwaltungswissenschaftliche Studien des New Public Management⁶²⁵ nahmen Anleihen in der Wirtschaft (was sich nicht zuletzt in Schlagworten wie „*Entrepreneurialism*“⁶²⁶, „*Managerialism*“⁶²⁷ und „*Lean Govern-*

620 Zu Nachweisen s. oben, Fn. 23.

621 Nach *Luhmann*, *Wirtschaft der Gesellschaft*, S. 345 ff., kann wegen der unterschiedlich konstruierten Realitäten und Informationen und der für jedes Teilsystem spezifischen Steuerungs-codes, also wegen der selbstreferentiellen Geschlossenheit der verschiedenen Funktionssysteme eine erfolgreiche Steuerung über Systemgrenzen hinweg nicht stattfinden. Eine derartige Steuerung über die Systemgrenzen hinweg sei lediglich als Veränderung der Bedingungen für die Selbststeuerung des Systems zu verstehen. Skeptisch gegenüber staatlicher Steuerung ebenfalls unter Hinweis auf die selbstreferenzielle Autonomie autopoietischer Teilsysteme auch *Teubner/Willke*, *Reflexives Recht*, *ZfRSoz* 6 (1984), S. 5. Dagegen *Mayntz*, *Politische Steuerung*, S. 100 ff., mit dem zutreffenden Hinweis, daß die Geschlossenheit der Teilsysteme nicht auf deren Steuerbarkeit, sondern nur auf ihre Selbstreproduktion bezogen ist und damit lediglich einer zentralen, von außen erfolgenden Erzeugung derartiger Systeme entgegensteht.

622 Vgl. *Mayntz*, *Politische Steuerung*, S. 90.

623 *Mayntz*, *Politische Steuerung*, S. 96, bezeichnet ersteres als „Implementationsproblem“, letzteres als „Motivationsproblem“. Zu *circumvention*, *perversity* und *negative feedback* als mit der fehlenden Motivation in Zusammenhang stehenden Gründen für die mangelnde Steuerungsfähigkeit überkommener interventionistischer Regulierung s. *Moran*, *British Regulatory State*, S. 22.

624 *Mayntz*, *Politische Steuerung*, S. 97 f.

625 *Lewis*, *Reviewing Change in Government*, PL 1994, S. 105 ff; *Broadbent/Laughlin*, *Evaluating the „New Public Management“ Reforms in the UK*, *Public Administration* 75 (1997), S. 487 ff.; *Barberis*, *The New Public Management*, *Public Administration* 76 (1998), S. 451 ff.; *Reichard/Röber*, *Konzept und Kritik des New Public Management*, S. 371 ff.

626 Grundlegend *Osborne/Gaebler*, *Reinventing Government*, 1992.

627 Zur „*managerialisation*“ der britischen öffentlichen Verwaltung s. *Greenwood/Pyper/Wilson*, *New Public Administration in Britain*, S. 9 ff.

ment“⁶²⁸ ausdrückte) und versuchten, deren Managementprozesse für die staatliche Verwaltung nutzbar zu machen. So erlebt der Verwaltungsbinnenbereich seit einigen Jahren die Neugestaltung der Aufbau- und Ablauforganisation unter dem Stichwort des *Neuen Steuerungsmodells*⁶²⁹ (NSM). Diesem auf dem Gedanken des New Public Management basierenden Konzept der Erledigung von Verwaltungsaufgaben geht es grundsätzlich darum, in Gestalt dezentraler und teilautonomer Einheiten eine stärkere Verantwortungsabgrenzung zwischen Politik und (Dienstleistungs-)Verwaltung, also zwischen strategischer und operativer Verantwortung herzustellen.⁶³⁰ Die politischen Organe sollen sich hierbei auf die Festlegung der Unternehmensphilosophie, der Führungsstruktur und der Rahmenbedingungen für Verwaltungsleistungen beschränken, auf Basis entsprechender Produktbeschreibungen Ziele setzen, konkrete Leistungsaufträge erteilen, Produktbudgets und Handlungsspielräume zur Verfügung stellen sowie die Erfüllung der Leistungsaufträge kontrollieren und gegebenenfalls korrigierend eingreifen. Demgegenüber wird die Verwaltung darauf beschränkt, die Leistungsaufträge durchzuführen, hierüber zu berichten und die Verantwortung für das konkrete Ergebnis zu tragen.⁶³¹

Parallel dazu richtete die Implementationsforschung ihr Augenmerk auf Befolungsdefizite⁶³² auf Seiten der zu steuernden Akteure. Die Kritik beruhte im Wesentlichen auf der Erkenntnis, daß eine hoheitlich regulative Normierung prinzipiell nicht zu einer Motivation von Verhalten führt, bei dem es auf Eigeninitiative, Innovation, Kreativität und positives Engagement ankommt.⁶³³ Die Brisanz lag dabei darin, daß der Wohlfahrtsstaat aufgrund des abgeschwächten und nur noch unsteten Wirtschaftswachstums sowie der zunehmenden Arbeitslosigkeit mittlerweile an die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit geraten war und mehr und mehr gerade auf die Nutzbarmachung der gesellschaftlichen Potentiale für seine eigenen Zwecke angewiesen war. Eben mit diesem Ziel, sich durch die Einschaltung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben deren Know-how und Innovationskraft zunutze zu machen, schien eine restriktive Verhaltensnormierung nicht in Einklang zu bringen zu sein. Man erkannte, daß es nicht nur einen erheblichen Verlust an individueller Freiheit zur Folge hätte, wenn die auf die klassische Vollzugsverwaltung zugeschnittenen Anforderungen an das Handeln staatlicher Organisationseinheiten eins zu eins auf die private Leistungserstellung übertragen werden,⁶³⁴ sondern daß hierdurch auch die durch diese Freiheit erst ermöglichte und er-

628 S. etwa *Řezniček*, *Lean Management für die öffentliche Verwaltung?*, 1996.

629 S. *Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung (KGSt)*, *Das Neue Steuerungsmodell* (Bericht Nr. 5/1993), S. 15 ff.; *Bogumil* u.a. [Hrsg.], *Zehn Jahre Neues Steuerungsmodell*, S. 156 ff. und 316, ziehen allerdings im Hinblick auf Wirtschaftlichkeitssteigerung, Kostenreduzierung und Einspareffekte eine pessimistische Bilanz des NSM.

630 Vgl. *Schmid*, *Gewährleistungsstaat und Arbeitsmarkt*, S. 147.

631 *König/Füchtner*, *Verwaltungsmodernisierung*, S. 13 f.

632 *Voigt*, *Regulatives Recht*, S. 26.

633 *Mayntz*, *Politische Steuerung*, S. 98.

634 Zu Forderungen, Grundrechtsverpflichtungen generell oder im Einzelfall auch auf in verantwortungsteilende Strukturen einbezogene private Akteure zu erstrecken, vgl. *Meyer*, *Diskussionsbei-*

wünschte gesellschaftliche Handlungsrationalität verloren ginge.⁶³⁵ Oder in anderen Worten: „Wenn wir gegenüber den Aufgabenübernehmern darauf bestehen, daß sie die Leistungen erbringen, wie der Staat sie erbringen müßte, wenn er sie selbst erbringen würde, dann würden wir keine Leistungserbringer mehr finden.“⁶³⁶ Die Diskussion über die Steuerungsfähigkeit richtet sich damit unmittelbar auf die Frage, welche Steuerungsinstrumente dem Staat für die Erreichung der von ihm verfolgten Ziele zur Verfügung stehen. Dieses Instrumentarium soll im Folgenden näher dargestellt werden.

d. Steuerungsinstrumentarium

aa. Allgemeines und Klassifizierungsansätze

Nach dem in dieser Arbeit verwendeten, akteursbezogenen Steuerungsbezug sind Steuerungsinstrumente oder Steuerungsmechanismen all diejenigen Maßnahmen, die vom Steuerungssubjekt bewußt zur Erreichung eines bestimmten Sollzustandes, des Steuerungsziels, eingesetzt werden. Übertragen auf den Staat als Steuerungsakteur sind dies alle staatlich veranlaßten Maßnahmen, mit denen die Erreichung bestimmter wirtschaftlicher oder sozialer Ziele bezweckt wird.⁶³⁷ So definiert beschränken sich Steuerungsmechanismen keineswegs auf Verhaltensrestriktionen oder die Verhinderung unwillkommener Aktivitäten, sondern umfassen insbesondere auch Maßnahmen, die gewünschtes Verhalten ermöglichen und unterstützen.⁶³⁸

Bevor einzelne dieser Steuerungsinstrumente, die für die Untersuchung der Verantwortungsstrukturen in der stationären Langzeitpflege von besonderer Bedeutung sind, näher betrachtet und in einer für die Zwecke dieser Arbeit geeigneten Weise kategorisiert werden, soll zunächst vor dem Hintergrund der soeben dargestellten Diskussion um die Steuerungsdefizite des Rechts ein etwas umfassenderes Bild seiner Steuerungsmöglichkeiten gezeichnet werden. Gleichzeitig werden verschiedene Klassifizierungen und Begrifflichkeiten vorangestellt, die über die Grenzen der in dieser Arbeit schließlich verwendeten Kategorisierung hinweg verlaufen, weil sie sich keiner der hier gebildeten Gruppen von Steuerungsinstrumenten exklusiv zuordnen lassen.

Als Reaktion auf das konstatierte Steuerungsunvermögen des Staates wuchs die Suche sowohl nach alternativen rechtlichen Steuerungsformen als auch nach Alternativen zum Recht als Steuerungsinstrument,⁶³⁹ mit denen der erforderliche Ausgleich zwischen der Nutzbarmachung privater Fähigkeiten und Interessen einerseits und dem An-

trag, VVDStRL 56 (1997), S. 333 f.; *Kieth/Sproll*, Die Privatisierung der Abfallentsorgung, ZIP 1994, S. 280 f.; *Scholz/Aulehner*, Grundfragen zum Dualen System, BB 1993, S. 2152 ff.

635 *Voßkuhle*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 295 f., dort im Kontext mit der Eingliederung der Privaten in das staatliche Handlungsgefüge; vgl. auch *Trute*, Verantwortungsteilung, S. 23, und *Vincent-Jones*, Citizen Redress in Public Contracting for Human Services, MLR 68 (2005), S. 923.

636 *Zacher*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 62, S. 348.

637 So auch *Baldwin/Scott/Hood*, Introduction, S. 4.

638 Vgl. *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 2.

639 Vgl. *Voigt*, Recht als Instrument, S. 139 ff.

liegen des Staates andererseits, Kontrolle über die privaten Leistungserbringer zu behalten,⁶⁴⁰ bewerkstelligt werden könnte. Dabei wurde insbesondere das Verhältnis des staatlichen Steuerungsanspruchs zu den Erscheinungsformen der gesellschaftlichen Selbstregulierung überdacht und neu bewertet. Anstatt Regulierungsaktivitäten durch den privaten Sektor als einen Rückzug und ein Abdanken des Staates aufzufassen, wurden die gesellschaftlichen Selbststeuerungspotentiale, die Handlungsfähigkeit privater Akteure sowie die Eigenlogik gesellschaftlicher Teilsysteme als Steuerungsressourcen im Dienst staatlicher Regelungsziele entdeckt.⁶⁴¹ Die neuere sozialwissenschaftliche Steuerungsdiskussion lehnt vor diesem Hintergrund ein alternatives Verständnis von staatlicher Steuerung und gesellschaftlicher Selbstregulierung ab und sieht ihr Zusammenspiel statt dessen als „eine verbreitete Mischform [...], die unter bestimmten Bedingungen besonders wirkungsvoll sein kann.“⁶⁴²

Einen Eindruck vom vielschichtigen und nicht abschließend beschreibbaren Wechsel in den Steuerungsformen liefert *Ritter*, der die gewandelte Rolle des Rechts im „kooperativen Staat“ mit folgenden sieben Trends beschreibt und Verlagerungen konstatiert (1) vom hierarchischen Recht zum zwei- oder mehrseitig vereinbarten Recht; (2) vom hoheitlichen Rechtsvollzug zu Überzeugungs- und Überredungsstrategien; (3) von der rechtlichen zur sozialnormativen Bindung mit den Erscheinungsformen des informellen Verwaltungshandelns; (4) vom „starren“ zum „weichen“ Recht; (5) von der rechtlichen Vollsteuerung zur rechtlichen Teilsteuerung mittels der Festlegung nur noch der Rahmenbedingungen und der Schaffung von Anreizen statt sanktionsbewährter Zielsetzungen; (6) vom dauerhaften Recht zum Recht auf Zeit durch befristete und „experimentelle“ Rechtsakte; (7) von der perfekten zur imperfekten Rechtsanwendung durch „vorläufige“ Rechtsakte wie etwa Vorbescheide.⁶⁴³ Der konstatierte Formenwandel staatlicher Steuerung ging allerdings keineswegs mit einer Aufgabe der traditionellen regulativen Handlungsinstrumentarien einher. Vielmehr führte er zu einer „Vergesellschaftung des Rechts im Sinne einer Kombination aus wohlfahrtsstaatlichen Interventionsvorstellungen mit liberalistischen Selbstregulierungsansätzen“⁶⁴⁴, bei der der Formenreichtum tradierter Instrumente ausgebaut und ergänzt, nicht aber ersetzt wird.⁶⁴⁵

Die vorgeschlagenen alternativen Steuerungsformen zum Recht sowie die alternativen Rechtsformen zielen darauf ab, stärker auf die – von systemtheoretischen Ansätzen betonte – Eigenart und interne Dynamik der Steuerungsobjekte und die daraus resultierenden Motivationsprobleme einzugehen. Auf *Teubner* geht die Forderung nach „refle-

640 Zu dieser Forderung *Heintzen*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 260.

641 *Trute*, Verantwortungsteilung, S. 18 f.; *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 430 f.; *ders.*, Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 763 f.; vgl. auch *Scharpf*, Handlungsfähigkeit, S. 106.

642 *Mayntz*, Politische Steuerung, S. 160.

643 *Ritter*, Recht als Steuerungsmedium, S. 82 f.

644 *Vofßkuhle*, Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung, S. 51.

645 Vgl. *Hoffmann-Riem*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff, S. 56.

xivem Recht“ und nach „reflexiver Steuerung“ zurück.⁶⁴⁶ Aus systemtheoretischer Perspektive beruht das Versagen des herkömmlichen, regulativen Rechts darauf, daß dieses auf den Operationsmodus hierarchisch strukturierter Gesellschaften zugeschnitten ist, in deren Zentrum der Staat stehe. Hochkomplexe, funktional differenzierte Gesellschaften seien aber in gleichgeordnete, selbstreferentielle und eigendynamische Teilsysteme gegliedert, die sich immer weniger für eine zentrale politische Steuerung eignen würden. Die Steuerung müsse daher an der Selbstverwaltung und der dezentralen Autonomie der gesellschaftlichen Teileinheiten ansetzen. Anstelle einer direkten Normierung des sozialen Verhaltens reguliert reflexive Steuerung primär den Entscheidungsfindungsprozeß.⁶⁴⁷ Ihr Ziel ist es, die reflexive Orientierung des betreffenden gesellschaftlichen Teilsystems zu steigern, d.h. die Fähigkeit, sich darauf einzustellen, daß Interdependenzen zu anderen Teilsystemen Bestandteil der eigenen Identität sind und sie selbst daher für die anderen Teilsysteme eine brauchbare Umwelt darstellen müssen.⁶⁴⁸ Reflexive Steuerung ist daher darauf angelegt, diese Systeme organisations- und verfahrensrechtlich in die Lage zu versetzen, externe Konflikte derart zu internalisieren, daß Interessen Dritter angemessen berücksichtigt werden.⁶⁴⁹ Reflexives Recht zielt somit auf regulierte Autonomie und hat die Funktion, integrative Mechanismen für Verfahren und Organisation innerhalb der Teilsysteme bereit zu stellen, die ihnen eine ihrer Eigendynamik entsprechende Selbstregulierung ermöglicht, sie aber zugleich an gewisse gesellschaftlichen Restriktionen bindet.⁶⁵⁰

Vor allem die *Neue Institutionenökonomik* bemüht sich, Strukturierungshilfen für die Konzeption erfolgreicher Regelungsmodelle zu entwickeln, mit deren Hilfe gesellschaftliche Kooperationsgewinne durch die Gestaltung anreizkompatibler Institutionen realisiert werden sollen.⁶⁵¹ Der Institutionenökonomik geht es darum, Gestaltungsempfehlungen für Normen zu geben, damit bestimmte Ziele unter den herrschenden empirischen Gesellschaftsbedingungen verwirklicht werden können.⁶⁵² In den *Institutionen* wird das Mittel zur Lösung gesellschaftlicher Probleme gesehen, die es ermöglichen, „das Verhalten der Individuen in einer für alle vorteilhaften Weise aufeinander abzustimmen, indem sie jene Informations- und Anreizprobleme lösen, die erwünschte Kooperationen zunächst verhindern.“⁶⁵³ Das konstituierende Merkmal von Institutionen liegt in deren verhaltensbestimmender Wirkung. Der Begriff wird damit in einem sehr weiten Sinn verstanden und umfaßt mitunter Verfassungen, Gesetze, Verträge, Unter-

646 Grundlegend Teubner, Reflexives Recht, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 68 (1982), S. 13 ff.; vgl. auch Teubner/Willke, Reflexives Recht, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1984, S. 4 ff.

647 Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 55 f.

648 Teubner/Willke, Reflexives Recht, S. 14.

649 Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 55 f.

650 Teubner/Willke, Reflexives Recht, S. 19 ff.

651 Allgemein Zur Institutionenökonomik s. etwa Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomie, S. 313 ff., 511 ff.; Erlei/Leschke/Sauerland, Neue Institutionenökonomik, 2007.

652 Vgl. dazu etwa Suchanek, Institutionenökonomik, S. 274 ff.

653 Suchanek, Institutionenökonomik, S. 276.

nehmensleitsätze und soziale Konventionen.⁶⁵⁴ Als alternative Steuerungsformen, die dem Staat zur Erhöhung seiner Steuerungsfähigkeit dienen sollen, werden insbesondere positive und negative Anreizprogramme, persuasive Steuerungsinstrumente sowie Informationsprogramme vorgeschlagen, während bei der Wahl alternativer Rechtsformen vor allem prozedurale Regelungen, kooperative Handlungsformen, „weiches Recht“ und Zweckprogrammierungen über Zielvereinbarungen anstelle von Konditionalprogrammierungen im Vordergrund stehen.

Was schließlich das normative Steuerungsinstrumentarium anlangt, dem vor allem bezogen auf die konditionale Ge- und Verbotssteuerung eine mangelnde Steuerungseffektivität angelastet wurde, wies *Kaufmann* zutreffend darauf hin, daß „Steuerung durch Recht“ einen weit umfangreicheren Bereich staatlicher Maßnahmen betrifft, als dies in den vorherrschenden Diskussionen thematisiert wird“⁶⁵⁵. Als Beleg führt er folgende acht Typen rechtlicher Steuerung an:⁶⁵⁶ (1) Gebote; (2) Verbote; (3) Einräumung von Rechtsansprüchen; (4) Formulierung von Zwecken: hierunter ist die Formulierung übergreifender, nicht unmittelbar erzwingbarer Gesichtspunkte zu verstehen, die im Rahmen der Beurteilung von Sachverhalten sowie für die Richtung der Handlungen in einem bestimmten Handlungskontext maßgeblich sein sollen; (5) Definition von Bedingungen: gemeint sind diejenigen Bedingungen, unter denen bestimmte Verhaltensweisen möglich sein sollen. Hierbei geht es beispielsweise um die Definition von Maß, Gewicht und Währung, aber auch um die Regelungen des Privatrechts sowie um administrative Gewähungen und Versagungen; (6) Regelung von Verfahren; (7) Errichtung von öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisierten Einrichtungen; (8) Normierung staatsinterner Koordination.

Diese Klassifikation wurde von *Schuppert*⁶⁵⁷ aufgegriffen und erweitert, der – ebenfalls als Unterfälle der Steuerung durch Recht – folgende Steuerungsarten unterscheidet: (1) Regulierende Steuerung durch Ge- und Verbote; (2) Personelle Steuerung – hierunter versteht *Schuppert* die generelle Personalsteuerung durch Recht, wie sie sich beispielsweise in besonderen Treuepflichten oder in Streikverboten ausdrückt; (3) Prozedurale Steuerung – bei dieser werden anstatt einer materiellen Programmierung verfahrensrechtliche Vorgaben getroffen, etwa hinsichtlich Entscheidungsbildungs- und Konsensfindungsprozessen;⁶⁵⁸ (4) Strukturelle Steuerung – diese bezieht sich auf den Zusammenhang zwischen Verwaltungsorganisation und Verwaltungshandeln in dem Sinne, daß über strukturelle Handlungsprämissen „Handlungskorridore“ für die Verwaltung

654 *Suchanek*, Institutionenökonomik, S. 276 f. Die Institutionen lassen sich unter Heranziehung einer Dilemmakonstellation auch mit der Spieltheorie beschreiben: Mittels der Implementation geeigneter Institutionen soll es gelingen, jedem Spieler glaubwürdige Anreize zu vermitteln, um einen maximalen Kooperationsgewinn zu erzielen. Die Rolle des Staates läßt sich gleichsam als die eines Agenten beschreiben, der verantwortlich ist für das Management von (formellen) Institutionen zur Realisierung gesellschaftlicher Kooperationsgewinne, vgl. *Suchanek*, a.a.O., S. 278 ff.

655 *Kaufmann*, Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht, S. 81.

656 Siehe *Kaufmann*, Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht, S. 78 ff.

657 *Schuppert*, Steuerung durch Recht, S. 232 f.

658 Siehe dazu ausführlich unten, S. 116 f.

definiert werden; (5) Finanzielle Steuerung – hierzu zählen positive und negative finanzielle Anreize sowie Mechanismen des Haushaltsrechts und der Haushaltskontrolle.

Die bislang genannten Kategorisierungen von *Ritter*, *Kaufmann* und *Schuppert* beziehen sich allesamt auf die Steuerung durch Recht. Weil im Zusammenhang mit der Kritik an der staatlichen Steuerungsfähigkeit aber gerade auch eine Suche nach Alternativen zum Recht propagiert wurde, soll an dieser Stelle kurz die damit getroffene Unterscheidung zwischen rechtlichen und außerrechtlichen Steuerungsformen kommentiert werden. Denn diese Differenzierung berührt zugleich die Frage, inwiefern sich die vorliegende Arbeit mit ihrer juristischen Methodik diesen alternativen Steuerungsinstrumenten nähern kann. Die angesprochene Unterscheidung, die schon *Luhmann* traf, indem er zwischen Recht und Geld als Wirkungsmitteln des Wohlfahrtsstaats differenzierte,⁶⁵⁹ setzt an den vom Staat verwendeten Handlungsformen und den Mechanismen an, mit denen die Steuerungsinstrumente ihre Wirkung gegenüber den Steuerungsobjekten entfalten. Insofern lassen sich rechtliche Instrumente wie etwa Gesetze, Verträge oder staatliche Anordnungen, von denen eine unmittelbare rechtliche Bindungswirkung ausgeht, zunächst sicherlich von Steuerungsformen unterscheiden, denen diese rechtliche Qualität fehlt. Als Beispiele hierfür lassen sich etwa finanzielle Anreize oder Realakte wie eine Informationsgewährung durch staatliche Stellen oder die eigenhändige staatliche Leistungserbringung nennen.

Bei näherem Hinsehen aber verwischen die Grenzen zwischen beiden Steuerungsformen. Zum einen gibt es rechtliche Instrumentarien wie beispielsweise die Bereitstellung von Organisationsformen und Verfahrensabläufen, denen zwar die angesprochene rechtliche Verbindlichkeit zukommt, deren Steuerungswirkung aber dennoch nicht unmittelbar auf dieser rechtlichen Bindung beruht. Sie entsteht vielmehr mittelbar dadurch, daß – um bei dem genannten Beispiel zu bleiben – bei der Entscheidungsfindung oder der Leistungserstellung das vorgeschriebene Verfahren eingehalten und das dadurch hervorgebrachte Ergebnis somit gegebenenfalls die intendierte Qualität aufweist, ohne daß diese aber im Sinne einer materiellen Programmierung vorgeschrieben gewesen wäre. Es gibt daher auch eine Reihe rechtlicher Steuerungsinstrumente, deren Steuerungswirkung wie bei den außerrechtlichen nicht auf den unmittelbaren rechtlichen Zwang und die rechtliche Verbindlichkeit zurückzuführen ist.

Zum anderen sind auch die als „außerrechtlich“ qualifizierten Steuerungsinstrumente keineswegs in einen sie umgebenden rechtlichen Rahmen eingebettet. Eine Steuerung mittels finanzieller Anreize ist beispielsweise regelmäßig über entsprechende Ansätze in den Haushaltsplänen oder in den Steuergesetzen in der Rechtsordnung fundiert. Insbesondere dann, wenn es sich bei den Instrumentarien um belastende, die Freiheit bestimmter privater Akteure beschneidende Maßnahmen handelt, bedürfen sie einer rechtlichen Normierung.⁶⁶⁰ Insofern dürfte das Recht nach wie vor das zentrale staatliche Steuerungsmittel darstellen.⁶⁶¹

659 *Luhmann*, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, S. 94 ff.

660 Vgl. BVerfGE 6, 32 ff.

661 Vgl. *Dose/Voigt*, Kooperatives Recht, S. 11; *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 558.

Daß die Übergänge zwischen den rechtlichen und den außerrechtlichen Steuerungsformen fließend sind, zeigt schließlich die Kategorie des sogenannten „*soft law*“. Während „hartes“ Recht in aller Regel verbindlich und präzise ist und über eine Instanz verfügt, die seine Durchsetzung gewährleistet, ist „weiches“ Recht grundsätzlich formal unverbindlich, tendenziell inhaltlich in vielen Punkten offener gehalten und – schon aufgrund der fehlenden Verbindlichkeit – ohne Durchsetzungsinstanz.⁶⁶² Ein typisches Beispiel für *soft law* ist die „Outputsteuerung“ über die Vorgabe bestimmter, als solcher nicht unmittelbar erzwingbarer Handlungsziele, wie sie etwa mit der Verantwortungsübertragung auf dezentrale Einheiten im Zuge der Studien des *New Public Management* und der Implementation des Neuen Steuerungsmodells einherging.⁶⁶³ Faktisch betrachtet kommt diesem „weichen Recht“ aber dennoch eine – nicht selten beträchtliche – Bindungswirkung zu,⁶⁶⁴ die etwa auf der Autorität der erlassenden Stelle beruhen kann.

Vor diesem Hintergrund soll das Augenmerk im Folgenden auf Kategorisierungen gelegt werden, die sowohl normative als auch „außerrechtliche“ Steuerungsformen umfassen.

Eine Kategorisierung, die nicht allein auf Steuerung durch Recht im engeren Sinne beschränkt ist, findet sich beispielsweise⁶⁶⁵ bei *Ogus*⁶⁶⁶. Dieser unterscheidet in einer nach der Schwere des staatlichen Eingriffs differenzierenden Klassifizierung folgende Instrumentarien⁶⁶⁷: (1) die *information regulation*⁶⁶⁸ – diese Steuerungsform ist tendenziell mit einer geringen Eingriffsintensität verbunden. Sie setzt an der Weitergabe von Informationen an, beispielsweise indem ein Leistungserbringer verpflichtet wird, Details über die Qualität seiner Leistungen zu veröffentlichen; (2) die „*private*“ *regulation*⁶⁶⁹ – dieses ebenfalls auf einer geringen Intensitätsstufe liegende Instrument umfaßt all diejenigen Verpflichtungen, die allein von den Leistungsempfängern durchgesetzt und erzwungen werden können. Hierin liegt insofern auch ein staatlicher Steuerungsakt, als es der Staat ist, der den privaten Akteuren die betreffenden Mittel zur Durchsetzung ihrer Rechte an die Hand gibt; (3) die „*economic*“ *instruments*⁶⁷⁰ – diese stellen nach *Ogus* eine weitere, typischerweise mit einer geringen Eingriffsintensität verbundene

662 *Schmid*, Gewährleistungsstaat und Arbeitsmarkt, S. 156.

663 Vgl. *Hoffmann-Riem*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff, S. 60.

664 Vgl. etwa *Ehricke*, „Soft law“ - Aspekte einer neuen Rechtsquelle, NJW 1989, S. 1907.

665 Eine Vielzahl weiterer rechtswissenschaftlicher, wirtschaftswissenschaftlicher, politikwissenschaftlicher, soziologischer und rechtssoziologischer sowie staats- und verwaltungswissenschaftlicher Klassifikationen sind zusammengefaßt bei *König/Dose*, Klassifizierungsansätze staatlicher Handlungsformen, S. 24 ff.

666 *Ogus*, Regulation, S. 5, 121 ff.

667 Die im Folgenden genannten Steuerungsformen ordnet *Ogus*, Regulation, S. 5 f., der *social regulation* zu, zu der er etwa die Regulierung des Gesundheitssektors, der öffentlichen Sicherheit, des Umweltschutzes sowie des Verbraucherschutzes zählt. *Ogus* grenzt diese von der *economic regulation* ab, die er primär auf Industriesektoren mit Monopoltendenzen bezieht und für die er (a.a.O., S. 265 ff.) eine eigenständige Klassifizierung der Steuerungsinstrumente vorschlägt.

668 Ausführlich s. *Ogus*, Regulation, S. 121 ff.

669 Näher dazu *Ogus*, Regulation, S. 257 ff.

670 Ausführlich zu dieser Steuerungskategorie *Ogus*, Regulation, S. 245 ff.

Steuerungsmöglichkeit dar, die darin besteht, das intendierte Verhalten nicht im Wege rechtlichen Zwangs, sondern mittels finanzieller Anreize herbeizuführen; (4) die „*command-and-control*“ *regulation*⁶⁷¹ – diese traditionelle Steuerungsform ist mit einer höheren Eingriffsintensität verbunden. Sie arbeitet insbesondere mit der Normierung bestimmter verbindlicher Standards durch Ge- und Verbote, die im Falle eines Verstoßes mitunter mit straf- oder ordnungsrechtlichen Konsequenzen verbunden sind.⁶⁷² (5) das „*prior approval*“ – auch von diesem Steuerungsinstrument, das bestimmte Aktivitäten von einer vorherigen Genehmigung (etwa in einem Lizenzierungsverfahren) abhängig macht, geht eine starke Eingriffswirkung aus.⁶⁷³

Einen anderen Ansatz als die bislang vorgestellten Kategorisierungen verfolgen solche Systembildungen, die die Instrumente nicht nach ihren Wirkmechanismen ordnen, sondern nach den Aufgaben, die diese im Regulierungsrecht erfüllen. Ein Beispiel hierfür bildet etwa die von *Fehling* vorgenommene Systematisierung nach „zentralen Regulierungszielen“⁶⁷⁴, die zwischen „wettbewerbsermöglichenden und -sichernden“ sowie „versorgungssichernden Instrumenten (zwecks Wahrnehmung staatlicher Gewährleistungsverantwortung)“ unterscheidet.⁶⁷⁵ Diese Differenzierung, die sich primär an der Regulierung von Netzwirtschaften orientieren dürfte, ist allerdings insofern angreifbar, als die beiden Kategorien zum einen inhaltliche Überschneidungen aufweisen⁶⁷⁶ und zum anderen auch nicht abschließend sind und insofern um eine mit Bezug auf die Regulierungsaufgabe nur wenig aussagekräftigen Kategorie der „multifunktionalen (Hilfs-)Instrumente“⁶⁷⁷ ergänzt werden müssen. Unklar bleibt ferner, wie sich Regulierungsziele wie etwa die Sicherstellung einer angemessenen Leistungsqualität in diese Systematisierung einordnen lassen. Auch diese Regulierungsaufgabe stellt einen Teil der staatlichen Gewährleistungsverantwortung dar, so daß sie sich möglicherweise der Versorgungssicherung zuordnen ließe. Dies würde allerdings der unterschiedlichen Charakteristik der zur Versorgungssicherung einerseits und der zur Qualitätssteuerung andererseits eingesetzten Instrumenten nicht gerecht.

bb. Steuerungsinstrumente im Einzelnen

Im Folgenden sollen einzelne Steuerungsinstrumente, die in den oben genannten Kategorisierungen zum Teil schon erwähnt wurden, genauer vorgestellt und in eine eigene, für die Zwecke dieser Arbeit geeignete Systematik gebracht werden. Diese Steuerungsmechanismen sollen insbesondere den Blick dafür schärfen, welches Arsenal an Instrumentarien dem Staat zur Verfügung steht, um andere Akteure zu einem bestimmten

671 *Ogus*, *Regulation*, S. 5.

672 Vgl. dazu im Einzelnen *Ogus*, *Regulation*, S. 150 ff.

673 *Ogus*, *Regulation*, S. 5, 214 ff.

674 *Fehling*, in: *Fehling/Ruffert* [Hrsg.], *Regulierungsrecht*, S. 1147.

675 S. *Fehling*, in: *Fehling/Ruffert* [Hrsg.], *Regulierungsrecht*, S. 1092 ff, 1108 ff.

676 *Fehling*, in: *Fehling/Ruffert* [Hrsg.], *Regulierungsrecht*, S. 1108, nennt als Grund für dieses Überlappen, daß die Daseinsvorsorge regulierungstypisch gerade so weit wie möglich im Wettbewerb sichergestellt werden soll.

677 *Fehling*, in: *Fehling/Ruffert* [Hrsg.], *Regulierungsrecht*, S. 1147.

Verhalten zu veranlassen. Es geht dabei vor allem darum, die den Länderberichten vorbehaltene konkrete Analyse der in der stationären Langzeitpflege eingesetzten Steuerungsmechanismen dahingehend vorzubereiten, daß diese zunächst überhaupt als solche identifiziert, schließlich aber auch analysiert und klassifiziert werden können. Zu diesem Zweck ist es – wie bereits angedeutet – erforderlich, den Blick über die rein rechtlichen Steuerungsinstrumentarien hinaus zu wenden und auch alternative Regulierungsformen einzubeziehen. Weil der Fokus dieser Arbeit aber der Steuerung Privater durch staatliche Akteure gilt, werden staatsintern ansetzende Steuerungsformen (wie etwa die strukturelle Steuerung bei *Schuppert*⁶⁷⁸ oder die von Kaufmann gebildete Kategorie der Normierung staatsinterner Koordination⁶⁷⁹) ausgeblendet. Auf den Bereich der staatsinternen Koordination wird in den Länderberichten nur insoweit eingegangen, als dies für das Verständnis dessen erforderlich ist, welche Akteure auf Seiten des Staates jeweils mit welchen Kompetenzen ausgestattet als Steuerungssubjekte auftreten können.

Vor diesem Hintergrund wird die Arbeit im Wesentlichen zwischen folgenden Kategorien von Regulierungsinstrumenten unterscheiden: (1) der hierarchischen Gebots- und Verbotssteuerung; (2) der prozeduralen Steuerung; (3) der konsensualen Steuerung; (4) der informationsbasierten und sonstigen persuasiven Steuerung; (5) der Steuerung mittels ökonomischer Anreize; (6) der marktbasierter Steuerung; (7) der Steuerung durch die Stärkung von Konsumentenrechten; (8) der regulierten Selbstregulierung; (9) dem unmittelbaren staatlichen Handeln.

(1) Hierarchische Gebots- und Verbotssteuerung

Die im anglo-amerikanischen Sprachraum auch als „*command and control*“ bezeichnete, traditionelle hierarchische Steuerung mittels Ge- und Verboten⁶⁸⁰ ist dadurch gekennzeichnet, daß sie durch die Aufstellung verbindlicher Regeln – wie beispielsweise zwingender Standards, Registrierungs- oder Zulassungserfordernissen – Einfluß auf die Steuerungsobjekte ausübt.⁶⁸¹ Verstöße gegen die betreffenden Ge- und Verbote sind regelmäßig sanktionsbewehrt, mitunter in strafrechtlich relevanter Weise. Der Wirkmechanismus dieser konditionalen Ge- und Verbotssteuerung geht auf die unmittelbare Bindungswirkung des Gesetzes zurück. Diese wird genutzt, um entweder bestimmte unerwünschte Verhaltensformen zu unterbinden, als positiv erachtete Verhaltensweisen obligatorisch zu machen oder Bedingungen für den Zutritt in ein bestimmtes Marktsegment sowie das Verbleiben in diesem aufzustellen.⁶⁸²

Mit der traditionellen, imperativen Steuerungsform werden häufig auch aufsichtliche Instrumentarien assoziiert. Infolge der Tendenz des modernen Verwaltungsstaats, die

678 *Schuppert*, Steuerung durch Recht, S. 232 f.

679 Siehe *Kaufmann*, Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht, S. 78 ff.

680 Diese Art von Steuerung wird häufig auch als „regulierende Steuerung“ bezeichnet, vgl. etwa *Schuppert*, Steuerung durch Recht, S. 232. Dieser Ausdruck soll in dieser Arbeit jedoch nicht verwendet werden, weil ihm ein Begriffsverständnis von „Regulierung“ zugrunde liegt, das enger als das in dieser Arbeit verwendete ist.

681 Vgl. *Ogus*, Regulation, S. 79. *Baldwin/Scott/Hood*, Introduction, S. 24.

682 *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 35.

Wahrnehmung bestimmter Aufgaben aus der unmittelbaren Staatsverwaltung auszulagern, wächst der Staatsaufsicht – sowohl in Gestalt der innerstaatlichen Aufsicht als auch der Wirtschaftsaufsicht – eine neue Qualität zu.⁶⁸³ Die gewandelte Rolle der Staatsaufsicht⁶⁸⁴ bedingt jedoch zugleich, daß sich ihr Instrumentarium längst nicht mehr allein aus hoheitlich imperativen Maßnahmen zusammensetzt, sondern auch kooperative und persuasiv-informatorische Formen wie etwa Aufklärung und Beratung umfaßt.

Im Unterschied zu einer auf Anreizen basierenden Steuerung, die unerwünschte Verhaltensweisen grundsätzlich lediglich mit bestimmten Kosten – etwa in Gestalt von Opportunitätskosten – belegt, kann sich die klassisch-hierarchische Steuerung bei der Setzung von Standards und beim Unterbinden von abweichendem Verhalten auf die unmittelbare Geltung des Rechts stützen und diese gegebenenfalls hoheitlich vollstrecken.⁶⁸⁵ Bestimmte Verhaltensweisen können vollständig verboten und damit – anders als bei der Setzung eines bloßen Gegenanreizes – zugleich mit der klaren rechtsethischen Bewertung versehen werden, daß sich das betreffende Verhalten als unzulässig und unerwünscht darstellt.⁶⁸⁶ Dieses Steuerungsinstrument kann deswegen dann gegenüber anreizbasierten Mechanismen zu bevorzugen sein, wenn sich das erwünschte bzw. das zu verbietende Verhalten klar definieren läßt und eine gewisse Berechenbarkeit und Sicherheit der zu erreichenden Ergebnisse erforderlich ist.⁶⁸⁷

Allerdings darf die unmittelbare Bindungswirkung des Gesetzes nicht mit einer automatischen Erreichung des normierten Verhaltens gleichgesetzt werden. Zwischen dem Geltungsanspruch einzelner Rechtsvorschriften und der Erreichung der mit ihnen bezweckten Ergebnisse steht die Implementation der Vorschriften, die in vielen Fällen nicht auf freiwilliger Basis erfolgt, sondern hoheitlich erzwungen werden muß. Bei näherem Hinsehen nämlich erweist sich der Unterschied zwischen finanziellen Anreizsystemen und Steuerungsmechanismen, die auf die unmittelbare Geltungskraft des Rechts setzen, als weniger groß als zunächst angenommen. Weil Kosten für Rechtsverstöße oftmals kalkulierbar sind, lassen sie sich auch als finanzieller Anreiz zu einem bestimmten Verhalten verstehen, womit die Grenzen zwischen Sanktionen und ökonomischen Anreizsystemen verschwimmen.⁶⁸⁸ Gerade diese Probleme mit der Rechtsdurchsetzung stellen einen häufig vorgebrachten Einwand gegen traditioneller *command and control*-Regime dar, wie sie oben etwa in Gestalt der Skepsis der Systemtheorie gegen regulati-

683 Schuppert, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 425 f.; ders., Neubestimmung der Staatsaufsicht, S. 299 ff.; vgl. auch Dreier, Hierarchische Verwaltung, S. 287 ff.

684 Allgemein zur „sich wandelnden Staatsaufsicht“ etwa Schuppert, Staatsaufsicht im Wandel, DÖV 1998, S. 831 ff.

685 Vgl. Baldwin/Cave, Understanding Regulation, S. 35.

686 Vgl. Neimann, The Virtues of Heavy-Handedness in Government, L&PQ 2 (1980), S. 24; Stewart, Regulation and the Crisis of Legislation, S. 113; Braithwaite, The Limits of Economism in Controlling Harmful Corporate Conduct, Law and Society Review 16 (1982), S. 490.

687 Vgl. Stewart, Regulation and the Crisis of Legislation, S. 114.

688 Vgl. Baldwin/Cave, Understanding Regulation, S. 43; Braithwaite, The Limits of Economism in Controlling Harmful Corporate Conduct, Law and Society Review 16 (1982), S. 483.

ves Recht beschrieben wurden. Komplexe Regelungen, Befolgungsdefizite, ein erheblicher Kontroll- und Überwachungsaufwand und Kosten für die Bearbeitung und ggf. auch die strafrechtliche Verfolgung einzelner Fälle machen die Rechtsdurchsetzung nicht nur teuer, sondern gehen auch zu Lasten der grundsätzlich mit der Aufstellung von unmittelbar verbindlichen Verhaltensanforderungen bezweckten Ergebnissicherheit.⁶⁸⁹

Zwar besteht bei der Setzung verbindlicher Standards eine Wahlmöglichkeit zwischen detaillierten Normierungen einerseits, welche eine bessere Kontrolle ermöglichen, und eher generellen Regelungen andererseits, die mehr Flexibilität erlauben. Dennoch betrifft ein weiterer Kritikpunkt an traditionell hoheitlichen Steuerungskonzepten deren Tendenz, überkomplexe, starre und belastende Regelwerke zu schaffen, die zu einer Überregulierung, weitgehenden Eingriffen in unternehmerische Freiheiten und in einigen Fällen sogar dazu führen, daß die Entwicklung neuer Technologien behindert werden.⁶⁹⁰ Grund hierfür ist, daß sich die Setzung von Standards mit einem effizienten Grad an regulativer Präzision⁶⁹¹ als äußerst schwierig erweist, weil die Entwicklung sensibler und zielgenauer Standards hohe Anforderungen an das Wissen um Wirkzusammenhänge sowie an die Beschaffung entsprechender Informationen stellt. Dies gilt um so mehr, wenn sich die benötigten Informationen in der Hand der betreffenden Steuerungsobjekte befinden.⁶⁹² Besonders in diesen Fällen besteht zudem das Risiko, daß die regulierenden Akteure, die zur Informationsgewinnung auf die Mitwirkung der zu Steuernden angewiesen sind, im Rahmen der Regulierung deren Interessen gegenüber denen der Allgemeinheit bevorzugen (sog. „*regulatory capture*“).⁶⁹³ Bei Informationsdefiziten neigen Steuerungssubjekte dazu, „*over-inclusive rules*“⁶⁹⁴ zu erlassen, d.h. Regelungen, deren Anwendungsbereich breiter als eigentlich erforderlich ist.⁶⁹⁵ Aber selbst dann, wenn hinreichend Informationen vorhanden sind, kann eine formalistische Regulierung in Gestalt klar definierter und leicht zu verwaltender Regelungen Gesetzeslücken aufweisen und zu einer „kreativen Normbefolgung“ („*creative compliance*“) führen, also dazu, daß der Gesetzeszweck umgangen wird, ohne jedoch die Regelung als solche zu verletzen.⁶⁹⁶ In diesem Fall sind die gesetzten Normierungen „*under-*

689 *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 38 f., 110 f.

690 Vgl. *Stewart*, Regulation and the Crisis of Legislation, S. 98; *Breyer*, Regulation and its Reform, S. 115 f.

691 Zum „*concept of rule precision*“ sowie zur „*optimal regulatory precision*“ vgl. *Diver*, The Optimal Precision of Administrative Rules, Yale Law Journal 93 (1983-1984), S. 66 ff., 71 ff.

692 Vgl. *Breyer*, Regulation and its Reform, S. 109 ff.; *Daintith*, The techniques of government, in: Jovell/Oliver [Hrsg.], The Changing Constitution, S. 219 f.

693 *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 36 f.; *Ogus*, Regulation, S. 94 f.; siehe auch *Makkai/Braithwaite*, Making Sense of Regulatory Capture, S. 173 ff.

694 Dazu etwa *Black*, Rules and Regulators, S. 7 ff.

695 *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 37; *McBarnet/Whelan*, The Elusive Spirit of Law, MLR 54 (1991), S. 858.

696 *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 102 f.

*inclusive*⁶⁹⁷, also von ihrem Anwendungsbereich her zu eng bemessen, und daher ineffektiv.⁶⁹⁸

Ein weiterer Nachteil der Regulierung mit Ge- bzw. Verboten wird schließlich darin gesehen, daß die mit der Befolgung restriktiver Standards verbundenen Kosten hohe Markteintrittsbarrieren bedeuten können, die die Wettbewerbssituation nachteilig beeinflussen.⁶⁹⁹

(2) *Prozedurale Steuerung*

Anstatt bestimmte Parameter im Wege einer materiellen Programmierung unmittelbar vorzuschreiben, hat der Staat auch die Möglichkeit, zur Geltendmachung der verbliebenen staatlichen Verantwortung auf den Prozeß der Leistungserstellung oder Entscheidungsfindung einzuwirken und bestimmte prozedurale Vorgaben zu machen, beispielsweise indem er Entscheidungs- und Konfliktlösungsprozesse vorschreibt.⁷⁰⁰ Die Steuerung erfolgt dabei insbesondere über die Vorgaben von Verfahren der Entscheidungsbildung und Konsensfindung.⁷⁰¹ Auch durch das Aufstellen prozeduraler Anforderungen wie Dokumentationspflichten oder Begründungsanforderungen kann auf eine Gemeinwohlorientierung privater Träger hingewirkt werden.⁷⁰² Gerade dieses im angelsächsischen Recht schon lange tradierte Konzept, weniger auf die materielle denn auf die prozedurale Absicherung von Entscheidungen zu rekurrieren, wird in der deutschen Rechtsordnung um so wichtiger, je mehr der Staat bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben Raum für die Nutzbarmachung gesellschaftlicher Problemlösungskapazitäten schafft, diesen aber zur Sicherung von Gemeinwohlbelangen einen gewissen Rahmen vorgibt.⁷⁰³ Einen engen Bezug zur prozeduralen Steuerung weist daher die „regulierte Selbstregulierung“ auf, auf die weiter unten gesondert eingegangen wird.

Prozedurale Steuerungsmechanismen haben mit der traditionell hierarchischen Steuerung gemein, daß sie sich auf die unmittelbare Geltungskraft des Gesetzes stützen, so daß sie auch als Unterform der Gebots- und Verbotssteuerung angesehen werden können. Regelungsinhalt ist jedoch nicht ein Merkmal der zu erstellenden Leistung oder eine bestimmte Produktqualität, sondern vielmehr der Prozeß der Leistungserstellung und -erbringung. Die prozedurale Regulierung kann ein Element der regulierten Selbst-

697 Siehe *Black*, *Rules and Regulators*, S. 7 ff.

698 Vgl. *McBarnet/Whelan*, *The Elusive Spirit of Law*, *MLR* 54 (1991), S. 864f.

699 *Breyer*, *Regulation and its Reform*, S. 115.

700 Vgl. *Mayntz*, *The Conditions of Effective Public Policy*, *Policy and Politics* 11 (1983), S. 128; *Hoffmann-Riem*, *Recht des Gewährleistungsstaates*, S. 104.

701 *Schuppert*, *Steuerung durch Recht*, S. 233.

702 Vgl. *Trute*, *Verantwortungsteilung*, S. 37

703 Vgl. auch *Hoffmann-Riem*, *Recht des Gewährleistungsstaates*, S. 104. Die gestiegene Bedeutung der Bereitstellung eines prozeduralen Rahmens fand Ausdruck auch in Forderungen nach einem Privatverfahrens- und Privatorganisationsrecht, vgl. dazu *Wahl*, *Privatorganisationsrecht als Steuerungsinstrument*, S. 325 ff.

regulierung⁷⁰⁴ darstellen und zu regulierter Autonomie führen. Sie kann sich daher als „reflexives“ Regelungssystem erweisen.

Eine prozedurale Regulierung kann schließlich aber auch darin bestehen, daß der Staat bestimmte Verfahren und Prozeduren zwar nicht normativ vorschreibt, daß er aber dem privaten Sektor für bestimmte Angelegenheiten einen institutionellen Rahmen zur Verfügung stellt, der mit entsprechenden Verfahrensabläufen strukturiert ist.

(3) *Konsensuale Steuerung*

Konsensuale Steuerungsmechanismen unterscheiden sich von der hoheitlichen Ge- und Verbotssteuerung im Wesentlichen dadurch, daß die regulativen Inhalte bei ihnen nicht einseitig vom Steuerungsakteur gesetzt, sondern konsensual-kooperativ festgelegt werden.⁷⁰⁵ Die konsensuale Steuerung weist vielfältige Erscheinungsformen auf, von denen hier zwei hervorgehoben werden sollen. Die wohl am weitesten verbreitete Form konsensbasierter Regulierung stellen Absprachen dar, deren Bindungswirkung entweder auf dem privaten oder auf dem öffentlichen Vertragsrechts (vertragsbasierte Regulierung⁷⁰⁶) oder aber auf lediglich faktischer Bindungswirkung eines sozialen Konsenses beruht.⁷⁰⁷

Hiervon lassen sich andere Erscheinungsformen der konsensualen Steuerung unterscheiden, bei denen die Konsensfindung organisatorisch verstetigt und institutionalisiert wird. Sie zeichnen sich dadurch aus, daß die beteiligten Akteure in bestimmten Einrichtungen dahingehend zusammenwirken, daß regulative Normen als gemeinsam gefundenes Ergebnis mit einer gewissen Verbindlichkeit nach außen an die beteiligten Akteure weitergegeben werden.⁷⁰⁸ Im Unterschied zur vertragsbasierten Regulierung muß dieses Ergebnis nicht zwingend in Form einer Vereinbarung niedergelegt werden, sondern kann etwa auch in Richtlinien oder Kodizes bestehen.

Konsensbasierte Steuerungsinstrumente werden grundsätzlich als wenig intrusiv und paternalistisch erachtet. In bestimmten Wirtschaftssektoren, in denen der Staat über eine ausgeprägte Verhandlungsmacht verfügt, ist jedoch anzunehmen, daß sich die Vertragspartner oftmals staatlichen Konditionen beugen müssen, um überhaupt einen wirtschaftlich relevanten Marktzugang zu erlangen. In diesen Fällen dürfte der Unterschied zur traditionell hierarchischen Steuerung mittels einseitig gesetzter verbindlicher Standards marginal sein. Anders sieht es demgegenüber aus, wenn es auch auf Seiten der Leistungserbringer gelingt, etwa durch Verbandsstrukturen die Verhandlungsmacht zu bündeln. Sind die beteiligten Akteure in Verbänden organisiert, die ihre Mitglieder an die vertraglich oder in gemeinsamen Gremien konsentierten Regulierungsinhalte binden,

704 Dazu sogleich unten, S. 123.

705 Vgl. *Morgan/Yeung*, Law and Regulation, S. 92.

706 Im Englischen als „*Regulation by Contract*“ bezeichnet, s. etwa *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 46 f.; *Vincent-Jones*, Regulation, PL 1999, S. 315 ff.

707 *Morgan/Yeung*, Law and Regulation, S. 92.

708 Vgl. *Becker*, Funktionen und Steuerung von Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb im Gesundheitswesen, S. 23.

liegt eine Steuerung durch einen (neo-)korporatistischen Interessenausgleich vor,⁷⁰⁹ wie er in Deutschland etwa in Gestalt der sog. „gemeinsamen Selbstverwaltung“⁷¹⁰ zur Steuerung der Leistungserbringung in verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung vorzufinden ist.

Zur sehr breit gefächerten Gruppe der konsensualen Steuerung werden teilweise auch Instrumente der Selbstregulierung gezählt.⁷¹¹ In der vorliegenden Untersuchung werden jedoch primär diejenigen konsensualen Mechanismen untersucht, die an der Schnittstelle zwischen Staat und Privaten liegen, die also in einem Konsens zwischen dem Staat als Steuerungssubjekt und gesellschaftlichen Akteuren als Steuerungsobjekten bestehen. Die Selbststeuerung wird demgegenüber – dem Blickwinkel dieser Arbeit folgend – unter dem Aspekt der staatlich regulierten Selbstregulierung als eigenständige Kategorie behandelt.⁷¹²

(4) Informationsbasierte und sonstige persuasive Steuerung

Auch die sog. informationsbasierte Steuerung (im Englischen als „*information regulation*“ oder auch „*communicative regulation*“⁷¹³ bezeichnet) stellt eine Reaktion auf die an der traditionell hoheitlichen Steuerung geäußerte Kritik und das Propagieren eines Wechsel hin zu weniger restriktiven Steuerungsformen dar. Dieses Regulierungsinstrument setzt zum einen an denjenigen Aspekten des Marktversagens an, die das Fehlen adäquater Informationen auf Seiten der Nachfrager und Empfänger bestimmter Leistungen betreffen. Zum anderen zielt es auf den Abbau von Wissensdefiziten seitens der privaten Leistungserbringer, um auf diese Weise Leistungserbringung zu befördern, die bestimmten gesellschaftlichen Anforderungen genügt.

Die Informationssteuerung umfaßt etwa Verbote, falsche oder irreführende Informationen zu verbreiten, oder Gebote, bestimmte Informationen offenzulegen. In dieser Erscheinungsform kann sie daher auch als spezielle Form der hierarchischen Ge- und Verbotssteuerung aufgefaßt werden. Im Unterschied zu den herkömmlichen Fällen der traditionellen hierarchischen Steuerung regelt die Informationssteuerung die Leistungserstellung, deren Ergebnis, deren Preis oder den Zugang zu bestimmten Leistungen aber nicht unmittelbar, so daß sich auch diese Form der Informationsregulierung besser als besondere Form der Steuerung über Marktanreize verstehen läßt.⁷¹⁴

Eine andere Erscheinungsform stellt die Weitergabe von Information an Marktteilnehmer direkt durch staatliche Stellen dar.⁷¹⁵ Die Informationen können sich dabei entweder an die Nachfrage- oder an die Angebotsseite richten. Letzteres ist beispielsweise

709 S. *Becker*, Funktionen und Steuerung von Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb im Gesundheitswesen, S. 23 f.

710 Ausführlich zur gemeinsamen Selbstverwaltung etwa *Becker*, Hat die gemeinsame Selbstverwaltung noch Zukunft?, S. 124 ff.

711 Vgl. *Morgan/Yeung*, Law and Regulation, S. 93, 95.

712 Dazu sogleich unten, S. 123 f.

713 Vgl. *Morgan/Yeung*, Law and Regulation, S. 96 ff.

714 Dazu *Yeung*, Government by Publicity Management, PL 2005, S. 366 ff.

715 Vgl. *Stewart*, Regulation and the Crisis of Legislation, S. 105.

der Fall, wenn aufsichtliche Überprüfungen in einem beratungsorientierten Stil erfolgen, bei dem die Prüfer Verbesserungsvorschläge aufzeigen und für die Verbreitung innovativer Standards und Techniken sorgen, etwa indem sie auf Neuerungen hinweisen, die von anderen zu prüfenden Einrichtungen erfolgreich angewandt werden.⁷¹⁶

Die informationsbasierten Steuerungsmechanismen zielen darauf ab, die Anbieter von Leistungen oder deren „Konsumenten“ von Verhaltensweisen zu überzeugen, die dem intendierten Steuerungsziel förderlich sind.⁷¹⁷ Damit ist das Potential dieses Regulierungsinstrumentes jedoch zugleich dadurch limitiert, daß es in einem bestimmten Maße vom rationalen Entscheidungshandeln der zu beeinflussenden Personen abhängt.⁷¹⁸ Die Wirkmechanismen der informationsbasierten Steuerung sind auf Marktteilnehmer angewiesen, die in der Lage sind, die erhaltenen Informationen zu verstehen, sie auszuwerten und ihr Handeln in einer rationalen Weise an ihnen auszurichten. Diese Voraussetzungen liegen jedoch oftmals nicht vor, weil individuelles Entscheiden und Handeln komplex und in hohem Maße kontextabhängig ist.⁷¹⁹

Weil weder die Regelung des Informationsverhaltens privater Akteure noch die Informationsgewährung an Marktteilnehmer durch den Staat das Verhalten der Marktteilnehmer (abgesehen von der Pflicht, bestimmte Informationen verfügbar zu machen, bzw. dem Verbot, bestimmte Informationen zu verbreiten) zwingend vorschreibt, sondern lediglich Anreize zu einem bestimmten Verhalten setzt, werden sie im Vergleich zum klassischen *command and control* als weniger interventionistische und weniger paternalistische Instrumente angesehen.⁷²⁰ Diesem Befund ist allerdings zu entgegen, daß gerade die Weitergabe von Informationen an Marktteilnehmer bisweilen einen erheblichen Druck auf die betreffenden Leistungsersteller entfalten kann, der ihnen unter Umständen wirtschaftlich gar keine andere Wahl läßt, als ihr Verhalten entsprechend anzupassen. Ob unter diesen Umständen wirklich generell von einem weniger eingreifenden Steuerungsmechanismus gesprochen werden kann, ist zu bezweifeln.

Oftmals steht hinter der Überzeugungskraft dieser „persuasiven“ Instrumente nicht allein der vermittelte Inhalt, sondern maßgeblich auch die Autorität des Verfassers der betreffenden Information. Tritt die Wirkung der Information in dieser Hinsicht hinter die Autorität zurück, sollte daher nicht mehr von informationsbasierter Steuerung, sondern besser von persuasiven Steuerungsinstrumenten gesprochen werden. Dieser Kategorie können etwa bestimmte Arten von „*soft law*“ – wie beispielsweise rechtlich unverbindliche Standards – unterfallen, die aber von Behörden erlassen und zur Interpretation rechtlicher Normierungen herangezogen werden.

716 Vgl. *Braithwaite*, *The Limits of Economism*, *Law and Society Review* 16 (1982), S. 495.

717 *Morgan/Yeung*, *Law and Regulation*, S. 96.

718 *Baldwin/Cave*, *Understanding Regulation*, S. 49.

719 *Yeung*, *Government by Publicity Management*, PL 2005, S. 368.

720 Vgl. statt vieler etwa *Breyer*, *Regulation and its Reform*, S. 163.

(5) Steuerung mittels ökonomischer und sonstiger Anreize

Die Steuerung mittels ökonomischer Anreize stützt sich auf das In-Aussicht-Stellengeldwerter Vor- oder Nachteile wie etwa Steuern, Steuerverschonungen,⁷²¹ Geldstrafen, Beihilfen oder Subventionen, um die betroffenen Akteure zu einem bestimmten, im öffentlichen Interesse liegenden Verhalten zu verleiten.⁷²² Die anreizbasierte Steuerung kann beispielsweise auch in Versicherungsmechanismen bestehen, bei denen die Prämien an das individuelle Risiko für ein sozialpolitisch unerwünschtes Verhalten angeknüpft sind, etwa indem auf Aufzeichnungen über vergangenes Verhalten zurückgegriffen wird.⁷²³ Aufgrund des mit einem Vertragsschluß regelmäßig erhofften finanziellen Vorteils werden bisweilen auch vertragliche Mechanismen der zur Steuerung mittels ökonomischer Anreize zugerechnet.⁷²⁴ Letztlich können auch staatliche Finanzbeiträge für bestimmte Vorhaben des privaten Sektors zu dieser Kategorie gezählt werden.

Obgleich die staatlich gesetzten Anreize regelmäßig finanzieller Natur sind, ist dies keineswegs zwingend. Steuerungsrelevante Anreize können beispielsweise auch immaterieller Natur sein, beispielsweise wenn mit dem intendierten Verhalten eine Steigerung des gesellschaftlichen Ansehens verbunden wird.

Anders als die Setzung verbindlicher Standards kann eine anreizbasierte Steuerung einen Antrieb bewirken, die intendierten Standards überzuerfüllen.⁷²⁵ Weil das intendierte Verhalten nicht verbindlich vorgeschrieben wird, wird auch dieses Instrument als eine nur wenig eingreifende Steuerungsform erachtet. Problematisch an dieser Art der Regulierung ist allerdings, daß mit ihr – indem bestimmte Verhaltensweisen unter Billigung durch die Rechtsordnung „erkaufbar“ gemacht werden – die rechtsethische, moralische Mißbilligung entfällt, die etwa mit Verboten verbunden ist. Ferner liegt die Kontrollzuständigkeit oftmals bei einer „abgabenorientierten“ staatlichen Stelle (wie etwa den Steuerbehörden) und nicht bei der Fachaufsicht. Hierdurch werden Chancen zu einem beratungsorientierten, innovationsfördernden Ansatz vergeben.⁷²⁶ Zudem tritt neben das Problem, die Anreize generell in einer optimalen Höhe festzulegen, bezogen auf den einzelnen zu steuernden Akteur auch ein Verlust an Ergebnissicherheit.⁷²⁷ Um seine Reaktion auf die Einführung des Anreizes vorhersagen zu können, müßte der regulierende Akteur umfassende Informationen über die dem zu steuernden Akteur entstehenden Kosten haben, die diesem zur Erlangung eines positiven bzw. zur Vermeidung eines negativen finanziellen Anreizes entstehen.⁷²⁸ Diese Unsicherheiten können aber jedenfalls dort nicht hingegenommen werden, wo bedeutende Rechtsgüter Dritter – wie etwa

721 Dazu *Breyer*, Regulation and its Reform, S. 164 ff.

722 Vgl. *Braithwaite*, The Limits of Economism, Law and Society Review 16 (1982), S. 482 ff.

723 *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 42, 53.

724 Vgl. *Stewart*, Regulation and the Crisis of Legislation, S. 104.

725 *Braithwaite*, The Limits of Economism, Law and Society Review 16 (1982), S. 486 f.

726 *Braithwaite*, The Limits of Economism, Law and Society Review 16 (1982), S. 495.

727 *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 43.

728 *Braithwaite*, The Limits of Economism, Law and Society Review 16 (1982), S. 496.

bezogen auf die stationäre Langzeitpflege die Würde, das Leben und die Gesundheit der Heimbewohner – vom Verhalten des zu Steuernden betroffen sind.

(6) *Marktbasierte Steuerungsmechanismen*

Marktbasierte Steuerungsinstrumente machen sich zur Erreichung ihrer Steuerungsziele Marktkräfte, also das Gegenüber und den Ausgleich von Angebot und Nachfrage, zunutze (sog. „*market harnessing*“⁷²⁹), indem sie diese gezielt in bestimmte Richtungen lenken. Diese Steuerungsform zeigt deutlich, daß die Dichotomie von Regulierung und Markt eine längst überkommene Vorstellung ist. Die marktbasierende Steuerung bedient sich einer Reihe verschiedener Instrumente, zu denen wettbewerbsrechtliche Vorschriften zur Sicherung fairer Marktverhältnisse ebenso zählen wie Franchising-Modelle oder der Handel mit Berechtigungen wie etwa mit Emissionszertifikaten.⁷³⁰

Eine für die vorliegende Untersuchung bedeutsame Erscheinungsform der marktbasierenden Regulierung ist die Einführung von Wettbewerbselementen in Sozialleistungssystemen. Mit Blick auf die intendierten Steuerungsziele wichtig ist dabei die Erkenntnis, daß Wettbewerb längst mehr als nur einen Mechanismus zur Preisbildung darstellt,⁷³¹ „Qualitätswettbewerb“ etwa längst zum geflügelten Begriff wurde. Wettbewerb setzt zunächst die organisatorische Trennung von Angebot und Nachfrage voraus und kann bei einem Konkurrieren verschiedener Anbieter – so die Grundvorstellung – dazu führen, daß die angebotenen Leistungen den Bedürfnissen der Nachfragenden unter verschiedenen Aspekten besser entsprechend als dies in einem System ohne Wettbewerb theoretisch der Fall wäre.

Wettbewerbsbedingungen können freilich nur dort herrschen, wo entsprechende Entscheidungsmöglichkeiten und Handlungsoptionen bestehen.⁷³² Insofern stellt auch die Einräumung bzw. die Unterstützung bei der Ausübung von Wahlrechten ein zentrales, marktbasierendes Steuerungsinstrument dar. In der englischsprachigen Literatur wird in diesem Zusammenhang von den Handlungsoptionen „*exit*“ und „*choice*“ gesprochen, die sich auf die Freiheit beziehen, einen als unzureichend empfundenen Leistungsbezug bei einem bestimmten Anbieter zu beenden und statt dessen einen anderen zu wählen.⁷³³

Die marktbasierende Steuerung weist insofern gewisse Überschneidungen mit der vertraglichen Steuerung auf, als der Vertrag regelmäßig das Instrument ist, mit dem der Ausgleich zwischen Angebot und Nachfrage in Wettbewerbssystemen fixiert wird. So kann der Staat die von ihm erstrebten Steuerungsziele etwa dadurch umzusetzen versuchen, daß er die entsprechenden Standards gestützt auf seine Nachfragemacht gegen-

729 *Baldwin/Cave*, *Understanding Regulation*, S. 44 ff.

730 Näher zu diesen Beispielen *Baldwin/Cave*, *Understanding Regulation*, S. 44 ff.

731 *Becker*, Funktionen und Steuerung von Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb im Gesundheitswesen, S. 32.

732 Vgl. hierzu *Becker*, Funktion und Steuerung von Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb im Gesundheitswesen, S. 34 ff.

733 S. etwa *Vincent-Jones*, *Citizen Redress in Public Contracting for Human Services*, *MLR* 68 (2005), S. 898 ff.

über privaten Leistungserbringern, zu denen er in vertragliche Beziehungen tritt, als Vertragsinhalt durchsetzt.⁷³⁴

Dort, wo der Staat als Marktteilnehmer auftritt, ist die Effektivität der marktbasierter Steuerung auch davon abhängig, inwiefern die Interessen, die der jeweilige staatliche Akteur durchzusetzen versucht, auch tatsächlich am Gemeinwohl orientiert sind. Insbesondere ein Auftreten von „*regulatory capture*“, d.h. einer Angleichung der Interessen des Regulierenden an die des zu steuernden Akteurs,⁷³⁵ als auch vom Gemeinwohl abweichende, genuine Eigeninteressen des Akteurs wie etwa finanzielle Aspekte können sich negativ auf das Erreichen des Steuerungsziels auswirken.

Die Steuerung über marktbasierter Mechanismen ist in hohem Maße auf aktive und rational handelnde Marktteilnehmer angewiesen. Insoweit erlangen auch die oben beschriebenen informationsbezogenen Steuerungsinstrumente gerade im Zusammenhang mit der marktbasierter Steuerung unterstützende Bedeutung und könnten insofern auch dieser Regulierungskategorie zugeordnet werden.

(7) *Stärkung von Konsumentenrechten*

Ein weiterer Steuerungsansatz, der einen engen Zusammenhang mit der marktbasierter Regulierung aufweist, besteht darin, diejenigen Personen, die mit dem Verhalten der eigentlichen Steuerungsobjekte in Berührung kommen, bei der Durchsetzung ihre Interessen in bestimmter Weise zu unterstützen. Bezogen auf die Regulierung von Dienstleistungen geht es darum, dadurch mittelbar Einfluß auf die Leistungserbringung zu nehmen, daß die Konsumenten dieser Leistungen in die Lage versetzt werden, zur Durchsetzung ihrer Interessen auf die Leistungserbringer einwirken zu können.⁷³⁶

Eine wichtige Erscheinungsform dieser Regulierungstechnik liegt in der rechtlichen Stärkung der Position der Leistungsempfänger, also der Einräumung bestimmter Konsumentenrechte. Dies ist in zwei Richtungen denkbar – zum einen in der Gewährung materieller Rechte, zum anderen in der Stärkung verfahrensrechtlicher Positionen der Konsumenten einer Leistung.

Steuerungsanreize durch die Gewährung materieller Rechte können beispielsweise darin bestehen, daß den zu regulierenden Akteuren bei einem bestimmten, sozialpolitisch unerwünschten Verhalten im Zusammenhang mit der Leistungserbringung Schadensersatzansprüche seitens der Leistungsempfänger drohen.⁷³⁷ Ebenfalls in diesem Zusammenhang zu sehen ist die Möglichkeit des Staates, dadurch steuernd auf den Leistungserbringer einzuwirken, daß bestimmte Rechte vertraglich nicht abbedungen⁷³⁸ oder andere, für den Leistungsempfänger potentiell belastende rechtliche Verpflichtungen gar nicht erst wirksam vereinbart werden können.

734 Vgl. zu diesen Aspekten des „*public contracting for human services*“ Vincent-Jones, *Citizen Redress in Public Contracting for Human Services*, MLR 68 (2005), S. 896 ff.; vgl. auch Baldwin/Cave, *Understanding Regulation*, S. 46 f.

735 Näher hierzu Ogus, *Regulation*, S. 57 f.; zu *regulatory capture* s. auch die Nachweise in Fn. 693.

736 Vgl. Stewart, *Regulation and the Crisis of Legislation*, S. 105.

737 Breyer, *Regulation and its Reform*, S. 174 ff.

738 Zu diesen *inalienable rights* s. Ogus, *Regulation*, S. 257 f.

Die Stärkung der verfahrensrechtlichen Position eines Konsumenten besteht demgegenüber darin, daß bestimmte Institutionen oder Mechanismen geschaffen werden, die ihn bei der Durchsetzung seiner Interessen unterstützen, beispielsweise durch die Einrichtung leicht zugänglicher Beschwerdeverfahren.⁷³⁹ Das Arsenal der rechtlichen Steuerungsmöglichkeiten wird ferner dadurch erweitert, daß der Staat bestimmte formale Klage- oder sonstige Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnen kann. Werden Betroffenen oder Interessenverbänden gar unabhängig von subjektiven Rechtspositionen Rechtsschutzmöglichkeiten oder die Möglichkeit zur Beteiligung am Verfahren eingeräumt, kann dies die mittelbare Berücksichtigung von Interessen Dritter und vermittelt durch diese Pluralisierung eine Berücksichtigung der entsprechenden Interessen im Verhalten des Steuerungsobjekts bewirken.⁷⁴⁰ In Abgrenzung zu dem oben vorgestellten und als *choice* bezeichneten marktbasierten Steuerungsmechanismus wird dieses Instrument in der angelsächsischen Literatur auch als „*voice*“ bezeichnet.⁷⁴¹ Dahinter steht der Gedanke, daß die betreffenden Maßnahmen dazu dienen, dem Leistungsempfänger als dem Betroffenen Gehör zu verschaffen, um so eine Verhaltensänderung des Steuerungsobjekts zu bewirken.

Dieses Steuerungsinstrument ist zwar weniger eingreifend als die unmittelbare Vorgabe verbindlicher Leistungsstandards, sieht sich jedoch verschiedenen Nachteilen gegenüber. Insbesondere macht es die nur indirekt vermittelte Wirkung schwer, den Grad des abschreckenden Effekts einzuschätzen, der von der Stärkung der Position der Konsumenten ausgeht. Zudem ist dieses Instrument ebenso wie die zuvor genannten marktbasierten Ansätze auf aktive Marktteilnehmer angewiesen,⁷⁴² so daß seine Eignung von Marktsegment zu Marktsegment je nach dem dort typischerweise vorhandenen Konsumentenkreis unterschiedlich ausfallen wird.

(8) *Regulierte Selbstregulierung*

Selbstregulierungssysteme basieren grundsätzlich auf der Bereitschaft bestimmter privater Akteure, ihr Verhalten an bestimmten, von ihnen selbst aufgestellten Regeln auszurichten. Häufig finden sich organisatorisch verfestigte Strukturen, etwa in Gestalt von Einrichtungen, die Regelwerke für ihre Mitglieder entwickeln, deren Einhaltung überwachen und gegebenenfalls durchsetzen. Derartige Systeme können in einer Vielzahl institutioneller Designs bestehen und einen ganzen Wirtschaftszweig umfassen oder sich auch nur auf einzelne Akteure beschränken.⁷⁴³

739 Vgl. *Vincent-Jones*, Citizen Redress in Public Contracting for Human Services, MLR 68 (2005), S. 899 f.

740 Vgl. auch *Trute*, Verantwortungsteilung, S. 35.

741 S. etwa *Vincent-Jones*, Citizen Redress in Public Contracting for Human Services, MLR 68 (2005), S. 899 f.

742 *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 52.

743 Vgl. *Ogus*, Rethinking Self-Regulation, OJLS 15 (1995), S. 99 f.; verschiedenen Beispiele von Selbstregulierungssystemen sind etwa aufgeführt bei *Gunningham/Rees*, Industry Self-Regulation, Law & Policy 19 (1997), S. 367 ff.

Ogleich Selbstregulierungssysteme häufig als Alternative zur staatlichen Regulierung entwickelt werden, kann die Selbstregulierung ihrerseits Gegenstand staatlicher Steuerung sein, etwa indem sie unter die staatliche Aufsicht oder einen Zulassungsvorbehalt gestellt werden oder indem der Einsatz von Selbstregulierungsmechanismen vom Staat zwingend vorgeschrieben oder mit Sicherungen versehen wird, die einen adäquaten Interessenausgleich besorgen⁷⁴⁴ oder dem Staat ein Eingreifen ermöglichen, wenn die erhofften Regelungsziele nicht erreicht werden oder wenn unerwünschte Nebenefekte auftreten.⁷⁴⁵ In diesem Fall handelt es sich um „regulierte Selbstregulierung“⁷⁴⁶, ein Instrument, bei dem als Steuerungssubjekt (auch) der Staat auftritt.⁷⁴⁷ Der Grad, zu dem der Staat das Design derartiger Selbstregulierungssysteme dabei vorschreibt, variiert. Beispielsweise kann der Staat es bei der Regelung eines subsidiären Systems belassen, das nur dann zur Anwendung gelangt, falls kein geeignetes Selbstregulierungssystem eingerichtet wurde. Alternativ kann der Staat mittels zwingenden Rechts auch die Errichtung bestimmter Strukturmerkmale von Selbstregulierungssystemen vorschreiben.

Diese Art und Weise der Steuerung ist insofern „reflexiv“⁷⁴⁸, als sie die Schaffung eines Zustands „regulierter Autonomie“ ermöglicht, der die interne Dynamik und die dezentralen Kompetenzen der zu regulierenden Einrichtungen respektiert, ohne dabei von gemeinwohlorientierten Restriktionen abzurücken.⁷⁴⁹ Steuerungsansätze, die sich auf Selbstregulierung stützen, gelten dort gegenüber der hierarchischen Regulierung als effektiver, wo die regulierte Tätigkeit ein hohes Maß an technischem oder sonstigem Expertenwissen bedarf, weil dieses häufig nur als Insiderwissen auf Seiten der Wirtschaft, nicht unbedingt in gleichem Maße aber auch beim Regulierer vorliegt.⁷⁵⁰ Insofern wird diesen Systemen auch eine staatsentlastende Funktion zugeschrieben.⁷⁵¹ Außerdem kann die mitunter erhöhte Bereitschaft der Regulierten, sich an ihre „eigenen“ Regeln zu halten, die Steuerungseffektivität erhöhen. Selbstregulierungssysteme können sich jedoch negativ auf das Steuerungsziel auswirken, wenn sie mißbraucht werden, um den Marktzugang für bislang nicht in diesem Marktsegment tätige Unternehmen zu erschweren, wo ihr Hauptziel in exzessiver Gewinnvermehrung – unter dem Deckmantel der Regulierung – besteht⁷⁵² oder wo Dritte von den Regelungen nachteilig betroffen werden.⁷⁵³ Zudem kann die Wirksamkeit selbstregulatorischer Maßnahmen durch die Tendenz unterlaufen werden, daß Mitglieder ein- und derselben Profession dazu neigen

744 Vgl. *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 39; *Trute*, Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht, S. 200.

745 *Schulz*, Regulierte Selbstregulierung im Medienrecht, S. 104.

746 S. *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 37.

747 Vgl. *Vincent-Jones*, Regulation, PL 1999, S. 311.

748 S. dazu oben, S. 107 f.

749 Vgl. *Teubner/Willke*, Reflexives Recht, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1984, S. 7, 27 ff.

750 Vgl. *Morgan/Yeung*, Law and Regulation, S. 93; *Ogus*, Rethinking Self-Regulation, OJLS 15 (1995), S. 97 f.

751 *Trute*, Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht, S. 200 f.

752 S. *Gunningham/Rees*, Industry Self-Regulation, Law & Policy 19 (1997), S. 366, 370.

753 *Ogus*, Rethinking Self-Regulation, OJLS 15 (1995), S. 98 f.

könnten, sich gegenseitig zu decken und Mißstände nicht nach außen gelangen zu lassen.⁷⁵⁴

(9) Unmittelbares staatliches Handeln

Anstatt steuernd auf den privaten Sektor einzuwirken und bestimmte Standards zu setzen, kann der Staat die angestrebten Ergebnisse auch dadurch zu erreichen versuchen, daß er die betreffenden Handlungen selbst vornimmt bzw. die entsprechenden Leistungen selbst erstellt. Unmittelbares staatliches Handeln kann etwa die Form von Staatseigentum an Infrastruktureinrichtungen in Regionen haben, in denen der private Sektor nicht zur Tätigung von Investitionen bereit war.⁷⁵⁵ Ebenso kann es partiell an die Stelle privaten Handelns treten, indem der Staat die betreffenden Tätigkeiten kommissarisch erledigt.

Auch wenn die eigenhändige staatliche Leistungserbringung grundsätzlich nicht dem Leitbild des Gewährleistungsstaates entspricht und sich prinzipiell nicht als eine Form des steuernden Einwirkens auf den privaten Sektor darstellt, kann auch dieses Instrument, wenn es als Aktualisierung der Auffangverantwortung⁷⁵⁶ des Gewährleistungsstaates gesehen wird, also ultima ratio einer staatlich-privaten Interaktion verstanden werden. Zudem kann auch das Drohpotential, das sich mit einer kommissarischen, ersetzenden staatlichen Tätigkeit verbindet, Prventionswirkungen entfalten.

e. Steuerungsziele und Steuerungsbereiche

Das vorgestellte Steuerungsinstrumentarium dient dazu, bestimmte Steuerungsziele zu erreichen. Unter Steuerungszielen sind allgemein diejenigen Sollzustände oder Soll-eigenschaften zu verstehen, die das Steuerungssubjekt in Bezug auf das Steuerungsobjekt zu bewirken versucht. In Abgrenzung hierzu sollen unter den Steuerungsbereichen diejenigen tatsächlichen Ausschnitte aus der Lebenswirklichkeit verstanden werden, in denen die Steuerung stattfindet, d.h. in denen die Ziele verwirklicht werden sollen. Die stationäre Langzeitpflege, die den Gegenstand dieser Arbeit bildet, stellt einen derartigen Bereich dar, während sich als Steuerungsziel etwa das Vorhandensein einer zahlenmäßig ausreichenden Bettenkapazität am Pflegemarkt nennen ließe.

Ein gewisses methodologisches Problem ist mit der Zuordnung einzelner Steuerungsmaßnahmen zu bestimmten Steuerungszielen verbunden. Während als objektiv feststellbare Tatsachen allein bestimmte Instrumentarien vorliegen, sind die Steuerungsziele als subjektive Umstände des Steuerungsakteurs grundsätzlich nicht unmittelbar zugänglich. Auf sie muß vielmehr von den Steuerungsinstrumenten ausgehend rückgeschlossen werden, indem zum Beispiel deren „Wirkrichtung“ untersucht wird. Weil unter Steuerung jedoch ein zielgerichtetes Handeln verstanden wird, nicht aber zufällig eintretende Nebeneffekte, ist der Schluß von den Auswirkungen eines Instrumentes (so

754 *Davies*, Don't Trust Me, I'm a Doctor, OJLS 20 (2000), S. 452.

755 Vgl. *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 50; *Stewart*, Regulation and the Crisis of Legislation, S. 105.

756 Siehe oben S. 91.

sich diese überhaupt ablesen lassen) auf die intendierten Zielsetzungen dort schwer, wo sich beide nicht leicht voneinander unterscheiden lassen. Soweit Begleitmaterialien zu den Maßnahmen vorliegen – wie im Falle von Gesetzen etwa deren Begründung – können diese ebenso wie die Entstehungshintergründe einen Hinweis auf die beabsichtigten Steuerungszwecke liefern.

Die Steuerungsgebiete und die Steuerungsziele werden in den nächsten beiden Kapiteln als Grundstruktur sowie als funktionale Vergleichsgrundlage für die Länderberichte dienen. Dies wird im Folgenden zum Abschluß der Grundlegung erörtert.

D. Vergleichsgrundlagen und Aufbau der Länderberichte

Im englischen Länderbericht, der im nächsten Kapitel folgt, und im deutschen Länderbericht, der im Anschluß daran sogleich aus vergleichenden Betrachtung dargestellt wird, werden unter dem speziellen Blickwinkel der staatlichen Verantwortung die Systeme der stationären Langzeitpflege dieser beider Länder vorgestellt. Ein analytischer Zugriff auf diesen sehr komplexen Ausschnitt der beiden Rechtsordnungen setzt – zumal aus rechtsvergleichender Perspektive – voraus, daß die Darstellung einem bestimmten, am Erkenntnisziel dieser Untersuchung orientierten Raster folgt.

Die generelle, sowohl den englischen Länderbericht als auch die vergleichende Betrachtung der deutschen Rechtsordnung umspannende Fragestellung ist, unter welchen Aspekten, in welchem Ausmaß und mit welchen Mitteln und Instrumenten sich der englische und der deutsche Staat für die primär durch Akteure des privaten Sektors erbrachten stationären Langzeitpflegeleistungen verantwortlich zeigen. Den Länderberichten liegt damit eine vom Staat als Verantwortungs- und Steuerungssubjekt ausgehende Perspektive zugrunde, wobei an dieser Stelle nochmals daran erinnert werden soll, daß die Termini „Staat“ und „Private“ hier als Breviatur für unterschiedlichste Akteure verwendet werden. Um diese Pauschalisierung aufzulösen, werden die Länderberichte zunächst mit einem kurzen allgemeinen Teil eingeleitet, der die an der stationären Langzeitpflege beteiligten Akteuren näher vorstellt und einen Überblick über das betreffende Sozialleistungsregime und die Grundstruktur des Langzeitpflegemarktes geben wird.

I. Einteilung in Verantwortungsbereiche

Nach der einleitenden Vorstellung der wichtigsten Akteure und der einschlägigen Sozialleistungen soll die staatliche Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege sodann exemplarisch an drei zentralen Verantwortungsbereichen der stationären Langzeitpflege beschrieben werden, nämlich erstens anhand der von Staat übernommenen Infrastrukturverantwortung,⁷⁵⁷ zweitens anhand der staatlichen Verantwortung für die Quali-

757 Vgl. hierzu oben, S. 90.

tät der Pflegeleistungen und drittens anhand der Haftung, die staatliche Stellen für Schäden übernehmen, die Pflegebedürftigen infolge von Pflegefehlern der Leistungserbringer des privaten Sektors entstehen.

1. Staatliche Verantwortung für die Infrastruktur der stationären Langzeitpflege

Die staatliche Verantwortung für die Infrastruktur bezieht sich auf die Frage, inwiefern der Staat auf das Vorhandensein einer hinreichenden Pflegeinfrastruktur Einfluß nimmt. Dem Staat kann es nur dann gelingen, bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf private Träger zurückzugreifen, wenn im privaten Sektor auch die entsprechenden infrastrukturellen Voraussetzungen gegeben sind. Ein Teilbereich hiervon betrifft die für die sozialrechtliche Leistungserbringung benötigten Kapazitäten, ohne daß sich die wohlfahrtsstaatliche Verantwortung auf diesen Bereich beschränken würde. Der Begriff „Infrastruktur“ soll in dieser Arbeit weit gefaßt werden und sich auf das Vorhandensein all derjenigen sächlichen und personellen Mittel beziehen, die für eine adäquate, d.h. den sozialstaatlichen Zielsetzungen entsprechende Leistungserstellung durch den privaten Sektor erforderlich sind. Hierunter fällt beispielsweise die Existenz entsprechenden Know-hows auf Seiten des dem Markt allgemein für die Langzeitpflege zur Verfügung stehenden Personals. Die Infrastrukturverantwortung läßt sich an dem Instrumentarium ablesen, mit dem staatliche Akteure gezielt auf das Vorhandensein einer so verstandenen Infrastruktur einwirken, also an der Infrastruktursteuerung⁷⁵⁸. Unterteilt in die Steuerung der personellen Infrastruktur einerseits und der sachlichen Infrastruktur andererseits bildet diese in den beiden Länderberichten – nach der einleitenden Beschreibung des betreffenden Sozialleistungssystems und der involvierten Akteure – jeweils den ersten Untersuchungspunkt der staatlichen Steuerungsinstrumente.

2. Staatliche Verantwortung für die Qualität der stationären Langzeitpflege

Der zweite zu beleuchtende Verantwortungs- und damit zugleich auch Steuerungsbe- reich betrifft die Steuerung der Pflegequalität. Hierbei geht es gewissermaßen um die Verantwortung des Staates für die Inhalte der vom privaten Sektor erbrachten stationären Langzeitpflegeleistungen. Zu ermitteln sind somit all diejenigen staatlichen Maßnahmen, die sich auf die Sicherung einer angemessenen Pflegequalität beziehen.

758 Mit dem Steuerungsbereich der Infrastruktursteuerung nicht zu verwechseln ist das Steuerungsinstrument der Struktursteuerung, also der Steuerung über die Vorgabe gewisser rechtlicher, organisatorischer Strukturen zur Handlungsanleitung. Ebenfalls auseinandergehalten werden müssen die Begriffe der Infrastrukturverantwortung (bezogen auf die tatsächliche, gegenständliche Infrastruktur) und der Strukturverantwortung (bezogen auf die Aufgabe, die rechtlichen Strukturen für das Tätigwerden Privater zu schaffen).

a. Pflegequalität

Was unter „Pflegequalität“ zu verstehen ist, läßt sich allerdings nur schwer definieren. Dies hängt vor allem damit zusammen, daß sich die Qualität pflegerischer Dienstleistungen nicht allein in der objektiven Beschaffenheit der jeweiligen physischen Hilfestellung ausdrückt und die Ergebnisse stationärer Pflegeleistungen daher mitunter nur sehr schwer evaluierbar sind. Weil Pflege unmittelbar im Bereich des Persönlichen stattfindet, bestimmt sich ihre Qualität beispielsweise maßgeblich auch durch die objektiv nur schwer beschreib- oder quantifizierbare Güte des sozialen Kontakts, die sich insbesondere durch einen würde- und vertrauensvollen Umgang mit dem Pflegebedürftigen auszeichnet.

Maxwell nannte als Dimensionen von Qualität im Bereich der *health care* die Zugänglichkeit der Dienste für den Nutzer, die Relevanz für die Bedürfnisse der lokalen Bevölkerung, die Effektivität der Dienste, Gerechtigkeit bei der Dienstleistung, die soziale Annehmbarkeit und Eignung der Dienste sowie schließlich deren Effizienz und Wirtschaftlichkeit.⁷⁵⁹ Diese Qualitätsaspekte wurden schließlich auch auf den Bereich der *social care* übertragen.⁷⁶⁰ Allerdings ist es nicht Ziel dieser Arbeit zu untersuchen, in welchem der Vergleichsländer eine höhere Pflegequalität erreicht wird oder welche der dort eingesetzten Steuerungsinstrumente sich in der Praxis als effektiver erweisen. Zudem lassen sich einzelne Steuerungsinstrumente den genannten Qualitätsdimensionen in der Regel nicht exklusiv zuweisen, weil sich Kategorien wie etwa „Bedürfnisrelevanz“, „Effektivität“, „Effizienz“ und „Wirtschaftlichkeit“ stark überschneiden.

Aus diesem Grund nähert sich diese Arbeit dem Thema „Pflegequalität“ aus einem anderen Blickwinkel und wird einem maßgeblich auf *Donabedian* zurückgehenden Qualitätsbegriff folgen. Während *Maxwells* Ansatz darauf zielte, inhaltliche Qualitätsmerkmale zu beschreiben, blieb *Donabedian* in dieser Hinsicht offener und definierte Pflegequalität als das Ausmaß, in dem sich die tatsächlich geleistete Pflege mit vorgegebenen Kriterien in Übereinstimmung befindet.⁷⁶¹ In diesem Sinne soll Pflegequalität auch in dieser Arbeit verstanden werden, unabhängig davon, ob das konkret intendierte Maß beispielsweise auf eine hinreichende, eine angemessene, oder – insoweit dies davon abweicht – auf eine den aktuellen pflegewissenschaftlichen Erkenntnissen entsprechende Pflegequalität abzielt.

759 *Maxwell*, Quality assessment in health, *British Medical Journal* 288 (1984), S. 1471: „Access to services“, „Relevance to need (for the whole community)“, „Effectiveness (for individual patients)“, „Equity (fairness)“, „Social Acceptability“, „Efficiency and economy“.

760 *Bamford*, Commissioning and purchasing, S. 98.

761 Vgl. *Donabedian*, Evaluating the Quality of Medical Care, *The Milbank Memorial Fund Quarterly*, vol. 44, no. 3, part 2, S. 177 ff.

b. Struktur-, Prozeß- und Ergebnisqualität

Auf eine Veröffentlichung von *Donabedian* aus dem Jahre 1966 geht ferner die noch heute in der Pflege- und Rechtswissenschaft⁷⁶² benutzte Dreiteilung von Pflegequalität in die Bereiche Strukturqualität, Prozeßqualität und Ergebnisqualität zurück.⁷⁶³

Die Pflegestrukturen beziehen sich auf die Rahmenbedingungen der Pflegeleistungen, die etwa aus dem Betriebstyp und der Organisationsform der Einrichtung, der Verwaltungsstruktur, den fiskalischen Bedingungen, der Qualifikation und Zahl der beschäftigten Personals, dem Aus-, Fort- und Weiterbildungsangebot, den baulichen Gegebenheiten sowie der Verfügbarkeit von Pflegehilfsmitteln und technischen Arbeitshilfen bestehen.⁷⁶⁴

Die Prozeßqualität, in der Pflegewissenschaft auch oft einfach als Pflegequalität bezeichnet, betrifft die Art und Weise und den Umfang der pflegerischen Tätigkeit, d.h. der Pflegeprozesse. Hierzu zählen verschiedenste pflegerische Leistungen mit den Stadien der Informationssammlung (Pflegeanamnese), der Feststellung von Problemen, Bedürfnissen und Fähigkeiten, der Festlegung der Pflegeziele, der Planung der Pflegemaßnahmen, der Durchführung der geplanten Maßnahmen und schließlich der Beurteilung von Veränderungen und eventuell der Festlegung von neuen Zielen bzw. veränderten Pflegemaßnahmen.⁷⁶⁵ Die Prozeßqualität wird wesentlich durch Standards und Handlungsrichtlinien, auf die sogleich zurückzukommen sein wird, sowie die Pflegephilosophie der Einrichtung, Pflegekonzepte, -methoden und Pflegetechniken beeinflußt.⁷⁶⁶

Das Ergebnis der Pflege meint die Wirkungen der Pflegedienstleistungen auf den Zustand des zu Pflegenden,⁷⁶⁷ die sich allerdings nur schwer quantifizieren oder beschreiben lassen. Struktur- und Prozeßqualität lassen sich als logistische, prozedurale Basis der Ergebnisqualität verstehen, sind für diese aber keine hinreichende Bedingung.⁷⁶⁸ Das Ergebnis als *outcome* unterscheidet sich vom Ertrag (*output*), das die Menge der erstellten Leistungseinheiten oder die Zahl der Leistungsempfänger

762 Vgl. etwa das Memorandum zur Qualitätssicherung bei Pflegebedürftigkeit der Ersten Bundeskonferenz zur Qualitätssicherung bei Pflegebedürftigkeit, RsDE 25 (1994), S. 53.

763 *Donabedian*, Evaluating the Quality of Medical Care, The Milbank Memorial Fund Quarterly, vol. 44, no. 3, part 2, S. 166 ff.; s. zu dieser Trias auch *Görres/Roes/Mittnacht/Biehl/Klün*, Strategien der Qualitätsentwicklung in Pflege und Betreuung, S. 134 f.

764 Vgl. *Donabedian*, Evaluating the Quality of Medical Care, The Milbank Memorial Fund Quarterly, vol. 44, no. 3, part 2, S. 169 f.; *Menche* [Hrsg.], Pflege heute, S. 69.

765 *Wied/Warmbrunn* [Bearb.], Psychyrembel Pflege, S. 584 f.; vgl. auch *Jung-Heintz/Lieser*, Pflegeprozess, S. 66 ff.

766 *Seel/Hurling*, Pflege des Menschen im Alter, S. 47. *Köther*, in: dies. [Hrsg.], Altenpflege, S. 784; vgl. auch das Memorandum zur Qualitätssicherung bei Pflegebedürftigkeit der Ersten Bundeskonferenz zur Qualitätssicherung bei Pflegebedürftigkeit, RsDE 25 (1994), S. 53.

767 Vgl. *Kellnhauser*, Grundlagen der Qualitätssicherung in der Pflege, Die Schwester, der Pfleger 32 (1993), S. 246; ähnlich schon definierte Ergebnisse (*outcomes*) 1996 in den USA *Hatry* u.a., Measuring Program Outcomes: A Practical Approach, S. 2: „*benefits or changes for participants during or after their involvement with a program*“.

768 *Reimer*, Qualitätssicherung, S. 136 f.

beschreibt. Ergebnisse sind personenbezogen⁷⁶⁹ und drücken sich in Parametern wie dem subjektiven Wohlbefinden des Bewohners, seiner Zufriedenheit, seinem Gesundheitszustand und der von ihm empfundenen Lebensqualität aus.⁷⁷⁰

Das Bestreben, Dienste oder Programme anhand der mit ihnen erzielten Ergebnisse zu bewerten, entwickelte sich in den USA im gemeinnützigen Sektor bereits gegen Ende der 1980-er Jahre zunächst in Bezug auf Zufriedenheitswerte bei den Dienstempfängern und dehnte sich zu Beginn der 1990-er Jahre schließlich auf weitere Kriterien aus. Als relevante Ergebnisdimensionen wurden etwa Zuwächse oder Veränderungen beim Leistungsempfänger im Hinblick auf dessen Wissensstand, Einstellung, Werte, Fertigkeiten, Verhalten, Zustand oder Stellung untersucht.⁷⁷¹ In der stationären Pflege zählen zur Ergebnisqualität insbesondere der Gesundheits- und der Pflegezustand des Pflegebedürftigen, pflegerische Parameter wie z.B. die Dekubitusrate, die Inzidenz-Prävalenz, der Schmerzscore oder die Sturzrate. Insbesondere die Pflegewissenschaften stehen vor der Herausforderung, zum einen die Parameter zu benennen, mit denen sich die Ergebnisqualität aussagekräftig beschreiben läßt, und zum anderen valide Kriterien zu entwickeln, die einen zuverlässigen Rückschluß auf die einzelnen Ergebnisqualitätsparameter zulassen.⁷⁷²

c. Pflegestandards

Als Basis einer qualitätsorientierten Pflege dienen die sogenannten „Pflegestandards“.⁷⁷³ Sie stellen in einer Pflegeeinrichtung verbindlich eingeführte, präzise Richtlinien für die Qualität eines bestimmten Aspekts der Pflege dar. Hierzu müssen sie Kriterien enthalten, die die Evaluation der Effektivität dieses Aspektes ermöglichen.⁷⁷⁴ Über die Beschreibung objektiv nachprüfbarer Kriterien in Gestalt zumindest angemessener Ziele und Methoden legen sie das angestrebte Qualitätsniveau fest,⁷⁷⁵ ohne daß Maßnahmen der Qualitätssicherung und der Qualitätskontrolle ins Leere gehen würden. Auch die Pflegestandards lassen sich an die auf *Donabedian*⁷⁷⁶ zurückgehenden Qualitätsdimensionen anknüpfen und entsprechend in Struktur-, Prozeß- und Ergebnisstandards unterteilen.

769 *Plantz* u.a., Outcome Measurement: Showing Results in the Nonprofit Sector, S. 17.

770 Vgl. *Donabedian*, Evaluating the Quality of Medical Care, The Milbank Memorial Fund Quarterly, vol. 44, no. 3, part 2, S. 167 ff.; *Vaarama* u.a., The Concept of Quality of Long-Term Care, S. 102 ff.

771 *Plantz* u.a., Outcome Measurement: Showing Results in the Nonprofit Sector, S. 16 f., 19 ff.

772 Zu einem Versuch, Aussagen über die Parameter und Determinanten der Lebensqualität pflegebedürftiger alter Menschen aus einer theoretischen sowie empirischen Perspektive zu treffen s. *Vaaraama/Pieper/Sixsmith* [Hrsg.], Care-related Quality of Life in Old Age.

773 Zu Qualitätsstandards allgemein vgl. *Reimer*, Qualitätssicherung, S. 145 ff.

774 *Kellnhauser*, Grundlagen der Qualitätssicherung in der Pflege, in: Die Schwester/Der Pfleger 32 (1993), S. 246.

775 *Kellnhauser/Lieser*, Qualitätsmanagement in der Pflege, S. 161.

776 *Donabedian*, Evaluating the Quality of Medical Care, The Milbank Memorial Fund Quarterly, vol. 44, no. 3, part 2, S. 166 ff.

Gegenstand von Strukturstandards sind grundsätzlich die oben beschriebenen Rahmenbedingungen der Pflege, beispielsweise die baulichen und personellen Gegebenheiten einer Einrichtung. Teilweise werden Strukturstandards aber auch enger gefaßt und stärker auf die Pflegeleistungen als solche bezogen. So verstanden definieren Prozeßstandards vor allem, wer zu welcher Zeit an welchem Ort Pflegeleistungen vornimmt und welche sachlichen Mittel hierfür zur Verfügung stehen müssen. Damit betreffen sie unter anderem die Kompetenzabgrenzung innerhalb des Pflegepersonals und die für die Vornahme der Pflegeleistungen benötigten Materialien.⁷⁷⁷

Weil die letztgenannten Aspekte jedoch in einem sehr engen Zusammenhang mit den konkreten Pflegeprozessen stehen, werden sie in dieser Arbeit im Zusammenhang mit der Steuerung der Prozeßqualität besprochen. Ohnehin sind die meisten Pflegestandards insofern primär prozeßorientiert, als sie schwerpunktmäßig aus Prozeßstandards bestehen. Prozeßstandards enthalten – losgelöst vom Einzelfall – Beschreibungen einzelner pflegerische Prozesse und Handlungen einer Pflegeperson an einer zu pflegenden Person.⁷⁷⁸ Prozeßstandards sind jedoch keine Arbeitsablaufbeschreibungen,⁷⁷⁹ die zu einer standardisierten, d.h. nicht mehr am Individuum orientierten Pflege führen würden, sondern sie stellen Orientierungsschemata dar, anhand derer die individuellen Pflegeprozesse zu planen sind.⁷⁸⁰

Ergebnisstandards beschreiben demgegenüber das beabsichtigte Pflegeergebnis. Die Entwicklung aussagekräftiger Ergebnisqualitätskriterien und Indikatoren steht, wie auch die Länderberichte verdeutlichen werden, noch am Anfang. Weil das weitgehende Fehlen valider Parameter zur Evaluation der Ergebnisqualität zahlreiche Erfassungsprobleme mit sich bringt,⁷⁸¹ wurde häufig auf Patientenzufriedenheitsmessungen zurück gegriffen.⁷⁸²

Auf den Pflegestandards bauen Instrumente der Qualitätskontrolle auf. Bei diesen handelt es sich um Maßnahmen der Verifikation oder Falsifizierung von Annahmen im Zusammenhang mit pflegerischen Interventionen. Sie umfassen die systematische Überwachung, Überprüfung und Kontrolle um herauszufinden, ob Pflegestandards eingehalten und die damit verbundene Pflegeziele erreicht werden.⁷⁸³

Für die Zwecke dieser Arbeit, die die staatliche Verantwortung und die dabei eingesetzten Steuerungsinstrumente untersucht, ist zum einen von Bedeutung, daß Pflegestandards und die Herstellung ihrer Verbindlichkeit nicht zwingend eine imperative Ge-

777 Vgl. *Kellnhauser/Lieser*, Qualitätsmanagement in der Pflege, S. 160 f.; *Menche* [Hrsg.], Pflege heute, S. 69.

778 *Kellnhauser*, Grundlagen der Qualitätssicherung in der Pflege, in: Die Schwester/Der Pfleger 32 (1993), S. 246; vgl. auch Memorandum zur Qualitätssicherung bei der Pflegebedürftigkeit der Ersten Bundeskonferenz zur Qualitätssicherung bei Pflegebedürftigkeit, RsDE 25 (1994), S. 53.

779 S. etwa *Deutsches Netzwerk für Qualitätssicherung in der Pflege* [Hrsg.], Expertenstandard Sturzprophylaxe in der Pflege, S. 6.

780 *Kellnhauser*, Grundlagen der Qualitätssicherung in der Pflege, in: Die Schwester/Der Pfleger 32 (1993), S. 246.

781 Zu den Schwierigkeiten der Qualitätsmessung allgemein s. *Reimer*, Qualitätssicherung, S. 147 ff.

782 *Roes* u.a., Grundlegende Kategorien im Qualitätsdiskurs, S. 135.

783 Vgl. *McDonald*, Community Care, S. 71.

und Verbotssteuerung voraussetzen. Die Standardentwicklung ist in aller Regel auf das im privaten Sektor in Wissenschaft und Pflegepraxis vorhandene Wissen angewiesen, das der Staat auf unterschiedliche Weise fördern und nutzbar machen kann, etwa durch finanzielle Anreize oder durch die Schaffung institutioneller Voraussetzungen für die Standardentwicklung. Für die Herstellung der Verbindlichkeit kommen schließlich auch kooperative oder selbstregulative Maßnahmen in Betracht.

Zum anderen muß betont werden, daß gerade auch bei der Steuerung der Prozeßqualität neben den mit den Pflegestandards in Verbindung stehenden staatlichen Instrumenten weitere Mechanismen der Qualitätssteuerung existieren. Weil Qualitätssicherung ganz allgemein diejenigen Prozesse bezeichnet, die sicherstellen sollen, daß beim Pflegenden ein Bewußtsein für Qualität entsteht und er dieses Bewußtsein in die Erbringung der Leistungen einfließen läßt,⁷⁸⁴ können sich hierzu unter anderem auch informationsbasierte oder sonstige persuasive Mechanismen eignen.

d. Aufbauhinweise

Die beschriebene Einteilung in Struktur-, Prozeß- und Ergebnisqualität soll auch den beiden Länderberichten als Grundraster für die Analyse der Qualitätssteuerung zugrunde gelegt werden. Demnach werden für beide der genannten Ebenen die betreffenden, auf die jeweilige Qualitätsdimension bezogenen Steuerungsinstrumente dargestellt. Dabei ist freilich zu bedenken, daß diese Bereiche nicht unbeeinflußt und bezugslos nebeneinander stehen. Strukturen, Prozesse und Ergebnisse sind gewissermaßen in einer „Wirkkette“ verbunden, auch wenn sich die Kausalbeziehungen zwischen diesen Elementen freilich sehr komplex darstellen und im Zusammenhang mit weiteren, von außen kommende Einflüsse und Gegebenheiten gesehen werden müssen.⁷⁸⁵

Nichtsdestotrotz lassen sich jeder einzelnen Qualitätsebene verschiedene Steuerungsinstrumente zuordnen. Weil Pflegeergebnisse nicht in einer monokausalen, eindimensionalen Beziehung zum pflegerischen Input stehen und weil sich Pflegeergebnisse nur schwer qualifizieren und quantifizieren lassen, ist es nur bedingt möglich, auf Pflegequalität allein mittels bestimmter Ergebnisvorgaben Einfluß zu nehmen. Eine Vielzahl der Steuerungsmittel setzt deswegen an den Ebenen der Strukturen oder der Prozesse an, freilich nicht als Selbstzweck, sondern um dadurch mittelbar die Ergebnisqualität der Pflege positiv zu beeinflussen. An die Pflegeergebnisse knüpfen hingegen einige Maßnahmen der Evaluation und der Überwachung an,⁷⁸⁶ die sich aufgrund ihres retrospektiven Charakters hierfür besonders eignen. Allerdings wird mittlerweile zunehmend auch versucht, aussagekräftige Ergebnisstandards als Zielparameter zu entwickeln, denen schon eine handlungsleitende, prospektive Funktion zukommt. Sofern sich einzelne Maßnahmen mehreren Qualitätsdimensionen gleichzeitig zuordnen lassen, werden sie grundsätzlich dort dargestellt, wo ihr Schwerpunkt zu sehen ist.

784 Vgl. *McDonald*, *Community Care*, S. 71.

785 Mit diesem Hinweis auch *Donabedian*, *Evaluating the Quality of Medical Care*, *The Milbank Memorial Fund Quarterly*, vol. 44, no. 3, part 2, S. 170, 185 ff.

786 Vgl. *Bamford*, *Commissioning and purchasing*, S. 99.

Innerhalb der jeweiligen Bereiche orientiert sich die Darstellung – soweit dies möglich ist – grundsätzlich an den fünf von *Igl*⁷⁸⁷ beschriebenen Dimensionen der Qualitätserstellung, nämlich der Entwicklung von Qualitätsanforderungen, der Herstellung ihrer Verbindlichkeit, der Umsetzung in der Praxis, der Qualitätsprüfung sowie den Reaktionen bei der Nichteinhaltung der Anforderungen. Hierbei ist allerdings zu beachten, daß dieses Raster nur dort ohne weiteres passt, wo es um die steuernde Einflußnahme auf Pflegequalität mittels der Setzung bestimmter Qualitätsanforderungen geht. Dieser Arbeit liegt jedoch ein sehr weiter Steuerungsbegriff zugrunde, der neben Instrumenten, die unmittelbar mit der Entwicklung und Durchsetzung von Qualitätsanforderungen in Zusammenhang stehen, noch andere Steuerungsansätze umfasst, die auf anderen Wirkmechanismen beruhen, welche in keinem direkten Zusammenhang mit bestimmten Qualitätsanforderungen stehen. Ein Beispiel bilden etwa wettbewerbsbasierte Mechanismen oder die Unterstützung von Heimbewohnern bei der Durchsetzung ihrer „Konsumentenrechte“. Der dieser Arbeit zugrundeliegende weite Steuerungsbegriff führt ferner dazu, daß auch der Begriff der Qualitätsanforderung nicht allein auf verbindliche Qualitätsanforderungen beschränkt ist, deren Nichteinhaltung stets zu bestimmten Reaktionen führen müsste. Für den Aufbau dieser Arbeit hat das zwei Konsequenzen:

Erstens läßt sich – worauf *Igl* auch selbst hinweist⁷⁸⁸ – das von ihm entwickelte Raster nicht bei allen Instrumenten „sklavisch abarbeiten“. Insofern wird es dieser Arbeit zwar stets gedanklich zugrunde liegen, aufgrund der Besonderheiten der einzelnen Instrumente wird es sich aber nicht immer explizit in der Darstellung niederschlagen.

Zweitens führt die Einbeziehung solcher Instrumente in die Darstellung der Qualitätssteuerung, die in keiner direkten Beziehung zu bestimmten Qualitätsvorgaben stehen, dazu, daß sich nicht alle staatlichen Steuerungsmaßnahmen in die grundsätzliche Unterteilung in struktur-, prozeß- und ergebnisqualitätsbezogene Qualitätsmechanismen einfügen lassen. Diese auf die Qualitätsdimensionen von *Donabedian* zurückgehende Systematisierung läßt sich nur dort konsequent handhaben, wo es um die Aufstellung und Durchsetzung einzelner Qualitätsanforderungen geht, weil diese Anforderungen notwendigerweise an einem der drei Qualitätsbereiche ansetzen. Einige der in den Länderberichten darzustellenden Instrumente stellen jedoch Implementationsmechanismen dar, die die Qualität in der Pflege in ganz allgemeiner Weise fördern sollen. Der Schwerpunkt dieser Maßnahmen liegt auf der Ebene der Qualitätsimplementation und -durchsetzung, ohne daß diese aber auf spezifische Qualitätsvorgaben bezogen wären. Weil die mit diesen Mechanismen – wie etwa dem Wettbewerb zwischen Einrichtungen oder der Unterstützung von Bewohnern beim Vorbringen von Beschwerden – durchzusetzenden Qualitätsstandards nicht vorherbestimmt sind, läßt sich auch der Konnex zu einzelnen Qualitätsdimensionen nicht mehr in einer Weise systematisch herstellen, die dem Charakter der betreffenden Instrumente gerecht würde. Aus diesem Grunde werden

787 *Igl*, Qualitätsanforderungen in der Langzeitpflege, SGB 2007, S. 386 ff.; *ders.*, Fachliche Standards und Expertenstandards für die Pflege im System der Qualitätsentwicklung nach § 113 a und § 113 b SGB XI, RsDE 67 (2008), S. 38.

788 *Igl*, Zur Strukturierung des Rechts der Qualitätserstellung, RsDE 70 (2009), S. 6.

diese Maßnahmen im Anschluß an die struktur-, prozeß- und ergebnisqualitätsbezogene Steuerung unter einem eigenen Gliederungspunkt als „qualitätsdimensionenübergreifende Implementations- und Durchsetzungsmechanismen“ beschrieben.

3. Haftung des Staates für Pflegemängel seitens privater Leistungserbringer

Die staatliche Verantwortung in der stationären Langzeitpflege zeigt sich nicht nur in den hierfür bereitgehaltenen Sozialleistungen und der steuernden Einflußnahme auf das Vorhandensein der Pflegeinfrastruktur sowie auf die Pflegequalität. Sie drückt sich zugleich darin aus, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang der Staat von Pflegebedürftigen für etwaige Defizite der Leistungserbringung durch private Träger haftbar gemacht werden kann. Auch dieser Frage wird daher rechtsvergleichend für die englische und die deutsche Rechtsordnung nachgegangen.

II. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich somit folgendes Grundraster der Länderberichte: den Beginn bildet eine Darstellung des Sozialleistungsregimes für stationäre Langzeitpflegeleistungen. In diesem Rahmen werden zugleich die Hauptakteure sowie die grundlegenden Marktdaten im jeweiligen Land vorgestellt. Hieran schließt eine Analyse zunächst der personellen und sodann der sachlichen Infrastruktursteuerung an. Den dritten Teil schließlich bildet die Qualitätssteuerung, die ihrerseits in die Einflußnahme auf die Struktur-, die Prozeß- und die Ergebnisqualität sowie in die bereichsübergreifende Qualitätssteuerung unterteilt ist. Den Schluß der Länderberichte bildet die Darstellung der Haftung des Staates für Fehler und Defizite in der Leistungserbringung durch private Heimträger.

Drittes Kapitel: Stationäre Langzeitpflege in England

A. Marktstruktur und Marktdaten

Bevor auf verschiedene Aspekte und Erscheinungsformen der staatlichen Verantwortung in der stationären Langzeitpflege eingegangen werden kann, soll ein Überblick über die Struktur und Daten des englischen Pflegeheimmarktes zunächst einen Eindruck von den tatsächlichen Gegebenheiten vermitteln, in deren Rahmen das Zusammenwirken von Staat und Privaten stattfindet.

I. Pflegeheime

In den ca. 11.000 englischen Pflegeheimen standen im April 2007 ca. 373.000 Plätze für die Pflege älterer Menschen zur Verfügung.⁷⁸⁹ Auf je 1000 Einwohner Englands kommen statistisch gesehen somit 7,4 Betten. Etwa 63 % der Betten befinden sich in *residential care homes*, 37 % in *nursing care homes*.⁷⁹⁰ Die Unterscheidung zwischen den beiden Heimtypen ist insbesondere im Zusammenhang mit der Frage von Bedeutung, ob der Nationale Gesundheitsdienst (*National Health Service*, NHS) oder die Kommunen für stationäre Langzeitpflegeleistungen zuständig sind.⁷⁹¹

Beide Heimarten bieten neben Unterkunft, Verpflegung und Wäschereidienstleistungen auch Leistungen der *personal care* wie etwa Hilfe beim An- und Auskleiden, bei der Körperhygiene, der Nahrungsaufnahme und der Mobilität sowie Pflege während kurzer Krankheitsphasen an.⁷⁹² Insofern ginge es fehl, „*residential home*“ schlicht mit dem deutschen Begriff „Altenheim“ zu übersetzen.⁷⁹³ In *nursing homes* wird zusätzlich zu den genannten Leistungen auch „*nursing care*“ erbracht. Hierbei handelt es sich um Pflegeleistungen, die – vereinfacht gesprochen – aufgrund eines primär medizinischen

789 Vgl. *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 121. In diesen Zahlen sind die vom Nationalen Gesundheitsdienst (NHS) betriebenen Heime nicht enthalten.

790 Vgl. *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 121. In diesen Zahlen sind die vom Nationalen Gesundheitsdienst (NHS) betriebenen Heime nicht enthalten.

791 S. zu dieser Frage weiter unten, S. 145 ff.

792 Vgl. s. 121(9) des *Care Standards Act*, die, ohne *personal care* abschließend zu definieren, bestimmt, daß die Pflege in einem Heim Hilfestellungen bei *bodily functions* umfassen muß. Anders als in der englischen Rechtsordnung findet sich in Schottland eine gesetzliche Definition von *personal care*: s. 2(28) des Regulation of Care (Scotland) Act 2001 definiert *personal care* als „*care which relates to the day to day physical tasks and needs of the person cared for (as for example, but without prejudice to that generality, to eating and washing) and to mental processes related to those tasks and needs (as for example, but without prejudice to that generality, to remembering to eat and wash)*“, in paras. 1 - 5 zu Schedule 1 des Gesetzes wird ein Teil der unterstützenden Tätigkeiten der *personal care* konkretisiert.

793 Mit diesem Hinweis auch *Gudat*, Pflegebedürftigkeit, S. 137, der allerdings nichtsdestotrotz auf das Wortpaar Altenheim – Pflegeheim für *residential* bzw. *nursing care homes* zurückgreift.

Befundes erforderlich werden. S. 49 des *Health and Social Care Act 2001*⁷⁹⁴ (HSCA 2001) definiert *nursing care* als:

“*services provided by a registered nurse and involving either the provision of care or the planning, supervision or delegation of the provision of care, other than any services which, having regard to their nature and the circumstances in which they are provided, do not need to be provided by a registered nurse.*”

Nursing care Leistungen umfassen beispielsweise die eigenständige Verabreichung von Medikamenten, Maßnahmen der künstlichen Ernährung, der Wundpflege und der Gewebektivität, die Kathetherpflege sowie Blasenspülungen.⁷⁹⁵

Die genaue Abgrenzung zwischen Leistungen der *personal* und der *nursing care* ist nicht immer zweifelsfrei zu treffen. Vor dem Hintergrund unterschiedlicher staatlicher Finanzierungszuständigkeiten ist sie zudem Gegenstand langandauernder politischer und juristischer Auseinandersetzungen, auf die später bei der Beschreibung des staatlichen Leistungsregimes zurückzukommen sein wird.⁷⁹⁶ Während in Statistiken die Unterscheidung zwischen *residential homes* und *nursing homes* zurückgehend auf den inzwischen aufgehobenen *Registered Homes Act 1984*⁷⁹⁷, der für beide Heimarten unterschiedliche Regulierungsvorschriften vorsah, noch immer gebräuchlich ist, wurde sie im Regulierungsrecht mit Einführung des *Care Standards Act 2000*⁷⁹⁸ (CSA 2000) aufgegeben. Der CSA 2000 spricht einheitlich nur noch von *care homes*⁷⁹⁹ und unterstellt beide einem einheitlichen Regulierungsregime. Demgemäß werden auch in dieser Arbeit beide Heimtypen grundsätzlich unter der Bezeichnung „Pflegeheim“ zusammengefaßt.

Durchschnittlich verfügt ein Pflegeheim in England in etwa über 34 Pflegebetten,⁸⁰⁰ wobei *nursing care homes* mit im Schnitt 47 Pflegeplätzen deutlich größer sind als *residential care homes* mit durchschnittlich 26 Betten.⁸⁰¹ Allerdings variieren die Zahlen im einzelnen beträchtlich, manche Heime bieten mehr als 100 Bewohnern Platz.⁸⁰²

Die Auslastungsquote privat betriebener Heime, die Bedeutung für die weiter unten aufzugreifende Frage nach dem Bedürfnis für staatliche Infrastrukturmaßnahmen⁸⁰³ hat, lag in England im März 2007 bei durchschnittlich 91,1 % für *nursing care homes* und

794 2001 chapter 15.

795 Vgl. die in *Regina v North and East Devon Health Authority ex p Coughlan* [2001] Q.B. 213, 217 zitierte *policy guidance*.

796 Siehe unten, S. 148 ff.

797 1984 chapter 23.

798 2000 chapter 14.

799 Vgl. etwa s. 3 des CSA 2000.

800 Vgl. *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 80, 121.

801 Vgl. *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 80. Hinsichtlich der durchschnittlichen Bettenzahlen bei den verschiedenen Einrichtungstypen liegen nur auf das gesamte Vereinigte Königreich bezogene Daten vor.

802 *Office of Fair Trading*, Care homes for older people, S. 40.

803 Zur staatlichen Einflussnahme auf den Staat s. unten, S. 206 ff.

90,0 % für *residential care homes*.⁸⁰⁴ Die Bewohner eines Pflegeheimes sind im Durchschnitt 84 Jahre alt, der Anteil der Frauen überwiegt den der Männer deutlich.⁸⁰⁵

II. Heimträger

Der englische Pflegeheimmarkt weist hinsichtlich der Träger eine starke Fragmentierung auf. Nur noch ca. 7 % aller Pflegeplätze (bzw. 11 % der *residential care* Plätze) befinden sich in staatlichen, von Kommunen („*local authorities*“) betriebenen Heimen.⁸⁰⁶ Als *local authorities*⁸⁰⁷ werden in England die Verwaltungen der Gebietskörperschaften bezeichnet, die unterhalb der 9 englischen Regionen angesiedelt sind.⁸⁰⁸

Allerdings sind nicht alle dieser Kommunen für die Erbringung von *social care* Leistungen zuständig (und kommen damit auch als Pflegeheimbetreiber in Betracht), sondern nur diejenigen, denen Aufgaben zur Erbringung sozialer Dienste („*social services functions*“) übertragen sind. Diese sozialen Dienste umfassen einen relativ weit gefaßten, primär aus den in Schedule 1 des *Local Authority Social Services Act 1970*⁸⁰⁹ (LASSA 1970) genannten Zuständigkeiten bestehenden Bereich, der unter anderem Aufgaben des Kinder- und Jugendschutzes, der Wohlfahrtspflege älterer Menschen, der Behindertenfürsorge und auch mobile sowie die in dieser Arbeit interessierenden stationären Pflegeangebote⁸¹⁰ beinhaltet. Nach s. 1 LASSA 1970 haben folgende Kommunen Zuständigkeiten für die Erbringung sozialer Dienste: (1) die *non-metropolitan counties*, die geographisch eine relativ große Fläche umfassen und häufig auf historische Grafschaften zurückgehen; (2) die *metropolitan districts*, die allesamt den Status eines *borough* haben und deshalb häufig auch als *metropolitan boroughs* bezeichnet werden; (3) die *London boroughs*; (4) die *City of London*.⁸¹¹ Zu diesen treten (5) die sog. *unitary authorities* hinzu,⁸¹² bei denen es sich um *district* oder *borough authorities* handelt, denen für ihr Gebiet die Aufgaben der ihnen bisher übergeordneten *counties* übertragen wurden,⁸¹³ die ihrerseits entweder um die betreffenden Gebiete verkleinert oder auch

804 Vgl. *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 109, Table 5.4.

805 Vgl. *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 24, Table 2.1.

806 Vgl. *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 121.

807 Allgemein zur Stellung der Lokalverwaltungen im Gefüge der britischen öffentlichen Verwaltung *Greenwood/Pyper/Wilson*, *New Public Administration*, S. 93 ff.

808 Vgl. zu diesem Sprachgebrauch etwa s. 1 des *Local Government Act 2000* (2000 chapter 22).

809 1970 chapter 42.

810 S. Sched. 1 LASSA 1970, der als Aufgabe der Kommunen auch die Erbringung von „*residential accommodation*“ nach s. 21(1) des *National Assistance Act 1948* (näher dazu unten, S. 159 ff.) nennt.

811 Speziell für die Zuständigkeiten der *local authorities* nach dem CSA 2000 ergibt sich die (mit der hiergenannten Aufstellung) inhaltlich übereinstimmende Aufzählung der relevanten Behörden aus s. 121(1) CSA 2000 i.V.m. s. 105(1) Children Act 1989 (1989 chapter 41).

812 *Winfield* u.a., *Paying for Care Handbook*, S. 12; *Clements/Thompson*, *Community Care and the Law*, S. 3.

813 Dies geschieht durch Erlaß eines *Statutory Instrument* aufgrund von ss. 17, 26 des *Local Government Act 1992* (1992 chapter 19). Siehe etwa art. 3(1) der *Cleveland (Structural Change) Order*

gänzlich aufgelöst worden sind. Derzeit existieren in England etwas mehr als 140 derartiger Kommunen mit Zuständigkeiten für soziale Dienste. Die reinen *district* oder *borough councils*, die innerhalb einzelner *counties* liegen und denen nicht der Status einer *unitary authority* verliehen wurde, haben demgegenüber keine derartigen Zuständigkeiten.⁸¹⁴ Wenn im Folgenden pauschal von „Kommunen“ als Betreiber von Pflegeheimen oder als Träger von Pflegesozialleistungen die Rede ist, sind damit stets nur diejenigen mit *social services functions* gemeint.

Bei den von Kommunen betriebenen Pflegeheimen handelt es sich fast ausschließlich um *residential homes*.⁸¹⁵ Der Anteil staatlich betriebener Heime ist seit Ende der 1980er Jahre allerdings stark rückläufig,⁸¹⁶ was insbesondere auf den Einfluß der Zentralregierung zurückzuführen ist: das Sozialministerium (*Department of Social Security*) wies den Kommunen als Ausgleich für die Übertragung von Verantwortlichkeiten in der Pflege von 1993 bis 1999 einen *Special Transition Grant* zu, der jedoch mit der Auflage verbunden war, 85 % der Gelder auf den Leistungsbezug von Einrichtungen außerhalb des öffentlichen Sektors zu verwenden.⁸¹⁷ Die Anzahl an Langzeitpflegeplätzen in kommunal betriebenen Heimen nahm im Vereinigten Königreich von 1987 bis 2007 um ca. 72 % ab.⁸¹⁸ Mittlerweile verfügen in etwa 20 % aller Kommunen über keine eigenen Heime mehr.⁸¹⁹ Das *House of Lords* billigte dies auch mit Blick auf die Zuständigkeit der Kommunen für die Erbringung sozialer Dienste, weil es den Kommunen aufgrund von s. 26 des *National Assistance Act 1948*⁸²⁰ (NAA 1948) seit der Änderung dieser Vorschrift durch den *National Health Service and Community Care Act 1990*⁸²¹ (NHSCCA 1990) freistehe, den Betrieb eigener *care homes* gänzlich einzustellen und zur Erfüllung ihrer Pflichten nur noch auf Heime privater Betreiber zurückzugreifen.⁸²²

Ca. 15 % der stationären Langzeitpflegeplätze entfallen auf den gemeinnützigen Sektor (*voluntary sector*), der sowohl über *residential homes* als auch *nursing homes* verfügt.⁸²³ Als gemeinnützig werden diejenigen Träger bezeichnet, die Gemeinwohlaufgaben ohne eigenes Gewinnstreben wahrnehmen. Bekannte Beispiele gemeinnütziger Or-

1995 betreffend die Auflösung des *Cleveland County Council* und die Übertragung der Zuständigkeiten auf die *Cleveland boroughs*, die damit zu *unitary authorities* wurden.

814 *Winfield* u.a., *Paying for Care Handbook*, S. 12.

815 Grund hierfür ist, daß die *local authorities* nicht für die Erbringung von Leistungen der *nursing care* zuständig sind. Ausführlich dazu unten, S. 145 ff.

816 Vgl. *Lang & Buisson*, *UK Market Survey 2007*, S. 25, Table 2.2; *Netten* u.a., *Understanding Public Services*, S. 20.

817 Siehe LASSL(92)12. Dieser Prozentsatz wurde 1996 durch einen Fixbetrag ersetzt, LASSL(96)18. Ab dem 1.4.1999 ging dieser *special grant* in den allgemeinen Transferzahlungen auf. S. auch *Knapp/Hardy/Forder*, *Commissioning for Quality*, JSP 30 (2001), S. 294; *Clements*, *Community Care and the Law*, S. 158.

818 Vgl. *Lang & Buisson*, *UK Market Survey 2007*, S. 25, Table 2.2.

819 *Office of Fair Trading*, *Care homes for older people*, Annexe B, S. 4.

820 11 and 12 Geo. 6 chapter 29.

821 1990 chapter 19.

822 *R v Wandsworth London Borough Council ex parte Beckwith* [1996] 1 All ER 129.

823 Bezogen auf das gesamte Vereinigte Königreich im April 2007, s. *Laing & Buisson*, *UK Market Survey 2007*, S. 25, Table 2.2.

ganisationen mit eigenen stationären Pflegeeinrichtungen sind etwa die 1948 gegründete *Leonard Cheshire Foundation* und der 1968 als *Help the Aged (Oxford) Housing Association* gebildete *Anchor Trust*, der mit knapp 100 Heimen im Vereinigten Königreich den größten gemeinnützigen Anbieter am Pflegeheimmarkt darstellt.⁸²⁴

Einst bildeten gemeinnützige Träger in Großbritannien die Hauptquelle formaler Hilfe und Unterstützung und boten – die Zugehörigkeit zu entsprechenden religiösen, beruflichen oder gewerblichen Vereinigungen vorausgesetzt – Alternativen zu einer stationären Unterbringung in den Armenhäusern unter dem *Poor Law*. Ihre Stellung wurde in der Folge der Sozialgesetzgebung der 1940er Jahre jedoch von sozialen Diensten in der Hand der Kommunen abgelöst.⁸²⁵ Der inzwischen vergleichsweise geringe Marktanteil ist vor allem darauf zurückzuführen, daß der gemeinnützige Sektor nach Ende des Zweiten Weltkrieges keinen festen Platz in der Architektur des britischen Wohlfahrtsmodells erhielt⁸²⁶ und das Verhältnis zwischen den Kommunen und den freigemeinnützigen Trägern keinen übergeordneten Strukturen und Vorgaben folgte. Insbesondere das in der Sozialpolitik anderer Länder wie etwa Deutschland⁸²⁷ zentrale Subsidiaritätsprinzip spielte in Großbritannien nur eine geringe Rolle.⁸²⁸ Als Konsequenz zog sich der gemeinnützige Sektor auf eine die staatlichen sozialen Dienste lediglich ergänzende Rolle zurück. In bestimmten Nischen leistete er allerdings nicht selten Vorarbeit für Aufgaben, die später dann erneut vom Staat übernommen wurden. Dies war ursprünglich auch bei der stationären Pflege der Fall.⁸²⁹

Erst als sich das Wachstum der von den Kommunen betriebenen Pflegeeinrichtungen in den 1970er Jahren abschwächte, nahm die Bedeutung des gemeinnützigen Sektors in diesem Bereich wieder zu. Auch die Einführung von Marktmechanismen im Rahmen der *community care* Reformen⁸³⁰ zu Beginn der 90er Jahre bescherte den gemeinnützigen Trägern einen gewissen Zuwachs in absoluten Zahlen.⁸³¹ Allerdings blieb dieser in der stationären Langzeitpflege weit hinter dem Wachstum privater, gewinnorientierter Unternehmen zurück und spiegelte sich deshalb nicht in einem signifikanten Zugewinn von Marktanteilen wider.⁸³² Bezogen auf seine Größe liegt der gemeinnützige Sektor insgesamt nach wie vor unter dem europäischen Durchschnitt, und insbesondere der relativ geringe Anteil, zu dem soziale Dienste im Vereinigten Königreich von gemeinnützigen Trägern erbracht werden, stellt noch immer einen der signifikantesten Unterschiede zu anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union dar.⁸³³

824 *Lang & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 96.

825 *Kendall*, *The Voluntary Sector*, S. 159 f.

826 Zur Entwicklung des britischen Wohlfahrtsstaates nach dem Zweiten Weltkrieg ausführlich *Gudat*, *Pflegebedürftigkeit in Großbritannien*, S. 61 ff.

827 Vgl. etwa *Anheier/Seibel*, *The nonprofit sector in Germany*, S. 54, 72.

828 *Kendall*, *The Voluntary Sector*, S.40.

829 *Kendall*, *The Voluntary Sector*, S. 162.

830 Dazu ausführlich unten, S. 189 ff.

831 Vgl. *Kendall*, *The Voluntary Sector*, S. 4 f., 26 f.; s. auch *Lang & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 25, Table 2.2.

832 *Kendall*, *The Voluntary Sector*, S. 27, 160, 164.

833 *Kendall*, *The Voluntary Sector*, S. 31.

Mit ca. 78 % aller Pflegeplätze in *residential* oder *nursing care homes* stellen privat-kommerzielle Betreiber den bei weitem größten Anteil der stationären Pflegekapazitäten.⁸³⁴ Unter dieser Gruppe von Trägern finden sich sowohl Großunternehmen mit einer Vielzahl von Heimen wie etwa die *BUPA Care Homes Ltd.* oder *Barchester Healthcare Ltd.* als auch Kleinunternehmen, die oftmals nur ein einziges, vom Eigentümer selbst geführtes Heim betreiben. Der privat-kommerzielle Sektor konnte seine Position vor allem durch einen rasanten Ausbau von *nursing care*-Kapazitäten in den 1980er Jahren festigen. Dies lag zum einen an einem starken Abbau von Langzeit-Betten in den Krankenhäusern des Nationalen Gesundheitsdienstes,⁸³⁵ der von ambulanten, „*community-based*“ Pflegeangeboten nicht aufgefangen werden konnte,⁸³⁶ und zum anderen daran, daß Bewohner von *residential* und *nursing homes* umfangreiche Sozialleistungen in Form erhöhter Sozialhilfeleistungen (*supplementary benefit* bzw. später *income support*⁸³⁷) zur Finanzierung des Unterkunfts- und Verpflegungsanteils an den Gebühren privat betriebener Heime erhielten. Diese hingen – jedenfalls soweit keine erhöhten Leistungen wegen sehr großer Pflegebedürftigkeit beansprucht wurden – nicht von einer formellen Feststellung der Pflegebedürftigkeit ab, konnten nur für den Bezug stationärer Dienste in Anspruch genommen werden und waren zudem deutlich höher als die Leistungen, die im Falle des Verbleibens in der eigenen Wohnung für den Pflegebedarf bezogen werden konnten. Damit bewirkten diese Sozialhilfeleistungen massive Fehlanreize in Richtung der stationären Unterbringung in privat betriebenen Pflegeheimen⁸³⁸ und widersprachen dem politischen Ziel, stärker auf ambulante *community care* Dienste zu setzen.⁸³⁹ Mitunter wurden sogar kommunal betriebene Heime privatisiert, um den Bewohnern den Bezug von *supplementary benefits* zu ermöglichen und die den Kommunen für die stationäre Unterbringung entstehenden Kosten zu verringern.⁸⁴⁰

Auch als im April 1993 mit der Einführung des NHSCCA 1990 sämtliche zentral-staatlich (mit-)finanzierten stationären Pflegeleistungen außerhalb des NHS in die Zuständigkeit der Kommunen übergangen und nunmehr von einer vorherigen Pflegebedürftigkeitsprüfung abhängig gemacht wurden, kam es nicht zu dem erwarteten Rückgang privat-kommerzieller Pflegekapazitäten. Der private Sektor profitierte vielmehr

834 Vgl. *Lang & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 25, Table 2.2 (bezogen auf das Vereinigte Königreich).

835 Vgl. *Player/Pollock*, Long-term care, CSP 21 (2001), S. 234 ff.

836 Vgl. *Audit Commission*, Making a Reality of Community Care, S. 19, Table 9.

837 Dazu auch unten, S. 149.

838 Auf diese „*perverse effects of social security policies*“ wies 1986 erstmals offiziell der Bericht der *Audit Commission*, Making a Reality of Community Care, S. 43 ff., hin, in Folge dessen es zu den *Community Care*-Reformen des Jahres 1993 kam. Die staatlichen Ausgaben für die Unterbringung in privaten Heimen waren in der Zeit zwischen 1979 und 1993 von 10 Mio. £ auf 2,5 Mrd. £ angestiegen, s. *Clements*, Community Care, S. 6; vgl. auch *Hudson/Henwood*, Policy & Politics vol. 30 (2002), S. 155 f.; *Winfield* u.a., Paying for Care, S. 7 f.; *Bamford*, Commissioning and purchasing, S. 4 f.; *Player/Pollock*, Long-term care, CSP 21 (2001), S. 235.

839 Zu diesem Ziel etwa das White Paper *Department of Health*, Caring for People, Rn. 1.11.

840 *Audit Commission*, Making a Reality of Community Care, S. 45.

von einer anhaltenden Schließungswelle staatlich betriebener Heime sowie von der Tatsache, daß der NHSCCA 1990 Marktmechanismen in der *community care* einführt und den Kommunen die Aufgabe zuwies, als Einkäufer sozialer Dienste die erforderlichen Kapazitäten für die Erfüllung ihrer sozialer Aufgaben entweder von eigenen Heimen oder aber von privaten Einrichtungsträgern zu erwerben. Der zum Ausgleich der hierdurch entstehenden zusätzlichen Kosten von 1993 bis 1999 gewährte *Special Transition Grant* mußte, wie bereits erwähnt, zu 85 % auf nicht öffentliche Träger verwendet werden. Dies stärkte die Position privat-kommerzieller Einrichtungen zusätzlich.

III. Jüngere Entwicklungstendenzen

Insgesamt setzte ab 1998 ein leichter Rückgang der Gesamtbettenzahl sowohl in den *residential* als auch in den *nursing care homes* ein.⁸⁴¹ Als Grund werden gestiegene Personalkosten wegen der Einführung des *National Minimum Wage Act 1998*⁸⁴², der Umsetzung der Arbeitszeitrichtlinie der Europäischen Union von 1993⁸⁴³ durch die *Working Time Regulations 1998*⁸⁴⁴ und einer verringerten Verfügbarkeit von Pflegepersonal vermutet, denen auf der anderen Seite eine restriktive Gebührenpolitik der Kommunen gegenüberstand.⁸⁴⁵ Eine große Rolle dürften auch die Kosten für bauliche Anpassungsmaßnahmen gespielt haben, die erforderlich wurden, um die im Zusammenhang mit dem CSA 2000 eingeführten *National Minimum Standards*⁸⁴⁶ zu erfüllen.⁸⁴⁷ Erst 2007 kam es – vermutlich aufgrund eines durch die demographische Entwicklung bedingten Nachfrageanstiegs – wieder zu einem moderaten Zuwachs an Pflegekapazitäten.⁸⁴⁸

Neben der Marktkonsolidierung ist auch eine langsame Konzentration der Betreiber festzustellen: war der Zuwachs an privat betriebenen Heimen in den 1980er Jahren vor allem durch die Gründung einer Vielzahl kleinerer Betriebe gekennzeichnet,⁸⁴⁹ so sind seit einigen Jahren nun auch größere Unternehmen mit mehreren Einrichtungen am

841 Vgl. *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 25 Table 2.2.

842 1998 chapter 39. Bei Einführung des gesetzlichen Mindestlohns hatten 59 % der *care assistants* einen Lohn unterhalb des Mindestlohnes, s. *Kendall/Knapp*, *The State of Residential Care Supply*, S. 16; vgl. auch *Player/Pollock*, *Long-term care*, CSP 21 (2001), S. 250.

843 RL 93/104/EG vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. L 307, S. 18, später geändert durch die RL 2000/34/EG vom 22. Juni 2000 zur Änderung der Richtlinie 93/104/EG des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung hinsichtlich der Sektoren und Tätigkeitsbereiche, die von jener Richtlinie ausgeschlossen sind, ABl. L 195, S. 41, und schließlich ersetzt durch die derzeit in Kraft befindliche RL 2003/88/EG vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. L 299, S. 9.

844 S.I. 1998 No. 1833.

845 Vgl. *Netten*, *Understanding Public Services*, S. 23; ausführlich zu den Gründen und Auswirkungen der Heimschließungen s. *Netten/Williams/Darton*, *Ageing and Society*, vol. 25 (2005), S. 319 ff.

846 Ausführlich zu den verschiedenen *National Minimum Standards* oben, S. 229 ff.

847 *Darton*, *Health and Social Care in the Community*, vol. 12 (2004), S. 254.

848 *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 24 und S. 25, Table 2.2.

849 *Knapp/Hardy/Forder*, *Commissioning for Quality*, JSP 30 (2001), S. 292.

Markt zu finden. Während der Anteil privat-kommerzieller Träger, die drei oder mehr Heime betreiben (wie etwa die *Southern Cross Healthcare Group plc.* oder *BUPA Care Services*, die derzeit größten Heimbetreiber im Vereinigten Königreich), bezogen auf die Zahl der Heime im gesamten privat-kommerziellen Sektor 1989 noch bei nur ca. 5,0 % lag, war ihr Anteil 2003 bereits auf 22,0 % und 2007 schließlich auf 34,2 % gestiegen.⁸⁵⁰ Dies deckt sich mit der Beobachtung, daß Heimschließungen in der Regel kleinere Heime betreffen, deren Träger nur ein einziges Heim betreiben.⁸⁵¹ Die größeren Träger betreiben zugleich größere Heime und spezialisieren sich vor allem auf *nursing care* Leistungen: auf Anbieter, die mehr als drei Heime betreiben, entfiel 2003 über ein Drittel aller *nursing homes*, ihr Anteil an *residential homes* betrug zur gleichen Zeit demgegenüber nur 10 %.⁸⁵² Die Tendenz zu weniger, dafür aber größeren Heimen birgt neben möglichen Effizienzgewinnen durch Rationalisierung auch Gefahren. Mit der Größe der Heims steigt die Gefahr der Anonymisierung der Bewohner und der Verschlechterung des sozialen Klimas, eine verringerte Anzahl an Heimen bedeutet insbesondere in ländlichen Gegenden und kleinen Städten zudem eine Verringerung der Wahlmöglichkeiten im Hinblick auf Art und örtliche Lage der Einrichtung.⁸⁵³ Auf die Mittel, mit denen der Staat versuchen kann, diesen Gefahren vorzubeugen, wird später zurückzukommen sein. Noch bleibt die Markkonzentration allerdings deutlich hinter der anderer Wirtschaftsbereiche zurück, so daß nach wie vor kleinere bis mittlere Unternehmen den Markt prägen. Die zehn größten Träger erreichen bislang zusammen einen Anteil von nur 27,4 % des gesamten *for-profit* Sektors,⁸⁵⁴ wenngleich diese Quote in den letzten Jahren stark angewachsen ist (1990 lag sie bei 7,1 %, 2003 bei 19,8 %).⁸⁵⁵ Bei den nicht kommerziell betriebenen Heimen lag der Anteil größerer Träger 2003 mit 61,9 % und 2007 mit 74,2 % demgegenüber deutlich höher.⁸⁵⁶ Betrachtet man die Heime aller Trägergruppen, so befinden sich insgesamt noch ca. 40 % aller Pflegeplätze in Heimen, deren Betreiber nur über dieses eine Heim verfügen.⁸⁵⁷

IV. Marktvolumen, Heimgebühren und andere wirtschaftliche Aspekte

Der Gesamtwert der in den privat-kommerziellen, gemeinnützigen und von Kommunen betriebenen Pflegeheimen erbrachten Pflegeleistungen betrug im Vereinigten Kö-

850 *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 85 Table 4.7.

851 *Darton*, Health and Social Care in the Community, vol. 12 (2004), S. 257; zu den Gründen s. *Netten* u.a., *Understanding Public Services*, S. 24.

852 *Netten* u.a., *Understanding Public Services*, S. 21.

853 *Netten* u.a., *Understanding Public Services*, S. 25.

854 *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 86. Der Anteil am gesamten Markt unter Einbeziehung der freigemeinnützigen und staatlichen Träger fällt nochmals geringer aus.

855 *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2003, S. 78.

856 *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 85, Table 4.7.

857 *Office of Fair Trading*, *Care homes for older people*, S. 42, chart 4.3.

nigreich 2007 über £ 11 Mrd.⁸⁵⁸ Auf England entfallen dabei in etwa 84 % der Betten des gesamten Vereinigten Königreichs,⁸⁵⁹ so daß der Wert hier zwischen £ 9 Mrd und £ 10 Mrd. liegen dürfte.

62 % der Ausgaben der englischen Regierung für ältere Personen dienen der Finanzierung von Pflege in Heimen.⁸⁶⁰ Die wöchentlichen Gebühren für einen Platz in einem englischen, privat betriebenen Pflegeheim beliefen sich 2007/08 auf durchschnittlich £ 449 bei *residential care homes* und £ 648 bei *nursing care homes*.⁸⁶¹ Die im konkreten Fall zu zahlenden Gebühren weisen allerdings eine hohe Variationsbreite auf. Sie hängen etwa von der geographischen Lage des Heimes, von der Nähe zu vergleichbaren Einrichtungen, von der Art des Betreibers, der Größe des Unternehmens und schließlich von Art und Umfang der Pflege ab. Für eine intensive pflegerische Betreuung wie einer 24-stündigen *nursing-care* fielen – bezogen auf das Jahr 1998 – beispielsweise wöchentliche Kosten zwischen £ 750 und £ 975 an,⁸⁶² mittlerweile dürften sie angesichts der Tatsache, daß sich das Gebührenniveau in diesem Zeitraum annähernd verdoppelt hat,⁸⁶³ auf über £ 1.500 gestiegen sein. Die niedrigsten Durchschnittsgebühren sind in den in öffentlicher Trägerschaft stehenden Heimen zu finden, was primär daran liegt, daß es sich bei diesen überwiegend um *residential care homes* handelt. Etwas überraschend ist, daß im Durchschnitt am teuersten nicht die Heimplätze der kommerziellen Anbieter, sondern die der freigemeinnützigen Träger sind.⁸⁶⁴ Den größten Kostenfaktor für die Heimgebühren stellen die Lohnkosten dar. Dies gilt insbesondere für die *residential care homes*, bei denen ein Anstieg der Löhne um 1 % einen Anstieg der Heimgebühren um 0,81 % bewirkt.⁸⁶⁵

Die Gewinnmargen des kommerziellen Sektors lagen bei den aggregierten Werten der neun größten Betreiber im Jahr 2002 vor Steuern bei lediglich ca. 1,5 % des Umsatzes, allerdings verbunden mit einer erheblichen Einzelfallvarianz.⁸⁶⁶

B. Staatliche Leistungen der stationären Langzeitpflege

I. Allgemeines

Im Folgenden soll das englische Sozialleistungssystem für stationäre Pflegeleistungen, das den ersten Aspekt der staatlichen Verantwortung in diesem Bereich bildet,

858 *Office of Fair Trading*, Care homes for older people, S. 1.

859 Vgl. hierzu die Übersicht in *Office of Fair Trading*, Care homes for older people, S. 38.

860 *Netten* u.a., Understanding Public Services, S. 3.

861 *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 172, Table 8.2.

862 *Player/Pollock*, Long-term care, CSP 21 (2001), S. 245.

863 Zur Entwicklung der Gebühren vgl. *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 172, Table 8.1.

864 *Office of Fair Trading*, Care homes for older people, Annexe E, S. 26, chart 4.11.

865 *Netten* u.a., Understanding Public Services, S. 22.

866 *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2003, S. 175.

überblicksartig dargestellt werden. Hierbei ist vorzuschicken, daß die Systeme der sozialen Sicherung in England schon aufgrund des Fehlens einer geschriebenen Verfassung keinen – etwa mit dem in Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG verankerten Sozialstaatsprinzip vergleichbaren – verfassungsrechtlichen Bezug aufweisen. Statt dessen ist die vom Staat übernommene soziale Mindestverantwortung Ausfluß ungeschriebener Wertvorstellungen, die sich schon im Mittelalter in Form des *Poor Law*⁸⁶⁷ in gesetzlich verankerten sozialen Rechten manifestierten.⁸⁶⁸ Die Mindestsicherung aller Bürger wird als Grundlage der „*social citizenship*“ verstanden,⁸⁶⁹ die die Möglichkeit eines jeden Bürgers zur gesellschaftlichen Teilhabe zum Inhalt hat. Diese diente dem englischen Wohlfahrtsstaat der Nachkriegszeit, der sich zurückgehend auf den *Beveridge Report*⁸⁷⁰ des Jahres 1942 als universalistisches Sicherungssystem entwickelte, als ideologische Basis.⁸⁷¹

Mittlerweile wurde mit dem Inkrafttreten des *Human Rights Act 1998*⁸⁷² (HRA 1998) auch die Europäische Menschenrechtskonvention⁸⁷³ (EMRK) in das nationale Recht inkorporiert. Obgleich die EMRK keine Rechte enthält, die sich spezifisch mit der sozialen Sicherheit beschäftigen, sehen die englischen Gerichte einen engen Zusammenhang zwischen der Gewährung sozialer Leistungen an Hilfebedürftige und einzelnen Rechten der EMRK.⁸⁷⁴ Auch dem HRA 1998 kommt aber freilich nur der Rang eines einfachen Gesetzes zu, der insbesondere die *Sovereignty of Parliament* unangestastet läßt,⁸⁷⁵ so daß auch der HRA 1998 für die soziale Sicherung keinen verfassungsrechtlichen Bezug begründet. Auch der englische Wohlfahrtsstaat ist daher maßgeblich auf die einfachgesetzliche Ausgestaltung unter der Parlamentsouveränität angewiesen.⁸⁷⁶

In der stationären Langzeitpflege treffen zwei verschiedene Sozialleistungssysteme aufeinander, nämlich zum einen die auf kommunaler Ebene angesiedelten sozialen Dienste und zum anderen der Nationale Gesundheitsdienst. Die entsprechenden Leistungen beider Systeme sollen im Folgenden näher dargestellt werden. Weil sich die In-

867 Dazu etwa *Nicholls*, *A history of the English poor law*, Bände 1 bis 3, 1967; *Rose*, *The English Poor Law*, 1971.

868 *Gudat*, *Pflegebedürftigkeit in Großbritannien*, S. 74 f.

869 Vgl. *Marshall*, *Citizenship and Social Class*, S. 21 ff.

870 *Beveridge*, *Social Insurance and Allied Services*.

871 Vgl. *Harris*, *The Welfare State*, S. 20 ff.

872 1998 chapter 42.

873 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten des Europarats, Abgeschlossen in Rom am 4. November 1950 in der Fassung des Protokolls Nr. 11 (BGBl. 1952 II S. 686), derzeit geltend in der Fassung der Neubekanntmachung v. 17. Mai 2002 (BGBl. II S. 1055), zuletzt geändert durch Protokoll Nr. 14 v. 13. Mai 2004 (BGBl. 2006 II S. 138), teilw. vorläufig anzuwenden gem. Bek. v. 6. Juli 2009, BGBl. II S. 823.

874 Vgl. etwa Vgl. *YL v Birmingham City Council* (2007) 10 CCLR 505, 541; zum Zusammenhang zwischen sozialen Rechten und der Einführung des HRA 1998 siehe auch *Harris*, *The Welfare State*, S. 31 ff.

875 Vgl. zu diesem Aspekt nur *Hamisch*, *Schutz individueller Rechte*, S. 282 ff.

876 Zu möglichen – auch faktischen – Beschränkungen dieser Souveränität, insb. durch die *Rule of Law* s. etwa *Hamisch*, *Schutz individueller Rechte*, S. 269 ff., 294 ff.

halte der jeweiligen Leistungen aber nicht unmittelbar aus einem gesetzlichen Leistungskatalog ergeben, sondern vielmehr Folge einer historisch gewachsenen Kompetenzabgrenzung zwischen den Kommunen einerseits und dem NHS andererseits sind, soll zunächst auf diese Zuständigkeitsverteilung und das damit verbundene Leistungsspektrum eingegangen werden, bevor die Leistungsvoraussetzungen und die Modalitäten der Leistungserbringung im Einzelnen dargestellt werden.

II. Zuständigkeiten und Leistungsspektrum

1. Zuständigkeitsabgrenzung zwischen den Kommunen und dem Nationalen Gesundheitsdienst

a. Die Kommunen und der Nationale Gesundheitsdienst als Leistungsträger

Die Verantwortung für die Erbringung von stationären Langzeitpflegeleistungen⁸⁷⁷ wurde im Nachkriegsengland auf zwei staatliche Träger verteilt, die Kommunen mit Zuständigkeiten für soziale Dienste, die daher auch bereits als Heimträger vorgestellt wurden, und den Nationalen Gesundheitsdienst.

Die Kommunen nehmen ihre sozialen Aufgaben durch ihre örtlichen Sozialämter (*social services departments*) wahr. Diese wurden durch den LASSA 1970 geschaffen und dürfen als *statutory bodies*, also als Rechtsträger mit gesetzlichen Kompetenzen, nur solche Aufgaben wahrnehmen, die ihnen durch bestimmte Rechtsakte zugewiesen wurden. Wie eingangs bereits erwähnt, zählt hierzu auch die Zuständigkeit für die stationären Langzeitleistungen nach s. 21 NAA 1948. Verkürzt gesprochen liegen nach dieser Vorschrift die Leistungen der sog. *social care* in kommunaler Zuständigkeit.

Die Erbringung von *health care*-Leistungen obliegt demgegenüber den Institutionen des NHS, der im Jahre 1948 durch den *National Health Service Act 1946*⁸⁷⁸ gegründet wurde und nunmehr nach dem *National Health Service Act 2006*⁸⁷⁹ (NHS Act 2006) für die Erbringung von *health care*-Leistungen zuständig ist. Gem. s. 3(1)(c) NHS Act 2006 zählen zu diesen Leistungen grundsätzlich auch Pflegeleistungen in Form der sog. „*nursing services*“. Diese Leistungen sollen im Folgenden genauer beleuchtet werden.

877 Entsprechend dem Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit geht es im Folgenden nur um die stationäre Langzeitpflege, so daß etwa die Bereiche der „*intermediate care*“ und der „*aftercare*“ nicht behandelt werden. Ebenfalls nicht dargestellt wird der Bereich der „*respite care*“, die zwar gleichfalls in Pflegeheimen stattfinden kann, aber ebenso wie die *intermediate care* und die *aftercare* nur von vorübergehender Dauer ist. Zu diesen Bereichen s. etwa *Winfield* u.a., *Paying for Care* Handbook, S. 40, 260 f.

878 1946 chapter 81.

879 2006 chapter 41.

b. Social care, community care und health care

Die in der Zuständigkeit der Kommunen liegende *social care* zielt allgemein gesprochen auf den Ausgleich von Gebrechlichkeit und von körperlichen oder geistigen Behinderungen; im Gegensatz zur *health care* liegt ihr primärer Zweck aber nicht in der Behandlung oder Linderung körperlicher Defizite.⁸⁸⁰ Anstatt als „*social care*“ werden diese kommunalen sozialen Dienste auch als „*community care*“-Leistungen bezeichnet, unter denen nach einem gewissen Wandel im Begriffsverständnis⁸⁸¹ eine Vielzahl ambulanter, teilstationärer und stationärer sozialer Dienstleistungen zusammengefaßt werden.⁸⁸²

Zentrale Vorschrift für die Erbringung stationärer Pflegeleistungen als besonderer Form der *community care* ist – neben einigen spezielleren Normen⁸⁸³ – s. 21(1) NAA 1948. Diese Norm lautet:

„21. – *Duty of local authorities to provide accommodation.*

880 Vgl. *Netten u.a., Understanding Public Services*, S. 1.

881 Der Begriff wurde zunächst vor allem in Abgrenzung zu stationärer Pflege gebraucht und als *care by the community*, also als Unterstützung und Pflege durch Verwandte und örtliche gemeinnützige Verbände verstanden, vgl. *Department of Health and Social Security, Growing Older (Cm 8173)*, paras. 7.1 ff.; *Godlove/Mann, Thirty Years of the Welfare State, Aged Care and Services Review Vol. 2 (1980)*, S. 4 f.; *Richards, Long-term Care*, S. 6; *Lewis/Glennerster, Implementing*, S. 1 f.; zur Begriffsentwicklung auch *Means/Richards/Smith, Community Care*, S. 3 ff.; *Winfield u.a., Paying for Care Handbook*, S. 5 f.

882 Dem *White Paper „Caring for People. Community Care in the Next Decade and Beyond“* aus dem Jahre 1989 legte das Gesundheitsministerium folgende umfassende, dienstbezogene Definition von *Community Care* zu Grunde: „*Community Care means providing the right level of intervention and support to enable people to achieve maximum independence and control over their own lives. [...] These services form part of a spectrum of care, ranging from domiciliary support provided to people in their own homes, strengthened by the availability of respite care and day care for those with more intensive care needs, through sheltered housing, group homes and hostels where increasing levels of care are available, to residential care and nursing homes and long-stay hospital care for those for whom other forms of care are no longer enough.*“ (*Department of Health, Caring for People*, para. 2.2); mittlerweile existiert in s. 46 des *National Health Service and Community Care Act 1990* auch eine Legaldefinition des Begriffes. Nach dieser Vorschrift umfaßt *community care* all diejenigen Leistungen, die von den *local authorities* nach Part III des NAA 1948 (hierunter fallen auch stationäre Leistungen in *nursing* und *residential homes*), nach s. 45 des *Health Services and Public Health Act 1948*, nach s. 21 und Schedule 8 des *National Health Service Act 1977* und nach s. 117 des *Mental Health Act 1983* erbracht werden können. Diesem Begriffsverständnis soll auch im Rahmen dieser Arbeit gefolgt werden. Näher zum Umfang von *community care services* s. *Richards, Long-term Care*, S. 52 ff.

883 Neben der Zuständigkeit der *local authorities* nach s. 21(1) NAA sind diese auch noch nach s. 117 des *Mental Health Act 1983* sowie nach s. 17 des *Children Act 1989* für die Erbringung von stationären Langzeitpflegeleistungen als Teil der *community care* zuständig. Um zum berechtigten Personenkreis dieser Leistungen zu zählen, müssen neben der bloßen Pflegebedürftigkeit als solcher jedoch weitere qualifizierende sachliche Voraussetzungen vorliegen. Dem Fokus der vorliegenden Arbeit entsprechend wird auf diese Vorschriften daher nur am Rande eingegangen. Den Schwerpunkt bilden die Leistungen nach s. 21(1) NAA 1948, weil ihr die bloße, oft allein altersbedingte, körperliche Gebrechlichkeit unterfällt.

(1) Subject to and in accordance with the provisions of this Part of this Act, a local authority may with the approval of the Secretary of State, and to such extent as he may direct shall, make arrangements for providing -

(a) residential accommodation for persons who by reason of age, illness, disability or any other circumstances are in need of care and attention which is not otherwise available to them; [...]"

Die in dieser Vorschrift vorgesehene Leistung besteht in der Bereitstellung von *residential accommodation*, also einer stationären Versorgung, die regelmäßig in Gestalt einer Unterbringung in einem Pflegeheim erbracht wird.⁸⁸⁴ Leistungen nach s. 21 NAA 1948 werden durch eine Mischung aus zentralstaatlichen und örtlichen Steuereinnahmen sowie durch Gebühren finanziert, die von den Leistungsempfängern abhängig von deren finanzieller Situation erhoben werden.⁸⁸⁵

In diesem Aspekt unterscheiden sich die *social care*-Leistungen der Kommunen von den *health care*-Leistungen des NHS, die aus zentralstaatlichen Steuermitteln finanziert sind und mit Ausnahme von Zuzahlungen, die insbesondere für Verschreibungen, zahnmedizinische Leistungen sowie für Brillen und Kontaktlinsen erhoben werden,⁸⁸⁶ grundsätzlich gebührenfrei erbracht werden, ss. 1(3), 172 ff. NHA 2006. Eine gesetzliche Definition von *health care* existiert nicht. Ss. 3(1)(e), (f) NHA 2006 läßt sich allerdings entnehmen, daß die Leistungen der *health care* grundsätzlich auf die Prävention, Diagnose und Behandlung von Krankheiten abzielen.⁸⁸⁷ Die *health care* umfaßt vor allem die sog. *primary care* (medizinische Grundversorgung, etwa durch niedergelassene Allgemein-, Zahn- und Augenärzte), die *in-patient care* (stationäre Krankenversorgung) sowie die *long-term* oder *continuing healthcare* (langfristige Gesundheitspflege, medizinische Versorgung chronisch Kranker).⁸⁸⁸ Damit unterfallen auch bestimmte stationäre Langzeitpflegeleistungen der *health care*, die in der Regel entweder in sog. *long-stay hospitals* oder in *nursing care homes* erbracht werden. Hieraus ergibt sich ein Abgrenzungsbedarf zu der in kommunaler Zuständigkeit zu erbringenden *residential accommodation* in Pflegeheimen.

884 *Clements*, Community Care and the Law, S. 158 f. Zu den Ausnahmen s. unten, S. 159. Die Leistungsvoraussetzungen und das damit in Zusammenhang stehende Verwaltungsverfahren ist weiter unten, S. 159 ff., beschrieben.

885 *Glendinning/Means*, Rearranging the deckchairs on the Titanic of long-term care, CSP 24 (2004), S. 438; *Player/Pollock*, Long-term care, CSP 21 (2001), S. 233. Näher zur Gebührenerhebung im Zusammenhang mit s. 21 NAA 1948 Leistungen unten, S. 181 ff.

886 Zur Höhe sowie zu den Befreiungsmöglichkeiten vgl. *Department of Health*, HC12: Charges and optical voucher values, abrufbar unter <http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/DH_4131675?IdcService=GET_FILE&dID=162889&Rendition=Web>.

887 Vgl. auch *Netten* u.a., Understanding Public Services, S. 1.

888 Vgl. *Montgomery*, Health Care Law, S. 52 ff.

c. Überschneidungen, Verschiebungen und Neubestimmung der Zuständigkeiten für die Langzeitpflege

Die stationären Langzeitpflegeleistungen der *NHS-health care* und die der kommunalen *social care* ergänzen sich nicht nur, vielmehr überlappen sie sich teilweise.⁸⁸⁹ Die Abgrenzung zwischen ihnen unterlag, ohne daß sie jemals klar vorgenommen worden wäre, zahlreichen Verschiebungen und Neuinterpretationen.⁸⁹⁰ Ursprünglich waren die unter dem NAA 1948 eingerichteten Heime insbesondere für diejenigen Personen gedacht, die zwar grundsätzlich noch für sich selbst sorgen konnten, die aber nicht länger zu einer selbständigen Führung eines Haushalts in der Lage waren.⁸⁹¹ Jedoch wurde seitens des NHS immer wieder der Vorwurf laut, die Kommunalbehörden würden die Versorgung älterer pflegebedürftiger Menschen häufig verweigern und sie auf die Krankenhausleistungen verweisen. Umgekehrt beklagten die Kommunen, sie seien immer öfter gezwungen, sich auch um Personen mit einem dauerhaften Bedarf an medizinischer Versorgung kümmern zu müssen.⁸⁹² Viele, vor allem ältere Menschen drohten vor diesen Auseinandersetzungen in ein „Niemandland“ zwischen dem NHS und den kommunalen Sozialbehörden zu geraten – einerseits nicht krank genug für *health care*-Leistungen, andererseits aber auch nicht gesund genug, um von den Kommunen versorgt zu werden.⁸⁹³ Um Versorgungslücken zu schließen, gleichzeitig aber den NHS zu entlasten, dehnte die englische Regierung im Laufe der Zeit die Definition von *social care* sukzessive aus, so daß diese zunehmend auch Personengruppen erfaßte, an deren Einbeziehung bei Erlaß des NAA 1948 zunächst nicht gedacht worden war, wie etwa Bettlägrige, deren Lebenserwartung auf nur noch wenige Wochen geschätzt wurde, geistig Verwirrte oder inkontinente Personen.⁸⁹⁴ Bestrebungen, den Krankenhaussektor stärker auf die kurzzeitige, akutmedizinische Behandlung auszurichten,⁸⁹⁵ führten ab

889 *Richards*, Long-term Care, S. 2 f.

890 Zu diesen „*shifting boundaries*“ sowie zu den Versuchen, die Trennung beider Bereiche zu überwinden, vgl. etwa *Coxon/Billings/Alaszewski*, Integrated Health and Social Care, Rn. 455 ff.; *Means/Richards/Smith*, Community Care, S. 102 ff.; *Glendinning/Means*, Rearranging the deckchairs on the Titanic of long-term care, CSP 24 (2004), S. 437 ff.; *Glendinning/Hudson/Means*, Under Strain? Exploring the Troubled Relationship between Health and Social Care, PM&M 2005, S. 245 ff.; *Godlove/Mann*, Thirty Years of the Welfare State, Aged Care and Services Review Vol. 2 (1980), S. 1 ff.

891 Vgl. *Means/Smith*, Poor Law, S. 139.

892 Zu diesen Auseinandersetzungen zwischen *health authorities* und *social service departments*, die sich an nicht aufeinander abgestimmten *eligibility criteria* für die jeweiligen Leistungsbereiche kristallisierten, *Abbott/Lewis*, Social Policy & Administration 32 (2002), S. 536 f.; vgl. auch *Means/Smith*, Poor Law, S. 161.

893 *Huws Jones*, Old People's Welfare, Social Service Quarterly, vol 26 (1952), S. 22; vgl. auch *Glendinning/Means*, Rearranging the deckchairs on the Titanic of long-term care, CSP 24 (2004), S. 439; *Means/Smith*, Poor Law, S. 171 ff.

894 Vgl. *Ministry of Health*, Local Authority Services for the Chronic Sick and Infirm, Circular 14/57 vom 7.10.1957, sowie *Ministry of Health*, The Care of Elderly in Hospitals and Residential Homes, Circular 18/65 vom 20.9.1965, beide zitiert nach *Glendinning/Means*, CSP 24 (2004), S. 439 f.; dazu auch *Means/Smith*, Poor Law, S. 183 ff.

895 *Glendinning/Means*, CSP 24 (2004), S. 440.

den 1970er Jahren zudem zu einem massiven Abbau von Langzeitpflegebetten des NHS,⁸⁹⁶ um einem „*bed-blocking*“ durch Langzeitpflegepatienten zu begegnen. Dies bewirkte eine steigende Nachfrage nach *social care*-Leistungen in Pflegeheimen⁸⁹⁷ und führte zu einer weiteren Verschiebung der Verantwortlichkeiten in Richtung der Kommunen.⁸⁹⁸ Diese sahen sich nunmehr vor der Herausforderung, für eine wachsende Anzahl älterer Menschen mit einem steigenden Grad an Pflegebedürftigkeit häusliche und stationäre Leistungen anzubieten, ohne hierfür von Seiten der Regierung ausreichend finanzielle Mittel zugewiesen zu bekommen.⁸⁹⁹

Allerdings wurden die Kommunen finanziell dadurch etwas entlastet, daß diejenigen Personen, die nicht in staatlichen Heimen untergebracht waren, sondern ihren Pflegeplatz in privat betriebenen *residential* oder *nursing homes* selbst organisiert hatten, die betreffenden Gebühren ohne Belastung der Kommunalhaushalte durch erhöhte Sätze der zentralstaatlichen Sozialleistungen des *supplementary benefit*⁹⁰⁰ und ab April 1988 des *income support*⁹⁰¹ finanzieren konnten,⁹⁰² was die Nachfrage nach kommunalen *residential care*-Leistungen etwas verringerte. Diese Sozialleistungen schufen jedoch einen zu starken Anreiz in Richtung stationärer Unterbringung und wirkten dem politischen Ziel, stärker auf ambulante *community care*-Dienste zu setzen, entgegen.⁹⁰³ Aus diesem Grund wurde diese Finanzierungsmöglichkeit schließlich gestrichen⁹⁰⁴ und die Finanzierungszuständigkeit für die gesamte Langzeitpflege der *social care* mit dem In-

896 Die Anzahl geriatrischer Langzeitbetten innerhalb des NHS verringerte sich von 1983 bis 1993 um 30 %, *Harding/Meredith/Wistow*, Options for long term care, S. 8; vgl. auch *Clements*, Community Care, S. 172; *Player/Pollock*, Long-term care, CSP 21 (2001), S. 234. Insgesamt nahm die Zahl der NHS-Betten innerhalb von 480.000 im Jahre 1979 auf 189.000 Betten im Jahre 2000 ab, *Kerri-son/Pollock*, BMJ 2001, S. 566.

897 Ähnliche Verschiebungen fanden auch von den *district nursing services* des NHS in Richtung stationärer *social services* statt, vgl. *Abbott/Lewis*, Social Policy & Administration 36 (2002), S. 533 f.; daneben stieg auch die Nachfrage nach anderen *Community Care*-Leistungen wie etwa nach ambulanter Pflege, hauswirtschaftlicher Versorgung und „Essen auf Rädern“, vgl. *Glendinning/Means*, CSP 24 (2004), S. 440.

898 Zur Tendenz, immer mehr Verantwortlichkeiten vom NHS auf die local authorities zu übertragen, ohne aber die hierfür erforderlichen finanziellen Mittel bereitzustellen, s. *Means/Richards/Smith*, Community Care, S. 102 ff.

899 Auch gegenwärtig übersteigen die Ausgaben der *local authorities* die Finanzausweisungen der Zentralregierung noch deutlich, *Glendinning/Means*, Rearranging the deckchairs on the Titanic of long-term care, CSP 24 (2004), S. 450.

900 Zur Erhöhung der regulären Sätze vgl. reg. 9 der *Supplementary Benefit (Requirements) Regulations 1983*, S.I. 1983 No. 1399 in den bis zum 11. April 1988 jeweils gültigen Fassungen.

901 Zur Erhöhung der regulären Sätze vgl. regs. 19 i.V.m. Schedule 4, Part I der *Income Support (General) Regulations 1987*, S.I. 1987 No. 1967 in den bis zum 1. April 1993 jeweils geltenden Fassungen.

902 *Lewis/Glennister*, S. 3; *Richards*, Long-term care, S. 8; *Ridout*, Care Standards, S. 13 f.; *Player/Pollock*, Long-term care, CSP 21 (2001), S. 234 f.

903 Siehe dazu schon oben, S. 140.

904 Für die Bewohner privat betriebener Heime, die dort bereits vor dem 1. April 1993 untergebracht waren, galten bis 2003 diverse Übergangsregeln (sog. *preserved rights*), vgl. dazu *Richards*, Long-term Care, S. 116 f.

krafttreten des NHSCCA 1990 im April 1993 insgesamt auf die Kommunen übertragen.⁹⁰⁵

Zu einer erneuten Verschiebung der Verantwortlichkeiten in Richtung der Kommunen führte schließlich das Inkrafttreten von s. 42(1) des NHSCCA 1990. Diese Vorschrift änderte s. 21(1) des NAA 1948 dahingehend, daß die Kommunen nicht mehr länger nur die Pflicht hatten, mit *residential accommodation* für diejenigen 18-Jährigen oder Älteren zu sorgen, die aufgrund ihrer Gebrechlichkeit, ihres Alters oder aus sonstigen Gründen Pflege und Beaufsichtigung benötigen, die sie nicht anderweitig erlangen können, sondern daß sie nunmehr ausdrücklich auch die Versorgung für diejenigen Personen übernehmen mußten, deren Pflegebedarf aus einer Krankheit oder Behinderung resultierte („*for persons aged eighteen and over who by reason of age, illness, disability or any other circumstances are in need of care and attention*“). Damit unterfielen der von den Kommunen zu leistenden *social care* nunmehr auch viele Bereiche der Langzeitpflege, die vormals unter die Gesundheitsversorgung gefaßt wurden wie insbesondere Teile der *nursing care* in stationären Einrichtungen.⁹⁰⁶ In der Folgezeit stellte allerdings der *Court of Appeal* im *Coughlan Case*⁹⁰⁷ klar, daß sich die Kompetenz der Kommunen, als *social care* nach s. 21(1) NAA 1948 auch *nursing care*-Leistungen in stationären Einrichtungen zu erbringen, aufgrund der in s. 21(8) NAA 1948 im Verhältnis zum NHS vorgeschriebenen Subsidiarität⁹⁰⁸ nur auf diejenigen Fälle erstreckt, in denen die *nursing care*-Leistungen neben der Unterbringung qualitativ als lediglich beiläufig oder untergeordnet („*incidental or ancillary*“⁹⁰⁹) zu betrachten und zudem qualitativ so geartet sind, daß man sie als Leistung einer Behörde erwarten kann, deren primäre Zuständigkeit bei sozialen Diensten liegt.⁹⁰⁹ Demgegenüber sei die Zuständigkeit des NHS dann begründet, wenn der Hilfebedarf des Bewohners primär medizinischer Art ist, selbst wenn noch keine stationäre Behandlung in einem Krankenhaus erforderlich ist.⁹¹⁰ In diesem Fall muß daher die Unterbringung in einem *nursing care home* voll-

905 Als Ausgleich für den gestiegenen Finanzbedarf wurde den *local authorities* ein „*special transitional grant*“ zugewiesen, wobei in den ersten Jahren 85 % der Gelder auf Heimplätze im privaten Sektor verwendet werden mußten, s. LASSL(92)12. Dieser Prozentsatz wurde 1996 durch einen Fixbetrag ersetzt, LASSL(96)18. Siehe dazu auch unten, S. 191.

906 *Glendinning/Means*, Rearranging the deckchairs on the Titanic of long-term care, CSP 24 (2004), S. 442. *Richards*, Long-term Care, S.10, 52. Dies hatte zur Folge, daß bei einer Heimunterbringung von den Kommunen Gebühren auch für die *nursing care* erhoben wurden, während diese Komponente für diejenigen Leistungsempfänger, die *nursing care*-Leistungen in ihrer häuslichen Umgebung erhielten, gebührenfrei vom NHS erbracht wurde. Zur ständigen Zunahme der Bewohner in von den *local authorities* finanzierten Heimen und zum gleichzeitigen Rückzug des NHS aus der Finanzierung stationärer Langzeitpflegeleistungen vgl. *Audit Commission*, *The Coming of Age*, S. 12 f., 46.

907 R v North and East Devon Health Authority ex p Coughlan [2001] Q.B. 213.

908 S. 21(8) NAA 1948 lautet: „*Nothing in this section shall authorise or require a local authority to make any provision authorised or required to be [...] provided under the National Health Service Act 2006 [...]*.”

909 R. v North and East Devon Health Authority ex parte Coughlan [2001] Q.B. 213, 233; s. ferner *Loux/Kerrison/Pollock*, Long term nursing, BMJ 320 (2000), S. 5.

910 R v North and East Devon Health Authority ex p Coughlan [2001] Q.B. 213, 235 ff.

ständig, d.h. inklusive der Kosten für Unterbringung und Verpflegung (sog. „Hotelkosten“) als *NHS Continuing Healthcare* erbracht werden. Die eng gefaßten Voraussetzungen für diese Leistung, die derzeit nur ca. 13 % der Bewohner von *nursing homes* erhalten,⁹¹¹ wurden zunächst in einer an die NHS und die Lokalbehörden adressierten *guidance*⁹¹² des Gesundheitsministeriums näher ausgeführt. Diese wurde jedoch in der Entscheidung *R (Grogan) v Bexley NHS Care Trust* als fehlerhaft und irreführend bezeichnet⁹¹³ und daraufhin schließlich durch das *National Framework for NHS Continuing Healthcare and NHS-funded Nursing Care*⁹¹⁴ ersetzt. Seit dem 1. Oktober 2007 sind die Voraussetzungen, nach denen sich die Auswahlkriterien⁹¹⁵ der einzelnen *Primary Care Trust* für die *NHS Continuing Healthcare* zu richten haben, zudem in dir. 2(6) der *NHS Continuing Healthcare (Responsibilities) Directions 2007* enthalten:

„(6) In deciding whether a person has a primary health need [...], a Primary Care Trust must consider whether the nursing or other health services required by that person are

(a) where that person is, or is to be, accommodated in a care home, more than incidental or ancillary to the provision of accommodation which a social services authority is, or would be but for a person's means, under a duty to provide; or

(b) of a nature beyond which a social services authority whose primary responsibility is to provide social services could be expected to provide,

and if it decides that the nursing or other health services required do, when considered in their totality, fall within paragraph (a) or (b), it must decide that the person has a primary health need.”

Selbst wenn diese Bedingungen eines nicht mehr lediglich als beiläufig oder untergeordnet zu bezeichnenden Hilfebedarfs noch nicht erfüllt sind und die Unterbringung daher nicht insgesamt in die Zuständigkeit des NHS fällt, kann in *nursing care homes* die *nursing care*-Komponente der pflegerischen Versorgung vom NHS neben den *social care*-Leistungen der Kommunen zu erbringen sein. Denn der NHS muß – wie vom *Court of Appeal* im *Coughlan Case* festgestellt⁹¹⁶ – die *health care needs* auch derjenigen Personen versorgen, die unter der generellen Zuständigkeit einer Kommune in einem Pflegeheim untergebracht sind.

In Reaktion auf den *Coughlan Case* machte auch das Parlament durch den Erlaß von s. 49 des HSCA 2001⁹¹⁷ deutlich, daß die *local authorities* im Rahmen der Erbringung von stationären Pflegeleistungen jedenfalls nicht für die Erbringung von „*nursing care*

911 *Winfield* u.a., *Paying for Care Handbook*, S. 256.

912 HSC 2001/015 = LAC (2001) 18, para 18. Zur Kritik an der *guidance* s. auch *Winfield* u.a., *Paying for Care Handbook*, S. 256 ff.

913 *R (Grogan) v Bexley NHS Care Trust* (2006) 9 CCLR 188, 207 f.

914 *Department of Health*, *National Framework for NHS Continuing Healthcare and NHS-funded Nursing Care*, 2007.

915 Die Auswahlkriterien (*eligibility criteria for NHS Continuing Healthcare*) werden unter Beachtung des vom Gesundheitsministerium in *guidances* und *directions* vorgegebenen Rahmens von den 28 *Strategic Health Authorities* jeweils eigenständig für die in ihrem Zuständigkeitsgebiet liegenden *Primary Care Trusts* aufgestellt, s. *Winfield* u.a., *Paying for Care Handbook*, S. 257

916 *R v North and East Devon Health Authority ex p Coughlan* [2001] Q.B. 213, 235, 237.

917 S. 49 HSCA 2001, in Kraft getreten im April 2003, betrifft die „*Exclusion of nursing care from community care services*“. S. zur Umsetzung dieser Norm auch die *guidances* HSC 2001/17 = LAC (2001)26 und HSC 2003/6 = LAC 2003(7).

by a registered nurse“ zuständig und befugt sind. S. 49(2) HSCA 2001 definiert „*nursing care by a registered nurse*“ als diejenigen Leistungen, die von einer beim NHS zugelassenen Krankenschwester geleistet werden und entweder direkt in der Vornahme pflegerischer Verrichtungen oder aber in deren Planung, Überwachung oder Delegation bestehen. Davon ausgenommen sind solche Leistungen, die nach ihrer Natur und den Umständen, unter denen sie erbracht werden, nicht von einer zugelassenen Krankenschwester erbracht werden müssen. Diese Definition schließt Leistungen jeglichen anderen Personals – wie etwa von Pflegeassistenten – aus und sieht in solchen Fällen allein die Beaufsichtigungsleistung der *registered nurse* als Teil der *nursing care* an. Ob mit diesem Ansatz, der auf die Person des Leistungserbringers statt auf Art und Ausmaß der Bedarfssituation des zu Pflegenden abstellt, eine systemgerechte und den im *Coughlan Case* getroffenen Feststellungen zur Reichweite der Kompetenz der *local authorities* nach s. 21(1) NAA 1948 entsprechende Zuständigkeitsabgrenzung getroffen wurde, kann freilich bezweifelt werden.⁹¹⁸

Aus s. 49 HSCA 2001, wonach *nursing care* nicht als Teil der *community care* erbracht werden kann, folgt umgekehrt, daß der NHS auch in den Heimen, in denen Pflegebedürftige in der Zuständigkeit der Kommunen aufgrund von s. 21(1) NAA 1948 untergebracht sind, *nursing care*-Leistungen übernehmen muß.⁹¹⁹ Mit dieser Regelung wurde zugleich eine Benachteiligung gegenüber den Personen beseitigt, die ihre Unterbringung in einem Pflegeheim selbst arrangiert und finanziert hatten, weil diese die *nursing care* Komponente der Pflegeleistungen bereits seit Oktober 2001 als gebührenfreie Leistung des NHS beanspruchen konnten.⁹²⁰ Ferner fand eine Gleichstellung mit den Pflegebedürftigen statt, die medizinische Pflegeleistungen in ihrer häuslichen Umgebung erhalten. Diese Leistungen sollten auch für Heimbewohner in dem Maße verfügbar sein, wie sie es in jeder anderen örtlichen Umgebung ebenfalls wären. Damit wurde den Forderungen der *Royal Commission on Long Term Care*⁹²¹ zumindest dahingehend entsprochen, als *nursing care* unabhängig davon, wo sie erbracht wird, kostenlos sein sollte. Die weitergehende Forderung, auch die *personal care*-Leistungen in Heimen kostenlos zu erbringen,⁹²² blieb bislang – jedenfalls für England⁹²³ – unerfüllt.⁹²⁴

918 Skeptisch auch *Ridout*, *Care Standards*, S. 4.

919 Ausführlich *Winfield* u.a., *Paying for Care Handbook*, S. 271 ff.

920 Vgl. HSC 2001/17 = LAC (2001)26, Annex, paras. 29 ff.

921 *Royal Commission on Long Term Care*, *With Respect to Old Age: Long Term Care – Rights and Responsibilities*, S. 62 f.

922 Vgl. *Royal Commission on Long Term Care*, *With Respect to Old Age: Long Term Care – Rights and Responsibilities*, S. 64 f.; unter *personal care* werden in diesem Bericht allerdings nicht alle unterstützenden Hilfen verstanden, sondern nur diejenigen Dienste, die mit einem körperlichen Kontakt mit dem zu Pflegenden einhergingen, s. *Royal Commission on Long Term Care*, *With Respect to Old Age, Long Term Care – Rights and Responsibilities*, S. 67 f.

923 Anders in Schottland, wo s. 1 des *Community Care and Health (Scotland) Act 2002* (2002 asp 5) i. V.m. ss. 2, 3 der *Community Care (Personal Care and Nursing Care) (Scotland) Regulations 2002* (SSI 2002/203) den *local authorities* die Erhebung von Gebühren auch für *personal care* in Höhe von derzeit £ 149 pro Woche unabhängig von der finanziellen Situation des Bewohners untersagt, wenn dieser das 65. Lebensjahr vollendet hat. Bezüglich der *nursing care* gilt ein altersunabhängiger Schonbetrag von £ 67 pro Woche. Vgl. dazu auch *Winfield* u.a., *Paying for Care Handbook*, S.

Zur praktischen Umsetzung dieser Zuständigkeitsfestlegungen zahlt der NHS für jeden der betreffenden Pflegebedürftigen einen Pauschalbetrag in Höhe von derzeit £ 101 pro Woche an das Pflegeheim.⁹²⁵ Durch die Festlegung eines Pauschalbetrags entfällt das Erfordernis für eine einzelfallbezogene Einordnung der jeweils erbrachten Leistungen. Voraussetzung für die Bereitstellung (allein) von *nursing care*-Leistungen in einem Heim durch den NHS ist die Feststellung eines entsprechenden Bedarfs an diesen Hilfen durch die zuständige örtliche NHS-Behörde, dem sog. *Primary Care Trust*.⁹²⁶ Bevor über den Bedarf an *nursing care* (im soeben beschriebenen Sinn von „*nursing care by a registered nurse*“ gem. s. 49(2) HSCA 2001)⁹²⁷ entschieden wird, hat der *Primary Care Trust* zu prüfen, ob nicht die (sehr viel engeren) Voraussetzungen für eine vollständig von NHS zu finanzierende *NHS Continuing Healthcare* erfüllt sind.⁹²⁸

d. Zusammenfassung

Die Zuständigkeitsverteilung zwischen dem für *health care* verantwortlichen NHS und den für *social care* zuständigen Kommunen für die Erbringung stationärer Pflegeleistungen in *residential* und *nursing care homes* läßt sich nach dem vorstehend Gesagten wie folgt zusammenfassen: (1) ist der Bedarf des Bewohners schwerpunktmäßig medizinischer Art, so ist die Unterbringung in einem *nursing home* vollständig als *NHS Continuing Healthcare* zu erbringen; (2) betrifft der Hilfebedarf hingegen hauptsächlich die Unterstützung bei den wiederkehrenden Verrichtungen des täglichen Lebens, so sind die Kommunen unter s. 21(1) NAA 1948 für die stationäre Versorgung zuständig; (3) wenn in diesem Falle neben dem Bedarf an *personal care* zusätzlich ein Bedarf für medizinische Pflegeleistungen besteht, ohne daß dieser medizinische Bedarf den Schwerpunkt des Hilfebedarfs bildet, dann ist für die Erbringung der *nursing care*-Leistungen im Pflegeheim der NHS zuständig, während für die übrigen Leistungen wie

263. Zu Befürchtungen, die Heime könnten versuchen, den dadurch gewonnenen Spielraum zu einer Erhöhung für die grundsätzlich nach wie vor vom Bewohner selbst zu tragenden „*hotel costs*“ zu nutzen, vgl. *Main/Bissett-Johnson*, S.L.T. 2002 S. 279 f.

924 Dazu *Henwood*, The truth about “free” care, *Community Care* 2001, 1. – 7. November, S. 36 f.

925 Dir. 2(5) i.V.m. 1(2) der *National Health Service (Nursing Care in Residential Accommodation) (England) Directions 2007*. S. auch *Department of Health*, NHS-Funded Nursing Care. Practice Guide (revised) 2009, S. 4. Dieser Pauschalbetrag löste zum 1. Oktober 2007 das bisher bestehende, nach dem Grad der Pflegebedürftigkeit unterscheidende Stufenschema ab, das zuletzt Zahlungen in Höhe von entweder £ 40, 83 oder 133 (inzwischen durch die o.g. *directions* für Altfälle erhöht auf £ 40, 87 bzw. 139) vorsah; vgl. auch *Department of Health*, HSC 2003/6, S. 16.

926 Dir. 2(1)(b) der *National Health Service (Nursing Care in Residential Accommodation) (England) Directions 2007*. Vorgaben für das Verfahren, in dem ermittelt werden soll, ob die Voraussetzungen für *NHS-funded nursing care* vorliegen, enthält *Department of Health*, NHS-funded Nursing Care. Practice Guide 2007.

927 Dir. 1(2) der *National Health Service (Nursing Care in Residential Accommodation) (England) Directions 2007*.

928 Dirs. 2(2), (3) der *National Health Service (Nursing Care in Residential Accommodation) (England) Directions 2007*. Zu den Voraussetzungen, unter denen Leistungen der *NHS Continuing Health Care* zu erbringen sind, s. dir. 2(6) der *National Health Service (Nursing Care in Residential Accommodation) (England) Directions 2007* sowie oben, S. 151.

Unterbringung und *personal care* die kommunalen Sozialbehörden verantwortlich bleiben. Auch dann, wenn die Heimunterbringung nicht als *residential accommodation* nach s. 21(1) NAA 1948 erbracht wird, sondern vom Bewohner in privater Initiative beschafft wurde, ist eine Finanzierung der *nursing care*-Komponente durch den NHS bei Vorliegen eines entsprechenden Bedarfs in dem Umfang möglich, wie solche Leistungen auch in der eigenen häuslichen Umgebung des zu Pflegenden erbracht werden müßten.

Im Einzelnen ist die Beurteilung dessen, was einen primär medizinischen Bedarf begründet und was, selbst wenn ein solcher nicht gegeben ist, dem Bereich der *nursing care* zuzurechnen ist und was demgegenüber noch in den Bereich der *personal care* fällt, weiterhin umstritten und trotz einer Beschreibung in s. 49 HSCA 2001 keineswegs *a priori* exakt festgelegt.⁹²⁹ Die genauen Grenzen können nur einzelfallbezogen ermittelt werden. Auch die Einführung der Pauschalzahlungen durch den NHS für die *nursing care* Komponente ließ diesen Abgrenzungsbedarf keineswegs vollständig entfallen, weil der Zahlung dieser Leistungspauschale nach wie vor die Frage vorgelagert ist, ob der Schwerpunkt des Hilfebedarfs nicht etwa im medizinischen Bereich und somit die Verantwortung für die Leistungserbringung insgesamt beim NHS liegt.

Faktisch betrachtet kommt die ganz überwiegende Verantwortung für die Erbringung staatlicher Leistungen der Langzeitpflege jedoch den Kommunen zu, während die Leistungen des NHS primär auf die kurzzeitige, akutmedizinische Behandlung ausgelegt sind. Diese Schwerpunktsetzung verdeutlicht s. 6 des *Community Care (Delayed Discharges etc.) Act 2003*⁹³⁰, der eine pauschalierte Entschädigungszahlung durch die Kommunen an den NHS für die Fälle vorsieht, in denen sich die Entlassung von Patienten aus dem Krankenhaus (und damit das Freiwerden der betreffenden Akutbetten) dadurch verzögert, daß anschließende *social care*-Maßnahmen nicht rechtzeitig zur Verfügung stehen. Die Tatsache, daß mehr als die Hälfte der Anfragen für *social care*-Leistungen auf Patienten zurückgeht, die nach einer Akutbehandlung aus dem Krankenhaus entlassen werden,⁹³¹ läßt die Bedeutung dieser Vorschrift erkennen.

2. Formen der Zusammenarbeit zwischen dem NHS und den Kommunen

Während die grundsätzliche Trennung der Zuständigkeiten für die Erbringung von *health* und *social care*-Leistungen aufrechterhalten blieb, wurde mittels verschiedener Formen der Zusammenarbeit zwischen den Leistungsträgern versucht, die mit dem gegliederten System einhergehenden Schwierigkeiten für die Leistungsbezieher zu überwinden.⁹³²

929 Vgl. *Montgomery*, *Health Care Law*, S. 60; zu Abgrenzungsschwierigkeiten im Rahmen von örtlichen *eligibility criteria* s. auch *Abbott/Lewis*, *Social Policy & Administration* 32 (2002), S. 538 ff.

930 2003 chapter 5.

931 *Coxon/Billings/Alaszewski*, *Providing Integrated Health and Social Care*, Rn. 458.

932 Allgemein zur Zusammenarbeit in *health* und *social care* etwa *Hudson/Henwood*, *Policy & Politics* vol. 30 (2002), S. 153 ff.; *Wyatt*, *Policy & Politics* vol. 30 (2002), S. 167 ff. Die Überlegungen zur Zusammenarbeit und Integration von Zuständigkeiten beziehen sich nicht allein auf die *health* und

Bereits der *National Health Service Reorganisation Act 1973*⁹³³ sah gemeinsame Beratungskomitees für die Bedarfsplanung von *health* und *social care*-Diensten vor,⁹³⁴ das *White Paper* „*Caring for People. Community Care in the Next Decade and Beyond*“ aus dem Jahre 1989 widmete der Zusammenarbeit zwischen Akteuren beider Zweige des Sozialsystems ein ganzes Kapitel.⁹³⁵ Im Rahmen des sog. *Joint Commissioning*⁹³⁶ sollten gemeinsame Bedarfsplanungs- und Bedarfsdeckungsmechanismen angewandt werden. Die unternommenen Anstrengungen konnten jedoch die Koordinationsdefizite, die insbesondere im Anschluß an die Entlassung von Patienten aus Krankenhäusern offensichtlich wurden, nicht überwinden.⁹³⁷

Die Abstimmungsprobleme wurden von der 1997 gewählten *Labour* Regierung erneut aufgegriffen, die zunächst im *Discussion Paper* „*Partnership in Action*“⁹³⁸ und schließlich im *White Paper* „*Modernising Social Services*“⁹³⁹ die schlechte Koordination zwischen verschiedensten Behörden sowie deren negative Auswirkungen insbesondere auf ältere Menschen kritisierte. Sie kündigte Reformen an⁹⁴⁰ und propagierte in verstärktem Maße eine Partnerschaft zwischen dem NHS und den kommunalen Sozialbehörden.⁹⁴¹ Zur Umsetzung dieser Pläne wurde zunächst in s. 22 des NHA 1977 die generelle Pflicht der für *health* und der für *social care* zuständigen Behörden eingefügt, zur Sicherung und Förderung der Gesundheit und des sozialen Wohlergehens der Bevölkerung zusammenzuarbeiten.⁹⁴² Darüber hinaus führte die mittlerweile zwar aufge-

social care Dienste, sondern erstrecken sich auch auf das *social housing*, das oft ebenfalls im Zuständigkeitsbereich der *local authorities* liegt. Vgl. dazu *Department of Health/Department of the Environment, Transport and the Regions*, *Better Care, Higher Standards: A Charter for Long Term Care*.

- 933 1973 chapter 32, mittlerweile aufgehoben durch ss. 2(1), 4(1), 5(1), Sch. 1, Pt. III, para. 98, Sch. 2, para. 12, Sch. 3 des *Health Authorities Act 1995* (1995 chapter 17).
- 934 Vgl. *Means/Richards/Smith*, *Community Care*, S. 105.
- 935 *Department of Health*, *Caring for People*, S. 47 ff.
- 936 Dazu *Department of Health*, *An introduction to Joint Commissioning*, S. 2 ff.
- 937 Zu den Schwierigkeiten bei der Zusammenarbeit und den Defiziten in der Umsetzung der Verbesserungsansätze vgl. etwa *Means/Richards/Smith*, *Community Care*, S. 106 ff.
- 938 *Department of Health*, *Partnership in Action*.
- 939 *Department of Health*, *Modernising Social Services*.
- 940 *Department of Health*, *Modernising Social Services*, S. 6.
- 941 *Means/Richards/Smith*, *Community Care*, S. 113 ff.; *Glendinning/Means*, *CSP* 24 (2004), S. 443; *Hudson/Henwood*, *Policy and Politics* Vol. 30 (2002), S. 157; vgl. auch *Dowling/Powell/Glendinning*, *Health and Social Care in the Community* 12 (2004), S. 309 ff., die mittels einer umfassenden Literaturlauswertung der Frage nachgingen, inwieweit dieser Politikansatz zu Verbesserungen im Bereich der *health* und *social services* führte.
- 942 S. 22(1) des *Health Act 1977* in der bis zum 1. März 2007 geltenden Fassung lautete: „*In exercising their respective functions NHS bodies (on the one hand) and local authorities (on the other) shall co-operate with one another in order to secure and advance the health and welfare of the people of England [...].*“ Die entsprechende Vorschrift findet sich nun in s. 82 NHA 2006. Kritisch zur Politik, die Zusammenarbeit zunehmend nicht mehr nur auf freiwilliger Basis zu ermöglichen, sondern sie verpflichtend zu machen, *Means/Richards/Smith*, *Community Care*, S. 115.

hobene,⁹⁴³ aber inhaltsgleich durch s. 75 NHTA 2006 ersetzte s. 31 des *Health Act 1999*⁹⁴⁴ Flexibilisierungen im Bezug auf die Leistungserbringung ein.⁹⁴⁵ Zum einen wurde den Kommunen und den lokalen NHS-Behörden die Möglichkeit eingeräumt, für bestimmte Teilbereiche der Versorgung gemeinsame Budgets zu bilden.⁹⁴⁶ Zum anderen wurden zu einem gewissen Grad gegenseitige Übertragungen von Zuständigkeiten für die Bereitstellung von Pflegeleistungen im Außenverhältnis zu den Leistungserbringern und -empfängern ermöglicht (sog. „*lead commissioning*“, entweder durch lokale *social service departments* oder *Primary Care Trusts*⁹⁴⁷ des NHS, die auf lokaler Ebene für die Versorgung der Bevölkerung mit Gesundheitsdienstleistungen verantwortlich sind).⁹⁴⁸ Die Verantwortung für die Erfüllung der gesetzlich zugewiesenen Aufgaben verblieb bei diesen Gestaltungen jedoch unverändert bei den jeweiligen NHS-Behörden und den *local authorities*.⁹⁴⁹

Um die Zusammenarbeit zwischen den *Primary Care Trusts* und den kommunalen Sozialbehörden weiter zu erleichtern, wurde ferner die ursprüngliche Anzahl von 303 PCTs drastisch reduziert,⁹⁵⁰ so daß sich bei ca. 70 % der nunmehr 152 PCTs die Zuständigkeitsgebiete geographisch mit denen der Kommunen decken.⁹⁵¹

3. *Care Trusts*

Ein weiterer Schritt, die integrierte Versorgung mit *social* und *health services* voranzutreiben und es zu ermöglichen, die Zuständigkeit sowohl für *health care* als auch für *social care*-Leistungen auf eine einzelne, eigenständige Organisation zu übertragen, wurde im *White Paper „The NHS Plan“* angekündigt⁹⁵² und durch ss. 45 – 48 des HSCA 2001⁹⁵³ schließlich mittels der Schaffung sogenannter *Care Trusts*⁹⁵⁴ umge-

943 Vgl. Schedule 4, s. 6 des *National Health Service (Consequential Provisions) Act 2006* (2006 chapter 43).

944 1999 chapter 8.

945 Vgl. hierzu *Morries*, *Community Care*, S. 215 f.; *Glendinning* u.a., *The Health Act 1999* section 31, S. 23 ff.; *Hudson/Henwood*, *Policy & Politics* vol. 30 (2002), S. 159.

946 Vgl. s. 31(2) HA 1999 in der bis zum 1. März 2007 geltenden Fassung sowie s. 76(2) NHTA 2006. Zu den faktischen Problemen bei der Umsetzung dieser *pooled budgets* vgl. *Glendinning* u.a., *The Health Act 1999* section 31, S. 27 ff.

947 Allgemein zu Funktion und Stellung der *Primary Care Trusts* s. *Ridout*, *Care Standards*, S. 49 ff.

948 Vgl. s. 31(2)(b), (c) HA 1999 in der bis zum 1. März 2007 geltenden Fassung sowie s. 75(2)(b), (c). Gem. s. 46 HSCA 2001 und s. 78 NHTA 2006 konnten bzw. können diese *partnership arrangements* unter bestimmten Voraussetzungen auch zwangsweise angeordnet werden.

949 S. 31(5) HA 1999 in der bis zum 1. März 2007 geltenden Fassung bzw. jetzt s. 75(5) NHTA 2006. Vgl. auch *Montgomery*, *Health Care Law*, S. 91.

950 Kritisch zu diesen Plänen *House of Commons*, *Changes to Primary Care Trusts*, S. 30 ff.

951 Die Umstrukturierung geht zurück auf das *policy paper* des *Department of Health*, *Commissioning a patient-led NHS*, S. 3.

952 S. *Department of Health*, *The NHS Plan*, S. 73. Dazu *Hudson/Henwood*, *Policy & Politics* vol. 30 (2002), S. 161 ff.

953 Diese Normen wurden zum 1. März 2007 durch Schedule 4, s. 6 des *National Health Service (Consequential Provisions) Act 2006* aufgehoben.

setzt.⁹⁵⁵ Die betreffende Regelung ist mittlerweile in s. 77 NHS Act 2006 enthalten. Bei den *Care Trusts* handelt es sich um eigenständige juristische Personen, deren Organe mit Vertretern der lokalen NHS-Behörden und der kommunalen Sozialbehörden besetzt sind⁹⁵⁶ und denen Personal von diesen beiden Behörden übertragen wird.⁹⁵⁷

Auf die *Care Trusts* werden Zuständigkeiten für die Bereitstellung⁹⁵⁸ sowohl von *health* als auch von *social services* delegiert.⁹⁵⁹ Trotz dieser Delegation verbleibt die Letztverantwortlichkeit für die übertragenen Zuständigkeiten im Bereich der *social care* jedoch bei der jeweiligen Kommune, so daß keine vollumfängliche Abgabe der Aufgabenverantwortlichkeit vorliegt.⁹⁶⁰ Die Bildung der *Care Trusts* beruht auf einer freiwilligen, widerruflichen Vereinbarung zwischen den NHS-Behörden und den Kommunen. Trotz ihrer Doppelzuständigkeit stellen sie Untergliederungen des NHS dar, die in die Weisungshierarchie des Nationalen Gesundheitsdienstes eingebunden sind. Hieraus resultiert eines der Hauptbedenken der *local authorities* gegen die *Care Trusts*, nämlich daß mit ihrer Bildung Schritt für Schritt wichtige eigene Aufgaben auf den NHS übertragen und damit über die Aufsicht durch die *Strategic Health Authorities*⁹⁶¹ letztlich der Zentralregierung unterstellt würden. Die Kommunen befürchten, daß hierdurch ihre Zuständigkeiten immer weiter ausgehöhlt werden könnten und das Risiko eines vollständigen „takeovers“ der *social care*, einer kommunalen Kernkompetenz, durch den NHS steigen könnte.⁹⁶² Diese Befürchtungen sind auch vor dem Hintergrund des neu eingeführten nationalen Regulierungsregimes aus dem *Care Standards Act 2000*, den *Care Homes Regulations 2001*⁹⁶³ und den *National Minimum Standards* zu sehen, das ohnehin schon zu einer deutlichen Zentralisierung der Zuständigkeiten für die *social care* geführt hat. Auch dürften sie durch die Zusammenfassung der Regulierungskompetenzen für Einrichtungen der *social care* und der *health care* bei der *Care Quality*

954 Allgemein zu den *Care Trusts* etwa *Department of Health, Care Trusts – Background Briefing*.

955 *Montgomery*, *Health Care Law*, S. 91.

956 Vgl. hierzu *Montgomery*, *Health Care Law*, S. 92; *Glasby/Peck*, Introduction, S. 4; skeptisch bezüglich der Einflussmöglichkeiten der *social services* Vertreter *Hudson*, *Ten Reasons not to Trust Care Trusts*, MMC: Building knowledge for integrated care, vol. 10 (2002), S. 9.

957 Dies kann entweder dadurch geschehen, daß das Arbeitsverhältnis unter Beibehaltung der bisherigen Konditionen auf den Care Trust übertragen wird oder indem eine Abordnung des Personals an den Care Trust erfolgt. Vgl. hierzu *Department of Health, Care Trusts – Background Briefing*, Ziffer 24; zu den hierbei auftretenden Schwierigkeiten *Hudson*, *Care Trusts*, S. 86 f.

958 Die Übertragung bezieht sich auf das *commissioning* (dazu unten, S. 194 ff.) der Leistungen. Die Auswahlkriterien dafür, welche Personengruppen grundsätzlich als Leistungsempfänger in Betracht kommen, obliegt jedoch weiterhin den *Strategic Health Authorities* bzw. den *local authorities*.

959 Auch diese Delegation erfolgt nach s. 75 des NHS Act 2006; vgl. *Department of Health, Guidance on Governance of Care Trusts*, Ziffer 3 (noch unter Geltung von s. 31 HA 1999).

960 Vgl. *Department of Health, Care Trusts – Background Briefing*, Ziffern 16, 20.

961 Vgl. *Department of Health, Guidance on Governance of Care Trusts*, para. 15

962 Vgl. *Hudson/Henwood*, *Policy & Politics* vol. 30 (2002), S. 162; *Hudson*, *Care Trusts*, S. 86. Die gleichen Vorbehalte bestanden bereits gegen die in s. 31 HA 1999 vorgesehene Möglichkeit der Integration sozialer und Gesundheitsdienste in eine einheitlichen Organisation, s. *Glendinning* u.a., *The Health Act 1999 section 31*, S. 35 f.;

963 S.I. 2001 No. 3965.

*Commission*⁹⁶⁴ durch den *Health and Social Care Act 2008*⁹⁶⁵ nochmals zugenommen haben.

Gegen die Bildung von *Care Trusts* werden ferner dahingehend Bedenken geäußert, daß ehemals für *social services* zur Verfügung stehende Gelder in *Care Trusts* vermehrt für *health care*-Leistungen ausgegeben würden, weil die verordnenden Ärzte mit diesen vertrauter seien als mit *social care*-Leistungen.⁹⁶⁶ Nicht zuletzt aus diesen Gründen blieb die Gründung von *Care Trusts* in der Praxis hinter den Erwartungen zurück.⁹⁶⁷ Für Umsetzungsschwierigkeiten sorgten auch die unterschiedlichen Finanzregimes der NHS-Behörden einerseits und der Kommunen andererseits, insbesondere im Hinblick auf die Pflicht zur Gebührenerhebung für die erbrachten Dienste.⁹⁶⁸

In der Literatur gibt es bislang nur wenige Anhaltspunkte dafür, daß die Versuche, die Zusammenarbeit zwischen den für *health* und *social care* zuständigen Behörden zu forcieren, zu einer Verbesserung der Zugänglichkeit, der Effizienz und Effektivität der Leistungen oder zu einer Anhebung der Lebensqualität der Leistungsempfänger geführt hätten.⁹⁶⁹

Für die vorliegende Arbeit von Bedeutung ist jedoch, daß auch die *Care Trusts* Rechtspersonen sind, die für die Erbringung stationärer Langzeitpflegeleistungen zuständig sein können. Wenn im Rahmen dieser Arbeit dennoch weiterhin primär von den Kommunen und nicht stets auch von den *Care Trusts* gesprochen wird, so ist dies einerseits dem Umstand geschuldet, daß *Care Trusts* in der Praxis bislang kaum verbreitet sind, andererseits aber stets unter dem Vorbehalt zu verstehen, daß sich die jeweiligen Ausführungen grundsätzlich auch auf derartige *Care Trusts* übertragen lassen.

Neben diesen institutionellen und zuständigkeitsbezogenen Flexibilisierungen wurden auch Änderungen in den Verfahrensabläufen eingeführt, um die institutionelle Trennung von *health* und *social services* zu mildern. Als Beispiele können etwa die gegenseitige Abstimmung der Versorgungsstrukturen oder gemeinsam durchzuführende Bedarfsprüfungen⁹⁷⁰ bei Leistungsempfängern genannt werden. Die entsprechenden Regelungen werden jedoch erst weiter unten im Zusammenhang mit den betreffenden

964 Vgl. dazu unten, S. 229.

965 2008 chapter 14.

966 Vgl. *Hudson*, Ten Reasons not to Trust Care Trusts, MCC: Building knowledge for integrated care, vol. 10 (2002), S. 6.

967 *Audit Commission*, Integrated services for older people, S. 39; *Hudson*, Care Trusts, S. 83. Im Jahre 2003 existierten erst sieben derartige trusts, von denen wiederum nur auf zwei auch die Zuständigkeiten für die Erbringung von Langzeitpflegeleistungen übertragen worden war (vgl. *Glasby/Peck*, Introduction, S. 4).

968 Hierzu und zu weiteren Problemen bei der Gründung von Care Trusts s. *Hudson*, Ten Reasons not to Trust Care Trusts, Managing Community Care, vol. 10 (2002), S. 3 ff.; *ders.*, Care Trusts, S. 84 ff.

969 Vgl. *Dowling/Powell/Glending*, Conceptualising successful partnerships, Health and Social Care in the Community 12 (2004), S. 314.

970 Der *single assessment process* soll Doppelprüfungen durch NHS und die Kommunen vermeiden helfen. Näher unten, S. 167.

Verfahrensschritten dargestellt, weil sie nur die administrativen Abläufe, nicht aber auch die grundsätzliche Zuständigkeitsverteilung betreffen.

III. Stationäre Langzeitpflegeleistungen nach s. 21 NAA 1948

1. Leistungsinhalt

S. 21(1)(a) NAA 1948 verpflichtet die Kommunen unter bestimmten Voraussetzungen zur Erbringung von „*residential accommodation*“. Aus der Verknüpfung dieser Rechtsfolge mit der Leistungsvoraussetzung „*for persons [...] in need of care and attention*“ wird ersichtlich, daß unter *residential accommodation* mehr als eine bloße stationäre Unterbringung zu verstehen ist. Vielmehr umfaßt dieser Begriff auch Leistungen, die zusätzlich zur Unterbringung erbracht werden, um dem Bedarf des Leistungsempfängers an „*care and attention*“ zu entsprechen, vgl. s. 21(5) NAA 1948. Darunter fallen neben der Verpflegung vor allem die Pflegeleistungen (*personal care*) sowie Reinigungs- und Wäschereidienste.⁹⁷¹ Die *local authorities* kommen ihren Verpflichtungen aus s. 21(1) NAA 1948 daher typischerweise dadurch nach, daß sie die Anspruchsberechtigten in einem Pflegeheim unterbringen.⁹⁷² Nur ausnahmsweise kann der Verpflichtung aus s. 21(1) NAA 1948 auch allein durch die Unterbringung in einer herkömmlichen Unterkunft ohne Pflegeleistungen nachgekommen werden.⁹⁷³ Dies ist dann der Fall, wenn zwar ein Bedarf an „*care and attention*“ gegeben ist, diesem aber schon mit einer normalen Wohnunterbringung entsprochen werden kann, die verhindert, daß andere *community care*-Leistungen erforderlich werden.⁹⁷⁴

Abhängig vom individuellen Pflegebedarf können stationäre Langzeitpflegeleistungen nach s. 21(1) NAA 1948 entweder in einem *residential home* oder in einem *nursing home* erbracht werden. Gem. s. 21(8) NAA 1948 zählen im letztgenannten Fall die *nursing care*-Leistungen nicht zum Leistungsumfang nach s. 21(1) NAA 1948, sie können jedoch bei Feststellung eines entsprechenden Bedarfs als *health care* vom NHS zu erbringen sein.⁹⁷⁵ Entsprechend hat der örtlich zuständige *Primary Care Trust* der Unterbringung in einem solchen Heim zuzustimmen, s. 26 (1C) NAA 1948.

971 Vgl. *Mandelstam*, *Community Care Practice and the Law*, S. 186 f.

972 *Mandelstam*, *Community Care Practice and the Law*, S. 183.

973 *R v Newham London Borough Council ex p Medical Foundation for the Care of Victims of Torture* (1998) 30 H.L.R. 955 (QBD); *R v Bristol County Council ex parte Penfold* (1998) 1 CCLR 315, 316, 326 f.; *R v Wigan Metropolitan Borough Council ex p Tammadge* (1998) 1 CCLR 581, 584, 597; s. dazu auch *Clements*, *Community Care*, S. 155 ff.

974 Vgl. *R (Wahid) v The Mayor and Burgesses of Tower Hamlets London Borough Council* (2002) 5 CCLR 239, 248. Derartige Leistungen wurden etwa relevant bei mittellosen Asylbewerbern nach Ablehnung ihres Asylantrags, deren Hilfebedarf primär aus der Obdachlosigkeit resultierte, vgl. *R v Kensington and Chelsea Royal London Borough Council ex p Kujtim* [1999] 4 All ER 161 (CA). Zur Leistungserbringung an Asylsuchende nach Einführung von s. 21(1A) NAA 1948 vgl. *Clements/Thompson*, *Community Care*, S. 199 ff.

975 Siehe dazu oben, S. 151 ff.

Während die *health care*-Leistungen des NHS grundsätzlich unentgeltlich („*free at the point of delivery*“) in Anspruch genommen werden können, werden für *community care*-Leistungen und damit auch für *residential accommodation* nach s. 21(1)(a) NAA 1948 in Abhängigkeit von der finanziellen Leistungsfähigkeit des Empfängers Gebühren erhoben. Die Voraussetzungen, die Höhe und das Verfahren zur Ermittlung der Gebühren werden weiter unten⁹⁷⁶ beschrieben.

2. Rechtscharakter von s. 21 NAA 1948

Die englische Rechtsordnung unterscheidet bei behördlichen Aufgaben zwischen Befugnissen (*powers*), generellen Pflichten (*general duties*, auch *target duties* genannt) und spezifischen Pflichten (*specific duties*, auch als *particular* oder *absolute duties* bezeichnet).⁹⁷⁷

Auf das Vorliegen einer bloßen Befugnis deuten die Worte „*may*“ oder „*can*“ im Gesetzeswortlaut hin. Obgleich das Tätigwerden bei *powers* im behördlichen Ermessen (*discretion*) liegt, sind die Behörden dennoch verpflichtet, im jeweiligen Einzelfall ihr Ermessen den verwaltungsrechtlichen Anforderungen gemäß auszuüben.⁹⁷⁸

Bei Vorliegen einer *duty* ist die Behörde hingegen zum Tätigwerden verpflichtet. Bei *general* oder *target duties* besteht die Verpflichtung gegenüber der gesamten Bevölkerung, so daß sie vom Einzelnen gerichtlich grundsätzlich nicht durchsetzbar sind.⁹⁷⁹ Anders ist dies bei *specific duties*: diese bestehen gegenüber einzelnen Personen und verleihen diesen konkrete und durchsetzbare Rechte (*enforceable rights*).⁹⁸⁰ Sowohl die *general* als auch die *specific duties* werden in Gesetzen häufig mit den Worten „*shall*“ oder „*must*“ in Bezug genommen und lassen sich deswegen nur schwer voneinander abgrenzen. Die Annahme einer *general duty* liegt nahe, wenn das Gesetz eine weitgefasste und unpersönliche Wortwahl trifft, die einen gewissen Grad an Unbestimmtheit enthält.⁹⁸¹ Auf eine *specific duty* deutet demgegenüber die Verwendung von präzisen und persönlichen Ausdrücken hin, die darauf schließen lassen, daß der Gesetzgeber mit ihnen die Einräumung individueller, durchsetzbarer Rechte beabsichtigte.⁹⁸²

Was s. 21(1)(a) NAA 1948 („*a local authority may with the approval of the Secretary of State, and to such extent as he may direct shall, make arrangements for providing residential accommodation for persons [...] in need of care and attention*“) anbelangt, steht die Befugnis bzw. Pflicht zur Erbringung von *residential accommodation*

976 Siehe unten, S. 180 ff.

977 Vgl. zu dieser Kategorisierung *Clements/Thompson*, *Community Care and the Law*, S. 7 ff.; *Mandelstam*, *Community Care Practice and the Law*, S. 63; s. auch *Cane*, *Administrative Law*, S. 50 ff.

978 *Clements/Thompson*, *Community Care*, S. 8.

979 Vgl. *Mandelstam*, *Community Care Practice and the Law*, S. 63.

980 *Mandelstam*, *Community Care Practice and the Law*, S. 63.

981 Vgl. *R v Inner London Education Authority ex p Ali* (1990) 2 Admin LR 822, 828: „*degree of elasticity*“.

982 *Clements/Thompson*, *Community Care*, S. 8.

unter dem Vorbehalt entsprechender *directions* und *approvals*⁹⁸³ durch den *Secretary of State*. Diese finden sich in der aktuellen Fassung in Appendix 1 zu LAC 93(10)⁹⁸⁴ und enthalten im Hinblick auf Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Zuständigkeitsbereich der betreffenden Kommune haben, sowie für Personen mit einem dringlichen Pflegebedarf eine zur Leistungserbringung verpflichtende *direction*. Im Bezug auf Personen ohne festen Wohnsitz oder mit Wohnsitz im Gebiet einer anderen Kommune, die der Leistungserbringung zustimmt, räumt ein entsprechender *approval* des *Secretary of State* den Behörden eine in ihrem Ermessen stehende Befugnis zur Erbringung von stationären Langzeitpflegeleistungen ein.⁹⁸⁵

Die Frage, ob es sich bei der Verpflichtung, für den betreffenden Personenkreis stationäre Langzeitpflege zu erbringen, um eine *general* oder *specific duty* handelt, ist deswegen nicht leicht zu beantworten, weil dies vom Verfahrensstadium abhängt, in dem sich die Entscheidung über die Leistungserbringung gerade befindet. Grundsätzlich ist die in s. 21(1)(a) NAA 1948 enthaltene Verpflichtung als bloße *general duty* auszulegen.⁹⁸⁶ Hierfür spricht, daß die Einschätzung, ab welchem Grad von Pflegebedürftigkeit jemand „in need of care and attention“ im Sinne von s. 21(1) NAA 1948 ist, zu einem gewissen Umfang eine subjektive, von der jeweiligen Kommune eigenständig zu treffende Beurteilungskomponente enthält und in diesem Sinne eine gewisse Unbestimmtheit aufweist.⁹⁸⁷ Zudem verfährt die englische Rechtsprechung mit der Annahme von *specific duties* gerade im Bereich der *community care* zurückhaltend⁹⁸⁸ und geht lediglich bei s. 2(1) des *Chronically Sick and Disabled Persons Act 1970*⁹⁸⁹ (CSDPA 1970)

983 Zur Funktion von *directions* und *approvals* vgl. *Richards*, Long-term Care, S. 52.

984 Entsprechende *directions* und *approvals* waren vorher bereits in LAC 13/74, LAC 19/74, LAC (74)28 sowie in LAC 91(12) enthalten. Die betreffende Stelle in Appendix 1 zu LAC (93)10 lautet:
„2. (1) *The Secretary of State hereby -*

(a) *approves the making by local authorities of arrangements under section 21(1)(a) of the Act in relation to such extent in relation the area of persons with no settled residence and, to as the authority may consider desirable, to persons who are ordinarily resident in another local authority, with the consent of that other authority; and*

(b) *directs local authorities to make arrangements under section 21(1)(a) of the Act in relation to persons who are ordinarily resident in their area and other persons who are in urgent need thereof,*

to provide residential accommodation for persons aged 18 or over who by reason of age, illness, disability or any other circumstance are in need of care and attention not otherwise available to them.”

985 Allgemein zum Zusammenhang zwischen *ordinary residence* und der Inanspruchnahme von *community care services* s. *Clements/Thompson*, Community Care, S. 169 ff.

986 *R v Kensington and Chelsea Royal London Borough Council ex p Kujtim* [1999] 4 All ER 161, 174; vgl. auch *Woolf/Jowell/Le Sueur*, De Smith's Judicial Review, S. 543; *Clements/Thompson*, Community Care, S. 9.

987 Vgl. die Ausführungen von Lord Woolf MR in *R v Sefton Metropolis Borough Council ex p Help the Aged and others* [1997] 4 All ER 532, 543.

988 Vgl. etwa zu s. 17 des *Children Act 1989* *R (A) v Lambeth London Borough Council* (2001) 4 CCLR 486; *R v Inner London Education Authority ex p Ali* (1990) 2 Admin LR 822, 828 (zu s. 8 des *Education Act 1944*).

989 1970 chapter 44.

und bei s. 117 des *Mental Health Act 1983*⁹⁹⁰ (MHA 1983) vom Vorliegen derartiger Pflichten aus.⁹⁹¹

Obwohl also s. 21(1)(a) NAA 1948 grundsätzlich lediglich eine *general duty* darstellt, können sich aus ihr – abweichend vom Regelfall dieser Kategorie von Pflichten – trotzdem einklagbare Ansprüche einzelner hilfsbedürftiger Personen ergeben. Die Charakterisierung als *general duty* wird bei s. 21(1)(a) NAA 1948 nämlich nur so verstanden, daß den Kommunen zunächst ein gewisser Spielraum zukommt, darüber zu entscheiden, welche Personen sie als hilfebedürftig erachten. Hierüber haben sie durch die Aufstellung örtlicher „*eligibility criteria*“ zu befinden. Wenn bei einer Person schließlich ein Bedarf festgestellt ist, der die örtlichen Bedarfskriterien erfüllt, besteht diesem gegenüber allerdings eine *specific duty* zur Erbringung stationärer Langzeitpflegeleistungen. Gleichzeitig steht dem Betroffenen nun auch ein einklagbarer Anspruch gegen die Kommune auf Unterbringung in einem Pflegeheim zu.⁹⁹² Ab dem Verfahrensstadium einer positiven Entscheidung über die Leistungserbringung (*service provision decision*)⁹⁹³ kann sich die generelle Pflicht aus s. 21(1)(a) NAA 1948 somit zu einer Verpflichtung gegenüber einer bestimmten Person „kristallisieren“⁹⁹⁴. Deren Nichtbeachtung kann vom *Local Government Ombudsman* zum Anlaß genommen werden, dem Anspruchsinhaber eine Billigkeitsentschädigung zuzusprechen, wenn trotz eines festgestellten Bedarfs die Leistungen aufgrund der Finanzlage der betreffenden *local authority* nicht erbracht werden.⁹⁹⁵ Aus dieser Perspektive betrachtet läßt sich s. 21(1)(a) NAA 1948 auch als *specific* oder *absolute duty* charakterisieren,⁹⁹⁶ weshalb sie auch als „*hybrid in nature*“ bezeichnet wurde.⁹⁹⁷

Die Schwierigkeit der Einordnung von s. 21(1)(a) NAA 1948 hängt sowohl damit zusammen, daß das englische Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht nicht auf die Kategorie subjektiver individueller Rechte ausgerichtet sind, als auch damit, daß die

990 1983 chapter 20.

991 *R v Gloucestershire County Council ex p Barry* [1997] 2 All ER 1, 3, 12, 16 (HoL); *R v London Borough of Islington ex p Rixon* (1997) 1 CCLR 119, 125 (QBD); *R v Ealing District Health Authority ex p Fox* [1993] 3 All ER 170, 181; *R (IH) v Secretary of State for Home Department* (2004) 7 CCLR 147, 156, 165; *R v Kensington and Chelsea Royal London Borough Council ex p Kujtim* [1999] 4 All ER 161, 173 f. (CA).

992 *R v Sefton Metropolitan Borough Council ex p Help the Aged and others* [1997] 4 All ER 532, 542 f.; *R v Wigan Metropolitan Borough Council ex p Tammadge* (1998) 1 CCLR 581, 582; *R v Kensington and Chelsea Royal London Borough Council ex p Kujtim* [1999] 4 All ER 161, 174 f. (CA); vgl. auch *R (A) v Lambeth London Borough Council* (2001) 4 CCLR 486, 501.

993 Näher dazu unten, S. 169 ff.

994 Vgl. *Laws LJ in R (A) v Lambeth London Borough Council* (2001) 4 CCLR 486, 501: „*NAA 1948 involves the notion of a ‘target’ duty which becomes ‘crystallised’ and thus enforceable upon the happening of an event, namely a needs assessment*“. Die Vorstellung einer generellen Pflicht, die zu einer einem bestimmten Individuum geschuldeten Pflicht erstarkt, geht zurück auf *Lord Bridge in Cocks v Thanet District Council* [1983] 2 AC 286, 292 f.

995 Vgl. *Local Government Ombudsman Report No. 99/B/4621*.

996 So etwa *Mandelstam*, *Community Care Practice and the Law*, S. 188; *Palmer*, *Journal of Social Welfare and Family Law* 22 (2000), S. 469.

997 *Clements/Thompson*, *Community Care and the Law*, S. 9.

Gerichte unbestimmte Rechtsbegriffe wie etwa den Ausdruck „*in need of care and attention*“⁹⁹⁸ keiner uneingeschränkten gerichtlichen Überprüfung unterziehen. Dies soll vermeiden, daß die Gerichte ihre Meinung an die Stelle der vom Gesetzgeber mit der Entscheidungsfindung betrauten Verwaltungsbehörde setzen. Zwar prüfen die Gerichte im Rahmen einer *judicial review* Rechtsfehler (*errors of law*) inzwischen vollständig nach und entscheiden auch bei solchen Begriffen, die mehrere Interpretationsmöglichkeiten zulassen, über die zutreffende Auslegung.⁹⁹⁹ Bestehen dann aber auch bei dieser Auslegung wieder verschiedene Möglichkeiten der Anwendung auf eine bestimmte Sachverhaltskonstellation, etwa weil die Konkretisierung nach der ersten Begriffsauslegung erneut unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, dann setzen die Gerichte ihre eigenen Erwägungen nur in denjenigen Fällen an die Stelle der Behördenentscheidung, in denen letztere so sehr fehlerhaft, daß sie nicht mehr als rational bezeichnet werden kann.¹⁰⁰⁰ Aus diesem Grund kommt den Kommunen bei der Beurteilung dessen, was sie unter dieses Tatbestandsmerkmal fassen, eine gewisse „*administrative autonomy*“¹⁰⁰¹ zu,¹⁰⁰² die es nicht zuläßt, eine unmittelbare Verbindung zwischen s. 21(1)(a) NAA 1948 und der letzten Endes bestehenden Leistungsberechtigung herzustellen. Hierzu ist zunächst auf die von den lokalen Behörden aufgestellten *eligibility criteria* zu rekurrieren, die ihrerseits auslegungsbedürftige Begrifflichkeiten enthalten.

Auf diese *eligibility criteria* sowie auf das Verfahren zur Ermittlung, ob und unter welchen finanziellen Konditionen eine Person Anspruch auf stationäre Pflegeleistungen nach s. 21(1)(a) NAA 1948 hat, soll im Folgenden näher eingegangen werden.

3. *Verfahrensschritte für die Erbringung stationärer Langzeitpflegeleistungen nach s. 21 NAA 1948*

a. Überblick

Die auf den *Griffith Report*¹⁰⁰³ und das *White Paper „Caring for People. Community Care in the Next Decade and Beyond“*¹⁰⁰⁴ zurückgehenden *community care-*

998 Vgl. Lord Clyde in *v Gloucestershire County Council ex p Barry* [1997] 2 All ER 1, 16: „*The words ‘necessary’ and ‘needs’ are both relative expressions, admitting in each case a considerable range of meaning.*“

999 Vgl. *R v Lord President of the Privy Council ex p Page* [1993] A.C. 682. Zum gegenwärtigen Stand des *case law* bezüglich der „*review of law*“ s. etwa *Craig*, *Administrative Law*, S. 454 ff.

1000 *R v Monopolies and Mergers Commission ex p South Yorkshire Transport Ltd.* [1993] 1 W.L.R. 23, 31 f.

1001 *Craig*, *Administrative Law*, S. 466.

1002 Daß die Gerichte die Interpretation des Begriffs *need* eher als „*review of law*“ denn als „*review of facts*“ ansehen, zeigt die Entscheidung *R v North and East Devon Health Authority ex p Coughlan* [2001] Q.B. 213.

1003 *Griffith*, *Community Care: Agenda for Action*; hierzu *Bamford*, *Commissioning*, S. 5 ff.; *McDonald*, *Understanding*, S. 16.

1004 *Department of Health*, *Caring for People. Community Care in the Next Decade and Beyond*, Cm. 849.

Reformen des Jahres 1993 bedeuteten die tiefgreifendsten Veränderungen in der Finanzierung, der Organisation und der Erbringung Sozialer Dienste in England seit der Schaffung des Wohlfahrtsstaats der Nachkriegszeit.¹⁰⁰⁵ Sie wiesen den Kommunen die zentrale Stellung im Zusammenhang mit der *social care* zu, indem sie diesen die Befugnis übertrugen, zu entscheiden, welche Leistungen für welche Personengruppen erbracht werden sollen und wie das hierfür benötigte Kontingent an Leistungen bereitgestellt werden kann. Das Gesundheitsministerium bezeichnete die Kommunen als „*enabling authorities*“¹⁰⁰⁶ und umschreibt ihre umfassende Rolle in der *social care* folgendermaßen:

„*The role of an enabling authority is to identify the needs for care among the population it serves, plan how best to meet those needs, set overall strategies, priorities and targets, commission and purchase as well as provide necessary services and ensure their quality and value.*“¹⁰⁰⁷

Diese verschiedenen Funktionen hat auch das Verwaltungsverfahren für die Erbringung stationärer Pflegeleistungen nach s. 21(1)(a) NAA 1948 zu erfüllen. Zunächst wird der Hilfebedarf des potentiellen Leistungsempfängers ermittelt. Basierend auf den hierdurch gewonnenen Erkenntnissen entscheiden die Sozialämter unter Rückgriff auf ihre generellen Auswahlkriterien, ob und, wenn ja, welche der Hilfebedarfe eine Leistungserbringung erforderlich machen. Auf der Grundlage eines Abgleichs der Ergebnisse der Bedarfsermittlung mit den Auswahlkriterien wird sodann ein persönlicher Pflegeplan aufgestellt. Dieser erläutert bezogen auf den jeweiligen Pflegebedürftigen im Detail die Art und den Umfang der Leistungen, die den betreffenden Hilfebedarf decken sollen.

Um die in ihrem Zuständigkeitsgebiet insgesamt benötigten sozialen Dienste bereitstellen zu können, ermitteln die Kommunen zunächst den Gesamtbedarf an Leistungen, beziehen die benötigten Leistungen sodann entweder von eigenen Betrieben oder von privaten Anbietern und kontrollieren schließlich die Leistungserbringung. Dieser Gesamtprozeß wird als „*commissioning of services*“ bezeichnet. Auf das in diesem Prozeß beschaffte Leistungskontingent greifen die kommunalen Sozialbehörden grundsätzlich¹⁰⁰⁸ zurück, wenn sie für eine Person Leistungen entsprechend dem für sie aufgestellten persönlichen Pflegeplan erbringen müssen.

b. Ermittlung des relevanten Hilfebedarfs

Im Folgenden soll zunächst auf das Verfahren eingegangen werden, in dem darüber befunden wird, ob eine bestimmte Person überhaupt Leistungen nach s. 21(1) NAA 1948 erhält.

1005 *Wistow* u.a., *Social Care Markets*, S. 160.

1006 *Department of Health*, *Caring for People*, Ziffern 3.4.3 ff.; zu den *social service departments* als *enabling authorities* ausführlich *Lewis/Glennerster*, S. 74 ff., 97 ff.

1007 *Department of Health*, *Community Care in the Next Decade and Beyond. Policy Guidance*, Ziffer 4.3.; ähnlich schon *Griffith*, *Community Care: Agenda for Action*, S. 6, Ziffer 3.8.

1008 Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Leistungsberechtigte auch einen Leistungserbringer wählen, der vom *commissioning* der *local authority* bislang nicht erfaßt war. S. dazu unten, S. 351 f.

aa. Allgemeines

Um eine Entscheidung über die Berechtigung zu stationären Langzeitpflegeleistungen nach s. 21(1) NAA 1948 treffen zu können, verpflichtet s. 47 NHSCCA 1990¹⁰⁰⁹ die Kommunen zu einer Bedarfsermittlung („*assessment of needs*“) beim potentiellen Leistungsempfänger.¹⁰¹⁰ Die Vorschrift lautet:

“(1) *Subject to subsections (5) and (6) below, where it appears to a local authority that any person for whom they may provide or arrange for the provision of community care services may be in need of any such services, the authority -*
(a) *shall carry out an assessment of his needs for those services; and*
(b) *having regard to the results of that assessment, shall then decide whether his needs call for the provision by them of any such services.*”

Dieser Verfahrensabschnitt dient dazu, den aktuellen sowie den vermuteten künftigen Hilfebedarf einer Person zu ermitteln und dessen Auswirkungen auf ihre Fähigkeit, alltägliche Verrichtungen auszuüben und ein unabhängiges Leben zu führen, sowie auf die Lebensqualität insgesamt abzuschätzen.¹⁰¹¹ Mit dieser Begutachtung werden diejenigen Hilfebedarfe eines potentiell Leistungsberechtigten evaluiert, für die generell, d.h. unabhängig vom konkreten Angebot der betreffenden Lokalbehörde, *community care*-Leistungen in Betracht kommen, d.h. es werden die sog. „*presenting needs*“¹⁰¹² festgestellt.

Das 1993 eingeführte *assessment of needs* bildet den zentralen Bestandteil der damaligen *community care*-Reformen. In ihm drückt sich die Funktion der Kommunen als „*gatekeeper*“¹⁰¹³ für den Zugang zu staatlich finanzierten *community care*-Leistungen aus. Hierdurch sollte insbesondere dem Umstand entgegengewirkt werden, daß in früherer Zeit in großem Umfang staatliche Gelder in Unterstützungsleistungen flossen, ohne daß zuvor geprüft wurde, ob hierfür im Einzelfall überhaupt ein Bedarf bestand. Dies war bei den seit den frühen 80-er Jahren gezahlten Sozialleistungen in Gestalt des *supplementary benefit* und des *income support* im Zusammenhang mit der Unterbringung in privaten Pflegeheimen der Fall gewesen, was nicht nur zu Fehlanreizen in Richtung der stationären Pflege, sondern auch zu einer erheblichen finanziellen Belastung des öffentlichen Sozialhaushaltes geführt hatte.¹⁰¹⁴

1009 In Bezug auf behinderte Erwachsene folgt diese Pflicht aus ss. 3, 4 des *Disabled Persons (Services, Consultation and Representation) Act 1986* (1986 chapter 33).

1010 Zur Pflicht zur Durchführung eines *assessment* s. *Richards*, Long-term Care, S. 68 f. Die Einführung des *assessment of needs* geht zurück auf die Vorschläge im *White Paper* des *Department of Health*, *Caring for People*, Ziffern 3.2.1 ff.; allgemein zum *assessment of needs* s. auch *Bamford*, *Commissioning and purchasing*, S. 53 ff.

1011 *Department of Health*, *Single Assessment Process*, Annex E, S. 12.

1012 *Department of Health*, *Fair Access to Care Services*, Ziffer 13.

1013 Vgl. *Richards*, Long-term Care, S. 9; *Winfield* u.a., *Paying for Care Handbook*, S. 8.

1014 Siehe oben, S. 140 f., 149.

Die in s. 47(1) NHSCCA 1990 normierte Pflicht zur Durchführung einer Bedarfsprüfung besteht unabhängig von einem Antrag des potentiellen Leistungsempfängers.¹⁰¹⁵ Es genügt, wenn das kommunale Sozialamt aufgrund eines *screening* Kenntnis von Umständen erhält, die bei der betreffenden Person einen Bedarf an *community care*-Leistungen möglich erscheinen lassen.¹⁰¹⁶ Die Schwelle hierfür ist niedrig anzusetzen.¹⁰¹⁷ Angesichts des Wortlauts von s. 47(1) NHSCCA 1990 („*for whom they may provide [...] shall carry out*“) sind sogar die konkreten Erfolgsaussichten, tatsächlich zu Leistungen berechtigt zu sein, nicht entscheidend. Die Pflicht zur Vornahme eines *assessment of needs* besteht schon dann, wenn die Erbringung von Pflegeleistungen lediglich im behördlichen Ermessen steht.¹⁰¹⁸ Hierfür genügt es, wenn der Bereich betroffen ist, in dem die *local authority* grundsätzlich berechtigt ist, soziale Dienste anzubieten,¹⁰¹⁹ auch wenn sie solche aufgrund ihrer Auswahlkriterien bei dem vermuteten Bedarf noch nicht anbieten würde. Selbst wenn bereits feststeht, daß die Kommune angesichts begrenzter Ressourcen für den vermuteten Bedarf keine Leistungen anbietet, kann sich die Behörde nicht hierauf berufen.¹⁰²⁰ Sie muß den Hilfebedarf trotzdem ermitteln, um den Umfang der sog. „*unmet needs*“ im Zuständigkeitsbereich zu identifizieren und eine Informationsbasis für künftige Planungen zu schaffen.¹⁰²¹

Unerheblich für die Pflicht zur Durchführung einer Bedarfsprüfung sind die finanziellen Umstände des potentiellen Leistungsempfängers.¹⁰²² Ebenfalls nicht zwingend erforderlich ist, daß der potentielle Leistungsempfänger seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Gebiet der betreffenden Kommune hat.¹⁰²³

1015 *Clements*, Community Care, S. 64. Ihrer Pflicht, bei Anzeichen für einen möglichen Hilfebedarf von Amts wegen ein *assessment of needs* durchzuführen, können sich die Behörden auch nicht dadurch entledigen, daß sie Briefe an Betroffene verschicken, in denen sie diese fragen, ob sie für ein *assessment* berücksichtigt werden möchten, vgl. *R v Gloucestershire County Council ex p RADAR* (1998) 1 CCLR 476, 482. In praktischer Hinsicht kann ein *assessment* aber jedenfalls bei einer Weigerung des Betroffenen letztlich nicht durchgeführt werden, dazu *Clements*, Community Care, S. 64 f.

1016 Ausführlich zur Entstehung der Pflicht, ein *assessment of needs* durchzuführen, *Clements*, Community Care, S. 62 ff., sowie *Mandelstam*, Community Care Practise and the Law, S. 112 ff.

1017 *R v Bristol CC ex p Penfold* (1998) 1 CCLR 315, 322; s. auch die *policy guidance* des *Department of Health*, Fair Access to Care Services, Ziffer 30; dazu auch *Richards*, Long-term Care, S. 69.

1018 *Clements*, Community Care, S. 66.

1019 *R v Bristol CC ex p Penfold* (1998) 1 CCLR 315, 329; *R v Berkshire County Council ex p P* (1998) 1 CCLR 141, 146 f.

1020 *R v Bristol CC ex p Penfold* (1998) 1 CCLR 315, 316, 322 ff.; *R v Berkshire County Council ex p P* (1998) 1 CCLR 141, 146 f.

1021 *R v Bristol CC ex p Penfold* (1998) 1 CCLR 315, 322.

1022 LAC (98)19, para. 8; *Department of Health*, Fair Access to Care Services, para. 70; *Hurst*, J.P.I. Law 2005, S. 250. Davon zu unterscheiden ist die stark umstrittene Frage, ob in hinreichendem Maße vorhandene finanzielle Ressourcen des Pflegebedürftigen zu einem Entfallen des Anspruchs aus s. 21(1)(a) NAA 1948 führen können. Näher zu diesem Disput unten, S. 182 ff.

1023 Vgl. *R v Berkshire County Council ex p P* (1998) 1 CCLR 141; siehe auch *Clements*, Community Care, S. 64, Fn. 24; zum in diesem Fall bestehenden behördlichen Ermessen, Leistungen nach s. 21(1)(a) NAA 1948 zu erbringen siehe oben, S. 161.

bb. Verfahrensablauf

Einige sehr allgemein gehaltene verfahrensrechtliche Anforderungen an die Ermittlung des Hilfebedarfs sind in den *Community Care Assessment Directions 2004*¹⁰²⁴ enthalten, die als verbindliche Vorgaben vom *Secretary of State for Health* auf der Grundlage von s. 47(4) NHSCCA 1990 erlassen wurden. Die *directions* sehen vor, daß die kommunale Sozialbehörde den potentiellen Leistungsempfänger und, sofern zweckmäßig, auch dessen Pflegepersonen befragt, daß sie alle angemessenen Schritte unternimmt, um eine Vereinbarung mit dem potentiellen Leistungsempfänger und gegebenenfalls seinen Pflegepersonen über die angedachten *community care*-Leistungen zu erzielen, und daß sie den Verfahrensbeteiligten über die für die Leistungen möglicherweise anfallenden Kosten informiert.

Neben diesen speziell geregelten Anforderungen muß sich das Verfahren an den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Prinzipien orientieren. Vor allem muß gewährleistet sein, daß eine hinreichende Informationsbasis für die Leistungsentscheidung zur Verfügung steht, daß die Beurteilung nach einheitlichen Standards oder Kriterien erfolgt und daß das Verfahren auch sonst in angemessener Weise durchgeführt wird. Hierzu ist eine zügige und diskriminierungsfreie Begutachtung erforderlich,¹⁰²⁵ die Rücksicht auf die Gewohnheiten und Neigungen der Beteiligten nimmt.¹⁰²⁶

Die Ermittlung der „*presenting needs*“ muß umfassend in Bezug auf sämtliche in Betracht kommenden *community care* Leistungen geschehen. Daher sind neben den *personal care needs* auch andere Bedarfe wie etwa an sozialen Kontakten, Erholung und Unterhaltung abzuklären.¹⁰²⁷ Um potentiellen Leistungsempfängern eine Mehrfachbelastung durch Doppelprüfungen seitens des NHS und der Sozialämter zu ersparen und die Nachteile aus der gespaltenen Zuständigkeit für die *health* und die *social care* zu verringern, wurde mit dem *National Service Framework for Older People*¹⁰²⁸ ein sog. *Single Assessment Process* eingeführt.¹⁰²⁹ Danach führen NHS- und Sozialbehörden die Begutachtungstermine gemeinsam durch und tauschen die ermittelten Informationen gegenseitig aus. Das *single assessment* bezweckt eine möglichst umfangreiche Ermitt-

1024 LAC 2004(24).

1025 Dazu *Department of Health, Single Assessment Process, Annex E, S. 18 f.*

1026 Vgl. R v North Yorkshire CC ex p Hargreaves (1997) 1 CCLR 104, 111 f.

1027 Vgl. R v Haringey London Borough Council ex p Norton (1998) 1 CCLR 168, 180 f.

1028 *Department of Health, National Service Framework for Older People*. Bei diesem handelt es sich um eine *policy guidance*, die mit grundsätzlicher Bindungswirkung unter s. 7(1) LASSA 1970 erlassen wurde (s. hierzu auch unten, Fn. 1235). Weil aber im Bezug auf die Einzelheiten des *assessment* s. 47(4) NHSCCA 1990 den Erlaß von *directions* vorsieht, ist umstritten, ob aufgrund dieser Sonderregelung eine unter s. 7(1) LASSA 1970 ergangene *policy guidance* überhaupt Bindungswirkung entfalten kann. Verneinend etwa der *Court of Appeal* in R (B and H) v London Borough of Hackney [2003] EWHC 1654 (Admin), paras. 17 f.; kritisch zu dieser Entscheidung *Clements/Thompson, Community Care, S. 57*.

1029 *Department of Health, National Service Framework for Older People, S. 30 ff.*

lung der Bedarfssituation des Einzelnen und bezieht deshalb neben den *social care needs* vor allem auch gesundheitliche Aspekte ein.¹⁰³⁰

Mit welcher Intensität das *assessment* im konkreten Fall durchgeführt wird, hängt von der Komplexität der beim potentiellen Leistungsempfänger erwarteten Bedarfssituation ab. Für ältere Menschen sind vier verschiedene Begutachtungsformen vorgesehen:¹⁰³¹ im *contact assessment* werden Basisinformationen über die jeweilige Person ermittelt, außerdem wird ermittelt, ob generell *health* oder *social care needs* vorliegen. Bei einfachen Sachverhalten kann sich die Bedarfsfeststellung in dieser Begutachtung erschöpfen. Anderenfalls schließt sich entweder ein *overview assessment* (wenn verschiedenartige Pflegeaspekte beurteilt werden müssen), ein *specialist assessment* (wenn besondere Problemstellungen vorliegen, die speziell ausgebildetes Personal erfordern), oder ein *comprehensive assessment* (wenn intensive oder komplexe Unterstützungsleistungen aus verschiedenen gesundheitlichen oder pflegerischen Bereichen von Nöten sind) an.

Viele Kommunen setzen sich in sog. *Better Care – Higher Standards Charters* eigene Zeitlimits, binnen derer eine Begutachtung durchgeführt sein sollte.¹⁰³² Sie haben dabei die *practice guidance* „*Fair Access to Care Services*“ zu beachten, die speziell für ältere Personen vorgibt, daß ein *assessment* grundsätzlich binnen 48 Stunden nach Vorliegen von Anhaltspunkten für einen möglichen Bedarf an *community care*-Leistungen beginnen und innerhalb von einem Monat abgeschlossen sein sollte.¹⁰³³ Als *practice guidance* kommt dieser Zielvorgabe allerdings keine unmittelbare Bindungswirkung zu.¹⁰³⁴ Verbindliche Vorgaben bestehen nur in Bezug auf Personen, die bislang in einem Krankenhaus des NHS untergebracht sind: für diesen Personenkreis sieht der *Community Care (Delayed Discharges etc.) Act 2003*¹⁰³⁵ (CCDDA 2003) vor, daß eine Bedarfsermittlung entweder vor oder gleich nach der Einweisung in das Krankenhaus durchgeführt werden muß,¹⁰³⁶ um eine Verzögerung der Entlassung durch noch nicht bereitstehende *community care*-Leistungen zu vermeiden. Führen Kommunen die Begutachtung zu spät durch und verzögert sich hierdurch die Entlassung des Patienten aus dem Krankenhaus, drohen ihnen Strafzahlungen (sog. „*delayed discharge payments*“).¹⁰³⁷

1030 Zu einer Übersicht über die vom *assessment* umfaßten Themengebiete s. *Department of Health*, *Single Assessment Process*, Annex F.

1031 Vgl. *Department of Health*, *Single Assessment Process*, Annex E, S. 12 ff.; vgl. hierzu auch *Winfield* u.a., *Paying for Care Handbook*, S. 42 f.; *McDonald*, *Community Care*, S. 171; *Clements/Thompson*, *Community Care*, S. 75 f.

1032 *Winfield* u.a., *Paying for Care Handbook*, S. 42. Siehe auch *Clements*, *Community Care*, S. 59 ff.

1033 *Department of Health*, *Fair Access to Care Services. Practice Guidance*, Q8.7. Ähnlich (48 Stunden/28 Tage) auch der Performance-Indikator „D55“, den das CSCI bei der Evaluierung der Leistungen der *social service departments* im Hinblick auf akzeptable Wartezeiten für ein *assessment* anlegt, s. CSCI-CI 2005(5), S. 36.

1034 Vgl. *Clements*, *Community Care*, S. 19 f.

1035 2003 chapter 5.

1036 Ss. 4(2) i.V.m. 6(1), 6(2)(a), 5(3) CCDDA 2003.

1037 S. 6(2)(a) CCDDA 2003.

c. Entscheidung über die zu erbringenden Leistungen

aa. S. 47(1)(b) NHSCCA 1990

Hat das kommunale Sozialamt alle nötigen Informationen ermittelt, muß es nach s. 47(1)(b) NHSCCA 1990 in Gestalt einer „*service provision decision*“ eine Entscheidung darüber treffen, welche der festgestellten Hilfebedarfe die Bereitstellung von *community care*-Leistungen erfordern.

Nach s. 47(1)(b) NHSCCA 1990 müssen bei dieser Entscheidung die Ergebnisse der Bedarfermittlung „berücksichtigt“ werden. Der Wortlaut von s. 47(1)(b) NHSCCA 1990 („*having regard to the results of that assessment, shall then decide whether his needs call for the provision by them of any such services*“) ist nur vor dem Hintergrund der oben bereits erörterten *powers* und *duties* verständlich, die den Kommunen bei der Erbringung von *community care*-Leistungen zukommen.¹⁰³⁸ Die Vorschrift verpflichtet die Kommune deshalb nicht, Hilfeleistungen für alle festgestellten Bedarfe bereitzustellen.¹⁰³⁹ Damit geht s. 47(1)(b) NHSCCA 1990 hinsichtlich der Pflicht zur Leistungserbringung nicht über die *general duty* des s. 21(1) NAA 1948¹⁰⁴⁰ hinaus und modifiziert diese Vorschrift nicht.¹⁰⁴¹ Der Regelungszweck von s. 47(1) NHSCAA liegt vielmehr allein darin, die Kommune bei Anhaltspunkten für einen Hilfebedarf unabhängig von einem Leistungsantrag zur Durchführung eines *assessment* und einer anschließenden Entscheidung über die Leistungserbringung zu verpflichten.

Weil der Einzelne aus der *target duty* des s. 21(1)(a) NAA 1948 allein noch keine konkreten Rechte ableiten kann, kommt der „*service provision decision*“ eine besondere Bedeutung zu: erst diese befindet darüber, ob der Betreffende tatsächlich einen rechtlichen Anspruch auf stationäre Langzeitpflege hat.¹⁰⁴² Mit ihr „kristallisiert“¹⁰⁴³ sich s. 21(1)(a) NAA 1948 wie oben beschrieben zu einer dem Leistungsempfänger geschuldeten, einklagbaren „*specific public law duty*“.¹⁰⁴⁴

bb. Örtliche Auswahlkriterien

(1) Funktion

Bei der *service provision decision* geht es darum, aus den in der Begutachtung festgestellten *presenting needs* die *eligible needs* auszuwählen, also diejenigen Bedarfe, die

1038 R v Kensington and Chelsea Royal London Borough Council ex p Kujtim [1999] 4 All ER 161, 171 (CA); Richards, Long-term Care, S. 76.

1039 Richards, Long-term Care, S. 67; Clements, Community Care, S. 83; s. auch Lord Lloyd of Berwick in R v Gloucestershire County Council ex p Barry [1997] 2 All ER 1, 8: It is „*common ground, as indeed obvious from the language of s 47(1)(b), that a local authority has a discretion whether to meet a person's needs under s. 47(1).*“

1040 Siehe dazu oben, S. 161 f.

1041 R v Kensington and Chelsea Royal London Borough Council ex p Kujtim [1999] 4 All ER 161, 170 f. (CA); Richards, Long-term Care, S. 67, 76.

1042 Clements, Community Care, S. 83.

1043 R (A) v Lambeth LBC (2001) 4 CCLR 486, 501.

1044 Dazu schon oben, S. 162.

eine Leistungserbringung – etwa nach s. 21(1) NAA 1948 – erforderlich machen. Diese Entscheidung erfolgt in mehreren Schritten unter Zugrundelegung örtlicher Auswahlkriterien¹⁰⁴⁵, den sog. „*eligibility criteria*“. Diesen Auswahlkriterien, die von den Kommunen in ihren örtlichen „*Better Care, Higher Standards*“ *Charters* veröffentlicht und der Bevölkerung zugänglich gemacht werden müssen,¹⁰⁴⁶ kommt eine zweifache Funktion zu: zum einen sollen sie im Hinblick auf Gleichheitsaspekte eine einheitliche Entscheidungsbasis für die Bewilligung von Leistungen bieten,¹⁰⁴⁷ zum anderen haben sie in ökonomischer Hinsicht den Bedarf an Leistungen mit den begrenzten kommunalen Ressourcen in Einklang zu bringen. Eine der Hauptschwierigkeiten für die Kommunen bei der Erbringung von *social care* besteht nämlich darin, ihre begrenzten finanziellen Mittel so einzusetzen, daß zum einen diejenigen versorgt werden können, die die Leistungen am nötigsten haben, und daß zum anderen die Leistungsangebote trotz der Sparzwänge auf die individuellen Bedürfnisse der Leistungsempfänger zugeschnitten sind. Die *Audit Commission*, eine unabhängige staatliche Kontrollstelle, die den effizienten Einsatz öffentlicher Gelder überwacht, führt dazu aus:

„*Authorities must define what they consider to constitute a need for services, in such a way that the most disadvantaged are included but which still allows the authority to balance its budget. Furthermore, they must do so in a way that allows local flexibility and adjustment to tailor services to the particular needs of individuals as part of the assessment process. To do all this will be no mean feat.*“¹⁰⁴⁸

(2) Einfluß finanzieller Ressourcen auf die Auswahlkriterien

Bis zur Grundsatzentscheidung durch das *House of Lords* im *Gloucestershire Case*¹⁰⁴⁹ im Jahre 1997 war unklar, ob die Kommunen bei der Bestimmung der Bedarfe, die eine Leistungserbringung erfordern, Rücksicht auf die ihnen jeweils zur Verfügung stehenden Finanzmittel nehmen dürfen. Während argumentiert worden war, daß die Frage, ob etwas als „*need*“ einzustufen sei, nicht davon abhängen könne, über wieviel Mittel die jeweilige Kommune verfüge,¹⁰⁵⁰ entschied das *House of Lords* mit 3 gegen 2

1045 Siehe als Beispiel etwa die Auswahlkriterien des Wokingham Borough Council, abrufbar unter <<http://www.wokingham.gov.uk/health-social-care/social-care/eligibility-for-adults>>.

1046 *Department of Health*, Fair Access to Care Services, Ziffer 20.

1047 *Clements*, Community Care, S. 84.

1048 *Audit Commission*, Taking Care, S. 4, Ziffer 16.

1049 R v Gloucestershire County Council and another ex parte Barry [1997] 2 All ER 1; vgl. dazu *Cragg*, Community care update, Legal Action Sept. 1996, S. 16 f.; *Mullender*, Needs, Resources and the Welfare State, L.Q.R. vol. 113 (1997), S. 545 ff.; *Clements*, The Collapsing Duty (1997) 2 Judicial Review 162 ff.; *Smith*, Needs and Resources, Scots Law Times vol. 32 (1998), S. 253 ff.; *Palmer/Sunkin*, Needs: Resources and Abhorrent Choices, M.L.R. 61 (1998), S. 401 ff.; *Richards*, Long-term Care, S. 79 ff.; *McDonald*, Community Care, S. 21.

1050 S. dazu insbesondere das abweichende Votum von *Lord Lloyd of Berwick* in R v Gloucestershire County Council and another ex parte Barry [1997] 2 All ER 1, 3 ff., das zum einen auf den Begriff „*need*“ abstellt, der zwar in historischer Sicht unterschiedliche Bedeutungsgehalte aufweisen kann, nicht aber regional unterschiedlich interpretiert werden kann, je nachdem über wieviele Ressourcen die betreffende *local authority* verfügt. Zum anderen argumentiert das Sondervotum stark mit der hervorgehobenen Stellung Behinderter nach dem *Chronically Sick and Disabled Act 1970*, so daß

Stimmen zunächst im Zusammenhang mit dem *Chronically Sick and Disabled Persons Act 1970* gegenteilig: die Worte „*need*“ und „*necessary*“ in s. 2(1) des CSDPA 1970¹⁰⁵¹ seien auslegungsfähige Begriffe („*relative expressions*“), die es erlaubten, die Subsumtion der festgestellten Bedarfssituation unter diese Norm in Abhängigkeit von den vorhandenen Ressourcen vorzunehmen.¹⁰⁵² Die Rechtsprechung übertrug diese Entscheidung in der Folge auch auf die Auslegung von „*in need of care and attention*“ gem. s. 21(1)(a) NAA 1948,¹⁰⁵³ forderte allerdings, daß das Fehlen von Ressourcen nicht vorgeschoben sein dürfe, sondern gegebenenfalls von der Kommune auch belegt werden müsse.¹⁰⁵⁴

Den Entscheidungen ist zunächst darin zuzustimmen, daß die begrenzten kommunalen Ressourcen notwendigerweise in irgendeiner Form mit dem von ihnen bereitzustellenden Leistungsangebot in Einklang gebracht werden müssen. Ob die Auslegung des Begriffs „*need*“ hierfür ein geeigneter Ansatzpunkt ist, kann – wie auch die abweichenden Voten in der Gloucestershire-Entscheidung zeigen – allerdings bezweifelt werden. Denn die vom *case law* anerkannte Relativität von „*need*“ führt in letzter Konsequenz zu dem wenig überzeugenden Ergebnis, daß im Extremfall des völligen Fehlens finanzieller Mittel für die Leistungserbringung auch kein Hilfebedarf im Sinne vom s. 21(1) NAA 1948 gegeben ist.¹⁰⁵⁵ Das Fehlen von Ressourcen würde damit nicht länger zu einer Prioritätsentscheidung führen, sondern würde das Ergebnis der Auswahlentscheidung dergestalt vorherbestimmen, daß eine Auswahl im eigentlichen Sinne nicht mehr vorläge.¹⁰⁵⁶

(3) Vorgaben für die Bestimmung der „*eligible needs*“

Dem *Gloucestershire Case* lassen sich aber auch Ansätze entnehmen, die zwar von der Relativität des Begriffs „*need*“ ausgehen, die jedoch die vollkommene Abhängigkeit der Bedarfsanerkennung von den vorhandenen Ressourcen zu einem gewissen Grad dadurch durchbrechen, daß sich ihnen bestimmte Regeln für die Aufstellung der Auswahlkriterien entnehmen lassen. So merkte das *House of Lords* in dieser Entscheidung

sich die Argumentation nicht ohne weiteres auch auf s. 21(1) NAA 1948 übertragen läßt. Zur Argumentation von *Lord Lloyds of Berwick* vgl. auch *Palmer/Sunkin*, Needs: Resources and Abhorrent Choices, M.L.R. 61 (1998), S. 405 ff.

1051 S. 2(1) CSDPA 1970 lautet (auszugsweise): „*Where a local authority [...] are satisfied in the case of any person [...] that it is necessary in order to meet the needs of that person for the authority to make arrangements for all or any of the following matters [...], it shall be the duty of that authority to make those arrangements [...]*.”

1052 *R v Gloucestershire County Council and another ex parte Barry* [1997] 2 All ER 1, 16.

1053 *R v Sefton Metropolitan Borough Council ex p Help the Aged and others* [1997] 4 All ER 532; *R v Wigan Metropolitan Borough Council ex p Tammadge* (1998) 1 CCLR 581, 594 ff.; vgl. auch *Local Government Ombudsman Report No. 99/B/4624*; s. auch *Social Services Inspectorate, Care Management and Assessment: Practicioners' Guide*, S. 12 f., wo „*need*“ als „*complex*“, „*dynamic*“, „*relative*“ und „*multi-faceted concept*“ beschrieben wird.

1054 *Khana v The Mayor and Burgesses of Southwark LBC* (2001) 4 CCCL 267, 282.

1055 *Smith*, Needs and Resources, Scots Law Times vol. 32 (1998), S. 257.

1056 *Smith*, Needs and Resources, Scots Law Times vol. 32 (1998), S. 256.

an, daß die finanziellen Ressourcen nicht das allein entscheidende Kriterium hinsichtlich der Verteilung von Leistungen sein dürften. Vielmehr müßten die mit der Leistungserbringung verbundenen Kosten gegen die damit verbundenen Vorteile abgewogen werden. Hierbei müsse mitunter berücksichtigt werden, wie schwer der Einzelne betroffen ist und wie ausgeprägt sich seine Hilfsbedürftigkeit darstellt.¹⁰⁵⁷

Zudem verlangte das *House of Lords* die formale Festlegung allgemeiner Kriterien durch die jeweiligen kommunalen *social services committees*, anhand derer erstens notwendige (*necessities*) von bloß wünschenswerten Leistungen (*desirabilities*) abgegrenzt werden könnten und zweitens der Grad der Notwendigkeit (*degree of necessity*) für die Berechtigung zum Leistungsbezug beurteilt werden könne.¹⁰⁵⁸ In Reaktion auf diese Forderung erließ das Gesundheitsministerium im Jahre 2002 mit der *policy guidance* „*Fair Access to Care Services*“¹⁰⁵⁹ (FACS) einen allgemeinen Rahmen zur Bestimmung der leistungsrelevanten Bedarfe (*eligible needs*). Dieser FACS *guidance* kommt zwar nicht die Qualität formellen Rechts zu. Da es sich bei ihr jedoch um eine unter s. 7(1) LASSA 1970 erlassene *statutory guidance*¹⁰⁶⁰ handelt, müssen die Kommunen ihre Regelungen grundsätzlich befolgen, solange nicht im Einzelfall gute Gründe vorliegen, von ihnen abzuweichen.¹⁰⁶¹

Die FACS-Richtlinien verlangen, den im *assessment of needs* festgestellten Hilfebedarf dahingehend zu evaluieren, wie er sich auf die Unabhängigkeit des potentiellen Leistungsempfängers gegenwärtig auswirkt und welche Entwicklung ohne unterstützende Leistungen zukünftig zu erwarten wäre. Dazu haben die Kommunen die festgestellten Bedarfe (*presenting needs*) in ein 4-stufiges Schema einzuordnen, das je nach Beeinträchtigung der Fähigkeit, ein Leben unabhängig von fremden Hilfen zu führen, die Kategorien „kritisch“ (*critical*), „erheblich“ (*substantial*), „mäßig“ (*moderate*) und „gering“ (*low*) enthält:

“*Critical – when*

- *life is, or will be, threatened; and/or*
- *significant health problems have developed or will develop; and/or*
- *there is, or will be, little or no choice and control over vital aspects of the immediate environment; and/or*
- *serious abuse or neglect has occurred or will occur; and/or*
- *there is, or will be, an inability to carry out vital personal care or domestic routines; and/or*
- *vital involvement in work, education or learning cannot or will not be sustained; and/or*
- *vital social support systems and relationships cannot or will not be sustained; and/or*
- *vital family and other social roles and responsibilities cannot or will not be undertaken.*

Substantial – when

1057 Vgl. *R v Gloucestershire County Council and another ex parte Barry* [1997] 2 All ER 1, 16 f.

1058 *R v Gloucestershire County Council and another ex parte Barry* [1997] 2 All ER 1, 16.

1059 *Department of Health, Fair Access to Care Services*, erlassen unter s. 7(1) LASSA 1970. Ergänzend hierzu *practice guidance* des *Department of Health, Fair Access to Care Services. Practice Guidance*, 2003.

1060 Dazu *Mandelstam, Community Care Practice and the Law*, S. 64 f.

1061 *R v London Borough of Islington ex p Rixon* (1997) 1 CCLR 119, 119 f., 123 (QBD); *Mandelstam, Community Care Practice and the Law*, S. 129. Die Rechtsprechung weist den FACS-Richtlinien im Rahmen ihrer Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Zugang zu *commuity care*-Leistungen großes Gewicht zu, vgl. *R v Sheffield City Council ex p Heffernan* (2004) 7 CCLR 350, 356.

- *there is, or will be, only partial choice and control over the immediate environment; and/or*
- *abuse or neglect has occurred or will occur; and/or*
- *there is, or will be, an inability to carry out the majority of personal care or domestic routines; and/or*
- *involvement in many aspects of work, education or learning cannot or will not be sustained; and/or*
- *the majority of social support systems and relationships cannot or will not be sustained; and/or*
- *the majority of family and other social roles and responsibilities cannot or will not be undertaken.*

Moderate – when

- *there is, or will be, an inability to carry out several personal care or domestic routines; and/or*
- *involvement in several aspects of work, education or learning cannot or will not be sustained; and/or*
- *several social support systems and relationships cannot or will not be sustained; and/or*
- *several family and other social roles and responsibilities cannot or will not be undertaken.*

Low – when

- *there is, or will be, an inability to carry out one or two personal care or domestic routines; and/or*
- *involvement in one or two aspects of work, education or learning cannot or will not be sustained; and/or*
- *one or two social support systems and relationships cannot or will not be sustained; and/or*
- *one or two family and other social roles and responsibilities cannot or will not be undertaken.*¹⁰⁶²

Die Einordnung der Bedarfssituation des Einzelnen in dieses Stufenschema entscheidet darüber, ob er einen einklagbaren Anspruch auf *community care*-Leistungen hat, oder ob lediglich sog. „*unmet needs*“¹⁰⁶³ vorliegen, also eine Bedarfssituation, die nicht das für eine Leistungsberechtigung erforderliche Ausmaß erreicht und bei der aufgrund der Relativität des Bedarfsbegriffs nach der Gloucestershire-Entscheidung eigentlich auch nicht von „*needs*“ gesprochen werden kann.¹⁰⁶⁴

Die Kommunen können grundsätzlich eigenständig darüber entscheiden, ab welcher Stufe sie die Bedarfe für leistungsrelevant erachten, wo also mit anderen Worten die Schwelle anzusetzen ist, ab der *presenting needs* zu *eligible needs*¹⁰⁶⁵ werden. Auch bei dieser Entscheidung sind sie aber an Vorgaben des Gesundheitsministeriums gebunden. Nach der FACS *practice guidance* haben sie zunächst für den jeweiligen Planungszeitraum die Zahl derjenigen Personen abzuschätzen, die aktuell Leistungen erhalten oder potentiell als Leistungsempfänger hinzukommen könnten. Die Bedarfe dieser Personen sind sodann jeweils in das o.g. 4-stufige Schema einzuordnen. Schließlich sind für jede Stufe die Leistungen und die durch sie entstehenden Kosten zu schätzen, die erforderlich sind, um allen ermittelten Bedarfen nachzukommen. In einem letzten Schritt sind die benötigten Mittel mit den zur Verfügung stehenden Ressourcen abzugleichen, indem beginnend mit der höchsten Bedarfsstufe („kritisch“) die Kosten solange addiert werden, bis das finanzielle Limit der Kommunen für den Bereich der *social care* erreicht

1062 *Department of Health, Fair Access to Care Services, Ziffer 16.*

1063 Siehe *Mandelstam, Community Care and the Law, S. 118 ff.*

1064 Vgl. *R v Gloucestershire County Council and another ex parte Barry [1997] 2 All ER 1, 17.*

1065 *Department of Health, Fair Access to Care Services, Ziffer 13.*

ist.¹⁰⁶⁶ Reichen die Mittel für eine bestimmte Stufe nicht mehr vollständig aus, kann diese Stufe entweder – orientiert am Grad des Hilfebedarfs – in zwei Unterkategorien eingeteilt werden, oder es ist bei den in diese Stufe fallenden Personen bezüglich der Leistungsgewährung im Einzelfall ohne weitere Formalisierung danach zu unterscheiden, ob sie lediglich dem Durchschnitt dieser Stufe entsprechen, oder ob sie näher am Hilfebedarf einer höheren Stufe liegen.¹⁰⁶⁷

Beim Aufstellen ihrer Auswahlkriterien haben die Kommunen also letztlich darauf zu achten, daß sie Personen mit einem höheren Hilfebedarf beim Zugang zu Leistungen Vorrang gegenüber Personen mit einem geringeren Bedarf geben. Dies führte in vielen Fällen dazu, daß Leistungen für Personen mit einem weniger intensiven Hilfebedarf gestrichen wurden, obwohl diese es ihnen bislang ermöglicht hatten, selbständig in der eigenen häuslichen Umgebung zu leben. Weil diese Entwicklung aber der Philosophie des *White Papers* „*Caring for People. Community Care in the Next Decade and Beyond*“, wonach ambulante Leistungen stärker gefördert werden sollen,¹⁰⁶⁸ deutlich entgegenläuft,¹⁰⁶⁹ reagierte das *Green Paper* „*Independence, Well-being and Choice. Our vision for the future of social care for adults in England*“ nun erstmals hierauf mit der eingehenden Forderung nach präventiven *social care*-Angeboten auch für Personen mit einem (noch) geringen Hilfebedarf.¹⁰⁷⁰

Die Vorgaben für die Aufstellung der Auswahlkriterien ändern jedoch nichts daran, daß die Kommunen den Umfang der von ihnen zu erbringenden *social care*-Leistungen maßgeblich dadurch beeinflussen können, daß sie über den Teil der ihnen zur Verfügung stehenden Gelder¹⁰⁷¹ entscheiden, der auf *social services* verwendet werden soll. Ihre generelle Pflicht aus s. 21(1) NAA 1948 können die Kommunen allerdings auch durch eine restriktive Ressourcenallokation schon deshalb nicht vollkommen leerlaufen lassen, weil sich aus dem HRA 1998 gewisse Mindestanforderungen ergeben, hinter denen die Behörden bei der Aufstellung der Auswahlkriterien nicht mit Hinweis auf fehlende finanzielle Mittel zurückbleiben dürfen.¹⁰⁷² Die generelle Pflicht aus s. 21(1)(a) NAA 1948 ist hierbei im Kontext zu Art. 2 EMRK (Recht auf Leben) und Art. 3 EMRK (Verbot u.a. der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung) zu sehen, die die englischen Behörden gemäß s. 6(1) i.V.m. 1(1) HRA 1998 zu beachten haben. Demnach dürfte es etwa gegen menschenrechtliche Prinzipien verstoßen, nach nationa-

1066 *Department of Health*, Fair Access to Care Services. Practice Guidance, Q3.9. Eine ähnliche Vorgehensweise empfahl auch die *Audit Commission* in ihrem *District Audit Model*, vgl. *Audit Commission*, Taking Care, S. 5.

1067 *Department of Health*, Fair Access to Care Services. Practice Guidance, Q3.10.

1068 Vgl. *Department of Health*, Caring for People, Ziffer 1.11, wo es als zentrales Anliegen bezeichnet ist, „to promote the development of domiciliary, day and respite services to enable people to live in their own homes wherever feasible and sensible.“

1069 Vgl. *Richards*, Long-term Care, S. 81.

1070 *Department of Health*, Independence, Well-being and Choice, S. 46 f.

1071 Die finanziellen Mittel werden den *local authorities* größtenteils ohne weitere Zweckbindung von der Zentralregierung zugewiesen, nur ein Teil der Zuwendungen (etwa der *grant for mental health*) ist zweckgebunden; näher dazu *Winfield* u.a., Paying for Care Handbook, S. 11.

1072 Vgl. *Clements/Thompson*, Community Care, S. 108 ff.

lem Recht grundsätzlich bereits vorgesehene Leistungen für die nach oben genannter Kategorisierung als „critical“ einzustufenden Hilfebedarfe unter Verweis auf eine die Prioritäten anders setzende Ressourcenallokation auszuschließen.¹⁰⁷³

Mitunter wird auch vertreten, daß die Auswahlkriterien nicht so gestaltet werden dürfen, daß offensichtlich bedürftige Personen keine Leistungen erhalten.¹⁰⁷⁴ Diese Auffassung scheint insofern zweifelhaft, als in Einzelfällen auch ein lediglich geringfügiger Hilfebedarf offensichtlich sein kann. Dieser Ansicht kann somit nur unter der Einschränkung zugestimmt werden, daß sich die Offensichtlichkeit gerade aus der Schwere der Hilfebedürftigkeit ergeben muß.

Eine weitere Grenze, die es bei der Aufstellung der örtlichen Auswahlkriterien zu beachten gilt, ergibt sich aus dem Umstand, daß s. 21(1) NAA 1948 als *target duty* ausgestaltet ist. Unter Verweis auf eine anders gewichtete Finanzverteilung selbst bei *critical needs* keine Leistungen bereitzustellen, würde bedeuten, diese Vorschrift entgegen der gesetzgeberischen Intention zu einer Ermessensleistung (*discretionary power*) herabzustufen.¹⁰⁷⁵ Dies spricht indes nicht gegen den in der Gloucestershire-Entscheidung bejahten Zusammenhang zwischen den zur Verfügung stehenden Geldern und der Auslegung des Bedarfsbegriffs, verlangt aber nach einer gewissen Untergrenze¹⁰⁷⁶, an der die Relativität des Begriffs „need“ einer absoluten Inhaltsbestimmung zu weichen hat und unterhalb derer Leistungen nicht versagt werden können.

Dies bedeutet keineswegs, von den Kommunen etwas zu verlangen, was sie aufgrund ihrer finanziellen Situation nicht zu leisten imstande sind: die Pflicht aus s. 21(1)(a) NAA 1948 trifft die Kommunen als solche und nicht etwa die kommunalen Sozialämter mit ihren begrenzten Haushaltsposten in Gestalt der *social services budgets*. Ein völliges Unterlaufen der Verpflichtung kann somit durch eine Umschichtung der Ressourcenallokation innerhalb der verschiedenen kommunalen Haushaltsposten verhindert werden.¹⁰⁷⁷

Insgesamt betrachtet lassen sich drei miteinander in Verbindung stehende Faktoren ausmachen, die zu einer relativ schwachen Ausprägung der Pflicht zur Bereitstellung von *residential accommodation* nach s. 21(1) NAA 1948 führen: zu den beiden bereits

1073 *Clements/Thompson*, Community Care, S. 109.

1074 In diesem Sinne etwa *McDonald*, Community Care, S. 21.

1075 Vgl. *R v East Sussex County Council ex p Tandy* [1998] 2 All ER 769, 777.

1076 Die FACS *guidances* selbst gehen offensichtlich davon aus, daß diese Untergrenze bei einem erheblichen Hilfebedarf jedenfalls noch nicht erreicht ist. Nach ihnen dürfte es rechtmäßig sein, die Schwelle, ab der Leistungen erbracht werden sollen, unterhalb dieses Bedarfs, nämlich erst bei einem kritischen Bedarf anzusetzen, vgl. *Department of Health*, Fair Access to Care Services, Practice Guidance, Q3.9: „Starting with the critical band, if the estimated costs of providing services to individuals with needs in this band equals the resources locally available to adult social care, then the council’s eligibility framework would simply comprise the critical band“. A.A., jedoch ohne Begründung und wohl auf einer falschen Interpretation der FACS *Guidances* beruhend *Hurst*, National Health Service and Local Authority, J.P.I. Law 2005, S. 252, der es als rechtswidriges Handeln *ultra vires* ansieht, wenn *local authorities* nicht auch für die *substantial needs* Hilfeleistungen anbieten.

1077 Vgl. *Mandelstam*, Community Care and the Law, S. 128.

genannten Aspekten der ressourcenabhängigen Interpretation des Bedarfsbegriffs durch die Gerichte und des weiten Ermessensspielraums der Kommunen bei der Aufstellung der Auswahlkriterien tritt in Gestalt des weitgehenden Fehlens der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Auswahlkriterien ein weiterer Umstand hinzu, der die Position der Pflegebedürftigen gegenüber den Kommunen schwächt. Im Rahmen einer *judicial review*, die im Zusammenhang mit der Ausübung von *public functions* durch eine staatliche Stelle statthaft ist,¹⁰⁷⁸ werden prozedurale Aspekte (*procedural grounds for review*) zwar sehr umfangreich überprüft,¹⁰⁷⁹ inhaltliche Aspekte (*substantive grounds for review*) hingegen nach wie vor nur sehr eingeschränkt. D.h. es findet keine vollumfängliche gerichtliche Kontrolle statt, sondern lediglich eine Überprüfung unter einigen wenigen Anknüpfungspunkten und mit einer relativ geringen Prüfintensität.¹⁰⁸⁰ Die Aufstellung der Auswahlkriterien und die mit ihr verbundene Allokation der Finanzen einer Kommune zur Erfüllung ihrer verschiedenen Aufgaben dürfte im wesentlichen nur nach den Grundsätzen der „*Wednesbury reasonableness*“¹⁰⁸¹ überprüfbar sein,¹⁰⁸² so daß die Gerichte erst eingreifen können, wenn die Schwelle zum „Unvernünftigen“ überschritten ist („*if a decision on a competent matter is so unreasonable that no reasonable authority could ever come to it.*“).¹⁰⁸³

Dieser Maßstab spiegelt die Tradition englischer Gerichte wider, primär aus Gründen der Gewaltenteilung Entscheidungen von Verwaltungsbehörden im Hinblick auf die sachliche Beurteilung des Falles („*substance of the case*“) grundsätzlich unangetastet zu lassen („*no substitution of judgment*“) und nur eingeschränkt in eine materielle Prüfung der Entscheidung einzusteigen.¹⁰⁸⁴ Obgleich sowohl in der Literatur¹⁰⁸⁵ als auch – für die Fortbildung der *case law*-basierten englischen Rechtsordnung bedeutender – seitens der Rechtsprechung¹⁰⁸⁶ zunehmend Kritik am weitgehenden Fehlen strukturierter materieller Prüfungsmaßstäbe – wie etwa einem breit angewandten Verhältnismäßigkeits-

1078 Grundlegend zum Rechtsbehelf der *judicial review* etwa *Woolf/Jowell/Le Sueur*, De Smith's Judicial Review; ausführlich auch *Craig*, Administrative Law, S. 371 ff.; *Cane*, Administrative Law, S. 25 ff.

1079 Zu den *procedural grounds of review* vgl. *Woolf/Jowell/Le Sueur*, De Smith's Judicial Review, S. 355 ff.; *Craig*, Administrative Law, S. 371 ff.; *Cane*, Administrative Law, S. 133 ff.

1080 Zur inhaltlichen Überprüfung s. *Woolf/Jowell/Le Sueur*, De Smith's Judicial Review, S. 543 ff.; *Craig*, Administrative Law, S. 501 ff.; *Cane*, Administrative Law, S. 185 ff.

1081 Zum Prüfungsmaßstab der *Wednesbury reasonableness* etwa *Woolf/Jowell/Le Sueur*, De Smith's Judicial Review, S. 551 ff.; *Craig*, Administrative Law, S. 615 ff.

1082 Vgl. *Lord Nicholls of Birkenhead* in *R v Gloucestershire County Council ex p Barry* [1997] 2 All ER 1, 12.

1083 *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corp.* [1948] 1 B.B. 223.

1084 *Craig*, Administrative Law, S. 613 f.; vgl. auch *R v Cambridge Health Authority ex p B* [1995] 2 All ER 129, 137.

1085 S. nur *Craig*, Administrative Law, S. 642.

1086 Zur Kritik an der Beibehaltung der *Wednesbury*-Formel etwa *Lord Cooke of Thorndon* in *R v Chief Constable of Sussex ex p International Trader's Ferry Ltd.* [1999] 2 A.C. 418, 452, sowie in *R Secretary of State for the Home Department ex p Daly* [2001] 3 All ER 433, 447. Vgl. auch *Lord Slynn* in *R (Alconbury) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] 2 All ER 929, 976.

grundsatz – geübt wird, hält das *House of Lords* jedenfalls für ausschließlich nationales Recht betreffende Fälle bisher am *Wednesbury*-Test fest.¹⁰⁸⁷ Allerdings darf dabei nicht übersehen werden, daß sich das *case law* mittlerweile dahingehend entwickelt hat, daß die Gerichte trotz der formalen Beibehaltung des *Wednesbury*-Ansatzes inhaltlich eher positiv danach fragen, ob eine Entscheidung vernünftig (*reasonable*) war,¹⁰⁸⁸ und daher eine etwas höhere Prüffintensität anwenden als es die negativ formulierte *Wednesbury*-Formel vermuten läßt.¹⁰⁸⁹ Nichtsdestotrotz dürfte es für einen Kläger nur sehr schwer möglich sein, mit inhaltlichen Argumenten gegen kommunale Auswahlkriterien vorzugehen. Lord Browne-Wilkinson führt in diesem Zusammenhang in *R v East Sussex County Council ex p Tandy* aus:

„*A similar argument was put forward [...] apparently on the ground that the complainant could control the failure of a local authority to carry out its statutory duty by showing that it was acting in a way which was Wednesbury unreasonable [...] in failing to allocate the necessary resources. But with respect this is a very doubtful form of protection. Once the reasonableness of the actions of a local authority depends upon its decision how to apply scarce financial resources, the local authority's decision becomes extremely difficult to review.*“¹⁰⁹⁰

Ogleich über die zukünftige Entwicklung des *case law* nur spekuliert werden kann, sollen doch zwei Entwicklungen nicht unerwähnt bleiben, die möglicherweise zu einer gewissen Stärkung der *target duty* aus s. 21(1) NAA 1948 führen könnten. Erstens lehnte es das *House of Lords* kurz nach dem *Gloucestershire Case* in der soeben zitierten Entscheidung *R v East Sussex County Council ex p Tandy* ab, daß eine Kommune die Erfüllung der sie treffenden *statutory duty*, für eine geeignete Schulausbildung bestimmter Personen zu sorgen,¹⁰⁹¹ unter Verweis auf unzureichende finanzielle Mittel verweigern kann. Dies würde bedeuten, die *statutory duty* zu einer *discretionary power* abzuwerten.¹⁰⁹² Auch wenn das *House of Lords* in diesem Fall nicht förmlich von der *Gloucestershire*-Entscheidung abwich, sondern sich aufgrund einer anderen Sachverhaltskonstellation nicht an diese gebunden sah, läßt Lord Browne-Wilkinson in seiner Urteilsbegründung, der sich die übrigen *Lords* anschlossen, doch deutlich werden, daß er jedenfalls einen Teil der von Lord Nicholls of Birkenhead in *Gloucestershire* dargelegten Entscheidungsgründe nicht für überzeugend hält.¹⁰⁹³

Zweitens nehmen die englischen Gerichte mittlerweile auf Druck des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg¹⁰⁹⁴ in dem Bereich, in dem Rechte der

1087 So ausdrücklich *Dyson LJ* in *R (Association of British Civilian Internees: Far East Region) v Secretary of State for Defence* [2003] Q.B. 1397, 1412 ff.; s. auch *R v Secretary of State for the Home Department ex p Brind* [1991] 1 AC 696.

1088 Vgl. etwa *R v Lord Saville of Newdigate ex p A* [2000] 1 W.L.R. 1855, 1866; *R v North and East Devon Health Authority ex p Coughlan* [2001] Q.B. 213, 244.

1089 Vgl. *Craig*, *Administrative Law*, S. 617 f.

1090 *R v East Sussex County Council ex p Tandy* [1998] 2 All ER 769, 777.

1091 Diese Pflicht war zum Zeitpunkt der Entscheidung in s. 298 des *Education Act 1993* (1993 chapter 35) bzw. s. 19 des *Education Act 1996* (1993 chapter 56) enthalten.

1092 *R v East Sussex County Council ex p Tandy* [1998] 2 All ER 769, 777.

1093 Vgl. *R v East Sussex County Council ex p Tandy* [1998] 2 All ER 769, 777.

1094 Vgl. *Smith and Grady v United Kingdom* (1999) 29 E.H.R.R. 493.

EMRK eine Rolle spielen, eine intensivere inhaltliche Überprüfung von Entscheidungen vor, indem sie diese einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterziehen.¹⁰⁹⁵ Angesichts des oben bereits aufgezeigten Zusammenhangs der Leistungen nach s. 21(1)(a) NAA 1948 mit Rechten der EMRK spricht einiges dafür, daß die Gerichte zukünftig auch bei der *judicial review* von Entscheidungen über die kommunalen Auswahlkriterien eine höhere Kontrolldichte anwenden könnten.¹⁰⁹⁶

(4) Auswahlkriterien in der Praxis

In der Praxis wurde die Grenze zu „*unmet needs*“ in der Vergangenheit oftmals erst bei einem lediglich geringen Hilfebedarf¹⁰⁹⁷ gezogen.¹⁰⁹⁸ Mittlerweile aber ist die Tendenz festzustellen, daß Kommunen Hilfen nur noch bei *substantial* oder *critical needs* anbieten.¹⁰⁹⁹ Eine Studie berichtet, daß 2007 nur noch 16 % der überprüften Kommunen Leistungen für ältere Menschen mit *moderate needs* anboten (gegenüber einem Drittel im Jahr 2006), 12 % sahen Leistungen gar nur bei *critical needs* vor.¹¹⁰⁰ Gleichzeitig ist eine gewisse Unterversorgung mit niedrigschwelligen sozialen Diensten durch die Kommunen zu konstatieren.¹¹⁰¹ Ein Bericht der *Commission for Social Care Inspection*, der ehemaligen zentralen Regulierungsbehörde in der stationären Pflege, kritisierte in diesem Zusammenhang kürzlich das stärker werdende Gefälle in der Versorgungsqualität zwischen denen, die kommunale soziale Dienste erhalten, und denen, die sich trotz eines Hilfebedarfs erst gar nicht für *community care*-Leistungen qualifizieren.¹¹⁰²

Die eigenverantwortliche Bestimmung der zur Leistungsberechtigung erforderlichen Bedarfsschwelle durch die Kommunen führt zudem dazu, daß aufgrund unterschiedlicher Auswahlkriterien ein Hilfebedürftiger von einem bestimmten Sozialamt in legiti-

1095 Vgl. R Secretary of State for the Home Department ex p Daly [2001] 3 All ER 433; R v Shayler [2003] 1 A.C. 247, 272. S. dazu etwa *Craig*, Administrative Law, S. 591 ff.; ähnlich gehen die englischen Gerichte vor, wenn sie die Verletzung von Grundfreiheiten oder sonstiger Rechte des Europäischen Gemeinschaftsrechts zu überprüfen haben, vgl. R v Chief Constable of Sussex ex p International Trader's Ferry Ltd. [1999] 2 A.C. 418.

1096 Ähnlich auch *Mandelstam*, Community Care and the Law, S. 134.

1097 So genannte „*needs indicating a low risk to independence*“.

1098 So etwa die Auswahlkriterien des London Borough of Bexley vor der Anhebung der Schwelle ab dem April 2007, vgl. <<http://www.bexley.gov.uk/service/social/pdfs/eligibilityframework.pdf>>, S. 1.

1099 S. zum Beispiel die *eligibility criteria* des Devon County Council (<http://www.devon.gov.uk/eligibility_checklist_ss14_-_rev_mar06.pdf>) oder des London Borough of Bexley seit April 2007 (<<http://www.bexley.gov.uk/service/social/pdfs/eligibilityframework.pdf>>). Ausführlich dazu Henwood/Hudson, *Lost to the System?*, S. 20; s. auch *Commission for Social Care Inspection*, *The state of social care in England 2006-07*, S. 118.

1100 *Counsel and Care*, Care Contradictions, S. 4.

1101 Dies wurde auch von der englischen Regierung erkannt, die in der Förderung präventiver Angebote ein wichtiges Element ihrer Strategie erkennt, die Pflegesysteme den geänderten demographischen Bedürfnissen anzupassen, s. *HM Government*, *The case for change*, S. 34.; *ass.*, *Putting People First*, S. 2.

1102 *Commission for Social Care Inspection*, *The state of social care in England 2006-07*, S. 126 ff.

mer Weise Leistungen möglicherweise nicht erhält, auf die er unter Umständen in einer anderen Kommune einen Anspruch hätte. Obgleich die FACS *guidances* mit dem Ziel erlassen wurden, diese Ungleichheiten zu beseitigen,¹¹⁰³ konnten sie an dieser Situation nur bedingt etwas ändern. Dieser als „*postcode lottery*“¹¹⁰⁴ kritisierte Umstand¹¹⁰⁵ wird von den Kommunen mit dem Hinweis auf demographische Unterschiede in ihren Zuständigkeitsbereichen, die zu divergierenden Gesamtbedarfsstrukturen führen, sowie unter Verweis auf die unterschiedliche Finanzkraft der einzelnen Kommunen gerechtfertigt. Diese Argumentation verliert allerdings dadurch an Gewicht, daß die jährlichen Zuschüsse der Zentralregierung an die Kommunen gerade in Abhängigkeit von der jeweiligen Bevölkerungs- und Sozialstruktur erfolgen (sog. „*Formula Spending Share*“), was die angeführten Unterschiede zu einem gewissen Grad ausgleicht.¹¹⁰⁶

(5) Zuordnung des festgestellten Hilfebedarfs zu den Auswahlkriterien

Nach s. 47(1)(b) NHSCCA 1990 ist im Anschluß an die Ermittlung der Bedarfssituation des potentiellen Leistungsempfängers eine Entscheidung darüber zu treffen, ob diese die Bereitstellung von *community care*-Leistungen erfordert (sog. „*service provision decision*“). Fällt diese anhand der örtlichen Auswahlkriterien zu treffende Entscheidung positiv aus, erstarkt die Position des Betreffenden zu einem subjektiven, einklagbaren Anspruch gegen die jeweilige Kommune.¹¹⁰⁷ Während diese bei der Aufstellung der Auswahlkriterien noch die ihr zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel berücksichtigen kann, darf nach einer positiven *service provision decision* die Leistungserbringung nicht mehr unter Verweis auf nicht ausreichende Ressourcen abgelehnt werden.¹¹⁰⁸

Auch auf andere, subtilere Methoden zur Rationierung der Leistungen darf die Behörde nach der Bejahung des Vorliegens von *eligible needs* nicht mehr zurückgreifen. Allein auf finanzielle Aspekte gestützte Wartelisten sind deshalb ebenso rechtswidrig¹¹⁰⁹ wie das Hinauszögern des Beginns der Leistungserbringung durch unnötige Verfahrensschritte, etwa indem eine nochmalige Sachverhaltsermittlung trotz einer bereits umfassend durchgeführten Begutachtung stattfindet, oder indem verschiedene, gesetzlich nicht vorgesehene Ausschüsse (wie „*allocation panels*“, „*funding panels*“, „*purchase*“

1103 *Department of Health*, LAC(2002)13 “Fair Access to Care Services”, S. 2.

1104 *Clements/Thompson*, S. 94.

1105 Siehe etwa *Registered Nursing Homes Association*, Pressemitteilung vom 29. Januar 2008 („Funding shortfall for elderly care must be tackled”).

1106 *Clements*, *Community Care*, S. 87; näher zum *Formula Spending Share* s. *Winfield* u.a., *Paying for Care Handbook*, S. 11.

1107 Vgl. *R v Sefton Metropolitan Borough Council ex p Help the Aged and others* [1997] 4 All ER 532; *Mandelstam*, *Community Care Practice and the Law*, S. 120; s. auch oben, S. 162.

1108 *R v Sefton Metropolitan Borough Council ex p Help the Aged and others* [1997] 4 All ER 532; Vgl. *R v Wigan Metropolitan BC ex p Tammadge* (1998) 1 CCLR 581; *Department of Health*, CI 92(34); *Winfield* u.a., *Paying for Care Handbook*, S. 265.

1109 Vgl. *R v South Lanarkshire Council ex p MacGregor* (2001) 4 CCLR 188 zu s. 12 des *Social Work (Scotland) Act 1968* (1968 chapter 49).

„*sing panels*“ oder „*quality control panels*“) vor dem Beginn der Leistungserbringung die Entscheidung über die Leistungsgewährung nochmals überprüfen.¹¹¹⁰

Großzügiger sind die Gerichte demgegenüber, wenn der sofortige Beginn der Leistungserbringung nicht aufgrund fehlender finanzieller Mittel sondern wegen eines Kapazitätsengpasses bezüglich der infrastrukturellen Gegebenheiten in der Kommune nicht möglich ist. Allerdings sind die Sozialämter in dieser Situation verpflichtet, sich ernsthaft und entschieden um eine Behebung des Engpasses zu bemühen und einstweilen Übergangsleistungen anzubieten.¹¹¹¹

Während der Leistungsberechtigte diesen „Rationalisierungsmethoden“ unter Anrufung der Gerichte durchaus Einhalt gebieten kann, ist ihm dies nur schwer möglich, wenn die Kommunen versuchen, schon die Entstehung von Ansprüchen zu unterlaufen, indem sie – *contra legem* – bereits bei der Ermittlung des Hilfebedarfs „strategisch“ vorgehen und im Hinblick auf ihre finanzielle Lage die Bedarfssituation entgegen den tatsächlichen Gegebenheiten zu gering einschätzen oder so einstufen, daß sie eine Leistungserbringung nicht erforderlich erscheinen lassen.¹¹¹² Ähnlich wie die Aufstellung der Auswahlkriterien können die wertenden Entscheidungen der *care manager* der kommunalen Sozialämter bei der Beurteilung der *presenting needs* und deren Einordnung unter die Auswahlkriterien von den Gerichten – von prozeduralen Fehlern abgesehen – nur eingeschränkt, nämlich nach den oben bereits dargestellten Grundsätzen der „*Wednesbury reasonableness*“, überprüft werden.¹¹¹³ Einige Entscheidungen deuten allerdings darauf hin, daß die Gerichte als zu hart empfundene Behördenentscheidungen dadurch zu korrigieren versuchen, daß sie, anstatt auf inhaltliche Aspekte abzustellen, sehr detaillierte Verfahrensbedingungen aufstellen und deren Einhaltung eingehend überprüfen.¹¹¹⁴

cc. Auswirkung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Pflegebedürftigen auf die Erbringung stationärer Langzeitpflegeleistungen

Bevor bei Vorliegen eines entsprechenden Pflegebedarfs stationäre Langzeitpflegeleistungen nach s. 21(1) NAA 1948 bewilligt werden können, müssen – von Eilfällen abgesehen – zunächst noch die finanziellen Bedingungen der Heimunterbringung geklärt werden.

1110 Vgl. *Clements*, Community Care, S. 94, 96 f.; *Mandelstam*, Community Care and the Law, S. 122 ff.

1111 R v London Borough Council of Lambeth ex p A1 and A2 (1998) 1 CCLR 336, 348 f.

1112 Von diesem Vorgehen berichten etwa *Lewis/Glennerster*, Implementing, S. 15; *Mandelstam*, Community Care and the Law, S. 123; vgl. auch *Clements/Thompson*, Community Care, S. 114.

1113 Vgl. *Clements/Thompson*, Community Care, S. 114.

1114 Vgl. R v Birmingham County Council ex p Killigrew (2000) 3 CCRL 109; R v Lambeth London Borough Council (2000) 3 CCLR 141; R (Goldsmith) v Wandsworth London Borough Council (2004) 7 CCLR 472; vgl. auch R v Ealing London Borough Council ex p C (2000) 3 CCLR 122, wo zwar auch eine *Wednesbury unreasonableness* angenommen wurde, die Gründe aber eher auf Verfahrensfehler hinweisen. Dazu auch *Clements/Thompson*, Community Care, S. 114 ff.

(1) Bedürftigkeitsabhängige Pflicht zur Erstattung der Heimgebühren

Bei s. 21(1) NAA 1948 handelt es sich um einen sog. „*means-tested service*“. Gemäß ss. 22, 26 des NAA 1948 sind die Kommunen verpflichtet, von den Pflegebedürftigen – abhängig von deren finanzieller Leistungsfähigkeit – Gebühren für die stationäre Unterbringung nach s. 21(1) NAA 1948 zu erheben und sich auf diese Weise die für ihre Unterbringung im Pflegeheim entstehenden Kosten zurückzuholen.¹¹¹⁵ Dieses Erstattungsmodell kommt grundsätzlich auch bei einer Unterbringung in einem privat betriebenen Pflegeheim zur Anwendung, weil es das Gesetz auch hier als Regelfall ansieht, daß die Kosten zunächst vollumfänglich von der Kommune übernommen und dieser dann vom Pflegebedürftigen erstattet werden, vgl. s. 26(2), (3) NAA 1948.¹¹¹⁶

In diesem Aspekt unterscheiden sich Leistungen nach s. 21(1) NAA 1948 zum einen von ambulanten *community care*-Leistungen, bei denen es im Ermessen der jeweiligen Kommune liegt, Gebühren zu erheben, sowie zum anderen von gebührenfreien *continuing healthcare*-Leistungen des NHS.¹¹¹⁷

(2) Bedürftigkeitsprüfung

Die Pflicht der Kommunen zur Gebührenerhebung steht gem. s. 22(3) NAA 1948 unter dem Vorbehalt der finanziellen Leistungsfähigkeit des jeweiligen Heimbewohners. Um zu ermitteln, ob und in welcher Höhe der Leistungsempfänger zu einem finanziellen Beitrag für seine stationäre Unterbringung in einem Pflegeheim herangezogen werden kann, wird eine Prüfung seiner finanziellen Bedürftigkeit, ein sog. „*assessment of resources*“, durchgeführt. Hierbei werden das vorhandene Vermögen sowie die Einkünfte des Bewohners ermittelt. Einzelheiten des Verfahrens sowie Details im Hinblick auf die Frage, welche Vermögensgegenstände bei dieser Begutachtung ganz, teilweise oder zumindest vorübergehend unberücksichtigt bleiben, sind in der *National Assistance (Assessment of Resources) Regulations 1992*¹¹¹⁸ sowie im unter s. 7(1) LASSA 1970 erlassenen *Charging for Residential Accommodation Guide 2010* (CRAG 2010)¹¹¹⁹ geregelt.

Übersteigt das ermittelte Vermögen eine Grenze von derzeit £ 23.250 (sog. „*upper capital limit*“), so hat der Heimbewohner die gesamten Kosten für Unterkunft, Verpflegung und *personal care* alleine zu tragen und erhält keine finanzielle Unterstützung

1115 Der Vorschlag der *Royal Commission on Long Term Care*, sowohl *nursing* als auch *personal care* in stationären Einrichtungen ohne Erhebung von Gebühren anzubieten, konnte sich in England jedenfalls bezüglich der *personal care*-Komponente bislang nicht durchsetzen. S. dazu oben, S. 152.

1116 Hiervon abweichend können die *local authority*, der Pflegebedürftige und der Heimträger allerdings auch übereinkommen, daß der Pflegebedürftige den von ihm zu tragenden Anteil an den Gebühren direkt an das Heim zahlt und die *local authority* lediglich die Differenz zum gesamten Pflegesatz übernimmt, vgl. s. 26(3A) NAA 1948.

1117 Dies gilt auch im Hinblick auf die Kosten für Unterkunft und Verpflegung. Zu Eigenbeteiligungen bei Leistungen des NHS s. oben, S. 147.

1118 S.I. 1992 No. 2977.

1119 *Department of Health, Charging for Residential Accommodation Guide* (CRAG) 2010.

durch die Kommune.¹¹²⁰ Weist das Vermögen einen Wert von £ 23.250 oder weniger auf, werden die dem Bewohner zur Verfügung stehenden Gesamteinkünfte ermittelt, aufgrund derer sich die Höhe der von ihm selbst zu tragenden Gebühren bemißt. Dazu wird zunächst ein fiktives wöchentliches Einkommen aus dem vorhandenen Vermögen errechnet. Ein Grundkapital von £ 14.250¹¹²¹ („*lower capital limit*“) bleibt hierbei verschont. Für jeden vollen Betrag von £ 250, den das Kapital die untere Kapitalgrenze übersteigt, wird bis hin zur oberen Kapitalgrenze ein fiktives *tariff income* von jeweils £ 1 pro Woche angenommen.¹¹²² Aus diesem *tariff income* und dem sonst ermittelten wöchentlichen Einkommen wird ein Gesamteinkommen ermittelt, das nun abzüglich einer für den persönlichen Bedarf zur Verfügung stehenden wöchentlichen *Personal Expenses Allowance* von derzeit £ 22,30 zur Zahlung der Heimgebühren herangezogen wird.¹¹²³ Im Detail stellt sich die Berechnung des gesamten zur Verfügung stehenden Einkommens überaus kompliziert dar, insbesondere wenn von Ehegatten gemeinsam genutztes Kapital vorhanden ist, oder wenn Vermögenswerte in den letzten Jahren vor dem Einzug in das Pflegeheim an Dritte verschenkt oder sonst aus dem Vermögen ausgegliedert wurden.¹¹²⁴

(3) *Finanzielle Leistungsfähigkeit und anderweitige Verfügbarkeit von Pflegeleistungen*

Nach wie vor ungeklärt ist die Frage, welche Konsequenzen es für einen Anspruch auf Leistungen nach s. 21(1)(a) NAA 1948 hat, wenn die finanzielle Begutachtung ergibt, daß der Pflegebedürftige in der Lage ist, die benötigte Heimunterbringung selbst zu finanzieren.

Einige Kommunen stützen sich in dieser Situation auf den Wortlaut von s. 21(1)(a) NAA 1948 („*residential accommodation for persons [...] which is not otherwise available to them*“) und lehnen es ab, Pflegeleistungen in Heimen anzubieten, solange der Betreffende gegebenenfalls mit der Hilfe von Nahestehenden in der Lage ist, sich einen Pflegeplatz zu organisieren.¹¹²⁵ Dies ist insoweit zutreffend, als die stationäre Lang-

1120 Reg. 20 der *National Assistance (Assessment of Resources) Regulations 1992* in der durch reg. 3 der *National Assistance (Sums for Personal Requirements and Assessment of Resources) Amendment (England) Regulations 2010* (S.I. 2010 No. 211) geänderten Fassung; *Department of Health*, CRAG 2010, Rz. 6.006.

1121 Vgl. reg. 28 der *National Assistance (Assessment of Resources) Regulations 1992* in der durch reg. 3 der *National Assistance (Sums for Personal Requirements and Assessment of Resources) Amendment (England) Regulations 2010* geänderten Fassung; *Department of Health*, CRAG 2010, Rz. 6.007.

1122 Reg. 28 der *National Assistance (Assessment of Resources) Regulations 1992*; *Department of Health*, CRAG 2010, Rz. 6.009.

1123 S. 22(4) NAA 1948 i.V.m. reg. 2 der *National Assistance (Sums for Personal Requirements) (England) Regulations 2003* (S.I. 2003 No. 628) in der durch reg. 2 der *National Assistance (Sums for Personal Requirements and Assessment of Resources) Amendment (England) Regulations 2010* geänderten Fassung; *Department of Health*, CRAG 2010, Rz. 5.001 ff.

1124 Dazu etwa *Winfield* u.a., *Paying for Care Handbook*, S. 310 ff.; siehe auch *Mandelstam*, *Community Care and the Law*, S. 200 ff. m.w.N.

1125 Vgl. *Winfield* u.a., *Paying for Care Handbook*, S. 292.

zeitpflege trotz des Vorhandenseins von Vermögen, das die obere Kapitalgrenze von £ 23.250 übersteigt, jedenfalls dann nicht „anderweitig verfügbar“ ist, wenn der Betreffende sich die benötigte Hilfe weder selbst, noch mit der Hilfe von Verwandten beschaffen kann. Unklar ist jedoch, ob das Organisieren eines Heimplatzes durch die Kommune trotz des Vorliegens eines leistungsrelevanten Hilfebedarfs (der unabhängig von der finanziellen Begutachtung ermittelt werden muß¹¹²⁶) abgelehnt werden darf, wenn dem Betreffenden ausreichende finanzielle Mittel zur Verfügung stehen und er auch ohne behördliche Hilfe in der Lage ist, einen Platz in einem Pflegeheim zu erlangen. In wirtschaftlicher Hinsicht geht es dabei um die Frage, welcher Personenkreis auf die von den Kommunen vermittelten Heimplätze zurückgreifen kann, deren Pflegesätze in aller Regel unter denen für privat beschaffte Plätze liegen.¹¹²⁷ Das Gesundheitsministerium geht in seinen *guidances* in dieser Situation allein von der Verpflichtung aus, ein *assessment of needs* durchzuführen und Informationen über die Art der benötigten Leistungen zu geben. Nur in den Fällen, in denen sich die betreffenden Personen weder selbst noch mit der Hilfe von Nahestehenden um einen Heimplatz kümmern können, verweist die *guidance* auf die Pflicht der *local authorities*, einen Pflegeplatz zu organisieren.¹¹²⁸

Für ein Entfallen der Verpflichtung der Kommunen zur Bereitstellung stationärer Langzeitpflegeleistungen bei ausreichenden finanziellen Mitteln und der Fähigkeit des zu Pflegenden, sich selbst um eine Unterbringung kümmern zu können, scheint s. 21(2A) NAA 1948¹¹²⁹ zu sprechen. Diese Vorschrift schreibt den Behörden in Reaktion auf die Entscheidung des *Court of Appeal R v Sefton Metropolitan Borough Council ex p Help the Aged*¹¹³⁰ vor, bei der Beurteilung der Frage, ob für den Pflegebedürftigen Hilfe anderweitig verfügbar ist, ein Vermögen bis zur Höhe des *upper capital limit* unberücksichtigt zu lassen. Damit stellt diese Norm einen Zusammenhang zwischen der finanziellen Situation des potentiellen Leistungsempfängers und der Verpflichtung zur Leistungserbringung her.

Andererseits – und darauf läßt sich verweisen, wenn man die Leistungsverpflichtung nach s. 21(1)(a) NAA 1948 gänzlich unabhängig von der finanziellen Situation des Antragstellers sieht – besagt diese Vorschrift nicht zwingend, daß Kapital *oberhalb* des

1126 Dies dient dazu, den Überblick über den Gesamtbedarf an sozialen Diensten in der Kommune zu behalten. Näher hierzu oben, S. 166 f.

1127 Vgl. *Joseph Rowntree Foundation*, Finding 678 (June 1998): Disparities between market rates and state funding of residential care.

1128 Vgl. LAC (98)19, para. 10.

1129 Die Vorschrift lautet: “*In determining for the purposes of paragraph (a) or (aa) of subsection (1) of this section whether care and attention are otherwise available to a person, a local authority shall disregard so much of the person's resources as may be specified in, or determined in accordance with, regulations made by the Secretary of State for the purposes of this subsection.*” Zu dieser Regelung s. *Richards*, Long-term care for older people, S. 100 ff.

1130 *R v Sefton Metropolitan Borough Council ex p Help the Aged* [1997] 4 All ER 532 (CA). In diesem Fall sahen die örtlichen Kriterien eine Leistungserbringung nach s. 21(1)(a) NAA 1948 erst dann vor, wenn das Kapital des Antragstellers eine Summe von £ 1.500 unterschritt, obgleich das *upper capital limit* damals bei £ 16.000 lag. Der *Court of Appeal* befand diese Praxis für rechtswidrig.

betreffenden Kapitalwertes bei der Entscheidung über die Leistungsberechtigung berücksichtigt werden darf.¹¹³¹ Auch die Zusammenschau von ss. 21(1)(a) und 22 NAA 1948 läßt Zweifel daran aufkommen, ob eine Leistungsgewährung überhaupt jemals unter Verweis auf ausreichend vorhandene finanzielle Mittel abgelehnt werden kann. S. 22(2) NAA 1948 geht grundsätzlich von der vollen Gebührentragung durch den Leistungsempfänger aus.¹¹³² Will man die Anwendung dieser Vorschrift nicht auf die Ausnahmefälle beschränken, in denen – bei vorhandenen finanziellen Ressourcen – weder der Pflegebedürftige noch Angehörige oder sonstige nahestehende Personen eine Heimunterbringung für den Betroffenen organisieren können, wird man der Vorschrift entnehmen müssen, daß ihr ein zweistufiges Verfahren zugrunde liegt: in einem ersten Schritt wird zunächst die Pflegebedürftigkeit begutachtet und über die zur Verfügung zu stellenden Dienste entschieden, bevor in einem zweiten Schritt aufgrund einer finanziellen Begutachtung darüber zu befinden ist, welche Gebühren für die Dienste erhoben werden.¹¹³³ Daraus folgt, daß Pflegebedürftige mit einem leistungsrelevanten Bedarf auch dann einen Anspruch gegen die Kommune auf Beschaffung eines Pflegeplatzes haben, wenn sie aufgrund ihrer Vermögenslage die Gebühren vollständig zurückerstat-ten müssen.¹¹³⁴

Genau in diesem Sinne hat auch das *House of Lords* in der (in ihrer Rechtswirkung allerdings auf Schottland begrenzten) Entscheidung in *Robertson v Fife Council*¹¹³⁵ entschieden. Ob die Entscheidungsgründe auch auf England übertragen werden können,¹¹³⁶ ist jedoch fraglich. Einerseits beruht das Urteil primär auf Wortlaut und Systematik der Parallelvorschriften im schottischen Recht, ss. 12, 12A und 13 des *Social Work (Scotland) Act 1968*¹¹³⁷.¹¹³⁸ Anders als s. 21(1)(a) NAA 1948 („*residential accommodation [...] for persons [...] in need of care and attention which is not otherwise available to them*“) enthalten diese Normen aber keinen ausdrücklichen einschränken- den Zusatz, der die Verpflichtung zur Leistungserbringung davon abhängig macht, daß stationäre Pflege nicht anderweitig erlangt werden kann. Für eine Übertragbarkeit spricht andererseits aber, daß das Gericht seine Ausführungen ausdrücklich auch auf s. 21 NAA 1948 stützt und sich dabei kritisch mit der Argumentation des *Court of Appeal*

1131 So *Lord Hope of Craighead* in *Robertson v Fife Council* 2002 S.L.T. 951, 959 (HL). Anders aber *Richards*, Long-term care for older people, S. 100, die von einer „*statutory implication*“ mit einem entsprechenden Aussagegehalt spricht.

1132 Vgl. *Richards*, Long-term care for older people, S. 99.

1133 Von diesen beiden getrennten Schritten geht auch die *policy guidance* des *Department of Health*, Caring for People: Community Care in the Next Decade and Beyond, para. 3.31., aus; vgl. auch *Lord Hope of Craighead* in *Robertson v Fife Council* 2002 S.L.T. 951, 959.

1134 In diesem Sinne wohl auch *Winfield* u.a., Paying for Care Handbook, S. 278, 312, 323 f.

1135 *Robertson v Fife Council* 2002 S.L.T. 951 (HL). Kritisch zu diesem Urteil *Main/Bissett-Johnson*, The Community Care and Health (Scotland) Act 2002 and *Robertson v Fife Council*, S.L.T. 2002, S. 279 ff.

1136 Für eine Übertragbarkeit etwa *Winfield* u.a., Paying for Care Handbook, S. 312, 324.

1137 1968 chapter 49.

1138 Vgl. *Robertson v Fife Council* 2002 S.L.T. 951, 954 ff.

in *R v Sefton Metropolitan Borough Council ex p Help the Aged*¹¹³⁹ auseinander setzt,¹¹⁴⁰ einer Entscheidung, die ebenfalls s. 21 NAA 1948 betrifft. Vor dem Hintergrund des speziell für England zu dieser Frage bislang fehlendem *case law* nehmen viele Kommunen mittlerweile eine pragmatische Mittelposition ein und bieten Selbstzahlern ihre Unterstützung zumindest auf ausdrückliche Nachfrage hin an.¹¹⁴¹

dd. Aufstellung eines persönlichen Pflegeplans

Sobald die Kommune dem Pflegebedürftigen aufgrund dessen Hilfebedarfs generell Unterstützungsleistungen bewilligt hat, muß sie deren Erbringung vorbereiten. Bei diesem als „*care planning*“¹¹⁴² bezeichneten Prozeß gilt es zu entscheiden, welche der verschiedenen *community care*-Leistungen für die Hilfebedarfe des Pflegebedürftigen am besten geeignet sind, in welchem Umfang und von wem sie erbracht werden sollen und unter welchen Bedingungen und mit welchen Zielen dies geschehen soll. Die Details sollen mit dem Betroffenen abgestimmt¹¹⁴³ und in einem schriftlichen persönlichen Pflegeplan (*personal*¹¹⁴⁴*care plan*) niedergelegt werden.¹¹⁴⁵ Die Aufstellung dieser Pflegepläne ist zwar nicht zwingend gesetzlich vorgeschrieben,¹¹⁴⁶ allerdings sehen verwaltungsinterne *policy guidances*, die als bindende Vorgaben aufgrund von s. 7 LASSA 1970 erlassen wurden, an verschiedenen Stellen das Aufstellen derartiger Pläne vor.¹¹⁴⁷ Den Plänen kommt keine Vertragsqualität zu,¹¹⁴⁸ sie dienen lediglich Informations- und Dokumentationszwecken. Die *care plans* müssen regelmäßig überprüft und bei Bedarf angepaßt werden.¹¹⁴⁹

1139 *R v Sefton Metropolitan Borough Council ex p Help the Aged* [1997] 4 All ER 532 (CA).

1140 Vgl. *Robertson v Fife Council* 2002 S.L.T. 951, 959.

1141 *Commission for Social Care Inspection*, *The state of social care in England 2006-07*, S. 132.

1142 Hierzu etwa *Bamford*, *Commissioning and purchasing*, S. 59 f.

1143 *Department of Health*, *Fair Access to Care Services*, paras. 47 und 49.

1144 Diese *personal care plans* unterscheiden sich wesentlich von den unten auf S. 195 beschriebenen Plänen zur Sicherstellung der Versorgung der Pflegebedürftigen mit *community care*-Leistungen. Während letztere die Gesamtbedarfsplanung für die Erbringung aller im Zuständigkeitsbereich der betreffenden *local authority* benötigten Leistungen betreffen, beziehen sich die *personal care plans* spezifisch auf die Leistungen für den einzelnen Leistungsempfänger. Die persönlichen Pflegepläne aus dem *community care assessment* münden, wenn eine Unterbringung in einem Pflegeheim erfolgt, in den *service user's plan* (s. unten, S. 301).

1145 Zum genauen Inhalt des *Care Plans* s. *Department of Health*, *Fair Access to Care Services*, para. 47, sowie *Department of Health*, *Care Management and Assessment*, para. 4.37; bezüglich älterer Personen s. die „*Guidance on the Single Assessment Process for Older People*“, LAC 2002(1), Annex E, S. 23 f.

1146 Vgl. *R v Islington London Borough Council ex p Rixon* (1998) 1 CCLR 119, 128.

1147 *Department of Health*, *Fair Access to Care Services*, paras. 47 ff.; vgl. auch *Department of Health*, *Community Care in the Next Decade and Beyond*. *Policy Guidance*, paras. 3.24 ff.; *Department of Health*, *Care Management and Assessment*, paras. 4.1 ff.; bezogen auf den *Single Assessment Process* für ältere Personen *Department of Health*, *National Framework for Older People*, paras. 2.14 und 2.40.

1148 *Department of Health*, *Care Management and Assessment*, para. 4.38.

1149 *Department of Health*, *Fair Access to Care Services*, paras. 57 ff.

Gibt es verschiedene Leistungen, die dem Hilfebedarf des Leistungsempfängers gerecht werden, sind seine Präferenzen sowie die seiner Pflegepersonen bei der Auswahl zu berücksichtigen. Die Kommune darf die jeweils anfallenden Kosten in die Betrachtung einstellen, ohne daß diese aber automatisch den Ausschlag für eine konkrete Art der Leistungserbringung geben würden.¹¹⁵⁰ Eine grundlegende Anforderung bei der Aufstellung der Pflegepläne besteht darin, die Unabhängigkeit der Leistungsempfänger in ihrer eigenen häuslichen Umgebung so weit wie möglich aufrechtzuerhalten,¹¹⁵¹ so daß ambulanten Lösungen innerhalb der finanziellen Möglichkeiten der Kommunen grundsätzlich der Vorrang vor stationären Leistungen zu geben ist.¹¹⁵² Entsprechend darf ein *care plan* eine Unterbringung in einem Heim nicht allein deshalb vorsehen, weil es im konkreten Fall günstiger ist als eine intensive Betreuung in der häuslichen Umgebung.¹¹⁵³ In einem solchen Fall müßte die Kommune vielmehr darlegen, daß bei der konkreten Bedarfskonstellation – trotz der anders lautenden Wünsche des Betroffenen – eine Heimunterbringung die am besten geeignete Art der Leistungserbringung ist.¹¹⁵⁴ Vergegenwärtigt man sich die oben aufgezeigte Politik der Kommunen bei der Aufstellung von Auswahlkriterien, soziale Dienste primär denen anzubieten, die sie am meisten benötigen, d.h. tendenziell nur noch Personen mit *critical* oder *substantial needs*, wird deutlich, daß von der individuellen Wahlfreiheit in vielen Fällen nur wenig übrig bleibt.¹¹⁵⁵

Betrifft die Entscheidung die Wahl zwischen mehreren in Betracht kommenden Pflegeheimen, sind die *National Assistance Act 1948 (Choice of Accommodation) Directions 1992*¹¹⁵⁶ sowie die hierzu ergangene *policy guidance*¹¹⁵⁷ zu beachten. Die *directions* billigen dem Leistungsempfänger ein Recht auf die Wahl eines bestimmten Heimes zu, wenn dieses für die festgestellten Bedarfe geeignet ist, einen freien Pflegeplatz hat,

1150 *Department of Health, Community Care in the Next Decade and Beyond*, Ziffer 3.25; zur Abwägung zwischen Kosteneffizienz einerseits und Präferenzen des Leistungsempfängers andererseits vgl. *Clements, Community Care*, S. 115 ff.

1151 Vgl. etwa *Khana v The Mayor and Burgesses of Southwark London Borough Council* (2001) 4 CCCL 267, 282.

1152 Diese Grundausrichtung der Leistungserbringung betont etwa das *White Paper* des *Department of Health, Our Health, our care, our say: a new direction for community services*, S. 129, 139, eines der zentralen *policy*-Dokumente für die künftige Entwicklung der *health* und *social care*.

1153 Tatsächlich sind mit häuslichen Pflegeangeboten oftmals deutlich höhere Kosten verbunden als mit einer stationären Unterbringung, so daß viele Kommunen von Versuchen abrückten, ambulante Versorgungsformen stärker auszubauen. Vgl. *Commission for Social Care Inspection, The State of Social Care in England 2006-07*, S. 129 f.

1154 Vgl. *Khana v The Mayor and Burgesses of Southwark LBC* (2001) 4 CCCL 267, 282 f.; ähnlich bezogen auf s. 2 des *Chronically Sick and Disabled Persons Act 1970* auch *R v Lancashire County Council, ex parte Ingham and another*, Urt. v. 5. Juli 1995 (QBD). Siehe auch *Clements, Community Care*, S. 117.

1155 Skeptisch, ob tatsächlich in größerem Umfang Wahlfreiheiten bestehen, auch *Richards, Long-term Care*, S. 83 f.

1156 Erlassen durch LAC (92)27, geändert durch die *National Assistance Act 1948 (Choice of Accommodation) (Amendment) (England) Directions 2001*.

1157 LAC (2004)20.

die Leistungen zu den üblichen Bedingungen der Kommune zu erbringen bereit ist und nicht mehr an Kosten verursacht, als normalerweise für die bei dem Betreffenden festgestellten Bedarfe anfallen würden.¹¹⁵⁸ Eine Unterbringung, die höhere Kosten als die normalerweise entstehenden mit sich bringt, kann dann gewählt werden, wenn Dritte oder unter engen Voraussetzungen¹¹⁵⁹ der Leistungsempfänger selbst bereit sind, die zusätzlich anfallenden Kosten (*top-ups*) zu übernehmen.¹¹⁶⁰ Weil aber in diesen Fällen die Kommunen im Verhältnis zum Heimträger auch für die Zahlung der *top-ups* haften, versuchen sie in der Praxis, eine Unterbringung in Heimen, die eine Zuzahlung durch Dritte erfordern, nur dann zuzulassen, wenn sie das Ausfallrisiko dessen, der die Zuzahlungen übernimmt, als gering einschätzen.¹¹⁶¹

Unzulässig ist es jedoch, den Leistungsempfänger auf *top-ups* zu verweisen, wenn die Kosten für das betreffende Heim zwar über den von der Kommune normalerweise bezahlten Gebühren liegen, jedoch keine andere, der Bedarfssituation des Leistungsempfängers gerecht werdende Unterbringungsmöglichkeit besteht.¹¹⁶² Weil bei der Begutachtung des Hilfebedarfs auch die psychologischen und sozialen Bedürfnisse des Pflegebedürftigen zu berücksichtigen sind, kann es im Einzelfall rechtswidrig sein, den Betreffenden auf ein Heim zu verweisen, das weit entfernt von Verwandten und Bekannten gelegen ist,¹¹⁶³ selbst wenn das Gebührenniveau des nähergelegenen Heims über den kommunalen Standardgebühren liegt.

Das gewünschte Heim muß sich innerhalb des Vereinigten Königreichs befinden;¹¹⁶⁴ s. 56 HSCA 2001 ermächtigt den *secretary of state*, Vorschriften für eine grenzüberschreitende Unterbringung in Schottland, Nordirland, auf den Kanalinseln oder der Isle of Man zu erlassen. Diese grundsätzliche Beschränkung der von Kommunen bezahlten Heimunterbringung auf Großbritannien stellt nach richtiger Ansicht einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EGV dar,¹¹⁶⁵ weil aufgrund der auf die Standardgebühr beschränkten Kostenübernahme durch die Kommunen und an-

1158 Vgl. dir. 3 der *National Assistance Act 1948 (Choice of Accommodation) Directions 2002*, LAC 92(27), sowie para 1.3 der zugehörigen *guidance* in LAC(2004)20. Anders ist dies bei Bewohnern eines *nursing home*, deren Unterbringung nicht nach s. 21(1) NAA 1948, sondern als *NHS continuing healthcare* erbracht wird. Diese Gruppe von Bewohnern hat kein gesetzliches Recht auf Wahl des Heimes, obgleich auch ihre Wünsche bei der Entscheidung über die Unterbringung berücksichtigt werden sollen. Vgl. hierzu *Clements*, *Community Care*, S. 170.

1159 LAC (2004)20, Ziffer 3.2.

1160 LAC (2004)20, Ziffern 3.1 ff.; zur Zulässigkeit und zur Berechnung von *top-ups* ausführlich *Thompson* [u.a.], *Paying for Care*, S. 334 ff., sowie *Clements/Thompson*, *Community Care*, Rn. 7.96 ff.

1161 Vgl. *Ridout*, *Care Standards*, S. 39.

1162 Vgl. *R v Avon County Council ex p M* [1994] 2 F.C.R. 259, 259 f.; s. auch LAC (2004)20, para. 2.5.5; *Clements*, *Community Care*, S. 168.

1163 *Clements/Thompson*, *Community Care*, Rn. 7.102.

1164 Dir. 2 der *National Assistance Act 1948 (Choice of Accommodation) Directions 2002*, LAC 92(27).

1165 So auch *Clements*, *Community Care*, S. 223. Rechtsprechung des EuGH speziell zu dieser Frage existiert bislang nicht; *Clements*, a.a.O., berichtet von einem nicht veröffentlichten Rechtsstreit, der diese Thematik zum Gegenstand hatte, in dem es jedoch nicht zu einer Entscheidung kam, weil die betreffende Heimbewohnerin zuvor verstarb.

gesichts der in den übrigen EG-Ländern ebenfalls bestehenden Mindestanforderungen an den Betrieb von Pflegeheimen weder finanzielle noch gesundheitspolitische Gründe eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Ergebnis rechtfertigen.¹¹⁶⁶

ee. Direct Payments

Als Alternative zu den durch die Sozialämter aufgestellten *care plans* wurde den Leistungsberechtigten durch Erlaß des *Community Care (Direct Payments) Act 1996*¹¹⁶⁷ und die *Community Care, Services for Carers and Children's Services (Direct Payments) (England) Regulations 2003*¹¹⁶⁸ die Möglichkeit eröffnet, sich die benötigten Pflegeleistungen selbst zusammenzustellen. Hierzu erhalten sie ein bestimmtes, zweckgebundenes wöchentliches Budget, die sog. „*Direct Payments*“.¹¹⁶⁹ Diese Gelder zum Bezug von Pflegeleistungen sollen dem Leistungsempfänger Wahlmöglichkeiten, Kontrolle und Flexibilität bei der Leistungserbringung verschaffen und dazu führen, daß die zur Verfügung stehenden Gelder effizienter und besser auf die erforderlichen Bedarfskonstellationen zugeschnitten eingesetzt werden können.¹¹⁷⁰ Zwar wurde die Möglichkeit, diese Geldleistungen in Anspruch zu nehmen, im Jahre 2000 auch für ältere Personen geschaffen, allerdings erstreckt sich der sachliche Anwendungsbereich der *Direct Payments* nicht auf die stationäre Langzeitpflege,¹¹⁷¹ weil dort die Möglichkeit,

1166 Die grenzüberschreitende Inanspruchnahme von Leistungen der Krankenversicherung unterfällt den Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr (EuGH v. 28. April 1998, Rs. C-158/96, Slg. 1998 I-1931. Sie kann bei stationären Leistungen mit Blick auf die Gewährleistung der inländischen Infrastruktur zwar grundsätzlich von einer vorherigen Genehmigung abhängig gemacht werden (EuGH v. 27. Juli 2001, Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5473), diese darf allerdings nur unter engen Voraussetzungen versagt werden (EuGH v. 13. Mai 2003, Rs. C-385/99, Slg. 2003, I-4509; speziell bezogen auf den steuerfinanzierten britischen Nationalen Gesundheitsdienst EuGH v. 18. Mai 2006, Rs. C-343/04, Slg. 2006, I-4557). Vor diesem Hintergrund spricht einiges dafür, daß die Begrenzung der Wahlmöglichkeiten auf Heime in England, Wales und Schottland die Dienstleistungsfreiheit unzulässig beschränken. Angesichts des unmittelbaren Bezugs von s. 21(1) NAA 1948 auf das Risiko der Pflegebedürftigkeit sind diese stationären Leistungen, die zu einem gewissen Grad von der finanziellen Bedürftigkeit der Betroffenen abhängen, sozialversicherungsrechtlichen Leistungen wie denen der Krankenversicherung gleichzustellen. Daß sie in einem gewissen Umfang steuerfinanziert sind, stellt keinen Grund dar, der einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit *per se* rechtfertigen würde (vgl. EuGH v. 18. Mai 2006, Rs. C-343/04, Slg. 2006, I-4557). Weil aber s. 56 HSCA 2001 die Wahl einer Einrichtung im EU-Ausland mit der Ausnahme von Wales und Schottland gänzlich ausschließt, dürften die Regelungen schon ganz unabhängig von der Tatsache, daß die Infrastruktur weitgehend von privaten Trägern ohne staatliche Beteiligung an den Investitionen stammt, gegen die Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr verstoßen.

1167 1996 chapter 30, im Bezug auf England inzwischen aufgehoben durch Sched. 6(3) para. 1 des *Health and Social Care Act 2001*. Die Rechtsgrundlage für *Direct Payments* findet sich nun in s. 57 des *Health and Social Care Act 2001*.

1168 S.I. 2003 No. 762.

1169 Näher hierzu etwa *Fernandez u.a.*, *Direct Payments in England*, JSP 36 (2007), S. 97 ff.; *Bamford*, *Commissioning*, S. 42 ff.; *Clements/Thompson*, *Community Care*, S. 363 ff.; *Netten u.a.*, *Understanding Public Services*, S. 9 ff.; *Sharkey*, *Essentials*, S. 127 ff.

1170 Vgl. *Netten u.a.*, *Understanding Public Services*, S. 9.

1171 Vgl. reg. 7 der *Community Care, Services for Carers and Children's Services (Direct Payments) (England) Regulations 2003*; *direct payments* können nur für kurzzeitige Heimaufenthalte herange-

sich die benötigten Leistungen selbst zusammenzustellen und auf andere Anbieter als die Heimträger zurückzugreifen, in viel geringerem Maße besteht als bei ambulanten Sozialleistungen. In der Praxis fanden *Direct Payments* insbesondere bei älteren Menschen bislang ohnehin nur geringen Anklang.¹¹⁷² Einem aktuellen Rundschreiben des Gesundheitsministeriums ist allerdings zu entnehmen, daß *Direct Payments* oder persönliche Budgets künftig allen Beziehern von mit öffentlichen Mitteln finanzierten *adult social care* Leistungen offenstehen soll.¹¹⁷³

d. Leistungserbringung

Einer einmal entstandenen Pflicht, für eine bestimmte Person stationäre Langzeitpflege nach s. 21(1) NAA 1948 zu erbringen, kann die zuständige Kommune auf verschiedenen Wegen nachkommen. Zum einen kann sie gem. s. 21(4) NAA 1948 einen geeigneten Pflegeplatz in einem von ihr selbst betriebenen Heim oder – im Einvernehmen mit einer anderen Kommune – in einem auswärtigen kommunalen Heim anbieten. Zum anderen steht es ihr nach s. 26(1) NAA 1948 frei, auf Pflegeplätze in Heimen gemeinnütziger Organisationen oder privat-kommerzieller Träger zurückzugreifen. Die hierbei entstehende leistungserbringungsrechtliche Beziehung zwischen der Kommune und dem Träger des betreffenden Heims soll im Folgenden dargestellt werden. Auf einzelne Aspekte insbesondere der Steuerung der Qualität der zu erbringenden Leistungen wird erst an späterer Stelle ausführlicher eingegangen werden.

aa. „Mixed Economy of Care“

(1) *Community care Reformen des Jahres 1993*

Schon seit Inkrafttreten des NAA 1948 ist es den Kommunen möglich, auf Langzeitpflegeleistungen in Heimen zurückzugreifen, die von gemeinnützigen Organisationen betrieben werden.¹¹⁷⁴ Nichtsdestotrotz erfolgte die Leistungserbringung lange Zeit fast ausschließlich in den eigenen kommunalen Heimen, die oftmals noch als „*workhouses*“ unter dem *Poor Law* gedient hatten.¹¹⁷⁵ Zwar existierte auch vor den Reformen des Jahres 1993 eine Vielzahl privat betriebener *nursing care homes*, jedoch erbrachten diese keine Leistungen für die Kommunen, weil sich deren Zuständigkeiten nach s. 21(1)

zogen oder von Bewohnern von Pflegeheimen dazu verwendet werden, um tagsüber alternative Leistungen zu beziehen, s. *Department of Health, Direct Payments Guidance*, paras. 74, 77.

1172 Siehe *NHS Health and Social Care Information Centre, Community Care Statistics 2004-05. Referrals, Assessments and Packages of Care*, S. 30, Figure 8; vgl. auch *Bamford, Commissioning and purchasing*, S. 43 f.; zu den Gründen *Fernandez u.a., Direct Payments in England*, JSP 36 (2007), S. 101 ff. Der geringen Inanspruchnahme soll künftig s. 146 des *Health and Social Care Act 2008* durch eine Ausdehnung des persönlichen Anwendungsbereichs auf in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen begegnen.

1173 LAC (DH) (2008)1, paras. 19 f.

1174 Vgl. S. 26(1) NAA 1948 in seiner ursprünglichen Fassung v. 13. Mai 1948.

1175 Vgl. *Means/Morbey/Smith, From Community Care to Market Care?*, S. 165 f.; zur Entwicklung der Bedeutung von *workhouses* für ältere Personen unter dem *Poor Law* siehe *Means/Richards/Smith, Community Care*, S. 17 f.

NAA 1948 ursprünglich noch nicht auf die Erbringung von Leistungen in *nursing care homes* bezog.¹¹⁷⁶ Die Bewohner von *nursing care homes* beschafften sich die Pflegeplätze in aller Regel auf eigene Regie, zur Finanzierung konnten sie auf umfangreiche (zentral-)staatliche Sozialleistungen zurückgreifen,¹¹⁷⁷ die letztlich auch zu dem starken Ausbau des privaten Pflegeheimsektors in den 1980er Jahren führten.

Die Möglichkeit, kommerziell handelnde, d.h. in Gewinnerzielungsabsicht tätige, private Träger von *nursing* oder *residential care homes* als Leistungserbringer für Leistungen nach s. 21(1) NAA 1948 heranzuziehen, wurde den Kommunen erst 1993 im Zuge der *community care*-Reformen mit Inkrafttreten von s. 42(2) NHSCCA 1990 eröffnet, die s. 26(1) NAA entsprechend änderte.¹¹⁷⁸

Diese Reformen beruhen in weiten Teilen auf dem *White Paper* „*Caring for People. Community Care in the Next Decade and Beyond*“¹¹⁷⁹, das seinerseits auf den sog. *Griffith Report*¹¹⁸⁰ zurückgeht, den die Regierung unter *Thatcher* in Auftrag gegeben hatte, nachdem ein 1986 veröffentlichter Bericht einen dringenden Änderungsbedarf bei der Finanzierung von Pflegeleistungen angemahnt hatte.¹¹⁸¹ Umgesetzt wurden die Reformen durch den *National Health Service and Community Care Act 1990*. Ganz im Sinne des *New Public Management*-Konzeptes,¹¹⁸² das seit Ende der 1980er Jahre Einzug in die örtlichen Verwaltungen des Vereinigten Königreiches hielt, führten sie Marktmechanismen im Bereich der *social care* ein und ließen eine durch ein Nebeneinander aus öffentlichen und privaten Anbietern gekennzeichnete „*mixed economy of care*“¹¹⁸³ entstehen.

Eines der Hauptziele¹¹⁸⁴ der Reform war es, einen florierenden privaten Sektor in der in kommunaler Zuständigkeit liegenden *social care* entstehen zu lassen, um dadurch den Leistungsempfängern bessere Wahlmöglichkeiten zu eröffnen und stärker auf ihre Bedürfnisse zugeschnittene Dienste anbieten zu können.¹¹⁸⁵ Die maßgebliche Rolle für die Entscheidung, in größerem Maße als bisher auf private Leistungserbringer zurück-

1176 Vgl. oben, S. 150.

1177 Siehe dazu oben, S. 149.

1178 S. 26(1) NAA 1948 wurde erneut geändert durch s. 1(1) des *Community Care (Residential Accommodation) Act 1992* (1992 chapter 49) und enthält nun den ausdrücklichen Verweis auf kommerzielle Heimbetreiber.

1179 *Department of Health*, *Caring for People. Community Care in the Next decade and Beyond*.

1180 *Griffith*, *Community Care: Agenda for Action*, hierzu *Bamford*, *Commissioning*, S. 5 ff.; *McDonald*, *Understanding*, S. 16.

1181 *Audit Commission*, *Making a Reality of Community Care*. Der Bericht rügte insbesondere das Fehlen jeglicher systematischer Kostenkontrollmechanismen in dem primär auf zentralstaatlichen *social security benefits* beruhenden Finanzierungsmodell.

1182 *Forder* u.a., *Prices, contracts and motivations*, *Policy & Politics* 32 (2004), S. 208.

1183 *Department of Health*, *Caring for People*, Ziffern 3.4.6 ff.; *dass.*, *Community Care in the Next Decade and Beyond*, para. 4.1.; die Vorschläge hierzu entstammten dem sog. *Griffith Report* (*Griffith*, *Community Care: Agenda for Action*, para 3.4.

1184 Allgemein zu den Zielen und zum Hintergrund der Reformen s. *Lewis/Glennerster*, *Implementing*, S. 1 ff.; s. auch *McDonald*, *Understanding*, S. 16.

1185 *Department of Health*, *Caring for People*, Ziffer 1.11; s. auch *Means/Richards/Smith*, *Community Care*, S. 60 f.; vgl. etwa *Lewis/Glennerster*, *Implementing*, S. 74.

zugreifen, dürfte aber der Umstand gespielt haben, daß man einerseits zwar das unkontrollierte, mit Fehlanreizen verbundene Abfließen steuerfinanzierter Sozialleistungen in Richtung privater *residential* und *nursing care homes* stoppen wollte und aus diesem Grund die Leistungsverantwortung bei den Kommunen ansiedelte, daß man aber andererseits trotz des Wegfalls dieser Sozialleistungen ein Zusammenbrechen des privaten Langzeitpflegesektors vermeiden wollte:¹¹⁸⁶ ohne Rückgriff auf die kommerziellen Heimbetreiber hätte es an Kapazitäten gefehlt, um den Pflichten aus s. 21(1) NAA 1948 nachkommen zu können, zumal viele Kommunen in der Vergangenheit Pflegebedürftige auf die Finanzierungsalternative der zentralstaatlichen Sozialleistungen verwiesen und diese Situation dazu genutzt hatten, ihre eigenen Heime entweder zu privatisieren oder zumindest nicht weiter auszubauen.¹¹⁸⁷

Hinter den Reformen stand also die Idee, daß die Kommunen so weit wie möglich den privaten Sektor in die Leistungserbringung einbeziehen sollten.¹¹⁸⁸ Um zu vermeiden, daß diese – soweit sie dazu in der Lage waren – unter Umgehung der privaten Anbieter bevorzugt auf die in ihren eigenen Heimen bestehenden Pflegeplätze zurückgreifen,¹¹⁸⁹ wurden seitens der Regierung finanzielle Anreize zur Inanspruchnahme privat betriebener Heime geschaffen: zur Kompensation des Mehraufwandes, der durch die Übertragung der vorher beim Ministerium für Soziale Sicherheit gelegenen Finanzierungszuständigkeit im Zusammenhang mit der Unterbringung in *nursing* und *residential care homes* auf die Kommunen durch den NHSCCA 1990 entstand, bekamen diese von April 1993 bis April 1999¹¹⁹⁰ Ausgleichszahlungen in Gestalt des sog. „*Special Transitional Grant*“ von der Regierung zugewiesen. Diese waren anfangs mit der Auflage versehen, daß 85 % der Gelder auf Pflegeleistungen des privaten Sektors verwendet werden mußten.¹¹⁹¹

(2) Teilprivatisierung der Leistungserbringung

Der im Zuge der Reformen der kommunalen Sozialdienste ermöglichte Rückgriff auf privat-kommerzielle Heimträger als Alternative zur eigenhändigen Leistungserbringung durch die Kommunen ist als funktionale Privatisierung zu verstehen, weil das Tätigwerden der Privaten einen unmittelbaren Bezug zur kommunalen Aufgabenerfüllung im Zusammenhang mit der Wahrnehmung ihrer Pflichten aus s. 21(1) NAA 1948 aufweist und sich der Staat somit – anders als im Falle einer Aufgabenprivatisierung – keines-

1186 Vgl. *Lewis/Glennerster*, Implementing, S. 6 f.

1187 *Lewis/Glennerster*, Implementing, S. 4.

1188 *Department of Health*, Caring for People, paras. 1.11, 3.7.3.

1189 Zu diesen Befürchtungen vgl. *Means/Morbey/Smith*, From Community Care to Market Care?, S. 135 ff.

1190 Seit dem 1. April 1999 wird der *special transitional grant* nicht mehr gesondert ausgewiesen, er ging in die pauschalen Finanzzuweisungen an die *Local Authorities* ein, vgl. *Clements*, Community Care, S. 158 Fn. 83.

1191 S. LASSL(92)12; zur Zusammensetzung und zu den Konditionen des *special transitional grant* s. *Audit Commission*, Taking Care, S. 6 ff.; vgl. auch *Clements*, Community Care, S. 158; *Means/Richards/Smith*, Community Care, S. 61.

wegs vollständig aus der Bereitstellung von Langzeitpflegeleistungen zurückgezogen hat. Die Kompetenzen der Kommunen zur Erbringung stationärer Pflegeleistungen wurden mit den beschriebenen Reformen des Jahres 1993 im Gegenteil sogar ausgebaut und gestärkt. Weil die Kommunen aber nach wie auch selbst als Pflegeheimbetreiber auftreten, wurde die Funktionsprivatisierung der Leistungserbringung nicht vollumfänglich vorgenommen.

Nicht eindeutig zu beantworten ist die Frage, ob die Einbeziehung Privater zur Leistungserbringung auch als echtes *contracting out* von Langzeitpflegeleistungen verstanden werden kann. Dies wird in der Literatur zwar so vertreten,¹¹⁹² strenggenommen wird jedoch nicht die Erfüllung einer staatlichen Verpflichtung im Rahmen vertraglicher Absprachen auf Private übertragen,¹¹⁹³ weil s. 21(1) NAA 1948 in seiner 1972 geänderten Form die Kommunen nicht zur Erbringung von stationären Langzeitpflegeleistungen verpflichtet, sondern nur verlangt, daß sie solche Leistungen zur Verfügung stellen („*make arrangements for providing*“). Diese Pflicht können die Kommunen unter anderem dadurch erfüllen, daß sie entsprechende Verträge mit Heimen des privaten kommerziellen Sektors abschließen, s. 26 NAA 1948. Allerdings stellt die Leistungserbringung durch private Heimträger dann gerade keine vertraglich ausgegliederte Erfüllung einer eigenen öffentlich-rechtlichen Verpflichtung dar, wie es für das *contracting-out* typisch ist.¹¹⁹⁴ Weil die Kommunen andererseits durch den vertraglichen Rückgriff auf private Heime eine Alternative zur eigenhändigen Leistungserbringung erhalten und sie ohne private Leistungserbringer letztlich doch selbst auch zur Leistungserbringung verpflichtet wären, kann funktional betrachtet aber dennoch auch von einem *contracting-out* gesprochen werden. Für die Beziehung zu den Leistungserbringern des privaten Sektors nach dieser Privatisierung ist die genaue Kategorisierung indes nicht relevant, weil die forbestehende staatliche Verantwortlichkeit und damit auch das Erfordernis, in besonderer Weise auf die Leistungserbringer einzuwirken, schon unmittelbar aus der Verpflichtung der Kommunen zur Bereitstellung von Langzeitpflegeleistungen nach s. 21(1) NAA 1948 folgt.

(3) „*Purchaser/Provider Splits*“ und „*Quasi-Markets*“

Das Ziel der Reformen der kommunalen Sozialdienste von 1993, den privaten Sektor zu stärken und den Leistungsempfängern besser auf ihre Bedürfnisse zugeschnittene Leistungen anzubieten, führte zu einer tiefgreifenden internen Umstrukturierung der kommunalen Sozialämter.¹¹⁹⁵ Innerhalb der Behördenorganisation, die bislang oftmals

1192 Vgl. nur *Craig, Contracting Out, the Human Rights Act and The Scope of Judicial Review*, L.Q.R. 2002, vol. 118, S. 551 ff.; vgl. auch *Vincent-Jones, The New Public Contracting*, 181: „*Quasi-market contracting [...] closely resembles the contracting out of local authority services*“.

1193 So auch *Lord Neuberger of Abbotsbury* in *YL v Birmingham City Council* (2007) 10 CCLR 505, 548.

1194 S. dazu oben, S. 71 ff.

1195 Umfassend hierzu *Lewis/Glennerster, Implementing*, S. 43 ff.

nach Klientengruppen aufgeteilt war,¹¹⁹⁶ mußte nunmehr zwischen Kommissionierung („*commissioning*“ bzw. „*purchasing*“) und (der weiterhin in auch kommunaler Regie möglichen) Leistungserbringung („*provision*“) unterschieden, d.h. ein sog. „*purchaser/provider split*“ eingeführt werden.¹¹⁹⁷

Diese Trennung sollte einen Wettbewerb auf der Angebotsseite ermöglichen, weil nunmehr zwischen den Angeboten der *in-house provision* und denen privater Anbieter verglichen werden konnte. Sie eröffnete zudem die Möglichkeit, die Durchführung der Begutachtung des Hilfebedarfs bei potentiell Leistungsberechtigten stärker von der Ausgestaltung der existierenden eigenen Dienste abzukoppeln und die Bedarfssituation des Einzelnen stärker in den Vordergrund zu rücken („*needs-led approach*“ anstelle eines „*service-led approach*“).¹¹⁹⁸

Während jetzt die für die Leistungskommissionierung zuständigen Abteilungen darüber zu befinden haben, welche Leistungen in welchem Umfang von welchem Anbieter eingekauft werden sollen, obliegt es wiederum den *provider*-Abteilungen, losgelöst von strategischen Entscheidungen über die Struktur der kommunalen Sozialdienste für eine möglichst effektive, konkurrenzfähige Leistungserstellung in den von der Kommune betriebenen Heimen zu sorgen. Diese Einführung von *New Public Management*-Ansätzen im Bereich der sozialen Dienste in Gestalt einer Trennung von strategischen und operativen Aufgaben¹¹⁹⁹ und die damit verbundenen, aus der Privatwirtschaft übernommenen Denk- und Arbeitsansätze, die zunehmend auch nach unternehmerischen Fähigkeiten verlangten,¹²⁰⁰ wurde von vielen Angestellten als der tiefgreifendste Eingriff in ihr Arbeitsumfeld in der Geschichte der sozialen Dienste empfunden.¹²⁰¹ Entsprechend langwierig gestaltete sich die Implementation,¹²⁰² wobei die größten Schwierigkeiten im Bereich der Kommissionierung auftraten,¹²⁰³ also den Funktionen, die mit der Beschaffung der Dienste von *in-house providern* oder von privaten Heimbetreibern verbunden sind.

1196 Vgl. etwa das Beispiel bei *Lewis/Glennerster*, *Implementing*, S. 51. Die Einführung des *purchaser/provider splits* ging allerdings nicht in allen Fällen mit einer Aufgabe der Untergliederung nach *client groups* einher, vgl. *Lewis/Glennerster*, *Implementing*, S. 61, 67.

1197 Statt vieler s. *Department of Health*, *Community Care in the Next Decade and Beyond. Policy Guidance*, para. 4.6.; *Means/Morbey/Smith*, *From Community Care to Market Care?*, S. 135 ff.; *Means/Richards/Smith*, *Community Care*, S. 57 ff.; *Lewis/Glennerster*, *Implementing*, S. 74 ff.; weil neben dem reinen Einkauf von Leistungen noch andere Aufgaben wie die Bedarfsermittlung und die strategischen Entscheidungen im Zusammenhang mit dem „Ob“ und dem „Wie“ der Deckung dieses Bedarfs organisatorisch von der Leistungserstellung zu trennen sind, die häufig unter der Bezeichnung „*commissioning*“ zusammengefaßt sind (s. unten, S. 194 ff.), wird bisweilen auch vom „*commissioner/provider split*“ gesprochen.

1198 *Lewis/Glennerster*, *Implementing*, S. 75.

1199 Zu den Elementen des *New Public Management* oben, S. 104 f.

1200 *Lewis/Glennerster*, *Implementing*, S. 71 f.

1201 Dazu und zu den Auswirkungen auf die Arbeitsplatzzufriedenheit vgl. *Lewis/Glennerster*, *Implementing*, S. 72, 78 ff.; *Hadley/Clough*, *Care in chaos*, S. 34 ff.

1202 Allgemein zu den mit der Umsetzung der Umstrukturierungen verbundenen tatsächlichen Problemen vgl. etwa *Means/Morbey/Smith*, *From Community Care to Market Care?*, S. 135 ff.

1203 Vgl. *Lewis/Glennerster*, *Implementing*, S. 47, 80 ff.

Das durch den *purchaser/provider split* innerhalb der Kommunen sowie durch die Möglichkeit, Leistungen von privaten Betreibern zu kaufen, erzeugte Gegenüber von Angebot und Nachfrage wird häufig als „*quasi-market*“ bezeichnet.¹²⁰⁴ Mit „herkömmlichen“ Märkten verbindet *quasi-markets*, daß sie das staatliche Leistungserstellungsmonopol im Bereich der *social care* aufbrechen und durch eine Vielzahl unabhängiger, miteinander um Verträge konkurrierender Heimbetreiber ersetzen. Andererseits – und hierin liegt das „quasi“ begründet¹²⁰⁵ – drückt sich die Marktmacht der Konsumenten, d.h. der Heimbewohner (auch weil *Direct Payments* in der stationären Pflege nicht vorgesehen sind) nicht unmittelbar in einer finanziellen Nachfrage durch diese aus. An die Stelle der Leistungsempfänger treten die kommunalen Sozialämter, die für sie regelmäßig die betreffenden Auswahlentscheidungen treffen und in deren Hand sich die Nachfragekraft in monetärer Sicht bündelt. Ferner sind die Leistungsanbieter nicht zwingend mit Gewinnerzielungsabsicht tätig, sondern können auch andere, etwa karikative Zwecke verfolgen. Wie weiter unten¹²⁰⁶ ausführlicher zu zeigen sein wird, sind auch die Qualitätsstandards der betreffenden Dienste nicht allein den Marktkräften überlassen, sondern unterliegen weitreichenden regulatorischen Anforderungen.

bb. Leistungskommissionierung

(1) Funktionen der Kommissionierung

Die Leistungskommissionierung (*commissioning*)¹²⁰⁷ stellt das Bindeglied zwischen Bedarf und Leistungserbringung in der *social care* dar. Sie bildet das zentrale Element der Erbringung von stationären Langzeitpflegeleistungen nach s. 21(1)(a) NAA 1948 und geht inhaltlich weit über die bloße Beschaffung von Pflegeplätzen hinaus. Sie fasst all diejenigen Tätigkeiten zusammen, mit denen die Nachfrage an Leistungen mit dem Leistungsangebot in Einklang gebracht wird.¹²⁰⁸ Das Gesundheitsministerium bezeichnet sie als

„*strategic activity of assessing needs, resources and current services, and developing a strategy of how to make best use of available resources [to meet needs].*“¹²⁰⁹

Die Leistungskommissionierung besteht aus einer Reihe einzelner Verfahrensschritte.¹²¹⁰ Auf der ersten Stufe geht es darum zu entscheiden, welche Dienste im Zustän-

1204 Statt vieler etwa *Le Grand/Bartlett*, Introduction, S. 10; *Vincent-Jones*, Citizen Redress in Public Contracting for Human Services, MLR 68 (2005), S. 891 f.

1205 Vgl. *McDonald*, Community Care, S. 18; *LeGrand/Bartlett*, in: dies. [Hrsg.], Quasi-Markets and Social Policy, S. 10; *Vincent-Jones*, The New Public Contracting, S. 180 f.; *ders.*, The Regulation of Contractualisation, PL 1999, S. 306.

1206 Zur Qualitätsregulierung s. unten, S. 225 ff.

1207 Allgemein zum *commissioning* etwa *Bamford*, Commissioning, S. 18 ff.; *Netten* u.a., Understanding Public Services, S. 5 ff.

1208 *Netten* u.a., Understanding Public Services, S. 2.

1209 *Department of Health*, An introduction to Joint Commissioning, S. 3.

1210 Zum „*commissioning circle*“ s. *Department of Health*, An introduction to Joint Commissioning, S. 7 f.; vgl. auch *Wistow* u.a., Social Care Markets, S. 145 ff.

digkeitsbereich der betreffenden Kommune überhaupt benötigt werden. Dies beinhaltet zunächst die Festlegung der Bedarfskriterien, die Feststellung des konkreten Bedarfs an Leistungen sowie der zur Deckung dieses Gesamtbedarfs erforderlichen Leistungen.

Die Ergebnisse dieser Ermittlungen fließen in sog. *local delivery plans* und *joint investment* bzw. inzwischen *joint commissioning plans* ein,¹²¹¹ die auf lokaler Ebene in Zusammenarbeit zwischen den *health* und den *social care*-Behörden aufgestellt werden. In ihnen finden sich unter Beachtung verschiedenster politischer Vorgaben die Strategien für die Bereitstellung unter anderem der *community care*-Leistungen. Durch die *joint investment* und *local delivery plans* wurden die bisherigen *community care plans* abgelöst, die zwar nach Beratungen mit anderen Behörden, aber letztlich doch in alleiniger Verantwortung der Kommunen aufgestellt worden waren.¹²¹² Diese isolierten Pläne hatten aufgrund der Vielzahl der in den letzten Jahren eingeführten zusätzlichen Planungserfordernisse,¹²¹³ die alle ein gemeinsames Vorgehen mit anderen öffentlichen und privaten Trägern vorsahen, zunehmend an Bedeutung verloren.¹²¹⁴

Die *local delivery plans* sind von den *Primary Care Trusts* in Zusammenarbeit mit den kommunalen Sozialämtern aufzustellen und legen – jeweils bezogen auf einen Zeitraum von 3 Jahren¹²¹⁵ – dar, mit welcher strategischen Ausrichtung die Leistungsbedarfe verschiedener Gruppen von Leistungsempfängern in diesem Zeitraum gedeckt werden sollen.¹²¹⁶ Die 1997 mit der *guidance* „*Better Services for Vulnerable People*“¹²¹⁷ eingeführten *joint investment* bzw. *joint commissioning plans* setzen die strategischen Ziele im Bezug auf bestimmte Gruppen von Leistungsempfängern (etwa in *Joint Investment Plans for Older People*) unter Einbeziehung der zur Verfügung stehenden Ressourcen in einen konkreten Aktionsplan um und legen dar, wie etwaige Versorgungslücken im Einzelnen geschlossen werden sollen.

1211 Dazu *Clements*, *Community Care and the Law*, S. 31 ff.; *McDonald*, *Community Care*, S. 19. Die *local delivery plans* folgten den *Health Improvement and Modernisation Plans* („HIMPs“), als die *health authorities* abgeschafft und durch *Primary Care Trusts* ersetzt wurden.

1212 S. 46(1) NHSCCA 1990, die die Aufstellung von *community care plans* vorsieht, wurde zunächst vorübergehend durch die *Community Care Plans (England) Directions 2002* und die *Community Care Plans (England) Directions 2003* und sodann endgültig durch art. 2(a) der *Community Care Plans (Disapplication) (England) Order 2003*, S.I. 2003 No. 1716, für nicht weiter anwendbar erklärt.

1213 Zu nennen sind beispielsweise die verschiedenen *National Service Frameworks*, *Local Action Plans*, *Local Strategic Partnerships* (gesetzlich nicht gesondert geregelte Partnerschaften auf dem Gebiet einer *local authority*, an der neben verschiedenen Behörden auch freigemeinnützige und sonstige private Träger sowie Teile der örtlichen Bevölkerung zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels zusammenarbeiten), *Modernisation Board Plans*, *Health Improvement and Modernisation Plans*, *Joint Investment Plans*, *Better Care*, *Higher Standards Charters*, *Local Community Strategic Initiatives*, *Carers strategies* und *Best Value Plans*.

1214 *Clements*, *Community Care*, S. 29.

1215 Die aktuellen Pläne beziehen sich auf den Zeitraum von 2008/09 bis 2010/11.

1216 Vgl. *Netten*, *Understanding Public Services*, S. 7 f.

1217 EL(97)62 – *Better Services for Vulnerable People. Maintaining the Momentum*.

Auf der zweiten Stufe der Leistungskommissionierung geht es darum, die strategischen Planungen durch die Beschaffung (sog. *purchasing*¹²¹⁸) der entsprechenden Leistungen in die Praxis umzusetzen, bevor schließlich auf der letzten Ebene des *commissioning*-Prozesses durch Überwachung (*monitoring*) der Verträge und der Leistungsgüte des Anbieters (*performance*) sowie durch Neuverhandlung, Kündigung oder Ausweitung bestehender Verträge¹²¹⁹ dafür Sorge getragen werden muß, daß die betreffenden Leistungen auch den zum jeweiligen Zeitpunkt bestehenden Hilfebedarf decken.

(2) *Kommissionierung, Best Value und das National Service Framework for Older People*

Die Leistungskommissionierung im Allgemeinen und die Leistungsbeschaffung im Besonderen sind im Zusammenhang mit den Verpflichtungen zu sehen, die sich für die Kommunen aus dem *Best Value*-Regime¹²²⁰ ergeben. *Best Value* wurde mit Wirkung zum 1. April 2000 durch den *Local Government Act 1999*¹²²¹ eingeführt und betrifft auch die kommunalen Zuständigkeiten bezüglich der sozialen Dienste. Es ist Teil eines breiteren Programms der Zentralregierung, mit dem durch die Einführung von Leistungsstandards sowie deren Überwachung die Dienstleistungen der Kommunen im Hinblick auf Kosten und Qualität verbessert werden sollen.¹²²² *Best Value* zielt darauf ab, dem Steuerzahler im Rahmen der Erbringung öffentlicher Dienste die bestmögliche Qualität und den besten Nutzen für die von ihm an den Staatshaushalt abgeführten Gelder zu bieten.¹²²³ S. 3 (1) des LGA 1999 lautet:

„A best value authority must make arrangements to secure continuous improvement in the way in which its functions are exercised, having regard to a combination of economy, efficiency and effectiveness.“

Die *Best Value*-Vorgaben wirken sich dergestalt auf die Beschaffung Sozialer Dienste aus, daß die Kommunen verpflichtet sind zu prüfen, ob alternative Anbieter (seien es andere Kommunen oder aber private Anbieter) die benötigten Leistungen bezüglich Preis und/oder Qualität zu besseren Konditionen als sie selbst anbieten können.¹²²⁴ Die Kommunen sind gehalten, ihre Dienste hinsichtlich „4 Cs“ zu überprüfen:¹²²⁵ sie müs-

1218 Das *Department of Health*, An introduction to Joint Commissioning, S. 3, definiert *purchasing* als „operational activity, set within the context of commissioning, of applying resources to buy services in order to meet needs“.

1219 Vgl. *Netten* u.a., Understanding Public Services, S. 2.

1220 Allgemein zu *Best Value* etwa *Greenwood/Pyper/Wilson*, New Public Administration in Britain, S. 143 ff.

1221 1999 chapter 27.

1222 *Cambridge*, Using ‚best value‘ in purchasing and providing services for people with learning disabilities, *British Journal of Learning Disabilities*, vol. 28 (2000), S. 31.

1223 Zu den Hauptmerkmalen von *Best Value* s. *Department of the Environment, Transport and the Regions*, Modernising local government, S. 9 ff.

1224 Vgl. *Means/Morbey/Smith*, From Community Care to Market Care?, S. 16 ff.

1225 Vgl. *Greenwood/Pyper/Wilson*, New Public Administration in Britain, S. 143; dazu auch *Department of the Environment, Transport and the Regions*, Modernising local government, S. 17 ff.

sen hinterfragen, warum und wie ein Dienst erbracht wird („*challenge*“); sie haben Vergleiche mit anderen Dienstbringern aus dem öffentlichen und privaten Sektor einzuholen und dabei auch die Ansichten derer in Betracht zu ziehen, die die Dienste in Anspruch nehmen („*comparison*“); sie müssen sich mit den lokalen Steuerzahlern, den betroffenen Wirtschaftskreisen und den Nutzern der Dienste im Hinblick auf die Setzung von Leistungsvorgaben beratschlagen („*consultation*“); und schließlich haben sie zur Sicherstellung effizienter und effektiver Dienste auf Mechanismen des Anbieterwettbewerbs zurückzugreifen („*competition*“). Was dies für die Qualitätssteuerung konkret bedeutet, wird weiter unten¹²²⁶ genauer darzustellen sein.

Anders als das Vorgängermodell „*Compulsory Competitive Tendering*“¹²²⁷, das auf die sozialen Dienste keine Anwendung fand,¹²²⁸ erfordert *Best Value* nicht zwingend die Durchführung einer Ausschreibung.¹²²⁹ Der Übergang vom konkurrenzbetonten, faktisch primär auf Kostenaspekte abstellenden¹²³⁰ *Competitive Tendering* zu *Best Value* spiegelt in gewisser Weise den *partnership*-Gedanken zwischen öffentlicher Hand und privatem Sektor wider, der von *New Labour* verstärkt betont wurde.¹²³¹ Die *Best Value*-Vorgabe, im Rahmen der verfügbaren Mittel die bestmöglichen Dienste bereitzustellen, bedeutet nicht, daß automatisch dem billigsten Anbieter der Vorzug gegeben werden müßte.¹²³² Statt dessen hat die Kommune bei ihrer Entscheidung, welche Dien-

1226 Siehe etwa S. 257 f., 349.

1227 Das *Compulsory Competitive Tendering* wurde durch den *Local Government, Planning and Land Act 1980* (1980 chapter 65) eingeführt und durch den *Local Government Act 1988* (1988 chapter 9) in seinem Anwendungsbereich signifikant erweitert. Es gestattete den *local authorities* die eigenhändige Leistungserstellung nur dann, wenn zuvor eine Ausschreibung erfolgt war und der Vergleich der Angebote ergeben hatte, daß die Leistungen am besten „*in-house*“ erbracht werden können. Obgleich der Preis hierfür nicht zwingend das ausschlaggebende Kriterium sein mußte, wurde angesichts der Problematik, die Leistungsqualität im einzelnen bestimmen und vergleichen zu können, letztlich doch primär auf einen Kostenvergleich abgestellt und der Qualitätsaspekt vernachlässigt (vgl. *Department of the Environment, Transport and the Regions*, *Modernising local government*, para. 1.5). Das *Compulsory Competitive Tendering* fand vornehmlich auf die sog. *blue-collar* Dienste (wie etwa die Straßenreinigung oder die Abfallentsorgung) Anwendung, bei *social services* war das Ausschreibungs- und Vergleichsverfahren demgegenüber nicht verbindlich, so daß hier nur von „*Competitive Tendering*“ gesprochen wurde. Ausführlich zum *Compulsory Competitive Tendering* etwa *Radford*, *Competition Rules: The Local Government Act 1988*, MLR 50 (1988), no. 6, S. 747 ff; kritisch zu den Effekten des *Competitive Tendering*, insbesondere im Hinblick auf disintegrative Wirkungen auf Leistungserbringer des gemeinnützigen Sektors sowie hinsichtlich der Defizite bei der Erbringung von Leistungen, die auf den individuellen Hilfebedarf einzelner Pflegebedürftiger angepaßt sind, *Ryan*, *The Competitive Delivery of Social Services*, *Australian Journal of Public Administration* 54 (1995), S. 353 ff.

1228 Vgl. s. 8(1), (2) LGA 1992 i.V.m. s. 2, Sch. 1 LGA 1988, jeweils in der Fassung vom 2. Januar 2000. Im Bereich der *social services* wurden zwar häufig Ausschreibungen vorgenommen, hier wurde dann jedoch lediglich von einem *competitive tendering* gesprochen.

1229 *Greenwood/Pyper/Wilson*, *New Public Administration in Britain*, S. 217. Für einen Vergleich zwischen *Compulsory Competitive Tendering* und *Best Value* s. *Vincent-Jones*, *Competition and Contracting*, PA 77 (1999), S. 275 ff.

1230 Vgl. *Radford*, *Quality Improvement*, MLR 51 (1988), S. 764 f.

1231 Vgl. *McDonald*, *Community Care*, S. 9.

1232 *Mandelstam*, *Community Care Practice and the Law*, S. 171 f.

ste sie in welcher Form erbringt, eine Abwägung anhand mehrerer Faktoren zu treffen, unter denen der Preis neben der Qualität nur eines mehrerer Auswahlkriterien darstellt. Eine grundsätzliche Präferenz für eine staatliche oder eine private Leistungserbringung besteht dabei nicht.¹²³³

Ebenfalls Einfluß auf die Kommissionierung durch die Kommunen haben die vom Gesundheitsministerium herausgegebenen „*National Service Frameworks*“ (NSF), mit denen spezifische Gruppen Sozialer Dienste verbessert werden sollen. Eines davon stellt das auf ältere Menschen als Nutzer von Sozial- und Gesundheitsdiensten zugeschnittene *National Service Framework for Older People*¹²³⁴ aus dem Jahre 2001 dar, das als eine auf 10 Jahre ausgelegte, sektorübergreifende und umfassend gedachte Strategie sowohl auf *health* als auch auf *social services* Anwendung findet. Als *guidance* des Gesundheitsministeriums ist das *NSF for Older People* für die *local authorities* verwaltungsin-tern grundsätzlich verbindlich.¹²³⁵ Die zentralen Anliegen des *NSF for Older People* sind unter anderem eine stärkere Ausrichtung der Leistungen an den Wünschen und Bedürfnissen der Leistungsempfänger sowie die Förderung und Unterstützung von deren Unabhängigkeit. Zu diesem Zweck enthält das NSF verschiedenste Ergebnisstandards wie etwa die Freiheit von Altersdiskriminierung beim Zugang zu den Diensten sowie bei deren Erbringung, die personenbezogene Ausgestaltung der Dienste, die besondere Beachtung von Fallpräventionsprogrammen oder die Förderung von Gesundheit und einem aktivem Leben im hohen Alter.¹²³⁶

(3) Abschluß von Leistungserbringungsverträgen

Eines der zentralen Elemente der Leistungskommissionierung stellt der Abschluß von Leistungserbringungsverträgen („*contracting*“) mit verschiedenen Heimbetreibern zur Erfüllung der Verpflichtung aus s. 21(1) NAA 1948 dar.

(a) Allgemeines

Während der Abschluß von Verträgen mit privaten Unternehmen zur Beschaffung der für die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben benötigten Güter und Dienstleistungen den klassischen Anwendungsbereich des *government contracting* darstellt,¹²³⁷ werden die zwischen den *purchasers* und den *providers* in *quasi-markets* abgeschlossenen Leistungserbringungsverträge als ein wichtiges Element des „*New Public Contracting*“ bzw.

1233 „*What matters is what works*“, *Cabinet Office*, Modernising Government (Cm. 4310), S. 40.

1234 *Department of Health*, National Service Framework for Older People

1235 Uneinigkeit besteht darüber, ob es sich beim NSF um eine *guidance* nach s. 7 des LASSA 1970 (so *Wanless* u.a., *Securing Good Care for Older People*, S. 69) oder lediglich um die schwächere Form einer *practice guidance* handelt, worauf der fehlende Verweis auf diese Vorschrift hindeutet (so *Mandelstam*, *Community Care Practice and the Law*, S. 388; wohl auch *Clements/Thompson*, *Community Care and the Law*, Rn. 1.63). Zur Verbindlichkeit der Vorschriften zum *assessment* Prozeß s. auch oben, Fn. 1028.

1236 *Department of Health*, National Service Framework for Older People, S. 16 ff., 23 ff., 76 ff., 107 ff.

1237 Zum *law of government contracts* s. etwa *Turpin*, *Government Procurement and Contracts*, S. 83 ff.; vgl. auch *Vincent-Jones*, *The New Public Contracting*, S. 13 f.

des *government by contract* gesehen,¹²³⁸ das den Vertrag als Instrument benutzt, um über die bloße Beschaffung einer Dienstleistung hinausgehende, insbesondere soziale und wohlfahrtsstaatliche Ziele zu verfolgen.¹²³⁹ Die mit den Anbietern des privaten Sektors abgeschlossenen Verträge sind privatrechtlicher Natur,¹²⁴⁰ die in ihnen geregelten Rechte und Pflichten sind – die Wirksamkeit der Verträge vorausgesetzt – gerichtlich durchsetzbar.¹²⁴¹ Anders stellt sich die Lage bei den Vereinbarungen mit *in-house*-Anbietern dar. Weil die *purchasing* und die *provision* Abteilungen ein und derselben Kommune keine eigenen, unterschiedlichen Rechtspersönlichkeiten haben, stellen die zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen keine Verträge im Rechtssinne,¹²⁴² sondern lediglich nicht erzwingbare¹²⁴³ „*quasi-contracts*“¹²⁴⁴ oder „*internal contracts*“¹²⁴⁵ dar.

Für die Auswahl zwischen verschiedenen Leistungserbringern kommen grundsätzlich folgende vier Möglichkeiten in Betracht:¹²⁴⁶ ein offenes Vergabeverfahren mit einer Ausschreibung der benötigten Leistungen,¹²⁴⁷ eine Ausschreibung, die nur für gelistete Träger zugänglich ist (sog. *preferred provider lists*¹²⁴⁸), direkte Verhandlungen mit einem oder mehreren Heimbetreibern oder schließlich auch die Gründung einer neuen eigenen Einrichtung. Bei der Entscheidung, ob die Pflegeleistungen intern oder extern bezogen werden sollen und welches Angebot letztlich angenommen werden kann, sind die für die Beschaffung zuständigen Abteilungen der Sozialämter an die beschriebenen Maßstäbe des „*Best Value*“-Regimes gebunden.

1238 *Vincent-Jones*, *The New Public Contracting*, S. 14 f.

1239 S. *Vincent-Jones*, *The New Public Contracting*, S. 14 f., 22, 28, der diese Verträge den „*economic contracts*“ unter verschiedenen Vertragsformen des *New Public Contracting* zuordnet. Vgl. auch *ders.*, *Citizen Redress in Public Contracting for Human Services*, MLR 68 (2005), S. 887 f., 893 ff.

1240 Vgl. *Department of Health*, *Community Care in the Next Decade and Beyond. Policy Guidance*, Ziffer 4.24.; vgl. auch *YL v Birmingham City Council* (2007) 10 CCLR 505, 513; *R v Coventry County Council ex p Coventry Heads of Independent Care Establishments (CHOICE) and Peggs* (1998) 1 CCLR 379; *Richards*, *Long-term Care*, S. 105; *Harden*, *The Contracting State*, S. 43.

1241 Zu den auf diese Verträge anwendbaren rechtlichen Regelungen s. *Harden*, *The Contracting State*, S. 37 ff.

1242 *Harden*, *The Contracting State*, S. 43.

1243 Auf nichtsdestotrotz bestehende faktische Bindungswirkungen weist *Vincent-Jones*, *The New Public Contracting*, S. 192, hin.

1244 *Armstrong*, *A Comparative Analysis*, *Australian Journal of Public Administration* 57 (1998), S. 17; *Collins*, *Regulating Contracts*, S. 315 f.; vgl. auch *Walsh* u.a., *Contracting for Change*, S. 42.

1245 *Davies*, *Accountability*, S. 38 f.

1246 Vgl. *Department of Health*, *Community Care in the Next Decade and Beyond. Policy Guidance*, para. 4.22.; s. dort auch zu den möglichen Vor- und Nachteilen der einzelnen Varianten.

1247 In Abhängigkeit des finanziellen Volumens der Verträge können sich das Erfordernis zur Ausschreibung sowie bestimmte Transparenzgebote auch aus der *Public Contracts Regulations 2006* (S.I. 2006 No. 5) ergeben, die zur Umsetzung der Vergaberichtlinien der Europäischen Union (wie insb. der Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134 vom 30. April 2004, S. 114, in der Fassung der Berichtigung gem. ABl. L 351 vom 26. November 2004, S. 44) erlassen wurde.

1248 Dazu *Bamford*, *Contracting*, S. 72 f.

Wie die Verträge im Einzelnen auszugestalten sind, ist gesetzlich nicht weiter vorgeschrieben, sondern steht im Ermessen der Vertragspartner. Insbesondere gibt es – anders als in einigen Bereichen des NHS – auch keine von zentraler Stelle vorgeschriebenen Einheitstarife bzw. Einheitspflegesätze. Die zentralstaatliche Einflußnahme auf die Vertragsinhalte beschränkt sich – abgesehen vom *Best Value*-Regime und der Bindung der kontrahierenden Behörden an die *National Service Frameworks* – im Wesentlichen auf die finanzielle Förderung von Forschungsarbeiten zum Kommissionierungsprozeß. Ein Beispiel hierfür ist die Unterstützung des *Commissioning Improvement Programme* der *Care Services Improvement Partnership* durch das Gesundheitsministerium, das sich unter anderem mit der inhaltlichen Gestaltung von Leistungserbringungsverträgen beschäftigt.¹²⁴⁹

(b) Vertragsarten

Während der Inhalt der Verträge erst weiter unten im Zusammenhang mit den Qualitätssteuerungsinstrumenten beschrieben wird, sollen an dieser Stelle verschiedene Vertragsarten vorgestellt werden, die sich hinsichtlich des Auftragsvolumens voneinander unterscheiden. Das Volumen der bezogenen Leistungen wird erstens maßgeblich durch die Laufzeit der Verträge beeinflusst. Hierbei müssen die Kommunen ein Mittelmaß finden zwischen dem Bedürfnis, daß Veränderungen in der Service-Struktur möglich bleiben und daß die Behörden flexibel auf eine Änderung der Hilfebedarfe reagieren können einerseits, und dem Ziel, eine gewisse Kontinuität für die Leistungsempfänger sicherzustellen, andererseits.¹²⁵⁰ Zweitens wird das Vertragsvolumen durch die Zahl der kontrahierten Pflegebetten bestimmt. In der Praxis haben sich verschiedene Vertragstypen zum Bezug von sozialen Diensten herausgebildet, nämlich *block contracts*, *spot contracts*, *call-off contracts*, *cost and volume contracts* sowie *grant contracts*.¹²⁵¹

Bei den *block contracts* handelt es sich um Pauschalverträge über ein bestimmtes Leistungskontingent, für das die Kommunen über eine in der Regel mehrjährige Vertragslaufzeit einen Bedarf erwarten. Die Preise werden unabhängig von individuellen Bedarfsplänen einzelner Pflegebedürftiger im Voraus festgelegt und sind unabhängig von der tatsächlichen Belegung der Pflegeplätze zu bezahlen.¹²⁵² Den Sozialämtern bieten diese Verträge den Vorteil, daß sie die Administration vereinfachen und im Vergleich zu Einzelverträgen in aller Regel niedrigere Preise pro Leistungseinheit bezahlen müssen. Zu beachten ist allerdings, daß dies nur dann zu einem besseren Gegenwert führt, wenn die Qualität und damit der Wert der erbrachten Leistungen nicht gleichzeitig aufgrund eines fehlenden Eingehens auf individuelle Bedürfnisse der Pflegebedürfti-

1249 Vgl. <<http://www.dhcarenetworks.org.uk/Integration/icn/News/NewsArticle/?cid=817>>.

1250 *Department of Health*, *Community Care in the Next Decade and Beyond*, Ziffer 4.28.

1251 Vgl. zu den verschiedenen Vertragsarten *Netten* u.a., *Understanding Public Services*, S. 7; *Bamford*, *Commissioning and purchasing*, S. 69 ff.; *Office of Fair Trading*, *Care Homes for older people in the UK*, S. 99 f.; *Knapp/Hardy/Forder*, JSP 30 (2001), S. 294. Zum Einfluß der Vertragsart auf das Preisniveau der bezogenen Dienstleistungen am Beispiel ambulanter Dienste s. *Forder* u.a., *Prices, contracts and motivations*, *Policy & Politics* 32 (2004), S. 207 ff.

1252 Vgl. *Office of Fair Trading*, *Care Homes for older people in the UK*, S. 99.

gen sinken. Dies würde Folgekosten aufgrund von Beschwerden durch die Bewohner nach sich ziehen.¹²⁵³ Für die Heimbetreiber steht dem Nachteil des niedrigeren Leistungsentgelts der Vorteil der Planungssicherheit gegenüber.¹²⁵⁴ *Block contracts* können die Basis einer langzeitigen Partnerschaft zwischen den Kommunen und den Heimbetreibern bilden, in der beide Seiten gemeinsam an Zielen wie der Verbesserung der Leistungsqualität oder der Senkung von Kosten arbeiten können.¹²⁵⁵ Allerdings sind großvolumige *block contracts* unter dem Aspekt der Wahlmöglichkeiten für Leistungsempfänger nicht unproblematisch.¹²⁵⁶

Den Gegensatz zu den *block contracts* bilden die so genannten *spot contracts*. Diese werden für jeden benötigten Pflegeplatz gesondert abgeschlossen. Preise und Vertragsbedingungen werden dabei von Fall zu Fall in Abhängigkeit von den einzelnen Leistungsbestandteilen jeweils neu verhandelt.¹²⁵⁷ Ein Vorteil von *spot contracts* liegt darin, daß der Vertragsinhalt auf die Bedürfnisse des einzelnen Leistungsempfängers angepaßt werden kann. Die Verträge können zudem relativ kurzfristig abgeschlossen werden. Allerdings sind mit dieser Vertragsart bezogen auf den einzelnen Heimplatz höhere Kosten verbunden, die zum einen aus einem höheren Preis für die eingekaufte Leistung und zum anderen aus einem erhöhten Verwaltungsaufwand aufgrund der Notwendigkeit eines Abschlusses einer Vielzahl einzelner Verträge resultiert. Ferner gestaltet es sich schwierig, auf Basis von *spot contracts* eine einheitliche Praxis der Vertragsgestaltung zu entwickeln. Unterschiedliche vertragliche Bedingungen erschweren zudem die Vertragsüberwachung.¹²⁵⁸

Die genannten Nachteile werden zu einem gewissen Grad bei *call-off contracts* vermieden. Diese werden zwar ebenfalls für jeden Einzelfall gesondert abgeschlossen, unterscheiden sich von den *spot contracts* jedoch dadurch, daß Preise und andere Vertragskonditionen für die einzelnen, später abgerufenen Leistungen für eine gewisse Vertragsperiode bereits im Vorhinein bestimmt werden.¹²⁵⁹

Eine Mischform aus *block* und *call-off contracts* stellen die *cost and volume contracts* dar. Bei diesen wird eine bestimmte Anzahl an Leistungen zu einem Pauschalpreis bezogen, bereits im Voraus werden jedoch auch Preise und Konditionen für über das Basiskontingent hinaus benötigte Leistungseinheiten festgelegt. Bezogen auf das zusätzliche Leistungsvolumen fallen Kosten nur im Umfang des tatsächlichen Abrufs an.¹²⁶⁰ Üblicherweise sind bei diesen Verträgen die Preise pro bezogene Leistungseinheit umso geringer, je höher die Anzahl der tatsächlich in Anspruch genommenen Ein-

1253 Bamford, Commissioning and purchasing, S. 69.

1254 Bamford, Commissioning and purchasing, S. 69.

1255 Bamford, Commissioning and purchasing, S. 70.

1256 Vgl. Lewis/Glennerster, Implementation, S. 75.

1257 Bamford, Commissioning and purchasing, S. 70

1258 Zu den Vor- und Nachteilen von *spot contracts* siehe Bamford, Commissioning and purchasing, S. 70 f.

1259 Vgl. Netten u.a., Understanding Public Services, S. 7.

1260 Netten u.a., Understanding Public Services, S. 7; Office of Fair Trading, Care Homes for older people in the UK, S. 100.

heiten ist. Allerdings bewegen sie sich insgesamt betrachtet über dem Niveau, das mit *block contracts* erreicht werden kann. Läßt sich der Leistungsbedarf jedoch im Vorhinein nur schwer abschätzen, hat diese Vertragsgestaltung aufgrund der höheren Flexibilität im Hinblick auf das kontrahierte Leistungsvolumen deutliche Vorteile.¹²⁶¹

Als weitere Vertragsform sind schließlich noch die *grant contracts* zu nennen, bei denen der Leistungsanbieter einen Pauschalbetrag erhält und sich im Gegenzug dazu verpflichtet, den jeweiligen Leistungsbedarf für eine bestimmte nominale Zahl von Personen zu decken, wobei weder der Umfang des Bedarfs noch die Leistungen im einzelnen spezifiziert werden.¹²⁶² Weil hier letztlich der Anbieter den Leistungsumfang bestimmt,¹²⁶³ begegnet diese Vertragsgestaltung unter *Best Value*-Gesichtspunkten Bedenken.

All diese Verträge dienen dazu, Pflegekapazitäten für Personen zu kontrahieren, denen die Kommune nach s. 21(1) NAA 1948 stationäre Langzeitpflegeleistungen schuldet. Um diesen Verpflichtungen schnell nachkommen zu können, empfiehlt es sich, in den Verträgen vorzusehen, daß der Leistungserbringer, mit dem eine grundsätzliche Leistungsabrede besteht, im Bedarfsfalle binnen eines näher zu bestimmenden Zeitraums jeweils mit dem Aufnahmeprozeß beginnen und diesen abzuschließen hat.¹²⁶⁴ Außerdem sollten die Fälle, in denen ein Leistungserbringer die Aufnahme eines von der Kommune vermittelten Bewohners verweigern kann, auf wenige, abschließend geregelte Fälle beschränkt werden.¹²⁶⁵

Mit Ausnahme der ohnehin auf individuelle Fälle bezogenen *spot contracts* stellen die genannten Verträge Leistungsrahmenverträge dar, zu denen in der Regel ein kurzes *Individual Agreement* oder *Order Agreement* hinzutritt, wenn es schließlich konkret um die Aufnahme eines bestimmten Bewohners geht.

Die Verwendung der verschiedenen Vertragsarten unterliegt in der Praxis einer erheblichen Variation. Nur ca. 12 % der Kommunen greifen für stationäre Langzeitpflegeleistungen auf langfristige *block contracts* mit Vertragslaufzeiten von 10 oder mehr Jahren zurück.¹²⁶⁶ Kurz nach Inkrafttreten des NHSCCA 1990 im April 1993 bevorzugten die meisten Kommunen den Abschluß von *spot* (38 %) und *call-off contracts* (27 %), nur 1 % verwendete ausschließlich *block contracts*.¹²⁶⁷ Die Verwendung von *spot* und *call-off contracts* dürfte zwischenzeitlich noch zugenommen haben. Eine im Jahre 2000 veröffentlichte Studie fand heraus, daß 64 % der Kommunen bei der Unterbringung älterer Menschen in Pflegeheimen des privaten Sektors ausschließlich *spot* bzw. (in den meisten Fällen) *call-off contracts* verwenden. Die verbleibenden 36 % gaben an, daß

1261 Vgl. Bamford, Commissioning and purchasing, S. 71.

1262 Forder u.a., Prices, contracts and motivations, Policy & Politics 32 (2004), S. 210.

1263 Netten u.a., Understanding Public Services, S. 7.

1264 Vgl. Care Services Improvement Partnership, A Guide to Fairer Contracting Part 2, S. 32.

1265 Vgl. Care Services Improvement Partnership, A Guide to Fairer Contracting Part 2, S. 22, dort allerdings bezogen auf einen Vertrag über ambulante Dienste.

1266 Netten u.a., Understanding Public Services, S. 6.

1267 Audit Commission, Taking Care, S. 9, para. 42. In der Studie wurden 91 englische *local authorities* befragt.

block contracts weniger als ein Drittel ihrer Einkaufstätigkeit ausmachen würden.¹²⁶⁸ *Block contracts* dominieren allerdings, wenn Leistungen *in-house* bezogen werden.¹²⁶⁹

Im Vergleich zu Vertragsabschlüssen mit Privatpersonen bietet ein Vertrag mit einer öffentlichen Behörde dem Heimbetreiber zunächst den Vorteil einer höheren Bonität, erfordert von ihm aber auch, sich darüber zu versichern, daß die Kommunalbehörde innerhalb ihrer Befugnisse handelte.¹²⁷⁰ Das Risiko einer Vertragsunwirksamkeit kann allerdings durch eine Zertifizierung des Vertrags nach dem *Local Government (Contracts) Act 1997*¹²⁷¹ abgemildert werden, der zur Sicherung der Investitionen privater Vertragspartnern von öffentlichen Stellen eingeführt wurde.¹²⁷²

Als problematisch kann sich für die Betreiber die im Vergleich zu einzelnen Bewohnern deutlich stärkere Verhandlungsposition der Kommunalbehörden erweisen.¹²⁷³ Auch wenn sich die Heimgebühren in den meisten Fällen nach Leistungskategorien, die in Abhängigkeit des *assessment of needs* der Bewohner festgelegt werden, bestimmen,¹²⁷⁴ klagen viele Heimbetreiber darüber, daß die Preise, die die Kommunen für die Pflegeplätze zu zahlen bereit sind, im Vergleich zu den erwarteten Leistungen zu gering seien, daß es ihnen jedoch angesichts der starken Marktmacht der Kommunen nicht möglich sei, höhere Preise durchzusetzen. Vorgeschriebene Mindestlöhne, die europäischen Arbeitszeitrichtlinien sowie die Erhöhung der Registrierungsgebühren¹²⁷⁵ verteuerten die Leistungserstellung.¹²⁷⁶ Vergleicht man die von den Kommunen innerhalb ihres Zuständigkeitsgebietes jeweils übernommenen Standardgebühren in Höhe von ca. £ 380 pro Woche für *residential care homes* und ca. £ 467 für *nursing care homes*¹²⁷⁷ mit den Markgebühren für private Pflegeheime von durchschnittlich £ 449 (*residential care*) bzw. £ 648 (*nursing care*) pro Woche,¹²⁷⁸ zeigt sich, daß die von den Heimbetreibern erhobenen Vorwürfe zumindest nicht gänzlich unberechtigt zu sein scheinen.

1268 *Continuing Care Conference*, Local Authority Contracting Policies, S. 2 f. (die Studie spricht zwar nur von *spot contracts*, zählt aber auch *call-off contracts* zu diesen). Dieses Ergebnis scheint auch mit einer Markterhebung durch das *Office of Fair Trading* übereinzustimmen, nach der 80 % aller Heimbetreiber mit vertraglichen Beziehungen zu *local authorities* Bewohner zumindest auch auf der Basis von *spot contracts* aufnehmen, vgl. *Office of Fair Trading*, Care Homes for older people in the UK, S. 100.

1269 *Continuing Care Conference*, Local Authority Contracting Policies, S. 2.

1270 *Ridout*, Care Standards, S. 55.

1271 1997 chapter 65.

1272 Dazu *Schwehr*, Local Government (Contracts) Act 1997, Judicial Review vol. 3 (1998), S. 45 ff.

1273 *Ridout*, Care Standards, S. 55.

1274 Vgl. *Continuing Care Conference*, Local Authority Contracting Policies, S. 3.

1275 Hierzu unten, Fn. 1484.

1276 Vgl. *Winfield* u.a., Paying for Care Handbook, S. 13; zum Zeitpunkt der Einführung des *National Minimum Wage Act 1998* (1998 chapter 39) hatten 59 % der *care assistants* einen Lohn unterhalb des Mindestlohnes, *Kendall/Knapp*, The State of Residential Care Supply, S. 16; vgl. auch *Player/Pollock*, Long-term care, CSP 21 (2001), S. 250.

1277 Die Zahlen sind einer 2007 von *Counsel and Care* durchgeführten Untersuchung entnommen, vgl. <www.counselandcare.org.uk/assets/library/documents/21_Care_Charging_Survey_04.07.07.doc>.

1278 Bezogen auf 2007/2008, s. *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 172, Table 8.2.

cc. Stellung der Leistungserbringer im Gefüge zwischen Staat und Privaten

Die kommerziell oder gemeinnützig betriebenen Pflegeheime in privatrechtlicher Trägerschaft sind nach der in der Grundlegung dargestellten Abgrenzung zwischen Staat und Privaten auch dann weiterhin dem privaten Sektor zuzuordnen, wenn sie von Kommunen mit der Erbringung von Langzeitpflegeleistungen nach s. 21(1) NAA 1948 betraut werden. Dies folgt daraus, daß die betreffenden Heime nicht auf Veranlassung staatlicher Stellen geschaffen wurden, sondern bereits vor den *community care*-Reformen von 1993 existierten und gerade in ihrer Stellung als Private einen wesentlichen Bestandteil der *mixed economy of care* bilden. Sie nehmen im Rahmen der Leistungserbringung keine hoheitlichen Befugnisse wahr, sondern erfüllen privatrechtliche Verträge, die sie mit den Kommunen und unter Umständen auch mit den Heimbewohnern abgeschlossen haben. Zudem erbringen sie neben den Leistungen für die Kommunen in derselben Weise weiterhin auch Leistungen für Bewohner, die für ihren Heimaufenthalt privat aufkommen.

Von der grundsätzlichen Stellung im Gefüge zwischen Staat und Privaten zu trennen ist allerdings die Frage, ob nicht einzelne Tätigkeiten der dem privaten Sektor zuzurechnenden Heimträger eine derart enge Verbindung mit der öffentlich-rechtlichen Pflicht der Lokalbehörden aus s. 21(1) NAA 1948 aufweisen, daß es gerechtfertigt ist, die Heimbetreiber im Bezug auf die Erbringung dieser Leistungen öffentlichen Behörden gleichzustellen und sie damit insbesondere den Bindungen des *Human Rights Act 1998* zu unterstellen. Auf diese Frage wird weiter unten¹²⁷⁹ näher einzugehen sein.

IV. Weitere staatliche Leistungen im Zusammenhang mit stationärer Langzeitpflege

Neben der aufgrund von s. 21(1)(a) NAA 1948 erbrachten Langzeitpflege gibt es eine Reihe weiterer Leistungen, die die Unterbringung in stationären Pflegeeinrichtungen umfassen oder mit dieser in Zusammenhang stehen. Zu nennen sind zunächst andere Leistungen der *social care*, die zwar ebenfalls in die kommunale Zuständigkeit fallen, die aber einen spezielleren Anwendungsbereich als s. 21(1)(a) NAA 1948 aufweisen. Zu nennen sind etwa Leistungen an Kinder nach s. 17 des *Children Act 1989* oder sog. *after care*-Leistungen nach s. 117 des *Mental Health Act 1983*¹²⁸⁰ an Personen, die aufgrund dieses Gesetzes verwahrt oder inhaftiert worden sind.¹²⁸¹

Wie oben¹²⁸² erwähnt, werden auch vom NHS stationäre Langzeitpflegeleistungen für chronisch und schwer Kranke in Form der *continuing healthcare* nach dem NHA 2006 erbracht, teils in eigenen Einrichtungen wie Hospitälern oder Hospizen, teils in privat betriebenen *nursing care homes*. Überdies wird die *nursing care*-Komponente

¹²⁷⁹ Siehe unten, S. 288 ff.

¹²⁸⁰ 1983 chapter 20.

¹²⁸¹ Vgl. zum persönlichen Anwendungsbereich sowie zum Umfang der Leistungen *Mandelstam*, *Community Care Practice and the Law*, S. 238 f.

¹²⁸² S. 147 ff.

auch für diejenigen Bewohner von Pflegeheimen als Leistung nach dem NHS Act 2006 erbracht, deren Heimunterbringung eine Leistung nach s. 21(1) NAA 1948 darstellt. Mit Ausnahme des letzten Aspekts, der an einigen Stellen bereits Erwähnung fand, wird entsprechend dem in der Grundlegung vorgestellten Zuschnitt dieser Arbeit nur auf die Fälle eingegangen, in denen stationäre Langzeitpflegeleistungen als *social care* in kommunaler Zuständigkeit nach s. 21(1) NAA 1948 erbracht werden.

Ebenfalls nicht näher dargestellt werden sollen diejenigen *social security benefits* des englischen Sozialsystems, die wie *income support*, *pension credit*, *disability living allowance*, *attendance allowance* und *council tax benefit* in der Praxis zwar vor allem von Selbstzahlern zur Finanzierung von Pflegeleistungen benutzt werden,¹²⁸³ die aber keine Sachleistungen der stationären Langzeitpflege darstellen.

Insgesamt betrachtet stellt die *residential care* nach s. 21(1)(a) NAA die in der Praxis bedeutendste Sozialleistung der stationären Langzeitpflege dar. Von diesen Leistungen profitieren zunächst all diejenigen, die in kommunalen Heimen untergebracht sind, was auf ca. 7 % aller Pflegeheimbewohner zutrifft.¹²⁸⁴ Auch in den von Privaten betriebenen Pflegeheimen nimmt diese Leistung eine zentrale Stellung ein: 59 % der Bewohner aller privat-kommerziell und gemeinnützig betriebenen *residential* und *nursing care homes* erhalten Leistungen nach s. 21(1) NAA 1948, lediglich 10 % erhalten den Pflegeplatz vollständig als *NHS Continuing Healthcare*. 31 % der Bewohner bezahlen ihren Pflegeplatz vollständig selbst.¹²⁸⁵

C. Steuerung der Pflegeinfrastruktur

Wie in der Grundlegung ausgeführt, besteht ein Aspekt der staatlichen Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege in der Infrastrukturverantwortung. Diese manifestiert sich im steuernden Einwirken des Staates auf die Einrichtungs- und die Personalinfrastruktur. Entsprechend werden im Folgenden diejenigen staatlichen Maßnahmen dargestellt, die das Ziel haben, das Vorhandensein einer hinreichenden Kapazität an Pflegeplätzen zu sichern, die finanzielle Zugänglichkeit dieser Plätze zu gewährleisten sowie für eine ausreichende Zahl qualifizierten Pflegepersonals am Markt zu sorgen.

Die Maßnahmen zur Steuerung der Heim- und der Personalinfrastruktur sind auf den Pflegemarkt insgesamt bezogen. Sie unterscheiden sich darin von den strukturbezogenen Instrumenten der Pflegequalitätssteuerung, die an den strukturellen Gegebenheiten

1283 Dazu *Netten/Darton/Curtis*, Self-funded Admissions to Care Homes, S. 80 ff.; *Gudat*, Pflegebedürftigkeit, S. 82 ff.; zur Auswirkung des Heimaufenthalts auf den Bezug dieser Leistungen (insbesondere zum Entfall der Berechtigung zum Bezug der *care*-Komponente der *disability living allowance* und der *attendance allowance*) sowie zur Behandlung dieser Leistungen im Rahmen des *financial assessment* s. *Winfield* u.a., *Paying for Care Handbook*, S. 365 ff.

1284 Bezogen auf UK im Jahre 2007 und einschließlich der NHS Einrichtungen, vgl. *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 97, Table 5.1.

1285 Bezogen auf UK im Jahre 2007, s. *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 153, Figure 7.1.

in den einzelnen Heimen ansetzt und auf die erst weiter unten¹²⁸⁶ zurückzukommen sein wird.

I. Heiminfrastuktur

1. Problematik der Heimschließungen

Der langanhaltende Ausbau von Pflegekapazitäten in England wurde infolge der Reformen des Jahres 1993 von einer bis zuletzt andauernden Phase der Marktkonsolidierung mit einem starken Rückgang der Bettenzahlen abgelöst. Erst gegenwärtig scheint eine gewisse Stabilisierung einzutreten und der Abwärtstrend gestoppt zu sein.¹²⁸⁷ Trotz dieses Abbaus liegen die Auslastungsquoten im privaten Sektor, der den ganz überwiegenden Anteil an Pflegebetten bereitstellt, seit Jahren bei Werten um die 90 %.¹²⁸⁸ Im März 2007 etwa waren in England 91,1 % aller Betten in *nursing care homes* und 90,0 % aller Plätze in *residential care homes* belegt.¹²⁸⁹

Obgleich also grundsätzlich hinreichende Kapazitäten am Markt vorhanden zu sein scheinen, stellt die durch die *community care*-Reformen ausgelöste Schließungswelle von Heimen einen der umstrittensten Aspekte der Umstrukturierung des Pflegemarkts dar.¹²⁹⁰ Der Marktaustritt betraf schwerpunktmäßig die von Kommunen betriebenen *residential care homes*, für privat betriebene Heime spielte der Nachfragerückgang demgegenüber eine geringere Rolle.¹²⁹¹ Nichtsdestotrotz schlossen aber auch im privaten Sektor im Jahr 2000/01 aufgrund einer entsprechenden unternehmerischen Entscheidung¹²⁹² ca. 5 % aller Heime,¹²⁹³ wobei sich der Abbau hier primär auf *nursing*

1286 S. 226 ff.

1287 Vgl. *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 24 f., 97 f.

1288 Vgl. *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 107, Figure 5.7.

1289 *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 109, Table 5.4.

1290 *Clements*, *Community Care and the Law*, S. 172. Allgemein zu Heimschließungen in England siehe etwa *Netten/Williams/Darton*, *Care-home closures in England*, *Ageing & Society* 25 (2005), S. 319 ff.; *Netten/Darton/Williams*, *The Rate, Causes and Consequences of Home Closures*, PSSRU Discussion Paper 1741/2; *Williams/Netten/Ware*, *The closure of care homes for older people*, PSSRU Discussion Paper 2012/3; *Darton*, *What types of homes are closing?*, *Health and Social Care in the Community* 12 (2004), S. 254 ff.

1291 *Netten/Williams/Darton*, *Care-home closures in England*, *Ageing & Society* 25 (2005), S. 319, 323 ff.; *Netten/Darton/Williams*, *The Rate, Causes and Consequences of Home Closures*, S. 46 f.

1292 Damit sind einige wenige Heimschließungen durch die Aufsichtsbehörden nicht erfaßt.

1293 *Williams/Netten/Ware*, *Managing the Care Home Closure Process*, *British Journal of Social Work* (2007) 37, S. 910.

care homes bezog.¹²⁹⁴ Generell ist festzustellen, daß kleine Heime stärker betroffen sind als große.¹²⁹⁵

Die Gründe für den Marktaustritt von Heimen liegen im von den Kommunen ausgeübten Druck auf das Gebührenniveau, in gestiegenen Kosten im Hinblick auf bauliche Standards infolge schrittweise eingeführter Mindeststandards¹²⁹⁶ sowie in höheren Personalkosten, die durch neue Qualifikationsanforderungen in den Mindeststandards, durch Einführung eines nationalen Mindestlohns und gesetzlicher Arbeitszeitregelungen bedingt sind.¹²⁹⁷

Heimschließungen sind nicht nur im Hinblick auf die mit der Unterbrechung der Pflegekontinuität verbundenen nachteiligen Auswirkungen auf die Pflegequalität bei den betroffenen Bewohnern problematisch.¹²⁹⁸ Sie sind auch aus versorgungspolitischer Sicht unter dem Gesichtspunkt des Abbaus der Pflegeinfrastruktur kritisch zu beurteilen, weil Untersuchungen zeigen, daß die Entwicklung von Angebot und Nachfrage nicht die entscheidenden Faktoren für die massiven Marktaustritte in den letzten Jahren waren. Deshalb könnten bei einem Anstieg der Nachfrage infolge der demographischen Entwicklung künftig Kapazitätsengpässe auftreten, regional sind sie teilweise bereits zu verzeichnen.¹²⁹⁹ Die Tatsache, daß vor allem kleinere Heime von den Schließungen betroffen sind, wirkt sich zudem negativ auf die Angebotsvielfalt im Sektor sowie auf die Verfügbarkeit von Heimen im näheren lokalen Umfeld aus.

Vor diesem Hintergrund wirken staatliche Stellen mit verschiedenen Maßnahmen, die im Folgenden beschrieben werden, steuernd auf die Pflegeheiminfrastruktur ein.

1294 Vgl. *Darton*, What types of homes are closing?, *Health and Social Care in the Community* 12 (2004), S. 254.

1295 *Netten/Williams/Darton*, Care-home closures in England, *Ageing & Society* 25 (2005), S. 325, 333; *Darton*, What types of homes are closing?, *Health and Social Care in the Community* 12 (2004), S. 257.

1296 *Darton*, What types of homes are closing?, *Health and Social Care in the Community* 12 (2004), S. 254 f.; *Netten/Williams/Darton*, Care-home closures in England, *Ageing & Society* 25 (2005), S. 334. In Reaktion auf die Heimschließungswelle vor allem in den Jahren 2000/01 wurden viele Regulierungsvorschriften stufenweise bzw. mit Übergangsfristen versehen eingeführt. Insbesondere kostenintensive Anforderungen an bauliche Standards wie etwa das Erfordernis, alle Pflegeplätze als Einzelzimmer zu gestalten sowie eine bestimmte Mindestquote an Zimmern mit eigenen sanitären Einrichtungen vorzuhalten, wurden für Heime, die bereits vor dem 1. April 2002 existierten, vorübergehend lediglich als unverbindliche Empfehlung ausgesprochen (vgl. etwa *Department of Health*, National Minimum Standards for Care Homes for Older People, standard 24).

1297 Zu letzteren Aspekten s. *Player/Pollock*, Long-term care, *CSP* 21 (2001), S. 249.

1298 Hierauf wird weiter unten (S. 287 ff.) im Zusammenhang mit der Steuerung der Pflegequalität eingegangen.

1299 *Netten/Darton/Williams*, The Rate, Causes and Consequences of Home Closures, S. 43 f.

2. Infrastrukturplanung

Möchte sich der Staat in irgendeiner Weise für das Vorhandensein einer ausreichenden Heiminfrastuktur verantwortlich zeigen,¹³⁰⁰ muß er hierzu zunächst den vorhandenen Bedarf an Langzeitpflegeleistungen und die existierenden Kapazitäten erfassen, sie einander gegenüber stellen und die künftige Entwicklung prognostizieren. In systematischer Weise geschieht dies im Rahmen von Planungen. Wie oben bereits dargelegt, werden diese vor allem auf lokaler Ebene durch die Aufstellung der *local development plans* und insbesondere der *joint investment bzw. joint commissioning plans* durchgeführt.¹³⁰¹

Weil diese Pläne zudem mit Vertretern privater Träger beraten und diesen in der Regel auch zugänglich gemacht werden, ist in ihnen ein Instrument des kooperativen Zusammenwirkens sowie einer staatlichen Informationsgewährung hinsichtlich des prognostizierten Infrastrukturbedarfs, also auch ein informationsbasiertes Steuerungsinstrument zu sehen, das dem privaten Sektor die Möglichkeit eröffnet, seine mittelfristigen Planungen mit denen der Kommune abzugleichen.

3. Finanzielle Förderung der Pflegeinfrastruktur

a. Kapitalmarktbasierende Finanzierung der Pflegeinfrastruktur

Eine finanzielle Beteiligung des Staates an der Heiminfrastuktur in der Gestalt staatlicher Investitionskostenzuschüsse an den privaten Sektor ist in England grundsätzlich nicht vorgesehen. Die Pflegeinfrastruktur des privat-kommerziellen Sektors basiert auf privaten Kapitalinvestitionen.¹³⁰² Mittlere und große Unternehmen sind primär über privates Beteiligungskapital finanziert.¹³⁰³ Einer anderen verbreiteten Art der Finanzierung von Pflegeheimen über den Kapitalmarkt liegt die Aufspaltung der Heime in das Grundeigentum und den eigentlichen Heimbetrieb zugrunde. Bei dieser Finanzierungsmethode wird das Immobiliareigentum an eine Zweck- oder Investmentgesellschaft übertragen und von dieser durch den Heimbetreiber zurückgeleast (*sale and leaseback*). Die Investmentgesellschaft verbrieft die Kaufpreisforderung und refinanziert sie über Immobilienfonds am Kapitalmarkt.¹³⁰⁴ Nach dem erfolgreichen Börsengang der Southern Cross Healthcare Group Plc., einem der größten Betreiber kommerzieller Pflegeheime im Vereinigten Königreich, im Juli 2006 wird zudem erwartet, daß Finanzierung

1300 Dies bedeutet freilich nicht zwingend, daß der Staat damit zugleich auch für das Vorhandensein einer ausreichenden Infrastruktur einstehen muß.

1301 Dazu oben, S. 195.

1302 Ähnliche Tendenzen der Erschließung von Finanzierungsmöglichkeiten über den Kapitalmarkt sind auch im Bereich der *primary care* des NHS zu beobachten, siehe *Pollock/Player/Godden*, How private finance is moving primary care into corporate ownership, *BMJ* 322 (2001), S. 960 ff.

1303 Vgl. *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 7.

1304 Dazu *Player/Pollock*, Long-term care, *CSP* 21 (2001), S. 246 f.; s. auch *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 7.

gen über den Aktienmarkt künftig eine große Bedeutung für den Pflegeheimsektor spielen werden.¹³⁰⁵

Zu Recht wird in der Literatur auf Risiken hingewiesen, die sich aus dem zunehmenden Rückgriff auf den Kapitalmarkt als Finanzierungsquelle ergeben. Die weltweite Krise der Kreditmärkte infolge der Immobilienkrise in den USA seit Herbst 2007 führte zu einer deutlich restriktiveren Kreditvergabe seitens der Finanzinstitute und könnte zu einer erheblichen Abwertung von *private equity*-Beteiligungen am Pflegeheimmarkt führen.¹³⁰⁶ Problematisch ist zudem die große Volabilität der Kapitalströme, die fast ausschließlich renditeorientiert allgemeinen Marktprinzipien folgen und daher bei sich negativ entwickelnden Marktprognosen sehr kurzfristig zu Kapitalabflüssen führen können. Nicht erst zu diesem Zeitpunkt, sondern schon im Vorfeld kann die Pflegekontinuität gefährdet sein, wenn allein der Renditedruck in den Vordergrund unternehmerischer Entscheidungen rückt und zu Einsparungen vor allem an Personal als Hauptkostenfaktor zwingt.¹³⁰⁷

b. Einfluß staatlicher Sozialleistungen auf private Infrastrukturinvestitionen

Das Fehlen einer staatlichen Beteiligung an den Investitionskosten bedeutet jedoch nicht, daß der Staat in finanzieller Hinsicht keinen Einfluß auf das Vorhandensein der Pflegeheiminfrastruktur ausüben würde. Angesichts der Tatsache, daß die Heimgebühren bei 59 % der Bewohner privat betriebener Pflegeheime ganz oder teilweise von den Kommunen getragen werden,¹³⁰⁸ trägt der Staat mit Hilfe der Pflegesozialleistungen maßgeblich zum Bestehen des Pflegeheimsektors bei. 2002/03 belief sich diese staatliche Unterstützung für Bewohner von Pflegeheimen auf ca. £ 4,25 Mrd.¹³⁰⁹

Einen maßgeblichen Einfluß auf das Volumen dieser Leistungen übt die Zentralregierung aus. Die Entscheidung über die Höhe der den kommunalen Sozialbehörden zuteilenden Mitteln wird von der Regierung getroffen, die so das für stationäre Pflegeleistungen zur Verfügung stehende Finanzbudget beeinflusst.¹³¹⁰ Englische Kommunen erhalten ihre Mittel zur Finanzierung der sozialen Dienste in erster Linie durch den „*Revenue Support Grant*“ der Zentralregierung. Die Höhe dieser Finanzzuweisung wird mit Hilfe des „*Formula Spending Share*“ berechnet, der unter anderem die Zahl und die Altersstruktur der Bevölkerung berücksichtigt.¹³¹¹ Allerdings ist die mit dem *Formula Spending Share* berechnete Mittelzuteilung nicht mit einer strikten Zweckbindung für die sozialen Dienste versehen. Es steht vielmehr im Ermessen der Kommunen, das Budget zu überziehen und mit anderen Haushaltsmitteln zu subventionieren oder aber

1305 *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 7 f., 96.

1306 Vgl. *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 7.

1307 Zu dieser Kritik *Player/Pollock*, Long-term care, CSP 21 (2001), S. 248 ff.

1308 Bezogen auf UK im Jahre 2007, s. *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 153, Figure 7.1.

1309 *Williams/Netten*, English Local Authority Powers, *British Journal of Social Work* (2005) 35, S. 922.

1310 Diesen Aspekt der Steuerung nennt auch *Propper*, Quasi-Markets and Regulation, in: Le Grand/Bartlett [Hrsg.], *Quasi-Markets and Social Policy*, S. 183.

1311 *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 155.

das Budget nicht auszuschöpfen und die Mittel für andere Zwecke zu verwenden.¹³¹² Dies wirkt limitierend auf den unmittelbaren zentralstaatlichen Steuerungseffekt, erhöht aber umgekehrt die Spielräume zur dezentralen Feinststeuerung auf kommunaler Ebene. Der *Special Transitional Grant*, eine zentralstaatliche Finanzausweisung an die Kommunen, der zwingend zum Bezug von *social services* einzusetzen war und der übergangsweise die Auflage enthielt, 85 % der Gelder für Leistungen des privaten Sektors auszugeben,¹³¹³ wurde 1999 gestrichen.

Welche Auswirkungen das Volumen der staatlichen Leistungen grundsätzlich auf die Investitionsbereitschaft des privaten Sektors haben kann, zeigte sich deutlich in den 1980er Jahren, als die leichte Verfügbarkeit von Sozialleistungen in Gestalt von *supplementary benefit* und später *income support*¹³¹⁴ zu einem massiven Ausbau der Kapazitäten im privaten Sektor führte.¹³¹⁵ Der Anstieg der Zahl an Pflegebetten wurde erst infolge der *community care*-Reformen von 1993 gestoppt, als die begrenzten kommunalen Finanzbudgets die Nachfrage an *residential care*-Leistungen verringerten und zudem einen erheblichen Druck auf das Niveau der Heimgebühren ausübten, das von vielen Heimbetreibern als unrealistisch niedrig beklagt wurde.¹³¹⁶ Die Zurückhaltung der Regierung, den Kommunen Vorgaben hinsichtlich eines angemessenen Gebührenniveaus zu machen, wirkte sich dabei eher negativ auf den Erhalt der Pflegeheiminfrastruktur aus.¹³¹⁷ Studien zufolge schaffen die von den Kommunen bezahlten Heimgebühren nur in wenigen Regionen Englands einen hinreichenden Anreiz für Heimbetreiber, Investitionen in neue, qualitativ höherwertige Pflegeplätze zu tätigen.¹³¹⁸ Das niedrige Gebührenniveau wird darüber hinaus als einer der Hauptgründe für Heimschließungen genannt,¹³¹⁹ deren Zahl erst seit kurzem wieder rückläufig ist. Das unternehmerische Risiko der Pflegeheimbetreiber wird zudem durch die Praxis der Kommunen erhöht, überwiegend auf *spot* und *call-off contracts* zu setzen. Hierdurch wird ein Großteil des Nachfragerisikos auf den Pflegeheimsektor verlagert, der somit nur wenig Planungssicherheit erhält.¹³²⁰

Vereinzelte Versuche von Heimbetreibern, gerichtlich höhere Heimgebühren gegen die Kommunen durchzusetzen, schlugen bislang fehl.¹³²¹ Die Gerichte verneinten, daß

1312 *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 155.

1313 Siehe oben, S. 191.

1314 Siehe oben, S. 140, 149.

1315 Vgl. *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 24 f.

1316 *Continuing Care Conference*, Local Authority Contracting Policies, S. 1; *Kendall* u.a., The State of Residential Care Supply, S. 12 ff. Zu den Hintergründen des Gebührendrucks aus Sicht der *local authorities* s. *Netten/Williams/Darton*, Care-home closures in England, *Ageing & Society* 25 (2005), S. 332.

1317 *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2003, S. 2.

1318 Vgl. *Joseph Rowntree Foundation*, Finding 678 (June 1998): Disparities between market rates and state funding of residential care.

1319 Siehe oben, S. 207.

1320 Vgl. *Netten/Williams/Darton*, Care-home closures in England, *Ageing & Society* 25 (2005), S. 335.

1321 S. etwa *Bettercare Group Ltd. Supported by The Registered Homes Confederation of Northern Ireland and Bedfordshire Care Group v The Director General of Fair Trading* [2002] CompAR 226.

sich aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften ein bestimmtes Gebührenniveau herleiten lasse,¹³²² und zeigten sich nicht offen für das Argument, die Gebühren seien nicht ausreichend hoch, um den Leistungsempfängern eine angemessene Auswahl an Heimen entsprechend den Vorschriften der *National Assistance Act 1948 Choice of Accommodation Directions 1992* zu ermöglichen.¹³²³ Auch das Argument, die Kommune würde bei zu geringen Gebühren ihre Kompetenzen überschreiten, wurde nicht als stichhaltig angesehen.¹³²⁴

Die Problematik der Heimschließungen, die vor allem um die Jahrtausendwende ein erhebliches Ausmaß erreicht und großes öffentliches Aufsehen erregt hatte,¹³²⁵ löste insbesondere im Süden Englands Befürchtungen im Hinblick auf die Fähigkeit des Marktes aus, den kurz- sowie längerfristigen Bedarf an Heimplätzen decken zu können.¹³²⁶ Um diesem Trend entgegenzuwirken, stellte die Zentralregierung den Kommunen für deren *personal social services* ein Budget zur Verfügung, das zunächst in der Zeit von 1998/99 bis 2002/03 einen inflationsbereinigten Zuwachs von jährlich ca. 3 % aufwies und in den drei folgenden Jahren bis 2005/06 einen erneuten Anschlag in Gestalt eines jährlichen Budgetanstiegs von real 6 % erhielt. Dies führte bei den Kommunen zu einem Anstieg der Ausgaben für soziale Dienste für ältere Menschen von nominal 8 % in den Jahren 2004/05 bzw. 6 % im Zeitraum 2005/06.¹³²⁷ Die Motivation der Zentralregierung für die Erhöhung der Mittel für die *personal social services* dürfte dabei maßgeblich auch darin bestanden haben, daß ein zu starker Abbau der Kapazitäten im Bereich der Pflegeheime negative Auswirkungen auf die *acute health care* des NHS in Gestalt vermeidbarer Einweisungen älterer Menschen in Krankenhäuser sowie Verzögerungen bei der Entlassung von Patienten haben würde.¹³²⁸

Ob sich die finanzielle Lage der Heimbetreiber in Zukunft weiter entspannen wird, ist fraglich. Für 2006/07 und 2007/08 sollen die Zuwachsraten moderater ausfallen und sich nur noch geringfügig von der Inflationsrate abheben.¹³²⁹ für den Dreijahreszeitraum bis 2010/11 sind reale Zuwächse des *Revenue Support Grant* von nur ca. 1% jähr-

1322 R v Coventry City Council ex p Coventry Heads of Independent Care Establishments (CHOICE) and Peggs (1998) 1 CCLR 379.

1323 R on the application of Birmingham Care Consortium v Birmingham City Council 5 (2002) CCLR 600.

1324 R v Coventry City Council ex p Coventry Heads of Independent Care Establishments (CHOICE) and Peggs (1998) 1 CCLR 379, 386 ff.

1325 S. die parlamentarische Debatte des *House of Commons*, Westminster Hall, vom 15. Februar 2000, in: House of Commons Hansard, Vol. 344, Issue 1850, Columns 176WH-184WH, abrufbar unter <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm/199900/cmhansrd/vo000215/halltext/00215h02.htm#00215h02_head0>.

1326 Netten u.a., *Understanding Public Services*, S. 23.

1327 Laing & Buisson, *UK Market Survey 2007*, S. 154.

1328 Vgl. Netten u.a., *Understanding Public Services*, S. 4; Netten/Williams/Darton, *Care-home closures in England*, *Ageing & Society* 25 (2005), S. 334 f.

1329 Laing & Buisson, *UK Market Survey 2007*, S. 154 f.

lich avisiert.¹³³⁰ Die Verteuerung von Fremdkapital infolge der weltweiten Krise der Finanzmärkte in den Jahren 2007/08 dürfte den Pflegeheimmarkt zusätzlich belasten.

Insgesamt betrachtet weist der Markt für stationäre Pflegeleistungen im öffentlichen und privaten Sektor zusammen derzeit zwar Überkapazitäten von ca. 11 % auf.¹³³¹ Auf längere Sicht gesehen wird dies jedoch nicht genügen, um dem im Zusammenhang mit der demographischen Entwicklung prognostizierten Nachfrageanstieg gerecht zu werden. Dies läßt nach einer langen Phase des Abbaus stationärer Pflegeplätze wieder einen Ausbau der Bettenkapazitäten erwarten.¹³³²

Die in diesem Abschnitt genannten Entwicklungen verdeutlichen den unmittelbaren Zusammenhang, der zwischen den vom Staat für Sozialleistungen aufgewendeten Mitteln und dem Aus- oder Abbau der Pflegeinfrastruktur besteht. Trotz des Fehlens direkter Infrastrukturkostenzuschüsse übernimmt der Staat somit faktisch in erheblichem Umfang Verantwortung für die Einrichtungsinfrastruktur. Entsprechend wird die Höhe des für die Zukunft erwarteten Kapazitätsausbaus maßgeblich auch davon abhängen, in welchem Umfang staatliche Leistungen für die stationäre Langzeitpflege zur Verfügung gestellt werden.

4. Bereitstellung stationärer Pflegeinfrastrukturen durch die Kommunen

Wie eingangs dieses Kapitels im Zusammenhang mit der Marktstruktur bereits geschildert, wird in England nach wie vor ein Teil der stationären Pflegeleistungen in Heimen erbracht, die von Kommunen selbst betrieben werden. Aus historischen Gründen handelt es sich hierbei ausschließlich um *residential care homes*. Die Pflegebetten in kommunalen Heimen machen ca. 14 % der Gesamtkapazität der *residential care* und etwas über 8 % aller Pflegebetten (*residential* und *nursing care*) aus.¹³³³

Auch wenn sich in Gestalt der kommunalen Heime ein Teil der staatlichen Verantwortung für das Vorhandensein einer ausreichenden Pflegeinfrastruktur manifestiert, sind die Kommunen nicht verpflichtet, eine eigene Pflegeheiminfrastruktur zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus s. 21(1)(a) NAA 1948 vorzuhalten, sondern sie könnten diese Pflichten auch ausschließlich durch einen Rückgriff auf private Heime erfüllen.¹³³⁴ In einem *Local Authority Circular* (LAC), d.h. einer verwaltungsinternen Mitteilung des Gesundheitsministeriums an die Kommunen, die bestimmte Aspekte der aktuellen Gesundheits- und Sozialpolitik sowie einschlägiger Rechtsverordnungen detailliert darlegt und je nach Einzelfall auch verbindliche Anweisungen in Gestalt von *policy guidances* enthalten kann,¹³³⁵ äußerte der *Secretary of State for Health* die (un-

1330 Vgl. LAC (DH) (2008)1, para. 50.

1331 Vgl. *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 97.

1332 *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 24, 105 f.

1333 Die Zahlen beziehen sich auf das Vereinigte Königreich im Jahr 2007 und sind *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 25, Table 2.2., entnommen.

1334 *R v Wandsworth London Borough Council ex p Beckwith* [1996] 1 All ER 129.

1335 Verbindlich in dem Sinne, daß die Kommunen nur in gut begründeten Ausnahmefällen von ihnen abweichen dürfen, sind die in den LACs enthaltenen Anweisungen dann, wenn sie auf einer gesetz-

verbindliche) Rechtsansicht, die Kommunen müßten eine gewisse Mindestinfrastruktur aufrechterhalten.¹³³⁶ Dies wurde von Lord Hoffmann in einer Entscheidung des *House of Lords* als „*simply wrong*“ bezeichnet.¹³³⁷

Für den umgekehrten Fall, daß auf dem Gebiet der Kommune keine hinreichende private Heiminfrastruktur vorhanden ist, dürfte die betreffende Behörde zum Betrieb eines eigenen Heims verpflichtet sein,¹³³⁸ wenngleich ein solcher Fall bislang nicht entschieden wurde. Ähnliches gilt, wenn im privaten Sektor zumindest zu den von der Kommune benannten üblichen Pflegesätzen keine Leistungen gefunden werden können, die dem festgestellten Hilfebedarf entsprechen. In diesem Fall kann die Kommune jedoch anstelle der Schaffung einer eigenen Infrastruktur alternativ auch die tatsächlichen, die üblichen Kosten übersteigenden Gebühren der vorhandenen privaten Heime übernehmen.¹³³⁹

Von Relevanz ist das Vorhalten einer eigenen Pflegeinfrastruktur vor allem bei besonderen Pflegebedarfskonstellationen. So greifen die Kommunen etwa bezüglich Pflegeangeboten für Demenzzranke oder auch bezüglich Kurzzeitpflegeplätzen häufig auf *in-house*-Angebote zurück, weil Angebote hierfür im privaten Sektor noch immer schwer zu finden sind¹³⁴⁰ und Pflegeheime, die auf diese Patientengruppe spezialisiert sind, noch weitgehend fehlen.¹³⁴¹

Die Pflicht, dauerhaft fehlende Kapazitäten notfalls durch den Betrieb eigener Heime zu kompensieren, ist Ausdruck einer staatlichen Auffangverantwortung hinsichtlich der Einrichtungsinfrastruktur. Soweit Kommunen dagegen Heime etwa aus historischen oder sonstigen Gründen betreiben, die nichts mit einer unzureichenden privaten Heiminfrastruktur zu tun haben, ist dies als staatliche Erfüllungsverantwortung zu qualifizieren.

lichen Grundlage beruhen, die den *Secretary of State* ermächtigt, den kommunalen Sozialämtern gegenüber Weisungen zu erlassen, d.h. wenn es sich um „*statutory guidances*“ handelt. Entsprechende Rechtsgrundlagen für die Erteilung von Weisungen finden sich etwa allgemein in s. 7 LASSA 1970 oder – speziell bezogen auf die Bestimmung des Personenkreises, für den stationäre Langzeitpflege zu leisten ist, in s. 21(1) NAA 1948. Diese verbindlichen Anweisungen tragen oft auch die Bezeichnung „*policy guidance*“. Sie lassen sich aber grundsätzlich von den bloßen „*practice guidances*“ unterscheiden. Diesen kommt zwar keine unmittelbare Verbindlichkeit in dem Sinne zu, daß die Kommunen von ihnen nur in begründeten Einzelfällen abweichen könnten, aber sie müssen bei der Entscheidungsfindung zumindest in Betracht gezogen werden. Als Äußerungen des Gesundheitsministeriums kommt ihnen darüber hinaus eine erhebliche faktische Bindungswirkung zu. S. hierzu etwa *Clements*, *Community Care*, S. 13 ff., sowie *Mandelstam*, *Community Care*, S. 129.

1336 LAC 93(10) para 4.

1337 *Lord Hoffmann* in *R v Wandsworth London Borough Council ex p Beckwith* [1996] 1 All ER 129, 132.

1338 Vgl. *Clements*, *Community Care and the Law*, S. 159; *Winfield* [u.a.], *Paying for Care Handbook*, S. 254; in diesem Sinne auch die Beschwerdeentscheidung *Complaint 01/C/03521* gegen North Yorkshire vom 19. August 2002 des *Local Government Ombudsman*, allerdings bezogen auf den Bereich der Kurzzeitpflege (*respite care*).

1339 *Hurst*, *National Health Service and Local Authority Responsibilities*, J.P.I. Law 2005, S. 255.

1340 *Netten* u.a., *Understanding Public Services*, S. 32.

1341 *Netten* u.a., *Understanding Public Services*, S. 29.

Allerdings verlaufen die Grenzen zwischen der Bereitstellung der Heiminfrastruktur durch den Staat einerseits und durch den privaten Sektor andererseits keineswegs so trennscharf, wie es die Gegenüberstellung zwischen staatlich bzw. privat betriebenen Heimen nahelegt. Denn auch dann, wenn der Staat Heime selbst betreibt, ist eine Beteiligung des privaten Sektors keineswegs ausgeschlossen. Kommunen bedienen sich zur Finanzierung des Neubaus und der Modernisierung ihrer Pflegeheime vielfach der finanziellen Beteiligung Privater im Rahmen sogenannter *Private Finance Initiatives* (PFI).¹³⁴² Soweit es sich nicht um sogenannte „*Design-Build-Finance-Operate*“-Modelle¹³⁴³ handelt, ist der Beitrag der Privaten bei dieser Form der Finanzierungsprivatisierung allerdings nicht auf den Betrieb des Heims bzw. die Erbringung pflegerischer Leistungen bezogen, sondern erschöpft sich in der Finanzierung, der Bereitstellung und im Unterhalt der betreffenden Einrichtung.

5. Zugänglichkeit der Pflegeheime

Die Übernahme staatlicher Verantwortung in der stationären Langzeitpflege läßt sich auch daran ablesen, daß der Staat für die Zugänglichkeit der am Markt vorhandenen Pflegeeinrichtungen sorgt. Beispiele hierfür sind etwa staatliche Hilfestellungen für Pflegebedürftige bei der Finanzierung der Heimgebühren sowie bei der Beschaffung von Heimplätzen.

Eine zentrale Rolle kommt in diesem Zusammenhang dem oben dargestellten staatlichen Leistungsregime unter s. 21(1)(a) NAA 1948 zu. Hierdurch werden stationäre Langzeitpflegeleistungen auch für diejenigen Pflegebedürftigen zugänglich, die sich solche Leistungen entweder aus finanziellen Gründen nicht selbst leisten könnten oder die unabhängig von finanziellen Erwägungen nicht in der Lage sind, sich die benötigten Pflegeplätze selbst zu beschaffen. Das hohe Niveau der Heimgebühren, die in privaten *residential care homes* in England 2007/08 durchschnittlich £ 449 und in privaten *nursing care homes* durchschnittlich £ 648 pro Woche betragen,¹³⁴⁴ verdeutlicht die Bedeutung, die den staatlichen Leistungen zukommt. Das Ausmaß der vom Staat übernommenen Verantwortung hängt dabei maßgeblich von der oben bereits dargestellten Ausgestaltung des Inhalts und der Voraussetzungen der *residential care*-Leistungen nach s. 21(1)(a) NAA 1948 ab.¹³⁴⁵

1342 Vgl. etwa die *Community Care News* vom 30. April 2001 („Public and private sectors join forces“) betreffend ein PFI-Projekt der City of Westminster, abrufbar unter <<http://www.community-care.co.uk/Articles/2001/04/30/31264/public-and-private-sectors-join-forces.html>>, sowie die Pressemitteilung des East Sussex County Council vom 11.7.2007 bezüglich des Baus vier neuer *residential homes*, abrufbar unter <<http://www.eastsussex.gov.uk/yourcouncil/pressoffice/pressreleases/2007/07/1529.htm>>. Allgemein zu *Public Finance Initiatives* in der Lokalverwaltung *Badcoe*, *Public Private Partnerships*, PPLR 1999, S. 285 ff.

1343 Dazu *Badcoe*, *Public Private Partnerships*, PPLR 1999, S. 285.

1344 *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 172, Table 8.2.

1345 Zur *residential accommodation* nach s. 21(1)(a) NAA 1948 siehe oben, S. 159 ff.

Eines näheren Hinsehens bedarf die Frage, ob der Staat auch zugunsten solcher Personen, die für ihre Pflege vollständig selbst aufkommen können, Einfluß auf die Zugänglichkeit von stationären Pflegeleistungen nimmt. Staatliche Vorgaben im Hinblick auf die Gebühren, die von Selbstzahlern verlangt werden können, existieren in England jedenfalls nicht. Selbstzahler haben in der Praxis deutlich höhere Heimgebühren zu bezahlen als diejenigen Bewohner, die einen von der Kommune organisierten Pflegeplatz haben. Der Mehrbetrag belief sich im Jahre 2004 auf durchschnittlich £ 56 pro Woche.¹³⁴⁶ Dabei haben die Kommunen durchaus ein eigenes Interesse an niedrigen Heimgebühren für Selbstzahler, weil diese um so schneller unter die für die Erbringung von Leistungen nach s. 21(1)(a) NAA 1948 relevanten Vermögensgrenzen zu fallen drohen, je schneller ihre Finanzreserven durch die Heimgebühren aufgebraucht werden. Einige Lokalbehörden übernehmen daher auch für Selbstzahler Verantwortung, indem sie für diese Personen Heimverträge zu identischen Konditionen wie bei den von ihnen finanzierten Bewohnern abschließen und sich die Heimgebühren vollständig von den Selbstzahlern erstatten lassen.¹³⁴⁷ Teilweise setzen Kommunen in Heimen, mit denen sie vertraglich verbunden sind, auch ihre Nachfragemacht im Sinne einer marktbasierten Steuerung dahingehend ein, daß sie die Gebühren auch für Privatzahler, die ihre Verträge mit den Heimen selbst abschließen, niedrig halten.¹³⁴⁸

Ob die Kommunen allerdings nach s. 21(1)(a) NAA 1948 verpflichtet sind, Heimplätze für Pflegebedürftige unabhängig von deren finanziellen Ressourcen (gegen Gebührenerstattung) zu arrangieren, ist – wie oben dargestellt¹³⁴⁹ – umstritten. Dabei geht es nicht allein um die Frage, ob der Einzelne die Marktmacht der Kommune in wirtschaftlicher Hinsicht für sich verfügbar machen kann. Relevant werden kann diese Frage vielmehr auch dann, wenn es einem Pflegebedürftigen aufgrund des Fehlens eines allgemeinen Kontrahierungszwangs auf Seiten der Heimbetreiber nicht gelingt, einen für ihn geeigneten Pflegeplatz zu besorgen. Richtigerweise wird man aber jedenfalls in diesem Fall das Tatbestandsmerkmal „*not otherwise available*“ von s. 21(1)(a) NAA 1948 für erfüllt halten und entsprechend eine Verpflichtung der Kommune, einen Heimplatz zur Verfügung zu stellen, bejahen müssen.

Studien zeigen, daß *local authorities* beim Einzug von Selbstzahlern in Pflegeheime in nicht einmal 20 % der Fälle in die Vertragsverhandlungen einbezogen werden.¹³⁵⁰

1346 *Office of Fair Trading*, Care homes for older people, Annexe L, S. 8; noch in einer 2001 veröffentlichten Studie war allerdings berichtet worden, die Gebühren von Selbstzahlern würden sich denen von Bewohnern, deren Platz von einer *local authority* finanziert wird, annähern, s. *Netten/Darton/Curtis*, Self-funded Admissions to Care Homes, S. 92 ff.

1347 *Netten* u.a., Understanding Public Services, S. 22.

1348 *Netten* u.a., Understanding Public Services, S. 22.

1349 Ausführlich hierzu oben, S. 182 ff.

1350 *Netten/Darton/Curtis*, Self-Funded Admission to Care Homes, S. 62.

II. Personalinfrastruktur

Social care ist untrennbar verbunden mit den Personen, die sie erbringen. Die Ausgaben für das Personal belaufen sich bei sozialen Dienstleistungen auf ca. 80 % der Gesamtkosten.¹³⁵¹ Gerade in der Pflege ist die Qualität der erbrachten Dienstleistungen in starkem Maße von den pflegerischen Fähigkeiten und Erfahrungen des Personals sowie von der Persönlichkeit der Pflegepersonen abhängig.¹³⁵² Um überhaupt Pflegeheime betreiben zu dürfen, sind zudem bestimmte Mindestpersonalanforderungen einzuhalten.

Der Pflegeheimsektor ist aus diesen Gründen dringend auf das Vorhandensein einer hinreichenden Zahl an qualifiziertem Pflegepersonal am Pflegemarkt angewiesen. Im Folgenden soll die Rolle des Staates beleuchtet werden, die dieser hinsichtlich der Versorgung des Pflegemarktes mit ausreichend Pflegekräften einnimmt. Dabei geht es hier noch nicht um die konkreten Anforderungen an das Pflegepersonal in einzelnen Heimen,¹³⁵³ sondern um die grundsätzlichere Frage nach der personellen Infrastruktur am englischen Pflegemarkt.

1. Marktsituation

Insgesamt waren 2003/04 ca. 462.000 Beschäftigte mit pflegerischen Aufgaben in Pflegeheimen tätig.¹³⁵⁴ Bei ihnen handelt es sich entweder um sog. „*social care workers*“, „*social workers*“ oder „*nurses*“.

Als *social care worker* werden diejenigen Beschäftigten bezeichnet, die eine Berufsausbildung haben und Leistungen der *personal care* und andere Hilfsleistungen an Individuen, Familien und andere Personengemeinschaften erbringen, um deren Alltagsleben zu erleichtern.¹³⁵⁵ In Pflegeheimen machen sie – in aller Regel hierarchisch organisiert als *team leaders*, *senior care assistants* und *junior care assistants*¹³⁵⁶ – den ganz überwiegenden Teil des Personals aus.

Der Ausdruck *social worker* hingegen bezieht sich auf Personen mit akademischer Ausbildung, deren Handlungskompetenz in der Beurteilung komplexer persönlicher und sozialer Bedürfnislagen einzelner Personen oder Personengruppen sowie in der Erarbeitung von Konzepten für diese besteht.¹³⁵⁷ In den Heimen des privaten Sektors waren

1351 *Department of Health/Department for Education and Skills*, Options for Excellence, S. 13.

1352 Kendall u.a., State of Residential Care Supply, S. 3.

1353 Auf diese Frage ist weiter unten im Zusammenhang mit der Steuerung der Pflegequalität einzugehen, siehe S. 263 ff.

1354 Eborall, The State of the Social Care Workforce 2004, S. 26. Diese Zahl schließt die mit *nursing care* Beschäftigten ein.

1355 Vgl. *Department of Health/Department for Education and Skills*, Options for Excellence, S. 9.

1356 *Gospel/Thompson*, The Role and Impact of the Statutory Framework for Training in the Social Care Sector, S. 16.

1357 Vgl. *Department of Health/Department for Education and Skills*, Options for Excellence, S. 9. Ausführlicher *Brayne/Carr*, Law for social workers, S. 11 ff.

2003/04 nur ca. 5.600 *social workers* angestellt.¹³⁵⁸ Vor dem Hintergrund dieser Unterscheidung zwischen *social worker* und *social care worker* sind die Begrifflichkeiten im CSA 2000 etwas unglücklich gewählt. Nach s. 55(2)(a) dieses Gesetzes stellen – zumindest für Part IV des CSA 2000 – *social worker* zugleich auch *social care worker* dar. Dem wird in dieser Arbeit zwar nicht gefolgt, bei der Lektüre des CSA 2000 sind die abweichenden Begrifflichkeiten aber zu berücksichtigen.

Bei *nurses* wiederum handelt es sich um Krankenpfleger und -schwestern. Ihr Einsatz ist nur in *nursing care homes* vorgeschrieben. Sie haben dort diejenigen Pflegeleistungen zu erbringen oder zu überwachen, die als *health care*-Leistung vom NHS erbracht und von diesem über einen pauschalen Zuschuß zu den Heimgebühren finanziert werden.¹³⁵⁹ Weil diese Leistungen aber dem hier nicht näher untersuchten Bereich der *health care* zuzuordnen sind, sollen die staatlichen Regulierungsaktivitäten im Hinblick auf *nurses* nur am Rande behandelt werden.

Die Marktsituation bezüglich der Verfügbarkeit von Pflegepersonal sowie hinsichtlich dessen Qualifikationsstands stellt sich in England – wie in den meisten entwickelten Ländern¹³⁶⁰ – derzeit als überaus schwierig dar. Seit Jahren klagen die Betreiber von Pflegeeinrichtungen über Probleme, hinreichend qualifiziertes Personal zu bekommen.¹³⁶¹ Bei der Schließung von *nursing care homes* wird in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle auch die Schwierigkeit, qualifizierte *nurses* zu finden, als einer der Gründe für den Marktaustritt genannt.¹³⁶² Das Defizit an Personal für Pflegeheime wird für England mit 6 % beziffert,¹³⁶³ in Spezialbereichen wie Pflegeheimen für Erwachsene mit körperlichen Behinderungen, psychischen Problemen oder Lernbehinderungen liegt der Anteil unbesetzter Stellen bei über 12 %.¹³⁶⁴ Personalengpässe werden oftmals mit Leiharbeitnehmern behoben. Ihr Anteil am *social care*-Personal im Südosten Englands liegt bei etwa 10 %.¹³⁶⁵ Angesichts eines durchschnittlichen Stundenlohns von lediglich £ 6,40 für weibliche Pflegekräfte im mobilen und stationären Bereich¹³⁶⁶ bzw. von

1358 *Eborall*, *The State of the Social Care Workforce 2004*, S. 27.

1359 Dazu oben, S. 153.

1360 Zum Mangel an Fachpersonal aus internationaler Perspektive vgl. *Hussein/Manthorpe*, *An International Review of the Long-Term Care Workforce*, *Journal of Aging & Social Policy*, Vol. 17(4) 2005, S. 83 f.

1361 Dazu *Kendall* u.a., *State of Residential Care Supply*, S. 16 f., 26; *Netten* u.a., *Understanding Public Services*, S. 29; *Gospel/Thompson*, *The Role and Impact of the Statutory Framework for Training in the Social Care Sector*, S. 15, 17.

1362 *Netten/Williams/Darton*, *Care-home closures in England*, *Ageing & Society* 25 (2005), S. 324, 329.

1363 *Social Services Inspectorate/National Care Standards Commission*, *All Our Lives*, S. 50. Die bei *Eborall*, *The State of the Social Care Workforce 2004*, S. 42, für „*social work activities with accommodation*“ genannte Zahl von 4,0 % läßt nicht auf eine Entspannung der Lage schließen, weil diese Zahl – anders als die zuerst genannte – *nursing care homes* nicht einschließt, wo ein besonderer Bedarf an ausgebildetem Personal besteht.

1364 *Department of Health/Department for Education and Skills*, *Options for Excellence*, S. 17.

1365 *Gospel/Thompson*, *The Role and Impact of the Statutory Framework for Training in the Social Care Sector*, S. 15.

1366 *Eborall*, *The State of the Social Care Workforce 2004*, S. 60.

nur £ 6,19 für Pflegekräfte in kommunalen Altenpflegeheimen¹³⁶⁷, und in Anbetracht der durchwegs hohen Arbeitsbelastung dürfte die hohe Anzahl unbesetzter Stellen eher auf die fehlende Attraktivität von Arbeitsplätzen in der *social care* hindeuten als auf ein generelles Fehlen potentieller Bewerber. Die Einführung des *National Minimum Wage Act 1998*¹³⁶⁸ konnte die Situation zumindest nicht nachhaltig verbessern, obwohl bei Inkrafttreten dieses Gesetzes 59 % der *care assistants* (hierarchisch unter der Ebene der Teamleitung angesiedelte Pflegekräfte) einen Lohn unterhalb des Mindestlohnes hatten.¹³⁶⁹ Die Personalknappheit im Pflegeheimsektor wird verschärft durch die direkte Konkurrenz seitens des NHS, aber auch durch den Einzelhandelssektor, dessen Löhne nicht weit unter denen der *social care* liegen.¹³⁷⁰

Was den Qualifikationsstand des Personals anbelangt, gehen Schätzungen davon aus, daß um die Jahrtausendwende nur etwa 20 % der Beschäftigten im Bereich der *social care* eine einschlägige berufliche Qualifikation aufwiesen.¹³⁷¹ Diese Schätzung schließt die *nurses* ein, die als einzige Berufsgruppe in der Altenpflege traditionell umfassend über Ausbildung und Qualifikationen verfügt. Zu Beginn der 1990er Jahre wurden mit den *National Vocational Qualifications* (NVQs)¹³⁷² im Bereich der *health* und *social care* zwar auch für *social care workers* Qualifikationsmöglichkeiten geschaffen, trotz stetiger Zuwächse blieb die Gesamtzahl derer, die entsprechende Qualifikation erwerben, bis ins Jahr 2000 aber gering.¹³⁷³ Mittlerweile hat sich der Qualifikationsstand etwas gebessert: 2006 wiesen über 62 % der häuslichen Pflegekräfte und *care assistants* in Pflegeheimen eine NVQ auf dem Basislevel 2 oder höher auf.¹³⁷⁴

2. Staatliche Maßnahmen gegen den Mangel an social care-Personal

Die staatliche Einflußnahme auf das Vorhandensein einer hinreichenden personellen Infrastruktur in der *social care* nimmt vielfältige Formen an und ist zudem auf verschiedene staatliche Träger verteilt. Eine Vielzahl der Maßnahmen stellt sich als anreizbasierte Steuerung dar, die darauf abzielt, das Ansehen von Berufen in der *social care*

1367 Eborall, *The State of the Social Care Workforce 2004*, S. 61.

1368 Nach reg. 11 der *National Minimum Wage Regulations 1999* (S.I. 1999/584), geändert durch *National Minimum Wage Regulations 1999 (Amendment) Regulations* (S.I. 2007/2318) beträgt der Mindestlohn für erwachsene Arbeitnehmer ab 22 Jahren derzeit £ 5,52.

1369 Kendall/Knapp, *The State of Residential Care Supply*, S. 16; vgl. auch Player/Pollock, *Long-term care*, CSP 21 (2001), S. 250.

1370 Eborall, *The State of the Social Care Workforce 2004*, S. 62 f.

1371 Gospel/Thompson, *The Role and Impact of the Statutory Framework for Training in the Social Care Sector*, S. 16.

1372 Ausführlich zu den NVQs, insbesondere zum Aufstellen der Anforderungen zur Erlangung eines bestimmten Levels sowie zum Begutachtungsverfahren unten, S. 265 ff.

1373 Gospel/Thompson, *The Role and Impact of the Statutory Framework for Training in the Social Care Sector*, S. 17.

1374 *Commission for Social Care Inspection*, *The state of social care in England 2006-07*, S. 90, Table 5.16.

zu erhöhen, um einerseits neue Mitarbeiter für den Sektor zu rekrutieren und andererseits den Verbleib des vorhandenen Personals in diesem Sektor zu sichern.

Um die Attraktivität einer *social care*-Laufbahn generell zu erhöhen und die Karriereoptionen innerhalb des Sektors auszuweiten, wurde 2002 ein dreijähriger Studiengang zum *social worker* eingeführt. Die Voraussetzungen für die Zulassung zum Studium können unter anderem durch praktische Berufserfahrung in Verbindung mit einer gewissen beruflichen Qualifikation¹³⁷⁵ erworben werden, so daß diese Karriereoption vielen im Bereich der Pflege Tätigen offen steht. Tatsächlich schrieben sich 2003/04 mit 5.382 Studenten 33 % mehr Studenten für diesen Studiengang ein als noch 2000/01 in den bisherigen Diplomstudiengang.¹³⁷⁶

Zudem wurde das Berufsbild des *social worker* dadurch aufgewertet, daß diese Berufsbezeichnung zum 1. April 2005 geschützt wurde. Gemäß s. 61 CSA 2000 ist sie denjenigen Personen vorbehalten, die sich nach einem entsprechenden Studienabschluß in ein Berufsregister eintragen haben lassen. Eine zentrale Rolle kommt hierbei dem im Oktober 2001 durch s. 54 CSA gegründeten *General Social Care Council* zu. Diese dem staatlichen Sektor zuzurechnende Behörde, ein sogenannter *executive „Non-Departmental Public Body“*¹³⁷⁷ mit dem Gesundheitsministerium als *sponsoring department*,¹³⁷⁸ geht auf die erstmals im *White Paper „Modernising Social Services“* geäußerten Vorschläge zurück, den Ausbildungsstand der Beschäftigten der *social care* anzuheben und hierfür eine spezielle Behörde zu schaffen.¹³⁷⁹ Als zentraler englischer Regulierungsbehörde für die in der *social care* Beschäftigten ist dem *General Social Care Council* nun gem. s. 54(2)(b) CSA 2000 die generelle Aufgabe zugewiesen, für eine gut ausgebildete Arbeitnehmerschaft in diesem Sektor zu sorgen. Entsprechend ist er zum einen gem. s. 63 CSA 2000 zuständig für die Akkreditierung und Überwachung der *social work degree courses* einzelner Universitäten,¹³⁸⁰ zum anderen verwaltet er gemäß ss. 56 ff. CSA 2000 das oben angesprochene Berufsregister. In diesem sind gegenwärtig ca. 84.000 *social workers* eingetragen.¹³⁸¹ Damit die *social care degree*-Kurse möglichst vielen Interessenten offenstehen, unterstützt der *General Social Care Council* diese praxisorientierten Kurse gem. s. 67(4) CSA 2000 zudem finanziell.¹³⁸²

Um das Berufsbild auch des *social care worker* zu schärfen, aufzuwerten und für den Nachwuchs attraktiver zu machen, sehen ss. 56, 61 CSA 2000 für diese Berufsgruppe ebenfalls die Möglichkeit vor, die Berufsbezeichnung zu schützen, ein entsprechendes

1375 Erforderlich sind ein *NVQ in Health and Social Care* mit dem Level 3 oder 4 und eine entsprechende praktische Berufserfahrung in der *social care*.

1376 *Department of Health/Department for Education and Skills, Options for Excellence*, 7.

1377 Hierbei handelt es sich um eine nicht unmittelbar der Zentralregierung zugeordnete oder in ein Ministerium eingegliederte Behörde. Näher zu den NDPBs oben, S. 53.

1378 *Cabinet Office, Public Bodies 2007*, S. 20.

1379 Vgl. *Department of Health, Modernising Social Services*, S. 84 ff.

1380 Zu Einzelheiten siehe *General Social Care Council, Accreditation of universities to grant degrees in social work*, S. 7 ff.

1381 S. <<http://www.gsc.org.uk/The+Social+Care+Register/Check+the+register/>>.

1382 Details hierzu finden sich unter <<http://www.gsc.org.uk/For+course+providers/Funding/>>.

Register und Fortbildungserfordernisse einzuführen. Hierüber wird derzeit auf politischer Ebene diskutiert, die stufenweise Ausweitung des Registers wird aber voraussichtlich zunächst Pflegekräfte der häuslichen Pflege (*domiciliary care workers*) betreffen.¹³⁸³ Bei Einführung des Registers auch für *social care workers* wird die Aufgabe gelöst werden müssen, Kriterien aufzustellen, die einerseits dem Auftrag des GSCC entsprechend der Fortentwicklung der beruflichen Standards dienen, die andererseits aber die schon existierende Personalknappheit nicht noch durch eine restriktive Registrierungspraxis verschärfen.¹³⁸⁴

Insgesamt greift der Staat zur Stärkung des Personals am Pflegemarkt also vor allem auf anreizbasierte Steuerungsinstrumente zurück, zum einen in Gestalt einer Imageverbesserung des Berufsbildes, zum anderen in Form einer finanziellen Unterstützung von Weiterbildungsangeboten. Diese Maßnahmen werden durch informationsbasierte Steuerungsinstrumente unterstützt: weil Untersuchungen gezeigt hatten, daß eine geringe öffentliche Wahrnehmung von beruflichen Möglichkeiten in diesem Tätigkeitsfeld sowie ein Fehlen an Beratungsangeboten zum Thema beruflicher Laufbahnen in der *social care* zu den Hauptgründen für den Nachwuchsmangel zählen,¹³⁸⁵ initiierte das Gesundheitsministerium eine breit angelegte Rekrutierungskampagne, die sich als typisches Beispiel einer informationsbasierten Steuerung darstellt. Ihr Kernstück, das *Social Care and Social Work*-Forum im Internet,¹³⁸⁶ enthält detaillierte Informationen über Karrieremöglichkeiten, Ausbildungsstellen und Arbeitsplätze in verschiedenen *social care*-Berufen. Ergänzend zum Auftritt im Internet startete das Gesundheitsministerium 2007 eine Werbekampagne in Print- und Rundfunkmedien, mit denen das oftmals schlechte Image von *social care*-Berufen aufgewertet¹³⁸⁷ und für Tätigkeiten in diesem Bereich geworben werden sollte.¹³⁸⁸ Um potentiellen Bewerbern die Arbeitsplatzsuche zu erleichtern, wurde eine weitere Internetplattform geschaffen¹³⁸⁹ und in die *Social Care and Social Work*-Präsenz integriert, die eine große Zahl aktueller Jobangebote auflistet. Auf der *Social Care and Social Work*-Plattform finden sich zudem Links zu privaten Job-Vermittlungsagenturen, die auf dem Gebiet der sozialen Dienste tätig sind.

Auch auf regionaler und lokaler Ebene werden verschiedenste Rekrutierungskampagnen betrieben. *Turrock Council*, eine östlich an *Greater London* grenzende *unitary local authority*, rief Ende 2005 beispielsweise ein „*Care Ambassadors Scheme*“ genanntes Programm ins Leben, um ein Bewußtsein in der Bevölkerung für Karrieremöglichkeiten in der *social care* zu schaffen: fünf zu sog. „*Care Ambassadors*“ ausgebildete

1383 S. <<http://www.gsc.org.uk/The+Social+Care+Register/Next+Groups/>>. Vgl. auch *Commission for Social Care Inspection*, *The state of social care in England 2006-07*, S. 14; zum Aufbau der Register s. *Gospel/Thompson*, *The Role and Impact of the Statutory Framework for Training in the Social Care Sector*, S. 29.

1384 Kritisch bezüglich des letzten Punktes *Engelman/Spencer*, *The Care Standards Act 2000*, S. 67.

1385 *Department of Health/Department for Education and Skills*, *Options for Excellence*, S. 17.

1386 <<http://www.socialworkandcare.co.uk>>.

1387 Vgl. *Department of Health/Department for Education and Skills*, *Options for Excellence*, S. 35.

1388 Zu den Hintergründen der Werbekampagne s. <<http://www.socialworkandcare.co.uk/socialcare/video/video.htm>>.

1389 Vgl. <<http://www.jobsgopublic.com/socialcarecareers>>.

social workers besuchen Schulen und sprechen mit Schülern höherer Jahrgänge über Tätigkeitsfelder und Karrieremöglichkeiten in der *social care* und unterstützen diese, wenn es darum geht, in Praktika Erfahrungen in diesem Sektor zu sammeln. Für entsprechende Praktika stellt *Turrock Council* den teilnehmenden Schülern ein Budget von jeweils £ 200 pro Jahr zur Verfügung. Die *Birmingham Care Development Agency* wiederum, ein Gemeinschaftsprojekt des *Birmingham City Councils*, *Skills for Care*¹³⁹⁰ und des *Learning and Skills Councils*, schaltet für ca. 650 private Pflegeanbieter, die Mitglied dieser *agency* sind, unter anderem Stellenanzeigen zur Anwerbung von *social care*-Personal und stellt Ausbildungsunterlagen für Einführungskurse zur Verfügung.¹³⁹¹

3. Erhöhung des Qualifikationsniveaus des Pflegepersonals

Die soeben beschriebenen Maßnahmen belegen, daß sich die staatlichen Initiativen keineswegs darauf beschränken, die *social care workforce* quantitativ auszubauen. Sie gehen mit Bemühungen einher, das im Sektor zur Verfügung stehende Personal qualitativ zu stärken. Auch hier greift der Staat auf informationsbasierte Steuerungsansätze zurück, dabei spielt die Steuerung über ökonomische Anreize eine große Rolle.

Bereits zu Beginn der 1990er Jahre wurde mit der Einführung der *NVQs in Health and Social Care*¹³⁹² ein Zeichen zugunsten von Aus- und Fortbildung des Personals gesetzt. So sollte nicht nur die Qualität in der Pflege gesteigert, sondern auch die Attraktivität von Pflegeberufen generell erhöht werden. Allerdings blieb die Zahl der Pflegekräfte, die entsprechende Qualifikationen erwarben, zunächst sehr gering, was vor allem mit den Kosten für den Erwerb der Berufsqualifikationen zusammenhängen dürfte.¹³⁹³ Als mit dem CSA 2000 in Pflegeheimen schließlich verbindliche Mindestquoten für qualifiziertes Personal eingeführt wurden,¹³⁹⁴ wurde deutlich, daß der Staat stärker auch in Gestalt einer finanziellen Förderung von Trainings- und Ausbildungsprogrammen Verantwortung für das Vorhandensein einer hinreichenden Zahl ausgebildeten Pflegepersonals würde übernehmen müssen.

Für derartige Maßnahmen wendete die englische Regierung 2005/06 mit £ 284 Millionen schließlich auch dreimal so viel Geld auf wie noch 2002/03.¹³⁹⁵ Die Gelder werden großteils vom Gesundheitsministerium zur Verfügung gestellt, in den meisten Fällen jedoch nicht von diesem selbst, sondern über andere staatliche Behörden vergeben.

1390 *Skills for Care* ist eine von Arbeitgebern aus dem *social care*-Bereich geleitete Gesellschaft, die stellvertretend für den gesamten Sektor die zur Verrichtung der dort anfallenden Tätigkeiten benötigten Fähigkeiten und das erforderliche Fachwissen benennt, um Ausbildungsinhalte praxisgerecht gestalten zu können. Näher dazu unten, S. 266 f.

1391 Vgl. *Department of Health/Department for Education and Skills*, *Options for Excellence*, 38.

1392 Dazu ausführlich unten, S. 265 ff.

1393 Vgl. *Fitzpatrick*, *Frail older people in long-term care*, *International Journal of Nursing Studies* 42 (2005), S. 841 f.

1394 S. hierzu unten, S. 264.

1395 *Department of Health/Department for Education and Skills*, *Options for Excellence*, S. 4.

Zu nennen sind etwa die *Human Resources Development Strategy Grants* (mit einem Gesamtvolumen von ca. £ 50 Millionen in 2007/08), die der Verbesserung des *Human Resource Management* im *social care*-Sektor dienen, sowie die *National Training Strategy Grants* (ca. £ 108 Millionen in 2007/08), mit denen Arbeitgeber eine finanzielle Unterstützung zur Ausbildung ihrer Arbeitnehmer nach NVQ-Standards bekommen.¹³⁹⁶ Beide Unterstützungsleistungen werden von den Kommunen verwaltet, die hierzu gem. s. 31 des *Local Government Act 2003* entsprechende Budgets vom Gesundheitsministerium zugewiesen bekommen.¹³⁹⁷ Diese Gelder können die Kommunen zu einem bestimmten Teil zwar auch auf ihr eigenes Personal verwenden, sie sind jedoch gehalten, einen Teil auch an Betreiber des privaten Sektors weiterzuleiten, mit denen sie über Leistungserbringungsverträge verbunden sind. Einer Umfrage zufolge, an der 54 % der englischen Kommunen teilnahmen, wurden 2006/07 durchschnittlich 39,5 % der *National Training Strategy Grants* und 37,6 % der *Human Resources Development Strategy Grants* an den privaten Sektor weitergegeben.¹³⁹⁸

Wie oben bereits angesprochen, werden auch durch den *General Social Care Council* weiterhin *Training Support Grants* gem. s. 67(4) CSA 2000 an *social work*-Bildungseinrichtungen vergeben, die ebenfalls über Finanzzuweisungen durch das Gesundheitsministerium finanziert werden.¹³⁹⁹ Schließlich vergeben auch die Regionalbüros von *Skills for Care*¹⁴⁰⁰ Gelder des Gesundheitsministeriums in Form des *Training Strategy Implementation Funding*, das ebenfalls Arbeitgeber darin unterstützt, durch Fortbildungsmaßnahmen eine bestimmte Mindestquote an NQV-qualifiziertem Personal zu erreichen.

Auch der *Learning and Skills Council*, ein der staatlichen Sphäre zuzurechnender *Non-Departmental Public Body*,¹⁴⁰¹ bietet verschiedene finanzielle Unterstützungsleistungen an, für die er Mittel von seinem *sponsoring department*, ursprünglich dem *Department for Education and Skills* und nunmehr dem *Department of Innovation, Universities and Skills*, sowie vom Europäischen Sozialfonds bezieht. Diese bestehen in Zuschüssen an Arbeitgeber zur Personalfortbildung, in Zahlungen an Bildungseinrichtungen zur Subventionierung unter anderem von NVQ-Kursen, aber auch in der Finanzierung von Praktika für Jugendliche und junge Erwachsene, die ebenfalls dem Erhalt von NVQs dienen.

Neben der finanziellen Unterstützung von Arbeitgebern beraten staatliche Stellen einzelne Arbeitgeber auch im Hinblick auf die Weiterbildung und Qualifizierung von deren Personal. Dies geschieht etwa durch die *Information Advice and Guidance-*

1396 Die Zuweisungen an *local authorities* für die *Training Support Programme Grants* wurden demgegenüber zum März 2005 eingestellt, siehe LASSL(2004)26, S. 4.

1397 Vgl. LASSL(2007)1.

1398 *Brown/Bates/Keen*, *Local government social care workforce*, S. 4.

1399 Vgl. *General Social Care Council*, *Corporate Plan 2007-08 to 2009-10*, S. 11.

1400 Näher zu *Skills for Care* unten, S. 266.

1401 S. *Cabinet Office*, *Public Bodies 2007*, S. 17. Zu den *Non-Departmental Public Bodies* s. oben, Fn. 1377.

Berater des *Learning and Skills Council* oder durch dessen *Social Enterprise Support-Team*.

Insgesamt hat sich das Qualifikationsniveau des Pflegepersonals in England im Vergleich zu den 1990-er Jahren deutlich verbessert. Mittlerweile weisen ca. 62 % der *care assistants* in Pflegeheimen und der *home carer* ein Qualifikationsniveau von NQV-Level 2 oder höher auf.¹⁴⁰²

Zum 30. März 2009 wurde mit der *National Skills Academy for Social Care*¹⁴⁰³ eine weitere Einrichtung zur Erhöhung des Qualifikationsniveaus des Pflegepersonals geschaffen. Als erste *Skills Academy*¹⁴⁰⁴ im Bereich des Sozialwesens kommt ihr die Aufgabe zu, den 1,5 Millionen *social care workers* gezielt Unterstützung bei der Aus- und Weiterbildung zukommen zu lassen. Ein Schwerpunkt soll dabei auf kleine und mittlere Unternehmen gelegt werden, die selbst nur über geringe Budgets für die Aus- und Weiterbildung ihres Personals verfügen. Bei der *National Skills Academy for Social Care* handelt es sich um eine von staatlichen Behörden organisatorisch unabhängige, nicht weisungsgebundene und von *social care*-Arbeitgebern geleitete Organisation, die nicht mit Gewinnerzielungsabsicht handelt. Die im Rahmen dieser Arbeit untersuchte staatliche Einflußnahme auf den *social care*-Sektor besteht im Zusammenhang mit dieser Akademie zum einen darin, daß die Regierung die Gründung dieser Einrichtung veranlaßt und koordiniert hat. Zum anderen wird die Akademie neben Beiträgen von der Arbeitgeberseite auch in größerem Umfang durch öffentliche Mittel finanziert.¹⁴⁰⁵ In gewisser Weise gibt der Staat damit eine allgemeine Aufgabenstellung vor und leistet einen Beitrag zur Schaffung des hierfür benötigten institutionellen Rahmens. Die Festlegung der Art und Weise der Aufgabenerfüllung sowie der Bestimmung der inhaltlichen Aspekte der Tätigkeit wird demgegenüber größtenteils der gesellschaftlichen Verantwortung überlassen, wobei diese letztlich allein durch die Arbeitgeberseite verkörpert wird. Eine Repräsentation der Nutzerperspektive scheint – zumindest auf institutioneller Ebene – nicht vorgesehen zu sein. Dieses Instrument läßt sich als prozeßbezogene Steuerung unter Rückgriff auf selbstregulative Elemente qualifizieren.

Bei der Förderung des Kenntnis- und Wissensstands des Pflegepersonals spielt schließlich auch das *Social Care Institute for Excellence* (SCIE) eine bedeutende Rolle. Bei diesem Institut handelt es sich um eine 2001 von der Regierung gegründete Einrich-

1402 Vgl. *Commission for Social Care Inspection*, *The state of social care in England 2006-07*, S. 90.

1403 Ihre Internetpräsenz findet sich unter <<http://www.nsocialcare.co.uk>>.

1404 Die Schaffung von *National Skills Akademies* begann 2005 im Rahmen eines Programms, das gegenwärtig vom *Department for Innovation, Universities & Skills* und vom *Department for Children, Schools and Families* finanziert wird. Die Akademien werden beschrieben als ein „*employer-led centres of excellence. They deliver the skills required by key sectors and sub-sectors of the economy, contributing to world-class competitiveness through world-class skills*“, s. <<http://www.national-skillsacademy.co.uk>>.

1405 Über einen Zeitraum von drei Jahren tragen der *Learning and Skills Council* £ 1.5 Millionen und das *Department of Health* £2 Millionen zur Finanzierung der Akademie bei, s. <<http://www.scie.org.uk/news/mediareleases/2008/071008.asp>>. Die unmittelbare Finanzierung erfolgt über das *Social Care Institute of Excellence*, vgl. <<http://www.nsocialcare.co.uk/>>.

tung mit derzeit 65 Mitarbeitern,¹⁴⁰⁶ die als eigenständige und als gemeinnützig anerkannte Organisation allgemein den Zweck verfolgt, zur Verbesserung der *social care services* für Erwachsene und Kinder im Vereinigten Königreich beizutragen.¹⁴⁰⁷ Obgleich das SCIE seine finanziellen Mittel vor allem durch das Gesundheitsministerium und teilweise auch durch das *Department for Children, Schools and Families* und das *Department for Innovation, Universities and Skills* erhält, arbeitet es in fachlicher Hinsicht unabhängig von der Regierung und wird von einem nicht weisungsgebundenen Treuhänderausschuss (*board of trustees*) geleitet. Dieser setzt sich aus Vertretern verschiedenster Sparten und Berufe der *social care* zusammen, drei der *trustees* werden vom *Secretary of State for Health* vorgeschlagen. Eine institutionelle Beteiligung auf Seiten der Pflegebedürftigen ist in diesem Rahmen nicht vorgesehen.¹⁴⁰⁸ Die Gründung des Instituts durch den Staat, seine fortlaufende Finanzierung mit staatlichen Mitteln sowie der Umstand, daß das SCIE mit der Erfüllung der oben genannten öffentlichen Aufgaben betraut ist, sprechen dafür, diese Einrichtung letztlich dem staatlichen Sektor zuzurechnen, wenngleich die Zusammensetzung des *board of trustees* deutlich zeigt, daß das Institut im unmittelbaren Grenzbereich zur gesellschaftlichen Sphäre anzusiedeln ist.

Das SCIE läßt sich im Hinblick auf seine Funktion und Arbeitsweise am besten schlagwortartig als „*knowledge manager*“ bezeichnen. Unter dem Slogan „*better knowledge for better practice*“ verfolgt das SCIE den Ansatz, Wissen verschiedensten Ursprungs aus dem Bereich der *social care* zusammenzutragen, zu bewerten und daraus Leitlinien guter fachlicher Praxis (*knowledge-based good practice guidance*) zu entwickeln.¹⁴⁰⁹ Diese Kenntnisse versucht das SCIE schließlich in einer benutzerorientierten Form den Akteuren der *social care*, d.h. den Leistungsempfängern, den Leistungserbringern, den professionell oder auch als Laien in der *social care* Tätigen sowie den auf kommunaler und zentraler Ebene angesiedelten politischen Entscheidungsträgern zugänglich zu machen. Ziel ist es, dieses Wissen in der alltäglichen Praxis der Leistungserbringung zu verankern und die Fertigkeiten und die Professionalität der *social care workforce* zu fördern. Ein Kernstück dieser Strategie stellt eine frei zugängliche Datenbank im Internet dar,¹⁴¹⁰ über die verschiedenste von der SCIE erarbeitete bzw. in Auftrag gegebene Informationsquellen abgerufen werden können. Zu den Inhalten zählen etwa Stellungnahmen der SCIE in behördlichen Konsultationsverfahren, *knowledge reviews*¹⁴¹¹, *research briefings*¹⁴¹², *practice guides*¹⁴¹³ oder Hinweise auf externe In-

1406 <<http://www.scie.org.uk/about/who.asp>>.

1407 Näher zur Zielsetzung dieses Instituts *Fishers*, *The Social Care Institute for Excellence*, *Social Work & Social Sciences Review* 10 (2002), no. 2, S. 7 ff.

1408 Zur Zusammensetzung des *boards* vgl. <<http://www.scie.org.uk/about/who.asp>>.

1409 Zur dabei angewandten Methodik siehe unten, S. 306.

1410 <<http://www.scie.org.uk/publications/index.asp>>.

1411 In den *knowledge reviews* werden zu bestimmten Themen (etwa zu Hilfen für behinderte Eltern) Erkenntnisse von Leistungsempfängern, Wissenschaftlern und Praktikern zusammengetragen, die sich ergebenden Aussagen aufgezeigt und hieraus Aspekte für die Praxis abgeleitet, die mitunter auch Bestandteil von *practice guides* werden können.

formationsquellen zu bestimmten Themen (sog. *resource guides*). Für den hier interessierenden Kontext der Förderung des Qualifikationsniveaus des *social care personal* ist neben den *practice guides* vor allem auf das *e-learning*-Angebot¹⁴¹⁴ hinzuweisen, das das SCIE frei zugänglich auf seiner Internetpräsenz bereit hält. Es richtet sich in seinen multimedial aufbereiteten Lerninhalten unter anderem an Leiter von Einrichtungen der *social care* sowie an die konkret mit der Erbringung von *social care*-Leistungen betrauten Personen, wie etwa das Pflegepersonal. Das Angebot ist in einzelne Themenblöcke wie „*law and social work*“, „*mental health of older people*“ oder „*attitudes and images of ageing*“ aufgegliedert und kann durch die Vermittlung von praxisrelevantem Fachwissen einen Beitrag zur Erhöhung des Wissens- und Kenntnisstands des Pflegepersonals leisten.

Um die Zugänglichkeit zu den Informationen des SCIE nochmals zu erhöhen, wurde im Oktober 2009 nunmehr auch das sog. *Social Care TV* gestartet. Hierbei handelt es sich um eine Internetpräsenz,¹⁴¹⁵ auf der diverse Filmbeiträge zu verschiedensten Themen rund um die Pflege eingestellt¹⁴¹⁶ und mit den relevanten *practice guides* und anderen Informationsmaterialien des SCIE verknüpft sind.

Die gesamte Tätigkeit des SCIE läßt sich als Instrument der informationsbasierten, persuasiven Steuerung qualifizieren. Das SCIE als „*knowledge manager*“ versucht, die Akteure der *social care* durch sachlich fundierte Informationen zu einem diesem Wissen entsprechenden Handeln zu bewegen, ohne daß den von ihm herausgegebenen *guides* eine rechtliche Bindungswirkung zukäme.

D. Steuerung der Pflegequalität

Die folgenden Ausführungen betreffen die staatliche Steuerung der Pflegequalität. Es geht dabei um die Frage, mit welchem Instrumentarium der Staat sicherzustellen versucht, daß die Leistungserbringung in den Pflegeheimen in qualitativer Hinsicht zu den staatlicherseits intendierten Ergebnissen führt.

Weil stationäre Pflegeleistungen – abgesehen von der Unterbringung als solcher – Dienstleistungen darstellen, deren Ergebnis sich nur sehr schwer unmittelbar beeinflussen läßt, werden – wie in der Grundlegung erörtert – neben ergebnisbezogenen Steuerungsansätzen auch solche Steuerungsinstrumente eingesetzt, die an die strukturellen Rahmenbedingungen der Pflege und die Leistungserstellungsprozesse anknüpfen. Im

1412 Die *research briefings* stellen eine Kurzzusammenfassung wissenschaftlicher Erkenntnisse auf einem bestimmten Gebiet (beispielsweise zu Problemen mit *social services* in ländlichen Gebieten) dar und weisen auf weiterführende Informationsquellen hin.

1413 Zu den *practice guides* s. beispielsweise unten, S. 278.

1414 <<http://www.scie.org.uk/elearning/index.asp>>.

1415 <<http://www.scie.org.uk/socialcaretv>>.

1416 Etwa der Film „*Nutritional care for older people*“, der sich mit der Essens- und Flüssigkeitsaufnahme bei alten Menschen beschäftigt.

Folgenden werden diese Steuerungsbereiche – beginnend mit der strukturbezogenen Steuerung – jeweils im Einzelnen dargestellt.

I. Strukturbezogene Steuerung der Pflegequalität

Unter der strukturbezogenen Steuerung der Qualität stationärer Langzeitpflegeleistungen werden all diejenigen Instrumente zusammengefasst, mit denen auf die strukturellen Rahmenbedingungen Einfluß genommen wird, unter denen die Pflegeleistungen im engeren Sinne erbracht werden.

1. Das Regulierungsregime des Care Standards Act 2000 und des Health and Social Care Act 2008

Das zentrale Element der englischen Pflegeheimregulierung, dem auch die wichtigsten strukturbezogenen Qualitätsvorgaben zu entnehmen sind, bildet das Regulierungsregime des CSA 2000 und des am 21. Juli 2008 in Kraft getretenen *Health and Social Care Act 2008*¹⁴¹⁷ (HSCA 2008). Weil dieses aus mehreren aufeinander bezogenen Gesetzen, Verordnungen und Standards besteht, sollen zunächst zur besseren Verständlichkeit einige allgemeine Anmerkungen zu diesem Regime, seinen verschiedenen Rechtsquellen sowie den zentralen staatlichen Akteuren vorgezogen und im Zusammenhang dargestellt werden, bevor anschließend auf die einzelnen strukturqualitätsbezogenen Anforderungen speziell eingegangen wird.

Die Regulierung des Pflegeheimsektors weist in England eine lange Tradition auf. Bereits der *Nursing Home Registration Act 1927*¹⁴¹⁸ schrieb die Registrierung und Inspektion von *nursing homes* vor.¹⁴¹⁹ Das aktuelle Regulierungsregime ist im CSA 2000/HSCA 2008 und den hierauf gestützten *Regulations* und *Minimum Standards* bzw. *compliance guidances* enthalten. Diese Regelungen gehen auf das *White Paper „Modernising Social Services: Promoting Independence; Improving Protection; Raising Standards“*¹⁴²⁰ aus dem Jahre 1998 zurück, dessen zentrales Anliegen die Verbesserung der Qualität in der Pflege war. In diesem Dokument kritisierte der damalige *Secretary of State for Health*, daß bislang keine einheitlichen Pflegestandards existierten, daß die Regulierungsaufgaben im Bezug auf Pflegeeinrichtungen auf zu viele unterschiedliche Behörden aufgeteilt waren und daß es immer noch Einrichtungen gab, die gar keiner Regulierung unterlagen:

„The existing arrangements for regulating care services have developed in a piecemeal fashion. Responsibilities for regulating the various services for adults and children are divided between local authorities, health authorities and the Department of Health centrally [...]. Other services – notably

1417 2008 chapter 14.

1418 1927 chapter 38.

1419 Dazu *Braithwaite/Makkai/Braithwaite*, *Regulating Aged Care*, S. 25 f.

1420 *Department of Health*, *Modernising Social Services*; vgl. dazu auch *Engelman/Spencer*, *Care Standards Act 2000*, S. 2 ff.

councils' own care homes [...] – are not subject to any regulation. This situation leads to a number of problems: [...] there are 150 local authorities and 100 health authorities in England. Standards vary from one area to another, creating uncertainty for both providers and service users. For instance, different approaches are taken to room sizes, numbers and training of staff, and the maximum number of places allowed in a home. [...] a clear national approach has been lacking."¹⁴²¹

Das *White Paper* forderte eine Verbesserung der Pflegequalität durch Maßnahmen, bei denen es keine Rolle mehr spielen sollte, wer die Pflegeleistungen im Einzelnen erbrachte.¹⁴²² Unterschiede ergaben sich allerdings nicht nur im Hinblick darauf, von wem Pflegeleistungen erbracht wurden, sondern auch angesichts der ungleichen Handhabung von Aufsichtsfunktionen durch die verschiedenen mit dieser Aufgabe betrauten Behörden.¹⁴²³ Zur Beseitigung dieser Defizite wurde am 20. Juli 2000 der CSA 2000 erlassen. Mit Wirkung zum 1. April 2002 löste dieses Gesetz das alte Regulierungssystem des *Registered Homes Act 1984*¹⁴²⁴ (RHA 1984) ab und schuf ein einheitliches Rechtsregime für alle Pflegeeinrichtungen, dem nunmehr erstmals auch die von den Kommunen in eigener Regie betriebenen Heime unterstellt wurden.¹⁴²⁵ Am 21. Juli 2008 trat schließlich der *Health and Social Care Act 2008*¹⁴²⁶ in Kraft, mit dem die Regulierung des *health care*-Sektors und des *social care*-Sektors auf eine einheitliche Basis gestellt werden sollte. Die Vorschriften und Regelungen des HSCA 2008 ersetzten ab Oktober 2010¹⁴²⁷ für Pflegeheime die Regelungen des CSA 2000 hinsichtlich des Registrierungsregimes, d.h. insbesondere der Registrierungs Voraussetzungen.¹⁴²⁸ Die bisherigen Strukturen wurden dabei aber im Wesentlichen erhalten. Die folgende Darstellung geht zwar – weil sich das Regulierungsregime unter dem HSCA 2008 erst seit Oktober 2010 schrittweise neu herausbildet – vom bislang geltenden CSA 2000 aus, stellt jedoch – soweit sinnvoll – auch die betreffenden Parallelvorschriften des nunmehr geltenden HSCA 2008 und dessen Sekundärnormen vor und weist auf relevante inhaltliche Neuerungen gesondert hin.

Der CSA 2000 schuf bei seinem Inkrafttreten im Jahr 2003 mit der *National Care Standards Commission* (NCSC) eine zentrale Regulierungsbehörde¹⁴²⁹ und betraute sie

1421 *Department of Health, Modernising Social Services*, paras. 4.6 f.

1422 Vgl. *Department of Health, Modernising Social Services*, para. 1.7: „*Our third way for social care moves the focus away from who provides the care and places it firmly on the quality of services experienced by, and outcomes achieved for, individuals and their carers and families.*”

1423 *Engelman/Spencer, The Care Standards Act 2000*, S. 22.

1424 1984 chapter 23. Die Registrierungsanforderungen unter dem RHA 1984 sind ausführlich dargelegt bei *Harris, Homes are for living in*, S. 28 ff.

1425 Zu diesem Aspekt *Ridout, Care Standards*, S. 50 f.

1426 2008 chapter 14.

1427 Dieses Datum folgt einerseits aus ss. 170(1)(b) und 95, Schedule 5 Part 1 HSCA 2008 i.V.m. Art. 2, Schedule 1 Part 2 der *Health and Social Care Act 2008 (Commencement No. 16, Transitional and Transitional Provisions) Order 2010*, S.I. 2010 Nr. 807, aus denen sich bis zu diesem Datum die Fortgeltung des CSA 2000 ergibt. Zum anderen stellt die Unterbringung in einem Pflegeheim außerhalb des NHS erst ab dem 1. Oktober 2010 eine regulierungspflichtige Aktivität unter dem HSCA 2008 dar, s. reg. 3 (3) der *Health and Social Care Act 2008 (Regulated Activities) Regulations 2010* (S.I. 2010 No. 781).

1428 S. 95 i.V.m. Schedule 5 Part 1 HSCA 2008.

1429 S. s. 6 CSA 2000 in der Fassung vom 20. Juli 2000.

mit der Registrierung von und Aufsicht über Pflegeheime und einer Vielzahl anderer Einrichtungen und Dienste.¹⁴³⁰ Damit wurde ein Defizit unter der bisherigen Rechtslage¹⁴³¹ beseitigt, nämlich daß die Kommunen zum Teil selbst die Aufsicht über ihre eigenen Einrichtungen ausübten.¹⁴³² Die NCSC war zwischenzeitlich durch die *Commission for Social Care Inspection* (CSCI) abgelöst worden, ohne daß sich an den beschriebenen Funktionen etwas geändert hätte. Durch den kürzlich in Kraft getretenen HSCA 2008 wurde die CSCI wieder aufgelöst (s. 1 HSCA 2008) und die *Care Quality Commission* (CQI) gegründet, die nunmehr seit dem 1. April 2010 als gemeinsame Regulierungsbehörde für *health* und *social care* agiert.¹⁴³³

Eines der Grundprinzipien des CSA 2000 liegt darin, ein einheitliches und umfassendes Regulierungssystem für verschiedenste (außerhalb des NHS stehende) Pflegeeinrichtungen zu etablieren. Der CSA 2000 findet dabei sowohl auf „*agencies*“ als auch auf „*establishments*“ Anwendung, wobei – verkürzt gesprochen – erstere ambulante Dienste bezeichnen, letztere hingegen stationäre oder teilstationäre Einrichtungen.¹⁴³⁴ Unter den CSA 2000 fallende *establishments* sind neben Kinderheimen, privaten, d.h. außerhalb des NHS stehenden Krankenhäusern und Kliniken sowie Wohnheimen für Familien auch die hier interessierenden Pflegeheime,¹⁴³⁵ bei denen die gesetzliche Unterscheidung zwischen *residential* und *nursing homes* aufgegeben wurde. Beide werden vom CSA 2000 unter dem Oberbegriff *care homes* in Bezug genommen und grundsätzlich denselben Anforderungen unterworfen. Mit dem Inkrafttreten des HSCA 2008 wurde schließlich die grundsätzliche Unterscheidung des Regulierungsregimes zwischen Einrichtungen des NHS und außerhalb des Gesundheitswesens stehenden Einrichtungen aufgegeben. Statt dessen wurde das Merkmal des Ausübens einer regulierten Tätigkeit („*regulated activity*“), die sich sowohl auf *health* als auch auf *social care*-Dienste beziehen kann, als Anknüpfungspunkt diverser Regulierungsanforderungen gewählt (ss. 8 f. HSCA 2008).

Aufgrund seines breiten Anwendungsbereiches regeln der CSA 2000 bzw. der HSCA 2008 vor allem die Grundzüge des Regulierungssystems wie etwa Zuständigkeiten, Registrierungserfordernisse und die Ermächtigung zum Erlass diverser Verordnungen (*regulations*) und Standards. Detailliertere Anforderungen, die sich speziell auf bestimmte Einrichtungsarten beziehen, sind der Ausgestaltung durch Verordnungen vorbehalten. So können nach ss. 22, 118 CSA Verordnungen in Bezug auf einzelne Arten von *establishments* und *agencies* erlassen werden, in denen genauere Anforderungen an deren Betrieb sowie deren personelle und sachliche Ausstattung gestellt werden. Für den Be-

1430 Vgl. ss. 5, 11 CSA 2000 in der Fassung vom 20. Juli 2000.

1431 Zur bisherigen Rechtslage siehe *Engelman/Spence*, *The Care Standards Act 2000*, S. 22.

1432 Vgl. *Gospel/Thompson*, *The Role and Impact of the Statutory Framework for Training in the Social Care Sector*, S. 18.

1433 Dazu näher unten, S. 237 f.

1434 Vgl. *Ridout*, *Care Standards*, S. 61. Zu den erfaßten *agencies* zählen etwa ambulante Pflegedienste (*nurses agencies*) und mobile soziale Hilfsdienste (*domiciliary care agencies*), s. 4(9) CSA.

1435 S. 4(8) CSA.

trieb von Pflegeheimen wurde die *Care Homes Regulations 2001*¹⁴³⁶ (CHRegs 2001) erlassen, darüber hinaus existiert mittlerweile eine Vielzahl weiterer Verordnungen für verschiedene andere Einrichtungstypen.¹⁴³⁷

Andere, zumindest teilweise auf den CSA 2000 gestützte Verordnungen regeln schwerpunktmäßig verfahrensrechtliche Aspekte. Zu nennen sind insbesondere die *National Care Standards Commission (Registration) Regulations 2001*¹⁴³⁸, die *Commission for Social Care Inspection (Fees and Frequency of Inspections) Regulations 2007*¹⁴³⁹ sowie die *Protection of Children and Vulnerable Adults and Care Standards Tribunal Regulations 2002*¹⁴⁴⁰. Im Oktober 2010 wurde ein Teil dieser Vorschriften durch die auf den HSCA 2008 gestützten *Health and Social Care Act 2008 (Regulated Activities) Regulations 2010*¹⁴⁴¹, die *Care Quality Commission (Registration) Regulations 2009*¹⁴⁴² sowie weitere auf den HSCA 2008 gestützte Rechtsverordnungen ersetzt, mit denen eine Erneuerung des Registrierungssystems für Pflegeheime eingeleitet wurde,¹⁴⁴³ die allerdings die im Folgenden dargestellten Grundzüge unter Geltung des CSA 2000 im Wesentlichen unverändert ließen.

Weil auch die einrichtungsspezifischen *regulations* zum Teil noch relativ allgemein gehaltene Anforderungen enthalten, werden sie ihrerseits durch diverse *National Minimum Standards (NMS)*¹⁴⁴⁴ konkretisiert. Diese enthalten differenziert nach verschiedenen Einrichtungstypen detailliertere Vorgaben in Form von Mindeststandards, unter anderem in Bezug auf den Betrieb, das Personal und die Ausstattung der jeweiligen Einrichtungen. Diese Mindeststandards werden vom zuständigen Minister nach s. 23(1) CSA 2000 ausgearbeitet und veröffentlicht. Für Pflegeheime für Erwachsene sind die *National Minimum Standards for Care Homes for Older People*¹⁴⁴⁵ (im Folgenden verkürzt als NMS bezeichnet) sowie die *National Minimum Standards for Care Homes for Adults (18-65)*¹⁴⁴⁶ von Bedeutung. Die Ausführungen in dieser Arbeit werden sich aufgrund des Durchschnittsalters von Pflegeheimbewohnern von 84 Jahren¹⁴⁴⁷ vornehm-

1436 S.I. 2001 No. 3965, in Kraft getreten am 1. April 2002.

1437 Etwa *The Children's Homes Regulations 2001*, S.I. 2001 No. 3967; *The Domiciliary Care Regulations 2002*, S.I. 2002 No. 3214; *The Nurses Agencies Regulations 2002*, S.I. 2002 No. 3212; *The Residential Family Centres Regulations 2002*, S.I. 2002 No. 3213; *The Fostering Services Regulations 2002*, S.I. 2002 No. 57; *The Adult Placement Schemes (England) Regulations 2004*, S.I. 2004 No. 2070; *The Care Homes (Adult Placement) (Amendment) Regulations 2003*, S.I. 2003 No. 1845.

1438 S.I. 2001 No. 3969, geändert durch S.I. 2002 No. 865 und S.I. 2003 No. 369.

1439 S.I. 2007 No. 556.

1440 S.I. 2002 No. 816.

1441 S.I. 2010 No. 781.

1442 S.I. 2009 No. 3112.

1443 Siehe hierzu auch oben, S. 227.

1444 Mittlerweile existieren 16 verschiedene *National Minimum Standards*. Vgl. zu den für Dienste für Erwachsene relevanten Standards die Übersicht unter <http://www.cqc.org.uk/guidanceforprofessionals/adultsocialcare/legislation.cfm#3>, jeweils mit links zu den aktuellen Fassungen der Standards.

1445 *Department of Health*, National Minimum Standards for Care Homes for Older People.

1446 *Department of Health*, National Minimum Standards for Care Homes for Adults (18-65).

1447 *Office of Fair Trading*, Care homes for older people, S. 20.

lich auf erstere beziehen und die staatliche Einflußnahme auf den Pflegeheimsektor exemplarisch anhand dieser Standards beschreiben.

In die Entwicklung der *National Minimum Standards for Care Homes for Older People* flossen auch Vorschläge seitens des gemeinnützigen Sektors ein. Im Jahre 1998 war das *Centre for Policy on Ageing* zu diesem Zweck vom Gesundheitsministerium mit der Erstellung eines entsprechenden Berichts beauftragt worden. Die Vorschläge dieses Berichts fanden schließlich Eingang in das *consultation document* „*Fit For The Future?*“¹⁴⁴⁸ des Gesundheitsministeriums, das die Grundlage des schließlich zum Erlass der NMS führenden Beratungsprozesses bildete.

Wie auch das Gesundheitsministerium in seinen *guidances* an die Regulierungsbehörde betont,¹⁴⁴⁹ stellen die *National Minimum Standards for Care Homes for Older People* kein unmittelbar geltendes, durchsetzbares Recht dar.¹⁴⁵⁰ Die Einleitung der *National Minimum Standards for Care Homes for Older People* weist ausdrücklich darauf hin, daß die Regulierungsbehörde einerseits auch dann einen Verstoß gegen die CHRegs 2001 annehmen kann, wenn die NMS großteils erfüllt sind, daß es andererseits aber in ihrem Ermessen steht, die Einhaltung der CHRegs 2001 trotz einer Abweichung von den NMS zu bejahen.¹⁴⁵¹ Allerdings liegt es nahe, daß im Rahmen der Ermessensausübung zumindest die in den NMS enthaltenen Zielvorgaben herangezogen werden. Diese zählen zwar nicht zu den eigentlichen Mindeststandards, sie stellen jedoch generelle Zielvorgaben für verschiedene Themengruppen von Einzelstandards dar, die diesen unter der Überschrift „*Outcome*“ jeweils vorangestellt sind. Weil sie als Ergebnisstandards formuliert sind und allein betrachtet keine Vorgaben hinsichtlich der Art und Weise der Zielerreichung enthalten, eignen sie sich als Maßstab für die Ermessensausübung, indem ihnen die grundlegenden Ideen und Intentionen des CSA 2000-Regulierungsregimes entnommen werden können. Zudem liegen sie in ihrer abstrakten, d.h. von detaillierten Vorgaben hinsichtlich Strukturen und Prozessen befreiten Formulierung inhaltlich häufig sehr nahe an den Vorgaben der CHRegs 2001. Dies zeigen etwa die Vorgaben „*Service users' needs are met by the numbers and skill mix of staff*“ (zu den in Standard 27 NMS genannten Einzelvorgaben) und „*Service users are in safe hands at all time*“ (zu Standard 28 NMS), die die übergeordneten Ziele der die Personalausstattung betreffenden Einzelstandards beschreiben und letztlich die Anforderungen von regs 18, 19 CHRegs 2001 abbilden.

Trotz des Fehlens der unmittelbaren Geltung der Standards geht ihre Bedeutung aber über die bloßer, unverbindlicher Empfehlungen hinaus: s. 23(4) CSA 2000 schreibt vor, daß sie von den Regulierungsbehörden und Gerichten bei Entscheidungen über die Registrierung und deren Entzug sowie bei der Feststellung von Ordnungswidrigkeiten in Betracht gezogen werden müssen („*shall be taken into account*“). Insofern kommt ihnen zumindest mittelbar eine gewisse Bindungswirkung zu, auf die die Gerichte in ihrer

1448 *Department of Health, Fit For The Future? National Required Standards for Residential and Nursing Homes for Older People.*

1449 Siehe etwa *Department of Health, Department of Health, Guidance on the Implementation of Regulations and National Minimum Standards by the NCSC* vom 29. Januar 2002.

1450 Unzutreffend insofern *Furness, A Hindrance or a Help?*, S. 1

1451 *Department of Health, National Minimum Standards for Care Homes for Older People*, S. viii.

Rechtsprechung durchaus zurückgreifen. Ein *Divisional Court* stellte in einem Fall, bei dem es um das Vorliegen einer Ordnungswidrigkeit im Zusammenhang mit der Verabreichung von Medikamenten ging, fest:

„*It is a question of fact and degree. In considering that question, the National Minimum Standards are relevant and must be taken into account. That does not mean [...] that the Standards are being allowed to create or define the offences. It simply means that, in deciding whether a statutorily defined offence has been committed, the court will take into account the statutorily enabled standards.*“¹⁴⁵²

Angesichts dieser faktischen Bindungswirkung sind die NMS als *soft law*-Instrument zu bezeichnen. Allerdings ist durchaus zu bezweifeln, daß sich die Standards in der praktischen Rechtsanwendung wesentlich von unmittelbar verbindlichen Rechtssätzen unterscheiden. Darauf deutet schon die Position hin, die das *Care Standards Tribunal* zu den NMS einnimmt:

„*The standards are to be applied with the aim of achieving the overall objective of ensuring that the best interests of service users are secured. Decisions of the registration authority and the Tribunal should not take a substantially different course from that identified in the standards.*“¹⁴⁵³

Als „*statutory enabled standards*“ kommt den NMS eine Stellung zu, die sie von anderen Praxisstandards abhebt. Im Gegensatz zu den eher allgemein gehaltenen Vorgaben der CHRegs 2001, die häufig auf Ausdrücke wie „*suitable arrangements*“ (reg. 12), „*appropriate facilities*“ (reg. 16) oder „*suitable premises*“ (regs. 23) zurückgreifen, enthalten die NMS konkretere und daher empirisch leichter überprüfbare Sollvorgaben. Aus diesem Grund basieren auch die Prüfungsunterlagen und Prüfabläufe (*Guidance Logs*) der Regulierungsbehörde auf diesen Standards.¹⁴⁵⁴ Angesichts des zeitlichen Mehraufwandes, den eine Überprüfung anhand der interpretierungsbedürftigen Vorschriften der CHRegs 2001 mit sich brächte, sowie aufgrund der Unsicherheit, die mit den dann erforderlich werdenden Wertungen sowohl für den Heimbetreiber als auch für die Regulierungsbehörde verbunden wäre, nehmen die Standards in der Praxis eine Stellung ein, die sich von unmittelbar verbindlichen Vorschriften letztlich nicht mehr wesentlich unterscheidet.

Im Hinblick auf die mitunter gravierenden Folgen, die bei einem Verstoß gegen die Standards drohen (wie etwa dem Entzug der Registrierung und damit dem Verlust der Befugnis, das Heim zu betreiben) ist dies nicht unproblematisch, wenngleich die Standards zumindest einen Teil der Rechtsunsicherheit beseitigen, die aufgrund der wenig konkret gehaltenen CHRegs 2001 ansonsten freilich bestünde.

Mit der nur mittelbaren Verbindlichkeit, die s. 23 CSA 2000 den *National Minimum Standards* zuspricht, ist es allerdings nicht mehr vereinbar, daß das Gesundheitsministerium in einer auf s. 7(1) LASSA 1970 gestützten und damit grundsätzlich verbindli-

1452 *Brooklyn House Ltd v Commission for Social Care Inspection* (2006) 9 CCLR 394, 403 (Divisional Court).

1453 *Puretruce Health Care Limited v National Assembly for Wales* [2005] 544.EA-W.JP.

1454 Vgl. etwa den primär an den Standards orientierten *Care Homes for Older People Guidance Log* der CSCI, den die Regulierungsbehörde ihren Inspektionen zugrunde legt: <http://www.cqc.org.uk/_db/_documents/20090105_Guidance_Log_Care_Homes_for_Older_People_v_001-09.doc>.

chen¹⁴⁵⁵ *guidance*¹⁴⁵⁶ verlangte, neu zu registrierende Heime müßten die *Minimum Standards* erfüllen, um eine Registrierung erhalten zu können.¹⁴⁵⁷

S. 23 HSCA 2008 sieht für das neu eingeführte Regulierungssystem nunmehr die Möglichkeit vor, sogenannte „*compliance guidances*“ zu erlassen, die die Funktion der bisherigen NMS übernehmen. Gestützt auf diese Vorschrift hat die CQC mittlerweile sog. „*Guidance about compliance - Essential standards of quality and safety*“¹⁴⁵⁸ (*compliance guidance*) erlassen, die sich nunmehr – anders als die NMS – einrichtungsübergreifend an die Leistungserbringer der *health* und der *social care* richten. Ähnlich wie schon s. 23(4) CSA 2000 spricht allerdings auch s. 25(1) HSCA 2008 wieder davon, daß die *guidances* bei bestimmten Verwaltungsentscheidungen in Betracht gezogen werden müssen („*are to be taken into account*“), so daß auch ihnen wieder eine erhebliche, wenngleich erneut nur mittelbare Bindungswirkung zukommt. Immerhin stellt s. 25(3) HSCA 2008 nun ausdrücklich klar, daß die Nichtbeachtung einer *guidance* für sich genommen noch kein Grund ist, eine Person nach zivil- oder strafrechtlichen Vorschriften haftbar zu machen.

2. Regulierungsmechanismen hinsichtlich der Heimbetreiber und Heimleiter

Im Folgenden sollen einzelne strukturqualitätsbezogene Vorgaben näher erläutert werden. Einige davon setzen an der Person des Heimbetreibers und des Heimleiters an, weil diese die unternehmerischen Grundentscheidungen treffen und damit den äußeren Rahmen für die Erbringung der pflegerischen Leistungen vorgeben. Das soeben beschriebene Regulierungsregime des CSA 2000 wird hierbei zwar eine zentrale Rolle spielen, daneben existieren jedoch weitere Steuerungsansätze, die im Anschluß an dieses aufsichtliche Instrumentarium dargestellt werden sollen.

a. Vorgaben des Regulierungsregimes des CSA 2000

Die englische Rechtsordnung stellt bestimmte Mindestanforderungen an Personen auf, die ein Pflegeheim betreiben oder leiten wollen. Diese sind im *Care Standards Act 2000* sowie in Vorschriften und Standards enthalten, die aufgrund dieses Gesetzes erlassen wurden.

1455 Vgl. R v North Yorkshire County Council ex p Hargreaves (1997) 1 CCLR 104; R v London Borough of Islington ex p Rixon (1997) 1 CCLR 119, 119 f., 123.

1456 *Department of Health*, Guidance vom 29. Januar 2002 an die National Care Standards Commission, S. 2, abrufbar unter <http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Lettersandcirculars/Dear-colleagueletters/DH_4117933>: „*Services that are newly registered after 1 April 2002 must comply with the national minimum standards in order to be registered.*“

1457 Kritisch auch Jones, Care Standards Manual, Rn. 4-017.

1458 *Care Quality Commission*, Guidance about compliance - Essential standards of quality and safety, 2010.

aa. Einzelne Anforderungen

Der CSA 2000 enthält in s. 11(1) in Bezug auf Betreiber und Leiter eines Pflegeheimes lediglich ein Registrierungserfordernis, inhaltliche Anforderungen an diese Personen stellt das Gesetz hingegen nicht auf. Hierfür sieht s. 22(2)(a) CSA den Erlaß von Verordnungen vor. Entsprechendes gilt gem. ss. 10, 13, 20(3) auch unter dem HSCA 2008.

Eine entsprechende Verordnung wurde vom *Minister of State for Health* in Gestalt der CHRegs 2001 erlassen, die bestimmte Anforderungen an die Person des Heimbetreibers (*registered provider*) und des Heimleiters (*registered manager*) normiert. Eine Einrichtung betreibt, wer als Inhaber des Unternehmens die Gewinnchancen hat, aber auch das Verlustrisiko trägt.¹⁴⁵⁹ Demgegenüber leitet eine Einrichtung, wer im Tagesgeschäft die Weisungs- und Entscheidungsbefugnis besitzt, also derjenige, der – im Unterschied zur mittel- oder langfristigen strategischen Ausrichtung des Unternehmens – die Kontrolle¹⁴⁶⁰ über die laufenden Geschäfte ausübt.¹⁴⁶¹ Diese Person kann im Einzelfall mit dem Leiter des Pflegedienstes im Heim identisch sein, in größeren Heimen wird dies aber eher selten der Fall sein. Der Leiter muß aufgrund seiner Bedeutung für den laufenden Pflegebetrieb eine natürliche Person sein, s. 12(3) CSA 2000,¹⁴⁶² während Heimbetreiber auch eine Personengesellschaft (*partnership*) oder Kapitalgesellschaft (*corporation*) sein kann.¹⁴⁶³ Ist der Heimbetreiber eine natürliche Person, kann er zugleich auch der Leiter der Einrichtung sein. Ist er eine Gesellschaft, so muß er eine natürliche Person als Leiter anstellen, reg. 8 CHRegs 2001.

Regs. 7(1), 9(1) CHRegs 2001 besagen, daß eine Person nur dann ein Heim betreiben bzw. leiten darf, wenn sie hierzu geeignet ist. Die Kriterien hierfür beschreiben regs. 7(3)(a),(b), 9(2)(a),(b)(ii) CHRegs 2001 in relativ allgemein gehaltener Weise, indem sie verlangen, daß Betreiber und Leiter rechtschaffen, von gutem Charakter und zur Ausübung ihrer Funktionen körperlich und geistig in der Lage sein sollen. Sowohl Betreiber als auch Leiter haben der Regulierungsbehörde näher bestimmte Zeugnisse und Urkunden vorzulegen, regs. 7(3)(c)(i), 9(c) CHRegs 2001. Für den Fall, daß es sich beim Betreiber um eine Personengesellschaft handelt, müssen die Voraussetzungen auf jeden der Gesellschafter zutreffen, regs. 7(2)(a)(ii), (b) CHRegs 2001. Handelt es sich um eine sonstige Gesellschaft, muß eine natürliche Person („*responsible individual*“) benannt werden, die die Aufsicht über die Heimleitung ausübt und auf die wiederum die oben genannten persönlichen Voraussetzungen zutreffen müssen, reg. 7(2)(c) CHRegs

1459 Vgl. *Ridout*, Care Standards, S. 53; weiterführend *Jones*, Care Standards Manual, Rn. 3-008.

1460 Zu diesem Erfordernis s. *Beldam L.J.* in *Jones and Another v Director of Public Prosecutions*, The Times vom 4. Juni 1992.

1461 Vgl. *Ridout*, Care Standards, S. 57; *Jones*, Care Standards Manual, Rn. 3-009.

1462 Widersprüchlich *Ridout*, Care Standards, der einerseits davon spricht, daß der Manager ein „*individual*“, „*a human being*“ sein müsse (S. 57), andererseits aber schreibt, Manager könnten „*individuals or limited companies*“ sein (S. 56).

1463 *Jones*, Care Standards Manual, Rn. 3-008. Die Personengesellschaft kann als solche registriert werden.

2001. Die Regelungen belegen, daß die Verantwortung für die Pflegequalität explizit bestimmten natürlichen Personen zugewiesen werden soll.

Zusätzliche Voraussetzungen sind für den Heimleiter nach reg. 9(2)(b)(i) CHRegs 2001, daß dieser die erforderliche Qualifikation, Fertigkeiten und Erfahrung hat, ein Pflegeheim zu leiten. Der Betreiber wiederum darf in der Vergangenheit nicht für zahlungsunfähig erklärt worden sein, ohne daß das Insolvenzverfahren ohne verbliebene Schulden zum Abschluß gekommen ist, regs. 7(5)(a),(b) CHRegs 2001.

Sowohl der Heimbetreiber (bzw. gegebenenfalls der *responsible individual*) als auch der Heimleiter haben in regelmäßigen Abständen an Fortbildungen teilzunehmen um den für ihre Tätigkeit erforderlichen Wissens- und Erfahrungsstand zu erhalten, regs. 10(2), (3) CHRegs 2001.

Die Vorgaben der CHRegs 2001 werden in Standard 31 der *National Minimum Standards for Care Homes for Older People* hinsichtlich des Heimleiters nochmals konkretisiert. Standard 31.2 NMS verlangt beispielsweise, daß der Heimleiter in den letzten fünf Jahren eine mindestens 2-jährige Berufserfahrung in einer Führungsposition in der Leitung einer entsprechenden Pflegeeinrichtung vorweisen kann sowie über eine Qualifikation auf dem NVQ Level 4¹⁴⁶⁴ in Management und Pflege oder einem entsprechenden Berufszweig verfügt; in *nursing care homes* ist zusätzlich eine Qualifikation als *registered nurse* erforderlich.

Angesicht der starken mittelbaren Bindungswirkung der NMS ist Standard 31.3 NMS nicht unproblematisch: er sieht vor, daß der Heimleiter nur für eine einzige registrierte Pflegeeinrichtung tätig sein darf. Dies dürfte der unmittelbar verbindlichen Anforderung reg. 9(1) CHRegs 2001, daß die betreffende Person zur Leitung des Heims geeignet sein muß, zwar durchaus förderlich sein, ob es jedoch im Sinne eines Mindeststandards unerläßlich ist, ist sehr zweifelhaft: s. 12(4) CSA 2000 regelt schließlich gerade den Fall, daß eine Person mehr als nur ein Heim leitet, indem es hierfür getrennte Registrierungsanträge vorschreibt.¹⁴⁶⁵ Die CQC hat diese Problematik erkannt und mahnte bei der Interpretation von Standard 31.3 der NMS eine individuelle Betrachtung an. Ausnahmen seien etwa denkbar, wenn zwei kleine, benachbarte Heime von derselben Person geleitet werden.¹⁴⁶⁶ Zudem hatte auch das *Registered Homes Tribunal*¹⁴⁶⁷ die Möglichkeit, daß eine Person zulässigerweise drei verschiedene Heime leiten kann, unter dem RHA 1984 grundsätzlich anerkannt.¹⁴⁶⁸

1464 Ausführlich zu den NVQs unten, S. 265 ff.

1465 S. 12(4) CSA 2000 lautet: „A person who carries on or manages, or wishes to carry on or manage, more than one establishment or agency must make a separate application in respect of each of them.”

1466 *Care Quality Commission*, Care Homes for Older People Guidance Log, S. 107.

1467 Bei dem *Registered Homes Tribunal* handelt es sich um den Vorläufer des *Care Standards Tribunal* (näher zu diesem unten, S. 254 ff.), einer noch der Verwaltungssphäre zuzurechnenden Überprüfungsinstanz, vor der Personen, die die Registrierung als Heimbetreiber oder Heimleiter beantragt hatten, Fehler im Registrierungsverfahren rügen konnten.

1468 *Tiverton Group Homes v Devon County Council*, Decision No. 185 (n.v.), vgl. *Jones*, Care Standards Manual, Rn. 3-017.

Für den Heimbetreiber enthalten die NMS nur für den Fall konkretisierende Vorgaben, daß dieser zugleich auch die Kontrolle über das Tagesgeschäft des Heimes ausübt, vgl. Standard 31.8 NMS.

bb. Durchsetzungsmechanismen des CSA 2000-Regimes

Um die Einhaltung der in den CHRegs 2001 enthaltenen, unmittelbar verbindlichen Anforderungen sicherzustellen, sieht der CSA 2000 verschiedene Durchsetzungsmechanismen vor, auf die im Folgenden etwas ausführlicher eingegangen werden soll. Sie gelten allerdings nicht nur für Regelungen hinsichtlich des Heimbetreibers und des Heimleiters, sondern finden auch bei anderen Regelungsgegenständen wie etwa bezüglich des Personals oder der baulichen Gegebenheiten Anwendung. Wie gezeigt werden wird, kommt bei der Durchsetzung im Wesentlichen ein hoheitlich-imperatives Instrumentarium zum Einsatz, das allerdings um einige informationsbasierte und selbstregulatorische Steuerungsansätze ergänzt ist.

(1) Registrierungserfordernis

Um sicherzustellen, daß die oben aufgeführten Anforderungen bereits in dem Moment erfüllt sind, in dem ein Heim den Betrieb aufnimmt, knüpft s. 11 CSA 2000 den Betrieb und die Leitung eines Pflegeheimes an die vorherige Erteilung einer Registrierung. Bei der Registrierung handelt es sich um ein Verfahren, mit dem einer natürlichen oder juristischen Person die förmliche Erlaubnis erteilt wird, eine Einrichtung oder einen Dienst zu betreiben oder zu leiten.¹⁴⁶⁹ Ob die Registrierung erteilt werden darf, hängt von der Erfüllung bestimmter Mindestanforderungen ab, die unter anderem auch die oben genannten Vorgaben aus regs. 7 und 9 CHRegs 2001 beinhalten.

(a) Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich

Nach ss. 11(1) CSA 2000 ist jede Person, die ein *care home* betreibt oder leitet, verpflichtet, sich registrieren zu lassen. Eine Einrichtung stellt dann ein registrierungsrelevantes *care home* i.S.v. s. 3 CSA 2000 dar, wenn in dieser neben der Unterbringung auch *personal* oder *nursing care*-Leistungen für bestimmte Personengruppen¹⁴⁷⁰ angeboten werden und diese gem. s. 121(9) CSA 2000 bei Bedarf auch Unterstützung bei der Ausübung von Körperfunktionen (*bodily functions*) einschließen. Nach *Lord Denning* umfassen *bodily functions* das Atmen, Hören, Sehen, Essen, Trinken, Gehen, Sitzen, Schlafen, Aufstehen und Zu-Bett-Gehen, An- und Auskleiden sowie das Ausscheiden und ähnliche Funktionen, die eine weder körperlich noch geistig behinderte Person ohne fremde Hilfe erledigen kann. Nicht zu den *bodily functions* zählen hingegen die Nahrungszubereitung, das Einkaufen und andere Dinge, die – so *Lord Denning* gemäß

1469 Vgl. *Engelman/Spencer*, Care Standards Act 2000, S. 7 f.

1470 Nach s. 3(2) sind dies „(a) persons who are or have been ill; (b) persons who have or have had a mental disorder; (c) persons who are disabled or infirm; (d) persons who are or have been dependent on alcohol or drugs“.

dem zu Beginn der 1980-er Jahre noch vorherrschenden Rollenverständnis – eine Ehefrau oder Tochter als Teil ihrer häuslichen Pflichten bzw. generell ein Haushaltsangehöriger normalerweise für den Rest der Familie übernehme.¹⁴⁷¹

Nicht vom Begriff der *care homes* umfaßt sind nach s. 3(3) CSA Krankenhäuser, Privatkliniken und Kinderheime. Reg. 3 CHRegs 2001 nimmt gestützt auf s. 3(3) CSA 2000 zudem *nursing care homes* des NHS sowie Pflegeeinrichtungen von Schulen und Universitäten vom Anwendungsbereich des CSA 2000 und der CHRegs 2001 aus. Irrelevant ist, ob das Heim von einem gemeinnützigen oder einem kommerziellen Träger oder einer Kommune betrieben wird.¹⁴⁷²

Vom persönlichen Anwendungsbereich des Registrierungserfordernisses unter dem CSA 2000 sind sowohl der Betreiber als auch der Leiter eines Pflegeheims erfaßt. Beide werden vom CSA 2000 und den CHRegs 2001 als „*registered persons*“ bezeichnet, vgl. reg. 2(1) CHRegs 2001. Die Registrierung ist somit personenbezogen, obgleich sie stets im Hinblick auf ein bestimmtes Heim ergeht.¹⁴⁷³ Ein und dieselbe Person bedarf daher einer mehrfachen Registrierung, wenn sie mehrere Heime betreibt bzw. leitet, s. 12(4) CSA 2000. Keiner Registrierung bedarf demgegenüber ein gegebenenfalls benannter *responsible individual*. Ihn treffen allerdings Mitwirkungspflichten im Registrierungsverfahren des Betreibers und Leiters.¹⁴⁷⁴

Aufgrund der Personenbezogenheit der Registrierung können sich Probleme für den Heimleiter ergeben, wenn der Betreiber von ihm ein Handeln verlangt, das den Fortbestand seiner persönlichen Registrierung bedroht. Dies könnte für ihn das Ende seiner beruflichen Laufbahn bedeuten, weil bei künftigen Registrierungen im Zusammenhang mit der persönlichen Eignung auch früheres Verhalten auf ähnlichen Positionen berücksichtigt wird. Weil der Betreiber gegenüber dem Leiter weisungsbefugt ist, wird behauptet, der Konflikt könne letztlich nur dadurch gelöst werden, daß der Leiter das Vertragsverhältnis aufkündigt.¹⁴⁷⁵ Richtigerweise wird man aber am Umfang des Weisungsrechts anzusetzen und Grenzen dort zu ziehen haben, wo sich das Verlangen als *unfair* darstellt, weil es nach einem Rechtsverstoß verlangt. Der HSCA 2008 macht inzwischen die Registrierung des Heimbetreibers von der des Heimleiters abhängig (s. 13 HSCA 2008) und schafft hierdurch Anreize für den Betreiber, den Heimleiter zu rechtmäßigem Verhalten anzuhalten.

1471 *Lord Denning* in *R v National Insurance Commissioner ex p Secretary of State for Social Services* [1981] 2 All ER 738, 741.

1472 Nichts anderes folgt für die Heime der *local authorities* aus s. 42(1), (2)(a) CSA 2000. Diese Norm erlaubt, wie auch ihre Überschrift („*Power to extend the application*“) zeigt, lediglich eine Ausweitung des in s. 11 CSA 2000 genannten Registrierungserfordernisses auf andere *social services* der *local authorities*. Sie stellt jedoch keine Einschränkung des Anwendungsbereichs von s. 11 CSA 2000 dar. So auch *Ridout*, *Care Standards*, S. 65.

1473 Vgl. etwa *Care Standards Tribunal, Joseph v Commission for Social Care Inspection* [2007] 1052.EA und [2007] 1116.EA, para 42; *Jones*, *Care Standards Manual*, Rn. 3-008.

1474 Vgl. regs. 2(1), 5 der *National Care Standards Commission (Registration) Regulations 2001*, S.I. 2001 No. 3969.

1475 Hierzu sowie zu möglichen Schadensersatzansprüchen des Managers s. *Ridout*, *Care Standards*, S. 56.

(b) *Zuständigkeit und Verfahren*

Das Registrierungsverfahren ist bislang teilweise im CSA 2000 und zum Teil in den *National Care Standards Commission (Registration) Regulations 2001*¹⁴⁷⁶ geregelt, die aufgrund des CSA 2000¹⁴⁷⁷ vom *Secretary of State for Health* erlassen wurden.

Für die Registrierung englischer Pflegeheime ist nunmehr seit dem 1. April 2009 die *Care Quality Commission* zuständig, s. 5(1)(a)(ii) CSA 2000, die im Zuge der Bemühungen der Zentralregierung um eine Reduzierung der Zahl der Regulierungsbehörden¹⁴⁷⁸ sowie um eine weitere Integration von *health* und *social care*¹⁴⁷⁹ durch s. 1 ff. HSCA 2008 gegründet wurde. Die CQC löste die durch s. 42 des *Health and Social Care (Community Health and Standards) Acts 2003* geschaffene CSCI ab, die ihrerseits erst zum 1. April 2004 als zentrale englische Aufsichtsbehörde über Pflegeeinrichtungen der *National Care Standards Commission* (NCSC) nachgefolgt war.¹⁴⁸⁰ In der CQC sind nunmehr die Aufgaben und Funktionen vereint, die zuvor von der CSCI für die *social care* und der *Commission for Healthcare Audit and Inspection*, der ehemaligen Regulierungsbehörde für *health care*, getrennt ausgeübt wurden. Die CQC ist ein *executive Non Departmental Public Body* (NDPB) mit dem Gesundheitsministerium als *sponsoring department*,¹⁴⁸¹ d.h. eine nicht unmittelbar der Zentralregierung zugeordnete oder in ein Ministerium eingegliederte Behörde, die durch Gesetz gegründet und mit einer gewissen Unabhängigkeit gegenüber der Regierung ausgestaltet ist. Allerdings bleibt der *Secretary of State for Health* dem Parlament gegenüber für das Handeln der CQC letztverantwortlich.¹⁴⁸² Aufgrund der Ausübung hoheitlicher Befugnisse in Zusammenhang mit ihrer Regulierungstätigkeit ist die CQC ungeachtet ihrer Unabhängigkeit von einzelnen Ministerien der staatlichen Sphäre zuzurechnen und ihr Handeln als Steuerungshandeln des Staates zu kategorisieren.

Zur Einleitung des Registrierungsverfahrens bedarf es eines förmlichen Antrags der zu registrierenden Person, s. 12(1) CSA. Diesem Antrag sind nach s. 12(2)(a) CSA 2000 diverse Unterlagen wie etwa Führungszeugnisse, Geburtsurkunden, Versicherungsnachweise, Jahreskontenabschlüsse oder auch Bankreferenzen beizufügen,¹⁴⁸³ die es der CQC ermöglichen, das Vorliegen der Voraussetzungen für die Registrierungen zu prüfen. Die im Zusammenhang mit *care homes* erforderlichen Unterlagen sind im ein-

1476 S.I. 2001 No. 3969.

1477 Siehe ss. 11(4), 12(2), 14(1)(d), 15(3), 16(1), 25(1) und 118(5) bis (7) des CSA 2000.

1478 Vgl. para 5 der *Explanatory Notes* zum HSCA 2008.

1479 Vgl. *Department of Health*, The future regulation of health and adult social care in England, S. 1 ff., 51 ff.; vgl. auch *Department of Health*, News Release vom 16. März 2005 <http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Pressreleases/DH_4106502>.

1480 S. 102 *Health and Social Care (Community Health and Standards) Act 2003*.

1481 So ausdrücklich etwa *Cabinet Office*, Public Bodies 2009, Annex A, S. 23.

1482 Näher zu den NDPBs oben, S. 53.

1483 Für die erforderlichen Angaben sind nach reg. 3(1)(a) *National Care Standards Commission (Registration) Regulations 2001* Formblätter vorgesehen, die auf den Internetseiten der CQC unter <<http://www.cqc.org.uk/guidanceforprofessionals/adultsocialcare/registration/currentregistration.cfm>> abgerufen werden können.

zelen bislang in reg. 3 i.V.m. Schedules 1 - 4 der *National Care Standards Commission (Registration) Regulations 2001* aufgelistet. Mit dem Antrag ist zugleich die jeweilige Registrierungsgebühr¹⁴⁸⁴ zu entrichten, s. 12(2) CSA 2000.

Die CQC befindet nach Einreichung der Unterlagen über die Registrierung und hat den Antragsteller über ihre Entscheidung zu benachrichtigen, s. 19 CSA. Bei Erteilung der Registrierung ist diese in ein Verzeichnis¹⁴⁸⁵ einzutragen und durch das Aushändigen eines Registrierungszertifikates¹⁴⁸⁶ an den Antragsteller zu dokumentieren, s. 13(4) CSA 2000.

(c) Materielle Registrierungsvoraussetzungen

Die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung einer Registrierung sind in s. 13(2) CSA 2000 enthalten. Diese Vorschrift lautet:

„If the registration authority is satisfied that –

(a) the requirements of regulations under section 22; and

(b) the requirements of any other enactment which appears to the registration authority to be relevant,

are being and will continue to be complied with (so far as applicable) in relation to the establishment or agency, it shall grant the application; otherwise it shall refuse it.”

Die wichtigsten in dieser Vorschrift in Bezug genommenen Erfordernisse ergeben sich bei Pflegeheimen aus den CHRegs 2001. Auf die vom CSA 2000 selbst aufgestellten Anforderungen wird in s. 13(2) CSA 2000 hingegen nicht verwiesen,¹⁴⁸⁷ wie der Wortlaut der Vorschrift („other enactment“ an Stelle des sonst üblichen „this Act“) verdeutlicht. Die Vorgaben der *National Minimum Standards* zählen zwar nicht zu den Registrierungsvoraussetzungen nach s. 13(2) CSA 2000, weil ihnen nicht die Qualität von *regulations* zukommt.¹⁴⁸⁸ Sie sind bei der Entscheidung über die Registrierung jedoch zu berücksichtigen, s. 23(4) CSA 2000. Um eine Registrierung unter Verweis auf die *National Minimum Standards* ablehnen zu können, muß die Registrierungsbehörde deswegen dartun, daß die Nichteinhaltung eines bestimmten Mindeststandards zugleich zu einem Verstoß gegen eine *regulation* führt, auf die sich der betreffende

1484 Die Gebührenhöhe bestimmt sich nach reg. 3 der *Commission for Social Care Inspection (Fees and Frequency of Inspections) Regulations 2007* (S.I. 2007 No. 556) und beträgt für den Betreiber des Pflegeheims derzeit £ 2.186 (bei kleinen Heimen mit weniger als 4 Pflegebetten £ 596), für den Manager von Heimen ab 4 Pflegebetten £ 596. Neben der Registrierungsgebühr fallen für den Betreiber zusätzlich jährliche Gebühren an, die gem. reg. 5 der *Commission for Social Care Inspection (Fees and Frequency of Inspections) Regulations 2007* bei kleinen Heimen £ 199 beträgt. Bei Heimen mit mindestens 4 Pflegebetten setzt sich die Gebühr aus einem Grundbetrag von £ 297 und einem Betrag von £ 99 für jedes weitere Bett zusammen.

1485 Siehe reg. 8 der *National Care Standards Commission (Registration) Regulations 2001*.

1486 Den Inhalt des Zertifikates gibt reg. 9 *National Care Standards Commission (Registration) Regulations 2001* vor.

1487 So auch das *Care Standards Tribunal* in *The London Cosmetic Laser Centre Ltd v Commission for Healthcare Audit and Inspection (The Healthcare Commission)* [No.2] [2004] 0278.EA, Abschnitt 13; *Jones*, *Care Standards Manual*, Rn. 3-021.

1488 So im Ergebnis auch *Jones*, *Care Standards Manual*, Rn. 3-021.

Mindeststandard inhaltlich bezieht.¹⁴⁸⁹ Entsprechend dürfte auch die (schon von der CSCI geübte) Praxis der CQC, sich auf dem Formular zur Beantragung der Registrierung gleichzeitig die Einhaltung der für die Einrichtung jeweils einschlägigen Mindeststandards zusichern zu lassen,¹⁴⁹⁰ rechtswidrig¹⁴⁹¹ sein. Sie ist überdies vor dem Hintergrund problematisch, daß absichtlich falsche oder irreführende Angaben bei der Beantragung der Registrierung den Straftatbestand „*false statements in application*“ gem. s. 27(1) CSA 2000 erfüllen.

Über die Rückbindung der Registrierung an die Anforderungen vor allem der CHRegs 2001 wird die Durchsetzung dieser Verordnung insofern unterstützt, als ihre Einhaltung zumindest für den Zeitpunkt der Registrierung bzw. Betriebsaufnahme in einem förmlichen Verfahren überprüft und somit die Wahrscheinlichkeit, daß die Anforderungen auch tatsächlich eingehalten werden, erhöht wird. Zwar hat die CQC bei der Registrierung auch eine Prognoseentscheidung zu treffen, weil sie diese nur dann erteilen darf, wenn sie überzeugt ist, daß die Anforderungen auch in Zukunft erfüllt sein werden. Jedoch ist die Wirkung dieser Vorschrift im Hinblick auf die tatsächliche Befolgung der CHRegs 2001 eher begrenzt, weil die CQC ihre Prognose nur anhand der ihr im Zeitpunkt der Entscheidung über die Registrierung bekannten Sachlage treffen kann. Die Vorschrift nimmt daher die eher seltenen Fälle in den Blick, bei denen bereits während des Registrierungsverfahrens erkennbar ist, daß sich künftig Umstände in negativer Sicht ändern werden. Als Beispiel nannte der *Minister of State for Health* im Gesetzgebungsverfahren den Fall, daß der Heimbetrieb in einem gepachteten Gebäude aufgenommen werden soll, der Pachtvertrag jedoch in wenigen Monaten ablaufen wird und die Bewohner deswegen nach kurzer Zeit zu einem Umzug gezwungen sein könnten.¹⁴⁹²

Anhand der im Registrierungsverfahren zu überprüfenden Anforderungen muß die Regulierungsbehörde feststellen, ob das Heim gemäß der allgemeinen Vorschrift der reg. 12(1) CHRegs 2001 so geführt wird, daß die Gesundheit und das Wohlergehen der Bewohner gefördert und sachgerechte Vorkehrungen und Maßnahmen für die Pflege der Bewohner getroffen werden. Dazu stellen die CHRegs 2001 neben den weiter unten noch zu erörternden Vorgaben hinsichtlich des Betriebs des Heims, dessen personeller und sachlicher Ausstattung, des baulichen Zustands sowie der Leitung des Heims auch die eingangs geschilderten Anforderungen an die *registered persons*, die während des Registrierungsverfahrens in einem sog. „*Fit Person Interview*“ überprüft werden.

1489 *Ridout*, Care Standards, S. 102.

1490 So etwa für die Registrierung des Managers die Erklärung auf S. 9 des Formblatts *Form R3-M* (<http://www.cqc.org.uk/_db/_documents/R3-M-print_200910260629.doc>), die vom Antragsteller zu unterzeichnen ist: „*I confirm that I am aware of and will keep to the legislation and regulations. I will meet the national minimum standards which apply to the service for which I want registration.*”

1491 Hierzu *Ridout*, Care Standards, S. 98.

1492 *John Hutton*, Minister of State for Health, in House of Commons, Care Standards Bill [Lords] in Standing Committee G, 7th sitting 13. Juli 2000 (afternoon), 6.20 p.m., abrufbar unter <<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm/199900/cmstand/g/st000613/pm/00613s07.htm>>.

Damit die CQC im Registrierungsverfahren die Geeignetheit der Einrichtung insbesondere mit Blick auf die künftig zu betreuende Personengruppe beurteilen kann, ist dem Registrierungsantrag ein den Vorgaben von reg. 4 CHRegs 2001 entsprechendes „*statement of purpose*“ beizufügen. In dieser schriftlichen Erklärung nimmt der Heimbetreiber zur pflegerischen Ausrichtung und zur Zielsetzung des Heimes, zur beabsichtigten Altersstruktur und Geschlechterverteilung der Bewohner, zur Einrichtung, zu den Dienstleistungen und zur Organisationsstruktur sowie zu verschiedensten anderen Merkmalen¹⁴⁹³ des Heims Stellung.

(d) *Unbedingte oder bedingte Erteilung der Registrierung*

Ist die Regulierungsbehörde unter Anwendung eines objektiven Maßstabs¹⁴⁹⁴ vom Vorliegen der Registrierungs Voraussetzungen überzeugt, muß sie nach s. 13(2) CSA 2000 die Registrierung vornehmen und ein unbefristetes¹⁴⁹⁵ Registrierungszertifikat erteilen. Die Registrierung kann mit Bedingungen versehen werden, wenn die CQC diese für den Betrieb des Heims für geeignet erachtet („*subject to conditions as the registration authority thinks fit*“), s. 13(3) CSA 2000. Unter welchen Umständen die Registrierung an Auflagen geknüpft werden darf und welchen Inhalt diese haben können, ist im Gesetz nicht explizit geregelt. Es gilt daher der allgemeine verwaltungsrechtliche Grundsatz, daß die Behörde bei der Auferlegung von Bedingungen angemessen (*reasonable*) handeln muß.¹⁴⁹⁶

Obgleich die Auferlegung von Bedingungen zu dem Zwecke, die Einhaltung der Registrierungs Voraussetzungen der s. 13(2) CSA 2000 sicherzustellen, zulässig und einer der Hauptanwendungsfälle ist, ist die CQC bei der Setzung von Bedingungen nicht auf diesen Zweck beschränkt. Sie kann vielmehr jegliche im Einzelfall sachgemäßen Umstände in ihre Entscheidung einbeziehen.¹⁴⁹⁷ Beispielsweise wurde es unter Geltung des RHA 1984, als die Registrierung privater *residential care homes* noch den Kommunen oblag, für grundsätzlich zulässig erachtet, daß die Registrierungsbehörde mit Blick auf die in ihrem Zuständigkeitsgebiet bereits vorhandenen Pflegekapazitäten die Registrierung eines Heimes nur unter der Bedingung einer maximalen Pflegebettenzahl vornahm, die unter der ursprünglich beantragten Anzahl lag.¹⁴⁹⁸ Die Entscheidung wurde insbesondere damit begründet, daß ss. 5(3) und 5(4) RHA 1984, die die Erteilung der Registrierung unter Bedingungen regeln, nicht auf die Registrierungs Voraussetzungen gem. s. 9 RHA 1984 verweisen. Hieran hat sich angesichts der fehlenden Inbezugnahme der

1493 Vgl. die Aufzählung in Schedule 1 zur CHRegs 2001.

1494 Dies gilt im Übrigen bereits für die Unterlagen, die die CSCI vom Bewerber verlangt, um ihre Entscheidung treffen zu können, vgl. *Ridout*, Care Standards, S. 99, 121.

1495 *Avon County Council v Lang* CO/617/89 [1990] C.O.D. 365, 366 (QBD). In diesem Fall wurde verneint, daß die Registrierung im Hinblick auf einen von mehreren vorhandenen Pflegeplätzen zeitlich befristet erteilt werden kann.

1496 *Isle of Wight v Humphreys* [1992] 8 BMLR 119, 127 (QBD); *Ridout*, Care Standards, S. 109 f.

1497 *Ridout*, Care Standards, S. 109; vgl. auch *Avon County Council v Lang* CO/617/89 [1990] C.O.D. 365, 366; *Isle of Wight v Humphreys* [1992] 8 BMLR 119.

1498 *Isle of Wight v Humphreys* [1992] 8 BMLR 119. Dazu auch *Ridout*, Care Standards, S. 27.

s. 13(2) durch ss. 13(3) und 13(5) CSA 2000 sowie angesichts des weiten Wortlauts von s. 13(3) CSA 2000 („*as the registration authority thinks fits*“) auch unter dem CSA 2000 nichts geändert. Allerdings ist es nicht sehr wahrscheinlich, daß die aus zentralstaatlicher Perspektive agierende und primär mit der Pflegequalität betraute CQC Bedarfsgesichtspunkte auf lokaler Ebene in ähnlicher Weise in die Betrachtung einstellen wird, wie manche Kommunen dies in der Vergangenheit getan haben. Angesichts der Öffnung der Pflegemärkte für private Anbieter durch die *Community Care*-Reformen des Jahres 1993 und der Einführung einer *mixed economy of care* wäre eine solche bedarfsorientierte Politik kritisch daraufhin zu überprüfen, ob sie tatsächlich einen übermäßigen, die Qualität beeinträchtigenden Verdrängungswettbewerb vermeiden will, und nicht etwa nur ein verdeckter Protektionismus zugunsten der von den Kommunen selbst betriebenen Heime intendiert ist.¹⁴⁹⁹

Bedingungen nach s. 13(3) CSA können entweder spezifisch ausgestaltet sein, etwa indem dem Heimbetreiber aufgegeben wird, eine bestimmte Tür zu verschließen, um zu verhindern, daß Heimbewohner unmittelbar und unbeaufsichtigt auf eine viel befahrene Straße gelangen.¹⁵⁰⁰ Oder sie sind allgemeiner gehalten und beschränken beispielsweise die Unterbringung auf bestimmte Patientengruppen oder begrenzen wie im obigen Beispiel die Heimgröße auf eine maximale Bettenzahl.¹⁵⁰¹

Standardmäßig auferlegte Bedingungen unterliegen einer eingehenderen gerichtlichen Überprüfung als einzelfallbezogene.¹⁵⁰² Unzulässig wäre etwa ein pauschaler Verweis auf bestimmte *National Minimum Standards*, da dies die gesetzgeberische Entscheidung in s. 23 CSA, den Mindeststandards keine unmittelbare Geltung zukommen zu lassen, unterlaufen würde.¹⁵⁰³ Anderes muß aber für die Aufnahme einzelner Standards als Registrierungsbedingung gelten, wenn die Behörde dieses Mittel als erforderlich erachtet, um im konkreten Fall die Einhaltung einer Registrierungs voraussetzung unter den *Care Home Regulations 2001* sicherzustellen.

Unabhängig davon, was Gegenstand der Bedingung ist, muß diese klar und verständlich formuliert sein, weil ein Verstoß gegen eine Bedingung eine Straftat darstellen kann (s. 24 CSA 2000).¹⁵⁰⁴ Bedingungen können von der CQC jederzeit aufgehoben oder abgeändert werden, s. 13(5) CSA 2000.

(e) *Sicherung der Beachtung des Registrierungsanfordernisses*

Neben der Gewinnung von Informationen für aufsichtliche Zwecke dient die Registrierung vor allem dazu, die Befolgung der Vorschriften der CHRegs 2001 zu verbes-

1499 Auf die Gefahr, daß eine weite Anwendung der Bedingungsklausel protektionistischen Tendenzen Vorschub leisten könnte, weist auch *Philip Hammond MP* in House of Commons, Care Standards Bill [Lords] in Standing Committee G, 7th sitting 13. Juli 2000 (afternoon), 5.45 p.m., hin (abrufbar unter <<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm/199900/cmstand/g/st000613/pm/00613s07.htm>>).

1500 Zu diesem Beispiel vgl. para 69 der *Explanatory Notes* zum CSA 2000.

1501 Vgl. para 69 der *Explanatory Notes* zum CSA 2000.

1502 *Ridout*, Care Standards, S. 110.

1503 So im Ergebnis auch *Ridout*, Care Standards, S. 109.

1504 *Avon County Council v Lang* CO/617/89 [1990] C.O.D. 365, 366 (QBD).

sern. Voraussetzung hierfür ist, daß das Registrierungserfordernis selbst beachtet wird, was wiederum dadurch sichergestellt wird, daß das Betreiben oder Leiten einer Pflegeeinrichtung ohne eine vorherige Registrierung gem. s. 11(1) CSA 2000 als Straftatbestand ausgestaltet ist.

Diese Vorschrift kann bei einem personellen Wechsel im Heimmanagement insofern zu Problemen führen, als nach dem eindeutigen Wortlaut von s. 11(1) CSA 2000 in der Übergangszeit bis zur Registrierung des neuen Leiters der Betrieb des Heimes eigentlich eingestellt werden müßte, um die Begehung einer Straftat zu verhindern.¹⁵⁰⁵ Schwierigkeiten ergeben sich hieraus insbesondere in Fällen, in denen der personelle Wechsel unvorhersehbar erforderlich wird, etwa beim Tod oder einer plötzlich eintretenden Arbeitsunfähigkeit des bisher registrierten Managers. Der in der Praxis von der Regulierungsbehörde unternommene Weg, in der Übergangszeit bei einem personellen Wechsel keine Strafverfolgung einzuleiten, solange das neue Registrierungsverfahren ernsthaft betrieben wird, schafft als informelle Lösung eine riskante Abhängigkeit des Heimleiters von der Registrierungsbehörde.¹⁵⁰⁶ Die Benennung eines Vertreters des Managers, die dem Problem abhelfen könnte, ist gesetzlich weder im CSA 2000 noch im HSCA 2008 vorgesehen.

Ein weitere Absicherung des Registrierungserfordernisses besteht darin, daß Kommunen nach ss. 21(1)(a), 26(1A)(b) NAA 1948 zur Erbringung stationärer Pflegeleistungen nur auf registrierte Heime zurückgreifen dürfen. Heimen, die sich entgegen der geltenden Rechtslage nicht registrieren lassen, sind damit zugleich Marktchancen genommen.

Ferner unterliegt der Heimbetreiber zur Sicherstellung des Registrierungserfordernisses nach reg. 39 CHRegs 2001 Informationspflichten, falls Veränderungen bei den registrierungspflichtigen Personen oder signifikante Änderungen bezüglich der betreffenden Einrichtung eintreten. Soll das Pflegeheim beispielsweise verkauft werden, muß die CQC hiervon in Kenntnis gesetzt werden, reg. 39 (a), (b) CHRegs 2001. Grund hierfür ist, daß mit dem Verkauf einer Pflegeeinrichtung die für den bisherigen Betreiber bestehende Registrierung nicht auf den Erwerber übergeht, sondern von diesem als personenbezogene Registrierung neu beantragt werden muß. Durch die Kenntniserlangung von der Verkaufsabsicht wird es der CQC möglich, auf die erforderliche Antragstellung hinzuwirken und Sorge dafür zu tragen, daß der Betrieb des Heimes nicht vor Registrierung auf den neuen Betreiber übertragen wird.

(f) Registrierungen unter dem HSCA 2008

Seit dem 1. Oktober 2010 sind die Pflegeheime dem neuen Regulierungsregime des HSCA 2008 unterstellt, der in den ss. 10 – 19 HSCA umfangreiche Vorgaben hinsichtlich der Registrierung enthält, die im Wesentlichen dem bisherigen Regime unter dem CSA 2000 entsprechen. Allerdings knüpft das Registrierungserfordernis unter der Geltung des HSCA 2008 nicht mehr länger formal an den Betrieb oder die Leitung eines

¹⁵⁰⁵ Dazu *Ridout*, Care Standards, S. 63.

¹⁵⁰⁶ So auch *Ridout*, Care Standards, S. 63.

bestimmten Einrichtungstyps an. Stattdessen ist darauf abzustellen, ob sich die Betriebs- oder die Leitungsfunktionen auf die Ausübung einer sogenannten „*regulated activity*“ der *health* oder der *social care* bezieht (vgl. ss. 9, 10, 14 HSCA 2008).

Als eine solche regulierte Tätigkeit benennt reg. 3(1) i.V.m. Schedule 1, para. 2(1) der *Health and Social Care Act 2008 (Regulated Activities) Regulations 2010* auch die stationäre Unterbringung in Verbindung mit *nursing* oder *personal care*-Leistungen, wobei die Einbeziehung dieser Aktivitäten für Einrichtungen außerhalb des NHS erst seit dem 1. Oktober 2010 gilt.

Während aus s. 10 HSCA 2008 für den Betreiber eines Pflegeheims wie bisher ein zwingendes Registrierungserfordernis folgt, ist die Registrierung des Heimleiters gem. s. 13(1) HSCA 2008 i.V.m. reg. 5 der *Care Quality Commission (Registration) Regulations 2009* im Wesentlichen nur noch dann erforderlich, wenn der Betreiber keine natürliche Person ist, sich nicht auf Vollzeitbasis um das betreffende Heim kümmert oder nicht für die Heimleitung geeignet ist.

Alle Betreiber und Leiter von Pflegeeinrichtungen, die bereits unter dem CSA 2000 registriert waren, mussten sich zum 1. Oktober 2010 erneut nach den Vorgaben des HSCA 2008 registrieren lassen. Der Grund hierfür besteht darin, daß ab diesem Datum in Gestalt von 28 sogenannten Hauptstandards („*essential standards of quality and safety*“) mitunter neue materielle Anforderungen an die Durchführung der „*regulated activities*“ in Kraft traten. Bei diesen handelt es sich um die regs. 4-7 und 9-24 der *Health and Social Care Act 2008 (Regulated Activities) Regulations 2010* sowie um die regs. 12-19 der *Care Quality Commission (Registration) Regulations 2009* und die hierzu erlassene *compliance guidance*¹⁵⁰⁷, die an die Stelle insbesondere der *Care Homes Regulations 2001* und der NSM traten. Im Wesentlichen stimmen diese Vorschriften mit den hier vorgestellten Anforderungen der CHRegs 2001 überein, auf relevante Neuerungen wird hingewiesen.

Aus ss. 12(2), 15(2) HSCA 2008 folgt, daß die Registrierung unter anderem von der Einhaltung der Rechtsverordnungen abhängt, die gestützt auf s. 20 HSCA 2008 erlassen wurden. Da dies bei den beiden genannten *Regulations* der Fall ist, ergeben sich die relevanten Registrierungsvoraussetzungen insbesondere aus den angesprochenen Hauptstandards. Hinsichtlich der hier im Speziellen betrachteten Anforderungen an die Person des Heimleiters und des Heimbetreibers enthalten sie in regs. 4-6 der *Health and Social Care Act 2008 (Regulated Activities) Regulations 2010* Vorgaben, die jedoch den geschilderten Anforderungen der CHRegs 2001 entsprechen.

(2) Aufsichtliches Instrumentarium

Die Mechanismen zur Durchsetzung der materiellen Anforderungen der CHRegs 2001 erschöpfen sich nicht in der vor der Betriebsaufnahme erfolgenden Registrierung. Auch während des Betriebs steht der Regulierungsbehörde ein breitgefächertes aufsichtliches Instrumentarium zur Verfügung, mit dem sie auf die Einhaltung

¹⁵⁰⁷ S. *Care Quality Commission, Guidance about compliance - Essential standards of quality and safety*, S. 39 ff.

der materiellrechtlichen Vorschriften hinwirken kann. Basierend auf den Informationen aus dem Registrierungsverfahren überwacht die CQC den fortlaufenden Betrieb der Heime und führt in regelmäßigen Abständen Kontrollen durch, um etwaigen Rechtsverstößen Einhalt gebieten und Qualitätsdefiziten abhelfen zu können. Diese Mängel können – daher die Schilderung des aufsichtlichen Instrumentariums an dieser Stelle – etwa darin bestehen, daß die Anforderungen an die Person des Heimbetreibers oder Heimleiters nicht (mehr) erfüllt sind.

(a) *Durchführung von Kontrollen*

Um über die bei der Registrierung erlangten Kenntnisse hinaus Informationen über den aktuellen Zustand eines Heims erlangen zu können, ist eine stetige Überwachung erforderlich. Die hierfür erforderlichen Befugnisse werden der CSCI in ss. 31, 32 CSA 2000 eingeräumt.

Nicht jede Art der Heimüberwachung ist notwendigerweise mit einem Besuch des betreffenden Heims verbunden. Nach s. 31(1) CSA 2000 sind die registrierten Personen verpflichtet, der CQC auf Verlangen jederzeit Auskunft über Fragen bezüglich des betreffenden Heims zu erteilen. Einmal jährlich haben die *registered persons* zudem ein sog. *Annual Quality Assurance Assessment*¹⁵⁰⁸ durchzuführen, eine Selbsteinschätzung des Zustands des Heims und der Qualität der dort erbrachten Leistungen,¹⁵⁰⁹ und dessen Ergebnisse auf einem speziellen Formular an die CQC zu übermitteln. Gestützt auf die Erkenntnisse aus diesem Bericht, auf eventuell erhaltene Beschwerden sowie auf weitere Information wie etwa über Unfälle oder andere besondere Vorkommnisse im jeweiligen Heim legt die CQC dann in der sog. *Annual Review* ihre jährliche Prüfstrategie für diese Einrichtung fest.

Unabhängig von einem Auskunftsverlangen sind die *registered persons* nach reg. 37 CHRegs 2001 verpflichtet, der CQC besondere Vorkommnisse wie den Tod von Heimbewohnern, den Ausbruch von ernsthaften Infektionskrankheiten, schwere Verletzungen von Heimbewohnern oder Diebstähle und Unfälle in der Einrichtung mitzuteilen.¹⁵¹⁰ Eine ähnliche Informationspflicht besteht nach reg. 11 CHRegs 2001 für den Fall, daß eine *registered person* wegen einer Straftat verurteilt wurde, was im Hinblick auf den Fortbestand der Registrierung von Bedeutung sein kann.

Bei den Vor-Ort-Prüfungen unterscheidet die CQC zwischen Hauptkontrollen (*key inspections*), Stichprobenkontrollen (*random inspections*) und schwerpunktartigen Kontrollen (*thematic inspections*).¹⁵¹¹ Die umfassendste Prüfvariante stellt die Hauptuntersuchung dar, bei der grundsätzlich alle Aspekte der Leistungserbringung im Hinblick

1508 Dieses wurde durch reg. 2(6) der *Care Standards Act 2000 (Establishments and Agencies) (Miscellaneous Amendments) Regulations 2006* (S.I. 2006 No. 1493) eingeführt, die die reg. 24 CHRegs 2001 entsprechend abänderte.

1509 Dazu ausführlich unten, S. 325 f.

1510 In diesen Fällen kann auch eine Mitteilungspflicht an die *local authorities* als die für *Health and Safety* zuständigen Behörden nach der *Reporting of Injuries, Diseases and Dangerous Occurrences Regulations 1995* (S.I. 1995 No. 3163) bestehen.

1511 Vgl. *Care Quality Commission, Guidance for inspectors*, 2008.

auf die gesetzlichen Vorgaben evaluiert werden. Stichprobenkontrollen gehen demgegenüber einem bestimmten Einzelaspekt in einem konkreten Heim nach. Diese Kontrollen sind häufig anlassbezogen und basieren auf Beschwerden oder bestimmten Anlässen wie etwa einem Wechsel in der Heimleitung. Diese Prüfungen können allerdings auch ohne konkreten Anlass erfolgen, beispielsweise um in Heimen mit einem hohen Qualitätsstandard den sonst üblichen Prüfungssturnus zu durchbrechen und das Prüfungsintervall überraschend zu verkürzen. Schwerpunktartige Kontrollen beschäftigen sich hingegen ohne konkreten heimbezogenen Anlass eingehend mit einer bestimmten Thematik der Leistungserbringung. Die beiden seit 2006 englandweit durchgeführten Schwerpunktprüfungen etwa befassten sich mit der Versorgung demenzkranker Heimbewohner sowie den Informationen, die diesen im Zusammenhang mit der Entscheidung über die Wahl des konkreten Heimes gegeben wurden.¹⁵¹² Andere denkbare Themenschwerpunkte sind etwa die Medikation oder die Verpflegung der Bewohner.

Die Kontrollen können gemäß reg. 6(2) der *Commission for Social Care Inspection (Fees and Frequency of Inspections) Regulations 2007* sowohl angemeldet als auch unangemeldet erfolgen. Letzteres ist der Regelfall, im Prüfungsjahr 2006/07 fanden 93,5 % der von der CSCI durchgeführten Prüfungen von *social services for adults* unangemeldet statt.¹⁵¹³

Gestützt auf s. 31(7) CSA 2000 schreibt reg. 6(1) der *Commission for Social Care Inspection (Fees and Frequency of Inspections) Regulations 2007* vor, daß eine Pflegeeinrichtung mindestens einmal in einem Dreijahreszeitraum durch eine Kontrolle vor Ort überprüft werden muß. Die CSCI hatte hierzu einen risikoorientierten Überprüfungsturnus entwickelt. Dieser basiert auf der Beurteilung¹⁵¹⁴, die das jeweilige Heim bei der letzten Kontrolle erhalten hat. Bei Heimen mit einer exzellenten Prüfbewertung bleibt es bei der gesetzlichen Mindestforderung von einer Hauptprüfung pro Dreijahreszeitraum, Heime mit einer guten Prüfbewertung werden hingegen einmal pro Zweijahreszeitraum kontrolliert. Einmal jährlich werden Heime mit einer ausreichenden Bewertung überprüft, bei Heimen mit einer schlechten Bewertung finden hingegen jedes Jahr zwei Hauptprüfungen statt. Die CQC greift grundsätzlich auf diesen Ansatz zurück, führt jedoch auch bei Heimen mit einer guten oder exzellenten Prüfbewertung alle 12 Monate zumindest eine im Umfang eingeschränkte jährliche Überprüfung („*Annual Service Review*“) durch,¹⁵¹⁵ die in der Regel ohne eine Prüfung vor Ort vor allem auf Basis der Selbsteinschätzung des Heims erstellt wird.¹⁵¹⁶

Zur Durchführung der Kontrollen räumen ss. 31, 32 CSA 2000 den Inspektoren verschiedene Befugnisse ein, etwa das Recht, das zu prüfende Heim jederzeit zu betreten, zu besichtigen und erforderliche Untersuchungen durchzuführen, sich Dokumente aus-

1512 Diese Prüfungen dienen häufig der Erstellung nationaler Studien, im letzten Beispielsfall etwa der Studie *Commission for Social Care Inspection, A fair contract with older people?*, 2007.

1513 *Commission for Social Care Inspection, Annual Report and Accounts 2006-07*, S. 24. Diese Zahl bezieht neben Pflegeheimen auch ambulante Dienste sowie Formen betreuten Wohnens ein.

1514 Ausführlich zu den Beurteilungen unten, S. 355 ff.

1515 Vgl. *Care Quality Commission, Guidance for inspectors*, S. 11.

1516 S. <<http://www.cqc.org.uk/guidanceforprofessionals/adultsocialcare/inspection/annualservicereview.cfm>>.

händigen zu lassen, diese zu prüfen und Kopien anzufertigen sowie den Heimleiter, den Heimträger, das Personal oder mit deren Einverständnis auch Bewohner befragen zu dürfen. Besteht ein Verdacht auf einen Verstoß gegen Rechtsvorschriften, können zu Beweis Zwecken Photographien angefertigt und Unterlagen beschlagnahmt werden. Begrenzt werden die Befugnisse allerdings durch das an die CQC als staatliche Behörde gerichtete Gebot aus s. 6(1) HRA 1998 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 EMRK, nicht in einer mit dem Recht auf Achtung des Privatlebens und der Wohnung unvereinbaren Weise zu handeln.¹⁵¹⁷

Über die Ergebnisse der Kontrolle ist ein Prüfbericht abzufassen und dem Heimleiter und -betreiber zuzusenden, der unter anderem darüber Auskunft gibt, in welchen Bereichen im Heim die Leistungserbringung den gesetzlichen Anforderungen entspricht und wo Verbesserungen erforderlich sind, s. 32(5) CSA 2000. Die Prüfberichte werden zudem, gestützt auf s. 32(6) CSA 2000, unter namentlicher Nennung des betreffenden Heimes im Internet veröffentlicht.¹⁵¹⁸ Seit 2008 nimmt die Regulierungsbehörde zudem ein *star rating* von Pflegeheimen vor. Bei diesem handelt es sich um eine zusammenfassende, auf den Ergebnissen der Prüfung beruhende Bewertung, die dem Heim entweder eine schlechte, ausreichende, gute oder exzellente Gesamtleistung konstatiert und dies mit einer von null bis drei Sternen reichenden Bewertung des Heims zum Ausdruck bringt.¹⁵¹⁹ Um den Bewertungen nach Möglichkeit einen weitgehend einheitlichen Maßstab zugrunde legen zu können, greifen die Inspektoren auf sog. „*Key Lines of Regulatory Assessment*“ (KLORA) zurück,¹⁵²⁰ die bei der Bewertung des Heimes als *benchmarks* für die Einschätzung dienen, ob eine Einrichtung bezüglich verschiedener Gruppen von Minimumstandards jeweils schlecht, ausreichend, gut oder exzellent abschneidet.

(b) Warnbrief, Abhilfeplan und Beratung

Bevor aufgrund festgestellter Defizite formale aufsichtliche Maßnahmen eingeleitet werden, wird, wenn nicht eine Gefährdung von Bewohnern sofortige formale Aufsichtsmaßnahmen erforderlich werden läßt, zunächst versucht, die Mängel in Kooperation mit dem Heimbetreiber zu beheben. Dazu verschickt die CSCI an den Heimbetreiber zunächst einen Warnbrief (*warning letter*), in dem sie diesen auf die festgestellten Mängel aufmerksam macht, ihm die gesetzlichen Anforderungen verdeutlicht und ihn darauf hinweist, daß formale aufsichtliche Maßnahmen (*enforcement action*) angedacht werden, wenn es binnen eines aufgezeigten Zeitrahmens nicht zu Verbesserungen kommt.¹⁵²¹

1517 Dazu etwa Jones, Care Standards Manual, Rz. 5-007.

1518 Die Berichte sind über eine Suchmaske abrufbar unter <<http://www.cqc.org.uk/registered-services-directory/rsquicksearch.asp>>; s. auch unten, S. 354.

1519 Näher zum *star rating* unten, S. 355 f.

1520 Care Quality Commission, Key lines of regulatory assessment (KLORA). Zu den Inhalten der KLORA s. auch unten, S. 317 f., 355.

1521 Care Quality Commission, Our enforcement policy for social care services registered under the Care Standards Act 2000, S. 3, 7.

Seit dem 1. April 2006 kann die Regulierungsbehörde, wenn sie der Ansicht ist, daß die im Heim erbrachten Leistungen nicht den gesetzlichen Anforderungen genügen, vom Heimbetreiber oder -leiter nach reg. 24A CHRegs 2001 zudem verlangen, daß sie einen sog. „*improvement plan*“ aufstellen. In diesem müssen die *registered persons* darlegen, mit welchen Maßnahmen und in welchem zeitlichen Rahmen sie beanstandeten Verstößen abhelfen und die Leistungsqualität verbessern können. Über den erstellten Abhilfeplan muß der Heimbetreiber zudem auch die Bewohner informieren.

Weil die CQC keine präskriptiven, unmittelbaren verbindlichen Detailvorgaben zur Behebung der festgestellten Defizite macht, sondern den Verantwortlichen im Heim die Ausgestaltung eines entsprechenden Abhilfeplans aufgibt, haben diese Raum für eigen-gestalterisches und auf ihrem eigenen Erfahrungsschatz beruhendes Handeln, das eine Anpassung der Maßnahmen an die spezifischen Gegebenheiten des Heims erlaubt.¹⁵²² Dies beinhaltet grundsätzlich auch die Möglichkeit zur Setzung eigener Qualitätsstandards, solange diese nur die aufsichtlichen Mindestvorgaben erfüllen. Das Anfordern eines *improvement plan* trägt somit auch Züge einer regulierten Selbstregulierung, wengleich dessen Aufstellung durch zwingende verfahrensrechtliche Anforderungen sowie durch die verbindliche Vorgabe der zu erreichenden Ziele freilich in einen deutlich hoheitlich-imperativen Rahmen eingefügt ist.

Bekommt die CQC jedoch den Eindruck, daß der Heimbetreiber ohne fremde Hilfe den beanstandeten Zustand nicht verbessern kann, kann sie auch externe Hilfe und Unterstützung anraten.¹⁵²³ Die CQC wird allerdings weder bestimmte externe Berater empfehlen noch selbst vertiefte Beratungsfunktionen übernehmen oder sich in irgendeiner Form in die Leitung des betreffenden Heimes einbinden lassen.¹⁵²⁴

(c) *Formale aufsichtliche Maßnahmen*

Wenn der Heimbetreiber auf die informalen Maßnahmen nicht mit einer ausreichenden Verbesserung der gerügten Zustände reagiert, zieht die CQC formale aufsichtliche Mittel in Betracht, deren Auswahl und Anwendung nach Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit geschehen.¹⁵²⁵ Bestehen ernsthafte Gefahren für die Heimbewohner, können diese auch sogleich anstelle eines informellen Vorgehens ergriffen werden.

Die erste formale Aufsichtsmaßnahme besteht im Erlaß einer formalen Beanstandung (*statutory requirement notice*), ss. 17(4), (6) CSA 2000. Diese zeigt das in Rede stehende Defizit sowie die verletzte Gesetzesvorschrift auf und setzt dem Heimbetreiber unter Androhung weitergehender aufsichtlicher Maßnahmen eine bestimmte Frist, in der der Verstoß abgestellt werden muß.¹⁵²⁶ Ist der beanstandete Mangel bei Fristablauf nicht

1522 Vgl. Reed, *Quality Improvement*, S. 255.

1523 *Care Quality Commission*, Our enforcement policy for social care services registered under the Care Standards Act 2000, S. 6.

1524 Vgl. *Commission for Social Care Inspection*, Policy and Guidance: Enforcement Policy, S. 10.

1525 Vgl. *Care Quality Commission*, Enforcement Policy, S. 6; *Care Quality Commission*, Our enforcement policy for social care services registered under the Care Standards Act 2000, S. 1, 5.

1526 Vgl. *Care Quality Commission*, Enforcement Policy, S. 9.

behalten und lassen die vom Betreiber bislang getroffenen Maßnahmen auch nicht erwarten, daß dies binnen einer nochmals verlängerten Frist der Fall sein wird, kann die CQC verschiedene weitergehende Maßnahmen ergreifen. Welche Mittel die Regulierungsbehörde konkret ergreift, hängt maßgeblich davon ab, wie hoch der Grad der Gefährdung der Heimbewohner im einzelnen ist, welche Abhilfemaßnahmen vom Betreiber bislang ergriffen wurden, aus welchen Gründen der Rechtsverstoß bislang noch nicht abgestellt werden konnte und ob die den Mangel begründenden Defizite dem Einflußbereich des Betreibers zuzuordnen sind.¹⁵²⁷

Gem. ss. 13(5)(a), (b) CSA 2000 kann die CQC nach einer vorangegangenen Warnmitteilung (*notice*)¹⁵²⁸ die Registrierung an neue Bedingungen knüpfen bzw. bestehende Registrierungsbedingungen abändern, um eine Einhaltung der verletzten Vorschriften sicherzustellen. Verfügt ein Heimleiter etwa nicht (mehr) über das für die Pflege von Schwerpflegebedürftigen erforderliche Fachwissen, könnte eine Bedingung erlassen werden, die die Erbringung von Leistungen im Heim nur noch für bestimmte Personengruppen, nicht mehr aber für Schwerpflegebedürftige erlaubt.¹⁵²⁹ Der unentschuldigte Verstoß gegen eine Bedingung würde sodann eine Straftat darstellen, s. 24 CSA 2000.

Mit der Möglichkeit, die Registrierung einer Person im Bezug auf ein bestimmtes Heim nach einer vorherigen Warnmitteilung¹⁵³⁰ zu entziehen, stellt der CSA 2000 der CQC ein drakonisch wirkendes Aufsichtsinstrumentarium zur Verfügung, von der in einigen wenigen Fällen durchaus auch Gebrauch gemacht wurde.¹⁵³¹ Nach s. 14(1) CSA 2000 liegt es im Ermessen der CQC, zu diesem Mittel zu greifen, wenn die betreffende Person wegen einer der in s. 14(2) CSA 2000 aufgezählten Straftaten (dazu zählen insbesondere Straftaten nach dem CSA 2000 im Zusammenhang mit der Registrierung sowie nach den CHRegs 2001) verurteilt worden ist, wenn irgendeine andere Person im Zusammenhang mit dem betreffenden Heim wegen einer derartigen Straftat verurteilt worden ist, wenn die Erbringung der pflegerischen Dienstleistungen sich zu irgendeinem Zeitpunkt nicht in Übereinstimmung mit den Anforderungen befand, die sich aus den Registrierungsvorschriften des CSA 2000 ergeben, oder wenn sie in Widerspruch zu Vorgaben aufgrund eines anderen Gesetzes stand, die die CQC im Zusammenhang mit dem Entzug der Registrierung für relevant erachtet.

Schließlich kann die Registrierung entzogen werden, wenn eine *regulation* dies vorsieht. Gem. reg. 14 der *National Care Standards Commission (Registration) Regulations 2001* ist dies etwa dann der Fall, wenn die jährlich fällige Registrierungsgebühr nicht entrichtet wird, wenn im Registrierungsverfahren bestimmte Falschangaben gemacht wurden oder wenn das Heim nicht mehr kostendeckend arbeitet oder vorauszusehen ist, daß dies in spätestens 6 Monaten der Fall sein wird.

1527 Vgl. *Commission for Social Care Inspection*, Enforcement Policy, S. 16; s. auch Vgl. *Care Quality Commission*, Enforcement Policy, S. 9.

1528 Ss. 17(4)(b), (c) CSA 2000.

1529 Vgl. *Commission for Social Care Inspection*, Enforcement Policy, S. 9; *Care Quality Commission*, Enforcement Policy, S. 10.

1530 S. 17(4)(a) CSA 2000.

1531 *Netten* u.a., *Understanding Public Services*, S. 11.

Der Entzug der Registrierung bringt erhebliche Gefahren für die Bewohner des Heims mit sich, weil der Heimbetrieb eingestellt wird und die betroffenen Personen in andere Heime umziehen müssen. Aus diesem Grund greift die Regulierungsbehörde zu diesem Mittel nur als *ultima ratio*, etwa wenn der Heimbetreiber zur Leistungserbringung ungeeignet ist oder beharrlich in einer Art und Weise gegen Rechtsvorschriften verstößt, die eine erhebliche Gefahr für die Sicherheit und das Wohlergehen der Bewohner mit sich bringt.¹⁵³² Um die hiermit verbundenen Belastungen für die Betroffenen zu mildern, arbeitet die CQC eng mit den jeweiligen Kommunen zusammen, um diese rechtzeitig auf die angedachte Schließung vorzubereiten und ihnen die Möglichkeit zu geben, die erforderlich werdenden Schritte vorzubereiten.¹⁵³³

In gravierenden Fällen, in denen zusätzlich¹⁵³⁴ zum Vorliegen der Voraussetzungen von s. 14 CSA 2000 bzw. s. 13(5) CSA 2000 ohne schnelles Handeln eine schwerwiegende, konkrete¹⁵³⁵ Gefahr für das Leben, die Gesundheit oder das Wohlergehen eines oder mehrerer Bewohner bestehen würde, kann nach s. 20 CSA 2000 eine Auferlegung oder Änderung von Bedingungen bzw. der Entzug der Registrierung als letztmögliches Mittel¹⁵³⁶ auch in einem Eilverfahren erfolgen. Eine Registrierung kann daher nicht rechtmäßig in einem Eilverfahren entzogen werden, wenn zwar der Heimbetreiber nicht für diese Funktion geeignet ist, hieraus aber keine dringenden und schwerwiegenden Gefahren für die Bewohner resultieren.¹⁵³⁷ Die Anordnung dieser Eilmittel muß durch ein Gericht erfolgen, das nach eigenem Ermessen auf Antrag der CQC entscheidet. Die Anordnung kann ohne vorherige Mitteilung an die Person ergehen, deren Registrierung in Rede steht, s. 20(2) CSA 2000, die betroffenen Kommunen müssen nach s. 20(3) CSA 2000 vom Antrag der CQC schnellstmöglich in Kenntnis gesetzt werden.

Ein weiteres formales aufsichtliches Instrumentarium, auf das die CQC bei Verstößen gegen Anforderungen des CSA 2000 Regimes zurückgreifen kann, besteht in der Einleitung einer Strafverfolgung. Auf dieses Mittel soll, obgleich es zu den formalen Aufsichtsmaßnahmen gezählt werden kann, weiter unten gesondert eingegangen werden, weil es sich zumindest von der klassischen behördlichen Aufsicht unterscheidet und weil bereits der bloßen Strafandrohung eine eigenständige, die Durchsetzung der Vorschriften unterstützende Wirkung zukommt.

1532 Vgl. *Care Quality Commission*, Enforcement Policy, S. 12.

1533 Vgl. *Care Quality Commission*, Enforcement Policy, S. 12, 16.

1534 Vgl. *Lyons and Lyons v East Sussex County Council* [1988] 86 LGR 369 (CA).

1535 *Hillingdon London Borough Council v McLean* [1989] 88 LGR 49.

1536 Dazu unter Verweis auf die drakonischen Folgen einer solchen Maßnahme das *Registered Homes Tribunal* zur Vorgängervorschrift der s. 11 RHA 1984 in *Lister v Bradford Metropolitan Council*, Decision No. 166 vom 26. September 1991 (191/166/RHT): „*The powers of section 11 are Draconian and it is axiomatic that they should never ever be contemplated without the gravest and most serious thought. [...] the respondent authorities, knowing of the dreadful upset to residents, to the problems of resettling them, to the inevitable problems which arise with relatives, to the enormous administrative difficulties involved, to the possibility of adverse comments in the press and to the time and expense which closure of this nature cause, would never ever proceed with such a step unless they felt it to be absolutely imperative.*”

1537 *Lyons and Lyons v East Sussex County Council* [1988] 86 LGR 369.

(d) Das aufsichtliche Instrumentarium des HSCA 2008

Auch unter der Geltung des neuen Regulierungsregimes verfügt die CQC gem. ss. 18, 29 ff., 60 ff. HSCA 2008 über ein entsprechendes aufsichtliches Instrumentarium. Eine wichtige Neuerung unter dem HSCA 2008 besteht darin, daß die CQC zusätzlich zu den genannten Maßnahmen nunmehr befugt ist, bei Verstößen gegen die Registrierungsanforderungen eine bereits erteilte Registrierung vorübergehend auszusetzen und das Heim vorübergehend stillzulegen, s. 18 HSCA 2008. Auf diese Weise kann sie besonderen Druck auf die registrierten Personen zur künftigen Einhaltung der Registrierungs Voraussetzungen ausüben, ohne sogleich auf den sehr schwerwiegenden endgültigen Entzug der Registrierung zurückgreifen zu müssen.

(3) Strafbewehrung von Verstößen

(a) Straftatbestände

Durch den CSA 2000 und die auf ihn gestützten Verordnungen wurden eine Reihe neuer Straftatbestände in das englische Recht eingeführt, die dazu dienen, die Einhaltung der in diesen Gesetzen und Verordnungen enthaltenen Vorschriften sicherzustellen.

Zum einen sind Verstöße gegen bestimmte inhaltliche Anforderungen des Betriebs eines Pflegeheims direkt mit Strafbewehrungen versehen: nach s. 25 CSA 2000 können verschiedene unter dem CSA 2000 erlassene Verordnungen selbst Straftatbestände regeln. Gestützt auf diese Vorschrift sehen die regs. 36, 43 CHRegs 2001 Strafdrohungen bei Verstößen gegen einige¹⁵³⁸ der in den CHRegs 2001 enthaltenen Anforderungen vor. Die speziell im Bezug auf die Person des Heimbetreibers und des Heimleiters geltenden regs. 7, 9, 10 CHRegs 2001 zählen allerdings nicht zu diesen Vorschriften.

Zum anderen wird die Einhaltung von inhaltlichen Vorgaben im Bezug auf den Betrieb einer Pflegeeinrichtung strafrechtlich auch mittelbar abgesichert, indem die Registrierung, in deren Rahmen die betreffenden Vorgaben geprüft werden, ihrerseits strafrechtlich abgesichert ist. Eine registrierungspflichtige Person, die ein Heim ohne die erforderliche Registrierung betreibt bzw. leitet, begeht eine Straftat. Diese kann mit einer Freiheitsstrafe von bis zu 6 Monaten oder einer Geldstrafe bis zu Stufe 5 der *standard scale*, derzeit £ 5.000,¹⁵³⁹ geahndet werden, s. 11 CSA 2000. Eine fehlende Registrierung wiederum wird dadurch evident, daß Heimleiter und Heimbetreiber ihrer nach s. 28(1) CSA 2000 bestehenden Pflicht, die Registrierungsurkunde im Heim deutlich sichtbar anzubringen, nicht nachkommen können. Nach s. 28(2) CSA 2000 ist ein Verstoß gegen diese Pflicht ebenfalls strafbewehrt. In diesem Zusammenhang ist auch s. 26 CSA 2000 zu nennen, der es dem Heimträger und dem Heimleiter unter Androhung einer Strafe von bis zu £ 5.000¹⁵⁴⁰ verbietet, wissentlich falsche oder irreführende An-

1538 Im Einzelnen sind dies die regs. 4, 5, 5A, 5B, 11, 12(1) bis (4), 13(1) bis (4) und (6) bis (8), 14, 15, 16(1), (2)(a) bis (j) und (l) bis (n), (3), 17 bis 26 und 37 bis 40 CHRegs 2001.

1539 Die *standard scale of fines for summary offences* ist in s. 37(2) des *Criminal Justice Act 1982* enthalten und reicht von einem Strafmaß von £ 200 auf Stufe 1 bis £ 5000 auf Stufe 5.

1540 Vgl. s. 26(1) CSA 2000 i.V.m. s. 37(2) CJA 1982.

gaben im Bezug auf ein Heim zu machen, die den unzutreffenden Eindruck erwecken, im Bezug auf das Heim existierten Registrierungen. Ferner kann mit einer Strafe von bis zu £ 2.500¹⁵⁴¹ belangt werden, wer bei der Bewerbung um eine Registrierung als Heimbetreiber oder Heimleiter wissentlich Angaben macht, die in einem wesentlichen Aspekt falsch oder irreführend sind, s. 27 CSA 2000.

Auch ein Verstoß gegen Bedingungen, unter denen einer Person eine Registrierung erteilt wurde, stellt beim Fehlen von Entschuldigungsgründen¹⁵⁴² eine Straftat der registrierten Person dar, die mit einer Geldstrafe von bis zu £ 5.000¹⁵⁴³ geahndet werden kann, s. 24 CSA 2000. Diese Strafbewehrung unterscheidet sich in ihrer – abgesehen vom Vorliegen von Entschuldigungsgründen – unmittelbaren, automatischen und ausnahmslosen Geltung für sämtliche Bedingungen von den Strafbewehrungen, mit denen einzelne Vorschriften der CHRegs 2001 nach s. 25 CSA 2000 versehen werden können: bei letzteren liegt eine Straftat nur dann vor, wenn der Verstoß trotz einer vorherigen behördlichen Warnung, die den Verstoß, die betreffende Vorschrift sowie erforderliche Abhilfemaßnahmen benennt, fortgesetzt oder erneut begangen wurde.¹⁵⁴⁴

Anders als im deutschen Recht ist im anglo-amerikanischen Rechtsraum auch die strafrechtliche Haftung juristischer Personen verbreitet.¹⁵⁴⁵ Entsprechend sieht s. 30 CSA 2000 vor, daß eine juristische Person als Träger einer Pflegeeinrichtung strafrechtlich belangt werden kann, wenn eine Straftat nach dem CSA 2000 oder einer Verordnung mit Zustimmung, unter stillschweigender Duldung oder aufgrund fahrlässigen Handelns eines Direktors, leitenden Angestellten, des Geschäftsführers oder einer anderen Person, die vorgab, eine dieser Funktionen innezuhaben, begangen wurde.

Auch auf die bereits erwähnte strafrechtliche Absicherung der effektiven Durchführbarkeit von Kontrollen im Heim, die ihrerseits der Einhaltung der materiellrechtlichen Anforderungen an den Betrieb eines Heimes dient, ist an dieser Stelle nochmals hinzuweisen: wer die Ausübung der in ss. 31, 32 CSA 2000 enthaltenen Überprüfungsbefugnisse der CQC-Kontrolleure absichtlich behindert, begeht nach s. 31(9) CSA 2000 eine Straftat, die mit einer Strafe von bis zu £ 2.500 geahndet werden kann.¹⁵⁴⁶

Mit Inkrafttreten des HSCA 2008 hat sich die maximale Höhe der jeweiligen Geldstrafen drastisch erhöht. Ein Verstoß gegen das Registrierungserfordernis kann unter dem HSCA 2008 beispielsweise mit einer Strafe von bis zu £ 50.000 statt wie bisher £ 5.000 belegt werden, die Nichtbeachtung einiger materieller Anforderungen für die Re-

1541 Vgl. s. 27(2) CSA 2000 i.V.m. s. 37(2) CJA 1982.

1542 Die Beweislast hierfür liegt auf Seiten der Strafverfolgungsbehörde, s. *Ridout*, Care Standards, S. 109.

1543 Vgl. s. 24 CSA 2000 i.V.m. s. 37(2) CJA 1982.

1544 Vgl. *Ridout*, Care Standards, S. 109.

1545 Zur *corporate liability* in England, Wales und anderen *common law*-Rechtsordnungen s. *Wells*, Corporations and Criminal Responsibility, S. 84 ff., 129 ff.; vgl. auch *Geraghty*, Corporate Criminal Liability, American Criminal Law Review, vol. 39 (2002), S. 327 ff.

1546 Vgl. s. 31(9) CSA 2000 i.V.m. s. 37(2) CJA 1982.

gistrierung kann ebenfalls Geldstrafen in der Höhe von bis zu £ 50.000 statt wie bislang £ 2.500 nach sich ziehen (vgl. ss. 33, 35 HSCA 2008).¹⁵⁴⁷

(b) Strafverfolgung

Für die Einleitung und Durchführung eines Strafverfolgungsverfahrens ist bei den Delikten des CSA 2000-Regimes grundsätzlich nicht der allgemein mit dieser Aufgabe betraute *Crown Prosecution Service*, sondern die CQC selbst zuständig, s. 29 CSA 2000. Diese ist bei ihren Ermittlungen gem. s. 67(9) des *Police and Criminal Evidence Act 1984*¹⁵⁴⁸ an die Vorschriften dieses Gesetzes gebunden. Daher muß sie bei Heimkontrollen beispielsweise nach ss. 66 f. des *Police and Criminal Evidence Act 1984* i.V.m. para. 10 des *Police and Criminal Evidence Act Code C* über das Recht zur Verweigerung der Aussage belehren, wenn Hinweise auf eine Straftat vorliegen.¹⁵⁴⁹

Die CQC leitet ein Strafverfolgungsverfahren nur bei Bestehen eines öffentlichen Interesses ein.¹⁵⁵⁰ Steht zwar fest, daß eine Straftat begangen wurde, stellt die betreffende Person den Rechtsverstoß aber auch ohne Strafverfolgung ab und gesteht den Verstoß ein, so kann, wenn das öffentliche Interesse eine Strafverfolgung nicht gebietet, anstelle der Einleitung eines Strafverfahrens auch lediglich eine Verwarnung (*formal caution*) ausgesprochen werden. Diese hält den Rechtsverstoß fest und verwarnt den Betroffenen dahingehend, daß bei erneuten Verstößen eine Strafverfolgung droht.¹⁵⁵¹

Liegt es hingegen im öffentlichen Interesse, ein Strafverfolgungsverfahren einzuleiten, so hat dies binnen 6 Monaten nach Kenntniserlangung von den zugrundeliegenden Umständen zu geschehen, die Straftat darf aber nicht länger als 3 Jahre zurückliegen, s. 29(2) CSA 2000. Ein Verfahren wegen Verstoßes gegen eine der strafbewehrten Vorschriften der CHRegs 2001 setzt zudem voraus, daß die in Verdacht stehende *registered person* vorher eine formale Abmahnung (*notice*) erhalten hat, die grundsätzlich mit einer Frist zu versehen ist, binnen deren der Verstoß abzustellen ist, regs. 43(2), (3) CHRegs 2001.

Die Anklageerhebung erfolgt durch eine schriftliche Anzeige beim *Magistrates' Court*, in dessen Gerichtsbezirk die Straftat begangen wurde.¹⁵⁵² Dieses Gericht ist nach s. 2 des *Magistrates' Court Act 1980* für die Verhandlung der Straftat und die Verhängung der Strafe zuständig. Eine Verurteilung setzt voraus, daß die Richter ohne vernünftigen Zweifel vom Vorliegen einer Straftat überzeugt sind.¹⁵⁵³

1547 Eine Gegenüberstellung der Geldstrafen unter dem CSA 2008 mit denen unter dem HSCA 2008 enthält *Care Quality Commission*, Enforcement policy, S. 13.

1548 1984 chapter 60.

1549 Näher dazu *Engelman/Spencer*, Care Standards Act 2000, S. 166; *Jones*, Care Standards Manual, Rz. 6-001 f.

1550 Siehe *Engelman/Spencer*, Care Standards Act 2000, S. 161 f.

1551 Vgl. *Care Quality Commission*, Our enforcement policy for social care services registered under the Care Standards Act 2000, S. 4.

1552 Näher hierzu *Engelman/Spencer*, The Care Standards Act 2000, S. 163.

1553 Zum erforderlichen Grad an Wahrscheinlichkeit für eine Verurteilung vgl. *Engelman/Spencer*, The Care Standards Act 2000, S. 162.

In der Praxis spielten die Strafverfolgungen im Zusammenhang mit Delikten des CSA 2000-Regimes bislang nur eine untergeordnete Rolle. So wurden etwa 1999/2000 insgesamt nur ca. 30 Strafverfolgungsverfahren eingeleitet.¹⁵⁵⁴ Daraus allerdings auf die Wirkungslosigkeit des strafrechtlichen Regulierungsinstrumentariums des CSA 2000 zu schließen, ist angesichts der abschreckenden Wirkung, die von Straftatbeständen allein aufgrund ihres Bestehens ausgeht, nicht gerechtfertigt.

(c) Bußgeldbescheide

Mit Inkrafttreten des Regulierungsregimes des HSCA 2008 kam es dahingehend zu einer Neuerung, daß die CQC bei Verstößen gegen strafbewehrte Anforderungen des HSCA 2008 und der auf ihn gestützten Rechtsverordnungen nun selbst Bußgeldbescheide, sog. „*Penalty Notices*“, gem. s. 86 HSCA verhängen kann.

Zusammen mit der neu geschaffenen Möglichkeit zur vorübergehenden Aussetzung der Registrierung ist das der CQC zur Verfügung stehende hoheitlich-imperative Durchsetzungsinstrumentarium damit insgesamt flexibler und erlaubt einen feiner abgestuften Einsatz.

(4) Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Regulierungsbehörde

(a) *Corporate Complaints Procedure*

Wenn Heimbetreiber mit Maßnahmen der CQC nicht einverstanden sind, können sie dies zunächst im Rahmen der sog. *Corporate Complaints Procedure*¹⁵⁵⁵ vor der CQC vorbringen. Dieses Beschwerdeverfahren ist zwar gesetzlich nicht weiter ausgestaltet, wird aber als Teil der Pflicht der CQC betrachtet, ihre Aufgaben effektiv, effizient und ökonomisch zu erfüllen.¹⁵⁵⁶

Die *Corporate Complaints Procedure* kann von jedem in Anspruch genommen werden, der von Maßnahmen der Regulierungsbehörde betroffen ist.¹⁵⁵⁷ Sie ist als zweistufiges Verfahren ausgestaltet: die erste Stufe dient dazu, den Beschwerdegegenstand und das Begehren des Beschwerdeführers zu ermitteln und der Beschwerde nach Möglichkeit schnell und unbürokratisch abzuhelpfen.¹⁵⁵⁸ Die zweite Verfahrensstufe, in die eine Beschwerde, der nicht abgeholfen werden konnte, übergeleitet wird, zeichnet sich durch eine stärkere Formalisierung sowie ein höheres Maß an Unabhängigkeit in der Behandlung der Beschwerde aus. Sie wird in jedem Fall von einer Person bearbeitet, die vorher nicht in den Fall involviert war.¹⁵⁵⁹ Inhaltlich kann die Beschwerde auf beiden Verfahrensstufen vollumfänglich überprüft werden.

1554 *Department of Health, Frequencies of Inspection*, S. 9.

1555 Allgemein zu diesem Beschwerdeverfahren *Care Quality Commission, Corporate complaints policy and procedures*, 2009.

1556 S. 42(2) i.V.m. Sched. 7 para 2(3) des *Health and Social Care (Community Health and Standards) Act 2003*.

1557 *Care Quality Commission, Corporate complaints policy and procedures*, S. 3.

1558 Vgl. *Care Quality Commission, Corporate complaints policy and procedures*, S. 7 ff.

1559 Vgl. *Care Quality Commission, Corporate complaints policy and procedures*, S. 9 ff.

(b) *Parliamentary Commissioner for Administration*

Besteht die Beschwer nach Abschluß der *Corporate Complaints Procedure* weiter, können sich die Heimträger mit ihrem Anliegen an den so genannten *Parliamentary Ombudsman* wenden, der die beiden Verfahrenstufen des vorherigen Beschwerdeverfahrens nochmals untersucht.¹⁵⁶⁰

(c) *Care Standards Tribunal*

Zudem besteht für die Heimträger die Möglichkeit, sich gegen hoheitliche Maßnahmen der CQC an ein *tribunal* wenden. Die englischen *tribunals* bilden ein außerhalb¹⁵⁶¹ der ordentlichen Zivil- und Strafgerichtsbarkeit stehendes Rechtsschutzsystem mit einer Vielzahl an unterschiedlichen *tribunals* mit Zuständigkeiten unter anderem für arbeitsrechtliche, vor allem aber für verwaltungsrechtliche Streitigkeiten. Die Entscheidungen der *tribunals* können durch *judicial review* und häufig auch durch *appeal* von den ordentlichen Gerichten überprüft werden.

Aufgrund ihrer Entstehungsgeschichte sowie der Tatsache, daß die Vorsitzenden und die Laien, die in den *tribunals* entscheiden, nicht immer durch den *Lord Chancellor*, sondern teilweise durch die fachlich einschlägigen Ministerien ernannt werden und vielfach auch das sonstige Personal der *tribunals* von diesen Ministerien gestellt wird,¹⁵⁶² lassen sie sich nicht zur Judikative im engeren, formalen Sinn zählen, wenngleich sie dieser inzwischen längst näher stehen als der Exekutive. Der *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*¹⁵⁶³ leitete eine weitere Umstrukturierung der bisher sehr unterschiedlich ausgestalteten *tribunals* ein und schafft eine einheitliche Struktur mit einem *First-tier Tribunal* und einem *Upper Tribunal*. Auch den nunmehr als Richtern bezeichneten Spruchpersonen wird eine größere Unabhängigkeit verschafft. Mit Abschluß der Umstrukturierungen werden sich die *tribunals* den ordentlichen Gerichten damit noch stärker angenähert haben.

Für Klagen im Zusammenhang mit der Regulierung von Pflegeheimen ist speziell das in London ansässige *Care Standards Tribunal*¹⁵⁶⁴ zuständig. Dieses war durch s. 9 des *Protection of Children Act 1999*¹⁵⁶⁵ geschaffen worden, seine Kompetenzen wurden mit Inkrafttreten des CSA 2000 jedoch erheblich erweitert. Die Zusammensetzung des *Care Standards Tribunals* ist in Schedule „The Tribunal“ zu s. 9(7) des *Protection of Children Act 1999* geregelt und besagt, daß die Spruchkörper jeweils mit einem juristisch qualifizierten Vorsitzenden sowie zwei Laien zu besetzen sind.¹⁵⁶⁶ Das Verfahren

1560 Vgl. *Care Quality Commission*, Corporate complaints policy and procedures, S. 12 f.

1561 Zu den Gründen für die Schaffung von *tribunals* neben der ordentlichen Gerichtsbarkeit s. *Craig*, Administrative Law, S. 252 f.

1562 *Craig*, Administrative Law, S. 257, 259.

1563 2007 chapter 15.

1564 Für nähere Informationen siehe <<http://www.carestandardtribunal.gov.uk/>>.

1565 1999 chapter 14.

1566 Zu Einzelheiten s. *Engelman/Spencer*, The Care Standards Act 2000, S. 121 f.

wiederum richtet sich nach den *Protection of Children and Vulnerable Adults and Care Standards Tribunal Regulations 2002*.¹⁵⁶⁷

Mögliche Verfahrensgegenstände werden in s. 21(1) CSA 2000 aufgezählt. Heimleiter und Heimbetreiber können Rechtsmittel beim *Care Standards Tribunal* gegen Entscheidungen der CQC hinsichtlich der Erteilung und des Entzugs der Registrierung, der Auferlegung von Bedingungen sowie bezüglich gerichtlicher Anordnungen von Eilmaßnahmen im Zusammenhang mit der Registrierung einlegen.¹⁵⁶⁸

Das Tribunal kann die betreffenden Entscheidungen einer vollständigen tatsächlichen und rechtlichen Überprüfung unterziehen,¹⁵⁶⁹ neue Tatsachen und Beweise können vorgebracht werden.¹⁵⁷⁰ Die Beweislast folgt der allgemeinen Regel, nach der derjenige, der eine für ihn vorteilhafte Behauptung aufstellt, diese auch darzulegen und zu beweisen hat.¹⁵⁷¹ Sie trifft somit beispielsweise den, der eine (ggf. unbedingte) Registrierung für sich beantragt,¹⁵⁷² womit sich die Rechtslage damit gegenüber dem *Registered Homes Act 1984* zum Nachteil des Heimbetreibers oder -leiters geändert hat.¹⁵⁷³

Das Tribunal kann Entscheidungen der CSCI und gerichtliche Anordnungen bezüglich der Registrierung entweder bestätigen oder für unwirksam erklären, ss. 21(3), (4) CSA 2000. Hinsichtlich Bedingungen kann es auch eigene inhaltliche Entscheidungen wie Abänderungen oder Neuankordnungen treffen, s. 21(5) CSA 2000.

Die Entscheidung des Tribunals ist nach reg. 25 der *Protection of Children and Vulnerable Adults and Care Standards Tribunal Regulations 2002* auf Antrag einer Partei vom Präsidenten des Tribunals zu überprüfen.¹⁵⁷⁴ Abgesehen von dieser internen Möglichkeit der Überprüfung kann nach s. 11 des *Tribunals and Inquiries Act 1992* i.V.m. Schedule 4 para 21 CSA 2000 gegen eine Entscheidung des *Care Standards Tribunals* auch *appeal* beim *High Court of Justice* eingelegt werden, mit dem die Entscheidung im Hinblick auf Rechtsfragen nochmals überprüft werden kann.

(d) *Judicial Review*

Nach Ausschöpfung¹⁵⁷⁵ der Rechtsschutzmöglichkeiten vor dem *Care Standards Tribunal* kann gegen Entscheidungen der CQC im Zusammenhang mit der Registrie-

1567 S.I. 2002 No. 816. Ausführlich hierzu *Engelman/Spencer*, *The Care Standards Act 2000*, S. 122 ff.

1568 Als Beispiels eines Verfahrens vor dem *Care Standards Tribunal*, das die Geeignetheit des Heimleiters zum Gegenstand hatte, siehe etwa *Joseph v Commission for Social Care Inspection* 2007.1052.EA und 2007.1116.EA.

1569 Vgl. *Appiah-Anane v National Care Standards Commission*, 2002. 0096 NC (*Care Standards Tribunal*); *Ofsted v Spicer* [2004] EWHC 440 (Admin), paras. 8 ff.

1570 *Jones*, *Care Standards Manual*, Rn. 7-005.

1571 „*He who advances the claim must prove it*“, vgl. *Ridout*, *Care Standards*, S. 110, oder auch „*he who asserts must prove*“, vgl. *Jones*, *Care Standards Manual*, Rn. 7-004.

1572 *Jones v Commission for Social Care Inspection* [2004] EWCA Civ 1713 para 13; *Jones*, *Care Standards Manual*, Rn. 3-020.

1573 Vgl. *Ridout*, *Care Standards*, S. 112.

1574 Siehe hierzu *Engelman/Spencer*, *The Care Standards Act 2000*, S. 130 f.

1575 Vgl. *R. v Birmingham City Council ex p Ferrero* [1993] 1 All ER 530; *Jones*, *Care Standards Manual*, Rz. 3-027.

rung auch das Rechtsmittel der *judicial review* vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit eingelegt werden.¹⁵⁷⁶ Zuständig ist der *Administrative Court*,¹⁵⁷⁷ eine spezielle Kammer der *Queen's Bench Division* des *High Court of Justice*.

Nach *Civil Procedure Rule* 54.5(2) kann *judicial review* nur binnen einer Frist von 3 Monaten ab Entstehung der Klagegründe erhoben werden. Das Verfahren ist grundsätzlich subsidiär gegenüber anderen Abhilfemöglichkeiten.¹⁵⁷⁸ Anders als bei dem Verfahren von dem *Care Standards Tribunal* werden im Rahmen dieses Rechtsmittels nur bestimmte Klagegründe, wie vor allem *illegality* (was allerdings nur einer eingeschränkten materiellen Rechtmäßigkeitsprüfung entspricht), *procedural impropriety* und *irrationality* geprüft. Eine vollumfängliche inhaltliche Prüfung (*substantial review*) der Entscheidung findet demgegenüber nicht statt.¹⁵⁷⁹ Eine Entscheidung der CQC kann daher im Wesentlichen nur dann aufgehoben werden, wenn sie so unvernünftig ist, daß keine vernünftig handelnde Behörde sie so hätte treffen können.¹⁵⁸⁰

Unabhängig von der Art des angestrebten Rechtsschutzverfahrens ist es den Pflegeheimbetreibern nach englischem Recht aber generell nicht möglich, gegen Maßnahmen der Regulierungsbehörde mit dem Argument vorzugehen, sie würden unverhältnismäßige Eingriffe in ihre Berufsausübung darstellen. Entscheidend ist allein, ob die Maßnahmen der CQC auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, die den demokratisch legitimierten Willen des Parlaments ausdrücken,¹⁵⁸¹ und somit (abgesehen von Grenzen der Auslegung, die ss. 3 ff. HRA 1998 ziehen)¹⁵⁸² nicht weiter hinterfragt werden können.

(5) Bewertung

In der Praxis empfinden die Heimbetreiber den Inspektions- und Überwachungsstil der Regulierungsbehörde überwiegend als „kooperativ“.¹⁵⁸³ Nach dem vorgestellten Instrumentarium kann dies zwar nicht so aufgefaßt werden, daß die CQC bei der Durchsetzung der Anforderungen an den Betrieb eines Heims auf kooperative Steuerungsmechanismen im engeren Sinne setzen würde. Es zeigt jedoch, daß den beratenden, informativen und selbstregulativen Instrumenten innerhalb des Regulierungsregimes in der Praxis eine eigenständige Bedeutung zukommt. Insgesamt kann das Durchsetzungsin-

1576 Näher zur *judicial review* im Zusammenhang mit Leistungen der *community care* *Clements/Thompson*, *Community Care and the Law*, S. 780 ff.; *Mandelstam*, *Community Care*, S. 65 ff.

1577 *Engelman/Spencer*, *The Care Standards Act 2000*, S. 142.

1578 Dazu ausführlich *Mandelstam*, *Community Care*, S. 97 f.

1579 Näher zu den einzelnen Klagegründen *Engelman/Spencer*, *The Care Standards Act 2000*, S. 142 ff. Ausführlich zu den Prüfungsmaßstäben auch *Craig*, *Administrative Law*, S. 407 ff.; *Crane*, *Administrative Law*, S. 133 ff.

1580 Vgl. *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corp.* [1948] 1 B.B. 223. Ausführlich zur *Wednesbury reasonableness* und deren Fortentwicklung oben, S. 176 ff.

1581 Vgl. *Ridout*, *Care Standards*, S. 8.

1582 Ausführlich hierzu *Craig*, *Administrative Law*, Rdnrn. 18-004 ff.

1583 *Furness*, *A Hindrance or a Help?*, S. 14.

strumentarium daher als „*enforcement pyramid*“¹⁵⁸⁴ beschrieben werden, deren Basis informelle, persuasive und beratende Instrumentarien bilden, die aber sukzessive durch stärker hoheitlich-imperativ wirkende Maßnahmen ersetzt werden können, falls mit den zunächst ergriffenen Maßnahmen keine Abhilfe erreicht werden kann. Die Spitze der Pyramide bilden rigide imperative Zwangsmittel wie die Durchführung eines Strafverfahrens oder der dauerhafte Entzug der Registrierung, die jedoch nur als *ultima ratio* zum Einsatz kommen. Von diesen potentiellen Eskalationsmöglichkeiten dürfte allerdings auch auf den unteren Stufen der Pyramide, das heißt beim Einsatz weniger eingreifender Maßnahmen, bereits ein gewisses Drohpotential ausgehen, das die Wirksamkeit des informellen Instrumentariums erhöht.¹⁵⁸⁵

In ähnlicher Weise sind auch die Rechtsschutzmöglichkeiten der Heimbetreiber gegen Maßnahmen der CQC abgestuft, die von der informellen Beschwerde bei CQC bis hin zu formellen Rechtsschutzverfahren vor den ordentlichen Gerichten reichen.

b. Vertragliche Vorgaben

Anforderungen an die Person des Heimbetreibers und des Heimleiters sind nicht nur im Regulierungsregime des CSA 2000 enthalten. Wie bereits dargelegt, können Kommunen zur Erfüllung ihrer Pflichten aus s. 21(1)(a) NAA 1948 gem. s. 26 NAA 1948 Vereinbarungen mit Heimträgern des privaten Sektors schließen, so daß auch kooperative Steuerungsinstrumente in Form einer vertraglichen Festlegung von Standards im Hinblick auf den Betreiber und Leiter einer Einrichtung in Betracht kommen.

aa. Allgemeines zu den Leistungserbringungsverträgen unter s. 26 NAA 1948

(1) *Standardsetzung und Verhältnis zwischen vertraglichen und objektivrechtlichen Leistungsstandards*

In England existieren keine spezifischen inhaltlichen Vorgaben für die Leistungserbringungsverträge zwischen Kommunen und privaten Einrichtungsbetreibern. Daher lassen sich nur sehr schwer Aussagen darüber treffen, inwiefern diese Verträge als eigenständige Instrumente der (kooperativen) Qualitätssteuerung herangezogen werden. Zwar gilt, daß die Kommunen aufgrund des *Best Value Regime*¹⁵⁸⁶ bei der Verwendung öffentlicher Mittel auf ein bestmögliches Preis-Leistungsverhältnis zu achten haben. Entsprechend sehen die Gerichte in der Vereinbarung hoher vertraglicher Standards und der rigiden Vertragsdurchsetzung ein wesentliches Instrument, mit der die gesetzliche Verpflichtung zur Verschaffung von Leistungen mit der Pflicht, keine Steuergelder zu verschwenden, in Einklang gebracht werden kann.¹⁵⁸⁷ Diese Perspektive nimmt aller-

1584 *Ayres/Braithwaite*, *Responsive Regulation*, S. 35 ff.; vgl. auch das Schaubild in *Care Quality Commission*, *Our enforcement policy for social care services registered under the Care Standards Act 2000*, S. 10, das das aufsichtliche Instrumentarium als Pyramide darstellt.

1585 Vgl. *Ayres/Braithwaite*, *Responsive Regulation*, S. 41 f.

1586 S. oben, S. 196 ff.

1587 *R v Newcastle-upon-Tyne City Council ex p Dixon* [1993] 17 BMLR 82.

dings nicht unmittelbar die Pflegequalität für den einzelnen Pflegebedürftigen in Bezug, vielmehr liegt ihr eine Gesamtbetrachtung des effizienten Mitteleinsatzes zugrunde. Aus dem *Best Value Regime* läßt sich daher insbesondere auch nicht ableiten, daß die Kommunen in den Leistungserbringungsverträgen auf eigenen, über das CSA 2000 Regime hinausgehenden Anforderungen bestehen müßten.

Aus dem Zusammenspiel mit den objektivrechtlich geltenden Vorschriften des CSA 2000-Regimes sowie den *National Minimum Standards* ergeben sich daher umfangreiche Gestaltungsmöglichkeiten.¹⁵⁸⁸ Bei der Frage, in welchem Umfang und auf welche Art und Weise in den Leistungserbringungsverträgen Bezüge zum objektivrechtlichen Regulierungsregime hergestellt werden, müssen die funktionellen Unterschiede zwischen den Kommunen als „Einkäufern“ der stationären Pflegeleistungen und der CQC als Aufsichtsbehörde berücksichtigt werden. Während die CQC gestützt auf den CSA 2000, die CHRegs 2001 und die NMS die generelle Befähigung und Eignung des Heimträgers zur Erbringung qualitätsgesicherter stationärer Pflegeleistungen sicherzustellen hat, sind die Kommunen dafür verantwortlich, daß der pflegerische Bedarf ihrer eigenen Leistungsempfänger nach s. 21(1) NAA 1948 gedeckt wird und daß die von ihnen hierfür aufgewendeten öffentlichen Gelder effizient eingesetzt werden.¹⁵⁸⁹

Die Ausgangsbasis für das Verhältnis zwischen objektivrechtlicher und vertraglicher Regulierung von Qualitätsstandards bildet s. 26(1A)(b) NAA 1948. Nach dieser Vorschrift dürfen Leistungserbringungsverträge nur mit registrierten Einrichtungen geschlossen werden. In den Verträgen wird deshalb in der Regel explizit verlangt, daß der Vertragspartner und der Einrichtungsleiter registriert sind und daß sie diesen Status aufrecht erhalten.¹⁵⁹⁰ Bereits eine derartige Klausel bewirkt eine vertragliche Einbeziehung bestimmter Regelungen des CSA 2000, der CHRegs 2001 und der NMS.

Darüber hinaus bestehen im Zusammenspiel mit dem CSA 2000-Regime folgende Möglichkeiten für die Vertragsgestaltung: Eine Variante besteht darin, mit Blick auf die objektivrechtlichen Vorschriften gänzlich auf die vertragliche Spezifizierung der Leistungserbringung zu verzichten. Eine andere Möglichkeit ist es, im Vertragsdokument lediglich einzelne Hauptaspekte der Leistungserbringung in Bezug zu nehmen, an den meisten Stellen des Vertrags aber auf die Anforderungen der NMS zu verweisen und klarzustellen, daß die NMS als Referenz für sämtliche Aspekte der Leistungserbringung gelten sollen. Eine weitere Gestaltungsvariante besteht darin, in einem ausführlichen Vertragsdokument die Standards der Leistungserbringung detailliert zu spezifizieren und die Einhaltung auch der NMS lediglich an einer Stelle pauschal zu vereinbaren. Bei dieser von den Gerichten bestätigten¹⁵⁹¹ Variante ist es möglich, über die Anforderungen des CSA 2000-Regimes hinausgehende Standards festzulegen. So konnte etwa eine bis zum Inkrafttreten des HSCA 2008 nicht bestehende Bindung des Heimträgers an

1588 Vgl. *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 2, S. 12 f.

1589 *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 2, S. 14.

1590 Vgl. *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 2, S. 13.

1591 *R v Cleveland CC ex p Cleveland Care Homes Association* [1994] COD 221; *R v Cleveland CC Ex p Ward* [1994] COD 222.

den HRA 1998¹⁵⁹² und damit an die Menschenrechte der EMRK herbeigeführt werden.¹⁵⁹³

Zu beachten ist allerdings, daß die vertragliche Vereinbarung zusätzlicher Standards in bestimmten Fällen zu einem spürbaren Anstieg der Kosten für den Leistungserbringer führen kann. Weil der Betreiber versuchen wird, diese in Gestalt gestiegener Heimgebühren an die Kommunen weiterzugeben, können die kommunalen Sozialämter nicht uneingeschränkt an einer vertraglichen Erhöhung der objektivrechtlich bestehenden Standards interessiert sein. In strukturschwachen Regionen mit einer geringen Pflegeplatzdichte und einem unterentwickelten Wettbewerb unter den Heimträgern kann schließlich auch die Marktmacht der wenigen Anbieter, auf die die Kommunen zur Deckung ihres Bedarfs an Pflegekapazitäten angewiesen sind, die Einführung von kostenintensiven, über das CSA 2000-Regime hinausgehenden Standards erschweren.¹⁵⁹⁴

In der Praxis unterliegt die Ausgestaltung der Verträge daher einer erheblichen Varianz.¹⁵⁹⁵ Solange keine umfassenderen Studien zu den in der Praxis tatsächlich verwendeten Verträgen vorliegen, können deshalb nur vorsichtige Aussagen getroffen werden. In dieser Arbeit wird daher primär auf den Inhalt der für den Bezug von stationären Pflegeleistungen erhältlichen Musterverträge¹⁵⁹⁶ abgestellt. Diese weisen eine deutliche Anlehnung an die Vorgaben der CHRegs 2001 und der *National Minimum Standards* auf. Es kann angenommen werden, daß diese Muster einen gewissen Einfluß auf die tatsächliche Praxis der Leistungserbringungsverträge haben, weil sie mit Unterstützung des Gesundheitsministeriums entwickelt und von diesem frei zugänglich veröffentlicht wurden. Allerdings sind die folgenden Ausführungen unter dem Vorbehalt zu verstehen, daß sich letztlich keine abschließenden Aussagen zum tatsächlichen Verbreitungsgrad dieser Verträge treffen lassen und daß mit großer Sicherheit auch Vertragsmodelle existieren, die sich von den beschriebenen Inhalten der Musterverträge signifikant unterscheiden.

(2) Überwachung der Vertragsstandards

Die Einhaltung der von den Heimbetreibern vertraglich zugesicherten Standards wird durch die *commissioning*-Abteilungen der kommunalen Sozialämter überwacht (sog. „*monitoring*“). Welchen Stellenwert die Vertragsüberwachung einnimmt und mit welchem Aufwand sie betrieben wird, variiert von Behörde zu Behörde. Entscheidungen des *Local Government Ombudsman* läßt sich entnehmen, daß es nicht in jedem Fall ausreichend ist, sich allein auf die Inspektionstätigkeit der Regulierungsbehörde zu verlas-

1592 Hierzu ausführlich unten, S. 288 ff.

1593 Vgl. R (Heather and others) v Leonard Cheshire Foundation and another [2002] 2 All E.R. 936, 945 f.

1594 Hierzu *Palmer*, Journal of Social Welfare and Family Law 22 (2000), S. 464 f.

1595 *Office of Fair Trading*, Care homes for older people in the UK, S. 100.

1596 Insbesondere *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 2, S. 27 ff.; *Department of Health*, Report of the Third Sector Commissioning Task Force, Part II, S. 41 ff.

sen,¹⁵⁹⁷ sondern daß ein gewisser Eigenaufwand auch von den Kommunen betrieben werden muß.

Essentiell für die Überwachung der Vertragseinhaltung ist, daß sich die Behörde eine hinreichende Kenntnis von den Vorgängen im Heim verschaffen kann. Hierzu räumt ihr s. 26(5) NAA 1948 die Befugnis ein, das Heim zu jeder angemessenen Zeit zu betreten und zu inspizieren. Üblicherweise enthalten auch die Leistungserbringungsverträge Regelungen, die der Behörde die Vertragsüberwachung ermöglichen und erleichtern sollen. Diese beinhalten neben Inspektionsrechten¹⁵⁹⁸ insbesondere die regelmäßige Übermittlung von Informationen über die finanzielle Lage des Heims sowie über die Qualität der dort erbrachten Leistungen.¹⁵⁹⁹ Letzteres kann etwa dadurch geschehen, daß die vom Heimbetreiber einmal jährlich zu erstellenden *Annual Quality Assurance Assessment*-Berichte¹⁶⁰⁰ auch der Kommune übermittelt werden müssen.¹⁶⁰¹ Zusätzlich zu den hierdurch erhaltenen Informationen greifen die *commissioners* auch auf die von der Regulierungsbehörde verfaßten Prüfberichte zurück.¹⁶⁰² Die Vertragsüberwachung wird zudem dadurch gefördert, daß die CQC Kontakt mit den betreffenden Kommunen aufnimmt, wenn sie Defizite beim Betrieb von Heimen feststellt, mit dem diese vertraglich verbunden sind.¹⁶⁰³

(3) Durchsetzung der Vertragsstandards

Entspricht die Leistungserbringung in einem Heim schließlich nicht den vertraglichen Vereinbarungen, stehen den Kommunen verschiedenste, erforderlichenfalls mit Hilfe der ordentlichen Gerichte durchzusetzende Rechte zur Verfügung, die üblicherweise ebenfalls vertraglich geregelt sind.¹⁶⁰⁴

1597 Bexley London Borough Council (Local Government Ombudsman, complaint no. 97/A/4002); North Somerset County Council (Local Government Ombudsman, complaint no. 98/C/4033); Bexley and Greenwich Health Authority (Parliamentary and Health Service Ombudsman, case no. E.1610/97-98), abrufbar unter <http://www.ombudsman.org.uk/improving_services/selectedcases/HSC/ic9903/pt1-e1610.html>.

1598 Siehe etwa *Department of Health*, Report of the Third Sector Commissioning Task Force, S. 53 (Klauseln 7 und 8) sowie S. 73 f. (Schedule 6).

1599 *Bamford*, Commissioning and Purchasing, S. 77; *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 2, S. 33.

1600 Dazu ausführlich unten, S. 325 ff.

1601 *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 2, S. 33.

1602 Darauf kann – wohl primär zu Informationszwecken – auch im Leistungserbringungsvertrag hingewiesen werden. Vgl. *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 2, S. 33.

1603 *Care Quality Commission*, Our enforcement policy for social care services registered under the Care Standards Act 2000, S. 9; vgl. auch *Commission for Social Care Inspection*, Policy and Guidance: Enforcement Policy, S. 11.

1604 Vgl. etwa *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 1, S. 40 ff.; *Department of Health*, Report of the Third Sector Commissioning Task Force, S. 57 ff. (insb. Klauseln 20, 21, 24.8)

Die Durchsetzungsmechanismen können etwa so ausgestaltet sein,¹⁶⁰⁵ daß die festgestellten Defizite zunächst in einem Vermerk (*breach notice*) oder einer Mängelliste festgehalten und dem Heimbetreiber mitgeteilt werden. An diese Mitteilung kann sich, insbesondere wenn die Frage umstritten ist, ob überhaupt ein Vertragsverstoß vorliegt, ein informelles Konfliktlösungsverfahren (*dispute resolution*) anschließen. Wird hierbei keine Einigung erzielt, könnte vertraglich etwa der Erlaß einer formalen Abmahnung (*enforcement notice*) vorgesehen werden, die eine bestimmte Frist (von gewöhnlich 30 Tagen) setzt, binnen derer den gerügten Defiziten abgeholfen werden muß. Bei Nichtabhilfe können sich Kündigungsrechte und gegebenenfalls Schadensersatzansprüche anschließen.

Anders als in Deutschland bilden in der englischen Rechtsordnung Schadensersatzansprüche und nicht etwa das Erzwingen der Leistung („*specific performance*“ oder „*compulsory performance*“ genannt) die übliche Rechtsfolge bei Vertragsverletzungen. Im *common law* wird die Pflicht, einen Vertrag einzuhalten, als Versprechen interpretiert, bei Nichteinhaltung Schadensersatz zu zahlen.¹⁶⁰⁶ Dieser Schadensersatz hat allerdings reinen Kompensations- und keinen Strafcharakter,¹⁶⁰⁷ so daß die mit der Rechtsverfolgung verbundenen Kosten den zu erwartenden Schadensersatz leicht übersteigen können.¹⁶⁰⁸ Schadensersatzansprüche lassen sich deshalb oftmals eher als Drohpotential in den Verhandlungen denn als eine wirtschaftlich sinnvolle Alternative einsetzen.

bb. Vertragliche Vorgaben zur Person des Heimträgers und des Heimleiters

Was speziell die Anforderungen an die Person des Betreibers und des Leiters eines Pflegeheims anbelangt, ist auf das oben bereits geschilderte Verhältnis zwischen dem objektivrechtlichen Regulierungsregime und den vertraglichen Steuerungsmechanismen zurückzukommen. Zumindest in den Musterverträgen finden sich zwar keine expliziten Anforderungen an diese Personen. Jedoch können sich aus einem vertraglich gegebenenfalls vereinbarten Erfordernis, daß die Heimbetreiber und -leiter über die erforderlichen Registrierungen verfügen sowie die inhaltlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen müssen, mittelbar entsprechende Anforderungen ergeben. Gleiches gilt, wenn die NMS über eine Verweisung zum Vertragsinhalt gemacht werden.

cc. Bewertung

Über die Bedeutung der kooperativen, vertraglichen Steuerung in Bezug auf die Person des Heimbetreibers und Heimleiters sowie – wie später noch zu zeigen sein wird –

¹⁶⁰⁵ Hierzu etwa *Bamford*, Commissioning and purchasing, S. 77 ff.

¹⁶⁰⁶ Vgl. *Holmes*, *The Path of the Law*, HLR vol. 10 (1987), S. 462: „*The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, – and nothing else.*“; zur ausnahmsweisen Anordnung einer *specific performance* nach den Grundsätzen der *equity* vgl. *Treitel*, *The Law of Contract*, S. 1019 ff.; *Whincup*, *Contract Law and Practice*, S. 373 f.

¹⁶⁰⁷ *Treitel*, *The Law of Contract*, S. 935 f.

¹⁶⁰⁸ *Bamford*, *Commissioning and purchasing*, S. 78.

ganz generell für die Einflußnahme auf sämtliche Dimensionen der Pflegequalität lassen sich nur sehr schwer Aussagen treffen. Die englische Rechtsordnung sieht keine spezifische rechtliche Normierung des Leistungserbringungsverhältnisses in der stationären Langzeitpflege zwischen den Kommunen und den Einrichtungsträgern vor. Es steht zu vermuten, daß der vertraglichen Kooperation in Bezug auf die Qualitätssteuerung auch in der Praxis eine gegenüber dem aufsichtlichen CSA 2000-Regime lediglich untergeordnete Bedeutung zukommt. Schon die grundlegende Frage, ob die Aufnahme detaillierter Regelungen über die genaue Art, die Menge und den Standard der zu erbringenden Leistungen überhaupt sinnvoll ist, wird kontrovers diskutiert.¹⁶⁰⁹ Überdies gaben bei einer Umfrage 36 % der antwortenden kommunalen Behörden an, daß sie Leistungen von Anbietern einzig und allein auf der Basis beziehen, daß der Betreiber registriert ist.¹⁶¹⁰ Abschließende Aussagen hierzu lassen sich mangels hinreichender empirischer Belege allerdings nicht treffen.

c. Informationsangebote

Ein weiteres, an der Person des Heimbetreibers bzw. Heimleiters ansetzendes Instrument, mit dem staatliche Stellen versuchen, Verbesserungen bei der Pflegequalität zu erzielen, besteht darin, das fachliche Know-how dieser Personen mittels diverser Informationsangebote zu steigern. Derartige Maßnahmen lassen sich als informationsbasierte, persuasiv wirkende Strukturqualitätssteuerung qualifizieren. Die Angebote, die von verschiedensten staatlichen Akteuren auf sowohl zentralstaatlicher als auch auf kommunaler Ebene bereitgestellt werden, reichen von Informationsveranstaltungen bis hin zur Veröffentlichung umfangreicher Publikationen.

Beispielsweise wenden sich die unter dem Titel „*In Focus – Quality issues in social care*“¹⁶¹¹ erschienenen Informationshefte der ehemaligen Regulierungsbehörde CSCI unter anderem auch an Heimbetreiber und -leiter und informieren diese über unterschiedlichste Themen wie etwa den diskriminierungsfreien Umgang mit homo-, bi- und transsexuellen Leistungsempfängern.¹⁶¹² Es steht zu erwarten, daß auch die CQC entsprechende Informationsbroschüren auflegen wird.

1609 Vgl. *Ridout*, Care Standards, S. 34.

1610 *Continuing Care Conference*, Local Authority Contracting Policies, S. 4. Damit ist aber nicht zugleich umgekehrt gesagt, daß 64 % der Kommunen Qualitätsanforderungen stellen würden, die über die Anforderungen des CSA 2000-Regimes hinausgehen würden. In vielen Fällen werden entsprechende Standards getrennt von der Registrierung nochmals normiert, oder es wird auf sog. *preferred provider lists* zurückgegriffen, die gewissermaßen auf dem Kriterium „bekannt und bewährt“ beruhen, was aber nicht notwendig mit andersartigen Qualitätsanforderungen einhergehen muß.

1611 Dies können unter dem Stichwort „In Focus“ unter <http://www.cqc.org.uk/publications.cfm?wid-Call1=customDocManager.search_do_2&tcl_id=2&top_parent=4938&tax_child=4939&search_string=>> abgerufen werden.

1612 *Commission for Social Care Inspection*, Putting people first: Equality and Diversity Matters 1. In Focus – Quality issues in social care, Issue 7.

Informationen für Leiter sozialer Dienste werden auch vom *Social Care Institute for Excellence* (SCIE)¹⁶¹³ bereitgestellt, das 2001 von der Regierung gegründet wurde, um die Qualität von *social services* durch die Verbreiterung der Wissensbasis der in der *social care* Tätigen zu verbessern. Hinzuweisen ist ferner auf das ebenfalls vom SCIE initiierte *People Management Network*, in dem vor allem *social care*-Manager des privaten Sektors zur Förderung des gegenseitigen Meinungsaustauschs in einer „*online community*“ zusammengeschlossen sind und auf dessen Internetpräsenz Informationen über die Erfüllung verschiedenster Leitungsfunktionen in *social care*-Diensten eingestellt sind.¹⁶¹⁴

Für die Ebene der *local authorities* kann exemplarisch erneut auf die vom Birmingham City Council initiierte *Birmingham Care Development Agency*¹⁶¹⁵ verwiesen werden, die unter anderem auch regelmäßige Treffen von *social care*-Leistungserbringern veranstaltet, um diesen eine Plattform zum Erfahrungsaustausch und zur Vertiefung ihres Wissens und ihrer Fertigkeiten in Bereichen wie beispielsweise Mitarbeiterführung, Personalpolitik und Einrichtungsmanagement zu bieten.¹⁶¹⁶

All diese persuasiven Ansätze der Steuerung mittels Informationen sind als Ergänzung insbesondere zum Regulierungsregime des CSA 2000 zu verstehen, indem sie entweder Auskünfte darüber geben, wie dessen Anforderungen eingehalten werden können oder indem sie ergänzende, über diese Anforderungen hinausgehende Informationen für eine gute Pflegepraxis enthalten, die sich der Heimbetreiber und insbesondere der Heimleiter in ihrer täglichen Arbeit im Sinne der Qualitätsverbesserung zunutze machen können.

3. Regulierungsmechanismen im Hinblick auf das Pflegepersonal

a. Vorgaben des Care Standards Act 2000-Regimes

aa. Personelle Ausstattung

Die CHRegs 2001 und die NMS enthalten auch Vorgaben, die das in den Heimen eingesetzte Pflegepersonal betreffen. Diese beziehen sich zum einen auf die Personalausstattung, zum anderen auf die Eignung und Qualifikation der betreffenden Personen.

Reg. 18(1)(a) CHRegs 2001 bestimmt, daß die registrierte Person¹⁶¹⁷ sicherzustellen hat, daß im Pflegeheim – unter Berücksichtigung von dessen Größe und Zweck sowie der Anzahl und Bedürfnisse der Bewohner – zu jeder Zeit eine solche Anzahl angemessen qualifizierter, kompetenter und erfahrener Personen arbeitet, wie es die Gesundheit und das Wohlergehen der Leistungsempfänger erfordern. Entsprechendes gilt gem. s. 22 HSCA 2008 auch unter dem neuen Regulierungsregime. Die zeitlich befristete Beschäf-

1613 Zum SCIE s. auch oben, S. 223 ff.

1614 <<http://www.scie-peoplemanagement.org.uk/>>.

1615 S. 221.

1616 Siehe *Department of Health*, *Options for Excellence*, S. 38.

1617 D.h. der registrierte Heimträger oder Heimleiter, s. oben, S. 236.

tigung von Pflegepersonen darf nach reg. 18(1)(b) CHRegs 2001 die Kontinuität der Pflege nicht gefährden. Handelt es sich um ein *nursing care home*, muß zu jeder Zeit auch eine *registered nurse* im Pflegeheim arbeiten, reg. 18(3) CHRegs 2001.

Diese eher abstrakten Vorgaben werden ergänzt durch die Standards 27-30 der NMS, die beispielsweise vorschreiben, daß die mit *personal care* betrauten Pflegekräfte mindestens 18 und Personen mit Leitungsfunktionen mindestens 21 Jahre alt sein müssen (Standard 27.6 NMS). Auch die NMS enthalten hingegen keine festen Personalquoten, wengleich Standard 27.3 NMS verlangt, daß im betreffenden Heim eine Methodik zur Berechnung des Personalbedarfs verwandt wird, die mit den vom Gesundheitsministerium empfohlenen Richtlinien übereinstimmt. Eine entsprechende Empfehlung gab das Gesundheitsministerium in den Jahren 2002 und 2003 ab, indem es der Regulierungsbehörde riet, bei der Überprüfung der Personalsituation in den Heimen auf die vom *Residential Forum Ltd.* entwickelten Richtlinien zur Ermittlung des Personalbedarfs in Heimen für ältere Menschen¹⁶¹⁸ zurückzugreifen.¹⁶¹⁹ Diese sollten jedoch als flexibel zu handhabendes Anschauungsmaterial verstanden werden, so daß in begründeten Fällen auch von ihnen abgewichen werden kann.¹⁶²⁰ Beim *Residential Forum Ltd.*, das die Richtlinien entwickelt hat, handelt es sich um eine in London ansässige private Vereinigung von Mitgliedern aus der Leitungsebene von Pflegeheimen, von Pflegeexperten, von Pflegekräften sowie von Repräsentanten von Heimbewohnern. Primäres Ziel dieser Vereinigung ist die Förderung eines hohen Pflegestandards in Pflegeheimen.¹⁶²¹ Dieses Beispiel zeigt, daß staatliche Stellen in England bei der Standardentwicklung mitunter auch in informeller, nicht institutionalisierter Weise auf Fachwissen des privaten Sektors zurückgreifen.

bb. Qualifikation des Personals

(1) *Eignung der Pflegepersonen und Fachkraftquote*

Was die Eignung der Mitarbeiter anbelangt, schreibt reg. 19 CHRegs 2001 in erneut relativ abstrakt gehaltener Weise vor, daß in der Pflegeeinrichtung niemand beschäftigt werden darf, der für die Tätigkeit im Heim nicht tauglich ist. Hierfür müssen die registrierten Personen auch weiterhin gem. s. 21 HSCA 2008 sorgen. Heimleiter oder -betreiber dürfen eine Person daher nur dann einstellen, wenn sie bestimmte, im Gesetz näher genannte Unterlagen wie Empfehlungsschreiben, Ausbildungszeugnisse und Führungszeugnisse (*criminal record certificate*) erhalten haben. Die NMS präzisieren die Qualifikationsanforderungen zum einen dahingehend, daß das Personal sowohl in seiner Gesamtheit als auch bezogen auf jeden einzelnen Mitarbeiter in der Lage sein muß, die Dienstleistungen zu erbringen, die vom Heim angeboten werden (Standard 4.4 NMS);

1618 *Residential Forum*, Care staffing in care homes for older people, S. 5 ff.

1619 *Smith*, Minister of State for Health, Guidance on staffing levels in care homes, Schreiben v. 1. März 2002 und vom 2. April 2003.

1620 *Smith*, Minister of State for Health, Guidance on staffing levels in care homes, Schreiben vom 1. März 2002.

1621 Siehe <http://www.residentialforum.com/residential_forum_vision_statement.html>.

zum anderen verlangen Standards 28.1 f. NMS, daß mindestens 50 % des Pflegepersonals¹⁶²² aus ausgebildeten Fachkräften besteht, die über eine Qualifikation auf NVQ Level 2¹⁶²³ oder einem vergleichbaren Niveau¹⁶²⁴ verfügen. Die CQC interpretiert diese Standards dahingehend, daß sich die 50 %-Quote lediglich auf das Gesamtpflegepersonal bezieht, so daß der Anteil an ausgebildeten Kräften diesen Wert in einzelnen Dienstschichten auch unterschreiten kann.¹⁶²⁵ Gegen die Einführung der 50 %-Quote wurde von Seiten der Betreiber nicht nur unter Kostengesichtspunkten Kritik geübt. Sie äußerten auch die Befürchtung, die Regelung könne die ohnehin hohe Personalfluktuation weiter erhöhen, zum einen weil diejenigen Pflegekräfte, die keine Qualifikation erwerben wollen, in andere Berufszweige wechseln könnten, und zum anderen weil diejenigen, die sich Weiterbildungs- und Qualifikationsmaßnahmen unterzogen haben, ihre Arbeitsplätze zugunsten anderer, besser bezahlter Jobs verlassen könnten.¹⁶²⁶

Immerhin erfüllten im Jahr 2007 bereits 78 % der Heime die Vorgaben an die Qualifikation ihres Personals. 2003 hatte die Quote noch bei 47 % gelegen.¹⁶²⁷

Die genannten Regelungen stellen keine inhaltlichen Kriterien in Bezug auf die geforderte Qualifikation auf, sondern verweisen auf das NVQ-System, das im Folgenden ausführlich dargestellt werden soll.

(2) *National Vocational Qualifications ("NVQ")*

Bei den NVQ handelt es sich um praxisbezogene, berufsspezifische Qualifikationen, die in England für fast alle Berufe existieren. Sie stellen eine von mehreren Qualifikationsarten des übergeordneten *National Qualifications Framework* dar. Die NVQ orientieren sich an einem fünfstufigen Grundschemata, das von Level 1, der die Ausführung von Routinearbeiten betrifft, bis zu Level 5 reicht, der das ordnungsgemäße Erledigen von Tätigkeiten in leitender Funktion oder die Übernahme von Managementaufgaben voraussetzt. Die Qualifikationen beruhen primär auf einer Begutachtung der Ergebnisse der praktischen Arbeit und weniger auf der Evaluation theoretischen Wissens.

Für die Berufe in der stationären Langzeitpflege sind die *NVQ in Health and Social Care*¹⁶²⁸ relevant, die 1992 aus einer Zusammenführung der zunächst getrennten, zu Beginn der 1990er Jahre eingeführten *Residential, Domiciliary and Day Care Standards*

1622 Ohne den *registered manager* und die *registered nurses*, aber inklusive des Leih- und sonstigen Fremdpersonals.

1623 Zu den Anforderungen und Ausbildungsinhalten bei diesem Level vgl. etwa *Nolan*, *Health & Social Care*. S/NVQ Level 2.

1624 Als einzige vergleichbare Qualifikation sehen die CQC und *Skills for Care* das schottische Pendant, die *Scottish Vocational Qualifications*, an, s. *Care Quality Commission*, *CQC/skills for care interim policy and guidance*, S. 5.

1625 *Care Quality Commission*, *Care Homes for Older People Guidance Log*, S. 93.

1626 Vgl. *Netten* u.a., *Understanding Public Services*, S. 10.

1627 *Commission for Social Care Inspection*, *The state of social care in England 2006-07*, S. 91 (bezogen auf Pflegeheime für ältere Menschen).

1628 Die ursprünglich getrennten *Residential, Domiciliary and Day Care Standards* und die *Health Care Standards* wurden 1992 zu den *NVQs in Health and Social Care* zusammengeführt.

und den *Health Care Standards* hervorgingen.¹⁶²⁹ Die *NVQ in Health and Social Care* sind auf den Levels 2 - 4 angesiedelt, die sukzessiv mehr Fachwissen bei der Ausübung nicht-routinemäßiger Tätigkeiten sowie eine zunehmende Eigenständigkeit und Verantwortung für andere Mitarbeiter voraussetzen.¹⁶³⁰ Für Tätigkeiten auf der Management-Ebene existieren getrennte NVQ.

Die Anforderungen der *NVQ in Health and Social Care* werden in einem mehrstufigen Verfahren festgelegt, in dem die Qualifikationen unter der Beteiligung verschiedener Akteure aus dem privaten und öffentlichen Sektor den Bedürfnissen der Praxis angepaßt werden. Der wichtigste Akteur in diesem Prozeß ist *Skills for Care* (SfC)¹⁶³¹, eine von Arbeitgebern im Bereich der *social care* geleitete und als Wohlfahrtseinrichtung anerkannte Gesellschaft. SfC ist der für *adult social care* zuständige englische Teil von *Skills for Care and Development*, dem *sector skills council* für *social care* im Vereinigten Königreich. Mit einer entsprechenden Lizenz vom *Department for Innovation, Universities and Skills* ausgestattet, repräsentiert *Skills for Care and Development* über seine Teilgesellschaften die Interessen von ca. 60.000 *social care*-Arbeitgebern im Hinblick auf Ausbildungs- und Qualifikationsanforderungen für deren ca. 2,5 Millionen Beschäftigte. Aufgabe des SfC ist es, für die *adult social care* in England die Struktur der Qualifikationslevel der NVQ sowie die inhaltlichen Qualifikationsanforderungen der verschiedenen NVQ-Levels festzulegen. Diese sind in den sog. *National Occupational Standards for Health and Social Care* enthalten, die SfC in Zusammenarbeit mit *Skills for Health*, dem für *health care* zuständigen *sector skills council*, erarbeitet. Für die als *social worker* ausgebildeten und vor allem im Pflegemanagement eingesetzten Arbeitskräfte werden die Inhalte demgegenüber durch die *National Occupational Standards for Social Work* vorgegeben.

Neben den inhaltlichen Anforderungen bestimmen die *sector skills councils* auch die grundsätzlichen Vorgaben für die Begutachtung der Fähigkeiten zur Erlangung einer NVQ. Die *National Occupational Standards* werden sodann, wenn sie bestimmte Anforderungen im Hinblick auf die fachliche Güte sowie auf die Relevanz für verschiedenste Berufe im betreffenden Sektor erfüllen,¹⁶³² vom *National Occupational Standards Board* genehmigt und können nunmehr als Basis für die Entwicklung einzelner NVQ dienen.

Die Entwicklung der eigentlichen NVQ geschieht durch sog. *awarding bodies*. Dies sind kommerzielle Unternehmen des privaten Sektors wie etwa *EDEXCEL Limited* oder *EDI – Education Development International plc.*, die verschiedenste Qualifikationen aus dem *National Qualification Framework* anbieten. Um hierzu grundsätzlich in der

1629 Zur geschichtlichen Entwicklung der NVQs siehe *Rosenfeld*, *The value of Care National Vocational Qualifications*, *International Journal of Training and Development* 3 (1999), S. 143 ff.

1630 Zu den Inhalten vgl. etwa die Lehrbücher *Nolan*, *Health & Social Care. S/NVQ Level 2*, sowie *Nolan/Moonie/Lavers*, *Health & Social Care (Adults). S/NVQ Level 3*.

1631 Für weitere Informationen s. <<http://www.skillsforcare.org.uk>>. *Skills for Care* trug früher den Namen *Training Organisation for Personal Social Services* (TOPSS).

1632 Zu den Anforderungen im Einzelnen s. *Qualifications and Curriculum Authority*, *The statutory regulation of external qualifications*, S. 43 ff.

Lage zu sein, müssen sie zunächst von der *Qualifications and Curriculum Authority* den Status eines *awarding body* zuerkannt bekommen.¹⁶³³ Erst nach Durchführung dieses statusbezogenen Anerkennungsverfahrens kann bei der *Qualifications and Curriculum Authority* die Akkreditierung einzelner Qualifikationen beantragt werden. Dabei wird unter anderem geprüft, ob sich die vorgeschlagenen Qualifikationen inhaltlich an die *National Occupational Standards* halten und ob sie die allgemeinen Rahmenbedingungen der *National Occupational Frameworks* erfüllen.¹⁶³⁴

Damit ein Kandidat schließlich einen bestimmten NVQ erlangen kann, muß er seine praktische Arbeit begutachten lassen. Der Besuch bestimmter Trainingskurse ist zwar nicht erforderlich, aber üblich. Sowohl die Durchführung von Trainingsprogrammen als auch die Begutachtung von Kandidaten wird von *Training and Assessment Centres* übernommen. Dies sind in aller Regel kommerziell arbeitende private Anbieter, die von einem oder mehreren der *awarding bodies* anerkannt worden sind und auf Basis von deren NVQ arbeiten.

Insgesamt betrachtet handelt es sich bei der Festlegung der Inhalte der NVQ und bei deren Vergabe aufgrund der Einbeziehung diverser Akteure des privaten Sektors innerhalb eines bestimmten, staatlich vorgegebenen und kontrollierten Rahmens um ein Instrument der regulierten Selbstregulierung.

(3) Beschäftigungsverbote aufgrund des *Safeguarding Vulnerable Groups Schemes*

Die Eignung des in Pflegeheimen arbeitenden Personals wird zusätzlich durch die Erwachsenen-Sperrliste („*adults' barred lists*“) sichergestellt, die unter dem *Safeguarding Vulnerable Groups Act 2006*¹⁶³⁵ (SVGA 2006) von der staatlichen *Independent Safeguarding Authority*¹⁶³⁶ geführt werden. Diese Sperrlisten lösten die sog. „*Protection of Vulnerable Adults Lists*“ ab, die von 2004 bis 2009 stufenweise implementiert und vom *Secretary of State for Health* unter ss. 80 ff. CSA 2000 a.F. geführt worden waren.¹⁶³⁷

Bei diesen Sperrlisten handelt es sich um Namensregister, in denen Personen aufgeführt sind, denen es gegen Strafanschuldung untersagt ist, bestimmte regulierte Aktivitäten auszuüben, s. 7 SVGA 2006. Regulierte Aktivitäten im Sinne dieser Vorschrift stellen auch pflegerische Tätigkeiten sowie generell Tätigkeiten in einem Pflegeheim dar,

1633 Zu den Voraussetzungen siehe *Qualifications and Curriculum Authority*, *The statutory regulation of external qualifications*, S. 5, 9 ff.

1634 Zu den allgemeinen und besonderen Voraussetzungen für die Akkreditierung einer Qualifikation siehe *Qualifications and Curriculum Authority*, *The statutory regulation of external qualifications*, S. 17 ff., 31 f. Dieses Verfahren bringt es mit sich, daß mehrere NVQ desselben Levels existieren, wie etwa der „*EDEXCEL Level 2 NVQ in Health and Social Care (No. 100/4795/5)*“ und der „*EDI Level 2 in Health and Social Care (No. 100/4819/4)*“.

1635 2006 chapter 47.

1636 Für nähere Informationen zu dieser Behörde s. <<http://www.isa.gov.org.uk/>>.

1637 Ausführlich zu diesen sog. POVA Lists *Department of Health*, *Protection of Vulnerable Adults scheme in England and Wales for adult placement schemes, domiciliary care agencies and care homes*, 2009.

die mit Kontakt zu Pflegebedürftigen verbunden sind, ss. 5(2), 59(1)(a) i.V.m. Schedule 4 para. 7(1), (4) SVGA 2006.

In den Sperrlisten wird geführt, wer schutzbedürftigen Erwachsenen wie etwa Pflegebedürftigen einen Schaden zufügt oder sie der Gefahr eines Schadens ausgesetzt hat, s. 2(3) i.V.m. Schedule 3 paras. 7 ff. SVGA 2006. Pflegeheimbetreiber, Kommunen und die CQC sind gem. ss. 35, 39, 45 SVGA 2006 unter bestimmten Umständen verpflichtet, der *Independent Safeguarding Authority* die Namen von Pflegekräften zu melden, die aufgrund eines Fehlverhaltens während oder außerhalb der Arbeit einem schutzbedürftigen Erwachsenen einen Schaden zugefügt haben oder ihn der Gefahr eines Schadens ausgesetzt haben. Die *Independent Safeguarding Authority* entscheidet sodann über die Aufnahme der betreffenden Person in die Sperrliste.¹⁶³⁸ Eine in die Liste aufgenommene Pflegekraft kann hiergegen Widerspruch vor der *Independent Safeguarding Authority* erheben (s. 2 i.V.m. Schedule 3 para. 18 SVGA 2006) oder gem. s. 4 SVGA Rechtsschutz vor dem *Upper Tribunal* suchen und sich gegebenenfalls anschließend im Wege der *judicial review* an die ordentliche Gerichtsbarkeit wenden.

Beschäftigen Pflegeheimbetreiber Personen in einer regulierten Tätigkeit, obwohl sie wissen oder wissen müssen, daß diese in der Sperrliste eingetragen sind, begehen auch sie eine Straftat, s. 9 SVGA. In diesem Zusammenhang ist s. 21 i.V.m. Schedule 3 para 3 HSCA 2008 von Bedeutung, der die Betreiber verpflichtet, bei Einstellungen einer Person entsprechende Informationen über dessen vorherige Tätigkeit im Umgang mit *vulnerable adults* einzuholen.

(4) Aus- und Weiterbildung des Personals

Damit alle im Heim arbeitenden Pflegepersonen über das für ihre Tätigkeit erforderliche Fachwissen verfügen und dieses auch vertiefen können, verpflichtet reg. 18(1)(c) CHRegs 2001 – bzw. seit Oktober 2010 reg. 23 der *Health and Social Care Act 2008 (Regulated Activities) Regulations 2010* – die *registered persons* sicherzustellen, daß die im Heim beschäftigten Personen eine für ihre Tätigkeit geeignete Ausbildung erhalten und daß es ihnen in angemessenem Umfang ermöglicht wird, für die Tätigkeit zweckmäßige weitergehende Qualifikationen zu erlangen.

Die genannten Vorschriften werden durch die NMS konkretisiert. Nach Standard 30.1 NMS muß im jeweiligen Heim ein Aus- und Weiterbildungsprogramm bestehen, das die von *Skills for Care* aufgestellten Anforderungen an die Personalentwicklung erfüllt. *Skills for Care* verweist in diesem Zusammenhang in ihren *Care Training Codes* insbesondere auf die Inhalte der *National Occupational Standards* bzw. die NVQ-Ausbildung.¹⁶³⁹ Insgesamt soll jede Pflegekraft jährlich während mindestens drei bezahlter Arbeitstage berufliche Schulung erhalten, Standard 30.4 NMS. Gemäß Standards 30.2, 30.3 NMS müssen alle Pflegekräfte binnen sechs Wochen nach ihrer Anstel-

1638 Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen eine zwischenzeitliche, provisorische Aufnahme in das Register mit Art. 6 und 8 EMRK vereinbar ist, vgl. R (Wright and Others) v Secretary of State for Health [2008] 1 All ER 886.

1639 Vgl. *Skills for Care*, Care training code: a guide for purchasers of training and development, S. 6.

lung eine den Maßgaben von *Skills for Care* entsprechende Einführungsschulung erhalten. Hierzu wurden von *Skills for Care* sogenannte *Common Induction Standards*¹⁶⁴⁰ entwickelt, die das Verstehen der Grundprinzipien der Pflege, die Arbeitsplatzsicherheit, das effektive Kommunizieren, das Erkennen und Reagieren auf Mißbrauch und Vernachlässigung sowie die eigene pflegerische Entwicklung der Pflegekraft betreffen.

Somit werden, wie schon bei den Anforderungen an die Qualifikation des Personals, auch für die Aus- und Weiterbildung des Personals die inhaltlichen Details nicht durch das CSA 2000-Regime selbst festgelegt. Stattdessen wird auf Erfahrungen und Erkenntnisse von *Skills for Care* zurückgegriffen, wodurch sich der Staat bei seiner Regulierungstätigkeit Wissen des privaten Sektors zunutze macht.

cc. Durchsetzungsmechanismen

Bezüglich der Durchsetzung der gesetzlichen Vorgaben kann grundsätzlich auf die oben gemachten Ausführungen zum *enforcement regime* des CSA 2000 verwiesen werden. Vor allem kann die CQC nach regs. 3(5) i.V.m. Schedule 1 para. 17 der *National Care Standards Commission (Registration) Regulations 2001* bereits während des Registrierungsverfahrens Nachweise über die Eignung und Qualifikation derjenigen Personen verlangen, die im Heim arbeiten sollen.

Von besonderer Relevanz ist auch die Möglichkeit, die Registrierung nachträglich mit Bedingungen zu versehen, wenn Kontrollen einen zu geringen oder nicht hinreichend qualifizierten Personalbestand ergeben. Die CQC kann damit etwa die Aufnahme weiterer Personen in das Heim unterbinden oder die Gesamtzahl der Bewohner auf eine bestimmte Obergrenze festsetzen.¹⁶⁴¹

Ferner stellt ein Verstoß gegen die auf das Personal bezogenen Vorschriften der regs. 18, 19 CHRegs 2001 gem. reg. 43(1) CHRegs 2001 unter bestimmten Voraussetzungen eine Straftat des Heimbetreibers oder des Heimleiters dar.

b. Berufsrechtliche Vorgaben

Strukturbezogene Qualitätsanforderungen an das Pflegepersonal folgen ferner aus berufsrechtlichen Vorschriften. Dieser Bereich soll im Folgenden exemplarisch anhand der vom *General Social Care Council*¹⁶⁴² entwickelten Kodizes für *social care worker* dargestellt werden.

aa. „Workforce Regulation“ durch den General Social Care Council

Der englische „*social care workforce regulator*“, der *General Social Care Council*, hat in Umsetzung der ihm aufgegebenen Aufgabe, hohe Verhaltens- und Tätigkeitsstandards in der beruflichen Praxis und hohe Ausbildungsstandards zu fördern und entspre-

¹⁶⁴⁰ *Care Quality Commission, CQC/skills for care Guidance on common induction standards.*

¹⁶⁴¹ Zu diesen Beispielen vgl. *Commission for Social Care Inspection, Policy and Guidance: Enforcement Policy*, S. 9, 14.

¹⁶⁴² Zum rechtlichen Status dieser Behörde s. oben, S. 219 f.

chende Praxisleitfäden herauszugeben (ss. 54, 62 CSA), zwei *Codes of Practice for Social Care Workers and Employers* entwickelt.¹⁶⁴³ In diesen werden erstmals auf nationaler Ebene berufliche Verhaltens- und Tätigkeitsstandards für die *social care* beschrieben. Allerdings werden in den Kodices keine neuen Standards geschaffen, sondern existierende „*good practice standards*“ der täglichen Arbeit aufgegriffen. Im Zusammenhang mit der personellen Ausstattung einer Pflegeeinrichtung ist der Arbeitgeberkodex von Bedeutung, der sich an die Heimträger als Arbeitgeber der *social care worker*¹⁶⁴⁴ richtet. Er enthält Vorgaben für das Einstellungsverfahren, indem er die Durchführung sorgfältiger Bewerbungs- und Auswahlprozesse vorschreibt, in denen unter anderem Führungszeugnisse und Empfehlungsschreiben überprüft werden sollen (Standards 1.1 – 1.4). Ferner verlangt der Kodex nach einer Einführungsschulung, der aktiven Unterstützung des Personals beim Erlernen der benötigten Fähigkeiten sowie der Schaffung von Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten für das Pflegepersonal (Standards 3.1 – 3.4).

Nicht einfach zu beantworten ist die Frage nach der Verbindlichkeit der *Codes of Practice*. Eine generelle unmittelbare Verbindlichkeit kommt ihnen nicht zu. Ähnlich wie s. 23(4) CSA 2000 für die *National Minimum Standards*, bestimmt s. 62(4) CSA 2000, daß die *Codes of Practice* „berücksichtigt“ werden müssen, wenn der *General Social Care Council* Entscheidungen nach Part IV des CSA 2000 trifft. In Part IV des CSA sind allerdings im Wesentlichen nur die Berufsregister für *social workers* und *social care workers* geregelt. Da die Registrierung bislang aber nur *social workers* und *social work students* offensteht, nicht aber den *social care workers*,¹⁶⁴⁵ sind Registrierungsentscheidungen, bei denen die Einhaltung des *Code of Practice for Employers of Social Care Workers* durch den Arbeitgeber eine Rolle spielen würden, nur in den wenigen Fällen relevant, in denen der Heimträger eine natürliche Person ist, zudem als *social worker* qualifiziert ist und seine Aufnahme ins Register beantragt.

Für Heimträger dürfte derzeit somit allenfalls ein anderer Wirkmechanismus von Bedeutung sein: Standard 32.7 der NMS verlangt vom Heimträger, daß er sich an die *Codes of Practice* des GSCC hält, soweit diese für den Betrieb einer Pflegeheims von Relevanz sind. Über diese Vorschrift erlangt auch der *Code of Practice* eine Bedeutung, die jedoch nicht weiter reicht als die Bindungswirkung des NMS selbst. Auch diesen kommt jedoch, wie beschrieben, keine unmittelbare rechtliche Bindungswirkung, sondern allenfalls eine – allerdings nicht unerhebliche – faktische Bindungswirkung für Entscheidungen der CQC zu, wenn diese über die Erteilung, den Entzug oder die Modifizierung der Registrierung des Heimträgers entscheidet.¹⁶⁴⁶

Insgesamt sind die *Codes of Practice* daher als zwar nicht unmittelbar geltendes Recht, sondern als *soft law*-Standards zu betrachten, denen für Heimträger vor allem über den Verweis in den NMS mittelbare Bindungswirkung zukommt. Allerdings ist zu

1643 *General Social Care Council, Codes of Practice for Social Care Workers and Employers*, 2010.

1644 Zu diesen zählt nach s. 55(2)(c) CSA 2000 neben den Pflegekräften auch der Heimleiter selbst.

1645 Hierzu sowie zur Unterscheidung zwischen *social worker* und *social care worker* s. oben, S. 219 f.

1646 Auch der *General Social Care Council* geht davon aus, daß die CQC den *Code of Practice for Employers* bei ihrer Regulierungstätigkeit berücksichtigt, s. <<http://www.gsc.org.uk/codes/What+are+the+codes+of+practice/>>.

bezweifeln, daß dieser „vermittelten mittelbaren“ Bindung in der Praxis ein hohes Gewicht zukommt, müßte doch die CQC im Registrierungsverfahren Regulierungsvorschriften des GSCC anwenden und letztlich an die Anforderungen in den CHRegs 2001 rückbinden, wenn sie eine Entscheidung mit Bezug auf die Registrierung treffen möchte.¹⁶⁴⁷

Um die faktische Wirkung der Kodices zu stärken, verpflichtet reg. 18(4) CHRegs 2001 Heimbetreiber und -leiter zudem, dafür Sorge zu tragen, daß die Pflegekräfte über die *Codes of Practice* informiert werden. Dies könnte dazu führen, daß sie den Heimträger nach entsprechenden Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen ersuchen, wengleich sie aus den Kodizes hierauf keine subjektiven Ansprüche herleiten können.

bb. Fragmentierung von Zuständigkeiten

Die Fragmentierung der Zuständigkeiten für die Aufstellung von Anforderungen an das *social care personal* zwischen *Skills for Care*, dem *General Social Care Council* sowie nicht zuletzt auch den Bildungseinrichtungen ist auf Kritik gestoßen.¹⁶⁴⁸ Zu beachten ist allerdings, daß die scheinbaren Zuständigkeitsüberschneidungen vor allem im Verhältnis von SfC und dem GSCC maßgeblich auch mit der Einbeziehung der Arbeitgeberseite zusammenhängen dürften, die in Gestalt von SfC eine starke institutionelle Ausprägung erhalten hat. Unter dem Dach einer einheitlichen Regulierungsbehörde wäre eine derartige, von fachlichen Weisungen großteils unabhängige Einbeziehung wohl nicht möglich gewesen. Fraglich ist allerdings, ob nicht auch Aufgaben wie etwa die Führung von Berufsregistern ebensogut der alleinigen Selbstregulierung durch den privaten Sektor hätten überantwortet werden können.

Durch das Inkrafttreten des HSCA 2008 hat sich am bisherigen System der *workforce regulation* durch den GSCC zunächst nichts Wesentliches geändert, insbesondere bleibt die Führung der Register weiter in der Zuständigkeit des GSCC; die ss. 50 ff. CSA 2000 bleiben in Kraft. Allerdings werden dem *Secretary of State for Health* durch s. 124 i.V.m. Schedule 9 HSCA 2008 erweiterte Befugnisse zum Erlaß von Rechtsverordnungen betreffend die Regulierung von *social care workers* übertragen. Ob dies dazu führen wird, daß die Berufsregister nunmehr durch Rechtsverordnung auch für *social care workers* eingeführt werden, bleibt abzuwarten.

c. Vertragliche Vorgaben

Was die Einflußnahme des Staates auf die Personalpolitik von Pflegeheimbetreibern mittels Vereinbarungen in den Leistungserbringungsverträgen anbelangt, kann grundsätzlich auf die oben im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Person des Heimleiters und -betreibers gemachten Ausführungen verwiesen werden.

¹⁶⁴⁷ Zum Verhältnis von NMS und CHRegs 2001 bei der Registrierungsentscheidung s. oben, S. 230.

¹⁶⁴⁸ Orme, Regulation or fragmentation?, *British Journal of Social Work* 31 (2001), S. 612, 616 f. (dort noch bezogen auf TOPPS, den Vorgänger von *Skills for Care*).

Im Unterschied zu den Anforderungen hinsichtlich der Träger- und Leitungsebene enthält das von der *Third Sector Commissioning Task Force* entworfene Vertragsmuster – als eine von mehreren Möglichkeiten der vertraglichen Einbeziehung von Personalstandards – jedoch eine explizite Klausel: diese verpflichtet den Leistungserbringer, ausreichend Personen mit den für die auszuübenden Tätigkeiten erforderlichen Fähigkeiten, dem dazu benötigten Wissen, der Ausbildung oder der Erfahrung zu beschäftigen, um die Leistungen vertragsgemäß erbringen zu können. Zudem verweist die Klausel auf den Vertragsanhang, in dem besondere Anforderungen an die Personalausstattung niedergelegt werden können.¹⁶⁴⁹ Eine weitere Klausel verpflichtet den Leistungserbringer bei der Neueinstellung von Personal zur Überprüfung von Führungszeugnissen, soweit dies – wie etwa in reg. 19 i.V.m. Schedule 2 para. 7 CHRegs 2001 – gesetzlich vorgeschrieben ist.¹⁶⁵⁰ Hieran wird erneut deutlich, daß der kooperativen, vertraglichen Steuerung von Strukturanforderungen neben dem aufsichtlichen Regime regelmäßig keine eigenständige Bedeutung zukommen dürfte.

d. Anreizbasierte und persuasive Instrumente der Einflußnahme auf das Personal

Empfehlungen von *Skills for Care* zufolge sollen Pflegeheimbetreiber in etwa 3 % der Personalkosten auf Weiterbildungsmaßnahmen verwenden.¹⁶⁵¹ Viele Betreiber des privaten Sektors sehen sich hierzu jedoch nicht in der Lage und klagen über Kursgebühren sowie über die Kosten, die mit einer Freistellung des Pflegepersonals zur Teilnahme an Fortbildungen verbunden sind.¹⁶⁵² Aus diesem Grund erschöpft sich der staatliche Beitrag nicht in der Setzung von Aus- und Weiterbildungsstandards. Vielmehr werden auch finanzielle Anreize für die Heimbetreiber gesetzt, damit diese den Arbeitnehmern ermöglichen, an entsprechenden Trainingsprogrammen teilzunehmen, beispielsweise in Gestalt staatlicher Zuschüsse zu den Gebühren für Aus- und Fortbildungskurse.¹⁶⁵³ Gegenüber den Vorgaben des CSA 2000-Regimes haben diese Maßnahmen den Vorteil, Anreize für Weiterbildungen auch über den von den Standards geforderten Mindestrahmen hinaus zu schaffen.

Neben finanziellen Anreizen setzen staatliche Stellen auch gezielt informationsbasierte persuasive Instrumente der personalbezogenen Pflegequalitätssteuerung ein. Etwa zeigen sie den Heimträgern auf rein informationeller Basis auf, welche Anforderungen im Hinblick auf die Anzahl sowie die Aus- und Weiterbildung des Personals eine pflegerische Versorgung, die einer guten fachlichen Praxis entspricht, stellt. Diese Informa-

1649 *Department of Health*, Report of the Third Sector Commissioning Task Force. Part II, S. 52, Klausel 4.1.

1650 *Department of Health*, Report of the Third Sector Commissioning Task Force. Part II, S. 52, Klausel 4.2.

1651 Diese Empfehlung wurde erstmals im Rahmen der *2000 National Training Strategy* geäußert, s. *Training Organisation for the Personal Social Services*, *Modernising the Social Care Workforce*, S. 71 f.

1652 Vgl. *Brown/Bates/Keen*, *Local government social care workforce*, S. 5.

1653 Dazu *Gospel/Thompson*, *The Role and Impact of the Statutory Framework for Training in the Social Care Sector*, S. 31 f.

tionen sollen die Heimträger sensibilisieren und zu einer Implementation entsprechender Standards auch in ihren Einrichtungen bewegen. Derartige Hinweise auf die Anforderungen einer guten fachlichen Praxis enthalten beispielsweise die vom *Social Care Institute for Excellence*¹⁶⁵⁴ herausgegebenen *practice guidelines*. Diese Leitlinien enthalten unter anderem Empfehlungen für verschiedene pflegerische Interventionen und schlagen zu deren Umsetzung häufig bestimmte Standards der Aus- und Fortbildung des Personals sowie der Personalausstattung vor.¹⁶⁵⁵ Hinzuweisen ist ferner auf die vom SCIE speziell für Einrichtungsleiter bereitgestellten Materialien, wie etwa das *practice workbook zu social care governance*¹⁶⁵⁶ oder generell die online-Ressourcen zu *people management in social care*.¹⁶⁵⁷

Schließlich ist auf die von der CSCI herausgegebene, an die Heimleitungen gerichtete Informationsbroschüre „*Safe and sound? - Checking the suitability of new care staff in regulated social care services*“¹⁶⁵⁸ hinzuweisen, die auf den Erfahrungen der Regulierungsbehörde mit der Personalpolitik der registrierten Einrichtungen beruht. Die in ihr enthaltenen Informationen unterscheiden sich von den oben genannten *guidelines* dadurch, daß mit ihnen nicht der Wissensstand des bereits eingestellten Personals verbessert werden soll. Sie dient vielmehr dazu, den für die Personalrekrutierung zuständigen Personen aufzuzeigen, wie sie die Eignung des Personals bei der Einstellung besser abschätzen können. Die Publikation enthält daher insbesondere Hinweise zur effizienten Gestaltung des Einstellungsverfahrens.

4. Regulierungsmechanismen hinsichtlich der baulichen Gegebenheiten sowie der Einrichtung und Ausstattung des Heimes

Ein weiteres wichtiges Strukturqualitätsmerkmal der stationären Langzeitpflege bilden die baulichen Gegebenheiten sowie die Einrichtung und Ausstattung der Heime. Schon unter der Geltung des RHA 1984 hatte das Gesundheitsministerium den Bericht „*Homes are for living in*“ veröffentlicht, mit dem es ein frühes Modell zur Evaluierung der Pflegequalität vorstellte.¹⁶⁵⁹ Als einen der wesentlichen Werte für eine hochqualitative stationäre Pflege betonte es, Heime müßten der Selbstverwirklichung dienen und stellte hierbei auch die Bedeutung einer stimulierenden Umgebung heraus.¹⁶⁶⁰ Wenngleich sich der Fokus der Qualitätssicherung mittlerweile weg von den Pflegestrukturen

1654 Zum SCIE s. auch oben, S. 223.

1655 Siehe etwa *Cass/Robbins/Richardson*, Dignity in Care. SCIE Adults' Services Practice Guide 9, S. 81, 91 f., 108, 114; *National Collaborating Centre for Mental Health*, Dementia. A NICE-SCIE Guideline on supporting people with dementia and their carers in health and social care, S. S. 167, 171, 216, 292 f.

1656 *Simmons*, Social care governance, S. 15 f.

1657 <<http://www.scie.org.uk/publications/peoplemanagement.asp>>.

1658 *Commission for Social Care Inspection*, Safe and sound? Checking the suitability of new care staff in regulated social care services. In Focus – Quality issues in social care, Issue 4 (2006).

1659 *Department of Health/Social Services Inspectorate*, Homes are for living in, 1989.

1660 *Department of Health/Social Services Inspectorate*, Homes are for living in, S. 19, 112.

und hin zu einer Prozeß- und Ergebnisqualitätssicherung verschiebt,¹⁶⁶¹ so hat sich doch an der Wichtigkeit einer funktionalen und zugleich lebenswerten Umgebung für die Lebensqualität der Bewohner nichts geändert. Die diesbezüglich eingesetzten staatlichen Steuerungsinstrumente sollen im Folgenden vorgestellt werden.

a. Vorgaben des CSA 2000-Regimes

Wie schon die Anforderungen an die Person des Heimbetreibers und -leiters sowie an das Personal sind auch die in den CHRegs 2001 enthaltenen Vorschriften zu den baulichen Standards sehr allgemein gehalten.

Dies verdeutlicht reg. 23(1) CHRegs 2001, die die Nutzung eines Gebäudes als Pflegeheim nur dann zuläßt, wenn es für den Einrichtungszweck geeignet und seine Lage für die Bedürfnisse der Bewohner passend ist. Reg. 23(2) CHRegs 2001 normiert Anforderungen für einzelne bauliche Aspekte wie den Gebäudezuschnitt und den Erhaltungszustand, die Raumaufteilung, die Zimmergröße, die Klimatisierung oder die Außenanlagen, trifft dabei allerdings ebenfalls keine quantifizierbaren oder in sonstiger Weise konkretisierten Aussagen. Die Vorschrift spricht beispielsweise von „*good state*“ bzw. „*good order*“, von „*reasonable decoration*“, „*adequate accommodation*“, „*suitable size and layout of rooms*“ oder von „*sufficient numbers of lavatories*“. Ähnlich liest sich reg. 16 CHRegs 2001, die unter anderem nach „*appropriate telephone facilities*“, „*adequate furniture*“ und „*suitable equipment*“ verlangt.

Detailliertere Angaben enthalten demgegenüber die Standards 19-26 der NMS. Sie schreiben zum Beispiel für erstmals zu registrierende Heime Gemeinschaftsräume von mindestens 4.1 m² pro Bewohner vor (Standard 20.1), mindestens ein Zimmer für betreutes Baden/Duschen pro acht Bewohner (Standard 21.3). Für neu gebaute und erstmals zu registrierende Heime sind Einzelzimmer mit mindestens einem Waschbecken und WC, einer nutzbaren Wohnfläche von mindestens 12 m² und zwei zugänglichen Doppelsteckdosen (Standards 21.6, 23.2) vorgesehen. Die Beleuchtungsstärke in den Zimmern muß ca. 150 lux (Standard 25.5), die Warmwasserabgabetemperatur in etwa 43°C (Standard 25.8) betragen.

Für die Umsetzung der Vorgaben des CSA 2000-Regimes gelten die oben beschriebenen Durchsetzungsmechanismen.

Die allgemein gehaltenen Vorgaben der CHRegs 2001 bezüglich der baulichen Anforderungen und der Einrichtung verdeutlichen ein typisches Merkmal der Regulierung mittels des aufsichtlichen CSA 2001-Regimes. Zwar greift der Staat hierbei auf eine traditionelle Ge- und Verbotsteuerung zurück. Inhaltlich sind die Gebote jedoch oftmals so allgemein gehalten, daß sie den Einrichtungsbetreibern trotz der imperativen Vorgaben einen nicht unbedeutenden Spielraum bei der Umsetzung der Standards belassen. Soweit die Vorgaben konkreter werden, kommen hingegen die *soft law*-Mechanismen der NMS zur Anwendung, die nicht unmittelbar verbindlich sind und im Falle eines Verstoßes nicht automatisch aufsichtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Auf diese Weise wird trotz des Einsatzes hoheitlich imperativer Mechanismen eine ge-

¹⁶⁶¹ S. hierzu unten, S. 301 ff., 315 ff.

wisse Flexibilität gewährt, die den Heimbetreibern innerhalb gewisser Grenzen eigene Gestaltungsmöglichkeiten belassen. Überdies wurde mit Inkrafttreten des HSCA 2008 der Detailgrad der strukturbezogenen Vorgaben in den *compliance guidances* etwas zurückgenommen.¹⁶⁶²

b. Sicherheitsrechtliche Anforderungen

Weitere Anforderungen an die baulichen Gegebenheiten und die Einrichtung eines Pflegeheims, die auch dem Schutz der Heimbewohner dienen, sind sicherheitsrechtlichen Normen zu entnehmen. Die *Regulatory Reform (Fire Safety) Order 2005*¹⁶⁶³ beispielsweise enthält in regs. 13 und 14 verbindliche Regelungen bezüglich Feuermelde- und -löscheinrichtungen sowie der Gestaltung von Fluchtwegen. Gegenüber diesen Normierungen kommt den entsprechenden Regelungen der CHRegs 2001, die die Feuersicherheit betreffen, nur subsidiäre Geltung zu, vgl. regs. 23(4), (4A) CHRegs 2001. Gleiches muß auch für die zur Auslegung dieser Regelungen heranzuziehenden Standards 25.7 und 19.5 NMS gelten, wobei letzterer lediglich das ohnehin geltende Erfordernis enthält, das Gebäude müsse den von der lokalen Feuerschutzbehörde gestellten Anforderungen genügen.

Für die Vollstreckung der feuerpolizeilichen Vorschriften ist die lokale Feuerschutzbehörde zuständig, der zu diesem Zweck durch regs. 25 ff. der *Regulatory Reform (Fire Safety) Order 2005* hoheitliche Befugnisse bis hin zur Möglichkeit der Erteilung einer Nutzungsuntersagung des Gebäudes eingeräumt werden. Auch die CQC verlangt bereits im Registrierungsverfahren die Vorlage eines *fire risk assessment certificate*. Dazu ist sie insofern berechtigt, als sie nach s. 13(2)(b) CSA 2000 die Einhaltung auch anderer, ihr im Bezug auf die Registrierung relevant erscheinender Gesetze in die Entscheidung über die Registrierungserteilung einbeziehen kann.

Andere relevante Vorschriften, auf die hier jedoch nicht näher eingegangen wird, finden sich in sicherheitsrechtlichen Normierungen, wie etwa den *Water Supply (Water Fittings) Regulations 1999*¹⁶⁶⁴ oder, im Hinblick auf Küchen und Lagerräume für Lebensmittel, den lebensmittelrechtlichen Gesetzen¹⁶⁶⁵.

c. Anforderungen aufgrund von Arbeitsplatzschutzvorschriften

Eine andere wichtige Gruppe von Regelungen, die die baulichen Standards und die Einrichtung und Ausstattung auch von Pflegeheimen betreffen, sind den Arbeitsplatzschutznormen des *Health and Safety at Work etc Act 1974*¹⁶⁶⁶ (HSWA 1974) und den zu diesem Gesetz ergangenen Verordnungen zu entnehmen. Obgleich es in diesen Vorschriften primär um die Arbeitsplatzsicherheit der in den Heimen Beschäftigten geht,

1662 S. *Care Quality Commission*, Guidance about compliance - Essential standards of quality and safety, S. 110 ff. (outcome 10).

1663 S.I. 2005 No. 1541.

1664 S.I. 1999 No. 1148.

1665 Siehe hierzu unten, S. 280.

1666 1974 chapter 37.

haben sie ausweislich der ss. 1(1)(b), 3(1), 7(a) HSWA 1974 auch den Zweck, diejenigen zu schützen, die mit der Arbeitsleistung in Berührung kommen. Weil sie somit auch der Sicherheit der Heimbewohner dienen,¹⁶⁶⁷ sind sie zu den Instrumenten zur Steuerung der strukturellen Bedingungen der Pflegequalität zu zählen.

Den Heimbetreiber als Arbeitgeber trifft die allgemeine Pflicht, für eine sichere Arbeitsumgebung zu sorgen, von der keine gesundheitlichen Risiken ausgehen, s. 2(2)(e) HSWA 1974. Diese Anforderungen werden in verschiedenen, auf Basis von reg. 15 HSWA 1974 erlassenen Verordnungen konkretisiert, beispielsweise in regs. 14, 15 der *Workplace (Health, Safety and Welfare) Regulations 1992*¹⁶⁶⁸, die sich mit der Sicherheit von Gebäudefenstern, Glastüren und Glaswänden beschäftigen. Angesichts der primären, auf den Schutz der Arbeitnehmer abzielenden Zwecksetzung dürfte allerdings zu verneinen sein, daß der Schutzstandard bei der Auslegung der Normen mit Blick auf die körperlich und oftmals auch geistig schwächeren Heimbewohner bestimmt werden muß.¹⁶⁶⁹

Abgesehen von diesen Steuerungsinstrumenten ist auf eine spezifisch auf Pflegeheime bezogene Richtlinie der *Health and Safety Executive* (HSE), der nationalen Regulierungsbehörde für Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz, hinzuweisen. In der *guidance* „*Health and Safety in Care Homes*“ gibt die HSE konkret auf Pflegeheime bezogene Hinweise zur praktischen Umsetzung der oben genannten Vorschriften von Sicherheit am Arbeitsplatz und behandelt mitunter auch die physische Gestaltung des Arbeitsumfelds.¹⁶⁷⁰ Die Leitlinien sind nicht rechtsverbindlich. Sie stellen vielmehr *soft law* mit mittelbarer Bindungswirkung dar, weil ihre Beachtung von den Regulierungsbehörden bei der Überprüfung von Verstößen gegen den HSWA 1974 und die *Workplace (Health, Safety and Welfare) Regulations 1992* berücksichtigt werden kann. Hier wiederholt sich der schon im Zusammenhang mit dem CSA 2000-Regime festgestellte Befund, daß die Ge- und Verbote eines imperativen Steuerungsregimes oftmals auf abstrakter Ebene gehalten, dafür aber mittels *soft law* konkretisiert werden. Dieses läßt zwar einen geringeren interpretatorischen Spielraum zu, bietet dafür aber eine gewisse Flexibilität in der Rechtsanwendung, insbesondere was die Rechtsfolgen eines möglichen Verstoßes anbelangt.

Die Zuständigkeit für die Überwachung und Durchsetzung der Arbeitsplatzschutzvorschriften liegt nach reg. 3 i.V.m. sched. 1 para. 5 der *Health and Safety (Enforcing Authority) Regulations 1998*¹⁶⁷¹ im Bezug auf Pflegeheime nicht bei der HSE, sondern bei den Kommunen. Die Inspektoren, sog. „*environmental health inspectors*“, sind mit weitreichenden Befugnissen ausgestattet, die ihnen auch unangemeldete Kontrollen ermöglichen (s. 20 HSWA 1974). Werden Mängel bei der Einhaltung der Vorschriften festgestellt, können Maßnahmen angeordnet oder die Unterlassung bestimmter Hand-

1667 *Ridout*, *Care Standards*, S. 187.

1668 S.I. 1992 No. 3004.

1669 So auch *Health and Safety Executive*, SIM 07/2001/39 para. 12.

1670 *Health and Safety Executive*, *Health and Safety in Care Homes* (HSG220), S. 35 ff.

1671 S.I. 1998 No 494.

lungen verfügt werden, um die künftige Beachtung der Vorschriften zu gewährleisten und Gefährdungen auszuschließen (vgl. ss. 21 f. HSWA 1974). Zudem sind Verstöße gegen die zentralen Vorgaben des HSWA 1974 und nachfolgender Verordnungen strafrechtlich sanktioniert (ss. 33, 37 HSWA 1974). Die Überwachung der Einhaltung der Vorschriften wird ferner durch die *Reporting of Injuries, Diseases and Dangerous Occurrences Regulations 1995*¹⁶⁷² unterstützt, die den Arbeitgeber zur Meldung bestimmter gefährlicher Zwischenfälle an die kommunale Arbeitsplatzschutzbehörde verpflichtet.

d. Vertragliche Vorgaben

Die baulichen Gegebenheiten, die Ausstattung und die Einrichtung von Pflegeeinrichtungen lassen sich grundsätzlich auch mittels kooperativer Instrumentarien festlegen. Mitunter finden sich entsprechende Klauseln in den Leistungserbringungsverträgen, die zwischen Heimträgern und den Kommunen über die Erbringung von Leistungen nach s. 21(1) NAA 1948 geschlossen werden. Das Vertragsmuster der *Third Sector Commissioning Task Force* sieht beispielsweise in Schedule 2 explizit die Aufnahme etwaiger Renovierungs- oder Unterhaltungsarbeiten am Gebäudebestand vor,¹⁶⁷³ das Vertragsmuster der vom Gesundheitsministerium finanziell geförderten *Care Services Improvement Partnership* empfiehlt die Aufnahme von Ausstattungsdetails (wie etwa einem Einzelzimmer mit eigener Toilette) in die Spezifikation der zu beziehenden Leistungen.¹⁶⁷⁴

Zwingend ist die Aufnahme derartiger Regelungen indes nicht, so daß beträchtliche Unterschiede in der Vertragspraxis bestehen dürften. Üblicherweise weisen die Verträge aber zumindest eine Klausel auf, in der die Einhaltung der Vorschriften des CSA 2000-Regimes und damit auch der die Baustandards und die Einrichtung betreffenden Vorgaben zum Inhalt des Vertrags gemacht werden.¹⁶⁷⁵

Bisweilen wird argumentiert, die Bezugnahme auf bestimmte, z.B. bauliche, Mindeststandards könne im Hinblick auf die Erbringung von Pflegeleistungen an Bewohner mit individuell unterschiedlichen Bedürfnissen mitunter kontraproduktiv sein.¹⁶⁷⁶ Dem ist in dieser Pauschalität zwar nicht zuzustimmen, weil dem Bedarf an Flexibilität durchaus auch durch bewohnerspezifische Vereinbarungen und entsprechende Vertragsanpassungsklauseln Rechnung getragen werden kann. Der Einwand verweist jedoch grundlegender auf die bei der Leistungserbringung benötigte Flexibilität sowie darauf, daß Pflegeleistungen grundsätzlich personen- und nicht einrichtungsorientiert erbracht werden sollten. Dem kann durch die Vereinbarung prozessualer und ergebnisorientierter Standards möglicherweise besser Rechnung getragen werden als mit einer detaillierten vertraglichen Regelung der strukturellen Gegebenheiten. Hierauf wird wei-

1672 S.I. 1995 No. 3163.

1673 *Department of Health, Report of the Third Sector Commissioning Task Force. Part II, S. 68.*

1674 *Care Services Improvement Partnership, A Guide to Fairer Contracting Part 2, S. 29.*

1675 Näher hierzu oben, S. 258.

1676 *Ridout, Care Standards, S. 34.*

ter unten¹⁶⁷⁷ zurückzukommen sein. Auch bei baulichen und einrichtungsbezogenen Strukturstandards kommt dem Vertragsregime aber allem Anschein nach keine tragende Rolle zu, die der Bedeutung etwa des aufsichtlichen Regimes entsprechen würde.

e. Informationsangebote

Über die genannten rechtlichen Normierungen hinaus versucht der Staat, auch durch Aufklärungsarbeit bei den Heimträgern auf gewisse Bau- und Einrichtungsstandards hinzuwirken.

Beispielsweise gibt das SCIE Praxisleitfäden heraus und veröffentlicht diese im Internet, in denen für verschiedene Themenbereiche der *social care*-Standards guter fachlicher Praxis aufgezeigt werden. An einigen Stellen enthalten diese unter den sog. *practice points* konkrete Empfehlungen für die bauliche Gestaltung von Pflegeeinrichtungen, so etwa im *adults' services practice guide* mit dem Titel „*Dignity in care*“¹⁶⁷⁸, der – unabhängig von den Vorgaben des CSA 2000-Regimes – unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der Würde der Heimbewohner beispielsweise empfiehlt, Zimmer mit eigenem Bad/WC auszustatten und den Bewohnern die Möglichkeit zu lassen, ihre Zimmer den eigenen Vorlieben entsprechend einzurichten.¹⁶⁷⁹ Ähnliche Empfehlungen an die bauliche Gestaltung enthält der gemeinsam von SCIE und dem *National Institute for Clinical Health and Excellence* produzierte *practice guide „Dementia“*.¹⁶⁸⁰ Mit dem Informationsangebot der SCIE setzt der Staat damit auf ein Instrument, das, anstatt auf die Verbindlichkeit gesetzlicher oder vertraglicher Regelungen zu setzen, mit einem persuasiven Ansatz versucht, Einfluß auf die Praxis der Leistungserbringung zu nehmen.

5. Einflußnahme auf die Erbringung pflegebegleitender Dienstleistungen

Ergänzend zu den Pflegeleistungen im eigentlichen Sinne werden in *residential* und *nursing care homes* weitere Dienstleistungen erbracht, die ebenso wie die bereits behandelten Aspekte strukturelle Rahmenbedingungen der Pflege darstellen. Weil daher auch ihre Qualität Auswirkungen auf die Pflegeergebnisse hat, sind auch diese Dienstleistungen der regulierenden Einwirkung durch den Staat unterworfen. Diese kann beispielsweise darin bestehen, daß der Staat Einfluß auf die Modalitäten der Erbringung nimmt oder manche Leistungen obligatorisch vorschreibt.

Zu den in Pflegeheimen zwingend vorgeschriebenen Angeboten zählen nach regs. 16(2)(e), (m) und 16(3) CHRegs 2001 etwa Wäschereidienstleistungen und Hilfestellungen, die den Bewohnern die Teilnahme an sozialen Aktivitäten und an Gottesdiensten außerhalb des Heims sowie die Aufrechterhaltung des Kontakts mit Freunden und

1677 S. 313.

1678 *Cass/Robbins/Richardson*, *Dignity in Care*. SCIE Adults' Services Practice Guide 9.

1679 *Cass/Robbins/Richardson*, *Dignity in Care*. SCIE Adults' Services Practice Guide 9, S. 115.

1680 *National Collaborating Centre for Mental Health*, *Dementia*. A NICE–SCIE Guideline on supporting people with dementia and their carers in health and social care, S. 132.

Verwandten ermöglichen sollen. Nach Rücksprache mit den Bewohnern müssen auch Unterhaltungs- und Beschäftigungsprogramme im Heim selbst angeboten werden. Hinsichtlich der Ermöglichung sozialen Kontakts sowie in Bezug auf Beschäftigungsangebote werden die zitierten Regelungen durch die Standards 12 und 13 NMS ergänzt.

In besonderem Maße nimmt der Staat auf die Versorgung der Heimbewohner mit Speisen und Getränken Einfluß. Hochwertige Ernährung, eine ausreichende Flüssigkeitszufuhr und appetitlich zubereitete Mahlzeiten haben einen nicht zu unterschätzenden Einfluß auf die Gesundheit und das Wohlbefinden älterer Menschen und werden von diesen als wesentliches Qualitätsmerkmal eines Pflegeheims betrachtet. Die Steuerung der Verpflegung in Heimen stellt ein gutes Beispiel für das Zusammenwirken verschiedenster Regulierungstechniken dar. Ausgangspunkt ist reg. 16(2)(i) CHRegs 2001. Nach dieser Vorschrift sind Pflegeheime verpflichtet, geeignete, gesunde, nahrhafte und abwechslungsreiche Mahlzeiten in angemessenen Portionen anzubieten. Diese müssen sorgfältig zubereitet und zu Zeiten erhältlich sein, zu denen sie von den Bewohnern vernünftigerweise verlangt werden können. Die abstrakt gefaßte Regelung wird durch Standard 15 NMS ergänzt, der nähere Angaben unter anderem zur Anzahl der Vollmahlzeiten und den zwischen ihnen liegenden Zeitabständen, zur Verfügbarkeit von Zwischenmahlzeiten und Getränken, zu Vitaminen und Mineralien der Gerichte sowie zu Wahlmöglichkeiten unter diätetischen, religiösen sowie kulinarischen Gesichtspunkten enthält. Überprüfungen durch die Regulierungsbehörde ergaben allerdings, daß in etwa in jedem sechsten Pflegeheim diese Standards im Prüfzeitraum unterschritten wurden.¹⁶⁸¹

Zu diesen Regelungen treten sicherheitsrechtliche Vorschriften des Lebensmittelrechts hinzu, die im *Food Safety Act 1990*¹⁶⁸² (FSA 1990), den auf diesen gestützten Verordnungen sowie in europarechtlichen Vorschriften wie insbesondere der Verordnung (EG) Nr. 852/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über Lebensmittelhygiene¹⁶⁸³, der Verordnung (EG) Nr. 853/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 mit spezifischen Hygienevorschriften für Lebensmittel tierischen Ursprungs¹⁶⁸⁴ und den in England ergänzend hierzu erlassenen *Food Hygiene (England) Regulations 2006*¹⁶⁸⁵ enthalten sind.¹⁶⁸⁶ Die genannten Vorschriften finden auch auf Pflegeheime Anwendung, weil diese Lebensmittelunternehmen (*food businesses*) i.S.v. s. 1(3) FSA 1990 bzw. den europarechtlichen

1681 Bezogen auf den 31. März 2005, *Commission for Social Care Inspection*, Highlight of the day? Improving meals for older people in care homes. In Focus – Quality issues in social care, Issue 1, S. 10.

1682 1990 chapter 16.

1683 ABl. L 226 vom 25.6.2004, S. 3.

1684 ABl. L 226 vom 25.6.2004, S. 22.

1685 S.I. 2006 No. 14.

1686 Weitere allgemeine lebensmittelrechtliche Vorgaben ergeben sich zudem aus der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (ABl. L 31 vom 1. Februar 2002, S. 1).

Vorschriften darstellen. Der Lebensmittelsicherheit kommt gerade in Pflegeheimen, in denen auch viele gebrechliche Personen gepflegt werden, große Wichtigkeit zu, weil schon kleinere Verunreinigungen des Essens mit Bakterien – etwa mit Salmonellen – zu schweren, mitunter lebensgefährlichen Gesundheitsschäden führen können.

Zu den wichtigsten Regelungen zählen zunächst bestimmte Gebote an die persönliche Hygiene derjenigen, die mit Lebensmitteln hantieren,¹⁶⁸⁷ Vorgaben hinsichtlich der Zubereitung, Lagerung und Verpackung von Nahrungsmitteln¹⁶⁸⁸ sowie Anforderungen an die Ausstattung, Ausrüstung sowie den hygienischen Zustand von Küchen und Lagerräumen, die beispielweise über leicht zu reinigende Wand-, Boden- und Arbeitsflächen verfügen müssen und frei von Abfällen zu halten sind.¹⁶⁸⁹ Zudem hat der Heimträger dafür Sorge zu tragen, daß das Küchenpersonal geeignete Schulungen zur Lebensmittelsicherheit erhält.¹⁶⁹⁰ Ferner müssen in den Heimen Verfahrensabläufe zur Gefahrenminimierung etabliert werden, die auf der Bestimmung und fortlaufenden Überwachung und Kontrolle kritischer Punkte im Prozeßablauf („*Hazard Analysis Critical Control Points*“) beruhen (sog. „HACCP-System“¹⁶⁹¹).¹⁶⁹² Das HACCP-System stellt ein Beispiel eines prozeduralen Steuerungsinstruments dar.

Diese Vorschriften werden durch die bei den Kommunen angesiedelten (vgl. ss. 5 f. FSA 1990) Ernährungsbehörden (*food authorities*) durchgesetzt,¹⁶⁹³ die hierzu mit entsprechenden hoheitlichen Aufsichtsbefugnissen ausgestattet sind. Als Lebensmittelbetriebe müssen sich die Heime zudem bei diesen Behörden registrieren lassen.¹⁶⁹⁴ Verstöße gegen einige der genannten Vorschriften sind strafrechtlich sanktioniert.¹⁶⁹⁵

Ergänzend zum CSA 2000-Regime und zu den lebensmittelrechtlichen Bestimmungen wenden verschiedene staatliche Einrichtungen persuasive Steuerungsansätze an, die darauf abzielen, die Qualität der Verpflegung in Pflegeheimen durch gezielte, praxisbezogene Informationen an die Heimbetreiber zu verbessern. Die CSCI beispielsweise geht in der von ihr aufgelegten – und nun in die Internetpräsenz der CQC eingestellten – Infobroschüre „*Highlight of the day? Improving meals for older people in care homes*“¹⁶⁹⁶ aus der oben bereits erwähnten Reihe „*In Focus – Quality Issues in Social Care*“ ausführlich auf die Bedeutung ausgewogener Ernährung und die in den Heimen in diesem Zusammenhang festgestellten Defizite ein, zeigt konkrete *good practice*

1687 Art. 4 II i.V.m. Anhang II, Kapitel VIII der VO 852/2004 (EG).

1688 Art. 4 II i.V.m. Anhang II, Kapitel IX und X der VO 852/2004 (EG).

1689 Art. 4 II i.V.m. Anhang II, Kapitel I, II, V und VI der VO 852/2004 (EG).

1690 Art. 4 II i.V.m. Anhang II, Kapitel XII der VO 852/2004 (EG).

1691 Dazu etwa *Danneker*, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, 102. Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch, Rn. 205 ff.

1692 Art. 5 der VO 852/2004 (EG).

1693 Reg. 5 der *Food Hygiene (England) Regulations 2006*. Dies und der Zusammenhang mit den nationalen Regulierungsvorschriften rechtfertigt es, auch die europarechtlichen Vorgaben dem englischen Staat als Steuerungsakteur zuzurechnen.

1694 Regs. 6 ff., 14 ff. der *Food Hygiene (England) Regulations 2006*.

1695 Regs. 17 f. der *Food Hygiene (England) Regulations 2006*.

1696 *Commission for Social Care Inspection*, *Highlight of the day? Improving meals for older people in care homes*. In *Focus – Quality issues in social care*, Issue 1.

points auf, mit denen Heimbetreiber eine Verbesserung der Qualität der Verpflegung erreichen können, und erstellt eine Checkliste, mit der Heimbetreiber ihre eigene Leistung überprüfen können.

Ähnlich verfährt die *Food Standards Agency*¹⁶⁹⁷, eine eigenständige, im Jahr 2000 durch s. 1 des *Food Standards Act 1999*¹⁶⁹⁸ geschaffene Behörde, die mit Aufgaben des Verbraucherschutzes auf dem Gebiet der Ernährung, Lebensmittelqualität und Nahrungsmittelsicherheit betraut ist. In einer primär an Betreiber von Pflegeheimen gerichteten Publikation mit dem Titel „*Guidance on food served to older people in residential care*“¹⁶⁹⁹ gibt die Behörde Hinweise zu einer qualitativ hochwertigen Verpflegung von Heimbewohnern, indem sie über deren besondere Bedürfnisse bezüglich der Nährwertzusammensetzung informiert und auf die Situation in Pflegeheimen abgestimmte Ratschläge zur Zubereitung der Nahrungsmittel sowie zur Lebensmittelsicherheit gibt.

Schließlich ist erneut auf die Praxisleitfäden des SCIE hinzuweisen, durch die Erkenntnisse und Erfahrungen auf verschiedensten Themengebieten zusammengetragen und den Leistungserbringern in einer anwenderfreundlichen Form zugänglich gemacht werden. Der bereits erwähnte Leitfaden „*Dignity in care*“ etwa enthält auch ein Kapitel zu „*Mealtimes and nutritional care*“¹⁷⁰⁰ in dem unter anderem die Kernaussagen von wissenschaftlichen Untersuchungen und politischen Positionspapieren zusammengetragen und Hilfestellungen für die pflegerische Praxis gegeben werden.¹⁷⁰¹ Zudem wird in ihm zur Vertiefung der Expertise auf diverse Veröffentlichungen aus Wissenschaft und Praxis hingewiesen.

Staatliche Einflußnahme auf die nicht-pflegerischen Dienstleistungen ist schließlich auch seitens der Kommunen im Wege einer kooperativen Steuerung mittels der mit den Heimbetreibern zu schließenden Leistungserbringungsverträge möglich. Neben den bereits mehrfach erwähnten vertraglichen Bezugnahmen auf die Vorgaben des CSA 2000-Regimes sind eigenständige vertragliche Regelungen insbesondere dort denkbar, wo im Hinblick auf bestimmte Bewohner besondere Anforderungen bestehen, etwa in Gestalt spezieller diätetischer Bedürfnisse.¹⁷⁰² Ferner liegt es nahe, das erforderliche

1697 Für weitere Informationen s. <<http://www.food.gov.uk/>>.

1698 1999 chapter 28.

1699 *Food Standards Agency*, *Guidance on food served to older people in residential care*, 2007.

1700 *Cass/Robbins/Richardson*, *Dignity in Care. SCIE Adults' Services Practice Guide 9*. S. auch <<http://www.scie.org.uk/publications/guides/guide15/factors/nutrition/index.asp>>.

1701 Etwa dahingehend, keine Mutmaßungen über die kulinarischen Vorlieben von Leistungsempfängern basierend auf deren kulturellem Hintergrund anzustellen, sondern diese – ggf. unter Zuhilfenahme von bildlichen Darstellungen von Speisen – nach deren Präferenzen zu befragen, oder dergestalt, daß Servietten anstelle von Lätzchen zum Schutz der Kleidung von Bewohnern verwendet werden sollen, um deren Würde auch während des Essens zu wahren.

1702 Für eine derartige Spezifikation läßt der Mustervertrag der *Third Sector Commissioning Task Force* Raum in Schedule 2, s. *Department of Health*, *Report of the Third Sector Commissioning Task Force. Part II*, S. 68.

Angebot bestimmter nicht-pflegerischer Dienstleistungen im Rahmen der Leistungsspezifikation ausdrücklich zu benennen.¹⁷⁰³

6. Regulierungsmechanismen im Bezug auf Leitung und Betrieb des Heims

Auch die Art und Weise, in der ein Heim geleitet und betrieben wird, stellt eine strukturelle Rahmenbedingung der Erbringung einzelner pflegerischer oder anderer versorgender Leistungen dar. Sie bildet daher ebenfalls einen Gegenstand, auf den der Staat unter verschiedenen Aspekten mit einem breit gefächerten Instrumentarium zur Sicherung der Pflegequalität Einfluß nehmen kann.

a. Allgemeine Maßstäbe

Einen allgemeinen Maßstab für den Betrieb eines Heimes insgesamt enthält reg. 12 CHRegs 2001. Nach para. 1 dieser Vorschrift müssen die *registered persons* sicherstellen, daß das Pflegeheim so geleitet und geführt wird, daß die Gesundheit und das Wohlergehen der Bewohner gefördert und geeignete Vorkehrungen hierfür und für die Pflege der Bewohner getroffen werden. Wünsche und Empfindungen der Bewohner sind hierbei soweit wie möglich zu berücksichtigen, reg. 12(3) CHRegs 2001. Die Bewohner sollen zudem grundsätzlich in die Lage versetzt werden, selbst Entscheidungen zu treffen, die ihre Pflege, ihre Gesundheit und ihr Wohlergehen anbelangen, reg. 12(2) CHRegs 2001. Reg. 12(4) CHRegs 2001 schließlich verlangt, daß die Privatsphäre¹⁷⁰⁴ und Würde der Bewohner geachtet werden und Rücksicht auf ihr Geschlecht, ihre religiöse Überzeugung, ihren ethnischen, kulturellen und sprachlichen Hintergrund, sowie etwaige Behinderungen genommen wird. Entsprechende Vorgaben sind unter der Geltung des HSCA 2008 nunmehr auch wieder in regs. 9(1) und 17 f. der *Health and Social Care Act 2008 (Regulated Activities) Regulations 2010* enthalten.

Auch die bereits mehrfach angesprochenen *practice guides* des SCIE enthalten einige allgemeine Hinweise auf eine gute fachliche Praxis in Bezug auf Leitung und Betrieb einer Pflegeeinrichtung, etwa indem sie fordern, die Person des zu Pflegenden müsse im Zentrum der Leistungserbringung stehen (*person-centred service*), die älteren Menschen sollten in die Planung der Leistungen einbezogen werden und sie dürften nicht bevormundet werden.¹⁷⁰⁵

Zusätzlich zu den gesetzlichen Vorgaben und persuasiv wirkenden Empfehlungen der Leitlinien können allgemeine Maßstäbe für den Betrieb, die Führung und die Leitung der stationären Pflegeeinrichtung auch auf vertraglicher Basis zwischen den Leis-

1703 Siehe etwa den Vertragsentwurf in *Care Services Improvement Partnership, A Guide to Fairer Contracting Part 2*, S. 30.

1704 Dem Recht auf Privatsphäre widersprach nach einem noch unter Geltung des RHA 1948 vom *Registered Homes Tribunal* entschiedenen Fall *O’Neil v Sefton Metropolitan Borough Council* (Decision No. 195) etwa der Einsatz von elektronischen Abhörvorrichtungen in den Zimmern der Bewohner.

1705 *Cass/Robbins/Richardson, Dignity in Care. SCIE Adults’ Services Practice Guide 9*, S. 81, 92.

tungserbringern und den Kommunen vereinbart werden. Die in der einschlägigen Literatur geäußerten Empfehlungen gehen dahin, Vorgaben ähnlich den oben Erwähnten als „*core principles*“ in die Leistungserbringungsverträge aufzunehmen.¹⁷⁰⁶

b. Einzelaspekte

Ausgehend vom soeben geschilderten allgemeinen Rahmen existieren diverse Regulierungsmechanismen, die sich auf bestimmte Teilbereiche der Leitung und des Betriebs von stationären Pflegeeinrichtungen beziehen. Auf drei Teilbereiche, nämlich die Organisation und Überwachung des Heimbetriebs, den Schutz des Vermögens der Heimbewohner sowie die Wirtschaftlichkeit und Kontinuität des Betriebs, soll in den folgenden Ausführungen näher eingegangen werden.

aa. Organisation und Überwachung des Heimbetriebs

Steuerungsmechanismen, die die Leitung einer Pflegeeinrichtung regulieren und damit auf die Strukturen einwirken, innerhalb derer stationäre Pflegeleistungen erbracht werden, betreffen insbesondere die Art und Weise, in der der Heimbetrieb organisiert und von den verantwortlichen Personen überwacht wird.

(1) Kommunikation zwischen Pflegepersonal und Heimleitung

Nach reg. 21(2) CHRegs 2001 muß die *registered person* dafür sorgen, daß das Pflegepersonal seine Meinung über die Art und Weise, in der das Heim geführt wird, bei der *registered person* selbst oder bei der Regulierungsbehörde vorbringen kann. Ziel der Regelung ist es, Defizite in den strukturellen Rahmenbedingungen für die Erbringung von Pflegeleistungen möglichst frühzeitig aufzudecken. Ob das gesetzgeberische Anliegen, daß sich Pflegepersonal an den Heimbetreiber oder -leiter wenden kann, allerdings wirklich der Anordnung durch Gesetz bedurfte, ist fraglich. Einerseits ist schwer vorstellbar, daß Dienstleistungsunternehmen auf derartige Kommunikationsstrukturen verzichten; sollte andererseits die Kommunikation zwischen der Leitungsebene und dem Pflegepersonal gestört sein, ist zweifelhaft, ob eine imperative Anordnung daran etwas zu ändern vermag. Das HSCA 2008-Regime enthält in der *Health and Social Care Act 2008 (Regulated Activities) Regulations 2010* jedenfalls keine derartige Vorschrift mehr.

(2) Schutz der Gesundheit der Heimbewohner

Umfangreiche Regelungen existieren in Bezug auf den Schutz der Bewohner vor gesundheitlichen Gefahren (vgl. reg. 13 CHRegs 2001). Besondere Bedeutung kommt hierbei dem sicheren Umgang mit Arzneimitteln zu. Was die strukturellen Rahmenbedingungen der Pflege angeht, sind die Aufbewahrung von Arzneimitteln, deren Entsorgung, Regelungen über den Zugriff auf die Arzneien sowie die Bestandsdokumentation

¹⁷⁰⁶ *Care Services Improvement Partnership, A Guide to Fairer Contracting Part 2*, S. 29.

relevant.¹⁷⁰⁷ Die betreffenden Vorschriften finden sich in reg. 13(2) CHRegs 2001 und in Standard 9 NMS.

Auch der *Health and Safety at Work etc Act 1974* und die *Management of Health and Safety at Work Regulations 1999*¹⁷⁰⁸ enthalten Anforderungen an die Organisation des Heimbetriebs, um die Sicherheit und den Schutz der Gesundheit der Bewohner sowie der Arbeitnehmer des Heims sicherzustellen. Die zentrale Vorgabe besteht in der Verpflichtung des Heimträgers als Arbeitgeber, Risikoanalysen („*risk assessments*“) in der Pflegeeinrichtung durchzuführen und auf deren Ergebnisse mit entsprechenden Vorkehrungen zur Risikominimierung zu reagieren (vgl. regs. 3 ff. der *Management of Health and Safety at Work Regulations 1999*). Vergleichbare Anforderungen im Hinblick auf den Umgang mit gesundheitsgefährdenden Substanzen ergeben sich aus den *Control of Substances Hazardous to Health Regulations 2002*¹⁷⁰⁹. Ähnlich wie bei dem oben beschriebenen HACCP-System¹⁷¹⁰ handelt es sich hiebei um prozedurale Steuerungsinstrumente, die anstatt auf einer materiellen Programmierung der Inputs (etwa im Sinne von bestimmten Qualifikationsanforderungen an die tätigen Personen) oder der Ergebnisse der Leistungserstellung auf einer Regulierung der betreffenden Abläufe und Verfahren beruhen.

Hinsichtlich des Einsatzes informationsbasierter Steuerungsinstrumente kann beispielsweise auf die Infobroschüre „*Health and Safety in Care Homes*“ der *Health and Safety Executive* verwiesen werden, das unter anderem Empfehlungen für einen sicheren Umgang mit und die Aufbewahrung von gesundheitsgefährdenden Substanzen wie Medikamenten und Betäubungsmitteln gibt.¹⁷¹¹

(3) Überwachung des Heimbetriebs

Nach reg. 24, 26 CHRegs 2001 sind Heimbetreiber und Heimleiter verpflichtet, ein System zur Überprüfung und Verbesserung der Pflegequalität im Heim vorzuhalten und anzuwenden. Zudem ist der Heimträger verpflichtet, das Heim in gewissen Abständen zu besichtigen und sich ein Bild über die Erbringung der Pflegeleistungen zu verschaffen. Weil diese Vorgaben einen unmittelbaren Bezug zur Sicherung der Qualität der Pflegeprozesse und Pflegeergebnisse aufweisen, wird auf sie an späterer Stelle¹⁷¹² nochmals ausführlich eingegangen.

bb. Schutz des Vermögens der Heimbewohner

Ein weiterer besonders geregelter Aspekt der Führung und Leitung eines Pflegeheims betrifft den Schutz des Vermögens der Heimbewohner. Viele Pflegebedürftige

1707 Die Verabreichung von Medikamenten ist demgegenüber zu den Pflegeprozessen zu rechnen, sie wird deshalb an dieser Stelle nicht behandelt.

1708 S.I. 1999 No. 3242.

1709 S.I. 2002 No. 2677.

1710 S. 280.

1711 *Health and Safety Executive*, *Health and Safety in Care Homes* (HSG220), S. 16 ff.

1712 Siehe unten, S. 325 ff.

sind in besonderer Weise auf die in den Pflegeheimen erbrachten Leistungen angewiesen und befinden sich in einer Abhängigkeitssituation zu den Personen, die sie pflegen oder in sonstiger Weise unterstützen.

Aus diesem Grund besteht gerade in stationären Einrichtungen, wo diese Abhängigkeit aufgrund der umfassenden Einbindung des Pflegebedürftigen in die Heimorganisation in praktisch allen Aspekten seines Lebens besonders ausgeprägt ist, eine gewisse Gefahr, daß das dort beschäftigte Personal dieses Angewiesensein und das ihnen von den Bewohnern entgegengebrachte Vertrauen ausnutzt, um sich selbst zu bereichern. Dieses Risiko erhöht sich nochmals, wenn Bewohner ganz unabhängig von der geschilderten Abhängigkeit auch mental nicht mehr zur selbstständigen Verwaltung ihres Vermögens in der Lage sind und mangels externer Vertrauenspersonen die Hilfe des Heimpersonals auch in finanziellen Angelegenheiten beanspruchen müssen.

Auf diese Situation regiert reg. 20 CHRegs 2001, die Bankgeschäfte seitens der *registered persons* für die Heimbewohner nur unter bestimmten Voraussetzungen zuläßt und darüber hinaus verlangt, daß sichergestellt wird, daß in der Einrichtung Beschäftigte nicht als rechtgeschäftliche Stellvertreter (*agents*) von Bewohnern auftreten. Nähere Regelungen enthält Standard 36 NMS. Ein Verstoß gegen reg. 20 CHRegs 2001 kann als Straftat geahndet werden, reg. 43(1) CHRegs 2001.

Dieses Thema wird von der Regulierungsbehörde in der Broschüre „*In safe keeping. Supporting people who use regulated care services with their finances*“¹⁷¹³ aufgegriffen, die sich mit Informationen an die Heimbetreiber dazu wendet, wie diese Heimbewohner beim Umgang mit Finanzen unterstützen können.

Weder in den CHRegs 2001 noch in den NMS finden sich Vorschriften, die die Zuwendung von geldwerten Vorteilen von Bewohnern an das Heimpersonal beschränken würden. Diese Thematik ist allerdings in den als *soft law* einzustufenden¹⁷¹⁴ *Codes of Practice for Social Care Workers and Employers for Social Care Workers*¹⁷¹⁵ angesprochen, die den *social care*-Arbeitgebern aufgeben, geschriebene Verhaltensregeln für die Annahme von Geschenken von Leistungsempfängern zu entwickeln und die *social care workers* an diese zu binden.¹⁷¹⁶ Auch die soeben schon genannte Broschüre „*In safe keeping*“ enthält Hinweise zum Schutz der Pflegebedürftigen vor finanziellem Missbrauch durch Beschäftigte von Pflegeeinrichtungen.¹⁷¹⁷

cc. Wirtschaftlichkeit und Kontinuität der Pflege

Die Sicherstellung der Pflegequalität in einem Pflegeheim hängt in hohem Maße von der Wirtschaftlichkeit der Einrichtung ab. Ein angemessenes Pflegeniveau kann auf

1713 *Commission for Social Care Inspection*, *In safe keeping. Supporting people who use regulated care services with their finances*, In *Focus – Quality issues in social care*, Issue 6.

1714 S. oben, S. 270.

1715 Dazu oben, S. 269 f.

1716 *General Social Care Council*, *Codes of Practice for Social Care Workers and Employers*, S. 6 (para. 2.1) und S. 15 (para 2.7).

1717 *Commission for Social Care Inspection*, *In safe keeping. Supporting people who use regulated care services with their finances*, In *Focus – Quality issues in social care*, Issue 6, S. 8 f.

Dauer nur mittels einer angemessenen personellen Besetzung erreicht werden, die sich angesichts des hohen Anteils der Personalkosten an den Gesamtkosten eines Heims¹⁷¹⁸ in nicht kostendeckenden Heimen nur schwer realisieren läßt. Ist gar die Schließung eines unwirtschaftlichen Heimes zu befürchten, drohen die Pflegekontinuität, und mit ihr die Pflegequalität, Schaden zu nehmen. Im Folgenden sollen zunächst Maßnahmen der staatlichen Einflußnahme auf die Wirtschaftlichkeit von Heimen untersucht werden, bevor näher auf die Problematik von Heimschließungen eingegangen werden soll.

(1) Wirtschaftlichkeit

Sieht man von der aus fiskalischen Gründen zumindest nicht in größerem Umfang erwünschten Anhebung der von den Kommunen übernommenen Heimgebühren ab, sind die Möglichkeiten der staatlichen Einflußnahme auf die Wirtschaftlichkeit von Pflegeheimen begrenzt. Zwar schreibt reg. 25(1) CHRegs 2001 dem Heimträger vor, sicherzustellen, daß das Heim seinen Aufgaben aller Voraussicht nach kostendeckend nachkommen kann. Primärer Zweck dieser Vorschrift dürfte jedoch sein, der CQC eine Handhabe zu bieten, finanziell schlecht ausgestatteten Heimen entweder bereits die Registrierung versagen oder diese, sofern sie bereits betrieben werden, unter besondere Beobachtung – gerade auch im Hinblick auf die Pflegequalität – stellen zu können, um erforderlichenfalls frühzeitig aufsichtliche Maßnahmen einleiten zu können. Beispielsweise könnte die Registrierung unter die Bedingung des Abschlusses bestimmter Versicherungen gestellt werden, die gewisse finanzielle Risiken – etwa in Gestalt einer vorübergehenden Betriebsunterbrechung oder eintretender Schäden am Anlage- oder Umlaufvermögen – abmildern. Unter anderem in diesem Sinne konkretisiert jedenfalls Standard 34 NMS die Verpflichtung zur wirtschaftlichen Betriebsführung.

Zur Durchsetzung der Wirtschaftlichkeitsverpflichtung dienen insbesondere die in reg. 25(2) CHRegs 2001 normierten Auskunftsrechte der CQC, die vom Heimbetreiber jederzeit Informationen über die finanzielle Lage eines Heims verlangen und sogar eine Einschätzung der Kreditwürdigkeit des Heimbetreibers durch Banken anfordern kann. Diese Regelung kann ein erhebliches Drohpotential entfalten, weil finanziell angeschlagene Heime bei einem entsprechenden Herantreten der CQC an kreditgewährende Banken um ihre Kreditlinien fürchten dürften. Banken, die entsprechende Informationen über Finanz- und meist gleichzeitig Qualitätsprobleme von Heimen erhalten, können ihrerseits erheblichen Druck auf die betroffenen Heime ausüben, die Qualitätsstandards und Registrierungsanforderungen einzuhalten, weil sie bei einem drohenden Entzug der Registrierung oder auch nur bei anhaltenden negativen Schlagzeilen des Heims um die Rückzahlung der von ihnen ausgegebenen Kredite fürchten. Entsprechend wird das informelle *networking* von Mitarbeitern der Regulierungsbehörden mit Banken auch als eines derjenigen Instrumente der sog. „*networked governance*“ neben dem eigentlichen, oben beschriebenen aufsichtlichen Instrumentarium des CSA 2000-Regimes beschrie-

¹⁷¹⁸ Dazu schon oben, S. 143.

ben, mit denen Regulierungsbedienstete in England Ineffizienzen im aufsichtlichen Durchsetzungsregime kompensieren.¹⁷¹⁹

Den Heimbetreiber treffen zudem diverse Buchführungspflichten, Kopien der Buchhaltungsunterlagen hat er auf Verlangen an die CQC auszuhändigen, reg. 25(3) CHRegs 2001. Ist es wahrscheinlich, daß das Heim innerhalb der nächsten 6 Monate nicht mehr kostendeckend arbeiten kann, so ist der Betreiber verpflichtet, die CQC hierüber von sich aus zu informieren, reg. 13 der *National Care Standards Commission (Registration) Regulations 2001*. Ein Verstoß gegen eine der in reg. 25 CHReg 2001 enthaltenen Normen kann als Straftat geahndet werden, reg. 43(1) CHRegs 2001.

Was kooperative Steuerungsmechanismen angeht, enthalten zumindest die Standardvertragsmuster für die Leistungserbringungsverträge zwischen Kommunen und Heimträgern hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit der Einrichtung mit Ausnahme von der Verpflichtung zum Abschluß von Versicherungen¹⁷²⁰ keine spezifischen Aussagen. Allerdings können die Kommunen auf die Wirtschaftlichkeit eines Heims – abgesehen vom bezahlten Gebührenniveau – dadurch Einfluß nehmen, daß sie durch eine langfristig orientierte Vertragspolitik dem betreffenden Einrichtungsträger Planungssicherheit verschaffen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn *block contracts* oder Rahmenverträge mit langen Vertragslaufzeiten abgeschlossen werden.¹⁷²¹ Angesichts der signifikanten Kapitalanlagen, die die Erbringung stationärer Pflegeleistungen erfordert, empfiehlt die *Third Sector Commissioning Task Force* Vertragslaufzeiten von 10 bis 15 Jahren.¹⁷²² Einschränkend muß jedoch darauf hingewiesen werden, daß die Zunahme an Planungssicherheit für die Unternehmer umgekehrt regelmäßig zu einem geringeren Gebührenniveau führt.

(2) Kontinuität der Pflege: Heimschließungen und Kündigung des Pflegeplatzes

Heimschließungen wurden bereits im Zusammenhang mit der Übernahme staatlicher Verantwortung für das Vorhandensein einer ausreichenden Heiminfrastuktur thematisiert. An dieser Stelle soll diese Problematik unter einem etwas anderen Gesichtspunkt erneut aufgegriffen werden, nämlich konkret bezogen auf einzelne Heime, deren Schließung bevorsteht, und damit zugleich auch mit Blick auf diejenigen Bewohner, denen eine einschneidende Störung der Kontinuität ihrer Pflege droht. Aus dieser Perspektive betrachtet stellt sich eine Heimschließung als struktureller Aspekt der Qualität der Pflege der betreffenden Bewohner dar. Untersuchungen legen einen Zusammenhang zwischen Umzügen, die durch Heimschließungen erforderlich wurden, und der Mortalität unter Heimbewohnern nahe. Zudem scheinen die Auswirkungen einer Heimschlie-

1719 *Braithwaite/Makkai/Braithwaite*, Regulating aged care, S. 172, 300.

1720 *Department of Health*, Report of the Third Sector Commissioning Task Force. Part II, S. 56.

1721 Zu den Vertragstypen und den unterschiedlichen Vorgehensweise und Präferenzen von *local authorities* und Heimbetreibern s. oben, S. 200 ff.

1722 *Department of Health*, Report of the Third Sector Commissioning Task Force. Part II, S. 42.

Bung auf die Gesundheit der Bewohner maßgeblich von der Art und Weise der Schließung und der Organisation des Umzugs abzuhängen.¹⁷²³

Auf der Ebene des einzelnen Heims fand – abgesehen von den im Vorfeld ansetzenden, auf die wirtschaftliche Führung des Heims bezogenen Instrumenten – lange Zeit so gut wie keine staatliche Einflußnahme zur Verhinderung einer einmal aus unternehmerischen Gründen getroffenen Entscheidung eines privaten Trägers, ein Heim zu schließen, statt. Insbesondere wurde dem einzelnen Bewohner – anders als im Zusammenhang mit der Schließung von Heimen des öffentlichen Sektors¹⁷²⁴ – praktisch keine rechtliche Handhabe gegeben, um gegen die Schließung des von ihnen bewohnten Heimes vorzugehen.

(a) *Heimschließungen und der Human Rights Act 1998*

Mit Inkrafttreten des *Human Rights Act 1998* war zwar die Möglichkeit geschaffen worden, die Verletzung von Rechten aus der EMRK auch vor englischen Gerichten zu rügen.¹⁷²⁵

Nach dem bislang geltenden *case law* war der HRA 1998 allerdings auch dann nicht auf Pflegeheime des privaten Sektors anwendbar, wenn diese Leistungen für *local authorities* nach ss. 21(1), 26 NAA 1948 erbrachten.

Diese Rechtslage wurde nunmehr mit Inkrafttreten des HSCA 2008 geändert. Bevor hierauf eingegangen wird, soll jedoch zunächst die bisherige Spruchpraxis der Gerichte zur Anwendbarkeit des HRA 1998 dargestellt werden, weil die jüngste Rechtsänderung nur vor diesem Hintergrund verständlich wird und weil sich aus dem *case law* einige über die konkrete Fragestellung hinausgehenden Erkenntnisse im Hinblick auf die Heranziehung der Heime des privaten Sektors zur Erfüllung der Pflicht aus s. 21(1) NAA 1948 und ihr Verhältnis zum staatlichen Sektor gewinnen lassen.

(aa) *Anwendbarkeit des Human Rights Act 1998 nach bisheriger Rechtslage*

In einer im Juni 2007 ergangenen, sehr umstrittenen Entscheidung urteilte das *House of Lords*, daß der HRA 1998 schon deswegen keine Handhabe gegen die Schließung eines privat betriebenen Heims biete, weil ein solches Heim auch dann, wenn es Unter-

1723 Vgl. *Williams/Netten/Ware*, Managing the Care Home Closure Process, *British Journal of Social Work* (2007) 37, S. 910 m.w.N.; *Williams/Netten*, English Local Authority Powers, *British Journal of Social Work* (2005) 35, S. 923.

1724 Dazu ausführlich *Clements/Thompson*, Community Care and the Law, S. 232 ff.; vgl. auch *R v North and East Devon Health Authority ex p Coughlan* [2001] Q.B. 213 (hinsichtlich eines gegebenen Versprechens, lebenslang im Heim wohnen zu können, sowie der Geltendmachung von Menschenrechten), *R v Devon County Council ex p Baker* [1995] 1 All ER 73 (hinsichtlich fehlerhafter bzw. unterlassener Anhörungen), *R (Dudley, Whitbread and others) v East Sussex County Council* [2003] EWHC 1093 (Admin) (bezüglich der Nichteinstellung relevanter Erwägungen in die Entscheidung sowie der Geltendmachung von Menschenrechten), *R (Madden) v Bury Metropolitan Borough Council* (2002) 5 CCLR 622 (hinsichtlich fehlerhafter Anhörung und Geltendmachung von Menschenrechten).

1725 Zum Hintergrund der Einführung des HRA 1998 siehe *Home Office*, Rights Brought Home: the Human Rights Bill (Cm 3782).

kunfts-, Verpflegungs- und Pflegeleistungen aufgrund eines Leistungserbringungsvertrags mit einer Kommune erbringe, nicht als staatliche Behörde (*public authority*) i.S.v. s. 6(3)(b) des HRA 1998 gelte und in der Konsequenz auch nicht gem. s. 6(1) HRA 1998 an die Rechte der EMRK gebunden sei.¹⁷²⁶ Die für die Entscheidung zentralen ss. 6(1) und 6(3) HRA 1998 lauten:

„6. - *Acts of public authorities.*

- (1) *It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention . right.*
- (2) *[...]*
- (3) *In this section “public authority” includes -*
 - (a) *[...]*
 - (b) *any person certain of whose functions are functions of a public nature, but does not include either House of Parliament or a person exercising functions in connection with proceedings in Parliament.”*

S. 6(3) HRA 1998 hat die Funktion, die Definition von „*public authorities*“ auf solche Rechtspersonen auszudehnen, die zwar keine öffentlichen Behörden im klassischen Sinne¹⁷²⁷ darstellen, die aber als *hybrid* oder *functional authorities*¹⁷²⁸ (auch) Aufgaben öffentlicher Natur erfüllen.

Im Vorfeld der Entscheidung des *House of Lords* waren einige Argumente auch zugunsten der Anwendbarkeit von s. 6(3) HRA 1998 auf privat betriebene Pflegeheime, die Leistungen für Kommunen eines Vertrags nach ss. 21, 26 NAA 1948 erbringen, vorgetragen worden. Diesen schlossen sich die beiden Richter Baroness Hale of Richmond und Lord Bingham of Cornhill in ihren *dissenting votes* zur genannten Entscheidung an. Unter anderem war angeführt worden, der Schutz durch die EMRK könne nicht von der Art und Weise der Aufgabenerfüllung, d.h. davon abhängen, ob die Kommunen ihre Leistungen „*in-house*“, also in den von ihnen selbst getragenen Heimen erfüllen, oder ob sie hierzu auf Heime des privaten Sektors zurückgreifen. Es sei nur schwer verständlich, warum sich der Charakter einer Aufgabe dadurch ändern solle, daß sie im Rahmen eines *contracting-out* erfüllt wird.¹⁷²⁹ Der Rückgriff auf ein *contracting-out* zur Leistungserbringung bedeute keineswegs, daß öffentlich-rechtliche Bindungen zwingend entfallen müßten.¹⁷³⁰ Außerdem war vorgetragen worden, daß

1726 YL v Birmingham City Council (2007) 10 CCLR 505; zu dieser Entscheidung s. etwa Woolf/Jowell/Le Sueur, De Smith’s Judicial Review, S. 149 ff.; Landau, PL 2007, S. 630 ff.; sehr ablehnend gegenüber dieser Entscheidung House of Lords/House of Commons (Joint Committee on Human Rights), The Human Rights of Older People in Healthcare, Eighteens Report of Session 2006-2007, HL 156-I/HC 378-I, para 159. Für eine weitere Auslegung von s. 6(3) HRA 1998, die all diejenigen Aktivitäten umfassen sollte, für die die Regierung im öffentlichen Interesse Verantwortung übernommen hat, House of Lords/House of Commons (Joint Committee on Human Rights), The Meaning of Public Authority under the Human Rights Act, Seventh Report of Session 2003-2004, HL 39/HC 382 para 41 ff., 93 ff. Für eine enge Auslegung von s. 6(3) HRA 1998 mit überzeugenden Argumenten hingegen Oliver, PL 2004, S. 329 ff.

1727 Zu diesen „*core*“ *public authorities* s. Landau, PL 2007, S. 630 ff.

1728 Hierzu Landau, PL 2007, S. 631 f.; Oliver, PL 2004, S. 337.

1729 So etwa Craig, L.Q.R. 2002, S. 554, 556.

1730 Craig, L.Q.R. 2002, S. 555.

das White Paper „*Rights brought home: the Human Rights Bill*“ gerade den Fall der privatisierten Dienstleistungsunternehmen („*companies responsible for areas of activity which were previously within the public sector, such as the privatised utilities*“¹⁷³¹) als Anwendungsfall von s. 6(3) HRA 1998 gesehen habe, als es mit dem HRA 1998 ein effektives Instrumentarium zur nationalen Durchsetzung der Rechte der EMRK schaffen wollte.¹⁷³² Für die Anwendbarkeit von s. 6(3) HRA 1998 auf Heime in privater Trägerschaft spreche zudem, daß das Parlament, als es den HRA 1998 erließ, kaum im Sinn gehabt haben könne, den Bewohnern privater Pflegeheime, die mit zu den schwächsten Mitgliedern der Gesellschaft zählen, den Schutz der EMRK vorzuenthalten.¹⁷³³

Das *House of Lords* verwarf diese Argumente in dem mit drei gegen zwei Stimmen ergangenen Urteil. Zwischen der eigenhändigen Leistungserbringung und derjenigen durch Private lägen entscheidende Unterschiede: während die Kommunen die Leistungen aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Pflicht erbrächten und mit öffentlichen Geldern finanzierten, erfüllten die privaten Heime privatrechtliche Verträge, aufgrund derer für die Kommunen vertragliche Pflichten zur Begleichung der Heimgebühren entstünden.¹⁷³⁴ Ob eine Rechtsperson Aufgaben öffentlicher Natur im Sinne von s. 6(3) HRA 1998 erfülle, dürfe nicht instinktiv entschieden werden, sondern müsse nach Kriterien wie der Ausübung spezieller Befugnisse, dem Vorhandensein einer demokratischen Verantwortlichkeit, der Finanzierung mit öffentlichen Mitteln, der Verpflichtung, in öffentlichem Interesse zu handeln oder einer gesetzlichen Grundlage der betreffenden Institution beurteilt werden.¹⁷³⁵ Ein privates Heim übe aber gerade keine staatlichen Befugnisse oder Pflichten aus.¹⁷³⁶ Es sei auch nicht zu staatlichen Zwecken gegründet worden oder mit öffentlichen Mitteln finanziert,¹⁷³⁷ sondern über privatvertraglich vereinbarte Heimgebühren. Auch das Vorhandensein umfangreicher staatlicher Regulierung sei kein ausschlaggebender Gesichtspunkt, einen Träger als eine Person anzusehen, die *public functions* ausübt. Eher sei der gegenteilige Schluß gerechtfertigt, wofür zudem die privaten, kommerziellen Motive der Ausübung der in Rede stehenden Funktionen sprächen.¹⁷³⁸

1731 *Home Office*, Rights Brought Home: the Human Rights Bill (Cm 3782), para 2.2.

1732 *Baroness Hale of Richmond* in *YL v Birmingham City Council* (2007) 10 CCLR 505, 520.

1733 *Lord Bingham of Cornhill* in *YL v Birmingham City Council* (2007) 10 CCLR 505, 509.

1734 *Lord Scott of Foscote* in *YL v Birmingham City Council* (2007) 10 CCLR 505, 514.

1735 *Lord Mance* in *YL v Birmingham City Council* (2007) 10 CCLR 505, 530 f. mit Verweis auf *Lord Nicholls* in *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank* [2003] UKHL 37 para 7-12.

1736 Werden in einem Heim hingegen Bewohner auch in Gewahrsam genommen, spricht sich *Landau*, PL 2007, S. 638, dafür aus, die damit in Beziehung stehenden Aktivitäten des Heimträgers als *public functions* zu erachten; in diesem Sinne auch *Oliver*, PL 2004, S. 336.

1737 *Lord Mance* in *YL v Birmingham City Council* (2007) 10 CCLR 505, 534; *Lord Neuberger of Abbotsbury* in *YL v Birmingham City Council* (2007) 10 CCLR 505, 551 ff. Zu diesem Aspekt auch *Landau*, PL 2007, S. 634.

1738 *Lord Mance* in *YL v Birmingham City Council* (2007) 10 CCLR 505, 540.

Auch wenn dieser Begründung grundsätzlich zuzustimmen ist, ist es jedoch sehr fraglich, dabei auf die kommerzielle Motivation als Indikator abzustellen. Zum einen ist nicht ersichtlich, daß das *House of Lords* bei einer gemeinnützigen Einrichtung anders entschieden hätte. Zum anderen liegt die Vermutung nahe, daß diesem Aspekt in einer Entscheidung über privat betriebene Gefängnisse gerade keine wesentliche Bedeutung zuerkannt würde.¹⁷³⁹ Überdies können auch staatliche Akteure kommerzielle Interessen verfolgen. Obgleich es in der Natur von Indikatoren liegt, daß sie gerade keine scharfen Abgrenzungen ermöglichen, ist doch sehr zweifelhaft, ob dem Kriterium der Motivation überhaupt eine indizielle Aussagekraft zugeschrieben werden kann.

Schon zuvor hatte der *Court of Appeal* in ähnlicher Weise wie das *House of Lords* entschieden, daß ein privater Träger, der Leistungen für eine lokale Behörde aufgrund eines Vertrags nach s. 26 NAA 1948 erbringt, aufgrund des Fehlens gesetzlich verliehener Sonderbefugnisse nicht „in die Fußstapfen“ der Kommune getreten sei.¹⁷⁴⁰ Daß eine Behörde durch den Leistungsbezug von einem Privaten gleichzeitig eine gesetzliche Pflicht erfülle, würde aus etwas, das sonst ein privater Akt sei, nicht automatisch einen öffentlichen Akt machen.¹⁷⁴¹ Hieran ändere sich im Übrigen auch dann nichts, wenn es sich um einen gemeinnützig agierenden Träger handle.¹⁷⁴²

Für die (Mehrheits-)Meinung des *House of Lords* und des *Court of Appeal* spricht bei genauer Betrachtung auch der Inhalt von s. 21(1) NAA 1948. In der ursprünglichen Form, in der diese Norm 1948 erlassen wurde, hieß es, die Kommunen hätten die Pflicht „to provide for residential accommodation“. Nach s. 26(1) NAA 1948 konnte diese Pflicht auch durch einen Rückgriff auf Träger des gemeinnützigen Sektors erfüllt werden. 1972 erhielt s. 21(1) NAA 1948 ihre gegenwärtige Fassung, wonach die Pflicht der Kommune nunmehr darin besteht, „to make arrangements for providing accommodation“. Seit 1993 erlaubt s. 26(1) NAA zu diesem Zweck Vereinbarungen auch mit privat-kommerziellen Trägern. Die aktuelle Fassung des NAA 1948 unterscheidet damit zwischen einer Kommune mit der Pflicht, Vorkehrungen für die Erbringung von stationären Pflegeleistungen zu treffen, und Heimen des privaten Sektors, die Leistungen aufgrund einer vertraglichen Beziehung mit der jeweiligen Lokalbehörde erbringen. Mit der Änderung im Jahre 1972 wurde der Inhalt der Pflicht aus s. 21(1) NAA 1948 flexibilisiert, so daß sie nun schon durch das Treffen entsprechender „arrangements“ mit privaten

1739 Zu dieser Kritik vgl. *Landau*, PL 2007, S. 636.

1740 R (Heather and others) v Leonard Cheshire Foundation and another [2002] 2 All E.R. 936, 946: „LCF [Leonard Cheshire Foundation] is not standing in the shoes of the local authority. Section 26 of the 1948 Act provides statutory authority for the actions of the local authority but provides LCF with no powers. LCF is not exercising statutory powers in performing functions for the appellants“; zu dieser Entscheidung etwa *Oliver*, PL 2004, S. 332 f.

1741 *Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd v Donoghue* [2001] 4 All ER 604, 605.

1742 *Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd v Donoghue* [2001] 4 All ER 604, 621.

Heimträgern erfüllt werden kann.¹⁷⁴³ Daraus folgt zugleich, daß es sich beim Rückgriff auf private Heime streng genommen nicht um ein *contracting-out* einer Verpflichtung handelt: eine Verpflichtung, Leistungen selbst zu erstellen, die dann auf den privaten Sektor übertragen worden wäre, trifft die Kommune nach der aktuellen Gesetzesfassung gerade nicht mehr.¹⁷⁴⁴ Dies zeigt, daß die eigentliche Leistungserstellung – anders als das „Arrangieren“ der Leistungen durch die Kommune – nicht notwendigerweise als staatliche Leistung, also als „*public function*“ einzustufen ist.¹⁷⁴⁵

(bb) Vertragliche Inbezugnahme der Rechte der EMRK

Weil nach der bislang geltenden höchstrichterlichen Rechtsprechung der HRA 1998 keine unmittelbare Handhabe gegen die Schließung von privaten Heimen aus unternehmerischen Gründen bot, wurden in die zwischen den Kommunen und den Heimträgern geschlossenen Leistungserbringungsverträge zum Teil Klauseln aufgenommen, in denen sich der Träger zur Achtung der Rechte aus der EMRK verpflichtet hat.¹⁷⁴⁶ In der Entscheidung *YL v Birmingham City Council*¹⁷⁴⁷ klingt sogar eine Pflicht der kommunalen Sozialbehörden zur Sicherung der Menschenrechte des Bewohners in dessen Verhältnis zum Heimträger an. Auch eine (unverbindliche) *guidance* des *Office of the Deputy Prime Minister*¹⁷⁴⁸ empfahl, Leistungsempfängern durch Spezifizierung des Leistungsinhalts in den Leistungserbringungsverträgen ein mit dem HRA 1998 vergleichbares Schutzniveau zu sichern.¹⁷⁴⁹

Allerdings konnte auch diese Praxis nicht als wirksamer Schutz gegen Schließungen privater Pflegeheime angesehen werden. Zum einen ist keineswegs sicher, daß alle Leistungserbringungsverträge auch tatsächlich entsprechende Klauseln aufwiesen. Von den bereits mehrfach zitierten Musterverträgen enthält jedenfalls keiner eine Klausel, die eine explizite Bindung an die Rechte der EMRK bewirken würde.¹⁷⁵⁰ Nur einer der Verträge sieht vor, daß der Heimträger bei der Leistungserbringung auch den HRA 1998 „in Betracht ziehen“ soll.¹⁷⁵¹ Selbst wenn der betreffende Vertrag eine entsprechende Klausel enthält, folgt daraus nicht automatisch, daß der Leistungsempfänger als Dritter hieraus erwachsende Rechte geltend machen kann. Nach der „*privity of con-*

1743 *Lord Mance* in *YL v Birmingham City Council* (2007) 10 CCLR 505, 539 f. unter Bezugnahme auf *Lord Hoffmann* in *R v Wandsworth London Borough Council ex p Beckwith* [1996] 1 All ER 129, 131 f.

1744 *Lord Neuberger of Abbotsbury* in *YL v Birmingham City Council* (2007) 10 CCLR 505, 548.

1745 *Lord Mance* in *YL v Birmingham City Council* (2007) 10 CCLR 505, 540; in diesem Sinne auch schon *Oliver*, PL 2004, S. 336.

1746 So etwa auch in dem Fall, der der Entscheidung *YL v Birmingham City Council* zugrunde liegt, vgl. (2007) 10 CCLR 505, 515, 526 f.

1747 Vgl. *YL v Birmingham City Council* (2007) 10 CCLR 505, 541.

1748 Jetzt *Department of the Communities and Local Government*.

1749 *Office of the Deputy Prime Minister*, Guidance on contracting for services in the light of the Human Rights Act 1998, S. 3 ff.

1750 Vgl. *Department of Health*, Report of the Third Sector Commissioning Task Force. Part II, S. 49 ff.; *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 2, S. 27 ff.

1751 *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 2, S. 34.

tract“-Doktrin¹⁷⁵² des englischen Vertragsrechts ist es dem Heimbewohner als Vertragsdritten grundsätzlich nicht möglich, Rechte aus einem zwischen Heimträger und Kommune geschlossenen Vertrag geltend zu machen. Nur in Ausnahmefällen, nämlich bei Aufnahme von Rechten, die explizit oder implizit einem Dritten zukommen sollen, kann dieser nach s. 1(1) des *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*¹⁷⁵³ eigene Rechte geltend machen.¹⁷⁵⁴ Viele Leistungserbringungsverträge enthalten jedoch ausdrückliche Klauseln, wonach Dritten gerade keine Rechte nach dem *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* eingeräumt werden sollen.¹⁷⁵⁵ Als Grund hierfür wird u.a. angeführt, daß der Vertrag sonst später unter Umständen nicht mehr ohne Zustimmung des Bewohners abgeändert oder gekündigt werden könne.¹⁷⁵⁶ Als Argument für den gänzlichen Ausschluß von Rechten nach dem *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* trägt diese Begründung aber freilich schon deshalb nicht, weil sich die Vertragsparteien auch das Recht, den Vertrag ohne den betreffenden Dritten aufheben oder abändern zu können, gem. s. 2(3)(a) des *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* vorbehalten könnten.

(cc) Anwendbarkeit des HRA 1998 gemäß s. 145 HSCA 2008

In Reaktion auf das zitierte, vom Parlament als unbefriedigend empfundene¹⁷⁵⁷ Urteil des *House of Lords*¹⁷⁵⁸ wurde die Rechtslage nunmehr mittels einer gesetzlichen Neuregelung durch s. 145(1) HSCA 2008 geändert:¹⁷⁵⁹

„(1) A person („P“) who provides accommodation, together with nursing or personal care, in a care home for an individual under arrangements made with P under the relevant statutory provisions is to be taken for the purposes of subsection (3)(b) of section 6 of the Human Rights Act 1998 (c. 42) (acts of public authorities) to be exercising a function of public nature in doing so.”

Zu beachten ist, daß diese Vorschrift private Heimträger nur gegenüber denjenigen Bewohnern zur Beachtung der Rechte der EMRK verpflichtet, deren Unterbringung eine Leistung der Kommune nach s. 21(1) NAA 1948 bildet. Dies führt allerdings dazu,

1752 Grundlegend *Tweddle v Atkinson* [1861-1873] All ER 369; ausführlich zur Doktrin *Treitel*, *The Law of Contract*, S. 580 ff.; *Whincup*, *Contract Law and Practice*, S. 81 ff.; s. auch *Collins*, *The Law of Contract*, S. 302 ff.

1753 1999 chapter 31.

1754 Dazu *Treitel*, *The Law of Contract*, S. 651 ff.; *Whincup*, *Contract Law and Practice*, S. 83 f.; speziell bezogen auf die *residential care*: *Palmer*, *Journal of Social Welfare and Family Law* 22 (2000), S. 461 ff.

1755 *Care Services Improvement Partnership*, *A Guide to Fairer Contracting Part 1*, S. 21; vgl. auch *Department of Health*, *Report of the Third Sector Commissioning Task Force. Part II*, S. 63; siehe auch *Ridout*, *Care Standards*, S. 37; zu diesem Aspekt ferner *Craig*, *Contracting Out, the Human Rights Act and The Scope of Judicial Review*, L.Q.R. 2002, vol. 118, S. 560 f.

1756 *Care Services Improvement Partnership*, *A Guide to Fairer Contracting Part 1*, S. 21.

1757 *S. House of Lords/House of Commons (Joint Committee on Human Rights)*, *The Human Rights of Older People in Healthcare*, *Eighteens Report of Session 2006-2007*, HL 156-I/HC 378-I, para 159: „a very disappointing decision“.

1758 *YL v Birmingham City Council* (2007) 10 CCLR 505.

1759 Gemäß art. 2 der *Health and Social Care Act 2008 (Commencement No. 4) Order 2008* (S.I. 2008 No 2994) trat diese Vorschrift zum 1. Dezember 2008 in Kraft.

daß Privatzahler künftig einen schlechteren Schutz genießen als die von der Kommune unterstützten Heimbewohner. Dies mag zwar insofern gerechtfertigt sein, als sich nur bei den Empfängern von Leistungen nach s. 21(1) NAA 1948 nach dem bisherigen *case law* das Problem gestellt hatte, daß ihnen durch die Entscheidung der Lokalbehörde, die Leistungen nicht eigenhändig zu erbringen, sondern von einem Privaten zu beziehen, der Schutz durch die Rechte der EMRK genommen wurde, den sie ansonsten gehabt hätten. Andererseits aber darf nicht übersehen werden, daß die Frage, ob jemand als Privatzahler oder als Leistungsempfänger einer Kommune untergebracht ist, in den meisten Fällen nur von der finanziellen Situation des Pflegebedürftigen abhängt. Ob diese jedoch über den Zugang zu Rechtsschutz nach dem HRA 1998 entscheiden soll, ist zumindest aus rechtspolitischer Sicht fragwürdig. Jedenfalls dürfte durch diese Abgrenzung auch die Streitfrage, inwiefern Pflichten nach s. 21(1) NAA auch bei finanzieller Leistungsfähigkeit der Pflegebedürftigen bestehen,¹⁷⁶⁰ zusätzlich an Brisanz gewinnen.

Aus steuerungstheoretischer Perspektive ist die Bindung der Betreiber an den HRA 1998 zum einen als eine weitere Form der Ge- und Verbotssteuerung zu sehen. Nimmt man die damit gleichzeitig verbundene Stärkung der Rechte der Bewohner in den Blick, liegt darin zugleich eine Regulierung durch die Stärkung von Konsumentenrechten.

Inwiefern die Bindung der Heimträger an den HRA 1998 tatsächlich zu einem verbesserten Rechtsschutz Pflegebedürftiger bei Heimschließungen führen kann, wird im Folgenden erörtert.

(dd) Art. 2, 3 und 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten

Bei einer Schließung von Pflegeheimen können vor allem die über ss. 6(1) i.V.m. 1(1) HRA 1998 in Bezug genommenen Art. 2, 3 und 8 EMRK Bedeutung erlangen. Eine Verletzung von Art. 2 EMRK (Recht auf Leben) in Gestalt der Pflicht des Staates, Leben zu schützen,¹⁷⁶¹ kann vorliegen, wenn das Leben eines Bewohners aufgrund der Schließung des Heims und der damit verbundenen Notwendigkeit des Umzugs in ein anderes Heim ernsthaft gefährdet ist.¹⁷⁶² Auch das in Art. 8 Abs. 1 EMRK enthaltene Recht auf Achtung der Wohnung kann relevant werden: Gerichte bejahten bereits mehrfach einen Eingriff bei der Schließung von Einrichtungen durch englische Behörden.¹⁷⁶³ Der Eingriff kann aber freilich durch das Interesse an einer effizienten Verwendung öffentlicher Mittel gerechtfertigt sein (vgl. Art. 8 Abs. 2 EMRK).¹⁷⁶⁴ In Be-

1760 S. oben, S. 182 ff.

1761 Zur Schutzpflichtendimension von Art. 2 EMRL vgl. die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte *Osman v UK* (2000) 29 EHRR 245, 245 ff.

1762 Vgl. *R (Dudley, Whitbread and others) v East Sussex County Council* [2003] EWHC 1093 para. 27 f.

1763 *R v North and East Devon Health Authority ex p Coughlan* [2001] Q.B. 213, 254 f.; *R (Madden) v Bury Metropolitan Borough Council* (2002) 5 CCLR 622, 636 f.; *R (Goldsmith) v Wandsworth London Borough Council* (2004) 7 CCLR 472.

1764 *R (Dudley, Whitbread and others) v East Sussex County Council* [2003] EWHC 1093 para. 32 f.; zur Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in Art. 8 Abs. 1 EMRK s. auch *Clements/Thompson, Community Care and the Law*, S. 802 f.

tracht kommt grundsätzlich auch die Geltendmachung einer Verletzung von Art. 3 EMRK (Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung), allerdings bedarf es hierzu einer gewissen Schwere des Eingriffs, die bei politischen Strategieentscheidungen öffentlicher Behörden über die Verwendung und Verteilung öffentlicher Mittel bislang stets abgelehnt wurde.¹⁷⁶⁵

(ee) Stellungnahme

Inwiefern sich der Schutz der Bewohner privater Pflegeheime gegen einen Verlust ihres Pflegeplatzes infolge der Schließung des Heims durch das Inkrafttreten von s. 145 HSCA 2008 tatsächlich erhöht, läßt sich nur schwer abschätzen.

Zunächst zeigen Entscheidungen, die im Zusammenhang mit der Schließung staatlicher Heime ergangen sind, daß das Fehlen ausreichender finanzieller Mittel zum Weiterbetrieb eines Heims zumindest im Hinblick auf Art. 8 EMRK als tauglicher Grund zur Rechtfertigung eines Eingriffs angesehen werden.¹⁷⁶⁶ Ob die Gerichte dies bei privaten Heimbetreibern allerdings auch als öffentliches Interesse im Sinne von Art. 8 Abs. 2 EMRK anerkennen werden, bleibt abzuwarten.

Unklar ist bislang ferner, welches Gewicht die Gerichte der unternehmerischen Entscheidung, ein unwirtschaftliches Heim nicht länger betreiben zu wollen, zumessen werden. Mit dem bereits vor Inkrafttreten von s. 145 HSCA 2008 gegen die Anwendbarkeit des HRA 1998 auf private Träger vorgebrachten Argument, Heimbetreiber des privaten Sektors dürften nicht durch öffentlich-rechtliche Bindungen zur Weiterführung eines unwirtschaftlichen Betriebs verpflichtet werden,¹⁷⁶⁷ werden sich die Gerichte nunmehr auf der Rechtfertigungsebene auseinanderzusetzen haben. Selbst wenn der unternehmerischen Freiheit aber grundsätzlich eine Vorrangstellung eingeräumt werden sollte, wird die im Rahmen der Prüfung von Verstößen gegen den HRA 1998 auch von englischen Gerichten mittlerweile angewandte Verhältnismäßigkeitsprüfung¹⁷⁶⁸ aber möglicherweise zumindest dazu führen, daß der Heimbetreiber gewisse Übergangsmaßnahmen zur Milderung der Auswirkungen auf die Bewohner ergreifen muß. Denkbar ist ferner, daß die Gerichte zur Wahrung der Rechte der EMRK künftig eine stärkere prozedurale Einbeziehung der Bewohner in den Entscheidungsprozeß über die Schließung und deren Abwicklung verlangen.

In tatsächlicher Hinsicht wird die Schwierigkeit bleiben, daß einige Bewohner entweder keine Kenntnis von ihren Rechten haben oder nicht über hinreichend finanzielle Mittel verfügen, einen Rechtsstreit zur Durchsetzung der Gewährleistungen der EMRK

1765 Vgl. R (Dudley, Whitbread and others) v East Sussex County Council [2003] EWHC 1093 para. 29 f.; vgl. auch *Clements/Thompson*, Community Care and the Law, S. 798 f.

1766 Vgl. R (Dudley, Whitbread and others) v East Sussex County Council [2003] EWHC 1093 para. 32 f.

1767 *Vincent-Jones*, Citizen Redress in Public Contracting for Human Services, MLR 68 (2005), S. 903.

1768 Vgl. R Secretary of State for the Home Department ex p Daly [2001] 3 All ER 433; R v Shayler [2003] 1 A.C. 247, 272. S. dazu etwa *Craig*, Administrative Law, S. 591 ff.

auszutragen.¹⁷⁶⁹ Anders als bei staatlich betriebenen Heimen ist darüber hinaus anzunehmen, daß die Rechtsdurchsetzung gegen den Heimträger in letzter Konsequenz auch an einer Insolvenz des Betreibers scheitern könnte.

(b) Steuerung des Heimschließungsprozesses

Nicht nur das „Ob“ einer Heimschließung, sondern auch der Heimschließungsprozeß als solcher ist von zentralstaatlicher Seite weitgehend unreguliert. Reg. 15(2) und 15(3) der *National Care Standards Commission (Registration) Regulations 2001* verlangen eine Anzeige an die Regulierungsbehörde drei Monate vor Schließung des Heims bzw. binnen sieben Tagen auch an dessen Bewohner. Der Schließungsprozeß wurde jedenfalls in der Praxis der bisherigen Regulierungsbehörde CSCI nicht weiter begleitet oder überwacht.¹⁷⁷⁰

Eine aktivere Rolle nehmen die Kommunen ein, wenngleich auch hier keine Gesetze existieren, die deren Aufgaben und Befugnisse im Zusammenhang mit der Schließung von Heimen explizit normieren würden.¹⁷⁷¹ Hinsichtlich der Schließung ihrer eigenen Heime wurde den Kommunen vom Gesundheitsministerium eine Ausfertigung der primär an NHS-Behörden gerichteten *health service guidance* „*Transfer of frail older NHS patients to other long stay settings*“¹⁷⁷² zugeleitet, die verschiedene erforderliche Schritte im Zusammenhang mit der Heimschließung aufzeigt und insbesondere die Notwendigkeit eines transparenten Vorgehens und von Anhörungen der Bewohner beim Schließungsprozeß betont. Diese *guidance* hat für die Kommunen allerdings einen rein informatorischen Charakter.¹⁷⁷³ Zudem haben die *care manager* der kommunalen Sozialbehörden unabhängig von der Trägerschaft des schließenden Heimes die Aufgabe, Bewohnern, deren Heimaufenthalt von der Kommune finanziert wird, bei der Beschaffung eines alternativen Pflegeplatzes zu helfen. Hinter dieser Aufgabe des *care manager* steht die Pflicht der Kommune, für die als stationär pflegebedürftig eingestuft Personen Leistungen nach s. 21(1)(a) NAA 1948 zu erbringen. Dieser Pflicht können sich die zuständigen Behörden auch nicht unter Verweis auf fehlende Kapazitäten entziehen. In

1769 Vgl. *Office of the Deputy Prime Minister*, Guidance on contracting for services in the light of the Human Rights Act 1998, S. 4. Den vertraglich gewährten Schutz der Menschenrechte halten auch *JUSTICE*, *Liberty*, *The British Institute of Human Rights*, *Help the Aged*, *Age Concern* und die *Disability Rights Commission* für weniger effektiv als den durch den HRA 1998 vermittelten Schutz, vgl. die Erwiderung auf die oben zitierte Entscheidung des *House of Lords* im Fall *YL v Birmingham City Council*, s. <http://www.bih.org.uk/sites/default/files/YL_Response_of_Interveners.pdf>, S. 6 f.

1770 Vgl. *Williams/Netten/Ware*, Managing the Care Home Closure Process, *British Journal of Social Work* (2007) 37, S. 913 f.

1771 Kritisch bezüglich des Fehlens klarer Kompetenzen und Verantwortungszuteilungen an die *local authorities* und die nationale Regulierungsbehörde *Williams/Netten*, *English Local Authority Powers*, *British Journal of Social Work* (2005) 35, S. 933, sowie *Netten* u.a., *Understanding Public Services*, S. 25.

1772 *Department of Health*, HSC 1998/048.

1773 Vgl. *R (Dudley, Whitbread and others) v East Sussex County Council* [2003] EWHC 1093 (Admin) para. 24.

einigen Kommunen sind vor diesem Hintergrund Ablaufprotokolle für das Vorgehen bei Heimschließungen vorhanden.¹⁷⁷⁴

In der Unterstützung bei der Beschaffung eines alternativen Heimplatzes im Falle einer Heimschließung zeigt sich eine gewisse staatliche Auffangverantwortung bei einem Leistungsausfall des privaten Sektors, auch wenn diese nicht primär in einer die private Leistungserstellung ersetzenden eigenhängigen Leistungserstellung besteht. Dennoch aber „fängt“ der Staat ein Versagen des privaten Sektors „auf“ und hilft, die dadurch entstehende kritische Situation zu entschärfen.

Auch bei Selbstzahlern haben die *care manager* die Aufgabe, diese zu informieren und im Zusammenhang mit dem Heimwechsel zu unterstützen.¹⁷⁷⁵ Hierbei handelt es sich allerdings nicht um die Erfüllung einer Pflicht nach s. 21(1)(a) NAA 1948, sondern um die generelle kommunale Aufgabe, gebrechliche Personen zu schützen.¹⁷⁷⁶ In der Praxis bieten jedoch keineswegs alle Kommunen Selbstzahlern Unterstützung an,¹⁷⁷⁷ und auch Art und Umfang der Hilfeleistungen, die die *care manager* den Bewohnern, deren Heimaufenthalt durch die Kommune finanziert wird, zukommen lassen, variiert stark.¹⁷⁷⁸ Limitierend wirken diesbezüglich insbesondere die begrenzten personellen Ressourcen der kommunalen Sozialämter.¹⁷⁷⁹

(c) Staatliche Einflußnahme auf die Kündigung von Pflegeplätzen

Unabhängig von Heimschließungen ist die Kontinuität der Pflege auch im Falle einer Kündigung des Heimplatzes durch den Heimträger in Gefahr. Aufgrund des Fehlens gesetzlicher Regelungen, die sich spezifisch mit dem Heimvertrag und dessen Kündigungsmöglichkeiten befassen, beschränkt sich die Einflußnahme durch staatliche Stellen in diesem Zusammenhang bislang praktisch auf zwei Aspekte: eine entsprechende Vertragsgestaltung durch die Kommunen und – bei Privatzahlern – Verbraucherschutzvorschriften und Informationen über deren Bedeutung für Heimverträge.

Die Kommunen können durch eine entsprechende Gestaltung der Leistungserbringungsverträge für einen gewissen Schutz sorgen, indem sie die Kündigungsrechte des Heimbetreibers genau und abschließend regeln und auf einzelne schwerwiegende Ausnahmefälle beschränken. Vor dem Hintergrund der schweren gesundheitlichen Auswir-

1774 *Williams/Netten*, Guidelines for the Closure of Care Homes, S. 14 ff.

1775 *Williams/Netten/Ware*, Managing the Care Home Closure Process, *British Journal of Social Work* (2007) 37, S. 909.

1776 Vgl. *Williams/Netten/Ware*, Managing the Care Home Closure Process, *British Journal of Social Work* (2007) 37, S. 910.

1777 Zur unterschiedlichen Praxis siehe *Williams/Netten/Ware*, Managing the Care Home Closure Process, *British Journal of Social Work* (2007) 37, S. 910 f.; *Williams/Netten*, English Local Authority Powers, *British Journal of Social Work* (2005) 35, S. 930 f.

1778 Vgl. *Williams/Netten/Ware*, The closure of care homes for older people, S. 29 ff. Zu der unterschiedlichen Politik der *local authorities* vgl. auch *Williams/Netten*, English Local Authority Powers, *British Journal of Social Work* (2005) 35, S. 928 ff.

1779 Vgl. *Williams/Netten/Ware*, Managing the Care Home Closure Process, *British Journal of Social Work* (2007) 37, S. 919; *Williams/Netten*, English Local Authority Powers, *British Journal of Social Work* (2005) 35, S. 932.

kungen, die ein erzwungener Wechsel des Heimes vor allem auf hochgradig Pflegebedürftige haben kann, dürften die Kommunen aufgrund ihrer Pflicht aus s. 21(1) NAA 1948 in Verbindung mit der Verpflichtung, in ihrem Handeln unter anderem die Rechte aus Art. 2 und 8 der EMRK positiv zu schützen,¹⁷⁸⁰ sogar verpflichtet sein, die Kündigungsrechte des Heimträgers auf wichtige Gründe zu beschränken.

Eine entsprechende Regelung, die die Gründe für die Kündigung von Vereinbarungen über individuelle Pflegeplätze seitens des Heimbetreibers benennt, findet sich im Mustervertrag der *Care Services Improvement Partnership*.¹⁷⁸¹ Aufgrund des Fehlens entsprechender empirischer Studien läßt sich jedoch nicht nachvollziehen, wie verbreitet derartige Vertragsgestaltungen in der Praxis sind. Die genannten Gründe beziehen sich zum einen auf (nicht näher genannte) Verstöße des Bewohners gegen eventuell in einem individuellen Sondervertrag (sog. *Individual Placement Agreement*)¹⁷⁸² enthaltene Vereinbarungen¹⁷⁸³ und zum anderen darauf, daß die Gesundheit oder das Wohlbefinden des Bewohners bei einem Verbleib im betreffenden Heim ernsthaft gefährdet würden, bzw. daß sich sein Pflegebedarf derart verschlechtert hat, daß das Heim eine seinen Bedürfnissen entsprechende Versorgung nicht mehr gewährleisten kann.¹⁷⁸⁴ Zudem wird in diesem Vertragsentwurf der Heimträger ausdrücklich verpflichtet, im Falle der Kündigung eines individuellen Pflegeplatzes nach Treu und Glauben („*with utmost good faith*“) mit der kommunalen *commissioning*-Abteilung zusammenzuarbeiten, um einen reibungslosen Transfer des Betroffenen in eine andere Einrichtung zu ermöglichen.¹⁷⁸⁵

Nicht unproblematisch ist jedoch die vorgeschlagene Klausel, nach der es dem Heimträger möglich sein soll, den Leistungserbringungsvertrag¹⁷⁸⁶ mit der Kommune mit einer Frist von 3 Monaten zu kündigen, wenn der Träger die Schließung des Heimes beabsichtigt. Obwohl damit zunächst nur der Rahmenvertrag mit der Kommune endet, ergeben sich – wenn der Heimträger nicht ausnahmsweise die unwirtschaftliche Variante allein eines Aufnahmestops hinsichtlich neuer Bewohner wählt – Auswirkungen auch auf die jeweiligen Einzelvereinbarungen bezüglich der einzelnen Bewohner, die mit der Schließung des Heims enden.¹⁷⁸⁷ Diese Schutzlosigkeit des einzelnen Bewohners ge-

1780 Zur Schutzdimension der Menschenrechte der EMRK vgl. etwa Young, James and Webster v UK (1982) 4 EHRR 38; X and Y v Netherlands (1986) 8 EHRR 235; Costello-Roberts v UK (1995) 19 EHRR 112; A v UK [1999] 27 EHRR 611.

1781 *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 1, S. 39 ff.

1782 Bei diesem handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen der *local authority* und einem Heimträger über die Unterbringung eines Bewohners im Heim, die nicht auf einem generellen Rahmenvertrag über die Bedingungen und Konditionen der Unterbringung beruht, sondern einen Sondervertrag darstellt, vgl. *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 1, S. 46.

1783 In einem vom *Kent County Council* verwendeten *call-off contract for residential and nursing care for older people* sieht Klausel 15.7 etwa vor, daß der Vertrag über einen Pflegeplatz gekündigt werden kann, wenn das Verhalten des Bewohners einen anhaltenden, schädlichen Effekt auf andere Bewohner bewirkt, s. <<http://www.i-apu.gov.uk/NR/rdonlyres/4A5EE532-9B54-4BC0-A3B2-299AC2953F41/0/oppreplacement.pdf>>.

1784 *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 1, S. 42.

1785 *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 1, S. 43.

1786 *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 1, S. 41 f.

1787 *So Office of Fair Trading*, Guidance on unfair terms in care home contracts, S. 17.

genüber Schließungen zeigt sich auch daran, daß manche Leistungserbringungs-(rahmen)verträge ausdrücklich regeln, daß der Rahmenvertrag bei Kündigung zumindest für die bereits aufgenommenen Bewohner weitergelten soll, daß dies aber dann nicht gilt, wenn die Vertragskündigung auf der unternehmerischen Entscheidung zur Schließung der Einrichtung beruht.¹⁷⁸⁸ Teilweise sehen die Verträge bei einer geplanten Heimschließung auch lediglich vor, daß der Heimträger die Kommune hiervon in Kenntnis setzt und diese nun ihrerseits die betreffenden Verträge mit sofortiger Wirkung kündigen kann.¹⁷⁸⁹

Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung ist die Regelung von Kündigungsgründen und damit verbunden die Frage nach der Ermöglichung von Pflegekontinuität ein Bereich, in dem kooperativen vertraglichen Mechanismen aufgrund der fehlenden spezifischen gesetzlichen Regelungen eine gewisse eigenständige Bedeutung zukommen dürfte. Was die zukünftige Entwicklung anbelangt, ist zwar durchaus denkbar, daß sich im Hinblick auf Bewohner, die Leistungen nach s. 21(1) NAA beziehen, über die Bindung des Heimträgers an den HRA 1998 mit Blick auf Art. 8 EMRK Einschränkungen der Kündigungsfreiheit in Fällen ergeben könnten, in denen die Kündigung zu einer ernsthaften Gefährdung der Gesundheit des Bewohner führen würde, ohne ihrerseits durch wichtige Gründe gedeckt zu sein. Da es sich hierbei jedoch um einen sehr engen Anwendungsbereich handelt, werden vertragliche Regelungen der Beendigungsmöglichkeiten der Leistungserbringung weiterhin von Bedeutung sein.

Hinsichtlich derjenigen Bewohner, die ihren Pflegeplatz im Heim selbst organisiert haben und für diesen selbst aufkommen, besteht die Möglichkeit der Einflußnahme über Leistungserbringungsverträge nicht. Einen gewissen, wenngleich nicht sehr ausgeprägten Schutz gegen willkürliche Kündigungen von Seiten der Heimbetreiber bieten diesen lediglich die Verbraucherschutzvorschriften der *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*¹⁷⁹⁰ (UTCCRegs 1999), die ein – wenngleich im konkreten Fall nicht sehr ausgeprägtes – Steuerungsinstrument mittels der Stärkung von Verbraucherrechten darstellt. Die UTCCRegs 1999 führen allerdings grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit bestimmter Kündigungsgründe. Aus ihnen folgt vielmehr im Wesentlichen nur, daß Kündigungsrechte nicht einseitig zulasten des Heimbewohners formuliert sein dürfen. Danach sind beispielsweise solche Klauseln *unfair* und binden gemäß reg. 8(1) UTCCRegs 1999 den Bewohner nicht, die den Heimbetreiber berechtigen, sich nach seinem Ermessen vom Vertrag zu lösen, ohne gleichzeitig aber dem Heimbewohner dasselbe Recht zuzugestehen, vgl. Sched. 2 para 1(f) UTCCRegs 1999. Eine Beschränkung auf wichtige Kündigungsgründe erfordern die UTCCRegs 1999 gem.

1788 So beispielsweise Klausel 11.4 des vom *Kent County Council* verwendeten *Pre Placement Agreement* für die Unterbringung von Erwachsenen mit einer Behinderung <<http://www.kent.gov.uk/NR/rdonlyres/E9606CA5-6C7F-4ADD-8859-7001E9D26923/0/displacement.pdf>>.

1789 So wiederum Klauseln 15.8, 19.1 des vom *Kent County Council* verwendeten *call-off contract for residential and nursing care for older people* <<http://www.i-apu.gov.uk/NR/rdonlyres/4A5EE532-9B54-4BC0-A3B2-299AC2953F41/0/oppreplacement.pdf>>.

1790 S.I. 1999 No. 2083.

Sched. 2 para. 1(g)¹⁷⁹¹ indes nur dann ausnahmsweise, wenn der Vertrag die Möglichkeit zur fristlosen Kündigung vorsieht. Jedoch bleiben auch ordentliche Kündigungen möglich, solange sie unter Wahrung einer angemessenen Frist geschehen, die es dem Bewohner ermöglicht, einen anderweitigen Pflegeplatz zu finden.¹⁷⁹²

Um den Heimbewohnern bzw. den ihnen Nahestehenden und ggf. ihren Rechtsbeiständen die Konsequenzen der UTCCRegs 1999 für *care home contracts* zu verdeutlichen, veröffentlichte das *Office of Fair Trading*, die im Vereinigten Königreich für Verbraucherschutz und Wettbewerbsangelegenheiten zuständige Behörde, im Oktober 2003 eine „*Guidance on unfair terms in care home contracts*“.¹⁷⁹³ Diese beruht auf der Analyse einer Auswahl in der Praxis eingesetzter Heimverträge und beschreibt Beispiele wirksamer und unwirksamer Klauseln in verschiedenen Regelungsbereichen des Vertrags, unter anderem auch hinsichtlich der Kündigungsklauseln.

c. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich auch für die Regulierung der Leitungsfunktionen und allgemein des Betriebs von Pflegeheimen feststellen, daß das aufsichtliche Regime des CSA 2000 das Zentrum der staatlichen Steuerungsaktivitäten bildet. Zu diesem treten weitere aufsichtliche Instrumentarien wie beispielsweise das des *Health and Safety at Work Act 1974* oder des *Food Safety Act 1990* hinzu. Allerdings bestehen die Steuerungsansätze dieser Regimes keineswegs allein in einer materiellen Ge- und Verbotssteuerung. Vielmehr gelangen mit dem HACCP-System oder den Vorgaben hinsichtlich der Durchführung von Risikoanalysen nach den *Control of Substances Hazardous to Health Regulations 2002* auch prozedurale Steuerungsinstrumente zur Anwendung.

Darüber hinaus finden sich ergänzend persuasive Steuerungsinstrumente, beispielsweise in Gestalt der Informationsbroschüren der *Health and Safety Executive* oder der *practice guides* des SCIE. Speziell bei der Einflußnahme auf die Pflegekontinuität kommen zudem auch Steuerungsmaßnahmen zum Einsatz, die auf der Stärkung von Verbraucherrechten beruhen. Dies betrifft zum einen die Bindung privater Pflegeheimträger an die Vorgaben des HRA 1998 (die aus Sicht der Betreiber auch als traditionelle, imperative Steuerung angesehen werden kann) und zum anderen die Anwendbarkeit der UTCCRegs 1999 auf Heimverträge.

Die Steuerung der Pflegekontinuität bildet überdies einen Bereich, in dem dem kooperativen Steuerungsinstrumentarium der Leistungserbringungsverträge – im Gegensatz zu den anderen Gebieten der Strukturqualitätssteuerung – durchaus eine eigene praktische Bedeutung zukommen könnte.

1791 Nach dieser Vorschrift können *unfair* sein: „*Terms which have the object or effect of [...] enabling the seller or supplier to terminate a contract of indeterminate duration without reasonable notice except where there are serious grounds for doing so.*”

1792 *Office of Fair Trading*, *Guidance on unfair terms in care home contracts*, S. 16.

1793 *Office of Fair Trading*, *Guidance on unfair terms in care home contracts*, 2003.

II. Prozeßbezogene Steuerung der Pflegequalität

Bislang wurden Instrumente der Strukturqualitätssteuerung beschrieben. Diese beeinflussen die Erstellung von Pflegeleistungen und die dadurch erzielten Pflegeergebnisse mittelbar, indem sie auf die Rahmenbedingungen einwirken, innerhalb derer Pflegeleistungen erbracht werden. Im Folgenden werden nunmehr Maßnahmen vorgestellt, die sich unmittelbar mit der Erbringung von *personal* und *nursing care*-Leistungen befassen und direkt an den Pflegeprozessen ansetzen.

1. Regelungen des CSA 2000-Regimes

Einige, oftmals sehr allgemein gehaltene pflegeprozedurale Vorgaben, die als Instrumente der imperativ-hoheitlichen Ge- und Verbotssteuerung zu qualifizieren sind, enthalten die CHRegs 2001, die durch „weiches Recht“ in Gestalt der NMS konkretisiert werden.

Sie betreffen beispielsweise die Aufstellung individueller Pflegepläne (*service user's plans*), die basierend auf einer Begutachtung des individuellen pflegerischen Bedarfs des einzelnen Bewohners erstellt werden und als Koordinationsinstrument für den Pflegeprozeß dienen. Nach reg. 14 CHRegs 2001 darf ein neuer Bewohner grundsätzlich nicht in das Heim aufgenommen werden, bevor er einer entsprechenden Begutachtung unterzogen wurde und deren Ergebnis mit ihm oder einem Vertreter beraten wurde. Bei Personen, für deren Unterbringung eine Kommune verantwortlich ist, kann hierzu auf das *assessment of needs* nach s. 47 NHSCCA 1990 zurückgegriffen werden.¹⁷⁹⁴ Für Personen, bei denen bislang keine derartige Begutachtung durchgeführt wurde, spezifiziert Standard 3.3 NMS die notwendigen Inhalte der vorzunehmenden Bedarfsermittlung.

Gem. reg. 15 CHRegs 2001 ist im Anschluss an diese Bedarfsermittlung unter Beteiligung des Bewohners ein individueller Pflegeplan auszuarbeiten, der beschreibt, mit welchen Leistungen dem festgestellten Bedarf im Einzelnen nachgekommen werden soll. Standard 7.3 der NMS ergänzt dies um die Vorgabe, daß hierbei ein besonderes Augenmerk auf die Sturzprävention gelegt werden soll und daß die Pflegepläne mit den für die Pflege älterer Menschen einschlägigen Leitlinien der Berufsorganisationen („*clinical guidelines produced by the relevant professional bodies*“) übereinstimmen müssen. Welche Leitlinien und welche Berufsorganisationen mit diesem Verweis in Bezug genommen werden, ist unklar: teilweise werden der *General Social Care Council* sowie der *Nursing and Midwifery Council* als „*professional bodies*“ bezeichnet.¹⁷⁹⁵ Allerdings handelt es sich bei diesen nicht um Berufsorganisationen, sondern um Regulierungsbehörden der *social workers* und *social care workers* bzw. der *nurses*, die zudem

1794 Vgl. Standard 3.2 NMS; *Engelman/Spencer*, Care Standards Manual, Rn. 4-076. Zum *assessment of needs* unter s. 47 NHSCCA 1990 siehe oben, S. 164 ff.

1795 So etwa *Cass/Robbins/Richardson*, Dignity in care, S. 140; vgl. auch <<http://www.gsc.org.uk/News+and+events/Media+releases/2001+archive/Regulatory+body+for+social+care+starts+work.htm>>.

bislang keine *clinical guidelines* herausgegeben haben. Eine klassische Berufsorganisation existiert für den Großteil des Pflegeheimpersonals, die *social care workers*, demgegenüber nicht. Mit der *British Association of Social Workers* besteht ein solcher Verband zwar für *social workers*, allerdings ist auch dieser nicht mit der Entwicklung von klinischen Leitfäden befasst. Der Verweis in Standard 7.3 NMS dürfte sich daher im Wesentlichen auf das *Royal College of Nursing*, den größten Berufsverband der professionellen *nurses* im Vereinigten Königreich, beziehen, das in der Tat an der Entwicklung von *clinical guidelines* beteiligt ist. Hierauf wird im Zusammenhang mit der Tätigkeit des *National Institute for Health and Clinical Excellence* zurückzukommen sein,¹⁷⁹⁶ das seinerseits aber ebenfalls keine Berufsorganisation darstellt.¹⁷⁹⁷

Die einmal eruierte Bedarfssituation des Bewohners muß unter Beobachtung gehalten und der Pflegeplan erforderlichenfalls aktualisiert werden, regs. 14(2), 15(2)(b), (c) CHRegs 2001. Hinsichtlich der Durchsetzung ist insbesondere auf das Registrierungsverfahren hinzuweisen, bei dem das Vorhandensein genereller Vorkehrungen nachgewiesen werden muß, die die rechtzeitige und routinemäßige Anpassung der Pflegepläne sicherstellen.¹⁷⁹⁸ Verstöße gegen die regs. 14, 15 CHRegs 2001 sind zudem strafbewehrt, reg. 43(1) CHRegs 2001.

Ferner enthalten die CHRegs 2001 auch Gebote hinsichtlich der Dokumentation von Pflegeprozessen. Regs. 13(2), (8) und 17(1)(a) i.V.m. Schedule 3 CHRegs 2001 verlangen eine bewohnerspezifische Aufzeichnung der Begutachtung, der Verabreichung von Medikamenten, von Unfällen, die den Bewohner in irgendeiner Weise beeinträchtigen, von sämtlichen *nursing care*-Maßnahmen zusammen mit dem jeweiligen Zustand des Bewohners, von medizinischen Behandlungen sowie von chirurgischen Eingriffen. Vorgeschrieben sind ferner die Erfassung sämtlicher aufgetretener Druckgeschwüre und Stürze des betreffenden Bewohners und der in diesem Zusammenhang erfolgten Pflegemaßnahmen, eine Dokumentation der Anwendung von fixierenden Maßnahmen sowie eine schriftliche Niederlegung der Umstände, bei denen die Wahl-, Bewegungs- oder Entscheidungsfreiheit des Bewohners mit dessen Einverständnis beschränkt wurde. Standard 8 NMS fügt weitere notwendige Inhalte der Pflegeakte hinzu. Der großen Bedeutung¹⁷⁹⁹ der Dokumentationspflichten insbesondere für die Kontinuität der Pflege entspricht es, daß die Nichtbeachtung der Dokumentationspflichten in gravierenden Fällen strafrechtlich verfolgt werden kann, reg. 43(1) CHRegs 2001.

Was einzelne pflegerische Maßnahmen und Pflegetechniken anbelangt, hält sich das CSA 2000-Regime mit inhaltlichen Normierungen zurück. Die in Standard 7.3 enthaltene Forderung, die persönlichen Pflegepläne müßten die Vorgaben der *clinical guideli-*

1796 Dazu unten, S. 309.

1797 Zu Aufgaben und Funktionen des SCIE siehe oben, S. 223 ff.

1798 Die Angaben hierzu sind gem. reg. 4(1)(c) i.V.m. Sched 1 No. 15 CHRegs 2001 in das *statement of purpose* aufzunehmen, das der CSCI nach reg. 4(2) CHRegs 2001 vorzulegen ist.

1799 Hierauf weist etwa das *Care Standards Tribunal* hin, s. *Care Standards Tribunal*, Joseph v Commission for Social Care Inspection [2007] 1052.EA und [2007] 1116.EA, para. 19, bezugnehmend auf die Entscheidung des Registered Homes Tribunal, Farooq and Farooq v Croydon London Borough Council (Decision No. 219), die noch unter Geltung des RHA 1984 erging.

nes der *professional bodies* erfüllen, zeigt zumindest indirekt die Erwartung an das Pflegepersonal, daß sich dieses an bestimmten externen, unter Berücksichtigung pflegewissenschaftlicher oder pflegepraktischer Erkenntnisse entwickelten Standards zu orientieren hat.

Der Verweis auf Erkenntnisse aus den Pflegewissenschaften und der Pflegepraxis ist unter dem HSCA 2008 mittlerweile ausdrücklicher und umfassender gesetzlich verankert. Reg. 9(1)(b)(iii) der *Health and Social Care Act 2008 (Regulated Activities) Regulations 2010* normiert, daß die Planung und die Durchführung von Pflegeleistungen erkennen lassen müssen, daß veröffentlichte pflegewissenschaftliche Erkenntnisse guter pflegerischer Praxis und die entsprechenden Leitlinien der einschlägigen Berufs- und Fachorganisationen berücksichtigt wurden („*planning and delivery of care [...] in such a way as to reflect, where appropriate, published research evidence and guidance issued by the appropriate professional and expert bodies as to good practice in relation to such care*“). Damit ist der Verweis auf die Erkenntnisse hinsichtlich einer guten pflegerischen Praxis nunmehr zum einen nicht mehr länger nur auf die Wissensquellen der Berufsorganisationen beschränkt, sondern ausdrücklich auch auf die Erkenntnisse der Wissenschaften sowie die Veröffentlichungen von Fachorganisationen („*expert bodies*“) bezogen. Dies dürfte insbesondere auch als ein Verweis auf die einschlägigen *practice guides* des *Social Care Institutes for Excellence* zu verstehen sein, womit diesen über ihren lediglich informatorischen Charakter seither auch eine gewisse mittelbare Verbindlichkeit zukommt. Zum anderen ist der Verweis auf die Erkenntnisse guter fachlicher Pflegepraxis nicht mehr nur in den NMS bzw. den diese ersetzenden *compliance guidances*¹⁸⁰⁰ enthalten, denen keine unmittelbare Rechtsverbindlichkeit zukommt. Die Bezugnahme ergibt sich nunmehr auch aus der genannten, unmittelbar verbindlichen Rechtsverordnung. Ob hieraus auch praktische Unterschiede resultieren, wird wesentlich davon abhängen, wie das *case law* den Begriff „*reflect*“ in der Verordnung interpretieren wird. Die Gerichte könnten ihn entweder so verstehen, daß er lediglich ein eher unverbindliches „In-Betracht-Ziehen“ meint. Sie könnten andererseits aber auch im Sinne einer stärkeren Verbindlichkeit der Standards entscheiden, daß sich die Erkenntnisse guter fachlicher Praxis auch tatsächlich konkret in der Pflegeleistung widerspiegeln müssen. Die Wortwahl der Verordnung spricht – was auch die oben wiedergegebene Übersetzung verdeutlicht – eher für die letztgenannte Auslegung, was eine Stärkung der Bedeutung der pflegepraktischen und wissenschaftlichen Erkenntnisse für das Regulierungsregime bedeuten würde.

Aus regs. 13(5) - (7) CHRegs 2001 läßt sich hinsichtlich der Prozesse zudem ableiten, daß die Pflegemaßnahmen so durchzuführen sind, daß sie die Bewohner keinen Risiken von Gesundheitsschäden oder Misshandlungen aussetzen, und daß freiheitsbeschränkende Maßnahmen nur unter engen Voraussetzungen zulässig sind.

1800 Vgl. *Care Quality Commission*, *Guidance about compliance – Essential standards about quality and safety*, die in Appendix B (Schedule of applicable publications), S. 217 ff., an mehreren Stellen auf die „*evidence-based guidance about good practice published by ... professional bodies*“ verweist.

Auch die NMS beschränken sich hinsichtlich der pflegerischen Versorgung entweder auf die Anordnung der Durchführung bestimmter Arten von Maßnahmen (etwa Maßnahmen der Dekubitusprävention, Standards 8.3 – 8.5 NMS, der Schmerzlinderung, Standard 12.2 NMS oder geeignete Maßnahmen für sturzgefährdete Bewohner, Standard 8.8 NMS) oder sie setzen lediglich Zielvorgaben (wie die Aufrechterhaltung der Körper- und Mundhygiene des zu Pflegenden, Standard 8.2 NMS). Mit Ausnahme der Verabreichung von Medikamenten, die in Standard 9 der NMS relativ ausführlich und mit Verweisen auf einschlägige Spezialgesetze beschrieben ist, gehen die NMS auf die Durchführung bestimmter Pflegemaßnahmen nicht im Einzelnen ein. Entsprechendes gilt für die *compliance guidances* unter s. 23 HSCA 2008.

Regs. 24 und 26 CHRegs 2001 schließlich enthalten Vorschriften zu Qualitätskontrollen durch die *registered persons*. Heimleiter und -betreiber sind nach reg. 24(1) CHRegs 2001 verpflichtet, ein Qualitätsbeurteilungssystem einzuführen, mit dem die Qualität der im Heim erbrachten Dienstleistungen überwacht werden soll. Weil dieses System aber auf die Qualitätssicherung nicht nur der pflegerischen, sondern auch sonstiger, hier im Zusammenhang mit den strukturellen Rahmenbedingungen dargestellter Dienstleistungen und Einrichtungsmerkmale (wie etwa den sozialen Aktivitäten oder dem baulichen Zustand der Heime) bezogen ist,¹⁸⁰¹ soll dieses Instrument erst im Kontext derjenigen Implementationsmechanismen erörtert werden, die keine enge Beziehung zu einer der drei Pflegequalitätsdimensionen aufweisen.¹⁸⁰²

2. Vorgaben durch arbeitsplatzsicherheitsrechtliche Vorschriften

Vorgaben für die Ausübung von Pflegemaßnahmen können sich bisweilen auch aus Arbeitsplatzschutzvorschriften ergeben, weil diese nicht nur den Schutz der mit den jeweiligen Aufgaben betrauten Arbeitskräfte intendieren, sondern auch diejenigen Personen schützen sollen, die mit den Arbeitsleistungen in Berührung kommen.¹⁸⁰³

Dabei sind allerdings durchaus Fallgestaltungen denkbar, in denen diese Vorschriften die Erbringung angemessener Pflegeleistungen scheinbar eher erschweren als fördern. Dies gilt insbesondere für die aufgrund des HSWA 1974 erlassenen *Manual Handling Operations Regulations 1992*¹⁸⁰⁴, die den Transport und das Heben auch von Ladungen aller Art einschließlich von Personen¹⁸⁰⁵ (daher die Relevanz für Pflegeprozesse) regelt. Reg. 4(1)(a) der *Manual Handling Operations Regulations 1992* bestimmt, daß Arbeitgeber nach Möglichkeit verhindern sollen, daß ihre Angestellten Ladungen manuell transportieren oder heben, wenn dies ein Verletzungsrisiko für die Angestellten mit sich bringt. Der *East Sussex County Council* reagierte hierauf, indem er seinen *soci-*

1801 In der Fassung vor der Änderung durch S.I. 2006/1493 zum 1. Juli 2006 bezog sich reg. 24(1) CHRegs 2001 noch allein auf die eigentlichen pflegerischen Maßnahmen.

1802 Siehe unten, S. 324 ff.

1803 Siehe dazu oben, S. 275.

1804 S.I. 1992/2793.

1805 Siehe reg. 2(1) der *Manual Handling Operations Regulations 1992*.

al care workers das manuelle Heben von Personen vollständig untersagte, so daß bestimmte Unterstützungsleistungen nicht mehr angeboten werden konnten.¹⁸⁰⁶

Richtigerweise sind die Vorschriften der *Manual Handling Operations Regulations 1992* jedoch nicht als absolutes Verbot zu verstehen, Personen ohne Hilfsmittel zu heben oder zu bewegen. Sie erfordern vielmehr eine Abwägung des Schutzes der Arbeitnehmer mit den Rechten der zu Pflegenden. Entsprechend wurde das vom *East Sussex County Council* ausgesprochene pauschale Verbot als Verstoß gegen das Verbot von unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung (ss. 6, 1 HRA 1998 i.V.m. Art. 3 EMRK) angesehen.¹⁸⁰⁷ Obgleich der HRA 1998 im Hinblick auf Privatzahler in privat betriebenen Pflegeheimen keine Anwendung findet (vgl. s. 145 HSCA 2008), dürfte sich auch im Hinblick auf diese Heime keine grundlegend unterschiedliche Beurteilung ergeben, weil auch dort schon nach der *Manual Handling Operations Regulations 1992* und nicht erst nach dem HRA 1998 gilt, daß das manuelle Heben nur soweit als möglich zu vermeiden ist, was Raum für die Beachtung der Interessen der Bewohner läßt. Käme es zu einem Rechtsstreit, hätten die Gerichte aufgrund ihrer eigenen Bindung an die EMRK die Vorschrift so auszulegen, daß sie nicht gegen die Bestimmungen der EMRK verstößt, vgl. s. 3, 6(3)(a) HRA 1998.

Nach richtigem Verständnis stehen Vorschriften wie die der *Manual Handling Operations Regulations 1992* einer qualitativ hochwertigen Erbringung von Pflegeleistungen daher nicht entgegen, sondern fördern diese. Dies ergibt sich aus den übrigen in reg. 4 der *Manual Handling Operations Regulations 1992* enthaltenen Anforderungen an den Arbeitgeber, die sich auf die Auswahl geeigneter Personen, auf die Notwendigkeit der Vermittlung der für die Tätigkeit erforderlichen Kenntnisse oder auf Maßnahmen zur Minimierung des Risikos beziehen. Die damit verbundene Erhöhung der Sicherheit kommt nicht nur den Pflegekräften, sondern auch den Bewohnern zugute, deren Gesundheit bei unsachgemäßer Ausführung von manuellen Hebevorgängen gleichermaßen gefährdet wäre. Vor diesem Hintergrund ist es gerechtfertigt, auch Arbeitsplatzschutzvorschriften in einen Zusammenhang mit der Steuerung der Pflegequalität zu stellen, wenngleich dies freilich nicht ihrer primären Zielsetzung entspricht.

Wie schon bei der Einflußnahme mittels des CSA 2000-Regimes handelt es sich auch bei diesen Vorschriften um Instrumente der hierarchisch-imperativen Steuerung durch Ge- und Verbote.

3. *Praxisleitlinien des Social Care Institute for Excellence und des National Institute for Health and Clinical Excellence*

a. *Praxisleitlinien des Social Care Institute for Excellence*

Eine inhaltliche Einflußnahme auf die Pflegeprozesse bezwecken auch die vom SCIE entwickelten Leitlinien guter fachlicher Praxis (*good practice guidelines*). Bei diesen

¹⁸⁰⁶ Vgl. *R (A and B) v East Sussex County Council* [2003] EWHC 167 (Admin).

¹⁸⁰⁷ *R (A and B) v East Sussex County Council* [2003] EWHC 167 (Admin), paras. 113 f., 153 ff.

handelt es sich um Praxisleitlinien, die sich ausführlich mit bestimmten Problem- und Aufgabenstellungen in der *social care* auseinandersetzen. Sie beruhen auf der Bewertung und systematischen Zusammenstellung von Wissen, Kenntnissen und Erfahrungen auf dem jeweiligen Themengebiet und stellen ein Instrument der persuasiven, informationsbasierten Qualitätssteuerung dar.

Das SCIE hat schon kurz nach seiner Gründung zum Ausdruck gebracht, daß es angesichts der Struktur der *social care* „*knowledge industry*“¹⁸⁰⁸, die sich sehr stark vom Forschungssektor in der *health care* unterscheidet, in seine Tätigkeit ein möglichst breitgefächertes, multidisziplinäres und der Perspektive verschiedenster Beteiligter entstammendes Wissensspektrum einfließen lassen möchte. Entsprechend nimmt das SCIE in seine Analysen und Publikationen nun verschiedenste Berichte und Informationen aus den „Wissensquellen“ „*organisational knowledge*“ (Erfahrungsschatz von Organisationen, die sich um verschiedenste Belange in der Pflege kümmern), „*practitioner knowledge*“ (Erfahrungen des Pflegefachpersonals), „*user knowledge*“ (Erkenntnissen von Leistungsempfängern, *research knowledge* (wissenschaftliche Erkenntnisse) und *policy community knowledge* (die Erfahrungen derer, die strategische, politische Entscheidungen in der Pflege zu treffen haben) auf.¹⁸⁰⁹

Um eine qualitätsorientierte Auswahl und Zusammenstellung der Evidenz vornehmen zu können, ließ das SCIE zunächst eine eigenständige Methodik zur Bewertung der „*Quality of Knowledge in Social Care*“ entwickeln.¹⁸¹⁰ Diese ermöglicht es der SCIE, das den verschiedenen Wissensquellen entstammende Material mittels einer Reihe sowohl allgemeiner als auch quellenspezifischer Kriterien einer Qualitäts- bzw. Evidenzgüteprüfung zu unterziehen, bevor es in Arbeiten der SCIE wie die *practice guidelines* einfließt.¹⁸¹¹

Viele der Leitlinien wurden für soziale Dienste für Erwachsene entwickelt. Zwar fallen damit auch die stationären Langzeitpflegeleistungen in ihren Anwendungsbereich. Ihr relativ breiter Fokus bringt es jedoch mit sich, daß die Praxisleitlinien in aller Regel keine spezifisch auf Pflegeheime zugeschnittenen Aussagen treffen. Entsprechend ihres breit gefassten Zuschnitts enthalten sie zudem nur wenige, konkret auf einzelne Pflegemaßnahmen bezogene Handlungsempfehlungen.

Dies zeigt etwa das Beispiel des *practice guides* „*Dignity in Care*“, der anhand verschiedener Beispiele guter fachlicher Praxis (sog. „*practice points*“) zeigt, wie Pflegebedürftige mit gebührendem Respekt behandelt werden können. Die meisten *practice points* weisen einen generellen Charakter auf, z.B. wenn es heißt, ältere Leistungsempfänger sollten als Gleichberechtigte behandelt werden und Kontrolle über das haben, was mit ihnen geschieht,¹⁸¹² oder wenn eine Leistungserbringung angeraten wird, die

1808 Ausführlich *Fisher*, The Social Care Institute for Excellence, Social Work & Social Sciences Review 10 (2002), no. 2, S. 11 ff.

1809 Zur genauen Umgrenzung dieser Wissensquellen *Pawson* u.a., Types and quality of knowledge in social care, S. 25 f.

1810 Vgl. *Pawson* u.a., Types and quality of knowledge in social care, S. 3 ff.

1811 Zu diesem Aspekt s. *Pawson* u.a., Types and quality of knowledge in social care, S. 29 ff.

1812 *Cass/Robbins/Richardson*, Dignity in Care. SCIE Adults' Services Practice Guide 9, S. 107.

die einzelne Person zum Maßstab des Handelns macht und nicht die angebotenen Dienstleistungen und die erbrachten Pflegehandlungen („*person-centred and not service- or task-oriented*“).¹⁸¹³ Den engsten unmittelbaren Bezug zum Pflegeprozeß haben solche Empfehlungen, bei Informationsgesprächen mit den zu Pflegenden nach Möglichkeit auf Fachjargon zu verzichten, nicht zu unterstellen, daß der Pflegebedürftige keine eigenen Entscheidungen mehr treffen kann, oder die zu Pflegenden zu fragen, wie sie angesprochen werden möchten.¹⁸¹⁴

Ein ähnlicher Befund läßt sich für den im gemeinsamen Auftrag von SCIE und vom *National Institute for Health and Clinical Excellence* (NICE)¹⁸¹⁵ sektorübergreifend für die Bereiche *health care* und *social care* entwickelten, multidisziplinären Praxisleitfaden „*Dementia*“¹⁸¹⁶ feststellen. Die meisten der als „Pflegeprinzipien“ für demente Menschen bezeichneten Empfehlungen verweisen auf ideelle Werte, die bei der Pflege beachtet und verfolgt werden sollen. Beispielsweise sollen nach der Leitlinie demenzkranke Personen nicht aufgrund ihrer Erkrankung diskriminiert werden, ihnen soll jederzeit mit Respekt begegnet werden und die pflegerischen Maßnahmen sollen auf die Erhaltung und Förderung der persönlichen Unabhängigkeit zielen.¹⁸¹⁷ Zu den spezifisch auf Einzelaspekte des Pflegeprozesses bezogenen Aussagen, die sich in der *guideline* vereinzelt finden lassen, zählen demgegenüber etwa Richtlinien für die Aufstellung von Pflegeplänen bei Demenzkranken sowie konkrete Hinweise auf geeignete pflegerische Interventionen wie etwa kognitionsstimulierende Gruppenübungen oder multisensorische Stimulationen.¹⁸¹⁸

Insgesamt betrachtet geben die Leitlinien des SCIE schwerpunktmäßig Empfehlungen für Pflegeleitbilder mit Bezug auf bestimmte Themenschwerpunkte wie etwa die Achtung der Würde des zu Pflegenden. Unter Leitbildern versteht die Pflegewissenschaft eine schriftliche Niederlegung der ideellen Werte und pflegerischen Grundeinstellungen gegenüber den Pflegebedürftigen, an denen sich der Pflegedienst orientiert.¹⁸¹⁹ Konkrete Hinweise hinsichtlich bestimmter Aspekte des Pflegeprozesses im Sinne evaluierbarer Standards sind in den Leitlinien demgegenüber nicht in einer umfassenden, systematisierten Weise enthalten. Die Empfehlungen guter fachlicher Praxis bedürfen vielmehr erst der Umsetzung in einzelne Standards bzw. Handlungsanweisungen.

Im Hinblick auf den Wirkmechanismus dieser Praxisleitlinien gilt, daß diese zunächst – entsprechend der Funktion des SCIE als „*knowledge manager*“ – rein informa-

1813 *Cass/Robbins/Richardson*, Dignity in Care. SCIE Adults' Services Practice Guide 9, S. 81.

1814 *Cass/Robbins/Richardson*, Dignity in Care. SCIE Adults' Services Practice Guide 9, S. 81, 107.

1815 Näher zur Stellung und zum Aufgabenbereich des NICE sogleich unten, S. 308 ff.

1816 *National Collaborating Centre for Mental Health*, Dementia. A NICE–SCIE Guideline on supporting people with dementia and their carers in health and social care.

1817 *National Collaborating Centre for Mental Health*, Dementia. A NICE–SCIE Guideline on supporting people with dementia and their carers in health and social care, S. 108, 215 f.

1818 *National Collaborating Centre for Mental Health*, Dementia. A NICE–SCIE Guideline on supporting people with dementia and their carers in health and social care, S. 216, 260.

1819 *Kellnhauser/Lieser*, Qualitätsmanagement in der Pflege, S. 164.

torischen, persuasiven Charakter haben. Der Ansatz des SCIE geht dahin, durch die Qualität der Informationen und wohl auch durch die eigene Autorität der Institution die in der *social care* Tätigen davon zu überzeugen, die *good practice points* in die berufliche Praxis umzusetzen.

Eine unmittelbare rechtliche Bindungswirkung kommt ihnen bislang indes nicht zu. Auch der oben bereits erwähnte Verweis von Standard 7.3 NMS auf „*clinical guidelines produced by the relevant professional bodies*“ dürfte sich, wie das Wort *clinical* und das Fehlen eines Berufsverbands der *social care worker* zeigen, eher auf Handlungsanweisungen für die *nursing care* beziehen. Seit dem Inkrafttreten des HSCA 2008-Regimes existiert nunmehr allerdings erstmals auch ein expliziter gesetzlicher Verweis auf die Leitlinien der Fachorganisationen in der englischen Langzeitpflege.¹⁸²⁰

Ihrem Anspruch entsprechend, die Standards guter fachlicher Praxis in der *social care* zusammenzutragen, ist es jedoch nicht ausgeschlossen, daß die Leitfäden der SCIE unabhängig von der erwähnten Implementierung durch die *Health and Social Care Act 2008 (Regulated Activities) Regulations 2010* auch schon unter dem CSA 2000 von Gerichten als Auslegungshilfe herangezogen werden können. Zu denken ist etwa an Schadensersatzprozesse, bei denen geklärt werden muß, ob bestimmte Pflegemaßnahmen in einem Pflegeheim unter Verstoß gegen die von einer vernünftig handelnden Pflegeperson zu erwartenden Sorgfaltspflicht und damit fahrlässig vorgenommen wurden.¹⁸²¹ Dies würde mittelbar eine über einen rein informatorischen Charakter hinausgehende Wirkung erzeugen. Hierfür wäre aber freilich nicht nur eine gewisse Konsentierung der Leitlinien seitens der Professionen erforderlich, sondern die Leitlinien müßten auch hinreichend präzise Vorgaben für die Pflegeprozesse enthalten. Soweit ersichtlich, sind bislang von den Gerichten noch keine Rechtsstreitigkeiten unter Rückgriff auf *practice guides* des SCIE entschieden worden.

b. Clinical Guidelines des National Institute for Health and Clinical Excellence

Das *National Institute for Health and Clinical Excellence* (NICE) gibt ebenfalls Praxisleitlinien in Gestalt sogenannter „*clinical practice guidelines*“ heraus, die zum Teil auch für Pflegeheime relevant sind. Bei NICE handelt es sich um eine 1999 gegründete spezielle Gesundheitsbehörde (*Special Health Authority*), deren Aufgaben unter anderem darin bestehen, im Rahmen ihres *Clinical Guideline Programme*¹⁸²² Praxisleitfäden vornehmlich für Einrichtungen des Nationalen Gesundheitsdienstes NHS zu entwickeln bzw. extern in Auftrag zu geben. Hiermit soll eine gewisse Standardisierung des Umfangs und der Qualität der Leistungen des NHS bewirkt werden.

Die klinischen Leitlinien stellen evidenzbasierte Empfehlungen des NICE zur medizinischen Behandlung und pflegerischen Versorgung von Personen mit bestimmten

1820 Zu Reichweite und Rechtsqualität dieses Verweises s. oben, S. 303.

1821 Zu den Elementen des *tort of negligence* *Donohue v Stevenson* [1932] A.C. 562.

1822 Ausführlich dazu *Joncheere* u.a., *The Clinical Guideline Programme of the National Institute for Health and Clinical Excellence* (NICE), S. 17 ff.

Krankheiten oder Bedarfskonstellationen dar.¹⁸²³ Sie beruhen auf Analysen evidenzbasierter Studien durch jeweils für die Leitlinienentwicklung gebildeten Expertengruppen und werden unter Konsultation verschiedenster Akteure entwickelt, die in der Praxis mit den Leitlinien zu tun haben.¹⁸²⁴

Inhaltlich läßt sich aufgrund der Ausrichtung der Leitlinien auf *health care*-Leistungen nur ein Teil der *clinical practice guidelines* auch für die Erbringung von Pflegeleistungen in Pflegeheimen fruchtbar machen, nämlich insbesondere die in Zusammenarbeit mit dem *Royal College of Nursing*, der größten englischen Berufsorganisation für *nursing*-Berufe, entwickelten Leitlinien. Als Beispiele können etwa die Praxisleitlinien zur Sturzprävention bei älteren Menschen¹⁸²⁵ oder zur Dekubitusproblematik¹⁸²⁶ genannt werden. Beide Leitfäden erwähnen ausdrücklich, daß sie auch die Schnittstelle zwischen NHS und den *social services* in den Pflegeheimen betreffen und deshalb wissenschaftliche Evidenz auch hinsichtlich dieses Einrichtungstyps einbeziehen.¹⁸²⁷ Die Leitlinien führen zunächst in die betreffende medizinische bzw. pflegerische Problematik ein, informieren dann über die Methodik, mit der sie erstellt wurden, und geben schließlich Empfehlungen zu einzelnen Maßnahmen, die auf der Auswertung evidenzbasierter Studien beruhen.

Die Empfehlungen betreffen die Identifikation und genaue Einschätzung des bei den betreffenden Personen vorliegenden Risikos sowie geeignete Interventionen und Kontrollmaßnahmen. Beispielsweise empfiehlt der Leitfaden zur Fallprävention zunächst ein *multifactorial risk assessment*, das Aspekte wie bisherige Stürze, die vorhandene Balance, Mobilität und Muskelkraft, ein vorliegendes Osteoporoserisiko, Sehschwächen usw. einbezieht.¹⁸²⁸ Als Interventionsmöglichkeiten werden Maßnahmeprogramme wie Kraft- und Balanceübungen, die Anpassung der räumlichen Umgebung und eine Anpas-

1823 Vgl. *National Institute for Health and Clinical Excellence*, A Guide to NICE, S. 22.

1824 Detailliert zur Methodik der Leitlinienentwicklung *National Institute for Health and Clinical Excellence*, The guidelines manual, 2007.

1825 *National Collaborating Centre for Nursing and Supportive Care/Guideline Development Group*, Clinical practice guideline for the assessment and prevention of falls in older people.

1826 *Royal College of Nursing*, The management of pressure ulcers in primary and secondary care. A Clinical Practice Guideline, 2005.

1827 *National Collaborating Centre for Nursing and Supportive Care/Guideline Development Group*, Clinical practice guideline for the assessment and prevention of falls in older people, S. 14; *Royal College of Nursing*, The management of pressure ulcers in primary and secondary care. A Clinical Practice Guideline, S. 29, 59. Der über den Bereich des NHS hinausgehende Ansatz der *clinical guidelines* des NHS läßt sich auch daran erkennen, daß NICE 2004 ein Programm zur Förderung der Implementation seiner *guidelines* entwickelt hat, das sich nicht nur generell auch an *nurses*, sondern unter anderem an Arbeitnehmer des gemeinnützigen Sektors sowie an das Personal von Pflegeheimen wendet. Mit diesem Programm versucht das NICE, über Einwirkung auf Organisationen wie *Skills for Care* oder dem *General Social Care Council* Einfluss auf die Aus- und Fortbildungsinhalte für den genannten Personenkreis zu nehmen und so die Berücksichtigung der *NICE-guidelines* in der beruflichen Praxis auch außerhalb des NHS zu fördern. Vgl. dazu *National Institute for Health and Clinical Excellence*, An Education Strategy to support implementation of NICE Guidance.

1828 *National Collaborating Centre for Nursing and Supportive Care/Guideline Development Group*, Clinical practice guideline for the assessment and prevention of falls in older people, S. 60 ff.

sung der Medikation vorgeschlagen, wohingegen Maßnahmen wie „flottes Gehen“ (*brisk walking*) oder die Bereitstellung von Hüftprotektoren abgelehnt oder zumindest nicht empfohlen werden.¹⁸²⁹ Im Anhang der Leitlinien finden sich Detailinformationen zu den ausgewerteten Studien. Eine systematische Zusammenstellung überprüfbarer Struktur-, Prozeß- oder Ergebnisstandards, wie es in Deutschland etwa bei dem Expertenstandard Sturzprophylaxe in der Pflege des *Deutschen Netzwerks für Qualitätssicherung in der Pflege* versucht wird,¹⁸³⁰ enthalten diese Leitlinien bislang allerdings nicht.

Die Anwendbarkeit der Leitlinien auf die in Pflegeheimen auftretenden Problemkonstellationen ist allerdings nicht nur durch ihren primären Fokus auf den Gesundheitssektor eingeschränkt, sondern auch durch die damit einhergehende grundsätzliche Ausrichtung auf *health care professionals* als Adressaten der Empfehlungen. Außer für die *nurses* lassen sie sich für die in den Heimen tätigen *social care workers* daher nur schwer nutzbar machen. Um dieses Defizit zu beseitigen, verfolgen NICE und SCIE inzwischen einen stärker multiprofessionell orientierten Ansatz und arbeiten aufgrund einer Kooperationsvereinbarung auch bei der Entwicklung von Praxisleitlinien zusammen.¹⁸³¹ Mit dem oben bereits mehrfach erwähnten *practice guide* „*Dementia*“ wurde bereits ein erster Leitfaden in Kooperation beider Institute entwickelt, der in stärkerem Maße auch Bezüge zu den von *social care workers* in stationären Pflegeeinrichtungen wahrzunehmenden Aufgaben aufweist. In welchem Umfang und mit welchen praktischen Ergebnissen die beiden Institute diese Zusammenarbeit fortsetzen, wird sich erst zeigen müssen. Möglicherweise wäre es aber gegenüber der gemeinsamen Leitlinienentwicklung vorzugswürdig, die vom NICE entwickelten Leitlinien durch das SCIE spezifisch für die Anforderungen der *social care* aufzuarbeiten, um so stärker auf den eigenen Sektor zugeschnittene Aussagen treffen zu können.

Die klinischen Leitlinien stellen für das Pflegepersonal außerhalb des NHS bislang keine unmittelbar verbindlichen rechtlichen Vorgaben dar. Von den *health professionals* des NHS wird aufgrund einer Anweisung des Gesundheitsministeriums allerdings erwartet, daß sie sich bei ihrer Tätigkeit grundsätzlich an diesen Leitlinien orientieren, wengleich ihnen auch nicht in jedem Einzelfall gefolgt werden muß.¹⁸³² Weil diese Anweisung jedoch nicht für die hier betrachteten Pflegeheime außerhalb des NHS gilt, sind auch die in den privaten *nursing care homes* beschäftigten *nurses* nicht durch die Ministeriumsweisung an sie gebunden. Zwar zählen die *registered nurses* zu den *health professionals*,¹⁸³³ in privaten Pflegeheimen werden sie jedoch von den Pflegeheimträgern und nicht vom Nationalen Gesundheitsdienst beschäftigt. Dies gilt auch

1829 *National Collaborating Centre for Nursing and Supportive Care/Guideline Development Group*, Clinical practice guideline for the assessment and prevention of falls in older people, S. 62 ff.

1830 Vgl. etwa Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege, *Expertenstandard Sturzprophylaxe in der Pflege*, S. 12 ff.

1831 Partnership agreement between the Social Care Institute for Excellence and the National Institute for Clinical Excellence, S. 3, abrufbar unter <<http://www.scie.org.uk/networks/files/nice.pdf>>.

1832 *Department of Health*, Standards for Better Health, S. 11, Standards D5 und C2.

1833 Siehe etwa *Royal College of Nursing*, The management of pressure ulcers in primary and secondary care. A Clinical Practice Guideline, S. 13.

dann, wenn der NHS für die Kosten der *nursing care*-Komponente¹⁸³⁴ aufkommt. In diesen Fällen erstattet der NHS dem privaten Heim einen Teil der Kosten, übernimmt aber nicht die Lohnzahlungen für die *nurses*.

Eine Bindung der *nurses* an die NICE-Leitlinien könnte allerdings dadurch erfolgen, daß diese in den Verträgen angeordnet wird, die zwischen den Kommunen, dem zuständigen *NHS Care Trust* sowie dem Heimträger zur Abwicklung der Finanzierungsbeteiligung des NHS geschlossen werden. Die vom Gesundheitsministerium in diesem Kontext vorgeschlagenen Musterverträge¹⁸³⁵ enthalten jedoch keine entsprechenden Klauseln. Dies schließt freilich nicht aus, daß solche Regelungen in Einzelfällen gleichwohl existieren.

Eine gewisse – mittelbare – Verbindlichkeit der Leitlinien auch für die *nurses* in *nursing care homes* des privaten Sektors dürfte jedoch aus der Bindung der *registered nurses* an den Berufscode des *Nursing & Midwifery Councils* folgen. Dieser enthält Ethik-, Verhaltens- und Leistungsstandards für *nurses* und verpflichtet diese, sich in ihrer beruflichen Tätigkeit auf die beste verfügbare Evidenz, also die besten empirischen Nachweise für die Wirksamkeit der betreffenden Interventionen, zu stützen.¹⁸³⁶ Angesichts der Methodik, die bei der Entwicklung der klinischen Leitlinien des NICE angewandt wird, sind diese als Ausdruck dieser Evidenz zu verstehen. Schließlich werden die klinischen Leitlinien, wie oben dargelegt, im Zusammenhang mit der Aufstellung der Pflegepläne auch von Standard 7.3 NMS in Bezug genommen. Aufgrund der gegenüber den Praxisleitfäden des SCIE konkreter gefaßten Handlungsempfehlungen der klinischen Leitlinien ist bei diesen zudem eher vorstellbar, daß ihnen über das zivile Haftungsrecht eine gewisse Bindungswirkung zukommen kann, indem sie als Grundlage zur Entwicklung des jeweiligen Sorgfaltsmaßstabs dienen.

Wie geschildert, gilt seit Inkrafttreten des HSCA 2008 nun auch für Pflegeheime ein ausdrücklicher Verweis auf die jeweils relevanten Leitlinien der SCIE. Aufgrund der grundsätzlichen Ausrichtung der klinischen Leitlinien auf das medizinische Personal dürfte sich hieraus für die *social care workers* eine Pflicht zur Beachtung jedoch allenfalls bezüglich der in Zusammenarbeit zwischen NICE und SCIE entwickelten Leitlinien ergeben.

4. Einflußnahme auf Pflegeprozesse durch den *General Social Care Council*

Der im Zusammenhang mit der Steuerung des Pflegeheimpersonals bereits erwähnte *General Social Care Council* nimmt über die gem. s. 62(1) CSA 2000 erarbeiteten Co-

1834 Oben, S. 152.

1835 Abrufbar unter http://www.dh.gov.uk/en/Healthcare/IntegratedCare/NHSfundednursingcare/index.htm?IdcService=GET_FILE&dID=2740&Rendition=Web und http://www.dh.gov.uk/en/Healthcare/IntegratedCare/NHSfundednursingcare/index.htm?IdcService=GET_FILE&dID=13908-&Rendition=Web.

1836 *Nursing & Midwifery Council*, *The Code – Standards of conduct performance and ethics for nurses and midwives*, S. 4.

*des of Practice for Social Care Workers*¹⁸³⁷ ebenfalls Einfluß auf die Pflegeprozesse. Der Kodex enthält eine Auflistung verschiedener Aussagen, die die existierenden Standards professionellen Verhaltens und professioneller beruflicher Praxis abbilden sollen, deren Beachtung von den *social care workers* bei ihrer täglichen Arbeit erwartet wird. Allerdings verbleibt der Kodex insgesamt betrachtet auf einem hohen Abstraktionsniveau.

Der Kodex gliedert sich in sechs allgemeine Anforderungen an die berufliche Praxis, nämlich die Rechte und Interessen der zu Pflegenden zu beachten, ihr Vertrauen zu gewinnen und aufrechtzuerhalten, ihre Unabhängigkeit zu fördern und sie vor Gefahren und Schäden zu schützen, das öffentliche Vertrauen in die sozialen Dienste zu fördern sowie Verantwortung für die Qualität der eigenen Arbeit und die Aufrechterhaltung und den Ausbau der eigenen beruflichen Fertigkeiten zu übernehmen. Diese Hauptaussagen werden durch insgesamt 41 Unterstandards konkretisiert. Der *Code of Practice for Social Care Workers* stellt jedoch keine eigenen Standards auf, sondern bildet lediglich die in der *social care*-Praxis bereits existierenden Standards ab. Nummer 6.1 des *Code* bestimmt, daß die einschlägigen Praxisstandards eingehalten und die beruflichen Tätigkeiten gesetzeskonform, sicher und effektiv ausgeführt werden müssen. Dies fungiert als Bindeglied zu den Erkenntnissen der Pflegepraxis und Pflegewissenschaften. Welche Standards dies im Einzelnen sind, bleibt allerdings offen. Grundsätzlich dürften hiervon aber unter anderem auch die Praxisleitlinien des SCIE umfasst sein, wengleich diese bislang keine Standards im eigentlichen Sinne enthalten.

Für die Überwachung der Einhaltung des Kodex ist ebenfalls der GSCC zuständig. Er wird hierbei von der CQC unterstützt, die den GSCC informiert, wenn sie im Rahmen ihrer Kontrollen feststellt, daß ein beruflicher Verhaltenskodex verletzt sein könnte.¹⁸³⁸ Problematisch ist jedoch, daß sich das vom GSCC geführte Berufsregister bislang nicht auf *social care workers* in stationären Pflegeeinrichtungen erstreckt,¹⁸³⁹ so daß ein zentraler Implementationsmechanismus für den *Code of Practice for Social Care Workers* derzeit fehlt. Denn nur mit der Registrierung kann der GSCC die Pflegekräfte an den Kodex binden und sie auch wieder aus dem Register austragen, wenn sich eine Pflegekraft durch Verstöße gegen den Kodex als ungeeignet für die Ausübung ihres Berufs gezeigt hat (vgl. s. 59 CSA 2000).¹⁸⁴⁰

Der GSCC erwartet, daß die Arbeitgeber auf längere Sicht gesehen ihre Pflegekräfte arbeitsvertraglich an den *Code of Practice* binden werden. Selbst in diesem Fall ist jedoch fraglich, ob die Arbeitgeber ein Interesse daran haben, bei Verstößen gegen den Kodex arbeitsrechtlich gegen ihre Pflegekräfte vorzugehen.

Bislang dürfte die Wirkung des Kodex lediglich darin liegen, daß der *social care worker* über einen an ihn gestellten Erwartungshorizont informiert wird. Hierzu trägt schließlich auch reg. 18(4) CHRegs 2001 bei, der die *registered persons* in die Pflicht

1837 Enthalten in *General Social Care Council, Codes of Practice for Social Care Workers and Employers*, 2010.

1838 Vgl. *Commission for Social Care Inspection, Policy and Guidance: Enforcement Policy*, S. 9

1839 S. oben, S. 220 f.

1840 Näher zum Entzug der Registrierung *Engelman/Spencer, The Care Standards Act 2000*, S. 67.

nimmt, die im Heim Beschäftigten über die Existenz und die Inhalte dieses Kodex zu informieren.

5. Vorgaben des *National Service Framework for Older People*

Im *National Service Framework for Older People*, das eine auf 10 Jahre ausgelegte, sektorübergreifende Strategie für die Erbringung von *health* und *social services* an ältere Menschen enthält, findet sich mit Standard 6, der Maßnahmen zur Verringerung von Stürzen bei älteren Menschen betrifft, auch ein prozeßbezogener Standard. Im Einzelnen werden verschiedene, sowohl präventive als auch nachsorgende Sturzinterventionen beschrieben, die bis spätestens 2005 von den lokalen Gesundheits- und Sozialdiensten angeboten werden sollten.¹⁸⁴¹

Als eine an die NHS-Behörden und die kommunalen Sozialämter gerichtete *guidance* ist das *NSF for Older People* für Heimträger des privaten Sektors allerdings nicht unmittelbar verbindlich.¹⁸⁴² Es zeigt jedoch den Erwartungshorizont der Kommunen, die Pflegeplätze im privaten Sektor beziehen. Denkbar ist daher, daß die im NSF enthaltenen Standards Ausdruck in den Leistungserbringungsverträgen finden, so daß die Vorgaben über diesen Weg Relevanz für die Erstellung pflegerischer Leistungen in Pflegeheimen des privaten Sektors entfalten können. Die *Care Services Improvement Partnership* empfiehlt in diesem Zusammenhang allerdings, vertraglich keine konkreten Maßnahmen der Fallprävention zu vereinbaren, sondern bei der Leistungskommissionierung darauf zu achten, Verträge vornehmlich mit solchen Heimträgern abzuschließen, die Erfolge bei der Fallprävention vorweisen können.¹⁸⁴³

6. Vorgaben für die Pflegeprozesse in den Leistungserbringungsverträgen

Bei der Darstellung des *commissioning*-Prozesses wurde bereits auf das Fehlen spezifischer, zentralstaatlicher Vorgaben für die Gestaltung der Leistungserbringungsverträge und die dadurch bedingte inhaltliche Varianz der eingesetzten Verträge hingewiesen. Aus diesem Grund ist auch die Frage, in welchem Umfang und mit welchem Inhalt die Verträge Spezifizierungen der zu erbringenden Prozeßqualität aufweisen, nur schwer zu beantworten. Lassen sich nämlich schon keine abschließenden Aussagen darüber treffen, ob, in welchem Umfang und mit welchem Inhalt die einzelnen Kommunen in ihre Leistungserbringungsverträge überhaupt eigenständige, über das CSA 2000-Regime hinausgehende Qualitätssicherungsanforderungen aufnehmen, so gilt das um so mehr im Hinblick auf Klauseln, die spezifische Dimensionen der Qualitätserstellung betreffen. Denkbar wäre jedoch ein Verweis auf etwaige, in der Pflegewissenschaft anerkannte Standards. Bei speziellen Leistungserbringungsverträgen für bestimmte Grup-

1841 *Department of Health*, *National Service Framework for Older People*, S. 76 ff.

1842 Zum Umfang der Bindungswirkung des *NSF for Older People* s. oben, Fn. 1028.

1843 *Care Services Improvement Partnership*, *A Guide to Fairer Contracting Part 2*, S. 14.

pen Pflegebedürftiger ließe sich darüber hinaus auch an die Vereinbarung spezifischer Pflegekonzepte denken.

Die Musterverträge weisen allerdings keine derartigen Klauseln auf. Vorgaben an die Erstellung von Pflegeleistungen enthalten sie allenfalls in Gestalt von Pflegeleitbildern (wie etwa einer diskriminierungsfreien Pflege, die die Würde, die Privatsphäre und die Unabhängigkeit der Bewohner achtet) oder in Form der verbindlichen Vereinbarung bestimmter pflegerischer Aktivitäten wie Rehabilitationsprogrammen.¹⁸⁴⁴ Ansonsten hält sich das Vertragsmuster der *Care Services Improvement Partnership* mit der Einflußnahme auf die Pflegeprozesse weitgehend zurück und empfiehlt statt dessen einen ergebnisbezogenen Ansatz zur Steuerung der Leistungserbringung, auf den sogleich zurückzukommen sein wird.

Wenn sich die Verträge gänzlich einer näheren Spezifizierung enthalten, gilt nach s. 13 des *Supply of Goods and Services Act 1982*¹⁸⁴⁵ jedoch zumindest als stillschweigend vereinbart, daß die vertraglich geschuldeten Leistungen vom Vertragspartner mit angemessener Sorgfalt und entsprechendem Fachkönnen erbracht werden. Dies dürfte einem Verweis auf anerkannte Standards der Pflegepraxis gleichkommen, allerdings fehlt es hieran bislang in weiten Bereichen der Pflege.

7. Prozeßbezogene Qualitätssteuerung durch Einflußnahme auf die Pflegeausbildung

Zu den wichtigsten Einflußfaktoren auf die Gestaltung der Pflegeprozesse zählen schließlich die Inhalte, die in der Pflegeausbildung vermittelt werden. Den Rahmen hierfür bilden die oben¹⁸⁴⁶ bereits im Zusammenhang mit den Qualifikationsanforderungen bezüglich des Pflegepersonals dargestellten *National Occupational Standards for Health and Social Care* sowie die für das Pflegemanagement wichtigen *National Occupational Standards for Social Work*. Bereits auf Level 2 der NVQ für *Health and Social Care* kommt beispielsweise der korrekten Ausführung verschiedener Verrichtungen der *personal care*, dem Kontinenztraining und der Mobilitätsunterstützung der Bewohner eine große Bedeutung bei der Erlangung der Qualifikation zu.¹⁸⁴⁷

Die staatliche Einflußnahme beschränkt sich bei der Entwicklung der *National Occupational Standards* allerdings auf die Bereitstellung des institutionellen Rahmens und der Vorgabe des Verfahrens für die Festlegung der Ausbildungsstandards. Die Spezifikation der Inhalte bleibt jedoch der Selbstregulierung durch die an der Pflegepraxis Beteiligten überlassen. Soweit der Staat damit in Verbindung stehend ein bestimmtes Qualifikationsniveau des in Heimen eingesetzten Pflegepersonals vorschreibt, handelt es sich um eine Ausprägung der oben bereits beschriebenen Strukturqualitätssteuerung.

1844 *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 2, S. 29 f.

1845 1982 chapter 29.

1846 Siehe S. 264.

1847 Vgl. *Nolan*, Health & Social Care. S/NVQ Level 2, S. 259 ff.

8. Zusammenfassung

Insgesamt betrachtet ist für den Bereich der stationären Langzeitpflege derzeit noch in weiten Bereichen das Fehlen konsentierter Pflegeleitlinien und Pflegestandards zu konstatieren. Dies betrifft insbesondere die Arbeit der *social care workers*. Dieses Defizit dürfte auch der Grund dafür sein, warum das CSA 2000-Regime bislang keinen expliziten Verweis auf die allgemeinen Erkenntnisse der Pflegewissenschaften enthielt und die Rückkoppelung der Qualität der Leistungserbringung an diese Standards derzeit noch kein zentrales Element der Qualitätssicherung im englischen System bildet. Allerdings zeigt sich das Pflegeregulierungssystem schon jetzt an mehreren Stellen offen für extern entwickelte Pflegestandards und sieht an einigen, wenngleich nicht unbedingt zentralen Stellen, deren Implementation in das hoheitliche Steuerungsregime vor.

Seit dem Inkrafttreten des HSCA 2008 wird den in den Pflegewissenschaften und der Pflegepraxis entwickelten Standards guter fachlicher Praxis eine größere Bedeutung eingeräumt. Inwiefern dies freilich auch der Standardentwicklung einen An Schub geben wird, ist derzeit noch nicht abzuschätzen.

Parallel zum Versuch, externe Standards in das weitgehend mit hoheitlich-imperativen Elementen arbeitende CSA 2000-Regime einzubeziehen, werden in Gestalt des staatlichen „*knowledge management*“ große Bemühungen betrieben, um auf informatorisch-persuasiver Ebene auf die Erstellung von Pflegeleistungen Einfluß zu nehmen. Die Entwicklung und Festlegung von Ausbildungsinhalten, die großen Einfluß auf die Ausübung der Pflegeprozesse haben, ist – wie im Rahmen der Infrastruktursteuerung näher dargelegt – Gegenstand von Instrumenten der regulierten Selbstregulierung.

III. Ergebnisbezogene Steuerung der Pflegequalität

1. Allgemeines

Wie in der Grundlegung dargelegt, bezieht sich die Ergebnisqualität auf die Wirkungen von Pflegeleistungen und drückt sich in patientenbezogenen Parametern, wie z.B. dem subjektiven Wohlbefinden des Bewohners, seiner Zufriedenheit, seinem Gesundheitszustand und der von ihm empfundenen Lebensqualität aus.¹⁸⁴⁸ Seit der Veröffentlichung des *Green Paper* „*Independence, Well-being and Choice*“¹⁸⁴⁹ und des *White Paper* „*Our health, our care, our say*“¹⁸⁵⁰ in den Jahren 2005 bzw. 2006 ist in der politischen Rhetorik in England eine stärkere Fokussierung auf Pflegeergebnisse zu verzeichnen und das Bemühen erkennbar, entsprechende Zielparameter zu benennen. Im zitierten *White Paper* etwa heißt es:

1848 Vgl. *Donabedian*, Evaluating the Quality of Medical Care, *The Milbank Memorial Fund Quarterly*, vol. 44, no. 3, part 2, S. 167 ff.; *Vaarama* u.a., *The Concept of Quality of Long-Term Care*, S. 102 ff.

1849 *Department of Health*, *Independence, Well-being and Choice*.

1850 *Department of Health*, *Our Health, our care, our say*.

„Responses to the consultation on Independence, Well-being and Choice strongly supported the proposed outcomes which it set out for adult social care services, based on the concept of well-being. These were:

- improved health and emotional well-being;
- improved quality of life;
- making a positive contribution;
- choice and control;
- freedom from discrimination;
- economic well-being;
- personal dignity.

These outcomes are important to all of us, whether or not we receive social care services. [...] We endorse them as outcomes towards which social care services should be working, with their partners. We will build on them to develop outcomes that apply both to the NHS and social care.”¹⁸⁵¹

Wie im Folgenden gezeigt wird, hat sich diese Rhetorik derzeit allerdings noch nicht maßgeblich in den Steuerungsmechanismen niedergeschlagen.

2. Ergebnisqualitätsbezogene Vorgaben des CSA 2000-Regimes

Zunächst ist festzustellen, daß – unabhängig von konkreten Inhalten – weder in den CHRegs 2001 noch den NMS noch in den *Health and Social Care Act 2008 (Regulated Activities) Regulations 2010* die Aufnahme von Pflegezielen in die Pflegepläne konkret vorgeschrieben ist. Auch die soeben genannten Zielparameter des *White Paper „Our Health, Our Care, Our Say“* werden von keinem der Instrumente in systematischer Weise aufgegriffen.

Die Einleitung zu den *National Minimum Standards for Care Homes for Older People* in der Fassung von 2001 nimmt zwar das Ziel der Einflußnahme auf die Ergebnisqualität in Gestalt einer gestiegenen Lebensqualität deutlich in Bezug:

„The National Minimum Standards for Care Homes for Older People focus on achievable outcomes for service users – that is, the impact on the individual of the facilities and services of the home. [...] While Standards are qualitative – they provide a tool for judging the quality of life of service users – they are also measurable. Regulators will look for evidence that the requirements are being met and a good quality of life enjoyed by service users [...]. The involvement of lay assessors in inspections will help ensure a focus on outcomes for [...] service users.”¹⁸⁵²

Auch fassen die NMS die einzelnen Standards der Themenbereiche „Wahl des Heimes“, „Gesundheit und Pflege“, „Tägliches Leben und soziale Aktivitäten“, „Beschwerden und Schutzmaßnahmen“, „Umgebung“, „Personalausstattung“ und „Betriebsleitung und Verwaltung“ jeweils unter sogenannten „outcomes“ zusammen,¹⁸⁵³

1851 *Department of Health, Our Health, our care, our say*, S. 42. Eine fast inhaltsgleiche Aussage fand sich auch im *Green Paper* des *Department of Health, Independence, Well-being and Choice*, S. 10.

1852 *Department of Health, National Minimum Standards for Care Homes for Older People*, 1. Auflage 2001, S. viii f.

1853 Auch in der Literatur werden diese als „outcome measures“ beschrieben, s. etwa *McDonald, Community Care*, S. 75.

ebenso wie nunmehr die *compliance guidances* die Hauptstandards des HSCA Regimes unter 28 „outcomes“ beschreiben.¹⁸⁵⁴

Bei näherem Hinsehen stellen sich diese *outcomes* jedoch als Aneinanderreihung von Ergebniszielen, Aspirationen, Leistungsinputs und -outputs sowie Prozessen dar.¹⁸⁵⁵ Beispielsweise lautet das *outcome* zu den Standards 3.1 ff. NMS (und ähnlich nunmehr auch *outcome 4A* der *compliance guidance*), daß kein Bewohner ohne eine Begutachtung seiner Bedarfskonstellation und ohne eine Zusicherung, daß dem festgestellten Pflegebedarf entsprochen werden wird, in das Heim einzieht. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um einen Ergebnisstandard, sondern um einen als Ergebnis formulierten Prozeßstandard, der die Verbindlichkeit eines bestimmten Elements des Pflegeprozesses anordnet. Als Beispiel eines als Ergebnis formulierten Strukturstandards kann das „*outcome*“ zu Standard 30 NMS genannt werden: „Das Personal ist ausgebildet und fachkundig, um seine Aufgaben zu erfüllen.“ Einen stärker ergebnisqualitätsbezogenen Inhalt weisen demgegenüber die *outcomes* zu Standards 10 NMS („Die Bewohner empfinden, daß sie mit Respekt behandelt werden und daß ihre Privatsphäre geachtet wird“), 12 NMS („Die Bewohner finden, daß der Lebensstil, den sie im Heim führen, ihren Erwartungen und Vorlieben entspricht, und daß er ihre sozialen, kulturellen und religiösen Interessen sowie ihre Vorstellungen hinsichtlich der Freizeitgestaltung erfüllt) und 14 NMS („Den Bewohnern wird geholfen, ihre Lebensführung selbst zu gestalten“) auf.

Aufgrund dieser Kombination unterschiedlicher Standards und Indikatoren konnte die Regulierungsbehörde bislang letztlich auch keine aussagekräftigen Feststellungen dazu treffen, inwiefern die im *White Paper* „*Our Health, our care, our say*“ aufgeführten Ergebnisparameter in den Heimen erreicht werden. Besonders deutlich wird dies am Bericht über den Zustand der *social care* 2006-07, wo die CSCI versuchte, einen „Spagat“ zwischen den von ihr überprüften aufsichtsrechtlichen Vorgaben der CHRegs 2001 und der NMS einerseits und der politischen Vorgabe aus dem *White Paper* andererseits zu machen, indem sie die Lebensqualität in den Heimen unter anderem daran festmachte, ob das Heim hinreichend geheizt und beleuchtet ist, ob ein Feuersicherheitsmanagement besteht und ob die bauliche Ausstattung den Minimumstandards entspricht.¹⁸⁵⁶

Einen größeren inhaltlichen Bezug zum *White Paper* „*Our Health, Our Care, Our Say*“ weisen demgegenüber die *Key Lines of Regulatory Assessment* (KLORA)¹⁸⁵⁷ auf, die bislang von der CSCI und nun der CQC herangezogen werden, um die Leistungsqualität verschiedener Pflegeheime zu klassifizieren und in einer zusammenfassenden Bewertung auszudrücken. Zwar orientiert sich auch deren Gliederung an den einzelnen Standardgruppen der NMS. In den Beschreibungen der Erwartungshorizonte insbesondere an „exzellente“ Leistungen der Einrichtungen sind jedoch einige über die Minimumstandards hinausgehende Aspekte enthalten, die einen stärkeren Konnex zu den *outcomes* des zitierten *White Paper* aufweisen. Dies trifft vor allem auf die dort genann-

1854 *Care Quality Commission*, *Guidance about compliance - Essential standards of quality and safety*, S. 110 ff.

1855 *Care Services Improvement Partnership*, *A Guide to Fairer Contracting Part 2*, S. 5.

1856 *Commission for Social Care Inspection*, *The state of social care in England 2006-07*, S. 70 ff.

1857 Dazu bereits oben, S. 246.

ten Kriterien „*quality of life*“ und „*exercising choice and control*“ zu, mit denen etwa die in den KLORA dargelegten Anforderungen bezüglich „*Daily Life and Social Activities*“ in Verbindung gebracht werden können. Anstatt diese Aspekte unmittelbar an einzelne Standards der NMS zu knüpfen, verlangen die KLORA diesbezüglich:

„*Central to the home's aims and objectives is the promotion of the individual's right to live an ordinary and meaningful life, appropriate to their peer group, in both the home and the community, and to enjoy all the rights and responsibilities of citizenship. [...] The service understands and actively promotes the importance of respecting the human rights of people using the service, with fairness, equality, dignity, respect and autonomy all being seen as central to the care and support being provided. Residents are able to enjoy a full and stimulating lifestyle with a variety of options to choose from. The home has sought the views of the residents and considered their varied interests when planning the routines of daily living and arranging activities both in the home and the community. Routines are very flexible and residents can make choices in major areas of their life. The routines, activities and plans are person centred, individualised and reflect diverse needs in the six strands of diversity: gender (including gender identity), age, sexual orientation, race, religion or belief, and disability. [...] The service actively encourages and provides imaginative and varied opportunities for people using the service to develop and maintain social, emotional, communication and independent living skills where appropriate. [...] This includes developing and maintaining family and personal relationships.*“¹⁸⁵⁸

Der stärkere Bezug der KLORA zu den Ergebnisparametern des *White Paper* „*Our Health, our care, our say*“ muß insofern relativiert werden, als die Bewertungen, die die CQC am Maßstab der KLORA trifft, letztlich auf den Eindrücken beruhen, die die Kontrolleure während der Heimprüfungen gewinnen. Nach wie vor berichten Studien aber von einer Fokussierung der Prüfer auf leicht evaluierbare Struktur- und Prozeßstandards wie beispielsweise auf die Pflegedokumentation, die von außen wahrnehmbaren Abläufe und die strategische Grundausrichtung der Einrichtungen.¹⁸⁵⁹

Wie die Möglichkeit, ein selbstbestimmtes, eigenständiges Leben zu führen, von Heimbewohnern tatsächlich eingeschätzt wird, beschreibt eine 2004 veröffentlichte Studie zu den Kriterien „Wahlmöglichkeiten“ und „Autonomie“. Diese Studie zeigt einerseits, daß nur ca. 52 % der befragten Bewohner von stationären Pflegeeinrichtungen über ein hohes Maß an Autonomie und Wahlmöglichkeiten bei der Gestaltung des täglichen Lebens verfügen. Als limitierend erweisen sich vor allem der Mangel an Personal, die routinemäßigen Abläufe im Heim, sowie die Tendenz auf Seiten der Heimträger, Gefahren nach Möglichkeit zu vermeiden anstatt sie gegen die persönliche Freiheit des zu Pflegenden unter Akzeptanz eines gewissen Risikos abzuwiegen, beispielsweise dann, wenn es Pflegebedürftigen trotz ihres ausdrücklichen Wunsches nicht gestattet wird, ohne Unterstützung durch eine Pflegekraft zu baden oder zu duschen.¹⁸⁶⁰ Andererseits aber – und dies zeigt, wie schwer es ist, aussagekräftige Feststellungen zur Lebensqualität von Heimbewohnern zu treffen – führte die Studie zu dem etwas überraschenden Ergebnis, daß die Bewohner von Pflegeheimen ihr Leben in einem höheren

1858 *Care Quality Commission*, Key lines of regulatory assessment (KLORA), S. 14 f.

1859 So etwa *Froggatt*, The ‚regulated death‘, *Ageing & Society* 27 (2007), S. 242 f., für die Evaluierung des Standards 11 der NMS (*Dying and Death*).

1860 *Boyle*, Facilitating Choice, *Health and Social Care in the Community* 12 (2004), S. 218 f.

Maße als selbstbestimmt empfanden als Personen, die Langzeitpflegeleistungen in ihrer häuslichen Umgebung erhielten.¹⁸⁶¹

3. Ergebnisqualitätsbezogene Aussagen des National Service Framework for Older People

Unter den acht Standards des *National Service Framework for Older People* finden sich mit den Grundsätzen der Altersdiskriminierungsfreiheit und der personenbezogenen Pflege, wonach Pflegebedürftige als Individuen gesehen und ihnen Wahlmöglichkeiten hinsichtlich ihrer Pflege eingeräumt werden müssen,¹⁸⁶² auch Standards, die sich – wenngleich in sehr allgemeiner Weise – auch als ergebnisqualitätsbezogene Zielbeschreibungen für Pflegeleistungen in stationären Einrichtungen verstehen lassen.¹⁸⁶³ Wie oben bereits beschrieben, werden diese nur verwaltungsintern zu beachtenden¹⁸⁶⁴ Vorgaben für private Heimträger aber nur dann verbindlich, wenn sie in den Leistungserbringungsverträgen geregelt bzw. in Bezug genommen werden.¹⁸⁶⁵

4. Ergebnisqualitätsbezogene Steuerung durch Leistungserbringungsverträge

Die Muster der Leistungserbringungsverträge legen nahe, daß sich der Staat zur Ergebnisqualitätssteuerung auch kooperativer Mechanismen bedient. Sie empfehlen beispielsweise eine vertragliche Bindung des Heimträgers an die Pflegeziele der individuellen Pflegepläne, die im Anschluss an das *community care assessment* aufgestellt werden.¹⁸⁶⁶

Die *Third Sector Commissioning Task Force* sowie die vom Gesundheitsministerium finanziell geförderte *Care Services Improvement Partnership* befürworten, den Leistungsverträgen einen ergebnisorientierten Ansatz zugrunde zu legen, der auf die mit der Leistungserbringung intendierten Ergebnisse rekurriert.¹⁸⁶⁷ Als Beispiele für Ergebniskriterien werden Verbesserungen des Verhaltens, bestimmter Körperfunktionen oder der Mobilität genannt. Der Vorschlag bezieht sich auf die Vereinbarung sowohl genereller,

1861 Boyle, *Facilitating Choice, Health and Social Care in the Community* 12 (2004), S. 217 f.

1862 *Department of Health, National Service Framework for Older People*, S. 16 ff., 23 ff.

1863 Andere Standards wie etwa das Ergreifen von Maßnahmen zur Sturzprävention (*Department of Health, National Service Framework for Older People*, S. 76 ff., sind demgegenüber eher als Prozeßstandards zu qualifizieren.

1864 S. oben, Fn. 1235.

1865 Vgl. etwa für den Grundsatz der personenbezogenen Pflege *Care Services Improvement Partnership, A Guide to Fairer Contracting Part 2*, S. 30.

1866 *Care Services Improvement Partnership, A Guide to Fairer Contracting Part 2*, S. 31 f.; mit dieser Forderung auch schon *Ridout, Care Standards*, S. 35. Eine Aufnahme von Zielen in die *care plans* ist nach den CHRegs 2001 bzw. den NMS zwar nicht zwingend vorgesehen, liegt aber im Ermessen der jeweiligen *local authority*.

1867 *Department of Health, Report of the Third Sector Commissioning Task Force. Part II*, S. 43; *Care Services Improvement Partnership, A Guide to Fairer Contracting Part 2*, S. 9 ff.

d.h. heimbezogener als auch bewohnerspezifischer Ergebnisse.¹⁸⁶⁸ Konkrete *outcome*-Indikatoren werden jedoch nicht vorgeschlagen. Stattdessen wird auf drei von der australischen Regierung empfohlene Kriterien zur Bewertung der Qualität von Indikatoren verwiesen, nämlich erstens die Wichtigkeit und Signifikanz des Indikators für das betreffende Programm bzw. den Dienst, zweitens die Frage, ob der Indikator ein aussagekräftiges Maß für das Ergebnis darstellt, der frei von Nebeneffekten ist, und drittens, ob der Indikator valide, verlässlich, geeignet und überprüfbar ist.¹⁸⁶⁹

Als Grund für die geringe Standardspezifizierung in den Leistungserbringungsverträgen wurde bislang mitunter angeführt, daß der Vertragsinhalt einer 24-stündigen Pflege an 7 Tagen pro Woche in der Umgebung eines Heimes einer gewissen Flexibilität bedürfe, um auf die individuellen Interessen von Leistungsempfängern und Leistungserbringern eingehen zu können. Die Bezugnahme auf konkrete, vor allem strukturelle Mindeststandards sei dafür ungeeignet.¹⁸⁷⁰ Gerade hier bieten ergebnisbezogen formulierte Vertragsspezifikationen jedoch den Vorteil, daß sie den Leistungserbringern im Gegenzug für deren Verantwortlichkeit hinsichtlich der Ergebnisse eine gewisse Flexibilität bei der Leistungserbringung ermöglichen.¹⁸⁷¹ Vieles wird dabei davon abhängen, wie weit die Pflegewissenschaften aussagekräftige und zudem mit vertretbarem Aufwand evaluierbare und nachprüfbare ergebnisbezogene Indikatoren entwickeln werden.

Die Vereinbarung ergebnisorientierter Klauseln hat insbesondere in den USA eine schon längere Tradition: Messungen der Kundenzufriedenheit werden dort von gemeinnützigen Organisationen bereits seit dem Ende der 1980er Jahr verlangt,¹⁸⁷² entsprechend frühzeitig wurden auch Praxisleitfäden entwickelt, die sich mit dem Thema des *outcome measurement* beschäftigen.¹⁸⁷³ Wie verbreitet solche Vertragsklauseln jedoch bei englischen Pflegeeinrichtungen sind und welches Gewicht ihnen bei der Überprüfung der Einhaltung vertraglicher Vorgaben zugemessen wird, kann aufgrund des Feh-

1868 *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 2, S. 9 ff.; s. auch *Kerslake*, An approach to outcome based commissioning and contracting, in: *Care Services Improvement Partnership* [Hrsg.], Commissioning e-book.

1869 *Kerslake*, An approach to outcome based commissioning and contracting, in: *Care Services Improvement Partnership* [Hrsg.], Commissioning e-book, S. 7, mit Verweis auf das sog. „Public Health Outcome Funding Agreements“ (PHOFAs) Programm des Commonwealth of Australia, abrufbar unter <<http://www.health.gov.au/internet/wcms/publishing.nsf/Content/health-publth-about-phofa-phofa.htm>>.

1870 *Ridout*, Care Standards, S. 34.

1871 *Department of Health*, Report of the Third Sector Commissioning Task Force. Part II, S. 43; *Kerslake*, An approach to outcome based commissioning and contracting, in: *Care Services Improvement Partnership* [Hrsg.], Commissioning e-book, S. 4.

1872 Vgl. etwa *Plantz/Greenway/Hendricks*, Outcome Measurement: Showing Results in the Nonprofit Sector, S. 15 ff., 19 ff.

1873 Zu einer der am weitesten verbreiteten Publikation auf diesem Gebiet zählt *United Way of America* [Hrsg.], *Measuring program outcomes: a practical approach*, 1996.

lens entsprechender empirischer Arbeiten nicht im Detail beantwortet werden.¹⁸⁷⁴ Im Wesentlichen scheinen die Leistungserbringungsverträge bislang vergleichsweise einfach gehalten zu sein,¹⁸⁷⁵ wengleich das in reg. 14 CHRegs 2001 enthaltene rechtliche Gebot eines umfassenden *assessment* vor Aufnahme des Betreffenden in ein Heim eine Tendenz zu einer stärkeren Spezifikation des pflegerischen Bedarfs mit sich brachte.¹⁸⁷⁶ Untersuchungen zeigen, daß sich ergebnisbezogene Ansätze der Leistungserbringung in der Praxis vielfach noch im Anfangsstadium befinden und eher noch in Bezug auf die häuliche Pflege existieren, am wenigsten verbreitet aber in der stationären Pflege sind.¹⁸⁷⁷ Auch die *Care Services Improvement Partnership* scheint davon auszugehen, daß ihre Anregungen in Richtung eines ergebnisorientierten Ansatzes von der derzeitigen Praxis abweichen.¹⁸⁷⁸ Bei vielen der bislang in Vertragsklauseln enthaltenen Ergebnisstandards handelt es sich nach der *Care Services Improvement Partnership* letztlich nur um unformulierte Struktur- und Prozeßstandards.¹⁸⁷⁹ Allgemein gehaltene Ergebnisziele fänden sich aber zum Teil bereits als „Visionen“ oder „Prinzipien“ in manchen Verträgen.¹⁸⁸⁰

Über die Vereinbarung von Ergebnisstandards hinaus müßten freilich auch die Methoden der Vertragsüberwachung verfeinert werden, um eine effektive Durchsetzung der Qualitätsanforderungen zu ermöglichen. Bislang werden die Ergebnisse der Leistungen primär anhand Zufriedenheitsumfragen unter den Leistungsempfängern gemessen. Das wichtigste Instrument um sicherzustellen, daß der Bedarfssituation des zu Pflegenden entsprochen wird, stellt jedoch die Überprüfung des individuellen Pflege-managements dar. Derzeit existieren aber nur in sehr wenigen Kommunen effektive Mechanismen, die es erlauben, die Einzelergebnisse dieser individuellen Revisionen zu einer aussagekräftigen Bewertung der Gesamtleistung des jeweiligen Leistungserbringers zu aggregieren.¹⁸⁸¹

Eine stärkere Einbeziehung von Ergebnisstandards in die Leistungserbringungsverträge könnte sich künftig infolge des oben genannten *Green Paper* „*Independence, Well-being and Choice*“¹⁸⁸² und des *White Paper* „*Our health, our care, our say*“¹⁸⁸³ ergeben. Um die Kommunen bei der Umsetzung der in diesen politischen Strategiepapieren enthaltenen Ziele zu unterstützen, erließ das Gesundheitsministerium Anfang

1874 Laut *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 2, S. 12, fehlen den meisten *local authorities* effektive Überwachungsmechanismen, mit denen die Einhaltung von Ergebnisstandards evaluiert werden könnte.

1875 *Netten* u.a., *Understanding Public Services*, S. 6.

1876 *Ridout*, *Care Standards*, S. 35.

1877 *Glendinning* u.a., *Outcomes-focused services for older people*, S. 38 ff.

1878 S. etwa *Kerslake*, *An approach to outcome based commissioning and contracting*, in: *Care Services Improvement Partnership* [Hrsg.], *Commissioning e-book*, S. 3.

1879 *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 2, S. 9, 11 f.

1880 *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 2, S. 11.

1881 *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 2, S. 12.

1882 *Department of Health*, *Independence, Well-being and Choice*.

1883 *Department of Health*, *Our health, our care, our say*.

2008 einen *Local Authority Circular* mit dem Titel „*Transforming Social Care*“.¹⁸⁸⁴ Im Zentrum dieses Strategiepapiers steht eine stärker personenbezogene Ausrichtung der *social care*-Services. Diese soll zum einen durch ein frühzeitigeres Angebot von Unterstützungs- und Präventionsleistungen verwirklicht werden, um die Selbstständigkeit und Unabhängigkeit von Pflegebedürftigen aufrechtzuerhalten anstatt Hilfeleistungen erst bei akuten Krisen anzubieten.¹⁸⁸⁵ Zum anderen sollen die *social services* stärker auf die Bedürfnisse der Pflegebedürftigen zugeschnitten werden und diesen mehr Auswahlmöglichkeiten bieten.¹⁸⁸⁶ Zusammen mit einer Steigerung des Wissens und der Fertigkeiten des *social care*-Personals und der Verbesserung des „*performance management*“ der sozialen Dienste sollen diese Reformansätze zum Gesamtziel einer „*better care and support*“ beitragen, das als Kurzbeschreibung für die sieben im *White Paper* „*Our health, our care, our say*“ genannten *outcomes*¹⁸⁸⁷ verstanden wird.¹⁸⁸⁸ Zur Realisierung der in den Strategiepapieren vorgeschlagenen Reformen der *social care services* werden den englischen Kommunen zweckgebundene Gelder in Höhe von £ 85 Mio. für 2008/09, £ 195 Mio für 2009/10 und £ 240 Mio für 2010/11 zugeteilt (sog. „*Social Care Reform Grant*“).¹⁸⁸⁹ Obgleich die Reformen eher die Gesamtstruktur des *social care*-Angebots und dessen Abstimmung mit den *health services* betreffen, erwähnt der *Local Authority Circular* auch die Entwicklung eines *performance management*-Systems, das zur Messung der Ergebnisse („*outcome benefits*“) dienen soll, die durch die stärkere Personenbezogenheit und durch die früher erfolgenden Leistungsangebote erreicht werden.¹⁸⁹⁰ Diese Systeme sollen auch bei der Leistungskommissionierung Verwendung finden,¹⁸⁹¹ so daß sich die Implementierung der geschilderten Strategieansätze auf kommunaler Ebene zukünftig positiv auf die Vereinbarung von Ergebnisstandards durch das kooperative Instrument der Leistungserbringungsverträge auswirken könnte.

Die Vereinbarung und Überwachung konkreter Ergebnisstandards stellt jedoch nicht die einzige Möglichkeit dar, mit der die Kommunen im Rahmen der Leistungskommissionierung Einfluß auf diese Qualitätsdimensionen nehmen können. Sie könnten grundsätzlich auch durch eine qualitätsorientierte Auswahl der Leistungserbringer eine Wettbewerbssituation unter den Heimträgern erzeugen und dadurch Anreize zur Erhöhung der Qualitätsstandards setzen, ohne daß diese im Einzelnen vertraglich vereinbart werden müßten. Die Schaffung und Ausnutzung derartiger Marktkräfte läßt sich jedoch nicht speziell der Implementierung von Ergebnisqualitätsstandards zuordnen, weil sie ebenso in Verbesserungen der strukturellen Rahmenbedingungen der Pflege, etwa in Gestalt zusätzlichen Personals oder besser ausgestatteter Zimmer, oder der prozeduralen

1884 LAC (DH) (2008)1.

1885 LAC (DH) (2008)1, para. 14.

1886 LAC (DH) (2008)1, para. 15 f.

1887 Zu den einzelnen *outcomes* siehe Fn. 2046.

1888 LAC (DH) (2008)1, para. 26.

1889 LAC (DH) (2008)1, para. 51.

1890 LAC (DH) (2008)1, para. 26, 60.

1891 LAC (DH) (2008)1, para. 60.

Abläufe wie der Intensivierung von Maßnahmen zur Fallprävention resultieren kann. Die wettbewerbsorientierten Instrumente werden daher erst im Anschluss an die einzelnen Qualitätsdimensionen bei den allgemeinen, dimensionsübergreifenden Implementierungsmaßnahmen geschildert.

5. Ergebnisqualitätsbezogene Informationen des Social Care Institute for Excellence

Auch bei der ergebnisbezogenen Qualitätssteuerung lassen sich informationsbasierte, persuasiv wirkende Instrumente der Einflußnahme auf die Pflegequalität ausmachen. Hinzuweisen ist hierbei insbesondere auf die vom SCIE in Auftrag gegebene *Adults's Services Knowledge Review* mit dem Titel „*Outcomes-focused services for older people*“¹⁸⁹². Die Publikation beruht zum einen auf einer Literaturanalyse, zum anderen auf einer Umfrage unter 222 englischen und walisischen Kommunen und *social services*-Managern. Sie schildert zunächst, was unter einer ergebnisorientierten Leistungserbringung zu verstehen ist,¹⁸⁹³ beschreibt anschließend verschiedene Ergebnisparameter, die von älteren Menschen als wichtig erachtet werden und systematisiert diese mit folgender Einteilung: die sog. „*change outcomes*“ beziehen sich auf Verbesserungen von physischen, mentalen oder emotionalen Fähigkeiten älterer Menschen wie etwa einer gesteigerten Mobilität oder einem größeren Selbstvertrauen.¹⁸⁹⁴ Die „*maintenance or prevention outcomes*“ lassen sich demgegenüber der Aufrechterhaltung der Gesundheit, des Wohlbefindens und der bisherigen Lebensqualität zuordnen, wobei Wert etwa auf eine aktive, anregende Lebensgestaltung, auf die Aufrechterhaltung sozialer Kontakte sowie die Möglichkeit für ein weitgehend selbstbestimmtes Leben zu legen sei.¹⁸⁹⁵ Als dritte und letzte Kategorie werden schließlich „*process outcomes*“ genannt, die sich auf die Erfahrungen der Leistungsempfänger mit dem Suchen, dem Erhalten und dem Nutzen von *social services* beziehen. Sie schließen etwa ein, daß sich ältere Menschen geschätzt und geachtet fühlen und daß die Leistungen auf ihre kulturellen und religiösen Präferenzen Rücksicht nehmen und diese respektieren.¹⁸⁹⁶ Aufgrund ihrer Ausrichtung auf die individuellen Erwartungen und Bedürfnisse der Leistungsempfänger und die bei ihnen erzeugten Eindrücke handelt es sich auch bei diesen „*process outcomes*“ jedoch nicht um Prozeßergebnisse im oben geschilderten Sinn, sondern um personenbezogene Ergebnisstandards.

1892 Glendinning u.a., *Outcomes-focused services for older people*.

1893 Glendinning u.a., *Outcomes-focused services for older people*, S. 2: „*outcomes' refer to the impacts or end results of services on a person's life. [...] They can be contrasted with services whose content and/or form of delivery are standardised, regardless of the circumstances of service users; and with services whose goals are primarily determined by those who commission of deliver them rather than those who use them. The concept of ,outcomes' is closely related to that of ,quality of life'.*“

1894 Glendinning u.a., *Outcomes-focused services for older people*, S. 3.

1895 Glendinning u.a., *Outcomes-focused services for older people*, S. 4 ff.

1896 Glendinning u.a., *Outcomes-focused services for older people*, S. 6 f.

Ferner zeigt die Veröffentlichung verschiedene organisatorische Faktoren auf, die sich positiv oder negativ auf eine ergebnisorientierte Leistungserbringung auswirken. Dabei geht sie sowohl auf die Ebene der Leistungsanbieter als auch auf die Leistungskommissionierung ein. Den letzten Teil der Publikation bildet schließlich die Analyse einer Umfrage und der daran anschließenden *case studies*, mit denen untersucht wurde, wie verbreitet *outcomes-focused services* sind, welche Elemente sie aufweisen und welche Erfahrungen die Leistungsempfänger mit diesen Leistungen gemacht haben.

Weil es sich bei dieser *Knowledge Review* nicht um einen an die Betreiber von Pflegeeinrichtungen gerichteten Praxisleitfaden handelt, ist freilich fraglich, ob die Veröffentlichung dieser Untersuchung durch das SCIE überhaupt als Instrument verstanden werden kann, mit dem seitens des Staates zur Erhöhung der Pflegequalität auf private Leistungserbringer Einfluß genommen wird. Soweit sich diese Untersuchung nämlich an die *commissioning*-Abteilungen der kommunalen Sozialbehörden wendet, um diese zu einem stärker ergebnisqualitätsbezogenen Bezug von sozialen Diensten zu bewegen, ist die innerstaatliche Sphäre nicht verlassen. Deshalb kann streng genommen nicht von einer unmittelbaren Steuerung der privaten Leistungserbringer gesprochen werden. Andererseits aber kann diese Publikation auch von den Heimträgern und -leitern gebührenfrei im Internet abgerufen werden.¹⁸⁹⁷ Wie erwähnt geht sie auch auf die Perspektive der Leistungserbringer ein und dient somit auch diesen als ausführliche Informationsquelle, wie die Ergebnisqualität ihrer Leistungen gesteigert werden kann. Insofern kann auch diese Veröffentlichung des SCIE als informationsbasiertes Instrument zur Steuerung der Ergebnisqualität auf Seiten privater Anbieter charakterisiert werden.

IV. Qualitätsdimensionenübergreifende Implementations- und Durchsetzungsmechanismen

Wie in der Grundlegung näher ausgeführt, läßt sich zwar die Standardentwicklung und Standardsetzung stets einem der drei Bereiche der Struktur-, Prozeß- und Ergebnisqualität zuordnen. Auf Ebene der Implementation und Durchsetzung von Pflegequalität sind jedoch zumindest dann, wenn man wie hier einen weiten Begriff der Qualitätssteuerung verwendet, Instrumente zu finden, die keinen engen und unmittelbaren Bezug zu den jeweiligen Standards einer der drei Dimensionen aufweisen. Diese, hier als allgemeine, qualitätsdimensionenübergreifende Instrumente der Implementation und Durchsetzung von Pflegequalität bezeichneten Ansätze, sollen im Folgenden – systematisiert in heiminterne und heimexterne Steuerungsansätze – näher erörtert werden.

1. Heiminterne Steuerungsansätze

Unter den dimensionsübergreifenden Implementationsmechanismen lassen sich eine Reihe von Steuerungsansätzen finden, die sich insofern als „heiminterne“ Maßnahmen

¹⁸⁹⁷ <<http://www.scie.org.uk/publications/knowledgereviews/kr13.pdf>>.

bezeichnen lassen, als sie darauf abzielen, daß etwaige Qualitätsdefizite durch innerhalb der Sphäre des Heims angesiedelte Mechanismen und Strukturen entweder vom Heimbetreiber, vom Heimleiter, vom Heimpersonal oder von den Bewohnern selbst erkannt und schließlich behoben werden können, ohne daß es hierzu eines Einwirkens von Akteuren außerhalb der Heimorganisation bedürfte.

a. Qualitätsselbstbewertungssysteme und das Annual Quality Assurance Assessment

Als erstes Instrument sind in diesem Zusammenhang diejenigen Systeme zu nennen, mit denen die Qualität der im Heim erbrachten Leistungen heimintern selbst bewertet wird. Für englische Pflegeheime ist die Einführung eines solchen Selbstbewertungssystems nach reg. 24(1) CHRegs 2001 vorgeschrieben. Einige Detailspekte des geforderten *quality assurance and quality monitoring system* sind in Standard 33 der NMS angesprochen, wie etwa das Erfordernis, die Bewohner in Qualitätsbewertungen einzubeziehen (Standard 33.3 NMS). Weil das CSA 2000-Regime darüber hinaus aber keine inhaltlichen Vorgaben macht, nach welchen Kriterien oder mit welchen Verfahren die Qualität bemessen werden soll, sondern dies dem Heimbetreiber selbst überläßt, kann in ihr ein Instrument der regulierten Selbstregulierung gesehen werden.

Viele Heime greifen zur Umsetzung der genannten Verpflichtungen auf *quality assessment*-Produkte zurück, die von kommerziellen Anbietern entwickelt wurden und die sich inhaltlich oftmals an den Vorgaben der KLORA¹⁸⁹⁸ der CQC orientieren.¹⁸⁹⁹ Obgleich von den CHRegs 2001 nicht gefordert, lassen viele Heimträger ihre Qualitätssicherungssysteme zudem zertifizieren, beispielsweise nach EN ISO 9000:2000 ff.¹⁹⁰⁰

Im Kontext mit der Verpflichtung zur Implementation von Qualitätsselbstbeurteilungssystemen nach reg. 24(1) CHRegs 2001 ist auch das sog. *Annual Quality Assurance Assessment* (AQAA) zu nennen, das von der CSCI im Rahmen ihres *Inspecting for Better Lives*-Modernisierungsprogramms¹⁹⁰¹ ab dem 1. Juli 2006 eingeführt wurde,¹⁹⁰² um eine bessere Überprüfung von Pflegeeinrichtungen zu gewährleisten. Hierbei handelt es sich um eine in Berichtsform abgefasste, auf dem Qualitätsselbstbewertungssystem aufbauende Selbstbeurteilung des Zustands des Heimes und der Qualität der erbrachten Leistungen durch den Heimleiter oder -betreiber. Diese Berichte fordert die Regulierungsbehörde gestützt auf regs. 24(2), (3) CHRegs 2001 von jedem Heim einmal jährlich an. Sie hält hierzu ein Formular¹⁹⁰³ bereit, das aus einem zweiteiligen Fragenkatalog besteht. Den ersten Teil bildet die eigentliche Selbstbeurteilung, die detaillierte Einschätzungen dazu verlangt, was bezogen auf die einzelnen Standardgruppen

1898 Dazu ausführlich oben, S. 246, 317 f., sowie unten, S. 355.

1899 Ein Beispiel ist das „Qual A Sess“ System der BETTAL Quality Consultancy Ltd.; vgl. hierzu Reed u.a., Quality Improvement, S. 248 ff.

1900 Vgl. hierzu Menche [Hrsg.], Pflege heute, S. 72.

1901 *Commission for Social Care Inspection*, *Inspecting for Better Lives – Delivering Change*, S. 4.

1902 Siehe reg. 2(6) der Care Standards Act 2000 (Establishments and Agencies) (Miscellaneous Amendments) Regulations 2006 (S.I. 2006/1493), der reg. 24 CHRegs 2001 änderte.

1903 <<http://www.cqc.org.uk/guidanceforprofessionals/adultsocialcare/inspection/annualqualityassuranceassessment/qaqaqaacarehomesforolderpeople.cfm#1>>.

der NMS wie *Choice of Home, Health and Personal Care, Daily Life and Social Activities, Complaints and Protection, Environment, Staffing* sowie *Management and Administration* als positive Umsetzung zu bewerten ist, wo Defizite vorliegen, welche Fortschritte in den letzten 12 Monaten erreicht wurden und welche Verbesserungen für die nächsten 12 Monate intendiert sind. Den zweiten Teil des Fragenkatalogs bildet ein Datenblatt, das den aktuellen Zustand des Heims hinsichtlich der Personal- und Bewohnerstruktur sowie der Ausstattung der Einrichtung, der angebotenen Dienste, der erhaltenen Beschwerden und besonderer Vorfälle sehr detailliert – etwa bis hin zur Aufschlüsselung der sexuellen Orientierung der Bewohner – abfragt.

Das *quality self assessment* ist über die Verbindung mit dem AQAA einerseits als Instrument zur Durchsetzung der Vorgaben der CHRegs 2001 und der NMS zu sehen, weil die jährlichen AQAA-Berichte einen wesentlichen Bestandteil der der Regulierungsbehörde über das Heim zur Verfügung stehenden Informationsbasis bilden. Gestützt auf diese Unterlagen, auf eventuell erhaltene Beschwerden sowie auf weitere Informationen, wie etwa über Unfälle oder andere besondere Vorkommnisse im jeweiligen Heim, legt die CSCI in der sog. *Annual Review* ihre jährliche Prüfstrategie für diese Einrichtung fest. Dieses Steuerungsinstrument hätte daher mit gutem Grund auch der Steuerung einer der drei Qualitätsdimensionen zugeordnet werden können.

Andererseits ist dem *quality self assessment* jedoch eine über die bloße Durchsetzung der Standards des Regulierungsregimes hinausgehende Steuerungswirkung zuzuschreiben, die mit einer Zuordnung allein zu den Standards des CSA 2000-Regimes nicht hinreichend zum Ausdruck gebracht würde. Im Unterschied zu den weiter oben¹⁹⁰⁴ bereits dargestellten *improvement plans*, die stets auf die Abhilfe bestimmter Qualitätsmängel hinsichtlich der Vorgaben des CSA 2000 gerichtet sind, weist das AQAA keinen solchen unmittelbaren Bezug zu Verstößen gegen bestimmte Standards auf. In Gestalt des AQAA wird der Heimleitung vielmehr ein Selbstreflexionsmechanismus aufgegeben, der ihr Denken in Dimensionen der Qualitätssicherung strukturiert und ein selbständiges, explizites Befassen mit Maßstäben der Qualitätssicherung erzwingt.¹⁹⁰⁵ Dazu trägt nicht nur die erforderliche Feststellung des Ist-Zustandes, sondern wesentlich auch die Tatsache bei, daß eigene Verbesserungsvorschläge entwickelt werden müssen: Dies führt dazu, daß ein Teil der perspektivischen Entwicklung des Heimbetriebs unter dem Aspekt der Qualitätssicherung betrachtet und geplant werden muß. Unter diesem Blickwinkel kommt dem AQAA, das als Instrument der regulierten Selbstregulierung zu sehen ist, eine über die bloße Implementierung der Vorgaben des CSA 2000-Regimes hinausgehende Bedeutung zu, die es rechtfertigt, das AQAA als dimensionenübergreifenden Implementationsmechanismus zu verstehen.

Erfahrungen mit dem in den USA eingesetzten *Resident Assessment Instrument* zeigen allerdings, daß diese Art von Selbstüberwachung insofern problematisch sein kann, als sie die Gefahr birgt, falsch angewendet zu werden oder zu einer zeitraubenden Erhe-

1904 S. 247.

1905 Zu möglichen Elementen eines *self-assessment*-Prozesses s. *Reed* u.a., *Quality Improvement*, S. 250.

bung nicht unbedingt relevanter, teilweise auch redundanter Daten zu führen.¹⁹⁰⁶ Von Seiten der Heimbetreiber wird zudem kritisiert, daß das AQAA den ohnehin schon großen bürokratischen Aufwand, der mit dem CSA 2000-Regulierungsregime einhergeht, noch vergrößere.¹⁹⁰⁷ Gerade selbstregulative Elemente sind aber auf die Akzeptanz der Beteiligten angewiesen.

b. Besichtigungen des Heims durch den Betreiber

Regs. 26 CHRegs 2001 verpflichtet Heimbetreiber, die nicht zugleich auch als Heimleiter fungieren, ihre Einrichtung mindestens einmal monatlich unangemeldet zu besuchen. Bei diesen Besuchen sollen sie u.a. Bewohner bzw. und Beschäftigte des Heims kontaktieren, um sich ein Bild vom Standard der Leistungserbringung zu machen. Ferner haben sie den baulichen Zustand zu inspizieren und die Aufzeichnungen über besondere Vorkommnisse und Beschwerden durchzusehen. Der CQC muß schließlich ein Bericht über den Besuch übermitteln werden.

Auch diese Pflicht setzt einen Prozeß in Gang, der es ermöglichen soll, Qualitätsmängel möglichst frühzeitig durch die im Heim Verantwortlichen selbst aufzudecken und abzustellen, bevor ein externes, etwa aufsichtliches Einschreiten erforderlich wird. Dabei schafft wohl erst die Berichtspflicht den erforderlichen Druck, die Inspektionen tatsächlich auch mit der erforderlichen Aufmerksamkeit durchzuführen. Der in der Literatur vertretenen Ansicht, die Berichtspflicht bringe keinen ersichtlichen Vorteil mit sich,¹⁹⁰⁸ ist daher zu widersprechen.

c. Heiminternes Beschwerdeverfahren

Ein weiteres gesetzlich vorgeschriebenes Instrument, das darauf abzielt, Qualitätsdefizite gleich welcher Art schnell und noch innerhalb des Heimes selbst, d.h. ohne Beteiligung externer Stellen, aufzudecken und zu beheben,¹⁹⁰⁹ besteht in der in regs. 22(1) CHRegs 2001 enthaltenen Pflicht der *registered person*, im Heim ein Verfahren zur Behandlung von Beschwerden einzurichten, die vom Bewohner oder in dessen Namen von Dritten erhoben werden. Auch bei diesem Instrument handelt es sich somit um einen heiminternen qualitätsdimensionenübergreifenden Implementierungs- und Durchsetzungsmechanismus zur Verbesserung der Pflegequalität.

Mit dem Beschwerdeverfahren soll den Bewohnern bildlich gesprochen ein „Sprachrohr“ an die Hand gegeben werden, mit dem sie sich in möglichst effektiver Weise an das Heimmanagement wenden und dieses auf Mängel in der Leistungserbringung hinweisen können. Dabei unterstützt der Staat die Initiative der Bewohner, indem er für die Existenz eines leicht zugänglichen und unbürokratisch zu handhabenden prozeduralen

1906 *Furness, A Hindrance or a Help?*, S. 4 f.

1907 Vgl. *Furness, A Hindrance or a Help?*, S. 9.

1908 *Jones, Care Standards Manual*, Rn. 4-122.

1909 In einer Studie gaben 61 % der Heime, die im Bezugszeitraum eine oder mehrere Beschwerden erhalten hatten, an, daß sie sämtlichen Beschwerden ohne Beteiligung externer Stellen abhelfen konnten, s. *Office of Fair Trading, Care homes for older people in the UK*, S. 119.

Rahmens für Beschwerden sorgt. Das *complaints procedure* wird hier aufgrund seines innerhalb des Heims angesiedelten Verfahrens zwar als Element der einrichtungsinternen Steuerung dargestellt, allerdings weist es insofern, als es auf der eigenen Initiative des Heimbewohners beruht, bereits deutliche Bezüge zu externen Abhilfemechanismen auf, die sogleich im Anschluss an das Beschwerdeverfahren dargestellt werden.

aa. Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens im Einzelnen

Die staatliche Einflußnahme beschränkt sich nicht auf die obligatorische Anordnung eines Beschwerdeverfahrens, sondern erstreckt sich auch auf dessen möglichst effektive Ausgestaltung.

Hierzu regeln zunächst regs. 22(2), (3), (5) und (6) CHRegs 2001 die Zugänglichkeit zum Beschwerdeverfahren. Die Bewohner können Beschwerden gleich welcher Art vorbringen, das Verfahren muß den Bedürfnissen der Bewohner angemessen sein, und jedem Bewohner muß ein (gegebenenfalls für Sehbehinderte geeignetes) Dokument ausgehändigt werden, das über die Möglichkeit, Beschwerden im Heim vorzubringen, informiert. Auch der *service user's guide* muß eine Zusammenfassung des Beschwerdeverfahrens enthalten, reg. 5(1)(e) CHRegs 2001. Um das heiminterne Beschwerdeverfahren zu einem effektiven Behelf zu machen, muß gem. regs. 22(3), (4) CHRegs 2001 jeder Beschwerde vollständig nachgegangen werden. Der Heimbetreiber hat den Beschwerdeführer binnen angemessener Frist, spätestens aber nach 28 Tagen, zu informieren, ob und gegebenenfalls welche Abhilfemaßnahmen ergriffen werden. In der Praxis greifen viele Heime auf externe Berater zurück, die die Beschwerden objektiv untersuchen und sodann der Heimleitung entsprechende Vorschläge unterbreiten.¹⁹¹⁰

Ferner verlangt reg. 22(8) CHRegs 2001, daß der CQC auf deren Verlangen eine Zusammenfassung aller in den letzten 12 Monaten erhobenen Beschwerden sowie der jeweils eingeleiteten Abhilfemaßnahmen übermittelt werden. Die damit verbundene Transparenz erzeugt Druck auf den Heimbetreiber, vorgebrachte Beschwerden ernst zu nehmen und sich mit ihnen – soweit der Inhalt Anlass dazu gibt – genauer auseinanderzusetzen.

Die Nichtbeachtung der von reg. 22 CHRegs 2001 statuierten Vorgaben kann nach regs. 36, 43(1) CHRegs 2001 einen Straftatbestand erfüllen.

Standard 16 der *National Minimum Standards for Care Homes for Older People* legt das Vorhandensein eines leicht zugänglichen und überschaubaren Beschwerdeverfahrens zudem als Mindeststandard fest, wiederholt aber letztlich nur die Vorgaben der CHRegs 2001.¹⁹¹¹

Unabhängig vom CSA 2000-Regime wird die Existenz von *complaints procedures* oft auch in den Leistungserbringungsverträgen gefordert und hinsichtlich seiner Merk-

1910 *Ridout*, Care Standards, S. 39.

1911 Deutlich ausführlicher und durchdachter sind demgegenüber etwa die Vorgaben in Standard 22 der *National Minimum Standards for Care Homes for Adults*.

male spezifiziert.¹⁹¹² Eine wesentliche, eigenständige Rolle spielt die kooperative Steuerung neben dem aufsichtlichen Regime dabei aber nicht.

bb. Information des Bewohners über die ihm zustehenden Leistungen

Eine für sämtliche Durchsetzungs- und Implementationsmechanismen, die auf der Inanspruchnahme von Abhilfe- und Rechtsschutzmöglichkeiten durch die Heimbewohner basieren, gleichermaßen relevante Grundvoraussetzung besteht darin, daß bei den Leistungsempfängern ein Bewusstsein dafür besteht, welche Leistungen sie grundsätzlich erwarten können und welche Qualität die Leistungen aufweisen sollten.

Aus diesem Grund wird die Effektivität des heiminternen Beschwerdeverfahrens über die Gestaltung des prozeduralen Rahmens hinausgehend durch bestimmte Maßnahmen gefördert, die eine Reduzierung des Wissensdefizits des Bewohners gegenüber dem Heimträger bewirken. Gerade dann, wenn Kommunen die Heimverträge abschließen, besteht die Gefahr, daß der Heimbewohner oder die ihn unterstützenden Personen nicht ausreichend über die ihnen zustehenden Leistungen informiert sind.

Auf dieses potenzielle Wissensdefizit auf Seiten der Leistungsempfänger reagiert der Staat mit diversen informationsbasierten Steuerungsinstrumenten, indem er die Heimträger verpflichtet, ihren Bewohnern bestimmte Informationen zukommen zu lassen. Auf relativ umfassende Art und Weise geschieht dies zunächst mittels sog. „*service user's guides*“, die die Verantwortlichen des Heims nach den Vorgaben von reg. 5 CHRegs 2001 zusammenzustellen und an die Heimbewohner auszuhändigen haben. Hierbei handelt es sich um Leitfäden mit bestimmten zwingenden Mindestinformationen über das jeweilige Heim. Beispielsweise muß eine Zusammenfassung des in reg. 4 CHRegs 2001 näher beschriebenen „*statement of purpose*“ enthalten sein, das die Ziele, die pflegerische Ausrichtung und die strukturellen Gegebenheiten der Pflegeeinrichtung beschreibt.¹⁹¹³ Zudem hat der *service user's guide* Auskunft zu geben über die Standardleistungen des Heimes, die Bedingungen für die Unterbringung und die Pflegeleistungen, über die Gesamtgebührenhöhe sowie über die Zahlungsmodalitäten. Auch ein Standardvertrag für die Leistungserbringung und der jüngste Prüfbericht sind notwendige Inhalte des Leitfadens, dessen tatsächliche Aufstellung mit den geforderten Informationen dadurch gewährleistet ist, daß ein Exemplar auch an die CQC übermittelt werden muß, reg. 5(2) CHRegs 2001.

Wenn die Unterbringung im Heim auf einem Leistungserbringungsvertrag zwischen dem Einrichtungsträger und einer Kommune beruht, ist dem Heimbewohner zusätzlich zum *service user's guide* eine Ausfertigung der zwischen diesen abgeschlossenen Vereinbarungen über den Leistungsinhalt auszuhändigen, reg. 5(3) CHRegs 2001. Ob der Heimbewohner hieraus tatsächlich Zusatzinformationen gewinnen kann, ist allerdings fraglich. Die Verträge zwischen privaten Pflegeheimträgern und Kommunen werden als quasi-gewerbliche Verträge abgeschlossen, auf die Verbraucherschutzvorschriften keine

1912 Vgl. *Department of Health*, Report of the Third Sector Commissioning Task Force, S. 53

1913 Siehe hierzu oben, S. 240.

Anwendung finden.¹⁹¹⁴ Infolgedessen besteht keine Gewähr dafür, daß die Vertragsbedingungen in einer für den einzelnen Bewohner verständlichen Art und Weise formuliert sind.¹⁹¹⁵ Untersuchungen haben gezeigt, daß einige der in der Praxis verwendeten Vertragsdokumente lang und komplex sind und sich einer sehr technischen Sprache bedienen.¹⁹¹⁶

Angesichts des steigenden Anteils demenzkranker Personen ist ferner problematisch, daß es hinsichtlich derjenigen Heimbewohner, die geistig nicht mehr in der Lage sind, den *service user's guide* zu verstehen, keine Pflicht gibt, dieses Dokument an deren Vertreter oder ihnen nahestehende Personen auszuhändigen.¹⁹¹⁷ Nach reg. 5(2A) CHRegs 2001 muß dies nur auf ihr Verlangen hin und zudem allein bezüglich des Leitfadens geschehen, nicht aber hinsichtlich der Vereinbarungen des Leistungserbringungsvertrags.

Reg. 5A CHRegs 2001 regelt bezüglich der Zusammensetzung der gesamten Heimgebühren spezielle Informationspflichten von Heimleitern und -betreibern gegenüber den Heimbewohnern. Verlangt wird eine Aufschlüsselung verschiedener Komponenten wie Kost und Logie, *personal care* und gegebenenfalls *nursing care*. Zahlungen seitens eines *Primary Care Trust* für den letztgenannten Gebührenbestandteil müssen transparent gemacht werden, außerdem sind den Bewohnern bei Gebührenerhöhungen die ausschlaggebenden Gründe mitzuteilen.

Damit der Bewohner einschätzen kann, ob er auch die für ihn passenden Leistungen erhält, ist ihm nach reg. 15(2)(a) CHRegs 2001 auch sein individueller Pflegeplan auszuhändigen. Dieser dokumentiert, welche Bedarfe bei ihm festgestellt wurden und wie diesen aus pflegerischer Sicht entsprochen werden soll.

Wie erwähnt, muß den Heimbewohnern und deren Vertretern nach reg. 24A(3)(a) CHRegs 2001 auch ein Exemplar des *improvement plan*¹⁹¹⁸ zur Verfügung gestellt werden, falls die CQC dessen Aufstellung verlangt. Hiermit wird bezweckt, die Bewohner auf gegebenenfalls bestehende Qualitätsdefizite aufmerksam zu machen, damit sie verfolgen können, ob, wie und mit welchem Erfolg der Heimbetreiber versucht, eventuell bestehenden Mißständen beizukommen.

Eine andere Form der Informationssteuerung besteht schließlich darin, daß der Staat – anstatt anderen Auskunfts- und Informationspflichten aufzuerlegen – selbst aufklärend tätig wird. Auf einige der zu diesem Zweck eingesetzten Instrumente wurde weiter oben bereits hingewiesen, etwa auf die Veröffentlichung von Informationsbroschüren der „*In Focus – Quality issues in social care*“-Serie durch die CSCI und nun die CQC. Hierdurch soll bei den Heimbewohnern das Bewusstsein dafür geschärft werden, was eine

1914 *Office of Fair Trading*, Care homes for older people in the UK, S. 100 f.

1915 Kritisch hierzu *Office of Fair Trading*, Care homes for older people in the UK, S. 101.

1916 *Office of Fair Trading*, Care homes for older people in the UK, S. 100; *Richards*, Long-term Care, S. 102.

1917 *Jones*, Care Standards Manual, para 4-035.

1918 Dazu oben, S. 247.

qualitativ angemessene Leistungserbringung inhaltlich bedeutet.¹⁹¹⁹ Auch auf die Veröffentlichung von Prüfberichten durch die CQC ist in diesem Zusammenhang hinzuweisen, allerdings muß der jeweils aktuelle Prüfbericht ohnehin auch im *service user's guide* enthalten sein.

cc. Stellungnahme

Das heiminterne Beschwerdeverfahren bietet dem Bewohner eine institutionalisierte Möglichkeit, sich mit Anliegen an die Heimleitung zu wenden, die ihm persönlich wichtig erscheinen. Das Beschwerdeverfahren setzt damit nicht unmittelbar an Verstößen gegen Vorgaben des CSA 2000-Regimes an, sondern an der individuellen Unzufriedenheit einzelner Bewohner, egal welcher Umstand dieser zugrunde liegt.¹⁹²⁰ Hieraus resultiert die nicht zu unterschätzende Bedeutung dieses Instruments. Wird es ernst genommen, kann es einen wichtigen Beitrag zur Verbesserung der sonst so schwer faßbaren Ergebnisqualität leisten, weil es wie kaum ein anderer Steuerungsmechanismus einen unmittelbaren Konnex zur Zufriedenheit der Leistungsempfänger und zu den Ergebnissen aufweist, die mit den pflegerischen und sonstigen Interventionen bei ihnen erreicht wurden.

Die Qualitätssteuerung mittels der Schaffung bestimmter Beschwerdemöglichkeiten bringt jedoch gerade im Zusammenhang mit älteren Personen einige Umsetzungsschwierigkeiten mit sich. In der Praxis machen bislang nur in etwa 20 % der Fälle die Heimbewohner tatsächlich Gebrauch von den *complaints procedures*.¹⁹²¹ Ein Grund für die relativ zögerliche Inanspruchnahme¹⁹²² wird zum einen in der immer noch weit verbreiteten Unkenntnis von der Existenz der Beschwerdeverfahren auf Seiten der Bewohner und deren Verwandten gesehen, was seinen Grund insbesondere darin haben dürfte, daß viele Heime den bestehenden Informationspflichten nicht hinreichend bzw. nicht in einer den Bedürfnissen der Bewohner geeigneten Form nachkommen.¹⁹²³ Zum anderen erhalten viele Bewohner nicht genügend Unterstützung, um eine Beschwerde vorzubringen.¹⁹²⁴ Und schließlich dürfte auch die Befürchtung, nach Erheben einer Beschwerde Repressalien seitens des Heimpersonals ausgesetzt zu werden, die persönlichen Beziehungen zum Personal zu gefährden oder gar eine Kündigung zu erhalten, einen wichtigen Faktor dafür darstellen, daß empfundene Defizite gar nicht erst gerügt werden.¹⁹²⁵

1919 Vgl. etwa *Commission for Social Care Inspection*, Putting people first: Equality and Diversity Matters 1, In Focus – Quality issues in social care, Issue 7, S. 1.

1920 Viele Beschwerden gehen etwa auf das Verhalten anderer Bewohner und damit einen Aspekt zurück, der sich im CSA 2000-Regime so nicht findet. Vgl. *Office of Fair Trading*, Care homes for older people, S. 121.

1921 *Office of Fair Trading*, Care homes for older people, S. 118.

1922 Hierzu auch *Office of Fair Trading*, Care homes for older people, S. 120 f.

1923 *Office of Fair Trading*, Care homes for older people, S. 124 ff.

1924 *Office of Fair Trading*, Care homes for older people, S. 126 f.

1925 *Office of Fair Trading*, Care homes for older people, S. 127 ff.

Um es den Betroffenen leichter zu machen, eine Beschwerde zu erheben, ist eine Reform des *complaints procedure*-Systems beabsichtigt. Diese Reform zielt zwar primär auf die vor den *Primary Care Trusts* und den Kommunen erhobenen Beschwerden ab, nimmt aber auch die Beschwerdeverfahren gegenüber den Leistungserbringern in den Blick und plant, die Beschwerdeverfahren sowohl in der *health* als auch in der *social care* soweit wie möglich zu vereinheitlichen.¹⁹²⁶ Erwähnenswert ist, daß die intendierten Änderungen auch den vom *Office of Fair Trading* gemachten Vorschlag zur Einführung von Beschwerdebeiständen (*advocacy services*) und Mediatoren¹⁹²⁷ aufgreifen,¹⁹²⁸ die Leistungsempfängern unterstützend zur Seite stehen sollen, wenn sie allein nicht in der Lage sind, eine Beschwerde vorzubringen.¹⁹²⁹ In reg. 19 der *Health and Social Care Acts 2008 (Regulated Activities) Regulations 2010*, der das Beschwerdeverfahren in Pflegeheimen seit kurzem regelt, finden sich diese Ansätze allerdings noch nicht wieder. Auch hier bleibt die Rechtslage im Wesentlichen unverändert.

2. Heimexterne Steuerungsansätze

Eine zweite Gruppe von dimensionsübergreifenden Implementationsmechanismen, die im Folgenden als „heimexterne“ Maßnahmen bezeichnet werden, zielt darauf ab, die in Pflegeheimen erbrachte Leistungsqualität dadurch zu steigern, daß sie sich externer, d.h. außerhalb der Heimorganisation angesiedelter Verfahren und Akteure, wie beispielsweise Ombudsmännern, oder auch der ordentlichen Gerichtsbarkeit bedienen. Hierauf soll – speziell unter dem Blickwinkel des jeweiligen staatlichen Einflusses auf die betreffenden Mechanismen – im Folgenden eingegangen werden.

a. Unterstützung der Heimbewohner bei gerichtlichen oder behördlichen Rechtsbehelfen

Nicht nur die Bewohner von Pflegeheimen sind daran interessiert, daß ihnen verschiedene Abhilfe- und Beschwerdemöglichkeiten in abgestufter Form von leicht zugänglichen informalen bis hin zu druckvolleren formalen Verfahren zur Verfügung stehen, wenn sie mit den Leistungen ihrer Heime nicht zufrieden sind.¹⁹³⁰ Auf Seiten des Staates besteht ein parallel gelagertes Interesse: als Steuerungsakteur kann er sich das Engagement der Beschwerdeführer für die eigenen Zwecke der Qualitätssicherung, nämlich zur Implementierung und Durchsetzung von Qualitätsstandards nutzbar ma-

1926 Siehe etwa *Department of Health, Making Experiences Count*, para 16.

1927 *Office of Fair Trading, Care homes for older people*, S. 131 ff.

1928 *Department of Health, Making Experiences Count*, para 45, 51, 69.

1929 Nach Standard 17.2 der NMS muß der Heimleiter den Bewohner darin unterstützen, wenn er auf *advocacy services* zurückgreifen möchte. Dabei wird allerdings die Existenz derartiger Dienste in ausreichender Zahl vorausgesetzt, was bislang außerhalb des *health care sector*, wo sog. *Patient Advice and Liaison Services* und der *Independent Complaints Advocacy Service* existieren, nicht der Fall ist.

1930 Vgl. *Vincent-Jones, Citizen Redress in Public Contracting for Human Services*, MLR 68 (2005), S. 915 f.; *National Audit Office, Citizen Redress*, S. 5, 8.

chen. Im englischsprachigen Schrifttum wird für diesen Steuerungsmechanismus der Ausdruck „*voice*“ benutzt, der den mit „*choice*“ umschriebenen Wettbewerbsmechanismen gegenübergestellt wird.¹⁹³¹

Den Bewohnern englischer Pflegeheime stehen verschiedenste Beschwerde- und Rechtsschutzmöglichkeiten zur Durchsetzung ihrer Anliegen offen. Das – nach der hier vorgenommenen Einteilung – zu den heiminternen Maßnahmen gezählte *complaints procedure* wurde oben bereits geschildert. Im Folgenden soll die staatliche Einflußnahme auf die übrigen, außerhalb des Heims angesiedelten Abhilfemöglichkeiten beschrieben werden. Aus der Perspektive des Staates als Steuerungsakteur geht es dabei zum einen um Maßnahmen, mit denen derartige Möglichkeiten überhaupt erst eröffnet werden, indem die entsprechenden strukturellen und institutionellen Voraussetzungen geschaffen werden. Zum anderen sind die staatlichen Mechanismen angesprochen, die der Unterstützung des Betroffenen bei der Inanspruchnahme derartiger Verfahren dienen. In diesem Zusammenhang sind auch die oben¹⁹³² bereits geschilderten staatlichen Vorkehrungen zur Verringerung des Wissens- und Informationsdefizits auf Seiten der Heimbewohner erneut von Relevanz. An sie soll hier lediglich erinnert werden, ohne sie jedoch im Einzelnen zu wiederholen.

aa. Beschwerden an die CQC

Heimbewohner, die mit der Leistungserbringung in ihrer Einrichtung unzufrieden sind, konnten eine Beschwerde gegen den Heimträger bislang unmittelbar bei der CSCI vorbringen. Dieses Beschwerdeverfahren war zwar weder ausdrücklich in der Aufgabenzuweisung an die CSCI enthalten noch formal durch gesetzliche Regeln ausgestaltet.¹⁹³³ Es war aber vom allgemeinen Auftrag der Regulierungsbehörde, die Qualität der Leistungserbringung bei registrierten Pflegeeinrichtungen zu erhöhen¹⁹³⁴ und den hierzu übertragenen, weit gefassten¹⁹³⁵ Kompetenzen umfasst. Den Heimbewohnern stand allerdings kein Recht zu, ein Einschreiten der Behörde im Hinblick auf die der Beschwerde zugrundeliegenden Umstände zu verlangen.¹⁹³⁶ Vielmehr war ihre Position darauf beschränkt, bestimmte Gegebenheiten zur Kenntnis der Registrierungsbehörde zu bringen. Ob und gegebenenfalls wie die CSCI hierauf reagierte, lag allein in ihrem Ermessen.¹⁹³⁷ In der Praxis versuchte die CSCI, Beschwerden so weit als möglich nachzugehen und gegebenenfalls eingeleitete Untersuchungen binnen 20 Werktagen abzuschließen.¹⁹³⁸ Bei der Tatsachenaufklärung und gegebenenfalls dem Ergreifen von

1931 S. *Vincent-Jones*, MLR 68 (2005), S. 899; vgl. auch *McDonald*, *Community Care*, S. 83.

1932 Siehe oben, S. 329 ff.

1933 Insofern war es korrekt zu sagen, die CSCI sei keine *complaints agency*, s. *Department of Health, Learning From Complaints*, para 7.7.4.

1934 S. 5B(2) CSA 2000 in der bis zum 1. April 2009 geltenden Fassung.

1935 Vgl. s. 42(2) i.V.m. Schedule 7 para 2(1) des *Health and Social Care (Community Health and Standards) Act 2003* in der bis zum 1. April 2009 geltenden Fassung.

1936 Vgl. *Ridout*, *Care Standards*, S. 35.

1937 Vgl. *Ridout*, *Care Standards*, S. 36.

1938 <http://www.csci.org.uk/how_to_complain/care_home_or_care_services.aspx>.

Maßnahmen zur Abhilfe der Beschwerde stützte sie sich auf die aufsichtlichen Kompetenzen, die ihr als Regulierungsbehörde zustanden.¹⁹³⁹ Damit die Bewohner Kenntnis von dieser Beschwerdemöglichkeit hatten, mußte bereits das jedem Bewohner auszu-händigende Informationsdokument über das heiminterne Beschwerdeverfahren zwin-gend auch die Adresse und Telefonnummer der CSCI sowie Angaben über eventuell bestehende Verfahrensschritte enthalten, mit denen sich ein Bewohner mit einer Be-schwerde über das Heim an die Regulierungsbehörde wenden konnte, reg. 22(7) CHRegs 2001.

Auf die Beschwerdemöglichkeit vor der CSCI wurde in erheblichem Umfang zu-rückgegriffen. Zwar fehlen umfassende Zahlen, jedoch wurden im Zeitraum von April 2004 bis Oktober 2005, über verschiedene Einrichtungstypen verteilt, 453 Beschwerden allein bezüglich der Ernährungsstandards verzeichnet, bei denen die CSCI dann tatsäch-lich auch einen Verstoß gegen die betreffenden Vorgaben feststellte.¹⁹⁴⁰

Vor diesem Hintergrund scheint es nicht unproblematisch, daß im Rahmen der er-wähnten Reformen der *complaints procedures*¹⁹⁴¹ einem entsprechenden Vorschlag des Gesundheitsministeriums folgend¹⁹⁴² nunmehr die Untersuchung von Individualbe-schwerden durch die CQC abgeschafft wurde¹⁹⁴³ und deren Rolle darauf beschränkt wurde, zu überprüfen, ob die heiminternen Beschwerden in den Einrichtungen ord-nungsgemäß etabliert sind.

bb. Beschwerdeverfahren vor den Kommunen

Ein weiterer Rechtsbehelf für Pflegebedürftige, deren Unterbringung von einer Kommune organisiert wurde, besteht im Beschwerdeverfahren vor den kommunalen Sozialbehörden.¹⁹⁴⁴ Diese sind seit dem Jahr 2009 Teil der für *health* und *social care* einheitlichen „*Local Authority Social Services and NHS statutory Complaints proce-dure*“, die in den *Local Authority Social Services and National Health Service Com-plaints (England) Regulations 2009*¹⁹⁴⁵ (Complaint Regs 2009) geregelt sind.

Nach reg. 4 f. Complaint Regs 2009 müssen die Kommunen verwaltungsorganisato-rische Vorkehrungen treffen, um Beschwerden gründlich und effektiv behandeln zu können und hierzu insbesondere einen verantwortlichen *Complaints Manager* benen-nen.

Das Recht, eine Beschwerde im Rahmen der *Local Authority Social Services and NHS statutory Complaints procedure* zu erheben, haben unter anderem diejenigen Per-sonen, die *social services* der Kommunen beziehen, reg. 5(1) Complaint Regs 2009.

1939 <http://www.csci.org.uk/how_to_complain/care_home_or_care_services.aspx>.

1940 *Commission for Social Care Inspection*, Highlight of the day? Improving meals for older people in care homes. In Focus – Quality issues in social care, Issue 1, S. 11.

1941 Vgl. oben, S. 332.

1942 Vgl. zum Reformvorschlag *Department of Health*, Making Experiences Count, para 56.

1943 S. <<http://www.cqc.org.uk/contactus/howtoraiseaconcernorcomplaint/complainaboutasocialcareservice.cfm>>.

1944 Allgemein zu diesem Beschwerdeverfahren *Clements/Thompson*, Community Care and the Law, S. 741 ff.

1945 S.I. 2009 No. 309.

Tauglicher Beschwerdegegenstand ist u.a. alles, was die Erfüllung von Aufgaben aus dem Bereich der sozialen Dienste durch die Kommunen betrifft, wobei hierunter auch die Erbringung von Leistungen durch Dritte fällt, mit denen die Kommunen über entsprechende Leistungserbringungsverträge in Beziehung steht, reg. 6(1), (1A) Complaint Regs 2009.

Allerdings geht die Kommune der (zulässigen) Beschwerde aber zumindest dann nicht selbst nach, wenn ein sog. „*care standards complaint*“ (bzw. ab dem 1. Oktober 2010 – inhaltlich im Wesentlichen identisch – ein sog. „*social care provider complaint*“) vorliegt. Bezogen auf die stationäre Langzeitpflege liegt ein solcher *care standards complaint* gem. reg. 2(2) Complaint Regs 2009 vor, wenn er allein die Leistungserbringung in einem Pflegeheim, nicht aber gleichzeitig auch die Ausübung von *social service*-Aufgaben durch die Kommune selbst betrifft. Allein die Tatsache, daß die Unterbringung in dem betreffenden Heim aufgrund von s. 21 NAA 1948 geschah, führt allerdings bei richtiger Auslegung der Vorschrift noch nicht dazu, daß automatisch stets auch die Ausübung von *social services functions* vorliegen würde. Ansonsten bliebe für die *care standards complaints* kein eigenständiger Anwendungsbereich, weil Privatzahler grundsätzlich schon keine beschwerdeberechtigten Personen sind, weil sie keine sozialen Dienste von der Kommune beziehen (vgl. reg. 5 Complaint Regs 2009). Zudem weist die unter s. 7 LASSA 1970 erlassene *guidance* „*Learning From Complaints*“ die Kommunen generell an, keinen Beschwerden von Selbstzahlern nachzugehen.¹⁹⁴⁶

Handelt es sich bei der Beschwerde um einen derartigen *care standards complaint* (bzw. seit kurzem *social care provider complaint*), wie etwa dann, wenn sich ein Pflegebedürftiger über die Leistungserbringung im von ihm bewohnten Pflegeheim beschwert, dann leitet die Kommune diese Beschwerde an den betreffenden Heimbetreiber weiter, nachdem sie das entsprechende Einverständnis des Beschwerdeführers eingeholt hat, regs. 10(2), 11(2) Complaint Regs 2009.

Nur diejenigen Beschwerden, die das eigene Handeln der Kommune betreffen (denkbar etwa im Zusammenhang mit der Pflegebegutachtung), werden von der Kommune selbst geprüft. Handelt es sich um eine Beschwerde, die sowohl einen *care standards complaint* als auch das eigene Verhalten der Kommune betrifft, sind beide Verfahrensgegenstände zu trennen. Allerdings hat die Kommune in diesem Fall das Verfahren in Kooperation mit dem Heimbetreiber so zu betreiben, daß der Beschwerdeführer nach Möglichkeit eine von beiden koordinierte gemeinsame Antwort erhält, reg. 10(3), 11(3) Complaint Regs 2009.

Damit wird im Zusammenhang mit *care standards complaints* das kommunale Beschwerdeverfahren letztlich aber auf eine bloße Weiterleitungsfunktion beschränkt. Die umfangreichen verfahrensrechtlichen Vorschriften, die regs. 12 ff. Complaint Regs 2009 für die Behandlung von Beschwerden durch die Kommunen vorsehen, stehen den Heimbewohnern bei Beschwerden gegen das Pflegeheim daher nicht zur Verfügung. Ihnen bleibt somit allein die Hoffnung, daß sich die Heimbetreiber mit einer Beschwerde, die ihnen durch die Kommune als ihrem Vertragspartner aus den Leistungserbrin-

¹⁹⁴⁶ *Department of Health, Learning From Complaints*, para 2.6.

gungsverträgen zugeleitet wurde, gründlich auseinandersetzen. Inwiefern diese Hoffnung begründet ist, kann nur die Praxis im Einzelfall zeigen, verfahrensrechtliche Absicherungen bestehen jedenfalls nicht.

Vor diesem Hintergrund läßt sich daher nur schwer beurteilen, ob und in welchem Umfang diesem Beschwerdeverfahren eine qualitätssichernde Wirkung zukommt. Sein Vorteil gegenüber einer heiminternen Beschwerde könnte darin liegen, daß sich der Heimbewohner nicht selbst an die Verantwortlichen des von ihm bewohnten Heims wenden muß. In diesem Zusammenhang hatte schon das *consultation paper* „*Making Experiences Count*“, das der letzten Reform des Beschwerdeverfahrens im Jahr 2009 vorausging, betont, daß Leistungsempfänger grundsätzlich wählen können sollten, ob sie sich an den Leistungserbringer selbst oder an die Behörde wenden, die diese Leistungen vertraglich bezieht. Die letztgenannte Möglichkeit solle vor allem denjenigen Personen eine Alternative bieten, die sich aus Furcht vor Repressionen nicht direkt an ihren Leistungserbringer wenden wollen.¹⁹⁴⁷ Ob hierin jedoch tatsächlich ein Vorteil liegen kann, ist fraglich, weil die Beschwerden nicht anonymisiert an das Heim weitergegeben werden. Die Unterstützung der Bewohner bei der Durchsetzung ihrer Interessen dürfte daher im Ergebnis kaum über das hinausreichen, was in Gestalt der Vorgaben für das heiminterne Beschwerdeverfahren im CSA 2000 / HSCA 2008-Regime ohnehin bereits geregelt ist.

cc. Beschwerden vor dem Local Government Ombudsman

Heimbewohner können sich unter bestimmten Voraussetzungen auch an einen der insgesamt drei englischen *Local Government Ombudsmen* richten. Diese vom Gesetz als *Commissioners for Local Administration* bezeichneten Schiedspersonen wurden durch s. 23 LGA 1974 geschaffen. In gegenständlicher Hinsicht bezieht sich die Untersuchungsbefugnis der *Local Government Ombudsmen* gem. s. 26(1) LGA 1974 auf:

- „(a) *alleged or apparent maladministration in connection with the exercise of the authority's administrative functions;*
- (b) *an alleged or apparent failure in a service which it was the authority's function to provide;*
- (c) *an alleged or apparent failure to provide such a service.*”

Anknüpfungspunkt einer Beschwerde muß demgemäß ein behauptetes Defizit beim Verwaltungshandeln (*maladministration*¹⁹⁴⁸) einer Kommune sein, also bei der Art und Weise der Entscheidungsfindung und der Implementierung dieser Entscheidungen,¹⁹⁴⁹ so daß beispielsweise Befangenheit, Nachlässigkeit, Unachtsamkeit, Verfahrensverzögerungen, Untauglichkeit des Verfahrens, Willkür und ähnliche Defizite der Lokalverwaltung gerügt werden können.¹⁹⁵⁰ Damit soll ein gutes Verwaltungsverfahren sicher-

1947 *Department of Health, Making Experiences Count*, para 60.

1948 Ausführlich zu Inhalt und Entwicklung des Verständnisses von *maladministration* Rosen, *Das System der Ombudsmann-Ämter*, S. 44 ff.

1949 R v Commissioner for Local Administration ex p Eastleigh Borough Council [1988] 3 All ER 151, 155 (CA).

1950 Vgl. *McDonald, Community Care*, S. 78.

gestellt werden, eine inhaltliche Überprüfung von Entscheidungen ist hingegen weder intendiert, noch möglich.¹⁹⁵¹

Bevor der Ombudsmann angerufen werden kann, muß die Beschwerde bei der Kommune selbst – in der Regel im Rahmen des oben genannten Beschwerdeverfahrens – vorgebracht worden sein, s. 26(5) LGA 1974.¹⁹⁵² Die Erhebung einer *Ombudsman complaint* ist gebührenfrei und hat zudem den Vorteil, daß sich die Untersuchung auch auf die zugrundeliegende Tatsachenbasis bezieht. Hierzu stehen dem zuständigen Ombudsmann umfangreiche Rechte zur Einsichtnahme in Unterlagen der Kommunen zu.¹⁹⁵³

Die *Local Government Ombudsmen* können in den *final reports* (s. 30 LGA 1974) Empfehlungen an die Kommunen aussprechen, die sowohl die Vornahme bestimmter Maßnahmen als auch die Zahlung von Entschädigungen zum Gegenstand haben können. Diesen Empfehlungen kommt zwar keine formell verbindliche Wirkung zu, sie haben jedoch eine nicht zu unterschätzende politische Bedeutung,¹⁹⁵⁴ zumal die Kommunen den *final report* grundsätzlich der Öffentlichkeit zugänglich machen müssen, s. 30(4)-(7) LGA 1974. Allerdings kommt es nur bei ca. 1 % der eingereichten Beschwerden auch tatsächlich zur Abfassung eines solchen Berichts, die meisten Beschwerden werden wegen eines untauglichen Beschwerdegegenstands, aufgrund des Fehlens einer *maladministration* oder als verfrüht abgewiesen.¹⁹⁵⁵

2007/08 betrafen ca. 8 % der Beschwerden an *Local Government Ombudsmen* die kommunalen *social services functions*.¹⁹⁵⁶ Im Zusammenhang mit stationären Langzeitpflegeleistungen werden Beschwerden etwa dann erhoben, wenn das kommunale Sozialamt ein beantragtes *assessment of needs* oder den Beginn der Leistungserbringung verzögert,¹⁹⁵⁷ oder die Bedarfssituation des Einzelnen nicht richtig erfasst hat oder nicht hinreichend überwacht, ob die erbrachten Leistungen für die festgestellten pflegerischen Bedarfe geeignet sind.¹⁹⁵⁸ Mißstände in einem Pflegeheim des *privaten* Sektors können in einem Verfahren vor dem *Local Government Ombudsman* allerdings nicht den unmittelbaren Beschwerdegegenstand bilden, weil bezüglich der dort angebotenen Leistungen gerade keine Pflicht im Sinne von s. 26(1)(b) LGA 1974 besteht, sie

1951 Vgl. *McDonald*, *Community Care*, S. 78.

1952 Die grundsätzliche Subsidiarität der Untersuchungen durch die *Ombudsmen* nach s. 26(6) LGA 1974 gegenüber anderen, insb. gerichtlichen Verfahren stellen in der Praxis nur in wenigen Fällen einen Ablehnungsgrund für die Durchführung von *Ombudsmen investigations* dar, s. *Clements/Thompson*, *Community Care and the Law*, Rn. 27.129.

1953 *Clements/Thompson*, *Community Care and the Law*, Rn. 27.137 f.

1954 Näher hierzu *Clements/Thompson*, *Community Care and the Law*, Rn. 27.139 ff.; *McDonald*, *Community Care*, S. 78.

1955 Vgl. *Commission for Local Administration in England*, *Local Government Ombudsman. Annual Report 07/08*, S. 14.

1956 *Commission for Local Administration in England*, *Local Government Ombudsman. Annual Report 07/08*, S. 13.

1957 Vgl. etwa *Local Government Ombudsman Report No. 99/B/4621*; vgl. auch *McDonald*, *Community Care*, S. 78.

1958 S. *Local Government Ombudsman Reports No. 00/C/3176* und *No. 02/B/10226*.

selbst zu erbringen. In diesem Zusammenhang muß vom Beschwerdeführer daher ein anderer Anknüpfungspunkt für eine Beschwerde vor dem Ombudsmann gewählt werden. Ein solcher kann allenfalls in der Rüge eines Verfahrensfehlers im Rahmen eines aufsichtlichen Vorgehens der Kommune gegen den Träger eines Heimes bestehen. Damit muß es sich bei den vom Beschwerdeführer empfangenen Pflegeleistungen aber um solche handeln, die für eine Kommune nach ss. 21, 26 NAA 1948 erbracht werden. Bei privat finanzierten Heimaufenthalten fehlt demgegenüber der für die Spruchgewalt des Ombudsmanns relevante öffentliche Bezug.¹⁹⁵⁹

Drei Gesichtspunkte lassen die Erfolgsaussichten einer solchen Beschwerde allerdings auch beim Vorliegen eines Leistungserbringungsverhältnisses nach ss. 21, 26 NAA 1948 als gering erscheinen: Zunächst ist schon fraglich, ob die Aufsicht über das Heim, soweit es im Zusammenhang mit dem *purchasing* von *residential accommodation* steht, als Ausübung einer *administrative function* i.S.v. s. 26(1)(a) LGA 1974 betrachtet werden kann oder ob es sich nicht vielmehr um eine reine vertragsbasierte Beschaffungstätigkeit außerhalb der eigentlichen Verwaltungstätigkeit handelt. Sowohl die Zweckrichtung des Leistungserbringungsvertrags, die sich auf die Erbringung von Leistungen nach s. 21(1) NAA 1948 richtet, als auch die Einbettung in das *Best Value Regime* sprechen allerdings dafür, das *purchasing* und das anschließende *monitoring* als relevantes Verwaltungshandeln anzusehen. Ferner ist problematisch, daß der Bewohner in diesem Vertragsverfahren nicht beteiligt und durch die Entscheidung auch nicht unmittelbar beschwert ist, so daß fraglich ist, ob er durch das fehlerhafte Verfahren Unrecht (*sustains injustice*) i.S.d. s. 26A(1)(a) LGA 1974 erleiden konnte. Seine Beschwerde trotzdem zuzulassen ließe sich jedoch damit rechtfertigen, daß die ordnungsgemäße Durchführung von Heimkontrollen – zumal wenn diese auf seinen Hinweisen oder Anregungen beruhen – auch im Interesse des betreffenden Bewohners geschieht, demgegenüber die Kommune zur Leistungserbringung verpflichtet ist.

Letztenendes dürfte aber selbst dann, wenn eine Beschwerde vom Ombudsmann angenommen würde, die Tatsache, daß die Aufsichtsbehörden allein im Hinblick auf den Verfahrensablauf einer Kontrolle unterliegen, den meisten Beschwerden die Erfolgsaussichten nehmen. Denn der betroffene Bewohner hat in aller Regel in den verfahrensmäßigen Ablauf nur wenig oder gar keinen Einblick und dürfte zudem in aller Regel eher aus inhaltlichen – und somit nicht rügbaren – Gründen nicht mit der Aufsichtstätigkeit der Kommunen einverstanden sein.

Auch die Möglichkeit, eine Beschwerde vor dem Ombudsmann zu erheben, stellt daher im Ergebnis kein Instrument dar, mit dem die Eigeninitiative der Bewohner zu Zwecken der Qualitätssicherung wesentlich unterstützt würde.

dd. Gerichtlicher Rechtsschutz

Als weitere Möglichkeit der Durchsetzung von Rechten gegenüber dem Heimträger kommt für die Bewohner von Pflegeheimen grundsätzlich auch der Rechtsschutz durch ordentliche Gerichte in Betracht. Indem der Staat diese Art der Rechtsdurchsetzung in

¹⁹⁵⁹ *Vincent-Jones*, MLR 68 (2005), S. 917.

irgendeiner Weise fördert, kann er ebenfalls steuernd auf die Sicherung der Pflegequalität einwirken. Inwieweit dies in England der Fall ist, wird im Folgenden untersucht.

(1) *Privatrechtliche Klagen*

Die Erhebung einer privatrechtlichen Klage (*privat law action*) eines Heimbewohners gegen das Pflegeheim, die der Staat zum Zwecke der Qualitätssteuerung unterstützen könnte, setzt das Vorliegen individueller Rechte des Klägers voraus. Diese können sich insbesondere aus dem Vertrags- und dem Deliktrecht ergeben.¹⁹⁶⁰ Zu klären ist also, in welchem Umfang die englische Rechtsordnung den Bewohnern von Pflegeheimen des privaten Sektors, in denen Leistungen nach s. 21, 26 NAA 1948 erbracht werden, eigene vertragliche Rechte einräumt.

Solche Rechte kann zunächst der Leistungserbringungsvertrag zwischen der Kommune und dem Heimbetreiber enthalten. Diese Verträge werden zwar *für*, grundsätzlich aber nicht *mit* dem betreffenden Leistungsempfänger abgeschlossen, so daß dieser nicht Vertragspartei ist und dementsprechend regelmäßig keine eigene Rechte geltend machen kann.¹⁹⁶¹ Wie an anderer Stelle bereits erwähnt, ist es Heimbewohnern als Vertragsdritten aufgrund der „*privity of contract*“-Doktrin¹⁹⁶² des englischen Vertragsrechts nur dann ausnahmsweise nach s. 1(1) des *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* möglich, eigene Rechte aus dem Vertrag geltend zu machen, wenn in den Vertrag Rechte aufgenommen wurden, aus denen sich explizit oder implizit ergibt, daß sie (auch) dem Heimbewohner zugute kommen sollen.¹⁹⁶³ Wie gezeigt,¹⁹⁶⁴ nehmen viele Kommunen in die Leistungserbringungsverträge jedoch Klauseln auf, wonach Dritten durch den Vertrag gerade keine Rechte nach dem *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* eingeräumt werden.

In vielen Fällen wird der Leistungsempfänger zwar auch als Vertragspartei einbezogen (sog. „*multi party contracts*“),¹⁹⁶⁵ entweder um dadurch auch seine Akzeptanz des Vertragsinhalts zu dokumentieren, oder in den Fällen, in denen ein Teil der Gebühren (*top-ups*) in seinem Namen direkt an den Heimträger gezahlt werden soll.¹⁹⁶⁶ Jedoch bleiben auch in diesen Fällen die Verpflichtung zur Zahlung der gesamten Pflegegebüh-

1960 *McDonald*, *Community Care and the Law*, S. 79.

1961 *Vincent-Jones*, *Citizen Redress in Public Contracting for Human Services*, MLR 68 (2005), S. 906. *Harden*, *The Contracting State*, S. 44 f. Anders war die Situation in der Zeit vor 1993, als der einzelne Bewohner sich selbst um die Heimunterbringung kümmern und entsprechend kontrahieren mußte, während die Zentralregierung über die *social security benefits* lediglich für die Finanzierung sorgte.

1962 Grundlegend *Tweddle v Atkinson* [1861-1873] All ER 369; ausführlich zur Doktrin *Treitel*, *The Law of Contract*, S. 580 ff.; *Whincup*, *Contract Law and Practice*, S. 81 ff.; s. auch *Collins*, *The Law of Contract*, S. 302 ff.

1963 Dazu *Treitel*, *The Law of Contract*, S. 651 ff.; *Whincup*, *Contract Law and Practice*, S. 83 f.; speziell bezogen auf die *residential care*: *Palmer*, *Journal of Social Welfare and Family Law* 22 (2000), S. 461 ff.

1964 S. 292.

1965 *Office of Fair Trading*, *Care homes for older people*, S. 102 f.

1966 *Ridout*, *Care Standards*, S. 37.

ren sowie die Haftung hierfür stets auf Seiten der Kommune.¹⁹⁶⁷ Entsprechend dürfte auch bei einer ausnahmsweise erfolgenden Einbeziehung des Bewohners in den Heimvertrag die Verpflichtung, die Pflegeleistung zu erbringen, regelmäßig nur gegenüber der Kommune bestehen und Rechtsbeziehungen zwischen dem Bewohner und dem Heim auf den Teil des Vertrags beschränkt sein, der die gebührenmäßige Abwicklung betrifft. In den meisten Fällen gibt es für die Leistungsempfänger daher keine Möglichkeit, auf Grundlage des Leistungserbringungsvertrags gegen den Heimbetreiber (oder auch gegen die Kommune) vorzugehen.¹⁹⁶⁸

Aufgrund der großen Unterschiede in der Vertragsgestaltung ist allerdings davon auszugehen, daß es durchaus einzelne Kommunen gibt, die darauf achten, auch den Bewohnern in den Leistungserbringungsvereinbarungen vertragliche Rechte gegen den Einrichtungsträger einzuräumen. Ein entsprechendes gerichtliches Vorgehen bei Mängeln in der Leistungserbringung wäre dann grundsätzlich möglich. Aufgrund des Fehlens entsprechender Studien lassen sich hierzu jedoch keine abschließenden Aussagen treffen.

Eigene Rechte des Bewohners könnten schließlich in einem zwischen dem Bewohner und dem Heimträger geschlossenen, neben der Leistungserbringungsvereinbarung stehenden Heimvertrag enthalten sein. Wie nachfolgend ausgeführt wird, enthält die englische Rechtsordnung allerdings keine Pflicht zum Abschluss eines solchen Vertrags zusätzlich zum Leistungserbringungsvertrag, so daß nicht eindeutig beantwortet werden kann, wie verbreitet derartige Heimverträge in der Praxis sind.

Auf den Abschluss eines eigenständigen, zwischen Heimbewohner und Heimträger bestehenden Vertrags könnte zunächst reg. 5(1)(c) CHRegs 2001 abzielen. Die Vorschrift lautet:

„The registered person shall produce a written guide to the care home [...] which shall include – [...] a standard form of contract for the provision of services and facilities by the registered provider to service users“

Daß hiermit das Erfordernis eines Vertrags zwischen Heimträger und Bewohner geschaffen wurde, wie es in der Literatur vertreten wird,¹⁹⁶⁹ ist jedoch zu bezweifeln. Die genannte Vorschrift regelt den Inhalt des *service user's guide*, der dem Heimbewohner lediglich als Informationsdokument ausgehändigt, mit diesem aber nicht im Sinne eines Vertrags vereinbart wird. Auch die NMS deuten darauf hin, daß es sich bei dem in der Vorschrift angesprochenen Muster eines Standardvertrags im *service user's guide* nicht um einen „echten“ Vertrag handeln dürfte. Standard 2 NMS unterscheidet bei den Dokumenten, die dem Bewohner bei dessen Einzug auszuhändigen sind, zwischen einem

1967 Dies gilt auch dann, wenn zwischen der *local authority*, dem Heimbetreiber und dem Bewohner vereinbart ist, daß der Heimbewohner die Gebühren direkt an den Pflegeheimbetreiber bezahlt, s. 26 (3A) NAA 1948. S. hierzu auch *Mandelstam*, *Community Care and the Law*, S. 213. Auch die Verpflichtung eines Dritten, für *top-ups* aufzukommen, läßt in der Regel keine Vertragsbeziehung des Dritten oder des Heimbewohners zum Heimträger entstehen, sondern ergibt sich aus einer Vereinbarung zwischen der *Local Authority* und dem Dritten, *Ridout*, *Care Standards*, S. 39.

1968 *Vincent-Jones*, *MLR* 68 (2005), S. 900, 906; *Seddon*, *Government Contracts*, S. 46 ff.

1969 *Ridout*, *Care Standards*, S. 34.

„*statement of terms and conditions*“ für Personen, deren Unterbringung als Leistung nach s. 21(1) NAA 1948 erfolgt, und einem *contract*, falls es sich um Privatzahler handelt. Zwar spricht Standard 2.2 NMS anschließend davon, das *statement of terms and conditions* müsse Angaben enthalten zu den „*rights and obligations of the service user and registered provider and who is liable if there is a breach of contract*“, diese Aussage steht allerdings im Widerspruch zur zuvor getroffenen Unterscheidung zwischen einem *statement* und einem *contract*. Zudem geht aus Standard 2.2 NMS nicht hervor, welcher Vertrag in Bezug genommen wird. Insbesondere enthalten die NMS auch keinen Hinweis auf eine vertragliche Einigung zwischen dem Bewohner und dem Heimträger. Die Rechtsnatur des *standard form of contract* bzw. des *statement of terms and conditions* ist daher nicht eindeutig zu bestimmen. Es ist sehr zweifelhaft, ob Gerichte diese als vertragliche Vereinbarungen ansehen und hierauf gestützten Klagen von Bewohnern stattgeben würden.¹⁹⁷⁰

Angesichts der Vielzahl der bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten wird es in einigen Heimen aber durchaus auch üblich sein, eigenständige, für beide Seiten durchsetzbare Heimverträge mit dem Bewohner abzuschließen, in denen die Leistungen spezifiziert werden. An der nach dem *common law* zur Wirksamkeit des Vertrags erforderlichen *consideration* (Gegenleistung) fehlt es in diesen Fällen auch dann nicht, wenn der Bewohner die Heimgebühren nicht selbst zu tragen hat. Sie kann nämlich schon in der Anerkennung der Heimordnung und den hiermit für den Bewohner verbundenen Verhaltenspflichten gesehen werden;¹⁹⁷¹ eine synallagmatische Verbindung zwischen den Pflichten ist nicht erforderlich.

Ein Heimvertrag zwischen Heimbetreiber und -bewohner ist jedoch jedenfalls dann erforderlich, wenn es sich bei dem Bewohner um einen Privatzahler handelt (vgl. auch Standard 2 NMS).

In denjenigen Konstellationen, in denen eigene vertragliche Rechte des Heimbewohners gegen den Heimträger existieren, kann sich die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen für den einzelnen Bewohner aber freilich schnell als zu zeitaufwendig, zu teuer oder zu risikobehaftet erweisen. Sie kann ferner daran scheitern, daß der Betroffene keinen Zugriff auf die von ihm zur Substantiierung der Klage benötigten Informationen hat. Irgendwie geartete Unterstützungen oder Erleichterungen seitens des Staates speziell in Bezug auf die stationäre Langzeitpflege sind in diesen Bereichen nicht ersichtlich. In der Literatur wird daher zu Recht konstatiert, daß dem Privatvertragsrecht selbst beim ausnahmsweisen Bestehen vertraglicher Rechte im Ergebnis nur eine untergeordnete Anreizwirkung zu effizientem und fairem Handeln (und somit auch nur eine eingeschränkte Steuerungswirkung) zukommt.¹⁹⁷²

1970 Skeptisch bezüglich der gerichtlichen Durchsetzbarkeit daher auch *Office of Fair Trading, Care homes for older people*, S. 101. Nicht eindeutig zu beantworten ist auch die Frage nach dem Vorhandensein vertraglicher Beziehungen zum Konsumenten auch bei privatisierten *public services*, vgl. *Harden, The Contracting State*, S. 39 ff.; von der gerichtlichen Durchsetzbarkeit der im *service user's guide* enthaltenen Standards ausgehend demgegenüber *Ridout, Care Standards*, S. 115.

1971 Vgl. *Wightman, Contract*, S. 163.

1972 *Vincent-Jones, MLR 68 (2005)*, S. 906 f.

Für die meisten Bewohner, die Leistungen nach s. 21(1) NAA 1948 beziehen, besteht daher die einzig realistische Möglichkeit, außerhalb des heiminternen Beschwerdeverfahrens gegen Mängel bei der Leistungserbringung vorzugehen, darin, bei der Kommune darauf hinzuwirken, daß diese ihrerseits Rechte aus den Leistungserbringungsverträgen geltend macht. Die primäre Orientierung des *common law* an Schadensersatzansprüchen zur Durchsetzung vertraglicher Pflichten birgt hierbei allerdings das Problem, daß die Kommune grundsätzlich einen eigenen Schaden geltend machen muß und jedenfalls nicht ohne weiteres¹⁹⁷³ auf Nachteile verweisen kann, die Bewohnern entstanden sind.¹⁹⁷⁴ Auch aus dieser Konstruktion ergibt sich daher kein deutlicher finanzieller Steuerungsanreiz für den Heimträger zur Einhaltung von Qualitätsstandards.

Möglich sind freilich direkte deliktische Klagen des Heimbewohners gegen den Heimträger aufgrund fahrlässig begangener Pflichtverletzungen (*tort of negligence*). Grundlage dieses Anspruchs sind die Verletzung einer dem Bewohner gegenüber bestehenden Sorgfaltspflicht (*duty of care*) und ein hieraus resultierender, vorhersehbarer Schaden.¹⁹⁷⁵ Für die Erhebung einer derartigen Klage bestehen jedoch die gleichen faktischen Schwierigkeiten, auf die auch im Zusammenhang mit der gerichtlichen Geltendmachung von Vertragsrechten hingewiesen wurde. Erneut sind keine besonderen staatlichen Maßnahmen – wie Erleichterungen der Beweislast oder ähnliches – ersichtlich, die die Überwindung dieser Hindernisse erleichtern würden.

Zusammenfassend läßt sich daher sagen, daß der englische Staat Bewohner bei der Durchsetzung ihrer privatrechtlichen Positionen vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit (*private law action*) nicht in einer solchen Weise unterstützt, die es rechtfertigen würde, von einer steuernden Einflußnahme auf die Durchsetzung der Pflegequalität zu sprechen.

(2) *Judicial Review und Verfahren nach s. 7 des Human Rights Act 1998*

Für Bewohner, die in privaten Pflegeheimen *community care*-Leistungen nach ss. 21, 26 NAA 1948 erhalten, könnte auch die *judicial review*¹⁹⁷⁶ vor dem *High Court* eine Möglichkeit darstellen, Rechtsschutz gegen den Heimträger zu erhalten. Staatliche Maßnahmen könnten hieran zum Zwecke der Qualitätssicherung anknüpfen.

Damit das Handeln eines privaten Heimträgers zum Gegenstand einer *judicial review* gemacht werden kann, müßte es allerdings im Zusammenhang mit der Ausübung einer „*public function*“ erfolgt sein oder auf andere Weise ein „*public element*“ aufwei-

1973 Zu Konstellationen, in denen die Kommune möglicherweise einen Schaden der Bewohner geltend machen könnte s. *Seddon*, *Government Contracts*, S. 46 ff.

1974 *Vincent-Jones*, MLR 68 (2005), S. 906, Fn. 92. *Vincent-Jones*, a.a.O., S. 919, schlägt deswegen vor, Regelungen einzuführen, die es zum einen dem Leistungsempfänger erlauben, die Leistungsstandards unabhängig von einem Vertrag selbst einzuklagen (öffentlich-rechtliche Dimension), und die es zum anderen der Behörde erlauben, den Schaden stellvertretend für den Leistungsempfänger geltend zu machen (zivilrechtliche Dimension).

1975 Vgl. *Donohue v Stevenson* [1932] A.C. 562; s. auch *McDonald*, *Community Care*, S. 80.

1976 Zur *judicial review* s. oben, S. 256.

sen.¹⁹⁷⁷ Dies kann zwar auch beim Handeln einer privaten Rechtsperson (*private body*) der Fall sein.¹⁹⁷⁸ Wie schon im Zusammenhang mit der vor Einführung von s. 145 HSCA 2008 diskutierten Frage, ob private Heimträger eine „*function of a public nature*“ im Sinne von s. 6(3) HRA 1998 ausüben,¹⁹⁷⁹ wird jedoch allein der Umstand, daß der Heimträger Leistungen an dritte Personen aufgrund eines Vertrags mit einer Kommune zur Erfüllung von deren Pflichten erbringt, hierfür als nicht ausreichend erachtet,¹⁹⁸⁰ so daß das Handeln privater Heimträger jedenfalls bis zum Inkrafttreten von s. 145 HSCA 2008 nicht im Wege der *judicial review* überprüft werden konnte.¹⁹⁸¹ Der Grund hierfür lag darin, daß es gerade Ausdruck der rein privatvertraglichen Beziehung ist, das Handeln zur Erfüllung des Vertrags allein an den Prinzipien des Privat(vertrags)rechts zu messen.¹⁹⁸²

Fraglich ist, ob dieser Argumentation auch noch nach Inkrafttreten von s. 145 HSCA 2008 gefolgt werden kann. Diese Norm bestimmt lediglich, daß ein privater Heimbetreiber, der Leistungen in Folge einer Vereinbarung nach ss. 21(1), 26 NAA 1948 erbringt, insoweit eine „*function of a public nature*“ im Sinne von s. 6(3) HRA 1998 ausübt. Über die Fähigkeit, Beklagter in einem *judicial review*-Verfahren zu sein, ist damit aber noch nicht zwingend etwas ausgesagt, weil die Beurteilung der Frage, ob jemand eine „*public function*“ im Sinne des *case law* zur *judicial review* wahrnimmt, nicht mit der Einschätzung übereinstimmen muß, ob der *Human Rights Act 1998* anwendbar ist.¹⁹⁸³ Auch die Gesetzesbegründung zu s. 145 HSCA spricht nur davon, daß die Bewohner gegebenenfalls Rechtsschutz nach dem HRA 1998 erlangen können, nimmt aber nicht die *judicial review* in Bezug.¹⁹⁸⁴

Denkbar ist einerseits, daß die Rechtsprechung s. 145 HSCA 2008 eng auslegen und den Zugang zur *judicial review* verneinen wird. Ein Anhaltspunkt hierfür könnte sein, daß das *House of Lords* in *YL v Birmingham City Council*¹⁹⁸⁵ ursprünglich auch die Bindung privater Heimträger an den HRA 1998 mit guten Argumenten abgelehnt hatte und die Anwendbarkeit des HRA 1998 erst in Reaktion auf dieses Urteil und entgegen der überzeugenden Argumente des *House of Lords* vom Gesetzgeber herbeigeführt

1977 Vgl. *R v Criminal Compensation Board ex p Lain* [1967] 2 QB 864; *R v Panel on Take-overs and Mergers ex p Datafin plc* [1987] 1 All ER 564, 724 ff.; siehe auch Civil Procedure Rules Part 54; dazu *Cane*, *Administrative Law*, S. 35 ff.

1978 *R v Panel on Take-overs and Mergers ex p Datafin plc* [1987] 1 All ER 564.

1979 Siehe oben, S. 288 ff.; die Anknüpfungspunkte für die Bindung an den HRA 1998 und für die Überprüfbarkeit einer Handlung im Wege der *judicial review* sind allerdings nicht deckungsgleich. S. hierzu *Cane*, *Administrative Law*, S. 35 f.

1980 Vgl. – allerdings zu s. 6(3) HRA 1998 – *YL v Birmingham City Council* (2007) 10 CCLR 505; s. auch *Vincent-Jones*, *MLR* 68 (2005), S. 917.

1981 *Clements/Thompson*, *Community Care and the Law*, Rn. 27.159.

1982 *Cane*, *Administrative Law*, S. 37.

1983 Vgl. *R (Heather and others) v Leonard Cheshire Foundation and another* [2002] 2 All E.R. 936, 947; s. auch *Woolf/Jowell/Le Sueur*, *De Smith's Judicial Review*, S. 155.

1984 HSCA 2008, Explanatory Notes, para. 497: „*It also means that the person receiving such accommodation and care can take proceedings against the provider under the Human Rights Act 1998 if the provider breaches his or her rights under the Convention.*“

1985 (2007) 10 CCLR 505.

wurde. Ebenso möglich ist jedoch, daß die Gerichte die Normierung der Anwendbarkeit des HRA 1998 als Indiz dafür heranziehen werden, daß private Heimträger eben doch „*public functions*“ – auch im Sinne der *judicial review* – ausüben.

Selbst dann, wenn die Rechtsprechung die *judicial review* für diese Fälle der *contracted-out services* eröffnen würde, würde der daraus zusätzlich resultierende Prüfungsmaßstab, der sich primär aus den dem *common law* entstammenden Prinzipien der *legality, reasonableness, procedural fairness* und dem Schutz von *legitimate expectations* zusammensetzt,¹⁹⁸⁶ aber nicht dazu führen, daß die Leistungsqualität als solche und damit auch Pflegemängel zum Streitgegenstand gemacht werden könnten.¹⁹⁸⁷

Gem. s. 7(1) HRA 1998 muß den Heimbewohnern allerdings auf jeden Fall ein gerichtliches Verfahren zur Verfügung stehen, in dem sie einen Verstoss eines Heimträgers gegen Rechte der EMRK rügen können, egal ob es sich dabei um eine *judicial review* oder um ein eigenständiges Verfahren nach s. 7(1) HRA 1998 handelt. Inhaltlich könnte neben dem Recht auf Leben (Art. 2 HRA 1998) und dem Verbot der menschenunwürdigen Behandlung (Art. 3 EMRK), das etwa bei gravierenden Pflegefehlern in Betracht kommt, auch das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) relevant werden. Nach dem *case law* sind allerdings auch für einen Verstoß gegen Art. 8 EMKR schwerwiegende Beeinträchtigungen des Klägers erforderlich,¹⁹⁸⁸ so daß in Verfahren, die auf die Rechte der EMRK gestützt werden, letztlich nur sehr schwerwiegende Qualitätsmängel gerügt werden können.

Nichtsdestotrotz ist in der Bindung privater Heimträger an den HRA 1998 und die Rechte der EMRK im Zusammenhang mit der Erbringung von Leistungen nach ss. 21(1), 26 NAA 1948 ein deutlicher Schritt in Richtung der Gewährung von subjektiven, durchsetzbaren Rechten an Heimbewohner gegenüber den Heimbetreibern im Sinne eines „*rights-based approach*“ auch in der *social care*¹⁹⁸⁹ zu erblicken. Wie groß dieser Schritt letztlich ist, wird maßgeblich davon abhängen, ob das künftige *case law* mit der inhaltlichen Interpretation der genannten Rechte der EMRK im Zusammenhang mit privaten Heimbetreibern eher restriktiv verfahren wird oder nicht.

ee. Zusammenfassung und Bewertung

Heimbewohner, die Leistungen nach ss. 21, 26 NAA 1948 erhalten, waren im direkten Verhältnis zum Heimträger – soweit nicht deliktische Ansprüche bestehen oder tatsächlich ein Vertragsverhältnis besteht – vor Einführung von s. 145 HSCA 2008 auf das Vorbringen von Beschwerden im Rahmen der heiminternen *complaints procedure* be-

1986 Zu diesen Prüfungsmaßstäben etwa *Craig*, Administrative Law, S. 407 ff.; *Crane*, Administrative Law, S. 133 ff.; *Clement/Thompson*, Community Care and the Law, S. 785 ff.

1987 Zum begrenzten Nutzen der *judicial review* in *community care*-Fällen s. auch *Clements/Thompson*, Community Care and the Law, Rn. 27.155; skeptisch gegenüber behaupteten Vorteilen einer Ausdehnung der *judicial review* auf *contracted-out services* daher *Seddon*, Government Contracts, S. 423 ff.

1988 *Bensaid v United Kingdom* (2001) 33 EHRR 205, 219.

1989 Zum „*rights-based approach*“ in der *health care* s. *Department of Health*, Human Rights in Health Care, S. 4 ff.

schränkt. Insgesamt ließ sich daher im Zusammenhang mit der Förderung der gerichtlichen Durchsetzung von Rechten gegenüber dem Heimträger ein deutliches Defizit konstatieren,¹⁹⁹⁰ das in einem offensichtlichen Widerspruch zur Rhetorik der mit der *community care* befaßten politischen Strategiepapiere steht. Diese betonten stets die Wichtigkeit, den Leistungsempfängern die Kontrolle über die Dienste, die sie erhalten, zu verschaffen.¹⁹⁹¹ Mit der Bindung der Heimbetreiber an die EMRK durch s. 145 HSCA 2008 und der dadurch erfolgten Stärkung der *users' rights* wurde dieses Defizit verringert. Ob sich hieraus allerdings auch qualitätssichernde Impulse ergeben, wird maßgeblich davon abhängen, welches Schutzniveau das englische *case law* im Zusammenhang mit Art. 2, 3 und 8 EMRK ermöglichen wird. Die bisher zu den genannten Normen ergangenen Entscheidungen deuten darauf hin, daß diese Rechte nur bei gravierenden Pflegemängeln herangezogen werden können.

Bei der Beurteilung eines etwaigen qualitätssichernden Impulses darf schließlich nicht übersehen werden, daß bereits die Einleitung eines heimexternen Beschwerdeverfahrens ein hohes Maß an Eigeninitiative auf Seiten des Betroffenen bzw. seiner Angehörigen voraussetzt. Die Komplexität der verschiedenen Beschwerdeverfahren bedeutet hierfür jedoch ein zusätzliches Hindernis, weil durch sie bei den Betroffenen Unsicherheit darüber entstehen kann, gegenüber wem und auf welcher Weise überhaupt gegen empfundene Mißstände vorgegangen werden kann.¹⁹⁹² Auch wenn das englische Regulierungssystem insbesondere durch Informationspflichten versucht, die Kenntnis von der Existenz der verschiedenen Beschwerdewege und Rechtsbehelfe zu erhöhen, ist es für den Heimbewohner bislang doch schwer, diese Einzelinformationen zu einer Gesamtschau zusammenzufügen.

Die Problematik verschärft sich, wenn das Anliegen des Bewohners zugleich die Erbringung von *health care*-Leistungen tangiert und deshalb weitere Beschwerdewege eröffnet sind – erste Erleichterungen sind hier allerdings durch die Verfahrenszusammenfassung im Rahmen der *Local Authority Social Services and NHS statutory Complaints procedure*, sowie durch die Schaffung einer gemeinsamen Untersuchungsbefugnis für den *Local Government Ombudsman* und den *Parliamentary and Health Service Ombudsman* erfolgt.¹⁹⁹³

Eine weitere Erleichterung könnten in Zukunft Beratungs- und Hilfestellen darstellen, deren flächendeckende Einführung für die *social care* in Gestalt sog. „*advocacy services*“ diskutiert wird.¹⁹⁹⁴

1990 So auch *Palmer*, *Journal of Social Welfare and Family Law* 22 (2000), S. 462; *Vincent-Jones*, *MLR* 2005, S. 900.

1991 *Department of Health*, *Our Health, our care, our say: a new direction for community services*, S. 155 ff.

1992 *Vincent-Jones*, *Citizen Redress in Public Contracting for Human Services*, *MLR* 68 (2005), S. 915, 917.

1993 S. dazu die *Regulatory Reform (Collaboration etc. between Ombudsmen) Order 2007*, S.I. 2007/1889.

1994 Siehe oben, S. 332.

b. Local Involvement Networks

Ein in der *social care* neuartiges Steuerungsinstrument wurde mit den sog. „*Local Involvement Networks*“ („LINKs“) durch ss. 221 ff. des *Local Government and Public Involvement in Health Act 2007*¹⁹⁹⁵ (LGPIHA 2007) geschaffen. Diese LINKs, die in jeder Kommune bis Ende September 2008 gegründet sein sollten, sind auf örtlicher Ebene operierende Netzwerke von interessierten Einzelpersonen und Personengruppen (wie gemeinnützige Organisationen, Vereinigungen von Einwohnern, Glaubensgemeinschaften oder Leistungserbringerverbände). Sie sollen dazu beitragen, die Wünsche und Bedürfnisse der lokalen Bevölkerung im Bezug auf *health* und *social services* herauszufinden und den Ansichten der Bürger über die Kommissionierung, die Erbringung und die Überwachung dieser Dienste ein stärkeres Gehör und stärkeren Einfluß zu verschaffen („*to give citizens a stronger voice*“¹⁹⁹⁶), vgl. s. 221(2)(a) LGPIHA 2007.

Zu diesem Zweck haben die LINKs die in ihrer Kommune lebenden Personen nach ihrer Meinung zu den Diensten sowie zu Verbesserungsvorschlägen zu befragen und diese Ansichten denjenigen bekannt zu machen, die für die Kommissionierung, die Erstellung und die Überwachung der betreffenden Leistungen verantwortlich sind, vgl. ss. 221(2)(c), (d) LGPIHA 2007. Sie haben Nachforschungen und Untersuchungen spezifisch in Bezug auf diejenigen Fragestellungen durchzuführen, die sich als besonders wichtig für die örtliche Bevölkerung erweisen.¹⁹⁹⁷ Um eine Anpassung an die örtlichen Gegebenheiten zu ermöglichen, wird es den LINKs weitgehend selbst überlassen, welche Tätigkeitsschwerpunkte sie bei ihrer Arbeit setzen wollen.¹⁹⁹⁸

Ferner sollen diese Netzwerke Informationen über die *health* und *social services* von den für die Kommissionierung Verantwortlichen und den sog. „*services-providers*“ einholen und die Erbringung dieser Dienste stichprobenartig überprüfen, vgl. s. 221(2)(b) LGPIHA 2007. Hierfür wurden den LINKs in reg. 5 der *Local Involvement Network Regulations 2008*¹⁹⁹⁹ zunächst Auskunftsrechte gegenüber „*services-providers*“ eingeräumt, die binnen 20 Tagen zu Berichten oder Empfehlungen der Netzwerke Stellung beziehen müssen. Ferner sind die „*services-providers*“ nach den Vorschriften der *Local Involvement Networks (Duty of Services-Providers to Allow Entry) Regulations 2008*²⁰⁰⁰ innerhalb gewisser Grenzen²⁰⁰¹ einem bestimmten Umfang verpflichtet, es

1995 2007 chapter 28.

1996 S. <http://www.dh.gov.uk/en/Managingyourorganisation/PatientAndPublicinvolvement/DH_076366>.

1997 *Department of Health*, Stronger voice, better care, S. 3.

1998 S. <http://www.dh.gov.uk/en/Managingyourorganisation/PatientAndPublicinvolvement/DH_076366>.

1999 S.I. 2008 No. 528.

2000 S.I. 2008 No. 915.

2001 Zu den Ausnahmen wie beispielsweise den privat bewohnten Teilen und anderen, nicht öffentlichen Bereichen von Einrichtungen s. reg. 3(2) der *Local Involvement Networks (Duty of Services-Providers to Allow Entry) Regulations 2008*. Zur Kritik an der Unbestimmtheit der Ausnahmetatbestände, die die Besichtigungsrechte zu unterlaufen droht, vgl. die Redebeiträge von *Earl Howe* und *Baroness Neuberger* in House of Lords Hansard, Vol. 700, Part 68 (18. März 2008), Columns GC26 - GC29, abrufbar unter <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldhansrd/text/80318-gc0004.htm#08031869000001>>.

den „*authorised representatives*“²⁰⁰² der LINKs zu gestatten, die in ihrem Eigentum stehenden oder von ihnen kontrollierten Einrichtungen zu betreten, sie zu besichtigen und die Leistungserstellung zu beobachten.

Zu beachten ist allerdings, daß es sich bei „*services-providers*“ im Sinne der beiden genannten Verordnungen bei den *social services* allein um Kommunen und *Primary Care Trusts* handelt,²⁰⁰³ so daß die Rechte nicht gegenüber Heimträgern des privaten Sektors geltend gemacht werden können.²⁰⁰⁴ Der liberalen Tradition der englischen Rechtsordnung folgend wurde darauf verzichtet, privaten Leistungserbringern durch Gesetz oder Verordnungen weitere Einschränkung bei der Ausübung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit aufzuerlegen. Um den LINKs auch gegenüber diesen Trägern Befugnisse einzuräumen, wurden die Kommunen vom *Secretary of State for Health* in den auf s. 7A LASSA 1970 gestützten „*Directions about the Arrangements to be made by Relevant Bodies in respect of Local Involvement Networks 2008*“²⁰⁰⁵ angewiesen, entsprechende Klauseln in die Leistungserbringungsverträge aufnehmen.²⁰⁰⁶ Angesichts der relativ starken Marktmacht der Kommunen gegenüber den privaten Pflegeheimbetreibern dürfte dies auch grundsätzlich realisierbar sein. Allerdings führt diese Konstruktion zu einer Abhängigkeit der LINKs von den kommunalen Kommissionierungsabteilungen, was insofern nicht unproblematisch ist, als diese ihrerseits zum Kreis derjenigen gehören, auf die sich die Untersuchungs- und Überwachungstätigkeiten der LINKs erstrecken.

Stellen die LINKs Defizite im Bezug auf die Dienste fest, sollen sie die jeweils zuständigen Stellen zur Verantwortung ziehen und auf Verbesserungen hinwirken.²⁰⁰⁷ Aufsichtliche Befugnisse in engeren Sinn stehen ihnen hierfür nicht zur Verfügung, sie haben vielmehr auf ihre Befugnisse zur Abfassung von Berichten und zur Abgabe von Empfehlungen zurückzugreifen. Außerdem können sie bestimmte Angelegenheiten an sogenannte „*overview and scrutiny committees*“ verweisen, wenn sie den Eindruck haben, daß keine hinreichenden Maßnahmen getroffen werden, um dem gerügten Defizit

2002 Diese sind von den LINKs zu benennende und auf einer besonderen Liste zu führende natürliche Personen, bei denen eine ebenfalls vom jeweiligen LINK ausgewählte *nominated person* nach Begutachtung ihres polizeilichen Führungszeugnisses davon überzeugt ist, daß sie geeignet sind, Einrichtungen zu betreten, zu besichtigen und die Dienstleistung zu beobachten, vgl. ss. 221(1)(d), (f), (2) LGPIHA 2007.

2003 Vgl. reg. 1(3) der *Local Involvement Networks Regulations 2008* sowie reg. 6 der *Local Involvement Networks (Duty of Services-Providers to Allow Entry) Regulations 2008*. Aufgrund von ss. 224(2)(e), 225(7)(e) LGPIHA 2007 wäre eine Erstreckung der Verpflichtung auch auf private Einrichtungsträger in den *regulations* möglich gewesen.

2004 Dies kritisieren *Earl Howe* und *Baroness Neuberger* in House of Lords Hansard, Vol. 700, Part 68 (18.03.2008), Columns GC26 und GC29, abrufbar unter <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldhansrd/text/80318-gc0004.htm#08031869000001>>.

2005 S. <http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsLegislation/DH_083834>.

2006 S. <http://www.dh.gov.uk/en/Managingyourorganisation/PatientAndPublicinvolvement/DH_076366>; vgl. auch *Baroness Thornton* in House of Lords Hansard, Vol. 700, Part 68 (18. März 2008), Column GC29, abrufbar unter <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldhansrd/text/80318-gc0004.htm#08031869000001>>.

2007 S. <http://www.dh.gov.uk/en/Managingyourorganisation/PatientAndPublicinvolvement/DH_076366>.

abzuhelfen, vgl. s. 226 LGPIHA 2007. Bei diesen Komitees handelt es sich um Untersuchungsgremien der Kommunen, die unter Berücksichtigung der Informationen, die sie von den LINKs erhalten haben, darüber entscheiden müssen, ob ihnen in der betreffenden Angelegenheit eigene Befugnisse zustehen und ob von diesen Gebrauch gemacht werden soll, s. 226(3), (4), (5) LGPIHA 2007. Die LINKs haben ferner Jahresberichte abzufassen, die sie veröffentlichen und unter anderem der CQC zukommen lassen müssen, s. 227 LGPIHA 2007.

Auch die LINKs lassen sich als Versuch des Staates verstehen, das auf gesellschaftlicher Ebene bestehende Engagement zum Zwecke der Verbesserung der *health* und *social services* nutzbar zu machen. Sie lassen sich im weitesten Sinne als Steuerung durch „voice“, also als Verbraucherschutzmechanismen, charakterisieren. Die staatliche Rolle erschöpft sich dabei keineswegs darin, den LINKs durch Gesetz die oben genannten Befugnisse einzuräumen. Vielmehr nimmt der Staat auch aktiv Einfluß darauf, daß es tatsächlich zur Gründung von LINKs kommt und diese ihre Arbeit aufnehmen. Den Kommunen wurden zu diesem Zweck für den Zeitraum von 2008 - 2011 Gelder in Höhe von £ 84 Mio. zur Anschubfinanzierung dieser Netzwerke zugewiesen.²⁰⁰⁸ Bis September 2008 sollten alle Kommunen Verträge mit unabhängigen, privaten Organisationen abgeschlossen haben, damit diese als sog. „hosts“ die LINKs gründen, beraten und sie bei ihrer Tätigkeit unterstützen, etwa in organisatorischer Hinsicht, bei der Buchführung oder bei ihrer Außendarstellung (vgl. s. 222 LGPIHA 2007). Einzelheiten zum Inhalt dieser Verträge, die auch die grundsätzlichen Aufgaben der Netzwerke bestimmen, sind in den regs. 2 f. der *Local Involvement Network Regulations 2008* enthalten.

c. Wettbewerbsbasierte Steuerungsmechanismen

Die Implementation und Durchsetzung verschiedenster Qualitätsanforderungen kann schließlich auch mittels wettbewerbsbasierter Steuerungsmechanismen erreicht werden. Im Folgenden soll daher untersucht werden, inwiefern der Staat in der englischen stationären Langzeitpflege Voraussetzungen für das Entstehen eines Anbieterwettbewerbs schafft und mit welchen Instrumenten er dessen Funktionieren zum Zwecke der Qualitätssicherung unterstützt.

aa. Auswahl unter verschiedenen Leistungserbringern durch die Lokalbehörden

Als den Kommunen im Zuge der *community care*-Reformen des Jahres 1993 die Möglichkeit eröffnet wurde, zur Leistungserbringung auf Heimbetreiber des privaten Sektors zurückzugreifen,²⁰⁰⁹ wurden in der stationären Langzeitpflege Marktelemente eingeführt, in denen ein wichtiger Beitrag zur Steigerung der Pflegequalität gesehen werden kann.²⁰¹⁰ Denn unabhängig von der Spezifizierung von Standards durch die Kommunen kann bereits das Konkurrieren verschiedener Heimträger um den Abschluss

2008 S. <http://www.dh.gov.uk/en/Managingyourorganisation/PatientAndPublicinvolvement/DH_076366>.

2009 Vgl. s. 26 NAA 1948.

2010 Vgl. statt vieler etwa *McDonald, Community Care*, S. 75: “Market forces [...] will be a potent factor in honing and enhancing standards in each sector of care.”

von Leistungserbringungsverträgen Anreize bei den Anbietern schaffen, sich durch eine Erhöhung der Leistungsstandards eine bessere Ausgangsposition im Wettbewerb zu verschaffen.

Das Entstehen eines marktbasiereten Qualitätswettbewerbs setzt seitens der Kommunen voraus, daß sie die Auswahl unter den Leistungserbringern zumindest zu einem gewissen Grad auch nach qualitätsbasierten Kriterien treffen. Ein solches Vorgehen würde der grundsätzlichen Verpflichtung der Kommunen unter dem *Best Value Regime* entsprechen, beim Einsatz öffentlicher Gelder auf ein gutes Preis-Leistungs-Verhältnis zu achten. Untersuchungen haben allerdings gezeigt, daß ein Großteil der kommunalen Kommissionierungsabteilungen Leistungen von Anbietern allein auf der Basis beziehen können, daß der Betreiber die Registrierungs Voraussetzungen nach dem entsprechenden aufsichtlichen Regime erfüllt, ohne daß weitere Qualitätsgesichtspunkte eine Rolle spielen würden.²⁰¹¹ 78 % der Behörden, die auf die zugrundeliegende Umfrage antworteten, gaben an, sie würden nicht explizit anhand von Qualitätsaspekten zwischen den Anbietern unterscheiden.²⁰¹² Zudem zeigte sich, daß nur 11 % der Kommunen die Heimgebühren an das Niveau der erbrachten Qualität knüpfen.²⁰¹³ Die Studie wurde allerdings noch kurz vor Inkrafttreten der *Best Value*-Regelungen durchgeführt, so daß sich die Situation zwischenzeitlich in Richtung eines stärker qualitätsorientierten Leistungsbezugs vom privaten Sektor geändert haben könnte.

In strukturschwachen Gebieten mit einer geringen Heimdichte stößt die Marktmacht der Kommunen und mit ihr die Möglichkeit, nach Qualitätsaspekten unter den Anbietern zu differenzieren, jedoch auf Grenzen. Generell ist im Pflegeheimsektor inzwischen nach einer längeren Phase des rapiden Abbaus von Pflegekapazitäten eine Konsolidisierung der Trägerzahlen festzustellen, was darauf schließen läßt, daß die Kommunen wieder stärker auf einzelne Heimträger angewiesen sein könnten. Für diese Annahme spricht zudem, daß der Sektor gegenwärtig von einer gewissen Konzentration im Hinblick auf die Träger und damit einhergehend einer Tendenz zu weniger, dafür aber größeren Heimen geprägt ist.²⁰¹⁴

bb. Wahlrechte der Heimbewohner und Unterstützung bei deren Ausübung

Die politischen Strategiepapiere der englischen Regierung sehen den Vorteil der *mixed economy of care* mit öffentlichen, freigemeinnützigen und privat-kommerziellen Leistungserbringern vor allem darin, daß sie den Leistungsempfängern die Auswahl unter einem breiteren Dienstleistungsangebot ermöglichen und so einen Beitrag zu einer nicht länger am Angebot, sondern am individuellen Bedarf orientierten, kosteneffizien-

2011 Diese Auskunft wurde von 37 % der Behörden gegeben, die auf eine bei 145 *local authorities* in England, Schottland und Wales durchgeführte Umfrage antworteten (Antwortquote 75 %), s. *Continuing Care Conference*, Local Authority Contracting Policies, S. 4.

2012 *Continuing Care Conference*, Local Authority Contracting Policies, S. 9.

2013 *Continuing Care Conference*, Local Authority Contracting Policies, S. 4.

2014 Dazu ausführlich oben, S. 141.

ten Versorgung leisten soll.²⁰¹⁵ Hinter diesen Erwägungen steht die Idee, daß Konsumenten – jedenfalls unter idealen Marktbedingungen – in der Lage sind, Wahlentscheidungen über das von ihnen begehrte Gut entsprechend ihren Bedürfnissen und dem von ihnen ermittelten Verhältnis zwischen Preis und Qualität zu treffen („choice“).²⁰¹⁶ Konsumenten, die mit der Qualität des erworbenen Guts nicht zufrieden sind, steht neben Beschwerde- und Rechtsschutzmöglichkeiten („voice“, s.o.) insbesondere auch die Option offen, die Vertragsbeziehung mit einem bestimmten Anbieter zu beenden („exit“²⁰¹⁷) und ihren Konsumbedarf anderweitig zu befriedigen. Unter derartigen, idealen Marktbedingungen könnte sich der Staat darauf beschränken, die institutionellen Rahmenbedingungen für das Funktionieren des Wettbewerbs – insbesondere in Gestalt des Privatvertragsrechts – zu gewährleisten.

Die praktischen Gegebenheiten in der stationären Langzeitpflege weichen von diesen Idealbedingungen allerdings erheblich ab. Bei dem in Rede stehenden Gut handelt es sich um öffentliche Dienste, und eine Vielzahl der Konsumenten besteht aus schutzbedürftigen, gebrechlichen Menschen, die sich von aktiven, aufgeklärten Konsumenten unterscheiden. Soweit die Pflegeplätze nicht privat beschafft, sondern als Leistungen nach ss. 21, 26 NAA 1948 bezogen werden, liegt zudem die Struktur eines „Quasi-Marktes“ vor, in dem staatliche Träger an Stelle der Leistungsempfänger mit den Anbietern kontrahieren.²⁰¹⁸

Nichtsdestotrotz macht sich der Staat auch in der stationären Langzeitpflege die von den Leistungsempfängern ausgehende Marktmacht und die damit zusammenhängenden Marktmechanismen zum Zwecke der Qualitätssicherung zunutze. Der Gedanke der Stärkung der Position der Leistungsempfänger zur Verbesserung der Leistungsqualität findet sich schon lange in den politischen Strategiepapieren. So heisst es etwa in einer Leitlinie des *Social Service Inspectorate* aus dem Jahre 1991:

„The rationale for this reorganisation is the empowerment of users [...]. Instead of users [...] being subordinate to the wishes of service-providers, the roles will be progressively adjusted. In this way, users [...] will be enabled to exercise the same power as consumers of other services. This redressing of the balance of power is the best guarantee of a continuing improvement in the quality of service.“²⁰¹⁹

Um jedoch diese – von der englisch-sprachigen Steuerungswissenschaft auch als „market harnessing“²⁰²⁰ bezeichnete – Strategie unter den oben beschriebenen, von idealen Marktgegebenheiten abweichenden Bedingungen verfolgen zu können, bedarf

2015 So etwa bereits das *White Paper* aus dem Jahr 1989: *Department of Health, Caring for People. Community Care in the Next Decade and Beyond*, paras. 1.11, 3.4.3. Aus jüngerer Zeit vgl. das *Green Paper* des *Department of Health, Independence, Well-being and Choice*, para. 9.8, sowie *Department of Health, Our Health, our care, our say*, paras. 7.27 ff., 7.93 ff.

2016 *Collins*, *Regulating Contracts*, S. 305; in *quasi-markets* wird im Bezug auf *choice* auch häufig von „*vouchering*“ gesprochen, vgl. *Vincent-Jones*, *The New Public Contracting*, S. 182 ff.

2017 Vgl. *McDonald*, *Community Care*, S. 75 f.; *Vincent-Jones*, *MLR* 68 (2005), S. 898.

2018 Vgl. *Vincent-Jones*, *MLR* 68 (2005), S. 891.

2019 *Social Services Inspectorate*, *Care Management and Assessment: Managers' Guide*, S. 11.

2020 *Baldwin/Cave*, *Understanding Regulation*, S. 44 ff.; *Wistow* u.a., *Social Care Markets*, S. 160; näher dazu oben, S. 121 f.

es eines breitgefächerten steuernden Instrumentariums. Dieses reicht von der Schaffung der Möglichkeit für die Heimbewohner, trotz der staatlichen Leistungskommissionierung überhaupt eigene Wahlentscheidungen treffen zu können, bis hin zu Maßnahmen, die die Betroffenen bei der Ausübung ihrer Wahlrechte unterstützen.

(1) Wahlrechte

Pflegebedürftige, die ihre Unterbringung selbst organisiert haben und für diese selbst aufkommen, können – von faktischen Beschränkungen²⁰²¹ abgesehen – zwischen verschiedenen Heimen wählen, ohne daß diese Wahlmöglichkeiten erst durch spezielle staatliche Normierungen geschaffen werden müßten. Für Empfänger von *community care*-Leistungen nach s. 21(1) NAA 1948 bedürfen Wahlrechte hingegen einer besonderen Konstituierung, weil an Stelle dieser Personen die Kommunen den Leistungsbezug organisieren²⁰²² und weil die Leistungsempfänger, wenn sie bereits in ein Heim eingezogen sind, dieses aber zugunsten eines anderen Heims wieder verlassen möchten, zivilrechtlich regelmäßig nicht berechtigt sind, den Heimvertrag eigenständig und ohne Mitwirkung der Lokalbehörde zu kündigen.²⁰²³

Daß auch diejenigen Heimbewohner, die ihre Leistungen als *community care* beziehen, über Wahlrechte verfügen, ist in der *National Assistance Act 1948 (Choice of Accommodation) Directions 1992*²⁰²⁴ geregelt, die vom *Secretary of State for Health*, gestützt auf s. 7A LASSA 1970, erlassen wurden. Nach dir. 2 dieser Anweisung ist eine Kommune grundsätzlich verpflichtet, eine als pflegebedürftig eingestufte Person in einem Heim ihrer Wahl unterzubringen, wenn sie einen entsprechenden Wunsch äußert. Nach dir. 3 gilt dies allerdings nur dann, wenn das betreffende Heim der Kommune im Hinblick auf den pflegerischen Bedarf des Betroffenen als geeignet erscheint,²⁰²⁵ wenn das bevorzugte Heim über einen freien Platz verfügt, die Heimleitung mit den üblichen Vertragskonditionen der Kommune einverstanden ist und wenn der Kommune durch die Unterbringung in diesem Heim verglichen mit den gewöhnlich zu tragenden Kosten kein finanzieller Mehraufwand entsteht. Bei der Ermittlung der Höhe der von der Kommune üblicherweise übernommenen Gebühren (*standard rate*) spielt es keine

2021 Faktische Beschränkungen können sich beispielweise aus dem Fehlen geeigneter und finanziell erschwinglicher Heimplätze ergeben.

2022 Dies ist ein Kennzeichen des Quasi-Marktes in der *social care*, das in der stationären Langzeitpflege in besonderem Maße ausgeprägt ist, zumal hier auch *direct payments* auf stationäre Langzeitpflegeleistungen keine Anwendung finden. Näher dazu oben, S. 188.

2023 Dies gilt auch dann, wenn er ausnahmsweise über eine direkte Vertragsbeziehung zum Heimbetreiber verfügt, s. *Ridout*, Care Standards, S. 37.

2024 Erlassen durch LAC(92)27, geändert durch die *National Assistance Act 1948 (Choice of Accommodation) (Amendment) (England) Directions 2001*.

2025 In *R v Leicester City Council* [2004] EWHC 533 (Admin) urteilte der *Administrative Court*, daß das vom Pflegebedürftigen bevorzugte Heim keineswegs die am besten geeignete Einrichtung sein müsse, sondern daß es vielmehr genüge, daß es für die festgestellten Bedarfe generell geeignet sei.

Rolle, ob diese auch für das bevorzugte Heim angemessen oder auch nur kostendeckend wären.²⁰²⁶

Die Wahlmöglichkeit erstreckt sich nach dir. 2 der *National Assistance Act 1948 (Choice of Accommodation) Directions 1992* auf Heime in England und Wales sowie nach der *National Assistance Act 1948 (Choice of Accommodation) (Amendment) Directions 1993* mit gewissen Modifikationen auch auf Einrichtungen in Schottland.²⁰²⁷

Detaillierte Anweisungen an die Kommunen zur Ausführung der *National Assistance Act 1948 (Choice of Accommodation) Directions 1992* trifft eine in LAC (2004)²⁰ enthaltene Verwaltungsanweisung. Sie stellt klar, daß die beschriebenen Wahlrechte in gleicher Weise auch für bereits in einem Heim wohnende Pflegebedürftige gelten, die in ein anderes Heim ihrer Wahl wechseln wollen. Darüber hinaus geht die Anweisung auf den Fall ein, daß ein Pflegebedürftiger von seinem Recht nach reg. 4 der *National Assistance (Additional Payments and Assessment of Resources) (Amendment) (England) Regulations 2001*²⁰²⁸ Gebrauch machen und in eine Einrichtung ziehen möchte, deren Pflegesätze überhalb der von der Kommune bezahlten Standardgebühren liegen. In diesem Fall ist er – von wenigen Ausnahmen abgesehen, in denen es ihm selbst gestattet ist, verbliebenes eigenes Vermögen einzusetzen – auf Dritte angewiesen, die die Differenz zur Standardgebühr als sog. „*third party top-ups*“ übernehmen. Eine durch die Kommune angestellte Prognose muß zudem ergeben, daß diese Dritten in der Lage sind, die *top-ups* für die gesamte erwartete Dauer des Heimaufenthalts zu bezahlen.²⁰²⁹

(2) Unterstützung der Bewohner bei der Ausübung von Wahlrechten

Weil es für Pflegebedürftige oft sehr schwierig ist, sich einen Überblick über das Marktangebot zu verschaffen und weil sich überdies die Leistungen der in Betracht kommenden Heime von außen nur schwer bewerten und vergleichen lassen, greift der Staat unterstützend ein, um ihnen die Auswahl zu erleichtern. Die Maßnahmen, auf die er dabei zurückgreift, bezwecken, die zulasten der (potentiellen) Bewohner bestehenden Marktungleichgewichte zu nivellieren. Sie zielen insbesondere darauf ab, das auf Seiten der Pflegebedürftigen typischerweise existierende strukturelle Informationsdefizit gegenüber den Heimträgern zu verringern: „*If choice exists [...] the key to it must be information*“.²⁰³⁰

(a) Pflichten des Heimbetreibers

Auf die Verpflichtung des Heimträgers zur Aufstellung eines *service user's guide* wurde weiter oben²⁰³¹ bereits hingewiesen. Nach reg. 5(2A) CHRegs 2001 ist dieses

2026 R (on the application of Birmingham Care Consortium and others) v Birmingham City Council (2002) 5 CCLR 600, 605.

2027 Zur Europarechtswidrigkeit dieser Beschränkung s. oben, S. 187.

2028 S.I. 2001 No. 3441.

2029 LAC(2004)20, paras. 3.1. ff.

2030 Richards, Long-term Care, S. 84.

2031 S. 329.

Dokument auf Verlangen nicht nur den Bewohnern, sondern auch Dritten zugänglich zu machen, so daß es auch von potentiellen Bewohnern oder deren Angehörigen als Informationsbasis über das Heim, die dort angebotenen Leistungen und die für sie anfallenden Gebühren herangezogen werden kann. Standard 1.1 der NMS, der diese Regelung konkretisiert, zählt Interessenten ausdrücklich zum Kreis derer, die Anspruch auf Aushängung eines solchen Leitfadens haben.

Damit Interessenten nicht gezwungen sind, die Entscheidung, in ein bestimmtes Heim zu ziehen, auf Basis abstrakter Informationsquellen zu treffen, sieht Standard 5.1 NMS vor, daß Bewohner zunächst zu einer Besichtigung des Heims eingeladen werden sollen und auch die Möglichkeit erhalten sollen, dort eine gewisse Zeit auf Probe zu wohnen, bevor sie eine endgültige Entscheidung über den Verbleib im Heim treffen. Mit dieser Regelung gehen die NMS über die Inhalte der CHRegs 2001 hinaus, die in reg. 14(1) lediglich ein Beratungsgespräch zwischen dem Heimträger und dem zu Pflegenden oder seinen Angehörigen vorsehen. In diesem Gespräch soll geklärt werden, ob das Heim für die Bedarfssituation des Pflegebedürftigen geeignet ist, was der Heimträger gegebenenfalls schriftlich bestätigen muß.

Auch manche Musterverträge für das Leistungserbringungsverhältnis zwischen Kommunen und Pflegeheimträgern sehen für potentielle Bewohner die Möglichkeit vor, das betreffende Heim vor der Wahl zu besichtigen und sich mit den dort bereits wohnenden Pflegebedürftigen zu unterhalten.²⁰³²

Ist ein Bewohner einmal in ein Heim eingezogen, sind ihm – wie an anderer Stelle bereits ausgeführt²⁰³³ – weitere Unterlagen und Dokumente, wie etwa das *statement of purpose* oder der individuelle Pflegeplan, auszuhändigen, die ihm ebenfalls helfen können, die Qualität und den Umfang der vom Heim tatsächlich erbrachten Leistungen einzuschätzen.

(b) Informationen seitens staatlicher Stellen

Informationsbasierte, persuasive Steuerungsinstrumente finden sich nicht allein in Gestalt von Informationspflichten seitens der Heimbetreiber. Auch staatliche Stellen geben Informationen an Pflegebedürftige weiter, um diese bei der Suche eines für sie passenden Heims zu unterstützen.

(aa) Informationen durch Kommunalbehörden

Oftmals sind die kommunalen Sozialbehörden die erste Anlaufstelle für Pflegebedürftige, die an einen Umzug in ein Pflegeheim denken. Häufig halten diese Ämter umfangreiche Informationen bereit, etwa in Gestalt von Broschüren oder Online-Inhalten auf ihren Internetseiten. Der Oxfordshire County Council etwa bietet Interessenten ein Verzeichnis von Pflegeeinrichtungen an, das nicht nur die Adressen zahlreicher Heime in Oxfordshire, sondern auch Informationen über die von der Kommune übernommenen

2032 *Care Services Improvement Partnership, A Guide to Fairer Contracting Part 2*, S. 31.

2033 S. 329 ff.

Standardgebühren sowie eine Checkliste mit verschiedensten Kriterien enthält, mittels derer die Pflegebedürftigen die einzelnen Angebote überprüfen können.²⁰³⁴ Auf den Internetseiten des Oxfordshire County Council lassen sich zudem freie Pflegeheimplätze recherchieren.²⁰³⁵

(bb) Informationspolitik der CQC

Über eine umfassende Pflegeheimdatenbank, deren Inhalte sich ebenfalls über Suchmaschinen im Internet recherchieren lassen,²⁰³⁶ verfügt auch die CQC. Das Informationsangebot dieser Regulierungsbehörde ist insofern von großer Bedeutung, als es den Pflegebedürftigen neben den Adressen und den allgemeinen Beschreibungen der Heime zwei zusätzliche Hilfestellungen bei der Suche nach einer geeigneten Einrichtung bietet: zum einen sind die Inspektionsberichte der einzelnen Heime in die Datenbank eingepflegt, und zum anderen sind alle Heime mit einem sog. *star rating* versehen, das den Vergleich zwischen den Heimen erleichtern soll.

Die Prüfberichte werden von der CQC im Anschluss an Heimprüfungen erstellt und anschließend, gestützt auf s. 32(6) CSA 2000, unter anderem auf der Internetpräsenz der Regulierungsbehörde veröffentlicht. Von der Homepage der Regulierungsbehörde wurde zuletzt monatlich ca. 100.000 *inspection reports* heruntergeladen.²⁰³⁷

Die Berichte beginnen mit einer kurzen Beschreibung der Einrichtung, die unter anderem die pflegerische Ausrichtung des Heims, seine strukturellen Merkmale, eventuell bestehende Registrierungsbedingungen und das Gebührenniveau umfasst. Zur schnelleren Orientierung werden sodann der Prüfungsablauf beschrieben, die Ergebnisse der Prüfung zusammengefasst und überblicksmäßig positive wie auch verbesserungsbedürftige Aspekte der Leistungserbringung dargestellt. Hieran schließt eine detaillierte Beschreibung der Prüfergebnisse an, die nach den Standardgruppen („*outcome groups*“) der NMS (*Choice of Home, Health and Personal Care, Daily Life and Social Activities, Complaints and Protection, Environment, Staffing* sowie *Management and Administration*) gegliedert ist, für jede dieser Gruppen eine Einzelbewertung trifft und die zugrundeliegende Evidenz beschreibt. Die Prüfberichte stellen somit keine reinen Mängellisten dar, sondern geben neben den negativen Prüfergebnissen auch die Stärken des betreffenden Heims wieder, damit sich die Pflegebedürftigen einen möglichst umfassenden Eindruck vom jeweiligen Heim verschaffen können. Das Ende der Berichte bilden eventuelle Aufforderungen zur Beseitigung von Mängeln innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens (*statutory requirement notices*²⁰³⁸) sowie auf einzelne NMS-bezogene Empfehlungen für eine gute fachliche Praxis (*good practice recommendations*).

2034 *Care Choices Ltd.*, Oxfordshire Care Services Directory 2008, abrufbar unter <http://portal.oxfordshire.gov.uk/content/publicnet/council_services/health_social_care/older_people/residentialcare/Oxfordshire2007small.pdf>.

2035 <http://www.oxfordshire.gov.uk/wps/portal/publicsite/councilservices?WCM_GLOBAL_CONTEXT>.

2036 <<http://www.cqc.org.uk/registeredservicesdirectory/rsquicksearch.asp>>.

2037 *Allegrì* u.a., *Star Rating for Social Care Services*, S. 2.

2038 Dazu oben, S. 247 f.

Angesichts der Anonymisierung der enthaltenen Angaben (insbesondere hinsichtlich der Bewohner und des Pflegepersonals), die eine Zuordnung der Aussagen zu bestimmten Personen in der großen Mehrzahl der Fälle verhindert, ist die Privatsphäre dieser Personen trotz der Veröffentlichung der Berichte grundsätzlich hinreichend respektiert. Bei kleinen Heimen mit sehr wenigen Heimbewohnern ergeben sich allerdings dann Bedenken gegen die Veröffentlichung der Prüfberichte, wenn trotz der Anonymisierung der Daten aufgrund der inhaltlichen Beschreibungen Rückschlüsse auf einzelne Heimbewohner und deren Gesundheitszustand möglich werden. Soweit dies der Fall ist, sollte auf eine Veröffentlichung zumindest der betreffenden personenbezogenen Evidenzen verzichtet werden.

Seit 2008 wird für jedes Pflegeheim zudem ein *star rating* im Prüfbericht sowie im Internet veröffentlicht.²⁰³⁹ Dieses Rating beschreibt die in der betreffenden Einrichtung erbrachte Qualität in stark vereinfachender Weise auf einer Skala mit 0 (*poor quality*), 1 (*adequate quality*), 2 (*good quality*) oder 3 Sternen (*excellent quality*). Die damit ausgedrückte Bewertung basiert auf den Aussagen des *Annual Quality Assurance Assessment*²⁰⁴⁰ sowie dem Ergebnis der Hauptprüfung (*key inspection*) und hängt davon ab, inwieweit die Standards der NMS erfüllt werden. Hierzu wird in Bezug auf die geprüfte Einrichtung für jede NMS Standardgruppe²⁰⁴¹ eine Einzelbewertung festgelegt.

Um die Beurteilungen zu einem gewissen Grad zu standardisieren und die in Studien festgestellten Inkonsistenzen in den Bewertungsmaßstäben verschiedener Inspektoren²⁰⁴² zu vermeiden, wurden sogenannte *Key Lines of Regulatory Assessment* (KLORA)²⁰⁴³ entwickelt, die exemplarisch beschreiben, welcher Erwartungshorizont bei jeder *outcome group* für eine schlechte, angemessene, gute bzw. exzellente Leistung jeweils an das Heim gestellt werden kann. Die Einzelbewertungen werden sodann nach bestimmten Regeln,²⁰⁴⁴ die den Standardgruppen *Health and Personal Care*, *Complaints and Protection* sowie *Management and Administration* ein besonderes Gewicht zuzumessen, zu einer Endbewertung zusammengeführt.

Bislang orientiert sich die Bewertung somit noch nicht an den im *White Paper „Our Health, Our Care, Our Say“*²⁰⁴⁵ genannten *outcomes*²⁰⁴⁶, die einen größeren Bezug zu

2039 Die Einführung basiert auf dem Diskussionspapier „*Inspecting for Better Lives: A Quality Future*“ der *Commission for Social Care Inspection*.

2040 S. oben, S. 325 f.

2041 S. oben, S. 354.

2042 Vgl. *Day/Klein/Redmayne*, *Why Regulate?*, S. 15 f.; *Gibbs/Sinclair*, *Consistency: a pre-requisite for inspecting old people's homes?*, *BJSW* 22 (1992), S. 540 ff.

2043 *Care Quality Commission*, *Key lines of regulatory assessment (KLORA)*; dazu bereits oben, S. 246, 317 f.

2044 Die Endbewertung wird mit dem sog. *Quality rating judgment tool* vorgenommen, das unter <http://www.cqc.org.uk/_db/_documents/20080506_quality_ratings_judgement_tool_107-08.xls> abgerufen werden kann.

2045 *Department of Health*, *Our Health, our care, our say: a new direction for community services*.

2046 Dies sind *Quality of Life*, *Exercising Choice and Control*, *Making a Positive Contribution*, *Personal Dignity and Respect*, *Freedom from Discrimination and Harassment*, *Improved Health and Emotional Wellbeing*, *Economic Wellbeing*, s. dazu oben, S. 315 f.

echten Ergebnisqualitätsparametern aufweisen als die eher struktur- und prozeßbehafteten NMS. Auch der Aussagegehalt des *star rating* reflektiert personenbezogene Pflegeergebnisse daher nur bedingt. Ursprünglich hatte die Regulierungsbehörde zwar beabsichtigt, die KLORA stärker an den Vorgaben des genannten *White Paper* zu orientieren,²⁰⁴⁷ allerdings sollten den Parametern des *White Paper* hierzu einzelne Standards der NMS zugeordnet werden, so daß letztlich ohnehin wieder nur die NMS überprüft und bewertet worden wären. Dies hätte die an anderer Stelle²⁰⁴⁸ bereits erwähnten Friktionen zwischen Aussagen zur Ergebnisqualität und strukturbezogenen Prüfansätzen zur Folge gehabt. Für die Zukunft dürfte allerdings eine stärkere Angleichung sowohl der NMS als auch des *star rating* an die *outcomes* des genannten *White Paper* zu erwarten sein.

Die pauschale Bewertung der Heime mit *star ratings* verfolgt ein zweifaches Ziel: zum einen ermöglicht sie Pflegebedürftigen einen trotz der Komplexität der Materie leicht verständlichen Vergleich zwischen verschiedenen Heimen; zum anderen soll sie im Sinne eines – je nach der Bewertung – „*naming and faming*“ oder „*naming and shaming*“²⁰⁴⁹ bei Heimbetreibern und -personal einen Anreiz zu Qualitätssteigerungen erzeugen.²⁰⁵⁰ Das *star ranking* stellt sich insofern als Benchmarking-Prozeß dar,²⁰⁵¹ der es auch den Betreibern erlaubt, ihre Leistungsqualität mit derjenigen von anderen Heimen zu vergleichen und Defizite gegenüber anderen Einrichtungen zu analysieren. Weil zudem die beste Bewertung von 3 Sternen („*excellent*“) nur an Heime vergeben wird, die über einen längeren Zeitraum²⁰⁵² neben der Erfüllung der *key standards* der NMS zusätzliche Stärken aufweisen,²⁰⁵³ wird ein Anreiz zur Implementation von Leistungsstandards geschaffen, die über die Anforderungen des CSA 2000-Regimes hinausgehen. Das Bewertungssystem steht insofern konzeptionell mit den als *Mindeststandards* ausgestalteten NMS im Einklang.

Sowohl die Veröffentlichung der Prüfberichte als auch das in ihnen enthaltene *star rating* bergen allerdings sowohl für die Heimträger als auch für Personen, die einen

2047 Vgl. *Commission for Social Care Inspection*, *Inspecting for Better Lives: A Quality Future*, S. 7 ff., sowie *dies.*, *Quality Ratings in Regulated Services*, Paper No: 06(06)113, para. 1, 11.

2048 S. 317.

2049 Vgl. etwa *Yeung*, *Government by Publicity Management*, PL 2005, S. 373 f.

2050 *Allegrì* u.a., *Star Rating for Social Care Services*, S. 2.

2051 Vgl. *Schmid*, *Gewährleistungsstaat und Arbeitsmarkt*, S. 159 f.

2052 Die anfängliche Bewertung eines erstmals registrierten Pflegeheims kann grundsätzlich maximal „*good*“ lauten, erst beim zweiten Mal kann diesem eine „*excellent*“ Performance konstatiert werden, s. <<http://www.cqc.org.uk/guidanceforprofessionals/adultsocialcare/inspection/ratingsandreports/qualityratingsforcare/ratingsrules.cfm>>.

2053 Vgl. *Care Quality Commission*, *Key lines of regulatory assessment (KLORA)*, S. 4: „*An outcome group judged as 'excellent' has substantial strengths and has a sustained track record of delivering good performance and managing improvement. Where areas for improvement emerge the service recognises and manages them well. We would expect to see the essential elements found in an outcome judged as 'good' with further additional strengths particularly qualitative aspects of practice. For example, a high commitment to promoting dignity, a focus on valuing diverse needs, and an innovative approach to care practices. The performance does not have to be perfect to be 'excellent' in an outcome area. The key NMS under this outcome heading are met.*“

Pflegeplatz suchen, nicht zu unterschätzende Gefahren. Enthält ein einmal in das Internet eingestellter Bericht eine fehlerhafte Bewertung oder unzutreffende Sachverhaltsdarstellungen, die geeignet sind, die Reputation einer Einrichtung am Markt zu beschädigen, können daraus binnen kürzester Zeit wirtschaftliche Einbußen für das Heim entstehen, die sich auch nach einem erfolgreich durchgeführten Rechtsstreit möglicherweise nur noch schwer oder gar nicht mehr ausgleichen lassen. Dieser Problematik wird zwar zu einem gewissen Grad dadurch begegnet, daß vor Veröffentlichung eines Berichts eine Ausfertigung an den Heimbetreiber und den Einrichtungsleiter geschickt und diesen 28 Tage Zeit gegeben wird, sich zu dessen Inhalten zu äußern. Der endgültige Bericht wird erst ca. 8 bis 10 Wochen nach der Prüfung im Internet veröffentlicht.²⁰⁵⁴ Eine gesetzliche Normierung dieses Verfahrens oder eine gesetzliche Pflicht, sich mit den Einwänden des Heimbetreibers oder -leiters auseinanderzusetzen, besteht allerdings nicht. Angesichts der doch erheblichen Öffentlichkeitswirkung der Berichte ist dies durchaus problematisch.

Geht die CSCI auf die Einwände des Heimbetreibers oder -leiters nicht ein und möchte den Bericht unverändert veröffentlichen, waren die Heimträger bislang auf die bei der „Ausgangsbehörde“ angesiedelte *Corporate Complaints Procedure*²⁰⁵⁵ angewiesen und konnten ansonsten aufgrund der fehlenden Zuständigkeit des *Care Standards Tribunal* nur im Wege der *judicial review* vor den ordentlichen Gerichten gegen den Bericht bzw. gegen das *star rating* vorgehen,²⁰⁵⁶ die die Bewertung jedoch nur auf „*reasonableness*“ überprüfen.²⁰⁵⁷

Als Reaktion auf die Kritik der Heimträger am Fehlen eines unabhängigen *review panel*²⁰⁵⁸ wurde mit dem *Quality Ratings Review Service* (QRRS) mittlerweile jedoch eine zentrale, von den für die ursprüngliche Bewertung zuständigen Regionalbehörden unabhängige Instanz mit Sitz in London geschaffen, bei der eine (auch inhaltliche) Überprüfung von *quality ratings* beantragt werden kann.²⁰⁵⁹ Antragsberechtigt sind die *registered persons* und der *responsible individual*²⁰⁶⁰, nicht jedoch die Heimbewohner oder Vertreter der Kommunen.²⁰⁶¹ Die Beschwerde muß unter Angabe der Gründe binnen sieben Tagen nach Ablauf der oben erwähnten 28-tägigen Frist zur Geltendma-

2054 Vgl. <<http://www.cqc.org.uk/guidanceforprofessionals/adultsocialcare/inspection/ratingsandreports/qualityratingsforcare/services/qualityratingreviewservice.cfm>>.

2055 Dazu oben, S. 253.

2056 Vgl. *Commission for Social Care Inspection*, Quality Ratings in Regulated Services, Paper No: 06(06)113, para. 30.

2057 Zum Verfahren sowie zum Prüfungsmaßstab der *judicial review* s. oben, S. 256, 342 f.

2058 S. Vgl. *Commission for Social Care Inspection*, Quality Ratings in Regulated Services, Paper No: 06(06)113, Annex A, para. 18.

2059 Allgemein zum QRRS s. *Care Quality Commission*, Guidance for providers: How to request a review of your quality rating.

2060 S. oben, S. 233.

2061 *Care Quality Commission*, Guidance for providers: How to request a review of your quality rating, S. 2.

chung von Einwänden bei der CQC durch Übermittlung eines Formulars²⁰⁶² an den QRRS erhoben werden und darf neues Tatsachenvorbringen nur enthalten, wenn dieses zuvor bereits der CQC mitgeteilt wurde.²⁰⁶³ Beschwerdegegenstand kann allein das *rating* als solches sein, gegen das folgende Beschwerdegründe vorgebracht werden können: das Rating beruht auf einer fehlerhaften Tatsachenbasis; die Bewertung weicht von KLORA ab; die Regeln für die Ermittlung der Endbewertung aus den Zwischenbewertungen wurden nicht eingehalten; die Bewertung ist derart unangemessen, daß aufgrund der erwiesenen Tatsachenbasis keine vernünftige Person zu einer solchen Bewertung hätte kommen können.²⁰⁶⁴

Der QRRS kann die ursprüngliche Bewertung entweder bestätigen oder aber dem zuständigen CQC Regionaldirektor eine Abänderung empfehlen, die nicht nur eine Anhebung, sondern auch eine Verschlechterung der Bewertung zum Inhalt haben kann. Die Regionaldirektoren der CQC bleiben für das *rating* letztzuständig und sind an die Empfehlungen des QRRS nicht gebunden. Die Empfehlung muß allerdings im Prüfbericht veröffentlicht werden.²⁰⁶⁵ Für die Heimträger besteht bei der *Quality Rating Review* gegenüber anderen Beschwerdeverfahren der Vorteil, daß die Publikation der Prüfberichte durch die CQC solange aufgeschoben wird, bis das Verfahren abgeschlossen ist, was grundsätzlich binnen 28 Tagen nach Eingang der Beschwerde der Fall sein sollte.²⁰⁶⁶

Auch dann, wenn die Prüfberichte und die auf ihnen beruhenden Bewertungen inhaltlich richtig zustandekamen, darf nicht vergessen werden, daß es sich bei ihnen lediglich um eine Momentaufnahme bezogen auf den Zeitpunkt der Heiminspektion handelt. Aufgrund der auch in Abhängigkeit von der Bewertung bestimmten Prüfintervalle kann es in bestimmten Fällen bis zu drei Jahre dauern, bis eine erneute Heimprüfung durchgeführt und ein aktualisierter Bericht veröffentlicht wird. Hier besteht die Gefahr, daß zwischenzeitlich – etwa durch eine Änderung im Heimmanagement – eine Verschlechterung der Leistungsqualität in der Einrichtung eintritt, potentielle Heimbewohner sich aber dennoch am alten Heimericht bzw. *star rating* orientieren, ohne zu bemerken, daß diese nicht mehr länger aussagekräftig sind. Umgekehrt kann es für den Heimbetreiber von Nachteil sein, daß inzwischen behobene Defizite und daraus resultierend eine schlechte Gesamtbewertung nach wie vor im Prüfbericht stehen. Zwar sind bei Heimen, die eine niedrige Bewertung bekommen haben, auch die Abstände zwischen den Prüfungen geringer, so daß die Berichte und das *rating* schneller aktualisiert werden. Je

2062 Abrufbar unter <[http://www.cqc.org.uk/_db/_documents/Quality_Rating_Review_Request_Form_\(Dec_2009\)_201001045124.doc](http://www.cqc.org.uk/_db/_documents/Quality_Rating_Review_Request_Form_(Dec_2009)_201001045124.doc)>.

2063 *Care Quality Commission*, Guidance for providers: How to request a review of your quality rating, S. 4 f.

2064 *Care Quality Commission*, Guidance for providers: How to request a review of your quality rating, S. 4.

2065 *Care Quality Commission*, Guidance for providers: How to request a review of your quality rating, S. 6.

2066 *Care Quality Commission*, Guidance for providers: How to request a review of your quality rating, S. 3, 6.

höher allerdings die Ausgangsbewertung ist, umso länger dauert es, bis ein Heim eine bessere Bewertung erlangen kann, selbst wenn es auf die gerügten Defizite sehr schnell reagiert haben sollte.

Die Tatsache, daß es sich bei den Berichten und Bewertungen nur um Momentaufnahmen handelt, wird allerdings dadurch etwas ausgeglichen, daß auch ältere Prüfberichte weiterhin aus dem Internet abgerufen werden können. Auf diese Weise läßt sich die Qualitätsentwicklung auch über einen längeren Zeitraum nachverfolgen.

(cc) Informationen durch sonstige staatliche Stellen

Die CQC und die Kommunen stellen die Hauptanlaufstellen für Pflegebedürftige dar, wenn es darum geht, sich einen Überblick über die Existenz und die Qualität verschiedener Pflegeheime zu verschaffen. Neben ihnen gibt es eine Reihe anderer staatlicher Stellen, die mit informationellen Instrumenten steuernd auf den Pflegeheimmarkt einwirken. So unterstützte beispielsweise das Gesundheitsministerium die gemeinnützige Organisation *Counsel and Care* bei der Herausgabe zweier Leitfäden,²⁰⁶⁷ nämlich dem *The Complete Care Home Guide*²⁰⁶⁸ und dem *The Brief Care Home Guide*²⁰⁶⁹. Andere staatliche Stellen wiederum wenden sich mit Informationsbroschüren oder sonstigen Publikationen an Pflegebedürftige, die bereits in ein Heim eingezogen sind, um sie darüber aufzuklären, welche Aspekte und Merkmale eine qualitativ hochwertige Pflegepraxis aufweisen sollte.²⁰⁷⁰

(3) Bewertung

Die soeben beschriebenen Informationsangebote dienen dazu, den Heimbewohnern eine Entscheidungsbasis an die Hand zu geben, die sie in Verbindung mit der Einräumung von Wahlrechten in die Lage versetzt, in aufgeklärter und rationaler Weise darüber zu befinden, in welcher Einrichtung sie künftig leben möchten. Hierdurch soll wiederum der Qualitätswettbewerb zwischen den Anbietern gefördert werden. Obgleich ein großer Teil insbesondere der Selbstzahler vor Einzug in ein bestimmtes Heim mehrere andere Einrichtungen besichtigt (in 15 % der Fälle sogar sechs oder mehr Heime),²⁰⁷¹ treten in der Praxis Hindernisse im Zusammenhang mit der Nutzbarmachung derartiger Wahlentscheidungen zugunsten der Qualitätssteuerung auf, die an dieser Stelle kurz angerissen werden sollen.

Empirische Untersuchungen weisen darauf hin, daß selbst dann, wenn das Informationsdefizit auf Seiten des Pflegebedürftigen vollständig ausgeglichen werden könnte, noch andere Faktoren als die Pflegequalität eine wesentliche Rolle bei der Wahl eines Heims spielen. Studien zeigen, daß neben der allgemeinen Atmosphäre die Verfügbarkeit eines passenden Platzes sowie die örtliche Lage des Heims zu den wichtigsten Fak-

2067 Vgl. *Winfield u.a., paying for care*, S. 252.

2068 *Counsel and Care, The Complete Care Home Guide*, 2006.

2069 *Counsel and Care, The Brief Care Home Guide*, 2006.

2070 Dazu bereits oben, S. 330.

2071 *Netten/Darton/Curtis, Self-funded Admissions to Care Homes*, S. 63.

toren für die Wahlentscheidung zählen.²⁰⁷² Dies dürfte maßgeblich damit zusammenhängen, daß die Entscheidungsprozesse sowohl hinsichtlich des grundsätzlichen Entschlusses, überhaupt in ein Heim zu ziehen, als auch in Bezug auf die Wahl des konkreten Heimes in der Vielzahl der Fälle von Verwandten, meistens von Söhnen und Töchtern, dominiert werden. Dieser Befund gilt im Übrigen auch für Pflegebedürftige, die mental durchaus in der Lage wären, die Auswahl selbst zu treffen.²⁰⁷³ Wie die Studienergebnisse zeigen, beschränken sich die hinter einer Wahlentscheidung stehenden Rationalitäten dabei keineswegs allein auf Aspekte der Qualität.

Auch die äußeren Umstände, unter denen eine Wahl zu treffen ist, können dazu beitragen, daß andere als qualitätsorientierte Aspekte im Vordergrund stehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Notwendigkeit eines Umzugs in ein Heim nicht vorhersehbar war und die Entscheidung sehr schnell getroffen werden muß. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Einzug in ein Heim an einen Krankenhausaufenthalt anschließt, was auf fast die Hälfte der Bewohner zutrifft.²⁰⁷⁴ Vor diesem Hintergrund ist der Befund, daß die Verfügbarkeit eines Heimplatzes zu den wichtigsten Entscheidungsgründen zählt, verständlich.

Ein anderer Faktor, der die Nutzbarmachung von Marktelementen zum Zwecke der Qualitätssicherung begrenzt, besteht darin, daß die Heimträger kaum zu befürchten haben, daß ein einmal eingezogener Bewohner das Heim aus Qualitätsgründen wieder verläßt. Dies liegt zum einen daran, daß ältere Menschen oftmals eine relativ geringe Erwartungshaltung haben und Umfragen unter ihnen daher häufig hohe Zufriedenheitswerte im Hinblick auf die Leistungsqualität ergeben.²⁰⁷⁵ Im Hinblick auf die Qualitätssteuerung ist dies insofern problematisch, als diese Auskünfte keineswegs den Schluß zulassen, daß die zugrundeliegenden Leistungen auch tatsächlich alle gesetzlich aufgestellten Qualitätsanforderungen erfüllen.²⁰⁷⁶ Zum anderen stellt die stationäre Langzeitpflege eine Dauerleistung dar, bei der viele Bewohner ein Heim als ihr neues Zuhause begreifen, sich an dieses gewöhnen, soziale Bindungen zum Personal aufbauen und deshalb nach der einschneidenden Erfahrung des Umzugs in das Heim einer weiteren, streßvollen Veränderung sehr zurückhaltend gegenüber stehen.²⁰⁷⁷ Dies gilt umso mehr, als es sich bei vielen Heimbewohnern um gebrechliche Menschen handelt, für die ein Umzug nicht nur einen großen psychischen Eingriff, sondern auch eine massive

2072 *Netten/Darton/Curtis*, Self-funded Admissions to Care Homes, S. 63 ff.; *Netten/Williams/Darton*, Care-home closures in England, *Ageing & Society* 25 (2005), S. 333.

2073 *Netten/Darton/Curtis*, Self-funded Admissions to Care Homes, S. 61 f.

2074 *Office of Fair Trading*, Care homes for older People, S. 49.

2075 In einer vom *Office of Fair Trading* durchgeführten Studie vergaben 54 % der Heimbewohner ihrem Heim 10 von 10 möglichen Punkten im Bezug auf die Gesamtzufriedenheit mit der Einrichtung, 95 % der Bewohner gaben an, daß sie das Heim entweder sicher oder zumindest möglicherweise auch Freunden empfehlen würden, vgl. *Office of Fair Trading*, Care homes for older people, S. 117 f.

2076 *Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 2, S. 7.

2077 *Office of Fair Trading*, Care homes for older people, S. 50.

physische Anstrengung bedeutet.²⁰⁷⁸ Dementsprechend beruhen Umzüge von einem Heim in ein anderes in der Praxis in fast allen Fällen darauf, daß das bisherige Heim entweder schließt, daß es für die verschlechterte Bedarfssituation des Bewohners nicht mehr geeignet ist oder daß das neue Heim örtlich näher bei den Verwandten und Freunden liegt,²⁰⁷⁹ nicht aber auf der Unzufriedenheit mit der Qualität der dort erbrachten Leistungen.

Generell ist die Wirksamkeit von Marktmechanismen dort in Gefahr, wo sich den Pflegebedürftigen ein nur sehr begrenztes Angebot an Heimplätzen bietet.²⁰⁸⁰ Wenngleich die in LAC (2004)²⁰ enthaltene *policy guidance* ausdrücklich bestimmt, daß zwischen der Kommune und den Heimträgern abgeschlossene *block contracts* oder andere Rahmenvereinbarungen die Wahlrechte des Einzelnen nicht einschränken dürfen und die Heimbewohner explizit darauf hinzuweisen sind, daß es ihnen freisteht, in ein Heim ihrer Wahl zu ziehen,²⁰⁸¹ so kann doch gerade die Kommissionierungsstrategie der Kommunen leicht zu einer faktischen Beschneidung der Wahlmöglichkeiten des einzelnen Pflegebedürftigen führen. Insbesondere in den Kommunen, die großvolumige Langzeitverträge mit den Heimträgern abschließen, wird die Höhe der von den Behörden übernommenen Standardheimgebühr deutlich unterhalb der Marktsätze liegen. Dies bestätigt auch eine 2007 durchgeführte Studie, die die durchschnittlichen *standard rates* in England auf ca. £ 380 pro Woche für *residential care* und ca. £ 467 für *nursing care* beziffert.²⁰⁸² Diese Sätze liegen deutlich unterhalb des durchschnittlichen Gebühreenniveaus am Pflegeheimmarkt, das 2007/08 pro Woche im Schnitt £ 449 für private *residential care homes* bzw. £ 648 für private *nursing care homes* betrug.²⁰⁸³ Vor diesem Hintergrund gestaltet es sich in vielen Fällen schwierig, Dritte zu finden, die sowohl bereit als auch finanziell zur Zahlung von *top-ups* in der Lage sind. Tatsächlich wurden 1997/98 nur 14 % der Heimbewohner, die Leistungen nach s. 21(1) NAA 1948 bezogen, durch derartige Zuzahlungen unterstützt,²⁰⁸⁴ und auch 2005 betrug die Quote noch lediglich 30 %.²⁰⁸⁵

Zudem besteht ein gewisser Anreiz für die Kommunen, Pflegebedürftige nach Möglichkeit in den Heimen unterzubringen, bei denen sie ein bestimmtes Pflegekontingent auf der Basis eines *block contract* bezogen haben. Die Praxis weist darauf hin, daß die

2078 Vgl. *Williams/Netten/Ware*, Managing the Care Home Closure Process, *British Journal of Social Work* (2007) 37, S. 910; *Williams/Netten*, English Local Authority Powers, *British Journal of Social Work* (2005) 35, S. 923.

2079 *Office of Fair Trading*, Care homes for older people, S. 50.

2080 Vgl. *McDonald*, Community Care, S. 83.

2081 LAC (2004) 20, paras. 6, 7; der *Local Government Ombudsman* hielt es für ein fehlerhaftes behördliches Vorgehen (*maladministration*), daß eine *local authority* einem Pflegebedürftigen die Vorschriften der *National Assistance Act 1948 (Choice of Accommodation) Directions 1992* nicht erklärt hatte, vgl. London Borough of Merton (Local Government Ombudsman, complaint no. 97/A/3218).

2082 *Counsel and Care*, Care Contradictions, S. 10.

2083 *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 172, Table 8.2.

2084 *Laing&Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 180.

2085 *Office of Fair Trading*, Care homes for older people, Annex F, S. 34.

Kommunen die Leistungsberechtigten oft nicht auf bestehende Wahlrechte hinweisen.²⁰⁸⁶ Hinzu kommt, daß die Kombination aus gestiegenen regulatorischen Anforderungen einerseits und einer lange Zeit restriktiv gehandhabten Gebührenpolitik andererseits zu einer bis vor kurzem andauernden Welle von Heimschließungen geführt hat, die insbesondere kleinere und mittelgroße Einrichtungen betraf.²⁰⁸⁷ All dies steht im Gegensatz zu dem im *White Paper „Strong and prosperous Communities“* geäußerten Ziel, für Diversität und Pluralität auf der Angebotsseite lokaler Sozialer Dienste zu sorgen.²⁰⁸⁸

Ein grundsätzlicher Widerspruch, den der Einsatz von Marktelementen im Bereich der stationären Langzeitpflege mit sich bringt, ist schließlich darin zu sehen, daß es den mit Wettbewerbselementen versehenen Märkten implizit ist, daß die Angebotsseite einer gewissen Fluktuation unterliegt und in gewissem Umfang Marktaustritte zu verzeichnen sind. Bezogen auf die stationäre Langzeitpflege bedeutet dies die Schließung von Pflegeheimen, und zwar im Idealfall²⁰⁸⁹ derjenigen Heime, die ineffizient operieren und / oder eine schlechte Pflegequalität vorweisen. Mag dies aus einer gesamtwirtschaftlichen, längerfristigen Perspektive durchaus wünschenswert sein, darf doch nicht übersehen werden, daß mit der Schließung von Pflegeheimen kurz- und mittelfristig Wohlfahrtsverluste und mitunter erhebliche Gesundheitsrisiken für die Bewohner des Pflegeheimes verbunden sein können,²⁰⁹⁰ auf die auch oben bereits unter dem Aspekt der Pflegekontinuität eingegangen wurde. Nicht zuletzt dieser Gesichtspunkt setzt dem Einsatz von Marktmechanismen, die einen Verdrängungswettbewerb forcieren würden, gewisse Grenzen.

2086 *Ridout*, Care Standards, S. 35.

2087 Ausführlich zu den Heimschließungen oben, S. 206 f.

2088 Vgl. *Department for Communities and Local Government*, Strong and prosperous communities, Part II (Cm. 6939-II), Annex G, paras. G9, G17.

2089 Tatsächlich wurde in der Mehrheit der geschlossenen Heime des privaten Sektors aus Sicht der Regulierungsbehörden eine zumindest befriedigende, in *nursing care homes* meistens sogar gute Pflegequalität geboten, *Netten/Williams/Darton*, Care-home closures in England, *Ageing & Society* 25 (2005), S. 326. Je höher der Druck durch niedrige Gebühren der *local authorities*, durch steigende Personalkosten sowie durch Investitionen infolge der eingeführten Mindeststandards ist, desto weniger spielen Qualitätsaspekte bei Heimschließungen eine Rolle, s. *Netten/Darton/Williams*, The Rate, Causes and Consequences of Home Closures, S. 47.

2090 *Netten/Williams/Darton*, Care-home closures in England, *Ageing & Society* 25 (2005), S. 320.

E. Staatshaftung im Zusammenhang mit der Erbringung stationärer Langzeitpflegeleistungen durch Heimträger des privaten Sektors

I. Haftung und staatliche Verantwortung

Die staatliche Verantwortung auf dem Gebiet der stationären Langzeitpflege zeigt sich nicht nur in den hierfür bereitgehaltenen Sozialleistungen und der steuernden Einflußnahme auf das Vorhandensein der Pflegeinfrastruktur sowie die Pflegequalität. Weil der englische Staat sich zur Erbringung von Leistungen der *residential accommodation* nach ss. 21, 26 NAA 1948 auch des privaten Sektors bedient, manifestiert sie sich auch in der Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang der Staat für ein Fehlgehen der Leistungserbringung durch private Träger haftbar gemacht werden kann.

Im Folgenden soll daher der Frage nach Schadensersatzansprüchen von Bewohnern privat betriebener Heime, denen durch mangelhafte oder unterbliebene Pflegeleistungen Schäden entstanden sind, nachgegangen werden. Soweit dabei auch Fallkonstellationen angesprochen werden, in denen es um die eigenhändige Leistungserbringung durch staatliche Stellen geht, geschieht dies primär deshalb, um – angesichts des Fehlens unmittelbar einschlägigen Fallrechts – Rückschlüsse auf die Rechtslage in Situationen zu ziehen, in denen Private mit der Leistungserstellung betraut sind.

Weil die Verantwortungsübernahme durch den Staat jedoch nicht notwendigerweise auf diejenigen Fälle beschränkt ist, in denen sich die Unterbringung als Sozialleistung darstellt, wird auch auf mögliche staatshaftungsrechtliche Ansprüche von solchen Personen einzugehen sein, die ihren Heimaufenthalt selbst organisiert haben und ihn privat finanzieren.

II. Haftung staatlicher Stellen bei Fehlern in der Leistungserbringung durch Private

1. Allgemeines

Auch das englische Recht kennt Schadensersatzansprüche gegen staatliche Stellen im Zusammenhang mit deren hoheitlichem Handeln.²⁰⁹¹ Ein Staatshaftungsrecht als eigenständiges Rechtsgebiet gibt es jedoch ebensowenig wie ein generell anerkanntes Prinzip, nachdem derjenige, der durch den Bruch einer gesetzlichen Vorschrift verletzt wurde oder dem durch unrechtmäßiges Verwaltungshandeln ein Schaden entstand, Schadensersatzansprüche geltend machen kann.²⁰⁹²

2091 Dieser Grundsatz galt für staatliche Stellen mit Ausnahme der Krone auch schon vor Inkrafttreten von s. 2 des *Crown Proceedings Act 1947*, vgl. *Mersey Docks and Harbour Board Trustees v Gibbs* (1864-1866) 11 H.L.C. 686, 719 ff.; vgl. auch *Cane*, *Administrative Law*, S. 273.

2092 *Stanton*, LQR 120 (2004), S. 326.

Auch ist es nicht möglich, im Rahmen einer *judicial review*, in der die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns öffentlicher Stellen überprüft wird, Schadensersatzansprüche geltend zu machen.²⁰⁹³ Zwar erließ der *Court of Appeal* im Anschluss an die Entscheidung in *R v Sefton Metropolitan Borough Council ex p Help the Aged*²⁰⁹⁴ eine *declaration*, nach der die beklagte Kommune einer Pflegeheimbewohnerin deren Heimgebühren ersetzen mußte. Die Heimbewohnerin hatte geklagt, weil sich die Lokalbehörde zu Unrecht weigerte, für ihre Pflegegebühren aufzukommen, obwohl sie hierzu aufgrund von s. 21(1) NAA 1948 verpflichtet war.²⁰⁹⁵ Für eine derartige Feststellung gab und gibt es jedoch keine Grundlage im *public law* und auch *Lord Woolf*, der die betreffende *declaration* abgab, nannte eine solche nicht.²⁰⁹⁶ Seine Aussagen deuten darauf hin, daß er diesen Anspruch eher als einen aus der verletzten Norm fließenden Primäranspruch auf eine Geldleistung denn als einen Schadensersatzanspruch wertete und die entsprechende Feststellung wohl aus Billigkeitsgründen traf, um der Klägerin einen langwierigen Zivilrechtsstreit auf Basis des *civil law* zu ersparen.

Schadensersatzansprüche im eigentlichen Sinn folgen auch dann, wenn sie sich gegen staatliche Träger richten, den allgemeinen Prinzipien des *civil law*²⁰⁹⁷ und sind daher vor den ordentlichen Gerichten einzuklagen. Insgesamt ist das *case law* zum Staatshaftungsrecht von einer stark restriktiven, nicht immer konsistenten und daher zuweilen als „*forensic lottery*“²⁰⁹⁸ bezeichneten Spruchpraxis geprägt.

Die Verpflichtung der *local authorities* zur Erbringung von Leistungen des *residential accommodation* beruht auf der gesetzlichen Regelung der s. 21(1) NAA 1948, so daß mangels einer vertraglichen Beziehung zwischen den Behörden und den in Heimen des privaten Sektors untergebrachten Leistungsempfängern für Schadensersatzansprüche in diesem Verhältnis allein das Deliktsrecht (*tort law*²⁰⁹⁹) und andere nichtvertragliche Anspruchsgrundlagen wie s. 8 HRA 1998 relevant sind.

Bevor auf die Haftungsgründe im Einzelnen eingegangen werden kann, ist zunächst festzuhalten, daß Grundlage eines Schadensersatzanspruchs des Heimbewohners gegen eine *local authority* auch dann, wenn diese sich zur Erfüllung ihrer Pflichten eines privaten Dritten bedient, einzig und allein ihr eigenes Handeln bzw. Unterlassen sein kann.²¹⁰⁰ Das *common law* sieht den privaten Leistungserbringer, auf den eine *local authority* zur Erfüllung ihrer Pflichten zurückgreift, im Gegensatz zu eigenen Angestellten, die nach außen hin für die Behörde tätig werden,²¹⁰¹ nicht als ihren *servant* oder

2093 Vgl. *X (Minors) v Bedfordshire County Council* [1995] A.C. 633, 730.

2094 *R v Sefton Metropolitan Borough Council ex p Help the Aged* [1997] 4 All ER 532.

2095 Die genannte *declaration* ist nicht Teil der eigentlichen Entscheidung über den *appeal* und findet sich deshalb nicht in den Veröffentlichungen der Entscheidung. Zum Inhalt der *declaration* siehe *Palmer/Sunkin*, M.L.R. 61 (1998), S. 413.

2096 Vgl. *Palmer/Sunkin*, M.L.R. 61 (1998), S. 413.

2097 *Craig*, Administrative Law, Rdnr. 29-002.

2098 *Markesinis/Fedke*, Damages for the Negligence of Statutory Bodies, PL 2007, S. 329.

2099 Allgemein zum *tort law* etwa *Deakin/Johnston/Markesinis*, Markesinis and Deakin's Tort Law; *Cooke*, Law of Tort; *McBride/Bagshaw*, Tort Law.

2100 Vgl. auch *McDonald*, Community Care, S. 80.

2101 Vgl. *Phelps v Hillingdon London Borough Council* [2001] 2 A.C. 619, 654 f.

agent an, so daß die Behörde auch nicht indirekt („*vicarious liability*“) für sein Handeln oder Unterlassen haftbar gemacht werden kann.²¹⁰² Bei der Heranziehung von „*independent contractors*“ beschränkt sich die eigene Haftung der Behörden grundsätzlich auf die sorgfältige Auswahl eines seriösen und hinreichend qualifizierten Vertragspartners.²¹⁰³ Normen, die in Umsetzung der ss. 69, 70, 72(2) des *Deregulation and Contracting Out Act 1994* eine Zurechnung der Maßnahmen des privaten Leistungserbringers an die *local authority* als Auftraggeber vorsehen,²¹⁰⁴ wurden im Hinblick auf s. 21(1) NAA 1948 nicht erlassen.²¹⁰⁵

Inhaltlich besteht die Verpflichtung der Lokalbehörden aus s. 21 NAA 1948, bei deren Nichterfüllung sich Schadensersatzpflichten ergeben können, darin, „*to [...] make arrangements for providing [...] residential accommodation*“. Dem kann die *local authority* u.a. dadurch nachkommen, daß sie Leistungserbringungsvereinbarungen mit anderen *local authorities* oder mit Heimträgern des freigemeinnützigen oder privat kommerziellen Sektors schließt. Ihre Pflicht bezieht sich bei dieser Alternative nicht auf das Erbringen der Leistungen,²¹⁰⁶ sondern darauf, für die Geeignetheit der Leistungen im Hinblick auf die beim Leistungsempfänger festgestellte Bedarfskonstellation zu sorgen.²¹⁰⁷ Das relevante behördliche Verhalten, aus dem Schadensersatzansprüche resultieren können, besteht damit in der Auswahl der Heimträger, auf die zur Leistungserbringung zurückgegriffen werden soll, sowie im *contracting* und im anschließenden *monitoring* der Vertragsbeziehung und der Leistungserbringung. Ist ein Heim beispielsweise personell unterbesetzt und verletzt sich ein Bewohner infolge ungenügender Beaufsichtigung bei einem Sturz, so können Schadensersatzansprüche gegen die *local authority* nur darauf gestützt werden, daß diese nichts unternahm, um dem personellen Defizit abzuhelfen,²¹⁰⁸ nicht aber auf eine Nachlässigkeit auf Seiten der Heimleitung.

2102 Vgl. *Vincent-Jones*, MLR 68 (2005), S. 908; *Cane*, Administrative Law, S. 278, Fn. 24: „*As a general rule, there is no vicarious liability for the negligence of independent contractors. This rule is particularly important in relation to contracting-out of the provision of public services to private-sector providers.*“

2103 *Harlow*, Tort Law, S. 50.

2104 S. 72(2) des *Deregulation and Contracting Out Act 1994* lautet: „*Subject to subsection (3) below, anything done or omitted to be done by or in relation to the authorised person (or an employee of his) in, or in connection with, the exercise or purported exercise of the function shall be treated for all purposes as done or omitted to be done — [...] (b) in the case of a function of a local authority, by or in relation to that authority*“. Damit eine Aufgabe der Lokalbehörde dergestalt auf einen Dritten übertragen werden kann, daß dieser als „*authorised person*“ im Sinne dieser Vorschrift gilt, bedarf es einer entsprechenden Verordnung durch den *Secretary of State*. Eine solche wurde beispielsweise im Hinblick auf die Leitung von Kinderheimen im Sinne von s. 53 des *Children Act 1989* in Gestalt der *Contracting Out (Management Functions in relation to certain Community Homes) Order 1996*, S.I. 1996 No. 586, erlassen.

2105 S. *YL v Birmingham City Council* (2007) 10 CCLR 505, 536.

2106 So auch *Lord Mance* in *YL v Birmingham City Council* (2007) 10 CCLR 505, 539 f., sowie *Lord Hoffmann* in *R v Wandsworth LBC ex p Beckwith* [1996] 1 All ER 129, 131 f.

2107 *YL v Birmingham City Council* (2007) 10 CCLR 505, 540; s. auch *R v Servite Houses ex p Goldsmith* [2001] LGR 55, 66.

2108 Siehe zu diesem Beispiel *McDonald*, Community Care, S. 80.

Ein etwaiger Einwand seitens der *local authority*, sie habe die Pflicht aus s. 21(1) NAA 1948 an den Heimbetreiber delegiert, scheidet somit auch nicht erst – wie in der Literatur vertreten²¹⁰⁹ – an dem nach englischen Recht unübertragbaren Charakter von *statutory duties*,²¹¹⁰ sondern bereits daran, daß sich die Pflicht inhaltlich schon gar nicht auf die Leistungserstellung als solche bezog.

Was schließlich Ansprüche gegen Regulierungsbehörden wie die CQC anbelangt, kommen als Anknüpfungspunkte – mangels gegenüber den einzelnen Bewohnern geschuldeten Sozialleistungen – ohnehin nur Defizite bei der Überwachung und Durchsetzung der Regulierungsvorschriften in Betracht.

2. Die Haftungstatbestände im Einzelnen

a. Tort of negligence

aa. Überblick über das case law

Das *tort of negligence* stellt zwar die gebräuchlichste Grundlage für deliktische Schadensersatzansprüche gegen staatliche Stellen dar, nichtsdestotrotz handelt es sich bei diesem Rechtsinstitut um eine nur schwer verständliche und äußerst komplexe, stark im Fluß befindliche Materie.²¹¹¹ Grundsätzlich setzt das *tort of negligence* das Bestehen einer Sorgfaltspflicht (*duty of care*), eine Verletzung derselben, einen Schaden, eine Kausalitätsbeziehung zwischen Verletzung und Schaden sowie die Vorhersehbarkeit des Schadenseintritts voraus.²¹¹² Bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen staatliche Stellen einer dem *common law* entstammenden Sorgfaltspflicht unterliegen, nehmen die englischen Gerichte jedoch – wohl primär aus fiskalischen Gründen²¹¹³ – eine relativ restriktive Haltung ein.²¹¹⁴

Die zurückhaltende Spruchpraxis hinsichtlich des Entstehens einer *duty of care* zeigt sich zunächst am Erfordernis einer hinreichenden Nähebeziehung (*sufficient relationship of proximity*) zwischen dem Anspruchsteller und dem Anspruchsgegner.²¹¹⁵ Dieses Kriterium wird von der Rechtsprechung herangezogen, um Schadensersatzansprüche in

2109 Vgl. *Stanton*, LQR 120 (2004), S. 338.

2110 Nach englischem Recht kann zwar die Erfüllung einer Pflicht auf einen Dritten übertragen werden, die Verantwortung verbleibt jedoch beim Adressaten der gesetzlichen Pflicht, vgl. nur *Razzel v Snowball* [1954] 3 All ER 429.

2111 Einen Überblick über die Entwicklungen des einschlägigen *case law* gibt *Craig*, Administrative Law, Rdnr. 29-004 ff.

2112 Vgl. *Donohue v Stevenson* [1932] A.C. 562; *Craig*, Administrative Law, Rdnr. 29-004.

2113 Wie *Markesinis/Fedke*, Damages for the Negligence of Statutory Bodies, PL 2007, S. 299 ff., zeigen, würde eine weniger restriktive Rechtsprechungspraxis indes nicht zwingend zu einem unkontrollierbaren Kostenanstieg für den öffentlichen Haushalt führen.

2114 Vgl. *Cane*, Administrative Law, S. 274 ff.; *Craig*, Administrative Law, Rdnr. 29-007 ff.; *Mandelstam*, S. 506 ff.

2115 Vgl. *Donohue v Stevenson* [1932] A.C. 562, 581; *Caparo Industries Plc. v Dickmann* [1990] 2 A.C. 605, 616 ff.; *Capital & Counties Plc. v Hampshire County Council* [1997] Q.B. 1004, 1034; *Craig*, Administrative Law, Rdnr. 29-004.

den Fällen zu verneinen, in denen Regulierungs- oder sonstigen Aufsichtsbehörden vorgeworfen wurde, Fehler beim Gesetzesvollzug gemacht und deshalb nicht verhindert zu haben, daß ein Dritter dem Anspruchsteller einen Schaden zugefügt hat.²¹¹⁶ Die Behörden, so die Rechtsprechung, würden ihre Aufgaben grundsätzlich zum Schutz der Allgemeinheit und nicht zum Schutz bestimmter Personen ausüben.²¹¹⁷ Auch gesetzliche Regulierungssysteme hätten eine entsprechende Zielrichtung:

„Such a scheme is designed to protect weaker members of society [...] from harm done to them by others. [...] In my judgment, the courts should proceed with great care before holding liable in negligence those who have been charged by Parliament with the task of protecting society from the wrongdoings of others.“²¹¹⁸

Die erforderliche Nähebeziehung wird allerdings bejaht, wenn die betreffende staatliche Stelle bzw. eine bei ihr beschäftigte Person in einer rechtlichen Sonderbeziehung zum Anspruchsteller steht.²¹¹⁹

Als weitere, vom Kläger in der Praxis nur schwer darzulegende Voraussetzung für das Bestehen einer *duty of care* auf Seiten staatlicher Stellen verlangen die Gerichte, daß die Auferlegung einer Sorgfaltspflicht gerecht, billig und vernünftig (*fair, just and reasonable*) ist.²¹²⁰ Die Rechtsprechung läßt in diese Voraussetzung verschiedenste, mitunter rechtspolitisch motivierte²¹²¹ Überlegungen einfließen. Wichtige Hinweise in Bezug auf das *case law* lassen sich den Ausführungen von *Lord Browne-Wilkinson* in der Entscheidung des *House of Lords* im Fall *X (Minors) v Bedfordshire County Council*²¹²² entnehmen. Danach sind zunächst zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden: erstens kann eine Sorgfaltspflicht im Zusammenhang mit der Ausübung eines gesetzlich eingeräumten Ermessens (*exercise of statutory discretion*) entstehen. Zweitens kann sich eine solche Pflicht aus der Art und Weise ergeben, in der eine gesetzliche Pflicht in der Praxis erfüllt wird (*manner of implementation of a statutory duty / operational failures*).²¹²³

Wenn es um die Fallgruppe der Ermessensausübung geht, mußte der Anspruchsteller nach bisher geltendem Recht geltend machen, daß die betreffende Maßnahme gänzlich außerhalb des eingeräumten Ermessensspielraums lag. Nichts, was eine Behörde innerhalb des ihr zugewiesenen Ermessens unternahm, konnte Grundlage eines Schadenser-

2116 S. Yuen Kun Yeu v Attorney General of Hong Kong [1988] A.C. 175; Hill v Chief Constable of West Yorkshire [1989] A.C. 53.

2117 Hill v Chief Constable of West Yorkshire [1989] A.C. 53, 59.

2118 X (Minors) v Bedfordshire County Council [1995] 2 A.C. 633, 751.

2119 Vgl. etwa Costello v Chief Constable of Northumbria [1999] I.C.R. 752.

2120 S. etwa Caparo Industries Plc. v Dickmann [1990] 2 A.C. 605, 618.

2121 *Markesinis/Fedke*, Damages for the Negligence of Statutory Bodies, PL 2007, S. 300, 307.

2122 [1995] 2 A.C. 633, 730 ff.

2123 X (Minors) v Bedfordshire County Council [1995] 2 A.C. 633, 735; vgl. auch *Ganz*, Compensation for Negligent Administrative Action, PL 1973, S. 84; *Markesinis/Fedke*, Damages for the Negligence of Statutory Bodies, PL 2007, S. 299; *Craig*, Administrative Law, Rdnr. 29-004.

satzanspruchs sein.²¹²⁴ Bei der Beantwortung der Frage, ob die betreffende staatliche Stelle den vorgesehenen Handlungsrahmen verlassen hat, war es den Gerichten zudem nicht möglich, als *non-justiciable policy matters*²¹²⁵ erachtete Erwägungen wie etwa die Allokation begrenzter Ressourcen oder den Ausgleich zwischen verschiedenen sozialen Zwecken zu überprüfen.²¹²⁶

War die Ermessensausübung der Verwaltung gerichtlich überprüfbar (*justiciable*) und konnte tatsächlich eine Überschreitung des Ermessens geltend gemacht werden, so reichte dies allerdings noch nicht aus, um Schadensersatzansprüche zu begründen. Das Vorliegen einer *common law duty of care* neben der *statutory discretion* kam vielmehr nur dann in Betracht, wenn die betreffende Entscheidung der Behörde derart unvernünftig war, daß keine vernünftig handelnde Behörde sie je hätte treffen können.²¹²⁷

In jüngerer Zeit zeichnet sich in der Rechtsprechung im Anschluss an die Entscheidungen des *House of Lords* in den Fällen *Barrett v Enfield London Borough Council*²¹²⁸ und *Phelps v Hillingdon London Borough Council*²¹²⁹ allerdings eine Tendenz ab, die relativ restriktive Spruchpraxis im Hinblick auf die Anerkennung einer *duty of care* trotz eines bestehenden Ermessensspielraums aufzugeben und bei der Annahme von Sorgfaltspflichten auf Seiten staatlicher Entscheidungsträger etwas großzügiger zu verfahren.²¹³⁰ So schließen die Gerichte Schadensersatzansprüche auch dann nicht mehr *a priori* aus, wenn sich die Behörde mit ihrem Handeln innerhalb der Grenzen des ihr eingeräumten Ermessens bewegte, und lehnen eine inhaltliche Prüfung der innerhalb des Ermessensspielraums liegenden Maßnahmen nur dann ab, wenn im konkreten Fall gerichtlich nicht überprüfbare Beweggründe (*non-justiciable matters*), wie etwa die Gewichtung und Abwägung miteinander konkurrierender öffentlicher Interessen, geltend gemacht werden.²¹³¹ Dieser Ansatz erlaubt es den Gerichten, ein größeres Augenmerk auf die Frage zu richten, ob ein Bruch der betreffenden Sorgfaltspflicht bejaht werden kann,²¹³² ohne aber ihre eigene Meinung bei *policy matters* an die Stelle des ursprünglichen Entscheidungsträgers setzen zu müssen. Damit ist es ihnen möglich,

2124 *X (Minors) v Bedfordshire County Council* [1995] 2 A.C. 633, 736: „Therefore if the decisions complained of fall within the ambit of such statutory discretion they cannot be actionable in common law.”

2125 Vgl. *X (Minors) v Bedfordshire County Council* [1995] 2 A.C. 633, 738: „However, if the factors relevant to the exercise of the discretion include matters of policy, the court cannot adjudicate on such policy matters and therefore cannot reach the conclusion that the decision was outside the ambit of the statutory discretion.”

2126 *X (Minors) v Bedfordshire County Council* [1995] 2 A.C. 633, 736 ff.; vgl. auch *Anns v Merton London Borough Council* [1978] A.C. 728, 754 f.

2127 Vgl. *Home Office v Dorset Yacht Co. Ltd.* [1970] A.C. 1004, 1031; *X (Minors) v Bedfordshire County Council* [1995] 2 A.C. 633, 749.

2128 [2001] 2 A.C. 550.

2129 [2001] 2 A.C. 619.

2130 S. dazu *Craig*, Administrative Law, Rdnr. 29-012 ff.

2131 *Barrett v Enfield London Borough Council* [2001] 2 A.C. 550, 586; *Phelps v Hillingdon London Borough Council* [2001] 2 A.C. 619, 653.

2132 Vgl. *Barrett v Enfield London Borough Council* [2001] 2 A.C. 550; *Phelps v Hillingdon London Borough Council* [2001] 2 A.C. 619; dazu *Craig*, Administrative Law, Rdnr. 29-012 ff.

stärker auf die im jeweiligen Einzelfall für die behördliche Entscheidungsfindung relevanten tatsächlichen Umstände einzugehen.²¹³³ Nichtsdestotrotz ist es auch unter dieser Rechtsprechung für einen Kläger nicht leicht, nachzuweisen, daß eine Behörde eine sie treffende Sorgfaltspflicht verletzt hat.²¹³⁴ Bei schwierig zu treffenden Ermessensentscheidungen nehmen die Gerichte Sorgfaltspflichtverletzungen keinesfalls bereitwillig an, sondern betonen, daß der *standard of care* stets an die Komplexität der Materie angepasst werden müsse.²¹³⁵

Ob bei Maßnahmen, die mit der Ausübung von Ermessen einhergehen und deren Entscheidungsgründe sich als gerichtlich überprüfbar darstellen, allerdings überhaupt eine *duty of care* besteht, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen, die in *Caparo Industries Plc. v Dickmann*²¹³⁶ dargelegt sind. Diese gelten ohne weitere Besonderheiten auch für die zweite der oben genannten Fallgruppen, die sich auf das „wie“ der Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht bezieht.

Danach muß die Auferlegung einer Sorgfaltspflicht mit der Intention der in Rede stehenden gesetzlichen Vorschriften übereinstimmen.²¹³⁷ Hierbei judizieren die Gerichte nicht nur bei sicherheitsrechtlichen Vorschriften,²¹³⁸ sondern auch auf dem Gebiet der *welfare* und *education*-Gesetzgebung sehr zurückhaltend. Sie verweisen zunächst auf die komplexen Interessensabwägungen, die sich mit *welfare*-Aufgaben häufig verbinden:

*„[...] the Acts in question are all concerned to establish an administrative system designed to promote the social welfare of the community. The welfare sector involved is one of particular sensitivity, involving very different decisions how to strike the balance between protecting the child from immediate feared harm and disrupting the relationship between its parents. [...] In my judgment in such a context it would require exceptionally clear statutory language to show a parliamentary intention that those responsible for carrying out these difficult functions should be liable in damages”*²¹³⁹.

Auch mit Hinweis auf das Zusammenwirken mehrerer staatlicher Stellen wird die Entstehung von Sorgfaltspflichten abgelehnt:

*„a common law duty of care would cut across the whole statutory system set up for the protection of children at risk. [...] the protection of such children is not the exclusive territory of the local authority’s social services. [...] To introduce into such a system a common law duty of care enforceable against only one of the participant bodies would be manifestly unfair. To impose such liability on all the participant bodies would lead to almost impossible problems of disentangling as between the respective bodies the liability, both primary and by way of contribution, of each for reaching a decision found to be negligent.”*²¹⁴⁰

2133 *Barrett v Enfield London Borough Council* [2001] 2 A.C. 550, 586 f.

2134 *Craig*, Administrative Law, Rdnr. 20-015.

2135 S. etwa *Barrett v Enfield London Borough Council* [2001] 2 A.C. 550, 591.

2136 *Caparo Industries Plc. v Dickmann* [1990] 2 A.C. 605, 616 ff.

2137 Vgl. *X (Minors) v Bedfordshire County Council* [1995] 2 A.C. 633, 739; *Cane*, Administrative Law, S. 277 ff.; *Craig*, Administrative Law, S. 963 ff.

2138 Vgl. etwa *Governors of the Peabody Donation Fund v Sir Lindsay Parkinson and Co. Ltd.* [1985] A.C. 210, 241, 245.

2139 *X (Minors) v Bedfordshire County Council* [1995] 2 A.C. 633, 749 f.

2140 *X (Minors) v Bedfordshire County Council* [1995] 2 A.C. 633, 749 f.

Einen weiteren Umstand, der dem Bestehen von Sorgfaltspflichten entgegensteht, sehen die Gerichte in anderweitigen, gesetzlich eingeräumten Rechtsbehelfsmöglichkeiten:

*„If there were no other remedy for maladministration of the statutory system [...], it would provide substantial argument for imposing a duty of care. But the statutory complaints procedure [...] and the much fuller procedures now available under the [Children] Act of 1989 provide a means to have grievances investigated, though not to cover compensation. Further, it was submitted [...] that the local authorities Ombudsman would have power to investigate cases such as these.”*²¹⁴¹

Die Rechtsprechung erkennt Sorgfaltspflichten staatlicher Stellen allerdings dann bereitwilliger an, wenn die Behörden eigene soziale Dienste unterhalten. In dem Moment, in dem diese ihre Dienste zur Verfügung stellt, befinden sie sich in der gleichen Situation wie private Leistungserbringer und sind den Nutzern bei der Leistungserstellung zur Sorgfalt verpflichtet.²¹⁴² Jedoch ist diese Rechtsprechung auf den Betrieb eigener Dienste mit eigenen Angestellten beschränkt.

Ob sich die weniger restriktive Spruchpraxis des *House of Lords* in den Fällen Barrett und Phelps künftig dahingehend auswirken wird, daß die Gerichte eher bereit sein werden, die Vereinbarkeit des Bestehens von Sorgfaltspflichten mit der gesetzgeberischen Intention auch im Bereich der *social welfare*-Gesetzgebung anzuerkennen, läßt sich nur schwer beantworten. Einerseits ist in den genannten Entscheidungen das Bemühen evident, Rechtsstreitigkeiten eher auf der Ebene des Bruchs der Sorgfaltspflicht zu lösen, als sie abstrakt auf der Ebene des Entstehens der Sorgfaltspflicht zu entscheiden. Andererseits lassen sich der Rechtsprechung des *House of Lords* auch nach Barrett und Phelps Fälle entnehmen, in denen die Existenz einer *duty of care* auf Seiten staatlicher Stellen verneint wurde.²¹⁴³

Und schließlich judizieren die englischen Gerichte auch nach Barret und Phelps relativ restriktiv, wenn es in Fällen des Unterlassens einer Behörde darum geht, die betreffenden gesetzlichen Vorschriften mit der Annahme einer *duty of care* in Einklang zu bringen.²¹⁴⁴ In diesen Fällen muß sich aus den relevanten Gesetzesvorschriften nämlich nicht nur ableiten lassen, daß die Behörde im konkreten Fall einer öffentlich-rechtlichen Pflicht unterlag, die Ausübung der ihr zustehenden Befugnisse in Betracht zu ziehen (*duty in public law to consider exercising the power*), sondern auch, daß zusätzlich eine

2141 X (Minors) v Bedfordshire County Council [1995] 2 A.C. 633, 751.

2142 Vgl. bereits Gold v Essex County Council [1942] 2 KB 293; X (Minors) v Bedfordshire County Council [1995] 2 A.C. 633, 763 f.

2143 So wurde in D v East Berkshire Community NHS Trust [2005] 2 A.C. 373 das Bestehen einer Sorgfaltspflicht auf Seiten der Bediensteten des NHS gegenüber in Verdacht des Kindesmißbrauchs stehenden Eltern abgelehnt; in Brooks v Commissioner of Police of the Metropolis [2005] 1 W.L.R. 1495 wurde erneut bekräftigt, daß die Polizei gegenüber den Opfern oder Zeugen eines Verbrechens prinzipiell keine Sorgfaltspflicht trifft; in Sandford and Scherer v London Borough of Waltham Forest [2008] EWHC 1106 (QB) paras. 42 ff. schließlich wurde eine Sorgfaltspflicht, die einer älteren Frau gegenüber grundsätzlich bestehende Pflicht zur Beschaffung eines Hüftprotektors bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erfüllen.

2144 Craig, Administrative Law, Rdnr. 20-012.

privatrechtliche Handlungspflicht (*private law duty to act*) bestand.²¹⁴⁵ Wenn es der Gesetzgeber aber gerade ins Ermessen der Behörde gestellt hat, ob sie von ihren Befugnissen Gebrauch machen möchte oder nicht, dann stellt dies ein Indiz dafür dar, daß die in Rede stehenden Gesetzesvorschriften keine Basis für etwaige Schadensersatzansprüche bilden.

Das Auferlegen einer *duty of care* bzw. das Zusprechen von Schadensersatzansprüchen kann in diesen Fällen nur ausnahmsweise gerechtfertigt sein.²¹⁴⁶ Als Beispiel eines solchen Falles nahm *Lord Hoffmann* in *Stovin v Wise*²¹⁴⁷ auf die sog. „*doctrine of general reliance*“ Bezug.²¹⁴⁸ Nach dieser kann die Komplexität und Größenordnung einer dem Staat übertragenen Aufgabe bei den Bürgern eine gewisse Abhängigkeit von deren Erfüllung schaffen und in der Öffentlichkeit die generelle Erwartung erzeugen, daß sich staatliche Stellen dieser Aufgabe auch tatsächlich annehmen.²¹⁴⁹ Damit aus einem Unterlassen der Behörden trotz eines generell erwarteten Einschreitens Schadensersatzansprüche einzelner Bürger abgeleitet werden können, ist allerdings erforderlich, daß es sich bei den unterlassenen Maßnahmen um klar umrissene, routinemäßige Aufgaben handelte und die Gesetze, die den Behörden die entsprechenden Befugnisse zuweisen, erkennen lassen, daß Schadensersatzansprüche bestehen sollen, falls den Aufgaben nicht nachgekommen wird.²¹⁵⁰

bb. Tort of negligence durch staatliche Stellen in der stationären Langzeitpflege

Überträgt man die von den Gerichten zum *tort of negligence* entwickelten Grundsätze auf die oben beschriebenen Anknüpfungspunkte für eine Haftung staatlicher Stellen bei einer defizitären Leistungserbringung in privat betriebenen Pflegeheimen, so fällt zunächst auf, daß es bei den betreffenden Sachverhalten letztlich um den Vorwurf geht, eine staatliche Stelle habe durch eine fehlerhafte Handlung oder durch ein Unterlassen mit dazu beigetragen, daß einem Heimbewohner ein Schaden durch einen Dritten, nämlich den Heimbetreiber bzw. dessen Angestellte, zugefügt wurde. Damit liegt diesen Fällen eine Konstellation zugrunde, in denen die Gerichte für gewöhnlich zunächst auf das Vorliegen einer *sufficient relationship of proximity* zwischen der betreffenden Behörde und dem Anspruchsteller abstellen. Bei Empfängern von *community care*-Leistungen wird sich dieses Erfordernis aufgrund der rechtlichen Sonderbeziehung, die sich aus der konkretisierten Leistungspflicht nach s. 21(1) NAA 1948 im Verhältnis zur jeweils zuständigen *local authority* ergibt, bejahen lassen.

Die erforderliche Sonderbeziehung zu einzelnen Heimbewohnern fehlt indes im Verhältnis zur CSCI bzw. zu anderen Regulierungsbehörden, so daß die Annahme eines *tort of negligence* in denjenigen Fällen wohl ausscheidet, in denen der geschädigte

2145 *Stovin v Wise* [1996] A.C. 923, 950.

2146 *Stovin v Wise* [1996] A.C. 923, 953.

2147 [1996] A.C. 923.

2148 S. hierzu auch *Craig*, Administrative Law, Rdnr. 29-011.

2149 *Stovin v Wise* [1996] A.C. 923, 953 f.

2150 *Stovin v Wise* [1996] A.C. 923, 954.

Heimbewohner Unzulänglichkeiten auf Seiten der Behörden bei deren Regulierungstätigkeiten geltend macht.

Sehr zweifelhaft ist, ob die Gerichte es als *fair, just and reasonable* ansehen würden, einer nach s. 21(1) NAA 1948 verpflichteten Behörde eine *duty of care* im Hinblick auf die Auswahl und Überwachung des privaten Leistungserbringers aufzuerlegen. Bei der Frage, auf welche Leistungserbringer die Lokalbehörden konkret zurückgreifen, welche vertraglichen Anforderungen sie an die Heimträger stellen und welche Maßnahmen sie zur Überwachung der Leistungserbringung ergreifen, kommt den Behörden nicht zuletzt aufgrund des weitgehenden Fehlens gesetzlicher Vorgaben ein sehr breiter Ermessensspielraum zu. Zwar läßt sich in der jüngeren Rechtsprechung eine größere Bereitschaft zur Annahme von Sorgfaltspflichten auch im Zusammenhang mit der Ermessensausübung feststellen, die Gerichte gehen aber weiterhin vom Bestehen bestimmter, gerichtlich nicht überprüfbarer Erwägungen aus. Um ein solches *non-justiciable matter* dürfte es sich aber beispielsweise bei der grundsätzlichen Entscheidung einer *local authority* handeln, welchen Teil ihrer begrenzten finanziellen Ressourcen sie auf die Inspektion von Einrichtungen privater Leistungserbringer verwenden möchte, so daß sich die Zahl der eingesetzten Inspektoren sowie die Anzahl, die Art und der Zeitpunkt von durchgeführten Überprüfungen nur schwer rügen lassen dürfte.²¹⁵¹

Hinzu kommt, daß in vielen der hier angedeuteten Fallkonstellationen zugleich Unterlassensmomente eine Rolle spielen, weil die in eine bestimmte Richtung erfolgende Ermessensausübung zwangsläufig bedeutet, daß in der konkreten Situation andere Varianten – wie beispielsweise die Durchführung einer Inspektion oder das Ergreifen leistungsvertraglicher Sanktionen gegen einen Heimbetreiber – unterlassen wurden.²¹⁵² Bei Schadensersatzansprüchen im Zusammenhang mit dem Unterlassen bestimmter Handlungen durch staatliche Stellen urteilen die Gerichte aber auch nach den Entscheidungen Barrett und Phelps weiterhin äußerst zurückhaltend.²¹⁵³ Zwar ließe sich mit Blick auf die oben erwähnte, in *Stovin v Wise* geäußerte²¹⁵⁴ „*doctrine of general reliance*“ anführen, daß auch bei der Kontrolle der Pflegeheime auf Seiten der Bewohner eine gewisse Abhängigkeit von staatlichen Behörden besteht, weshalb bei den Bewohnern die berechtigte Erwartung hervorgerufen wird, die Behörden würden sich dieser Aufgabe auch annehmen. Selbst dann, wenn man dieser Argumentation folgt, können sich Schadensersatzansprüche jedoch allenfalls aus dem Unterlassen klar umrissener, routinemäßiger Aufgaben ergeben. Derartige Prüfroutinen wird es auf Seiten der *local authorities* jedoch nur in sehr begrenztem Ausmaß geben. Schadensersatzansprüche dürften daher allenfalls in Extremfällen wie einem gänzlichen Verzicht auf Qualitätsprüfungen in Betracht kommen, kaum aber im Hinblick auf einzelne unterlassene Prüfmaßnahmen.

2151 Vgl. *Anns v Merton London Borough Council* [1978] A.C. 728, 755; s. auch *Craig*, Administrative Law, Rdnr. 29-005.

2152 Zur Überschneidung von Ermessen und Unterlassen siehe auch *Craig*, Administrative Law, Rdnr. 29-018.

2153 Vgl. *Stovin v Wise* [1996] A.C. 923; *Gorringe v Calderdale Metropolitan Borough Council* [2004] 1 W.L.R. 1057.

2154 [1996] A.C. 923, 953 f.

Ferner läßt auch die generelle Zurückhaltung der Rechtsprechung im Bezug auf die Existenz von Sorgfaltspflichten auf dem Gebiet der *social welfare* die Annahme einer *duty of care* unwahrscheinlich erscheinen. Gleiches dürfte aus der Tatsache folgen, daß sich die Zuständigkeiten der *local authorities* bei der Überprüfung der Qualität der Leistungserbringung in Pflegeheimen mit denen der CSCI überschneiden und sich eine *general reliance* somit nicht mehr allein auf die Lokalbehörden stützen kann. Die Unterlassensmomente von *local authorities* und der Regulierungsbehörde müßten konkret bestimmt werden, wozu sich die Rechtsprechung aber eher nicht bereit zeigen dürfte.

Auch die umfangreichen Möglichkeiten, sich im Wege der *judicial review* oder mittels der *social services complaints procedure* gegen Mißstände im Zusammenhang mit der Erfüllung der Pflicht aus s. 21(1) NAA 1948 zu wehren, stellen im Lichte der einschlägigen Rechtsprechung ein weiteres Argument gegen den Willen des Gesetzgebers dar, Schadensersatzansprüche als zusätzliches Instrument der Abhilfe vorzusehen.²¹⁵⁵ Freilich vermag diese von der Rechtsprechung verwendete Argumentationslinie dort nur wenig zu überzeugen, wo Schäden bereits eingetreten sind und alternative Rechtsbehelfe allenfalls dazu dienen können, solche wenigstens für die Zukunft zu unterbinden.²¹⁵⁶

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß eine Haftung staatlicher Stellen aufgrund eines *tort of negligence* wohl einzig bei *local authorities* und dort auch nur im Hinblick auf diejenigen Bewohner bestehen kann, denen gegenüber sie zur Leistungserbringung nach s. 21(1) NAA 1948 verpflichtet sind. Als haftungsbegründende Sachverhalte dürften aufgrund des breiten Ermessensspielraums, über den die Sozialbehörden verfügen, nur extreme Fälle in Betracht kommen, wie etwa ein gänzlichliches Unterlassen der Vertragsüberwachung, das völlige Ignorieren schwerwiegender Vorwürfe gegen einen Heimträger oder die Zuweisung weiterer Bewohner an ein Heim trotz des Wissens um schwere Mißstände in der betreffenden Einrichtung.

Ausgeschlossen dürfte eine Haftung einer *local authority* demgegenüber sein, wenn ein Bewohner rügt, daß es bei einer Heimüberprüfung unterlassen worden sei, gegen bestimmte pflegerische Maßnahmen des Heimträgers vorzugehen. Die Komplexität der in diesem Zusammenhang zu treffenden Ermessensabwägungen, die sich insbesondere aus konfligierenden Interessen wie der Sicherheit des Bewohners einerseits und seiner

2155 Vgl. *Lord Slynn of Hadley* in *Phelps v Hillingdon London Borough Council* [2001] 2 A.C. 619, 652: „*The general nature of the duties imposed on local authorities in the context of national systems of education and the remedies available by way of appeal and judicial review indicate that Parliament did not intend to create a statutory remedy by way of damages.*”

2156 Der Anerkennung von Schadensersatzpflichten (zumindestens aus *tort of negligence*) aus diesem Grund aufgeschlossener gegenüberstehend *Lord Clyde* in *Phelps v Hillingdon London Borough Council* [2001] 2 A.C. 619, 672: „*As regards the need for this remedy, even if there are alternative procedures by which some form of redress might be obtained, such as resort to judicial review, or to an ombudsman, or the adoption of [...] statutory procedures [...], which might achieve some correction for the future, it may only be through a claim for damages at common law that compensation for the damage [...] might be secured for the past as well as the future.*” Ähnlich auch *X (Minors) v Berkshire County Council* [1995] 2 A.C. 633, 731. Kritisch gegenüber dem Ausschluss von Schadensersatzpflichten mit Verweis auf anderweitig bestehende Rechtsbehelfe auch *Markesinis* u.a., *Tortious Liability of Statutory Bodies*, S. 89 ff.

persönlichen Freiheit andererseits ergeben können, die aber auch auf den Schutz der Bediensteten sowie auf das Erfordernis eines wirtschaftlichen Handelns trotz begrenzter finanzieller Ressourcen Rücksicht zu nehmen haben, dürfte in diesen Fallkonstellationen grundsätzlich keinen Raum für eine Amtshaftung lassen.

b. Tort of breach of a statutory duty

aa. Überblick über das case law

Eine weitere Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche gegen staatliche Stellen stellt das *tort of breach of a statutory duty* dar, das als ein vom *tort of negligence* unabhängiger Deliktstatbestand eigenständigen Regeln folgt.²¹⁵⁷ Es setzt das Bestehen einer gesetzlichen Verpflichtung (*statutory duty*),²¹⁵⁸ die Verletzung derselbigen und einen hieraus resultierenden Schaden voraus, hängt jedoch nicht vom Bestehen irgendwie gearteter *common law rights* des Verletzten oder von einem Verschulden auf Seiten des Schadensersatzpflichtigen ab.²¹⁵⁹ Obgleich die Schadensersatzansprüche unmittelbar an den Bruch einer *statutory duty* anknüpfen, werden sie als *private law rights* betrachtet,²¹⁶⁰ die vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen sind.

Mit der Anerkennung privatrechtlicher Schadensersatzansprüche aufgrund des *tort of breach of a statutory duty* verfährt die Rechtsprechung sehr zurückhaltend.²¹⁶¹ Nicht jede Verletzung einer gesetzlichen Pflicht führt zu Schadensersatzansprüchen, selbst dann nicht, wenn sie fahrlässig erfolgte.²¹⁶² Entscheidend für einen Anspruch aus einem *tort of breach of a statutory duty* ist, daß die Gesetzesauslegung ergibt, daß die verletzte gesetzliche Verpflichtung einen von der Allgemeinheit abgrenzbaren Personenkreis schützen soll und daß das Parlament beabsichtigte, diesen Personen im Falle des Verstoßes gegen die Pflicht privatrechtliche Schadensersatzansprüche einzuräumen.²¹⁶³ Läßt sich die *statutory duty* in diesem Sinne auslegen, muß der Anspruchsteller ferner geltend machen, daß er dem Personenkreis angehört, auf dessen Schutz die in Rede stehende Vorschrift abzielt.²¹⁶⁴

Diese Voraussetzungen sehen die Gerichte bei Regulierungsvorschriften und Sozialgesetzen in aller Regel jedoch nicht als verwirklicht an:

„Although regulatory or welfare legislation affecting a particular area of activity does in fact provide protection to those individuals particularly affected by that activity, the legislation is not to be

2157 *Stanton*, New Forms of the Tort of Breach of Statutory Duty, L.R 2004, S. 333.

2158 Nicht zu verwechseln mit der oben, S. 366 ff., beschriebenen *duty of care* nach den Grundsätzen des *common law*.

2159 *X (Minors) v Berkshire County Council* [1995] 2 A.C. 633, 731.

2160 *McDonald*, Community Care, S. 80; *Mandelstam*, Community Care, S. 100.

2161 Dazu *Craig*, Administrative Law, Rdnr. 29-022.

2162 *X (Minors) v Berkshire County Council* [1995] 2 A.C. 633, 732 ff.

2163 *Wentworth v Wiltshire County Council* [1993] QB 654, 655, 668; *X (Minors) v Berkshire County Council* [1995] 2 A.C. 633, 731; *O'Rourke v Camden London Borough Council* [1997] 3 All ER 23.

2164 Vgl. *Wentworth v Wiltshire County Council* [1993] QB 654, 655, 668; *Craig*, Administrative Law, Rdnr. 29-021.

treated as being passed for the benefit of those individuals but for the benefit of society in general.”²¹⁶⁵

Diese restriktive Grundhaltung belegt auch das *case law* zum Verstoß einer *local authority* gegen die Verpflichtung zur Unterbringung von Obdachlosen nach dem *Housing Act 1986*²¹⁶⁶:

„there are certain contra-indications which make it unlikely that Parliament intended to create private law rights of action. The first is that the Act is a scheme of social welfare, intended to confer benefits at the public expense on ground of social policy. Public money is spent on housing the homeless not merely for the private benefit of people who find themselves homeless but on grounds of general public interest [...]. The expenditure interacts with expenditure on other public services such as education, the NHS or even the police. It is not simply a private matter between the claimant and the housing authority. Accordingly, the fact that Parliament has provided for the expenditure of public money on benefits in kind such as housing the homeless does not necessarily mean that it intended cash payments to be made by way of damages to persons who in breach of the housing authority’s statutory duty, have unfortunately not received the benefits which they should have done.”²¹⁶⁷

In ähnlicher Weise befand der *Court of Appeal* über Schadensersatzansprüche gegen eine *local authority*, der ein Verstoß gegen ihre Pflichten, Leistungen nach dem *Chronically Sick and Disabled Persons Act 1970* anzubieten, vorgeworfen worden war:

„I would go further in this particular case. It seems to me that a statute such as this which is dealing with the distribution of benefits [...] does not in its very nature give rise to an action by the disappointed sick person. It seems to me quite extraordinary that if the local authority, as is alleged here, provided, for example, two hours less home help than the sick person considered herself entitled to that that can amount to a breach of statutory duty which will permit the sick person to claim a sum of monetary damages by way of breach of statutory duty. It seems to me that eminently this is the sort of situation where [...] an action in damages is not appropriate.”²¹⁶⁸

Wie schon beim *tort of negligence* sehen die Gerichte zudem auch beim *tort of breach of a statutory duty* im Vorhandensein alternativer Rechtsschutzmöglichkeiten ein Indiz für den fehlenden Willen des Gesetzgebers, Schadensersatzansprüche einräumen zu wollen.²¹⁶⁹

Allerdings ist eine gewisse Aufweichung der soeben beschriebenen restriktiven Haltung daran zu erkennen, daß sich in jüngerer Zeit einige Sonderfälle der *breach of a statutory duty* entwickelt haben, bei denen die Gerichte Schadensersatzansprüche bereitwilliger anerkennen. Hierbei handelt es sich zum einen um den Bruch von Gesetzesvorschriften, in denen das Parlament in einzelnen Vorschriften der betreffenden Gesetze

2165 X (Minors) v Bedfordshire County Council [1995] 2 A.C. 633, 731 f.

2166 1983 chapter 63.

2167 O’Rourke v Camden London Borough Council [1997] 3 All ER 23, 26.

2168 Wyatt v Hillingdon London Borough County (1978) 76 LGR 727, 733.

2169 S. Phelps v Hillingdon London Borough Council [2001] 2 A.C. 619, 652: „The general nature of the duties imposed on local authorities [...] and the remedies available by way of appeal and judicial review indicate that Parliament did not intend to create a statutory remedy by way of damages”. Vgl. auch X (Minors) v Berkshire County Council [1995] 2 A.C. 633, 731; O’Rourke v Camden London Borough Council [1997] 3 All ER 23, 27.

ausdrücklich Schadensersatzklagen vorsieht,²¹⁷⁰ zum anderen um Fälle der Verletzung europarechtlicher Normen.²¹⁷¹ Beide Konstellationen sind im vorliegenden Kontext allerdings nicht weiter von Relevanz, so daß auf sie nicht näher eingegangen wird.

bb. Tort of breach of a statutory duty durch staatliche Stellen in der stationären Langzeitpflege

Versucht man, die geschilderten Aspekte des *case law* auf die Verpflichtung der Lokalbehörden zur Bereitstellung von *residential accommodation* nach s. 21(1) NAA 1948 zu übertragen, ist zunächst von Bedeutung, daß den hier interessierenden Fällen, in denen Heimbewohner aufgrund einer defizitären Leistungserbringung durch private Heimträger einen Schaden erleiden, eine Situation zugrundliegt, in der sich die *target duty* der s. 21(1) NAA 1948 aufgrund eines positiven *assessment of needs* bereits in eine einklagbare *specific duty* umgewandelt hat.²¹⁷² Aus diesem Grund dürfte sich der für das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs erforderliche Schutz eines von der Allgemeinheit abgrenzbaren Personenkreises bejahen lassen. Daraus folgt indes noch nicht, daß dem Anspruchsinhaber im Falle der Verletzung dieser Pflicht konsequenterweise Schadensersatzansprüche erwachsen würden.

Für die Annahme eines *tort of breach of a statutory duty* muß sich s. 21(1) NAA 1948 vielmehr auch die gesetzgeberische Intention entnehmen lassen, den Anspruchsberechtigten im Falle des Verstoßes gegen die Pflicht privatrechtliche Schadensersatzansprüche zukommen lassen zu wollen. Das *case law* zu dieser Thematik weist jedoch eher darauf hin, daß s. 21(1) NAA 1948 diese Intention nicht entnommen werden kann. Diese Folgerung legt zunächst die generelle Skepsis der Gerichte zur Anerkennung einer solchen Absicht bei *social welfare schemes* nahe, die die Gerichte unter anderem mit den fiskalischen Auswirkungen auf andere öffentliche Dienste begründen. Gerade Leistungen der *residential accommodation* haben aufgrund ihres Finanzvolumens eine große Bedeutung für die Verteilung begrenzter Ressourcen innerhalb der *social services*, sowie generell zwischen diesen und Ausgaben in anderen Bereichen, wie beispielsweise im Erziehungs- und Bildungswesen. Das Bereitstellen von stationären Langzeitpflegeleistungen hat zudem bedeutende finanzielle Auswirkungen auch auf den NHS, was nicht zuletzt die seit vielen Jahren geführten Auseinandersetzungen um die Abgrenzung von Leistungen der *social* und der *health care* belegen.²¹⁷³ Gerade in den finanziellen Querbezügen zum NHS sieht die Rechtsprechung aber ein Indiz gegen die

2170 Als Beispiel kann etwa s. 150(1) des *Financial Services and Markets Act 2000* angeführt werden. Die Vorschrift lautet: „A contravention by an authorised person of a rule is actionable at the suit of a private person who suffers loss as a result of the contravention, subject to the defences and other incidents applying to actions for breach of statutory duty“. Zu dieser „parliamentary technique“ s. *Stanton*, LQR 120 (2004), S. 326 ff.

2171 Näher zum „eurotort“ *Stanton*, LQR 120 (2004), S. 328 ff.; s. etwa *Garden Cottage Foods v Milk Marketing Board* [1984] A.C. 130; *R v Secretary of State for Transport ex p Factortame Ltd.* (no. 7) [2001] 1 W.L.R. 942.

2172 Dazu ausführlich oben, S. 161 f.

2173 Zu den „shifting boundaries“ zwischen *health* und *social care* siehe oben, S. 148 ff.

Intention des Parlaments, Schadensersatzansprüche einräumen zu wollen.²¹⁷⁴ Freilich ließe sich ebenso gut argumentieren, daß die Gewährung von Schadensersatzansprüchen bei einer Verletzung der Pflicht, Leistungen nach 2. 21(1) NAA 1948 zu erbringen, die *local authorities* diszipliniere und damit helfe, eine ersatzweise Inanspruchnahme von NHS-Leistungen zu vermeiden, ein Gedanke, auf dem nicht zuletzt auch die pauschalisierten Entschädigungszahlungen der Lokalbehörden an den NHS nach s. 6 des *Community Care (Delayed Discharges etc.) Act 2003* beruhen.²¹⁷⁵ Von der Rechtsprechung wurde diese Argumentationslinie – soweit ersichtlich – bislang allerdings nicht berücksichtigt.

Ferner läßt die bisherige Spruchpraxis zum *tort of breach of a statutory duty* erwarten, daß die Gerichte ein weiteres Indiz gegen den Willen des Gesetzgebers zur Gewährung von Schadensersatzansprüchen in dem Umstand erkennen würden, daß mit der *local authority complaints procedure* und dem *judicial review*-Verfahren existieren, die ein Unterlaufen der Pflicht nach s. 21(1) NAA 1948 auch in Abwesenheit von Schadensersatzansprüchen verhindern.²¹⁷⁶

Insgesamt betrachtet dürfte s. 21(1) NAA 1948 daher keine geeignete Grundlage für ein *tort of breach of a statutory duty* darstellen.²¹⁷⁷ Das Fehlen von Schadensersatzansprüchen selbst bei der bewussten Nichterfüllung von Pflichten aus s. 21(1) NAA 1948 steht zwar in gewissem Widerspruch zu dem Umstand, daß sich die *target duty* aus dieser Norm mit der Feststellung eines relevanten Bedarfs zu einer einklagbaren Pflicht konkretisiert hat. Doch obgleich das Bestehen von Schadensersatzansprüchen in dieser Situation eine deutliche Stärkung der Position des Anspruchsinhabers bedeuten würde und damit systemgerecht und möglicherweise auch rechtspolitisch wünschenswert wäre, läßt es sich dennoch nicht mit dem derzeit geltenden *case law* vereinbaren. Auch die oben beschriebene *declaration* von *Lord Woolf* im Anschluss an das Urteil im Fall *R v Sefton Metropolitan Borough Council ex p Help the Aged*²¹⁷⁸ kann schon deswegen nicht im gegenteiligen Sinne verstanden werden, weil sie im Rahmen eines *judicial review*-Verfahrens erging und augenscheinlich gerade auch in Abgrenzung zu einem Schadensersatzanspruch nach *civil law* verstanden werden sollte.²¹⁷⁹

Stellt somit schon die Nichterfüllung von Pflichten aus s. 21(1) NAA 1948 keine taugliche Basis für ein *tort of breach of a statutory duty* dar, so bleibt erst Recht kein Raum für die Argumentation, eine Lokalbehörde habe ihre Pflichten zur Erbringung

2174 Vgl. etwa *O'Rourke v Camden London Borough Council* [1997] 3 All ER 23, 26.

2175 Siehe oben, S. 154.

2176 Vgl. *Phelps v Hillingdon London Borough Council* [2001] 2 A.C. 619, 652; *X (Minors) v Berkshire County Council* [1995] 2 A.C. 633, 731; *O'Rourke v Camden London Borough Council* [1997] 3 All ER 23, 27.

2177 In diesem Sinne auch *Palmer/Sunkin*, MLR 61, S. 413; skeptisch hinsichtlich des Bestehens von Schadensersatzansprüchen auch *Mandelstam*, *Community Care*, S. 100; a.A. wohl *McDonald*, *Community Care*, S. 80, die allerdings primär auf die Konkretisierung der *target duty* zu einer einklagbaren Verpflichtung abstellt und nicht weiter auf die Frage nach der gesetzgeberischen Intention eingeht.

2178 [1997] 4 All ER 532.

2179 Dazu oben, S. 364.

von *residential accommodation* durch eine fehlerhafte Auswahl oder Überwachung eines privaten Heimträgers in einer Weise verletzt, die die Annahme dieses *torts* rechtfertigt.

Was Schadensersatzansprüche gegen Regulierungsbehörden, insbesondere die CSCI, wegen einer fehlerhaften Heimüberwachung anbelangt, dürfte die Annahme eines *tort of breach of a statutory duty* ebenfalls ausgeschlossen sein. Dem *case law* sind deutliche Hinweise darauf zu entnehmen, daß die Gerichte in diesen Fällen wohl bereits das Vorliegen einer *statutory duty*, die dem Schutz einer abgrenzbaren Gruppe von Personen zu dienen bestimmt ist, ablehnen würde, weil sie Regulierungssystemen – ungeachtet der Tatsache, daß einzelne Personen hiervon besonders profitieren können – generell eine lediglich im öffentlichen Interesse stehende Funktion zuweisen.²¹⁸⁰

c. Section 8 des Human Rights Act 1998

aa. Überblick über das case law

Die ursprüngliche Zurückhaltung der englischen Gerichte, Sorgfaltspflichten auf Seiten staatlicher Stellen anzuerkennen, war unter anderem vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) kritisiert worden, der dies zunächst als Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK)²¹⁸¹ und später unter Aufgabe dieser Rechtsprechung²¹⁸² als möglichen Verstoß gegen das Recht auf eine wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK) ansah.²¹⁸³

Mittlerweile hat nicht nur das *House of Lords* – wohl auch in Reaktion auf die Rechtsprechung des EGMR – seine Spruchpraxis zum Entstehen von Sorgfaltspflichten in einer Weise modifiziert,²¹⁸⁴ die den Anforderungen der EMRK entsprechen dürfte.²¹⁸⁵ Vielmehr trat zwischenzeitlich auch der *Human Rights Act 1998* in Kraft, der in den Fällen, die zu den zitierten Entscheidungen des EGMR führten, noch nicht hatte berücksichtigt werden können. Der HRA 1998 sieht in s. 8 unabhängig von den beschriebenen *tort*-Tatbeständen eigenständige²¹⁸⁶ Schadensersatzansprüche für den Fall vor, daß eine *public authority* Rechte der EMRK verletzt.

Was Fehler bei der Leistungserstellung in Pflegeheimen anbelangt, können auch bei diesem Tatbestand allein eigene Maßnahmen der Lokalbehörden anspruchsbegründend sein: zwar stellt sich aufgrund von s. 145 HSCA 2008 mittlerweile auch die Leistungserbringung durch private Heimträger als Ausübung von *functions of a public nature* dar,

2180 Vgl. *X (Minors) v Bedfordshire County Council* [1995] 2 A.C. 633, 731 f.

2181 *Osman* (2000) 29 EHRR 245.

2182 Vgl. *TP and KM v UK* (2002) 34 EHRR 42; *Z v UK* (2002) 34 EHRR 97.

2183 S. etwa *McGlinchey v UK* (2003) 37 EHRR 41.

2184 Vgl. *Barrett v Enfield London Borough Council* [2001] 2 A.C. 550, sowie *Phelps v Hillingdon London Borough Council* [2001] 2 A.C. 619; s. dazu oben, S. 368 f.

2185 *Cane*, Administrative Law, S. 284.

2186 In der englischen Literatur ist umstritten, ob es sich bei s. 8 HRA 1999 – wie hier angenommen – um einen eigenständigen *tort* oder um einen Unterfall des *tort of breach of statutory duty* handelt. Vgl. dazu etwa *Fairgrieve*, *The Human Rights Act 1998, Damages and Tort Law*, PL 2001, S. 696; *Lester/Pannik*, *The Impact of the Human Rights Act on Private Law*, (2000) 116 L.Q.R., S. 382.

wenn sie zur Erfüllung von Verpflichtungen einer Lokalbehörde nach s. 21(1) NAA 1948 geschieht, daraus folgt jedoch nicht, daß sich die Behörden die Maßnahmen des Heimbetreibers als eigene zurechnen lassen müssen. Als relevante Anknüpfungspunkte verbleiben somit vor allem die Auswahl der zur Leistungserbringung herangezogenen Heime durch die Lokalbehörden sowie behauptete Fehler im Zusammenhang mit der Kontrolle der Leistungserbringer durch die Lokalbehörden bzw. die CSCI.

Neben dem Verbot der menschenunwürdigen Behandlung (Art. 3 EMRK) kommt als möglicherweise verletzte Menschenrechte insbesondere das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) in Betracht, weil ein Verstoß gegen dieses Recht auch darin bestehen kann, daß eine staatliche Maßnahme im Zusammenhang mit der Erbringung sozialer Dienste zu schweren Beeinträchtigungen der Physis oder der Psyche einer Person führt, die sich negativ auf das Privat- oder Familienleben auswirken.²¹⁸⁷

Das *case law* zu Art. 8 EMRK zeigt allerdings, daß auf Seiten der Behörden schwerwiegende Fehler vorliegen müssen, damit die Gerichte in den genannten Fallkonstellationen einen Verstoß gegen menschenrechtliche Gewährleistungen anerkennen und dem Kläger auch Schadensersatzansprüche zusprechen: In *Anufrijeva v Southwark LBC*²¹⁸⁸ etwa hatten die Kläger erfolglos geltend gemacht, die beklagte Lokalbehörde hätte das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 8 EMRK verletzt, indem sie ihrer Pflicht aus s. 21(1) NAA 1948, eine den Bedürfnissen der Klägerfamilie geeignete Unterkunft zur Verfügung zu stellen, nicht nachgekommen sei. Obwohl Art. 8 EMRK primär als Abwehrrecht gegen das Handeln öffentlicher Stellen ausgestaltet ist, kann er in bestimmten Situationen ausnahmsweise auch die Schaffung eines staatlichen Regulierungssystems und die Vornahme bestimmter Maßnahmen zum Schutz vor Beeinträchtigungen seitens Dritter erfordern.²¹⁸⁹ Allerdings stellte *Lord Woolf* in *Anufrijeva* klar, es sei nur schwer vorstellbar, daß aus Art. 8 EMRK ein Anspruch auf bestimmte Sozialleistungen folge, solange die Lage des Betroffenen nicht so ernst sei, daß zugleich auch eine menschenunwürdige Behandlung im Sinne des Art. 3 EMRK vorliege.²¹⁹⁰ Weil Art. 8 EMRK somit nur in Ausnahmefällen einen Anspruch auf die Gewährung von Sozialleistungen vermittelt, kann auch nicht jeder Verstoß gegen eine im nationalen Recht enthaltene *statutory duty* zur Bereitstellung von Sozialleistungen zu einer Verletzung von Art. 8 EMRK führen. Dies ist nur dann ausnahmsweise der Fall, wenn das Vorenthalten von Leistungen, die der betreffenden Person nach dem nationalen Recht zustehen würden, deren Privat- oder Familienleben hinreichend schwer beeinträchtigt und dies der Behörde zudem erkennbar war (*sufficiently serious and foreseeable impact*).²¹⁹¹

2187 *Bensaid v United Kingdom* (2001) 33 EHRR 205, 219.

2188 [2004] Q.B. 1124 (CA).

2189 Vgl. *Glaser v United Kingdom* (2000) 33 EHRR 1, 19 f.

2190 *Anufrijeva v Southwark London Borough Council* [2004] Q.B. 1124, 1149 (CA).

2191 *Anufrijeva v Southwark London Borough Council* [2004] Q.B. 1124, 1125 (CA). Vgl. auch Vgl. auch *Newman J* in *Anufrijeva v Southwark London Borough Council* [2002] EWHC 3163 (QB), para. 105: „It is likely that the circumstances of the infringement will be confined to flagrant and de-

Eine derartige Konstellation wurde in einem Fall bejaht, in dem einer Familie mit 6 Kindern und einer schwerbehinderten, inkontinenten und auf einen Rollstuhl angewiesenen Mutter, die sich nicht selbst aus dem Wohnzimmer fortbewegen konnte, Leistungen nach s. 21(1) NAA 1948 vorenthalten wurden, obwohl ein *assessment of needs* besondere Hilfebedarfe ergeben hatte.²¹⁹² Zwar wurde eine Verletzung von Art. 3 EMRK abgelehnt, jedoch ein Verstoß gegen Art. 8 EMRK anerkannt:

*„I accept [...] that not every breach of duty under section 21 of the 1948 Act will result in a breach of article 8. [...] However, those entitled to care under section 21 are a particularly vulnerable group. Positive measures have to be taken to (by way of community care facilities) to enable them enjoy, so far as possible, a normal private and family life. [...] Whether the breach of a statutory duty has also resulted in an infringement of the claimants' article 8 rights will depend upon all the circumstances of the case. [...] The Council's failure to act [...] showed a singular lack of respect for the claimants' private and family life. It condemned the claimants to living conditions which made it virtually impossible for them to have any meaningful private or family life for the purposes of article 8.“*²¹⁹³

bb. S. 8 des Human Rights Act 1998 in der stationären Langzeitpflege

Aus diesen Entscheidungen läßt sich folgern, daß das unterlassene Einschreiten seitens der zuständigen Lokalbehörden nicht bei jedem Mangel in der Leistungserbringung durch private Heimträger zu einer Verletzung von Art. 8 EMRK und damit zu möglichen Schadensersatzansprüchen nach s. 8(1) HRA führen kann. Andererseits zeigt das *case law* aber, daß bei schwerwiegenden und für die Behörden vorhersehbaren Auswirkungen auf das Privat- und Familienleben von Heimbewohnern auch Handlungspflichten aus den Rechten der EMRK erwachsen können. Weil in der Rechtsprechung Empfänger von Leistungen nach s. 21(1) NAA 1948 und damit auch die Heimbewohner zudem als besonders schutzwürdig angesehen werden, ist es durchaus vorstellbar, daß Gerichte Schadensersatzansprüche von Bewohnern anerkennen könnten, wenn eine Kommune, die ihnen gegenüber zur Erbringung von Leistungen nach s. 21(1) NAA 1948 verpflichtet ist, von schwerwiegenden Mißständen in den Heimen erfährt, die ein Privatleben der Bewohner unmöglich machen oder zu einer menschenunwürdigen Behandlung dieser Personen führen, und sie es trotzdem unterläßt, von ihren im Leistungserbringungsvertrag vereinbarten Rechten zum Schutze des Bewohners Gebrauch zu machen. Bedeutung erlangen könnte vor diesem Hintergrund der 2004 von der *Audit Commission* festgestellte Umstand, daß 61 % der in einer Studie untersuchten, zumeist lokalen Behörden keine Vorkehrungen dafür getroffen hatten, welche sicherstellen, daß ihre Vertragspartner die Rechte der EMRK beachten.²¹⁹⁴

Daß in den hier geschilderten Konstellationen die Betroffenen bereits in *nursing* oder *residential care homes* untergebracht sind und die Lokalbehörden damit – anders als in

liberate failure to act in the face of obvious and gross circumstances affecting the article 8 rights of an individual.“

2192 R (Bernard) v Enfield London Borough Council (2002) 5 CCLR 577.

2193 R (Bernard) v Enfield London Borough Council (2002) 5 CCLR 577, 589 f.

2194 *Audit Commission for Local Authorities and the National Health Service in England and Wales*, Human Rights, S. 11.

der Entscheidung R (Bernard) v Enfield London Borough Council²¹⁹⁵ – bereits den Versuch unternommen haben, den Betroffenen *community care*-Leistungen zukommen zu lassen, dürfte im Hinblick auf Art. 8 EMRK keinen Unterschied machen, weil auch in diesen Fällen die Pflicht aus s. 21(1) NAA 1948 (*making arrangements for providing residential accommodation*) kaum als erfüllt angesehen werden kann. Zwar ist nur schwer zu beurteilen, was unter qualitativen Gesichtspunkten geschuldeter Inhalt von *residential accommodation* nach s. 21(1) NAA 1948 ist. Schon s. 21(2) NAA 1948 bestimmt aber ausdrücklich, daß bei der Unterbringung auf das Wohlergehen aller Bewohner geachtet werden muß. Auch s. 26(1A) NAA 1948, der die private Leistungserbringung allein in solchen Heimen zuläßt, deren Betreiber und Leiter nach den Vorschriften des CSA 2000 registriert sind, verdeutlicht, daß zur Leistungserbringung nur auf Heime mit einem bestimmten Mindeststandard zurückgegriffen werden darf. Vor allem aber richtet sich der Anspruch aus s. 21(1) NAA 1948 auf das Verschaffen nicht irgendwelcher Leistungen, sondern solcher, die der festgestellten Bedarfssituation so weit als möglich gerecht werden (vgl. s. 47 NHSCCA 1990). Vor diesem Hintergrund dürfte das Nichteinschreiten einer Behörde trotz Kenntnis von schwerwiegenden Mißständen, die ein Privatleben der Bewohner unmöglich machen oder zu einer menschenunwürdigen Behandlung dieser Personen führen, der gänzlichen Vorenthaltung einer Leistung gleichzustellen sein.

Was die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen die CSCI wegen einer unterlassenen oder fehlerhaft ausgeführten Regulierungstätigkeit angeht, in deren Folge einem Heimbewohner ein Schaden entstand, ist zunächst festzuhalten, daß in diesen Fällen der in Anufrijeva v Southwark LBC²¹⁹⁶ und in R (Bernard) v Enfield London Borough Council²¹⁹⁷ angesprochene Konnex mit dem Bestehen einer gesetzlichen Verpflichtung zur Erbringung bestimmter Sozialleistungen fehlt. Allerdings findet sich – wie oben erwähnt – in der Entscheidung Glaser v United Kingdom²¹⁹⁸ des EGMR, dessen Rechtsprechung von englischen Gerichten nach s. 2(1)(a) HRA 1998 bei der Auslegung der Rechte der EMRK zu beachten ist, ausdrücklich auch der Hinweis, daß sich aus den Rechten der EMRK auch die Pflicht des Staates zur Vornahme von Regulierungsmaßnahmen zum Schutz vor Beeinträchtigungen seitens Dritter ergeben kann.²¹⁹⁹ Nachdem die Rechtsprechung die besondere Schutzwürdigkeit von Empfängern von Leistungen nach s. 21(1) NAA 1948 betont hat,²²⁰⁰ wäre es nur konsequent, sie würde diese Überlegung generell auf Bewohner von *care homes* (d.h. unabhängig von einem Bezug von Leistungen nach s. 21 NAA 1948) erstrecken, weil deren Schutzbedürftigkeit primär aus ihrem pflegerischen Bedarf und nicht so sehr aus der finanziellen Bedürftigkeit resultiert, so daß nicht entscheidend sein kann, ob ein Anspruch auf *community care*-Leistungen besteht, oder ob er aufgrund der finanziellen Situation des

2195 R (Bernard) v Enfield London Borough Council (2002) 5 CCLR 577

2196 [2004] Q.B. 1124 (CA).

2197 (2002) 5 CCLR 577.

2198 (2000) 33 EHRR 1.

2199 Vgl. Glaser v United Kingdom (2000) 33 EHRR 1, 19 f.

2200 R (Bernard) v Enfield London Borough Council (2002) 5 CCLR 577, 589.

Pflegebedürftigen derzeit (noch) nicht gegeben ist. Das *case law* zeigt aber, daß aufgrund des seitens der CSCI bestehenden Ermessens, wie sie ihrer Regulierungstätigkeit nachkommt, nicht jede Nachlässigkeit in der Regulierungstätigkeit zu Schadensersatzansprüchen führen kann, sondern daß derartige Ansprüche nur dann in Betracht kommen, wenn Fehler der CSCI zu schwerwiegenden und von dieser vorhersehbaren Verstöße gegen menschenrechtliche Gewährleistungen führen.

Im Zusammenhang mit dem Anspruch aus s. 8 HRA ist ferner zu erwähnen, daß Kompensationsleistungen nach dem klaren Wortlaut dieser Norm auch bei einer festgestellten Verletzung von Rechten der EMRK lediglich im Ermessen des Gerichts liegen.²²⁰¹ Grund hierfür ist, daß im Zusammenhang mit der Verletzung von Menschenrechten das primäre Ziel in der Feststellung der Verletzung und nicht in der Kompensation der durch die Verletzung entstandenen Schäden gesehen wird.²²⁰² Bei der Frage, ob und in welcher Höhe die Zusprechung von Schadensersatzansprüchen als geeignet und gerecht angesehen wird, müssen die Interessen des Geschädigten gegen die Interessen der Allgemeinheit abgewogen werden.²²⁰³ Relevante Kriterien sind dabei etwa die Schwere der Verletzung und die Art und Weise, auf die die Verletzung geschah.²²⁰⁴ Nicht ausgeschlossen ist allerdings, daß der im Zusammenhang mit der Rechtsprechung zum *tort of negligence* geäußerte Gedanke, daß die komplexen Zuständigkeitsüberschneidungen zwischen mehreren Behörden (hier etwa der *local authorities* als Sozialbehörden und als *Health and Safety*-Behörden sowie der CSCI) die Auferlegung von Schadensersatzpflichten an einzelne Beteiligte als unbillig erscheinen läßt,²²⁰⁵ auch in die Ermessensausübung bei s. 8 HRA Eingang findet. Konsequenter wäre es zwar, in diesen Fällen die Mitverursachungs- und Mitverantwortungsanteile der involvierten Behörden näher zu analysieren und die Ansprüche entsprechend zu bemessen, dieser Ansatz findet sich aber jedenfalls im Zusammenhang mit der deliktischen Haftung staatlicher Stellen für hoheitliches Handeln so bislang nicht im *case law* wieder.²²⁰⁶

3. Empfehlungen durch den Local Government Ombudsman

Während somit nur in wenigen Fällen echte Schadensersatzansprüche aufgrund von Fehlern bei der Erbringung von *social services* gegen Lokalbehörden bestehen dürften,

2201 Vgl. s. 8(1) HRA: „*In relation to any act (or proposed act) of a public authority which the court finds is (or would be) unlawful, it may grant such relief or remedy, or make such order, within its powers as it considers just and appropriate*“. Vgl. hierzu auch *Craig*, Administrative Law, Rdnr. 29-028.

2202 Vgl. *Lord Bingham of Cornhill in R (Greenfield) v. Secretary of State for the Home Department* [2005] 1 W.L.R. 673, 678: „*The routine treatment of a finding of violation as, in itself, just satisfaction for the violation found reflects the point already made that the focus of the Convention is on the protection of human rights and not the award of compensation.*“

2203 *Anufrijeva v Southwark London Borough Council* [2004] Q.B. 1124, 1154 (CA).

2204 *Anufrijeva v Southwark London Borough Council* [2004] Q.B. 1124, 1157 f. (CA).

2205 *X (Minors) v Bedfordshire County Council* [1995] 2 A.C. 633, 749 f.

2206 Darauf weisen auch *Markesinis/Fedke*, Damages for the Negligence of Statutory Bodies, PL 2007, S. 307 f., hin.

gibt es dennoch einige Fälle, in denen Bewohnern von Pflegeheimen bei ähnlichen Sachverhalten Entschädigungszahlungen durch die Lokalbehörden zugesprochen wurden. Bei diesen Fällen handelt es sich um Verfahren vor dem *Local Government Ombudsman*, in denen nicht das Bestehen von Schadensersatzansprüchen nach dem *civil law* überprüft wird, sondern deren Untersuchungsgegenstand die Frage bildet, ob einer Lokalbehörde eine *maladministration*, also ein fehlerhaftes Verwaltungshandeln, vorgeworfen werden kann. Stellt der Ombudsmann ein fehlerhaftes Verwaltungshandeln fest, kann er nicht nur Maßnahmen zur Beseitigung des Fehlers vorschlagen, sondern auch die Zahlung einer Entschädigung empfehlen.²²⁰⁷ Beim Vorliegen eines fehlerhaften Verwaltungshandelns könnte im Übrigen auch im Rahmen der *local authority complaints procedure* nach s. 92 des *Local Government Act 2000* eine Entschädigung zugesprochen werden,²²⁰⁸ so daß die folgenden Ausführungen für dieses Verfahren entsprechend gelten.

Die vom zuständigen Ombudsmann im Zusammenhang mit der Erbringung von *residential care services* getroffenen Entscheidungen betrafen etwa fehlerhaft durchgeführte *assessments of needs*,²²⁰⁹ die verzögerte Erbringung von Leistungen,²²¹⁰ die nicht hinreichende Überwachung, ob die erbrachten Leistungen auch tatsächlich für die festgestellte Bedarfssituation geeignet sind,²²¹¹ sowie Defizite bei der Aufklärung über finanzielle Konsequenzen der Unterbringung in einem Heim.²²¹² Ein Beschwerdeverfahren, das im vorliegenden Zusammenhang besondere Erwähnung verdient, betraf einen Mann, der in einem Pflegeheim einer gemeinnützigen Organisation untergebracht war. Die Mutter des Pflegebedürftigen wandte sich in mehreren Beschwerden an das Heim und die zur Leistungserbringung verpflichtete kommunale Sozialbehörde und rügte niedrige Pflegestandards, eine grobe Vernachlässigung der *personal care* und der persönlichen Hygiene ihres Sohnes, eine mangelnde Rücksichtnahme auf dessen psychischen Bedürfnisse, sowie das Fehlen von Gelegenheiten zur Entwicklung sozialer Kontakte. Auch die Inspektionsreporte äußerten Bedenken gegenüber der Qualität der im Heim erbrachten Leistungen. Erst mehrere Jahre, nachdem bei dem betreffenden Bewohner zudem Autismus diagnostiziert wurde, führte die Kommune eine erneute Bedarfsprüfung durch und kam zu dem Ergebnis, daß im bisherigen Heim aufgrund der dortigen Personalsituation eine geeignete Pflege nicht erbracht werden konnte. Erst zu diesem Zeitpunkt begann sie, nach einer passenderen Einrichtung zu suchen. Der Ombudsmann stellte in seinem Abschlussbericht unter anderem fest, daß die Behörde verpflichtet gewesen wäre, die Leistungserbringung sorgfältig zu überprüfen und sicherzustellen, daß der Leistungsempfänger Leistungen erhielt, die seiner Bedarfskonstellation entsprechen. Weil sie dies unterlassen hatte und der Pflegebedürftige deshalb mehrere Jahre unter einer unzulänglichen Pflege zu leiden hatte, empfahl der Ombudsmann die

2207 Dazu ausführlich oben, S. 336 ff.

2208 Siehe dazu etwa *Clements/Thompson*, Rn. 27.53 ff.

2209 *Local Government Ombudsman Report No. 05/B/02414* und *No. 00/C/3176*

2210 *Local Government Ombudsman Report No. 99/B/4621*.

2211 *Local Government Ombudsman Report No. 05/A/00880* und *No. 02/B/10226*.

2212 *Local Government Ombudsman Report No. 98/C/4738*.

Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 7.500 £ an ihn sowie von 1.000 £ an dessen Mutter als Ausgleich für die Frustration, die ihr bei den vergeblichen Bemühung um eine Verbesserung der Situation widerfahren waren.²²¹³

Obwohl sich das fehlerhafte Verwaltungshandeln im vorliegenden Fall aus mehreren Aspekten zusammensetzt und neben der defizitären Leistungserbringung auch das Unterlassen eines *reassessments* über einen langen Zeitraum trotz des diagnostizierten Autismus großen Einfluß auf das Zusprechen der Entschädigung gehabt haben dürfte, zeigt dieser Bericht doch die durchaus bestehende Möglichkeit, daß der Ombudsmann den Lokalbehörden Kompensationszahlungen empfiehlt, wenn in einem Heim Pflegeleistungen von schlechter Qualität erbracht werden und die Lokalbehörde hiergegen nichts unternimmt. Der für das fehlerhafte Verwaltungshandeln relevante Anknüpfungspunkt ergibt sich hierbei allerdings nicht aus der defizitären Leistungserbringung durch den Heimträger, sondern daraus, daß die betreffende Behörde nicht sichergestellt hatte, daß der Bewohner seinem pflegerischen Bedarf entsprechende Leistungen erhält. Hier wirkt die Pflicht zur Erbringung von Leistungen nach s. 21(1) NAA 1948 gewissermaßen in Gestalt einer auf die konkrete Leistungserstellung bezogene Sicherstellungspflicht nach, die unter zwei Gesichtspunkten aber doch deutlich hinter einer uneingeschränkten Gewährleistung der Leistungserbringung durch den damit betrauten Privaten zurückbleibt: zum einen ist anzunehmen, daß der Ombudsmann in solchen Fällen, bei denen es allein um Pflegefehler im Heim geht, ohne daß sich – wie im oben geschilderten Fall – zusätzlich die Bedarfssituation beim zu Pflegenden geändert hat, nicht jegliche Pflegedefizite als ausreichend ansehen würde, um auf Seiten der Lokalbehörde ein fehlerhaftes Verwaltungshandeln anzunehmen. Aufgrund der Einbettung der registrierten Leistungserbringer in ein relativ umfangreiches öffentlich-rechtliches Regulierungssystem dürfte davon auszugehen sein, daß auch in Heimen, in denen es zu Pflegefehlern kam, grundsätzlich eine dem Pflegebedarf entsprechende Leistungserbringung nicht zuletzt durch die Regulierungstätigkeit auch der CSCI sichergestellt ist. Umgekehrt aber verdeutlichen einige Entscheidungen der *Local Government Ombudsmen*, daß es durchaus Fälle gibt, in denen sich die Lokalbehörden nicht allein auf die Inspektionstätigkeit der Regulierungsbehörde verlassen können.²²¹⁴ Somit dürfte wohl nur bei deutlichen Hinweisen auf schwerwiegendere Pflegefehler Raum für ein fehlerhaftes Verwaltungshandeln auf Seiten der Lokalbehörden sein, die in diesem Zusammenhang keine geeigneten Untersuchungsmaßnahmen ergreifen.

Zum anderen darf bei der Frage, ob sich den Kompensationsleistungen, die in Folge einer Beschwerde an den *Local Government Ombudsman* geleistet werden, ein Gewährleistungsmoment im Hinblick auf die Qualität der Leistungserbringung entnommen werden kann, nicht übersehen werden, daß es sich hierbei mehr oder weniger um eine

2213 Local Government Ombudsman Report No. 02/B/10226.

2214 Vgl. Bexley London Borough Council (Local Government Ombudsman Report No. 97/A/4002); North Somerset County Council (Local Government Ombudsman, Report No. 98/C/4033); vgl. auch Bexley and Greenwich Health Authority (Parliamentary and Health Service Ombudsman, case no. E.1610/97-98), abrufbar unter <http://www.ombudsman.org.uk/improving_services/selected_cases/HSC/ic9903/pt1-e1610.html>.

im Ermessen des Ombudsmannes stehende Billigkeitsentschädigung handelt, auf die der Betreffende keinen Rechtsanspruch hat, und die zudem lediglich auf Empfehlungen des Ombudsmannes zurückgehen, an die die Lokalbehörden nicht gebunden sind.

Viertes Kapitel: Die stationäre Langzeitpflege in Deutschland in vergleichender Betrachtung zum englischen System

Den Gegenstand dieses Kapitels bildet die staatliche Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege in Deutschland. Anders als die Beschreibung des englischen Systems auf den vorhergehenden Seiten wird die folgende Darstellung jedoch keinen detaillierten und ausführlichen Länderbericht im klassischen Sinne einer rechtsvergleichenden Arbeit enthalten und auch nicht das Ziel verfolgen, der Literatur einen weiteren umfassenden Überblick über die verschiedenen Aspekte der staatlichen Verantwortung für die Qualitätssicherung in der Pflege²²¹⁵ hinzuzufügen. Stattdessen werden schwerpunktmäßig diejenigen Aspekte der stationären Langzeitpflege in Deutschland dargestellt, die für das Verständnis der wesentlichen Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen dem deutschen und dem englischen System erforderlich sind. Auch diese Darstellung folgt aber dem bekannten Vergleichsraster aus Marktstruktur, staatlichen Langzeitpflegeleistungen, Infrastrukturverantwortung und Qualitätsverantwortung.

A. Marktstruktur und Marktdaten

Im Dezember 2007 waren 2,25 Mio. Menschen in Deutschland pflegebedürftig,²²¹⁶ 671.080 von ihnen erhielten vollstationäre Dauerpflege in Heimen.²²¹⁷ Gegenüber 2005

2215 Einen guten Überblick aus aktueller Zeit bieten etwa *Hamdorf*, Öffentliche und private Verantwortung für Qualität in der Pflege, 2009; *Bieback*, Qualitätssicherung in der Pflege im Sozialrecht, 2004; *Görres* u.a. [Hrsg.], Strategien der Qualitätssicherung in Pflege und Betreuung, 2006; *Gühlstorf*, Leistungserbringung und Finanzierung bei vollstationärer Pflege im Bundes- und Landesrecht, 2004.

2216 *Statistisches Bundesamt*, Pflegestatistik 2007. Deutschlandergebnisse, S. 4. Der Statistik liegt der Pflegebedürftigkeitsbegriff von § 14 I SGB XI zugrunde.

2217 *Statistisches Bundesamt*, Pflegestatistik 2007. Deutschlandergebnisse, S. 22 (Tabelle 3.4). In diese Zahl sind neben den Versicherten der sozialen Pflegeversicherung zwar auch die Versicherten der privaten Pflegeversicherung einbezogen, nicht aber diejenigen Heimbewohner, die einen Hilfebedarf unterhalb der Leistungsvoraussetzungen der Pflegeversicherung aufweisen (sog. „Pflegestufe 0“) und deshalb allein Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII beziehen können. Im Jahr 2007 wurden von ca. 17.000 Personen mit „Pflegestufe 0“ Hilfen zur Pflege innerhalb von Einrichtungen in Anspruch genommen, s. *Statistisches Bundesamt*, Sozialleistungen – Sozialhilfe 2007, D 4.1 (ohne Bremen), *Haustein/Dorn*, Wirtschaft und Statistik 01/2009, Tabelle 4, nennen eine Zahl von 23.500 Personen; ferner fehlen in der Statistik Bezieher von Pflegeleistungen in Einrichtungen für Behinderte. Die daraus resultierenden statistischen Abweichungen lassen sich allerdings nur schwer quantifizieren, für den Bereich der vollstationären Dauerpflege weisen standardisierte Vergleiche auf eine Differenz zwischen der hier zitierten Pflegestatistik und den Geschäftsstatistiken der sozialen und der privaten Pflegeversicherung von ca. 20.000 Personen bzw. rund 3 % hin. Näher hierzu *Statistisches Bundesamt*, Pflegestatistik 2007. Deutschlandergebnisse, S. 8, 26 f.

bedeutet dies einen deutlichen, primär demographisch bedingten Anstieg der vollstationären Heimbetreuung um 4,2 %.²²¹⁸ 2007 waren 76 % der Heimbewohner Frauen, knapp die Hälfte (48 %) der Bewohner hatten ein Alter von 85 oder mehr Jahren.²²¹⁹ 21 % der Heimbewohner waren schwerstpflegebedürftig.²²²⁰

Im Dezember 2007 waren deutschlandweit 11.029 Pflegeheime zur Erbringung stationärer Pflegeleistungen in Rahmen der sozialen Pflegeversicherung zugelassen (ein Zuwachs von 5,8 % gegenüber 2005), 9.919 davon erbrachten vollstationäre Langzeitpflege.²²²¹ Hinsichtlich der Trägerlandschaft unterscheiden sich die beiden verglichenen Rechtsordnungen deutlich. In Deutschland befinden sich nur ca. 40 % (bzw. 3961 Heime) der Pflegeheime mit vollstationärer Dauerpflege in privat-kommerzieller, jedoch mehr als die Hälfte (54 % bzw. 5384 Heime) in freigemeinnütziger und ca. 6 % (574 Heime) in öffentlicher Trägerschaft.²²²² Unter den letztgenannten Trägern spielen die Kommunen mit einem Anteil von 84 % der öffentlichen Einrichtungen die mit Abstand wichtigste Rolle.²²²³ Bezogen auf das Bundesgebiet ist die Trägerverteilung jedoch keineswegs homogen. In Schleswig-Holstein und Niedersachsen beispielsweise verfügen die privat-kommerziellen Träger mit 68 % bzw. 59 % über einen deutlich höheren Marktanteil als im Bundesmittel. Mit jeweils 69 % Marktanteil kommt demgegenüber den freigemeinnützigen Heimen in Mecklenburg-Vorpommern und Brandenburg eine überproportionale Bedeutung zu.²²²⁴ Während die öffentliche Trägerschaft somit sowohl in Deutschland als auch in England eine lediglich untergeordnete Rolle mit weiter abnehmender Tendenz einnimmt, liegt der wohl auffälligste Unterschied im Pflegeheimmarkt beider Länder in der signifikant geringeren Marktmacht der gemeinnützig betriebenen Pflegeeinrichtungen in England, auf die nur 15 % der stationären Langzeitpflegeplätze entfallen. Die Gründe hierfür sind historischer Natur und resultieren insbesondere aus den Strukturen des englischen Wohlfahrtsstaats, die sich in der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg entwickelten und dem gemeinnützigen Sektor – anders als in Deutschland – nur wenige Betätigungsfelder ließen.²²²⁵

Durchschnittlich werden in jedem Pflegeheim mit ausschließlich vollstationärer Dauerpflege 67 Heimbewohner versorgt, wobei die privat-kommerziell betriebenen Heime im Mittel am kleinsten (56 Bewohner), die freigemeinnützigen (74 Bewohner) sowie die von der öffentlichen Hand getragenen Heime (79 betreute Pflegebedürftige) demgegenüber deutlich größer sind.²²²⁶ Verglichen mit den Einrichtungen in England

2218 *Statistisches Bundesamt*, Pflegestatistik 2007. Deutschlandergebnisse, S. 4, 22 (Tabelle 3.4).

2219 *Statistisches Bundesamt*, Pflegestatistik 2007. Deutschlandergebnisse, S. 5.

2220 Im Sinne von Pflegestufe III gem. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB XI, s. *Statistisches Bundesamt*, Pflegestatistik 2007. Deutschlandergebnisse, S. 22 (Tabelle 3.4).

2221 *Statistisches Bundesamt*, Pflegestatistik 2007. Deutschlandergebnisse, S. 21 (Tabelle 3.3).

2222 *Statistisches Bundesamt*, Pflegestatistik 2007. Deutschlandergebnisse, S. 19 (Tabelle 3.1).

2223 *Statistisches Bundesamt*, Pflegestatistik 2007. Deutschlandergebnisse, S. 19 (Tabelle 3.1).

2224 *Statistisches Bundesamt*, Pflegestatistik 2007. Ländervergleich - Pflegeheime, S. 4.

2225 Dazu oben, S. 139.

2226 *Statistisches Bundesamt*, Pflegestatistik 2007. Deutschlandergebnisse, S. 20 (Tabelle 3.2).

verfügen die Pflegeheime in Deutschland somit durchschnittlich über in etwa die doppelte Bettenkapazität.²²²⁷

Während noch in den 1980er Jahren eine objektive Unterversorgung mit qualitativ guten Heimplätzen zu beklagen war,²²²⁸ wies der Pflegeheimmarkt im Dezember 2007 eine Überkapazität von ca. 12 % aus, die 765.736 Betten für die vollstationäre Langzeitpflege waren nur zu etwa 87,6 % ausgelastet.²²²⁹ Damit sind die Heime in Deutschland etwas weniger stark ausgelastet als in England.²²³⁰ Während in England eher eine Marktkonsolidierung zu beobachten ist, stieg die Anzahl der vollstationären Pflegebetten in Deutschland trotz der im Vergleich geringeren Auslastung gegenüber 2005 um ca. 5,4 % (39.288 Plätze). Die gleiche Zuwachsrate war bezogen auf die Anzahl der Heime mit vollstationären Dauerpflegeleistungen zu verzeichnen.²²³¹ Statistisch gesehen stehen für je 1000 Einwohner ca. 9,3 Pflegebetten bereit, ein Wert, der den englischen²²³² in etwa um ein Viertel übertrifft.

Die durchschnittlichen Pflegekosten variieren in Abhängigkeit vom Grad der Pflegebedürftigkeit. Für Schwerstpflegebedürftige betrug der Pflegesatz im Dezember 2007 im Mittel 71 € pro Tag, für Schwerpflegebedürftige 57 € und für erheblich Pflegebedürftige 43 €. ²²³³ Die (nicht im Pflegesatz enthaltenen) Entgelte für Unterkunft und Verpflegung lagen durchschnittlich bei 20 € pro Tag,²²³⁴ so daß in Abhängigkeit vom Pflegebedarf monatliche Gesamtbeträge von durchschnittlich 1.915 € bis 2.766 € anfielen.²²³⁵ Auch diese Beträge variieren innerhalb des Bundesgebietes deutlich. Während die Vergütung der Heime in den neuen Bundesländern meist unter dem Bundesdurchschnitt liegt, bewegt sich das Gebührenniveau in Baden-Württemberg, Bayern, Hamburg und Nordrhein-Westfalen regelmäßig über den genannten Mittelwerten. Beispielsweise beträgt der durchschnittliche monatliche Gesamtbetrag für Schwerstpflegebedürftige in Sachsen-Anhalt nur ca. 2.250 €, in Nordrhein-Westfalen hingegen 3.131 €. ²²³⁶

Zusätzlich zu diesen Gesamtkosten für Pflege, Betreuung, Unterkunft und Verpflegung können für die Bewohner noch Ausgaben für Zusatzleistungen und gesondert berechenbare Investitionsaufwendungen²²³⁷ anfallen. Letztere betragen monatlich im Schnitt ca. 367 €. ²²³⁸ Verglichen mit den durchschnittlichen monatlichen Gebühren englischer Heime von ca. £ 1.930 (*residential care*) bzw. £ 2.941 (*nursing care homes*)

2227 Dazu oben, S. 136.

2228 Vgl. Klie, Heimaufsicht, S. 33.

2229 Statistisches Bundesamt, Pflegestatistik 2007. Deutschlandergebnisse, S. 7.

2230 Vgl. dazu oben, S. 136.

2231 Statistisches Bundesamt, Pflegestatistik 2007. Deutschlandergebnisse, S. 25 (Tabelle 4).

2232 Siehe oben, S. 135.

2233 Statistisches Bundesamt, Pflegestatistik 2007. Deutschlandergebnisse, S. 22 (Tabelle 3.4). Die Pflegebedürftigkeitsstufen beziehen sich auf § 15 Abs. 1 S. 1 SGB XI.

2234 Statistisches Bundesamt, Pflegestatistik 2007. Deutschlandergebnisse, S. 22 (Tabelle 3.4).

2235 Bei einer Berechnung mit 30,4 Tagessätzen.

2236 Statistisches Bundesamt, Pflegestatistik 2007. Ländervergleich – Pflegeheime, S. 15 (Tabelle 6).

2237 S. hierzu unten, S. 422.

2238 Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 085 vom 9. März 2009.

sind die Pflegegebühren in Deutschland unter Zugrundelegung des aktuellen Wechselkurses²²³⁹ geringfügig niedriger, wenngleich dies zum Teil auch noch eine Folge der deutlichen Abwertung des britischen Pfundes gegenüber dem Euro während der „Finanzkrise“ seit 2007 sein dürfte.

B. Staatliche Leistungen der stationären Langzeitpflege

I. Verfassungsrechtliche Bezüge

Die Pflegesozialleistungen der deutschen Rechtsordnung unterscheiden sich zunächst in ihren verfassungsrechtlichen Bezügen vom englischen Sozialsystem.²²⁴⁰ Während die englische Rechtsordnung über keine geschriebene Konstitution mit sozialstaatlichen Inhalten verfügt, ist dem deutschen Staat die Wahrung der Würde des Menschen in Situationen der Hilfsbedürftigkeit, wie die Pflegebedürftigkeit sie darstellt, nach Art. 1 Abs. 1 GG von Verfassung wegen besonders anvertraut.²²⁴¹ Die Sorge für pflegebedürftige Menschen gehört darüber hinaus zu den sozialen Aufgaben der staatlichen Gemeinschaft, die ihr das Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG zuweist.²²⁴² Dieser sozialstaatliche Auftrag umfaßt mehrere Dimensionen. Er bezieht sich zunächst auf die staatliche Verantwortung für das Existenznotwendige, die das Grundgesetz in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG in Gestalt der öffentlichen Fürsorge der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes und der Länder unterstellt hat und die im allgemeinen Hilfesystem²²⁴³ der Sozialhilfe (SGB XII²²⁴⁴) als Teil der öffentlichen Fürsorge gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG ihren zentralen Ausdruck erfahren hat.²²⁴⁵ Der Sozialstaat geht funktional jedoch über die bloße Absicherung einer menschenwürdigen Existenz hinaus, indem er sich zusätzlich auch der sozialen Vorsorge²²⁴⁶ gegen die Wechselfälle des Lebens annimmt, die in Form der Sozialversicherung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12, 87 II, 120 I 4 GG) ebenfalls auf verfassungsrechtlicher Ebene erwähnt ist.²²⁴⁷

2239 1,20 EUR/GBP am 6. Juli 2010.

2240 Vgl. dazu oben, S. 143 ff.

2241 BVerfG, Urt. v. 3. April 2001, 1 BvR 2014/95, BVerfGE 103, 197, 221.

2242 Allgemein zum Inhalt des Sozialstaatsprinzips *Zacher*, Das soziale Staatsziel, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HdbStR II, § 28 Rn. 1 ff.

2243 Zu dieser Typenbildung vgl. *Zacher*, Grundtypen des Sozialrechts, in: Fürst/Herzog/Umbach [Hrsg.], FS Wolfgang Zeidler, Band 1, S. 587.

2244 Sozialgesetzbuch (SGB) Zwölftes Buch (XII) – Sozialhilfe, G. v. 27. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3022), zuletzt geändert durch Art. 4 FamilienleistungsgG vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2955).

2245 *Zacher*, Das soziale Staatsziel, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HdbStR II, § 28 Rn. 32.

2246 Zum System der sozialen Vorsorge vgl. *Zacher*, Grundtypen des Sozialrechts, in: Fürst/Herzog/Umbach [Hrsg.], FS Wolfgang Zeidler, Band 1, S. 583 ff.

2247 *Zacher*, Das soziale Staatsziel, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HdbStR II, § 28 Rn. 43, 45.

Die verfassungsrechtliche Grundlegung der staatlichen Verantwortung für die Langzeitpflege ändert jedoch nichts daran, daß für den Gesetzgeber bei der konkreten Umsetzung ähnlich wie in England große Spielräume bestehen, die schon aus der grundlegenden Ungewißheit darüber resultieren, was das soziale Staatsziel anordnet.²²⁴⁸ Zwar stellt das Sozialstaatsprinzip dem Staat Aufgaben. Darüber, wie diese im Einzelnen zu verwirklichen sind, besagt es jedoch nichts.²²⁴⁹ Für Deutschland kann daher die Frage nach der staatlichen Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege nur durch einen Blick auf die konkrete Ausgestaltung der einschlägigen Sozialleistungen beantwortet werden.

II. Staatliche Leistungen der stationären Langzeitpflege im Überblick

1. Stationäre Langzeitpflegeleistungen der sozialen Pflegeversicherung

Die im SGB XI²²⁵⁰ geregelte, beitragsfinanzierte soziale Pflegeversicherung bildet das zentrale Sozialleistungsregime für Langzeitpflegeleistungen in Deutschland. Sie wurde im April 1994 durch Art. 1 des Pflegeversicherungsgesetzes²²⁵¹ nach einer über Jahrzehnte geführten Diskussion²²⁵² neben der Arbeitslosen-, Kranken-, Renten- und Unfallversicherung als fünfte Säule der deutschen Sozialversicherung eingeführt.²²⁵³ Mit ihr sollte dem sozialpolitisch als nicht mehr hinnehmbar erachteten Umstand begegnet werden, daß viele Pflegebedürftige infolge ihrer Heimunterbringung über kurz oder lang in die Abhängigkeit von Sozialhilfe gerieten.²²⁵⁴

Versicherungspflichtig in der sozialen Pflegeversicherung sind gem. § 1 Abs. 2 S. 1 SGB XI all diejenigen, die in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind. Hierzu zählen zum einen die in der gesetzlichen Krankenversicherung Pflichtversicherten (§ 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-11 SGB XI, § 5 SGB V), zum anderen die freiwilligen Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 20 Abs. 3 SGB XI, § 9 SGB V).²²⁵⁵

2248 Zur „Vielfalt des Sozialen“ s. *Zacher*, Das soziale Staatsziel, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HdbStR II, § 28 Rn. 68 ff.

2249 BVerfGE 59, 231, 263; s. hierzu auch *Becker*, Sozialrecht und Sozialrechtswissenschaft, ZÖR 65 (2010), S. 612 ff. und 634.

2250 Sozialgesetzbuch (SGB) Elftes Buch (XI) - Soziale Pflegeversicherung, G. v. 26. Mai 1994, BGBl. I S. 1014, zuletzt geändert durch G. vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586).

2251 Gesetz zur sozialen Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit (Pflege-Versicherungsgesetz – PflegeVG) v. 26. Mai 1994, BGBl. I S. 1014.

2252 Ausführlich zur Geschichte der Einführung der Pflegeversicherung *Schulin*, in: ders. [Hrsg.], HdbSV-PfIV, § 1 Rn. 1 ff.

2253 Zu Grundstrukturen und Problemen der durch das PflegeVG eingeführten sozialen Pflegeversicherung etwa *Schulin*, NZS 1994, S. 433 ff.

2254 Vgl. *Schulin/Igl*, Sozialrecht, Rn. 334.

2255 Letztere können allerdings auf Antrag von der Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung befreit werden, wenn sie einen entsprechenden Versicherungsschutz in der privaten Pflegeversicherung nachweisen, § 22 Abs. 1 SGB XI.

Für einen zahlenmäßig relativ kleinen, weder der gesetzlichen noch der privaten Pflegeversicherung angehörenden Personenkreis²²⁵⁶ bestimmt § 21 SGB XI die Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung. Unter bestimmten Voraussetzungen sind der Ehegatte, der Lebenspartner und die Kinder von Mitgliedern der sozialen Pflegeversicherung mitversichert (§ 25 Abs. 1 SGB XI). In der Praxis bilden abhängig Beschäftigte die größte Gruppe der Pflichtversicherten.²²⁵⁷

In der Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit durch ein Sozialversicherungssystem ist auf den ersten Blick zwar ein deutlicher Unterschied zu den steuerfinanzierten Leistungen nach s. 21(1) NAA 1948 zu sehen, die nur bei einer finanziellen Bedürftigkeit des Einzelnen gezahlt werden und als soziale Fürsorgeleistungen ausgestaltet sind. Vergegenwärtigt man sich allerdings, daß die soziale Pflegeversicherung nur als „Teilkaskoversicherung“ ausgestaltet ist, deren Leistungen keinem Bedarfsdeckungsprinzip folgen, sondern nur bis zu einer bestimmten finanziellen Obergrenze gewährt werden (vgl. § 43 Abs. 2 S. 2 SGB XI),²²⁵⁸ relativiert sich der genannte Unterschied: Ende des Jahres 2006 waren ca. 163.000 Bezieher stationärer Pflegeleistungen nach dem SGB XI, also ca. 25 % dieser Leistungsbezieher, zusätzlich zu den Versicherungsleistungen des SGB XI auf ergänzende²²⁵⁹, bedürftigkeitsabhängige Leistungen der sozialhilferechtlichen Hilfe zur Pflege²²⁶⁰ angewiesen. Bis zu geschätzte 50.000 weitere Personen beanspruchten stationäre Pflegeleistungen allein nach den Vorschriften der Sozialhilfe.²²⁶¹ Auch wenn die Zahl der Empfänger sozialhilferechtl. Pflegeleistungen in stationären Einrichtungen von 1994 bis 2002 um ca. 35 % zurückging,²²⁶² wurde vor diesem Hintergrund das mit der Einführung der Pflegeversicherung verfolgte Ziel, Pflegebedürftige von der Sozialhilfe unabhängig zu machen, nur teilweise erreicht.²²⁶³

Im Gegensatz zu den Leistungen nach s. 21(1) NAA 1948, bei denen grundsätzlich jeder Einwohner Englands zu den potentiell Anspruchsberechtigten zählt, erfüllen bei den Leistungen des SGB XI nur die Versicherten der Pflegeversicherung die personenbezogenen Anspruchsvoraussetzungen. Aufgrund der seit dem Gesetz zur Stärkung des

2256 *Udsching*, SGB XI, § 21 Rn. 2.

2257 Zusammen mit den Landwirten tragen die pflichtversicherten abhängig Beschäftigten zu rund 55 % der Einnahmen der Pflegeversicherung bei, vgl. *Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung* [Hrsg.], *Die Soziale Pflegeversicherung in der Bundesrepublik Deutschland*, Tabelle 4.2.

2258 Näher dazu unten, S. 398.

2259 Zu dieser Hilfe zur Pflege nach dem Sozialhilferecht sogleich unten, S. 393 ff.

2260 Sozialgesetzbuch (SGB) Zwölftes Buch (XII) – Sozialhilfe, G. vom 27. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3022), zuletzt geändert durch G. vom 3. August 2010 (BGBl. I S. 1112).

2261 Vgl. *Bundesministerium für Gesundheit*, *Die Entwicklung der Pflegeversicherung*. Vierter Bericht, S. 32. Die Zahl der Personen, die Pflegeleistungen allein nach dem SGB XII in Anspruch nahmen, wird in *Statistisches Bundesamt*, *Sozialleistungen – Sozialhilfe 2007*, D 4.1, etwas geringer angegeben.

2262 Vgl. *Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung* [Hrsg.], *Dritter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung*, S. 67.

2263 Vgl. hierzu auch *Crößmann/Iffland/Mangels* [Hrsg.], *TK HeimG*, S. 30 f.

Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung²²⁶⁴ (GKV-WSG) mit Ausnahme der hauptberuflich selbständig Erwerbstätigen und einiger versicherungsfreier Personengruppen praktisch umfassenden²²⁶⁵ Versicherungspflichttatbestände, sind in die soziale Pflegeversicherung allerdings etwa 86 % der deutschen Bevölkerung einbezogen.²²⁶⁶ Berücksichtigt man ferner die Besonderheit, daß für Personen mit Wohnsitz in Deutschland, die über keine anderweitige Krankenversicherung verfügen, seit dem 1. Januar 2009 der Abschluß einer privaten Krankenversicherung verpflichtend ist²²⁶⁷ und daß privat Krankenversicherte (und einige weitere Personenkreise) wiederum nach § 23 SGB XI zum Abschluß und zur Aufrechterhaltung privater Pflegepflichtversicherungsverträge²²⁶⁸ verpflichtet sind, erfaßt die gesetzliche²²⁶⁹ Pflegeversicherung letztlich insgesamt ca. 98 % der Bevölkerung.²²⁷⁰ Das BVerfG spricht von der Pflegeversicherung also nicht ohne Grund als „Volksversicherung“.²²⁷¹ Die Unterschiede zum universalen englischen System relativieren sich letztlich aber vor allem deshalb, weil die Leistungen der Pflegeversicherung gegebenenfalls durch sozialhilferechtliche Pflegeleistungen ergänzt werden, die hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs grundsätzlich jedem Einwohner Deutschlands offenstehen (vgl. §§ 19 Abs. 3, 23 Abs. 1 SGB XII).²²⁷²

2. Stationäre Langzeitpflegeleistungen der Sozialhilfe

Die damit bereits angesprochene, in den §§ 61 ff. SGB XII geregelte Hilfe zur Pflege bildet ein zweites bedeutendes staatliches Sozialleistungsregime für Langzeitpflegeleistungen. Als steuerfinanzierte Fürsorgeleistung unterliegt die Hilfe zur Pflege dem Nach-

2264 G vom 26. März 2007, BGBl. I S. 378, zuletzt geändert durch G vom 15. Dezember 2008, BGBl. I S. 2426.

2265 Vgl. insbesondere § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 12 SGB XI i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V.

2266 Vgl. die auf den 1. Oktober 2005 bezogenen Angaben des *Statistischen Bundesamtes Deutschland*, abrufbar unter <<http://www.destatis.de/daten1/stba/html/basis/d/solei/soleiq24.php>>. Die gesetzliche Pflegeversicherung insgesamt deckt ca. 98 % der Bevölkerung mit Schutz gegen das Risiko der Pflegebedürftigkeit ab, vgl. *Schomburg*, in: Brackmann u.a. [Hrsg.], *HdbSozV*, Band 1/4, Kap. 1–3.

2267 S. § 193 Abs. 3 des Versicherungsvertragsgesetzes vom 23. November 2007, BGBl. I S. 2631, zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. Juli 2011, BGBl. I S. 1600.

2268 Zu betonen ist freilich, daß es sich bei den Leistungen der privaten Pflegepflichtversicherung nicht um staatliche Sozialleistungen handelt.

2269 Die gesetzliche Pflegeversicherung umfaßt die soziale sowie die für einen bestimmten Personenkreis verpflichtend ausgestaltete private Pflegeversicherung (vgl. §§ 110 f. SGB XI). Der Ausdruck „gesetzliche Pflegeversicherung“ wird zwar vom SGB XI nicht benutzt, er ist jedoch gebräuchlich zur Beschreibung der Tatsache, daß von der sozialen und der privaten Pflegeversicherung praktisch die gesamte deutsche Bevölkerung erfaßt ist. Zu dieser Begriffsbedeutung vgl. etwa BVerfG, Urt. v. 3. April 2001, 1 BvR 2014/95, BVerfGE 103, 197, 221, 224.

2270 Vgl. BT-Drs. 12/5262, S. 101 f.

2271 BVerfG, Urt. v. 3. April 2001, 1 BvR 2014/95, BVerfGE 103, 197, 221, 224.

2272 Unter bestimmten Voraussetzungen können die Leistungen zudem von Deutschen im Ausland bezogen werden, § 24 SGB XII. Nur unter bestimmten, engen Voraussetzungen können in Deutschland lebende Ausländer keine Hilfe zur Pflege beanspruchen, vgl. § 23 Abs. 2, 3 SGB XII.

rangprinzip, § 2 Abs. 1 SGB XI. Dies bedeutet nicht nur, daß die Hilfe zur Pflege gegenüber den Leistungen der Pflegeversicherung subsidiär ist, soweit nicht durch die sozialhilferechtlichen Regelungen ein sozialversicherungsrechtlich ungedeckter Bedarf zu erfüllen ist (s. auch § 13 Abs. 3 S. 1, 2 SGB XI).²²⁷³ Es bedeutet vielmehr auch, daß der Pflegebedürftige zunächst nach §§ 82 ff. SGB XII sein eigenes Einkommen und Vermögen einzusetzen hat, bevor er Leistungen der Hilfe zur Pflege beanspruchen kann.²²⁷⁴ Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß trotz der Existenz der sozialen Pflegeversicherung 2006 ca. 216.000 Personen auf stationäre Pflegeleistungen nach dem SGB XII angewiesen waren, fällt der Unterschied zum englischen Sozialleistungsregime daher weniger deutlich aus als zunächst vermutet.

Stationäre Pflegeleistungen können auch in Gestalt der sozialhilferechtlichen Eingliederungshilfe für behinderte Menschen nach §§ 53 ff. SGB XII erbracht werden. Ziel der Eingliederungshilfe ist es, behinderten Menschen die Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft zu ermöglichen oder zu erleichtern, ihnen die Ausübung eines angemessenen Berufs oder einer sonstigen angemessenen Tätigkeit zu ermöglichen oder sie so weit wie möglich unabhängig von Pflege zu machen, § 53 Abs. 3 S. 2 SGB XII. Entsprechend bestehen die Leistungen insbesondere in Hilfen zu einer angemessenen Schul- oder Berufsbildung, zur Ausbildung für eine sonstige angemessene Tätigkeit, in Hilfen in sonstigen vergleichbaren Beschäftigungsstätten oder in Hilfen zur Sicherung ärztlicher oder ärztlich verordneter Leistungen zur Sicherung der Teilhabe der behinderten Menschen am Arbeitsleben, § 54 Abs. 1 SGB XII. Wird die Eingliederungshilfe in Einrichtungen erbracht, schließt sie gem. § 55 S. 1 SGB XII auch die notwendige Hilfe zur Pflege ein.²²⁷⁵ Die Eingliederungshilfe ist gegenüber den Leistungen der sozialen Pflegeversicherung ausnahmsweise nicht nachrangig, § 13 Abs. 3 S. 3 SGB XI.²²⁷⁶ Neben einer Behinderung im Sinne von § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX²²⁷⁷ setzen diese Leistungen voraus, daß die Aussicht besteht, daß der Behinderte wieder in die Gesellschaft

2273 Zum Verhältnis der sozialhilferechtlichen Hilfe zur Pflege und den Leistungen der Pflegeversicherung s. auch BVerwG, Urt. v. 15. Juni 2000, E 111, 241; *Wahrendorf*, in: Grube/Wahrendorf [Hrsg.], SGB XII, § 2 Rn. 16 sowie § 61 Rn. 4 f.; *Jürgens*, Die Hilfe zur Pflege als Ergänzung und Erweiterung der Pflegeversicherung, ZfSH/SGB 1997, S. 24; *Kaune*, Sozialhilfe in Pflegeeinrichtungen, ZfF 2005, 121; vgl. ferner *Gunkel*, Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII, DVP 2007, S. 187 ff.

2274 *Bundesministerium für Gesundheit*, Die Entwicklung der Pflegeversicherung. Vierter Bericht, S. 32.

2275 Zum Verhältnis von Eingliederungshilfe und Hilfe zur Pflege s. *Schellhorn, Walter*, in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 53 SGB XII Rn. 70.

2276 Ausführlich dazu *Schellhorn, Walter*, in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 53 SGB XII Rn. 79 ff.; weil die Pflege integraler Bestandteil der Eingliederungshilfe in Einrichtungen ist, übernimmt die Pflegekasse für die betroffenen Bewohner bis zu einer Höchstgrenze von 256 € monatlich die Aufwendungen der Grund- und medizinischen Behandlungspflege in Höhe von 10 % des Pflegesatzes, § 43a SGB XI.

2277 Sozialgesetzbuch (SGB) Neuntes Buch (IX) – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen v. 19. Juni 2001, BGBl. I S. 1046, zuletzt geändert durch G v. 20. Juli 2006, BGBl. I S. 1706. Eine Behinderung liegt vor, wenn die körperlichen Funktionen, geistigen Fähigkeiten oder die seelische Gesundheit der betreffenden Person mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher seine Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist.

eingegliedert werden kann (§ 53 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 SGB XII). Aufgrund der spezifischen Zielrichtung dieses Leistungsregimes bilden stationäre Langzeitpflegeleistungen letztlich jedoch lediglich einen Annex zu den eigentlichen Eingliederungsleistungen. Aus diesem Grund sowie wegen der besonderen, über die Pflegebedürftigkeit hinausgehenden Leistungsvoraussetzungen wird auf die Eingliederungshilfe in Einrichtungen für behinderte Menschen im Folgenden nicht mehr gesondert eingegangen.

3. Stationäre Langzeitpflegeleistungen der gesetzlichen Krankenversicherung

Neben den Leistungen der Pflegeversicherung und der Sozialhilfe werden in Deutschland – vergleichbar zu den Leistungen der *continuing health care* in Einrichtungen des englischen NHS – bestimmte stationäre Pflegeleistungen auch von den Krankenkassen als Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. § 4 SGB V) erbracht. Gem. §§ 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 4, 39 Abs. 1 S. 3 SGB V beinhaltet die stationäre Behandlung in einem Krankenhaus unter anderem Krankenpflegeleistungen. Diese Pflegeleistungen sind auf die Krankenbehandlung durch einen Arzt bezogen, werden somit also nicht allein dazu erbracht, um einem Zustand der Hilflosigkeit zu begegnen.²²⁷⁸ Aufgrund des funktionalen Zusammenhangs zur medizinischen Behandlung handelt es sich bei diesen Leistungen nicht um Langzeitpflegeleistungen im Sinne der hier verwendeten²²⁷⁹ Begrifflichkeit, so daß auch sie nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sind.

4. Sonstige staatliche Sozialleistungen der stationäre Langzeitpflege

Weitere stationäre Pflegeleistungen, etwa nach dem Recht der gesetzlichen Unfallversicherung (SGB VII)²²⁸⁰, dem Bundesversorgungsgesetz²²⁸¹, dem Lastenaus-

2278 Schmidt, in: Peters u.a. [Hrsg.], HdbKV (SGB V), § 39 Rn. 121.

2279 Zum Begriff der Langzeitpflegeleistung siehe oben, S. 47 ff.

2280 Siebtes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Unfallversicherung vom 7. August 1996, BGBl. I S. 1254, zuletzt geändert durch Gesetz vom 5. August 2010, BGBl. I S. 926. Von den Berufsgenossenschaften und Unfallkassen als Träger der gesetzlichen Unfallversicherung können stationäre Langzeitpflegeleistungen gem. §§ 27 Abs. 1 Nr. i.V.m. 33 Abs. 1 S. 3 SGB VII erbracht werden. Auch bei diesen Pflegeleistungen handelt es sich jedoch um Leistungen der Krankenpflege. Das Unfallversicherungsrecht kennt allerdings auch stationäre Pflegeleistungen, die unabhängig von einer Krankenbehandlung in Anspruch genommen werden können: gem. § 44 Abs. 1, Abs. 5 S. 1 SGB VII wird Heimpflege gewährt, solange Versicherte infolge eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit (§§ 7 ff. SGB VII) so hilflos sind, daß sie für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens in erheblichem Umfang der Hilfe bedürfen. Heimpflege besteht in der erforderlichen Hilfe mit Unterkunft und Verpflegung in einer geeigneten Einrichtung, vgl. Dahm, in: Lauterbach/Watermann/Breuer [Hrsg.], Unfallversicherung, § 44 SGB VII, Rn. 26. Mangels eigener stationärer Pflegeeinrichtungen bedienen sich die Unfallversicherungsträger hierbei der Einrichtungen der sozialen Pflegeversicherung, s. Nehls, in: Hauck/Noftz [Hrsg.], Sozialgesetzbuch, SGB VII, K § 44, Rn. 17. Diese Leistungen setzen einen kausalen Zusammenhang der Pflegebedürftigkeit mit einem Arbeitsunfall oder einer Berufskrankheit voraus. Soweit sie erbracht werden, ruhen gem. § 34 Abs. 1 Nr. 2 SGB XI die nachrangigen (§ 13 Abs. 1 Nr. 2 SGB XI) Leistungsansprüche aus der sozialen Pflegeversicherung. Theoretisch könnte zwar

gleichsgesetz²²⁸² oder dem Asylbewerberleistungsgesetz²²⁸³, werden ebenfalls nicht in den Rechtsvergleich einbezogen, weil sie nur unter besonderen, d.h. über das bloße Vorliegen der Pflegebedürftigkeit hinausgehenden Voraussetzungen erlangt werden können und zudem nur von einem eng umgrenzten Personenkreis in Anspruch genommen werden können.

Nach dem in der Grundlegung beschriebenen Zuschnitt dieser Untersuchung bleiben schließlich auch solche Leistungen der sozialen Sicherungssysteme außer Betracht, die als Geldleistungen gewährt werden, selbst wenn sie in größerem Umfang auch zur Finanzierung von Pflegeheimaufenthalten herangezogen werden – wie etwa Altersrenten nach dem SGB VI²²⁸⁴. Ebenfalls nicht weiter eingegangen wird auf Leistungen wie den Barbetrag zur persönlichen Verfügung nach § 35 Abs. 2 SGB XII²²⁸⁵. Zwar wird dieser im Zusammenhang mit einem Aufenthalt in einer stationären Pflegeeinrichtung ge-

ein überschießender, von der Pflegeversicherung zu leistender Betrag verbleiben, weil aber die Pflegeleistungen des SGB VII umfassender sind, kommt dies praktisch nicht vor, vgl. *Nehls*, in: Hauck/Noftz [Hrsg.], Sozialgesetzbuch, SGB VII, K § 44, Rn. 19.

2281 Gesetz über die Versorgung der Opfer des Krieges, Bundesversorgungsgesetz – BVG, in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Januar 1982, BGBl. I S. 21, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Dezember 2008, BGBl. I S. 2940. Nach diesem Leistungsregime werden neben Krankenpflegeleistungen (§§ 12 Abs. 1 S. 1 i.V.m. 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 BVG) für Pflegebedürftige auch allgemeine vollstationäre Pflegeleistungen in Heimen erbracht (§§ 25b Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. 26c Abs. 2 S. 1 BVG). Bei diesen gegenüber der Pflegeversicherung vorrangigen (§§ 13 Abs. 1 Nr. 2, 34 Abs. 1 Nr. 2 SGB XI) Leistungen handelt es sich um (einkommens- und vermögensabhängige, § 25a BVG) Leistungen des sozialen Entschädigungssystems der Kriegspferfürsorge (s. *Zacher*, Grundtypen des Sozialrechts, in: Fürst/Herzog/Umbach [Hrsg.], FS Wolfgang Zeidler, Band 1, S. 585 f.), die nur Beschädigten im Sinne von § 1 BVG und deren Hinterbliebenen, zur Verfügung stehen, § 25 Abs. 1 BVG. Die Leistungen der Hilfe zur Pflege nehmen einen Anteil von 56 % an den Gesamtausgaben der Kriegspferfürsorge ein. Hierzu sowie zur abnehmenden Bedeutung dieses Systems im Hinblick auf das Leistungsvolumen und die Zahl der Leistungsempfänger vgl. *Statistische Ämter des Bundes und der Länder*, Soziale Mindestsicherung in Deutschland 2006, S. 40 ff.

2282 Gesetz über den Lastenausgleich vom 14. August 1952, BGBl. I S. 446, in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juni 1993, BGBl. I S. 845; 1995 I S. 248, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Juni 2006, BGBl. I S. 1323. Für die im Bundesgebiet lebenden Empfänger von Kriegsschadenrente besteht seit Einführung der Pflegeversicherung ausnahmslos Versicherungspflicht in diesem Sozialversicherungszweig (§ 21 Nr. 2 SGB XI), so daß das Risiko der Pflegebedürftigkeit dieses Personenkreises auf die Pflegeversicherung übertragen wurde und Pflegeleistungen nach dem Lastenausgleichsgesetz für in Deutschland lebende Personen nicht mehr neu bewilligt werden und nur noch als Übergangsleistungen erbracht werden. Weil bei der Beurteilung der Pflegebedürftigkeit nach dem SGB XI strengere Maßstäbe angelegt werden, wurde eine völlige Ablösung der Pflegeleistungen nach dem Lastenausgleichsgesetz durch das vorrangige SGB XI bislang nicht erreicht, sie steht aber mittelfristig zu erwarten (vgl. *Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung* [Hrsg.], Dritter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung, S. 105).

2283 Asylbewerberleistungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. August 1997, BGBl. I S. 2022, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Juni 2005, BGBl. I S. 1666. Stationäre Pflegeleistungen sind zumindest theoretisch nach §§ 2 oder 6 dieses Gesetzes denkbar, auch sie wären aber lediglich einem eng begrenzten Personenkreis zugänglich.

2284 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch - Gesetzliche Rentenversicherung - in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.2.2002 (BGBl. I S. 754, berichtigt auf S. 1404, 3384), zuletzt geändert durch Art. 15 Abs. 97 Dienstrechtsneuordnungsg vom 5. Februar 2009 (BGBl. I S. 160).

2285 Dazu etwa *Klie*, Rechtskunde, S. 352 ff.

währt, als Leistung zur Deckung des Lebensunterhalts stellt er jedoch keine Geldleistung zur Finanzierung von Pflegeleistungen dar.

III. Zuständigkeiten für pflegeversicherungs- und sozialhilferechtliche Leistungen der stationären Langzeitpflege

Die Durchführung der sozialen Pflegeversicherung obliegt nach § 1 Abs. 3 SGB XI den Pflegekassen. Auch wenn diese Körperschaften des öffentlichen Rechts mit dem Recht zur Selbstverwaltung ausgestattet sind (§ 46 Abs. 1 S. 1 SGB XI), nehmen sie als Sozialversicherungsträger hoheitliche Funktionen wahr und sind als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung der staatlichen Sphäre zuzurechnen.

Für die Leistungen der Hilfe zur Pflege sind nach § 3 Abs. 1, 61 ff. SGB XII in aller Regel die überörtlichen Träger der Sozialhilfe zuständig, entweder infolge entsprechender landesrechtlicher Anordnungen²²⁸⁶ (vgl. § 97 Abs. 2 S. 1 SGB XII) oder – wenn eine solche fehlt – gem. § 97 Abs. 3 Nr. 2 SGB XII. Teilweise sind nach Landesrecht die überörtlichen Sozialhilfeträger auch nur für Hilfen zur Pflege an einen bestimmten Personenkreis, im übrigen aber die örtlichen Träger zuständig.²²⁸⁷

Wer örtliche oder überörtliche Träger der Sozialhilfe sind, wird ebenfalls durch Landesrecht festgelegt. Örtliche Träger sind danach in der Regel die kreisfreien Städte und Landkreise.²²⁸⁸ Überörtliche Träger sind beispielsweise in Bayern die Bezirke,²²⁸⁹ in Nordrhein-Westfalen die Landschaftsverbände²²⁹⁰ und in Sachsen-Anhalt das Land.²²⁹¹

Die Zuständigkeit für die Erbringung stationärer Langzeitpflegeleistungen ist somit nur bei den Sozialhilfeträgern auf einer vergleichbaren, dezentralen Ebene wie den englischen Kommunen angesiedelt, nicht jedoch bei den Pflegekassen, die regelmäßig bundesweit agieren. Die im Gegensatz zum englischen Regime relativ starke Zentralisie-

2286 So beispielsweise Art. 82 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Ausführung der Sozialgesetze (AGSG) des Freistaates Bayern vom 8. Dezember 2006 (GVBl S. 942), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. Juli 2008 (GVBl S. 479); nach § 3 Nr. 3 des Gesetzes zur Ausführung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch des Landes Sachsen-Anhalt vom 11. Januar 2005, GVBl. LSA 2005, S. 8, zieht allerdings der überörtliche Träger gem. § 4 dieses Gesetzes bei der Durchführung bestimmter Aufgaben den örtlichen Träger heran.

2287 Vgl. etwa § 2 Abs. 1 Nr. 1 der Ausführungsverordnung zum Sozialgesetzbuch des Landes Nordrhein-Westfalen vom 16. Dezember 2004 (GV. NRW. S. 816), der die Zuständigkeit des überörtlichen Trägers u.a. bei Leistungen der Hilfe zur Pflege an Behinderte vorsieht.

2288 S. etwa § 1 des Gesetzes zur Ausführung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch des Landes Sachsen-Anhalt; Art. 80 Abs. 1 S. 1 AGSG des Freistaates Bayern; § 1 des Landesausführungsgesetzes zum Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch für das Land Nordrhein-Westfalen vom 16. Dezember 2004 (GV. NRW. S. 816).

2289 Art. 81 Abs. 1 HS. 1 AGSG.

2290 § 1 des Landesausführungsgesetzes zum Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch für das Land Nordrhein-Westfalen.

2291 § 2 Abs. 1 des Gesetzes zur Ausführung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch des Landes Sachsen-Anhalt.

zung der Leistungsträger in der Pflegeversicherung hat Rückwirkungen auch auf die Ausgestaltung der Qualitätssicherung. Hierauf wird an späterer Stelle zurückzukommen sein.

IV. Umfang der Sozialleistungen der stationären Langzeitpflege

1. Pflegeleistungen der sozialen Pflegeversicherung

Das Leistungsspektrum der sozialen Pflegeversicherung umfaßt gem. § 28 SGB XI verschiedenste Hilfeangebote. Zu diesen zählen häusliche Pflegehilfen, Pflegegeld für selbst beschaffte Pflegehilfen, Kombinationen aus diesen beiden Leistungen, häusliche Pflege bei Verhinderung der Pflegeperson, Pflegehilfsmittel und technische Hilfen, Tagespflege, Nachtpflege, Kurzzeitpflege und eben auch Leistungen der vollstationären Pflege. Neben diesen Leistungen sieht das SGB XI zudem die Pflege in vollstationären Einrichtungen der Hilfe für Behinderte, bestimmte Leistungen für Pflegepersonen sowie Budgetleistungen vor.

Im Jahr 2006 erhielten 47,4 % der Empfänger von Leistungen nach dem SGB XI Pflegegeld, vollstationäre Pflege wurde von 28 % in Anspruch genommen, gefolgt von Kombinationsleistungen (10,1 %), Pflegesachleistungen (8,8 %) und vollstationärer Pflege in Behinderteneinrichtungen (3,3 %). Die übrigen Leistungsarten (Tages- und Nachtpflege, Kurzzeitpflege, häusliche Pflege bei Verhinderung der Pflegeperson) wurden nur in geringem Umfang nachgefragt.²²⁹² Die höchsten Kosten werden von der stationären Langzeitpflege verursacht, auf die derzeit – mit steigender Tendenz – 50,6 % der Leistungsausgaben entfallen.²²⁹³

Die Pflegeversicherung ist als Grundsicherung, nicht aber als Vollversorgung konzipiert.²²⁹⁴ Dies zeigt insbesondere der Umfang der Versicherungsleistungen, die durch Höchstbeträge begrenzt sind (vgl. z.B. §§ 36 Abs. 3, 37 Abs. 3 S. 2, 40 Abs. 2 und 4 S. 3, 41 Abs. 2, 43 Abs. 5 SGB XI). Bei der stationären Unterbringung werden derzeit Aufwendungen in Höhe von bis zu 1.023 € bei Pflegestufe I, 1.279 € bei Pflegestufe II und 1.510 € bei Pflegestufe III (bzw. in Härtefällen 1.825 €) pro Monat übernommen, § 43 Abs. 2 S. 2 SGB XI.²²⁹⁵ Die durchschnittlichen Pflegesätze für vollstationäre

2292 *Bundesministerium für Gesundheit*, Die Entwicklung der Pflegeversicherung. Vierter Bericht, S. 17.

2293 Ebenfalls bezogen auf das Jahr 2006, s. *Bundesministerium für Gesundheit*, Die Entwicklung der Pflegeversicherung. Vierter Bericht, S. 19.

2294 BT-Drs. 12/5262, S. 90.

2295 Anders als bei der ambulanten Pflege sieht das Pflegeweiterentwicklungsgesetz eine stufenweise Anhebung der Pflegesätze bei der stationären Pflege lediglich bei Pflegestufe III und bei Härtefällen vor. Dies geht zurück auf einen Vorschlag der „Rürup-Kommission“, wonach Anreizstrukturen verändert werden sollen, um einen Anstieg der vollstationären Pflege in den Pflegestufen I und II einzudämmen, vgl. *Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung*, Nachhaltigkeit in der Finanzierung der Sozialen Sicherungssysteme, S. 193 ff.; *von und zu Frankenstein/Gräfenstein*, Pflegereform 2008 – Auswirkungen auf den Pachtzins für Pflegeheime?, NZS 2009, S. 194, sehen

Dauerpflege einschließlich Unterkunft und Verpflegung lagen 2005 im Vergleich hierzu bei 1.830 € pro Person und Monat (Pflegestufe I), 2.250 € (Pflegestufe II) bzw. 2.670 € (Pflegestufe III).²²⁹⁶ Die Leistungen der Pflegeversicherung reichen daher in aller Regel nicht aus, um die Kosten für eine stationäre Unterbringung in einem Pflegeheim zu decken. Überdies ist der von der Pflegekasse zu erstattende Gesamtbetrag nach § 43 Abs. 2 S. 3 SGB XI auf maximal 75 % des Gesamtheimentgeltes (aus Pflegesatz, Entgelt für Unterkunft und Verpflegung und gesondert berechenbaren Investitionskosten) begrenzt. Aus diesen Gründen ist etwa ein Viertel der Bezieher stationärer Pflegeversicherungsleistungen zusätzlich auf Hilfe zur Pflege nach § 61 SGB XII angewiesen.²²⁹⁷

Um künftig die Betreuung dementer Personen in vollstationären Einrichtungen zu verbessern, ohne diese aber angesichts der gedeckelten Leistungen der Pflegeversicherung finanziell zusätzlich zu belasten, wurden durch das Pflegeweiterentwicklungsgesetz²²⁹⁸ (PflWG) Vergütungszuschläge für Pflegebedürftige mit einem erheblichen allgemeinen Betreuungsbedarf eingeführt, die allein von den Pflegekassen finanziert werden, § 87b SGB XI. Diese Zuschläge ermöglichen den Pflegeeinrichtungen die Einstellung zusätzlichen Betreuungspersonals, ohne gleichzeitig die Pflegesätze nach oben anpassen zu müssen. Für Pflegeheimbewohner mit einem erheblichen allgemeinen Betreuungsbedarf wirken sich diese Zuschläge faktisch wie eine entsprechende Erhöhung der Leistungsobergrenzen aus.²²⁹⁹

Im Rahmen der Höchstbeträge werden bei einer Heimunterbringung gem. § 43 SGB XI die pflegebedingten Aufwendungen, die Aufwendungen der sozialen Betreuung und die Aufwendungen für Leistungen der medizinischen Behandlungspflege von der Pflegeversicherung übernommen.²³⁰⁰ Die Aufwendungen für Unterkunft und Verpflegung sind demgegenüber gem. § 4 Abs. 2 S. 2 SGB XI von den Pflegebedürftigen selbst zu tragen.

hierin einen Schritt hin zu einer zunehmenden Hospizprägung von stationären Altenpflegeeinrichtungen.

2296 *Bundesministerium für Gesundheit*, Die Entwicklung der Pflegeversicherung. Vierter Bericht, S. 31 (Abb. 11).

2297 S. oben, S. 392.

2298 G vom 28. Mai 2008, BGBl. 2008 I, S. 874.

2299 Oder anders ausgedrückt: Mit der Zahlung des Vergütungszuschlags von der Pflegekasse an die Einrichtung erwirbt der Pflegebedürftige einen Anspruch gegenüber der Pflegeeinrichtung auf die Erbringung der zusätzlichen Betreuungs- und Aktivierungsleistungen (§ 87b Abs. 2 S. 4 SGB XI), für den er jedoch keine weiteren finanziellen Mittel aufzuwenden braucht.

2300 Die Zuständigkeit der sozialen Pflegeversicherung für Leistungen der medizinischen Behandlungspflege in stationären Pflegeeinrichtungen wurde erstmals befristet für den Zeitraum vom 1. Juli 1996 bis zum 31. Dezember 1999 eingeführt (vgl. § 43 Abs. 3 SGB XI in der Fassung vom 14. Juni 1996). Die Befristung wurde anschließend regelmäßig verlängert, bis sie schließlich durch Art. 8 des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der GKV (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG) vom 26. März 2007 (BGBl. I S. 378) ganz aufgehoben wurde. Gleichzeitig wurde auch die in § 43b SGB XI a.F. enthaltene künftige Finanzierungszuständigkeit der Krankenkassen für die Behandlungspflege in stationären Pflegeeinrichtungen gestrichen.

Zur Behandlungspflege zählen in Abgrenzung zur Grundpflege²³⁰¹ alle pflegerischen Maßnahmen, die aufgrund einer Erkrankung erforderlich werden, speziell auf den Krankheitszustand des Pflegebedürftigen ausgerichtet sind und zur Behandlung der Krankheit beitragen.²³⁰² Maßnahmen der Behandlungspflege sind danach beispielsweise das Wechseln eines Verbandes, das Verabreichen von Medikamenten oder Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Dekubitusprophylaxe oder das Legen und Wechseln von Magensonden.²³⁰³ Im Einzelfall können sich gerade bei der sog. „verrichtungsbezogenen Behandlungspflege“, also bei Maßnahmen, die auf Einrichtungen der Grundpflege bezogen sind,²³⁰⁴ erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben, was insbesondere darauf zurückzuführen ist, daß die Pflegewissenschaften einen einheitlichen, nicht in Grund- und Behandlungspflege differenzierten Pflegebegriff verwenden.²³⁰⁵

Ähnliche Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen in Bezug auf die Versorgung der Heimbewohner mit Hilfsmitteln. Anders als bei der häuslichen Pflege (§ 40 SGB XI) sieht das SGB XI bei der stationären Pflege keinen gesonderten Anspruch des Pflegebedürftigen auf die Versorgung mit Pflegehilfsmitteln vor. Grund hierfür ist, daß ein Großteil der Hilfsmittel im stationären Bereich Anlagegüter der Heime darstellen, die den Regelungen über die Investitionskosten unterfallen, die nicht in die Finanzierungszuständigkeit der Pflegekassen fallen (vgl. §§ 9, 82 Abs. 2 Nr. 1 SGB XI).²³⁰⁶ Daher haben die Pflegeeinrichtungen grundsätzlich diejenigen Pflegehilfsmittel als Teil der stationären Pflege nach § 43 SGB XI zur Verfügung zu stellen, die für eine sachgerechte, dem Stand medizinisch-pflegerischer Erkenntnisse entsprechende Pflege und Betreuung erforderlich sind. Medizinische Hilfsmittel sind demgegenüber gem. § 33 Abs. 1 SGB V von der Krankenkasse zu gewähren. Die zur Abgrenzung der Leistungszuständigkeiten für Hilfsmittel entwickelte Rechtsprechung des BSG, das maßgeblich darauf abstellte, ob noch eine Krankenbehandlung und ein Behinderungsausgleich im Sinne medizinischer Rehabilitation stattfand oder ob ganz überwiegend die Pflege im Vordergrund stand, weil eine Selbstbestimmung und gleichberechtigte Teilhabe am Leben

2301 Zum Inhalt der Grundpflege s. § 14 Abs. 4 Nr. 1 - 3 SGB XI.

2302 Ausführlich zum Begriff der Behandlungspflege *Richter*, Der Irrweg der verrichtungsbezogenen Behandlungspflege, RsDE 64 (2007), S. 53 ff.; zur Abgrenzung von Grund- und Behandlungspflege s. etwa *Igl*, Leistungsinhalte der häuslichen Krankenpflege, VSSR 1995, S. 117; *Wildel/Pilz*, Behandlungspflege und Beaufsichtigung in der Pflegeversicherung, SGB 1997, S. 409; *Vogel/Schaaf*, Zur Feststellung der Pflegebedürftigkeit – Anmerkungen zu dem Urteil des BSG vom 17.04.1996 – 3 RK 28/95, SGB 1997, S. 560.

2303 Vgl. die Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über die Verordnung von „häuslicher Krankenpflege“ nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 und Abs. 7 SGB V in der Fassung vom 16.2.2000 (BANz. 2000, Nr. 91 S. 8878), in Kraft getreten am 14. Mai 2000, zuletzt geändert am 17. Januar 2008 und 10. April 2008 (BANz 2008, Nr. 84 S. 2028 ff.).

2304 Eingehend dazu *Richter*, Der Irrweg der verrichtungsbezogenen Behandlungspflege, RsDE 64 (2007), S. 56 ff.

2305 Vgl. *Menche* [Hrsg.], Pflege heute, S. 32 ff.; dazu auch *Klie*, in: *Klie/Krahmer* [Hrsg.], SGB XI, vor §§ 14-19, Rn. 6.

2306 *Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung*, Dritter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung, S. 102.

in der Gesellschaft nicht mehr möglich war,²³⁰⁷ wurde vom Gesetzgeber zu Recht als unzutreffend empfunden und daher durch § 33 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 SGB V korrigiert. Der krankenversicherungsrechtliche Anspruch auf Versorgung mit Hilfsmitteln zum Behinderungsausgleich bei stationärer Pflege hängt nun nicht mehr länger davon ab, in welchem Umfang eine Teilhabe am Leben der Gemeinschaft möglich ist. Unberührt bleibt die Pflicht der stationären Pflegeeinrichtungen zur Vorhaltung von Hilfsmitteln und Pflegehilfsmitteln, die für den üblichen Pflegebetrieb notwendig sind, § 33 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 SGB V.²³⁰⁸

Die in der deutschen Rechtsordnung auftretenden Abgrenzungsprobleme sind durchaus mit denen des englischen Sozialleistungssystems vergleichbar, die die Grenzziehung zwischen *nursing*- und *social care*-Leistungen²³⁰⁹ betreffen. Während sich der Gesetzgeber dort aber – jedenfalls bei einem primär auf *social care* bezogenen Pflegebedarf – mit pauschalisierten Zahlungen seitens des NHS behilft, die grundsätzliche Leistungszuständigkeit also (abgesehen von der Möglichkeit der Bildung von *Care Trusts*) unangetastet läßt, wird im deutschen Sozialrecht die Zuständigkeitsproblematik im Überschneidungsbereich von Langzeitpflege und medizinischer Versorgung – abgesehen von der Hilfsmittelproblematik – dahingehend gelöst, daß in stationären Einrichtungen auch die Behandlungspflege, die systematisch zur Krankenbehandlung zählt,²³¹⁰ der Leistungszuständigkeit der Pflegeversicherung unterstellt wurde.²³¹¹

Zusammen mit den Leistungsobergrenzen gem. § 43 Abs. 2 S. 2 SGB XI führt die Einordnung der Behandlungspflege als Pflegeversicherungsleistung dazu, daß der von den Höchstbeträgen nicht gedeckte Teil der Leistungen von den Pflegebedürftigen selbst bezahlt werden muß (§ 82 Abs. 1 S. 2 SGB XI).²³¹² Weil dies die Finanzkraft der Pflegebedürftigen häufig überforderte,²³¹³ bestimmt § 37 Abs. 2 S. 3 SGB V inzwischen zumindest dann eine Finanzierungszuständigkeit der Krankenversicherung, wenn Versicherte der gesetzlichen Krankenversicherung in zugelassenen Pflegeeinrichtungen untergebracht sind und auf Dauer, voraussichtlich für mindestens sechs Monate, einen besonders hohen Bedarf²³¹⁴ an medizinischer Behandlungspflege haben.

2307 BSG, Urt. v. 22. Juli 2004, SozR 4-2500 § 33 Nr. 5; vgl. auch BSG, Urt. v. 10. Februar 2000, SozR 3-2500 § 33 Nr. 37.

2308 Zum Ganzen etwa *Vogel*, in: Klie/Krahmer, SGB XI, § 40 Rn. 8; *Pöld-Krämer/Richter*, in: Klie/Krahmer, SGB XI, § 43 Rn. 18.

2309 Dazu ausführlich oben, S. 146 ff.

2310 Vgl. § 37 Abs. 2 SGB V zur Behandlungspflege in der häuslichen Umgebung des Pflegebedürftigen.

2311 Damit sind zwar die Abgrenzungsschwierigkeiten bezüglich der Leistungszuständigkeit entfallen, im Hinblick auf die Feststellung der Pflegebedürftigkeit und die Bestimmung des Umfangs des Pflegebedarfs bleiben sie jedoch erhalten. Vgl. diesbezüglich zu den „verrichtungsbezogenen krankheitsspezifischen Hilfeleistungen der Behandlungspflege“ unten, S. 404.

2312 *Pöld-Krämer/Richter*, in: Klie/Krahmer [Hrsg.], SGB XI, § 43 Rn. 14.

2313 Vgl. BT-Drs. 16/3100, S. 105.

2314 Der besonders hohe Bedarf ist verrichtungsbezogen, d.h. quantitativ und nicht diagnosebezogen, zu bestimmen (s. *Pöld-Krämer/Richter*, in: Klie/Krahmer [Hrsg.], SGB XI, § 43 Rn. 14) und etwa bei der Betreuung von Dauerbeatmeten gegeben (BT-Drs. 16/3100, S. 105).

Eine weitere parallele Entwicklung, die sich aus den abgegrenzten Zuständigkeiten für die Langzeitpflege einerseits und die medizinische Versorgung andererseits ergibt, ist – trotz grundsätzlicher Unterschiede in der Ausgestaltung – in der Gründung von Care Trusts in England und der Möglichkeit zur Teilnahme von Pflegeeinrichtungen an der sog. „Integrierten Versorgung“ in Deutschland zu erblicken. Nach § 92b SGB XI, der mit dem GKV-WSG ins Gesetz aufgenommen wurde, können sich nunmehr auch zugelassene Pflegeeinrichtungen des SGB XI an der Integrierten Versorgung nach §§ 140a ff. SGB V beteiligen. Durch diese neue, versicherungszweigübergreifende Versorgungsform sollen die starren Grenzen zwischen der gesetzlichen Kranken- und der sozialen Pflegeversicherung sowie auch zwischen der ambulanten und der stationären Versorgung aufgebrochen werden²³¹⁵ – ein Gedanke, der auch bei der Errichtung der englischen *Care Trusts* eine Rolle spielte. Anders als bei den *Care Trusts* geschieht die Zusammenfassung verschiedener Leistungssysteme aber nicht auf der Seite der Leistungsträger, sondern setzt unmittelbar bei der Leistungserbringung an.

2. Sozialhilferechtliche Pflegeleistungen

Die sozialhilferechtliche Hilfe zur Pflege nach §§ 8 Nr. 5 i.V.m. 61 ff. SGB XII schließt neben der häusliche Pflege, Hilfsmitteln, der teilstationäre Pflege und der Kurzzeitpflege auch stationäre Pflegeleistungen ein.²³¹⁶ Die in § 71 SGB XII gesondert geregelte Altenhilfe enthält demgegenüber keine Pflegeleistungen im eigentlichen Sinne; nach ihr können allerdings Beratungs- und Unterstützungsleistungen bei der Beschaffung eines Heimplatzes in Anspruch genommen werden (§ 71 Abs. 2 Nr. 3 SGB XII).

Der Inhalt der einzelnen Leistungen der Hilfe zur Pflege ist am Leistungsrecht des SGB XI ausgerichtet (§ 61 Abs. 2 S. 2 SGB XII). Dem Grundsatz der Bedarfsdeckung²³¹⁷ entsprechend geht der Umfang der Hilfen nach dem SGB XII aber über den Leistungsumfang nach dem SGB XI hinaus. Neben pflegebedingten Aufwendungen, Aufwendungen der sozialen Betreuung und Aufwendungen für die medizinische Behandlungspflege deckt die Hilfe zur Pflege in stationären Einrichtungen – in Übereinstimmung mit den englischen Leistungen nach s. 21 NAA 1948 – auch die für Unterkunft und Verpflegung anfallenden Kosten.²³¹⁸ Zudem haben die Sozialhilfeträger im Rahmen der Hilfe zur Pflege auch die nicht durch die Landesförderung nach § 9 SGB XI abgedeckten Investitionskosten zu tragen.²³¹⁹ Die betragsmäßigen Begrenzungen des § 43 Abs. 2 SGB XI gelten im Sozialhilferecht nicht,²³²⁰ vielmehr sind die zur

2315 Richter, in: Klie/Krahmer [Hrsg.], SGB XI, § 92b Rn. 5.

2316 Str. ist, ob der Leistungskatalog des § 61 Abs. 2 S. 1 SGB XII abschließend zu verstehen ist (so etwa von Renesse, in: Jahn [Hrsg.], SGB XII, § 61 Rn. 25), oder nicht (so Baur/Zink, in: Mergler/Zink [Hrsg.], SGB XII, § 61 Rn. 44).

2317 Dazu Luthé, in: Hauk/NoFz [Hrsg.], SGB XII, E 010 Rn. 26 ff.

2318 Klie, in: Hauk/NoFz [Hrsg.], SGB XII, K § 61 Rn. 14. Baur/Zink, in: Mergler/Zink [Hrsg.], SGB XII, § 61 Rn. 74.

2319 Klie, in: Hauk/NoFz [Hrsg.], SGB XII, K § 61 Rn. 14.

2320 Baur/Zink, in: Mergler/Zink [Hrsg.], SGB XII, § 61 Rn. 74.

Deckung des konkret bestehenden Bedarfs erforderlichen und angemessenen Hilfen vollumfänglich zu erbringen (vgl. §§ 9 Abs. 1 und Abs. 2 S. 2 SGB XII, § 13 Abs. 1 SGB XII). Dies entspricht im Grundsatz der Rechtslage nach s. 21 NAA 1948, wonach die Kommunen die von ihnen übernommene *standard rate* so festzusetzen haben, daß hiermit eine dem Bedarf entsprechende pflegerische Versorgung gewährleistet ist. Nur wenn in einem anderen Heim eine bedarfsgerechte Unterbringung zur Standardgebühr möglich wäre, dürfen Pflegebedürftige (bzw. deren Angehörige oder Freunde) für ein bestimmtes Heim auf die Zahlung von „*top-ups*“ verwiesen werden.²³²¹

3. Vergleichende Zusammenfassung

Ein wesentlicher Unterschied zwischen den stationären Langzeitpflegeregimen der verglichenen Rechtsordnungen liegt darin, daß der Leistungsumfang in Deutschland nur aus einer Zusammenschau der Leistungen der sozialen Pflegeversicherung und der sozialhilferechtlichen Hilfe zur Pflege erkennbar wird.²³²² In England hingegen folgen die Leistungen allein aus der Verpflichtung der Kommunen zur Bereitstellung von *residential accommodation* nach s. 21 NAA 1948.

Bei den Pflegeversicherungsleistungen handelt es sich im Gegensatz zu den Leistungen nach s. 21 NAA 1948 um Sozialversicherungsleistungen, die nicht von der finanziellen Bedürftigkeit des Pflegebedürftigen abhängen. Allerdings reichen die gedeckelten Leistungen nach dem SGB XI in der Regel nicht zur Bestreitung der Kosten, die die stationäre Unterbringung in einem Pflegeheim mit sich bringt. Erst unter Berücksichtigung²³²³ der bedürftigkeitsabhängigen Hilfe zur Pflege erreichen die deutschen staatlichen Langzeitpflegeleistungen ein Niveau, das zur vollständigen Deckung aller im Heim entstehenden Kosten ausreicht. In England sind demgegenüber allein bedürftigkeitsabhängige staatliche Langzeitpflegeleistungen verfügbar. Die Standardsätze der Kommunen müssen dabei so bemessen sein, daß sie die Aufwendungen für am individuellen Bedarf orientierte Pflege- und Betreuungsleistungen sowie die Unterkunft und Verpflegung abdecken.²³²⁴

Faktisch liegt die durchschnittliche *standard rate* der englischen Kommunen umgerechnet²³²⁵ bei 1.960 € (*residential care*) bzw. bei 2.409 € (*nursing care*) pro Monat²³²⁶ und liegt somit deutlich über den für die soziale Pflegeversicherung geltenden Leistungshöchstbeträgen. Vergleichbare Standardgebührensätze lassen sich für die Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII schon deshalb nicht angeben, weil sie im Großteil der

2321 Siehe oben, S. 187.

2322 Dies ist im Übrigen der maßgebliche Grund dafür, daß Zuständigkeit, Leistungsinhalt und Leistungsvoraussetzungen jeweils für beide Leistungsregime zusammen erörtert werden anstatt die Darstellung insgesamt nach den Leistungen zu trennen.

2323 Sei es in Form der ergänzenden Hilfe zur Pflege, sei es, daß allein diese Hilfen nach dem SGB XII bezogen werden.

2324 Zum Leistungsinhalt von s. 21(1) NAA 1948 s. oben, S. 159 ff., 180 ff.

2325 1,20 EUR/GBP am 6. Juli 2010.

2326 Errechnet aus dem 4,3-fachen Wochensatz, vgl. oben, S. 143.

Fälle nur als ergänzende Hilfe geleistet wird. Wird sie mangels berücksichtigungsfähiger eigener finanzieller Mittel des Pflegebedürftigen als alleinige Hilfe in voller Höhe geleistet, dürften die Hilfeleistungen den Umfang der in England geleisteten *standard fees* angesichts der oben genannten²³²⁷ Höhe der Heimgebühren und Investitionskosten aufgrund des sozialhilferechtlichen Bedarfsdeckungsgrundsatzes in den meisten Fällen überschreiten.

V. Leistungsvoraussetzungen

1. Leistungsvoraussetzungen nach dem Recht der sozialen Pflegeversicherung

Neben den persönlichen Leistungsvoraussetzungen der Versicherteneigenschaft²³²⁸ und grundsätzlich auch der Mitgliedschaft²³²⁹ der betreffenden Person in der sozialen Pflegeversicherung bildet der Eintritt des Versicherungsfalles „Pflegebedürftigkeit“ die zentrale Voraussetzung für einen Anspruch auf stationäre Pflegeleistungen nach § 43 SGB XI.²³³⁰ Der Pflegebedürftigkeitsbegriff²³³¹ ist – anders als in der insoweit rudimentären Regelung der s. 21 NAA 1948 – in den §§ 14 f. SGB XI ausführlich geregelt. Danach ist pflegebedürftig, wer wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens auf Dauer in erheblichem oder höherem Maße der Hilfe bedarf. Die in Betracht kommenden Krankheiten oder Behinderungen sind in § 14 Abs. 2 SGB XI genannt, die relevanten Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens sind in § 14 Abs. 4 Nr. 1-3 SGB XI (Grundpflege) und in § 14 Abs. 4 Nr. 4 SGB XI (hauswirtschaftliche Versorgung) beschrieben. Ob der Hilfebedarf den für die Feststellung der Pflegebedürftigkeit relevanten Umfang erreicht, ist anhand der Häufigkeit der Hilfe bei der Grundpflege und des dafür benötigten Zeitaufwands zu beurteilen. Hierbei werden auch verrichtungsbezogene krankheitsspezifische Hilfeleistungen der Behandlungspflege berücksichtigt (§ 15 Abs. 3 S. 2 SGB XI). Dies sind Maßnahmen der Behandlungspflege, bei denen sich der behandlungspflegerische Hilfebedarf als untrennbarer Bestandteil einer Katalogverrichtung nach § 14 Abs. 4 SGB XI darstellt oder die mit einer solchen Verrichtung in einem unmittelbaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhang stehen, § 15 Abs. 3 S. 3 SGB XI.²³³²

2327 Näher dazu oben, S. 389.

2328 Vgl. § 33 Abs. 1 S. 1 SGB XI; zum Kreis der Versicherungspflichtigen s. oben, S. 391.

2329 Vgl. §§ 33 Abs. 2 S. 1, 35, 49 SGB XI. Nicht erforderlich ist ein Mitgliedschaftsverhältnis etwa für Familienversicherte, §§ 33 Abs. 2 S. 1, 25 SGB XI.

2330 Zu weiteren Voraussetzungen, etwa Antragstellung und Wartezeit, s. § 33 SGB XI.

2331 Zum Pflegebedürftigkeitsbegriff ausführlich *Igl*, Pflegebedürftigkeit, Pflege und Pflegebedarf im rechtlichen Verständnis, RsDE 66 (2008), S. 6 ff.

2332 So – vor Inkrafttreten von § 15 Abs. 3 SGB XI – in ständiger Rechtsprechung schon BSG, SozR 3-3300 § 14 Nr. 7; SozR 3-3300 § 14 Nr. 9; SozR 3-3300 § 14 Nr. 15.

Der zeitliche Umfang und die Häufigkeit der benötigten Hilfeleistungen entscheiden über die Zuordnung zu den Pflegestufen I (erhebliche Pflegebedürftigkeit), II (schwere Pflegebedürftigkeit) oder III (schwerste Pflegebedürftigkeit). Der jeweils benötigte Mindestumfang ist in § 15 Abs. 1, 3 SGB XI festgelegt. Pflegebedürftige der Pflegestufe III, die einen außergewöhnlich hohen Pflegebedarf aufweisen, können unter bestimmten Voraussetzungen als „Härtefälle“ (§ 43 Abs. 3 SGB XI) eingestuft werden. Erreicht der Hilfebedarf das für Pflegestufe I erforderliche Ausmaß nicht, liegt eine einfache Pflegebedürftigkeit (sog. „Pflegestufe 0“) vor, die keine relevante Pflegebedürftigkeit im Sinne des SGB XI bildet.

Der verrichtungsbezogene Begriff der Pflegebedürftigkeit ist vor allem dahingehend in Kritik geraten, daß er wesentliche Aspekte wie etwa Kommunikation und soziale Teilhabe ausblende, den bloßen Beaufsichtigungsbedarf nicht erfassen könne²³³³ und dadurch Personen wie etwa Demenzkranke benachteilige, deren primärer Bedarf in der sozialen Betreuung liege.²³³⁴ Die Defizitorientiertheit des § 14 SGB XI lasse zudem die individuellen, familiären und anderen sozialen Selbsthilfe- und Hilfpotentiale weitgehend unbeachtet.²³³⁵ Vor diesem Hintergrund wurde vom BMG im Oktober 2006 ein Beirat zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs einberufen, der im Januar 2009 einen Vorschlag für einen neuen Pflegebedürftigkeitsbegriff und das damit verbundene Begutachtungsverfahren vorlegte.²³³⁶ Wesentlicher Inhalt der vorgeschlagenen Änderungen ist, daß für die neue Pflegebedürftigkeitsdefinition²³³⁷ nicht mehr länger der zeitliche Umfang und die Häufigkeit der Hilfeleistungen maßgebend sein soll. Um die Engführung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs auf den Hilfebedarf bei den Alltagsverrichtungen zu vermeiden, solle statt dessen allein auf den Grad der Selbstständigkeit bzw.

2333 Weil das SGB XI die Feststellung der Leistungsvoraussetzung „Pflegebedürftigkeit“ dogmatisch vom Umfang und Inhalt der Leistungen trennt, ändert sich nach richtigem Verständnis auch dadurch nichts an der strengen Verrichtungsbezogenheit der Ermittlung der Pflegebedürftigkeit, daß im Rahmen der stationären Pflege nach § 43 Abs. 2 S. 1 SGB XI auch Aufwendungen für die soziale Betreuung von den Leistungen der sozialen Pflegeversicherung umfaßt sind und daß durch das Pflegeleistungsergänzungsgesetz (Gesetz v. 14. Dezember 2001, BGBl. I S. 3728) mit den §§ 45a ff. SGB XI zusätzliche Leistungen für Personen mit einem erheblichen allgemeinen Betreuungsbedarf in das Leistungsrecht der sozialen Pflegeversicherung aufgenommen wurden.

2334 Dazu etwa *Wagner*, in Hauck/Nofz [Hrsg.], SGB XI, K § 14 Rn 62 f.; *Klie*, in: *Klie/Krahmer* [Hrsg.], SGB XI, vor §§ 14-19, Rn. 6 ff.; *Igl*, Pflegebedürftigkeit, Pflege und Pflegebedarf im rechtlichen Verständnis, RsDE 66 (2008), S. 24 f.; *Welti*, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2007, S. 44 f.; vgl. auch *Bundesministerium für Gesundheit*, Bericht des Beirats zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs, S. 11 f., 41 f.; das BVerfG hält die Ausgestaltung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs in § 14 SGB XI jedoch für verfassungsgemäß (BVerfG, Beschluß vom 22. Mai 2003, Az. 1 BvR 452/99 und 1 BvR 1077/00, SozR 4-3300 § 14 Nr. 1). Mit Kritik an diesem Beschluß insb. *Baumeister*, Verfassungswidrige Ungleichbehandlung dementer Menschen im Recht der sozialen Pflegeversicherung, NZS 2004, S. 191 ff.

2335 *Welti*, Von der Pflege zur Teilhabe Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2007, S. 38, 40.

2336 *Bundesministerium für Gesundheit*, Bericht des Beirats zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs, 2009.

2337 Für einen Formulierungsvorschlag für eine Neufassung von §§ 14 f SGB XI s. *Bundesministerium für Gesundheit*, Bericht des Beirats zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs, S. 85 ff.

den Verlust an Selbstständigkeit bei der Durchführung bestimmter Aktivitäten oder der Gestaltung einzelner Lebensbereiche abgestellt werden. Die sechs Module, mit denen hiernach der Grad der individuellen Beeinträchtigung ermittelt werden soll, betreffen die Mobilität, die kognitiven und kommunikativen Fähigkeiten, die Verhaltensweisen und psychischen Problemlagen, die Selbstversorgung, den Umgang mit krankheits- und therapiebedingten Anforderungen und Belastungen sowie die Gestaltung des Alltagslebens und der sozialen Kontakte.²³³⁸ Die Ergebnisse für die jeweiligen Module sollen dann zu einem Gesamtergebnis zusammengeführt werden, das bei einer festgestellten Pflegebedürftigkeit deren Grad auf einer Skala von fünf Bedarfsgraden ausdrückt.²³³⁹ Nach dieser Zuordnung wiederum soll sich die Höhe der Leistungen bestimmen.²³⁴⁰ Mittlerweile wurde vom BMG eine Umsetzungsstudie erbeten, die den Verantwortlichen Empfehlungen zur Implementation der Vorschläge unterbreiten soll.

Ob die Pflegebedürftigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind und welche Pflegebedürftigkeitsstufe vorliegt, begutachtet nach § 18 SGB XI der Medizinische Dienst der Krankenversicherung (MDK) im Auftrag der Pflegekassen. Dabei stützt er sich auf die von den Spitzenverbänden der Pflegekassen zur Präzisierung der gesetzlichen Regelungen beschlossenen Pflegebedürftigkeitsrichtlinien²³⁴¹, Begutachtungsrichtlinien²³⁴² und Härtefallrichtlinien²³⁴³. Diese nur verwaltungsintern geltenden Verwaltungsvorschriften²³⁴⁴ sollen eine bundesweit einheitliche Einstufungspraxis fördern, vgl. § 17 Abs. 1 SGB XI. Die durchschnittliche Begutachtungsdauer im stationären Bereich lag 2006 bei 30,9 Tagen.²³⁴⁵ Basierend auf den Prüfungen gibt der MDK Einstufungsempfehlungen ab, die rechtlich als sachverständige Gutachten zu qualifizieren sind.²³⁴⁶ Die im Verhältnis zum Versicherten relevante Entscheidung über das Vorliegen der Pflegebedürf-

2338 Vgl. hierzu *Bundesministerium für Gesundheit*, Bericht des Beirats zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs, S. 36 f.; die beiden weiteren Module „außerhäusliche Aktivitäten“ und „Haushaltsführung“ gehen nicht in die Ermittlung des Grads der Pflegebedürftigkeit ein, sondern dienen der gesonderten Beschreibung der Hilfebedürftigkeit. Die pflegerelevanten Inhalte dieser beiden Module sind bereits in den sechs anderen enthalten.

2339 Ausführlich *Bundesministerium für Gesundheit*, Bericht des Beirats zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs, S. 37 ff.

2340 *Bundesministerium für Gesundheit*, Bericht des Beirats zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs, S. 48.

2341 Richtlinien der Spitzenverbände der Pflegekassen über die Abgrenzung der Merkmale der Pflegebedürftigkeit und der Pflegestufen sowie zum Verfahren der Feststellung der Pflegebedürftigkeit vom 7.11.1994 in der Fassung des Beschlusses vom 11. Mai 2006.

2342 Richtlinien der Spitzenverbände der Pflegekassen zur Begutachtung von Pflegebedürftigkeit nach dem XI. Buch des Sozialgesetzbuches vom 21. März 1997 in der Fassung des Beschlusses vom 11. Mai 2006.

2343 Richtlinien der Spitzenverbände der Pflegekassen zur Anwendung der Härtefallregelungen vom 10. Juli 1995 in der Fassung des Beschlusses vom 28.10.2005; zur Rechtswidrigkeit der Härtefallrichtlinien in der Fassung vom 3. Juli 1996, die die gesetzlich vorgegebenen Quoten von 3 % im häuslichen und 5 % im stationären Bereich (§§ 36 Abs. 4 S. 2, 43 Abs. 3 S. 2 SGB XI) nicht ausschöpften, BSG, Urt. v. 30. Oktober 2001, SozR 3-3300 § 36 Nr. 3.

2344 Vgl. *Udsching*, SGB XI, § 17 Rn. 4.

2345 *Bundesministerium für Gesundheit*, Die Entwicklung der Pflegeversicherung. Vierter Bericht, S. 25.

2346 Vgl. statt vieler etwa *Udsching*, SGB XI, § 18 Rn. 3.

tigkeit trifft – unter maßgeblicher Berücksichtigung der gutachtlichen Überprüfung durch den MDK – die Pflegekasse durch einen Verwaltungsakt.²³⁴⁷

Von den ca. 671.000 Personen, die Ende 2007 vollstationäre Dauerpflegeleistungen nach dem SGB XI bezogen, waren ca. 35,1 % der Pflegestufe I, 42,4 % der Pflegestufe II und 21,1 % der Pflegestufe III (3,5 % davon bzw. 0,3 % insgesamt als „Härfälle“ eingestuft) zugeordnet.²³⁴⁸

Über die genannten Pflegebedürftigkeitsvoraussetzungen hinaus besteht ein Anspruch auf Pflege in vollstationären Einrichtungen gem. § 43 Abs. 1 SGB XI nur dann, wenn weder eine häusliche noch eine teilstationäre Pflege in Betracht kommt. Diese Vorschrift korrespondiert mit § 3 SGB XI, der ausdrücklich einen Nachrang vollstationärer Angebote anordnet und bestimmt, daß die Pflegeversicherung vorrangig die häusliche Pflege und die Pflegebereitschaft der Angehörigen und Nachbarn unterstützen soll. Hierdurch sollen Pflegebedürftige möglichst lange in ihrer häuslichen Umgebung belassen werden können.

2. Sozialhilferechtliche Leistungsvoraussetzungen

Als Leistung eines Fürsorgesystems setzt die sozialhilferechtliche Hilfe zur Pflege zunächst voraus, daß es der betreffenden Person, ihrem nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Ehepartner oder, wenn sie minderjährig und unverheiratet ist, auch den Eltern nicht zuzumuten ist, die erforderlichen Mittel aus dem eigenen Einkommen und Vermögen aufzubringen, § 19 Abs. 3 SGB XII. Die Einzelheiten und insbesondere die Grenzen der Einsatzpflicht finden sich in den §§ 82 ff. SGB XII. Gem. § 18 SGB XII ist die Hilfe zur Pflege eine antragsunabhängige Leistung. Wie englische Kommunen in Bezug auf Leistungen der *social care* müssen auch die Sozialhilfeträger von Amts wegen tätig werden, wenn hinreichende Anhaltspunkte für das Bestehen eines Leistungsanspruchs bei einer bestimmten Person bekannt werden.²³⁴⁹

Die bedarfsbezogenen Leistungsvoraussetzungen sind in § 61 SGB XII geregelt. § 61 Abs. 1 S. 1 SGB XII orientiert sich hierfür an §§ 14 f. SGB XI, zudem sind die Sozialhilfeträger gem. § 62 SGB XII an die Pflegebedürftigkeitsentscheidungen der Pflegekassen gebunden. Der enge Bezug zum Pflegebedürftigkeitsbegriff des Pflegeversicherungsrechts wird jedoch zum einen insoweit durchbrochen, als der Hilfebedarf neben den in § 61 Abs. 3 Nr. 1-3 SGB XII genannten Gründen auch auf „anderen Krankheiten oder Behinderungen“ beruhen kann, § 61 Abs. 3 Nr. 4 SGB XII. Zum anderen ist Hilfe zur Pflege nach § 61 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 SGB XII auch für diejenigen zu leisten, deren Hilfebedarf unterhalb eines erheblichen Pflegebedarfs liegt. Bei der Hilfe zur Pflege

2347 *Trenck-Hinterberger*, in: Wannagat [Hrsg.], Sozialgesetzbuch, § 18 SGB XI Rn. 6.

2348 Bei weiteren 1,4 % der Leistungsbezieher stand die Zuordnung zu einer Pflegestufe zum betreffenden Zeitpunkt noch aus. Vgl. *Statistisches Bundesamt*, Pflegestatistik 2007. Deutschlandergebnisse, S. 22 (Tabelle 3.4).

2349 Vgl. *Neumann*, in: Hauck/Nofz, SGB XII, K § 18 Rn. 6; *Dauber*, in: Mergler/Zink, SGB XII, § 18 Rn. 12 f.

setzt ein Anspruch daher bereits ab der sogenannten „Pflegestufe 0“ ein.²³⁵⁰ Ferner kann sich der relevante Hilfebedarf auch auf andere als die in § 61 Abs. 5 SGB XII genannten Einrichtungen beziehen. Die Öffnungsklausel des § 61 Abs. 1 S. 2 SGB XII verdeutlicht, daß die sozialhilferechtlichen Pflegeleistungen auf dem Bedarfsdeckungsprinzip beruhen und sich insofern von den gedeckelten Grundsicherungsleistungen der Pflegeversicherung unterscheiden.²³⁵¹

Auch für das Sozialhilferecht ist der grundsätzliche Vorrang von ambulanten und teilstationären vor (voll)stationären Leistungen ausdrücklich im Gesetz verankert, § 13 Abs. 2 SGB XII. Die Regelungen korrespondieren mit der Einschränkung des Wunschrechts in § 9 Abs. 2 SGB XII, wonach einem Wunsch des Leistungsberechtigten nach einer (teil-)stationären Unterbringung nur dann entsprochen werden soll, wenn der Bedarf nicht anders gedeckt werden kann. Das Vorrangprinzip gilt umso mehr, wenn lediglich die Voraussetzungen des sozialhilferechtlichen, nicht aber zugleich auch die des pflegeversicherungsrechtlichen Pflegebedürftigkeitsbegriffs erfüllt sind. Ein Anspruch auf Hilfe zur Pflege kann in diese Fällen nur aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls erforderlich sein (§ 61 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 SGB XII), etwa wenn aufgrund psychischer Einschränkungen, einer demenziellen Veränderung oder eines nicht ausreichenden sozialen Netzwerks die Pflegebedürftigkeit in der eigenen Häuslichkeit nicht bewältigt werden kann.²³⁵² Dem Vorrang niedrigschwelliger Angebote entsprechend wurden zuletzt mit dem Pflege-Weiterentwicklungsgesetz²³⁵³ die Leistungen zur Tages- und Nachtpflege verbessert sowie Prävention und Rehabilitation in der Pflege gestärkt.²³⁵⁴

3. Vergleichende Zusammenfassung

Vergleicht man die soeben beschriebenen Leistungsvoraussetzungen des SGB XI und SGB XII mit denen von s. 21(1) NAA 1948, fällt zunächst auf, daß der Begriff der Pflegebedürftigkeit im SGB XI sehr detailliert beschrieben ist. Dies trägt – in Kombination mit den ausführlichen Richtlinien der Spitzenverbände – zu einer bundesweit konsistenten Verwaltungspraxis und somit zu einheitlichen Zugangsvoraussetzungen zu Pflegesozialleistungen bei. Aufgrund der grundsätzlichen Anlehnung des sozialhilferechtlichen an den pflegeversicherungsrechtlichen Pflegebedürftigkeitsbegriff sowie

2350 Ungeklärt ist allerdings die untere Schwelle, ab der Ansprüche auf Hilfen zur Pflege einsetzen können. Besondere Relevanz dürfte dies indes v.a. bei ambulanten Diensten haben. Erforderlich ist aber in jedem Fall ein pflegerischer Bedarf, ein allein auf hauswirtschaftliche oder soziale Unterstützung gerichteter Hilfebedarf reicht nicht aus: *Klie*, in: Hauck/Nofz, SGB XII, K § 61 Rn. 4.

2351 *Wahrendorf*, in: Grube/Wahrendorf, SGB XII, § 16 Rn. 12.

2352 *Klie*, in: Hauck/Nofz, SGB XII, K § 61 Rn. 7.

2353 Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung (Pflege-Weiterentwicklungsgesetz) v. 28. Mai 2008, BGBl. I S. 874. Für einen Überblick über die Neuerungen s. *Igl*, Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung, NJW 2008, S. 2214 ff.

2354 Dazu etwa von *Schwanenflügel*, in: Möwisch/Ruser/von Schwanenflügel [Hrsg.], Pflegereform 2008, S. 5 ff., 30 ff.; *Linke/Linke*, Reform der Pflegeversicherung, S. 26.

angesichts der Bindungswirkung der diesbezüglichen Entscheidungen der Pflegekassen gilt dies in sehr ähnlicher Weise auch für die Hilfen zur Pflege nach dem SGB XII.

Die Rechtslage in England bildet hierzu einen deutlichen Kontrast.²³⁵⁵ Die Leistungsvoraussetzungen sind in s. 21(1) NAA 1948 lediglich mit unbestimmten Rechtsbegriffen („*in need of care and attention*“) beschrieben. Eine Konkretisierung der Voraussetzungen findet erst dezentral auf kommunaler Ebene durch die jeweiligen Auswahlkriterien statt. Auch wenn es hierfür nationale Rahmenvorgaben und Verwaltungsanweisungen gibt, variieren die Bedingungen, unter denen die einzelnen Kommunen in England stationäre Langzeitpflegeleistungen anbieten, erheblich. Der Zugang zu stationären Langzeitpflegeleistungen hängt in England daher maßgeblich auch vom jeweiligen Wohnort des Betroffenen ab, was – bislang erfolglos – als „postcode lottery“ kritisiert wurde.

Die Detailtiefe der Normierung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs in Deutschland erlaubt den Betroffenen eine gewisse Vorhersehbarkeit ihrer Ansprüche. Dies ist in England nicht in gleicher Weise der Fall, was zum einen damit zusammenhängt, daß sich auch die kommunalen Auswahlkriterien einer sehr interpretationsbedürftigen Begrifflichkeit bedienen. Zum anderen trägt zur fehlenden Vorhersehbarkeit auch die fehlende subjektiv-rechtliche Prägung von s. 21(1) NAA 1948 bei, die den lokalen Behörden einen weiten Ermessensspielraum im Umgang mit der *target duty* des s. 21(1) NAA 1948 beläßt. Aufgrund des Fehlens eines Prüfprogramms, das mit der Ermessensfehlerlehre des deutschen Verwaltungs(prozeß)rechts oder der vollumfänglichen Überprüfbarkeit unbestimmter Rechtsbegriffe vergleichbar wäre, lassen sich die Entscheidungen der englischen Kommunen zudem auch vor Gericht nur eingeschränkt nachprüfen. Wie zutreffend die Aussage ist, „welfare rights“ im Sinne eines subjektiven Rechts auf bestimmte Sozialleistungen und das weite Ermessen der Verwaltung stünden in England nach wie vor in einem „umgekehrt reziproken“ Verhältnis,²³⁵⁶ an dem grundsätzlich weder die Installation von Ombudsmännern noch verschiedenste Richtlinien etwas ändern könnten, zeigt sich daran, daß die englischen Kommunen trotz des Erlasses von *National Service Frameworks* und der *FACS*-Richtlinien ihr Ermessen bei der Aufstellung und der Anwendung von Auswahlkriterien dazu nutzen, das Leistungsangebot in erheblichem Umfang zu rationieren („*rationing by discretion*“).²³⁵⁷ Hierzu bilden sowohl das deutsche Pflegeversicherungsrecht als auch die sozialhilferechtliche Hilfe zur Pflege, deren subjektiv-rechtlicher Charakter gerade in Abgrenzung zur früheren Armenunterstützung²³⁵⁸ durch § 17 SGB XII nochmals ausdrücklich festgestellt wird, einen deutlichen Gegensatz.

Inhaltlich orientieren sich in England die in der *FACS-guidance* enthaltenen Rahmenvorgaben für die Aufstellung der über den Zugang zu Pflegeleistungen entscheidenden kommunalen Auswahlkriterien zwar auch an der Beeinträchtigung individueller

2355 Vgl. auch *Gudat*, S. 49, die von der „Interpretationsoffenheit“ des englischen Rechts spricht.

2356 *Adler/Asquith*, *Discretion and Power*, S. 12; vgl. auch *Harris*, *Welfare State*, S. 35 ff.

2357 *Commission for Social Care Inspection*, *The State of Social Care in England 2006-07*, S. 134 ff.

2358 *Neumann*, in: *Hauck/Noz*, SGB XII, § 17 Rn. 3.

Fähigkeiten und Fertigkeiten. Im Unterschied zum deutschen Recht sind diese aber weiter gefaßt. Sie gehen insbesondere über den engen Bezug zu den Verrichtungen der Grundpflege hinaus und stellen beispielsweise auch auf die Fähigkeit zur Ausübung sozialer Rollen und zur Aufrechterhaltung sozialer Beziehungen ab. Die Entscheidung über die Leistungsgewährung weist in England zudem stärkere prognostische Elemente auf, indem bei der Begutachtung des pflegerischen Bedarfs insbesondere danach entschieden wird, wie sich ein Fehlen von Unterstützungsleistungen auf die künftige Entwicklung der betreffenden Person auswirken würde. Das Fehlen formaler Mindestgrenzen im Hinblick auf den erforderlichen zeitlichen Umfang des pflegerischen Bedarfs trägt weiter zu einer gewissen Flexibilität bei der Anspruchsgewährung bei, macht die Entscheidung über die Anspruchsgewährung aber andererseits weniger leicht prognostizierbar. Zudem wirkt sich das Fehlen eines gesetzlich vorgegebenen Mindestbedarfs für Pflegeleistungen in der Praxis jedenfalls bei stationären Leistungen insofern nicht aus, als die Kommunen ihrerseits durch rigide Auswahlkriterien hohe Bedarfsschwellen ansetzen.

Der im deutschen Recht ausdrücklich im Gesetz verankerte Grundsatz des Vorrangs ambulanter vor stationären Hilfen findet sich bei s. 21(1) NAA 1948 zwar nicht in einer vergleichbar expliziten Weise. Er läßt sich aber einigen neueren politischen Strategiepapieren entnehmen,²³⁵⁹ die den Zugang gerade zu niedrigschwelligen Pflegeangeboten verbessern möchten. Durch die Praxis vieler englischer Kommunen, in ihren Auswahlkriterien beim Leistungszugang Personen mit einem höheren Hilfebedarf Vorrang gegenüber Personen mit einem geringeren Bedarf einzuräumen und Leistungsangebote unterhalb der stationären Pflege in breitem Umfang zu streichen, werden die politischen Zielsetzungen allerdings konterkariert. Während in Deutschland in den letzten Jahren der Anteil der Pflegebedürftigen gerade in Pflegestufe I zunahm,²³⁶⁰ konzentrieren viele englische Kommunen die Hilfeleistungen immer noch sehr stark auf diejenigen, die den dringendsten Bedarf an Pflegeleistungen haben, während sie niedrigschwellige Angebote streichen.

VI. Leistungserbringung

1. Leistungserbringung in der sozialen Pflegeversicherung

a. Allgemeines

Im Gegensatz zu den englischen Kommunen ist es den deutschen Pflegekassen nicht gestattet, den Sachleistungsanspruchs²³⁶¹ auf stationäre Pflegeleistungen durch kassen-

2359 S. oben, Fn. 1152.

2360 Vgl. *Bundesministerium für Gesundheit*, Die Entwicklung der Pflegeversicherung. Vierter Bericht, S. 17, 111 (Grafik 3).

2361 Dazu etwa *Schulin*, Die soziale Pflegeversicherung des SGB IX, NZS 1994, S. 442.

eigene Einrichtungen zu erfüllen.²³⁶² Anders als noch im Referentenentwurf des Pflegeversicherungsgesetzes vorgesehen²³⁶³ fehlt die hierfür erforderliche²³⁶⁴ Gesetzesgrundlage.²³⁶⁵ Hinter der fehlenden eigenhändigen Leistungserbringung steht der Gedanke, daß die Pflegeversicherung die traditionell gewachsene Trägerstruktur nicht beseitigen soll.²³⁶⁶ Der Sicherstellungsauftrag der Pflegekassen nach § 69 SGB XI, wonach die Pflegekassen im Rahmen ihrer Leistungsverpflichtung eine bedarfsgerechte und gleichmäßige, dem allgemein anerkannten Stand medizinisch-pflegerischer Erkenntnisse entsprechende pflegerische Versorgung der Versicherten zu gewährleisten haben, richtet sich daher nicht – auch nicht wahlweise wie bei den englischen Kommunen – auf eine eigenhändige Leistungserbringung, sondern – offener – auf die Versorgung der Pflegebedürftigen mit entsprechenden Leistungen.²³⁶⁷

Vor diesem Hintergrund müssen die Pflegekassen externe Einrichtungsträger mit der Leistungserbringung betrauen. Sie haben dabei den Pluralismus der Pflegeeinrichtungen zu achten, also die Vielfalt der freigemeinnützigen, kirchlichen, privat-kommerziellen und öffentlichen Träger sowie deren Selbständigkeit, Selbstverständnis und Unabhängigkeit zu respektieren, §§ 11 Abs. 2 S. 1, 69 S. 3 SGB XI. Freigemeinnützigen privaten²³⁶⁸ Trägern ist ein Vorrang gegenüber öffentlichen Trägern einzuräumen, § 11 Abs. 2 S. 3, § 72 Abs. 3 S. 2 SGB XI.

Zur Erfüllung ihres Sicherstellungsauftrags schließen die Pflegekassen (oder deren Verbände) mit den Leistungserbringern diverse Verträge ab. Diese Vertragsbeziehungen, die im Folgenden näher geschildert werden, sind im Leistungserbringungsrecht der §§ 69 ff. SGB XI geregelt und damit – ganz im Unterschied zur Rechtslage in England – in eine öffentlich-rechtliche Regelungsstruktur von hoher Detaildichte eingebunden.²³⁶⁹

2362 *Maschmann*, Grundfragen des Rechts der Leistungserbringung, SGB 1996, S. 49; *Neumann*, in: Schulin [Hrsg.], HdbSV-PfIV, § 20 Rn. 28; *Krahmer/Pöld-Krämer*, in: Klie/Krahmer, SGB XI, § 11 Rn. 11.

2363 § 84 des Vorentwurfs eines Gesetzes zur sozialen Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit vom 21.8.1992, veröffentlicht in RsDE 21 (1993), S. 57.

2364 BGH, Urt. v. 18. Dezember 1981, BGHZ 82, 375, 384 ff.; zweifelnd BSG, Urt. v. 18. Mai 1988, BSGE 63, 173, 178 f.

2365 Zulässig ist die eigenhändige Leistungserbringung nur in den Fällen des § 77 Abs. 2 SGB XI (Anstellung einzelner Pflegekräfte) und § 78 Abs. 4 SGB XI (Ausleihe von gebrauchten Pflegehilfsmitteln); kritisch gegenüber dieser rigiden Einschränkung *Neumann*, in: Schulin [Hrsg.], HdbSV-PfIV, § 20 Rn. 28, mit dem Argument, die Leistungsträger könnten durch den Betrieb von Eigeneinrichtungen für die Zusammenarbeit mit den Leistungserbringern wichtige Erfahrungen in der sozialen Arbeit sammeln.

2366 *Krahmer/Pöld-Krämer*, in: Klie/Krahmer, SGB XI, § 11 Rn. 11; vgl. auch BT-Drs. 12/5952, S. 34 f.

2367 *Richter*, in: Klie [Hrsg.], SGB XI, § 69 Rn. 10.

2368 Der Verzicht auf Gewinnerzielung unterscheidet die freigemeinnützigen Träger von den privaten Trägern im Sinne der Gesetzesterminologie; „privat-kommerzielle Träger“ wäre der präzisere Begriff, weil die freigemeinnützigen Träger ebenfalls Private sind, es sei denn, es handelt sich um Kirchengemeinden, die über den Status der Körperschaft des öffentlichen Rechts i.S.d. Art. 140 GG i.V.m. Art 137 V WRV verfügen; vgl. *Neumann*, in: Schulin [Hrsg.], HdbSV-PfIV, § 20 Rn. 25.

2369 Dazu ausführlich etwa *Udsching*, NZS 1999, S. 473 ff., der in diesem Zusammenhang auch von einer „Disziplinierung der Pflegeeinrichtungen“ spricht. Die Konzeption des Leistungserbringungs-

b. Zulassung zur Leistungserbringung durch Versorgungsverträge

Gem. § 72 Abs. 1 S. 1 SGB XI darf stationäre Pflege nur durch „zugelassene“ Pflegeeinrichtungen gewährt werden. Dies sind solche Heime, mit denen ein Versorgungsvertrag besteht. Dem Versorgungsvertrag kommt eine für den Marktzugang grundlegende, statusbegründende²³⁷⁰ Bedeutung zu. Parteien des öffentlich-rechtlichen²³⁷¹ Versorgungsvertrags können nach § 72 Abs. 2 S. 1 SGB XI zum einen der Träger der betreffenden Einrichtung²³⁷² oder eine vertretungsberechtigte Vereinigung gleicher Träger und zum anderen der jeweilige Landesverband der Pflegekassen sein. Der Vertrag ist im Einvernehmen mit dem für die Hilfe zur Pflege zuständigen Träger der Sozialhilfe abzuschließen. Ein einmal abgeschlossener Versorgungsvertrag hat unmittelbare Verbindlichkeit nicht nur für die Einrichtung, sondern für alle Pflegekassen im Inland (§ 72 Abs. 2 S. 2 SGB XI). Nach Abschluß eines Versorgungsvertrags kann die zugelassene Pflegeeinrichtung somit Versicherte aus dem gesamten Bundesgebiet zu Lasten der sozialen Pflegeversicherung versorgen,²³⁷³ ohne daß hierfür mit den Landesverbänden der Pflegekassen anderer Bundesländer gesonderte Verträge abgeschlossen werden müssen.

Versorgungsverträge dürfen nur mit Einrichtungen abgeschlossen werden, die die in § 72 Abs. 3 S. 1 Hs. 1 SGB XI enumerativ aufgelisteten Voraussetzungen erfüllen,²³⁷⁴ auf die weiter unten²³⁷⁵ zurückzukommen sein wird. Schon hier sei jedoch erwähnt, daß der Abschluß der Versorgungsverträge – anders als in England – nicht ausdrücklich an eine (in Deutschland in dieser Form ohnehin nicht bekannte) vorherige heimaufsichtliche Registrierung der Einrichtung geknüpft ist. Nichtsdestotrotz besteht auch nach dem Pflegeversicherungsrecht ein Konnex zum Heimaufsichtsrecht dergestalt, als § 74 Abs. 2 S. 3 SGB XI die Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung eines Versorgungsvertrags für den Fall vorsieht, daß die Heimaufsicht die Betriebserlaubnis entzogen oder den Betrieb des Heims untersagt hat.

rechts der Pflegeversicherung wurde größtenteils nicht neu geschaffen, sondern aus anderen Zweigen der Sozialversicherung, vornehmlich der Krankenversicherung, übernommen, einzelne Anleihen wurden auch dem Krankenhausfinanzierungsrecht, dem Krankenhauspflegesatzrecht sowie dem damaligen BSHG entnommen.

2370 BT-Drs. 12/5262, S. 135; *Udsching*, SGB XI, § 72 Rn. 3; *Hense*, in: Fehling/Ruffert [Hrsg.], Regulierungsrecht, S. 903.

2371 Statt vieler etwa *Wigge*, in: Wannagat [Hrsg.], SGB XI, § 72 Rn. 7; *Neumann*, in: Schulin [Hrsg.], HdbSV-PfIV, § 21 Rn. 1; *Quaas*, Der Versorgungsvertrag nach dem Pflege-Versicherungsgesetz, NZS 1995, S. 197; *Maschmann*, Grundzüge des Leistungsrechts der gesetzlichen Pflegeversicherung nach dem SGB XI, NZS 1995, S. 116.

2372 Mit dem PFWG wurde in § 72 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 SGB XI die Möglichkeit geschaffen, für mehrere oder alle selbständig wirtschaftenden Einrichtungen eines Pflegeeinrichtungsträgers, die örtlich und organisatorisch miteinander verbunden sind, einen einheitlichen Versorgungsvertrag (Gesamtversorgungsvertrag) zu schließen. Näher hierzu *Plantholz/Schmäing*, in: Krahmer/Klie, SGB XI, § 72 Rn. 11.

2373 BT-Drs. 12/5262, S. 136.

2374 Zur Vereinbarkeit von Zulassungsvoraussetzungen mit den Grundrechten der Leistungserbringer s. *Udsching*, Die vertragsrechtliche Konzeption der Pflegeversicherung, NZS 1999, S. 475.

2375 S. etwa unten, S. 458 f.

Werden die Voraussetzungen erfüllt, hat der Einrichtungsträger einen Anspruch auf Abschluß des Versorgungsvertrags, § 72 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 SGB XI. Durch die Einräumung eines Anspruchs beabsichtigte der Gesetzgeber, neuen Anbietern den Zugang zum Pflegemarkt offenzuhalten und den Wettbewerb unter den Anbietern zu fördern.²³⁷⁶ Die §§ 73 f. SGB XI enthalten Sondervorschriften für den Abschluß und die Kündigung von Versorgungsverträgen.

Wie diese Regelungen zeigen, liegen dem Leistungserbringungsrecht der Pflegeversicherung marktwirtschaftliche Mechanismen zugrunde.²³⁷⁷ Der deutsche Pflegemarkt ist – wie auch der englische – kein geschlossener Markt, bedarfsplanerische Gesichtspunkte dürfen nicht zur Ablehnung eines Versorgungsvertrags herangezogen werden.²³⁷⁸ Einen gewissen Widerspruch hierzu bildet allerdings § 72 Abs. 3 S. 2 SGB XI, der bei einer notwendigen Auswahl zwischen mehreren geeigneten Pflegeeinrichtungen einen vorrangigen Vertragsschluß mit freigemeinnützigen und privaten Trägern verlangt.²³⁷⁹ Die Vorschrift wird daher teilweise für nichtig gehalten,²³⁸⁰ teilweise wird sie als Expansionsverbot zu Lasten kommunaler Träger verstanden.²³⁸¹

Inhaltlich sind im Versorgungsvertrag Art, Inhalt und Umfang der zu erbringenden allgemeinen Pflegeleistungen festzulegen (§ 72 Abs. 1 S. 2 SGB XI), Preis- oder Belegungszusagen seitens der Pflegekasse enthält er hingegen nicht.²³⁸² Auch eine Versorgungspflicht des Inhalts, daß jeder zugewiesene Versicherte aufzunehmen ist, verlangt das Gesetz nicht, so daß die Pflegekasse auch nicht zur Durchsetzung eines Belegrechts berechtigt ist.²³⁸³

2376 BT-Drs. 12/5262, S. 136. Vgl. auch *Hense*, in: Fehling/Ruffert [Hrsg.], Regulierungsrecht, S. 903. Der Anspruch ist vor den Sozialgerichten (vgl. §§ 73 Abs. 2 S. 1 SGB XI, 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG) nach nicht unumstrittener Ansicht im Wege der kombinierten Anfechtungs- und Verpflichtungsklage durchzusetzen, vgl. BSG, Urt. v. 18. März 1999, NZS 1999, S. 610; Urt. v. 6. August 1998, B 3 P 8/97 R; dieser Ansicht folgen etwa auch *Barnewitz*, NJW 1980, S. 1981 f.; *Quaas*, MedR 1984, S. 54 f.; *Eicher*, DOK 1986, S. 565. Für die Qualifikation der Ablehnung eines Vertragsangebots als Verwaltungsakt läßt sich insbesondere § 73 Abs. 2 S. 2 SGB XI anführen, nach dem ein Vorverfahren nicht stattfindet und die Klage keine aufschiebende Wirkung hat, vgl. *Plantholz/Schmäing*, in: Krahmer/Klie, SGB XI, § 73 Rn. 6 f. Die Gegenansicht qualifiziert die Annahme des Angebotes und folgerichtig auch den *actus contrarius* der Ablehnung als öffentlich-rechtliche Willenserklärung, vgl. SG Stuttgart, Urt. v. 23. Juni 1994, RsDE 31 (1996), S. 102; *Neumann*, in: Schulin [Hrsg.], HdbSV-PfIV, § 21 Rn. 20. Nach ihr wäre die allgemeine Leistungsklage statthaft. Für diese Ansicht spricht, daß das Gesetz im Bereich der Zulassung gerade ein gleichgeordnetes vertragliches Verhältnis zwischen den Verbänden der Pflegekassen und den Pflegeeinrichtungen vorsieht (*Neumann*, in: Schulin [Hrsg.], HdbSV-PfIV, § 21 Nr. 19).

2377 *Plantholz/Schmäing*, in: Krahmer/Klie, SGB XI, § 72 Rn. 18.

2378 *Plantholz/Schmäing*, in: Krahmer/Klie, SGB XI, § 72 Rn. 18; *Hense*, in: Fehling/Ruffert [Hrsg.], Regulierungsrecht, S. 903.

2379 S. *Plantholz/Schmäing*, in: Krahmer/Klie, SGB XI, § 72 Rn. 19.

2380 *Schulin*, Verträge mit den Leistungserbringern im Pflegeversicherungsrecht, VSSR 1994, S. 285 ff.; *Leitherer*, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 72 SGB XI, Rn. 23; *Udsching*, SGB XI, § 72 Rn. 11, hält die Norm aufgrund des in § 72 Abs. 3 S. 1, 2.Hs. statuierten Rechtsanspruchs auf Zulassung jedenfalls für überflüssig.

2381 *Neumann*, in: Schulin [Hrsg.], HdbSV-PfIV, § 21 Rn. 24.

2382 BT-Drs. 12/5262, S. 135.

2383 *Neumann*, in: Schulin [Hrsg.], HdbSV-PfIV, § 21 Rn. 31.

c. Abschluß von Pflegesatzvereinbarungen

Aus dem Abschluß eines Versorgungsvertrag resultiert ein Anspruch der Pflegeeinrichtung auf eine leistungsgerechte Vergütung für die allgemeinen Pflegeleistungen inklusive der medizinischen Behandlungspflege und der sozialen Betreuung (sog. „Pflegevergütung“) sowie auf ein angemessenes Entgelt für Unterkunft und Verpflegung (sog. „Hotelkosten“), § 82 Abs. 1 S. 1, 3 SGB XI. Die Entgelte für die Erbringung von teil- oder vollstationären Pflegeleistungen, für die soziale Betreuung sowie für Leistungen der Behandlungspflege, welche Pflegeheime von den Heimbewohnern oder deren Kostenträgern beanspruchen können, werden als „Pflegesätze“ bezeichnet, § 84 Abs. 1 S. 1 SGB XI. Deren Art, Höhe und Laufzeit wird grundsätzlich²³⁸⁴ kooperativ in Pflegesatzvereinbarungen festgelegt. Diese Verträge werden zur Förderung des Wettbewerbs²³⁸⁵ zwischen den Heimen in individuellen Pflegesatzverfahren für jedes Pflegeheim gesondert nach § 85 SGB XI ausgehandelt (sog. Individualprinzip²³⁸⁶) bzw. mit Zustimmung der betroffenen Pflegeheimträger für ein Heim oder – in Abweichung vom Individualprinzip – für mehrere Heime innerhalb bestimmter geographischer Grenzen in kollektiven Pflegesatzverhandlungen von regional oder landesweit tätigen Pflegesatzkommissionen nach § 86 SGB XI vereinbart. Parteien der individuellen Pflegesatzverfahren sind gem. § 85 Abs. 2 S. 1 SGB XI der Träger des jeweiligen Heims, die Pflegekassen oder sonstige Sozialversicherungsträger, die für die Bewohner des Pflegeheimes zuständigen Träger der Sozialhilfe sowie gegebenenfalls Arbeitsgemeinschaften der Pflegekassen, der sonstigen Sozialversicherungsträger und der Träger der Sozialhilfe. Die Beteiligung steht allerdings unter dem Vorbehalt, daß auf den jeweiligen Kostenträger oder die Arbeitsgemeinschaft im Jahr vor den Pflegesatzverhandlungen mehr als 5 % der Berechnungstage des Pflegeheims entfielen. Pflegesatzkommissionen, in

2384 Ist eine vertragliche Regelung der Pflegevergütung nicht zustande gekommen, können zugelassene Pflegeeinrichtungen den Preis für ihre stationären Leistungen unmittelbar mit dem Pflegebedürftigen vereinbaren. Anstelle einer Sachleistung durch die Pflegekasse erhält der Pflegeversicherte in diesen Fällen eine begrenzte Kostenerstattung, § 91 Abs. 1, 2 SGB XI. Strittig ist dabei, ob auf eine Entscheidung der Schiedsstelle seitens des Heimträgers auch dann noch verzichtet werden kann, wenn die andere Vertragspartei diese anrufen möchte. Dies lehnen *Dalichau/Grüner/Müller-Alten*, Pflegeversicherung, Bd. II, § 91 SGB XI, S. 6 ff. zu Recht ab; a.A. *Schulin*, Verträge mit den Leistungserbringern im Pflegeversicherungsrecht, VSSR 1994, 297, der einen Verzicht seitens des Heimträgers auf die Pflegesatzregelung durch die Schiedsstelle auch noch nach deren Spruch für zulässig erachtet. Für eine Zwischenlösung hingegen *Udsching*, SGB XI, § 91 Rn. 4, der eine Festsetzung der Vergütung durch die Schiedsstelle mit Verweis auf § 91 SGB XI dann für ausgeschlossen hält, wenn die betroffene Pflegeeinrichtung vor Abschluß der Entscheidung der Schiedsstelle auf eine Regelung der Vergütung verzichtet. Dem dürfte jedoch die Tatsache entgegenstehen, daß dem Schiedsstellenspruch eine nicht allein auf die Pflegevergütung, sondern auch auf die Entgelte für Unterkunft und Verpflegung bezogene Schutzfunktion zukommt, so daß der Heimträger die Schiedsstellenentscheidung nicht unter Verweis auf § 91 SGB XI vermeiden kann (vgl. *Dalichau/Grüner/Müller-Alten*, Pflegeversicherung, Bd. II, § 91 SGB XI, S. 8).

2385 BT-Drs. 13/3696, S. 16; s. auch *Udsching*, Die vertragsrechtliche Konzeption der Pflegeversicherung, NZS 1999, S. 476.

2386 S. *Fuchs*, in: *Schulin* [Hrsg.], HdbSV-PfIV, § 6 Rn. 11, 17; *Neumann*, in: *Schulin* [Hrsg.], HdbSV-PfIV, § 22 Rn. 29.

denen kollektive Pflegesatzverhandlungen geführt werden, setzen sich demgegenüber aus den Landesverbänden der Pflegekassen, dem Verband der privaten Krankenversicherung e.V., den überörtlichen oder einem nach Landesrecht bestimmten Träger der Sozialhilfe und den Vereinigungen der Pflegeheimträger im Land zusammen, § 86 Abs. 1 S. 1 SGB XI.

Die Beteiligung der Sozialhilfeträger ist gerechtfertigt, weil auch ihnen gegenüber die Pflegesätze verbindlich sind, §§ 85 Abs. 6 S. 1 Hs. 2 SGB XI, 75 Abs. 5 S. 1 SGB XII. Aufgrund der im Leistungsrecht des SGB XI, nicht aber im SGB XII bestehenden Leistungsobergrenzen kommt den Sozialhilfeträgern eine zentrale, oft kostendämpfende, Rolle zu.²³⁸⁷ Können sich die Parteien nicht auf bestimmte Pflegesätze einigen, können diese von einer Schiedsstelle²³⁸⁸ festgesetzt werden, §§ 85 Abs. 5, 86 Abs. 1 S. 2 SGB XI. Legitimationsprobleme ergeben sich angesichts der Tatsache, daß die Vergütungsverträge ausschließlich zwischen Leistungserbringern und Kostenträgern geschlossen werden, allerdings auch gegenüber den an der Vereinbarung nur schwach und mittelbar über eine Stellungnahme des Heimbeirats oder des Heimfürsprechers beteiligten²³⁸⁹ Versicherten verbindlich sind.²³⁹⁰ Denn angesichts der auf Höchstbeträge begrenzten Versicherungsleistungen haben diese grundsätzlich die Differenz zu den Leistungsbeträgen und den vereinbarten Pflegesätzen zu bezahlen.

Eine Differenzierung der Pflegesätze nach Kostenträgern ist unzulässig (§ 84 Abs. 3 Hs. 2 SGB XI), ein Verbot, das auch im Heimvertragsrecht wiederholt wird.²³⁹¹ In Verbindung mit dem Grundsatz der Individualverhandlungen bewirkt dies, daß die „Nachfragerseite (...) kartelliert, die Anbieterseite parzelliert“²³⁹² wird. Den Pflegeeinrichtungen fehlen alternative Vertragsparteien, mit denen sie eigenständige Vereinbarungen abschließen könnten,²³⁹³ die Pflegekassen stehen weder untereinander noch zu den Sozialhilfeträgern im Wettbewerb. Weil die Kostenträger zudem über einen Wissensvor-

2387 *Klie*, in: Hauck/NoFz, SGB XII, K § 61 Rn. 14; ein gewisses Konfliktpotential kann allerdings dann entstehen, wenn die Sozialhilfeträger nicht nur auf Seiten der Leistungsträger, sondern mitunter auch auf Seiten der Einrichtungsträger vertreten sind, vgl. hierzu auch *Udsching*, Die vertragsrechtliche Konzeption der Pflegeversicherung, NZS 1999, S. 478.

2388 Allgemein zu Funktion, Zusammensetzung, Zuständigkeit, Verfahren und Spruchfähigkeit der Schiedsstelle nach § 76 SGB XI s. *Udsching*, in: Schnapp [Hrsg.], Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 315 ff.

2389 Vgl. § 85 Abs. 3 S. 2 SGB XI i.V.m. § 7 Abs. 4 HeimG. Die Gesetzesbegründung bezeichnet deren verfahrensmäßige Einbeziehung aufgrund der unmittelbaren Betroffenheit der Bewohner von den Verhandlungsergebnissen als „Gebot der Fairneß“, BT-Drs. 14/5399, S. 24.

2390 *Brünner*, RsDE 49 (2001), S. 76; *ders.*, ZfSH/SGB 2000, S. 594 ff.; vgl. auch *Neumann*, in: Schulin [Hrsg.], HdbSV-PfIV, § 22 Rn. 37 („Verträge zu Lasten Dritter“).

2391 § 7 Abs. 3 S. 1 des Wohn- und Betreuungsvertragsgesetzes (WBVG). Näher hierzu unten, Fn. 2495.

2392 *Neumann*, in: Schulin [Hrsg.], HdbSV-PfIV, Anhang § 22 Rn. A 29.

2393 Die Möglichkeit, gem. § 91 Abs. 1 SGB XI auf eine Vergütungsvereinbarung zu verzichten und statt dessen den Preis der Pflegeleistung unmittelbar mit den Pflegebedürftigen zu vereinbaren, die sich ihrerseits die Kosten von den Pflegekassen erstatten lassen können (§ 91 Abs. 2 SGB XI), stellt keine wirkliche Alternative dar, weil die Kostenerstattung auf 80 % der sonst üblichen Höchstgrenzen beschränkt ist. Dies bedeutet einen beträchtlichen Wettbewerbsnachteil gegenüber anderen Pflegeheimen, vgl. *Brünner*, Vergütungsvereinbarungen, S. 88 f.

sprung bezüglich der Abschlüsse mit anderen Einrichtungen verfügen, liegt ein gewisses Gefälle an Verhandlungsmacht zwischen den Kostenträgern und den Einrichtungen vor. Vergütungsverhandlungen reduzieren sich in der Praxis daher nicht selten darauf, daß die Einrichtungsträger die vorgefertigten Vertragsentwürfe der Kostenträger akzeptieren.²³⁹⁴ Für einen gewissen Ausgleich der ungleichen Machtverhältnisse sorgt neben den gesetzlich vorgesehenen Schiedsstellen allerdings die Möglichkeit kollektiver Vereinbarungen nach § 86 SGB XI.²³⁹⁵ In der Praxis hat sie jedoch keine große Bedeutung.²³⁹⁶ Ferner sind über die Verfahrensregelungen hinaus in §§ 84, 87 S. 2 SGB XI, die insbesondere nach einer leistungsgerechten Vergütung verlangen,²³⁹⁷ bestimmte materielle Anforderungen für die Festsetzung der Pflegesätze und der Entgelte für Unterbringung und Verpflegung gesetzlich geregelt.

Mit dem PflWG wurde – zurückgehend auf Forderungen des Runden Tisches „Pflege“ – § 80a SGB XI a.F. aufgehoben und damit die Leistungs- und Qualitätsvereinbarung als eigenständiger Vertragstypus wieder aus dem Leistungserbringungsrecht der Pflegeversicherung gestrichen. Die Pflegesatzparteien sowie die Schiedsstellen und Gerichte sollten hierdurch von dem bürokratischen Aufwand entlastet werden, den die Administration dieser Vereinbarungen mit sich brachte.²³⁹⁸ Ob dieses Ziel erreicht wurde, ist allerdings fraglich, weil der wesentliche Inhalt der früheren Leistungs- und Qualitätsvereinbarungen faktisch lediglich in die Vergütungsvereinbarungen verlagert wurde.²³⁹⁹ Denn nach dem ebenfalls neu gefaßten § 84 Abs. 5 SGB XI sind die wesentlichen Qualitäts- und Leistungsmerkmale der Einrichtung nun in der Pflegesatzvereinbarung festzulegen.²⁴⁰⁰

d. Rahmenverträge, Bundesempfehlungen sowie Maßstäbe und Grundsätze für die Qualität und die Qualitätssicherung

Anders als das System der stationären Langzeitpflege in England, das aufgrund der primären Verortung der Qualitätssicherung im auf nationaler Ebene angesiedelten CSA 2000-Regime eine deutliche Zentralisierung erfahren hat, läßt sich in Deutschland nicht nur wegen der Überführung der Heimgesetzgebung in die Kompetenz der Länder, sondern vor allem aufgrund der auf der Ebene der einzelnen Heime angesiedelten Vereinbarung von Leistungs- und Qualitätsmerkmalen im Pflegesatzverfahren ein gewisses Maß an Dezentralisierung konstatieren. Allerdings enthält das deutsche Leistungserbringungsrecht verschiedene Instrumente, die bewirken, daß trotz der dezentralen ko-

2394 *Brünner*, Vergütungsvereinbarungen, S. 88 f.; *Griep/Renn*, RsDE 40 (1998), S. 10.

2395 Dazu *Brünner*, Vergütungsvereinbarungen, S. 89 f.

2396 *Brünner*, Vergütungsvereinbarungen, S. 69.

2397 Hierzu ausführlich *Brünner*, Vergütungsvereinbarungen, S. 147 ff.

2398 Vgl. BT-Drs. 16/7439, S. 71.

2399 In der Praxis wurde die Leistungs- und Qualitätsvereinbarung auch bisher schon zusammen mit der Vergütung verhandelt, weil die Einrichtungen bei kostenrelevanten Qualitätsmerkmalen zugleich auch deren Refinanzierung gesichert sehen wollten. Dazu *Möwisch*, in: *Möwisch/Ruser/von Schwanenflügel* [Hrsg.], *Pflegereform 2008*, S. 119.

2400 Hierzu ausführlich unten, S. 460 f.

operativen Mechanismen ein hohes Maß an Einheitlichkeit der Qualitätsstandards erreicht werden kann. Das Leistungserbringungsverhältnis zwischen den Pflegekassen und den Einrichtungsträgern wird nämlich über die bereits genannten Vertragstypen hinaus durch diverse Verträge, Vereinbarungen und Empfehlungen auf Landes- sowie Bundesebene beeinflusst.

Eines dieser Instrumente sind die so genannten Rahmenverträge nach § 75 SGB XI,²⁴⁰¹ mit denen das kollektive Regelungsprinzip aus dem Krankenhausbereich (vgl. § 112 SGB V) in das Pflegeversicherungsrecht übernommen wurde.²⁴⁰² Diese Rahmenverträge werden in jedem Land gemeinsam und einheitlich zwischen den Landesverbänden der Pflegekassen mit den Vereinigungen der Träger der stationären Pflegeeinrichtungen im Land unter Beteiligung unter anderem des medizinischen Dienstes der Krankenversicherung abgeschlossen. Um trotz der auf Ebene der einzelnen Heime grundsätzlich individuell abzuschließenden Versorgungsverträge und Pflegesatzvereinbarungen eine möglichst einheitliche Leistungserbringung zu gewährleisten, sind die Rahmenverträge als sog. „Normsetzungsverträge“²⁴⁰³ für alle Pflegekassen und die zugelassenen Pflegeeinrichtungen im Inland unmittelbar verbindlich (§ 75 Abs. 1 S. 4 SGB XI) und geben so für jeden Einzelvertrag den Rahmen der pflegerischen Versorgung vor.²⁴⁰⁴

In den Rahmenverträgen sind verschiedene, in § 75 Abs. 2 S. 1 SGB XI aufgeführte Vertragsgegenstände zu regeln, wodurch der Inhalt des Versorgungsauftrags für die zugelassenen Pflegeeinrichtungen – ganz im Gegensatz zum Fehlen einheitlicher Vorgaben für die Gestaltung der Leistungserbringungsverträge in England – weitgehend determiniert wird.²⁴⁰⁵ Zu den Regelungsgegenständen zählen beispielsweise Vereinbarungen zum Inhalt der zu erbringenden Pflegeleistungen²⁴⁰⁶ oder die Abgrenzung einzelner Leistungsbestandteile, aber auch verfahrensrechtliche Aspekte wie der Zugang von Prüfern zu den Pflegeeinrichtungen.

Verschiedene in § 75 Abs. 6 SGB XI aufgeführte, auf Bundesebene agierende Institutionen wie etwa der Spitzenverband Bund der Pflegekassen und die Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene sollen Empfehlungen zum Inhalt der auf Landesebene abzuschließenden Rahmenverträge nach § 75 Abs. 1 SGB XI ab-

2401 Ausführlich zu den Rahmenverträgen etwa *Neumann*, in: Schulin [Hrsg.], HbSV-PV, § 21 Rn 60 ff.

2402 *Udsching*, Die vertragsrechtliche Konzeption der Pflegeversicherung, NZS 1999, S. 475.

2403 *Plantholz*, in: Klie/Krahmer, SGB XI, § 75 Rn. 9.

2404 Das hierin zum Ausdruck kommende kollektive Regelungsprinzip wurde aus dem Krankenhausrecht der gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. § 112 SGB V) in das Pflegeversicherungsrecht übernommen; gerade mit Blick auf die nicht verbandlich organisierten Einrichtungen werden von der Literatur erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken geäußert. Vgl. hierzu statt vieler nur *Udsching*, NZS 1999, S. 475 f.; *ders.*, SGB XI, § 75 Rn. 5; *Plantholz*, in: Klie/Krahmer, SGB XI, § 75 Rn. 9; ausführlich auch *Neumann*, in: Schulin [Hrsg.], HdbSV-PfIV, § 21 Rn. 76 ff., der die unmittelbare Verbindlichkeit nicht einmal für die mitgliederschaftlich organisierten Pflegeeinrichtungen für rechtfertigbar hält.

2405 *Udsching*, Die vertragsrechtliche Konzeption der Pflegeversicherung, NZS 1999, S. 475.

2406 Siehe etwa unten, S. 461 f.

geben, so daß die Rahmenverträge ihrerseits über – wengleich unverbindliche – einheitliche Grundlagen verfügen.

Ein weiteres Element, das eine gewisse Einheitlichkeit der Leistungserbringung bewirkt, liegt in den durch Vereinbarungen auf Bundesebene festzulegenden Maßstäben und Grundsätzen für die Qualität und die Qualitätssicherung in der ambulanten und stationären Pflege sowie für die Entwicklung eines einrichtungsinternen Qualitätsmanagements nach § 113 SGB XI. Auf diese soll jedoch aufgrund ihrer unmittelbaren, primären Ausrichtung auf die Qualitätssicherung erst weiter unten im Zusammenhang mit der Pflegequalitätssteuerung ausführlicher eingegangen werden.²⁴⁰⁷ Entsprechendes gilt für die so genannten Expertenstandards, deren Entwicklung und Aktualisierung die Akteure der Pflege selbstverwaltung nach § 113a SGB XI sicherzustellen haben.²⁴⁰⁸

2. Leistungserbringung im Recht der Sozialhilfe

Auch die Sozialhilfeträger greifen bei der Leistungserbringung großteils auf Einrichtungen des privaten Sektors zurück. Nach § 75 Abs. 2 S. 1 SGB XII sollen die Sozialhilfeträger zur Erfüllung ihrer Aufgaben keine neuen eigenen Einrichtungen schaffen, sondern auf geeignete Einrichtungen anderer Träger zurückgreifen. Auch dem Leistungserbringungsrecht des SGB XII ist daher ein institutioneller Vorrang der gemeinnützigen und privat-kommerziellen Träger zu entnehmen. Dieser erlaubt den Sozialhilfeträgern die Schaffung eigener Einrichtungen bei fehlenden Kapazitäten nur dann, wenn seine Förderungsmaßnahmen zugunsten der freien Träger nicht greifen oder wenn diese nicht bereit sind, angemessene Eigenleistungen aufzubringen.²⁴⁰⁹

Pflegeeinrichtungen haben grundsätzlich nur dann gegen den Sozialhilfeträger einen Anspruch auf Vergütung der erbrachten Leistungen, wenn dieser mit den Einrichtungsträgern oder dessen Verbänden eine sog. Leistungsvereinbarung über Inhalt, Umfang und Qualität der Leistungen, eine Vergütungsvereinbarung über Höhe und Zusammensetzung der Vergütung sowie eine Prüfvereinbarung betreffend die Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungen abgeschlossen hat, § 75 Abs. 3 SGB XII.

Anders gestaltet sich die Situation allerdings bei Pflegeeinrichtungen, mit denen ein Versorgungsvertrag nach § 72 SGB XI abgeschlossen wurde. Nach § 75 Abs. 5 S. 1 SGB XI richten sich in diesem Fall Art, Inhalt, Umfang und Vergütung der Pflegeleistungen sowie der Leistungen bei Unterkunft und Verpflegung und der Zusatzleistungen in Pflegeheimen nach den §§ 82 ff. SGB XI. Dies bedeutet, daß die Pflegesatzvereinbarungen auch im Verhältnis zwischen Einrichtungsträger und dem Träger der Sozialhilfe verbindlich sind und separate vertragliche Vereinbarungen grundsätzlich unnötig machen. Hiervon existieren zwei Ausnahmen. Nach § 75 Abs. 5 S. 1 Hs. 2 SGB XII entfällt die Bindung an die pflegeversicherungsrechtlichen Vereinbarungen, soweit der

2407 S. unten, S. 462 ff.

2408 Hierzu ausführlich oben, S. 464 ff.

2409 BVerfG, Urt. v. 18. Juli 1967, E 22, 180, 200 f.; vgl. auch *Neumann*, in: Hauck/Nofz, SGB XII, § 75 Rn. 11.

Sozialhilfeträger aufgrund von § 61 SGB XII weitergehende Leistungen als die Pflegekasse nach § 43 SGB XI zu erbringen hat, was insbesondere bei Leistungen bei „Pflegestufe 0“ der Fall ist. Die zweite Ausnahme findet sich in § 75 Abs. 5 S. 2 SGB XI, wonach die Bindung auch dann nicht eintritt, wenn die pflegeversicherungsrechtlichen Vereinbarungen (gesetzeswidrig²⁴¹⁰) nicht im Einvernehmen mit dem betreffenden Träger der Sozialhilfe getroffen worden sind.

Sollen vom Sozialhilfeträger schließlich gesondert berechenbare Investitionskosten im Sinne des § 82 Abs. 4 SGB XI²⁴¹¹ übernommen werden, muß hierüber ebenfalls eine gesonderte sozialhilferechtliche Vereinbarung²⁴¹² getroffen werden. Aufgrund des dualen Finanzierungssystems des SGB XI erstrecken sich die Pflegesatzverhandlungen nicht auf diesen Kostenbereich.

Auf die Inhalte der zu erbringenden Leistungen der Hilfe zur Pflege finden Kraft der Verweisung in § 61 Abs. 6 SGB XII zudem die oben bereits erwähnten Rahmenverträge und Bundesempfehlungen über die pflegerische Versorgung nach § 75 SGB XI sowie die Vereinbarungen über die Qualitätssicherung nach § 113 SGB XI entsprechende Anwendung.

Bei der Ausübung des Ermessens über den Abschluß von Leistungsvereinbarungen ist es den Sozialhilfeträgern nicht gestattet, durch Bedarfsprüfungen eine Angebotssteuerung zu betreiben.²⁴¹³ Allerdings entsteht mit Abschluß einer Leistungsvereinbarung keine Pflicht, die betreffende Einrichtung in einem bestimmten Umfang zu belegen.²⁴¹⁴ Das Risiko einer Unterbelegung liegt daher – anders als in England, wo die Risikoverteilung vom betreffenden Vertragstyp abhängt – ausschließlich auf Seiten des Einrichtungsträgers.²⁴¹⁵

2410 *Neumann*, in: Hauck/Nofer, SGB XII, § 75 Rn. 47.

2411 § 82 Abs. 4 SGB XI betrifft den Fall, daß die Einrichtung gar keine Landesförderung hinsichtlich der Investitionskosten erhält. Auf den Fall des § 82 Abs. 3 SGB XI, wonach ein Teil der Investitionskosten durch Landesförderung gedeckt und ein anderer Teil den Pflegebedürftigen gesondert berechnet wird, ist § 75 Abs. 5 S. 3 SGB XII hingegen nicht anwendbar, so daß keine gesonderte sozialhilferechtliche Vereinbarung für die Übernahme dieses Kostenanteils durch den Sozialhilfeträger erforderlich ist. Grund hierfür ist, daß bei einer gesonderten Berechnung nach § 82 Abs. 3 SGB XI eine Kostenkontrolle bereits durch die nach dieser Vorschrift erforderliche Zustimmung der zuständigen Landesbehörde gegeben ist. Dazu *Neumann*, in: Hauck/Nofer, SGB XII, § 75 Rn. 50.

2412 Trotz des Wortlautes von § 75 Abs. 5 S. 3 SGB XII, der im Plural von „Vereinbarungen“ spricht, ist in zugelassenen Pflegeeinrichtungen, die keine Leistungen nach § 61 SGB XII erbringen, welche über § 43 SGB XI hinausgehen, lediglich eine Vereinbarung über die Übernahme der Investitionskosten erforderlich; für den zusätzlichen Abschluß einer Leistungs- oder Prüfungsvereinbarung nach § 75 Abs. 3 SGB XII besteht kein Regelungsbedürfnis. Näher hierzu *Neumann*, in: Hauck/Nofer, SGB XII, § 75 Rn. 49.

2413 BVerwG, Urt. v. 30. September 1993, E 94, 202, 205 ff.

2414 BVerwG, Urt. v. 30. September 1993, E 94, 202, 208.

2415 *Neumann*, in: Hauck/Nofer, SGB XII, § 75 Rn. 11.

3. Vergleichende Zusammenfassung

Die Art und Weise der Erbringung stationärer Langzeitpflegeleistungen stimmt in den betrachteten Rechtsordnungen zunächst darin überein, daß die staatlichen Sozialleistungsträger zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen in erheblichem Umfang auf externe Dritte zurückgreifen, mit denen sie hierzu Verträge über Art, Inhalt und Preis der benötigten Leistungen abschließen. Insofern kann für beide Länder von der Existenz eines Marktes für stationäre Langzeitpflegeleistungen gesprochen werden, auf dem staatliche Stellen die den Pflegebedürftigen gegenüber geschuldeten Leistungen kontrahieren.

Während in Deutschland die Pflegekassen aber grundsätzlich keine eigenen Pflegeheime betreiben dürfen und den Sozialhilfeträgern zumindest die Neuschaffung eigener Einrichtungen verwehrt ist, steht es den englischen Kommunen frei, auch stationäre Langzeitpflegeleistungen eigenhändig zu erbringen. Um die eigenhändige Leistungserstellung allerdings mit den durch die *community care*-Reformen eingeführten Marktprinzipien in Einklang zu bringen und um für eine gewisse Kostentransparenz zu sorgen, müssen der Bezug von Leistungen und deren Erstellung innerhalb einer Kommune organisatorisch getrennt werden.

Wie in England stehen auch in Deutschland einige Pflegeheime in öffentlicher, zumeist kommunaler Trägerschaft. Sowohl das SGB XI als auch das SGB XII ordnen ihnen gegenüber grundsätzlich einen Vorrang der privat betriebenen Einrichtungen an. Ein entsprechender Subsidiaritätsgrundsatz bezüglich der Leistung öffentlicher Träger fehlt in England – die Auswahl zwischen öffentlichen und privaten Trägern bemißt sich allein nach den *Best Value*-Prinzipien, die grundsätzlich nicht nach der Art des Trägers unterscheiden. Zur Umsetzung der *community care*-Reformen waren die englischen Kommunen jedoch maßgeblich auf die Kapazitäten des privaten Sektors angewiesen, so daß eine Verdrängung durch den öffentlichen Sektor nicht zu befürchten stand. Trotz der Unterschiede im Hinblick auf das Verhältnis zwischen öffentlicher und privater Leistungserbringung gleichen sich die Marktpositionen der öffentlichen Träger in beiden Rechtsordnungen – ihr Marktanteil liegt deutlich unter zehn Prozent und weist seit Jahren eine abnehmende Tendenz auf.

Hinsichtlich des Leistungserbringungsrechts fällt auf, daß das deutsche Recht im Zusammenhang mit den Versorgungsverträgen nach § 72 SGB XI bzw. den Leistungsverträgen gem. § 75 SGB XII keine Belegrechte zugunsten der Einrichtungsträger kennt, so daß diese das Auslastungsrisiko vollumfänglich selbst zu tragen haben. Die englische Vertragspraxis kennt hier angefangen von *block contracts* bis hin zu *spot contracts* verschiedenste Vertragsformen, die das Belegrisiko – unter Anpassung der Vergütung – flexibler verteilen. Anders als in Deutschland scheint es in England zudem nicht ausgeschlossen, daß bedarfsplanerische Aspekte in die Leistungsvertragspolitik einfließen, wengleich dies auch in England nicht mit den Prinzipien der *mixed economy of care* übereinstimmen würde und daher nur ausnahmsweise relevant werden dürfte.²⁴¹⁶

2416 Vgl. hierzu oben, S. 241.

Der größte Unterschied in Bezug auf die Leistungserbringung liegt jedoch in der gesetzlichen Ausgestaltung des Leistungserbringungsrechts. Während in England spezielle rechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung der als privatrechtlich erachteten vertraglichen Beziehung zwischen den Kommunen und den Pflegeheimbetreibern weitgehend fehlen, ist insbesondere in den Vorschriften des SGB XI ein Vertragssystem enthalten, das verschiedenste Aspekte der Leistungserbringung, beginnend von der Zulassung zur Versorgung über die Vergütung bis hin zu inhaltlichen, qualitativen Aspekten der Erstellung von Pflegeleistungen detailliert normiert und so die Inhalte der einzelnen Leistungserbringungsverträge durch bundesweite und landesweite Empfehlungen und Vorgaben vorherbestimmt.²⁴¹⁷ Hierdurch wird zugleich – anders als mit dem Leistungsvertragsregime in England – eine gewisse Einheitlichkeit in der Versorgung bewirkt. Das Leistungserbringungsrecht bedient sich eines mehrstufigen Gesamtsystems, das aus verschiedenen, aufeinander abgestimmten öffentlich-rechtlichen Einzelverträgen besteht. Es stützt sich dabei auf kooperative, kollektivvertragliche Regelungselemente, indem es bei den Leistungsträgern sowie jedenfalls²⁴¹⁸ bei den auf Landesebene angesiedelten Verträgen auch auf Seiten der Leistungserbringer auf verbandschaftliche Strukturen zurückgreift. Gleichzeitig wird versucht, die unmittelbare Staatsverwaltung so weit als möglich aus den Entscheidungsprozessen herauszuhalten und die Steuerung der Leistungserbringung primär der gemeinsamen Selbstverwaltung²⁴¹⁹ von Leistungsträgern und -erbringern zu überantworten.²⁴²⁰

Wenngleich die Einrichtungsträger in der Pflegeversicherung nicht den Organisationsgrad erreichen, den etwa die Verkammerung der Vertragsärzte im Krankenversicherungsrecht mit sich bringt,²⁴²¹ ist es doch gerade die korporatistische Strukturierung sowohl der Leistungserbringer als auch der Leistungsträger, die es ermöglicht, der gemeinsamen Selbstverwaltung umfangreiche Regelungsbefugnisse zu überantworten. Gerade diese Strukturierung fehlt dem englischen Leistungserbringungsregime jedoch. Entsprechend findet sich im englischen Recht der stationären Pflegesozialleistungen auch kein ähnlich kohärentes, umfassendes und leistungsfähiges Vertragssystem mit kollektiven Elementen. Die in Deutschland durch die Selbstverwaltungsparteien mit kooperativen Mitteln wahrgenommenen Funktionen werden in der englischen Rechtsordnung deswegen in großem Umfang von hoheitlich-imperativen heimaufsichtsrechtlichen Instrumenten übernommen.

2417 *Udsching*, Die vertragsrechtliche Konzeption der Pflegeversicherung, NZS 1999, S. 473.

2418 Bei den Pflegesatzvereinbarungen gilt auf Seiten der Leistungserbringer demgegenüber grundsätzlich das Individualprinzip.

2419 Näher zur gemeinsamen Selbstverwaltung etwa *Schulin*, in: *Schulin* [Hrsg.], HdbSV-KV, § 6 Rn. 97 ff.

2420 Vgl. *Udsching*, Die vertragsrechtliche Konzeption der Pflegeversicherung, NZS 1999, S. 473 f.

2421 Dazu etwa *Udsching*, Die vertragsrechtliche Konzeption der Pflegeversicherung, NZS 1999, S. 473 f.

C. Steuerung der Pflegeinfrastruktur

I. Heiminfrastruktur

1. Finanzielle Förderung

a. Duales Finanzierungskonzept des SGB XI

Anders als in der englischen Rechtsordnung ist die staatliche Verantwortung für die Pflegeinfrastruktur in Deutschland ausdrücklich normiert. Gemäß § 9 S. 1 SGB XI sind die Länder für die Vorhaltung einer leistungsfähigen, zahlenmäßig ausreichenden und wirtschaftlichen pflegerischen Versorgungsstruktur verantwortlich. Die Vorschrift sieht hierzu grundsätzlich eine finanzielle Unterstützung der Pflegeeinrichtungen bei der Tragung der Investitionskosten vor (vgl. § 9 S. 2 Hs. 2 und S. 3 SGB XI). Diese Regelung korrespondiert mit den §§ 43 Abs. 2, 82 Abs. 2, 84 Abs. 1 S. 2 SGB XI, wonach die Investitionskosten in vollstationären Einrichtungen nicht in die von den Pflegekassen getragenen pauschalen Leistungsbeträge einfließen.²⁴²² Somit ist im dualen²⁴²³, dezentralen Finanzierungskonzept²⁴²⁴ der sozialen Pflegeversicherung den Pflegekassen die Pflegevergütung zugewiesen, die Investitionskostenförderung hingegen grundsätzlich den Ländern überantwortet.²⁴²⁵

§ 9 SGB XI enthält zwar eine grundsätzliche Förderungsobliegenheit der Länder für den Investitionskostenbereich.²⁴²⁶ Hierdurch wird aber – schon aufgrund der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes²⁴²⁷ – weder ein Anspruch der Einrichtungen auf Investitionskostenförderung²⁴²⁸ noch umgekehrt eine bindende Verpflichtung der Län-

2422 Die Investitionsaufwendungen sind statt dessen gesondert in Rechnung zu stellen, § 82 Abs. 3, 4 SGB XI.

2423 Hierzu *Brünner*, Vergütungsvereinbarungen, S. 67 f.; *Hense*, in: Fehling/Ruffert [Hrsg.], Regulierungsrecht, S. 905 ff.

2424 Näher *Staegemann*, Investitionsförderung, S. 29 ff.; *Neumann*, in: Schulin [Hrsg.], Handbuch des Sozialversicherungsrechts – Pflegeversicherungsrecht, § 22 Rn. 4 ff.; s. auch BVerwG, Urt. v. 17. Oktober 2007, DVBl. 2007, S. 1555.

2425 Das ursprünglich geplante monistische Finanzierungsmodell, das eine Finanzierung sowohl von Investitionen als auch der laufenden Kosten über den Pflegesatz vorsah, der seinerseits durch einen über die Sozialhilfeeinsparungen bei den Ländern refinanzierten Bundeszuschuß gedrückt werden sollte, und das den Ländern lediglich die Koordinierung der Versorgungsstruktur überantwortet (vgl. BT-Drs. 12/5262, S. 12, 35 f.), konnte sich nicht durchsetzen, weil die Länder bei diesem Modell ihren politischen Einfluß auf die Gestaltung der Pflegeinfrastruktur in Gefahr sahen, s. *Krahmer* in: Klie, SGB XI, § 1 Rn. 12, § 9 Rn. 3; kritisch gegenüber einem dualistischen Modell, insb. soweit es primär auf Objektförderung beruht, *Prinz/Wrohlich*, Investitionsfinanzierungen, RsDE 51 (2002), S. 1 ff., die sich für eine Übernahme der Investitionskostenanteile durch die Pflegeversicherung im Wege einer allgemeinen Subjektförderung aussprechen.

2426 *Klie*, Strukturen und Probleme der Landespflegegesetze, VSSR 1999, S. 328.

2427 S. etwa *Gebhardt*, in: Wagner/Knittel [Hrsg.], Krauskopf. Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 9 Rn. 3.

2428 Vgl. BSG, Urt. v. 6. September 2007, E 99, 57; s. auch *Staegemann*, Investitionsförderung, S. 27.

der zur Tragung der Investitionskosten begründet.²⁴²⁹ Eine Verpflichtung der Länder zur finanziellen Förderung von Pflegeeinrichtungen besteht erst dann, wenn sich unter den Regeln des Marktwettbewerbs eine ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Pflegeeinrichtungen – etwa in strukturschwachen Regionen – nicht sicherstellen läßt.²⁴³⁰ Die Art und Weise, wie dieser Aspekt der staatlichen Auffangverantwortung ausgestaltet ist, unterscheidet sich damit wesentlich von der Rechtslage in England. Unter den beschriebenen Bedingungen einer pflegerischen Unterversorgung dürfte die Auffangverantwortung dort in Gestalt einer Pflicht der Kommunen zur Errichtung und zum Betrieb eigener Einrichtungen zum Tragen kommen.

Ungeachtet des fehlenden subjektiven Anspruchs auf Förderleistungen sind die Bundesländer umgekehrt nicht berechtigt, die Förderung bestimmter Heime davon abhängig zu machen, daß diese in einem Bedarfsplan aufgenommen sind.²⁴³¹ Hinsichtlich der näheren Ausgestaltung der Planung und Förderung der Pflegeeinrichtungen verweist § 9 S. 2 SGB XI auf das Landesrecht.²⁴³²

b. Objektbezogene Investitionskostenförderung

Die Investitionsförderung gem. § 9 SGB XI kann zunächst die klassische Form der sog. „Objektförderung“²⁴³³ annehmen. Bei dieser fließen die Fördermittel unmittelbar dem Einrichtungsträger zu, die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Bewohner bleiben unberücksichtigt.

Diese Art der Förderung ist etwa in Bayern für vollstationäre Pflegeeinrichtungen in Art. 73 f. des Gesetzes zur Ausführung der Sozialgesetze²⁴³⁴ (AGSG) sowie in §§ 68 ff. der Verordnung zur Ausführung der Sozialgesetze²⁴³⁵ (AVSG) vorgesehen. Bezirke, Landkreise und kreisfreie Gemeinden sind nach diesen Vorschriften in Bezug auf vollstationäre Einrichtungen nur noch in den Bereichen der Behindertenpflege, der Pflege für psychisch Kranke und der Pflege AIDS-kranker Menschen zur Förderung der betriebsnotwendigen Investitionsaufwendungen bei Schaffung von Pflegeplätzen oder bei Modernisierungsmaßnahmen verpflichtet (Art. 74 Abs. 1 S. 1 AGSG i.V.m. § 68 Abs. 2 S. 1, §§ 69 ff AVSG). Die Beteiligung des Freistaates Bayern an den Investitionsauf-

2429 *Krahmer* in: Klie, SGB XI, § 1 Rn. 12, § 9 Rn. 3.

2430 BSG, Urt. v. 28. Juni 2001, SozR 3-3300 § 9 Nr. 1; *Gebhardt*, in: Wagner/Knittel [Hrsg.], Krauskopf. Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 9 Rn. 5.

2431 BSG, Urt. v. 28. Juni 2001, SozR 3-3300 § 9 Nr. 1; BVerwG, Urt. v. 13. Mai 2004, NZS 2005, S. 258; dazu auch *Propp/Kuhn-Zuber*, RsDE 59 (2005), S. 5 f.

2432 Eine Übersicht über die entsprechenden Landespflegegesetze gibt auch *Gebhardt*, in: Wagner/Knittel [Hrsg.], Krauskopf. Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 9 Rn. 10.

2433 Unter Objektförderung ist allgemein die Förderung von Sozialleistungserbringern mit Sozialsubventionen anstatt oder zusätzlich zur Erstattung ihrer Aufwendungen durch Leistungsentgelte zu verstehen, vgl. *Neumann*, Die institutionelle Förderung als Instrument der Sozialplanung und Steuerung der Leistungsempfänger, SDSRV 1997, S. 31.

2434 G vom 8. Dezember 2006, GVBl. 2006, S. 942, zuletzt geändert durch G vom 22. Juli 2008, GVBl. 2008, S. 479.

2435 VO vom 2. Dezember 2008, GVBl. 2008, S. 912, geändert durch VO vom 1. Juli 2009, GVBl. 2009, S. 306.

wendungen für die Schaffung oder Modernisierung vollstationärer Pflegeplätze ist inzwischen auf die Behindertenpflege und die Pflege für psychisch Kranke beschränkt (Art. 74 Abs. 2 S. 1 AGSG i.V.m. § 68 Abs. 1, §§ 69 ff. AVSG).

Die Förderung vollstationärer Einrichtungen der Altenpflege ist demgegenüber ins Ermessen der Kommunen gestellt und richtet sich nach den in den Kommunalhaushalten hierfür bereitgestellten Mitteln (Art. 74 Abs. 1 S. 2 AGSG, § 68 Abs. 2 AVSG). Sie ist nunmehr nur noch bei Modernisierungsmaßnahmen, aber nicht mehr zur Schaffung neuer Pflegeplätze vorgesehen (vgl. § 70 Abs. 2 S. 1 AVSG). In der Praxis werden von den Kommunen für diese Förderung aber durchaus noch erhebliche Mittel zur Verfügung gestellt.²⁴³⁶

Die Fokussierung der Landesfördermittel auf die Behindertenpflege, die Pflege für psychisch Kranke und die Pflege AIDS-kranker Menschen ist vor dem Hintergrund der Überkapazitäten zu sehen, die in der stationären Altenpflege bestehen. Auch der mit der demographischen Entwicklung erwartete Bedarf an zusätzlichen Pflegebetten in der Altenpflege soll grundsätzlich durch private Investoren und nicht mit staatlichen Fördermitteln gedeckt werden.²⁴³⁷ Während die Jahresförderprogramme 2001, 2002 und 2003 noch in etwa 60,7 Mio. € für den Neu- und Umbau von 97 Alten- und Pflegeheimen und weitere 18,4 Mio. € für Modernisierungsmaßnahmen in 84 Heimen bereitstellten²⁴³⁸ und während von 1962 bis 2006 aus Mitteln des Landesaltenplanes und der Sozialen Wohnraumförderung insgesamt 13,8 Mio. € im stationären Bereich aufgewendet wurden und so insgesamt 77.000 vollstationäre Pflegeplätze entstanden,²⁴³⁹ ist die Investitionskostenförderung in der stationären Altenpflege in Bayern aufgrund der erreichten Bedarfsdeckung zumindest auf Landesebene seit 2007 praktisch eingestellt.²⁴⁴⁰

In anderen Bundesländern sind ähnliche Entwicklungen zu beobachten.²⁴⁴¹ Dies gilt inzwischen auch für die neuen Bundesländer, in denen nach der Wiedervereinigung mit

2436 So etwa durch die Landeshauptstadt München, vgl. deren Richtlinien zur Förderung von Investitionen für teil- und vollstationäre Einrichtungen und Einrichtungen der Kurzzeitpflege (in der Fassung des Stadtratsbeschlusses vom 16. Oktober 2008), s. <http://www.muenchen.de/cms/prod2/mde/_de/rubriken/Rathaus/85_soz/pdf/beschluss081016_foerderung_kurzzeitpflege.pdf>.

2437 Vgl. SZ vom 28. Juli 2006, S. 37. Dabei ging das Land Bayern noch kurz zuvor davon aus, daß aufgrund der demographischen Entwicklung und der damit verbundenen Zunahme der Zahl der Pflegebedürftigen in den nächsten Jahren erhebliche Investitionsaufwendungen vor allem für den Ersatzneubau, den Umbau und die Modernisierung bestehender Alten- und Pflegeheime sowie für die Schaffung weiterer Pflegeplätze auf die Kommunen und das Land Bayern im Rahmen der öffentlichen Förderung zukommen würden, s. *Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung* [Hrsg.], Dritter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung, S. 185.

2438 *Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung* [Hrsg.], Dritter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung, S. 185.

2439 *Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen*, Seniorenpolitisches Konzept, S. 62.

2440 Vgl. *Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung* [Hrsg.], Vierter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung, Anlage 8, S. 93.

2441 Vgl. *Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung* [Hrsg.], Vierter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung, Anlage 8, S. 92 ff.; s. auch *Freie Hansestadt Hamburg*, Rahmenplanung der pflegerischen Versorgungsstruktur bis 2010, S. 33.

einem erheblichen öffentlichen Förderungsvolumen praktisch der gesamte Pflegeplatzbestand neu aufgebaut bzw. grundlegend saniert wurde.²⁴⁴² Hier findet eine Objektförderung der Einrichtungen mittlerweile nur noch in eng begrenzten Ausnahmefällen wie etwa zum Ausgleich einer Unterversorgung in bestimmten Gebieten oder zur Erprobung neuartiger Konzepte statt.²⁴⁴³ Rein faktisch gesehen unterscheiden sich die deutsche und die englische Rechtsordnung in Bezug auf die Investitionskostenförderung derzeit daher weniger stark als § 9 SGB XI es zunächst vermuten läßt.

Kurz hingewiesen sei allerdings darauf, daß es auch einige finanzielle Fördermaßnahmen für stationäre Pflegeeinrichtungen außerhalb der eigentlichen Investitionskostenförderung nach den Landespflegegesetzen gibt. In Bayern etwa wurde 2007 ein Darlehensprogramm zur Förderung von Ersatzneubauten von stationären Altenpflegeeinrichtungen aufgelegt. Mit diesem Programm fördert die Bayerische Landesbodenkreditanstalt im Auftrag des Freistaats Bayern unter anderem gemeinnützige Einrichtungsträger durch die Vergabe zinsverbilligter Kapitalmarktdarlehen, die der (teilweisen) Finanzierung der Kosten der baulichen Investition von Ersatzneubauten von stationären Altenpflegeeinrichtungen dienen.²⁴⁴⁴ Ein weiteres Beispiel bildet das „Bayerischen Modernisierungsprogramm“, das bestimmte Sanierungsmaßnahmen in Altenpflegeeinrichtungen durch zinsverbilligte Darlehen der Bayerischen Landesbodenkreditanstalt aus dem CO₂-Gebäudesanierungsprogramm fördert.²⁴⁴⁵

c. Subjektbezogene Förderung durch Pflegewohngeld

Soweit notwendige Investitionsaufwendungen nicht durch Fördermittel der Länder refinanziert werden, erlauben § 82 Abs. 3 und 4 SGB XI, diese Kosten den Pflegebedürftigen mit Zustimmung der jeweils zuständigen Landesbehörden gesondert in Rechnung zu stellen. An diese Situation knüpft die subjektbezogene Förderung an, die einige Länder²⁴⁴⁶ ergänzend zur oder anstelle der oben beschriebenen objektbezogenen Förde-

2442 Zur Förderung der Pflegeinfrastruktur in den neuen Bundesländern wurde Art. 52 PflegeVG erlassen und von 1995 bis 2002 ein Investitionsförderprogramm aufgelegt, in dessen Rahmen insgesamt 1.025 Einzelprojekte mit einem Gesamtinvestitionsvolumen von mehr als 4,5 Mrd. € (davon 3,2 Mrd. € aus Bundesmitteln) gefördert wurden. 93,6 % (bzw. 62.352 Plätze) der geförderten Pflegeplätze entfiel dabei auf den vollstationären Bereich; dazu *Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung* [Hrsg.], Vierter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung, S. 49 f. Zu diesem Programm sowie zu den Problemen, die mit dessen Auslaufen entstanden, s. auch *Propp/Kuhn-Zuber*, Umstellung der Investitionskostenförderung in der stationären Pflege, RsDE 59 (2005), S. 1 ff.

2443 Vgl. z.B. § 8 des Landespflegegesetzes Mecklenburg-Vorpommern; s. auch *Propp/Kuhn-Zuber*, Umstellung der Investitionskostenförderung in der stationären Pflege, RsDE 59 (2005), S. 7.

2444 S. Richtlinien für das Darlehensprogramm zur Förderung von Ersatzneubauten von stationären Altenpflegeeinrichtungen in Bayern, Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 2. Oktober 2007 Az.: IIC1-4735.10-005/07 (AllIMBI 2007, S. 527).

2445 S. Richtlinien für das Bayerische Modernisierungsprogramm (BayModR), Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 30. März 2009, Az.: IIC1-4753-002/09.

2446 Etwa § 9 des Landespflegegesetzes Mecklenburg-Vorpommern; § 6 Abs. 4 S. 1 des Landespflegegesetzes Schleswig-Holstein; § 12 des Landespflegegesetzes Nordrhein-Westfalen; § 6 des Hamburgischen Landespflegegesetzes.

rung vorsehen. Diese ist in der Regel als einkommensabhängige Unterstützungsleistung an Pflegebedürftige (oder für diese an Pflegeheime) in Form eines „Pflegehöngeldes“ ausgestaltet, die die Belastung der Pflegebedürftigen durch die gesondert berechenbaren Investitionsaufwendungen abfedert.²⁴⁴⁷

Weil die klassische Objektförderung den Wettbewerb zwischen verschiedenen Versorgungsformen, insbesondere zwischen ambulanter und stationärer Pflege, verzerren kann, empfahl die Enquete-Kommission „Demographischer Wandel – Herausforderungen einer älter werdenden Gesellschaft an den Einzelnen und die Politik“ grundsätzlich einen Übergang von der Objekt- zur Subjektförderung.²⁴⁴⁸ Vor diesem Hintergrund wurde für die Länder nunmehr die Möglichkeit geschaffen, auf dem Pflegehöngeld basierende Förderungsinstrumente der Objektförderung gleichzustellen und sie als Förderung von Pflegeeinrichtungen im Sinne des SGB XI zu qualifizieren, vgl. § 9 S. 2 Hs. 2 SGB XI.²⁴⁴⁹ In diesem Fall können Investitionskosten, soweit sie nicht durch öffentliche Fördermittel abgedeckt sind, den Pflegebedürftigen nur noch mit Zustimmung der zuständigen Landesbehörde gesondert berechnet werden, § 82 Abs. 3 SGB XI.

Obgleich typischerweise die Pflegebedürftigen selbst die Leistungsberechtigten von Pflegegeldzahlungen sind, lassen sich diese an sie fließenden Leistungen dennoch der Infrastrukturförderung zuordnen. Denn durch sie werden Heimträger in die Lage versetzt, gesondert berechenbare Investitionskosten von den Pflegebedürftigen tatsächlich erheben zu können, ohne hierdurch in gleichem Umfang einem unmittelbaren Wettbewerbsnachteil ausgesetzt zu sein. Sie verhilft den anspruchsberechtigten Pflegebedürftigen zu einer gesteigerten Finanzkraft und Nachfragemacht,²⁴⁵⁰ die letztlich den Trägern zu Gute kommen. Dies gilt zwar grundsätzlich für alle Pflegesozialleistungen, allerdings weisen diese keinen derart direkten Bezug zu den Investitionskosten auf wie das Pflegegeld, so daß sie an dieser Stelle nicht auch zu den Infrastrukturfördermaßnahmen gezählt werden. Bei den Pflegeleistungen nach dem SGB XI rechtfertigt sich dies schon dadurch, daß Investitionskosten nicht in die Kalkulation der Pflegesätze einfließen dürfen.

2447 Vgl. zu diesen Kosten auch oben, S. 389.

2448 Vgl. *Deutscher Bundestag*, Schlußbericht der Enquete-Kommission „Demographischer Wandel – Herausforderungen einer älter werdenden Gesellschaft an den Einzelnen und die Politik“, BT-Drs. 14/8800, S. 254 f., 266; s. hierzu auch *Hense*, in: Fehling/Ruffert [Hrsg.], *Regulierungsrecht*, S. 918.

2449 Vom Wortlaut des § 9 S. 2 Hs. 2 SGB XI sind auf Initiative des Bundesrats [BR-Drs. 718/08 (B) S. 6 f.] nunmehr ausdrücklich auch solche Pflegehöngeldleistungen erfaßt, die zwar von der Bedürftigkeit des Bewohners abhängen, die jedoch direkt an die Pflegeeinrichtung bezahlt werden (so etwa gem. § 6 Abs. 4 S. 1 des Landespflegegesetzes Schleswig-Holstein oder gem. § 12 des Landespflegegesetzes Nordrhein-Westfalen). Obgleich auch diese Leistung bisweilen als „Objektförderung“ bezeichnet wird (so etwa *Peters*, in: Leitherer [Hrsg.], *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht*, § 9 SGB XI Rn. 5), darf nicht übersehen werden, daß diese Leistung – anders als die klassische Objektförderung – an subjektive Leistungsvoraussetzungen auf Seiten der Bewohner anknüpft. Die in den Nr. 1 und 2 von § 9 S. 2 Hs. 2 SGB XI getroffene Unterscheidung sollte lediglich dazu dienen, unterschiedlichen landesrechtlichen Verfahren bei der Refinanzierung der Investitionskosten Rechnung zu tragen, s. BT-Drs. 16/8525, S. 96.

2450 *Propp/Kuhn-Zuber*, *Umstellung der Investitionskostenförderung in der stationären Pflege*, RsDE 59 (2005), S. 7.

d. Finanzierungsbeiträge von Bewohnern

Eine weitere infrastrukturbezogene Förderungsmaßnahme ist in § 14 Abs. 2 Nr. 3 HeimG – bzw. den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften²⁴⁵¹ – zu erblicken. Diese Norm enthält eine Ausnahme vom Verbot der Annahme von Vermögensvorteilen nach § 14 Abs. 1 HeimG, wenn Heimbewohner im Hinblick auf die Überlassung eines Heimplatzes Leistungen zum Bau, zum Erwerb, zur Instandsetzung, zur Ausstattung oder zum Betrieb eines Heims versprechen oder gewähren. § 14 Abs. 3 HeimG schreibt die Verzinsung des vom Bewohner bereitgestellten Kapitals zu bestimmten Konditionen vor, soweit der Vorteil der Kapitalnutzung nicht in die Bemessung des Heimentgelts Eingang gefunden hat. Auf diese Weise sollen verdeckte Zusatzkosten für den Heimbewohner verhindert werden. Um diesen zugleich bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit des Trägers im Hinblick auf die Durchsetzung seiner Rückforderung (vgl. § 14 Abs. 1 S. 1 HeimG) abzusichern, verpflichtet § 11 der aufgrund des § 14 Abs. 7 HeimG ergangenen HeimsicherungsVO²⁴⁵² den Träger zur Sicherung dieser Einlagen.

Diese Regelungen zielen zwar nicht auf finanzielle Unterstützungsleistungen seitens des Staates ab, und ihr Leitgedanke liegt auch primär im Schutz der Bewohner vor finanzieller Ausnutzung oder Benachteiligung.²⁴⁵³ Sie schaffen jedoch zugleich diejenigen Rahmenbedingungen, die es den Heimträgern ermöglichen, Investitionsaufwendungen nicht nur am Kapitalmarkt, sondern auch bei Bewohnern zu refinanzieren. Soweit ersichtlich, fehlen entsprechende Regelungen in England. Dies bedeutet freilich nicht, daß dort ein Rückgriff auf finanzielle Mittel von Bewohnern in jedem Fall ausscheiden würde. Allerdings fehlen im Vergleich zur deutschen Rechtsordnung die spezifischen Schutzmechanismen für diese Finanzierungsquelle.

2. Infrastrukturplanung und Abschluß von Versorgungsverträgen

Gemäß § 8 Abs. 2 SGB XI haben Länder, Kommunen, Pflegeeinrichtungen und Pflegekassen unter Beteiligung des Medizinischen Dienstes eng zusammenzuwirken, um eine leistungsfähige, regional gegliederte, ortsnahe und aufeinander abgestimmte pflegerische Versorgung der Bevölkerung zu gewährleisten. Diese Norm, die allerdings keinen verpflichtenden Charakter aufweist, fordert die genannten Akteure zu Koordination auf und überträgt ihnen unter anderem Planungsaufgaben, die sie in kooperativer Weise erfüllen sollen.²⁴⁵⁴

2451 Siehe etwa die vergleichbaren Vorschriften in Art. 8 des bayerischen Pflege- und Wohnqualitätsgesetzes.

2452 Verordnung über die Pflichten der Träger von Altenheimen, Altenwohnheimen und Pflegeheimen für Volljährige im Fall der Entgegennahme von Leistungen zum Zweck der Unterbringung eines Bewohners oder Bewerbers vom 24.4.1978, BGBl. I S. 553, zuletzt geändert durch G v. 27. Dezember 2003, BGBl. I S. 3022.

2453 Vgl. etwa die Begründung zu Art. 8 des bayerischen Pflege- und Wohnqualitätsgesetzes, Lt-Drs. 15/10182, S. 26.

2454 Klie, in: Klie/Krahmer [Hrsg.], SGB XI, § 8 Rn. 6.

An diese bundesrechtliche Aufgabennorm knüpfen die Landespflegegesetze einiger Bundesländer mit verbindlichen Bestimmungen zur Pflegeplanung an.²⁴⁵⁵ Beispiele sind etwa die Pflegestrukturplanung und die Regionalen Pflegekonferenzen nach § 3 des Landesgesetzes zur Sicherstellung und Weiterentwicklung der pflegerischen Angebotsstruktur²⁴⁵⁶ des Landes Rheinland-Pfalz oder die Rahmenplanung der Versorgungsstruktur nach § 2 des Hamburgischen Landespflegegesetzes.²⁴⁵⁷ Diese Pläne, die unter Mitwirkung der Einrichtungsträger entwickelt und in der Regel veröffentlicht werden,²⁴⁵⁸ sollen zur Umsetzung des Ziels einer leistungsfähigen und zahlenmäßig ausreichenden Versorgungsstruktur beitragen, indem sie Transparenz über die Ausgangssituation und die zu erwartende Entwicklung schaffen, konkrete Anforderungen an die Versorgungsstruktur zu einem zukünftigen Zeitpunkt benennen und beschreiben, von welchem Akteur welche Beiträge zur Erreichung der jeweiligen Ziele erwartet werden.²⁴⁵⁹ In Ländern, deren Gesetze keine Pflegeplanung auf Landesebene vorsehen, finden entsprechende Planungen nichtsdestotrotz zumindest auf kommunaler Ebene statt.²⁴⁶⁰

Mit den lokalen Infrastrukturplanungen in England²⁴⁶¹ ist diesen Instrumenten zunächst gemein, daß sie eine Institutionalisierung des kooperativen Austauschs zwischen staatlichen Stellen und den Leistungsträgern über Fragen der pflegerischen Infrastruktur bewirken. Als kooperative und zugleich informationsbasierte Steuerungsinstrumente ermöglichen sie den Heimträgern eine bessere Bewertung geplanter Investitionen und fördern einen spezifisch am vorhandenen Bedarf orientierten Ausbau der Pflegeinfrastruktur.

Die Vergleichsrechtsordnungen unterscheiden sich allerdings in der Bedeutung, die den Planungsmaßnahmen in der Praxis zukommt. In Deutschland dürfen die Planungen nicht zur Grundlage einer Angebotssteuerung in dem Sinne gemacht werden, daß einzelnen Einrichtungen nur dann zur pflegerischen Versorgung zugelassen werden oder Infrastrukturförderleistungen erhalten, wenn sie – ähnlich wie bei der Krankenhausplanung²⁴⁶² – in einen Bedarfsplan aufgenommen sind.²⁴⁶³ Der Zulassungsanspruch bei

2455 S. hierzu auch *Hense*, in: Fehling/Ruffert [Hrsg.], Regulierungsrecht, S. 890 ff.

2456 G vom 25. Juli 2005, GVBl 2005, S. 299.

2457 HmbGVBl. 2007, S. 296, zuletzt geändert durch G vom 22. Juni 2010, HmbGVBl. 2010, S. 440.

2458 Die Beteiligung geschieht häufig im Wege gesetzlich vorgeschriebener regionaler Pflegekonferenzen oder Landespflegeausschüsse, vgl. § 4 des Landesgesetzes zur Sicherstellung und Weiterentwicklung der pflegerischen Angebotsstruktur des Landes Rheinland-Pfalz, § 2 Abs. 3, 4 des Hamburgischen Landespflegegesetzes.

2459 Vgl. etwa *Freie Hansestadt Hamburg*, Rahmenplanung der pflegerischen Versorgungsstruktur bis 2010, S. 9.

2460 Beispielsweise in Gestalt der „Strategischen Sozialplanung“ des Bezirks Oberbayern, <<http://www.bezirk-oberbayern.de>> (Stichwort „Strategische Sozialplanung“).

2461 Siehe oben, S. 195, 208.

2462 Vgl. § 108 Nr. 2 SGB V, § 8 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (i.d.F. der Bekanntmachung v. 10. April 1991, BGBl. 1991 I S. 886, zuletzt geändert durch G vom 17. März 2009, BGBl. I 2009 S. 534) sowie die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften wie etwa des Bayerisches Krankenhausgesetzes (i.d.F. der Bekanntmachung v. 28. März 2007, GVBl 2007 S. 288, zuletzt geändert durch G vom 23. April 2008, GVBl. 2008 S. 139.

Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen für den Abschluß von Versorgungsverträgen, die zur Leistungserbringung nach dem SGB XI und SGB XII berechtigen, bringt es mit sich, daß – jedenfalls privat betriebene²⁴⁶⁴ – Pflegeeinrichtungen auch über den aktuellen Pflegebedarf hinaus zuzulassen sind, ein geschlossener Markt der zugelassenen Pflegeeinrichtungen verhindert und neuen, innovativen Leistungsanbietern der Zugang zum Pflegemarkt offen gehalten wird.²⁴⁶⁵

In England weist die Planung demgegenüber einen viel unmittelbareren Bezug zum *commissioning* auf, und es ist – jedenfalls nicht abschließend – geklärt, inwiefern ein fehlender Bedarf auch als Ablehnungsgrund für den Abschluß von Leistungserbringungsverträgen herangezogen werden kann.²⁴⁶⁶

Während es in England zudem möglich ist, den Heimbetreibern durch den Abschluß langfristiger *block contracts* eine gewisse Investitionssicherheit zu geben und so deren Investitionsbereitschaft gegebenenfalls zu steigern, ist in Deutschland mit dem Abschluß von Versorgungsverträgen keine Belegungsgarantie verbunden.²⁴⁶⁷ Der Versorgungsvertrag hat im deutschen Pflegesozialrecht eine rein statusbegründende Funktion.²⁴⁶⁸

2463 Vgl. BVerwG, Urt. vom 30. September 1993, NJW 1994, S. 3027; NZS 2005, S. 258, 260 ff. (für eine ambulante Einrichtung); BSG, Urt. v. 28. Juni 2001, E 88, 215; Urt v. 26. Januar 2006, E 96, 28; vgl. auch *Neumann*, in: Schulin [Hrsg.], HdbSV-PfIV, § 21 Rn. 18; *Schellhorn*, in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 75 SGB XII Rn. 23.

2464 Gegenüber öffentlichen, d.h. insbesondere gegenüber kommunalen Trägern, gilt dies nicht uneingeschränkt. Wenn der Bedarf an stationären Pflegeleistungen bereits durch privat-kommerzielle und freigemeinnützige Träger gedeckt ist, soll mit anderen (also öffentlichen) Trägern aufgrund der Vorrangvorschrift des § 72 Abs. 3 S. 2 SGB XI kein Versorgungsvertrag abgeschlossen werden. Letztlich dürfen Versorgungsverträge mit öffentlichen Trägern also nur dann abgeschlossen werden, wenn die pflegerische Versorgung der Versicherten seitens der gemeinnützigen und privat-kommerziellen Träger nicht gewährleistet ist (str., a.A. wohl *Krahmer/Pöld-Krämer*, in: Klie [Hrsg.], SGB XI, § 11 Rn. 15), was angesichts der fehlenden Grundrechtsberechtigung öffentlicher Träger unbedenklich ist. Vgl. dazu *Neumann*, in: Schulin [Hrsg.], HdbSV-PfIV, § 21 Rn. 24, dessen Vorschlag zu rechtspraktischen Handhabung der Vorrangvorschrift als kommunales Expansionsverbot in Gestalt der Nichtanwendung der Vorrangvorschrift gegenüber Versorgungsverträgen, die fingierte Verträge nach § 73 Abs. 3 SGB XI auslösen, und eines generellen Nichtabschlusses von Versorgungsverträgen mit kommunalen Neuanbietern allerdings zu schematisch ist und deshalb auch dem Wortlaut des § 72 Abs. 3 S. 2 SGB XI (ungeachtet der bestehenden Problematik, den jeweiligen Bedarf und seine Deckung festzustellen) nicht gerecht wird. Auch vor dem Hintergrund der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG, die sich eben nicht nur auf bereits existierende Einrichtungen erstreckt, sondern auch kommunale Neuangebote umfaßt, stößt dieser Vorschlag auf Bedenken. Teile der Literatur halten § 72 Abs. 3 S. 2 SGB XI für nichtig, s. etwa Schulin, VSSR 1998, S. 285 ff.

2465 Vgl. BT-Drs. 12/5262, S. 136; *Plantholz/Schmäing*, in: Klie [Hrsg.], SGB XI, § 72 Rn. 18.

2466 Dazu oben, S. 241 f.

2467 *Plantholz/Schmäing*, in: Klie [Hrsg.], SGB XI, § 72 Rn. 9.

2468 S. die Begründung zu § 81 des Entwurfs des PflegeVG, BT-Drs. 12/5262, S. 135.

3. Bereitstellung staatlich betriebener Pflegeeinrichtungen

Zur Erfüllung ihres Sicherstellungsauftrags nach § 69 SGB XI steht den Pflegekassen im Bereich der stationären Leistungen nur der Rückgriff auf externe Leistungserbringer zur Verfügung. Zusammen mit dem in der Pflegeversicherung grundsätzlich geltenden Sachleistungsprinzip²⁴⁶⁹ führt der Sicherstellungsauftrag damit zu einer Verschaffungspflicht für die Pflegekassen, die diese durch den Abschluß von Versorgungsverträgen mit unabhängigen, selbständigen Einrichtungsträgern zu erfüllen haben.²⁴⁷⁰ Wie bereits erwähnt, eröffnet das SGB XI den Pflegekassen die Möglichkeit zur eigenhändigen Leistungserbringung im stationären Bereich²⁴⁷¹ nicht.²⁴⁷² Im Sozialhilferecht besteht diese Befugnis zum Betrieb eigener Einrichtungen nur unter sehr engen Voraussetzungen.²⁴⁷³ Hierin unterscheidet sich die deutsche Rechtsordnung – jedenfalls hinsichtlich der Pflegeversicherung deutlich von der englischen, die die Leistungsträger gem. ss. 21, 26 NAA 1948 – innerhalb des durch *Best Value* vorgegebenen Rahmens – grundsätzlich auch zur eigenhändigen Leistungserbringung ermächtigt.

Die im Recht der Pflegeversicherung fehlende und im Sozialhilferecht stark eingeschränkte Möglichkeit zum Betrieb eigener Einrichtungen bedeutet aber nicht, daß eine öffentliche Trägerschaft von Pflegeheimen generell ausgeschlossen wäre. In der Praxis werden derzeit ca. 6 % aller Heime staatlich betrieben, Träger dieser Einrichtungen sind meistens Kommunen.²⁴⁷⁴ Allerdings unterliegen staatliche Heime sowohl nach pflegeversicherungs- als auch sozialhilferechtlichen Vorschriften (vgl. §§ 11 Abs. 2 S. 3 SGB XI, 75 Abs. 2 S. 1 SGB XII bzw. die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen wie Art. 70 AGSG) einer Subsidiarität gegenüber freigemeinnützigen und privaten Trägergruppen. Aufgrund dieser Regelungen sollen soziale Einrichtungen wie Pflegeheime nur dann von der öffentlichen Hand vorgehalten werden, soweit die Versorgung nicht durch andere Träger sichergestellt ist.²⁴⁷⁵ Bevor es hierzu kommt, greift allerdings auch die weiter oben beschriebene Verpflichtung der Länder zur Investitionskostenförderung bei privaten Heimträgern ein. Die (Letzt-)Verantwortung dafür, daß die erforderlichen Angebote tatsächlich in der notwendigen Vielfalt, Menge und Qualität vorhanden sind, verbleibt daneben allerdings bei den Kommunen,²⁴⁷⁶ welche schon aufgrund ihres um-

2469 Vgl. BSG, Urt. v. 7. August 1991, SozR. 3-2200 § 321 Nr. 1

2470 Richter, in: Klie [Hrsg.], SGB XI, § 69 Rn. 2, 10.

2471 Demgegenüber ermöglicht § 77 Abs. 2 SGB XI in der ambulanten Versorgung unter bestimmten Voraussetzungen die Anstellung kasseneigenen Pflegepersonals.

2472 Planholz/Schmäing, in: Klie [Hrsg.], SGB XI, § 72 Rn. 5; dazu auch oben, S. 410.

2473 Vgl. § 75 Abs. 2 S. 1 SGB XII, dazu sogleich im Folgenden.

2474 Siehe oben, S. 388.

2475 So die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 12/5952, S. 34 f.; s. auch Krauskopf, in: Wagner/Knittel [Hrsg.], Krauskopf. Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, SGB XI § 11 Rn. 8; Peters, in: Leitherer [Hrsg.], Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 11 SGB XI Rn. 5; vgl. auch Neumann, in: Hauck/Nofz, SGB XII, K § 75 Rn. 12.

2476 Krahrmer/Pöld-Krämer, in: Klie [Hrsg.], SGB XI, § 11 Rn. 15.

fassenden Hilfeauftrags als Sozialhilfeträger subsidiär für die pflegerische Versorgung der Bevölkerung zuständig sind.²⁴⁷⁷

Trotz des in Deutschland geltenden Subsidiaritätsgebotes und des Verbots der eigenhändigen Leistungserbringung, die der englischen Rechtsordnung weder in dieser Form noch in dieser Stringenz bekannt sind, kann im Ergebnis daher für beide Jurisdiktionen übereinstimmend von einer Auffangverantwortung der Kommunen für das Vorhandensein einer ausreichenden Einrichtungsstruktur gesprochen werden. In Deutschland ist diese Letztverantwortung allerdings dadurch relativiert, daß § 9 SGB XI eine grundsätzliche Förderobliegenheit der Länder für die Pflegeinfrastruktur normiert, die sich im Falle einer Unterversorgung zu einer Verpflichtung verstärken kann, den privaten Sektor finanziell im Wege der Investitionskostenförderung zu unterstützen.

4. Zugänglichkeit der Heime

Die Verantwortung des Staates dafür, daß die vorhandenen Pflegeeinrichtungen für diejenigen, die auf die stationäre Langzeitpflegeleistungen angewiesen sind, auch tatsächlich zugänglich sind, drückt sich in Deutschland – wie auch in England – primär in den eingangs beschriebenen staatlichen Pflegesozialleistungen aus. Dabei darf insbesondere nicht übersehen werden, daß die finanziell gedeckelten Leistungen der sozialen Pflegeversicherung für stationäre Pflegeleistungen in Höhe von ca. 8,7 Mrd. EUR (bezogen auf 2006)²⁴⁷⁸ in ganz erheblichem Umfang durch ergänzende Sozialhilfeleistungen aufgestockt werden. So erreichten die sozialhilferechtlichen Hilfen zur Pflege innerhalb von Einrichtungen im Jahr 2006 beispielsweise ein Gesamtvolumen von etwas über 2,5 Mrd. EUR.²⁴⁷⁹

Im Unterschied zu England, wo sich die Sicherung der Zugänglichkeit der Pflegestruktur im Wesentlichen in den zur Verfügung gestellten Sozialleistungen sowie in gewissen Unterstützungshandlungen seitens der Kommunen bei der Beschaffung privat zu finanzierender Pflegeplätze erschöpft, setzt der Staat in Deutschland ein weiteres zentrales Instrumentarium zur Steuerung der Zugänglichkeit der Pflegeangebote ein. Dieses besteht aus verschiedensten Regelungen, mit denen der Staat Einfluß auf die Preisbildung in der stationären Langzeitpflege ausübt.

Im Leistungserbringungsrecht sind diese Regelungen im Wesentlichen in den §§ 82, 84 ff. SGB XI enthalten.²⁴⁸⁰ Danach müssen die Pflegesätze, die im bereits beschriebe-

2477 *Wagner*, in: Hauck/Nofz, SGB XI, K § 8 Rn. 9; *Baur*, in: Mergler/Zink, SGB XII, § 75 SGB XII Rn. 19.

2478 Ohne die vollstationäre Pflege in Behinderteneinrichtungen, vgl. *Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung*, Vierter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung, S. 19, 67, Anlage 3.

2479 *Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung* [Hrsg.], Dritter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung, S. 34, Tabelle 3.

2480 Auch das Sozialhilferecht verweist für die Vergütung der vollstationären Leistungen der Hilfe zur Pflege in zugelassenen Pflegeeinrichtungen grundsätzlich (d.h. soweit nicht nach § 61 SGB XII weitergehende Leistungen zu erbringen sind) auf die Regelungen des SGB XI, vgl. § 75 Abs. 5 S. 1 SGB XII.

nen Pflegesatzverfahren vereinbart werden, leistungsgerecht sein (§ 84 Abs. 2 S. 1 SGB XI) und es dem Heimträger bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen, seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen, § 84 Abs. 2 S. 4 SGB XI. Die Entgelte für Unterkunft und Verpflegung müssen gem. § 87 S. 2 SGB XI in einem angemessenen Verhältnis zu den erbrachten Leistungen stehen.

Das Grundkonzept des Vergütungsrechts basiert auf wettbewerbsbasierten Steuerungsmechanismen mit denen der Gesetzgeber die Erwartung verband, die Konkurrenz zwischen den Einrichtungen würde Anreize für möglichst kostengünstige Leistungen schaffen. Die maßgeblichen gesetzlichen Grundlagen für diesen Wettbewerb liegen zum einen in den für jedes Heim individuell abzuschließenden Vergütungsverträgen (§ 85 Abs. 2 S. 2 SGB XI) sowie zum anderen darin, daß die Zulassung zur Versorgung gem. 72 Abs. 3 S. 1 SGB XI unabhängig vom Versorgungsbedarf geschehen muß.²⁴⁸¹ Angesichts dieser Wettbewerbsmechanismen hatte das BSG bei der Beurteilung, ob die vereinbarte Vergütung leistungsgerecht ist, zunächst allein auf die Marktpreise abgestellt und die Gestehungskosten außer Betracht gelassen, weil die am Markt durchsetzbare Vergütung als hinreichendes Korrektiv für überhöhte Kosten gesehen wurde.²⁴⁸²

Weil sich diese Erwartungen allerdings nicht erfüllt haben, die angestrebte wettbewerbsorientierte Ausdifferenzierung der Kosten ausblieb und das System eher kosten-treibende Effekte zeigte, nimmt das BSG in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung bei der Beurteilung der Leistungsgerechtigkeit der Pflegevergütung und der Angemessenheit der Entgelte für Unterkunft und Verpflegung nunmehr eine zweistufige Prüfung vor. Es stellt zum einen darauf ab, ob die von der Einrichtung geforderten Pflegesätze nachvollziehbar auf die Gestehungskosten zurückgeführt werden können, zum anderen prüft es, ob die Vergütung marktgerecht ist, d.h. ob sie einem Vergleich mit anderen Einrichtungen standhält.²⁴⁸³ Dabei unterscheidet das BSG drei Fallkonstellationen: stets als leistungsgerecht sieht es Vergütungen an, die über die günstigsten Eckwerte vertretbarer Einrichtungen nicht hinausreichen. Regelmäßig als leistungsgerecht erachtet werden ferner Pflegesatz- und Entgeltforderungen im unteren Drittel vergleichbarer Vergütungen. Vergütungsforderungen oberhalb dieser Schwelle können sich dann als leistungsgerecht erweisen, soweit sie auf einem höheren Aufwand der Pflegeeinrichtungen beruhen, der sich aber im jeweiligen Einzelfall als wirtschaftlich angemessen erweist.²⁴⁸⁴

Dem Wirtschaftlichkeitsprinzip kommt in der Pflegeversicherung dabei angesichts der ohnehin gedeckelten Leistungen primär die Bedeutung zu, daß die Pflegekassen wegen der ihnen übertragenen Betreuungs- oder Fürsorgefunktion zugunsten der Pflegebedürftigen dafür Sorge zu tragen haben, daß die nur in beschränktem Umfang zur Verfügung gestellten finanziellen Mittel möglichst effizient eingesetzt werden. Auf die-

2481 BSG, Urt. vom 29. Januar 2009, NZS 2010, S. 38.

2482 BSG, Urt. vom 14. Dezember 2000, SozR 3-3300 § 85 Nr. 1.

2483 Vgl. BSG, Urt. vom 29. Januar 2009, NZS 2010, S. 35, 40; dazu *Schütze*, in: Usching [Hrsg.], SGB XI, § 84 Rn. 13.

2484 BSG, Urt. vom 29. Januar 2009, NZS 2010, S. 35, 42 f., vgl. auch *Schütze*, in: Usching [Hrsg.], SGB XI, § 84 Rn. 15.

se Weise soll der nicht vom Budget der Pflegeversicherung umfaßte Teil des Pflegebedarfs, der grundsätzlich von den Pflegeversicherten aus eigenen Mitteln zu bestreiten ist, möglichst gering gehalten werden.²⁴⁸⁵

Diese Mechanismen, die die finanzielle Zugänglichkeit der Pflegeinfrastruktur befördern, kommen nicht allein den Empfängern von pflegeversicherungs- bzw. sozialhilferechtlichen Leistungen zugute. Gem. § 84 Abs. 3 SGB XI müssen die Pflegesätze für alle Bewohner des jeweiligen Pflegeheimes nach einheitlichen Grundsätzen bemessen werden, eine Differenzierung nach Kostenträgern ist unzulässig.²⁴⁸⁶ Diese Regelung verhindert, daß Selbstzahlern und Privatversicherten höhere Pflegesätze in Rechnung gestellt werden als den Beziehern von Leistungen der sozialen Pflegeversicherung.²⁴⁸⁷ Quersubventionierungen und Rabatte sollen damit ausgeschlossen werden.²⁴⁸⁸ Damit profitieren auch Privatzahler von der Verhandlungsmacht²⁴⁸⁹ der Pflegekassen in den Vergütungsverhandlungen sowie den materiellen Vorgaben bezüglich der Angemessenheit der Entgelte.

Dieses Instrumentarium unterscheidet sich wesentlich von der Situation in England. Dort fehlen – abgesehen vom wenig ausdifferenzierten *Best Value*-Regime – nicht nur spezifische materielle Vorgaben für die Bestimmung der Entgelte. Auch eine Erstreckung der durch die Kommunen ausgehandelten Heimgebühren auf Selbstzahler ist gesetzlich nicht vorgesehen. Vielmehr wird es in der Praxis von Kommune zu Kommune unterschiedlich gehandhabt, ob sie für diejenigen Personen, die ihre Hilfe eigentlich nicht benötigen, Heimplätze aus dem kommunalen Kontingent gegen Erstattung der Gebühren zur Verfügung stellen.²⁴⁹⁰ Tatsächlich liegen die Heimgebühren von Selbstzahlern in England über den von den Kommunen ausgehandelten Gebühren, was zu einer Quersubvention der von der Kommune kontrahierten Plätze durch Selbstzahler führt²⁴⁹¹ und die Zugänglichkeit von Pflegeeinrichtungen für diesen Personenkreis einschränkt.

Anders als in England bewirken zudem weitere Rechtsvorschriften außerhalb des Leistungserbringungsrechts einen Schutz vor unangemessen hohen Entgelten auch für

2485 Vgl. *Udsching*, Die vertragsrechtliche Konzeption der Pflegeversicherung, NZS 1999, S. 477.

2486 Zu Reichweite und Wirkung von § 84 Abs. 3 SGB XI ausführlich *Leicht*, Drittverbindliche Pflegesätze in der stationären Pflege?, RdDE 45 (2000), S. 51 ff.

2487 BT-Drs. 12/5262, S. 144; *Vogel/Schmäing*, in: Klie/Krahmer, SGB XI, § 84 Rn. 18; anders war die Rechtslage noch vor Inkrafttreten der 2. Stufe der Pflegeversicherung am 1.7.1996. Die Pflegeheime waren – im Rahmen von § 4 Abs. 3 HeimG a.F. – befugt, Selbstzahlern und Sozialhilfeempfängern unterschiedliche Entgelte in Rechnung zu stellen, was in der Praxis dazu führte, daß der Selbstzahlersatz in der Regel weit über den Sozialhilfesätzen lag, vgl. *Leicht*, Drittverbindliche Pflegesätze in der stationären Pflege?, RsDE 45 (2000), S. 51.

2488 Vgl. BT-Drs. 12/5262, S. 144 zur entsprechenden Vorschrift im HeimG a.F.

2489 Vgl. demgegenüber zum strukturellen Ungleichgewichts zwischen den Pflegebedürftigen und den Heimträgern *Schulin*, Verträge mit den Leistungserbringern im Pflegeversicherungsrecht, VSSR 1994, S. 289.

2490 Zur Frage, ob hierzu nach s. 21 NAA 1948 grundsätzlich eine Verpflichtung bestünde, s. oben, S. 182.

2491 Vgl. *Joseph Rowntree Foundation*, Finding 678 (June 1998): Disparities between market rates and state funding of residential care, S. 3.

Privatzahler. Entsprechende Regelungen, die angemessene Entgelte, angemessene Entgelterhöhungen sowie ein Verbot der Differenzierung der Vergütung nach dem Kostenträger vorsehen, enthalten – unter kompetenziellen Gesichtspunkten nicht unumstritten²⁴⁹² – das Heimaufsichtsrecht der Länder (vgl. etwa Art. 5 des Pflege- und Wohnqualitätsgesetzes²⁴⁹³ (PfleWoqG) des Freistaates Bayern und § 5 des baden-württembergischen Landesheimgesetzes²⁴⁹⁴) sowie §§ 7 und 9 des Wohn- und Betreuungsvertragsgesetzes (WBVG),²⁴⁹⁵ das mit Wirkung zum 1. Oktober 2009 das im HeimG enthaltene Heimvertragsrecht ablöste.²⁴⁹⁶ Wie schon § 5 Abs. 7 S. 1 HeimG a.F. dienen diese Regelungen dem Schutz der Heimbewohner vor Übervorteilung²⁴⁹⁷ und stellen Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB dar. Verträge, die eine unangemessene Entgeltvereinbarung beinhalten, sind somit grundsätzlich nichtig.²⁴⁹⁸ Allerdings kommt diesen Regelungen eine eigenständige Bedeutung im Wesentlichen nur in Bezug auf diejenigen Heime zu, die nicht zugleich zur pflegerischen Versorgung nach dem SGB XI zugelassen sind.²⁴⁹⁹

II. Personalinfrastruktur

1. Überblick

Im Dezember 2007 waren in deutschen Pflegeheimen insgesamt ca. 574.000 Personen beschäftigt (in etwa 421.000 Vollzeitstellen entsprechend), 393.000 von ihnen im Bereich Pflege und Betreuung.²⁵⁰⁰ Mit einer Zunahme um 5,0 % gegenüber 2005 war der Zuwachs bei den Beschäftigten zuletzt erneut²⁵⁰¹ stärker als der bei den Pflegebedürftigen.²⁵⁰² Mehr als die Hälfte der in Pflege und Betreuung Beschäftigten verfügten zu diesem Zeitpunkt über eine einschlägige Qualifikation als Altenpfleger/in (32,9 %),

2492 Vgl. hierzu etwa *Burmeister* u.a., Bayerisches Pflege- und Wohnqualitätsgesetz, Art. 5 Rn. 1 ff.

2493 PflWoqG vom 8. Juli 2008, GVBl. S. 346.

2494 Gesetz vom 10. Juni 2008, GBl. S. 169.

2495 Gesetz zur Regelung von Verträgen über Wohnraum mit Pflege- oder Betreuungsleistungen (Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz - WBVG) vom 29. Juli 2009, BGBl. I S. 2319.

2496 Eine gute Einführung in die Entstehungsgeschichte, den Anwendungsbereich und die Inhalte des Gesetzes gibt *Ross*, Das neue Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, Rechtsdienst der Lebenshilfe 2009, S. 94 ff.; s. zum WBVG auch *Drasdo*, Das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, NJW 2010, S. 1174.

2497 Vgl. *Igl*, in: Dahlem u.a. [Hrsg.], Heimgesetz, § 5 Rn. 19; *Richter*, in: Krahrmer/Richter [Hrsg.], HeimG, § 5 Rn. 18.

2498 Vgl. *Kunz/Butz/Wiedemann*, HeimG, § 5 Rn. 28.

2499 Vgl. etwa § 7 Abs. 2 S. 2, 3 WBVG.

2500 Statistisches Bundesamt, Pflegestatistik 2007 – Deutschlandergebnisse, S. 8, 24, 27.

2501 Dies war auch im Zeitraum zwischen 2001 und 2005 bereits der Fall, s. *Bundesministerium für Gesundheit*, Die Entwicklung der Pflegeversicherung. Vierter Bericht, S. 36.

2502 Vgl. *Statistisches Bundesamt*, Pflegestatistik 2007 – Deutschlandergebnisse, S. 27.

Altenpflegerhelfer/in (5,4 %), Gesundheits- und Krankenpfleger/in (14,7 %) oder Krankenpflegehelfer/in (4,6 %).²⁵⁰³

Die in den letzten Jahren stetig gestiegenen Beschäftigungszahlen deuten darauf hin, daß in der Altenpflege – anders als in England²⁵⁰⁴ – bislang jedenfalls noch kein flächendeckender, genereller Fachkräftemangel zu verzeichnen ist.²⁵⁰⁵

Allerdings stellt sich die Personalsituation bundesweit sehr unterschiedlich dar. Während in den neuen Ländern und in Berlin von einem Überschuß an Fachkräften für die Kranken- und Altenpflege berichtet wird und man in Hamburg auch mittelfristig nicht mit einem Personalmangel rechnet,²⁵⁰⁶ bestehen in anderen Ländern in bestimmten Regionen – insbesondere in Ballungszentren – erhebliche Schwierigkeiten bei der Rekrutierung von geeignetem Fachpersonal. Hier kann durchaus von einem akuten Fachkräftemangel gesprochen werden.²⁵⁰⁷ In einigen Ländern wird zudem ein Mangel an praktischen Ausbildungsplätzen beklagt.²⁵⁰⁸ Für die Zukunft lassen der demographische Wandel und der schon jetzt erkennbare Rückgang der Schülerzahlen bundesweit tendenziell eine Verschlechterung der Personalsituation in der Kranken- und Altenpflege erwarten.²⁵⁰⁹

2. Staatliche Maßnahmen zur quantitativen Stärkung der Personalinfrastruktur

Vor dem Hintergrund der geschilderten Prognose werden auch in Deutschland verschiedene staatliche Maßnahmen zum Ausbau der Personalinfrastruktur ergriffen. Die hierzu eingesetzten Instrumente basieren größtenteils auf den gleichen persuasiven Ansätzen, die auch in England verfolgt werden.

Hierbei ist neben der Novellierung des Krankenpflegegesetzes²⁵¹⁰ insbesondere auf die Einführung des Altenpflegegesetzes²⁵¹¹ im Jahre 2003 hinzuweisen, das die Alten-

2503 Vgl. *Statistisches Bundesamt*, Pflegestatistik 2007 – Deutschlandergebnisse, S. 25.

2504 S. oben, S. 217 f.

2505 *Bundesministerium für Gesundheit*, Die Entwicklung der Pflegeversicherung. Vierter Bericht, S. 38; vgl. auch *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, Ausbildungsstrukturen der Altenpflegeschulen, S. 79.

2506 *Freie Hansestadt Hamburg*, Rahmenplanung der pflegerischen Infrastruktur bis 2010, S. 42.

2507 *Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung*, Dritter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung, S. 76; vgl. auch *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, Erster Bericht über die Situation der Heime und die Betreuung der Bewohnerinnen und Bewohner, 3.4.1.g).

2508 Vgl. auch *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, Ausbildungsstrukturen der Altenpflegeschulen, S. 81.

2509 *Bundesministerium für Gesundheit*, Vierter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung, S. 39; vgl. auch *Blinkert/Klie*, Zukünftige Entwicklung, S. 73 ff.

2510 Gesetz über die Berufe in der Krankenpflege v. 16. Juli 2003 (BGBl. I S. 1442), zuletzt geändert durch G zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 17. Juli 2009 (BGBl. I S. 1990). Auch dieses Gesetz hatte zum Ziel, die Krankenpflegeausbildung attraktiver und damit gegenüber anderen Ausbildungsberufen konkurrenzfähig zu machen; zu Zwecksetzung und Inhalt dieser Novellierung s. *Opolony*, Das Krankenpflegegesetz 2004, NZA 2004, S. 18 ff.

pflegeausbildung bundesweit vereinheitlichte²⁵¹² und den Beruf des Altenpflegers – dem wohl wichtigsten in der stationären Langzeitpflege²⁵¹³ – vor allem für jüngere Menschen wieder attraktiver und gegenüber anderen Berufen konkurrenzfähig machen sollte.²⁵¹⁴ Anders als der Beruf des Krankenpflegers/der Krankenpflegerin, dessen Berufsrecht auch europarechtlich bestimmt ist, um die Mobilität der Pflegekräfte zwischen den Mitgliedstaaten zu garantieren²⁵¹⁵ und der in Gestalt der *registered nurse* mit einer stärkeren medizinischen Prägung auch in England existiert, stellt der Beruf des Altenpflegers/der Altenpflegerin eine deutsche Besonderheit dar,²⁵¹⁶ der in England in dieser Weise als eigenständiger Ausbildungsberuf auch bei den *social care workers* nicht existiert. Als klassischer Ausbildungsberuf beruht er grundsätzlich auf einer dreijährigen Ausbildung, die sich aus einem praxisorientiertem Unterricht in Altenpflegesschulen und einer praktischen Ausbildung in stationären und ambulanten Einrichtungen zusammensetzt (§ 4 AltPflG).

Um das Berufsprofil zu stärken und die Wertschätzung der Altenpflege zu erhöhen, wurde die Berufsbezeichnung „Altenpfleger/in“ geschützt (§ 1 AltPflG). Auch in England wurde dies für die *social workers* bereits umgesetzt, für die *social care workers* bestehen entsprechende Planungen.²⁵¹⁷ Um den Ausbildungsgang im Vergleich zu anderen Ausbildungen zudem finanziell interessanter zu machen, räumt § 17 AltPflG den Schülerinnen und Schülern einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Ausbildungsvergütung ein. Ein weiterer Beitrag zur Steigerung der Attraktivität der Pflegeberufe liegt in § 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XI. Dieser Vorschrift wurde durch das Pflegeweiterentwicklungsgesetz die Verpflichtung der Heimbetreiber hinzugefügt, daß den in einer Pflegeeinrichtung Beschäftigten eine zumindest ortsübliche Vergütung bezahlt

2511 Gesetz über die Berufe in der Altenpflege (Altenpflegegesetz – AltPflG) i. d. F. der Bek. v. 25. August 2003 (BGBl. I S. 1690), zuletzt geändert durch G zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 17. Juli 2009 (BGBl. I S. 1990).

2512 Vor dem Inkrafttreten des AltPflG beruhte die Altenpflegeausbildung auf landesrechtlichen Vorgaben, die vor allem im Hinblick auf die Ausbildungsdauer und -inhalte sowie die Prüfungsanforderungen sehr unterschiedlich gestaltet waren. Dies hatte zur Folge, daß Altenpflegekräfte am Arbeitsmarkt insbesondere gegenüber den bundeseinheitlich ausgebildeten Krankenpflegekräften im Nachteil waren, vgl. *Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung*, Dritter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung, S. 107. Bereits vor Inkrafttreten des SGB XI hatte die Erste Bundeskonferenz zur Qualitätssicherung bei Pflegebedürftigkeit auf die Notwendigkeit der Vereinheitlichung von Bildungsstandards unter anderem der Pflegeberufe hingewiesen (s. Memorandum zur Qualitätssicherung bei Pflegebedürftigkeit der Ersten Bundeskonferenz zur Qualitätssicherung bei Pflegebedürftigkeit, RsDE 25 (1994), S. 56).

2513 Zu den verschiedenen Berufsgruppen in der stationären Langzeitpflege und zur Genese der Heterogenität der Pflegeberufe s. *Ollenschläger*, *Institutionalisierung*, S. 69 ff.

2514 Vgl. die Gesetzesbegründung der Bundesregierung, BT-Drs. 14/1578, S. 11.

2515 RL 77/452/EWG des Rates vom 27. Juni 1977 über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise der Krankenschwester und des Krankenpflegers, die für die allgemeine Pflege verantwortlich sind, und über Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr, ABl. Nr. L 176 v. 15 Juli 1977, S. 1 ff.

2516 So auch *Bieback*, *Qualitätssicherung in der Pflege*, S. 73.

2517 S. oben, S. 219 f.

werden muß. Wenngleich es dem Wortlaut nach hierbei nicht um Mindestlohngehälter, sondern um Durchschnittslöhne geht,²⁵¹⁸ läßt sich dieses Instrument hinsichtlich seines Wirkmechanismus durchaus mit der Mindestlohnpolitik im englischen Pflegesektor²⁵¹⁹ vergleichen.

Die Altenpflegeausbildung wird durch eine Vielzahl ergänzender staatlicher Fördermaßnahmen und Modellprojekte unterstützt.²⁵²⁰ Exemplarisch kann etwa das „Servicenetzenetzwerk Altenpflegeausbildung“ genannt werden, das vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) ins Leben gerufen wurde, um den Pflegeeinrichtungen bezüglich der Schaffung von Ausbildungsplätzen und anderer Ausbildungsbelange ein bundesweit agierendes Beratungsteam – verteilt auf eine zentrale sowie sieben regionale Servicestellen – zur Verfügung zu stellen.²⁵²¹ Eine weitere Maßnahme des BMFSFJ zur Weiterentwicklung der Altenpflegeausbildung besteht in der Erstellung eines Handlungsleitfadens zur Umsetzung von Lernfeldkonzepten in der Altenpflegeausbildung.²⁵²² Bis März 2009 führte das BMFSFJ ferner eine Fachkampagne durch, um das Berufsfeld Altenpflege gesellschaftlich aufzuwerten und mehr junge Menschen für diese Ausbildung zu gewinnen.²⁵²³ Die Kampagne stützte sich – ähnlich wie in England schon 2007 das *Department of Health*²⁵²⁴ – auf eine umfangreiche Presse- und Medienarbeit, für deren Zwecke unter anderem Plakate²⁵²⁵ gestaltet und vier öffentlichkeitswirksame Veranstaltungen unter dem Titel „Festival der Altenpflege“ abgehalten wurden.²⁵²⁶

Eine Vielzahl an Instrumenten zur Förderung der Personalinfrastruktur werden ferner von den Ländern eingesetzt,²⁵²⁷ etwa in Gestalt weiterer Imagekampagnen für die Pflegeberufe²⁵²⁸ oder finanzieller Unterstützungsprogramme für die Schaffung von Ausbil-

2518 S. *Plantholz/Schmäing*, in: Klie [Hrsg.], SGB XI, § 72 Rn. 14, die inhaltliche Ausgestaltung der Norm kritisieren, weil sie Diskrepanzen zur Gesetzesbegründung aufweist, die darauf hindeutet, daß es dem Gesetzgeber tatsächlich eher um die Einführung von Mindestlöhnen ging.

2519 Dazu oben, S. 218.

2520 Vgl. etwa die Auflistung von Maßnahmen des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend in *Bundesministerium für Gesundheit*, Die Entwicklung der Pflegeversicherung. Vierter Bericht, S. 38, sowie unter <<http://www.altenpflegeausbildung.net/snaa/ver>>.

2521 Näheres zum „Servicenetzenetzwerk Altenpflegeausbildung“ findet sich auf dessen Internetpräsenz <www.altenpflegeausbildung.net>.

2522 <<http://www.altenpflege-lernfelder.de/downloads/index.html>>.

2523 Vgl. <<http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Service/Archiv/16-legislatur,did=112800.html>>.

2524 S. oben, S. 220.

2525 S. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, *Moderne Altenpflege. Was wir können, können nur wir*, S. 9.

2526 <<http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Service/Archiv/16-legislatur,did=112800.html>>.

2527 Vgl. hierzu *Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung* [Hrsg.], *Dritter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung*, S. 77.

2528 Beispielsweise die Kampagne „Altenpflege in Bayern“, s. <<http://www.stmas.bayern.de/pflege/beruf/mehtjob.htm>>.

dungsplätzen.²⁵²⁹ Allerdings fehlt es derzeit in den meisten Bundesländer noch an konkreten Bedarfsplanungen für Pflegekräfte in der Kranken- und Altenpflege.²⁵³⁰

Eine Besonderheit im Zusammenhang mit dem Einwirken auf eine hinreichende Personalinfrastruktur in der stationären Langzeitpflege besteht im Vergleich zu England darin, daß anerkannte Kriegsdienstverweigerer aufgrund des Zivildienstgesetzes²⁵³¹ (ZDG) vorrangig Aufgaben im sozialen Bereich übernehmen müssen.²⁵³² In der Folge leisteten beispielsweise im Dezember 2007 ca. 7.000 Männer Zivildienst in Pflegeheimen,²⁵³³ was einem Anteil von etwas mehr als 1% der in Pflegeheimen beschäftigten Personen entspricht.

3. Maßnahmen zur Erhöhung der Qualifikation der Pflegekräfte

Die Intention der beschriebenen staatlichen Maßnahmen beschränkt sich nicht darauf, die Personalinfrastruktur allein in quantitativer Hinsicht auszubauen. Ebenso wie in England²⁵³⁴ erstreckt sich auch in Deutschland die staatliche Einflußnahme auf das Pflegepersonal auf qualitative Aspekte. Zentral hierfür sind das bereits erwähnte AltPflG und die zur Ausführung dieses Gesetzes erlassene Altenpflege-Ausbildungs- und Prüfungsverordnung²⁵³⁵ (AltPflAPrV). In Gestalt eines länderübergreifenden Rahmens schafft das AltPflG Mindestanforderungen für ein bundeseinheitliches Ausbildungsniveau. Auf diese Weise stellt es sicher, daß in der Altenpflegeausbildung diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten vermittelt werden, die eine selbständige und eigenverantwortliche, qualifizierte und ganzheitliche Pflege, Beratung, Begleitung und Betreuung älterer Menschen ermöglichen (vgl. § 3 Abs. 1 AltPflG).²⁵³⁶ Dies soll insbesondere durch Anforderungen an die Ausbildung sowie durch Zugangsvoraussetzungen erreicht werden (§§ 3 ff. AltPflG).²⁵³⁷

Innerhalb des durch das AltPflG und die AltPflAPrV gezogenen Rahmens – der nunmehr explizit auch die Befähigung zur Mitwirkung an qualitätssichernden Maßnahmen in Pflege, Betreuung und Behandlung einschließt (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 AltPflG) und

2529 So etwa das Förderprogramm „Fit for Work 2009“ des Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit, Sozialordnung, Familie und Frauen. Für nähere Informationen s. <<http://www.stmas.bayern.de/pflege/beruf/fitforwork09.htm>>.

2530 Vgl. *Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung* [Hrsg.], Dritter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung, S. 76.

2531 Zivildienstgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 17. Mai 2005 (BGBl. I S. 1346), zuletzt geändert durch G v. 14. Juni 2009 (BGBl. I S. 1229).

2532 Zur Haftung des Bundes für Amtspflichtverletzungen eines Zivildienstleistenden bei Dienstausbübung s. BGH, Urt. vom 11. Mai 2000, NVwZ 2000, S. 963 ff.

2533 Statistisches Bundesamt, Pflegestatistik 2007, Länderbericht Pflegeheime, S. 5.

2534 Siehe dazu oben, S. 221 ff.

2535 Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für den Beruf der Altenpflegerin und des Altenpflegers v. 26. November 2002 (BGBl. I S. 4418), zuletzt geändert durch G v. 2. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2686).

2536 Vgl. BT-Drs. 14/1578, S. 11.

2537 *Bieback*, Qualitätssicherung, S. 74.

damit auch die Anforderungen an die Qualitätssicherung in den berufsrechtlichen Bereich überträgt²⁵³⁸ – konkretisieren die Länder die Ausbildungsinhalte. In Bayern geschieht dies durch die Lehrplanrichtlinien für die Berufsfachschule für Altenpflege des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus²⁵³⁹ sowie den vom Staatsinstitut für Schulqualität und Bildungsforschung entwickelten Ausbildungsrahmenplan für die praktische Ausbildung in der Altenpflege aus dem Jahre 2004²⁵⁴⁰. Für die inhaltliche Gestaltung beider Lehrpläne war maßgeblich das Staatsinstitut für Schulqualität und Bildungsforschung verantwortlich. Bei diesem handelt es sich um eine Behörde des Freistaates Bayern im Geschäftsbereich des Staatsministeriums für Unterricht und Kultus, das dieses unter anderem bei der Aufstellung von Lehrplänen unterstützt und berät. Zur Entwicklung der Ausbildungsinhalte werden jeweils im Einvernehmen mit dem Staatsministerium für Unterricht und Kultus Lehrplankommissionen gebildet (vgl. Art. 45 Abs. 3 S. 1 des Bayerischen Erziehungs- und Unterrichtswesengesetzes²⁵⁴¹). Deren Zusammensetzung folgt keinen formalen Regeln, sondern orientiert sich primär am Sachverstand der Beteiligten. An der Entwicklung des genannten Ausbildungsrahmenplans waren dementsprechend unter anderem Vertreter des Berufsverbandes der Altenpflege, der Wohlfahrtsverbände und des deutschen Berufsverbands für Pflegeberufe (DBfK)²⁵⁴² beteiligt. Dies weist gewisse Parallelen zur Aufstellung der englischen NVQs unter Beteiligung von *Skills for Care* auf, einer Einrichtung, in der Interessen der *social care*-Arbeitgeber hinsichtlich der Ausbildungsinhalte der in diesem Sektor Beschäftigten zusammengefaßt sind.²⁵⁴³ Sowohl der deutsche als auch der englische Staat machen also durch die Schaffung institutioneller Strukturen den Sachverstand des privaten Sektors für die Zwecke der Infrastruktursteuerung nutzbar. Ein wesentlicher Unterschied besteht allerdings darin, daß der englische Staat eine von Arbeitgebern geführte private Institution zu Erfüllung der betreffenden Aufgaben lizenziert, während in Deutschland eine staatliche Institution Vertreter des privaten Sektors (die nicht allein die Arbeitgeberinteressen repräsentieren) in einem nicht näher vorgegebenen Rahmen in ihre eigenen Gremien integriert.

Die Erhöhung der Qualität der personellen Pflegeinfrastruktur dient schließlich auch das KrPflG. Die Novellierung dieses – neben dem AltPflG – zweiten zentralen Gesetzes für die Pflegeberufe im Jahr 2004 sollte gerade zur Sicherstellung einer hochwertigen

2538 Vgl. *Bieback*, Qualitätssicherung, S. 74 f.

2539 *Bayerisches Staatsministerium für Unterricht und Kultus*, Lehrplanrichtlinien für die Berufsfachschule für Altenpflegehilfe. Ausbildung zum/zur Staatlich geprüften Pflegefachhelfer/-in (Altenpflege), 2007.

2540 <<http://www.altenpflegeausbildung.net/snaa/apa/laender/BY/ARP-BY.pdf>>.

2541 Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (BayEUG) i. d. Fassung der Bekanntmachung v. 31. Mai 2000 (GVBl S. 414, ber. S. 632), zuletzt geändert durch G zur Änderung des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen vom 22. Juli 2008 (GVBl S. 467).

2542 Für weitere Informationen siehe <www.dbfk.de>.

2543 Hierzu ausführlich oben, S. 266.

pflegerischen Versorgung beitragen.²⁵⁴⁴ Zu diesem Zweck wurden die Ausbildungsziele unter anderem den neuen Anforderungen in der Krankenpflege angepaßt, die neben kurativen Tätigkeiten nunmehr verstärkt auch präventive, rehabilitative und palliative Aspekte beinhalten (vgl. § 3 Abs. 1 S. 2 KrPflG).²⁵⁴⁵

In Übereinstimmung mit den in England vorgefundenen Steuerungsmaßnahmen wirken verschiedene staatliche Stellen auch in Deutschland mit ökonomischen Anreizmechanismen auf das Vorhandensein einer hinreichend qualifizierten Personalinfrastruktur ein. Dies betrifft etwa die auf Länderebene festzulegende Kostentragung für Pflegeschulen. Berufsfachschulen für Altenpflege werden entweder als kommunale Schulen von staatlichen Trägern betrieben und finanziert²⁵⁴⁶ oder sie erhalten – was der Regelfall ist – als staatlich anerkannte, private Pflegefachschulen staatliche Betriebszuschüsse für den Personal- und Schulaufwand, in Bayern etwa nach Art. 41 des Bayerischen Schulfinanzierungsgesetzes²⁵⁴⁷. Mitunter werden auch Schulgelder von Auszubildenden vom Freistaat Bayern übernommen,²⁵⁴⁸ in kommunalen Schulen werden sie regelmäßig gar nicht erst erhoben.²⁵⁴⁹ Umschulungsmaßnahmen werden durch die Bundesagentur für Arbeit finanziell unterstützt.²⁵⁵⁰

Im Zusammenhang mit der Setzung finanzieller Anreize zur Erhöhung der Qualität in der personellen Pflegeinfrastruktur ist schließlich das sogenannte „Meister-Bafög“ zu erwähnen. Nach dem Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetz²⁵⁵¹ (AFBG) sind berufsbegleitende Weiterbildungsmaßnahmen auch in den Pflegeberufen förderfähig, etwa zur Befähigung zur Leitung einer Pflegeeinrichtung. Der Förderbeitrag zu den Lehrgangs- und Prüfungsgebühren besteht in Höhe von 30,5 % aus einem Zuschuß, im Übrigen aus einem günstig verzinsten Bankdarlehen und ist alters-, einkommens- und vermögensunabhängig. Bei erfolgreichem Bestehen der betreffenden Abschlußprüfung werden zusätzlich 25 % des Darlehens erlassen.²⁵⁵² Um dem wachsenden Fachkräftebedarf im

2544 Vgl. BT-Drs. 15/13, S. 17 ff.; s. auch *Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung* [Hrsg.], Dritter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung, S. 23. ausführlich hierzu *Bieback*, Qualitätssicherung, S. 75 ff.

2545 Entsprechend wurde ein Teil der praktischen Ausbildung auch in ambulante oder stationäre Pflege- oder Rehabilitationseinrichtungen verlagert (s. § 4 Abs. 2 S. 3 KrPflG).

2546 So beispielsweise die Staatliche Berufsfachschule für Altenpflege in Mühldorf am Inn.

2547 Bayerisches Schulfinanzierungsgesetz (BaySchFG) i. d. Fassung der Bekanntmachung v. 31. Mai 2000 (GVBl S. 455, ber. S. 633), zuletzt geändert durch G zur Anpassung von Landesgesetzen an das Bayerische Beamtengesetz vom 27. Juli 2009 (GVBl S. 400).

2548 Vgl. <<http://www.bfs-grafenau.de/pflegeschulen.htm>>.

2549 Vgl. beispielsweise § 5 der Satzung über die Berufsfachschule für Altenpflege des Landkreises Freyung-Grafenau v. 23. September 2003, Amtsblatt des Landkreises Freyung-Grafenau Nr. 9/2003, inzwischen aufgrund eines Trägerwechsels aufgehoben durch Satzung vom 10. Mai 2004.

2550 Vgl. *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, Erster Bericht über die Situation der Heime und die Betreuung der Bewohnerinnen und Bewohner, 2.2.3.

2551 Gesetz zur Förderung der beruflichen Aufstiegsfortbildung (Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetz - AFBG) i. d. Fassung der Bekanntmachung v. 18. Juni 2009 (BGBl. I S. 1322, ber. S. 1794), zuletzt geändert durch G zur Reform des Kontopfändungsschutzes vom 7. Juli 2009 (BGBl. I S. 1707).

2552 Zu Einzelheiten des „Meister-Bafögs“ s. *Bundesministerium für Bildung und Forschung*, „Meister-Bafög“ – Das neue Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetz (AFBG), S. 5 ff.

Pflegebereich Rechnung zu tragen, ermöglicht eine Änderung des AFBG eine Ausbildungsfortbildungsförderung nunmehr auch in den Ländern, in denen keine eigenen landesrechtlichen Fortbildungsregelungen existieren (§ 2 Abs. 1 S. 3 AFBG).

4. Vergleichende Zusammenfassung

Vergleicht man die in Deutschland zur Steuerung der personellen Pflegeinfrastruktur eingesetzten Maßnahmen mit denen in England, zeigt sich zunächst, daß in beiden Vergleichsländern ein Maßnahmenbündel, bestehend vor allem aus ökonomischen und sonstigen anreizbasierten sowie prozeduralen Steuerungselementen, zum Einsatz kommt. In beiden verglichenen Rechtsordnungen wird der Versuch unternommen, das Ansehen der Pflegeberufe zu steigern und durch bestimmte Rahmenvorgaben die Ausbildungsqualität zu erhöhen. Während die Strukturen der Ausbildung jeweils staatlich festgelegt sind, werden die Ausbildungsinhalte im Wesentlichen durch Einbeziehung von Akteuren des privaten Sektors festgelegt. Eine deutsche Besonderheit ist es, daß der Beruf des Altenpflegers/der Altenpflegerin in Deutschland als klassischer Ausbildungsberuf ausgestaltet ist, während die NVQs in England rein durch „training on the job“, also durch betriebliche Aus- und Weiterbildung, erworben werden.

In beiden Rechtsordnungen werben die Staaten mit umfangreichen Imagekampagnen und unterstützen Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen des Pflegepersonals umfangreich mit finanziellen Mitteln.

D. Steuerung der Pflegequalität

Im Folgenden werden die wichtigsten Unterschiede und Gemeinsamkeiten dargestellt, die die deutsche und die englische Rechtsordnung hinsichtlich der Steuerung der Pflegequalität aufweisen.

I. Strukturbezogene Steuerung der Pflegequalität

1. Ordnungsrechtliche Mechanismen

Vergleicht man die englische und deutsche Rechtsordnung hinsichtlich der Instrumente, derer sich der Staat zur strukturbezogenen Steuerung der Pflegequalität bedient, fällt zunächst auf, daß ordnungsrechtlichen Mechanismen in Deutschland ein ähnlich herausgehobener Stellenwert zukommt wie dem CSA 2000-Regime²⁵⁵³ in England.

2553 Ausführlich hierzu oben, S. 226 ff.

a. Das heimaufsichtliche Regime

aa. Allgemeines

Das wichtigste Element der ordnungsrechtlichen Kontrolle stationärer Langzeitpflegeeinrichtungen in Deutschland bildet die Heimaufsicht. Diese geht zurück auf die ordnungsrechtliche Gewerbepolizei nach §§ 30 ff. GewO für gewerbliche Altenheime, Altenwohnheime und Pflegeheime, die 1967 neben die bis dahin nur bei bestimmten Heimen ausgeübten gesundheitspolizeilichen Kontrollen sowie neben die Aufsicht über die Heime der Jugendhilfe getreten war. 1974 wurde die Heimaufsicht mit Erlaß des bundesrechtlichen HeimG auf eine neue rechtliche Grundlage gestellt und erfaßte stationäre Alten- und Pflegeheime nunmehr unabhängig von deren Trägerschaft.²⁵⁵⁴

Das HeimG und die auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen stellten für mehr als 30 Jahre die alleinige rechtliche Basis der Heimaufsicht dar, bis den Ländern im Zuge der 2006 beschlossenen Föderalismusreform neben den bisherigen exekutiven Kompetenzen schließlich auch die Gesetzgebungszuständigkeit auf dem Gebiet des Heimrechts übertragen wurde (vgl. Art. 70, 74 Abs. 1 Nr. 7 GG). Anders als in England, wo der CSA 2000 gerade auch zur Zentralisierung und Vereinheitlichung des heimaufsichtsrechtlichen Regimes eingeführt wurde,²⁵⁵⁵ ist in Deutschland in Bezug auf die Heimaufsicht eine Dezentralisierung auf Länderebene eingetreten.

In Folge der Föderalismusreform wurden Landesheimgesetze²⁵⁵⁶ erlassen, die sich zum Teil eng am traditionellen HeimG des Bundes orientieren (so beispielsweise in Baden-Württemberg oder im Saarland), während andere Länder die Möglichkeit nutzen, um neue, eigenständige Ideen und Ansätze zu verwirklichen. Als Beispiel hierfür läßt sich das Pflege- und Wohnqualitätsgesetz²⁵⁵⁷ des Freistaates Bayern nennen, das mitunter deutliche Unterschiede zum HeimG aufweist. Es betrachtet etwa das klassische Pflegeheim nicht länger als einzig relevanten Ort stationärer Pflege, sondern schafft Schutzmechanismen nunmehr auch für andere stationäre Betreuungsformen wie ambulant betreute Wohngemeinschaften oder betreute Wohngruppen.²⁵⁵⁸ Soweit und solange

2554 Zur Entstehung und zu den Motiven des Heimgesetzes s. *Giese*, in: Dahlem u.a., Das Heimgesetz, Bd.1, Teil A, Einleitung, Rn. 27 ff.

2555 Die Gründe hierfür dürften insbesondere darin zu sehen sein, die Zuständigkeitsstrukturen in der Pflege denen des Gesundheitswesens anzunähern. Näher dazu oben, S. 157 f., 227 ff.

2556 Bisher haben die Länder Baden-Württemberg (Landesheimgesetz vom 10. Juni 2008, GBl. S. 169), Bayern (Gesetz zur Regelung der Pflege-, Betreuungs- und Wohnqualität im Alter und bei Behinderung – Pflege- und Wohnqualitätsgesetz – PflWoqG vom 8. Juli 2008, GVBl. S. 346), Brandenburg (Gesetz über das Wohnen mit Pflege und Betreuung des Landes Brandenburg vom 8. Juli 2009, GVBl. I S. 298), Nordrhein-Westfalen (Gesetz über das Wohnen mit Assistenz und Pflege in Einrichtungen – Wohn- und Teilhabegesetz vom 18. November 2008, GV. NRW, S. 738), das Saarland (Saarländisches Gesetz zur Sicherung der Wohn-, Betreuungs- und Pflegequalität für ältere Menschen sowie pflegebedürftige und behinderte Volljährige vom 6. Mai 2009, Amtsblatt S. 906) und Schleswig-Holstein (Gesetz zur Stärkung von Selbstbestimmung und Schutz von Menschen mit Pflegebedarf oder Behinderung vom 17. Juli 2009, GVOBl. Schl.-H. S. 402) eigene Heimgesetze erlassen.

2557 S. Fn. 2493.

2558 Vgl. Art. 18 ff. PflWoqG.

einzelne Bundesländer noch keine eigenen Heimgesetze erlassen haben, gilt in diesen Ländern gem. Art. 125a Abs. 1 GG das HeimG des Bundes fort. Anstatt die Heimgesetze des Bundes und sämtlicher Länder, die solche erlassen haben,²⁵⁵⁹ zu behandeln, werden im Folgenden primär das bayerische PflWoqG als Vertreter einer moderneren Heimgesetzgebung sowie das bundesrechtliche HeimG als klassisches, obrigkeitsrechtlich geprägtes Aufsichtsgesetz exemplarisch in die Darstellung einbezogen.

bb. Inhaltliche Aspekte

Die Regelungstechnik der Heimgesetze weist in Bezug auf die Strukturqualitätsmerkmale auffallende Ähnlichkeiten zum CSA 2000-Regime auf. Wie dieses greifen auch die Heimgesetze bei der Festlegung qualitativer Anforderungen an Pflegestrukturen schwerpunktmäßig auf eine hoheitlich-imperative Steuerung mittels Ge- und Verbots zurück, die allerdings durch verschiedene persuasive Mechanismen ergänzt werden. Dabei enthalten die Heimgesetze – ähnlich dem CSA 2000 und den CHRegs 2001 – im Wesentlichen unbestimmte Rechtsbegriffe und behalten Detailregelungen konkretisierenden Rechtsverordnungen vor.

Als allgemeine Leitnorm verpflichtet § 3 Abs. 1 HeimG die Heime, ihre Leistungen nach dem allgemein anerkannten Stand fachlicher Erkenntnisse²⁵⁶⁰ zu erbringen, der wiederum das Maß der Mindestanforderungen an Qualität und Quantität einer Leistung darstellt, vgl. § 3 Abs. 2 HeimG.²⁵⁶¹ Anders als derzeit noch der CSA 2000²⁵⁶² bezieht das Heimgesetz damit ausdrücklich Wertungen aus Fachwissenschaften in die Rechtsphäre mit ein, nämlich jenen Erkenntnisstand, der sich in einem ständigen Diskussionsprozeß zwischen Praxis und Theorie auf den für die Erbringung von Pflegeleistungen relevanten gesellschaftlich reflektierten Lebensgebieten vollzieht und dabei zu Ergebnissen führt, die als allgemein anerkannt nicht mehr in Frage gestellt werden.²⁵⁶³ Die Qualitätsgrundnorm des § 3 HeimG geht damit von vorfindlichen, in den Fachdisziplinen bereits entwickelten und formulierten Qualitätsstandards aus. Die Konkretisierung dieser fachlichen Erkenntnisse ist deshalb für die Wirksamkeit von § 3 Abs. 1 HeimG eine wesentliche Voraussetzung. Mit Blick auf die hier betrachteten Strukturstandards wurden vom BMFSFJ aufgrund der Verordnungsermächtigung des § 3 Abs. 2 HeimG Verordnungen erlassen, die den allgemein anerkannten Stand fachlicher Erkenntnisse bezüglich einiger wichtiger Strukturqualitätsparameter durch die Setzung

2559 S. Fn. 2556; für einen Vergleich der Heimgesetzgebung der betreffenden Bundesländer, insbesondere deren Anwendungsbereich, siehe auch *Burmeister/Dinter*, Heimgesetzgebung, NVwZ 2009, S. 628 ff.

2560 Ausführlich hierzu *Hamdorf*, Öffentliche und private Verantwortung für Qualität in der Pflege, S. 28 ff., 38 ff.

2561 *Giese*, in: Dahlem/Giese/Igl/Klie, Heimgesetz, § 3 Rn. 7.

2562 Einen ausdrücklicheren Verweis auf veröffentlichte pflegewissenschaftliche Erkenntnisse guter pflegerischer Praxis und die entsprechenden Leitlinien der einschlägigen Berufs- und Fachorganisationen enthält seit kurzem reg. 9(1)(b)(iii) der *Health and Social Care Act 2008 (Regulated Activities) Regulations 2010*; vgl. dazu oben, S. 303.

2563 *Giese*, in: Dahlem/Giese/Igl/Klie, Heimgesetz, § 3 Rn. 7

von Mindeststandards präzisieren. Die Festlegung von Mindeststandards durch Rechtsverordnungen dient zum einen dazu, das HeimG nicht mit Detailregelungen zu überfrachten, zum anderen wird hierdurch mehr Flexibilität gegenüber den sich wandelnden Anforderungen geschaffen.²⁵⁶⁴

Die Heimmindestbauverordnung²⁵⁶⁵ nimmt zwar auch Bezug auf bereits vorgegebene wissenschaftlich-professionelle Standards (vgl. § 2 HeimMindBauV), gibt aber zugleich selbst Mindestbedingungen für die bauliche, räumliche und technische Ausstattung von Heimen vor. Dies geschieht mit einer ähnlichen Detailtiefe wie bei den CHRegs 2001, etwa wenn die Mindestquadratmeterzahl von Pflegeplätzen oder Gemeinschaftsräumen vorgeschrieben wird (§§ 23, 25 HeimMindBauV). Anders als die englischen NMS²⁵⁶⁶ enthält die HeimMindBauV bislang keinen Einzelzimmerstandard, so daß sich Ende 2003 bei der stationären Dauerpflege tatsächlich nur etwa die Hälfte aller Pflegeplätze in 1-Bett-Zimmern und etwas weniger als die Hälfte der Plätze in 2-Bett-Zimmern befanden.²⁵⁶⁷

Die Heimpersonalverordnung²⁵⁶⁸ (HeimPersV) wiederum enthält in den §§ 2 bis 7 Mindestanforderungen für die berufliche Qualifikation von Heimleitern, Pflegedienstleitern sowie den in Heimen Beschäftigten, die allerdings lediglich die Untergrenze einer noch zulässigen Personalausstattung bilden und nicht mit einer regelmäßig anzustrebenden Normalausstattung gleichzusetzen sind.²⁵⁶⁹ § 5 Abs. 1 S. 1 HeimPersV schafft Vorbehaltsbereiche für bestimmte Tätigkeiten im Heim. Die Vorschrift verlangt, daß betreuende Tätigkeiten zwar nicht zwingend von Pflegefachkräften selbst, aber doch zumindest unter angemessener Beteiligung von Fachkräften wahrgenommen werden müssen. Angemessen ist die Beteiligung dann, wenn das Fachwissen der Pflegefachkraft für Art und Weise des Dienstleistungsvollzugs prägend ist.²⁵⁷⁰ Gem. § 5 Abs. 1 S. 2 HeimPersV muß ab einer gewissen Anzahl von Bewohnern ferner eine Fachkraftquote von 50 % erreicht werden. Als Fachkraft gilt, wer eine Berufsausbildung abgeschlossen hat, die Kenntnisse und Fähigkeiten zur selbständigen und eigenverantwortlichen Wahrnehmung der auszuübenden Funktion und Tätigkeit vermittelt, § 6 Abs. 1 HeimPersV. Hierzu zählen insbesondere Personen mit einer Altenpflegeausbildung, so daß das AltPflG und dessen Qualitätssicherungsmechanismen²⁵⁷¹ auch im Zusammenhang

2564 Klie, Heimaufsicht, S. 53.

2565 Verordnung über bauliche Mindestanforderungen für Altenheime, Altenwohnheime und Pflegeheime für Volljährige (Heimmindestbauverordnung – HeimMindBauV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Mai 1983 (BGBl. I S. 550), zuletzt geändert durch VO zur Berechnung der Wohnfläche, über die Aufstellung von Betriebskosten und zur Änderung anderer Verordnungen vom 25. November 2003 (BGBl. I S. 2346).

2566 Zumindest in Bezug auf neu errichtete Heime, s. S. 274.

2567 *Statistisches Bundesamt* [Hrsg.], Pflegestatistik 2003, Deutschlandergebnisse, S. 6.

2568 Verordnung über personelle Anforderungen für Heime (Heimpersonalverordnung – HeimPersV) v. 19. Juli 1993 (BGBl. I S. 1205), zuletzt geändert durch VO vom 22. Juni 1998 (BGBl. I S. 1506).

2569 Kunz/Butz/Wiedemann, HeimG, Anh. A, § 1 HeimPersV Rn. 2.

2570 Dahlem u.a. [Hrsg.], Heimgesetz, C II 2, § 5 HeimPersV Rn. 5.

2571 Diese sichern das Qualitätsniveau des Pflegepersonals nicht nur durch die oben beschriebenen Rahmenvorgaben hinsichtlich der Pflegeausbildung ab, sondern ermöglichen gegebenenfalls auch

mit der Steuerung der Strukturqualität eine wichtige Rolle erlangen. An der in der HeimPersV vorgeschriebenen Fachkraftquote wird kritisiert, daß sich aufgrund ihres nur relativen Maßstabs keine Aussagen über eine in absoluten Zahlen angemessene Personalausstattung treffen lassen.²⁵⁷² Personalrichtwerte oder Verfahren zur Bemessung des Personalbedarfs sind – wie auch in England – gesetzlich somit nicht vorgegeben, sondern werden den Vereinbarungen des Leistungserbringungsrechts überlassen.

Ähnliche Regelungsmechanismen hinsichtlich der Strukturqualität enthält auch das PflWoqG. Dessen Zwecksetzung, in stationären Einrichtungen eine dem allgemein anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse entsprechende Betreuung und Wohnqualität für die Bewohnerinnen und Bewohner zu sichern (Art. 1 Abs. 1 Nr. 3 PflWoqG), drückt sich in Art. 3 PflWoqG in einzelnen Anforderungen an den Betrieb von Einrichtung aus. Diese wiederholen zunächst die Bindung an die Fachstandards (Art. 3 Abs. 2 Nr. 4 PflWoqG), beinhalten aber auch eigene strukturqualitätsrelevante Aussagen, etwa mit Blick auf die Zuverlässigkeit des Trägers oder das Vorhandensein einer ausreichenden Zahl persönlich und fachlich geeigneter Pflegekräfte (Art. 3 Abs. 1, 3 PflWoqG). Zur Konkretisierung der baulichen, einrichtungsbezogenen Strukturparameter sowie der Anforderungen an die Leitung und die personelle Ausstattung verweist auch das PflWoqG in Art. 25 auf den Erlass ausführender Rechtsverordnungen, deren Erlass die bayerische Staatsregierung derzeit gerade vorbereitet. Dabei deutet sich beispielsweise an, daß es auch in Bayern nicht zu einem zwingend vorgeschriebenen Einzelzimmerstandard kommen wird.

Im Unterschied zur englischen Rechtsordnung, die zur weiteren Konkretisierung der CHRegs 2001 über ausführliche Minimumstandards in Gestalt der – allerdings nicht unmittelbar verbindlichen – NMS verfügt, gibt es in Deutschland unterhalb der Ebene der Verordnungen keinen entsprechenden, an die Einrichtungen gerichteten Katalog von Standards, der die Anforderungen der Verordnungen weiter präzisiert. Wie weiter unten zu zeigen sein wird, kommt in einzelnen Bereichen jedoch zumindest den Prüfleitfäden und Prüfkatalogen der Aufsichtsbehörden eine vergleichbare, konkretisierende Wirkung zu.

Neben dem geschilderten Regelungsmuster, bei dem die Heimgesetze im Wesentlichen unbestimmte Begrifflichkeiten enthalten, die im Verordnungswege spezifiziert werden, finden sich detaillierte Vorgaben vereinzelt auch unmittelbar in den Heimgesetzen selbst. Auf einen Teilbereich, nämlich die Wirtschaftlichkeit des Heimbetriebs, soll kurz eingegangen werden, weil sich hieran gewisse Unterschiede zwischen einzelnen Aufsichtsgesetzen festmachen lassen. In ähnlicher Weise wie die CHRegs 2001 verlangt § 11 Abs. 2 Nr. 1 HeimG, daß ein Träger ein Heim nur dann betreiben darf, wenn er über die hierfür notwendige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügt. Im Ge-

den Widerruf der Erlaubnis, die Berufsbezeichnung „Altenpfleger“ oder „Altenpflegerin“ zu führen, wenn sich die betreffende Person im Nachhinein, d.h. nach Abschluß der Ausbildung, als ungeeignet oder unzuverlässig erwiesen hat (§ 2 Abs. 2 AltPflG).

²⁵⁷² *Plantholz*, Offene Probleme der Leistungs- und Qualitätsvereinbarungen, RsDE 57 (2005), S. 32; *Laschet*, Die Qualität in der Pflege soll sich verbessern, SuP 2001, S. 571; *Krahmer*, in: *Krahmer/Richter* [Hrsg.], Heimgesetz, § 5 HeimPersV Rn. 6.

gensatz dazu verzichtet das bayerische PflWoqG auf eine aufsichtsrechtliche Überprüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, ein Ansatz, der unter ordnungsrechtlichen Gesichtspunkten durchaus sinnvoll erscheint: weil aufsichtsrechtliche Maßnahmen wie die Beratung oder der Erlaß verbindlicher Anordnungen am Fehlen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit regelmäßig nichts ändern können, müßte eine Einrichtung, die ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verloren hat, in letzter Konsequenz sogar geschlossen werden. Ordnungsrechtlich macht dies bei einer im Übrigen nicht zu beanstandenden Leistungserbringung jedoch keinen Sinn,²⁵⁷³ auch würde eine Einstellung des Betriebs in dieser Situation Bedenken hinsichtlich des Verhältnismäßigkeitsgebots begegnen. Zwar birgt eine fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit Gefahren für die Qualität der Pflegeleistungen oder die Kontinuität der Leistungserbringung, eine Heimschließung würde aber die Pflegekontinuität unterbrechen und ihrerseits Gefahren für die Bewohner bedeuten. Bei qualitativen Mängeln schließlich stehen zudem eigenständige aufsichtliche Mittel zur Verfügung, ohne daß auf die fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit rekurriert werden müßte. Unabhängig von diesen Erwägungen läßt das Fehlen der aufsichtsrechtlichen Überprüfung der Wirtschaftlichkeit gesetzgeberische Anliegen erkennen, ordnungsrechtliche Mechanismen zugunsten einer stärkeren Akzentuierung der Trägerselbstverantwortung zurückzufahren.²⁵⁷⁴ Diese Zielsetzung wurde in Art. 1 Abs. 2 PflWoqG, der die Selbständigkeit und die unternehmerische Eigenverantwortung des Einrichtungsträgers betont, unmittelbar normiert.

cc. Durchsetzungsmechanismen

Ganz ähnlich wie in England geben die deutschen Heimgesetze den mit der Durchführung betrauten Heimaufsichtsbehörden (in Bayern sind dies z.B. die sog. „Fachstellen für Pflege- und Behinderteneinrichtungen – Qualitätsentwicklung und Aufsicht“, kurz „FQA“²⁵⁷⁵) zur Durchsetzung der aufsichtsrechtlichen Qualitätsanforderungen ein breit gefächertes und hinsichtlich der Eingriffsintensität abgestuftes Instrumentarium an Kontrollbefugnissen und ordnungsrechtlichen Repressivmaßnahmen an die Hand.

Im Unterschied zur Rechtslage unter dem CSA 2000 und dem HSCA 2008-Regime sehen allerdings weder das HeimG²⁵⁷⁶ noch das PflWoqG einen Erlaubnisvorbehalt

2573 Vgl. *Burmeister* u.a., Bayerisches Pflege- und Wohnqualitätsgesetz, Art. 1 Rn. 5.

2574 Vgl. Lt-Drs. 15/10182, S. 18.

2575 Die FQA sind auf der Ebene der Kreisverwaltungsbehörden, also den Landratsämtern (vgl. Art. 37 Abs. 1 S. 2 der Bayerischen Landkreisordnung) bzw. kreisfreien Gemeinden (Art. 9 Abs. 1 S. 1 der Bayerischen Gemeindeordnung) angesiedelt, Art. 24 PflWoqG. Dies galt für die Heimaufsichtsbehörden gem. § 1 der (inzwischen aufgehobenen) Verordnung über die Zuständigkeiten nach dem Heimgesetz (ZustVHeimG, in der Fassung der Bekanntmachung v. 4. März 2002, GVBl. S. 89) auch bereits unter der Geltung des HeimG. Zu einer Übersicht über die zuständigen Behörden in den verschiedenen Ländern s. *Krahmer*, in: *Krahmer/Richter* [Hrsg.], LPK HeimG, § 23 Rn. 5; *Böttcher/Giese*, in: *Dahlem* u.a. [Hrsg.], HeimG, § 23 Rn. 8.1. – 8.16.; *Schmitz/Schnabel*, Staatliche Heimaufsicht, NDV 2006, S. 171 ff.

2576 Im Heimgesetz wurde das Registrierungserfordernis mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des HeimG (G v. 03.02.1997, BGBl. I S. 158 f.; eine Zusammenstellung und kritische Bewertung der

(etwa in Gestalt eines Registrierungserfordernisses) für den Betrieb von Pflegeheimen vor.²⁵⁷⁷ Vor Aufnahme des Heimbetriebs ist statt dessen lediglich eine Anzeige erforderlich (§ 12 HeimG, Art. 4 PflWoqG), die der Aufsichtsbehörde die erforderlichen Informationen liefert, um überhaupt vom betreffenden Heim Kenntnis erlangen und die Einhaltung der Qualitätsanforderungen vor Aufnahme des Heimbetriebs prüfen zu können. Weil die Anzeige spätestens drei Monate vor der beabsichtigten Betriebsaufnahme geschehen muß (§ 12 Abs. 1 S. 2 HeimG, Art. 4 Abs. 1 S. 1 PflWoqG) und den Behörden daher ausreichend Zeit bleibt, gegen eventuelle, bereits erkennbare Mängel noch vor Aufnahme des Heimbetriebs, gegebenenfalls unter Anordnung von Sofortvollzug, einzuschreiten, relativiert sich in der Praxis der Unterschied zu einem Erlaubnisvorbehalt. Von besonderer Bedeutung ist die Verpflichtung des Heimträgers zur Nennung aller Betreuungskräfte unter Angabe des Namens und der beruflichen Ausbildung (§ 12 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 HeimG, Art. 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 PflWoqG), weil gerade die personelle Ausstattung der Heime in der Praxis immer wieder Anlaß zu Kritik bietet.²⁵⁷⁸ Die Anzeigepflicht ist eine der Kernpflichten eines jeden Heimbetreibers,²⁵⁷⁹ entsprechend ist die Nichtanzeige als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet (§ 21 Abs. 1 HeimG, Art. 23 Abs. 1 Nr. 1 PflWoqG).

Zur Durchsetzung der heimrechtlichen Anforderungen setzen sowohl § 4 Nr. 3 HeimG als auch die korrespondierende Vorschrift des bayerischen Landesrechts, Art. 16 Abs. 1 Nr. 3 PflWoqG, zunächst auf präventive Beratungsleistungen durch die Heimaufsichtsbehörden.²⁵⁸⁰ Hierdurch sollen Fehlplanungen, die zulasten der Bewohner gehen würden, sowie Mängel, die ein repressives Einschreiten erforderlich machen würden, verhindert werden.²⁵⁸¹ Die Personen und Träger, die die Errichtung von Heimen anstreben oder solche betreiben, sollen deshalb bei der Planung und dem Betrieb der Einrichtung informiert und beraten werden und so auch außerhalb formaler Prüfverfahren von den Erfahrungen der zuständigen Behörden profitieren können.²⁵⁸² Die Beratung bezieht sich vor allem darauf, die Vorstellungen des Trägers mit den Anforderungen der Heimgesetze und den auf diesen beruhenden Rechtsvorschriften in Einklang zu bringen. Die Heimaufsicht hat den Träger jedoch auch auf andere Rechtsvorschriften hinzuweisen, die dem Schutz der Bewohner dienen oder die für die Betreuung der Bewohner von Bedeutung sind, wie etwa feuerpolizeiliche oder lebensmittelrechtliche

Änderungen findet sich bei *Füßer*, Regulierung und Deregulierung im Heimrecht, NJW 1997, S. 1957 ff.), abgeschafft.

2577 Ein solcher Vorbehalt bestand früher bei Einrichtungen, die einem der sechs etablierten Spitzenverbände der freien Wohlfahrtspflege angehörten.

2578 *Crößmann*, Verbraucherschutz im Heim, RsDE 49 (2001), S. 101.

2579 Vgl. *Giese*, in: Dahlem u.a. [Hrsg.], Heimgesetz, § 19 Rn. 11.

2580 Das Heimgesetz verfolgt den Beratungsansatz, der in § 16 HeimG (ähnlich auch Art. 12 PflWoqG) eine weitere Ausprägung erfährt, als Reaktion auf die Kritik der Wohlfahrtsverbände am starken Aufsichts- und Kontrollcharakter des ursprünglichen Entwurfs schon in seiner ersten Fassung aus dem Jahre 1975, vgl. *Klie*, Heimaufsicht, S. 43. Zum heimaufsichtsrechtlichen Grundsatz „Beratung vor Überwachung“ s. auch *Crößmann*, Verbraucherschutz im Heim, RsDE 49 (2001), S. 97 f.

2581 Vgl. BT-Drs. 14/5399, S. 21.

2582 Vgl. *Kunz/Butz/Wiedemann*, HeimG, § 4 Rn. 4.

Vorschriften.²⁵⁸³ Die Beratung ist nicht als einmaliger Vorgang, sondern als fakultative (da nur auf Antrag erfolgende)²⁵⁸⁴ beratende Begleitung zu sehen,²⁵⁸⁵ die sich bei einem entsprechenden Wunsch des Trägers auch auf fachliche Fragen – etwa bezüglich der Personalplanung – beziehen kann. Die Heimaufsicht muß dabei auf die Vorstellungen des Trägers eingehen und darf ihre eigenen Plankonzepte und Strukturvorstellungen nicht als verbindlich darstellen, es sei denn, sie folgen aus gesetzlichen Anforderungen.²⁵⁸⁶ Unrichtige Stellungnahmen und Gutachten, die die Heimaufsichtsbehörde nach § 4 HeimG abgibt, können Amtshaftungsansprüche nach sich ziehen, weil die Beratung eine der Heimaufsichtsbehörde dem jeweiligen Träger gegenüber obliegende Amtspflicht darstellt.²⁵⁸⁷ Dieser Auskunft- und Beratungsansatz der deutschen Heimgesetze ist stärker ausgeprägt als der beratende Prüfansatz unter dem CSA 2000 / HSCA 2008-Regime. Zwar ist auch die englische Heimaufsicht gehalten, aufzuklären und zu beraten, die *policy guidances* lehnen eine tiefergehende Beratung aber – vermutlich vor dem Hintergrund drohender Haftungsansprüche – ausdrücklich ab.²⁵⁸⁸

Zur Überwachung der Einhaltung der heimrechtlichen Vorschriften ermächtigen die Heimgesetze zur Durchführung wiederkehrender oder anlaßbezogener Prüfungen (§ 15 HeimG, Art. 11 PflWoqG), wobei wiederkehrende Prüfungen in der Regel in einem Einjahresturnus durchzuführen sind. Anders als das HeimG,²⁵⁸⁹ jedoch in Übereinstimmung mit der Rechtslage unter dem CSA 2000,²⁵⁹⁰ ordnet Art. 11 Abs. 1 S. 2 PflWoqG an, daß Regelprüfungen grundsätzlich unangemeldet durchgeführt werden. Zur wirksamen Ausübung der Prüfbefugnisse stehen den Heimaufsichtsbehörden umfangreiche Auskunfts-²⁵⁹¹, Einsichtnahme-²⁵⁹², sowie Betretungs- und Nachschaurechte²⁵⁹³ zu (§ 15 Abs. 2 HeimG, Art. 11 Abs. 2 BayWoqG).²⁵⁹⁴

2583 *Klie*, Heimaufsicht, S. 74 f.; *Burmeister* u.a., Bayerisches Pflege- und Wohnqualitätsgesetz, Art. 16 Rn. 6; vgl. auch *Kunz/Butz/Wiedemann*, HeimG, § 4 Rn. 5; Die in der Praxis häufigsten Beratungsthemen bestehen aus Fragen im Zusammenhang mit der Heimmindestbauverordnung, mit den Voraussetzungen für den Heimbetrieb und mit Informationen zur örtlichen Bedarfssituation, s. *Schmitz/Schnabel*, Staatliche Heimaufsicht, NDV 2006, S. 175.

2584 Teilweise bedient sich die Heimaufsicht auch verfahrensmäßig nicht explizit vorgesehener Formen des Verwaltungshandelns zur Durchsetzung heimgesetzlicher Forderungen (dazu *Klie*, Heimaufsicht, S. 217), etwa in Gestalt sog. Heimleiter-Besprechungen. Zu diesen kommen mehrere Heimleiter aus dem Zuständigkeitsbereich der Behörde mit Vertretern zu gemeinsamen Diskussionen zusammen. Anders als bei der Beratungstätigkeit nach § 4 Nr. 3 HeimG und Art. 16 Abs. 1 Nr. 3 PflWoqG geht die Initiative für derartige Besprechungen jedoch von der Heimaufsicht aus.

2585 *Klie*, Heimaufsicht, S. 75.

2586 Vgl. *Klie*, Heimaufsicht, S. 75 f.

2587 Vgl. *Klie*, Heimaufsicht, S. 76; *Kunz/Butz/Wiedemann*, HeimG, § 4 Rn. 1.

2588 Dazu oben, S. 247.

2589 § 15 Abs. 1 S. 2 HeimG. Einer auf das Jahr 2002 bezogenen Umfrage zufolge haben etwa 27 % der Heimaufsichtsbehörden Regelprüfungen und ca. 33 % anlaßbezogene Prüfungen unangekündigt durchgeführt, s. *Schmitz/Schnabel*, Staatliche Heimaufsicht, NDV 2006, S. 175.

2590 S. oben, S. 245.

2591 Die Heimaufsichtsbehörde ist beispielsweise auch befugt, sich mit dem Heim-/Bewohnerbeirat oder dem Heim-/Bewohnerfürsprecher in Verbindung zu setzen. In der Praxis wurde bislang allerdings nur bei ca. der Hälfte der Prüfungen entsprechende Kontakte hergestellt, so daß in diesem Bereich

Maßstab der Prüfung sind die vom jeweiligen Heimgesetz an den Betrieb des Heims gestellten Anforderungen (Art. 11 Abs. 1 S. 4 PflWoqG, § 15 Abs. 1 S. 4 HeimG). Soweit Konkretisierungen für die Vorschrift des § 3 HeimG, Art. 3 Abs. 2 Nr. 4 PflWoqG fehlen, was insbesondere außerhalb des Anwendungsbereichs der HeimMindBauV und der MindPersV der Fall ist, haben sich die Heimaufsichtsbehörden und die übergeordneten Ministerien die entsprechenden Anforderungen entweder selbst zurecht

ein erheblicher Nachholbedarf zu konstatieren ist, *Schmitz/Schnabel*, Staatliche Heimaufsicht, NDV 2006, S. 175.

- 2592 In der Praxis werden primär Pflegeplanungen, Pflegedokumentationen sowie Personalakten und -listen überprüft, kaum jedoch Wirtschafts- und Finanzpläne oder Dokumente über die Medikamentenversorgung und Pflegeleitbilder, *Schmitz/Schnabel*, Staatliche Heimaufsicht, NDV 2006, S. 175.
- 2593 Teilweise wird vertreten, daß eine Nachschau, die vom Heimträger oder Heimleiter nicht freiwillig gewährt wird, nach Art. 13 Abs. 2 GG unter bestimmten Umständen eine richterliche Anordnung erfordern würde (vgl. *Sachs*, Behördliche Nachschaubefugnisse und richterliche Durchsuchungsanordnung, NVwZ 1987, S. 560 f.; *Klie*, Heimaufsicht, S. 71). Richtig daran ist, daß eine heimaufsichtliche Nachschau durchaus den Charakter einer Durchsuchung annehmen kann, also einem „ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhalts, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will“ (BVerfG, Beschluß v. 3. April 1979, E 51, 97, 106 f.; s. auch BVerwG, Urt. v. 12. Dezember 1967, E 28, 285, 287 ff.), z.B. wenn Medikamentschränke auf eine unzulässige Bevorratung von Betäubungsmitteln kontrolliert werden (a.A., d.h. die behördliche Nachschau lediglich als Eingriff im Sinne des Art. 13 Abs. 7 GG qualifizierend *Gornig*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck [Hrsg.], GG, Art. 13 Rn. 158; *Papier*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz [Hrsg.], GG, Art. 13 Rn. 24). Doch obgleich der Begriff der Wohnung in Art. 13 Abs. 1 GG weit ausgelegt wird und auch nicht allgemein zugängliche Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume umfaßt (BVerfG, Beschl. v. 13. Oktober 1971, E 32, 54, 68 ff.; Urt. v. 17. Februar 1998, E 97, 228, 265; *Papier*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 13 Rn. 10, 13), ist umstritten, ob behördliche Betretungs- und Besichtigungsrechte wie das der Heimaufsicht im Bezug auf reine Geschäfts- und Betriebsräume in den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG eingreifen (verneinend etwa BVerfG, Beschl. v. 13. Oktober 1971, E 32, 54, 73 ff.; s. auch BVerwG, Urt. v. 5. November 1987, E 78, 251, 254 f.; *Papier*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz [Hrsg.], GG, Art. 13 Rn. 10, 13, 24, 141 ff.; a.A. *Scholl*, Behördliche Prüfungsbefugnisse, S. 154 ff., der allerdings eine Rechtfertigung des Eingriffs nach Art. 13 Abs. 3 Alt. 2 GG annimmt; *Gornig*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck [Hrsg.], GG, Art. 13 Rn. 155; *Sachs*, Behördliche Nachschaubefugnisse und richterliche Durchsuchungsanordnung, NVwZ 1987, S. 560 f.; *Gusy*, Grundrechtsschutz gegen Wohnungsdurchsuchungen, JuS 1980, S. 718; *Vofßkuhle*, Behördliche Betretungs- und Nachschaurechte, DVBl. 1994, S. 616 f.). Dies muß richtigerweise aber letztlich verneint werden, weil diese Rechte als Annex behördlicher Überwachungs- und Kontrollbefugnisse allein das ohnehin auf Außenkontakt abzielende gewerblich-berufliche Verhalten des Inhabers betreffen, nicht aber seine durch Art. 13 GG geschützte Privatsphäre, vgl. BVerfG, Beschl. v. 13. Oktober 1971, E 32, 54, 75 f.; *Papier*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz [Hrsg.], GG, Art. 13 Rn. 15, 142 f. Sind demgegenüber die Wohnräume des Personals oder der Bewohner betroffen, gilt der volle Schutz des Art. 13 GG, s. BVerfG, Beschl. v. 13. Oktober 1971, E 32, 54, 75; *Papier*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz [Hrsg.], GG, Art. 13 Rn. 10, 13.
- 2594 Die Effizienz heimgesetzlicher Prüfungen wurde zudem durch den mit der Novellierung des Heimgesetzes im Jahre 2001 neu in Kraft getretenen § 15 Abs. 5 HeimG gestärkt (und auch in Art. 11 Abs. 5 PflWoqG nachgezogen), dem zufolge Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Prüfungsmaßnahmen keine aufschiebende Wirkung haben. Gerade unangemeldete Prüfungen können somit nicht ohne weiteres durch geschicktes rechtliches Taktieren des Heimträgers behindert werden, s. *Crößmann*, Verbraucherschutz im Heim, RsDE 49 (2001), S. 102.

gelegt oder auf die von den Medizinischen Diensten der Krankenkassen bei deren Prüftätigkeit angewandten Standards rekurriert.²⁵⁹⁵ De facto setzen die Heimaufsichtsbehörden durch diese Überwachungspraxis letztlich selbst Qualitätsanforderungen, was zu einer aus kompetenziellen Gründen (die Heimgesetze weisen den Aufsichtsbehörden die Überprüfung, nicht aber auch die Entwicklung von Qualitätsanforderungen zu) nicht unproblematischen Überschneidung von Standardnormierung und Standarddurchsetzung führt.²⁵⁹⁶ Diese Situation ist durchaus mit derjenigen in England vergleichbar, wo die Ge- und Verbote des CSA 2000-Regimes für die Prüfpraxis nochmals durch die sog. *Guidance Logs*²⁵⁹⁷ der CQC interpretiert werden, denen aufgrund der Tatsache, daß sie die Grundlage der Prüfpraxis bilden, eine erhebliche faktische Bindungswirkung zukommt.

Für die hier untersuchten strukturellen Rahmenbedingungen der Erbringung stationärer Pflegeleistungen läßt sich das am Prüfleitfaden des Bayerischen Sozialministeriums für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen²⁵⁹⁸ verdeutlichen. Nach diesem Leitfaden führen die Mitarbeiter der FQA in Bayern Prüfungen von Einrichtungen der Pflege- und Behindertenhilfe durch. Zugleich schafft er für die Heimträger eine gewisse Transparenz, indem er die von ihnen einzuhaltenden Prüfkriterien benennt. Danach haben die Mitarbeiter der FQA bei einer Heimprüfung beispielsweise darauf zu achten, wie es der Einrichtung gelingt, eine angenehme und wohnliche Atmosphäre im Haus zu schaffen und wie sie Möglichkeiten zur Anregung, zur Begegnung, zum Verweilen und für soziale Kontakte unterstützt. Den Prüfern werden relativ detaillierte „Beobachtungs- und Wahrnehmungskriterien“ an die Hand gegeben, etwa ob die Milieugestaltung biographische Bezüge der Bewohner und Bewohnerinnen berücksichtigt, ob es genügend Plätze, Nischen und Sitzgelegenheiten (eventuell mit aktuellen Zeitungen und Zeitschriften) zur Begegnung und zum Verweilen gibt und ob es Gegenstände zum An- und Zuschauen gibt, z. B. eine Vogelvoliere oder ein Aquarium.²⁵⁹⁹ Der Prüfleitfaden sieht für die Schwerpunktsetzung der Begehungen vor, daß sich 20 % der zu überprüfenden Situationen und Gegebenheiten auf den hier untersuchten Bereich der strukturellen Gegebenheiten beziehen sollen.²⁶⁰⁰ Auch wenn diesen Beobachtungskriterien als solchen gegenüber den Einrichtungsträgern keinerlei rechtliche Verbindlichkeit zukommt, ergibt sich aus ihnen doch ein erheblicher faktischer Zwang, der bei vielen Trägern einen ähnlichen Befolgungsdruck wie echte normative Standards bewirken dürfte.

2595 Vgl. *Igl*, Qualitätsanforderungen, SGB 2007, S. 385.

2596 Vgl. *Igl*, Qualitätsanforderungen, SGB 2007, S. 385.

2597 Siehe oben, S. 231.

2598 *Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen*, Prüfleitfaden für Einrichtungen der Pflege und Behindertenhilfe in Bayern.

2599 S. *Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen*, Prüfleitfaden für Einrichtungen der Pflege und Behindertenhilfe in Bayern, S. 54.

2600 *Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen*, Prüfleitfaden für Einrichtungen der Pflege und Behindertenhilfe in Bayern, S. 22.

Die Prüfbefugnisse werden durch Informationspflichten des Trägers ergänzt, § 12 Abs. 3, 4 HeimG, Art. 11 Abs. 2 PflWoqG.²⁶⁰¹

Ergeben die Kontrollen Mängel, verfolgen sowohl § 16 HeimG als auch Art. 12 PflWoqG vor dem Einsatz von Sanktionen zunächst den oben bereits erwähnten, beratenden Ansatz in Gestalt einer nunmehr „repressiven Beratung“²⁶⁰² weiter. Im Unterschied zur präventiven Beratung erfolgt sie ohne Antrag und ist mit einem für den Träger praktikablen Hinweis zu verbinden, wie die Mängel abgestellt werden können.²⁶⁰³ Auch diese Beratungsmaßnahmen sind Amtspflichten der Heimaufsichtsbehörden, deren Verletzung eine Amtshaftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG nach sich ziehen kann.²⁶⁰⁴ Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Beratung im Mittelpunkt der Begehung durch die FQA stehen,²⁶⁰⁵ was allerdings beträchtliche Anforderungen an die personellen Ressourcen der Heimaufsicht stellen dürfte.²⁶⁰⁶

Das weitere aufsichtsrechtliche Instrumentarium reicht von Anordnungen²⁶⁰⁷, über (in der Praxis allerdings nur selten erlassene)²⁶⁰⁸ Beschäftigungsverbote und die Möglichkeit zur kommissarischen Leitung bis hin zur (ebenfalls selten angewandten)²⁶⁰⁹ *ultima ratio*²⁶¹⁰ der vorläufigen oder endgültigen²⁶¹¹ Betriebsuntersagung (§§ 17 ff.

2601 Die Pflicht zur unverzüglichen Mitteilung einer Änderung wird von *Brünner*, Das Dritte Gesetz zur Änderung des Heimgesetzes, RsDE 49 (2001), S. 88, für unverhältnismäßig erachtet, weil Änderungsanzeigen allenfalls stichprobenartig überprüft werden könnten und der gleiche Erfolg deswegen auch durch weniger belastende Maßnahmen wie die stichprobenweise Überprüfung der Aufzeichnungen im Heim erreicht werden könnte. Diese Kritik verkennt indes, daß die stichprobenweise Überprüfung von Aufzeichnungen im Heim gerade nicht in gleich geeigneter Weise dazu beiträgt, daß der der Heimaufsichtsbehörde vorliegende Aktenbestand den jeweils aktuellen Ist-Zustand *aller* Heime wiedergibt.

2602 *Klie*, Heimaufsicht, S. 76.

2603 *Crößmann/Iffland/Mangels*, TK HeimG, § 16 Rn. 4.

2604 Zu den Voraussetzungen näher *Kunz/Butz/Wiedemann*, HeimG, § 16 Rn. 4 f.; zur Amtspflichtverletzung bei Auskunftserteilung durch eine Behörde vgl. auch BGH, Urt. v. 5. Mai 1955, NJW 1955, S. 1835.

2605 Lt-Drs. 15/10182, S. 29.

2606 Vgl. *Crößmann*, Verbraucherschutz im Heim, RsDE 49 (2001), S. 104.

2607 Im Zusammenhang mit dem Erlaß von Anordnungen ist nicht ganz unproblematisch, daß den Kostenträgern gem. §§ 17 Abs. 2 S. 3, Abs. 3 S. 2 HeimG und Art. 13 Abs. 4 S. 2 PflWoqG Drittanfechtungsrechte gegen vergütungsrelevante Anordnungen eingeräumt werden. Zwar sind hier finanzielle Interessen der Kostenträger betroffen, weswegen ihnen die Möglichkeit zu einer gerichtlichen Überprüfung der Anordnungen eröffnet werden soll. Dem Konflikt zwischen Kostendämpfung einerseits und der Gewährleistung von Pflegequalität andererseits wird damit jedoch ein weiterer, gerichtlicher Schauplatz eröffnet; vgl. hierzu auch *Brünner*, Das Dritte Gesetz zur Änderung des Heimgesetzes, RsDE 49 (2001), S. 84.

2608 Vgl. *Crößmann*, Verbraucherschutz im Heim, RsDE 49 (2001), S. 105; *Schmitz/Schnabel*, Staatliche Heimaufsicht, NDV 2006, S. 176.

2609 *Schmitz/Schnabel*, Staatliche Heimaufsicht, NDV 2006, S. 176.

2610 *Giese*, in: Dahlem u.a. [Hrsg.], Heimgesetz, § 19 Rn. 6.

2611 Die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln entfällt nach § 19 Abs. 3 S. 3 HeimG nur bei der vorläufigen Untersagung der Betriebsaufnahme, nicht aber bei der nur unter erschwerten Voraussetzungen zulässigen endgültigen Untersagung. Hierin sieht *Füßer*, Regulierung und Deregulierung im heimrecht, NJW 1997, S. 1959 (noch zu § 16 Abs. 3 HeimG a.F.) einen „rechtsdogmatisch nur noch schwer aufzulösenden“ Wertungswiderspruch. Allerdings werden auch bei einer endgültigen Unter-

HeimG, Art. 13 ff. PflWoqG). Weil der Verlust des Heimplatzes für ältere Menschen meist eine einschneidende und schwerwiegende Erfahrung bedeutet, sind unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten vorher alle Möglichkeiten zum Fortbestand eines Heimes, insbesondere unter Einsatz einer kommissarischen Leitung (§ 18 Abs. 2 HeimG) äußerst kritisch zu prüfen.²⁶¹²

Betrachtet man im Vergleich hierzu die formalen Eingriffsbefugnisse der englischen Heimaufsicht, fällt auf, daß diese zwar ebenfalls in einem abgestuften System bestehen,²⁶¹³ das unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit der jeweiligen Maßnahmen eingesetzt werden muß, daß aber nichtsdestotrotz keine kommissarische Leitung vorgesehen ist. Wie schon bei der grundsätzlich etwas zurückhaltenderen Beratungspolitik der CQC verdeutlicht auch dies die Haltung der englischen Heimaufsicht, sich in keiner Weise in irgendeiner Form in die Leitung der Heime einbinden zu lassen,²⁶¹⁴ sei es auch durch die Bestimmung eines Dritten zum kommissarischen Leiter. Weitere Unterschiede im Durchsetzungsregime liegen eher im Detail: während der CSA 2000 beispielsweise eine Betriebsuntersagung (in Gestalt eines Registrierungsentzugs) stets ins behördliche Ermessen stellt, sehen § 19 Abs. 1 HeimG und Art. 15 Abs. 1 PflWoqG in Verstößen gegen die Anforderungen an den Betrieb einer Einrichtung, die sich durch Anordnungen nicht beseitigen lassen, zwingende Untersagungsgründe. Nur bei anderen, weniger gravierenden Verstößen stellen auch § 19 Abs. 2 HeimG und Art. 15 Abs. 2 PflWoqG die Betriebsuntersagung in das Ermessen der jeweiligen Heimaufsichtsbehörden. Schließlich kann die Heimaufsicht in Deutschland bei Mängeln auch Anordnungen mit dem Ziel erlassen, eine Unangemessenheit zwischen Entgelt und Leistung zu vermeiden (§ 17 Abs. 1 S. 1 HeimG, Art. 13 Abs. 1 S. 1 PflWoqG). Diese Überschneidung des aufsichtlichen Regimes mit dem Vertragsverhältnis zwischen dem Pflegebedürftigen bzw. dem Leistungsträger einerseits und dem Leistungserbringer andererseits ist dem englischen Recht nicht bekannt.

Abgesehen hiervon und von gewissen Unterschieden im Stellenwert, der der beratenden Aufgabenwahrnehmung in den Vergleichsrechtsordnungen jeweils eingeräumt wird, ähneln sich die Durchsetzungsmechanismen insgesamt aber sehr. Dies gilt umso mehr, als zum 1. Oktober 2010 mit Wirksamwerden der aufsichtlichen Instrumentarien des HSCA 2008 auch in England die Möglichkeit einer einstweiligen Betriebsuntersagung eingeführt wurde.

sagung der Betriebsaufnahme in aller Regel die Voraussetzungen für eine Anordnung des Sofortvollzugs nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO gegeben sein, und es ist davon auszugehen, daß die Heimaufsichtsbehörden von dieser Möglichkeit in der überwiegenden Zahl der Fälle auch Gebrauch machen, so daß sich in der Praxis die Rechtsschutzmöglichkeiten letztlich kaum voneinander unterscheiden dürften. In Bayern läßt Art. 15 Abs. 4 PflWoqG die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage sowohl bei der vorläufigen als auch bei der endgültigen Betriebseinstellung entfallen.

2612 Vgl. *Crößmann*, Verbraucherschutz im Heim, RsDE 49 (2001), S. 106; *Crößmann/Iffland/Mangels*, TK HeimG, § 19 Rn. 9.

2613 S. oben, S. 247 ff., 256.

2614 S. oben, S. 247.

In Übereinstimmung mit der englischen Rechtsordnung sanktioniert schließlich auch das deutsche Ordnungsrecht bestimmte Verstöße gegen heimrechtliche Vorschriften als Ordnungswidrigkeiten (§ 21 HeimG, Art. 23 PflWoqG). Im Gegensatz zum CSA 2000 bezieht sich die Haftung allerdings stets nur auf natürliche Personen, nicht auch auf juristische Personen wie den Träger einer Pflegeeinrichtung.

b. Sonstiges Ordnungsrecht

Die Untersuchung des englischen Langzeitpflegeregimes hat zum einen gezeigt, daß die ordnungsrechtlichen Vorgaben gerade bezüglich der Strukturbedingungen der pflegerischen Leistungserbringung nicht abschließend im heimaufsichtsrechtlichen Regime des CSA 2000 bzw. des HSCA 2008 geregelt sind, sondern aus einer Vielzahl weiterer Ordnungsgesetze folgen, die Vorgaben enthalten, welche mitunter den Pflegebedürftigen zugute kommen. Zum anderen wurde deutlich, daß diese Gesetze über ähnliche, im Wesentlichen ordnungsrechtlich geprägte Durchsetzungsmechanismen wie das Heimaufsichtsrecht verfügen. Folgende Beispiele zeigen, daß dieser Befund in gleicher Weise auf die deutsche Rechtsordnung zutrifft.

So unterliegen Pflegeheime nach § 36 Abs. 1, 2 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG)²⁶¹⁵ etwa der infektionshygienischen Überwachung durch die Gesundheitsämter. Ziel ist es, Infektionskrankheiten im Heimbereich gerade im Hinblick auf die herabgesetzte Infektionsabwehr älterer Menschen zu verhindern bzw. deren Ausbreitung zu vermeiden.²⁶¹⁶ Hierzu haben die Heime in Hygieneplänen innerbetriebliche Verfahrensweisen zur Infektionshygiene festzulegen, § 36 Abs. 1 S. 1 IfSG, so daß in gewissem Umfang auch selbstregulative Elemente in die Steuerung einfließen. Die Beauftragten des Gesundheitsamtes können bei Vorliegen konkreter Verdachtsmomente für das Auftreten einer übertragbaren Krankheit die Pflegeheime betreten, Unterlagen einsehen, Untersuchungsproben nehmen bzw. einfordern und Auskünfte über den Betrieb der Einrichtung einholen, §§ 36 Abs. 3, 16 Abs. 1 und 2 IfSG. Wird bei einem Heimbewohner oder einem Bediensteten eine Krankheit, ein Krankheits- oder Ansteckungsverdacht mit einer übertragbaren Krankheit festgestellt, können nach §§ 28 Abs. 1, 29 ff. IfSG erforderliche Schutzmaßnahmen wie Beobachtung, Quarantäne oder ein berufliches Tätigkeitsverbot angeordnet werden. Das IfSG beschränkt die Überwachungsbefugnisse so-

²⁶¹⁵ Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG) v. 20. Juli 2000, BGBl. I S. 1045, zuletzt geändert durch G v. 19. Juni 2006, BGBl. I S. 1305. § 36 IfSG löste zum 1. Januar 2001 § 48a I 1 des Bundes-Seuchengesetzes (Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen, in der Fassung der Bekanntmachung v. 18. Dezember 1979, BGBl. I S. 2262, ber. 1980 I S. 151, zuletzt geändert und zugleich aufgehoben zum 1. Januar 2001 durch G v. 20. Juli 2000, BGBl. I S. 1045) ab, der bis dahin Altenheime, Altenwohnheime und Pflegeheime der seuchenhygienischen Überwachung durch die Gesundheitsämter unterstellt hatte.

²⁶¹⁶ Klie, Heimaufsicht, S. 82 (noch zu § 48a BSeuchG).

mit auf ein Einschreiten in Gefahrensituationen, eine „präventive“ Überwachung, etwa durch regelmäßige Nachschau, sieht das Gesetz nicht vor.²⁶¹⁷

Ein weiteres Beispiel der staatlichen Einflußnahme auf strukturelle Rahmenbedingungen des pflegerischen Leistungsprozesses außerhalb der Heimgesetze bilden wie auch in England²⁶¹⁸ diverse lebensmittelrechtliche Bestimmungen, die die Herstellung, die Behandlung und den Verkehr mit Lebensmitteln betreffen wie etwa die §§ 5 ff. des Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuchs,²⁶¹⁹ die Lebensmittelhygiene-Verordnung²⁶²⁰ oder entsprechende europarechtliche Vorschriften.²⁶²¹ Zu den strukturqualitätsbezogenen Regelungen zählen neben bestimmten baulichen Anforderungen beispielsweise Schulungsgebote für diejenigen, die mit Lebensmitteln hantieren.²⁶²² Die Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Bestimmungen wird durch regelmäßige Überprüfungen und Probeentnahmen seitens der zuständigen Behörden nach den §§ 38 ff. LFGB überwacht, die den Behörden auch die dazu erforderlichen Betretungs- und Besichtigungsrechte gewähren und den Heimträgern entsprechende Duldungspflichten auferlegen.

Anforderungen an die Organisation des Heimbetriebs, die Arbeitsabläufe und die Gestaltung der Arbeitsstätten – und damit an die Strukturen, innerhalb deren die pflegerische Leistungserbringung stattfindet – ergeben sich außerdem aus den Arbeitsschutzvorschriften wie dem Arbeitsschutzgesetz²⁶²³, dem Arbeitssicherheitsgesetz²⁶²⁴, dem

2617 Dies entspricht der Rechtslage, wie sie vor Inkrafttreten des IfSG schon unter dem BSeuchG galt, vgl. *Klie*, Heimaufsicht, S. 82.

2618 Dies liegt zum Teil freilich auch am identischen europarechtlichen Hintergrund, insbesondere in Gestalt der Richtlinie 93/43/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über Lebensmittelhygiene, ABl. L 175 vom 19. Juli 1993, S. 1, geändert durch die VO 1882/2003 (EG) des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 284 vom 31. Oktober 2003, S. 1), der Richtlinie 96/23/EG des Rates vom 29. April 1996 über Kontrollmaßnahmen hinsichtlich bestimmter Stoffe und Rückstände in lebenden Tieren und tierischen Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinien 85/358/EWG und 86/469/EWG und der Entscheidungen 89/187/EWG und 91/664/EWG (ABl. EG Nr. L 125 S. 10).

2619 Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch (Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch - LFGB) in der Fassung der Bekanntmachung v. 24. Juli 2009 (BGBl. I S. 2205), zuletzt geändert durch VO vom 3. August 2009 (BGBl. I S. 2630).

2620 Verordnung über Anforderungen an die Hygiene beim Herstellen, Behandeln und In-Verkehrbringen von Lebensmitteln (Lebensmittelhygiene-Verordnung – LMHV) v. 8. August 2007 (BGBl. I S. 1816).

2621 Diese ergeben sich insbesondere aus der VO (EG) Nr. 852/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über Lebensmittelhygiene (ABl. Nr. L 139 S. 1, gesamte Vorschrift ber. ABl. Nr. L 226 S. 3 und ABl. 2008 Nr. L 46 S. 51, ber. ABl. 2009 Nr. L 58 S. 3), zuletzt geändert durch Anh. Nr. 6.7. ÄndVO (EG) 219/2009 vom 11. März 2009 (ABl. Nr. L 87 S. 109), sowie aus der VO (EG) Nr. 853/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. April 2004 mit spezifischen Hygienevorschriften für Lebensmittel tierischen Ursprungs (ABl. Nr. L 139 S. 55, gesamte Vorschrift ber. ABl. Nr. L 226 S. 22, ber. ABl. 2008 Nr. L 46 S. 50), zuletzt geändert durch Anh. Nr. 6.8. ÄndVO (EG) 219/2009 vom 11. März 2009 (ABl. Nr. L 87 S. 109).

2622 § 4 Abs. 1 S. 1 LMHV i.V.m. Anhang II Kapitel XII Nr. 1 der Verordnung 852/2004 (EG).

2623 G über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit (Arbeitsschutzgesetz - ArbSchG) v. 7. August 1996 (BGBl. I S. 1246), zuletzt geändert durch G vom 5. Februar 2009 (BGBl. I S. 160).

Arbeitszeitgesetz²⁶²⁵ oder der Arbeitsstättenverordnung²⁶²⁶. Obgleich die Schutzrichtung dieser Vorschriften, die beispielsweise die Einrichtung von Pausenräumen vorsehen²⁶²⁷ oder eine Gefährdungsanalyse hinsichtlich der auszuübenden Tätigkeiten durch den Arbeitgeber vorschreiben,²⁶²⁸ primär in Richtung der Beschäftigten zielt, können sie dennoch auch zur Steuerung der strukturellen Rahmenbedingungen der Pflegequalität gezählt werden. Die Gesundheit, Arbeitszufriedenheit und Leistungsmotivation der Beschäftigten stellen gerade im Bereich pflegerischer Dienstleistungen, die durch eine besondere Nähebeziehung zu den Leistungsempfängern gekennzeichnet sind, wichtige Voraussetzungen für das Erbringen qualitativ hochwertiger Arbeitsergebnisse dar.²⁶²⁹

Die Einhaltung der Arbeitsplatzschutzvorschriften überwachen die für den Arbeitsschutz zuständigen Landesbehörden, die hierfür über entsprechende Befugnisse zur Ermittlung etwaiger Defizite²⁶³⁰ und zur Durchsetzung der betreffenden Anforderungen verfügen,²⁶³¹ etwa durch behördliche Anordnungen, deren Nichtbefolgung eine Ordnungswidrigkeit oder Straftat darstellen kann.²⁶³² Sie arbeiten mit den Trägern der Unfallversicherung zusammen,²⁶³³ die wiederum die Durchführung von Maßnahmen zur Verhütung von Arbeitsunfällen, Berufskrankheiten und arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren überwachen.²⁶³⁴

Nicht unerwähnt bleiben soll, daß die Arbeitsschutzbehörden auch Aktionsprogramme zu verschiedenen Gefahrenschwerpunkten durchführen, die hoheitlichen aufsichtlichen Mittel also durch den Einsatz präventiver, informatorischer Instrumente ergänzt werden. Als Beispiel läßt sich das 2005 von der bayerischen Gewerbeaufsicht in Zusammenarbeit mit dem Bayerischen Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit durchgeführte Projekt „Psychische Fehlbelastungen“ anführen, das sich vorrangig mit psychischen Fehlbelastungen von Pflegekräften in der stationären Altenpflege in

2624 Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit v. 12. Dezember 1973, BGBl. I S. 1885, zuletzt geändert durch G v. 25. November 2003.

2625 Arbeitszeitgesetz v. 6. Juni 1994 (BGBl. I S. 1170) zuletzt geändert durch G v. 15. Juli 2009 (BGBl. I S. 1939).

2626 Verordnung über Arbeitsstätten (Arbeitsstättenverordnung – ArbStättV) v. 12. August 2004 (BGBl. I S. 2179), zuletzt geändert durch VO v. 18. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2768).

2627 § 6 Abs. 3 ArbStättV.

2628 § 5 Abs. 1 ArbSchG.

2629 Vgl. auch *Bayerisches Staatsministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz* [Hrsg.], Jahresbericht der Gewerbeaufsicht des Freistaates Bayern. 2005, S. 37, 41.

2630 Defizite zeigen sich in der Praxis in Pflegeheimen bei der betrieblichen Arbeitsschutzorganisation vor allem bezüglich der Erstellung und Aktualisierung von Gefährdungsbeurteilungen sowie beim Infektionsschutz (insbesondere hinsichtlich des Umgangs mit Biostoffen). Vielfach fehlen zudem Notfallpläne für Stichverletzungen, vgl. *Bayerisches Staatsministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz* [Hrsg.], Jahresbericht der Gewerbeaufsicht des Freistaates Bayern. 2005, S. 38 f.

2631 Vgl. § 22 ArbSchG.

2632 Siehe etwa §§ 25 f. ArbSchG.

2633 §§ 20 Abs. 1 SGB VII, 21 Abs. 3 ArbSchG.

2634 § 17 Abs. 1 SGB VII.

Bayern und mit Möglichkeiten zur Reduktion von Fehlbelastungen beschäftigte²⁶³⁵ und in der Folge zu diversen Zielvereinbarungen zur Belastungsoptimierung führte.²⁶³⁶

Ein anderer, für die stationäre Langzeitpflege besonders relevanter Regulierungsbedarf ist Gegenstand des Medizinproduktegesetzes²⁶³⁷ und der zur Konkretisierung erlassenen Medizinprodukte-Betreiberverordnung.²⁶³⁸ Als Medizinprodukte gelten unter anderem Apparate und Vorrichtungen zur Erkennung, Überwachung, Behandlung, Linderung oder Kompensierung von Verletzungen oder Behinderungen (§ 3 Nr. 1 lit. b MPG). In Pflegeheimen zählen dazu etwa Hilfsmittel wie Rollstühle, Liftter oder auch Pflegebetten. Die strukturqualitätssichernden Instrumente dieses ordnungsrechtlichen Regimes bestehen in Vorschriften, die die Voraussetzungen für die Inbetriebnahme und das Betreiben von Medizinprodukten – im Wesentlichen mit einer imperativen Ge- und Verbotsteuerung – normieren (§§ 4 ff. MPG).²⁶³⁹

Abschließend sei noch auf landesrechtliche Brandschutzbestimmungen²⁶⁴⁰ und die korrespondierenden Verfahrensvorschriften hingewiesen, die Heime zur Vermeidung von Gefahren für Leben, Gesundheit, Eigentum oder Besitz²⁶⁴¹ einer Feuerbeschau unterstellen.²⁶⁴² Im Rahmen der Feuerbeschau werden beispielsweise die Brandmeldeanlagen, die Rettungs- und Einsatzwege, die Löschwasserentnahmestellen, die Entrauchungsanlagen sowie organisatorische Vorkehrungen zum Brandschutz überprüft und erforderlichenfalls Anordnungen zur Mängelbeseitigung erlassen.²⁶⁴³ Daß sich gerade die Bestimmungen zum Feuerschutz nicht immer leicht mit den heimgesetzlichen Forderungen nach qualitativ angemessenen Wohnbedingungen (vgl. etwa § 2 Abs. 1 Nr. 5 HeimG) in Einklang bringen lassen,²⁶⁴⁴ was im Übrigen auch für England bereits konstatiert worden war, steht exemplarisch für den Zielkonflikt und den daraus resultieren-

2635 Zu diesem Projekt wurde ein Sonderbericht veröffentlicht in *Bayerisches Staatsministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz* [Hrsg.], Jahresbericht der Gewerbeaufsicht des Freistaates Bayern. 2005, S. 37 ff.

2636 Vgl. *Bayerisches Staatsministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz* [Hrsg.], Jahresbericht der Gewerbeaufsicht des Freistaates Bayern. 2005, S. 38.

2637 Gesetz über Medizinprodukte (Medizinproduktegesetz - MPG) in der Fassung der Bekanntmachung v. 7. August 2002 (BGBl. I S. 3146), zuletzt geändert durch G zur Änderung medizinproduktrechtlicher Vorschriften vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2326).

2638 Verordnung über das Errichten, Betreiben und Anwenden von Medizinprodukten (Medizinprodukte-Betreiberverordnung - MPBetreibV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. August 2002 (BGBl. I S. 3396), zuletzt geändert durch G zur Änderung medizinproduktrechtlicher Vorschriften vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2326).

2639 Näher hierzu *Bieback*, Qualitätssicherung, S. 84.

2640 Etwa Art. 12 der Bayerischen Bauordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. August 2007 (GVBl. S. 588), zuletzt geändert durch G zur Änderung der Bayerischen Bauordnung, des BaukammernG und des DenkmalschutzG vom 27. Juli 2009 (GVBl. S. 385).

2641 Vgl. § 1 FBV.

2642 So etwa §§ 2 i.V.m. § 2 Abs. 6 S. 2 Nr. 9 BayBO, der unter anderem Heime für Behinderte und für alte Menschen der Feuerbeschau durch die Gemeinden (§ 3 Abs. 1 FBV) unterwirft. Vgl. auch *Klie*, Heimaufsicht, S. 84 f.

2643 Vgl. etwa §§ 5 f. FBV.

2644 *Klie*, Heimaufsicht, S. 218; vgl. auch *Kühnert*, Stand und Sicherung der Qualität der Pflege, in: *Dräther/Jakobs/Rothgang* [Hrsg.], Fokus Pflegeversicherung, S. 134.

den Koordinierungsbedarf, der aus der Unterschiedlichkeit und der Vielzahl der Schutzrichtungen der einzelnen Aufsichtsgesetze folgt.

2. Strukturqualitätsbezogene Aspekte des Pflegeversicherungsrechts

Unterscheiden sich die beiden Vergleichsrechtsordnungen also hinsichtlich der Bedeutung des ordnungsrechtlichen Regimes und in weiten Teilen auch bezüglich dessen Ausgestaltung nicht in grundlegender Weise, so gilt für das im Folgenden darzustellende Leistungserbringungsrecht des SGB XI das genaue Gegenteil. Während in England für das Vertragsregime zwischen den staatlichen Leistungsträgern und den zur Leistungserbringung herangezogenen Heimträgern so gut wie keine spezifischen und insbesondere auch keine qualitätsbezogenen normativen Vorgaben existieren, unterliegen diese Leistungserbringungsverträge in Deutschland detaillierten gesetzlichen Normierungen. Anders als in England ist das Leistungsvertragsregime ein ebenso zentraler und ausdrücklicher Punkt der Verortung der Qualitätssicherung wie das heimaufsichtliche Ordnungsrecht. Dies soll im Folgenden für die strukturellen Rahmenbedingungen der pflegerischen Leistungserstellung näher dargelegt werden.

a. § 11 Abs. 1 S. 1 SGB XI als Qualitätsgrundnorm des Pflegeversicherungsrechts

§ 11 Abs. 1 S. 1 SGB XI verlangt von den Pflegeeinrichtungen eine Pflege, Versorgung und Betreuung der Pflegebedürftigen „entsprechend dem allgemein anerkannten Stand medizinisch-pflegerischer Erkenntnisse“. Anders als der NAA 1948 enthält das Pflegeversicherungsrecht damit eine rechtliche Grundnorm für jegliche Qualitätsbemühungen in der Langzeitpflege.²⁶⁴⁵ Sie wird – worauf an späterer Stelle nochmals hingewiesen wird – auch im Heimvertragsrecht aufgegriffen.²⁶⁴⁶

Inhaltlich sieht sich § 11 Abs. 1 S. 1 SGB XI freilich der Problematik ausgesetzt, daß zwar seit einigen Jahren eine Intensivierung der Bemühungen um die Qualität in der Pflege zu verzeichnen ist,²⁶⁴⁷ daß sich aber nichtsdestotrotz noch lange kein allgemein verbreiteter und gesicherter Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse in allen Bereichen der Pflege herausbilden konnte.²⁶⁴⁸ Diesem Defizit versucht der Gesetzgeber nunmehr unter anderem mit der Normierung eines Sicherstellungsauftrags für die Qualitätsentwicklung (§ 113a SGB XI) entgegenzuwirken, auf den an späterer Stelle zurückzukommen sein wird. Der von § 11 Abs. 1 SGB XI vorausgesetzte Qualitätsmaßstab hat auch eine strukturqualitative Dimension, etwa indem er nach einer gewissen personellen und sachlichen Ausstattung der Pflegeeinrichtungen verlangt. Seiner Umsetzung dient

2645 Vgl. *Igl*, Fachliche Standards und Expertenstandards für die Pflege, RsDE 67 (2008), S. 39.

2646 Vgl. § 7 des Wohn- und Betreuungsvertragsgesetzes. Zu diesem Gesetz und zur Festlegung des geschuldeten Qualitätsstandards s. unten, S. 505 f.

2647 Siehe hierzu *Hamdorf*, Öffentliche und private Verantwortung für Qualität in der Pflege, S. 8 ff.

2648 *Bieback*, Qualitätssicherung, S. 28 f., 29 f.; *Igl*, Fachliche Standards und Expertenstandards für die Pflege, RsDE 67 (2008), S. 41; *ders.*, Qualitätsanforderungen in der Langzeitpflege, SGB 2007, S. 383.

insbesondere das differenzierte Instrumentarium des Leistungserbringungsrechts des SGB XI, dessen Strukturqualitätsbezüge im Folgenden dargestellt werden sollen.

b. Das Leistungserbringungsrecht des SGB XI

Das Rechtsregime des SGB XI zur Umsetzung der Qualitätsanforderungen an die Leistungserbringer ist primär vertraglicher Natur und besteht aus einem abgestuften System, an dem unterschiedliche Akteure des staatlichen und des privaten Sektors beteiligt sind.

aa. Abschluß von Versorgungsverträgen

Um überhaupt als Leistungserbringer in der Pflegeversicherung auftreten zu können, müssen die Träger der jeweiligen Pflegeeinrichtung mit den Landesverbänden der Pflegekassen wie oben²⁶⁴⁹ bereits geschildert gem. § 72 SGB XI Versorgungsverträge²⁶⁵⁰ abschließen. In diesen werden Art, Inhalt und Umfang der allgemeinen Pflegeleistungen festgelegt, die die Pflegeeinrichtungen in Erfüllung ihres Versorgungsauftrags für die Versicherten zu erbringen haben, § 72 Abs. 1 S. 2 SGB XI. Dies bezieht sich primär darauf, ob die Einrichtung ambulante oder stationäre Pflege zur Verfügung stellen soll, letztere wiederum differenziert nach Kurzzeitpflege, teilstationärer oder vollstationärer Versorgung. Zudem soll eine Vereinbarung über die zu betreuenden Gruppen von Pflegebedürftigen getroffen werden, die vor allem auch auf deren Betreuungsbedarf und den Grad ihrer Pflegebedürftigkeit Bezug nimmt.²⁶⁵¹ Der ebenfalls zu vereinbarende Umfang der pflegerischen Leistungen umfaßt bei stationären Einrichtungen vor allem die Anzahl der Pflegebetten und sonstigen Betreuungskapazitäten.²⁶⁵²

Während die Inhalte der Versorgungsverträge somit grundsätzlich²⁶⁵³ keine spezifischen Qualitätsanforderungen regeln, ergeben sich Anforderungen an die Strukturqualität jedoch aus den Voraussetzungen, die das SGB XI an den Abschluß von Versorgungsverträgen knüpft. Gem. § 72 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 i.V.m. § 71 Abs. 2 Nr. 1 SGB XI dürfen Versorgungsverträge nur mit Einrichtungen abgeschlossen werden, in denen die Pflegebedürftigen unter der ständigen Verantwortung einer ausgebildeten Pflegefachkraft gepflegt werden,²⁶⁵⁴ eine Regelung, die einen Vorbehaltsbereich unter anderem für die Altenpflegeberufe (vgl. § 71 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB XI) schafft.

2649 S. oben, S. 412 ff.

2650 Ausführlich zum Versorgungsvertrag etwa *Neumann*, in: Schulin [Hrsg.], HbSV-PV, § 21 Rn 1 ff.

2651 BT-Drs. 12/5262, S. 135 f.

2652 BT-Drs. 12/5262, S. 136.

2653 Die Begründung des Regierungsentwurfs fordert allerdings eine Vereinbarung auch über die räumliche, personelle und sachlich-technische Ausstattung einer Einrichtung (und damit über die Strukturparameter der pflegerischen Leistungserbringung), wenn für die betreffende Pflegeeinrichtung kein Rahmenvertrag (dazu sogleich unten, S. 461 f.) mit diesem Inhalt existiert, s. BT-Drs. 12/5262, S. 136.

2654 Unter der ständigen Verantwortung einer verantwortlichen Pflegekraft stehen Leistungen in einem Pflegeheim nur, wenn die verantwortliche Pflegekraft die Pflegeleistungen für jeden Heimbewohner

Ein anderes Beispiel für die Normierung des strukturellen Rahmens der pflegerischen Leistungserstellung bildet die Anforderung, daß in der betreffende Pflegeeinrichtung eine „ortsübliche Arbeitsvergütung“²⁶⁵⁵ bezahlt werden muß, § 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XI.²⁶⁵⁶ Damit soll sichergestellt werden, daß die Beschäftigten eine Vergütung erhalten, die dem Lohnniveau im Wirtschaftskreis entspricht,²⁶⁵⁷ um so dadurch eine Abwärtsspirale bei den Löhnen zu vermeiden.²⁶⁵⁸ Hierdurch soll ein Vergütungsniveau verhindert werden, zu dem nur schlecht qualifizierte oder wenig motivierte Pflegekräfte gewonnen werden könnten, was die Qualität der Pflegeleistungen negativ beeinflussen würde.²⁶⁵⁹ Überdies wurde mit der am 1. August 2010 in Kraft getretenen Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche²⁶⁶⁰ für die Zeit bis zum 31. Dezember 2014 nunmehr auch ein gesetzlicher Mindestlohn für Beschäftigte der Pflegebranche festgeschrieben. Er beträgt pro Arbeitsstunde € 8,50 für Pflegekräfte im Westen bzw. 7,50 € im Osten und gilt für Arbeitnehmer, die überwiegend Grundpflegeleistungen erbringen.

In England besteht für die Beschäftigten in Heimen zwar kein spezieller vergütungsrechtlicher Schutz, auf diesen Kreis von Arbeitnehmern finden jedoch die allgemeinen Vorschriften des *National Minimum Wage Act 1998* und der auf ihm basierenden Verordnungen Anwendung. Die Unterschiede in den Regelungsmechanismen zwischen den Rechtsordnungen sind dabei aber geringer, als es die in Deutschland anzutreffende Verortung der Anforderungen auch im Leistungserbringungsrecht vermuten läßt. Denn auch die Vorgaben des SGB XI basieren nicht auf vertraglichen, kooperativen Mechanismen. Als zwingende gesetzliche Voraussetzungen für den Abschluß von Versorgungsverträgen sind sie vielmehr – in Übereinstimmung mit der englischen Rechtsordnung – ebenso der imperativen staatlichen Steuerung zuzurechnen wie der nunmehr eingeführte gesetzliche Mindestlohn.

Schließlich soll an dieser Stelle noch § 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 SGB XI erwähnt werden, der es zur Voraussetzung für die Zulassung einer Einrichtung zur Leistungserbringung nach dem SGB XI macht, daß sich diese verpflichtet, alle Expertenstandards nach § 113a SGB XI anzuwenden. Auch diese enthalten strukturqualitative Aussagen.

zumindest in den Grundzügen selbst festlegt, deren Durchführung organisiert und deren Umsetzung angemessen kontrolliert, BSG, Urt. vom 22. April 2009, NZS 2010, S. 334 ff.

2655 Zur Auslegung des Begriffs und zur Ermittlung der ortsüblichen Vergütung s. *Thüsing*, SGB 2008, S. 629 ff.

2656 Diese Regelung begegnet spätestens seit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Ruffert (EuGH, EuGH, Urt. v. 3. April 2008 - C-346/06, NZA 2008, S. 537) europarechtlichen Bedenken mit Blick auf die gemeinschaftsrechtliche Dienstleistungsfreiheit; so auch *Igl*, NJW 2008, S 2214.

2657 BT-Drs. 16/7439, S. 67.

2658 *Thüsing*, Ortsübliche Vergütung, SGB 2008, S. 629.

2659 *Thüsing*, Ortsübliche Vergütung, SGB 2008, S. 630. Ob dieses Ziel allerdings erreicht werden kann, ist fraglich, weil die Anwendbarkeit der Regelung auf Leiharbeiter fraglich ist, vgl. *Thüsing*, a.a.O.

2660 Pflegearbeitsbedingungenverordnung vom 15. Juli 2010, BAnz. 2010 Nr. 110 S. 2571.

bb. Leistungs- und Qualitätsmerkmale in Pflegesatzvereinbarungen

Wie bereits erörtert,²⁶⁶¹ werden die Pflegesätze, die Heime für die Leistungserbringung nach dem SGB XI beanspruchen können, in sogenannten Pflegesatzvereinbarungen vereinbart. Im hier betrachteten Kontext der Steuerung der Strukturqualität sind diese Pflegesatzvereinbarungen insofern von Relevanz, als in ihnen gem. § 84 Abs. 5 SGB XI auch die wesentlichen Leistungs- und Qualitätsmerkmale der jeweiligen Einrichtung individuell für diese festzulegen sind. Als wesentliche Merkmale in diesem Sinne nennt das Gesetz insbesondere die von der Einrichtung für den voraussichtlich zu versorgenden Personenkreis individuell vorzuhaltende personelle Ausstattung, gegliedert nach Berufsgruppen, sowie Art und Umfang der Ausstattung der Einrichtung mit Verbrauchsgütern, §§ 84 Abs. 5, 82 Abs. 2 Nr. 1 SGB XI.

Die Verpflichtung zur Regelung der wesentlichen Leistungs- und Qualitätsmerkmale in den Pflegesatzvereinbarungen trat mit dem Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung an die Stelle der erst mit dem Pflege-Qualitätssicherungsgesetz²⁶⁶² ins SGB XI aufgenommenen Leistungs- und Qualitätsvereinbarungen²⁶⁶³ nach § 80a SGB XI a.F., welche sich als untauglich erwiesen hatten, das spezielle Leistungs- und Qualitätsprofil der betreffenden Einrichtungen zu definieren.²⁶⁶⁴ Ob die Integration in das Pflegesatzverfahren freilich zu einer Verbesserung dahingehend führen wird, daß die Beschreibung des Leistungs- und Qualitätsprofils dem mit der Vereinbarung intendierten Konkretisierungszweck besser gerecht wird, wird sich erst noch zeigen müssen. Die Zusammenführung von Leistungs- und Qualitätsvereinbarungen einerseits und den Pflegesatzvereinbarungen andererseits soll auch bewirken, daß die Vertragsparteien bei der Bemessung der Pflegesätze generell die von der Einrichtung erbrachten Leistungen und deren Qualität mit dem dafür zu zahlenden, leistungsgerechten Preis in Zusammenhang bringen und in den Mittelpunkt der Verhandlungen stellen.²⁶⁶⁵ Ein derartiger Konnex zwischen der erbrachten oder erwarteten Qualität und dem hierfür zu entrichtenden Preis ist in England – abgesehen vom sehr allgemein gehaltenen *Best Value*-Regime – weder zwingend vorgeschrieben noch wird er in der Praxis in nennenswertem Umfang hergestellt.²⁶⁶⁶

2661 S. oben, S. 414 ff.

2662 Gesetz zur Qualitätssicherung und zur Stärkung des Verbraucherschutzes in der Pflege (Pflege-Qualitätssicherungsgesetz – PQsG) vom 9. September 2001, BGBl. I S. 2320.

2663 Eingehend zur Leistungs- und Qualitätsvereinbarung nach § 80a SGB XI *Plantholz*, Offene Probleme der Leistungs- und Qualitätsvereinbarungen, RsDE 57 (2005), S. 22 ff.

2664 *Igl/Tallich*, in: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend [Hrsg.], Identifizierung von Entbürokratisierungspotentialen, S. 460.

2665 *Vogel/Schmäing*, in: Klie/Krahmer [Hrsg.], SGB XI, § 84 Rn. 20.

2666 Dazu oben, S. 257 ff., 262.

cc. Rahmenverträge auf Landesebene sowie Rahmenempfehlungen und Vereinbarungen auf Bundesebene

Auf Landesebene wird das Leistungserbringungsverhältnis zwischen den Pflegekassen und den Einrichtungsträgern durch die Rahmenverträge nach § 75 SGB XI vorbestimmt.²⁶⁶⁷ In Bezug auf die Steuerung der strukturellen Rahmenbedingungen der Pflege ist von Relevanz, daß diese Rahmenverträge auch Maßstäbe und Grundsätze für eine wirtschaftliche und leistungsbezogene, am Versorgungsauftrag orientierte personelle und sächliche Ausstattung der Pflegeeinrichtungen festlegen müssen, § 75 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB XI. Die personelle Ausstattung kann entweder durch die Vereinbarung landesweiter Verfahren zur Ermittlung des Personalbedarfs oder zur Bemessung der Pflegezeiten oder alternativ durch die Einigung auf landesweite Personalrichtwerte geschehen, § 75 Abs. 3 S. 1 SGB XI. Was die Einführung von Verfahren zur Ermittlung des Personalbedarfs oder zur Bemessung der Pflegezeiten anbelangt, wurde in einigen Ländern versucht, eine an die Erfordernisse in Deutschland angepaßte Version des kanadische Pflegeplaninstruments P.L.A.I.S.I.R.© einzuführen.²⁶⁶⁸ Allerdings sind die Verhandlungen mit dem Rechteinhaber inzwischen endgültig gescheitert,²⁶⁶⁹ so daß weiterhin die Festlegung von Personalrichtwerten im Vordergrund der Landesrahmenverträge steht.²⁶⁷⁰ Hierfür bestimmt § 75 Abs. 3 S. 4 SGB XI, daß die Richtwerte auch als Bandbreiten vereinbart werden können und bei vollstationärer Pflege wenigstens das Verhältnis zwischen der Zahl der Heimbewohner und der Zahl der Pflege- und Betreuungskräfte (in Vollzeit gerechnet), unterteilt nach Pflegestufen (sog. Personalanhaltszahlen), enthalten müssen. In der Pflege, der sozialen Betreuung und der medizinischen Behandlungspflege haben die Richtwerte zusätzlich den Anteil der ausgebildeten Fachkräfte am Pflege- und Betreuungspersonal anzugeben. In der Praxis sind die personalbezogenen Vereinbarungen in den einzelnen Ländern sehr unterschiedlich ausgestaltet.²⁶⁷¹

Um einer zu großen Divergenz der Rahmenregelungen in den einzelnen Ländern entgegenzuwirken, sollen der Spitzenverband Bund der Pflegekassen und die Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene unter Beteiligung des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen, des Verbandes der privaten Krankenversicherung e.V. sowie unabhängiger Sachverständiger gemeinsam mit der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und der Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe Rahmenempfehlungen für diese Verträge abgeben, § 75 Abs. 6 SGB XI. Diesen Bundesempfehlungen kommt allerdings

2667 S. hierzu ausführlich oben, S. 416 f.

2668 *Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung* [Hrsg.], Dritter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung, S. 35.

2669 *Plantholz*, Offene Probleme der Leistungs- und Qualitätsvereinbarungen, *RsDE* 57 (2005), S. 30.

2670 *Plantholz*, in: *Klie/Krahmer*, SGB XI, § 75 Rn. 26.

2671 *Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung* [Hrsg.], Dritter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung, S. 35; *Plantholz*, in: *Klie/Krahmer*, SGB XI, § 75 Rn. 18.

keine Verbindlichkeit für die Vertragsparteien zu.²⁶⁷² Nichtsdestotrotz konnten sie – mit Ausnahme der Personalvorhaltung – zu einer weitgehend einheitlichen Gestaltung der Rahmenverträge beitragen.²⁶⁷³

Das kollektive Regelungsprinzip ist zuletzt mit dem Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung nochmals gestärkt worden. Zum einen wurde den Parteien der Landesvereinbarungen aufgegeben, auch die sächliche Ausstattung der Pflegeeinrichtungen zu regeln (§ 75 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB XI), zum anderen ist es den Partnern der gemeinsamen Selbstverwaltung auf Bundesebene gem. § 75 Abs. 7 SGB XI nunmehr möglich, die bisher in einer Verordnung²⁶⁷⁴ geregelten Grundsätze über die Pflegebuchführung in einer bundeseinheitlichen Vereinbarung zu regeln. Hierdurch gewannen die kooperativen, auf den korporatistischen Strukturen des Pflegesektors aufbauenden Steuerungsansätze in der Strukturqualitätssteuerung weiter an Bedeutung.

dd. Maßstäbe und Grundsätze zur Sicherung und Weiterentwicklung der Pflegequalität

Ein weiteres Element der kooperativen Qualitätssteuerung auf der Ebene des Leistungserbringungsrechts liegt in den durch Vereinbarungen auf Bundesebene festzulegen Maßstäben und Grundsätzen für die Qualität und die Qualitätssicherung in der ambulanten und stationären Pflege sowie für die Entwicklung eines einrichtungsinternen Qualitätsmanagements nach § 113 SGB XI.

Vereinbarungspartner dieser Maßstäbe und Grundsätze sind gem. § 113 Abs. 1 S. 1 SGB XI der Spitzenverband Bund der Pflegekassen, die Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe, die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und die Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene. Der Medizinische Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen, der Verband der privaten Krankenversicherung e.V., die Verbände der Pflegeberufe auf Bundesebene, die maßgeblichen Organisationen für die Wahrnehmung der Interessen und der Selbsthilfe der pflegebedürftigen und behinderten Menschen sowie unabhängige Sachverständige²⁶⁷⁵ sind am Vereinbarungsprozeß zu beteiligen. § 113 Abs. 1 S. 3 SGB XI ordnet – mit Blick auf die demokratische Legitimation nicht unproblematisch²⁶⁷⁶ – die unmittelbare Geltung der im Bundesanzeiger zu veröffentlichenden (§ 113 Abs. 1 S. 2 SGB XI) Vereinbarungen für alle Pflegekassen und deren Verbände sowie für die zugelassenen Pflegeeinrichtungen an.

Der Festlegung von Qualitätsmaßstäben im Wege von Vereinbarungen liegt die Annahme zugrunde, daß konsensfähige Qualitätsniveaus eher akzeptiert und eingehalten

2672 *Plantholz*, in: Klie/Krahmer, SGB XI, § 75 Rn. 31.

2673 *Plantholz*, in: Klie/Krahmer, SGB XI, § 75 Rn. 31.

2674 Verordnung über die Rechnungs- und Buchführungspflichten der Pflegeeinrichtungen vom 22. November 1995, BGBl. I S. 1528, zuletzt geändert durch Gesetz vom 23. Oktober 2001, BGBl. I S. 2702

2675 Mit der vorgeschriebenen Beteiligung von unabhängigen Sachverständigen wird einer in der Literatur bereits länger geäußerten Forderung nach der Einbeziehung wissenschaftlicher Expertise nachgekommen (vgl. etwa *Igl/Klie*, Forum für Gesellschaftspolitik, 2000, S. 162 ff.).

2676 Hierzu etwa nur *Neumann*, in: Schulin [Hrsg.], HdbSV-PfIV, § 21 Rn. 76 ff., 131.

werden, als einseitig vorgegebene.²⁶⁷⁷ Zudem bietet die kooperative Handlungsform die Möglichkeit, den Sachverstand der an der Vereinbarung beteiligten gesellschaftlichen Akteure einzubeziehen.²⁶⁷⁸ Allerdings ist zu beachten, daß weder die Parteien auf Kostenträgerseite noch die auf Leistungserbringerseite als solche angesichts ihrer eigenen fiskalischen und ökonomischen Interessen als Garanten für Qualitätsvereinbarungen nach dem aktuellen fachwissenschaftlichen Stand angesehen werden können.²⁶⁷⁹ Eine unabhängige, von fachwissenschaftlichen Erkenntnissen geleitete Entwicklung von Qualitätsmaßstäben wird durch § 113 SGB XI nicht erreicht.²⁶⁸⁰ Die heterogene Interessenslage der Vereinbarungsparteien führte zudem dazu, daß Einigungen zwischen allen Beteiligten bisher nur schwer zu erreichen waren.²⁶⁸¹

Die bisher unter der Vorgängervorschrift, § 80 SGB XI a.F., vereinbarten Maßstäbe zur Qualität, die trotz der hierfür gesetzten Frist zum 31. März 2009 bislang noch nicht durch neue Maßstäbe und Grundsätze nach § 113 SGB XI ersetzt worden sind, unterscheiden die Dimensionen der Struktur-, Prozeß- und Ergebnisqualität.²⁶⁸² Was die Strukturqualität anbelangt, werden etwa zur Konkretisierung von § 71 Abs. 2 Nr. 1 SGB XI diejenigen vorbehaltenen Tätigkeiten, für die die verantwortliche Pflegekraft zuständig ist, näher ausgeführt.²⁶⁸³ Ferner sind beispielsweise Weiterbildungsverpflichtungen für die verantwortliche Pflegekraft und Vorgaben an die räumlichen Voraussetzungen der Einrichtung enthalten.²⁶⁸⁴

Mit dem Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung wurde die bisherige Möglichkeit für das Bundesministerium für Gesundheit, bei Nichtzustandekommen einer Qualitätsvereinbarung im Wege einer Ersatzvornahme eine Rechtsverordnung zu erlassen, dadurch ersetzt, daß jede Vertragspartei oder das Bundesministerium für Gesundheit eine Schiedsstelle nach § 113b SGB XI anrufen kann, die sodann den Inhalt der Vereinbarungen festzulegen hat, § 113 Abs. 3 SGB XI. Ob die Schiedsstelle dieser Aufgabe angesichts des Umstands, daß die Qualitätsmaßstäbe gerade auch auf die Akzeptanz in der Praxis angewiesen sind, tatsächlich nachkommen kann, wird in der wissenschaftlichen Literatur bezweifelt.²⁶⁸⁵ Hinsichtlich der Steuerungsmechanismen

2677 *Klie*, in: *Klie/Kramer* [Hrsg.], SGB XI, § 113 Rn. 5.

2678 *Neumann*, in: *Schulin* [Hrsg.], *HdbSV-PfIV*, § 21 Rn. 125.

2679 *Klie*, in: *Klie/Kramer* [Hrsg.], SGB XI, § 113 Rn. 6.

2680 Zur Kritik hieran *Kühnert*, Stand und Sicherung der Qualität der Pflege, in: *Dräther/Jakobs/Rothgang* [Hrsg.], *Fokus Pflegeversicherung*, S. 133 f.

2681 *Klie*, in: *Klie/Kramer* [Hrsg.], SGB XI, § 113 Rn. 6.

2682 Ziffern 1.2 der Gemeinsamen Grundsätze und Maßstäbe zur Qualität und Qualitätssicherung einschließlich des Verfahrens zur Durchführung von Qualitätsprüfungen nach § 80 SGB XI in vollstationären Pflegeeinrichtungen vom 7. März 1996 (BANz 1996 Nr. 213, S. 12041) sowie der Grundsätze vom 16. Dezember 2003 (letztere sind mangels Unterzeichnung durch sämtliche Vertragspartner nicht im BANz veröffentlicht).

2683 Ziffer 3.1.1.2 der Grundsätze vom 7. März 1996 sowie Ziffer 2.2.1 der Grundsätze vom 16. Dezember 2003.

2684 Ziffern 3.1.2.2 und 3.1.4 der Grundsätze vom 7. März 1996 sowie Ziffern 2.2.2.3 und 2.5 der Grundsätze vom 16. Dezember 2003.

2685 *Klie*, in: *Klie/Kramer* [Hrsg.], SGB XI, § 113 Rn. 10; kritisch hierzu auch *Igl*, *Fachliche Standards und Expertenstandards*, *RsDE* 67 (2008), S. 53.

handelt es sich hierbei um eine prozedurale Steuerung, mit der der Staat – anstatt selbst materielle Regelungsinhalte zu setzen – das Funktionieren der kooperativen Mechanismen absichert.

ee. Expertenstandards zur Sicherung und Weiterentwicklung der Qualität in der Pflege

Unabhängig von den beschriebenen Ansätzen, den in § 11 SGB XI enthaltenen Qualitätsmaßstab für einzelne Teilaspekte der Leistungserbringung durch verschiedene Mechanismen der kooperativen Steuerung zu konkretisieren, gilt jedoch, daß das SGB XI als nicht berufsrechtliches Gesetz hinsichtlich der Pflegequalität grundsätzlich auf das zurückzugreifen hat, was in den einschlägigen Berufen, der Ausbildung und – diesen vorgelagert – in der Wissenschaft als Qualitätsstandard gebildet wird.²⁶⁸⁶ Die Entwicklung von Qualitätsanforderungen ist der Sache nach primär Aufgabe der Berufe und der Wissenschaften und daher dem direkten staatlichen Zugriff weitgehend entzogen.²⁶⁸⁷ Weil aber in Bezug auf die Qualitätsentwicklung seitens der Professionen und der Wissenschaft, auf die eine qualitätsgesicherte Pflege in hohem Maße angewiesen ist, bislang ein erhebliches Defizit zu konstatieren ist,²⁶⁸⁸ haben staatliche Akteure in Deutschland in den letzten Jahren mit verschiedenen Maßnahmen versucht, die Entwicklung von Qualitätsstandards zu fördern.

Die staatliche Unterstützung der Entwicklung von Qualitätsstandards sowie deren Wirkmechanismen sollen jedoch erst weiter unten im Zusammenhang mit der prozessbezogenen Steuerung der Pflegequalität im Einzelnen dargestellt werden,²⁶⁸⁹ weil den Fachstandards bei dieser Qualitätsdimension eine besonders wichtige Funktion zukommt. An dieser Stelle soll demgegenüber nur kurz erwähnt werden, daß die in den letzten Jahren im Kontext dieser staatlichen Einflußnahme auf die Qualitätsentwicklung hervorgebrachten Expertenstandards und Qualitätsniveaus verschiedentlich auch Anforderungen an die strukturellen Rahmenbedingungen für Pflegeleistungen enthalten. Diesbezüglich kann exemplarisch auf den Expertenstandard zur Sturzprophylaxe verwiesen werden. Im Kontext mit der Standardaussage „Jeder Patient/Bewohner mit einem erhöhten Sturzrisiko erhält eine Sturzprophylaxe, die Stürze verhindert oder Sturzfolgen minimiert“ nennt dieser unter anderem die strukturellen Anforderungen, wonach die Pflegefachkraft über aktuelles Wissen zur Identifikation von Sturzrisikofaktoren verfügen und die Einrichtung geeignete räumliche und technische Voraussetzungen sowie Hilfsmittel für eine sichere Mobilität gewährleisten muß.²⁶⁹⁰ Ein anderes Beispiel bildet Ziel 3 des sogenannten Qualitätsniveaus II betreffend die orale Nahrungs-

2686 *Igl*, Fachliche Standards und Expertenstandards, RsDE 67 (2008), S. 40.

2687 *Bieback*, Qualitätssicherung, S. 174 f.

2688 Vgl. *Görres*, Stand der nationalen Diskussion um Qualitätssicherung, in: ders. u.a. [Hrsg.], *Strategien der Qualitätsentwicklung*, S. 203 ff.; *Kühnert*, Stand und Sicherung der Qualität der Pflege, in: *Dräther/Jakobs/Rothgang* [Hrsg.], *Fokus Pflegeversicherung*, S. 139 f.

2689 S. unten, S. 472 ff.

2690 *Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege* [Hrsg.], *Expertenstandard Sturzprophylaxe in der Pflege, Entwicklung – Konsentierung – Implementierung* (Februar 2006), S. 27 (Standards S1 und S4a).

und Flüssigkeitsversorgung, wonach jeder Bewohner die Speisen und Getränke in einer Umgebung einnehmen können soll, in der er sich wohl fühlt. Zur Unterstützung dieses Ziels gibt das Qualitätsniveau die handlungsleitende Empfehlung an den Träger, daß dieser unter anderem für gut erreichbare und leicht auffindbare Räume zum Einnehmen der Mahlzeiten zu sorgen hat. Das Qualitätsniveau weist hierbei beispielhaft auf Aspekte wie den barrierefreien Zugang zu den betreffenden Räumlichkeiten hin.²⁶⁹¹ Die staatliche Steuerung beschränkte sich hierbei lange Zeit auf die Förderung der Entwicklung derartiger Standards. Mit Einführung von § 113a SGB XI wurde die staatliche Einflußnahme nun dahingehend intensiviert, daß nunmehr verbindliche prozedurale Rahmenbedingungen für die Entwicklung und die verbindliche Geltung von Expertenstandards normiert wurden. Wie erwähnt, wird hierauf im Zusammenhang mit der Steuerung der Prozeßqualität ausführlich zurückzukommen sein.

ff. Durchsetzung

Was die Überwachung und Durchsetzung der Qualitätsstandards im Recht der Leistungserbringung anbelangt, weisen das englische und das deutsche Langzeitpflegesystem hinsichtlich der Befugnisse und Kompetenzen der für die Prüfung zuständigen staatlichen Stellen gewisse Gemeinsamkeiten auf. Andererseits unterscheiden sich die verglichenen Rechtsordnungen deutlich in Bezug auf den Umfang der gesetzlichen Normierungen der Durchsetzungsmechanismen sowie im Ausmaß, in dem die Prüfbehörden faktisch Einfluß auf die Setzung und Entwicklung von Qualitätsstandards haben.

Anders als in England existieren in Deutschland mit den §§ 114 ff. SGB XI ausführliche gesetzliche Regelungen, die sich mit der Durchführung von Qualitätsprüfungen im Rahmen des Leistungserbringungsverhältnisses sowie – aufgrund des Dualismus der Rechtsregime zur Qualitätssicherung – mit der Kooperation²⁶⁹² mit der Heimaufsicht befassen. Die Qualitätsprüfungen fallen gem. § 114 Abs. 1 S. 1 SGB XI in den Zuständigkeitsbereich der Landesverbände der Pflegekassen, die den MDK oder Sachverständige²⁶⁹³ mit der Prüfung der stationären Pflegeeinrichtungen beauftragen.

Prüfungsgegenstand dieser leistungserbringungsrechtlichen Prüfung ist gem. § 114 Abs. 2 S. 5 SGB XI die Qualität der allgemeinen Pflegeleistungen, der medizinischen Behandlungspflege, der sozialen Betreuung, der Leistungen bei Unterkunft und Verpflegung sowie der Zusatzleistungen. Grundlage der MDK-Prüfungen sind die Anforderungen des SGB XI und die auf dieser Grundlage abgeschlossenen vertraglichen Vereinbarungen, d.h. insbesondere die Bindung der Einrichtungen an den allgemein anerkannten Stand medizinisch-pflegerischer Erkenntnisse, an die Gemeinsamen Grundsätze und Maßstäbe nach § 113 SGB XI sowie an die nach § 113a SGB XI eingeführten Expertenstandards. Für den hier betrachteten Zusammenhang ist von Interesse, daß die

2691 *Bartholomeyczik* u.a., *Orale Nahrungs- und Flüssigkeitsversorgung von Menschen in Einrichtungen der Pflege und Betreuung*, S. 35.

2692 Dazu sogleich unten, S. 467 f.

2693 Von der Möglichkeit zur Bestellung von Sachverständigen wurde bislang allerdings kaum Gebrauch gemacht, vgl. *Klie*, in: *Klie/Krahmer* [Hrsg.], SGB XI, § 114 Rn. 5.

Prüfungen auch auf die unmittelbaren Rahmenbedingungen der Leistungserbringung – also auf Strukturqualitätsaspekte – erstreckt werden können (§ 114 Abs. 2 S. 4 SGB XI), obgleich gem. § 114 Abs. 2 S. 3 SGB XI der Schwerpunkt der Prüfungen auf die Ergebnisqualität gelegt werden soll.²⁶⁹⁴

Ab dem 31. Dezember 2010 haben die Landesverbände der Pflegekassen bei jeder Einrichtung mindestens einmal jährlich eine Regelprüfung zu veranlassen, die ab 2011 regelmäßig im Abstand von höchstens einem Jahr durchzuführen sind. Neben den Regelprüfungen sind bei Anhaltspunkten für Qualitätsmängel gegebenenfalls Anlaßprüfungen und zur Überprüfung, ob festgestellte Mängel behoben wurden, Wiederholungsprüfungen durchzuführen, § 114 Abs. 5 SGB XI. Die Prüfungen werden vorher grundsätzlich nicht angemeldet, § 114a Abs. 1 S. 2 SGB XI. Die zur Ausübung der Prüftätigkeit erforderlichen Befugnisse – wie etwa Betretungs- und Besichtigungsrechte – werden dem MDK durch § 114a SGB XI eingeräumt, so daß die Medizinischen Dienste bei ihrer Prüftätigkeit nicht auf vertraglich vereinbarte Prüfkompetenzen angewiesen sind. Dies stellt eine Parallele zu s. 26(5) NAA 1948 dar, die eine der wenigen ausdrücklichen, das Leistungserbringungsverhältnis betreffenden Normierungen im englischen Recht der stationären Langzeitpflege darstellt.

Um ein einheitliches Vorgehen der verschiedenen Medizinischen Dienste bei den Qualitätsprüfungen zu erreichen und um sicherzustellen, daß diese die entsprechenden Erkenntnisse der Pflegewissenschaften berücksichtigen, erläßt der Spitzenverband Bund der Pflegekassen (bzw. für diesen der Spitzenverband Bund der Krankenkassen, § 53 SGB XI) gem. § 114a Abs. 7 SGB XI Richtlinien über die Prüfung der in Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität. Die aktuellen Qualitätsprüfungsrichtlinien,²⁶⁹⁵ die insbesondere das Prüfverfahren regeln, enthalten in Anlage 2 einen Erhebungsbogen, der aus Fragen zu einzelnen, in Struktur-, Prozeß- und Ergebnisqualität gegliederten Prüfmaßstäben besteht. Diese Prüfmaßstäbe sind als Mindestanforderungen für die Prüfung der in den Einrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität zu verstehen. Gerade bei den Fragen zur Strukturqualität verweisen die Prüfmaßstäbe nicht nur auf anderweitig geregelte Anforderungen bzw. den allgemein anerkannten Stand der pflegewissenschaftlichen Erkenntnisse und die hierzu bestehenden Konkretisierungen, wie etwa die Expertenstandards des DNQP. Der Erhebungsbogen trifft vielmehr auch eigene inhaltliche Aussagen (etwa zu den konzeptionellen Grundlagen der Pflege, im Zusammenhang mit der Verpflegung oder hinsichtlich der Gestaltung der Wohnräume). Zusammen mit dem Umstand, daß sich die Medizinischen Dienste in vielen Bundesländern zu Institutionen entwickelt haben, die kraft ihrer fachlichen Expertise eine besondere Autorität bei der Anwendung von Qualitätsanforderungen gewonnen haben, führt dies dazu, daß der MDK – im deutlichen Unterschied zu den englischen Kommunen – faktisch ein weiterer Akteur wurde, der Qualitätsanforderungen entwi-

2694 Hierzu unten, S. 490 f.

2695 Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes über die Prüfung der in Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität nach § 114 SGB XI vom 11. Juni 2009 in der Fassung vom 30. Juni 2009, genehmigt mit Schreiben des Bundesministeriums für Gesundheit vom 30. Juni 2009.

ckelt.²⁶⁹⁶ Während in England die Entwicklung der Qualitätsvorgaben in Gestalt der CHRegs 2001 und der NMS durch den Secretary of State institutionell von der CQC getrennt ist, ist in Deutschland ein bedeutender Teil der Qualitätsentwicklung bei den Medizinischen Diensten – und, wie oben gezeigt, bei den Heimaufsichtsbehörden – der Länder angesiedelt. Der Umstand, daß damit Qualitätsprüfung und Qualitätsentwicklung in denselben Institutionen verortet sind, wird mitunter für das beklagte Defizit in der Herausbildung neutraler, wissenschaftsbasierter Qualitätsimpulse verantwortlich gemacht.²⁶⁹⁷

Bezüglich der Durchsetzungs- und Sanktionsmöglichkeiten bei festgestellten Qualitätsmängeln ist auch im Pflegeversicherungsrecht der – gesetzlich in § 112 Abs. 3 SGB IX verankerte – Beratungsansatz vorrangig. Genügt die Beratung nicht zur Mängelbeseitigung, stehen den Landesverbänden der Pflegekassen weitere Befugnisse zu, die größtenteils den ordnungsrechtlichen Instrumentarien der Heimaufsichtsbehörden und der englischen CQC ähneln. § 115 Abs. 2 S. 1 SGB XI etwa spricht von Maßnahmen zur Beseitigung von Mängeln, über die ein Bescheid erteilt wird. Dem Charakter des Leistungserbringungsrechts entsprechend stehen bei nicht rechtzeitiger Mängelbeseitigung allerdings zusätzlich vertragliche Maßnahmen, wie etwa die Möglichkeit zur Kündigung des Versorgungsvertrags (§ 115 Abs. 2 S. 2 SGB XI) oder zur Kürzung der Pflegevergütung (§ 115 Abs. 3 SGB XI), zur Verfügung. Obgleich in England kein ausführliches, gesetzlich geregeltes Leistungserbringungsrecht besteht, können diese Rechte auch dort zwischen den Kommunen und den Heimbetreibern vertraglich festgelegt werden.²⁶⁹⁸

gg. Schnittstellen zwischen dem heimaufsichtsrechtlichen und dem Vertragsregime

Anders als in England, wo die Qualitätsüberwachung durch die Kommunen als Leistungsträger eine im Vergleich zur CQC lediglich untergeordnete Rolle spielt, besteht in Deutschland mit der Prüftätigkeit des MDK und der Heimaufsichtsbehörden eine Doppelzuständigkeit zweier Akteure, die beide intensiv von ihren Prüfkompetenzen Gebrauch machen. Dementsprechend enthält die deutsche Rechtsordnung – anders als die englische – in den Heimgesetzen (vgl. etwa § 20 HeimG) und dem Pflegeversicherungsrecht (§ 117 SGB XI) zur Förderung der Zusammenarbeit ausdrückliche Koordinie-

2696 Vgl. *Kühnert*, Stand und Sicherung der Qualität der Pflege, in: Dräther/Jakobs/Rothgang [Hrsg.], Fokus Pflegeversicherung, S. 128 f.; so auch *Igl*, Qualitätsanforderungen in der Langzeitpflege, SGB 2007, S. 384 f., der vor allem kritisiert, daß dem MDK diese Aufgabe jedenfalls durch § 53a SGB XI gesetzlich nicht zugeschrieben ist. Ob sich hieran durch § 114a Abs. 7 SGB XI, der die Richtlinien nicht mehr explizit auf das Prüfungsverfahren beschränkt, etwas ändert, ist angesichts der nunmehr in § 113a SGB XI explizit den Vertragsparteien nach § 113 SGB XI zugewiesenen Verantwortlichkeit für die Qualitätsentwicklung fraglich.

2697 So etwa *Kühnert*, Stand und Sicherung der Qualität der Pflege, in: Dräther/Jakobs/Rothgang [Hrsg.], Fokus Pflegeversicherung, S. 134, 139 f.

2698 Siehe oben, S. 260.

rungspflichten,²⁶⁹⁹ die die jeweiligen Kompetenzen aber nicht einschränken (vgl. § 117 Abs. 2 SGB XI).²⁷⁰⁰

Eine weitere Schnittstelle zwischen beiden Prüfregimen existiert mit Blick auf die Prüfintervalle. Der Abstand zwischen zwei heimrechtlichen Regelprüfungen von grundsätzlich einem Jahr²⁷⁰¹ kann gem. § 15 Abs. 4 HeimG, Art. 11 Abs. 4 S. 2 PflWoqG vergrößert werden, soweit das Heim zwischenzeitlich durch den MDK geprüft wurde oder soweit der Heimaufsicht durch Nachweise von unabhängigen Sachverständigen Erkenntnisse darüber vorliegen, daß die Anforderungen an den Betrieb eines Heimes erfüllt werden. Hinsichtlich einer möglichen inhaltlichen Koordinierung der Prüftätigkeit des MDK und der Heimaufsicht bestehen bislang allerdings noch erhebliche Differenzen zwischen den Akteuren.²⁷⁰²

3. Strukturqualitätssteuerung im Leistungserbringungsrecht des SGB XII

Auch das Sozialhilferecht enthält in den §§ 75 f. SGB XII einen Rahmen für Qualitätsanforderungen, die von den in den Ländern jeweils für die Sozialhilfe zuständigen Behörden und den von diesen beauftragten Stellen überwacht und durchgesetzt werden. Die wesentlichen Steuerungsmechanismen sind – ähnlich wie im SGB XI – vertraglicher Art und bestehen in Leistungsvereinbarungen (§§ 75 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 76 Abs. 1 SGB XII), Vergütungsvereinbarungen (§§ 75 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 i.V.m. § 76 Abs. 2 SGB XII) und Prüfungsvereinbarungen (§ 75 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 i.V.m. § 76 Abs. 3 SGB XII), die auch den Abschluß von Qualitätsvereinbarungen vorsehen (vgl. § 76 Abs. 3 S. 1 SGB XII). Für die Inhalte der jeweiligen Verträge bestehen im Gegensatz zur englischen Rechtsordnung bestimmte gesetzliche Vorgaben, wenngleich nicht im gleichen Umfang wie im Leistungserbringungsrecht des SGB XI. Trotz dieser Elemente haben sich auf dem Gebiet der Qualitätssicherung im Sozialhilferecht aber keine wesentlichen Fortschritte ergeben, was allerdings insoweit unproblematisch ist, als die betreffenden stationären Einrichtungen regelmäßig auch Leistungsempfänger der Pflegeversicherung aufgenommen haben und deshalb die Pflegesätze und mit ihnen die Qualitätssicherungselemente des SGB XI in diesen Einrichtungen einheitlich anzuwenden sind (vgl. §

2699 Zur Zusammenarbeit zwischen Heimaufsicht und MDK etwa *Crößmann*, Verbraucherschutz im Heim, RdDE 49 (2001), S. 106 ff.

2700 Zur Beseitigung der lange Zeit bestehenden datenschutzrechtlichen Hindernisse wurden Sonderregelungen in § 20 Abs. 2 und 3 HeimG aufgenommen, die es den beteiligten Behörden erlauben, die für die Zusammenarbeit erforderlichen Angaben und Erkenntnisse auszutauschen. Kritisch hierzu und für eine restriktive Auslegung der in § 20 Abs. 1 S. 2 HeimG genannten Pflicht zur gegenseitigen Information *Krahmer*, in: *Krahmer/Richter* [Hrsg.], LPK HeimG, § 20 Rn. 2, 7, 9 ff.; ähnliche Regelungen für die Übermittlung von Daten sind bezüglich der Zusammenarbeit des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung und der Pflegekassen mit den Heimaufsichtsbehörden in §§ 117 Abs. 3 und 4 SGB XI geregelt.

2701 S. oben, S. 448.

2702 Vgl. nur etwa unten S. 488 f. einerseits und S. 490 f. andererseits.

84 Abs. 3 SGB XI).²⁷⁰³ Vor diesem Hintergrund bestimmt auch § 61 Abs. 6 SGB XII die entsprechende Geltung der Verträge und Vereinbarungen nach §§ 75, 113 SGB XI. Von einer ausführlicheren Darstellung des Leistungserbringungsrechts des SGB XII wird an dieser Stelle daher abgesehen.

4. Zusammenfassung

Ingesamt betrachtet weist die staatliche Steuerung der Strukturqualität in Deutschland und England zunächst gerade in den jeweiligen heimaufsichtsrechtlichen Regimen deutliche Parallelen auf. Diese betreffen sowohl die Regelungstechniken zur Anordnung der Strukturstandards als auch die zur Durchsetzung der Anforderung eingesetzten Instrumente. Hierbei kommen vornehmlich traditionelle hoheitlich-imperative Steuerungsmechanismen zum Einsatz, die durch persuasive und zum Teil auch selbstregulative Elemente ergänzt werden.

Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Rechtsordnungen liegt demgegenüber in der Bedeutung des Vertragsregimes zwischen Leistungsträger- und Leistungserbringenseite. Während das Leistungserbringungsrecht in England für die Qualitätssicherung eine lediglich untergeordnete Rolle spielt, stellen die in ihm enthaltenen kooperativen Steuerungsmechanismen in Deutschland ein gleichrangig neben dem Ordnungsrecht stehendes Regelungsgefüge dar, für das insbesondere im SGB XI ein ausführlicher gesetzlicher Rahmen existiert. Daß die Qualitätsverpflichtung andererseits nicht allein im Leistungserbringungsrecht des SGB XI und XII verankert ist, sondern auch in den Heimgesetzen einer umfangreichen Normierung unterliegt, hat Bedeutung vor allem im Hinblick auf Selbstzahler, die ihre stationäre Pflege nicht als staatliche Sozialleistung nach dem SGB XI oder dem SGB XII beziehen.

Betrachtet man sowohl das aufsichtliche als auch das leistungsvertragliche Regime, so fällt auf, daß die gesetzlichen Qualitätsvorgaben in Deutschland bislang sehr viel expliziter an den allgemein anerkannten Stand der fachlich-pflegerischen Erkenntnisse anknüpfen als in England. Entsprechend wird das weitgehende Fehlen entsprechender fachlicher Standards hierzulande auch vehementer moniert. Die staatlicherseits ergriffenen Maßnahmen, um diesem Defizit entgegenzuwirken, werden sogleich im Rahmen der prozeßbezogenen Pflegequalitätssteuerung beschrieben. Unter der Geltung des HSCA 2008 könnten Fachstandards zukünftig allerdings auch in England eine größere Bedeutung in der heimaufsichtlichen Qualitätssteuerung erlangen und stärker in den Fokus der Qualitätsdiskussion rücken.

²⁷⁰³ *Igl*, Qualitätsanforderungen in der Langzeitpflege SGB 2007, S. 382; so im Ergebnis auch *Bieback*, Qualitätssicherung, S. 62 f.

II. Prozeßbezogene Steuerung der Pflegequalität

Wie bereits bei der staatlichen Einflußnahme auf die Strukturqualität deutlich wurde, nimmt die deutsche Rechtsordnung bislang sehr viel ausdrücklicher als die englische Bezug auf den allgemein anerkannten Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse. Als Grundanforderung jeglicher pflegerischer Leistungen gilt dieser Qualitätsmaßstab gleichermaßen auch für die Pflegeprozesse, auf die der Staat mit verschiedenen Instrumentarien Einfluß nimmt. Deren Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu den in England angewandten Mechanismen sollen im Folgenden dargestellt werden.

1. Steuerung von Pflegeprozessen mittels des Heimaufsichtsrechts

Die Bezugnahme des Heimaufsichtsrechts auf die wissenschaftlich-fachlichen Erkenntnisse betonen schon die in § 2 Abs. 1 Nr. 5 HeimG bzw. Art. 1 Abs. 1 Nr. 3 PflWoqG genannten Gesetzeszwecke. Zudem verlangen §§ 3 Abs. 1 und 11 Abs. 1 Nr. 3 HeimG sowie Art. 3 Abs. 2 Nr. 4 PflWoqG, daß Heime so betrieben werden, daß eine angemessene Qualität der Betreuung einschließlich der Pflege nach dem allgemein anerkannten Stand medizinisch-pflegerischer Erkenntnisse gewährleistet ist. Anders als bei den strukturellen Rahmenbedingungen sehen die genannten Gesetze für pflegeprozedurale Aspekte allerdings keine Konkretisierung dieses Qualitätsmaßstabs durch Rechtsverordnungen vor.

Ähnlich wie die CHRegs 2001²⁷⁰⁴ gehen auch die Heimgesetze nur sehr punktuell auf einzelne Aspekte des Pflegeprozesses ein, beispielsweise indem sie generell eine bewohnerbezogene Pflegeplanung und -dokumentation oder einen bestimmten Umgang mit Arzneimitteln vorschreiben (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 7, 10 HeimG; Art. 3 Abs. 2 Nr. 8, 11 PflWoqG). Ein weiteres Beispiel bildet Art. 3 Abs. 2 Nr. 12 PflWoqG, der den Einrichtungen zur Umsetzung der Qualitätsanforderungen allgemein die Anwendung eines Fachkonzepts vorschreibt.

Aufgrund des weitgehenden Fehlens spezifischer gesetzlicher Vorgaben kommt der Prüftätigkeit der Heimaufsichtsbehörden daher grundsätzlich auch bei den Pflegeprozessen faktisch eine bedeutsame Rolle bei der Setzung von Qualitätsstandards zu. Angesichts der komplexen Natur von Prozeßstandards ist diese aber weniger deutlich ausgeprägt als bei der Entwicklung von Anforderungen an die Strukturqualität. So enthält etwa der Prüflleitfaden der FQA nur an wenigen Stellen detaillierte Aussagen zu Pflegeprozessen. Als Beispiele lassen sich etwa Prüfkriterien hinsichtlich der Pflegeplanung und -dokumentation, des Umgangs mit Medikamenten oder bezüglich freiheitseinschränkender Maßnahmen nennen.²⁷⁰⁵ Was einzelne pflegerische Interventionen angeht, fragt der Prüflleitfaden regelmäßig lediglich in abstrakter Weise danach, welche Maßnahmen hinsichtlich bestimmter Pflegeziele ergriffen werden, ob diese „adäquat“

2704 Vgl. oben, S. 301 ff. c

2705 *Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen*, Prüflleitfaden für Einrichtungen der Pflege und Behindertenhilfe in Bayern, S. 75 f., 95 ff., 101 ff.

sind bzw. ob Konzepte, Leitlinien oder Standards angewandt werden, deren Inhalt dem aktuellen fachwissenschaftlichen Stand entspricht.²⁷⁰⁶ Dieser Stand wird im Prüflleitfaden selbst nicht in umfassender, systematischer Weise konkretisiert. Statt dessen finden sich häufig Verweise auf extern entwickelte Expertenstandards,²⁷⁰⁷ auf die weiter unten noch zurückzukommen sein wird.

Ähnlich wie in England sind dem heimaufsichtlichen Instrumentarium somit nur vereinzelt konkrete Anforderungen an den Pflegeprozeß zu entnehmen. Wie die genannten Beispiele zeigen, beschränken sich die Vorgaben in aller Regel auf die generelle Anordnung bestimmter Elemente des Pflegeprozesses (etwa Planung und Dokumentation) und verwenden oftmals unbestimmte Rechtsbegriffe wie „angemessen“ oder „adäquat“.

2. *Einflußnahme auf die Prozeßqualität mittels des Leistungserbringungsrechts*

Die Diskussion um die Qualitätsentwicklung in der Pflege hat gezeigt, daß die Praxis gerade hinsichtlich der Pflegeprozesse einer verlässlichen Grundlage der qualitätsgesicherten Pflege in Gestalt einer Konkretisierung dieses abstrakten Qualitätsniveaus des allgemein anerkannten Standes der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse bedarf. Eine gewisse Spezifizierung erfährt dieser Qualitätsmaßstab durch verschiedene Instrumente des Leistungserbringungsrechts insbesondere des SGB XI, das – anders als in England – zahlreiche Mechanismen auch zur Steuerung der Prozeßqualität enthält.

a. Anforderungen im Vertragsregime des SGB XI

Hierfür steht zunächst grundsätzlich das oben im Zusammenhang mit der Einflußnahme auf die Strukturqualität bereits vorgestellte Instrumentarium zur Verfügung. Eine gewisse Konkretisierung der Prozeßqualitätsanforderungen haben die Leistungserbringer- und träger insbesondere in den bereits erwähnten, kooperativ entwickelten Vereinbarungen nach § 113 SGB XI getroffen. Anders als noch § 80 SGB XI a.F. bestimmt § 113 Abs. 1 S. 4 Nr. 1 SGB XI nun ausdrücklich, daß die Vereinbarungen auch Anforderungen an eine praxistaugliche Pflegedokumentation zu regeln haben. Bereits die Grundsätze und Maßstäbe zur Qualität und Qualitätssicherung in der stationären Pflege nach § 80 SGB XI a.F. enthalten mitunter Anforderungen an die Pflegekonzeption der Einrichtungen, die individuelle Pflegeplanung und die Pflegedokumentation.²⁷⁰⁸ Durch die Festlegung von Vorbehaltsbereichen²⁷⁰⁹ wird zudem sichergestellt, daß wesentliche Aspekte der Prozeßqualität fachlich verantwortet werden.²⁷¹⁰ Auf einzelne pflegerische

2706 So etwa *Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen*, Prüflleitfaden für Einrichtungen der Pflege und Behindertenhilfe in Bayern, S. 74, 104 bezüglich der Kontinenz-erhaltung und Förderung bzw. der Anwendung freiheitsentziehender Maßnahmen.

2707 Siehe etwa *Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen*, Prüflleitfaden für Einrichtungen der Pflege und Behindertenhilfe in Bayern, S. 72, 97, 104, 108.

2708 Ziffer 3.2.2 der Grundsätze und Maßstäbe vom 7. März 1996 (s. oben, Fn. 2682).

2709 Dazu oben, S. 458.

2710 *Bieback*, Qualitätssicherung, S. 80.

Interventionen gehen allerdings auch die Grundsätze und Maßstäbe nach § 80 SGB XI a.F. nicht ein.

b. Einflußnahme auf die Pflegequalität durch Expertenstandards

Weiter oben wurde bereits erwähnt, daß die Entwicklung von Pflegestandards, die den in § 11 SGB XI in Bezug genommenen allgemein anerkannten Stand medizinisch-pflegerischer Erkenntnisse bilden, primär den einschlägigen Berufen und den Wissenschaften obliegt. Dies bedeutet aber nicht, daß der Staat auf dem Gebiet der Qualitätsentwicklung untätig bleiben müßte. Weil bislang in weiten Bereichen der Pflege allgemein verbreitete und gesicherte medizinisch-pflegerische Erkenntnisse fehlen,²⁷¹¹ versuchen staatliche Akteure auch in Deutschland, fördernd auf die Entwicklung von Qualitätsanforderungen einzuwirken. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, unterscheiden sich die zu diesem Zweck eingesetzten Instrumentarien zum Teil allerdings erheblich von den hierzu in England – insbesondere mit der Gründung des SCIE als „knowledge manager“ – verfolgten Ansätzen.

aa. Finanzielle Förderung der Qualitätsentwicklung

Ein wesentlicher Bestandteil der staatlichen Einflußnahme auf die Qualitätsentwicklung bestand bislang in der finanziellen Förderung sogenannter „Expertenstandards“. Bei diesen handelt es sich um Instrumente, mit deren Hilfe die Qualität von Pflegeleistungen definiert, eingeführt und bewertet werden kann. Sie bilden das Ergebnis eines fachlich organisierten und konsensorientierten Diskussionsprozesses und dienen der Konkretisierung des allgemein anerkannten Standes der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse, indem sie für ihren jeweiligen Themenbereich berufliche Aufgaben und Verantwortungen definieren und anwendungsorientiert darstellen, Innovationen in Gang setzen, eine evidenzbasierte Berufspraxis fördern und die Grundlage für einen Dialog über Qualitätsfragen mit anderen Gesundheitsberufen bilden.²⁷¹² Expertenstandards sollen eine einheitliche, wissenschaftlich fundierte und fachlich abgestimmte Basis der Qualität in der Pflege schaffen, um dem Umstand zu begegnen, daß in der Praxis seitens der Einrichtungsträger sowie der sozial- und heimrechtlichen Aufsichtsbehörden bislang unterschiedliche Maßstäbe als Grundlage für die Qualitätsentwicklungs- und Qualitätssicherungsbemühungen herangezogen werden.²⁷¹³ Anders als Pflegestandards²⁷¹⁴ zeichnen sich Expertenstandards durch ihre einrichtungsübergreifende Fachlichkeit

2711 *Igl*, Standards und Expertenstandards für die Pflege, RsDE 67 (2008), S. 41; *ders.*, Qualitätsanforderungen in der Langzeitpflege, SGB 2007, S. 388; *Ollenschläger*, Institutionalisierung, S. 61 ff.

2712 *Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege* [Hrsg.], Methodisches Vorgehen zur Entwicklung und Einführung von Expertenstandards in der Pflege, S. 2 f.; BT-Drs. 16/7439, S. 83; *Igl*, RsDE 67 (2008), S. 43; *Klie*, in: *Klie/Krahmer* [Hrsg.], SGB XI, § 113a Rn. 2, 5; *Igl*, Standards und Expertenstandards für die Pflege, RsDE 67 (2008), S. 43.

2713 BT-Drs. 16/7439, S. 83; *Igl*, RsDE 67 (2008), S. 43. *Klie*, in: *Klie/Krahmer* [Hrsg.], SGB XI, § 113a Rn. 5.

2714 Siehe hierzu oben, S. 130 f.

aus.²⁷¹⁵ Sie bilden keine unmittelbar anwendbaren Qualitätsmaßstäbe, sondern sind – unter Beachtung des vorgegebenen Qualitätsniveaus – erst an die spezifischen Bedingungen in der jeweiligen Pflegeeinrichtung und deren Zielgruppe anzupassen.

Expertenstandards wurden bislang insbesondere unter der Regie des Deutschen Netzwerks für Qualitätsentwicklung in der Pflege (DNQP) erarbeitet. Das DNQP ist ein bundesweiter privater Zusammenschluß von Pflegefachleuten, die sich aus wissenschaftlicher oder praktischer Sicht mit dem Thema der Qualitätssicherung in der Pflege beschäftigen. Die inhaltliche Steuerung des DNQP obliegt einem Lenkungsausschuß, dessen Mitglieder aus unterschiedlichen Aufgabenfeldern der Pflegewissenschaft, des Pflegemanagements sowie der Pflegelehre und -praxis kommen.²⁷¹⁶ Zur Finanzierung der Entwicklung, Konsentierung, Implementierung und Aktualisierung der Expertenstandards wurden Fördermittel des BMG zur Verfügung gestellt, die zu den insbesondere aus dem Verkauf²⁷¹⁷ der Standards erzielten Eigeneinnahmen des DNQP hinzutreten.²⁷¹⁸ Der Staat griff damit in diesem Bereich der Pflegeprozesse bislang im Wesentlichen auf eine Steuerung mittels ökonomischer Anreize zurück, um so den im privaten Sektor vorhandenen Sachverstand zu Steuerungszwecken nutzbar zu machen.

Die Standards des DNQP richten sich als monodisziplinäre Qualitätsanforderungen an Pflegeeinrichtungen und -fachkräfte.²⁷¹⁹ Sie werden in einem sechsstufigen Prozeß von themenspezifischen Projektgruppen unter Koordinierung eines wissenschaftlichen Teams erarbeitet, modellhaft implementiert, in Konsensus-Konferenzen, Netzwerk-Workshops und DNQP-Veröffentlichungen diskutiert, konsentiert, verbreitet und bei Bedarf aktualisiert.²⁷²⁰ Anders als das SCIE, das „*user knowledge*“ ausdrücklich als relevante Wissensquelle bezeichnet und für dieses eine angepaßte Gütegradbewertung vornimmt,²⁷²¹ erwähnt das DNQP in seiner Methodik im Zusammenhang mit der Literaturanalyse Erfahrungsberichte oder sonstiges Wissen der Pflegebedürftigen nicht explizit, sondern scheint primär auf wissenschaftliches und praktisches Wissen mit hohen Evidenzgraden zurückzugreifen. Allerdings wird betont, daß die Expertenarbeitsgruppen bei der Ermittlung der besten verfügbaren wissenschaftlichen und praktischen Evi-

2715 Igl, Standards und Expertenstandards für die Pflege, RsDE 67 (2008), S. 43.

2716 <<http://www.dnqp.de>>.

2717 Die Expertenstandards werden vom DNQP zu einem Preis von jeweils ca. 20 € verkauft, was angesichts der zu ihrer Finanzierung eingesetzten Steuermittel sowie im Hinblick auf die Verbreitung der Standards durchaus kritisiert werden kann. Andererseits sollte nicht übersehen werden, daß bei einer kostenlosen Abgabe von Expertenstandards, deren Entwicklung bislang ca. 150.000 € pro Standard kostete (vgl. Klie, in Klie/Kramer [Hrsg.], SGB XI, § 113a Rn. 8), deren fachlich unabhängige Entwicklung in Gefahr geraten könnte. Für die Zukunft ist allerdings eine Finanzierung durch den Spitzenverband Bund der Pflegekassen und die privaten Pflegeversicherungsunternehmen vorgesehen (s. dazu sogleich unten, S. 480), so daß diese Rechtfertigung entfallen dürfte.

2718 Dazu *Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege* [Hrsg.], Methodisches Vorgehen zur Entwicklung und Einführung von Expertenstandards in der Pflege, S. 3 f.

2719 Siehe etwa *Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege* [Hrsg.], Expertenstandard Sturzprophylaxe in der Pflege, S. 13.

2720 Näher hierzu *Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege* [Hrsg.], Methodisches Vorgehen zur Entwicklung und Einführung von Expertenstandards in der Pflege, S. 4 ff.

2721 Siehe oben, S. 306.

denz eigenständige Bewertungen vornehmen und Aussagen der Literatur relativieren können.²⁷²² Ferner können auch Themenvorschläge für Expertenstandards von Selbsthilfegruppen kommen, denn in den Projektgruppen ist jeweils auch ein Vertreter eines Patienten- und/oder Verbraucherschutzverbands Mitglied, und auch zu den Konsensus-Konferenzen werden stets entsprechende Vertreter geladen.²⁷²³ Somit kann auch in Deutschland bei der Entwicklung der DNQP-Standards die Perspektive der Pflegebedürftigen Berücksichtigung finden.

Bislang wurden sieben Expertenstandards zu den Themengebieten „Dekubitusprophylaxe“²⁷²⁴, „Entlassungsmanagement“²⁷²⁵, „Schmerzmanagement bei akuten oder tumorbedingten chronischen Schmerzen“²⁷²⁶, „Sturzprophylaxe“²⁷²⁷, „Förderung der Harnkontinenz“²⁷²⁸, „Pflege von Menschen mit chronischen Wunden“²⁷²⁹ sowie „Ernährungsmanagement zur Sicherstellung und Förderung der oralen Ernährung in der Pflege“²⁷³⁰ entwickelt, weitere Expertenstandards – etwa zu „Schmerzmanagement bei chronischen, nicht malignen Schmerzen“ – sind in Bearbeitung.

Die Standards sind in die Qualitätsdimensionen Strukturen, Prozesse und Ergebnisse unterteilt und treffen für jede dieser drei Dimensionen Standardaussagen zu fünf bis sieben verschiedenen Qualitätsaspekten.²⁷³¹ Bezüglich der Prozeßqualität verlangt beispielsweise der Expertenstandard zur Dekubitusprophylaxe in der Pflege, daß die Pflegefachkraft unter anderem „auf der Basis eines individuellen Bewegungsplanes sofortige Druckentlastung durch die regelmäßige Bewegung des Patienten/Betroffenen, z.B. 30° Lagerung, Mikrobewegung, reibungs- und schwerkräftearmer Transfer [gewährleistet] und [...] soweit als möglich die Eigenbewegung des Patienten/Betroffenen“ fördert

2722 *Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege* [Hrsg.], Methodisches Vorgehen zur Entwicklung und Einführung von Expertenstandards in der Pflege, S. 6 f.

2723 *Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege* [Hrsg.], Methodisches Vorgehen zur Entwicklung und Einführung von Expertenstandards in der Pflege, S. 4 f., 9.

2724 *Deutsches Netzwerk für Qualitätssicherung in der Pflege* [Hrsg.], Expertenstandard Dekubitusprophylaxe in der Pflege, Entwicklung – Konsentierung – Implementierung (Februar 2004), 2. Auflage mit aktualisierter Literaturstudie (1999-2002).

2725 *Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege* [Hrsg.], Expertenstandard Entlassungsmanagement in der Pflege - 1. Aktualisierung (Juli 2009).

2726 *Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege* [Hrsg.], Expertenstandard Schmerzmanagement in der Pflege bei akuten oder tumorbedingten chronischen Schmerzen, Entwicklung - Konsentierung- Implementierung (Mai 2005).

2727 *Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege* [Hrsg.], Expertenstandard Sturzprophylaxe in der Pflege, Entwicklung – Konsentierung - Implementierung (Februar 2006).

2728 *Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege* [Hrsg.], Expertenstandard Förderung der Harnkontinenz in der Pflege, Entwicklung - Konsentierung - Implementierung (April 2007).

2729 *Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege* [Hrsg.], Expertenstandard Pflege von Menschen mit chronischen Wunden, Entwicklung - Konsentierung - Implementierung (Juni 2009).

2730 *Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege* [Hrsg.], Expertenstandard Ernährungsmanagement zur Sicherstellung und Förderung der oralen Ernährung in der Pflege (März 2009).

2731 Für einen Überblick vgl. etwa *Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege* [Hrsg.], Expertenstandard Sturzprophylaxe in der Pflege, S. 15.

und „den Hautzustand des gefährdeten Patienten/Betroffenen in individuell zu bestimmenden Zeitabständen“ begutachtet.²⁷³²

Neben der finanziellen Unterstützung des DNQP förderte das BMFSFJ seit 2002 auch das Modellvorhaben „Qualitätsentwicklung in der Pflege und Betreuung“ der Bundeskonferenz zur Qualitätssicherung im Gesundheits- und Pflegewesen e.V. (BUKO-QS).²⁷³³ Die BUKO-QS ist ein eingetragener gemeinnütziger Verein mit Mitgliedern aus Wissenschaft, Management, Bildung und Verwaltung aus unterschiedlichen Berufsfeldern im Gesundheits- und Sozialwesen, die sich aktiv für die Qualitätsentwicklung in der Pflege und Betreuung einsetzen.²⁷³⁴ Sie tritt bei der Standardentwicklung lediglich als Träger auf und unterscheidet sich darin vom DNQP, das die Standards selbst erarbeitet.²⁷³⁵

Die Qualitätsniveaus der BUKO-QS werden als systematisch entwickelte, multidisziplinäre und evidenzbasierte Sets überprüfbarer Festlegungen zu strategisch relevanten Themen in der Langzeitpflege definiert.²⁷³⁶ Sie haben zum Ziel, berufsgruppen- und disziplinenübergreifende Wissensbestände für die Praxis zu national bedeutsamen Themen der Pflege und Betreuung zu bündeln. Sie werden daher multidisziplinär, also unter Einbeziehung der Expertise aus weiteren pflegerelevanten Gebieten wie etwa medizinischen oder therapeutischen Fachrichtungen, der Ernährungswissenschaft oder der Hauswirtschaft, entwickelt. Bislang wurden das „Qualitätsniveau I: Mobilität und Sicherheit für Menschen mit demenziellen Einschränkungen in stationären Einrichtungen“²⁷³⁷ und das „Qualitätsniveau II: Orale Nahrungs- und Flüssigkeitsversorgung von Menschen in Einrichtungen der Pflege und Betreuung“²⁷³⁸ veröffentlicht, „Qualitätsniveau III: Aspekte persönlicher Lebensführung und Teilhabe für Menschen mit Pflege- und Betreuungsbedarf“ ist noch in Bearbeitung.²⁷³⁹ Jedes Qualitätsniveau formuliert zu einer Kernaussage zwischen fünf und sieben Zielen. Zu diesen Zielen werden handlungsleitende Empfehlungen gegeben, die sich prinzipiell an alle an der Versorgung beteiligten Personen richten. Obgleich die Qualitätsniveaus der BUKO-QS – anders als die Expertenstandards – nicht strikt nach Struktur-, Prozeß- und Ergebnisqualität unterscheiden, lassen sich auch aus ihnen Anforderungen ableiten, die inhaltlich der Prozeß-

2732 *Deutsches Netzwerk für Qualitätssicherung in der Pflege* [Hrsg.], Expertenstandard Dekubitusprophylaxe in der Pflege, 3.4, Aussagen P2 und P7.

2733 *Bartholomeyczik* u.a., Orale Nahrungs- und Flüssigkeitsversorgung von Menschen in Einrichtungen der Pflege und Betreuung, S. 5.

2734 Siehe <<http://www.buko-qs.de>>.

2735 *Igl*, Standards und Expertenstandards für die Pflege, RsDE 67 (2008), S. 42.

2736 Vgl. *Schäufele* u.a., Mobilität und Sicherheit für Menschen mit demenziellen Einschränkungen in stationären Einrichtungen, S. 7. Ausführlich zu den Qualitätsniveaus s. *Kühnert*, Stand und Entwicklung der Qualität in der Pflege, in: *Dräther/Jacobs/Rothgang* [Hrsg.], Fokus Pflegeversicherung, S. 143 ff.

2737 *Schäufele* u.a., Mobilität und Sicherheit für Menschen mit demenziellen Einschränkungen in stationären Einrichtungen, herausgegeben von der BUKO-QS.

2738 *Bartholomeyczik* u.a., Orale Nahrungs- und Flüssigkeitsversorgung von Menschen in Einrichtungen der Pflege und Betreuung, herausgegeben von der BUKO-QS.

2739 Zum Stand der Entwicklung s. <http://www.buko-qs.de/cms/front_content.php?idcat=48>.

qualität zuzuordnen sind. Beispielsweise enthält das Qualitätsniveau II zur oralen Nahrungs- und Flüssigkeitsversorgung die handlungsleitende Empfehlung, wichtige Aspekte der Ernährungssituation (insbesondere Nahrungs- oder Flüssigkeitsmangel) systematisch zu erfassen und zu dokumentieren, um Risiken für eine unzureichende Aufnahme von Speisen und Getränken erkennen zu können. Werden Risiken erkannt, soll die angemessene Nahrungs- und Flüssigkeitsaufnahme überprüft werden.²⁷⁴⁰

bb. Sicherstellungsauftrag der gemeinsamen Selbstverwaltung für die Entwicklung und Aktualisierung von Expertenstandards

Nachdem sich die staatliche Einflußnahme auf die Qualitätsentwicklung lange Zeit primär auf die finanzielle Förderung der Standardentwicklung konzentriert hatte, wurde sie mit dem Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung auf eine neue, andersgeartete Grundlage gestellt: die Qualitätsentwicklung ist nunmehr im SGB XI verankert und ausdrücklich den Selbstverwaltungsinstitutionen der Pflegeversicherung überantwortet, denen bislang im Wesentlichen die Sicherstellung der vorhandenen Qualitätsanforderungen, nicht aber auch deren Entwicklung oblag.²⁷⁴¹

Nach dem neu eingeführten § 113a Abs. 1 S. 1 SGB XI sind die Vertragsparteien des § 113 SGB XI, zu denen der Spitzenverband Bund der Pflegekassen, die Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe, die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und die Vereinigung der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene zählen, verpflichtet, die Entwicklung und Aktualisierung wissenschaftlich fundierter und fachlich abgestimmter Expertenstandards zur Sicherung und Weiterentwicklung der Qualität in der Pflege sicherzustellen. Der Medizinische Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen, der Verband der privaten Krankenversicherung e.V., die Verbände der Pflegeberufe auf Bundesebene, die maßgeblichen Organisationen für die Wahrnehmung der Interessen und der Selbsthilfe der pflegebedürftigen und behinderten Menschen auf Bundesebene sowie unabhängige Sachverständige sind zu beteiligen, § 113a Abs. 1 S. 3 SGB XI. Sie können nach § 113a Abs. 1 S. 4 SGB XI vorschlagen, zu welchen Themen Expertenstandards entwickelt werden sollen.

Hinsichtlich der vom DNQP bereits entwickelten Expertenstandards führt die Gesetzesbegründung aus, daß sie in den Aktualisierungsprozeß einzubeziehen seien.²⁷⁴² Diese Aussage sowie die Wahl des Begriffs „Expertenstandard“ in § 113a SGB XI zeigen, daß der Gesetzgeber bei Erlaß dieser Regelung vor allem die Standards des DNQP vor Augen hatte.²⁷⁴³ Allerdings wird in der Gesetzesbegründung²⁷⁴⁴ – und jetzt auch in der

2740 *Bartholomeyczik* u.a., *Orale Nahrungs- und Flüssigkeitsversorgung von Menschen in Einrichtungen der Pflege und Betreuung*, S. 38.

2741 Zur fehlenden Bildung von Standards unter der früheren Gesetzeslage etwa *Igl/Klie*, *Forum für Gesellschaftspolitik* 2000, S. 163.

2742 DT-Drs. 16/7439, S. 83.

2743 So auch *Igl*, *Standards und Expertenstandards für die Pflege*, *RsDE* 67 (2008), S. 49.

2744 BT-Drs. 16/7439, S. 84.

Verfahrensordnung²⁷⁴⁵ für die Standardentwicklung – betont, daß der Begriff „Expertenstandard“ auch multidisziplinäre Standards einbezieht, so daß etwa auch die von der BUKO-QS entwickelten Qualitätsniveaus in den Anwendungsbereich des § 113a SGB XI fallen dürften.²⁷⁴⁶

Über die Entwicklung, Aktualisierung und Einführung von Expertenstandards zu bestimmten Themen entscheiden die Vertragsparteien durch Beschluß, § 113a Abs. 1 S. 5 SGB XI. Der Sicherstellungsauftrag wird institutionell durch die Existenz einer „Schiedsstelle Qualitätssicherung“ (§ 113b SGB XI) abgesichert, die eine fehlende Einigung der Vertragsparteien hinsichtlich eines derartigen Beschlusses ersetzen kann, § 113a Abs. 1 S. 6 SGB XI.²⁷⁴⁷ Neben den Vertragsparteien ist auch das Bundesministerium für Gesundheit im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend antragsberechtigt. Die Schiedsstelle ist gem. § 113b Abs. 2 SGB XI mit Vertretern des Spitzenverbandes Bund der Pflegekassen und der Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene in gleicher Zahl sowie einem unparteiischen Vorsitzenden und zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern zu besetzen. Richten die Vertragsparteien keine Schiedsstelle ein, kann dies auf Initiative des Präsidenten des Bundessozialgerichts erfolgen, § 113b Abs. 2 S. 3, 7 SGB XI.

Die Zuweisung der genannten Spruchkompetenzen an eine Schiedsstelle bildet zwar eine gewisse Gewähr gegen die Blockade der Entwicklung neuer Standards durch eine der Vertragsparteien. Andererseits aber sind keine gesetzlichen Vorkehrungen dafür getroffen, daß die Mitglieder der Schiedsstelle über die erforderliche einschlägige Fachkompetenz verfügen, um darüber befinden zu können, ob ein Standard tatsächlich *lege artis* entwickelt wurde.²⁷⁴⁸ Es ist daher nicht auszuschließen, daß Expertenstandards über die Schiedsstelle Wirksamkeit erlangen, denen es an einer hinreichenden wissenschaftlichen Fundierung mangelt und die darüber hinaus auch nicht den Konsens der Vertragsparteien finden konnten. Ob die Einsetzung einer Schiedsstelle im Zusammenhang mit dem Wirksamwerden von Expertenstandards, die den allgemein anerkannten Stand der medizinisch-fachlichen Erkenntnisse ausdrücken sollen und deren wirksame Implementation auf eine breite fachliche Akzeptanz angewiesen ist, ein sinnvoller Mechanismus zur Unterstützung der Qualitätsentwicklung ist, muß daher – ganz unabhän-

2745 Verfahrensordnung zur Entwicklung von Expertenstandards zur Sicherung und Weiterentwicklung der Qualität in der Pflege nach § 113a Abs. 2 Satz 2 SGB XI vom 11. September 2008 in der Fassung vom 30. März 2009, S. 5. Näher zu dieser Verfahrensordnung sogleich unten, S. 478 f.

2746 Eine Ergänzung von § 113a Abs. 1 SGB XI um den expliziten Hinweis, daß Expertenstandards sowohl monoprofessionell als auch multidisziplinär ausgerichtet sein können, wie sie von der BUKO-QS im Januar 2008 in einer Anhörung vor dem Ausschuß für Gesundheit des Deutschen Bundestags vorgeschlagen wurde [vgl. Ausschußdrucksache 16(14)0327(56)], fand allerdings keinen Eingang in die Gesetzesfassung.

2747 *Igl*, Standards und Expertenstandards für die Pflege, RsDE 67 (2008), S. 53, kritisiert in diesem Zusammenhang, daß *de lege lata* keine Gewähr dafür besteht, daß in der Schiedsstelle auch hinreichend Sachverstand vorhanden ist, wenn die Frage beurteilt werden muß, ob die entwickelte Qualität auch *lege artis* entwickelt wurde.

2748 Vgl. *Igl*, Standards und Expertenstandards für die Pflege, RsDE 67 (2008), S. 53.

gig von Bedenken bezüglich einer hinreichenden demokratischen Legitimation²⁷⁴⁹ – bezweifelt werden.²⁷⁵⁰

Neben der Verantwortung für die Entwicklung und Aktualisierung der Pflegestandards weist § 113a Abs. 2 S. 1 SGB XI den Vertragsparteien auch einen Sicherstellungsauftrag für die methodische und pflegfachliche Qualität des Verfahrens der Entwicklung und Aktualisierung von Expertenstandards und die Transparenz des Verfahrens zu. Die Gesetzesbegründung verweist in diesem Zusammenhang erneut auf das DNQP, an dessen Verfahren und methodischem Vorgehen sich die Vertragsparteien orientieren sollen.²⁷⁵¹ Als wesentliche Aspekte des Verfahrens nennt § 113a Abs. 2 S. 3 SGB XI insbesondere die wissenschaftliche Fundierung, die Unabhängigkeit, die Mehrstufigkeit der Entwicklung und Konsentierung sowie die Verfahrenstransparenz. Das für die Verfahrensentwicklung vorgesehene Vertragssystem wird allerdings zum einen durch die Anordnung eines behördlichen Genehmigungsvorbehalts (§ 113a Abs. 2 S. 4 SGB XI)²⁷⁵² durchbrochen, weshalb auch nicht von einer abschließenden Letztverantwortung der Vertragsparteien gesprochen werden kann. Zum anderen ermächtigt § 113a Abs. 2 S. 5 SGB XI das BMG im Einvernehmen mit dem BMFSFJ, selbst eine Verfahrensordnung zu entwickeln, falls sich die Vertragsparteien nicht auf eine entsprechende Verfahrensordnung einigen können.²⁷⁵³

Im September 2008 haben die Vertragsparteien eine Verfahrensordnung nach § 113a Abs. 2 SGB XI beschlossen, die mit Schreiben vom 10. März 2009 vom BMG mit verschiedenen Hinweisen genehmigt und darauf zuletzt durch Beschluß vom 30. März 2009 nochmals aktualisiert wurde.²⁷⁵⁴ Die Verfahrensordnung sieht vor, daß die Vertragsparteien die Entwicklung bzw. Aktualisierung von Expertenstandards nach einer entsprechenden Ausschreibung bei fachlich unabhängigen Auftragnehmern in Auftrag geben. Sodann schließt sich – wie bei der Methodik des DNQP – ein mehrstufiges Verfahren an, das die Erarbeitung eines Expertenstandard-Entwurfs, die Durchführung einer Fachkonferenz, die Auswertung der Anregungen und die Erarbeitung eines fachlich konsentierten Entwurfs des Expertenstandards, eine modellhafte Implementierung und schließlich die Verabschiedung und Veröffentlichung des Expertenstandards unter

2749 *Igl*, Standards und Expertenstandards für die Pflege, RsDE 67 (2008), S. 54; vgl. auch *Neumann*, in: Schulin [Hrsg.], HdbSV-PfIV, § 21 Rn. 131.

2750 Kritisch auch *Igl*, Standards und Expertenstandards für die Pflege, RsDE 67 (2008), S. 52 ff.

2751 BT-Drs. 16/7439, S. 84.

2752 Das BMG entscheidet hierüber im Einvernehmen mit dem BMFSFJ. *Igl*, Standards und Expertenstandards für die Pflege, RsDE 67 (2008), S. 50, sieht im Genehmigungserfordernis einen Verstoß gegen das Vertragssystem und hält die staatliche Ersetzungsbefugnis für „anmaßend“.

2753 Kritisch zu diesen Durchbrechungen *Igl*, Standards und Expertenstandards für die Pflege, RsDE 67 (2008), S. 50.

2754 Die Verfahrensordnung zur Entwicklung von Expertenstandards zur Sicherung und Weiterentwicklung der Qualität in der Pflege nach § 113a Abs. 2 Satz 2 SGB XI vom 11. September 2008 in der Fassung vom 30. März 2009 kann unter <http://www.gkv-spitzenverband.de/upload/Vereinbarung_Verfahrensordnung_f%C3%BCrs_Internet_8227.pdf> abgerufen werden.

anderem im Bundesanzeiger und im Internet vorsieht. Die entwickelten Standards sind zudem regelmäßig zu aktualisieren.²⁷⁵⁵

Die nach der Verfahrensordnung entwickelten Standards werden gem. § 113a Abs. 3 S. 1, 2 SGB XI mit ihrer Veröffentlichung im Bundesanzeiger für alle Pflegekassen und deren Verbände sowie für die zugelassenen Pflegeeinrichtungen unmittelbar verbindlich.²⁷⁵⁶ Der Regelungsgehalt dieser Vorschrift ist nicht unumstritten. Die Verbindlichkeit von Anforderungen, die sich aus dem allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft ergeben, kann sich im Wesentlichen aus berufsrechtlichen, sozialleistungsrechtlichen, zivilrechtlichen und strafrechtlichen Regelungen ergeben.²⁷⁵⁷ Wenngleich § 113a Abs. 3 SGB XI indirekt auch Einfluß auf die berufs- und strafrechtliche Verbindlichkeit der betreffenden Standards haben könnte, ist die Vorschrift aber doch Ausfluß einer sozialrechtlichen Verbindlichkeit. *Lege artis* zustande gekommene Standards drücken allerdings stets und insbesondere unabhängig davon, ob sie nach dem Verfahren des § 113a SGB XI entwickelt und im Bundesanzeiger veröffentlicht wurden, den allgemein anerkannten Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse aus, an den die Einrichtungen gem. § 11 Abs. 1 S. 1 SGB XI gebunden sind und der ferner die verbindliche Basis des berufsfachlichen Handelns bildet. Insofern kann § 113a Abs. 3 SGB XI nicht in dem Sinne zu verstehen sein, daß ausschließlich die nach § 113a SGB XI entwickelten Standards als Qualitätsmaßstab für Leistungen nach dem SGB XI heranzuziehen wären. Der Stand der fachlichen Erkenntnisse kann sich deshalb auch nach Einführung des Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes weiterhin nach wissenschaftlich anerkannten Methoden außerhalb des § 113a SGB XI weiterentwickeln und Bedeutung auch für die Leistungserbringung nach dem SGB XI erlangen.²⁷⁵⁸ § 113a Abs. 3 SGB XI kommt daher eher die Funktion zu, daß über die Verbindlichkeit eines Standards Klarheit herrscht.²⁷⁵⁹ Die Gefahr, daß § 113a SGB XI andere Formen der Qualitätsentwicklung in den Hintergrund treten läßt und es aufgrund des Fehlens von öffentlichen Fördergeldern außerhalb des Verfahrens nach § 113a SGB XI zu einer gewissen Monopolisierung der Standardbildung mit erheblichem Einfluß der Selbstverwaltungsparteien kommt,²⁷⁶⁰ darf freilich nicht unterschätzt werden. Umgekehrt dürfte § 113a SGB XI aber auch eine gewisse Anstoßfunktion für die bisher nur schleppend verlaufende Standardentwicklung zukommen.

2755 S. Verfahrensordnung zur Entwicklung von Expertenstandards zur Sicherung und Weiterentwicklung der Qualität in der Pflege nach § 113a Abs. 2 Satz 2 SGB XI vom 11. September 2008 in der Fassung vom 30. März 2009, S. 5 ff.

2756 § 112 Abs. 2 S. 1 SGB XI verpflichtet die Einrichtungen zudem explizit zur Anwendung der Standards.

2757 S. etwa *Igl*, Qualitätsanforderungen in der Langzeitpflege, SGB 2007, S. 387 ff.; vgl. auch *Böhme*, Rechtliche Verbindlichkeit von nationalen Expertenstandards, Die Schwester. Der Pfleger 12 (2001), S. 1054 ff.

2758 Hierzu insbesondere *Igl*, Standards und Expertenstandards für die Pflege, RsDE 67 (2008), S. 51 f.

2759 *Klie*, in: *Klie/Krahmer* [Hrsg.], SGB XI, § 113a Rn. 7; *Igl*, Standards und Expertenstandards für die Pflege, RsDE 67 (2008), S. 52.

2760 *Igl*, Standards und Expertenstandards für die Pflege, RsDE 67 (2008), S. 48, 54; *Klie*, in: *Klie/Krahmer* [Hrsg.], SGB XI, § 113a Rn. 7.

Mit Einführung des Pflegeweiterentwicklungsgesetzes wurde in § 113a Abs. 4 SGB XI zudem die Finanzierung der Entwicklung und Überarbeitung von Expertenstandards geregelt. 90 % der Kosten sind vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen, also einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, zu tragen, für die restlichen 10 % haben die privaten Pflege-Pflichtversicherungsunternehmen aufzukommen. Dies bedeutet letztlich, daß die Kosten der Qualitätsentwicklung nun den Versicherten aufgebürdet werden, weil die Versicherungsträger zur Finanzierung auf die Beitragsmittel angewiesen sind.²⁷⁶¹ Weil die Entwicklung von Qualitätsanforderungen für die Pflege aber durchaus auch als gesamtgesellschaftliche Aufgabe gesehen werden kann, wäre aber zumindest ergänzend zur Beitragsfinanzierung auch eine Steuerfinanzierung gerechtfertigt gewesen.²⁷⁶²

Zusammenfassend betrachtet ist die staatliche Einflußnahme auf die Entwicklung von Pflegestandards somit auf zwei unterschiedlichen Ebenen angesiedelt: zum einen übertrug der Gesetzgeber mit dem Pflegeweiterentwicklungsgesetz die Verantwortung für die Standardentwicklung der gemeinsamen, kooperativ auszuübenden Verantwortung von Heimträgern und Sozialleistungsträgern. Er schuf hierfür einen verbindlichen äußeren Rahmen, indem er die Zuständigkeiten festlegte, Vorgaben für die Entwicklung einer Verfahrensordnung traf, Sicherungsmechanismen für den Fall der Untätigkeit der verantwortlichen Akteure errichtete und schließlich einen Mechanismus dafür schuf, daß die entwickelten Standards eine – auch sozialrechtlich angeordnete – unmittelbare Geltungskraft erlangen. Zum anderen werden das Verfahren und schließlich die Standards mittels kooperativer Mechanismen im Wege der gemeinsamen Selbstverwaltung unter Beteiligung staatlicher Stellen, nämlich des Spitzenverbandes Bund der Pflegekassen, der Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe sowie der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände entwickelt. Die primär bei den Pflegekassen verortete Finanzierungsverantwortung liegt ebenfalls bei einem Akteur des öffentlichen Sektors, wenngleich sich dieser über Pflegeversicherungsbeiträge bei der Versichertengemeinschaft refinanziert. Diese Steuerungsmechanismen, die insbesondere für die Prozeßqualität von Bedeutung sind, stellen eine deutsche Besonderheit dar, für die es im englischen Langzeitpflegesystem keine Parallele gibt. Insbesondere existiert dort keine gesetzliche Zuweisung der Verantwortung für die Entwicklung der Pflegequalität. Statt dessen geht das englische Regulierungssystem in der stationären Langzeitpflege davon aus, daß sich die Standards guter fachlicher Praxis ohne weiteres im privaten Sektor, d.h. insbesondere in der Praxis und den einschlägigen Wissenschaften, entwickeln und sodann – als vorhandene Standards von staatlichen Akteuren wie insbesondere dem SCIE – erhoben, systematisiert und den Beteiligten in aufbereiteter Weise zugänglich gemacht werden können. Aus diesem Grund kommen in England informationsbezogenen Steuerungsmechanismen eine größere Bedeutung zu als in Deutschland, wo wiederum aufgrund der korporatistischen Struktur der Pflegeland-

2761 Kritisch *Igl*, Standards und Expertenstandards für die Pflege, RsDE 67 (2008), S. 44 f., 46 f.

2762 Darauf wies auch die BUKO-QS im Januar 2008 in einer Anhörung vor dem Ausschuß für Gesundheit des Deutschen Bundestags hin, vgl. die Ausschußdrucksache 16(14)0327(56), S. 2.

schaft kooperative Elemente eine zentralere Rolle spielen, die nunmehr auch auf die Standardentwicklung erstreckt wurde.

c. Durchsetzung der Anforderungen

Zur Durchsetzung der prozeßbezogenen Anforderungen an die Erbringung von Pflegeleistungen im SGB XI stehen die im Rahmen der Strukturqualitätssteuerung bereits beschriebenen Instrumentarien zur Verfügung. Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen betont, daß die Expertenstandards nach § 113a SGB XI sukzessive auch Eingang in die Qualitätsprüfungsrichtlinien finden werden, die der Prüftätigkeit der Medizinischen Dienste zugrunde liegen.²⁷⁶³ Schon jetzt fragen die Richtlinien danach, ob die für die stationäre Pflege relevanten Aussagen der Expertenstandards des DNQP im Rahmen des Qualitätsmanagements berücksichtigt werden bzw. ob konkrete Maßnahmen in dieser Hinsicht geplant sind.²⁷⁶⁴ Die damit verbundene Rückbindung der Prüftätigkeit an den anerkannten Stand der fachlich wissenschaftlichen Erkenntnisse unterscheidet sich von der Rechtslage in England. Dort bestehen zum einen schon keine festen inhaltlichen Regelungen für die Prüftätigkeit der Lokalbehörden als Träger der Leistungen nach s. 21 NAA 1948, zum anderen existiert bislang jedenfalls unter der Geltung des CSA 2000 auch bei der ordnungsrechtlichen Überwachung durch die CQC keine derart explizite Anknüpfung an externe, in den Wissenschaften entwickelte Standards. Abzuwarten bleibt, inwiefern sich dies infolge des kürzlichen Inkrafttretens des HSCA 2008 und von reg. 9(1)(b)(iii) der Health and Social Care Act 2008 (Regulated Activities) Regulations 2010 ändern wird, wonach nunmehr die Planung und die Durchführung von Pflegeleistungen erkennen lassen müssen, daß veröffentlichte pflegewissenschaftliche Erkenntnisse guter pflegerischer Praxis und die entsprechenden Leitlinien der einschlägigen Berufs- und Fachorganisationen berücksichtigt wurden.

Soweit die Qualitätsprüfungsrichtlinien des MDK eigene, den Pflegeprozeß betreffende inhaltliche Vorgaben enthalten, beziehen sie sich zum einen allgemein auf die Pflegedokumentation, zum anderen aber spezieller auf einzelne pflegerische Interventionen wie etwa Verrichtungen der Behandlungspflege, im Zusammenhang mit der Mobilität oder bezüglich der Kontinenzhaltung.²⁷⁶⁵ Die Richtlinien fragen hierbei in der Regel allerdings lediglich danach, ob bestimmte Risiken überhaupt analysiert und sodann die „erforderlichen“ oder „sachgerechten“ Maßnahmen getroffen werden, ohne aber hierfür ihrerseits nähere Vorgaben zu machen.

2763 Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes über die Prüfung der in Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität nach § 114 SGB XI vom 11. Juni 2009 in der Fassung vom 30. Juni 2009, S. 3.

2764 Anlage 2 der Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes über die Prüfung der in Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität nach § 114 SGB XI vom 11. Juni 2009 in der Fassung vom 30. Juni 2009, Ziffer 6.3.

2765 Anlage 2 der Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes über die Prüfung der in Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität nach § 114 SGB XI vom 11. Juni 2009 in der Fassung vom 30. Juni 2009, Ziffern 12, 13, 15.

3. Berufsrechtliche Vorgaben

Bei der Qualitätssicherung kommt in Deutschland erneut auch dem (direkten)²⁷⁶⁶ Berufsrecht ein wichtiger Stellenwert zu. Das bereits erwähnte AltPflG und die Altenpflege-Ausbildungs- und Prüfungsverordnung²⁷⁶⁷ legen gem. § 3 Abs. 1 S. 1 AltPflG einen bundeseinheitlichen Rahmen für die Inhalte fest, die die Ausbildung zum Altenpfleger umfassen muß, um die Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten zu vermitteln, die zur selbständigen und eigenverantwortlichen Pflege einschließlich der Beratung, Begleitung und Betreuung alter Menschen erforderlich sind. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 AltPflG nennt darüber hinaus ausdrücklich auch die Qualitätssicherung als notwendiges Thema der Ausbildung. Wie geschildert, geschieht die Konkretisierung dieses Rahmens auf Länderebene, in Bayern etwa unter maßgeblicher Beteiligung des Staatsinstituts für Schulqualität und Bildungsforschung. Durch die Bestimmung des inhaltlichen Rahmens der Ausbildung wirken staatliche Stellen damit mittelbar auf die Gestaltung von Pflegemaßnahmen und auf die Qualität der Pflegeprozesse ein. Wenngleich, wie etwa in Bayern, durch die Bildung von Lehrplankommissionen auch der Sachverstand und die Interessen der Professionen und der Wohlfahrtsverbände einfließen,²⁷⁶⁸ existiert in Deutschland im Zusammenhang mit der Bestimmung der Ausbildungsinhalte allerdings keine der englischen *Skills for Care* vergleichbare staatlich organisierte Institutionalisierung privater (v.a. Arbeitgeber-) Interessen.

Ebensowenig ist in Deutschland eine staatlich veranlaßte Organisation der Pflegekräfte in einer Institution wie dem GSCC verwirklicht. Die Steuerungsinstrumente, die in England jedenfalls dann Wirkung entfalten könnten, wenn ein Berufsregister auch für die *social care worker* eingeführt ist, stehen in Deutschland deshalb in dieser Form nicht zur Verfügung. Nicht übersehen werden darf allerdings, daß auch das deutsche Berufsrecht – ohne auf entsprechende Institutionalisierungen der Pflegekräfte angewiesen zu sein – den Widerruf der Erlaubnis, die Berufsbezeichnung „Altenpfleger“ oder „Altenpflegerin“ zu führen, vorsieht, wenn sich die betreffende Person nach Abschluß der Ausbildung als ungeeignet oder unzuverlässig erwiesen hat (§ 2 Abs. 2 AltPflG). Hierin liegt ein funktionales Pendant zu der in England angedachten Möglichkeit, einer Pflegekraft ihre Registrierung in einem vom GSCC administrierten Berufsregister zu entziehen.

2766 Zur Unterscheidung zwischen direktem und indirektem Berufsrecht vgl. *Igl/Welti*, Öffentlich-rechtliche Grundlagen für das Berufsfeld Pflege im Hinblick auf vorbehaltene Aufgabenbereiche, S. 23, 32.

2767 Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für den Beruf der Altenpflegerin und des Altenpflegers (Altenpflege-Ausbildungs- und Prüfungsverordnung – AltPflAPrV) vom 26. November 2002 (BGBl. I S. 4418), zuletzt geändert durch Art. 31 des Gesetzes zur Umsetzung der RL 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen der Heilberufe vom 2. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2686). Zu den Inhalten der Ausbildung s. insb. Anlage 1 zu § 1 Abs. 1 der Verordnung.

2768 Dazu ausführlich oben, S. 439.

4. Sonstige Instrumente der Einflußnahme auf die Prozeßqualität

Neben den bislang beschriebenen Instrumenten, deren Wirkmechanismus entweder auf einer gesetzlich angeordneten, unmittelbaren Verbindlichkeit bestimmter pflegeprozessualer Vorgaben oder auf berufsrechtlichen Regelungen beruht, wird die staatliche Einflußnahme auf die Prozeßqualität durch persuasiv-informatorisch wirkende Maßnahmen ergänzt, wenngleich diese nicht die Bedeutung erreichen, die ihnen in England unter dem speziell zu diesen Zwecken gegründeten SCIE zukommt.

So wurde vom Bundesministerium für Frauen, Senioren, Familien und Jugend beispielsweise eine Orientierungshilfe für die Pflegedokumentation herausgegeben,²⁷⁶⁹ die mit Hintergrundinformationen und konkreten Handlungsempfehlungen der in vielen Einrichtungen bestehenden Unsicherheit in Bezug auf die korrekte Form und das richtige Maß des Dokumentierens begegnen soll. Eine weitere, informationsbasierte Maßnahme zur Erhöhung der Pflegequalität ist in den vom Medizinischen Dienst der Spitzenverbände der Krankenkassen e.V. herausgegebenen Grundsatzstellungen wie etwa zu den Themen „Pflegeprozeß und Pflegedokumentation“²⁷⁷⁰ oder „Ernährung und Flüssigkeitsversorgung älterer Menschen“²⁷⁷¹ zu sehen. Mit diesen Publikationen ist beabsichtigt, nicht nur den Mitarbeitern des MDK, sondern auch Pflegefachkräften in Einrichtungen und Einrichtungsträgern eine praxisrelevante Zusammenfassung des aktuellen medizinisch-pflegerischen Wissens zur Verfügung zu stellen.²⁷⁷²

Trotz des Rückzugs aus der Finanzierungsverantwortung bei der Entwicklung von Expertenstandards beteiligt sich der Staat nach wie vor finanziell an der Weiterentwicklung der Qualität in der Pflege. Im Rahmen des Programms „Gesundheitsforschung: Forschung für den Menschen“ wurden beispielsweise durch das Bundesministerium für Bildung und Forschung im Zeitraum von 2004 bis 2006 Mittel in Höhe von 3,8 Mio. € und von 2007 bis 2009 von weiteren 5,5 Mio. € für die Pflegeforschung zur Verfügung gestellt, um auf wissenschaftlicher Basis das Pflegehandeln im Versorgungsalltag zu verbessern.²⁷⁷³ Weitere Gelder werden unter anderem vom Bundesministerium für Gesundheit für den Forschungsschwerpunkt „Gesundheit im Alter“ bereitgestellt.²⁷⁷⁴

2769 *Mahlberg-Breuer/Mybes*, Pflegedokumentation stationär. Das Handbuch für die Pflegeleitung, 2007.

2770 *Bruckner* u.a., Grundsatzstellungnahme Pflegeprozeß und Dokumentation.

2771 *Brüggemann* u.a., Grundsatzstellungnahme Ernährung und Flüssigkeitsversorgung älterer Menschen

2772 Vgl. *Bruckner* u.a., Grundsatzstellungnahme Pflegeprozeß und Dokumentation, S. 3.

2773 S. hierzu *Bundesministerium für Gesundheit*, Die Entwicklung der Pflegeversicherung. Vierter Bericht, S. 60.

2774 *Bundesministerium für Gesundheit*, Die Entwicklung der Pflegeversicherung. Vierter Bericht, S. 60. Dort, S. 60 ff., werden zudem einige weitere, mit finanzieller Unterstützung der Bundesregierung betriebene Forschungsaktivitäten beschrieben.

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, daß sowohl in England als auch in Deutschland staatliche Stellen steuernd auf die Prozeßqualitätsentwicklung einwirken und hierfür bestimmte Rahmenbedingungen geschaffen haben. Ferner bleibt in beiden Rechtsordnungen die Bildung und Entwicklung der inhaltlichen Anforderungen in stärkerem Maße der gesellschaftlichen, fachwissenschaftlichen Verantwortung überlassen, als dies im Zusammenhang mit den strukturqualitätsbezogenen Vorgaben der Fall ist. Dem entspricht es, daß in England wie auch in Deutschland die bezüglich der Pflegeprozesse vom Staat selbst getroffenen Vorgaben im Allgemeinen sehr abstrakt gehalten („erforderliche“, „geeignete“, „sachgerechte“ Maßnahmen) und somit auf eine Präzisierung durch extern entwickelte Erkenntnisse angewiesen sind.

Die staatliche Einflußnahme auf die externe Qualitätsentwicklung gestaltet sich in den verglichenen Rechtsordnungen unterschiedlich. In England wird die Qualitätsentwicklung durch das SCIE als zentrale Institution vorangetrieben, welche extern generierte Erkenntnisse unterschiedlicher Quellen zusammenträgt, bewertet, in Leitlinien guter fachlicher Praxis aufbereitet und den in der Pflege tätigen Akteuren in möglichst leicht zugänglichen Formen als Informationsquellen zur Verfügung stellt. Der Staat hat hierfür nicht nur durch die Gründung des SCIE einen strukturellen Rahmen geschaffen, sondern finanziert auch dessen Arbeit aus Steuermitteln, so daß er auch in finanzieller Hinsicht Verantwortung für die Generierung von Praxisleitlinien übernimmt.

Im Gegensatz hierzu hat der deutsche Staat in der Qualitätsentwicklung seine bislang wahrgenommene Finanzierungsverantwortung in Gestalt finanzieller Fördermaßnahmen für die Entwicklung von Pflegestandards reduziert und die Kosten der Erstellung von Expertenstandards der Versichertengemeinschaft der gesetzlichen Pflegeversicherung aufgebürdet. Die Wahrnehmungsmodalität der staatlichen Verantwortung für die Qualitätsentwicklung hat sich dahingehend gewandelt, daß mit dem Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung im Wege der prozeduralen Steuerung rechtlich verbindliche Rahmenbedingungen geschaffen wurden, innerhalb derer die Qualitätsentwicklung stattzufinden hat. Eine deutsche Besonderheit, die im englischen Recht keine Parallele findet, besteht darin, daß zum einen die Entwicklung von Fachstandards in die kooperativ auszuübende Verantwortlichkeit von Leistungsträgern und Leistungserbringern gestellt und somit dem Zusammenwirken staatlicher und privater Akteure überantwortet wird,²⁷⁷⁵ und daß hierfür zum anderen ein verbindliches Prozedere festgelegt wird, das letzten Endes zur gesetzlich angeordneten Verbindlichkeit der entwickelten Standards führt. Mangels eines ausdifferenzierten rechtlichen Regimes für das Leistungserbringungsverhältnis sowie aufgrund der fehlenden Organisation von Leistungsträgern und -erbringern in Verbänden und Vereinigungen wären für den Einsatz

²⁷⁷⁵ Diese Überantwortung der Pflegequalitätsentwicklung an Vertragsparteien der Selbstverwaltung stellt zugleich auch in der deutschen Langzeitpflege ein ungewöhnliches Novum dar, s. *Igl*, Standards und Expertenstandards für die Pflege, RsDE 67 (2008), S. 46.

eines derartigen Instrumentariums in England allerdings auch die strukturellen Voraussetzungen nicht gegeben.

Speziell mit Blick auf die Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft ist erwähnenswert, daß die Regelungen des § 113a SGB XI in Gestalt der beschriebenen, nachrangigen Kompetenzen und Befugnisse des BMG und des Präsidenten des Bundessozialgerichts zugleich Aspekte einer staatlichen Auffangverantwortung für den Fall enthalten, daß die Selbstverwaltungsparteien der ihnen übertragenen Verantwortung für die Qualitätsentwicklung nicht in der vorgesehenen Weise nachkommen.

An der Zuweisung der Verantwortung für die Entwicklung von Qualitätsanforderungen und der damit zusammenhängenden Methodik an die Vertragspartner des § 113a SGB XI kann kritisiert werden, daß sie einen gewissen Widerspruch zu dem Umstand darstellt, daß diese Aufgabe ihrem Wesen nach eigentlich primär der Wissenschaft und den Berufen obliegt. Die vielfach geforderte²⁷⁷⁶ Errichtung einer zentralen, unabhängigen Institution für die Qualitätsentwicklung in der Pflege hätte die Möglichkeit des Berufsstands Pflege, die Qualitätsanforderungen seines beruflichen Handelns selbst und autonom zu definieren, weniger stark angetastet, als diese Aufgabe einem Vertragsgremium zu überantworten, das nicht als neutrales Gremium ausgestaltet ist und auf das die Pflegeberufe im Konfliktfall keine gesicherten Einflußmöglichkeiten haben.²⁷⁷⁷ Eine übergeordnete, unabhängige und neutrale Basis auf nationaler Ebene zur Koordination oder Kooperation für die Entwicklung von Qualität (etwa ein „Zentrum für Qualität in der Pflege und Betreuung“) existiert trotz vehementer Forderungen²⁷⁷⁸ in Deutschland bislang jedoch nicht.²⁷⁷⁹ Dies gilt – trotz des auf nationaler Ebene angesiedelten SCIE – in gleicher Weise allerdings auch für England, weil dieses Institut aufgrund seiner nahen Anbindung²⁷⁸⁰ an das *Department of Health* nicht als unabhängige Instanz betrachtet werden kann.

Deutliche Unterschiede weisen beide Rechtsordnungen schließlich hinsichtlich der für die Fachstandards vorgesehenen Wirkmechanismen auf. Während § 113a Abs. 3 SGB XI eine unmittelbare, auf gesetzlicher Anordnung basierende Verbindlichkeit der verfahrensgemäß zustande gekommenen und im Bundesanzeiger veröffentlichten Expertenstandards bewirkt, werden die vom SCIE verfaßten *practice guides* nicht als ver-

2776 Bundeskonferenz zur Qualitätssicherung im Gesundheits- und Pflegewesen e.V., 10 Jahre BUKO-QS, in: ders. [Hrsg.], 10 Jahre Bundeskonferenz zur Qualitätssicherung im Gesundheits- und Pflegewesen e.V., S. II; *Deutscher Pflegerat*, Positionspapier vom 10. Januar 2007: Qualität in der Pflege nachhaltig gestalten; vgl. auch *Bieback*, Qualitätssicherung, S. 155 ff.; dazu ausführlich *Hamdorf*, Öffentliche und private Verantwortung für Qualität in der Pflege, S. 59 ff.

2777 Vgl. *Igl*, Standards und Expertenstandards für die Pflege, RsDE 67 (2008), S. 48 f.

2778 S. insbesondere *Deutscher Pflegerat*, Positionspapier vom 10. Januar 2007 „Qualität in der Pflege nachhaltig gestalten“; *Ollenschläger*, Institutionalisierung, S. 97 ff.; *Kühnert*, Stand und Entwicklung der Qualität in der Pflege, in: Dräther/Jacobs/Rothgang [Hrsg.], Fokus Pflegeversicherung, S. 149; *Igl*, Qualitätsanforderungen in der Langzeitpflege, SGB 2007, S. 387; mit der Forderung nach einem „Nationalen Akkreditierungsrat“ auch bereits *Igl/Klie*, Forum für Gesellschaftspolitik 2000, S. 163 f.; s. ferner *Igl*, Standards und Expertenstandards für die Pflege, RsDE 67 (2008), S. 47 ff.

2779 S. dazu auch *Igl*, Standards und Expertenstandards für die Pflege, RsDE 67 (2008), S. 42 f.

2780 Dazu oben, S. 224.

bindliche Standards, sondern lediglich als Informationsangebot mit nicht unmittelbar bindenden Handlungsempfehlungen veröffentlicht²⁷⁸¹ und sind damit in hohem Maße auf inhaltliche Akzeptanz sowie auf die fachliche Kompetenz und Autorität des SCIE angewiesen. Unter dem HSCA 2008-Regime enthält das Regulierungsrecht seit kurzem allerdings einen ausdrücklicheren Verweis auf die veröffentlichte fachliche Expertise. Zwar existieren – ergänzend zum ordnungsrechtlichen und leistungserbringungsrechtlichen Regime – auch in Deutschland informatorisch-persuasiv wirkende Maßnahmen der Einflußnahme auf die Prozeßqualität, neben den verbindlichen Anforderungen und insbesondere den Pflegestandards gem. § 113a SGB XI kommt ihnen aber – anders als in England – eine lediglich untergeordnete Rolle zu.

III. Ergebnisqualitätsbezogene Steuerungsmaßnahmen

Parallel zur aufgezeigten Entwicklung in England nehmen auch in Deutschland die Bemühungen um die Verbesserung der Pflegequalität vor allem den Aspekt der Ergebnisqualität zunehmend direkt – also nicht länger nur mittelbar als Resultat der Einflußnahme der Strukturen und Prozesse – in den Blick. Der Versuch, auch diese Dimension verstärkt in die Qualitätssicherung einzubeziehen, läßt sich auch in Deutschland an verschiedenen Steuerungsinstrumenten aufzeigen. Gleichermäßen wie für England ergeben sich auch hier Schwierigkeiten aus dem noch erheblichen Defizit an validen Ergebnisqualitätsparametern und Indikatoren zu deren Bestimmung.²⁷⁸²

1. Ergebnisqualitätsbezogene Vorgaben im Heimaufsichtsrecht

Mit Einführung des PflWoqG wird nun – im Gegensatz zum HeimG – erstmals ausdrücklich betont, daß nicht nur die Struktur- und die Prozeßqualität, sondern insbesondere auch die Ergebnisqualität Maßstab und Ziel der ordnungsrechtlichen Vorgaben ist. Wie in der Literatur bereits vermutet,²⁷⁸³ hat der bayerische Landesgesetzgeber beim Erlaß des PflWoqG die Regelung des § 114 Abs. 2 S. 3 SGB XI, die die Prüftätigkeit der Medizinischen Dienste stärker auf die Ergebnisqualität konzentriert²⁷⁸⁴ und damit die Aufgaben der Heimaufsichtsbehörden implizit auf die Struktur- und Prozeßqualität verlagert, nicht zum Anlaß genommen, die bayerische Heimaufsicht auf diese Qualitätsdimensionen zu reduzieren.

Dies verdeutlichen insbesondere die in Art. 1 Abs. 1 Nr. 2 und 3 PflWoqG im Zusammenhang mit dem Gesetzeszweck genannten Begriffe der Lebens- und Wohnqualität, die neu in den ordnungsrechtlichen Rahmen aufgenommen wurden und die zentra-

2781 Zu diesem Aspekt oben, S. 225, 278.

2782 Zu diesem Defizit etwa *Görres/Hasseler/Mittnach*, Gutachten zu den MDK-Qualitätsprüfungen, S. 15 ff.

2783 *Klie*, in: *Klie/Krahmer* [Hrsg.], SGB XI, § 114 Rn. 6.

2784 Dazu sogleich unten, S. 490.

len Parameter des ordnungsrechtlichen Verständnisses der Ergebnisqualität ausdrücken.²⁷⁸⁵ Diese unbestimmten Rechtsbegriffe werden für stationäre Einrichtungen durch die Qualitätsanforderungen des Zweiten Teils (Art. 3 - 17 PflWoqG) konkretisiert. Vor allem die in Art. 3 PflWoqG genannten Qualitätsanforderungen an den Betrieb einer stationären Einrichtung stehen in einem Wechselwirkungsverhältnis mit der Lebensqualität.²⁷⁸⁶ Die meisten Vorgaben in den Art. 3 ff. PflWoqG beziehen sich zwar auf Struktur- oder Prozeßmerkmale, die angesprochene Wechselwirkung folgt aber daraus, daß die Ergebnisqualität – wie bereits von *Donabedian* festgestellt²⁷⁸⁷ – in einer starken Abhängigkeit zur Struktur- und Prozeßqualität steht.²⁷⁸⁸ Die abstrakten Zielsetzungen von Art. 1 Abs. 1 Nr. 2 und 3 PflWoqG sind daher so zu verstehen, daß sie die Bedeutung von Struktur- und Prozeßqualitätsmerkmalen für die Ergebnisqualität betonen. Eigenständige und unmittelbar verbindliche Qualitätsanforderungen dergestalt, daß aufsichtliche Maßnahmen allein auf eine Abweichung von den in Art. 1 Abs. 1 PflWoqG normierten ergebnisqualitätsbezogenen Zielen gestützt werden könnten, lassen sich dieser Vorschriften jedoch nicht entnehmen.²⁷⁸⁹

Insgesamt sind die auf die Ergebnisqualität bezogenen Vorschriften des PflWoqG relativ abstrakt gehalten, unmittelbar verbindliche Standards lassen sich ihnen in aller Regel nicht entnehmen. Als erstes Ziel des PflWoqG nennt Art. 1 Abs. 1 Ziffer 1 PflWoqG beispielsweise den „Schutz der Würde und der Interessen der Bewohner“. Hierbei handelt es sich um eine generelle Zielbestimmung, die ausweislich der Gesetzesbegründung²⁷⁹⁰ insbesondere die vom Runden Tisch Pflege²⁷⁹¹ erarbeitete „Charta der Rechte hilfe- und pflegebedürftiger Menschen“²⁷⁹² in Bezug nimmt und dieser eine zumindest mittelbare Verbindlichkeit dahingehend verleiht, als die bayerischen Heim- und Aufsichtsbahörden diese Charta über die Vorschrift des Art. 1 Abs. 1 Nr. 1 PflWoqG im Rahmen von Ermessensentscheidungen und Abwägungsprozessen zu berücksichtigen haben werden.²⁷⁹³ Die Charta benennt ihrerseits auf sehr abstraktem Level in acht Artikeln grundlegende Rechte pflege- und hilfebedürftiger Menschen, wie etwa das Recht auf Selbstbestimmung, auf Wertschätzung oder auf körperliche und seelische

2785 Vgl. *Burmeister* u.a., Bayerisches Pflege- und Wohnqualitätsgesetz, Art. 1 Rn. 2.

2786 *Burmeister* u.a., Bayerisches Pflege- und Wohnqualitätsgesetz, Art. 1 Rn. 7.

2787 Vgl. *Donabedian*, Evaluating the Quality of Medical Care, *The Milbank Memorial Fund Quarterly*, vol. 44, no. 3, part 2, S. 170, 185 ff.

2788 Allerdings ist es nicht möglich, monokausale Aussagen über die Wirkzusammenhänge zu treffen. Viele Zusammenhänge zwischen Struktur-, Prozeß- und Ergebnisqualität konnten empirisch entweder gar nicht oder nur unzureichend belegt werden. Vgl. *Görres/Hasseler/Mitnacht*, Gutachten zu den MDK-Qualitätsprüfungen, S. 18 f.; Struktur- und Prozeßqualität sind die logistische, prozedurale Basis der Ergebnisqualität, sind für diese aber keine hinreichende Bedingung, s. *Reimer*, Qualitätssicherung, S. 136 f.

2789 *Burmeister* u.a., Bayerisches Pflege- und Wohnqualitätsgesetz, Art. 1 Rn. 6.

2790 Lt-Drs. 15/10182, S. 18.

2791 Hierzu sogleich unten, S. 492, 509.

2792 Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend [Hrsg.], Charta der Rechte hilfe- und pflegebedürftiger Menschen; näher zur Charta s. <<http://www.pflege-charta.de>>.

2793 *Burmeister* u.a., Bayerisches Pflege- und Wohnqualitätsgesetz, Art. 1 Rn. 3.

Unversehrtheit, die allesamt einen unmittelbaren Bezug zur Achtung der Menschenwürde aufweisen.

Art. 11 PflWoqG, der die Qualitätssicherung regelt, verweist auf die Qualitätsanforderungen des Ersten Abschnitts des PflWoqG und macht damit deutlich, daß die Heimaufsichtsbehörden nicht auf die Prüfung der Struktur- und Prozeßqualität beschränkt sind, sondern ganz ausdrücklich auch die Ergebnisqualität zu überprüfen haben.²⁷⁹⁴ Dementsprechend nennt der Prüfleitfaden der bayerischen FQA als ersten Leitgedanken für die Begehung von Einrichtungen, daß die Aufsichtsbehörde einen Beitrag zur Förderung und Verbesserung der Lebensqualität der in den Einrichtungen lebenden Menschen zu leisten hat. Dabei soll die Lebensqualität aus der Perspektive der Bewohner der Einrichtungen betrachtet werden.²⁷⁹⁵

Um die Ergebnisqualität trotz des weitgehenden Fehlens valider Ergebnisqualitätsparameter und ungeachtet der wenig konkreten gesetzlichen Vorgaben des PflWoqG bei der Prüftätigkeit handhabbar zu machen und dem Anliegen des Gesetzgebers, die Ergebnisqualität stärker als bisher in den Vordergrund zu rücken, nachkommen zu können, sieht der Prüfleitfaden für die Heimaufsichtsbehörden einen neuen Ansatz zur Ermittlung der Qualität einer Einrichtung vor.²⁷⁹⁶ Während sich die Prüftätigkeit nach dem Heimgesetz bislang in einzelne Prüfbereiche wie etwa Wohnqualität, soziale Betreuung, Hygiene, Personal oder bauliche Gegebenheiten unterteilte, wurden mit dem Prüfleitfaden sog. „Schlüsselsituationen“ entwickelt. Dies sind zunächst Wahrnehmungs- und Handlungssituationen, die als „Stationen“ bei einer Einrichtungsbegehung durchlaufen werden. Diese Schlüsselsituationen sind so gewählt, daß sich den Prüfern durch sie die Lebensqualität und die Lebenskultur in den Einrichtungen unter der Perspektive des PflWoqG möglichst vielfältig erschließen. Sie zielen auf eine ganzheitliche Wahrnehmung der Pflegequalität anstatt auf eine eindimensionale Nachschau mit Blick auf fest definierte Qualitätsanforderungen ab.²⁷⁹⁷ Diese Situationen sind einmal an zentralen Lebenssituationen der Bewohner orientiert (z.B. der Pflege oder dem Wohnen im eigenen Zimmer), des weiteren beziehen sie sich auf Aspekte, die die FQA als besonders kritisch einschätzt (etwa den Umgang mit freiheitseinschränkenden Maßnahmen). Schließlich handelt es sich um typischerweise sehr aufschlußreiche Informationsquellen (wie den Hausrundgang oder ein Gespräch mit Bewohnern).

Für jede dieser Schlüsselsituationen gibt der Prüfleitfaden den Prüfern Qualitätskriterien und Indikatoren an die Hand, die allerdings nicht als fester Prüfkatalog, sondern als Anregungen für die Prüftätigkeit zu verstehen sind²⁷⁹⁸ und eine umfassende und vielschichtige Qualitätsbeurteilung ermöglichen sollen. Einige der Kriterien und Indikato-

2794 *Burmeister* u.a., Bayerisches Pflege- und Wohnqualitätsgesetz, Art. 11 Rn. 9.

2795 Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen, Prüfleitfaden, S. 18.

2796 Hierzu auch *Burmeister* u.a., Bayerisches Pflege- und Wohnqualitätsgesetz, Art. 11 Rn. 37.

2797 Vgl. Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen, Prüfleitfaden, S. 19.

2798 Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen, Prüfleitfaden, S. 18.

ren weisen deutliche Bezüge zur Ergebnisqualität auf, beispielsweise wenn in unterschiedlichem Kontext nach der Berücksichtigung persönlicher Wünsche und Vorlieben gefragt wird.²⁷⁹⁹

Die Fokussierung auf die Beurteilung der Ergebnisqualität wird durch die Schwerpunktsetzung bei der Auswahl der Schlüsselsituationen unterstrichen: 50 % der zu prüfenden Situationen und Gegebenheiten sollen unmittelbar mit den Bewohnern verbunden sein (etwa Mahlzeiten, Pflege, soziale Betreuung), 30 % sollen Gespräche mit Mitarbeitern und dem Heimbeirat ausmachen und nur 20 % sollen sich auf strukturelle Gegebenheiten beziehen.

Erfahrungen mit der Umsetzung dieser Vorgaben in die Praxis fehlen bislang noch weitgehend. Es steht jedoch zu erwarten, daß sich der bewußt offen gehaltene, auf Schlüsselsituationen bezogene Prüfansatz und mit ihm die Evaluierung der Ergebnisqualität auch in der Praxis deutlich von der Art und Weise unterscheidet, wie in England im Rahmen von Prüfungen der CQC Aussagen über die Ergebnisqualität getroffen werden. Wie festgestellt wurde, sind Heimprüfungen dort faktisch stark auf Strukturkriterien fokussiert. Dies führt dazu, daß auch die von den *Key Lines of Regulatory Assessment (KLORA)* geforderten Aussagen zur Ergebnisqualität nur vor dem Hintergrund des relativ eng gefaßten Prüfansatzes getroffen werden und daher nur sehr eingeschränkt als valide bezeichnet werden können.²⁸⁰⁰

2. Ergebnisqualitätsbezogene Steuerung im Leistungserbringungsrecht

Das im Gegensatz zur englischen Rechtsordnung sehr detailliert normierte Leistungserbringungsrecht des SGB XI trifft an verschiedenen Stellen ebenfalls Aussagen zur Ergebnisqualität in Pflegeheimen. Dies stellt keineswegs eine neue Entwicklung dar. Vielmehr nennen schon die nach § 80 SGB XI a.F. vereinbarten Maßstäbe und Grundsätze zur Sicherung und Weiterentwicklung der Pflegequalität vom 7.3.1996 die Ergebnisqualität als einen Aspekt der in den stationären Einrichtungen zu erzielenden Qualität.²⁸⁰¹ Diese Maßstäbe und Grundsätze benennen als Ziele der Leistungserbringung eine menschenwürdige Lebensqualität, die Zufriedenheit der Bewohner, die Erhaltung und Wiedergewinnung einer möglichst selbständigen Lebensführung sowie eine Alltagsgestaltung, die die Bewohner als sinnvoll erleben. Weiter ausdifferenzierte Ergebnisqualitätsparameter enthalten die Grundsätze und Maßstäbe nicht.

Auch über die nunmehr gem. § 113a SGB XI formal ins Leistungserbringungsrecht einbezogenen Expertenstandards, die nach einer Beschlußfassung der Vertragsparteien und der Veröffentlichung im Bundesanzeiger unmittelbare Verbindlichkeit erhalten,

2799 Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen, Prüfleitfaden, S. 72, 74, 78, 81, 118.

2800 Dazu oben, S. 318 f.

2801 Gemeinsame Grundsätze und Maßstäbe zur Qualität und Qualitätssicherung einschließlich des Verfahrens zur Durchführung von Qualitätsprüfungen nach § 80 SGB XI in vollstationären Pflegeeinrichtungen vom 7. März 1996, BAnz 1996 Nr. 213, S. 12041, Ziffer 1.1; siehe hierzu auch schon oben, S. 463.

können ergebnisqualitätsbezogene Vorgaben ins Leistungserbringungsrecht einfließen. Allerdings stehen die Pflegewissenschaften bei der Entwicklung aussagekräftiger Parameter und Indikatoren der Ergebnisqualität erst am Anfang. Die jüngsten Fortschritte in der Standardentwicklung, die mit der Veröffentlichung einiger Expertenstandards erreicht werden konnten, betrafen hauptsächlich die Ebene der Prozeßqualität, und auch hinsichtlich dieser Qualitätsdimension fehlt es noch für weite Bereiche der Pflege an konsentierten Standards. Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, daß die in den Expertenstandards enthaltenen „Ergebnisstandards“, die stets neben Struktur- und Prozeßstandards aufgeführt werden, in aller Regel keine personenbezogenen Ergebnisstandards im eigentlichen Sinne darstellen, sondern vielfach lediglich Struktur- oder Prozeßstandards wiederholen: Ergebnisstandard E6 der Expertenstandards zur Sturzprophylaxe etwa verlangt: „Jeder Sturz ist dokumentiert und analysiert. In der Einrichtung liegen Zahlen zu Häufigkeit, Umständen und Folgen von Stürzen vor.“²⁸⁰² Dieser Standard stellt sich letztlich nur als eine Umformulierung des Prozeßstandards P6 dar: „Die Pflegefachkraft dokumentiert systematisch jeden Sturz, analysiert diesen – gegebenenfalls mit anderen an der Versorgung beteiligten Berufsgruppen – und schätzt die Sturzrisikofaktoren neu ein.“²⁸⁰³

Ungeachtet des weitgehenden Fehlens von Ergebnisqualitätsparametern bestimmt aber § 114 Abs. 2 S. 3 SGB XI für die Prüftätigkeit des MDK, daß die Regelprüfungen – in Abkehr von den bisher auf der Struktur- und Prozeßqualität gelegenen Prüfungsschwerpunkten²⁸⁰⁴ – nunmehr insbesondere die Ergebnisqualität, d.h. den Pflegezustand und die Wirksamkeit der Pflege- und Betreuungsmaßnahmen zu erfassen haben. Angesichts des beschriebenen Defizits ist jedoch zweifelhaft, ob der MDK die Ergebnisqualität hinreichend valide beurteilen können wird.²⁸⁰⁵ Auch das vom MDK eingesetzte Prüfinstrument, die Qualitätsprüfungsrichtlinien und dessen Anlage 2 (Erhebungsbogen in der stationären Pflege),²⁸⁰⁶ sind nicht geeignet, die Ergebnisqualität zureichend abzubilden. Meßbare Ergebnisse in Bezug auf die Versorgung der Bewohner, insbesondere die Feststellung von deren Zufriedenheit und Aussagen zu ihrer Lebensqualität, fehlen weitgehend. Die starke Orientierung an Kriterien der Struktur- und Prozeßqualität sowie die Dominanz klinisch-medizinischer Aspekte²⁸⁰⁷ im Bereich der Prozeß- und Ergebnisqualität lassen die Prüfinstrumente auch als ungeeignet erscheinen, die tatsächliche Pflegequalität im Sinne der Ergebnisqualität abzubilden.²⁸⁰⁸ Dieses Defizit setzt sich in den Prüfberichten fort, die überdies auch durch ihre überwiegende Defizitorientiert-

2802 *Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege* [Hrsg.], Expertenstandard Sturzprophylaxe in der Pflege, S. 28 f.

2803 *Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege* [Hrsg.], Expertenstandard Sturzprophylaxe in der Pflege, S. 28.

2804 *Klie*, in: *Klie/Krahmer* [Hrsg.], SGB XI, § 114 Rn. 6.

2805 Dazu näher *Klie*, in: *Klie/Krahmer* [Hrsg.], SGB XI, § 114 Rn. 6.

2806 S. oben, S. 466.

2807 Vgl. *Görres/Hasseler/Mittnacht*, Gutachten zur den MDK-Qualitätsprüfungen, S. 50.

2808 *Görres/Hasseler/Mittnacht*, Gutachten zur den MDK-Qualitätsprüfungen, S. 6 f., bezogen auf die Qualitätsprüfungsrichtlinien vom 10. November 2005, die sich in dieser Hinsicht allerdings nicht wesentlich von den aktuellen Richtlinien vom 11. Juli 2009 unterscheiden.

heit²⁸⁰⁹ kaum Aussagekraft für die tatsächliche Lebenssituation der Pflegebedürftigen besitzen.²⁸¹⁰ Vor diesem Hintergrund gab das SG München mittlerweile auch dem Antrag eines Heimbetreibers auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die Veröffentlichung eines Prüfberichts statt, der auf Basis der genannten Qualitätsprüfungsrichtlinien erstellt worden war.²⁸¹¹

Eine unmittelbare Bezugnahme auf die Ergebnisqualität findet sich nunmehr ausdrücklich auch auf der Ebene der Zulassung zur pflegerischen Versorgung nach dem SGB XI. Gem. § 72 Abs. 1 Hs. 2 SGB XI kann der Versorgungsvertrag mit einer Einrichtung von den Landesverbänden der Pflegekassen mit einer Frist von einem Jahr ganz oder teilweise unter anderem dann gekündigt werden, wenn die zugelassene Pflegeeinrichtung ihre Pflicht wiederholt gröblich verletzt, Pflegebedürftigen ein möglichst selbständiges und selbstbestimmtes Leben zu bieten, die Hilfen darauf auszurichten, die körperlichen, geistigen und seelischen Kräfte der Pflegebedürftigen wiederzugewinnen oder zu erhalten und angemessenen Wünschen der Pflegebedürftigen zur Gestaltung der Hilfe zu entsprechen. Angesichts der mit dem Entzug der Zulassung verbundenen Konsequenzen dürfte die Ausübung dieses Kündigungsrechts in der Praxis freilich auf Extremfälle beschränkt bleiben. Nichtsdestotrotz zeigt auch diese Vorschrift, daß Aspekte der Ergebnisqualität auch im Leistungserbringungsrecht eine zunehmend stärkere Betonung erfahren.

Ein relativ neues Steuerungsinstrument, das der Einflußnahme auf die Ergebnisqualität zuzuordnen ist, wurde mit dem Pflegeweiterentwicklungsgesetz in das Recht der sozialen Pflegeversicherung aufgenommen. Nach § 87a Abs. 4 SGB XI erhalten Pflegeeinrichtungen zusätzlich zum Pflegesatz eine Einmalzahlung von 1.536 Euro, wenn der Pflegebedürftige nach der Durchführung aktivierender oder rehabilitativer Maßnahmen in eine niedrigere Pflegestufe oder von erheblicher zu nicht erheblicher Pflegebedürftigkeit zurückgestuft werden konnte. Der Betrag ist zurückzuzahlen, wenn der Pflegebedürftige in den nächsten sechs Monaten wieder einer höheren Pflegestufe zugeordnet wird. Dieses Steuerungsinstrument setzt somit auf einen finanziellen Anreiz, der die Bemühungen der Pflegeeinrichtungen fördern soll, Verbesserungen im Gesundheitszustand der Pflegebedürftigen zu erzielen bzw. Verschlechterungen zu vermeiden.²⁸¹² Ein vergleichbares anreizbasiertes Steuerungselement existiert in der englischen Rechtsordnung jedenfalls nicht als ein zwingendes, für alle Einrichtungen geltendes Instrument.

3. Sonstige ergebnisqualitätsbezogene Steuerungsinstrumente

Wie in England in Gestalt der Publikationstätigkeit des SCIE werden die ordnungs- und vertragsrechtlichen Instrumente zur Steuerung der Ergebnisqualität auch in Deutschland durch den Einsatz diverser informationsbasierter Mechanismen ergänzt. Zu

2809 Vgl. *Görres/Hasseler/Mittnacht*, Gutachten zur den MDK-Qualitätsprüfungen, S. 42 ff.

2810 *Görres/Hasseler/Mittnacht*, Gutachten zur den MDK-Qualitätsprüfungen, S. 6 f.

2811 SG München, Beschluß vom 27. Januar 2010 – S 29 P 24/10 ER; hierzu ausführlich unten, S. 500 f.

2812 Hierzu auch *Igl*, Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung, NJW 2008, S. 2214 f.

erwähnen ist beispielsweise die vom BMG und dem BMFSFJ seit dem Jahr 2003 initiierte Zusammenkunft von Vertretern aus Verbänden, Ländern und Kommunen, Praxis und Wissenschaft im Rahmen des sogenannten „Runder Tisch Pflege“. Die Initiative hatte das Ziel, praxisnahe Handlungsempfehlungen für die Verbesserung der Pflegequalität zu geben. Die Ergebnisse des Runder Tisch Pflege wurden im Herbst 2005 veröffentlicht und haben den Charakter unverbindlicher, aber fachlich begründeter Forderungen und Empfehlungen, die mit Umsetzungsbeispielen aus der Pflegepraxis unterlegt sind. Sie wenden sich unter anderem an die Leistungserbringer und beziehen sich inhaltlich zum Teil auch auf die Verbesserung der Ergebnisqualität.²⁸¹³

Ein weiteres Beispiel bildet der im Sommer 2008 gemeinsam vom BMG und dem BMFSFJ an das Institut für Pflegewissenschaft an der Universität Bielefeld und das Kölner Institut für Sozialforschung und Gesellschaftspolitik GmbH vergebene Forschungsauftrag zur Entwicklung und Erprobung von Instrumenten zur Beurteilung der Ergebnisqualität in der stationären Altenhilfe.²⁸¹⁴ Im Mittelpunkt dieses Forschungsauftrags, der bis Ende November 2010 abgeschlossen sein soll, steht die Identifizierung von Indikatoren für die Ergebnisqualität sowie Entwicklung von Instrumenten und Verfahren zur strukturierten Messung der Ergebnisqualität. Hierin könnte ein wichtiger, informationsbasierter Beitrag zur Behebung des oben erwähnten Defizits an validen und reliablen Indikatoren für die Bestimmung der Ergebnisqualität liegen.

IV. Qualitätsdimensionenübergreifende Implementations- und Durchsetzungsmechanismen

Als bereichsübergreifende Mechanismen zur Steuerung der Pflegequalität wurden in Bezug auf die englische Rechtsordnung verschiedene Instrumente dargestellt, deren Schwerpunkt nicht auf einer der drei Qualitätsdimensionen von Struktur-, Prozeß- oder Ergebnisqualität liegt, sondern die alle Qualitätsdimensionen gleichermaßen betreffen können. Hierbei handelt es sich zumeist um Mechanismen, die der Ebene der Durchsetzung und Implementation von Qualitätsanforderungen zuzuordnen sind. Solche Steuerungsmechanismen finden sich auch in Deutschland.

1. Heiminterne Steuerungsansätze

Ähnlich wie in England sind solche Instrumente auch in Deutschland zunächst im heiminternen Bereich vorzufinden.

2813 Vgl. etwa die *Deutsches Zentrum für Altersfragen*, Runder Tisch Pflege. Arbeitsgruppe II, Empfehlungen und Forderungen zur Verbesserung der Qualität in der Stationären Pflege und Betreuung, S. 6, Empfehlung 1.2.: „Der *Runde Tisch Pflege* empfiehlt stationären Einrichtungen, Konzepte umzusetzen, die in hohem Maße den Lebensgewohnheiten der Bewohnerinnen und Bewohner sowie deren Bedürfnissen nach Privatheit, Sicherheit und Geborgenheit Rechnung tragen.“

2814 S. <<http://www.uni-bielefeld.de/gesundhw/ag6/projekte/ergebnisqualitaet.html>>.

a. Heiminternes Qualitäts- und Beschwerdemanagement

Einer der zentralen bereichsübergreifenden Implementationsmechanismen in England besteht darin, daß die Heime zur Einführung und Anwendung eines internen Qualitätsmanagements verpflichtet sind und überdies einmal jährlich einen Bericht bei der Heimaufsichtsbehörde vorzulegen haben, in dem sie eine Selbsteinschätzung der Qualität in ihrem Heim abgeben.²⁸¹⁵ Derartige Instrumente, die sowohl Elemente der prozeduralen Steuerung als auch der regulierten Selbstregulierung aufweisen, sind auch in Deutschland vorgesehen: Art. 3 Abs. 3 Ziffer 3 PflWoqG etwa schreibt für stationäre Pflegeeinrichtungen zwingend die Einführung eines internen Qualitätsmanagements vor. Im Unterschied zu England ergibt sich eine derartige Verpflichtung zudem aus dem Leistungserbringungsrecht (§ 112 SGB XI), das sie überdies zur Voraussetzung für die Zulassung zur Versorgung durch einen Versorgungsvertrag macht, §§ 72 Abs. 3 S. 1 Ziff. 3, 113 SGB XI. Diese Regelung, die zum 1. Januar 2002 durch das Pflegequalitätssicherungsgesetz²⁸¹⁶ eingeführt wurde, ist Ausdruck der Absicht des Gesetzgebers, Pflegequalität nicht „von außen in die Heime hineinzuprüfen“, sondern sie heimintern in der eigenen Verantwortung der Leistungserbringer zu generieren.²⁸¹⁷

Die Anforderungen an das interne Qualitätsmanagement schreibt der Gesetzgeber nicht selbst vor, sondern überläßt sie der Vereinbarung durch die Pflegeselbstverwaltung, d.h. er stellt sie in die selbstregulatorische Verantwortung der Vereinbarungspartner der Grundsätze und Maßstäbe zur Sicherung der Pflegequalität nach § 113 SGB XI. Welches der zahlreichen Qualitätsmanagementsysteme anzuwenden ist, wird auch in den Grundsätzen und Maßstäben nach § 113 SGB XI nicht vorgeschrieben, so daß – wie auch in England – die Wahl durch die Heimbetreiber selbst getroffen werden kann. Im Unterschied zu England ist in Deutschland keine regelmäßige Übermittlung von Berichten über die eigene Einschätzung der Qualität in den Heimen vorgeschrieben, auch die Reaktion auf erkannte Qualitätsdefizite ist nicht in gleicher Weise formalisiert, wie dies in England mit den sog. *improvement plans* der Fall ist.²⁸¹⁸

Mit dem Beschwerdemanagement schreibt Art. 3 Abs. 3 Ziffer 3 PflWoqG ein weiteres, heimintern wirkendes, bereichsübergreifendes Steuerungsinstrument vor. Dieses zielt ebenfalls darauf ab, Defizite möglichst frühzeitig erkennen und abstellen zu können, bevor externe aufsichtliche Mittel erforderlich werden. Dieses Beschwerdemanagement, das auch im englischen Heimaufsichtsrecht bekannt ist,²⁸¹⁹ fügt sich in das interne Qualitätsmanagement ein.²⁸²⁰ Indem es das Engagement der Bewohner zu Zwecken der Qualitätssicherung einbezieht, hängt seine Effektivität maßgeblich von der

2815 Ausführlich hierzu oben, S. 325 f.

2816 Gesetz zur Qualitätssicherung und zur Stärkung des Verbraucherschutzes in der Pflege v. 9. September 2001, BGBl. I S. 2320.

2817 Vgl. BT-Drs. 14/5395, S. 28.

2818 Vgl. oben, S. 247 f.

2819 Siehe oben, S. 325 f.

2820 Vgl. auch *Burmeister* u.a., Bayerisches Pflege- und Wohnqualitätsgesetz, Art. 3 Rn. 70, der das Beschwerdemanagement als Teil des Qualitätsmanagements sieht.

Initiative der Bewohner ab. Hinsichtlich der genauen Vorgehensweise und der Umsetzung des Beschwerdemanagements ist der Gesetzgeber erneut zurückhaltend.

Dem Vorbeugen bzw. frühzeitigen Aufdecken von Qualitätsmängeln dient schließlich auch die in Art. 3 Abs. 3 Ziffer 4 PflWoqG vorgeschriebene Supervision, die der Heimträger den Beschäftigten bei Bedarf anzubieten hat.²⁸²¹ Sie setzt an der Eigenreflexion der Pflegekräfte über ihre berufliche Tätigkeit an und ist – wie oben geschildert – in Form der Qualitätsüberwachung durch den Heimbetreiber sowie dem ausdrücklich normierten Recht der Pflegekräfte, sich bei Pflegemängeln an die Heimleitung zu wenden, auch im englischen Recht der stationären Langzeitpflege bekannt.²⁸²²

Anders als in England greift neben dem Ordnungsrecht auch das Leistungserbringungsrecht das Instrument des internen Qualitäts- und Beschwerdemanagements auf, und zwar mittels der kooperativ vereinbarten Gemeinsamen Grundsätze und Maßstäbe zur Qualität und Qualitätssicherung vom 16.12.2003.²⁸²³ Nach deren Ziffer 1.4 sind die Einrichtungsträger dafür verantwortlich, daß Maßnahmen zur internen Sicherung der Struktur-, Prozeß- und Ergebnisqualität durchgeführt werden. Ferner sieht auch die Prüfanleitung des MDK eine Kontrolle der Einrichtungen auf das Vorhandensein interner Qualitäts- und Beschwerdemanagementkonzepte vor.²⁸²⁴

An der Schnittstelle von internen und externen Maßnahmen der Qualitätssteuerung stehen Zertifizierungen der im Heim erbrachten Leistungen bzw. der dort angewandten Qualitätsmanagementsysteme. Obgleich sie durch externe Anbieter vergeben werden (wie etwa durch den TÜV im Falle der Zertifizierung nach DIN EN ISO 9000), können sie der heiminternen Sphäre zugeordnet werden, weil die maßgebliche Initiative hierzu sowie die Implementierung der dahinterstehenden Systeme von den betreffenden Einrichtungsträgern ausgeht. Ob in zertifizierten Einrichtungen letztlich eine bessere Pflegequalität anzutreffen ist, konnte bislang nicht eindeutig beantwortet werden.²⁸²⁵ Ein in England in dieser Form nicht anzutreffender Anreizmechanismus, Prüfungen durch unabhängige Dritte durchführen zu lassen, besteht darin, daß sowohl das Pflegeversicherungsrecht (vgl. § 114 Abs. 4 SGB XI) als auch das Heimaufsichtsrecht (vgl. etwa Art. 11 Abs. 4 PflWoqG) eine Reduzierung des Prüfungsumfangs (im Bereich der Struktur- und Prozeßqualität) durch den MDS bzw. der Prüfintervalle durch die Heimaufsicht vorsehen, wenn mittels der selbst veranlaßten Prüfungen die Einhaltung der strukturellen und prozeduralen Anforderungen an die Erbringung von Pflegeleistungen nachgewiesen werden kann.

2821 Zu den entsprechenden Bedarfsmomenten näher *Burmeister* u.a., Bayerisches Pflege- und Wohnqualitätsgesetz, Art. 3 Rn. 72.

2822 Vgl. oben, S. 283, 327.

2823 S. oben, S. 462 ff.

2824 Vgl. Ziffern und 6.4 ff. und 6.14 von Anlage 2 zu den Qualitätsprüfungs-Richtlinien des GKV-Spitzenverbands vom 11. Juni 2009 (s. oben, Fn. 2695).

2825 *Ollenschläger*, *Institutionalisierung*, S. 84, berichtet von einer höheren Qualität zertifizierter Einrichtungen, wohingegen der MDS diesen keine nennenswert verbesserte Versorgungsqualität konstatiert, vgl. *Medizinischer Dienst der Spitzenverbände der Krankenversicherung e. V.*, 2. Bericht des MDS nach § 118 Abs. 4 SGB XI, S. 22.

b. Heimbeiräte

Ein in der englischen stationären Langzeitpflege in dieser Form nicht vorgesehenes Instrument der Qualitätssteuerung liegt in der Mitwirkung von Heimbewohnern durch institutionalisierte Bewohnervertretungen, deren Bildung die Heimaufsichtsgesetze (z.B. § 10 HeimG, Art. 9 PflWoqG) vorschreiben. Über diese Heimbeiräte, die die Interessen der Bewohner „in Angelegenheiten des Betriebs“ (§ 10 Abs. 1 S. 1 HeimG, Art. 9 Abs. 1 S. 1 PflWoqG) der stationären Einrichtung zur Geltung bringen sollen, wirken die Bewohner unter anderem bezüglich Fragen der Unterkunft, der Verpflegung, der sozialen Betreuung oder etwaiger baulicher Veränderungen der Einrichtung mit. Die Partizipationsmöglichkeiten erstrecken sich darüber hinaus aber auch auf die Qualitätssicherung.²⁸²⁶

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll der Heimbetreiber dadurch auf Erfahrungen und Anregungen der Heimbewohner zurückgreifen können, um die Qualität der erbrachten Leistungen zu überprüfen und zu verbessern.²⁸²⁷ Die Effektivität dieses Instruments hängt freilich im Wesentlichen vom Engagement und Sachverstand der Mitglieder der Bewohnervertretungen ab. Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber für die Vertretungen die Möglichkeit zur Hinzuziehung fach- und sachkundiger Personen geschaffen (vgl. § 10 Abs. 1 S. 4 HeimG, Art. 9 Abs. 1 S. 2 PflWoqG). Ferner wurde Angehörigen oder sonstigen Vertrauenspersonen der Bewohner ein passives Wahlrecht zum Heimbeirat eingeräumt (vgl. § 10 Abs. 5 S. 2 HeimG, § 3 Heimmitwirkungsverordnung).²⁸²⁸

Art, Umfang und Form der Mitwirkung ist der Regelung durch Rechtsverordnungen vorbehalten. § 32 der auf Grundlage des HeimG erlassenen Heimmitwirkungsverordnung²⁸²⁹ sieht zur Verwirklichung der Mitwirkung Informations- und Beratungsrechte des Heimbeirats sowie die Pflicht des Heimbetreibers vor, entsprechende Maßnahmen vor ihrer Durchführung rechtzeitig und mit dem Ziel einer Verständigung mit dem Heimbeirat zu erörtern. Die Anregungen des Heimbeirats muß der Heimbetreiber in seine Überlegungen einbeziehen.²⁸³⁰ Weitere Durchsetzungsmöglichkeiten im Sinne einer zwingenden Mitbestimmung, die dem Heimträger eine Durchsetzung von Maßnahmen gegen den Willen der Bewohnervertretung verwehren würde, sind demgegen-

2826 So ausdrücklich § 10 Abs. 1 S. 2 HeimG. Gleiches gilt – trotz fehlender ausdrücklicher Nennung im Gesetzeswortlaut – auch im Anwendungsbereich des PflWoqG, s. *Burmeister* u.a., Bayerisches Pflege- und Wohnqualitätsgesetz, Art. 10 Rn. 5.

2827 BT-Drs. 14/5399, S. 25.

2828 *Crößmann/Iffland/Mangels*, HeimG, § 10 Rn. 7, weisen auf die nicht ganz von der Hand zu weisen Gefahr hin, daß Angehörige in Einzelfällen ein Interesse an der Verringerung der Pflegegebühren haben und deshalb im Heimbeirat die Interessen der Bewohner hinter ihren eigenen zurücktreten lassen könnten.

2829 Verordnung über die Mitwirkung der Bewohnerinnen und Bewohner in Angelegenheiten des Heimbetriebes in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Juli 2002, BGBl. I S. 2896.

2830 Für das PflWoqG fehlt eine konkretisierende Rechtsverordnung bislang, für den Geltungsbereich dieses Gesetzes bleibt vorübergehend die Heimmitwirkungsverordnung anwendbar, Art. 27 Abs. 2 PflWoqG.

über nicht vorgesehen. Insofern ist die Einrichtung von Bewohnervertretungen als Institutionalisierung des Meinungs-, Informations- und Erfahrungsaustauschs zwischen Heimbetreiber und Heimbewohnern zu sehen. Die gesetzlich vorgeschriebene Errichtung von Heimbeiräten ist demgemäß als Instrument der informationsbasierten, persuasiven Steuerung zu klassifizieren.

Während es in England keine unmittelbare Parallele zu den Bewohnervertretungen nach den deutschen Heimgesetzen gibt, finden sich dort nunmehr in Gestalt der *Local Involvement Networks* („LINKs“) zumindest auf kommunaler Ebene erste Ansätze einer Partizipation der Betroffenen.²⁸³¹ Die den „LINKs“ zugeordneten Funktionen unterscheiden sich von den Heimvertretungen jedoch wesentlich darin, daß ihre Mitwirkung grundsätzlich einrichtungsübergreifend ausgerichtet ist und sich auf die Versorgungssituation in der Kommune insgesamt bezieht.

2. Heimexterne Steuerungsansätze

a. Einräumung von Wahlrechten

Wettbewerbsbasierte Steuerungsinstrumentarien nehmen in der bereichsübergreifenden Qualitätssteuerung in Deutschland eine ähnlich bedeutende Rolle ein wie in England. Grundvoraussetzung für die Entstehung eines Qualitätswettbewerbs unter den Heimen ist das Bestehen entsprechender Wahlmöglichkeiten zwischen verschiedenen stationären Einrichtungen. Für Leistungen der Pflegeversicherung bestimmt § 2 Abs. 2 SGB XI, daß Pflegebedürftige zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger wählen können. Adressat dieses Wahlrechts ist die Pflegekasse, deren Auswahlermessen sich bei der Bestimmung des Leistungserbringers grundsätzlich auf das entsprechende, vom Pflegebedürftigen favorisierte Heim reduziert.²⁸³² Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß die Wahl der betreffenden Einrichtung nicht mit unverhältnismäßigen Mehrkosten verbunden ist, vgl. § 33 S. 2 SGB I.²⁸³³ Angesichts der Deckelung der von der Pflegeversicherung übernommenen, pauschalierten Leistungsbeträge dürfte dem Mehrkostenvorbehalt aber zumindest dann, wenn die stationäre Versorgung als erforderliche Leistungsart feststeht und es nur um die Wahl zwischen verschiedenen Einrichtungen geht, letztlich keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen.

Weil mit dem Recht einer zugelassenen Einrichtung auf pflegerische Versorgung die Pflicht zur Versorgung innerhalb des jeweiligen Versorgungsauftrags einhergeht (§ 72 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 SGB XI), ist eine Ablehnung des Bewohners durch eine Einrichtung nur dann zulässig, wenn das spezielle Pflegekonzept der Einrichtung einer Versorgung entgegensteht. Hierdurch sollen die Pflegebedürftigen unter einer möglichst großen

2831 Siehe hierzu ausführlich oben, S. 346 ff.

2832 OVG Hamburg, Urt. v. 17. Dezember 1987, FEVS 37 (1988), 282, 286; *Neumann*, in: Schuljin [Hrsg.], Handbuch des Sozialversicherungsrechts. Pflegeversicherungsrecht, § 20 Rn. 44.

2833 Dazu *Neumann*, in: Schuljin [Hrsg.], Handbuch des Sozialversicherungsrechts. Pflegeversicherungsrecht, § 20 Rn. 46.

Vielfalt an Pflegeeinrichtungen wählen können.²⁸³⁴ Die Möglichkeit zur Wahl zwischen verschiedenen stationären Einrichtungen besteht grundsätzlich auch beim (ausschließlichen oder aufstockenden) Bezug von Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII. Angemessenen Wünschen der Pflegeleistungsberechtigten in Bezug auf die Gestaltung der Leistungen soll gem. § 9 Abs. 2 S. 1 SGB XII entsprochen werden. Der Wunsch kann sich allerdings nur auf diejenigen Einrichtungen beziehen, mit denen Leistungsvereinbarungen bestehen, vgl. § 75 Abs. 3, 5 SGB XII.²⁸³⁵ Das Wahlrecht findet zudem dort seine Grenze, wo es mit unverhältnismäßigen Mehrkosten für den Sozialhilfeträger verbunden ist, § 9 Abs. 2 S. 3 SGB XII. Dabei führt das Bestehen von Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen nach § 75 Abs. 3 SGB XII nicht automatisch dazu, daß die Kostenbelastung bei Wahl des betreffenden Heims automatisch als angemessen anzusehen wäre.²⁸³⁶ Ähnlich wie in England, wo die Kommunalbehörden lediglich für *standard fees* aufkommen,²⁸³⁷ ist auch bei der Ermittlung angemessener Kosten im Rahmen von § 9 Abs. 2 S. 3 SGB XII auf die Durchschnittskosten (in einem überregionalen Vergleich) abzustellen.²⁸³⁸ In den Vergleich dürfen allerdings nur solche Einrichtungen einbezogen werden, die der im Einzelfall vorliegenden Bedarfssituation gerecht werden.²⁸³⁹ Solange sämtliche dieser Einrichtungen geeignete Leistungen erbringen, die den aufsichtsrechtlichen und den in den Leistungserbringungsverträgen festgelegten Anforderungen entsprechen, müssen darüber hinausgehende und von der konkreten Bedarfssituation losgelöste Qualitätsunterschiede, die sich etwa in Gestalt unterschiedlicher Prüfbewertungen ausdrücken, bei der Beurteilung der Angemessenheit von Mehrkosten nach der hier vertretenen Auffassung jedoch grundsätzlich außer Betracht bleiben. Grund hierfür ist, daß die Leistungsverpflichtung auch der stationären Hilfe zur Pflege nicht auf eine optimale Versorgung mit der bestmöglichen Qualität, sondern auf eine angemessene, dem allgemein anerkannten Stand medizinisch-pflegerischer Kenntnisse entsprechende Pflege gerichtet ist.²⁸⁴⁰ Dieser Standard ist unter den beschriebenen Bedingungen aus leistungsrechtlicher Sicht als gewahrt anzusehen. Damit lassen sich Mehrkosten nicht bereits durch einen Qualitätsvorsprung rechtfertigen. Sie sind vielmehr nur dann angemessen, wenn ohne ihre Übernahme eine geeignete und dem allgemein anerkannten Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse entsprechende Leistungserbringung nicht sichergestellt wäre.

Ähnlich wie in England, wo die Kommunalbehörden lediglich die Standardgebührensätze übernehmen und Zuzahlungen im Wesentlichen nur durch Dritte möglich

2834 *Plantholz/Schmäing*, in: Klie [Hrsg.], SGB XI, § 72 Rn. 8, 21.

2835 *Luthe*, in Hauck/NoFz [Hrsg.], SGB XI, K § 9 Rn. 21.

2836 *Luthe*, in Hauck/NoFz [Hrsg.], SGB XI, K § 9 Rn. 30.

2837 Vgl. oben, S. 187.

2838 BVerwG, Urt. v. 11. Februar 1982, E 65, 52, 55 f.

2839 *Luthe*, in Hauck/NoFz [Hrsg.], SGB XI, K § 9 Rn. 31.

2840 Dies wird im SGB XII zwar nicht so ausdrücklich normiert wie im SGB XI, dürfte aber letztlich aus den Verweisen in § 61 Abs. 2 S. 1 und Abs. 6 SGB XII auf „die Regelungen der Pflegeversicherung für die in § 28 Abs. 1 Nr. 1, 5 bis 8 des Elften Buches aufgeführten Leistungen“ folgen. Anders *Bieback*, Qualitätssicherung, S. 62 f.

sind,²⁸⁴¹ wird daher auch in Deutschland das Wahlrecht aufgrund der gedeckelten Leistungen der Pflegeversicherung durch unterschiedliche Gebühreenniveaus der Pflegeheime faktisch eingeschränkt – unabhängig davon, ob die Differenz zu den gesamten Kosten des Heimaufenthalts vollständig privat oder ganz oder teilweise als aufstockende Sozialhilfeleistungen bezogen werden. Gerade für Pflegebedürftige mit sehr spezifischen Bedarfskonstellationen kann daher die Verpflichtung zur Wahrung der Trägervielfalt und die (mittlerweile oft zielgerichtet auf bestimmte Sonderbedarfe zugeschnittene) Investitionskostenförderung eine grundlegende Bedeutung für das Vorhandensein von Wahlmöglichkeiten erlangen. Gerade auch die Pflegewohngelder, die manche Länder als Teil der Investitionskostenförderung vorsehen, statten die Anspruchsberechtigten mit einer gewissen „Nachfragemacht“ aus, die ihre Position am Pflegemarkt stärkt.²⁸⁴² Durch die Infrastrukturfördermaßnahmen erhöht sich somit die Zahl der Einrichtungen, die für den Pflegebedürftigen unter Berücksichtigung seiner finanziellen Leistungsfähigkeit in Betracht kommen. In diesem Zusammenhang darf allerdings auch nicht außer acht gelassen werden, daß sich andererseits eine zwischen den Heimen ungleich verteilte Investitionskostenförderung negativ auf das Wahlrecht auswirken kann.²⁸⁴³

Insgesamt betrachtet ist festzustellen, daß marktbasierende Instrumente der Qualitätssteuerung in Deutschland in vergleichbarer Weise wie in England Anwendung finden. Auch das deutsche Langzeitpflegesystem geht bei der Nutzbarmachung von Marktmechanismen aber freilich über die bloße Einräumung von Wahlrechten hinaus. Wie im Folgenden gezeigt wird, werden zur Steigerung der Effektivität der Wahlrechte verschiedene Maßnahmen eingesetzt, die den in England verwendeten Mechanismen stark ähneln.

b. Unterstützende Einflußnahme auf die Ausübung von Wahlrechten

Im englischen Länderbericht wurde vor allem auf informationsbasierte Instrumente hingewiesen, die gewissermaßen „flankierend“ zur Effektivierung der qualitätssteuernden Marktmechanismen eingesetzt werden. Vergleichbare Steuerungsansätze finden sich auch in Deutschland, nämlich einerseits in Gestalt von Informationspflichten der Heimbetreiber gegenüber den Bewohnern und andererseits in Form von Informationen, die staatliche Stellen den Pflegebedürftigen zukommen lassen.

aa. Informationsgewährung durch staatliche Akteure

Derartige Instrumente enthält etwa das Heimaufsichtsrecht. § 4 HeimG bzw. Art. 16 PflWoqG normieren eine Pflicht der Heimaufsichtsbehörden zur allgemeinen, präventiven Beratung von Bewohnern, Heimplatzsuchenden und deren Verwandten über die verschiedenen Einrichtungen, deren Leistungen sowie die Rechte und Pflichten der Be-

2841 Siehe oben, S. 187.

2842 So auch *Propp/Kuhn-Zuber*, Umstellung der Investitionskostenförderung in der stationären Pflege, RsDE 59 (2005), S. 7.

2843 Vgl. etwa *Schulin*, Die soziale Pflegeversicherung des SGB XI – Grundstrukturen und Probleme, NZS 1994, S. 439 f.

wohner. § 2 Abs. 4 SGB XI verpflichtet darüber hinaus die Pflegekassen, Pflegebedürftige auf ihre Wahlrechte, beispielsweise zwischen verschiedenen Einrichtungen, hinzuweisen. Dies ähnelt den von den englischen Kommunalbehörden für ihr jeweiliges Gebiet vorgehaltenen Verzeichnissen und Checklisten bezüglich der verfügbaren Pflegeeinrichtungen.²⁸⁴⁴

Als zentrales Element der Unterstützung von Pflegebedürftigen bei der Ausübung ihrer Wahlrechte wurde im englischen Länderbericht die Veröffentlichung von Prüfberichte durch die Aufsichtsbehörde sowie die Vergabe sog. „*star ratings*“ beschrieben.²⁸⁴⁵ Diese Maßnahmen sollen Heimbewohnern und Interessenten eine Entscheidungsbasis geben, mit deren Hilfe sie auch die Leistungsqualität der betreffenden Einrichtungen in ihre Auswahlentscheidung einbeziehen können. Die in England vorzufindende Kombination aus der Veröffentlichung von Prüfergebnissen sowie deren Aufbereitung in ein leicht verständliches Bewertungssystem sieht nunmehr auch die deutsche Rechtsordnung vor. Dies gilt zum einen – auf der Ebene des Leistungserbringungsrechts der Pflegeversicherung – für die Prüfergebnisse des MDK (§ 115 Abs. 1a SGB XI) und zum anderen – auf heimaufsichtsrechtlicher Ebene – für die Prüfberichte beispielsweise der bayerischen Heimaufsicht, der FQA (Art. 6 Abs. 2 PflWoqG).

Der mit dem Pflegeweiterentwicklungsgesetz eingeführte § 115 Abs. 1a SGB XI sieht vor, daß die Prüfberichte des MDK für die Pflegebedürftigen und deren Angehörigen in verständlicher, übersichtlicher und vergleichbarer Form öffentlich gemacht werden.²⁸⁴⁶ Dieses Instrument verfolgt das Ziel, mehr Transparenz über die von den Einrichtungen erbrachten Leistungen herzustellen und diese Informationen barrierefrei ohne großen Aufwand zugänglich zu machen.²⁸⁴⁷ Auf diese Weise soll eine den Qualitätswettbewerb unterstützende „Konsumentensouveränität“²⁸⁴⁸ geschaffen werden. § 115 Abs. 1a S. 1 SGB XI betont, daß die von den Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen insbesondere „hinsichtlich der Ergebnis- und Lebensqualität“ veröffentlicht werden sollen. Die Kriterien für die Veröffentlichung, die zwischen dem Spitzenverband Bund der Pflegekassen, der Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtliche Träger der Sozialhilfe und der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände auf der einen Seite sowie den Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene auf der anderen Seite unter Beteiligung des MDS kooperativ durch Vereinbarung festzulegen sind, wurden am 17. Dezember 2008 als sog. „Transparenzvereinbarung“ beschlossen.²⁸⁴⁹ Die Transparenzkriterien bilden eine Teilmenge der MDK-Prüfkriterien und

2844 Vgl. oben, S. 354.

2845 Vgl. oben, S. 355 ff.

2846 Vgl. hierzu *Hanika*, Normative Anforderungen an Qualitätsberichte, PflR 2008, S. 362 ff.

2847 *Pick/Brüggemann*, Qualitäts-Prüfungsrichtlinien, RDG 2009, 206.

2848 *Hense*, in: Fehling/Ruffert [Hrsg.], Regulierungsrecht, S. 923.

2849 Vereinbarung nach § 115 Abs. 1a Satz 6 SGB XI über die Kriterien der Veröffentlichung sowie die Bewertungssystematik der Qualitätsprüfungen der Medizinischen Dienste der Krankenversicherung sowie gleichwertiger Prüfergebnisse in der stationären Pflege (Pflege-Transparenzvereinbarung stationär) vom 17. Dezember 2008, <http://www.mds-ev.de/media/pdf/Transparenzvereinbarung_stationaer_Stand_17_12_2008.pdf>.

bestehen aus 82 Einzelaspekten, die in die Untergruppen „Pflege und medizinische Versorgung“, „Umgang mit demenzkranken Bewohnern“, „soziale Betreuung und Alltagsgestaltung“, „Wohnen, Verpflegung, Hauswirtschaft und Hygiene“ und „Befragung der Bewohner“ unterteilt sind. Aus den 64 Kriterien der ersten vier Qualitätsbereiche wird ein Gesamtergebnis gebildet. Die Ergebnisse der Bewohnerbefragung werden in einer gesonderten Bereichsnote ausgewiesen. Sämtliche Ergebnisse werden in Noten von „sehr gut“ bis „mangelhaft“ dargestellt und nach einem bestimmten Vorverfahren, in dem die Einrichtungen Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten,²⁸⁵⁰ unter anderem im Internet veröffentlicht.²⁸⁵¹ Zudem sind die Berichte in den Heimen an gut sichtbarer Stelle auszuhängen (§ 115 Abs. 1a S. 5 SGB XI).

Das Benotungssystem ist sowohl in der Rechtsprechung und der juristischen Literatur als auch in der Praxis auf erhebliche Kritik gestoßen. Bemängelt wird zum einen, daß bislang noch keine angemessenen, die Qualität aussagekräftig abbildenden und für den Laien verständlichen Vergleichskriterien erarbeitet worden seien.²⁸⁵² Ferner wird kritisiert, daß vereinfachende Darstellungen weder intersubjektive Präferenzen noch konzeptionelle Besonderheiten hinreichend wiedergeben könnten.²⁸⁵³ Aufgrund des Fehlens valider Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität in den betreffenden Pflegetransparenzvereinbarungen wurde die Veröffentlichung von Prüfberichten inzwischen von einzelnen erstinstanzlichen Sozialgerichten²⁸⁵⁴ sowie – bezogen auf die ambulante Pflege – vom LSG Berlin-Brandenburg²⁸⁵⁵ als Verletzung von Art. 12 GG angesehen, mit der Folge, daß den betroffenen Einrichtungen einstweiliger Rechtsschutz gegen die Veröffentlichung gewährt wurde. Mit besonderer Deutlichkeit weist das SG München²⁸⁵⁶ auf das derzeitige Fehlen pflegewissenschaftlich gesicherter Erkenntnisse über valide Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität hin:

„Der Wortlaut des § 115 Abs. 1a S. 1 SGB XI, der ‚insbesondere‘ die Ergebnis- und Lebensqualität für die Veröffentlichung hervorhebt, weist darauf hin, dass sich die Veröffentlichungen im Wesentlichen auf diese beiden Qualitätsmerkmale zu beziehen hat [...].

[...] Auslegungshilfen gibt weder der Gesetzgeber [...] noch die Qualitätsprüfungsrichtlinien oder die Pflegetransparenzvereinbarung ambulant. Für Letztere wird sogar im Vorwort extra darauf hingewiesen, dass die Vereinbarung in dem Wissen geschlossen worden ist, dass es derzeit keine pflegewis-

2850 Näher dazu Anlage 4 der Transparenz-Vereinbarung stationär sowie *Pick/Brüggemann*, Qualitäts-Prüfungsrichtlinien, RDG 2009, 2010. Vgl. auch SG Münster, Beschluß vom 18. Januar 2010 – S 6 P 202/09 ER, wonach eine Veröffentlichung unabhängig von der Stellungnahmefrist erst dann geschehen darf, wenn der Sachverhalt im Rahmen des Möglichen sorgsam aufgeklärt ist.

2851 Die Noten werden seit November 2009 auf Internetpräsenzen verschiedener Pflegekassen in frei zugänglichen Datenbanken eingestellt, die alle über das Portal <www.pflegenoten.de> aufgerufen werden können.

2852 *Kühnert*, Stand und Sicherung der Qualität der Pflege, in: Dräther/Jakobs/Rothgang [Hrsg.], Fokus Pflegeversicherung, S. 139. Diesen Gesichtspunkt legen auch die Vertragsparteien im Vorwort der Transparenz-Vereinbarung offen und betrachten die getroffene Vereinbarung daher als vorläufig.

2853 *Klie*, in: *Klie / Kraher* [Hrsg.], SGB XI, § 115 Rn. 5a.

2854 SG Münster, Beschluß vom 18. Januar 2010 – S 6 P 202/09 ER; SG München, Beschluß vom 27. Januar 2010 – S 29 P 24/10 ER.

2855 Beschluß vom 29. März 2010 – L 27 P 14/10 B ER.

2856 Beschluß vom 27. Januar 2010 – S 29 P 24/10 ER.

senschaftlich gesicherten Erkenntnisse über valide Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität der pflegerischen Versorgung in Deutschland gibt' [...]. Der Gesetzgeber selbst geht ebenfalls davon aus, dass entsprechende Indikatoren noch ermittelt werden müssen [...].

Diese Ratlosigkeit setzt sich in den entsprechenden Erhebungsbögen (Anlage 1 zu den Qualitätsprüfungsrichtlinien) fort, da es dort zwar einen Erhebungsbogen zur Prüfung der Prozess- und Ergebnisqualität, nicht aber zur Lebensqualität gibt. Ebenso wenig findet sich Entsprechendes in der Anlage 1 zur Pflegetransparenzvereinbarung ambulant. Zwar finden sich dort im Qualitätsbereich 4 (Befragung der Kunden) durchaus Fragen, die sich mit der Lebensqualität in Verbindung bringen lassen (Respektierung der Privatsphäre, Höflichkeit, Freundlichkeit Zufriedenheit mit den Leistungen, Motivation etc.) die Einordnung in eine einigermaßen plausible Definitions- und Bewertungsgrundlage ist jedoch nicht erkennbar. [...] Alle Prüffelder wurden vom MDK einschließlich der Gesamtnote mit mangelhaft bewertet, nur bei der Kundenbefragung wurde ein "sehr gut" vermerkt. Dieses Ergebnis ist ersichtlich widersinnig. Die Ermittlung valider Indikatoren muss anders aussehen!"

In einer anderen Entscheidung gab das SG München²⁸⁵⁷ dem Antrag eines Heimträgers auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die Veröffentlichung eines Transparenzberichts ebenfalls statt, wählte allerdings einen anderen Begründungsansatz. Das Gericht stellte in diesem Beschluß maßgeblich auf die einschneidende Wirkung der Veröffentlichung auf die grundrechtlich geschützte Berufsausübungsfreiheit ab. Aufgrund der gravierenden Folgen, die mit der Veröffentlichung negativer Transparenzberichte verbunden sein könnten, hätte nach Ansicht des Gerichts aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes nach Art. 20 Abs. 1 GG der Gesetzgeber selbst die „Kriterien der Veröffentlichung einschließlich der Bewertungssystematik“ hinreichend bestimmt regeln müssen, anstatt diese gem. § 115 Abs. 1a S. 6 SGB XI den Vertragsparteien der Selbstverwaltung zur kooperativen Regelung durch Vereinbarung zu überlassen. Aufgrund der Schwere des Grundrechtseingriffs wäre eine gesetzgeberische Delegation – selbst bei einer konkreten gesetzlichen Vorgabe der Kriterien für die Veröffentlichung – nicht auf die Vertragsparteien des § 115 SGB XI, sondern nur auf die in Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG genannten Exekutivorgane zur Regelung im Wege einer Rechtsverordnung zulässig gewesen.

Dieser Argumentation widerspricht allerdings das LSG Sachsen²⁸⁵⁸, das wie einige erstinstanzliche Sozialgerichte²⁸⁵⁹ einstweiligen Rechtsschutz gegen die Veröffentlichung von Transparenzberichten versagte. § 115 Abs. 1a S. 6 SGB XI stelle keine verfassungswidrige Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen dar. Das Grundgesetz enthalte keinen *numerus clausus* von Normsetzungsformen, die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf die Selbstverwaltungsparteien sei ein im Sozialrecht und insbesondere im SGB V üblicher Regelungsmechanismus, dessen Zulässigkeit auch vom Bundesverfassungsgericht nie in Frage gestellt wurde. Selbst wenn diese Auffassung im Ergebnis jedenfalls praxisgerecht ist, weil bezweifelt werden muß, daß im Verordnungswege gleichermaßen sachkompetente Regelungen wie von den Selbstverwaltungsparteien getroffen würden, so kann die Entscheidung des LSG Sachsen aus einem

2857 Beschluß vom 13. Januar 2010 – S 19 P 6/10 ER.

2858 LSG Sachsen, Beschluß vom 24. Februar 2010 – L 1 P 1/10 B ER.

2859 SG Bayreuth, Beschluß vom 11. Januar 2010 – S 1 P 147/09 ER; SG Regensburg, Beschluß vom 4. Januar 2010 – S 2 P 112/09 ER; SG Dortmund, Beschluß vom 11. Januar 2010 – S 39 P 279/09 ER; SG Würzburg, Beschluß vom 20. Januar 2010 – S 14 P 7/10; SG Augsburg, Beschluß vom 28. Januar 2010 – S 10 P 105/09 ER.

anderen Grund nicht überzeugen: indem das Gericht allein darauf abstellt, daß das strukturierte Qualitätsprüfungsprogramm des MDK sowie die darauf basierenden Transparenzberichte dem Gebot der Sachlichkeit und Neutralität genügen und vom Bemühen um Objektivität getragen seien, setzt es sich nicht hinreichend mit der Frage auseinander, ob die Berichte tatsächlich – wie von § 115 Abs. 1a SGB XI als zentrale Transparenzkriterien gefordert – die Ergebnis- und Lebensqualität der Pflegebedürftigen abbilden.

Unabhängig von diesen rechtlichen Bedenken gegen die Veröffentlichung der Prüfberichte wird an den veröffentlichten Heimbewertungen kritisiert, daß Pflegeheime schlechte Noten in einem Bereich durch gute Bewertungen in anderen Kategorien ausgleichen können und somit schwere Mängel in Teilbereichen des Heims in der Gesamtnote relativiert würden.²⁸⁶⁰ Die Tatsache, daß bei den ersten veröffentlichten Ergebnissen dieses sog. „Pflege-TÜV’s“ annähernd 70 % der Heime „sehr gute“ oder „gute“ Bewertungen erhielten, scheint die fehlende Aussagekraft des Benotungssystems zu bestätigen.²⁸⁶¹

Die Problematik der fehlenden Aktualität der veröffentlichten Informationen, die in England aufgrund des in bestimmten Fällen auf drei Jahre ausgedehnten Prüfturnus entsteht, ist in Deutschland aufgrund der kürzeren Prüfintervalle nicht in vergleichbarer Weise gegeben. Die in England nicht gegebene Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen zeitnah eine Wiederholungsprüfung durchführen zu lassen (§ 114 Abs. 5 S. 3 SGB XI), bietet den Heimbetreibern die Möglichkeit, erreichte Qualitätsverbesserungen relativ kurzfristig auch in die veröffentlichten Informationen einfließen zu lassen.

Wie erwähnt sind ab 2011 auch die Prüfberichte der bayerischen Heimaufsichtsbehörde in geeigneter Form zu veröffentlichen, Art. 6 Abs. 2 PflWoqG. Es ist zu erwarten, daß auch diese Prüfberichte nicht vollständig veröffentlicht werden, sondern daß leichter verständliche Zusammenfassungen der wesentlichen Prüfergebnisse erstellt und publik gemacht werden.²⁸⁶² Ob es hierbei – gerade nach der massiven Kritik an den Transparenzvereinbarungen durch das bayerische Sozialministerium²⁸⁶³ – letztlich gelingen wird, den Pflegebedürftigen aussagekräftigere Beschreibungen insbesondere der Ergebnisqualität an die Hand zu geben, bleibt abzuwarten.

In den Kontext der Stärkung der Position der Pflegebedürftigen durch die Bereitstellung leicht zugänglicher Informationen sind auch die mit dem Pflege-Weiterentwicklungsgesetz in § 92c SGB XI neu eingeführten Pflegestützpunkte²⁸⁶⁴ zu stellen, über deren Einführung die Bundesländer eigenständig entscheiden (§ 92c Abs. 1 S. 1 SGB XI). Die Aufgaben der Pflegestützpunkte bestehen in der Auskunft und Beratung über

2860 Vgl. die Mitteilung „Transparenzkriterien: Streit im eigenen Lager“, RDG 2009, S. 254, wo von einem Heim berichtet wird, das eine Gesamtnote von 2,8 erhalten habe, obwohl der MDK in ihm die Versorgung als „nicht sichergestellt“ erachtete.

2861 Vgl. den Beitrag von *Frank*, „Groteske“ Ergebnisse beim Pflege-TÜV, SZ v. 9. Oktober 2009, S. 6.

2862 So auch *Burmeister* u.a., Bayerisches Pflege- und Wohnqualitätsgesetz, Art. 6 Rn. 21.

2863 Siehe den Beitrag „CSU will Pflege-TÜV stoppen“ in der SZ vom 22. Februar 2010, S. 1.

2864 Hierzu etwa *Schiffer*, Pflegestützpunkte und Pflegeberatung, ERSK 2008, S. 29 ff.; *Lang*, Pflegestützpunkte, SozSich 2007, S. 330 ff.

Sozialleistungen und Hilfsangebote, in der Koordinierung verschiedener Leistungsangebote, in der Hilfestellung bei der Inanspruchnahme sowie schließlich in der Vernetzung bestehender Versorgungs- und Betreuungsangebote. Vorrangiges Ziel dieser als wohnortnahe Anlaufstellen gedachten Einrichtungen ist es, diejenigen Schwierigkeiten, die sich für Hilfebedürftige aus dem gegliederten deutschen Sozialleistungssystem ergeben,²⁸⁶⁵ zu verringern und dazu beizutragen, daß sich Pflegebedürftige an den Schnittstellen zwischen den Versorgungssystemen besser zurechtfinden. In dieser Funktion sind sie den englischen *Care Trusts* vergleichbar, wenngleich diesen darüber hinaus im Unterschied zu den Pflegestützpunkten auch noch eigene Zuständigkeiten als Sozialleistungsträger zukommen. Träger der Pflegestützpunkte sind die Pflege- und Krankenkassen sowie gegebenenfalls weitere, durch Landesrecht zu bestimmende Stellen (§ 92c Abs. 2 S. 5 und Abs. 5 SGB XI), nicht jedoch Leistungserbringer wie Träger von Pflegeeinrichtungen.²⁸⁶⁶ Der Aufbau der Stützpunkte, die bislang im Wesentlichen nur in Modellprojekten existieren, wird aus Mitteln der Pflegeversicherung mit einer Anschubfinanzierung von 60 Mio. EUR gefördert.²⁸⁶⁷

Das primäre Ziel der Pflegestützpunkte liegt somit darin, die Zugänglichkeit geeigneter Sozialleistungen zu erhöhen, was grundsätzlich einen Aspekt der staatlichen Infrastruktursteuerung (Zugang zum Pflegesektor) darstellt. Weil Pflegebedürftige in den Pflegestützpunkten zugleich aber möglichst umfassende (vgl. § 92c Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB XI) Informationen über die für ihre Bedarfsituation jeweils in Betracht kommenden Pflegeeinrichtungen erhalten sollen, haben sie einen leichteren Zugriff auch auf Entscheidungsgrundlagen, die für die Auswahl zwischen verschiedenen Heimen relevant sein können. Die Pflegestützpunkte stellen daher auch ein Instrument der Qualitätssteuerung dar, indem sie einen Überblick über verschiedene in Betracht kommende Einrichtungen geben und bei den Pflegebedürftigen das Bewußtsein dafür schärfen, daß sie regelmäßig eine Auswahl zwischen mehreren Heimen treffen können. In Verbindung mit anderen informationsbasierten Maßnahmen, wie etwa der Veröffentlichung von Prüfberichten, sind die Pflegestützpunkte daher grundsätzlich geeignet, den Qualitätswettbewerb zwischen den Einrichtungen zu fördern.

Bezieher von Pflegeleistungen haben seit dem 1. Januar 2009 auch nach § 7a SGB XI einen Anspruch auf individuelle Pflegeberatung und Hilfestellung durch einen Pflegeberater.²⁸⁶⁸ Dessen Aufgaben, die sich als Fallmanagement oder Case Management

2865 Siehe hierzu *Michell-Auli*, Pflegeberatung, in: Dräther/Jakobs/Rothgang [Hrsg.], Fokus Pflegeversicherung, S. 157 ff.

2866 *Udsching*, in: ders., SGB XI, § 92c SGB XI, Rn. 5.

2867 S. <<http://www.bundestag.de/dokumente/analysen/2008/pflegestuuetzpunkte.pdf>>; verfassungsrechtliche Bedenken äußert *Udsching*, in: ders., SGB XI, § 92c SGB XI, Rn. 12. Zur Errichtung der Pflegestützpunkte und zur Anschubfinanzierung s. auch *Sendler*, Wie steht es um die Einrichtung von Pflegestützpunkten, *SozSich* 2009, S. 270 ff.

2868 Näher hierzu etwa *Michell-Auli*, Pflegeberatung, in: Dräther/Jakobs/Rothgang [Hrsg.], Fokus Pflegeversicherung, S. 161 ff.). *Schubert/Schaumberg*, Pflegeberater und zusätzliche Betreuungskräfte, *NZS* 2009, S. 353 ff.; zum engen Zusammenhang zwischen der Pflegeberatung und den im Folgenden ausführlicher dargestellten Pflegestützpunkten s. etwa *Behrend*, in: *Udsching* u.a. [Hrsg.], SGB XI, § 7a Rn. 7 ff.

beschreiben lassen,²⁸⁶⁹ bestehen vor allem in der Analyse und Erfassung des Hilfebedarfs, in der Aufstellung eines individuellen Versorgungsplans, der Hinwirkung auf die Erbringung der benötigten Leistungen, der Überwachung und gegebenenfalls Anpassung des Versorgungsplans sowie in bestimmten Fällen auch in der Dokumentation des Hilfeprozesses, § 7a Abs. 1 S. 2 SGB XI. Auch die Pflegeberatung stellt – unabhängig von etwaigen Pflegestützpunkten – eine Möglichkeit für den Pflegebedürftigen dar, eine Hilfestellung bei der Auswahl eines geeigneten Heims zu bekommen. Wurden in den jeweiligen Bundesländern Pflegestützpunkte nach § 92c SGB XI errichtet, ist in diesen nach § 7a Abs. 10 SGB XI auch Pflegeberatung anzubieten.

Inwiefern von den Pflegestützpunkten bzw. der Pflegeberatung letztlich eine eigenständige Steuerungswirkung ausgeht, ist derzeit – schon angesichts der zunächst nur langsam angelaufenen Errichtung dieser Stützpunkte²⁸⁷⁰ – noch schwer einzuschätzen. Da die Pflegeberatung gem. §§ 7a Abs. 1 S. 10, 92c Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB XI unabhängig wahrzunehmen ist, was gegebenenfalls durch eine weitgehende Weisungsfreiheit der Pflegeberater umzusetzen ist,²⁸⁷¹ und weil Pflegestützpunkte nach § 92c Abs. 4 S. 1 SGB XI nur dann bei einer Pflegeeinrichtung errichtet werden, wenn dies den Wettbewerb nicht unzulässig beeinträchtigt, kann die Pflegeberatung grundsätzlich auch nicht die Empfehlung einer konkreten Einrichtung unter mehreren Anbietern zum Gegenstand haben. Da staatlich initiierte oder geförderte Beratungsangebote grundsätzlich so zu betreiben sind, daß von ihnen kein wettbewerbsverfälschender Einfluß ausgeht,²⁸⁷² dürfte es naheliegen, daß sich Pflegestützpunkte darauf beschränken, von anderen staatlichen Stellen – wie insbesondere den Heimaufsichten und dem MDS – erhobene Informationen über Pflegeheime zusammenzutragen und ohne eigene Wertungen an die Pflegebedürftigen weiterzureichen. Nichtsdestotrotz käme ihnen auch in diesem Fall eine wettbewerbsfördernde Funktion zu.

Als Maßnahmen der Stärkung der Position der Pflegebedürftigen im Qualitätswettbewerb zwischen verschiedenen Pflegeeinrichtungen lassen sich schließlich auch die Beratungs- und Unterstützungsleistungen zur Beschaffung von Heimplätzen nach dem Recht der Altenhilfe, § 71 Abs. 2 Nr. 3 SGB XII, einordnen.

bb. Informationspflichten der Betreiber stationärer Pflegeeinrichtungen

Neben der Informationsgewährung durch staatliche Stellen sehen bestimmte Vorschriften in Übereinstimmung mit der Rechtslage in England²⁸⁷³ vor, daß auch die Heimbetreiber zur Erteilung bestimmter Auskünfte an Heimbewohner oder Interessen-

2869 *Peters*, in: Leitherer [Hrsg.], Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 7a SGB XI, Rn. 8; *Schubert/Schaumberg*, Pflegeberater und zusätzliche Betreuungskräfte, NZS 2009, S. 353.

2870 Vgl. *Sendler*, Wie steht es um die Einrichtung von Pflegestützpunkten, SozSich 2009, S. 271.

2871 Vgl. auch *Schubert/Schaumberg*, Pflegeberater und zusätzliche Betreuungskräfte, NZS 2009, S. 354, 357.

2872 Vgl. BSG, Urt. v. 28. Juni 2001, E 88, 215, 222 (dort in Bezug auf die Verteilung der staatlichen Förderung auf verschiedene Beratungseinrichtungen); s. auch *Schiffer-Werneburg*, in: Udsching, SGB XI, § 92c Rn. 30; *Behrend*, in: Udsching, SGB XI, § 7a Rn. 8.

2873 Zu den entsprechenden Regelungen insbesondere der CHRegs. s. oben, S. 352 f.

ten verpflichtet sind, die diesen eine bessere Einschätzung der jeweiligen Einrichtung und der in ihr erbrachten Leistungen ermöglichen. Vor allem mit Einführung des PflWoqG wurde diesbezüglich die Transparenz stationärer Pflegeeinrichtungen erhöht. So verpflichtet beispielsweise Art. 6 PflWoqG die Einrichtungsträger dazu, ihr Leistungsspektrum und ihre Preisstruktur offenzulegen und den Bewohnern Einblick in die Pflegedokumentation zu gewähren. Dies stellt eine deutliche Parallele zu den „*service user's guides*“ dar, die Pflegeheime in England gem. reg. 5 CHRegs 2001 an Bewohner und Interessenten auszuhändigen haben.

Ähnliche Vorschriften finden sich ferner im Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz. Anders als in England finden sich in diesem Gesetz besondere zivilrechtliche Vorschriften für Verträge zwischen Bewohnern in Wohnformen mit Betreuung und den jeweiligen Trägern. § 3 WBVG verpflichtet den Unternehmer und Pflegeheimträger, die zukünftigen Bewohner vor Abschluß eines Vertrags schriftlich und in leicht verständlicher Sprache umfassend über das allgemeine und das speziell auf den Interessenten ausgerichtete Angebot der betreffenden Einrichtung und die hierfür jeweils anfallenden Entgelte zu unterrichten.²⁸⁷⁴ Die Informationspflicht erstreckt sich auf die Ergebnisse der Qualitätsprüfungen des MDK bzw. der Heimaufsichtsbehörden, soweit das SGB XI oder landesrechtliche Vorschriften ihre Veröffentlichung vorsehen.²⁸⁷⁵ Diese Transparenz im Vertragsrecht ermöglicht es den Bewohnern vor dem Einzug in ein Heim, die Leistungen und Entgelte der miteinander im Wettbewerb stehenden Einrichtungen vergleichen und auf ihre Angemessenheit hin überprüfen zu können.²⁸⁷⁶ Die Bedeutung der vorvertraglichen Informationen wird ferner dadurch gesteigert, daß diese gem. § 6 Abs. 3 WBVG zur Vertragsgrundlage des Heimvertrags werden. Gem. § 6 S. 1, 3 WBVG sind Heimverträge stets schriftlich abzuschließen, ein Vertragsexemplar muß dem Heimbewohner ausgehändigt werden. Neben den vorvertraglichen Informationen müssen im Vertrag selbst die Leistungen nochmals nach Art, Inhalt und Umfang einzeln beschrieben und die Entgelte im Einzelnen aufgeführt werden, § 6 Abs. 3 Nr. 1, 2 WBVG.

c. Unterstützung der Bewohner bei Qualitätsdefiziten

Viele der soeben aufgezeigten informationsbasierten Instrumente dienen nicht allein dazu, den Pflegebedürftigen eine aufgeklärte Auswahl zwischen verschiedenen Einrichtungen zu ermöglichen. Sie tragen vielmehr auch dazu bei, die Heimbewohner über Art, Umfang und Qualität der ihnen zustehenden Leistungen zu informieren und sie somit indirekt auf eventuell bestehende Defizite aufmerksam zu machen. Sie stehen damit mit einer weiteren Gruppe von qualitätssteuernden Regelungen in Zusammenhang, nämlich solchen, die sich das Eigenengagement betroffener Heimbewohner bei der Behebung von Pflegemängeln zueigen machen und deren Initiative, sich gegen derartige Mängel

2874 Näher *Ross*, Das neue Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, Rechtsdienst der Lebenshilfe 2009, S. 97.

2875 S. oben, S. 499.

2876 *Crößmann*, Verbraucherschutz im Heim, RsDE 49 (2001), S. 99.

zur Wehr zu setzen, in verschiedener Weise unterstützen. Für die englische Rechtsordnung wurde dieses Instrumentarium bereits ausführlich beschrieben.²⁸⁷⁷ Wie zu zeigen sein wird, existieren derartige Mechanismen grundsätzlich auch in Deutschland, wo sie im Unterschied zu England allerdings mit einer deutlicheren Aufwertung der subjektivrechtlichen Position der einzelnen Pflegebedürftigen verbunden sind.

Eine Reihe dieser gesetzlichen Regelungen erleichtern den Pflegebedürftigen bei Bedarf den Wechsel zwischen verschiedenen Heimen. Die FQA etwa ist nach Art. 12 Abs. 3 PflWoqG verpflichtet, Pflegebedürftige bei der Suche nach einem neuen Pflegeplatz zu unterstützen, wenn ihnen die Fortsetzung des Vertrags mit der bisherigen Pflegeeinrichtung insbesondere aufgrund festgestellter Pflegemängel nicht weiter zuzumuten ist. Dieser Vorschrift kommt damit eine unterstützende Funktion bei der Ausübung von Wahlrechten zu.²⁸⁷⁸

Von Bedeutung ist auch das vereinfachte Kündigungsrecht für Heimbewohner. Diese können den jeweiligen Heimvertrag spätestens am dritten Werktag eines jeden Kalendermonats noch zum Ablauf desselben Monats kündigen, innerhalb der ersten beiden Wochen nach Vertragsbeginn sogar jederzeit ohne Einhaltung einer bestimmten Frist, § 11 Abs. 1, 2 WBVG.²⁸⁷⁹ Eine Verletzung der in § 3 WBVG enthaltenen Pflicht zur umfassenden vorvertraglichen Information begründet für den Heimbewohner darüber hinaus ein Recht zur sofortigen Kündigung, §§ 3 Abs. 4 S. 3 i.V.m. 6 Abs. 2 S. 2 WBVG. Diese Regelungen ermöglichen es einem Bewohner, der mit den im Heim erbrachten Leistungen unzufrieden ist, den Vertrag mit dem bisherigen Heim kurzfristig zu beenden und in eine andere Einrichtung umzuziehen.

Ähnlich wie in England kann der Pflegebedürftige zudem zwei Wochen zur Probe wohnen, ohne für die Zukunft vertraglich gebunden zu sein. Lediglich die Verortung der betreffenden Norm unterscheidet sich von der Rechtslage in England, wo sich die entsprechende Regelung – angesichts des Fehlens eines besonderen Heimvertragsrechts – im Heimaufsichtsrecht findet.²⁸⁸⁰

Darüber hinaus wird ein Wechsel in ein anderes Heim durch ein weiteres, in England in dieser Form nicht bekanntes Instrument unterstützt: § 13 WBVG verpflichtet den Heimträger zum Nachweis eines angemessenen Leistungersatzes zu zumutbaren Bedingungen sowie zur Übernahme der Umzugskosten, wenn ein Heimbewohner den Heimvertrag infolge eines wichtigen Kündigungsgrundes beendet, den der Heimträger zu vertreten hat. Ähnliche Vorschriften, die im Falle schwerer Qualitätsmängel durch Nachweis alternativer Einrichtungen einen raschen Wechsel des Heims ermöglichen sollen, finden sich mit Art. 5 Abs. 4 PflWoqG im Heimaufsichtsrecht und mit § 115 Abs. 4 SGB XI zudem im Leistungserbringungsrecht der Pflegeversicherung. Letztere Vorschrift statuiert darüber hinaus eine Vermittlungspflicht, deren Adressat im Unterschied zu § 13 WBVG allerdings nicht der Heimträger, sondern die jeweils zuständige

2877 Siehe oben, S. 332 ff.

2878 Lt-Drs. 15/10182, S. 29.

2879 Abweichungen hiervon zuungunsten der Bewohner sind stets unwirksam, § 16 WBVG.

2880 Standard 5.1 NMS, siehe hierzu oben, S. 353.

Pflegekasse ist. Wenngleich in England eine entsprechende Vermittlungspflicht der Sozialbehörden nicht explizit normiert ist, wird man sie aber auch dort schon als Folge der Pflicht der Kommune zur Erbringung von *social care*-Diensten bejahen müssen. Der für die Qualitätssteuerung bedeutende Unterschied ist daher darin zu sehen, daß in Deutschland zusätzlich auch der ursprüngliche Heimträger, der mangelhafte Leistungen erbracht hat, zur Unterstützung des Pflegebedürftigen in die Verantwortung genommen wird.

Weitere Instrumente unterstützen die Heimbewohner dabei, ihre Rechte im Falle von Leistungsdefiziten effektiv wahrnehmen zu können. Beispielsweise hat der Gesetzgeber mit § 10 WBVG einen eigenständigen Gewährleistungstatbestand für das Wohn- und Betreuungsvertragsrecht geschaffen.²⁸⁸¹ Ohne daß hierdurch weitergehende Ansprüche wie etwa auf Schadens- oder Aufwendungsersatz ausgeschlossen würden, steht Heimbewohnern nunmehr ausdrücklich das Recht zu, im Falle einer nicht vertragsgemäßen oder mit nicht unerheblichen Mängeln behafteten Leistungserbringung eine angemessene Kürzung des Heimentgelts²⁸⁸² zu verlangen.²⁸⁸³ Die Regelung ist zusammen mit § 7 Abs. 1 WBVG zu lesen, der den allgemein anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse in Übereinstimmung mit den Regelungen des SGB XI und der Heimgesetze als den auch vertraglich geschuldeten Leistungsstandard für die Betreuungs- und Pflegeleistungen bestimmt. Für die Betroffenen, die über ein Kürzungsverlangen nachdenken, kann sich auch die Möglichkeit, hierzu kostenlosen fachlichen Rat bei der Heimaufsichtsbehörde einzuholen (Art. 16 Abs. 1 Nr. 1 PflWoqG), als hilfreich erweisen.²⁸⁸⁴

Die vertragliche Position des Heimbewohners wird außerdem dadurch gestärkt, daß Heimverträge grundsätzlich nicht befristet, sondern nur auf Dauer abgeschlossen und durch den Heimbetreiber allein bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gekündigt werden können, §§ 4 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 1 S. 1 WBVG. Diese Regelungen tragen dazu bei, daß Heimbewohner, die sich aktiv für ihre Rechte einsetzen, nicht ohne weiteres im Gegenzug mit einem Verlust ihres Heimplatzes rechnen müssen.

Im Vergleich zu England, wo durch bestimmte Gestaltungsoptionen mitunter vermieden wird, daß den Heimbewohnern überhaupt eigene vertragliche Rechte gegen die Heimträger zukommen, verfügen Heimbewohner im deutschen Recht über eine relativ stark ausgeprägte individualrechtliche Position. Ihre Stellung wurde durch das PflWoqG vom 1. August 2008 nochmals gestärkt. Der primäre Zweck dieses Gesetzes ist der Verbraucherschutz. Erstmals haben nun auch Verbraucherverbände die Möglichkeit, selbst die Interessen des Pflegebedürftigen gerichtlich – insbesondere auch im Wege einstweiliger Anordnungen – durchzusetzen, was angesichts der Tatsache, daß viele pflegebedürftige ältere Menschen ihre Rechte nicht mehr selbständig wahrnehmen kön-

2881 Eine ähnliche Vorschrift enthielt allerdings auch bereits das HeimG in § 5 Abs. 11 der bis zum 30. September 2009 geltenden Fassung. S. hierzu *Crößmann*, Verbraucherschutz im Heim, RsDE 49 (2001), S. 97 f.

2882 Mit Kritik an der Ausgestaltung als Kürzungsverlangen anstelle einer kraft Gesetzes eintretenden Minderung *Drasdo*, Das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, NJW 2010, S. 1177.

2883 § 10 Abs. 5 WBVG regelt, wem der Kürzungsbetrag wirtschaftlich zusteht, wenn Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII oder Pflegeleistungen nach dem SGB XI bezogen werden.

2884 So auch *Crößmann*, Verbraucherschutz im Heim, RsDE 49 (2001), S. 98.

nen, von großer Bedeutung ist. Das PflWoqG erreicht diesen aktiven Verbraucherschutz ohne eine ausdrückliche Normierung. Dadurch, daß die Informationspflichten der Heimbetreiber als Marktverhaltensregeln im Sinne des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb²⁸⁸⁵ und als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB ausgestaltet wurden, können die Verbraucherschutzverbände sowohl Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche als auch den Erlaß von einstweiligen Anordnungen durchsetzen.²⁸⁸⁶

Während in England die Möglichkeit, Beschwerden gegen den Betreiber des Heims bei verschiedenen staatlichen Stellen – wie insbesondere den Kommunalbehörden oder dem Ombudsmann – einzulegen, detailliert geregelt ist,²⁸⁸⁷ finden sich in den einschlägigen deutschen Gesetzen nur marginale Regelungen zu den Beschwerderechten von Heimbewohnern. Aber auch ohne ausdrückliche Normierungen setzen einige Vorschriften die Existenz derartiger Beschwerderechte voraus. So verpflichtete beispielsweise § 5 Abs. 10 S. 1 i.V.m. § 23 HeimG in der bis zum 30. September 2009 geltenden Fassung die Heimträger, Bewohner auf ihr Recht hinzuweisen, sich bei den Heimaufsichtsbehörden über Mängel in der Leistungserbringung zu beschweren. Auch Art. 6 Abs. 1 Nr. 3 PflWoqG schreibt den Heimträgern vor, ihre Bewohner über vorhandene Beratungs- und Beschwerdestellen zu informieren. Insgesamt wird man das Recht, sich mit Beschwerden an die Heimaufsichtsbehörden oder die Leistungsträger zu wenden, als Annex zu den Beratungsrechten (vgl. § 4 HeimG, Art. 16 Abs. 1 Nr. 1 PflWoqG sowie § 7 Abs. 2 SGB XI) sowie zur Pflicht der Leistungsträger zur Gewährung stationärer Pflegeleistungen sehen müssen, die dem allgemein anerkannten Stand der wissenschaftlich-pflegerischen Erkenntnisse entsprechen (§§ 43, 28 Abs. 3 SGB XI, § 61 Abs. 2 und 6 SGB XII). In Bayern ist zudem die Schaffung einer neuen Beschwerdestelle der Heimaufsicht vorgesehen, die bei den Bezirksregierungen einzurichten ist und den Bewohnern ebenso wie den im Heim Beschäftigten Raum für Beschwerden geben soll.²⁸⁸⁸ Auch hier beläßt es das PflWoqG in Art. 24 Abs. 3 allerdings bei der bloßen Regelung der Zuständigkeit, ohne zusätzlich Verfahrensregelungen festzulegen.

Die Tatsache, daß die *complaints procedures* im englischen Recht eine stärkere Betonung erfahren als in Deutschland, dürfte zum einen damit zusammenhängen, daß den Pflegebedürftigen weniger subjektive Rechte gegenüber den übrigen Akteuren der stationären Langzeitpflege, insbesondere gegenüber den Heimträgern, eingeräumt werden. Zum anderen wird der Rechtsschutz in England traditionell primär durch die Etablierung bestimmter Verfahren zur Durchsetzung objektiv-rechtlicher Positionen erreicht, was etwa die *judicial review* zeigt, die sich langsam auch der Überprüfung materieller Inhalte von Verwaltungsentscheidungen öffnet.

Trotz dieser Unterschiede machen sich aber sowohl die deutsche als auch die englische Rechtsordnung das Eigenengagement („*voice*“) von Pflegebedürftigen beim Vorgehen gegen Pflegemängel zunutze und unterstützen dies insbesondere durch die Errich-

2885 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3.7.2004 (BGBl. I S. 1414), zuletzt geändert durch G vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2949).

2886 *Burmeister* u.a., Bayerisches Pflege- und Wohnqualitätsgesetz, S. 2 f.

2887 Dazu im Einzelnen oben, S. 332 ff.

2888 So die Begründung des Gesetzesentwurfs der bayerischen Staatsregierung, Lt-Drs. 15/10181, S. 25.

tung entsprechender Anlaufstellen sowie durch Maßnahmen, die auf die Beseitigung des bei den Pflegebedürftigen typischerweise vorherrschenden Informationsdefizits abzielen. Auch wenn subjektiven Rechten der Heimbewohner in Deutschland dabei insgesamt eine größere Bedeutung zukommt als in England, dürfte aber zumindest dem zivilen Haftungsrecht trotzdem bislang – ähnlich wie in England – jedenfalls keine prägende Wirkung für die Weiterentwicklung der Pflegequalität zukommen. Gerichtliche Entscheidungen zu diesem Thema liegen bis jetzt jedenfalls nur vereinzelt vor.²⁸⁸⁹ Auch sieht das zivile Haftungsrecht bei Unfällen in Pflegeheimen grundsätzlich keine Beweiserleichterungen für geschädigte Heimbewohner vor. So kehrt sich die Beweislast für den Nachweis einer Pflichtverletzung durch das Pflegepersonal nur dann ausnahmsweise um, wenn der Unfall bei Tätigkeiten geschieht, die mit erhöhten Gefahren verbunden sind.²⁸⁹⁰ Daß von einer drohenden zivilrechtlichen Haftung freilich auch präventiv ein positiver Effekt auf die Pflegequalität ausgehen kann, soll damit freilich nicht bestritten werden. Allerdings ist es – jedenfalls mit der juristischen Methodik – nicht möglich, diese Effekte zu quantifizieren.

d. Weitere Instrumente der bereichsübergreifenden Qualitätssteuerung

Im Zusammenhang mit staatlichen Maßnahmen zur Implementierung von Pflegequalität, die sich nicht einer bestimmten Qualitätsdimension zuordnen lassen, ist ferner auf den bereits kurz erwähnten „Runden Tisch Pflege“ hinzuweisen. Dieser wurde im Herbst 2003 vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und dem damaligen Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung initiiert, um die Situation der pflegebedürftigen Menschen zu verbessern. An ihm beteiligen sich Vertreter aus verschiedensten Verantwortungsbereichen der Altenpflege wie etwa Länder, Kommunen, Einrichtungsträger, Wohlfahrtsverbände, Verbände privat-kommerzieller Träger, Heimaufsichtsbehörden, Pflegekassen, diverse Interessensverbände sowie Wissenschaftler unterschiedlicher Disziplinen. Unter anderem ging aus seiner Tätigkeit die „Charta der Rechte hilfe- und pflegebedürftiger Personen“²⁸⁹¹ hervor, ein Rechkatalog, der eine Reihe existierender Rechte, etwa aus dem Grundgesetz oder aus den Sozialgesetzbüchern,²⁸⁹² zusammenfaßt und diese in einer Weise ausformuliert, die der besonderen Situation von hilfe- und pflegebedürftiger Menschen angemessen ist. Darüber hinaus formuliert die Charta Qualitätsmerkmale und Ziele einer guten pflegeri-

2889 Etwa BGH, Urt. v. 28. April 2005, BGHZ 163, 53; Urt. v. 14. Juli 2005, NJW 2005, 2613. Vgl. hierzu die Kommentierungen von *Schultze-Zeu/Riehn*, Akutes Sturzrisiko in Pflegeheimen, MedR 2005, S. 696 ff.; *Gaßner/Schottky*, Freiheit vor Sicherheit oder umgekehrt?, MedR 2006, S. 391 ff.

2890 LG Itzehoe, Urt. vom 29. Oktober 2009, Az. 7 O 246/08; eine derartige, zu einer Beweislastumkehr führende Gefährdungssituation hat das OLG Dresden, Urt. vom 21. Juli 1999, NJW-RR 2000, S. 761, bei dem Sturz einer Pflegeheimpatientin anerkannt, die sich in Begleitung und Betreuung einer Pflegekraft befand.

2891 *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend/Bundesministerium für Gesundheit*, Charta der Rechte hilfe- und pflegebedürftiger Menschen, 8. Auflage 2010.

2892 Näher *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend/Bundesministerium für Gesundheit*, Charta der Rechte hilfe- und pflegebedürftiger Menschen, S. 6 (Präambel), Fn. 1.

schen Praxis. Auch wenn der Charta als solcher keine Rechtsqualität zukommt, so liegen ihr doch gesetzlich verankerte Rechte zugrunde, auf die die Charta in den Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln besonders hinweist. Ziel ist es, die Pflegebedürftigen über ihre Rechte zu informieren, damit diese in der Lage sind, für ihre Rechte einzutreten. Darüber hinaus ist eine Sensibilisierung der Gesellschaft für die Bedürfnisse, Interessen und Rechte von Pflegebedürftigen beabsichtigt.

3. Zusammenfassung und Vergleich

In Deutschland existieren – ebenso wie in England – neben den Durchsetzungs- und Implementationsmechanismen, die sich bestimmten, spezifischen Qualitätsstandards und -vorgaben zuordnen lassen und die primär in den heimaufsichts- und leistungserbringungsrechtlichen Kompetenzen und Befugnissen der Regulierungsbehörden und der Sozialleistungsträger bestehen, weitere, gewissermaßen „bereichsübergreifende“ Mechanismen, die der Förderung und Implementation von Qualität in den Pflegeheimen dienen. Hierbei handelt es sich zum einen um – vom Staat jeweils – verbindlich vorgeschriebene, selbstregulative Mechanismen, die dazu beitragen, daß Qualitätsmängel möglichst schnell von den Verantwortlichen im Heim selbst entdeckt und entsprechende Abhilfemaßnahmen eingeleitet werden. Zum anderen sehen beide verglichenen Rechtsordnungen eine Vielzahl von Mechanismen vor, die das Eigenengagement von Heimbewohnern zu Zwecken der Qualitätssicherung nutzbar machen. Hierbei geht es sowohl um Maßnahmen, die die Pflegebedürftigen dabei unterstützen, wenn diese sich gegen etwaige Pflegemängel zur Wehr setzen möchten („*voice*“), als auch darum, den Pflegebedürftigen eine – im Idealfall qualitätsorientierte – Auswahl unter verschiedenen Pflegeeinrichtungen („*choice*“) zu ermöglichen und so zwischen den Heimträgern einen Wettbewerb um Qualität zu fördern. Das deutsche und das englische stationäre Langzeitpflegeregime weisen auch insoweit Parallelen auf, als beide Rechtsordnungen zur Effektivierung der beschriebenen Ansätze der Nutzarmachung von Abhilfemaßnahmen und des Einsatzes von Wettbewerbsmechanismen informationsbasierte Steuerungsinstrumente einsetzen, um die auf Seiten der Pflegebedürftigen typischerweise bestehenden Informationsdefizite zu verringern. In England hierzu bereits seit längerer Zeit eingesetzte Maßnahmen wie etwa die Veröffentlichung von Prüfberichten oder die „Benotung“ von Heimen durch das *star rating* wurden nunmehr auch in Deutschland übernommen.

Während die „bereichsübergreifenden“ Steuerungsmechanismen beider Rechtsordnungen somit also in den Grundzügen übereinstimmen, liegen die Unterschiede eher in den Details der Ausgestaltung. Der wohl wichtigste Unterschied liegt darin, daß die Stärkung der Rechte der Pflegebedürftigen in Deutschland anders als in England auch unmittelbar auf der vertraglichen Ebene zwischen Heimbetreiber und Heimbewohner stattfindet. Den deutlichsten Ausdruck hat diese Aufwertung der Verbraucherposition des Pflegebedürftigen über das WBVG gefunden, das neben eigenständigen Gewährleistungsansprüchen auch besondere Kündigungsrechte für den Fall einer mangelhaften

Pflegeerbringung vorsieht. Demgegenüber existiert in England kein speziell auf die Situation der Unterbringung Pflegebedürftiger zugeschnittenes zivilrechtliches Heimvertragsrecht.

Ein weiterer Unterschied ist darin zu sehen, daß die deutsche Rechtsordnung auch bei den bereichsübergreifenden Durchsetzungs- und Implementationsmechanismen auf die korporatistischen Strukturen der gemeinsamen Selbstverwaltung zurückgreift und wesentliche Verfahrensregelungen dem kooperativen Zusammenwirken von Leistungsträger und Leistungserbringer überläßt. Als Beispiel lassen sich etwa die Kriterien für die Veröffentlichung der Prüfergebnisse nach dem SGB XI aufführen, die im Vereinbarungswege festgelegt werden. Auf derartige kooperative Mechanismen greift die englische Rechtsordnung weder speziell bei der Veröffentlichung der Prüfberichte noch sonst bei der bereichsübergreifenden Qualitätssteuerung zurück. Hintergrund hierfür ist nicht nur das Fehlen entsprechender Verbandsstrukturen, sondern auch der Umstand, daß auch das qualitätsbereichsübergreifende Steuerungsinstrumentarium in England primär im Heimaufsichtsrecht angesiedelt ist, wohingegen dem Leistungserbringungsrecht keine praktisch bedeutsame Rolle zukommt.

E. Staatshaftung im Zusammenhang mit der Erbringung stationärer Langzeitpflegeleistungen durch Heimträger des privaten Sektors

Hinsichtlich der Haftung des Staates für Defizite in der stationären Langzeitpflege wurde in Bezug auf die englische Rechtsordnung festgestellt, daß die Kommunen grundsätzlich auch dann nicht für fehlerhafte Pflegeleistungen durch private Heimbetreiber haften, wenn diese die Heime vertraglich nach ss. 21, 26 NAA 1948 zur Erbringung von *residential care* herangezogen haben. Eine Haftung der Kommunen kommt vielmehr nur dort in Betracht, wo ihnen selbst ein schwerwiegendes schuldhaftes Fehlverhalten vorgeworfen werden kann. Ähnliches gilt bezüglich der Haftung der zentralen Heimregulierungsbehörde, der CQC. Auch gegen sie können Schadensersatzansprüche nur ausnahmsweise bei schweren, von der CQC selbst begangenen, menschenrechtlich relevanten Verstößen geltend gemacht werden.²⁸⁹³ Somit richtet sich die Haftung der staatlichen Stellen in England nach den allgemeinen, auch außerhalb der Langzeitpflege geltenden Grundsätzen. Die Einbeziehung privater Heimbetreiber in die Erfüllung staatlicher Sozialleistung ist nicht mit einer besonderen staatlichen Einstandspflicht verbunden.

Im Ergebnis läßt sich diese Aussage in gleicher Weise auch für Deutschland treffen, wo die staatlichen Behörden nach richtiger Ansicht gleichfalls nur für eigenes, durch Amtsträger selbst verschuldetes Fehlverhalten, nicht aber *per se* für die in den Heimen begangenen Rechtsverletzungen haften.

²⁸⁹³ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 363 ff.

Insbesondere läßt sich eine Garantiehaftung der Pflegekassen für das Handeln der privaten Leistungserbringer nicht aus § 69 SGB XI herleiten, wonach die Pflegekassen im Rahmen ihrer Leistungsverpflichtung eine bedarfsgerechte, gleichmäßige und dem allgemein anerkannten Stand medizinisch pflegerischer Erkenntnisse entsprechende pflegerische Versorgung der Versicherten zu „gewährleisten“ haben.

Eine derartige Garantiehaftung wird in der juristischen Literatur allerdings vereinzelt unter Verweis auf die umfassende Primärleistungspflicht der Pflegekasse, die entsprechende Pflegesachleistungen schuldet, vertreten.²⁸⁹⁴ Wie die Pflegekasse diese Pflicht erfülle, also die Ausgestaltung der Leistungserbringungsbeziehungen, sei aus Sicht des Pflegebedürftigen irrelevant.²⁸⁹⁵ § 69 SGB XI gebe den Haftungsmaßstab vor, aus dem eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht der Pflegekassen folge, falls die Pflegeleistungen nicht dem gebotenen Standard entsprechen.²⁸⁹⁶

Diese Ansicht überzeugt nicht. Infolge des Kontrahierungszwangs bei der Zulassung zur Versorgung gem. § 72 Abs. 3 S. 1 SGB XI haben die Pflegekassen faktisch keinen Einfluß auf die Zulassung von Pflegeeinrichtungen. Da der Gesetzgeber bedarfsüberschreitende Versorgungskapazitäten im Interesse eines Innovationen fördernden Wettbewerbs gerade gewollt und dabei keine Möglichkeit zur Prüfung von Ausfallkriterien vorgesehen hat, können die Pflegekassen unter der Vielzahl der Einrichtungen nicht für einzelne Heime mit schlechter Qualität verantwortlich gemacht werden.²⁸⁹⁷ Dies gilt umso mehr, als die Pflegekassen angesichts der Wahlrechte der Pflegebedürftigen keinen Einfluß darauf haben, in welchem Pflegeheim die Leistungen letztlich erbracht werden. Richtigerweise ist daher eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht der Pflegekassen abzulehnen.²⁸⁹⁸

Vor diesem Hintergrund muß auch eine Haftung der Pflegekassen über eine Zurechnung des Verschuldens der Pflegeeinrichtung gemäß § 278 BGB verneint werden. Zwar greifen die Pflegekassen auf die privaten Heimträger zur Erfüllung der von ihnen geschuldeten Pflegeleistungen zurück. Weil aber die Auswahl und die Zulassung der Pflegeeinrichtungen nicht im alleinigen Verantwortungsbereich der jeweiligen Pflegekasse liegen, hat sich die Pflegekasse das Verschulden der Pflegeeinrichtung nicht gem. § 278 BGB wie eigenes Verschulden zurechnen zu lassen.²⁸⁹⁹

Im Ergebnis kommt eine Haftung staatlicher Stellen daher nur nach den allgemeinen Grundsätzen der Staatshaftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG in Betracht. Voraussetzung hierfür ist, daß ein Amtsträger in Ausübung eines öffentlichen Amtes schuldhaft eine Amtspflicht verletzt hat, die „drittgerichtet“ ist.²⁹⁰⁰ Letzteres ist der Fall,

2894 *Heberlein*, in: Möwisch u.a. [Hrsg.], *PflegeV-Kommentar SGB XI*, § 69 Rn. 29 ff.

2895 *Heberlein*, in: Möwisch u.a. [Hrsg.], *PflegeV-Kommentar SGB XI*, § 69 Rn. 32 f.

2896 *Heberlein*, in: Möwisch u.a. [Hrsg.], *PflegeV-Kommentar SGB XI*, § 69 Rn. 46.

2897 *Richter*, in: Klie/Krahmer [Hrsg.], *SGB XI*, § 69 Rn. 17

2898 So auch *Richter*, in: Klie/Krahmer [Hrsg.], *SGB XI*, § 69 Rn. 17; *Spinnarke/Garlich*, in: Möwisch u.a. [Hrsg.], *PflegeV-Kommentar SGB XI*, § 75 Rn. 11.

2899 *Spinnarke/Garlich*, in: Möwisch u.a. [Hrsg.], *PflegeV-Kommentar SGB XI*, § 75 Rn. 11; a.A. *Heberlein*, in: Möwisch u.a. [Hrsg.], *PflegeV-Kommentar SGB XI*, § 69 Rn. 66.

2900 S. etwa *Teichmann*, in: *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch*, § 839 Rn. 6 ff.

wenn die betreffende Pflicht nicht nur dem Interesse der Allgemeinheit zu dienen bestimmt ist, sondern den Schutz einzelner Personen oder eines abzugrenzenden Personenkreises bewirkt.²⁹⁰¹ Es muß eine besondere Beziehung zwischen der verletzten Amtspflicht und dem geschädigten Dritten bestehen,²⁹⁰² d.h. dieser darf nicht lediglich „rechtsreflektorisch“ betroffen sein.²⁹⁰³

Relevant werden kann die Staatshaftung daher insbesondere dann, wenn die Pflegekassen oder die Heimaufsichtsbehörden im Rahmen ihrer Prüftätigkeiten schuldhaft Mängel übersehen und den Pflegebedürftigen hieraus Schäden erwachsen.²⁹⁰⁴

Zwar dient die staatliche Aufsicht über private Wirtschaftseinheiten grundsätzlich nur dem allgemeinen staatlichen oder öffentlichen Interesse und begründet regelmäßig keine Amtspflichten gegenüber bestimmten Personen.²⁹⁰⁵ Auch § 114 SGB XI erfüllt zunächst den Zweck, die Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen der Heimträger gegenüber den Pflegekassen zu überwachen.

Die Rechtsprechung läßt allerdings vom oben genannten Grundsatz, wonach Aufsichtspflichten grundsätzlich keinen Drittschutz entfalten, zahlreiche Ausnahmen zu.

So entschied der BGH beispielweise in den sog. Wetterstein- bzw. Herstatt-Entscheidungen²⁹⁰⁶, daß die vom Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen nach § 6 des Kreditwesengesetzes²⁹⁰⁷ ausübende staatliche Aufsicht über Kreditinstitute zugleich auch dem Schutz der Einlagegläubigern dieser Unternehmen diene und entsprechende drittgerichtete Amtspflichten begründe.²⁹⁰⁸ In der Oderwitz-Entscheidung²⁹⁰⁹ erkannte der BGH den Drittschutz von Amtspflichten der kommunalen Rechtsaufsicht gegenüber einer Gemeinde an und sprach der Gemeinde, die – nach Genehmigung durch die Rechtsaufsicht – ein für sie unwirtschaftliches Sale-and-Lease-Back-Geschäft zur Finanzierung einer Sporthalle abgeschlossen hatte, Schadensersatz zu.²⁹¹⁰

Vor dem Hintergrund dieser, schon bei rein pekuniären Interessen bejahten, Drittbezogenheit von Aufsichtspflichten ist angesichts der besonderen Schutzpflicht des Staa-

2901 Vgl. etwa BGH, Urteil v. 9. Oktober 1997, NJW 1998, 138, 139; Zum Erfordernis der Verletzung einer drittschützenden Amtspflicht etwa *Wurm*, in: Staudinger Kommentar, § 839 BGB Rn. 168 ff.

2902 Vgl. etwa BGH, Urt. v. 21. Juni 2001, NJW 2001, S. 2799, 2801.

2903 Zur Abgrenzung von Drittbezogenheit und Rechtsreflex der Pflichten der Wirtschaftsaufsicht s. *Rohlfing*, Wirtschaftsaufsicht und amtshaftungsrechtlicher Drittschutz, WM 2005, S. 318 f.

2904 Kein tauglicher Anknüpfungspunkt für staatshaftungsrechtliche Ansprüche sind demgegenüber Pflegemängel, die in staatlichen, also insbesondere durch Kommunen betriebenen Heimen geschehen. Denn die Leistungserbringung stellt sich auch in staatlichen Pflegeheimen als privatrechtliches Handeln, nicht aber als Ausübung einer hoheitlichen Tätigkeit dar, die allein staatshaftungsrechtliche Ansprüche begründen könnte, vgl. Palandt-*Sprau*, § 839 BGB, Rn. 24.

2905 BGH, Urt. v. 24. April 1961, BGHZ 35, 44, 49.

2906 BGH, Urt. vom 15. Februar 1979, BGHZ 74, 144; BGH, 12. Juli 1979, BGHZ 75, 120.

2907 Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz - KWG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998, BGBl. I S. 2776, zuletzt geändert durch G vom 21. Juli 2010, BGBl. I, S. 950.

2908 Ausführlich zu diesen Entscheidungen *Rohlfing*, Wirtschaftsaufsicht und amtshaftungsrechtlicher Drittschutz, WM 2005, S. 313 f.

2909 BGH, Urt. vom 12. Dezember 2002, NJW 2003, S. 1318 ff.

2910 Kritisch zu dieser Entscheidung *Pegatzky*, Oderwitz und die Folgen, LKV 2003, S. 451 ff.

tes für Leben und Gesundheit gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1, Art. 1 Abs. 1 GG²⁹¹¹ erst recht auch bei der Pflicht zur Durchführung von Heimprüfungen nach § 114 SGB XI und § 15 HeimG (bzw. den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften) von einer drittschützenden Wirkung auszugehen. Denn gerade die Pflegeheimbewohner, die aufgrund ihres Alters und ihres Gesundheitszustands häufig nicht mehr in der Lage sind, sich selbst um ihre Gesundheit und ihr Wohlergehen zu kümmern, sind in besonderem Maß auf eine ordnungsgemäße Leistungserbringung angewiesen. Nach richtiger Ansicht weisen die Aufsichts- und Prüfpflichten der Heimaufsicht und der Pflegekassen daher die zur Begründung staatshaftungsrechtlicher Ansprüche erforderliche drittschützende Wirkung auf.²⁹¹²

Dies bestätigt auch die Rechtsprechung zur parallel gelagerten Heimaufsicht des Landesjugendamtes nach § 78 des Gesetzes für Jugendwohlfahrt.²⁹¹³ In diesem Zusammenhang entschied der BGH, die dem Landesjugendamt auferlegte Aufsicht zielt darauf ab, das leibliche, geistige und seelische Wohl der Kinder zu gewährleisten und deren Betreuung durch geeignete Kräfte sicherzustellen. Daher bejahte der BGH das Bestehen einer drittschützenden Amtspflicht.²⁹¹⁴

Auch für das SGB XI kann nichts anderes gelten. Die Gründe, die schon bei der heimaufsichtsrechtlichen Prüfung zur Bejahung der drittschützenden Wirkung führen, lassen sich für das SGB XI erst recht anführen. Denn hier besteht über die Pflicht zur Durchführung der Heimprüfungen hinaus eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung der Pflegekassen gegenüber den Leistungsempfängern der Pflegeversicherung, Sachleistungen nach dem allgemein anerkannten Stand medizinisch-pflegerischer Erkenntnisse zu erbringen, § 28 Abs. 3 SGB XI.

Im Ergebnis kommen Schadensersatzansprüche gegen staatliche Stellen damit – wie auch in England – nur nach den allgemeinen, auch außerhalb der Langzeitpflege geltenden Grundsätzen der Staatshaftung in Betracht. Anknüpfungspunkte für eine staatliche Haftung können stets nur eigene Pflichtverletzungen der staatlichen Behörden sein. Auch der Umstand, daß der Staat zur Erfüllung seiner Pflichten auf private Leistungserbringer zurückgreift, führt somit nicht zu einer Auffangverantwortung in Gestalt eines besonderen Haftungsregimes für schuldhaftige Pflichtverletzungen des Pflegepersonals

2911 BVerfG, Urt. vom 25. Februar 1975, E 39, 1, 41 ff.; Urt. vom 28. Mai 1993, E 88, 203, 251 ff.

2912 So zu Recht *Klie*, in: *Klie/Krahmer* [Hrsg.], SGB XI, § 114 Rn. 5; *Crößmann/Iffland/Mangels*, Taschenkommentar Heimgesetz, § 15 Rn. 22; dies erkennt grundsätzlich auch *Sommer*, Lehrbuch Sozialverwaltungsrecht, S. 156, an, die eine Haftung allerdings nicht schon dann bejaht, wenn eine Prüfung nicht im jährlichen Turnus durchgeführt wird und ein Pflegebewohner infolgedessen einen Schaden erleidet. Von der grundsätzlich bestehenden Möglichkeit zur Amtshaftung der Heimaufsicht geht daher auch die beim Amt für Sozialen und Wohnen angesiedelte Heimaufsichtsbehörde der Stadt Bonn aus, vgl. *Bundesstadt Bonn*, Tätigkeitsbericht der Heimaufsicht der Bundesstadt Bonn 2002/2003, S. 9.

2913 G vom 9. Juli 1922, RGBl I 1922, S. 633; dieses Gesetz wurde mit Wirkung zum 1. Januar 1991 aufgehoben und ist mittlerweile durch das Sozialgesetzbuch Achstes Buch (SGB VIII) - Kinder- und Jugendhilfe (in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Dezember 2006, BGBl. I S. 3134, zuletzt geändert durch G vom 6. Juli 2009, BGBl. I S. 1696), ersetzt.

2914 BGH, Urt. v. 2. April 1992, NJW 1992, S. 2031, 2032.

dieser privaten Einrichtungen. Im Gegenteil ist sogar die staatliche Haftung für Amtspflichtverletzungen bei der Prüftätigkeit gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB subsidiär gegenüber anderweitigen Ersatzmöglichkeiten, so daß sich der Heimbewohner mit seinen Schadensersatzansprüchen vorrangig an die Heimträger zu halten hat.

Fünftes Kapitel: Schlußbetrachtung

In den letzten beiden Kapiteln wurde die Verantwortung, die der englische und der deutsche Staat für die stationäre Langzeitpflege in den jeweiligen Rechtsordnungen übernehmen, unter verschiedenen Aspekten beschrieben. Dabei wurden im deutschen Länderbericht bereits die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zur englischen Rechtsordnung hinsichtlich der Strukturen des Pflegeheimmarktes, der Voraussetzungen und des Umfangs staatlicher Pflegesozialleistungen, der Instrumente der Infrastruktur- und der Pflegequalitätssteuerung sowie schließlich auch der staatlichen Haftung für Mängel der Leistungserbringung durch Private herausgearbeitet. Während sich diese vergleichende Betrachtung aber primär auf die einzelnen Elemente und Aspekte des Langzeitpflegesystems – also gewissermaßen auf die „Mikroebene“ – bezog, soll nunmehr im Schlußkapitel das Gesamtsystem der stationären Pflege der beiden Rechtsordnungen wieder stärker in den Vordergrund gerückt werden. Hierbei soll – unter Berücksichtigung der in den Länderkapiteln gewonnenen Erkenntnisse – aus einer vergleichenden Perspektive Stellung zu den in der Grundlegung aufgeworfenen Fragen nach der Verantwortungs- und Regulierungsstruktur in der englischen und der deutschen stationären Langzeitpflege genommen werden.

A. Gewährleistungsverantwortung für die stationäre Langzeitpflege

Nachdem in der Grundlegung das Wesen der Gewährleistungsverantwortung abstrakt erläutert wurde und sodann in den beiden folgenden Länderberichten die Ausprägungen der staatlichen Verantwortung in der stationären Langzeitpflege im Einzelnen beschrieben und miteinander verglichen wurden, soll im Folgenden zunächst nochmals zusammenfassend erläutert werden, warum es sowohl für England als auch für Deutschland gerechtfertigt ist, diesbezüglich von „Gewährleistungsstaaten“ zu sprechen.

I. England und Deutschland als Gewährleistungsstaaten für die stationäre Langzeitpflege

Der Gewährleistungsstaat wurde in der Grundlegung als ein Staat beschrieben, der in dem jeweils betrachteten Lebensbereich zwar an seiner Gemeinwohlverantwortung festhält, dabei jedoch nicht (mehr) zwingend eigenhändig als Leistungserbringer auftritt. Der Staat stellt – um seiner verbliebenen Verantwortlichkeit Ausdruck zu verleihen – die Aufgabenerfüllung in Kooperation mit dem privaten Sektor sicher. Er gewährleistet diese, indem er zunächst eine Überwachungs-, Regulierungs- und gegebenenfalls auch Infrastrukturverantwortung wahrnimmt. Lassen sich auf diese Weise die intendierten,

gemeinwohlorientierten Zielsetzungen nicht hinreichend sicherstellen, aktiviert sich die Auffangverantwortung des Gewährleistungsstaates, die notfalls bis hin zu einer Rückholung der Aufgabenwahrnehmung in die staatliche Obhut reichen kann.

Die in den Länderberichten gefundenen Ergebnisse bestätigen, daß England und Deutschland in Bezug auf die stationäre Langzeitpflege zutreffend als Gewährleistungsstaaten bezeichnet werden.²⁹¹⁵ In beiden Rechtsordnungen werden die Pflegeleistungen ganz überwiegend in privat betriebenen Pflegeheimen erbracht, gleichzeitig gewährleisten aber staatliche Akteure mit einer Vielzahl von Maßnahmen, daß Pflegebedürftige angemessenen Zugang zu einer qualitätsgesicherten Versorgung mit stationären Langzeitpflegeleistungen haben.

Die staatliche Einflußnahme bezieht sich dabei zunächst auf das generelle Vorhandensein einer ausreichenden Personal- und Einrichtungsinfrastruktur. Zu diesem Zweck beobachten staatliche Stellen die Marktsituation und greifen bei vorhandenen oder erwarteten Defiziten mit unterschiedlichen Fördermaßnahmen unterstützend in den Markt ein. Mittels bestimmter Pflegesozialleistungen sorgen der englische und der deutsche Sozialstaat zugleich dafür, daß das Angebot an stationären Pflegeleistungen für die einzelnen Pflegebedürftigen auch in finanzieller Hinsicht zugänglich bleibt. Ferner überwachen und regulieren Akteure des öffentlichen Sektors sowohl in Deutschland als auch in England die Struktur-, Prozeß- und Ergebnisqualität der in den Heimen erbrachten Pflegeleistungen. Für den Extremfall, daß die private Leistungserbringung versagt, stehen dem Staat in einem gewissen, begrenzten Umfang auch Rückholoptionen zur Verfügung. Bezogen auf das Beispiel der Einrichtungsinfrastruktur bestehen diese in England und – allerdings unter deutlich engeren Voraussetzungen – auch in Deutschland unter anderem im Betrieb eigener Einrichtungen, hinsichtlich der Qualität der Leistung besteht etwa die Möglichkeit der Einsetzung einer kommissarischen Heimleitung.

Das übereinstimmend für beide Rechtsordnungen gefundene Ergebnis, wonach staatliche Stellen nur unter sehr engen Voraussetzungen, nämlich allein bei eigenem Verschulden, für eine mangelhafte Leistungserbringung seitens der privaten Heimbetreiber haften, steht der Charakterisierung Englands und Deutschlands als Gewährleistungsstaaten dabei nicht entgegen. Denn hierzu wurde bereits in der Grundlegung ausgeführt,²⁹¹⁶ daß die staatliche Gewährleistungsverantwortung gerade nicht auch die Garantie umfaßt, daß die dem privaten Sektor überlassenen Aufgaben in einer bestimmten Art und Weise erfüllt werden.

Die Länderberichte haben ferner gezeigt, daß sich die gewährleistende staatliche Einflußnahme auf die stationäre Langzeitpflege keineswegs auf den Bereich beschränkt, in dem private Heimbetreiber von staatlichen Sozialleistungsträgern als Leistungserbringer herangezogen werden. Einerseits verdeutlichen die stationären Langzeitpflegesysteme in England und Deutschland zwar, daß sich der staatliche Beitrag zum verantwortungsteilenden Zusammenwirken von Staat und Privaten gerade dort zutreffend als Wahrnehmung von Gewährleistungsverantwortung charakterisieren läßt, wo der private Sek-

2915 So im Ergebnis bezogen auf Deutschland auch *Bieback*, Qualitätssicherung, S. 164 ff.

2916 Oben, S. 88.

tor als Leistungserbringer von staatlichen Sozialleistungen auftritt und somit Aufgaben mit einem funktionalen Bezug zu einer Staatsaufgabe erfüllt. Dabei spielt es keine Rolle, ob dieser private Beitrag als Folge einer funktionalen Privatisierung erbracht wird (wie in England, wo mit den *Community Care*-Reformen die Möglichkeit eröffnet wurde, *residential care* nach s. 21, 26 NAA 1948 durch privat-kommerzielle Betreiber erbringen zu lassen), oder ob er – wie in Deutschland in Bezug auf die Sozialhilfe und die Pflegeversicherung vor dem Hintergrund der langen Tradition gemeinnütziger Einrichtungen – auch ohne einen formalen Ausgliederungsakt Bestandteil der sozialrechtlichen Leistungserbringung ist. Andererseits belegen aber insbesondere die umfangreich ausgestalteten Heimaufsichtsregime beider Vergleichsrechtsordnungen, daß die staatliche Gewährleistungsverantwortung nicht auf den Bereich der Erbringung von Sozialleistungen begrenzt ist, sondern sich gleichfalls umfassend auf diejenigen Pflegebedürftigen bezieht, die ihre Unterbringung im Pflegeheim selbst finanzieren. Die englische Rechtsordnung, in der die Mechanismen des Leistungserbringungsrechts für die Steuerung der Pflegequalität bei Leistungen nach s. 21 NAA 1948 neben dem Heimaufsichtsrecht derzeit wohl keine eigenständige Rolle spielen, verdeutlicht darüber hinaus, daß sich auch die Instrumente zur Wahrnehmung der Gewährleistungsverantwortung in beiden Fallgestaltungen nicht zwingend wesentlich voneinander unterscheiden müssen.

II. Zur begrenzten Aussagekraft des Leitbildes des Gewährleistungsstaats

Welche Aussagekraft letztlich hinter dieser Charakterisierung Englands und Deutschlands als „Gewährleistungsstaaten in der stationären Langzeitpflege“ steckt, ist allerdings zweifelhaft. Die beiden in dieser Arbeit betrachteten Rechtsordnungen enthalten – sowohl bei isolierter als gerade auch bei vergleichender Betrachtung – zahlreiche Beispiele dafür, daß das Leitbild des Gewährleistungsstaates nur begrenzt Aussagen darüber zuläßt, wie sich die Rolle des Staates im verantwortungsteilenden Zusammenwirken des privaten und des öffentlichen Sektors letztlich darstellt.

Denn erstens bildet die Gewährleistungsverantwortung keineswegs eine Kategorie, die die staatliche Rolle abschließend und in Abgrenzung zu anderen Verantwortlichkeiten wiedergeben kann. In augenfälliger Weise verdeutlicht dies etwa die Tatsache, daß sowohl der englische als auch der deutsche Gewährleistungsstaat selbst als Betreiber von Pflegeheimen auftreten und stationäre Langzeitpflegeleistungen somit nach wie vor auch in Eigenregie erbringen. Beide Gewährleistungsstaaten übernehmen für die Leistungserbringung damit in einem bestimmten Umfang – der sich nicht allein als Ausdruck einer Auffangverantwortung verstehen läßt – zugleich eine Erfüllungsverantwortung, also gerade auch denjenigen Verantwortungstypus, der gemeinhin als Gegensatz zur Gewährleistungsverantwortung verstanden wird. Erfüllungs- und Gewährleistungsverantwortung sind dabei zudem insofern miteinander verzahnt, als die in öffentlicher Trägerschaft stehenden Heime in gleicher Weise der steuernden staatlichen Regulierung unterliegen, die bei den Heimen des privaten Sektors als maßgeblicher Ausfluß der Gewährleistungsverantwortung betrachtet wird.

Zweitens sagt die Charakterisierung als Gewährleistungsstaat nichts darüber aus, wie die Verantwortlichkeiten für den jeweils betrachteten Lebensbereich zwischen Staat und Privaten im Einzelnen verteilt sind. Dies soll im Folgenden zum einen anhand der Finanzierung stationärer Langzeitpflegeleistungen und zum anderen am Beispiel der Steuerung der Pflegequalität gezeigt werden.

Sowohl England als auch Deutschland wurden in Bezug auf die stationäre Langzeitpflege ohne Unterscheidung danach, ob die Heimunterbringung durch staatliche Sozialleistungen finanziert ist oder nicht, als Gewährleistungsstaaten bezeichnet. Dieses Leitbild gibt somit keine Auskunft über die Verteilung der Finanzierungsverantwortung zwischen Staat und Privaten. Erst recht vermag es daher dort, wo Staat und Private sich die Finanzierungsverantwortung teilen, nichts über die Abstufungen und das Verhältnis dieser Verantwortungsanteile zueinander wiederzugeben. In der stationären Langzeitpflege betrifft dies etwa das Rangverhältnis zwischen staatlichen Sozialleistungen (und zwar unabhängig davon, ob diese durch Steuern oder durch Sozialversicherungsbeiträge finanziert sind)²⁹¹⁷ und der privaten Eigenfinanzierung von Heimaufenthalten. Während beispielsweise in England Leistungen nach s. 21 NAA 1948 erst dann bezogen werden können, wenn das eigene Vermögen des Pflegebedürftigen hierzu (unter Beachtung eines bestimmten Schonvermögens) nicht mehr ausreicht, weisen die staatlichen Leistungen der deutschen sozialen Pflegeversicherung keinen Nachrang gegenüber dem Einsatz eigenen Vermögens durch die Pflegebedürftigen auf. Eine Subsidiarität der staatlichen Finanzierungsverantwortung kommt in Deutschland nur dort und nur in dem Umfang zum Tragen, wo die begrenzten Leistungen der Pflegeversicherung zur Finanzierung des Heimaufenthaltes durch aufstockende, bedürftigkeitsabhängige Hilfen zur Pflege nach dem SGB XII ergänzt werden müssen. Diese Unterschiede in den grundlegenden Verantwortungsstrukturen bildet die Charakterisierung Englands und Deutschlands als Gewährleistungsstaat nicht ab.

Einen ähnlichen Befund liefert die in beiden Rechtsordnungen sehr unterschiedlich gestaltete Verteilung der Finanzverantwortung für die Einrichtungsinfrastruktur. Während diesbezüglich in Deutschland in Gestalt der Investitionskostenförderung eine gewisse Finanzierungsverantwortung der Länder besteht, liegt diese in England grundsätzlich allein beim privaten Sektor, der seine Investitionen über die – zum Teil freilich wieder aus staatlichen Mitteln bezahlten – Heimgebühren zu finanzieren hat. Auch dieses Beispiel verdeutlicht, daß die Gewährleistungsverantwortung, mit der der Versuch unternommen wird, die Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten zu beschreiben, keine Aussagen dazu treffen kann, ob der Staat in dem betrachteten Bereich auch eine gewisse finanzielle Verantwortung übernimmt und wie diese gegebenenfalls im Verhältnis zur Finanzierungsverantwortung des privaten Sektors ausgestaltet ist.

2917 Weil Sozialversicherungsbeiträge ebenso wie Steuern im privaten Sektor erhoben werden, betrifft die Finanzierungsart weniger die Verteilung der Verantwortung zwischen Staat und Privaten als vielmehr die Reichweite der Finanzierungssolidarität innerhalb des gesellschaftlichen Bereichs. Hierzu sind vom Leitbild des Gewährleistungsstaats freilich schon aufgrund seiner Ausrichtung auf die Verantwortungsteilung zwischen beiden Sektoren keine Aussagen zu erwarten.

Die begrenzte Aussagekraft des Begriffs des Gewährleistungsstaates zu wichtigen Aspekten der Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten zeigt sich auch an der Steuerung der Pflegequalität. Bei näherer Betrachtung verdeutlicht dieser wesentliche Aspekt der staatlichen Einflußnahme auf die private Leistungserstellung, daß der genannte Befund auch zentrale Elemente der Gewährleistungsverantwortung in der stationären Langzeitpflege betrifft. Wie die beiden Länderberichte ergeben haben, wirken Staat und Private in den einzelnen Bereichen der Qualitätssicherung in ganz unterschiedlichen Formen zusammen. Dabei leistet der private Sektor vor allem bei der Qualitätsentwicklung einen maßgeblichen Beitrag. Sowohl der Verweis auf den allgemein anerkannten Stand der pflegfachlichen Erkenntnisse als zentralen Qualitätsmaßstab im SGB XI und den Heimgesetzen als auch die nunmehr ausdrücklichere Bezugnahme auf die Erkenntnisse der Pflegewissenschaften und der Pflegepraxis im HSCA 2008 und der *Health and Social Care Act 2008 (Regulated Activities) Regulations 2010* bestätigen die besondere Bedeutung der im gesellschaftlichen Sektor generierten Qualitätsanforderungen. Auch das staatliche SCIE als „*knowledge manager*“ greift, wenn es verschiedene „Wissensquellen“ aufbereitet und den in der stationären Langzeitpflege Beschäftigten zugänglich macht, letztlich insbesondere auf die Expertise des privaten Sektors, nämlich der Pflegepraxis und der Pflegewissenschaften, zurück. Eine ähnlich wichtige Rolle bei der Qualitätsentwicklung kommt dem privaten Sektor in Deutschland zu. Obgleich der deutsche Gesetzgeber die Entwicklung und Aktualisierung wissenschaftlich fundierter und fachlich abgestimmter Expertenstandards zur Sicherung und Weiterentwicklung der Pflegequalität zuletzt der gemeinsamen Selbstverantwortung der Vertragsparteien gem. § 113 SGB XI überantwortet hat, bleibt doch die inhaltliche Entwicklung der Pflegestandards primär eine von den Pflegewissenschaften und der Pflegepraxis – und nur subsidiär in staatlicher Verantwortlichkeit – wahrzunehmende Aufgabe.²⁹¹⁸

Im Wesentlichen ist dem staatlichen Gewährleistungsauftrag daher nur zu entnehmen, daß sich der Staat eine gewisse Kontrolle und bestimmte Zugriffsoptionen für den Fall vorbehalten muß, daß die gesellschaftlichen Systeme nicht hinreichend funktionsfähig sind und es so zu Gefährdungen der Bürger kommt.²⁹¹⁹ Wie aber die Verantwortungsteilung oberhalb dieser Mindestschwelle für einen staatlichen Zugriff ausgestaltet ist, darüber trifft das Leitbild des Gewährleistungsstaates keine Aussagen. Der Vergleich zwischen der deutschen und der englischen stationären Langzeitpflege mit ihren Gemeinsamkeiten aber auch ihren Unterschieden zeigt deutlich, daß das Modell des Gewährleistungsstaates offen ist für verschiedenste Gestaltungen und Verteilungen der Verantwortlichkeiten zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor. Umgekehrt bedeutet dies jedoch, daß sich konkrete Aussagen über die Verantwortungsteilung und eine differenzierte Darstellung der Verantwortungsstrukturen im Gewährleistungsstaat nur dadurch treffen lassen, daß der staatliche und der private Beitrag zur Erfüllung einer

2918 So zutreffend auch *Hamdorf*, Öffentliche und private Verantwortung für Qualität in der Pflege, S. 73 ff., 105 f.

2919 *Bieback*, Qualitätssicherung in der Pflege, S. 165.

öffentlichen Aufgabe für den jeweiligen Bereich konkret beleuchtet und untersucht werden.

Zudem folgt aus der beschriebenen Offenheit des Begriffs der Gewährleistungsverantwortung, daß sich aus der Charakterisierung eines Staates als Gewährleistungsstaat – abgesehen von einer gewissen staatlichen Auffangfunktion, die sich ab einer bestimmten Schwelle aktualisieren muß – keine Rückschlüsse auf dessen konkrete Aufgaben, Pflichten oder gar die zur Erfüllung eingesetzten Instrumente ziehen lassen. So stellt zwar beispielsweise die Infrastrukturkostenförderung der deutschen Länder ein Element der Gewährleistungsverantwortung des deutschen Staates für die stationäre Langzeitpflege dar. Das Beispiel Englands, dem eine derartige Infrastrukturkostenförderung wiederum fremd ist, verdeutlicht, daß es nicht möglich ist, von der Gewährleistungsverantwortung auf die Instrumente zu schließen, mit denen der Staat die Verantwortung tatsächlich wahrnimmt. Erst recht – und das bestätigen insbesondere die im englischen und im deutschen Länderbericht zur Haftung des Staates für Pflegemängel privater Betreiber gefundenen Ergebnisse – können aus der Gewährleistungsverantwortung als solcher keine subjektiven Rechtsansprüche auf ein staatliches Einsteigmüssen im Falle eines Funktionsversagens des privaten Sektors abgeleitet werden. Oder anders ausgedrückt: Gewährleistungsstaatlichkeit ist nicht die Basis bestimmter Aufgaben und Pflichten, sondern sie ist das Ergebnis verschiedenster vom Staat übernommener Verantwortlichkeiten, deren Grundlage die gesetzlichen Zuweisungen einzelner Aufgaben und Pflichten bilden.

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen, daß das Leitbild „Gewährleistungsstaat“ die grundsätzliche Verantwortlichkeit eines Staates beschreibt, der das Funktionieren der Erfüllung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe durch Private sicherstellt. Diese Charakterisierung eines Staates läßt sich als eine schlagwortartige Umschreibung der von ihm übernommenen Verantwortung für einen bestimmten Lebensbereich verstehen, die sich aus einer Zusammenschau der von ihm auf diesem Gebiet im Einzelnen unternommenen Maßnahmen und eingesetzten Instrumente ergibt. Der einseitige Fokus auf die vom Staat wahrgenommene Rolle bedingt jedoch, daß dieses Verantwortungskonzept die Wechselbeziehungen und Verschränkungen der Verantwortlichkeiten des staatlichen und des privaten Sektors nicht abzubilden vermag. Das Leitbild des Gewährleistungsstaates ist offen für eine Vielzahl von Möglichkeiten der Verteilung von Aufgaben und Verantwortlichkeiten zwischen Staat und Gesellschaft sowie für verschiedenste Instrumentarien und Maßnahmen, mit denen staatliche Stellen die ihnen übertragene Verantwortung wahrnehmen können. Die Offenheit des Begriffs der Gewährleistungsverantwortung in Bezug auf die konkreten Umsetzung und Ausgestaltung und die damit verbundene Unschärfe hinsichtlich der Wahrnehmungsmodalitäten erschweren jedoch seine dogmatische Anschlußfähigkeit. Anstatt tauglicher Anknüpfungspunkt für weitere dogmatische Ableitungen zu sein, erfüllt das Leitbild des Gewährleistungsstaates daher eine primär deskriptive Funktion.

B. Steuerungsinstrumente im Gewährleistungsstaat der stationären Langzeitpflege

Wie dargelegt, beschreibt die Gewährleistungsverantwortung das Festhalten des Staates an der Gemeinwohlverantwortung für einen bestimmten Lebensbereich trotz seines grundsätzlichen Rückzugs aus der eigenhändigen Leistungserbringung. Um seiner fortbestehenden Verantwortlichkeit nachzukommen, wirkt der Staat mit verschiedensten Steuerungszielen auf die Leistungserstellung durch den privaten Sektor ein. Während in den Länderberichten die hierbei verwendeten Mechanismen bereits im Einzelnen beschrieben, systematisiert und miteinander verglichen wurden, sollen die eingesetzten Steuerungsmodi der Regulierungssysteme im Folgenden abschließend in einer Gesamtbetrachtung, d.h. losgelöst von der Ebene der einzelnen Instrumente, beleuchtet werden.

I. Dominanz der hoheitlich-imperativen Ge- und Verbotssteuerung

Eine Gesamtbetrachtung beider Länderberichte ergibt sowohl für das englische als auch für das deutsche Regulierungsregime der stationären Langzeitpflege eine gewisse Dominanz der traditionellen Ge- und Verbotssteuerung. Zwar kommen bei der Infrastruktursteuerung noch überwiegend auf finanziellen Anreizen beruhende oder informationsbasierte Mechanismen zum Einsatz. Bei der Qualitätssteuerung, die gewissermaßen den Kern der jeweiligen Regulierungsregime bildet, stehen aber in beiden verglichenen Rechtsordnungen hoheitlich-imperative Steuerungsinstrumente im Zentrum der staatlichen Einflußnahme auf die stationäre Langzeitpflege.

In England finden sich diese traditionellen *command and control*-Mechanismen vor allem in Gestalt von Registrierungserfordernissen, von verbindlichen Vorgaben des CSA 2000- bzw. des HCSA 2008-Regime für den Betrieb der Einrichtungen, von zahlreichen Überwachungs- und Durchsetzungsbefugnissen der CQC als zentraler Regulierungsbehörde und schließlich in Form der verschiedenen ordnungs- und strafrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten bei Verstößen gegen heimaufsichtsrechtliche Anforderungen.

Ähnliches trifft auch auf Deutschland zu, wo ebenfalls traditionelle, hoheitlich-imperative Mechanismen die Qualitätssteuerung in der stationären Langzeitpflege prägen. Zwar bildet das deutsche Heimaufsichtsrecht, das – wie dargelegt – über ganz ähnliche Instrumente wie das CSA 2000- bzw. das HSCA 2008-Regime verfügt, neben den kooperativen Instrumenten des Leistungserbringungsrechts nur eine der beiden Hauptsäulen der Sicherung und Förderung der Qualität stationärer Pflegeeinrichtungen. Aber auch das grundsätzlich auf kooperativen Mechanismen beruhende Leistungserbringungsrecht, das im Gegensatz zu den englischen Leistungserbringungsverträgen eine vollausgeprägte und eigenständige Säule der Qualitätsregulierung bildet, bedient sich an zentralen Stellen – ungeachtet des oben betonten gesellschaftlichen Anteils an der Normentwicklung – imperativer Mechanismen. Erwähnt seien etwa die Expertenstan-

dards, deren unmittelbare Verbindlichkeit nach ihrer Veröffentlichung im Bundesanzeiger künftig auf der gesetzlichen Anordnung des § 113a SGB XI beruhen wird.²⁹²⁰ Ein anderes Beispiel bilden Befugnisse, die den Landesverbänden der Pflegekassen bei der Prüfung von Einrichtungen sowie erforderlichenfalls beim Einschreiten gegen Pflegemängel zustehen. Obgleich diese behördlichen Kompetenzen im Leistungserbringungsrecht des SGB XI verortet sind, ähneln sie großteils den ordnungsrechtlichen Instrumentarien des Heimaufsichtsrechts.²⁹²¹

Die Dominanz klassischer *command and control*-Instrumente wird noch deutlicher, wenn man neben dem Heimaufsichtsrecht auch das für den Betrieb von Pflegeeinrichtungen in beiden Vergleichsrechtsordnungen gleichermaßen relevante allgemeine Ordnungsrecht (wie etwas das Feuersicherheits-, das Arbeitssicherheits- oder das Lebensmittelhygienerecht) in die Betrachtung einbezieht.²⁹²² Letztlich finden sich selbst dort, wo grundsätzlich mit persuasiven und informationsbasierten Maßnahmen Einfluß auf den Pflegesektor ausgeübt wird, zwingende Veröffentlichungs- und Informationspflichten.²⁹²³ Obwohl sich diese Mechanismen für die Pflegebedürftigen durchaus als moderne Steuerungsformen darstellen, liegt ihnen aus Sicht der Heimbetreiber bei genauere Betrachtung gleichfalls traditionelles „hartes Recht“ in Form hoheitlich-imperativer Veröffentlichungs- und Dokumentationsvorschriften zugrunde. Die Aufzählung ließe sich um viele weitere Ge- und Verbote für die an der Leistungserbringung Beteiligten ergänzen, zu denen in jüngster Zeit beispielsweise auch noch die gesetzlichen Mindestlöhne im Pflegesektor hinzu getreten sind.

II. „Moderne“ Steuerungsmechanismen als Ergänzung des hoheitlich-imperativen Instrumentariums

Freilich hat die Untersuchung der Vergleichsrechtsordnungen auch ergeben, daß bei der Qualitätssteuerung zugleich andere, vermeintlich „modernere“ Regulierungsansätze zur Anwendung kommen. Als Beispiel lassen sich etwa die Förderung des Qualitätswettbewerbs zwischen den stationären Einrichtungen durch die Gewährung bestimmter „Verbraucherinformationen“ an Pflegebedürftige, die Unterstützung des Eigenengagements der Heimbewohner zur Beseitigung von Pflegedefiziten sowie der Einsatz von Selbstregulierungselementen wie z.B. im Rahmen des internen Qualitätsmanagements sowie persuasive Ansätze wie Beratungs- und Informationsangebote an Leistungserbringer nennen. Diesen Instrumenten fehlt es allerdings ganz überwiegend an einer gewissen Eigenständigkeit und Unabhängigkeit von den hoheitlich-imperativen Steuerungsformen. Die meisten dieser Steuerungsansätze stellen statt dessen vielmehr Ergänzungen zu den hoheitlich-imperativen Ge- und Verboten dar. Hintergrund hierfür ist, daß die „modernen“ Steuerungsinstrumente – wie die Länderberichte gezeigt haben –

2920 Dazu oben, S. 479.

2921 Vgl. oben, S. 467.

2922 Vgl. nur S. 275 ff., 453 ff.

2923 S. etwa oben, S. 352 f., 504 f.

hinsichtlich der Pflegequalität in aller Regel keine eigenständigen inhaltlichen Standards setzen. Sie greifen daher vielfach auf die Vorgaben der hoheitlich-imperativen Regulierung zurück und unterstützen deren Implementierung mit Wirkmechanismen, die sich von der normativen Verbindlichkeit, d.h. der unmittelbaren und zwingenden Geltung traditioneller gesetzlicher Anordnungen unterscheiden. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die betreffenden Instrumente auf den Vorgaben des zwingenden Rechts aufbauen, in England etwa des CSA 2000 bzw. HSCA 2008-Regimes und in Deutschland auf den Anforderungen der Heimgesetze oder den mit unmittelbarer Geltungskraft zu versehenden Expertenstandards. Dies verdeutlichen etwa die „*star ratings*“ in England oder die Pflegenoten für Einrichtungen in Deutschland, die letztlich die Einhaltung bestimmter heimrechtlicher Vorgaben in relativ leicht verständliche Verbraucherinformationen „übersetzen“, um hierdurch Pflegebedürftigen eine Auswahl der Einrichtung nach Qualitätsgesichtspunkten zu erleichtern und so den Qualitätswettbewerb unter den Heimen zu stärken. Ein anderes Beispiel, das ebenfalls in beiden Rechtsordnungen vorgefunden wurde, bildet die Errichtung leicht zugänglicher Beschwerdeverfahren, die nicht zuletzt auch den aufsichtsrechtlichen Standards zur Geltung verhelfen soll.

Gleiches trifft etwa für die persuasiven, „aufklärenden“ Techniken der informationsbasierten Steuerung zu. Diese Instrumente bezwecken, die an der Pflege beteiligten Akteure mit den gesetzlichen Anforderungen vertraut zu machen und eine gute fachliche Praxis zur Einhaltung dieser Vorgaben aufzuzeigen, um so ihre Befolgung zu steigern.

Den in den Länderberichten im Einzelnen beschriebenen „modernen“ Steuerungsinstrumenten kommt somit sowohl in England als auch in Deutschland im Verhältnis zur *command and control*-Regulierung primär eine lediglich ergänzende Funktion zu. Eine Ausnahme hiervon bilden allerdings die kooperativen Mechanismen, deren Rolle sich etwas differenzierter darstellt. Während dieses vor allem im Leistungserbringungsrecht verortete Instrumentarium in England gesetzlich nur rudimentär ausgestaltet ist und in der Praxis – jedenfalls bei der Mehrzahl der Kommunen – neben dem Heimaufsichtsrecht keine eigenständige Funktion hinsichtlich der Qualitätssteuerung erfährt, stellt sich die Situation im deutschen Leistungserbringungsrecht völlig anders dar. Die detaillierten gesetzlichen Rahmenvorgaben insbesondere des SGB XI sowie die Einbindung der Leistungserbringung in ein mehrstufiges Vertragssystem, das auf den korporatistischen Strukturen der Leistungsträger- und zu einem gewissen Grad auch der Leistungserbringerseite aufbaut, führen zu einer relativ hohen Regulierungsdichte mit originären, d.h. nicht unmittelbar dem Heimaufsichtsrecht entstammenden Qualitätsanforderungen. Im Gegensatz zum englischen System bilden die kooperativen Mechanismen des deutschen Leistungserbringungsrechts daher eine eigenständige Säule des Pflegeregulierungsrechts.

III. Erklärungsansätze für das Überwiegen hoheitlich-imperativer Steuerungsinstrumente

Gerade in Bezug auf den Gewährleistungsstaat erscheint die zentrale Bedeutung, die der klassischen *command and control*-Steuerung bei der Qualitätssicherung insgesamt betrachtet nach wie vor zukommt, durchaus überraschend. Hatten doch mit dem gewandelten Rollenverständnis des Staates vom erfüllenden Wohlfahrtsstaat zum ermöglichenden Gewährleistungsstaat²⁹²⁴, das das Bedürfnis nach einer staatlichen Regulierung der verantwortungsteilenden Aufgabenwahrnehmung mit sich brachte, intensive wissenschaftliche Bemühungen eingesetzt, um dem befürchteten staatlichen Steuerungsversagen²⁹²⁵ entgegenzutreten und die vor allem mit der hoheitlich-regulativen Normierung in Verbindung gebrachten Befolgungsdefizite zu verringern. Weil die Implementationsforschung eine restriktive Verhaltensnormierung nicht für geeignet hielt, um die Potentiale des privaten Sektors bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben nutzbar zu machen,²⁹²⁶ wuchs die Suche nach „modernerer“ Steuerungsformen.²⁹²⁷ Insbesondere im Wirtschaftsregulierungsrecht wurde als Reaktion auf die als über Gebühr legalistisch empfundene, auf Befehl und Zwang basierende Regulierung eine Weiterentwicklung von Zwang zu Kooperation, von Sanktionierung zu Anreizen, Überzeugung und Belohnung sowie von der Steuerung durch Ge- und Verbote hin zu Wettbewerbsmechanismen propagiert.²⁹²⁸

Vor diesem Hintergrund wirkt der schwerpunktmäßige Einsatz des hoheitlich-imperativen Steuerungsinstrumentariums im deutschen und englischen Regulierungsrecht auf den ersten Blick etwas überkommen. Im Folgenden sollen daher mögliche Erklärungsansätze dafür geliefert werden, warum die zentrale Stellung des heimaufsichtlichen *command and control*-Regimes trotz der Existenz vermeintlich „modernerer“ Steuerungsansätze nichtsdestotrotz gerade in der stationären Langzeitpflege nach wie vor gerechtfertigt ist. Dabei werden zum einen Besonderheiten des stationären Langzeitpflegesektors gegenüber anderen Wirtschaftsbereichen aufgezeigt, die gegen eine Ablösung der hierarchisch-imperativen Ge- und Verbotssteuerung durch „modernere“ Steuerungsinstrumente sprechen. Zum anderen deutet nach der genaueren Betrachtung der englischen und deutschen Heimaufsichtsregime in den Länderberichten einiges darauf hin, daß auch die Kritik, die der Konditionalsteuerung durch Ge- und Verbote typischerweise entgegengebracht wird, auf die *command and control*-Mechanismen der stationären Langzeitpflege jedenfalls nicht uneingeschränkt zutrifft.

2924 Dazu ausführlich oben, S. 92 ff.

2925 S. 103 f.

2926 Näher oben, S. 105.

2927 Hierzu oben, S. 106 ff.; vgl. auch *Voigt*, *Recht als Instrument*, S. 139 ff.

2928 *Braithwaite*, *Rewards and Regulation*, *Journal of Law and Society* 29 (2002), S. 13.

1. Der Mindestbedarf an hoheitlich-imperativen Steuerungsformen

Die Frage nach einem gewissen (Mindest-)bedarf an hierarchisch-imperativen Steuerungsformen in der stationären Langzeitpflege setzt erstens voraus, daß überhaupt ein Bedürfnis für eine Regulierung dieses Bereichs besteht, und zweitens, daß das steuernde Einwirken in einem bestimmten Umfang durch normativ wirkende Ge- und Verbote geschehen sollte.

a. Rechtfertigung der staatlichen Regulierung in der stationären Langzeitpflege

Für die Notwendigkeit des Sozialstaats, überhaupt regulierend auf den Langzeitpflege-sektor einzuwirken, lassen sich zunächst gemeinwohlbezogene²⁹²⁹ Gründe anführen. Diesem Rechtfertigungsansatz liegt die Überlegung zugrunde, daß staatliche Regulierungsaktivitäten zur Verwirklichung sozialpolitischer Zielsetzungen beitragen, die auch effizient gestaltete Märkte selbst mitunter nicht bewirken könnten.²⁹³⁰ Es kann daher im gesamtgesellschaftlichen Interesse erforderlich sein, individuellen Zielen und Vorstellungen, die mit dem Gemeinwohl konfliktieren, durch den Einsatz bestimmter Regulierungsinstrumente entgegenzutreten. Bezogen auf die stationäre Langzeitpflege sind staatliche Steuerungseingriffe vor diesem Hintergrund dann gerechtfertigt, wenn durch sie eine dem Gemeinwohlinteresse dienende ausreichende Versorgung mit qualitativ angemessenen Pflegeleistungen – gegebenenfalls entgegen gegenläufiger Individualinteressen etwa seitens der Betreiber – gewährleistet werden kann. Tatsächlich erregte das Thema „Qualität in der Pflege“ in England und Deutschland zu Beginn der 1990er Jahre mehr und mehr öffentliche Aufmerksamkeit. In England war dies eine Folge der drastischen Kürzungen der zentralstaatlichen Mittel zur Finanzierung stationärer Langzeitpflegeleistungen in privat betriebenen Heimen seit 1985 sowie der anschließenden Übertragung der Finanzierungsverantwortung auf die Kommunen, deren Sozialhaushalte nur begrenzt Mittel für die stationäre Langzeitpflege vorsahen.²⁹³¹ Der infolge dieser Neuordnung entstehende Kostendruck in einem vormals – jedenfalls für private Heimbetreiber – florierenden Markt wurde verschärft, indem Leistungserbringer des privaten Sektors in der „mixed economy of care“²⁹³² nunmehr zusätzlich Konkurrenz von Heime des öffentlichen Sektors bekamen, die zum damaligen Zeitpunkt noch nicht den Registrierungsstandards des *Registered Homes Act 1984* unterfielen. Die Befürchtung eines massiven Preiswettbewerbs auf Kosten der Pflegequalität löste ein steigendes öffentliches Interesse an einer stärkeren Regulierung, insbesondere an der Einführung umfassender Qualitätsstandards für alle Pflegeheime unabhängig von deren Trägerschaft, aus.

2929 Zu gemeinwohlbezogenen Begründungsansätzen für regulierendes Tätigwerden vgl. *Baldwin/Cave*, *Understanding Regulation*, S. 19 ff.; *Ogus*, *Regulation*, S. 29 ff.

2930 *Baldwin/Cave*, *Understanding Regulation*, S. 14 f.

2931 Vgl. *Richards*, *Long-term Care*, S. 8 ff.

2932 Vgl. *Means/Richards/Smith*, *Community Care*, S. 60 ff.

Dieses öffentliche Interesse wurde ferner dadurch verstärkt, daß stationäre Pflegeleistungen in England großteils aus öffentlichen Mitteln finanziert sind.²⁹³³

Ähnliches gilt für die Langzeitpflege in Deutschland, wo der umfangreiche Einsatz öffentlicher Gelder insbesondere in Form der Hilfe zur Pflege nach dem BSHG auch schon vor Einführung der Pflegeversicherung ein erhebliches gesamtgesellschaftliches Interesse an der Qualität der pflegerischen Versorgung begründet hatte. Mit der Schaffung der gesetzlichen Pflegeversicherung im Jahre 1995 und der ausdrücklichen Verpflichtung der Einrichtungsträger auf den allgemein anerkannten Stand medizinisch-pflegerischer Erkenntnisse nahm die öffentliche Aufmerksamkeit hinsichtlich der Qualität in der Pflege nochmals deutlich zu.²⁹³⁴

Einen weiteren Begründungsansatz für eine staatliche Regulierung, die sich auf die stationäre Langzeitpflege übertragen läßt, stellt die Theorie des Marktversagens²⁹³⁵ dar. Diese rechtfertigt steuernde Eingriffe damit, daß Märkte ohne sie unter bestimmten Bedingungen zu Resultaten führen, die eine ineffiziente, also pareto-inferiore²⁹³⁶ Verteilung von Ressourcen und Gütern bewirkt und auf diese Weise Wohlfahrtsverluste erzeugt. Wenn Märkte beispielsweise deshalb versagen, weil die Marktteilnehmer nicht hinreichend informiert sind, um miteinander im Wettbewerb stehende Produkte und Leistungen bewerten und vergleichen zu können, kann eine Marktregulierung zum Ausgleich dieser Informationsdefizite gerechtfertigt sein.²⁹³⁷ Danach liegt der Bedarf an steuernden staatlichen Eingriffen in der stationären Langzeitpflege auf der Hand: Der durchschnittliche englische Pflegeheimbewohner ist ca. 84 Jahre alt,²⁹³⁸ 52% der von der Kommunen unterstützten Bewohner sind 85 Jahre oder älter.²⁹³⁹ Auch in Deutschland haben knapp die Hälfte (48 %) der Bewohner ein Alter von 85 oder mehr Jahren²⁹⁴⁰, 21 % der Heimbewohner sind schwerstpflegebedürftig.²⁹⁴¹ Diese Personen sind typischerweise körperlich, häufig aber auch mental nicht mehr in der Lage, ausreichend Informationen über verschiedene Heime einzuholen, auszuwerten und miteinander zu vergleichen. Von noch größeren Informationsdefiziten ist auszugehen, wenn der Einzug in ein Pflegeheim unter großem Zeitdruck geschieht – etwa nach akuten Vorkommnissen wie Stürzen. Steht den Pflegebedürftigen daher bei der Suche nach einem geeigneten Heimplatz auch keine Unterstützung durch Verwandte oder Bekannte zu Verfügung, sind sie letztlich nicht in der Lage, als aufgeklärte Marktteilnehmer zu agieren und ihre Interessen entsprechend wahrzunehmen.

2933 Mit dieser Rechtfertigung für die staatliche Regulierung etwa auch *Knapp/Hardy/Forder*, Commissioning for Quality, JSP 30 (2001), S. 301.

2934 Ausführlich hierzu *Hamdorf*, Öffentliche und private Verantwortung für Qualität in der Pflege, S. 8 ff.

2935 Vgl. *Breyer*, Regulation and its Reform, S. 15 ff.;

2936 *Leschke*, in Fehling/Ruffert [Hrsg.], Regulierungsrecht, § 6 Rn. 24.

2937 *Breyer*, Regulation and its Reform, S. 26 ff.

2938 *Office of Fair Trading*, Care homes for older people in the UK, S. 20.

2939 *NHS Health and Care Information Centre*, Community Care Statistics 2004-2005, S. 5.

2940 *Statistisches Bundesamt*, Pflegestatistik 2007. Deutschlandergebnisse, S. 5.

2941 Im Sinne von Pflegestufe III gem. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB XI, s. *Statistisches Bundesamt*, Pflegestatistik 2007. Deutschlandergebnisse, S. 22 (Tabelle 3.4).

Aber selbst dann, wenn die Pflegebedürftigen über eine hinreichende Informationsbasis für eine aufgeklärte, auf objektiv nachvollziehbaren Faktoren beruhende Auswahl zwischen einzelnen Heimen verfügen würden, wäre keineswegs sichergestellt, daß die Entscheidung nicht doch subjektiven, nicht stringent an qualitativen Aspekten orientierten Motiven folgt. Beispielsweise könnten sich Bewohner bewußt für ein Heim mit einer unterdurchschnittlichen Einrichtung und Ausstattung oder mit einer schlechten Qualitätsbewertung in den Prüfberichten entscheiden, um Geld für Zuzahlungen zu sparen oder weil in diesem Heim bereits Freunde oder Bekannte untergebracht sind. Auch hier kann angesichts der Bedeutung der betroffenen höchstpersönlichen Rechtspositionen wie der Würde, der Gesundheit und des Lebens der Pflegebedürftigen eine – mitunter auch paternalistisch motivierte²⁹⁴² – staatliche Regulierung zur Sicherstellung eines gewissen Mindestmaßes an pflegerischer Qualität gerechtfertigt sein.

Neben Informationsdefiziten kann ferner die besondere Angewiesenheit pflegebedürftiger Menschen auf die Unterbringung in einem Heim – zumal in akuten Notsituationen und beim Fehlen eines ausreichenden Alternativangebots – die Verhandlungsposition von Pflegebedürftigen schmälern und so das strukturelle Ungleichgewicht zwischen ihnen und den Heimträgern vergrößern. Besonders bei Bewohnern, die ihren Heimaufenthalt selbst finanzieren, steht zu befürchten, daß ihre Marktmacht allein nicht immer ausreichen würde um zu verhindern, daß sich die Pflegequalität mehr am Gewinnstreben des Betreibers als an den individuellen pflegerischen Bedürfnissen des Einzelnen orientieren würde.²⁹⁴³ Auch vor diesem Hintergrund ist ein Bedarf an steuernden Korrekturen seitens des Staates gegeben, um die betreffenden Marktdefizite auszugleichen.

Schließlich läßt sich ein regulierendes Eingreifen durch den Staat zum Ausgleich eines ansonsten drohenden Marktversagens in der stationären Langzeitpflege auch mit der Vermeidung sogenannter „negativer externer Effekte“²⁹⁴⁴ rechtfertigen. Bei diesen handelt es sich um nachteilige Auswirkungen bei der Erstellung von Wirtschaftsgütern wie etwa der Erbringung von Dienstleistungen, die gegenüber Dritten, d.h. an der Produktion oder am Konsum des betreffenden Wirtschaftsguts Unbeteiligten, entstehen. Wenn diese Effekte nicht in die Preisbildung des betreffenden Wirtschaftsguts einfließen, fehlen hinreichende Anreize, um die nachteiligen Auswirkungen zu vermeiden oder sie zumindest zu verringern. Regulierung dient in diesem Fall dazu, die externen Effekte zu „internalisieren“.²⁹⁴⁵ Im Pflegeheimsektor sind negative externe Effekte insbesondere im Verhältnis zum Gesundheitssystem, also dem NHS bzw. den Krankenkassen, denkbar, die in bestimmten Konstellationen die Folgekosten einer minderqualitativen Pflege zu tragen haben. Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund stand die Abgrenzung von Gesundheits- und Langzeitpflegeleistungen in England seit der Gründung des modernen Wohlfahrtsstaates nach *Beveridge* durchgängig auf der politischen Agenda, wobei die Zielrichtung stets darin bestand, die durch die Pflege chronisch kranker, oftmals hoch-

2942 *Breyer*, Regulation and its Reform, S. 33.

2943 *Ridout*, Care Standards, S. 1.

2944 Vgl. hierzu etwa *Leschke*, in Fehling/Ruffert [Hrsg.], § 6 Rn. 25 ff.

2945 Vgl. *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 11 f.; *Breyer*, Regulation and its Reform, S. 23 ff.

betagter Patienten verursachten Kosten für den NHS zu reduzieren.²⁹⁴⁶ Auch dieser Hintergrund verlangt nach einer staatlichen Regulierung des Langzeitpflegesektors, um die Entstehung von Folgekosten im Gesundheitssektor gering zu halten.

b. Gründe für den Rückgriff auf ein hoheitlich-imperatives Instrumentarium

Allein der Bedarf an einem steuernden Tätigwerden des Staates zur Sicherstellung einer dem Gemeinwohlinteresse entsprechenden pflegerischen Versorgung besagt freilich noch nichts über das zur Erreichung dieses Ziels geeignete Regulierungsinstrumentarium. Erst aus der besonderen Natur stationärer Pflegeleistungen als Humandienstleistungen lassen sich gute Gründe dafür ableiten, daß das regulierende Eingreifen des Staates zur Sicherstellung eines Mindestniveaus der pflegerischer Versorgung in einem gewissen Umfang nicht auf eine hoheitlich-imperative Ge- und Verbotssteuerung verzichten kann.

Der Grund hierfür liegt zunächst darin, daß die in Heimen erbrachten Pflegeleistungen einen zentralen Einfluß auf das Wohlergehen, die Gesundheit und letztlich auch auf das Leben pflegebedürftiger Menschen haben. Die unmittelbare Betroffenheit dieser höchstpersönlichen Rechtsgüter erfordert staatliche Vorkehrungen dafür, daß das gesamtgesellschaftliche Interesse an einer qualitativ angemessenen pflegerischen Versorgung zu einem bestimmten Mindestmaß auch tatsächlich erreicht wird. Beispielsweise können die Einhaltung grundlegender Sicherheitsanforderungen – etwa betreffend die Abgabe von Medikamenten oder das Vorhandensein von unter Umständen lebenswichtigen Alarmsystemen – sowie die Achtung der Würde der zu Pflegenden nicht allein persuasiven Anreizsystemen oder den Wirkungen des Wettbewerbs überlassen bleiben. Denn während die im Wettbewerb bewirkten Ergebnisse nicht immer hinreichend vorhersehbar sind und Standards sich mit den Instrumenten des Marktes jedenfalls nicht zwangsweise durchsetzen lassen, ist im Bereich des Sozialen eine gewisse Verlässlichkeit dahingehend erforderlich, daß bei Vorliegen bestimmter Bedarfskonstellationen Leistungen erbracht werden, deren Inhalt die im politischen Prozeß definierten (Mindest-)Vorgaben nicht unterschreitet.²⁹⁴⁷ Wie sowohl der englische als auch der deutsche Länderbericht zeigen, schließt dies zwar den Einsatz wettbewerbsbasierter Instrumente oder anderer persuasiver Anreizmechanismen in den Systemen der sozialen Sicherheit nicht aus, verlangt aber nach einer staatlichen Ergebniskontrolle und nach hoheitsstaatlichen Interventionsmöglichkeiten zur Absicherung eines bestimmten Leistungsniveaus.²⁹⁴⁸ Dies kann in dieser Form letztlich nur die traditionelle *command and control*-Regulierung mittels der normativen Geltung ihrer Standards und der zur zwangsweisen Durchsetzung zur Verfügung stehenden hoheitlichen Befugnisse leis-

2946 Zu den hierdurch bedingten Zuständigkeitsverschiebungen zwischen dem NHS und den Kommunen s. oben, S. 148 ff.

2947 Vgl. *Becker*, Funktionen und Steuerung von Wahlmöglichkeiten, S. 36.

2948 Vgl. auch *Becker*, a.a.O.; *Klie*, Rechtlicher Rahmen der Qualitätssicherung, ZSR 2002, S. 516.

ten.²⁹⁴⁹ Auch eine moderne Heimgesetzgebung kann daher nicht ohne ordnungsrechtliche Maßstäbe und Befugnisse auskommen – „Pflegebedürftige sind auch im 21. Jahrhundert schutzbedürftig“.²⁹⁵⁰

Für den Einsatz einer hierarchisch-imperativen Ge- und Verbotssteuerung in der stationären Langzeitpflege spricht zudem, daß die konkrete Gefährdung oder gar die Verletzung von höchstpersönlichen Rechtsgütern wie der Gesundheit, dem Leben und der Würde pflegebedürftiger Menschen nach einem klaren und eindeutigen ethischen Unwerturteil verlangen. „Moderne“ Steuerungsinstrumente können eine entsprechende Mißbilligung in aller Regel nicht leisten. Beispielsweise verbinden finanzielle Anreizsysteme ein ungewünschtes Verhalten lediglich mit monetären Einbußen. Ähnliches gilt für den Einsatz von Wettbewerbselementen, die – ein Funktionieren der Mechanismen vorausgesetzt – ein entsprechendes Fehlverhalten allein mit Wettbewerbsnachteilen sanktionieren. Im Gegensatz hierzu versieht die normative Ge- und Verbotssteuerung unerwünschten Verhaltensweisen zugleich mit einer – je nach Ausgestaltung – mehr oder weniger deutlichen ethischen Mißbilligung,²⁹⁵¹ die bis hin zu einem strafrechtlichen Unwerturteil reichen kann.

Im Zusammenhang mit der grundsätzlichen Regulierungsbedürftigkeit des stationären Langzeitpflegesektors wurde bereits darauf hingewiesen, daß strukturelle Besonderheiten auf Seiten der Pflegebedürftigen als Nachfrager – wie insbesondere die existentielle Bedeutung der Leistungen und die infolge des Angewiesenseins auf fremde Hilfe häufig nur begrenzt vorhandenen Möglichkeiten, als aufgeklärte, aktive „Konsumenten“ in Erscheinung zu treten – dazu führen, daß Marktmechanismen allein die Wahrung der Interessen der betroffenen Pflegebedürftigen nicht hinreichend gewährleisten können.²⁹⁵² Eine auf Wettbewerbsmechanismen beruhende Steuerung, die maßgeblich auf Wahlentscheidungen der Heimbewohner basiert, erscheint in der stationären Langzeitpflege somit jedenfalls nicht als primäres Steuerungsinstrument geeignet.²⁹⁵³ Dennoch liefern sie eine gute Rechtfertigung für den Einsatz einer *command and control*-Regulierung, deren Ge- und Verbote erforderlichenfalls zwangsweise durchgesetzt werden können. Während einem strukturellen Marktungleichgewicht in anderen Marktsegmenten mit Regulierungsinstrumenten begegnet werden kann, die die Eigeninitiative der „Konsumenten“ etwa durch die Gewährung bestimmter Informationen oder Verbraucherrechte fördern, ist eine solche Regulierungsstrategie aufgrund der besonderen Strukturen in der stationären Langzeitpflege (obgleich sie – wie in den Länderberichten gezeigt – mittlerweile auch dort vielfach vorzufinden ist) nur eingeschränkt zu realisieren. Denn auch die marktunterstützenden Mechanismen sind auf ein hohes Eigenenga-

2949 Vgl. *Stewart*, Regulation and the Crisis of Legislation, S. 114; s. auch *Braithwaite*, Rewards and Regulation, *Journal of Law and Society* 29 (2002), S. 12 ff., der Sanktionen in Regulierung von Wirtschaftsbereichen generell für wirksamer hält als monetäre Anreizsysteme.

2950 *Burmeister* u.a. [Hrsg.], Bayerisches Pflege- und Wohnqualitätsgesetz, S. 2.

2951 *Stewart*, Regulation and the Crisis of Legislation, S. 113.

2952 Vgl. auch *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 14; Breyer, Regulation and its Reform, S. 32.

2953 Vgl. auch *Knapp/Hardy/Forder*, Commissioning for Quality, *JSP* 30 (2001), S. 298 f.

gements einer relativ großen Gruppe aktiver, verständiger und überwiegend rational agierender Verbraucher angewiesen. Diese Voraussetzungen dürften im Pflegeheimsektor – wie geschildert – nicht in ausreichendem Maße vorhanden sein. Beispielsweise kann eine Steuerung, die auf die Beseitigung der bei Heimbewohnern typischerweise bestehenden Informationsdefizite abzielt, nur dann die gewünschten Ergebnisse vermitteln, wenn die Pflegebedürftigen die ihnen zur Verfügung gestellten Informationen zutreffend bewerten und vergleichen können, wenn sie ferner auf Basis dieser Informationen eine mehr oder weniger freie Auswahlentscheidung zwischen verschiedenen Einrichtungen treffen können und wenn sie ihre Wahl im Wesentlichen auch tatsächlich auf die objektiv qualitätsrelevanten Faktoren stützen.²⁹⁵⁴ Allerdings können die Informationen, die Pflegebedürftigen bei der Auswahl zwischen verschiedenen Einrichtungen unterstützend zur Verfügung gestellt werden, angesichts der häufig nicht nur körperlichen, sondern auch kognitiven und mentalen Beeinträchtigungen von pflegebedürftigen Menschen letztlich nur über eine begrenzte Komplexität verfügen. Weil zugleich aber erhebliche Schwierigkeiten bestehen, aussagekräftige Indikatoren zur Beschreibung von Pflegequalität zu finden, und weil sich die zahlreichen, miteinander in Wechselwirkung stehenden Einflußfaktoren auf die Qualität eines Heimes schwerlich auch nur annäherungsweise beschreiben lassen, bleibt der übermittelbare, objektive Informationsgehalt in Bezug auf die Pflegequalität letztlich doch sehr beschränkt. Hinzu kommt, daß bei der Wahl einer Einrichtung – wie geschildert – qualitative Aspekte häufig nur einer von mehreren Entscheidungsfaktoren darstellen. Gerade in strukturschwachen Regionen können etwa Gesichtspunkte wie die gute Erreichbarkeit einer Einrichtung eine entscheidende Rolle spielen. Schließlich darf nicht übersehen werden, daß – sobald ein Pflegebedürftiger einmal in ein bestimmtes Heim gezogen ist – eine erhebliche Hemmschwelle besteht, aufgrund neu erhaltener Informationen in ein anderes, vermeintlich höherqualitatives Heim umzuziehen. All diese spezifischen Gegebenheiten in der stationären Langzeitpflege zeigen, daß informationsbasierte, persuasive und wettbewerbsunterstützende Steuerungsinstrumente eine auf Ge- und Verbote gestützte Regulierung letztlich nicht ersetzen, sondern allenfalls ergänzen können.²⁹⁵⁵

Auch hinsichtlich des Ziels, negative externe Effekte der stationären Langzeitpflege in den sozialen Gesundheitssystemen zu verringern, lassen sich gute Gründe für den Einsatz einer traditionellen Ge- und Verbotssteuerung finden. Angesichts der zentralstaatlichen Organisation des nationalen Gesundheitsdienstes in England und der bundesgesetzlichen Regelung der deutschen Krankenversicherung durch das SGB V besteht auch hinsichtlich der Koordinierung der stationären Langzeitpflege mit diesen Systemen ein gewisser Bedarf an zentralen und einheitlichen Vorgaben. *Command and control*-Regime, wie in England das Registrierungssystem des CSA 2000 bzw. des HSCA 2008, aber auch die zumindest auf Landesebene angesiedelten deutschen Heimaufsichtsgesetze eignen sich zur zentralen Standardsetzung besonders, wohingegen eine kooperative

2954 Breyer, Regulation and its Reform, S. 164.

2955 Mit dem gleichen Ergebnis auch in Bezug auf Selbstregulierungssysteme, Day/Klein/Redmayne, Why Regulate?, S. 29 f.

Steuerung mit vertraglichen Mechanismen allein auf lokaler Ebene, d.h. ohne ein korporatistisch geprägtes Mehrstufensystem wie in Deutschland, schon angesichts der unterschiedlichen Finanzierungszuständigkeiten für die Pflege- und die Gesundheitsleistungen keinen hinreichenden Ausgleich und keine geeignete Abgrenzung zwischen beiden Systemen bewirken könnte. So dürften beispielsweise in England letztlich gerade auch die Bestrebungen, die Kapazitäten des NHS durch einen funktionsfähigen Langzeitpflegektor zu entlasten,²⁹⁵⁶ zur weitgehenden „Hochzonung“ der Qualitätsregulierung von den Kommunen zur national zuständigen CQC und den zentralstaatlichen Heimaufsichtsregelungen geführt haben, die in Gestalt des HSCA 2008 nunmehr sogar zu einem einheitlichen Regime für die *social* und die *health care* geführt haben.

Für ein weitgehend vereinheitlichtes, zentrales *command and control*-Regulierungsregime spricht ferner, daß auch die Heimbewohner selbst in der leistungserbringungsrechtlichen Beziehung zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern zu „Dritten“ werden können, denen negative externe Effekte drohen. Denn im Interessenskonflikt zwischen der Implementierung hoher Qualitätsstandards einerseits und dem sparsamen Umgang mit den nur beschränkten verfügbaren Finanzmitteln der Leistungsträger andererseits – erinnert sei insbesondere an die englischen Kommunen – können kooperative Mechanismen allein jedenfalls dann keine hinreichende Berücksichtigung der Belange der Pflegebedürftigen sicherstellen, wenn sie nicht ihrerseits – wie in Deutschland in Gestalt des Leistungserbringungsrechts vor allem des SGB XI – in bestimmte Rahmenvorgaben eingebunden sind. So hatte beispielsweise die Nachfragemacht des öffentlichen Sektors in einigen englischen Kommunen zu einem sehr restriktiven Gebührenniveau geführt, das nur wenig Rücksicht darauf nahm, ob die Heimbetreiber mit den vereinbarten Gebührensätzen in der Lage waren, qualitativ angemessene Pflegeleistungen zu erbringen.²⁹⁵⁷ Auch vor diesem Hintergrund wurde mit dem Ausbau der Pflegequalitätssteuerung durch den CSA 2000 einer zentralisierten, hoheitlichen Regulierung von Pflegestandards der Vorzug gegenüber einer dezentralen Steuerung durch lokale Leistungserbringungsverträge gegeben.²⁹⁵⁸

Freilich zeigt gerade das Leistungserbringungsrecht der sozialen Pflegeversicherung in Deutschland, daß auch mit vertraglichen Instrumenten eine weitgehende Einheitlichkeit in der Versorgung erzielt werden kann. Maßgeblich hierfür sind allerdings vor allem das gesetzlich vorgegebene mehrstufige Vertragssystem des Leistungserbringungsrechts sowie die zugrunde liegenden korporatistischen Strukturen der Leistungsträger und teils auch der Leistungserbringer, die in England in dieser oder vergleichbarer Weise fehlen. Daß nichtsdestotrotz auch in Deutschland neben dem Leistungsvertragsregime eine ausdifferenzierte, eigenständige Säule der Pflegeregulierung in Gestalt des hierarchisch-imperativ geprägten Heimaufsichtsrechts existiert, ist letztlich dadurch gerechtfertigt, daß einige Heimbewohner ihre stationäre Pflege selbst finanzieren und

2956 Zum sog. „*bed blocking*“ s.o., S. 149 f.

2957 Vgl. oben, S. 207.

2958 *Ridout*, *Care Standards*, S. 1 f.

damit vom Leistungserbringungsrecht der betreffenden Sozialsysteme grundsätzlich²⁹⁵⁹ nicht erfaßt werden.

2. Zur Kritik an der hoheitlich-imperativen Ge- und Verbotssteuerung

Nach alledem sprechen gute Gründe dafür, daß auch ein modernes Regulierungsregime der stationären Langzeitpflege in einem gewissen Umfang nicht auf ein hoheitlich-imperatives Steuerungsinstrumentarium verzichten kann. Im Folgenden sollen darüber hinaus auch einige der Kritikpunkte, die der *command and control*-Regulierung insbesondere in der Diskussion um die fehlende Steuerungsfähigkeit des Rechts entgegengebracht wurden, für den Einsatz der Ge- und Verbotssteuerung in der stationären Langzeitpflege relativiert werden.

Die Hauptkritik gegenüber hoheitlich-imperativen Steuerungsinstrumenten besteht in der Annahme, daß diese ein komplexes und unflexibles Regelwerk bilden, das zwangsläufig mit schweren Eingriffen in die unternehmerische Freiheit der Heimträger verbunden ist.²⁹⁶⁰ Diese Bedenken beziehen sich allerdings auf eine stark auf Befehl und Zwang ausgerichtete Art und Weise der Regulierung, die sich durch die verbindliche Vorgabe detaillierter und starrer Verhaltensstandards auszeichnet und den Einrichtungen bei deren praktischer Umsetzung wenig Spielraum lassen. Letztlich trifft dies in Bezug auf die stationäre Langzeitpflege aber weder für England noch für Deutschland zu.

Denn erstens haben die beiden Länderberichte gezeigt, daß die hinsichtlich der Vorgaben und Durchsetzungsmechanismen der grundsätzlich hoheitlich-imperativ geprägten aufsichtlichen Regime deutliche Flexibilitäten und Interpretationsspielräume zugunsten der Heimbetreiber bestehen. Zahlreiche Vorgaben des HCSA 2008 bzw. des CSA 2000, der CHRegs 2001 sowie des HeimG, des PflWoqG und der hierzu ergangenen Ausführungsverordnungen sind von unbestimmten, ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen geprägt, die für die Implementation im Pflegealltag einen weiten Umsetzungsspielraum belassen.²⁹⁶¹ In England etwa findet eine Konkretisierung der Vorgaben häufig erst auf Ebene der NMS statt, die aber aufgrund ihres Soft-law-Charakters, d.h. ihrer lediglich mittelbaren Verbindlichkeit, einige unternehmerische Entfaltungsfreiheiten ermöglichen, zumal ein Verstoß gegen die NMS allein noch keine aufsichtsrechtlichen Konsequenzen nach sich ziehen würde.²⁹⁶² Nichts anderes gilt für die

2959 Gewisse Auswirkungen hat das sozialrechtliche Leistungserbringungsrecht freilich auch auf sie. So verbietet beispielsweise § 84 Abs. 3 SGB XI eine Differenzierung der vom betreffenden Heim erhobenen Pflegesätze nach Kostenträgern. Ferner profitieren „Privatzahler“ auch rein faktisch bestimmten, notwendigerweise auf das gesamte Heim und all seine Bewohner bezogenen Qualitätsverbesserungen wie etwa der Einführung von Qualitätsmanagementsystemen.

2960 Vgl. *Baldwin/Cave*, *Understanding Regulation*, S. 37.

2961 So für England ausdrücklich auch *Ridout*, *Care Standards*, S. 9.

2962 Vgl. oben, S. 230 f.

compliance guidances, die die NMS unter der Geltung des HSCA 2008-Regimes ersetzen.²⁹⁶³

Zweitens betreffen einige der mit normativer Wirkung versehenen Ge- und Verbote nicht unmittelbar die Modalitäten der Langzeitpflege, sondern nehmen weniger intrusiv lediglich indirekt auf das Leistungsgeschehen Einfluß, indem sie beispielsweise Informations- oder Veröffentlichungspflichten normieren oder allein das institutionelle Umfeld oder die prozeduralen Rahmenbedingungen für die Leistungserbringung vorgeben. Exemplarisch lassen sich etwa die Regelungen sowohl im englischen als auch im deutschen Heimaufsichtsrecht nennen, die die Heimbetreiber zwar zur Implementierung von Qualitätsmanagementsystemen anhalten, jedoch keine detaillierten Aussagen bezüglich der konkreten Umsetzung des Qualitätsmanagements oder gar hinsichtlich der Pflegeprozesse aufstellen. Obwohl sich auch diese Steuerungsinstrumente bestimmter imperativer, normativ wirkender Vorgaben bedienen, greifen sie weniger stark in die unternehmerische Freiheit der Heimbetreiber ein als unmittelbar auf die Leistungserbringung bezogene Standards.

Schließlich handelt es sich auch bei den Durchsetzungsmechanismen der aufsichtsrechtlichen Regelungen in England und Deutschland keineswegs nur um rigide und unflexible Zwangs- und Sanktionsmechanismen. Denn sowohl der CQC als auch den deutschen Heimaufsichtsbehörden steht ein breitgefächertes Spektrum an Instrumenten zur Verfügung, mit dem sie die Anforderungen an den Betrieb stationärer Langzeitpflegeeinrichtungen durchsetzen können. Dieses beginnt mit wenig intrusiven, beratenden Maßnahmen, deren Ziel in der freiwilligen Befolgung der jeweiligen Standards liegt. Zwangsmaßnahmen wie die Entziehung der Registrierung bzw. die Heimschließung und die Verhängung strafrechtlicher Sanktionen bilden lediglich die Spitze des mit vielen Abstufungen versehenen Instrumentariums. Mit den abgestuften Durchsetzungs- und Sanktionsmöglichkeiten, die eine schrittweise Eskalation bis zu den genannten drastischen Maßnahmen ermöglichen, entsprechen beide verglichenen Regulierungsregime dem „Pyramidenmodell“ zur Durchsetzung aufsichtlicher Anforderungen nach *Ayres* und *Braithwaite*, die steuerungs- und implementationswissenschaftliche Untersuchungen unter anderem in empirischen Studien an englischen, US-amerikanischen und australischen Pflegeheimen betrieben haben.²⁹⁶⁴

Das von *Ayres* und *Braithwaite* als Grundlage einer wirksamen, responsiven Regulierungsstrategie beschriebene Pyramidenmodell basiert auf der Verfügbarkeit einzelner regulatorischer Befugnisse, die von Stufe zu Stufe mit einer höheren Zwangs- und Eingriffswirkung verbunden sind und so die Möglichkeit zu einem graduellen Vorgehen von wenig eingreifenden Mechanismen hin zur Eskalation mittels zwangsweise durchsetzbarer Maßnahmen der Ge- und Verbotssteuerung bieten.²⁹⁶⁵ Dieses Instrumentarium kann beispielsweise mit informatorischen, persuasiven und kooperativen Instrumenten beginnen und dann schrittweise über formellere Warnbriefe und Rügen bis hin zu

2963 Dies stellt s. 25(3) HSCA 2008 nun ausdrücklich klar.

2964 *Ayres/Braithwaite*, *Responsive Regulation*, 1992.

2965 *Ayres/Braithwaite*, a.a.O., S. 38 f.

strafrechtlichen Sanktionen, dem Entzug von Lizenzen oder dem Verbot zum Weiterbetrieb der Einrichtung eskaliert werden. Dem Pyramidenmodell liegt die Annahme zugrunde, daß bereits von der Existenz drakonischer Sanktionen ein Drohpotential ausgeht, das dazu führt, daß sich der ganz überwiegende Teil des aufsichtlichen Einschreitens auf den unteren Stufen der Pyramide abspielt.²⁹⁶⁶ In Verbindung mit einer responsiven, sog. „*tit-for-tat*“²⁹⁶⁷-Regulierungsstrategie, bei der die Behörde ihr aufsichtliches Vorgehen situationsbezogen auf die jeweilige Reaktion des Heimbetreibers abstimmt und solange auf repressive Maßnahmen verzichtet, wie dieser mit der Behörde kooperiert, können Synergieeffekte zwischen den grundsätzlich zwar nicht aktivierten, für den Heimbetreiber aber dennoch erkennbaren Zwangsmitteln und einer kooperativen, beratenden Form der Steuerung entstehen. Ein derartiges Regulierungsinstrumentarium ermöglicht grundsätzlich ein flexibleres Eingehen auf die spezifischen Gegebenheiten und unternehmerischen Motive der einzelnen Heime. Dennoch werden die Heimbetreiber das informelle Vorgehen nicht lediglich als unverbindliche Maßnahmen auffassen, sondern sie werden es im jeweiligen Kontext mit den abgestuften Eskalationsmöglichkeiten bewerten.

Die Kritik an der traditionellen *command and control*-Regulierung übersieht, daß dieses Regime mit seinen hoheitlichen, auf Befehl und Zwang beruhenden Anforderungen, Durchsetzungsbefugnissen und Sanktionen nicht isoliert und ohne Bezug zu den übrigen, aus steuerungstechnischer Sicht im Kontext stehenden Maßnahmen bewertet werden kann. Sowohl das englische als auch das deutsche Regulierungsregime der stationären Langzeitpflege eröffnen die Möglichkeit, auf ein abgestuftes Durchsetzungsinstrumentarium zurückzugreifen und eine dynamische Regulierungsstrategie zu verfolgen, die auf das Verhalten des Heimbetreibers mit einer stufenweisen Eskalation reagiert („*tit-for-tat-strategy*“). Auf diese Weise wird die Rigidität und fehlende Flexibilität einer reinen *command and control*-Steuerung aufgebrochen.²⁹⁶⁸

Als ein weiterer Kritikpunkt wird der hoheitlich-imperativen Steuerung entgegen gehalten, daß sie keine befriedigenden Ergebnisse erzielen kann, wenn der Staat als Steuerungssubjekt Wissensdefizite gegenüber dem zu regulierenden privaten Sektor aufweist.²⁹⁶⁹ Auch diese Kritik trifft auf den Pflegeheimsektor nur eingeschränkt zu. Denn die Qualitätsstandards der stationären Langzeitpflege unterliegen nicht einer vergleichbar schnellen und konstanten Weiterentwicklung wie in komplexen technischen oder wirtschaftlichen Sektoren wie etwa der Telekommunikations- oder der Finanzbranche.²⁹⁷⁰ Freilich wurde in beiden Länderberichten das weitgehende Fehlen geeigneter Prozeß- und Ergebnisqualitätsstandards bemängelt. Dieses Wissensdefizit dürfte – sieht man von den begrenzten finanziellen Ressourcen ab, die Staat und Private bereit

2966 Ayres/Braithwaite, a.a.O., S. 39; s. auch Braithwaite, Rewards and Regulation, Journal of Law and Society 29 (2002), S. 19 ff.

2967 Vgl. Ayres/Braithwaite, a.a.O., S. 21 ff.

2968 Vgl. Ayres/Braithwaite, a.a.O. S. 19 ff.

2969 Breyer, Regulation and Its Reform, S. 109 ff.; vgl. hierzu auch Daintith, The techniques of government, S. 219 ff.; s. auch Fehling, in: Fehling/Ruffert [Hrsg.], Regulierungsrecht, S. 1132.

2970 Vgl. Stewart, Regulation and the Crisis of Legislation, S. 116, 125.

sind, auf die Pflege zu verwenden – derzeit wohl das größte Hindernis bei den Bemühungen um die Qualitätssicherung in der Pflege darstellen. Aber anders als bei den soeben geschilderten Beispielen aus anderen Bereichen der Wirtschaft kann hierbei nicht von einem strukturellen Informationsdefizit allein auf Seiten des Staates gesprochen werden. Denn der private Sektor ist in gleicher Weise vom weitgehenden Fehlen von Ergebnisstandards und den nur langsam erzielten Fortschritten bei den Prozeßstandards betroffen. Daß der private Heimsektor einen Wissensvorsprung ausnutzen könnte, um hierdurch die Lasten der Regulierung zu umgehen, ist daher jedenfalls nicht in einem größeren Ausmaß zu befürchten.

Command and control-Systeme stehen ferner in Gefahr, durch restriktive und unflexible Ge- und Verbote die Entwicklung künftiger, neuer Standards zu behindern. Dieser Herausforderung muß sich auch das Regulierungsregime der stationären Langzeitpflege stellen. In diesem Zusammenhang dürfte aber der Verweis auf den allgemein anerkannten Stand der fachlichen Künste, der im deutschen Regulierungsrecht bereits seit langem von zentraler Bedeutung ist und der nunmehr mit dem HSCA 2008 auch in England eine stärkere Betonung erfahren hat, grundsätzlich hinreichend Raum für zukünftige Entwicklungen belassen. Auch der staatliche Beitrag zur Erarbeitung neuer und zur Verbesserung bestehender fachlicher Standards – etwa in Gestalt der Förderung der Expertenstandards nach § 113a SGB XI oder in Form des Wissensmanagements durch das SCIE – ist vor diesem Hintergrund zu begrüßen. Nicht übersehen werden darf allerdings, daß es zur Weiterentwicklung der Pflegequalität ebenso dringend geboten ist, die in den Länderberichten konstatierte, lange Zeit bestehende Fokussierung der aufsichtlichen Heimprüfungen auf die – leicht evaluierbaren – Strukturstandards aufzugeben. Zwar werden rutschfeste Bodenbeläge, um nur ein Beispiel zu nennen, sicherlich auch weiterhin Grundvoraussetzung für eine angemessene stationäre Pflege sein. Aber die Prüftätigkeit muß stärker als bisher auch die mit der Pflege bewirkten Ergebnisse in Augenschein nehmen und wirksame Mittel finden, um diese auch durchsetzen zu können. Mit der Orientierung der Einrichtungsbegehung- und -evaluation an sogenannten Schlüsselsituationen wurde diesbezüglich – jedenfalls in Bayern – ein wichtiger Schritt unternommen, während sich die Prüfanleitungen in England zwar nicht mehr in ihrer Rhetorik, aber dennoch in der Prüfpraxis weiterhin deutlich an den strukturqualitätsbezogenen Vorgaben des CSA 2000 bzw. HSCA 2008-Regimes orientieren und so die Zukunftsoffenheit des Systems einschränken.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß trotz des überwiegend hoheitlich-imperativen Charakters der Regulierungsregime beider Vergleichsrechtsordnungen weder die inhaltlichen Vorgaben noch die jeweiligen Durchsetzungsinstrumente zwingend rigide, präskriptiv oder mit einer hohen Eingriffsintensität verbunden sind. Die Verzahnung der aufsichtlichen Anforderungen mit dem allgemein anerkannten Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse – sei es durch eine unmittelbare Bezugnahme oder durch die Verwendung ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe, die nach „geeigneten“ Rahmenbedingungen und einer „angemessenen“ pflegerischen Versorgung verlangen – ist grundsätzlich geeignet, die Zukunftsoffenheit der Qualitätssicherung zu gewährleisten.

IV. Die Bedeutung der ergänzend eingesetzten „modernen“ Steuerungsformen

In den Länderberichten wurde im Einzelnen gezeigt, daß die eigentlichen hoheitlich-imperativen Instrumente sowohl innerhalb der aufsichtsrechtlichen Regime (wie etwa dem HeimG, dem PflWoqG bzw. dem CSA 2000 und dem HSCA 2008) als auch neben diesen Regelungen von „modernen“ Steuerungsformen flankiert werden. Dabei kam die Analyse der Regulierungsinstrumente insgesamt zu dem Ergebnis, daß die alternativen Regulierungsansätze eher geeignet sind, die hoheitlich-imperative Ge- und Verbotssteuerung zu ergänzen und einige ihrer Nachteile auszugleichen, daß sie diese aber nicht vollständig ersetzen können.²⁹⁷¹ Zum Abschluß soll die Bedeutung der modernen Mechanismen nochmals kurz gesondert erläutert werden.

Im Zusammenhang mit der kritisierten Rigidität der traditionellen Ge- und Verbotssteuerung wurde bereits erwähnt, daß die informatorischen, kooperativen und persuasiven Steuerungsinstrumente die stufenweisen Reaktionsmöglichkeiten bei der Durchsetzung bestimmter aufsichtlicher Standards erweitern und so auf einer niedrigen Eingriffsstufe ein reflexives Eingehen auf die zu regulierenden Einrichtungen ermöglichen.

Ferner wurde an mehreren Stellen dieser Arbeit darauf hingewiesen, daß die Qualitätssicherung in der stationären Langzeitpflege insbesondere durch die bislang nur unzureichende Entwicklung von Prozeß- und Ergebnisstandards erschwert wird. Die infolge des Fehlens entsprechender Standards in den aufsichtlichen Regulierungsregimen bestehenden Lücken können zum Teil durch informationsbasierte Steuerungsinstrumente kompensiert werden. Vor allem in England versucht der Staat mittels des SCIE in großem Umfang, den im privaten Sektor vorhandenen externen Sachverstand für seine Steuerungszwecke auch dann nutzbar zu machen, wenn sich hieraus noch keine Standards im eigentlichen Sinne ableiten lassen. In Deutschland hat die Wissensgenerierung unter der Zuhilfenahme des privaten Sektors mit Einführung des § 113a SGB XI allerdings eine stärkere Orientierung in Richtung der Standardentwicklung erfahren.

Freilich kommt den informationsbezogenen Steuerungsinstrumenten auch im Zusammenhang mit bereits bestehenden Standards eine wichtige Bedeutung zu. Denn ohne eine überzeugte und informierte Beteiligung der an der Leistungserstellung beteiligten Personen sind Implementationsdefizite vorgezeichnet – Qualität läßt sich nicht von außen in die Heime „hinein prüfen“. Gerade hier sind ergänzende Instrumente erforderlich, die eine Stärkung des Qualitätsbewußtseins bei den Pflegenden und den Einrichtungsträgern bewirken. Auch dies erklärt die Notwendigkeit einer institutionalisierten Verbreiterung des Qualitätswissens,²⁹⁷² wie es in England vor allem in Gestalt des SCIE und in Deutschland – freilich mit den erwähnten Defiziten hinsichtlich der Unabhängigkeit und der Koordinierung auf nationaler Ebene – in Form des Sicherstellungsauftrags der Vertragsparteien der Pflegeversicherung für die Standardentwicklung versucht wird.

2971 Breyer, Regulation and its Reform, S. 156.

2972 Igl, Qualitätsanforderungen, SGB 2007, S. 393.

Angesichts des Fehlens entsprechender Pflegestandards wird ferner die Bedeutung der zur Ergänzung der Ge- und Verbotssteuerung herangezogenen Wettbewerbselemente und der Unterstützung der Bewohner in ihrer Funktion als „Verbraucher“ deutlich. Denn trotz der in den Länderberichten und weiter oben in diesem Kapitel beschriebenen Grenzen, die Marktmechanismen in der stationären Langzeitpflege gesetzt sind, kommt dem „*market harnessing*“ und den zur Stärkung der Position der Pflegebedürftigen als „Verbraucher“ eingesetzten Instrumentarien eine nicht unbedeutende, ergänzende Rolle bei der Pflegequalitätssteuerung zu. Dies gilt vor allem mit Blick auf das Ziel, bei der Regulierung pflegerischer Leistungen in stärkerem Maße personenbezogene Ergebnisqualitätsparameter in den Blick zu nehmen. Denn im Gegensatz zur Strukturqualität weist die an der Lebensqualität des Leistungsempfängers orientierte Ergebnisqualität eine stark individuelle Prägung auf, was die Festlegung der relevanten Qualitätsparameter sowie deren Umsetzung in allgemeingültige Standards erschwert. An dieser Stelle verfügen die vorgestellten, auf *voice* und *choice* basierenden Steuerungsansätze²⁹⁷³ über besonderes Potential, weil sie es zu einem gewissen Grad ermöglichen, die Parameter der Ergebnisqualität individuell aus der Perspektive des Nutzers und an seinen Präferenzen orientiert zu bestimmen, anstatt sie apriorisch im Sinne allgemeingültiger Standards festzulegen. Durch die Eröffnung von Beschwerdemöglichkeiten, die Schaffung entsprechender Anlaufstellen sowie die Unterstützung bei der Ausübung von Wahlmöglichkeiten kann diesen individuellen Präferenzen Ausdruck verliehen werden. Als Beispiel kann etwa auf die oben aufgeführte Bedeutung der örtlichen Nähe des Heims zu Verwandten und Bekannten verwiesen werden, die aufgrund der mit ihr verbundenen Aufrechterhaltung von Sozialkontakten ein wichtiger Einflußfaktor hinsichtlich der Lebensqualität und damit auch der Ergebnisqualität der Pflege im Heim sein kann. Während eine primär an der Lage des Heims orientierte Auswahl eines Pflegeplatzes zunächst als Gegensatz zu einer rein objektiv anhand qualitätsbezogener Aspekte getroffenen Entscheidung erschien, hebt eine die Nutzerperspektive ernst nehmende und ergebnisorientierte Betrachtung der Pflegequalität diesen Gegensatz wieder auf.

Selbst wenn es in Zukunft gelingen wird, vermehrt valide Kriterien der Ergebnisqualität zu definieren, werden sich die betreffenden Standards nicht ohne weiteres im Sinne einer „*Inputsteuerung*“ mit normativ wirkenden Ge- und Verboten erzwingen lassen, wie dies bei den Struktur-, und begrenzt auch bei den Prozeßstandards der Fall ist. Vor diesem Hintergrund dürften neben informationsbasierten Mechanismen in Zukunft auch wettbewerbsbezogene Instrumente an Bedeutung gewinnen. Neben der Entwicklung geeigneter Ergebnisstandards wird die Herausforderung dabei darin liegen, Unterstützungsansätze zu entwickeln, die der besonderen Struktur der Langzeitpflege mit pflegebedürftigen Menschen als Konsumenten entsprechen. Zu denken wäre hierbei etwa an die Aufnahme spezieller Beratungs- und Betreuungsangebote in den Leistungskatalog der betreffenden Sozialleistungsgesetze, mit denen Pflegebedürftige bei Bedarf von unabhängigen Dritten Unterstützung bei der Geltendmachung ihrer Wahl- und „Konsumentenrechte“ erhalten könnten.

2973 Vgl. oben, S. 332 ff., 349 ff., 498 ff., 505 ff.

Allerdings unterscheidet sich der stationäre Langzeitpflegesektor maßgeblich darin von anderen Wirtschaftsbereichen, daß die Pflege in einer institutionellen Umgebung eine besondere Gefährdungslage für Rechtsgüter wie die Würde, die Gesundheit und das Leben bewirkt und daß es sich bei den pflegebedürftigen Menschen um „Konsumenten“ handelt, die oftmals nur wenig aktiv für ihre Rechte und Interessen eintreten können. Daher werden alternative Regulierungsansätze wohl auch in Zukunft lediglich ergänzend und unterstützend zur hoheitlich-imperativen Regulierung, in Deutschland auch zur kooperativen Regulierung, hinzutreten.

C. Ausblick

In dieser Arbeit wurden verschiedenste Ausprägungen der Verantwortung des englischen und des deutschen Staates für die Langzeitpflege vergleichend beschrieben, systematisiert und bewertet. Um die Verantwortungsstrukturen mit der für eine differenzierte Betrachtung erforderlichen Detailtiefe darstellen zu können, mußte der Untersuchungsgegenstand dabei auf die stationäre Langzeitpflege begrenzt werden. Zum Abschluß dieser Untersuchung soll daher nochmals darauf hingewiesen werden, daß infolge des Fokus auf die Leistungserbringung in Pflegeheimen notwendigerweise diejenigen Aspekte der staatlichen Gewährleistungsverantwortung ausgeblendet werden mußten, die den Übergang von ambulanten und teilstationären Leistungen zur stationären Pflege und umgekehrt betreffen. Ebenso blieb das staatliche Einwirken auf die Entwicklung neuer Wohnformen und die Qualitätssicherung in solchen Einrichtungen unbeleuchtet.

Dies darf aber freilich nicht darüber hinwegtäuschen, daß der respektvolle Umgang mit pflegebedürftigen Menschen und der vielfach postulierte Wandel von einer angebotsorientierten Leistungserbringung hin zu einer Pflege, in deren Zentrum die Bedürfnisse und die Wünsche der Pflegebedürftigen stehen, danach verlangen, auch in Bezug auf die Art der pflegerischen Versorgung jegliche Bevormundung aufzugeben. Die zunehmende Akzentuierung der Ergebnisqualität in den Instrumenten der Pflegeregulierung, die unmittelbar mit der Lebensqualität der pflegebedürftigen Menschen verbunden ist, kann auf Dauer nur dann Erfolg haben, wenn die Sozialleistungsregime und die Qualitätssicherungsmechanismen nicht nur die aktuellsten pflegewissenschaftlichen Erkenntnisse berücksichtigen, sondern auch auf die veränderten Lebens- und Betreuungswirklichkeiten der betroffenen Personen reagieren. Dies erfordert insbesondere eine Flexibilität der Leistungs- und Regulierungsregime für die Entwicklung neuer, innovativer Wohn-, Pflege- und Betreuungsformen, die dem Wunsch hilfebedürftiger Personen entsprechen, möglichst lange ein selbständiges, selbstbestimmtes und selbstverantwortliches Leben zu führen. Eine wichtige Signalwirkung für die künftige Entwicklung könnte hierbei vom Bayerischen Pflege- und Wohnqualitätsgesetz ausgehen, das – im Vergleich zum HeimG – die herkömmliche, auf Pflegeheime beschränkte Perspektive aufgegeben hat, bewußt auf eine konkrete Bezeichnung der erfaßten Einrichtungen ver-

zichtet und eigene ordnungsrechtliche Wirkmechanismen erstmals auch im Rahmen ambulanter Betreuungs- und Pflegestrukturen vorgibt.

Bibliographie

- Abbott, Stephen/Lewis, Helen*, Partnership Working and Eligibility Criteria: What Can We Learn from the Implementation of Guidance on Continuing Health Care? *Social Policy & Administration* 32 (2002), S. 532 ff.
- Abromeit, Heidrun*, Veränderung ohne Reform. Die britische Privatisierungspolitik (1979-1985), *PVS* 27 (1986), S. 271 ff.
- Adler, Michael/Asquith, Steward* [Hrsg.], *Discretion and Welfare* (Studies in social policy & welfare), London 1981.
- Allegri, Marcello* u.a., Star Rating for Social Services: Simulation Scenario in the PROLIX Framework, abrufbar unter <http://ftp.informatik.rwth-aachen.de/Publications/CEUR-WS/Vol-280/p03.pdf> (Stand: 1. Februar 2011).
- Angele, Sybille*, Die offene Methode der Koordinierung: Chancen und Herausforderungen, *ZESAR* 2003, S. 444 ff.
- Anheier, Helmut K./Seibel, Wolfgang*, The nonprofit sector in Germany. Between state, economy and society, Manchester/New York 2001.
- Armstrong, Anona*, A Comparative Analysis: New Public Management – The Way Ahead, *Australian Journal of Public Administration* 57 (1998), S. 12 ff.
- Arnim, Hans Herbert von*, Rechtsfragen der Privatisierung. Grenzen staatlicher Wirtschaftstätigkeit und Privatisierungsgebote, Wiesbaden 1995.
- Ders.*, Staatsversagen. Schicksal oder Herausforderung?, in: Bundeszentrale für Politische Bildung [Hrsg.], *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Bd. 37 (1987), S. 17 ff.
- Arrowsmith, Sue*, Public Private Partnerships And The European Procurement Rules: EU Policies In Conflict?, *CMLRev*2000, S. 709 ff.
- Ascher, Kate*, The Politics of Privatisation. Contracting out Public Services, Basingstoke u.a. 1987.
- Audit Commission*, Integrated services for older people. Building a whole system approach in England, London 2002.
- Dies.*, Taking Care. Progress with Care in the Community. *Health & Personal Social Services Bulletin* No. 1, London 1993.
- Dies.*, Making a Reality of Community Care, London 1986.
- Audit Commission for Local Authorities and the National Health Service in England and Wales*, Human Rights. Improving public service delivery, London 2003.
- Ayres, Ian/Braithwaite, John*, Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate, Oxford u.a. 1992.
- Badcoe, Penny*, Public Private Partnerships in Local Government: The Legal, Financial and Policy Framework, *PPLR* 1999, S. 283 ff.
- Badura, Peter*, Staatsrecht, 3. Auflage, München 2003.
- Bachof, Otto*, Diskussionsbeitrag in *VVDStRL* 29 (1971), S. 249 ff.
- Baldwin, Robert/Cave, Martin*, Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice, Oxford/New York 1999.
- Baldwin, Robert/Scott, Colin/Hood*, Introduction, in: dies. [Hrsg.], *A Reader on Regulation*, Oxford/New York 1998, S. 1 ff.
- Baltes, Paul B./Smith, Jacqui*, New Frontiers in the Future of Aging: From Successful Aging of the Young Old to the Dilemmas of the Fourth Age, *Gerontology* 49 (2003), S. 123 ff.
- Bamford, Terry*, Commissioning and purchasing, London, New York 2001.
- Barberis, Peter*, The New Public Management and a New Accountability, *Public Administration* 76 (1998), S. 451 ff.
- Barnewitz, Joachim*, Die Gewährung der Krankenhauspflege durch bestimmte Krankenhäuser, *NJW* 1980, S. 1891 ff.
- Bartholomeyczik, Sabine* u.a., Rahmenempfehlungen zum Umgang mit herausforderndem Verhalten bei Menschen mit Demenz in der stationären Altenhilfe, Witten 2006.

- Bartholomeyczik, Sabine/Schreier, Maria Magdalena/Volkert, Dorothee/Bai, Jon Chim*, Qualitätsniveau II. Orale Nahrungs- und Flüssigkeitsversorgung von Menschen in Einrichtungen der Pflege und Betreuung, Heidelberg u.a. 2008.
- Bauer, Hartmut*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: VVDStL 54 (1995), S. 243 ff.
- Baumeister, Peter*, Verfassungswidrige Ungleichbehandlung dementer Menschen im Recht der sozialen Pflegeversicherung - zugleich Anmerkung zu BVerfG, Kammerbeschlüsse v. 22. 5. 2003 - 1 BvR 452/99 und 1 BvR 1077/00, NZS 2004, S. 191 ff.
- Bayerisches Staatsministerium für Unterricht und Kultus*, Lehrplanrichtlinien für die Berufsfachschule für Altenpflegehilfe. Ausbildung zum/zur Staatlich geprüften Pflegefachhelfer/-in (Altenpflege), München 2007.
- Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen* [Hrsg.], Prüflleitfaden für Einrichtungen der Pflege und Behindertenhilfe in Bayern, München 2009.
- Dass.*, Förderprogramm „Fit for Work 2009“, abrufbar unter <<http://www.stmas.bayern.de/pflege/beruf/fitforwork09.htm>> (Stand: 1. Februar 2011).
- Dass.*, Seniorenpolitisches Konzept, München 2006.
- Bayerisches Staatsministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz* [Hrsg.], Jahresbericht der Gewerbeaufsicht des Freistaates Bayern. 2005, München 2006.
- Bayerisches Staatsministerium des Innern*, Richtlinien für das Bayerische Modernisierungsprogramm (BayModR), Bekanntmachung vom 30. März 2009, Az.: IIC1-4753-002/09.
- Dass.*, Richtlinien für das Darlehensprogramm zur Förderung von Ersatzneubauten von stationären Altenpflegeeinrichtungen in Bayern, Bekanntmachung vom 2. Oktober 2007, Az.: IIC1-4735.10-005/07.
- Bayertz, Kurt*, Eine kurze Geschichte zur Herkunft der Verantwortung, in: Ders. [Hrsg.], Verantwortung. Prinzip oder Problem, Darmstadt 1995, S. 3 ff.
- Beck, Ulrich*, Die Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt am Main 1986.
- Becker, Joachim*, Rechtsrahmen für Public Private Partnership – Regelungsbedarf für neue Kooperationsformen zwischen Verwaltung und Privaten?, ZRP 2002, S. 303 ff.
- Becker, Ulrich*, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, in: Ders. [Hrsg.], Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht I, Baden-Baden 2010, S. 12 ff.
- Ders.*, Sozialrecht und Sozialrechtswissenschaft, ZÖR 65 (2010), S. 607 ff.
- Ders.*, Funktionen und Steuerung von Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb im Gesundheitswesen, in: Becker, Ulrich/Ross, Friso/Sichert, Markus [Hrsg.], Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb in der Krankenhausversorgung, Steuerungsinstrumente in Deutschland, den Niederlanden, der Schweiz und den USA im Rechtsvergleich, Baden-Baden 2010, S. 11 ff.
- Ders.*, Die alternde Gesellschaft – Recht im Wandel, JZ 2004, S. 929 ff.
- Ders.*, Hat die gemeinsame Selbstverwaltung noch Zukunft?, in: Steinmeyer, Heinz-Dietrich [Hrsg.], 7. Münsterische Sozialrechtstagung. Gesetzliche Krankenversicherung in der Krise - Von der staatlichen Regulierung zur solidarischen Wettbewerbsordnung, Karlsruhe 2002, S. 122 ff.
- Ders.*, Staat und autonome Träger im Sozialleistungsrecht, Baden-Baden 1996.
- Beesley, Michael Edwin/Littlechild, Stephen*, The regulation of privatised monopolies in the United Kingdom, in: Veljanovski, Cento [Hrsg.], Regulators and the Market: An Assessment of the Growth of Regulation in the UK, London 1991, S. 29 ff.
- Bennett, Robert J./Krebs, Günther*, Local Economic Development. Public-private Partnership Initiatives in Britain and Germany, London/New York 2001.
- Benz, Arthur*, Der Beitrag der Spieltheorie zur Analyse des kooperativen Verwaltungshandelns, in: Dose, Nicolai/Voigt, Rüdiger [Hrsg.], Kooperatives Recht, Baden-Baden 1995, S. 297 ff.
- Benz, Arthur/Lütz, Susanne/Schimank, Uwe/Simonis, Georg* [Hrsg.], Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen. Eine Einführung, Wiesbaden 2004.
- Berghman, Jos/Okma, Kieke GH*, The Method of Open Coordination: Open procedures or closed circuit? Social policy making between science and politics, in: European Journal of Social Security 4 (2002), S. 331 ff.
- Bernhardt, Rudolf*, Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, ZaöRV 24 (1964), S. 431 ff.

- Beveridge, William Henry*, Social Insurance and Allied Services, London 1942.
- Bieback, Karl-Jürgen*, Qualitätssicherung in der Pflege im Sozialrecht, Heidelberg 2004.
- Biller, Karlheinz*, Der Begriff der Verantwortung und des Gewissens, in: Kurz, Wolfram/Sedlak, Franz [Hrsg.], Kompendium der Logotherapie und Existenzanalyse. Bewährte Grundlagen und neue Perspektiven, Tübingen 1995, S. 146 ff.
- Birg, Herwig*, Dynamik der demographischen Alterung und Bevölkerungsschrumpfung. Wirtschaftliche und gesellschaftliche Auswirkungen in Deutschland, in: Herbert-Quandt-Stiftung [Hrsg.], Gesellschaft ohne Zukunft? Bevölkerungsrückgang und Überalterung als politische Herausforderung, S 12 ff.
- Black, Julia*, Rules and Regulators, Oxford 1997.
- Blanke, Stefan*, Aktivierender Staat – aktive Bürgergesellschaft, Hannover 2001, abrufbar unter <<http://www.isps-online.de/aktstaat/literatur/bas.pdf>> (Stand: 1. Februar 2011).
- Blanke, Bernhard/Bandemer, Stefan von*, Der aktivierende Staat, GMH 1999, S. 321 ff.
- Blumenwitz, Dieter*, Einführung in das anglo-amerikanische Recht, 7. Auflage, München 2007.
- Bodewig, Thomas/Voß, Thomas*, Die „offene Methode der Koordinierung“ in der Europäischen Union – „schleichende Harmonisierung“ oder notwendige „Konsentierung“ zur Erreichung der Ziele der EU?, EuR 2003, S. 310 ff.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: Ders. [Hrsg.], Staat und Gesellschaft, Darmstadt 1976, S. 395 ff.
- Ders.* [Hrsg.], Staat und Gesellschaft, Darmstadt 1976.
- Böhme, Hans*, Rechtliche Verbindlichkeit von nationalen Expertenstandards, Die Schwester. Der Pfleger 12 (2001), S. 1054 ff.
- Bogumil, Jörg/Grohs, Stephan/Kuhlmann, Sabine/Ohm, Anna K.* [Hrsg.], Zehn Jahre Neues Steuerungsmodell. Eine Bilanz kommunaler Verwaltungsmodernisierung, Berlin 2007, S. 156 ff.
- Bovens, Mark*, The Quest for Responsibility. Accountability and Citizenship in Complex Organisations, Cambridge 1998.
- Boyle, Geraldine*, Facilitating choice and control for older people in long-term care, Health and Social Care in the Community 12 (2004), S. 212 ff.
- Brackmann, Kurt* [Hrsg.], Handbuch der Sozialversicherung. Band 1/4, Gesetzliche Krankenversicherung, Soziale Pflegeversicherung, Sankt Augustin, Loseblattsammlung, Stand: Mai 2006.
- Braithwaite, John*, Rewards and Regulation, Journal of Law and Society 29 (2002), S. 12 ff.
- Ders.*, The Limits of Economism in Controlling Harmful Corporate Conduct, Law and Society Review 16 (1982), S. 490 ff.
- Braithwaite, John/Makkai, Toni*, Testing an Expected Utility Model of Corporate Deterrence, Law and Society Review 25 (1991), S. 7 ff.
- Braithwaite, John/Makkai, Toni/Braithwaite, Valerie*, Regulating Aged Care. Ritualism and the New Pyramid, Cheltenham/Northampton 2007.
- Braun, Dietmar*, Zur Steuerbarkeit funktionaler Teilsysteme: Akteurtheoretische Sichtweisen funktionaler Differenzierung moderner Gesellschaften, in: Héritier, Adriane [Hrsg.], Policy-Analyse, PVS Sonderheft 24/1993, S. 199 ff.
- Breyer, Stephen*, Regulation and its Reform, Cambridge/Massachusetts/London 1982.
- Broadbent, Jane/ Laughlin, Richard*, Evaluating the New Public Management“ Reforms in the UK: A Constitutional Possibility?, Public Administration 75 (1997), S. 487 ff.
- Brohm, Winfried*, Rechtsgrundsätze für normersetzende Absprachen – Zur Substituierung von Rechtsverordnungen, Satzungen und Gesetzen durch kooperatives Verwaltungshandeln, DÖV 1992, S. 1025 ff.
- Brown, Keith/Bates, Natalie/Keen, Steven*, Local government social care workforce development expenditure: a survey of trends and funding (2007), Birmingham 2007.
- Brünner, Frank*, Vergütungsvereinbarungen für Pflegeeinrichtungen nach SGB XI, Baden-Baden 2001.
- Ders.*, Das Dritte Gesetz zur Änderung des Heimgesetzes aus Sicht der Freier Wohlfahrtspflege, RsDE 49 (2001), S. 66 ff.

- Ders.*, Vergütungsvereinbarungen für Pflegeeinrichtungen nach SGB XI als Normsetzungsverträge. Zur Zulässigkeit von unmittelbarer Verbindlichkeit und Differenzierungsverbot, *ZfSH/SGB* 2000, S. 590 ff.
- Brunner, Otto*, Land und Herrschaft, Darmstadt 1973 (unveränderter Nachdruck der 5. Auflage, Wien 1965).
- Budäus, Dietrich/Eichhorn, Peter* [Hrsg.], Public Private Partnership. Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung, Baden-Baden 1997.
- Budäus, Dietrich/Grüning, Gernod*, Public Private Partnership – Konzeption und Probleme eines Instruments zur Verwaltungsreform aus der Sicht der Public Choice Theorie, in: Budäus, Dietrich/Eichhorn, Peter [Hrsg.], Public Private Partnership, S. 25 ff.
- Bull, Hans Peter*, Über Formenwahl, Formwahrheit und Verantwortungsklarheit in der Verwaltungsorganisation, in: Geis, Max-Emanuel/Lorenz, Dieter [Hrsg.], Staat, Kirche, Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 545 ff.
- Ders.*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Auflage, Kronberg 1977.
- Bulling, Manfred*, Kooperatives Verwaltungshandeln (Verhandlungen, Arrangements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis, *DÖV* 1989, S. 277 ff.
- Bundeskonferenz zur Qualitätssicherung im Gesundheits- und Pflegewesen e.V.*, 10 Jahre BUKO-QS, in: Dies. [Hrsg.], 10 Jahre Bundeskonferenz zur Qualitätssicherung im Gesundheits- und Pflegewesen e.V., Köln 2007.
- Bundeskonferenz zur Qualitätssicherung bei Pflegebedürftigkeit*, Memorandum zur Qualitätssicherung bei Pflegebedürftigkeit der Ersten Bundeskonferenz zur Qualitätssicherung bei Pflegebedürftigkeit, *RsDE* 25 (1994), S. 56 ff.
- Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung* [Hrsg.], Bericht des Beirats zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs, Berlin 2009.
- Dass.* [Hrsg.], Vierter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung, Berlin 2008.
- Dass.* [Hrsg.], Dritter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung, Berlin 2004.
- Dass.*, Die Soziale Pflegeversicherung in der Bundesrepublik Deutschland in den Jahren 2001 und 2002. Statistischer und finanzieller Bericht, Bonn 2004.
- Dass.* [Hrsg.], Nachhaltigkeit in der Finanzierung der Sozialen Sicherungssysteme, Berlin 2003.
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend* [Hrsg.], Moderne Altenpflege. Was wir können, können nur wir, Fachkampagne, Bonn 2008.
- Dass.* [Hrsg.], Bundesweite Erhebung der Ausbildungsstrukturen an Altenpflegeschulen (BEA), Bremen 2006.
- Dass.* [Hrsg.], Erster Bericht über die Situation der Heime und die Betreuung der Bewohnerinnen und Bewohner, Bonn 2006.
- Dass.* [Hrsg.], Fünfter Bericht zur Lage der älteren Generation in der Bundesrepublik Deutschland. Potenziale des Alters in Wirtschaft und Gesellschaft. Der Beitrag älterer Menschen zum Zusammenhalt der Generationen. Bericht der Sachverständigenkommission, Berlin 2005.
- Dass.* [Hrsg.], Vierter Altenbericht zur Lage der älteren Generation in der Bundesrepublik Deutschland: Risiken, Lebensqualität und Versorgung Hochaltriger unter besonderer Berücksichtigung demenzieller Erkrankungen, Berlin 2002.
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend/Bundesministerium für Gesundheit*, Charta der Rechte hilfe- und pflegebedürftiger Menschen, Bonn 2010.
- Bundesministerium für Bildung und Forschung*, „Meister-BAföG“ – Das neue Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetz (AFBG). Gesetz und Beispiele, Bonn, Berlin 2009.
- Bundesregierung* [Hrsg.], Moderner Staat – Moderne Verwaltung. Das Programm der Bundesregierung, Berlin 1999.
- Bundesstadt Bonn* [Hrsg.], Tätigkeitsbericht der Heimaufsicht der Bundesstadt Bonn 2002/2003 gemäß § 22 Absatz 3 HeimG, Bonn 2004.
- Burgi, Martin*, Die Umsetzungsebene der Gewährleistungsverantwortung: Leistungsbeschreibung und Qualitätsprüfung, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften* 2007, S. 46 ff.

- Burgi, Martin*, Privatisierung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band IV – Aufgaben des Staates, 3. Auflage, Heidelberg 2006, § 75, S. 205 ff.
- Ders.*, Der Beliehene – ein Klassiker im modernen Verwaltungsrecht, in: Geis, Max-Emanuel/Lorenz, Dieter [Hrsg.], Staat, Kirche, Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 581 ff.
- Ders.*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, Tübingen 1999.
- Burmeister, Julian/Gaßner, Theo/König, Sigrid/Müller, Christian* [Hrsg.], Bayerisches Pflege- und Wohnqualitätsgesetz. Kommentar, München 2009
- Burmeister, Julian/Dinter, Katharina*, Die Heimgesetzgebung der Bundesländer – Ein Rechtsvergleich, NVwZ 2009, S. 628 ff.
- Burth, Hans-Peter/Görlitz, Axel*, Politische Steuerung in Theorie und Praxis. Eine Integrationsperspektive, in: dies. [Hrsg.], Politische Steuerung in Theorie und Praxis, Baden-Baden 2001, S. 7 ff.
- Bytheway, Bill*, Ageism, Buckingham, Bristol 1995.
- Cabinet Office*, Public Bodies 2009, abrufbar unter <http://www.civilservice.gov.uk/Assets/PublicBodies2009_tcm6-35808.pdf> (Stand: 1. Februar 2011).
- Dass.*, Modernising Government (Cm. 4310), London 1999.
- Cambridge, Paul*, Using 'best value' in purchasing and providing services for people with learning disabilities, British Journal of Learning Disabilities, vol. 28 (2000), S. 31 ff.
- Cane, Peter*, Administrative Law, 4. Auflage, Oxford, New York 2004.
- Cappelletti, Mauro*, In Honor of John Merryman, in: Clark, David [Hrsg.], Comparative and Private International Law. Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday, Berlin 1990.
- Care Choices Ltd.*, Oxfordshire Care Services Directory 2008, abrufbar unter <http://portal.oxfordshire.gov.uk/content/publicnet/council_services/health_social_care/older_people/residentialcare/Oxfordshire2007small.pdf> (Stand: 1. Februar 2010).
- Care Quality Commission*, Guidance about compliance - Essential standards of quality and safety, London 2010, abrufbar unter <http://www.cqc.org.uk/sites/default/files/media/documents/essential_standards_of_quality_and_safety_march_2010_final_0.pdf> (Stand: 1. November 2011).
- Dies.*, Care Homes for Older People Guidance Log, London 2009, abrufbar unter <http://www.cqc.org.uk/_db/_documents/20090105_Guidance_Log_Care_Homes_for_Older_People_v_001-09.doc> (Stand: 1. Februar 2011).
- Dies.*, Corporate complaints policy and procedures, London 2009, abrufbar unter <http://www.cqc.org.uk/_db/_documents/Corporate_Complaints_Policy_and_Procedure_Sept_2009%5B1%5D.pdf> (Stand: 1. Februar 2011).
- Dies.*, Guidance for inspectors, 2008, abrufbar unter <http://www.cqc.org.uk/_db/_documents/20100525_Guidance_How_we_inspect_care_services.doc> (Stand: 1. Februar 2011).
- Dies.*, Key lines of regulatory assessment (KLORA), abrufbar unter <http://www.cqc.org.uk/_db/_documents/klora_care_homes_200903181530.doc> (Stand: 1. Februar 2011).
- Dies.*, Our enforcement policy for social care services registered under the Care Standards Act 2000, abrufbar unter <http://www.cqc.org.uk/_db/_documents/20081105_Our_Enforcement_Policy_31908_200911055524.doc> (Stand: 1. Februar 2011).
- Dies.*, Guidance for providers: How to request a review of your quality rating <http://www.cqc.org.uk/_db/_documents/Updated_provider_guidance.Dec_09.FINAL.doc> (Stand: 1. Februar 2011).
- Care Services Improvement Partnership*, A Guide to Fairer Contracting Part 1, 2005, abrufbar unter <<http://ipc.brookes.ac.uk/publications/documents/FairerContractingGuide.pdf>> (Stand: 1. Februar 2011).
- Dies.*, A Guide to Fairer Contracting Part 2, Oxford, Bath 2007, abrufbar unter <http://ipc.brookes.ac.uk/publications/documents/Part_2_-_Service_Specifications.doc> (Stand: 1. Februar 2011).

- Cass, Elaine/Robbins, Diana/Richardson, Angela*, Dignity in Care. SCIE Adults' Services Practice Guide 9, London 2009, abrufbar unter <<http://www.scie.org.uk/publications/guides/guide15/files/guide15.pdf>> (Stand: 1. Februar 2011).
- Chester, Sir Norman*, Fringe Bodies, Quangos and All That, Public Administration 57 (1979), S. 54 ff.
- Clements, Luke/Thompson, Pauline*, Community Care and the Law, 3. Auflage, London 2004.
- Clements, Luke*, The Collapsing Duty: A Sideways Look at Community Care and Public Law, Judicial Review 1997, S. 162 ff.
- Collins, Hugh*, The Law of Contract, 4. Auflage, London 2003.
- Ders.*, Regulating Contracts, Oxford 1999.
- Commission for Local Administration in England*, Local Government Ombudsman. Annual Report 07/08, London, 2008.
- Commission for Social Care Inspection*, Putting people first: Equality and Diversity Matters 1, In Focus – Quality issues in social care, Issue 7, London 2009, abrufbar unter <http://www.cqc.org.uk/_db/_documents/22275_proof_QISC_3.pdf> (Stand: 1. Februar 2011)
- Dies.*, The State of Social Care in England 2006-07, London 2008.
- Dies.*, In safe keeping. Supporting people who use regulated care services with their finances, In Focus – Quality issues in social care, Issue 6, London 2007, abrufbar unter <http://www.national-careassociation.org.uk/documents/in_safe_keeping.pdf> (Stand: 1. Februar 2011).
- Dies.*, A fair contract with older people?, London 2007, abrufbar unter <<http://www.housingcare.org/downloads/kbase/2946.pdf>> (Stand: 1. Februar 2011).
- Dies.*, Inspecting for Better Lives: A Quality Future, London 2006.
- Dies.*, Quality Ratings in Regulated Services, Paper No: 06(06)113, London 2006.
- Dies.*, Policy and Guidance: Enforcement Policy, London 2006.
- Dies.*, Highlight of the day? Improving meals for older people in care homes. In Focus – Quality issues in social care, Issue 1, London 2006, abrufbar unter <http://www.cqc.org.uk/_db/_documents/highlight_of_day%5B1%5D.pdf> (Stand: 1. Februar 2011).
- Dies.*, Safe and sound? Checking the suitability of new care staff in regulated social care services. In Focus – Quality issues in social care, Issue 4, London 2006, abrufbar unter <<http://www.ofsted.gov.uk/Ofsted-home/Publications-and-research/Browse-all-by/Documents-by-type/Thematic-reports/Safe-and-sound-checking-suitability-of-new-staff-in-regulated-social-care-services>> (Stand: 1. Februar 2011).
- Dies.*, Inspecting for Better Lives – Delivering Change, London 2005.
- Constantinesco, Léontin-Jean*, Rechtsvergleichung. Band II. Die rechtsvergleichende Methode, Köln u.a. 1992.
- Continuing Care Conference*, Local Authority Contracting Policies for Residential and Nursing Home Care, London 2002.
- Cooke, John*, Law of Tort, 8. Auflage, Harlow 2007.
- Counsel and Care*, Care Contradictions: higher charges and fewer services, London 2007.
- Dies.*, The Complete Care Home Guide, 2. Auflage, London 2006, abrufbar unter <<http://www.housing-care.org/downloads/kbase/2570.pdf>> (Stand: 1. Februar 2011).
- Dies.*, The Brief Care Home Guide, London 2006, abrufbar unter <<http://www.housingcare.org/downloads/kbase/2560.pdf>> (Stand: 1. Februar 2011).
- Coxon, Kirstie/Billings, Jenny /Alaszewski, Andy*, Providing Integrated Health and Social Care for Older Persons in the United Kingdom, in: Leichsenring, Kai/Alaszewski, Andy M. [Hrsg.], Providing Integrated Health and Social Care for Older Persons. A European Overview of Issues at Stake, Aldershot/Burlington 2004.
- Cragg, Stephen*, Community care update, Legal Action Sept. 1996, S. 16 ff.
- Craig, Paul P.*, Administrative Law, 6. Auflage, London 2008.
- Ders.*, Contracting Out, the Human Rights Act and The Scope of Judicial Review, L.Q.R. 2002, vol. 118, S. 551 ff.
- Crößmann, Gunter*, Verbraucherschutz im Heim. Gibt die Novelle des Heimgesetzes mehr Möglichkeiten? Welche Rolle spielt die Heimaufsicht? RsDE 49 (2001), S. 90 ff.

- Crößmann, Gunter/Iffland, Sascha/Mangels, Rainer*, Taschenkommentar zum Heimgesetz, 5. Auflage, Hannover 2002.
- Dahlem, Otto/Giesen, Dieter/Igl, Gerhard/Klie, Thomas*, Das Heimgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, Köln 2009.
- Daintith, Terence*, The techniques of government, in: Jovell, Jeffrey L./Oliver, Dawn [Hrsg.], The Changing Constitution, 3. Auflage, Oxford 1994.
- Dalichau, Gerhard/Grüner, Bernd/Müller-Alten, Lutz*, SGB XI – Pflegeversicherung, Band 2, Starnberg, Loseblattsammlung, Stand: April 2006.
- Danneker, Gerhard*, in: Zipfel, Walter/Rathke, Kurt-Dietrich, Lebensmittelrecht, 102. Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch, München, Loseblattsammlung, Stand September 2009 (134. Ergänzungslieferung).
- Daric, Jean/Girard, Alain*, Vieillessement de la population et prolongation de la vie active, Paris 1948.
- Darton, R.A.*, what types of homes are closing? The characteristics of homes which closed between 1996 and 2001, Health and Social Care in the Community, vol. 12 (2004), S. 254 ff.
- Davies, Anne*, Accountability. A Public Law Analysis of Government by Contract, Oxford 2001.
- Dies.*, Don't Trust Me, I'm a Doctor. Medical Regulations and the 1999 NHS Reforms, OJLS 20 (2000), S. 452 ff.
- Day, Patricia/Klein, Rudolf/Redmayne, Sharon*, Why regulate?, Bristol 1996.
- Deakin, Simon/Johnston, Angus Charles/Markesinis, Basil S.*, Markesinis and Deakin's Tort Law, 6. Auflage, Oxford u.a. 2008.
- Department of the Environment, Transport and the Regions*, Modernising local government. Improving local services through best value, London 1998.
- Department of Health*, Charging for Residential Accommodation Guide (CRAG) 2010, London 2010, abrufbar unter <http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/DH_114330> (Stand: 1. Februar 2011).
- Dass.*, Protection of Vulnerable Adults scheme in England and Wales for adult placement schemes, domiciliary care agencies and care homes. A Practical Guide, London 2009.
- Dass.*, HC12: Charges and optical voucher values, London 2008.
- Dass.*, National Framework for NHS Continuing Healthcare and NHS-funded Nursing Care, London 2007.
- Dass.*, NHS-funded Nursing Care. Practice Guide 2007, London 2007.
- Dass.*, Making Experiences Count. A new approach to responding to complaints, London 2007, abrufbar unter <http://www.dh.gov.uk/en/Consultations/Liveconsultations/DH_075652?IdcService=GET_FILE&did=142188&Rendition=Web> (Stand: 1. Februar 2011).
- Dass.*, Report of the Third Sector Commissioning Task Force. Part II Outputs and Implementation, London 2006.
- Dass.*, Standards for Better Health, April 2006, abrufbar unter <http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/DH_4086665> (Stand: 1. Februar 2011).
- Dass.*, Our Health, our care, our say: a new direction for community care services, London 2006.
- Dass.*, The future regulation of health and adult social care in England, London 2006.
- Dass.*, Strong and prosperous communities. The Local Government White Paper, Volume II, London 2006.
- Dass.*, Learning From Complaints, Learning from Complaints. Social Services Complaints Procedure for Adults, London 2006.
- Dass.*, Independence, Well-being and Choice. Our vision for the future of social care for adults in England, London 2005.
- Dass.*, Commissioning a patient-led NHS, London 2005, abrufbar unter <http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/@dh/@en/documents/digitalasset/dh_4116717.pdf> (Stand: 1. Februar 2011).
- Dass.*, Care Trusts – Background Briefing, London 2002.
- Dass.*, Fair Access to Care Services. Guidance on Eligibility Criteria for Adult Social Care, London 2002.
- Dass.*, The Single Assessment Process. Guidance for Local Implementation, London 2002.

- Dass.*, Guidance on the Implementation of Regulations and National Minimum Standards by the NCSC vom 29. Januar 2002, abrufbar unter <http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Letters-andcirculars/Dearcolleagueletters/DH_4117933> (Stand: 1. Februar 2011).
- Dass.*, Frequencies of Inspection and Regulatory Fees. A Consultation Paper, London 2001.
- Dass.*, National Service Framework for Older People, London 2001, abrufbar unter <http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/DH_4003066> (Stand: 1. Februar 2011).
- Dass.*, The NHS Plan. A plan for investment. A plan for reform, London 2000.
- Dass.*, Fit For The Future? National Required Standards for Residential and Nursing Homes for Older People, London 1999.
- Dass.*, Modernising Social Services, London 1998.
- Dass.*, Caring for People. Community Care in the Next Decade and Beyond, London 1989.
- Department of Health/Department for Education and Skills*, Options for Excellence. Building the Social Care Workforce of the Future, London 2006.
- Department of Health/Department of the Environment, Transport and the Regions*, Better care, higher standards. A charter for long term care, London 1999.
- Department of Health/Social Services Inspectorate*, Homes are for living in: a model for evaluating quality of care provided, and quality of life experienced, in residential care homes for elderly people, London 1989.
- Department of Health and Social Security*, Growing Older (Cm 8173), London 1981.
- Deppenheuer, Otto*, Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, VVDStRL 55 (1996), S 90 ff.
- Deutscher Bundestag*, Schlussbericht der Enquete-Kommission „Demographischer Wandel – Herausforderungen einer älter werdenden Gesellschaft an den Einzelnen und die Politik“, BT-Drs. 14/8800.
- Deutscher Pflegerat* [Hrsg.], Positionspapier vom 10. Januar 2007: Qualität in der Pflege nachhaltig gestalten, Berlin 2007.
- Deutsches Institut für Medizinische Dokumentation und Information* [Hrsg.], Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit, Neu-Isenburg, Stand Oktober 2005, abrufbar unter <http://www.dimdi.de/dynamic/de/klassi/downloadcenter/icf/endaussage/icf_endaussage-2005-10-01.pdf> (Stand: 1. Februar 2011).
- Deutsches Netzwerk für Qualitätssicherung in der Pflege*, Expertenstandard Entlassungsmanagement in der Pflege, Osnabrück 2009
- Dass.*, Expertenstandard Pflege von Menschen mit chronischen Wunden, Entwicklung - Konsentierung - Implementierung, Osnabrück 2009.
- Dass.*, Expertenstandard Ernährungsmanagement zur Sicherstellung und Förderung der oralen Ernährung in der Pflege, Osnabrück 2009.
- Dass.*, Methodisches Vorgehen zur Entwicklung und Einführung von Expertenstandards in der Pflege, Osnabrück 2007.
- Dass.*, Expertenstandard Förderung der Harnkontinenz in der Pflege, Entwicklung - Konsentierung - Implementierung, Osnabrück 2007.
- Dass.*, Expertenstandard Sturzprophylaxe in der Pflege einschließlich Kommentierung und Literaturanalyse, Osnabrück 2006.
- Dass.*, Expertenstandard Schmerzmanagement in der Pflege bei akuten oder tumorbedingten chronischen Schmerzen, Entwicklung - Konsentierung- Implementierung, Osnabrück 2005.
- Dass.*, Expertenstandard Dekubitusprophylaxe in der Pflege, Entwicklung – Konsentierung – Implementierung, Osnabrück 2004.
- Deutsches Zentrum für Altersfragen* [Hrsg.], Runder Tisch Pflege. Arbeitsgruppe II, Empfehlungen und Forderungen zur Verbesserung der Qualität in der Stationären Pflege und Betreuung 2005.
- Dierkes, Meinolf/Zimmermann, Klaus W.* [Hrsg.], Sozialstaat in der Krise. Hat die soziale Marktwirtschaft noch eine Chance?, Frankfurt am Main/Wiesbaden 1996.
- Di Fabio, Udo*, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft (Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik), Tübingen 2001
- Ders.*, Verwaltung und Verwaltungsrecht, VVDStRL 56 (1997), S. 273 ff.

- Ders.*, Verwaltungsentscheidung durch externen Sachverstand, *VerwArch* 81 (1990), S. 210 ff.
- Diver, Colin S.*, The Optimal Precision of Administrative Rules, *Yale Law Journal* 93 (1983-1984), S. 65 ff.
- Donabedian, Avedis*, Evaluating the Quality of Medical Care, *The Milbank Memorial Fund Quarterly*, vol. 44, no. 3, part 2, S. 166 ff.
- Dose, Nicolai*, Trends und Herausforderungen der politischen Steuerungstheorie, in: Grande, Edgar/Prätorius, Rainer [Hrsg.], *Politische Steuerung und neue Staatlichkeit*, Baden-Baden 2003.
- Ders.*, Kooperatives Recht. Defizite einer steuerungsorientierten Forschung zum kooperativen Verwaltungshandeln, *DV* 27 (1994), S. 91 ff.
- Dose, Nicolai/Voigt, Rüdiger*, Kooperatives Recht: Norm und Praxis, in: dies. [Hrsg.], *Kooperatives Recht*, Baden-Baden 1995, S. 11 ff.
- Dowling, Bernard/Powell, Martin/Glending, Caroline*, Conceptualising successful partnerships, *Health and Social Care in the Community* 12 (2004), S. 309 ff.
- Dräther, Hendrik/Jacobs, Klaus/Rothgang, Heinz* [Hrsg.] *Fokus Pflegeversicherung. Nach der Reform ist vor der Reform*, Berlin 2009.
- Drasdo, Michael*, Das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, *NJW* 2010, S. 1174 ff.
- Dreher, Meinrad*, Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater, *NZBau* 2002, S. 245 ff.
- Ders.*, Die Privatisierung bei Beschaffung und Betrieb der Bundeswehr Zugleich ein Beitrag zur Frage der vergaberechtlichen Privilegierung so genannter In-house-Lösungen, *NZBau* 2001, S. 360 ff.
- Dreier, Horst*, Verantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in: Neumann, Ulfrid/Schulz, Lorenz [Hrsg.], *Verantwortung in Recht und Moral*, Stuttgart 2000, S. 9 ff.
- Ders.*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat. Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzips der Exekutive, Tübingen 1991.
- Drucker, Peter F.*, *The Age of Discontinuity. Guidelines to Our Changing Society*, New York u.a. 1969.
- Dyson, Kenneth H. F.*, *The State Tradition in Western Europe. A Study of an Idea and Institution*. Oxford, New York 1980.
- East Sussex County Council*, Pressemitteilung vom 11.7.2007, abrufbar unter <<http://www.east-sussex.gov.uk/yourcouncil/pressoffice/pressreleases/2007/07/1529.htm>> (Stand: 1. Februar 2011).
- Easton, David*, *The Political System Besieged by the State Political Theory*, Vol. 9, No. 3 (1981), S. 303 ff.
- Ebert, Kurt Hanns*, *Rechtsvergleichung. Einführung in die Grundlagen*, Bern 1978.
- Eborall, Christine*, *The State of the Social Care Workforce 2004*, <<http://www.skillsforcare.org.uk/nmsruntime/saveasdialog.aspx?IID=307&sID=237>> (Stand: 1. Februar 2011).
- Ehlers, Dirk*, *Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft*, *DVBl.* 1998, S. 497 ff.
- Ders.*, *Verwaltung in Privatrechtsform*, Berlin 1984.
- Ehmke, Horst*, „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, in: Hesse, Konrad/Reicke, Siegfried/Scheuner, Ulrich [Hrsg.], *Staatsverfassung und Kirchenordnung – Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962*, Tübingen 1962.
- Ehricke, Ulrich*, "Soft law" - Aspekte einer neuen Rechtsquelle, *NJW* 1989, S. 1906 ff.
- Eichenhofer, Eberhard*, Einführung in die Sozialrechtsvergleichung, *NZS* 1997, S. 97 ff.
- Eichenhofer, Eberhard/Westerveld, Mies*, Contractualism: A Legal Perspective, in: Sol, Els/Westerveld, Mies, *Contractualism in Employment Services. A New Form of Welfare State Governance*, Den Haag 2005.
- Eicher, Wolfgang*, Krankenhausbedarfsplanung durch § 371 RVO? Flexibilität statt Restriktion, *DOK* 1986, S. 564 ff.
- Eichhorst, Werner/Kaufmann, Otto/Konle-Seidl, Regina* [Hrsg.], *Bringing the jobless into work? Experiences with activation schemes in Europe and the US*, Berlin u.a. 2008.
- Eifert, Martin*, *Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat*, Baden-Baden 1998.
- Ellwein, Thomas/Hesse, Joachim Jens*, *Der überforderte Staat*, Baden-Baden 1994.
- Engelman, Philip/Spencer, Paul*, *The Care Standards Act 2000*, Oxford u.a. 2003.
- Engisch, Karl*, *Logische Studien zu Gesetzesanwendung*, Heidelberg 1943.

- Enquête-Kommission*, „Demographischer Wandel – Herausforderungen unserer älter werdenden Gesellschaft an den Einzelnen und die Politik“, BT-Drs. 14/8800.
- Erlei, Matthias/Leschke, Martin/Sauerland, Dirk*, Neue Institutionenökonomik, Stuttgart 2007.
- Esser, Josef*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3. Auflage, Tübingen 1974.
- Europäische Kommission/Eurostat*, The Social Situation in the European Union 2009, Luxemburg 2010, abrufbar unter <<http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4957&langId=en>> (Stand: 1. Juli 2010).
- Europäische Kommission*, Mitteilung über „Ein erneuertes Engagement für ein soziales Europa: Verstärkung der offenen Koordinierungsmethode für Sozialschutz und soziale Eingliederung“, KOM (2008) 418 endg.
- Dies.*, Mitteilung über die „Modernisierung des Sozialschutzes für die Entwicklung einer hochwertigen, zugänglichen und zukunftsfähigen Gesundheitsversorgung und Langzeitpflege: Unterstützung der einzelstaatlichen Strategien durch die ‚Offene Koordinierungsmethode‘“, KOM (2004) 304 endg.
- Dies.*, Mitteilung über die „Stärkung der sozialen Dimension der Lissabonner Strategie: Straffung der offenen Koordinierung im Bereich Sozialschutz“, KOM (2003) 261 endg./2.
- Dies.*, Mitteilung vom 5. Dezember 2001 über „Die Zukunft des Gesundheitswesens und der Altenpflege: Zugänglichkeit, Qualität und langfristige Finanzierbarkeit sichern“, KOM (2001) 723 endg.
- Fairgrieve, Dulkan*, The Human Rights Act 1998, Damages and Tort Law, PL 2001, S. 695 ff.
- Fehling, Michael/Ruffert, Matthias* [Hrsg.], Regulierungsrecht, Tübingen 2010.
- Fernández, José-Luis/Kendall, Jeremy/Davey, Vanessa/Knapp, Martin*, Direct Payments in England: Factors linked to Variations in Local Provision, JSP 36 (2007), S. 97 ff.
- Fishers, Mike*, The Social Care Institute for Excellence: the role of a national institute in developing knowledge and practice in social care, Social Work & Social Sciences Review 10 (2002), no. 2, S. 6 ff.
- Fitzpatrick, Joanne*, Frail older people in long-term care: Striving for quality, International Journal of Nursing Studies 42 (2005), S. 841 ff.
- Food Standards Agency*, Guidance on food served to older people in residential care, Oktober 2007 <<http://www.food.gov.uk/multimedia/pdfs/olderresident.pdf>> (Stand: 1. Februar 2011).
- Forder, Julien/Knapp, Martin/Hardy, Brian/Kendall, Jeremy/Matosevic, Tihana/Ware, Patricia*, Prices, contracts and motivations: institutional arrangements in domiciliary care, Policy & Politics 32 (2004), S. 207 ff.
- Franckenstein, Georg Freiherr von und zu*, Public Private Partnership in der Bauleitplanung. Möglichkeiten und Grenzen, UPR 2000, S. 288 ff.
- Franckenstein, Georg Freiherr von und zu, Georg/Gräfenstein, Evelyn*, Pflegereform 2008 – Auswirkungen auf den Pachtzins für Pflegeheime?, NZS 2009, S. 194 ff.
- Frankl, Viktor E.*, Anthropologische Grundlagen der Psychotherapie, Bern/Stuttgart/Wien 1975.
- Franzius, Claudio*, Gewährleistung im Recht, Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen, Tübingen 2009.
- Ders.*, Der „Gewährleistungsstaat“ – Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?“, Der Staat 42 (2003), S. 493 ff.
- Freedland, Mark R.*, Government by contract and public law, PL 1994, S. 86 ff.
- Freie Hansestadt Hamburg* [Hrsg.], Rahmenplanung der pflegerischen Versorgungsstruktur bis 2010, Hamburg 2005.
- Freund, Matthias*, Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation, NVwZ 2003, S. 408 ff.
- Froggatt, Katherine*, The ‘regulated death’: a documentary analysis of the regulation and inspection of dying and death in English care homes for older people, Ageing & Society 27 (2007), S. 233 ff.
- Füßler, Klaus*, Regulierung und Deregulierung im Heimrecht: Das Zweite Gesetz zur Änderung des Heimgesetzes vom 3.2.1997, NJW 1997, S. 1957 ff.
- Furness, Sheila*, A Hindrance or a Help? The Contribution of Inspection to the Quality of Care in Homes for Older People, British Journal of Social Work (2007), S. 1 ff.

- Gallon Thomas-Peter*, Vergreisung als Grund, um die Rente zu senken?, in: *Soziale Sicherheit* 46 (1997), S. 286 ff.
- Ganz, G.*, Compensation for Negligent Administrative Action, PL 84 (1973), S. 84 ff.
- Gaßner, Maximilian/Schottky, Evi*, Freiheit vor Sicherheit oder umgekehrt? Analyse und Kritik der zivilrechtlichen Rechtsprechung zu Stürzen in Alten- und Pflegeheimen, *MedR* 2006, S. 391 ff.
- General Social Care Council*, Codes of Practice for Social Care Workers and Employers, 2010, abrufbar unter <http://www.gsc.org.uk/cmsFiles/Registration/Codes%20of%20Practice/Codes_of_Practice_Word_version.doc> (Stand: 1. Februar 2011).
- Ders.*, Corporate Plan 2007-08 to 2009-10, London 2007.
- Ders.*, Accreditation of universities to grant degrees in social work, London 2002.
- Geraghty, Annie*, Corporate Criminal Liability, *American Criminal Law Review*, vol. 39 (2002), S. 327 ff.
- Gibbs, Ian/Sinclair, Ian*, Consistency: a pre-requisite for inspecting old people's homes?, *BJSW* 22 (1992), S. 535 ff.
- Giddens, Anthony*, Introduction. Neoprogessivism: A New Agenda for Social Democracy, in: *Ders.* [Hrsg.], *The Progressive Manifesto*, Cambridge/Oxford/Malden 2003.
- Gilbert, Neil/Gilbert, Barbara*, The enabling state. Modern welfare capitalism, New York u.a. 1989.
- Gilbert, Neil*, The "Enabling State"? From Public to Private Responsibility for Social Protection: Pathways and Pitfalls, in: Organisation for Economic Co-operation and Development, *DELSA/ELSA/MIN(2005)5*, März 2005, abrufbar unter <<http://www.oecd.org/data-oecd/61/38/34607114.pdf>> (Stand: 1. Februar 2011).
- GKV-Spitzenverband* u.a., Verfahrensordnung zur Entwicklung von Expertenstandards zur Sicherung und Weiterentwicklung der Qualität in der Pflege nach § 113a Abs. 2 Satz 2 SGB XI vom 11. September 2008 in der Fassung vom 30. März 2009 kann unter <http://www.gkv-spitzenverband.de/upload/Vereinbarung_Verfahrensordnung_f%C3%BCrs_Internet_8227.pdf> (Stand: 1. Februar 2011).
- Glasby, Jon/Peck, Edward*, Introduction, in: *Dies.* [Hrsg.], *Care Trusts: Partnership Working in Action*, Oxford 2004, S. 1 ff.
- Glendinning, Caroline/Hudson, Bob/Hardy, Brian/Young, Ruth*, The Health Act 1999 section 31 partnership 'flexibilities', in: *Glasby, Jon/Peck, Edward* [Hrsg.], *Care Trusts: Partnership Working in Action*, Oxford 2004, S. 23 ff.
- Glendinning, Caroline/Means, Robin*, Rearranging the deckchairs on the Titanic of long-term care – is organizational integration the answer?, *CSP* 24 (2004), S. 435 ff.
- Glendinning, Caroline* u.a., Outcomes-focused services for older people. *Adults' Services Knowledge Review* 13, Bristol 2006.
- Glendinning, Caroline/Hudson, Bob/Means, Robin*, Under Strain? Exploring the Troubled Relationship between Health and Social Care, *PM&M* 2005, S. 245 ff.
- Godlove, Caroline/Mann, Anthony*, Thirty Years of the Welfare State: Current Issues in British Social Policy for the Aged, *Aged Care and Services Review*, vol. 2 (1980), S. 1 ff.
- Görres, Stefan/Roes, Martina/Mitnacht, Barbara/Biehl, Maria/Klün, Silvia*, Strategien der Qualitätsentwicklung in Pflege und Betreuung, Heidelberg 2006.
- Görres, Stefan/ Hasseler, Martina/Mitnacht, Barbara*, Gutachten zu den MDK-Qualitätsprüfungen und den Qualitätsberichten im Auftrag der Hamburgischen Pflegegesellschaft e.V., Bremen 2008.
- Gogos, Konstantinos*, Verselbständigte Verwaltungseinheiten als Adressaten staatlicher Sonderbindungen, Berlin 1997.
- Goll, Eberhard*, Die freie Wohlfahrtspflege als eigener Wirtschaftssektor. Theorie und Empirie ihrer Verbände und Einrichtungen, Baden-Baden 1991.
- Gospel, Howard/Thompson, Mike*, The Role and Impact of the Statutory Framework for Training in the Social Care Sector, London 2001.
- Gramm, Christof*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, Berlin 2001.
- Grande, Edgar*, Vom produzierenden zum regulierenden Staat: Möglichkeiten und Grenzen von Regulierung und Privatisierung in: *König, Klaus/Benz, Angelika* [Hrsg.], *Privatisierung und staatliche Regulierung. Bahn, Post und Telekommunikation, Rundfunk*, Baden-Baden 1997.

- Graser, Alexander*, Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit im föderalen Binnenmarkt, Berlin 2001.
- Greenwood, John/Pyper, Robert/Wilson, David*, New Public Administration in Britain, 3. Auflage, London/New York 2002.
- Gretschmann, Klaus*, Gewährleistungsstaat für Europa oder Europa als Gewährleistungsstaat. Königsweg, Dornenweg oder dritter Weg?, in: Schuppert, Gunnar Folke [Hrsg.], Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Baden-Baden 2005.
- Grienberger-Zingerle, Maria*, Kooperative Instrumente der Arbeitsverwaltungen in England und Deutschland. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Jobseeker's agreement und der Eingliederungsvereinbarung im zweiten und dritten Buch Sozialgesetzbuch, Baden-Baden 2009.
- Griep, Heinrich/Renn, Heribert*, Pflegemarkt ohne Vertragsautonomie, Zur Aushöhlung des Vereinbarungsprinzips im SGB XI-Leistungserbringungsrecht, RsDE 40 (1998), S. 1 ff.
- Griffith, J. A. G.*, The Political Constitution, MLR 42 (1979), S. 1 ff.
- Griffith, Roy*, Community Care: Agenda for Action. A Report to the Secretary of State für Social Services by Sir Roy Griffith, London 1988.
- Großfeld, Bernhard*, Neue Rechtsvergleichung, in: Gottwald, Peter/Jayme, Erik/Schwab, Dieter [Hrsg.], FS für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2000.
- Ders.*, Kernfragen der Rechtsvergleichung, Tübingen 1996.
- Ders.*, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, Tübingen 1984.
- Grube, Christian/Wahrendorf, Volker* [Hrsg.], SGB XII. Sozialhilfe. Kommentar, 2. Auflage, München 2008.
- Gudat, Kirsten*, Pflegebedürftigkeit in Großbritannien. Ihr rechtliches Umfeld und Finanzierungssystem, Kiel 2004.
- Gühlstorf, Torsten*, Leistungserbringung und Finanzierung bei vollstationärer Pflege im Bundes- und Landesrecht, Berlin 2004.
- Gunkel, Alfons*, Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII, DVP 2007, S. 187 ff.
- Gunningham, Neil/Rees, Joseph*, Industry Self-Regulation: An Institutional Perspective, Law & Policy 19 (1997), S. 363 ff.
- Gusy, Christoph*, Grundrechtsschutz gegen Wohnungsdurchsuchungen durch den Gerichtsvollzieher – BVerfGE 51,97, JuS 1980, S. 718 ff.
- Gutteridge, Harold Cooke*, Comparative Law, 2. Auflage, London 1974.
- Habersack, Mathias*, Private Public Partnership: Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand. Gesellschaftsrechtliche Analyse, ZGR 25 (1996), S. 544 ff.
- Hadley, Roger/Clough, Roger*, Care in Chaos. Frustration and Challenge in Community Care, London/New York 1996.
- Häberle, Peter*, Unmittelbare staatliche Parteienfinanzierung unter dem Grundgesetz – BVerfGE 20, 56, JuS 1967, S. 64 ff.
- Hamdorf, Silke*, Öffentliche und private Verantwortung für Qualität in der Pflege, Berlin u.a. 2009.
- Hamisch, Ann-Christine*, Der Schutz individueller Rechte bei Rentenreformen. Deutschland und Großbritannien im Vergleich, Baden-Baden 2001.
- Hanika, Heinrich*, Normative Anforderungen an Qualitätsberichte von Pflegeeinrichtungen unter besonderer Berücksichtigung der Weiterentwicklung der Qualitätsberichte für (potentiell) Pflegebedürftige und deren Angehörige, PflR 2008, S. 362 ff.
- Harden, Ian*, The Contracting State, Buckingham, Bristol 1992.
- Ders.*, Defining The Range Of The Public Sector Procurement Directives In The United Kingdom, PPLR 1992, S. 362 ff.
- Ders.*, *Harding, Tessa/Meredith, Barbara/Wistow, Gerald*, Options for long term care: economic, social and ethical choices, in: dies. [Hrsg.], Options for long term care: economic, social and ethical choices, London 1996, S. 7 ff.
- Harlow, Carol*, Understanding Tort Law, 3. Auflage, London 2005.
- Harris, Neville*, The Welfare State, Social Security, and Social Citizenship Rights, in: Ders. [Hrsg.], Social Security Law in Context, Oxford u.a. 2000 (Reprint 2003), S. 3 ff.

- Harris, Roland*, 2. Über den Gebrauch der Prinzipien in „Home Life“ und der Matrix von „Homes are for living in“ für England und Wales, in: Harris, Roland/Klie, Thomas/Ramin, Egbert, Heime zum Leben. Wege zur bewohnerorientierten Qualitätssicherung, Hannover 1995, S. 25 ff.
- Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang* [Hrsg.], Sozialgesetzbuch, SGB XII – Sozialhilfe, Kommentar, Band 1, Berlin, Loseblattsammlung, Stand: Januar 2009.
- Dies.*, [Hrsg.], Sozialgesetzbuch, SGB XII – Sozialhilfe, Kommentar, Band 2, Berlin, Loseblattsammlung, Stand: Januar 2009.
- Dies.*, [Hrsg.], Sozialgesetzbuch, SGB V – Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, Band 2, Berlin, Loseblattsammlung, Stand: Mai 2006.
- Dies.*, [Hrsg.], Sozialgesetzbuch, SGB XI – Soziale Pflegeversicherung, Kommentar, Band 1, Berlin, Loseblattsammlung, Stand: Mai 2006.
- Dies.*, [Hrsg.], Sozialgesetzbuch, SGB VII – Gesetzliche Unfallversicherung, Kommentar, Band 1, Berlin, Loseblattsammlung, Stand: Mai 2006.
- Hatry, Harry* u.a. [Hrsg.], United Way of America, Measuring Program Outcomes: A Practical Approach, Alexandria 1996.
- Haustein, Thomas/Dorn, Markus*, Ergebnisse der Sozialstatistik 2007. Wirtschaft und Statistik 01/2009, S. 68 ff.
- Health and Safety Executive*, Health and Safety in Care Homes (HSG220), Norwich 2001.
- Heimburg, Sybille von*, Verwaltungsaufgaben und Private. Funktionen und Typen der Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts, Berlin 1982.
- Heintzen, Markus*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 220 ff.
- Hemming, Richard/Mansoor, Ali M.*, Privatisation and Public Enterprises, Washington 1988.
- Henneke, Hans-Günter*, Öffentliches Finanzwesen. Finanzverfassung, 2. Auflage, Heidelberg 2000.
- Henwood, Melanie*, The truth about “free” care, Community Care 2001, 1.-7. November, S. 36 ff.
- Henwood, Melanie/Hudson, Bob*, Lost to the System? Fair access to care, London 2008.
- Herbert-Quandt-Stiftung* [Hrsg.], Gesellschaft ohne Zukunft? Bevölkerungsrückgang und Überalterung als politische Herausforderung. Sinclair-Haus-Gespräche 22, Bad Homburg 2004.
- Hermes, Georg*, Staatliche Infrastrukturverantwortung. Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, Tübingen 1998.
- Herzog, Roman*, Der überforderte Staat, in: Badura/Scholz [Hrsg.], Wege und Verfahren des Verfassungslebens, in: Badura, Peter/Scholz, Rupert [Hrsg.], Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993.
- Hesse, Konrad*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1999.
- Ders.*, Bemerkungen zur heutigen Problematik der Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: Böckenförde, Ernst-Wolfgang [Hrsg.], Staat und Gesellschaft, Darmstadt 1976.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in: Schuppert, Gunnar Folke [Hrsg.], Der Gewährleistungsstaat - Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Baden-Baden 2005.
- Ders.*, Governance im Gewährleistungsstaat – Vom Nutzen der Governance-Perspektive für die Rechtswissenschaft, in: Schuppert, Gunnar Folke [Hrsg.], Governance Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, Baden-Baden 2005.
- Ders.*, Modernisierung von Recht und Justiz. Eine Herausforderung des Gewährleistungsstaates, Frankfurt a. M. 2001.
- Ders.*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit, in: Kirchhof, Paul/Lehner, Moris/Raupach, Arndt/Rodi, Michael (Hrsg.), Staaten und Steuern, FS für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000.
- Ders.*, Justizdienstleistungen im kooperativen Staat. Verantwortungsteilung und Zusammenarbeit von Staat und Privaten im Bereich der Justiz, in: Schuppert, Gunnar Folke [Hrsg.], Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat: Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, Baden-Baden 1999.
- Ders.*, Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 433 ff.

- Ders.*, Verfahrensprivatisierung als Modernisierung, DVBl. 1996, S. 225 ff.
- Hogwood, Brian W.*, Developments in Regulatory Agencies in Britain, International Review of Administrative Sciences 56 (1990), S. 595 ff.
- Holmes, Oliver Wendell*, The Path of the Law, HLR vol. 10 (1987), S. 457 ff.
- Holsti, Karl J.*, Governance without government: polyarchy in nineteenth-century European international politics, in: Rosenau, James N./Czempiel, Ernst-Otto [Hrsg.], Governance without Government: Order and Change in World Politics, Cambridge u.a. 1992, S. 30 ff.
- HM Government*, The case for change - why England needs a new care and support system, London 2008.
- Dass.*, Putting People First. A shared vision and commitment to the transformation of adult social care, London 2007.
- Home Office*, Rights Brought Home: the Human Rights Bill, London 1997.
- Hoppe, Werner/Bleicher, Herbert*, Rechtsprobleme bei der Verfahrensprivatisierung, NVwZ 1996, S. 421 ff.
- House of Commons*, Changes to Primary Care Trusts. Second Report of Session 2005-2006, London 2006.
- Howe, Earl*, Redebeitrag, in: House of Lords Hansard, Vol. 700, Part 68 (18.03.2008), Columns GC26 - GC29, abrufbar unter <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldhansrd/text/80318-gc0004.htm#08031869000001>> (Stand 1. Februar 2011).
- Huber Peter Michael*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1997.
- Hudson, Bob*, Ten Reasons not to Trust Care Trusts, MCC: Building knowledge for integrated care, vol. 10, issue 2, April 2002, S. 3 ff.
- Hudson, Bob/Henwood, Melanie*, Lost to the System? The Impact of Fair Access to Care, Januar 2008.
- Hudson, Bob/Henwood, Melanie*, The NHS and social care: The final countdown? Policy & Politics vol. 30 (2002), S. 153 ff.
- Hurst, Mike*, National Health Service and Local Authority, J.P.I. Law 2005, S. 247 ff.
- Hussein, Shereen/Manthorpe, Jill*, An International Review of the Lon-Term Care Workforce: Policies and Shortages, Journal of Aging & Social Policy, Vol. 17(4) 2005, S. 75 ff.
- Huws Jones, Robin*, Old People's Welfare – Success and Failures, Social Service Quarterly, vol 26 (1952), S. 19 ff.
- Igl, Gerhard*, Zur Strukturierung des Rechts der Qualitätserstellung auf dem Gebiet der Gesundheitsdienstleistungen, RsDE 70 (2009), S. 4 ff.
- Ders.*, Pflegebedürftigkeit, Pflege und Pflegebedarf im rechtlichen Verständnis, RsDE 66 (2008), S. 1 ff.
- Ders.*, Fachliche Standards und Expertenstandards für die Pflege im System der Qualitätsentwicklung nach § 113 a und § 113 b SGB XI, RsDE 67 (2008), S. 38 ff.
- Ders.*, Das Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung, NJW 2008, S. 2214 ff.
- Ders.*, Qualitätsanforderungen in der Langzeitpflege: Wie hat eine rechtliche Rahmenordnung auszusehen?, SGB 2007, S. 381 ff.
- Ders.*, Pflegebedürftigkeit und Behinderung im Recht der sozialen Sicherheit, ZIAS 2003, S. 332 ff.
- Igl, Gerhard/Klie, Thomas*, Nationaler Akkreditierungsrat unumgänglich, Forum für Gesellschaftspolitik 2000, S. 162 ff.
- Igl, Gerhard/Tallich, Viktoria*, in: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend [Hrsg.], Identifizierung von Entbürokratisierungspotenzialen in Einrichtungen der stationären Altenpflege in Deutschland – Abschlussbericht, Berlin 2006, S. 457.
- Igl, Gerhard/Welti, Felix*, Öffentlich-rechtliche Grundlagen für das Berufsfeld Pflege im Hinblick auf vorbehaltene Aufgabenbereiche, Eschborn u.a. 1998.
- Dies.*, Die Leistungsinhalte der häuslichen Krankenpflege und ihre Abgrenzung von den Leistungen bei Pflegebedürftigkeit, VSSR 1995, S. 117 ff.
- Isensee, Josef*, Der Dualismus von Staat und Gesellschaft, in: Böckenförde, Ernst-Wolfgang [Hrsg.], Staat und Gesellschaft, Darmstadt 1976, S. 317 ff.
- Isensee, Josef*, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: ders./Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band III – Demokratie, Bundesorgane, 2. Auflage, Heidelberg 1996, § 57, S. 3 ff.

- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band II – Verfassungsstaat, 3. Auflage, Heidelberg 2004.
- Dies.* [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band III – Demokratie, Bundesorgane, 3. Auflage, Heidelberg 2005.
- Dies.* [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band IV – Aufgaben des Staates, 3. Auflage, Heidelberg 2006.
- Jänicke, Martin*, Staatsversagen. Die Ohnmacht der Politik in der Industriegesellschaft, 2. Auflage, München u.a. 1987.
- Jauernig, Othmar* [Hrsg.], Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 13. Auflage, München 2009.
- Jhering Rudolph von*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 10. Auflage, Aalen 1968.
- Johnson, Nevil*, Quangos and the Structure of British Government, *Public Administration* 57 (1979), S. 379 ff.
- Jonas, Hans*, Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation, Frankfurt am Main 2003.
- Joncheere, Kees/Hill, Suzanne/Klazinga, Niek/Mäkelä, Marjukka/Oxman, Andrew*, The Clinical Guideline Programme of the National Institute for Health and Clinical Excellence (NICE) – a review by the World Health Organisation, Kopenhagen 2006.
- Jones, Richard M.*, Care Standards Manual. The regulation of establishments and agencies providing services to adults, London 2004.
- Joseph Rowntree Foundation*, Finding 678 (June 1998): Disparities between market rates and state funding of residential care, abrufbar unter <<http://jrf.org.uk/knowledge/findings/socialcare/SCR678.asp>> (Stand: 1. Juli 2010).
- Jürgens, Andreas*, Die Hilfe zur Pflege als Ergänzung und Erweiterung der Pflegeversicherung, *ZfSH/SGB* 1997, S. 24 ff.
- Jung-Heintz, Heike/Lieser, Anja*, Pflegeprozess – eine Methode geplanter und strukturierter Pflege, in: Kellnhauser, Edith u.a. [Hrsg.], *Thiemes Pflege. Professionalität erleben*, 10. Auflage, Stuttgart/New York 2004, S. 56 ff.
- Kämmerer, Jörn Axel*, Privatisierung. Typologie – Determinanten – Rechtspraxis – Folgen, Tübingen 2001.
- Ders.*, Verfassungsstaat auf Diät? – Typologie, Determinanten und Folgen der Privatisierung aus verfassungs- und gemeinschaftsrechtlicher Sicht, *JZ* 1996, S. 1042 ff.
- Kahl, Wolfgang*, Das Kooperationsprinzip im Städtebaurecht, *DÖV* 2000, 793 ff.
- Kaufmann, Franz-Xaver*, Schrumpfende Gesellschaft. Vom Bevölkerungsrückgang und seinen Folgen, Frankfurt am Main 2005.
- Ders.*, Die Überalterung. Ursachen, Verlauf, wirtschaftliche und soziale Auswirkungen des demographischen Alterungsprozesses. Veröffentlichung der Handels-Hochschule St. Gallen, Heft 58, Zürich 1960.
- Ders.*, Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht, in: Grimm, Dieter/Maihofer, Werner [Hrsg.], *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Band XIII, Opladen 1988, S. 65.
- Kaune, Karl-Heinz*, Sozialhilfe in Pflegeeinrichtungen – Arbeitshilfen für die Berechnung der Leistungen in der Praxis, *ZfF* 2005, 121 ff.
- Keeling, Desmond*, Beyond Ministerial Departments, Mapping Administrative Terrain: I. Quasi-Governmental Agencies, *Public Administration* 54 (1976), S. 161 ff.
- Kellnhauser, Edith*, Grundlagen der Qualitätssicherung in der Pflege, *Die Schwester, der Pfleger* 32 (1993), S. 245.
- Kellnhauser, Edith/Lieser, Anja*, Qualitätsmanagement in der Pflege, in: Kellnhauser, Edith u.a. [Hrsg.], *Thiemes Pflege. Professionalität erleben*, 10. Auflage, Stuttgart/New York 2004, S. 156 ff.
- Kendall, Jeremy*, The Voluntary Sector. Comparative perspectives in the UK, London, New York 2003.
- Kendall, Jeremy/Knapp, Martin/Forder, Julien/Hardy, Brian/Matosevic, Tihana/Ware, Patricia*, The State Of Residential Care Supply in England, London 2002.

- Kerrison, Susan H./ Pollock, Allyson M.*, Regulating nursing homes: Caring for older people in the private sector in England BMJ 2001, vol. 323, S. 566 ff.
- Kerslake, Andrew*, An approach to outcome based commissioning and contracting, in: Care Services Improvement Partnership [Hrsg.], Commissioning e-book, S. 3 ff., abrufbar unter <http://www.puttingpeoplefirst.org.uk/library/Resources/BetterCommissioning/BetterCommissioning_advice/Chap9AKerslake.pdf> (Stand: 1. Februar 2011).
- Kiethe, Kurt/Sproll, Hans-Dieter*, Die Privatisierung der Abfallentsorgung am Beispiel der Verpackungsverordnung, ZIP 1994, S. 275 ff.
- Klie, Thomas*, Rechtskunde. Das Recht der Pflege alter Menschen, 8. Auflage, Hannover 2006
- Ders.*, Rechtlicher Rahmen der Qualitätssicherung in der Pflege, ZSR 2002, S. 504 ff.
- Ders.*, Strukturen und Probleme der Landespflegegesetze, VSSR 1999, S. 327 ff.
- Ders.*, Heimaufsicht. Praxis, Probleme, Perspektiven. Eine rechtstatsächliche Untersuchung zur Aufgabenwahrnehmung der Heimaufsicht nach dem Heimgesetz, Hannover 1988.
- Klie, Thomas/Krahmer, Utz* [Hrsg.], Sozialgesetzbuch XI. Soziale Pflegeversicherung. Lehr- und Praxis-kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2009.
- Kloepfer, Michael*, Umweltinformationen durch Unternehmen, NuR 1993, S. 353 ff.
- Klug, Francesca*, The Human Rights Act 1998, Pepper v. Hart And All That, Public Law 1999, 246 ff.
- Knapp, Martin/Hardy, Brian/Forder, Julien*, Commissioning for Quality: Ten Years of Social Care Markets in England, Journal of Social Policy, 30 (2001), S. 283 ff.
- Koch, Thorsten*, Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform, Baden-Baden 1994.
- König, Klaus*, Entwicklung der Privatisierung in der Bundesrepublik Deutschland. Probleme, Stand, Ausblick, VerwArch 79 (1988), S. 241 ff.
- König, Klaus/Benz, Angelika* [Hrsg.], Privatisierung und staatliche Regulierung. Bahn, Post und Telekommunikation, Rundfunk, Baden-Baden 1997.
- König, Klaus/Dose, Nicolai*, Klassifizierungsansätze staatlicher Handlungsformen. Eine steuerungstheoretische Abhandlung, Speyer 1989.
- König, Klaus/Füchtner, Natascha*, Von der Verwaltungsreform zur Verwaltungsmodernisierung, in: dies. [Hrsg.], „Schlanker Staat“ – Verwaltungsmodernisierung im Bund, Speyer 1998, S. 3 ff.
- Köther, Ilka* [Hrsg.], Thiemes Altenpflege. Zeitgemäß und zukunftsweisend, Stuttgart, New York 2005.
- Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung (KGSt)*, Das Neue Steuerungsmodell. Begründung, Konturen, Umsetzung (Bericht Nr. 5/1993), Köln 1993.
- Knauff, Matthias*, Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership?, NZBau 2005, S. 249 ff.
- Krahmer, Utz/Richter, Ronald* [Hrsg.], Heimgesetz. Lehr- und Praxiskommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2006.
- Krawietz, Werner*, Theorie der Verantwortung – neu oder alt?, in: Bayertz, Kurt [Hrsg.], Verantwortung. Prinzip oder Problem?, Darmstadt 1995, S. 184 ff.
- Krölls, Albert*, Rechtliche Grenzen der Privatisierungspolitik, GewArch 1995, S. 129 ff.
- Kruzewicz, Michael/Schuchardt, Wilgart*, Public-Private-Partnership – neue Formen lokaler Kooperation in industrialisierten Verdichtungsräumen, Der Städtetag 1989, S. 761 ff.
- Kunz, Eduard/Butz, Manfred/Wiedemann, Edgar*, Heimgesetz, Kommentar, 10. Auflage, München 2004.
- Laing & Buisson*, Care of Elderly People. UK Market Survey 2003, 16. Auflage, London 2003.
- Laing & Buisson*, Care of Elderly People. UK Market Survey 2007, 20. Auflage, London 2007.
- Landau, Jonny*, Functional Public Authorities after YL, PL 2007, S. 630 ff.
- Landeshauptstadt München*, Richtlinien zur Förderung von Investitionen für teil- und vollstationäre Einrichtungen und Einrichtungen der Kurzzeitpflege (in der Fassung des Stadtratsbeschlusses vom 16.10.2008), <http://www.muenchen.de/cms/prod2/mde/_de/rubriken/Rathaus/85_soz/pdf/abschluss081016_foerderung_kurzzeitpflege.pdf> (Stand: 1. Februar 2011).
- Lang, Armin*, Pflegestützpunkte: Eine neue Form der wohnortnahen Beratung und Versorgung. Vorschläge zur Umsetzung und Finanzierung des integrierten Konzepts, SozSich 2007, S. 330 ff.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin u.a. 1995.
- Laschet, Ulrich*, Die Qualität in der Pflege soll sich verbessern, SuP 2001, S. 571 ff.

- Laskowki, Silke R.*, Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht: Bericht über das Symposium der Forschungsstelle Umweltrecht der Universität Hamburg am 14.6.1995, NVwZ 1995, S. 977 ff.
- Lauterbach, Herbert/Watermann, Friedrich/Breuer, Joachim*, Unfallversicherung, Sozialgesetzbuch VII, München, Loseblattsammlung, Stand: März 2010.
- Lee, Won-Woo*, Privatisierung als Rechtsproblem, Köln u.a. 1997.
- LeGrand, Julian/Bartlett, Will*, Introduction, in: Dies. [Hrsg.], Quasi-Markets and Social Policy, S. 10 ff.
- Leicht, Peter*, Drittverbindliche Pflegesätze in der stationären Pflege? Regelungsumfang und -wirkung des § 84 Abs. 3 SGB XI, RdDE 45 (2000), S. 51 ff.
- Leigh, Ian*, Law, Politics, and Local Democracy, Oxford, New York 2000.
- Leitherer, Stephan* [Hrsg.], Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, Band 2, München, Loseblattsammlung, Stand: Juli 2009.
- Linke, Bruno/Linke, Tobias*, Die Reform der Pflegeversicherung und die neue Pflegezeit, München 2008.
- Lord Lester of Herne Hill QC, /Panick, David QC*, The Impact of the Human Rights Act on Private Law: The Knights Move, (2000) 116 L.Q.R., S. 380 ff.
- Lewis, Jane*, The Voluntary Sector, The State and Social Work in Britain, Aldershot, Brookfield 1995.
- Lewis, Norman*, Reviewing Change in Government: New Public Management and Next Steps, PL 1994, S. 105 ff.
- Lewis, Jane/Glennerster, Howard*, Implementing the New Community Care, Buckingham, Philadelphia 1996.
- Löwer, Wolfgang*, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, Köln u.a. 1989.
- Loughlin, Martin*, The State, the Crown and the Law, in: Sunkin, Maurice/Payne, Sebastian, The Nature Of The Crown. A Legal and Political Analysis, Qxford, New York 1999, S. 33 ff.
- Loux, Andrea/Kerrison, Susan/Pollock, Allyson M.*, Long term nursing: social care or health care?, BMJ 320 (2000), S. 5 ff.
- Luhmann, Niklas*, Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie, 12. Auflage, Frankfurt a. M. 2006.
- Ders.*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993.
- Ders.*, Die Wirtschaft der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1988.
- Ders.*, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, München, Wien 1981.
- Ders.*, Grundrechte als Institution, 2. Auflage, Berlin 1974.
- Mahlberg-Breuer, Angelika/Mybes, Ursula*, Pflegedokumentation stationär. Das Handbuch für die Pflegeleitung, herausgegeben vom Bundesministerium für Frauen, Senioren, Familien und Jugend, Bonn 2007.
- Main, Shona/Bissett, Johnson*, The Community Care and Health (Scotland) Act 2002 and Robertson v Fife Council, S.L.T. 2002, 34, S. 279 ff.
- Makkai, Toni/Braithwaite, John*, In and Out of the Revolving Door: Making Sense of Regulatory Capture, in: Baldwin/Scott/Hood, A Reader on Regulation, Oxford/New York 1998, S. 173 ff.
- Mandelstam, Michael*, Community Care Practice and the Law, 3. Auflage, London/Philadelphia 2005.
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian* [Hrsg.], Kommentar zum Grundgesetz, 5. Auflage, München 2005.
- Markesinis Basil*, Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, München 2004.
- Markesinis, Basil/Fedke, Jörg*, Damages for the Negligence of Statutory Bodies: the Empirical and Comparative Dimensions to an Unending Debate, PL 2007, S. 299 ff.
- Markesinis, Basil/Auby, Jean-Bernard/Coester-Waltjen, Dagmar/Deakin, Simon*, Tortious Liability of Statutory Bodies: A Comparative and Economic Analysis of Five English Cases, Oxford/Portland (Oregon) 1999.
- Marshall, Thomas Humphrey*, Citizenship and Social Class, in: Marshall, Thomas Humphrey [Hrsg.], Citizenship and Social Class and other Essays, Cambridge 1950, S. 1 ff.
- Martens, Wolfgang*, Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1969.
- Maschmann, Frank*, Grundfragen des Rechts der Leistungserbringung in der sozialen Pflegeversicherung (SGB XI), SGB 1996, S. 49 ff.

- Ders.*, Grundzüge des Leistungsrechts der gesetzlichen Pflegeversicherung nach dem SGB XI, NZS 1995, S. 109 ff.
- Masing, Johannes*, Regulierungsverantwortung und Erfüllungsverantwortung. Alternativen der Verantwortungsverantwortung am Beispiel der Privatisierungsdiskussion zur Wasserversorgung, *VerwArch* 95 (2004), S. 151 ff.
- Maurer, Hartmut*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage, München 2004.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert* [Hrsg.], Grundgesetz, 62. Auflage, München 2011.
- Maxwell, R. J.*, Quality assessment in health, *British Medical Journal* 288 (1984), S. 1470 ff.
- Maydell, Bernd von*, Die internationale Dimension des Sozialrechts, *ZIAS* 1987, S. 6 ff.
- Mayntz, Renate*, Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?, in: Schuppert, Gunnar Folke [Hrsg.], *Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien*, Baden-Baden 2005, S. 11 ff.
- Dies.*, Politische Steuerung: Aufstieg, Niedergang und Transformation einer Theorie, in: Beyme, Klaus von/ Offe, Claus [Hrsg.], *Politische Theorien in der Ära der Transformation*, Politische Vierteljahresschrift, Sonderheft 26/1995, Opladen 1996, S. 148 ff.
- Dies.*, Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme – Anmerkungen zu einem theoretischen Paradigma, in: Ellwein, Thomas/Hesse, Joachim Jens/Mayntz, Renate/Scharpf, Fritz W. [Hrsg.], *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, Band 1, Baden-Baden 1987, S. 89 ff.
- Dies.*, The Conditions of Effective Public Policy. A New Challenge For Policy Analysis, *Policy and Politics* 11 (1983), S. 123 ff.
- Dies.*, Regulative Politik in der Krise?, in: Matthes, Joachim [Hrsg.], *Sozialer Wandel in Westeuropa*, Frankfurt am Main/New York 1979, S. 55 ff.
- Mayntz, Renate/Scharpf, Fritz W.*, Steuerung und Selbstorganisation in staatsnahen Sektoren, in: dies. [Hrsg.], *Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung*, Frankfurt a.M., New York 1995, S. 9 ff.
- McBarnet, Doreen/Whelan, Christopher*, The Elusive Spirit of the Law: Formalism and the Struggle for Legal, *MLR* 54 (1991), S. 848 ff.
- McBride, Nicholas/Bagshaw, Roderick*, *Tort Law*, 3. Auflage, Harlow 2008.
- McDonald, Ann*, *Understanding Community Care. A Guide for Social Workers*, 2. Auflage, Houndmills u.a. 2006.
- Means, Robin/Richards, Sally/Smith, Randall*, *Community Care. Policy and Practice*, 3. Auflage, Houndmills u.a. 2003.
- Means, Robin/Smith, Randall*, *From Poor Law to Community Care. The Development of Welfare Services for Elderly People, 1939 – 1971*, Bristol 1998.
- Means, Robin/Morbey, Hazel/Smith, Randall*, *From Community Care to Market Care?*, Bristol 2002.
- Medizinischer Dienst der Spitzenverbände der Krankenkassen e.V.* [Hrsg.], 2. Bericht des MDS nach § 118 Abs. 4 SGB XI – Qualität in der ambulanten und stationären Pflege, Essen 2007.
- Ders.* [Hrsg.], Grundsatzstellungnahme Pflegeprozess und Pflegedokumentation. Handlungsempfehlungen zur Professionalisierung und Qualitätssicherung in der Pflege, Köln 2005.
- Ders.* [Hrsg.], Grundsatzstellungnahme Ernährung und Flüssigkeitsversorgung älterer Menschen – Abschlussbericht, Essen 2003.
- Menche, Nicole* [Hrsg.], *Pflege heute*, 4. Auflage, München/Jena 2007.
- Mergler, Otto/Zink, Günter* [Hrsg.], *Handbuch der Grundsicherung und Sozialhilfe*, SGB XII, Stuttgart, Loseblattsammlung, Stand: Mai 2009.
- Messner, Dirk*, Das „Global-Governance“-Konzept. Genese, Kernelemente und Forschungsperspektiven, in: Kopfmüller, Jochen [Hrsg.], *Den globalen Wandel gestalten*, Berlin 2003, S. 243 ff.
- Meyer, Dirk*, Eine Prognose zum zukünftigen Bedarf in der stationären Altenhilfe, *ZSR* 2003, S. 313 ff.
- Meyer, Hans*, Diskussionsbeitrag, *VVDStRL* 56 (1997), S. 333.
- Michaels, Ralf*, The Functional Method of Comparative Law, in: Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard [Hrsg.], *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford u.a. 2006, S. 339 ff.
- Ministry of Health*, Local Authority Services for the Chronic Sick and Infirm, Circular 14/57 vom 7.10.1957.

- Dass.*, The Care of Elderly in Hospitals and Residential Homes, Circular 18/65 vom 20.9.1965.
- Möschel, Wernhard*, Privatisierung als ordnungspolitische Aufgabe, in: Lange, Hermann/Nörr, Knut, Wolfgang/Westermann, Harm Peter [Hrsg.], Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993, S. 905 ff.
- Mössner, Jörg-Manfred*, Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, AöR 99 (1974), S. 192 ff.
- Möwisch, Anja* u.a. [Hrsg.], PflegeV-Kommentar, SGB V/SGB XI, Heidelberg, Loseblattsammlung, Stand: Januar 2003.
- Möwisch, Anja/Ruser, Corinne/Schwanenflügel, Matthias von* [Hrsg.], Pflegereform 2008, Heidelberg u.a. 2008.
- Montgomery, Jonathan*, Health Care Law, 2. Auflage, Oxford u.a. 2003.
- Moran, Michael*, The British Regulatory State, Oxford, New York 2003.
- Morgan, Bronwen/Yeung, Karen*, An Introduction to Law and Regulation. Text and Materials, Cambridge u.a. 2007.
- Morris, Jenny*, Community Care or Independent Living?, in: Ellison, Nick/Pierson, Chris [Hrsg.], Developments in British Social Policy 2, Houndmills u.a. 2003, S. 211 ff.
- Müller, Friederike*, Kommunalrechtliche Grenzen beim Sale-and-lease-back. Ein Beitrag zum Privatisierungsfolgerecht am Beispiel der Privatisierung öffentlich genutzter Immobilien, Köln, München 2009.
- Müller, Friedrich*, Richterrecht, Berlin 1986.
- Müller, Nikolaus*, Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Institutional choice), Köln 1993.
- Mullender, Richard*, Needs, Resources and the Welfare State, L.Q.R. vol. 113 (1997), S. 545 ff.
- Murswiek, Dietrich*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik. Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Anforderungen, Berlin 1985.
- Muthesius, Thomas*, Praktische Erfahrungen und Probleme mit Public Private Partnership in der Verkehrserfüllung, in Budäus, Dietrich, Eichhorn, Peter [Hrsg.], Public Private Partnership – Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung, Baden-Baden 1997, S. 169 ff.
- Naschold, Frieder* u.a. [Hrsg.], Leistungstiefe im öffentlichen Sektor. Erfahrungen, Konzepte, Methoden, Berlin 1996.
- National Audit Office*, Citizen Redress: What citizens can do if things go wrong with public services, London 2005.
- National Collaborating Centre for Mental Health*, Dementia. A NICE–SCIE Guideline on supporting people with dementia and their carers in health and social care, Leicester, London 2007, abrufbar unter <<http://www.scie.org.uk/publications/misc/dementia/dementia-fullguideline.pdf>> (Stand: 1. Februar 2011).
- National Collaborating Centre for Nursing and Supportive Care/Guideline Development Group*, Clinical practice guideline for the assessment and prevention of falls in older people, London 2004, abrufbar unter <<http://www.nice.org.uk/nicemedia/pdf/CG021fullguideline.pdf>> (Stand: 1. Februar 2011).
- National Institute for Health and Clinical Excellence*, The guidelines manual, London 2007, abrufbar unter <<http://www.nice.org.uk/niceMedia/pdf/GuidelinesManualAllchapters.pdf>> (Stand: 1. Februar 2011).
- Dass.*, An Education Strategy to support implementation of NICE Guidance, abrufbar unter <<http://www.nice.org.uk/media/176/91/NICEEducationStrategy.pdf>> (Stand: 1. Februar 2011).
- Neimann, Max*, The Virtues of Heavy-Handedness in Government, L&PQ 2 (1980), S. 11 ff.
- Netten, Ann/Darton, Robin/Curtis, Lesley*, Self-Funded Admissions to Care Homes, Leeds 2001.
- Netten, Ann/Darton, Robert/Davey, Vanessa/Kendall, Jeremy/Knapp, Martin/Williams, Jacquetta/Fernández, José-Luis/Forder, Julien*, Understanding Public Services and Care Markets, London 2005.
- Netten, Ann/Darton, Robin/Williams, Jacquetta*, The Rate, Causes and Consequences of Home Closures, PSSRU Discussion Paper 1741/2, abrufbar unter <<http://www.pssru.ac.uk/pdf/dp1741~2.pdf>> (Stand: 1. Februar 2011).

- Netten, Ann/Williams, Jacquetta/Darton, Robin*, Care-home closures in England: causes and implications, *Ageing & Society* 25 (2005), S. 319 ff.
- Neuberger, Baroness*, Redebeitrag in: House of Lords Hansard, Vol. 700, Part 68 (18.03.2008), Columns GC26 - GC29, abrufbar unter <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldhansrd/text/80318-gc0004.htm#08031869000001>> (Stand: 1. Februar 2011).
- Neumann, Volker*, Die institutionelle Förderung als Instrument der Sozialplanung und Steuerung der Leistungsempfänger, *SDSRV* 43 (1997), S. 7 ff.
- NHS Health and Social Care Information Centre*, Community Care Statistics 2004-05. Referrals, Assessments and Packages of Care for adults, London 2006.
- Nicholls, Sir George Jr.*, A history of the English Poor Law, London 1854.
- Nitz, Gerhard*, Neuere Rechtsprechung zur Privatisierung der Verkehrsüberwachung, *NVZ* 1998, S. 11 ff.
- Nolan, Yvonne*, Health & Social Care. S/NVQ Level 2, Oxford 2005.
- Nolan, Yvonne/Moonie, Neil/Laves, Sian*, Health & Social Care (Adults). S/NVQ Level 3, Oxford 2005.
- Nursing & Midwifery Council*, The Code – Standards of conduct performance and ethics for nurses and midwives, London 2007, abrufbar unter <http://www.nmc-uk.org/Documents/Standards/nmcTheCodeStandardsofConductPerformanceAndEthicsForNursesAndMidwives_TextVersion.pdf> (Stand: 1. Februar 2011).
- Offe, Claus*, Rationalitätskriterien und Funktionsprobleme des politisch-administrativen Handelns, *Leviathan* 1974, S. 333 ff.
- Office of Fair Trading*, Care homes for older people in the UK. A market study, May 2005, abrufbar unter <http://www.of.t.gov.uk/shared_of/reports/consumer_protection/oft780.pdf> (Stand: 1. Februar 2011).
- Dies.*, Guidance on unfair terms in care home contracts. A guide for professional advisers, Oktober 2003.
- Office for National Statistics*, National population projections, 2008-based, Newport, Oktober 2009, abrufbar unter <<http://www.statistics.gov.uk/pdfdir/pproj1009.pdf>> (Stand: 1. Februar 2011).
- Ogus, Anthony I.*, Regulation. Legal Form and Economic Theory, Oxford, Portland 2004.
- Ders.*, Rethinking Self-Regulation, *OJLS* 15 (1995), S. 97 ff.
- Oliver, Dawn*, Functions of a Public Nature Under the Human Rights Act, *PL* 2004, S. 329 ff.
- Ollenschläger, Günter*, Institutionalisierung der Qualitätsentwicklung in der Pflege. Gutachten für die Bundeskonferenz zur Qualitätssicherung im Gesundheits- und Pflegewesen e.V. (BUKO-QS), Köln 2007.
- Opolony, Bernhard*, Das Krankenpflegegesetz 2004, *NZA* 2004, S. 18 ff.
- Organisation for Economic Co-operation and Development*, *OECD Factbook* 2010, Paris 2010
- Dies.*, Long-term Care for Older People, Paris 2005.
- Orme, Joan*, Regulation or fragmentation? Directions for Social Work under New Labour, *British Journal of Social Work* 31 (2001), S. 611 ff.
- Osborne, David/Gaebler, Ted*, Reinventing Government. How the Entrepreneurial Spirit Is Transforming the Public Sector, Reading u.a. 1992.
- Ossenbühl, Fritz*, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, *VVDStRL* 29 (1971), S. 137 ff.
- Osterloh, Lerke*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, *VVDStRL* 54 (1995), S. 204 ff.
- Palandt, Otto* u.a. [Hrsg.], Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Auflage, München 2011.
- Palmer, Ellie*, Residential care: rights of the elderly and the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999, *Journal of Social Welfare and Family Law* 22 (2000), S. 461 ff.
- Palmer, Ellie/Sunkin, Maurice*, Needs: Resources and Abhorrent Choices, *M.L.R.* 61 (1998), S. 401 ff.
- Pawson, Ray* u.a., Types and quality of knowledge in social care, London 2003, abrufbar unter <<http://www.scie.org.uk/publications/knowledgereviews/kr03.pdf>> (Stand: 1. Februar 2011).
- Pegatzky, Claus*, Oderwitz und die Folgen – Haftung der Kommunalaufsicht für begünstigende Maßnahmen, *LKV* 2003, S. 451 ff.
- Peine, Franz-Josef*, Grenzen der Privatisierung – verwaltungsrechtliche Aspekte, *DÖV* 1997, S. 353 ff.
- Peters, Hans*, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Dietz, Rolf/Hübner, Heinz [Hrsg.], *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, Bd. 2, München/Berlin 1965, S. 877 ff.

- Peters, Horst u.a.* [Hrsg.], Handbuch der Krankenversicherung, Teil II – Sozialgesetzbuch V, Stuttgart, Loseblattsammlung, 60. Ergänzungslieferung, Stand: 15. Februar 2006.
- Phillips, O. Hood/Jackson, Paul/Leopold, Patricia*, Constitutional And Administrative Law, 8. Auflage, London 2001.
- Pick, Peter/Brüggemann, Jürgen*, Qualitätsprüfungs-Richtlinien: Neue Grundlagen für die MDK-Prüfung, RDG 2009, 206 ff.
- Pietes, Danny*, Reflections on the Methodology of Social Security Law Comparison, in: Ruland, Franz/Maydell, Bernd von [Hrsg.], Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats, Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1998, S. 715 ff.
- Pietzcker, Jost*, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns. Recht und Praxis der Beschaffungsverträge in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1978.
- Pitschas, Rainer*, Verantwortungsteilung in der inneren Sicherheit. Soziale Sicherheitspartnerschaft als Ausdruck einer Verantwortungskooperation von Polizei, Sicherheitsgewerbe und Bürgern, in: Schuppert, Gunnar Folke [Hrsg.], Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat: Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, Baden-Baden 1999, S. 135 ff.
- Ders.*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren. Strukturprobleme, Funktionsbedingungen und Entwicklungsperspektiven eines konsensualen Verwaltungsrechts, München 1990.
- Plantholz, Markus*, Offene Probleme der Leistungs- und Qualitätsvereinbarungen gemäß § 80a SGB XI, RsDE 57 (2005), S. 22 ff.
- Plantz, Margaret C./Greenway, Martha Taylor/ Hendricks, Michael*, Outcome Measurement: Showing Results in the Nonprofit Sector, in: Newcomer, Kathryn E. [Hrsg.], Using performance measurement to improve public and non-profit programs. New directions for evaluation, no. 75 (1997), S. 15 ff.
- Player, Steward/Pollock, Allyson*, Long-term care: from public responsibility to private good , CSP 21 (2001), S. 231 ff.
- Player, Steward/Pollock, Allyson/Godden, Sylvia*, How private finance is moving primary care into corporate ownership, BMJ 322 (2001), S. 960 ff.
- Pohlmann, Stefan*, Ageing as a global phenomenon, in: Ders. [Hrsg.], Facing an Ageing World – Recommendations and Perspectives, Regensburg 2002, S. 1 ff.
- Potocki, Bruce-Steven*, The inevitable privatisation of defence depot maintenance in the United States, PPLR 2001, S. 294 ff.
- Prieß, Hans-Joachim*, Privatisations And The E.C. Public Procurement Rules, PPLR 1998, S. 1 ff.
- Prinz, Aloys/Wrohlich, Katharina*, Investitionsfinanzierung in stationären Pflegeeinrichtungen RsDE 51 (2002), S. 1 ff.
- Propp, Andreas/Kuhn-Zuber, Gabriele*, Umstellung der Investitionskostenförderung in der stationären Pflege, RsDE 59 (2005), S. 1 ff.
- Propper, Carol*, Quasi-Markets and Regulation, in: Le Grand, Julian/Bartlett, Will [Hrsg.], Quasi-Markets and Social Policy, Houndmills u.a. 1993, S. 183 ff.
- Prosser, Tony*, Nationalised industries and public control: legal, constitutional, and political issues, Oxford 1986.
- Quaas, Michael*, Krankenhauspflege und Vertragskrankenhaus, MedR 1984, S. 54 ff.
- Ders.*, Der Versorgungsvertrag nach dem Pflege-Versicherungsgesetz, NZS 1995, S. 197 ff.
- Qualifications and Curriculum Authority*, The statutory regulation of external qualifications, London 2004, abrufbar unter <[http://www.qcda.gov.uk/resources/assets/6944_regulatory_criteria_04\(1\).pdf](http://www.qcda.gov.uk/resources/assets/6944_regulatory_criteria_04(1).pdf)> (Stand: 1. Februar 2011).
- Rabel, Ernst*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, in: Zweigert, Konrad/Puttfarken, Hans-Jürgen [Hrsg.], Rechtsvergleichung, Darmstadt 1978, S. 85 ff.
- Radford, Mike*, Competition Rules: The Local Government Act 1988, MLR 51 (1988), no. 6, S. 747 ff.
- Rainey, Hal G./Backoff, Robert W./Levine, Charles H.*, Comparing Public and Private Organizations, Public Administration Review 36 (1976), S. 233 ff.

- Reed, Jane/Klein, Barbara/Cook, Glenda/Stanley, David*, Quality Improvement in German and UK care homes, *International Journal of Health Care Quality Assurance*, vol. 16 (2003), S. 248 ff.
- Registered Nursing Homes Association*, Pressemitteilung vom 29. Januar 2008: „Funding shortfall for elderly care must be tackled“, abrufbar unter <http://www.rnha.co.uk/rnha_news.php?year=2008> (Stand: 1. Februar 2011).
- Rehm, Hannes*, Modelle zur Finanzierung kommunaler Investitionen durch Private, in: Ipsen, Jörn [Hrsg.], *Privatisierung öffentlicher Aufgaben. Private Finanzierung kommunaler Investitionen*, Köln u.a. 1996.
- Reichard, Christoph*, Strengthening competitiveness of local public service providers in Germany, *International Review of Administrative Sciences* 72 (2006), S. 473 ff.
- Ders.*, Das Konzept des Gewährleistungsstaates, in: Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft [Hrsg.], *Neue Institutionenökonomik, public private partnership, Gewährleistungsstaat*. Referate der Tagung des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für Öffentliche Wirtschaft am 5./6. März 2003 in Berlin, Berlin 2004, S. 48 ff.
- Ders.*, Institutionelle Wahlmöglichkeiten bei der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung, in: Budäus, Dietrich [Hrsg.], *Organisationswandel öffentlicher Aufgabenwahrnehmung*, Baden-Baden 1998, S. 121 ff.
- Reichard, Christoph/Röber, Manfred*, Konzept und Kritik des New Public Management, in: Schröter, Eckhard [Hrsg.], *Empirische Policy- und Verwaltungsforschung. Lokale, nationale und internationale Perspektiven*. Festschrift für Hellmut Wollmann zum 65. Geburtstag, Opladen 2001, S. 371 ff.
- Reimer, Franz*, *Qualitätssicherung. Grundlagen eines Dienstleistungsverwaltungsrechts*, Baden-Baden 2010.
- Reinermann, Heinrich*, *Die Krise als Chance: Wege innovativer Verwaltungen*, Speyer 1994.
- Remmert, Barbara*, *Private Dienstleistungen im staatlichen Verwaltungsverfahren*, Tübingen 2003.
- Residential Forum*, *Care staffing in care homes for older people*, London 2002.
- Řezníček, Leonhard*, *Lean Management für die öffentliche Verwaltung?*, Berlin 1996.
- Rheinstein, Max/Borries, Reimer von*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2. Auflage, München 1987.
- Rhodes, R.A.W.*, *Understanding Governance. Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability*, Buckingham/Philadelphia 1999.
- Richards, Margaret*, *Long-term Care for Older People. Law and Financial Planning*, Bristol 2001.
- Richter, Ronald*, Der Irrweg der verrichtungsbezogenen Behandlungspflege oder: das Wechselspiel von Gesetzgebung und Rechtsprechung, *RsDE* 64 (2007), S. 52 ff.
- Richter Rudolf, /Furubotn, Eirik G.*, *Neue Institutionenökonomie*, 3. Auflage, Tübingen 2003.
- Ridley, Frederick F.*, *Die Wiedererfindung des Staates – Reinventing British Government* *DÖV* 1995, S. 569 ff.
- Ders.*, Verwaltungsmodernisierung in Großbritannien, in: Hill, Hermann/Klages, Helmut [Hrsg.], *Qualitäts- und erfolgsorientiertes Verwaltungsmanagement. Aktuelle Tendenzen und Entwürfe*, Berlin 1993, S. 251 ff.
- Ridout, Paul* [Hrsg.], *Care Standards – A Practical Guide*, Bristol 2006.
- Ritter, Ernst-Hasso*, Der kooperative Staat, *AöR* 104 (1979), S. 389 ff.
- Ders.*, Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat, in: Grimm, Dieter [Hrsg.], *Wachsende Staatsaufgaben, sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden 1990, S. 69 ff.
- Röhl, Hans Christian*, *Verwaltungsverantwortung als dogmatischer Begriff*, *DV Beiheft* 2 (1999), S. 33 ff.
- Roes, Martina u.a.*, Grundlegende Kategorien im Qualitätsdiskurs, in: Görres u.a. [Hrsg.], *Strategien der Qualitätsentwicklung*, Heidelberg 2006, S. 133 ff.
- Roggenkamp*, *Public Private Partnership: Entstehung und Funktionsweise kooperativer Arrangements zwischen öffentlichem Sektor und Privatwirtschaft*, Frankfurt a.M. u.a. 1999.
- Rohlfing, Bernd*, *Wirtschaftsaufsicht und amtshaftungsrechtlicher Drittschutz*, *WM* 2005, S. 311 ff.
- Rose, Michale E.*, *The English Poor Law, 1780-1930*, Newton Abbot 1971.
- Rosen, Walter L.J.*, *Das System der Ombudsmann-Ämter in Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland aus rechtsvergleichender schweizer Sicht*, Basel, Frankfurt a.M. 1982.

- Rosenau, James N./Czempiel, Ernst-Otto* [Hrsg.], *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge 1992.
- Rosenfeld, Virginia*, The value of Care National Vocational Qualifications: what impact do NVQs have on Care organisations in Hertfordshire?, *International Journal of Training and Development* 3 (1999), S. 142 ff.
- Ross, Friso*, Das neue Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz: Regelungsgehalt, Anwendungsbereich und materiellrechtliche Neuerungen, *Rechtsdienst der Lebenshilfe* 2009, S. 94 ff.
- Royal College of Nursing*, The management of pressure ulcers in primary and secondary care. A Clinical Practice Guideline, London 2005, abrufbar unter <<http://www.nice.org.uk/nicemedia/pdf/CG029fullguideline.pdf>> (Stand: 1. Februar 2011).
- Royal Commission on Long Term Care*, With Respect to Old Age: Long Term Care – Rights and Responsibilities. The Context of Long-Term Care Policy. Research Volume 1, S. 3, London 1999.
- Rupp, Hans Heinrich*, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.], *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Band II – Verfassungsstaat, 3. Auflage, Heidelberg 2004, § 31, S. 879 ff.
- Ryan, Neil*, The Competitive Delivery of Social Services: Implications for Program Implementation, *Australian Journal of Public Administration*, 54 (1995), S. 353 ff.
- Sacco, Rodolfo*, Einführung in die Rechtsvergleichung, Baden-Baden 2001.
- Sachs, Michael*, Behördliche Nachschaubefugnisse und richterliche Durchsuchungsanordnung nach Art. 13 II GG, *NVwZ* 1987, S. 560 ff.
- Sachverständigenrat „Schlanker Staat“* [Hrsg.], *Abschlußbericht*. Band 2. Materialband, Bonn 1997.
- Sah, Monica/Daintith, Terence*, Privatisation And The Economic Neutrality Of The Constitution, *PL* 1993, S. 465 ff.
- Saladin, Peter V.*, Verantwortung als Staatsprinzip, Bern 1984.
- Salomon, Max*, Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 2. Auflage, Berlin 1925.
- Schäufele, Martina/Hendlmeier Ingrid/Teufel, Sandra/Weyerer, Siegfried*, Qualitätsniveau I. Mobilität und Sicherheit bei Menschen mit demenziellen Einschränkungen in stationären Einrichtungen, Heidelberg 2008.
- Scharpf, Fritz W.*, Die Handlungsfähigkeit des Staates am Ende des Zwanzigsten Jahrhunderts, in: Kohler-Koch, Beate [Hrsg.], *Staat und Demokratie in Europa*, Opladen 1992, S. 93 ff.
- Scheuner, Ulrich*, Diskussionsbeitrag, *VVDStRL* 29 (1971), S. 249 ff.
- Ders.*, Verantwortung und Kontrolle im demokratischen Rechtsstaat, in: Ritterspach, Theo/Geiger, Willi, *Festschrift für Gebhard Müller zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1970, S. 379 ff.
- Schiffer, Paul-Jürgen*, Pflegestützpunkte und Pflegeberatung – Streitpunkt in der Koalition, *ErsK* 2008, S. 29 ff.
- Schmid, Günther*, Gewährleistungsstaat und Arbeitsmarkt: Neue Formen von Governance in der Arbeitsmarktpolitik, in: Schuppert, Gunnar Folke [Hrsg.], *Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, Baden-Baden 2005, S. 145 ff.
- Schmidt, Reiner*, Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen, *ZGR* 1996, S. 345 ff.
- Schmidt, Thorsten*, Liberalisierung, Privatisierung und Regulierung der Wasserversorgung, *LKV* 2008, S. 193 ff.
- Schmidt-Preuß, Matthias*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, *VVDStRL* 56 (1997), S. 160 ff.
- Schmitz, Klaus/Schnabel, Eckard*, Staatliche Heimaufsicht und Qualität in der stationären Pflege *NDV* 2006, S. 170 ff.
- Schoch, Friedrich*, Public Private Partnership, in: Erichsen, Hans-Uwe [Hrsg.], *Kommunale Verwaltung im Wandel*, Köln u.a. 1999, S. 101 ff.
- Ders.*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, *DVBl.* 1994, S. 962 ff.
- Scholl, Stefan*, Behördliche Prüfungsbefugnisse im recht der Wirtschaftsüberwachung, Berlin 1989.
- Scholz, Rupert*, Schlanker Staat tut not! Zum Zwischenbericht des Sachverständigenrats, in: Ruland, Franz, Papier, Hans-Jürgen, Maydell, Bernd, Baron von [Hrsg.], *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats*, Festschrift für Hans F. Zacher, Heidelberg 1998, S. 987 ff.

- Ders.*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), S. 145.
- Scholz, Rupert/Aulehner, Josef*, Grundfragen zum Dualen System. Verfassungsprobleme und Erneuerung, BB 1993, S. 2152 ff.
- Schmidt, Walter*, Die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen zwischen staatlicher Herrschaft und gesellschaftlicher Macht, AöR 101 (1976), S. 24 ff.
- Schmidt, Reiner*, Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht. Reformbedarf – Reformanstöße – Reformansätze, VerwArch 91 (2000), S. 149 ff.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), S. 221 ff.
- Ders.*, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang [Hrsg.], Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 42 ff.
- Ders.*, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schuppe, Gunnar Folke [Hrsg.], Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, Baden-Baden 1993, S. 11 ff.
- Schnapp, Friedrich E.* [Hrsg.], Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens. Systematische Gesamtdarstellung der unterschiedlichen Rechtsbereiche mit Beispielen und Mustern, Berlin 2004.
- Schneider, Jens-Peter*, Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation: Eine vergleichende Untersuchung zur Reform des britischen, US-amerikanischen, europäischen und deutschen Energierechts, Baden-Baden 1999.
- Schrader, Christian*, Das Kooperationsprinzip – ein Rechtsprinzip?, DÖV 1990, S. 326 ff.
- Schröder, Gerhard*, Der aktivierende Staat aus der Sicht der Politik: Perspektiven für die Zukunftsfähigkeit von Wirtschaft und Politik, in: Behrens, Fritz u.a. [Hrsg.], Den Staat neu denken. Reformperspektiven für die Landesverwaltungen, Berlin 1995, S. 277 ff.
- Schubert, Jens/Schaumberg, Torsten*, Pflegeberater und zusätzliche Betreuungskräfte – Neue Dienstleister im SGB XI, NZS 2009, S. 353 ff.
- Schubert, Jörg*, Das „Prinzip Verantwortung“ als verfassungsstaatliches Rechtsprinzip, Baden-Baden 1998.
- Schulín, Bertram* [Hrsg.], Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 4: Pflegeversicherungsrecht, München 1997.
- Ders.*, Die soziale Pflegeversicherung des SGB XI – Grundstrukturen und Probleme, NZS 1994, S. 433 ff.
- Ders.*, Verträge mit den Leistungserbringern im Pflegeversicherungsrecht, VSSR 1994, S. 285 ff.
- Schulín, Bertram/Igl, Gerhard/Welti, Felix*, Sozialrecht, 8. Auflage, Düsseldorf 2007.
- Schulte, Bernd*, Die „Methode der offenen Koordinierung“ – Eine neue politische Strategie in der europäischen Sozialpolitik auch für den Bereich des sozialen Schutzes, ZSR 2002, S. 1 ff.
- Ders.*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und freie Wohlfahrtspflege. Sozialpolitische Vorgaben und rechtliche Rahmenbedingungen, ZIAS 1992, S. 191 ff.
- Schultze-Zeu, Ruth/Riehn, Hartmut*, Akutes Sturzrisiko in Pflegeheimen – Verfehltete Prozessstrategie und Prozessleitung MedR 2005, S. 696 ff.
- Schulz, Wolfgang*, Regulierte Selbstregulierung im Medienrecht, in: Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates, DV Beiheft 4, Berlin 2001, S. 101 ff.
- Schulze-Fielitz, Helmuth*, Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung. Zur normativen Kraft der Verfassung für das Wachstum und die Begrenzung von Staatsaufgaben, in: Grimm, Dieter [Hrsg.], Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 11 ff.
- Shuppert, Gunnar Folke* [Hrsg.], Governance Reflected in Political Science and Jurisprudence, in: Jansen, Dorothea [Hrsg.], New Forms of Governance in Research Organizations. Disciplinary Approaches, Interfaces and Integration, Dordrecht 2007, S. 33 ff.
- Ders.*, Schriften zur Governance Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, Baden-Baden 2005.

- Ders.*, Der Gewährleistungsstaat – modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit?, in: *Ders.* [Hrsg.], *Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, Baden-Baden 2005, S. 11 ff.
- Ders.*, The Ensuring State, in: Giddens, Anthony [Hrsg.], *The Progressive Manifesto*, Cambridge/Oxford/Malden 2003, S. 54 ff.
- Ders.*, Der moderne Staat als Gewährleistungsstaat, in: Schröter, Eckhard [Hrsg.], *Empirische Policy- und Verwaltungsforschung*, Opladen 2001, S. 399 ff.
- Ders.*, Zur notwendigen Neubestimmung der Staatsaufsicht im verantwortungsteilenden Verwaltungsstaat, in: *Ders.* [Hrsg.], *Jenseits von Privatisierung und „schlankem Staat“: Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich ändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor*, Baden-Baden 1999, S. 299 ff.
- Ders.*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstufen, *DV* 31 (1998), S. 415 ff.
- Ders.*, Staatsaufsicht im Wandel, *DÖV* 1998, S. 831 ff.
- Ders.*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung - Erscheinungsformen von Public Private Partnership als Herausforderung an Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft, in: Budäus, Dietrich/Eichhorn, Peter [Hrsg.], *Public Private Partnership. Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung*, Baden-Baden 1997, S. 93 ff.
- Ders.*, Vom produzierenden zum gewährleistenden Staat: Privatisierung als Veränderung staatlicher Handlungsformen, in: König, Klaus/Benz, Angelika [Hrsg.], *Privatisierung und staatliche Regulierung*, Baden-Baden 1997, S. 539 ff.
- Ders.*, Rückzug des Staates? Zur Rolle des Staates zwischen Legitimationskrise und politischer Neubestimmung, *DÖV* 1995, S. 761 ff.
- Ders.*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die öffentliche Hand, private Anbieter und Organisationen des Dritten Sektors – Überlegungen zur sich verändernden Rollenverteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: Ipsen, Jörn [Hrsg.], *Privatisierung öffentlicher Aufgaben. Private Finanzierung kommunaler Investitionen*, Köln [u.a.] 1994, S. 17 ff.
- Ders.*, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schuppert, Gunnar Folke (Hrsg.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen*, Baden-Baden 1993, S. 65 ff.
- Ders.*, Grenzen und Alternativen von Steuerung durch Recht, in: Grimm, Dieter [Hrsg.], *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerung des Rechts*, Baden-Baden 1990, S. 217 ff.
- Ders.*, Quangos als Trabanten des Verwaltungssystems, *DÖV* 1981, S. 153 ff.
- Schwartländer, Johannes*, Verantwortung, in: Krings, Hermann/Baumgartner, Hans Michael/Wild, Christoph, *Handbuch philosophischer Grundbegriffe*. Band 6, München 1974, S. 1577 ff.
- Schwarze, Jürgen*, *Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Bände I und II, Baden-Baden 1988.
- Schellhorn, Walter/Schellhorn, Helmut/Hohm, Karl-Heinz* [Hrsg.], *SGB XII – Sozialhilfe. Ein Kommentar für Ausbildung, Praxis und Wissenschaft*, 17. Auflage, München 2006.
- Schwehr, Belinda*, *Local Government (Contracts) Act 1997*, *Judicial Review* vol. 3 (1998), S. 45 ff.
- Seddon, Nicholas*, *Government Contracts, Federal, State and Local*, 4. Auflage, Sydney 2009.
- Seel, Mechthild/Hurling, Elke*, *Die Pflege des Menschen im Alter. Ressourcenorientierte Unterstützung bei den AEDL*, 3. Auflage, Hannover 2005.
- Sendler, Jürgen*, Ein Jahr nach der Pflegereform: Wie steht es um die Einrichtung von Pflegestützpunkten?, *SozSich* 2009, S. 270 ff.
- Sharkey, Peter*, *The Essentials of Community Care*, 2. Auflage, Houndmills u.a. 2007.
- Simmons, Loraine*, *Social care governance. A practice workbook*, Dundonald 2007.
- Smith, Jacqui*, Minister of State for Health, *Guidance on staffing levels in care homes*, Schreiben vom 1. März 2002, abrufbar unter <http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Lettersandcirculars/Dearcolleagueletters/DH_4015312> (Stand: 1. Februar 2011) und vom 2. April 2003, abrufbar unter <http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Lettersandcirculars/Dearcolleagueletters/DH_4083742> (Stand: 1. Februar 2011).

- Sinn, Hans-Werner*, Ist Deutschland noch zu retten?, München, Berlin 2005.
- Smith S.C.*, Needs and Resources, Scots Law Times vol. 32 (1998), S. 253 ff.
- Social Services Inspectorate*, Care Management and Assessment: Managers' Guide, London 1991.
- Social Services Inspectorate/National Care Standards Commission*, All Our Lives, London 2004, abrufbar unter <http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/@dh/@en/documents/digitalasset/dh_4077121.pdf> (Stand: 1. Februar 2011).
- Sommer, Irene*, Lehrbuch Sozialverwaltungsrecht, Grundlagen der Sozialverwaltung, des Verwaltungshandelns und des Rechtsschutzsystems, Weinheim u.a. 2010.
- Sommermann, Karl-Peter*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa DÖV 1999, S. 1017 ff.
- Staegemann, Dana*, Investitionsförderung in der Pflegeversicherung. Zur Verfassungsmäßigkeit der Länderregelungen zu § 9 SGB XI, Hamburg 2003.
- Stanton, Keith M.*, New Forms of the Tort of Breach of Statutory Duty LQR 120 (2004), S. 324 ff.
- Statistisches Bundesamt*, [Hrsg.], Sozialleistungen – Sozialhilfe 2007, Wiesbaden 2009.
- Dass.* Bevölkerung Deutschlands bis 2060. 12. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung, Begleitmaterial zur Pressekonferenz am 18. November 2009 in Berlin, Wiesbaden 2009.
- Dass.* [Hrsg.], Pflegestatistik 2007. Pflege im Rahmen der Pflegeversicherung. Deutschlandergebnisse, Wiesbaden 2008.
- Dass.* [Hrsg.], Pflegestatistik 2003. Pflege im Rahmen der Pflegeversicherung. Deutschlandergebnisse, Bonn 2005.
- Statistische Ämter des Bundes und der Länder*, Soziale Mindestsicherung in Deutschland 2006, Wiesbaden 2008.
- Staudinger, Julius von* [Hrsg.], Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823–825, Neubearbeitung, Berlin 2009.
- Steadman, Tim*, Erfahrungen mit Public Private Partnership in Großbritannien, in: Ziekow, Jan [Hrsg.], Public Private Partnership – Projekte, Probleme, Perspektiven, Speyer 2003, S. 9 ff.
- Steiner, Udo*, Öffentliche Verwaltung durch Private, Hamburg 1975.
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz/Sachs, Michael* [Hrsg.], Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Auflage, München 2008.
- Stewart, Richard B.*, Regulation and the Crisis of Legalisation in the United States, in: Daintith, Terence [Hrsg.], Law as an instrument of economic policy: comparative and critical approaches, Berlin/New York 1987, S. 97 ff.
- Stober, Rolf* [Hrsg.], Public-Private-Partnerships und Sicherheitspartnerschaften. Ergebnisse des Professorengesprächs vom 13. April 2000, Köln u.a. 2000.
- Storr, Stefan*, Der Staat als Unternehmer. Öffentliche Unternehmen in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001.
- Strauß, Thomas*, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum. Zur Bedeutung des Art. 33 Abs. 4 GG, Berlin 2000.
- Suchanek, Andreas*, Institutionenökonomik und Verantwortungsteilung, in: Schuppert, Gunnar Folke [Hrsg.], Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat: Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, Baden-Baden 1999, S. 273 ff.
- Tait, Geoff/Thompson, Pauline/Winfield, Helen/Simmons, David*, Paying for care handbook. 4. Auflage, London 2003.
- Thompson*, Whitehall's Cultural Revolution, Web journal of Current Legal Issues, 1995, abrufbar unter <<http://webjcli.ncl.ac.uk/articles1/thomps1.html>> (Stand: 1. Februar 2011).
- Thornton, Baroness*, Redebeitrag, in: House of Lords Hansard, Vol. 700, Part 68 (18. März 2008), Column GC29, abrufbar unter <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldhansrd/text/80318-gc0004.htm#08031869000001>> (Stand 1. Februar 2011).
- Teubner, Gunther*, Das regulatorische Trilemma, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 13 (1984), S. 109 ff.

- Ders.*, Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 68 (1982), S. 13 ff.
- Teubner, Gunther/Willke, Helmut*, Kontext und Autonomie: gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, ZfRSoz 6 (1984), S. 4 ff.
- Tettinger, Peter*, Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, DÖV 1996, S. 764 ff.
- Thüsing, Gregor*, Ortsübliche Vergütung im Sinne des § 72 Abs. 3 S. 1 HS. 1 Nr. 2 SGB XI, SGB 2008, S. 629 ff.
- Training Organisation for the Personal Social Services*, Modernising the Social Care Workforce, London 2005, abrufbar unter <<http://www.skillsforcare.org.uk/nmsruntime/saveasdialog.aspx?IID=200&SID=141>> (Stand: 1. Februar 2011).
- Trantas, Georgios*, Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Untersuchung des öffentlichen Rechts, Dresden, München 1998.
- Trebilock, M. J./Prichard, J. R. S.*, Crown Corporations: the Calculus of Instrument Choice, in: Prichard, J. R. S. [Hrsg.], Crown Corporations: the Calculus of Instrument Choice, Toronto 1983, S. 1 ff.
- Treiber, Hubert*, Regulative Politik in der Krise? Anmerkungen zu einem aktuellen Thema oder Reflexive Rationalität im Schatten des gesetzten Rechts, in: Ders. [Hrsg.], Vollzugskosten des Rechtsstaats und andere Studien zum Recht, Baden-Baden 1989, S. 189 ff.
- Treitel, Guenter*, The Law of Contract, 11. Auflage, London 2005.
- Trute, Hans-Heinrich*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert [Hrsg.], Jenseits Privatisierung und „schlanke“ Staat, Baden-Baden 1999, S. 13 ff.
- Ders.*, Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht – anhand ausgewählter Beispiele –, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard [Hrsg.], Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 167 ff.
- Ders.*, The after privatization: Final conclusions, Revue Européenne de Droit Public/European Review of Public Law, Sonderheft 1994, S. 211 ff.
- Turpin, Colin*, Government Procurement and Contracts, Harlow 1989.
- Udsching, Peter* u.a. [Hrsg.], SGB XI, Soziale Pflegeversicherung, 3. Auflage, München 2010
- Ders.*, Die vertragsrechtliche Konzeption der Pflegeversicherung, NZS 1999, S. 473 ff.
- United Way of America* [Hrsg.], Measuring program outcomes: a practical approach, Alexandria 1996.
- Vaarama, Marja* u.a., The Concept of Quality of Long-Term Care, In: Vaarama, Marja/Pieper, Richard, Sixsmith, Andrew [Hrsg.], Care-Related Quality of Life in Old Age. Concepts, Models and Empirical Findings, New York 2008.
- Veljanovski, Cento*, The Regulation Game, in: Ders. [Hrsg.], Regulators and the Market: An Assessment of the Growth of Regulation in the UK, London 1991, S. 3 ff.
- Vincent-Jones, Peter*, Citizen Redress in Public Contracting for Human Services, The Modern Law Review, vol. 68 (2005), S. 887 ff.
- Ders.*, The New Public Contracting in Socio-Legal Perspective, Leeds 2004.
- Ders.*, The Regulation Of Contractualisation In Quasi-Markets For Public Services, PL 1999, S. 304 ff.
- Ders.*, Responsive Law and Governance in Public Services Provision: A Future for the Local Contracting State, MLR 61 (1998), S. 362 ff.
- Vitzthum, Wolfgang Graf*, Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen, AöR 104 (1979), S. 580 ff.
- Vogel, Georg/Schaaf, Michael*, Zur Feststellung der Pflegebedürftigkeit, SGB 1997, S. 560 ff.
- Voigt, Rüdiger*, Recht als Instrument staatlicher Steuerung, Siegen 1988.
- Ders.*, Regulatives Recht im Wohlfahrtsstaat, in: Ders. [Hrsg.], Abschied vom Recht?, Frankfurt a. M. 1983, S. 19 ff.
- Vofßkuhle, Andreas*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 266 ff.
- Ders.*, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert, Gunnar Folke [Hrsg.], Jenseits von Privatisierung und „schlanke“

- Staat: Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, Baden-Baden 1999, S. 47 ff.
- Ders.*, Behördliche Betretungs- und Nachschaurechte, DVBl. 1994, S. 611 ff.
- Wade, Sir William*, The Crown, Ministers and Officials: Legal Status and Liability, in: Sunkin, Maurice/Payne, Sebastian, The Nature Of The Crown. A Legal and Political Analysis, Oxford, New York 1999, S. 23 ff.
- Wagner, Adolph*, Lehr- und Handbuch der politischen Oekonomie, Hauptabteilung 1, Theil 1: Grundlegung der politischen Oekonomie, Halbband 2, Leipzig 1893.
- Wagner, Regine/Knittel, Stefan* [Hrsg.], Krauskopf. Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, Band 2, München, Loseblattsammlung, Stand: Mai 2009.
- Wallerath, Maximilian*, Der ökonomisierte Staat. Zum Wettstreit zwischen juristisch-politischem und ökonomischem Paradigma, JZ 2001, 209 ff.
- Ders.*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht. Beschaffung und Leistungserstellung im Staat der Gegenwart, Baden-Baden 1988.
- Walsh, Kieron/Deakin, Nicholas/Smith, Paula/Spurgeon, Peter/Thomas, Neil*, Contracting For Change. Contracts in Health, Social Care, and Other Local Government Services, Oxford 1997.
- Wanless, Derek/Forder, Julien/Fernández, José-Luis/Poole, Teresa/Beesley, Lucinda/Henwood, Melanie/Moscone, Francesco*, The Wanless social care review: securing good care for older people - taking a long-term view, London 2006.
- Wannagat, Georg* [Hrsg.], Sozialgesetzbuch. Kommentar zum Recht des Sozialgesetzbuchs. SGB XI Pflegeversicherung, Köln u.a. 1996.
- Weiß, Wolfgang*, Privatisierung und Staatsaufgaben. Privatisierungsentscheidungen im Lichte einer grundrechtlichen Staatsaufgabenlehre unter dem Grundgesetz, Tübingen 2002.
- Wells, Celia*, Corporations and Criminal Responsibility, 2. Auflage, Oxford 2001.
- Welti, Felix*, Von der Pflege zur Teilhabe: Anforderungen an eine Reform des Pflegebedürftigkeitsbegriffs, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2007, S. 38 ff.
- Whincup, Michael*, Contract Law and Practice. The English System, with Scottish, Commonwealth, and Continental Comparisons, 5. Auflage, Alphen aan den Rijn 2006.
- Wied, Susanne/Warmbrunn, Angelika* [Bearb.], Psyhyrembel Pflege, 2. Auflage, Berlin/New York 2007.
- Wightman, John*, Contract. A Critical Commentary, London/Chicago 1986.
- Wilde, Klaus/Pilz, Wolfgang*, Behandlungspflege und Beaufsichtigung in der Pflegeversicherung; zur Bedeutung des Verrichtungskatalogs in § 14 Abs 4 SGB XI, SGB 1997, S. 409 ff.
- Wilke, Dieter*, Über Verwaltungsverantwortung – Bemerkungen zu einem ungebräuchlichem Begriff, DÖV 1975, S. 509 ff.
- Williams, Jaquetta/Netten, Ann*, English Local Authority Powers, Responsibilities and Guidelines for Managing the Care Home Closure Process, British Journal of Social Work (2005) 35, S. 921 ff.
- Dies.*, Guidelines for the closure of care homes for older people: prevalence and content of local government protocols. PSSRU Discussion Paper 1861/2, Oktober 2003, abrufbar unter <http://www.pssru.ac.uk/pdf/dp1861_2.pdf> (Stand: 1. Februar 2011).
- Williams, Jaquetta/Netten, Ann/Ware, Patricia*, Managing the Care Home Closure Process: Care Managers' Experiences and Views, British Journal of Social Work (2007) 37, S. 909 ff.
- Dies.*, The closure of care homes for older people, PSSRU Discussion Paper 2012/3 abrufbar unter <http://www.pssru.ac.uk/pdf/dp2012_3.pdf> (Stand: 1. Februar 2011).
- Willke, Helmut*, Kontextsteuerung durch Recht? Zur Steuerungsfunktion des Rechts in polyzentrischer Gesellschaft, in: Glasgow, Manfred/Willke, Helmut [Hrsg.], Dezentrale Gesellschaftsteuerung. Probleme der Integration polyzentrischer Gesellschaft, Pfaffenweiler 1987, S. 3 ff.
- Ders.*, Entzauberung des Staates. Überlegungen zu einer sozialen Steuerungstheorie, Königstein 1983.
- Wingenfeld, Klaus/Büscher, Andreas/Schaeffer, Doris*, Recherche und Analyse von Pflegebedürftigkeitsbegriffen und Einschätzungsinstrumenten, Bielefeld 2007.
- Wistow, Gerald/Knapp, Martin/Hardy, Brian/Forder, Julien/Kendall, Jeremy/Manning, Rob*, Social Care Markets. Progress and Prospects, Buckingham, Bristol 1996.
- Wolf, Rainer*, Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft, Leviathan 1987, S. 357 ff.

- Wolff, Hans Julius*, Organschaft und Juristische Person, Erster Band: Juristische Person und Staatsperson, Berlin 1933.
- Wolff, Hans Julius/Bachof, Otto/Stober,Rolf/Kluth, Winfried*, Verwaltungsrecht I, 12. Auflage, München 2007.
- Woolf, Harry/Jowell, Jeffrey/Le Sueur, Andrew*, De Smith's Judicial Review, 6. Auflage, London 2007.
- Wyatt, Martin*, Partnership in health and social care: the implications of government guidance in the 1990s in England, with particular reference to voluntary organisations, Policy & Politics vol. 30 (2002), S. 167 ff.
- Yeung, Karen*, Government by Publicity Management: Sunlight or Spin?, PL 2005, S. 360 ff.
- Zacher, Hans F.*, Das soziale Staatsziel, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band II – Verfassungsstaat, 3. Auflage, Heidelberg 2004, § 28, S. 659 ff.
- Ders.*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 62 (2003), S. 348.
- Ders.* [Hrsg.], Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts, Berlin 1987.
- Ders.*, Grundtypen des Sozialrechts, in: Fürst, Walther/Herzog, Roman/Umbach, Dieter C. [Hrsg.], Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 1, Berlin/New York 1987, S. 571 ff.
- Ders.*, Was ist Sozialrecht?, in: Müller, Klaus [Hrsg.], Sozialrecht in Wissenschaft und Praxis. Festschrift für Horst Schieckel, Percha am Starnberger See 1978, S. 371 ff.
- Ders.*, Horizontaler und vertikaler Sozialrechtsvergleich, in: Ders. [Hrsg.], Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts, Berlin 1978, S. 9 ff.
- Ders.*, Vorfragen zu den Methoden des Sozialrechtsvergleichs, in: Zacher, Hans F. [Hrsg.], Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs, Berlin 1977, S. 20 ff.
- Zeitlin, Jonathan/Pochet, Philippe* [Hrsg.], The Open Method of Co-ordination in Action. The European Employment and Social Inclusion Strategies, Brüssel 2005.
- Ziekow, Jan*, Verwaltungskooperationsrecht (Public Private Partnership). Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz. Wissenschaftliches Gutachten, erstattet für das Bundesministerium des Innern, Juni 2001, abrufbar unter <http://www.verwaltung-innovativ.de/chn_110/nn_684674/SharedDocs/Publikationen/DirekteDownloads/verwaltungskooperationsrecht,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/verwaltungskooperationsrecht.pdf> (Stand: 1. Februar 2011).
- Zimmermann, Reinhard*, In der Schule von Ludwig Mitteis, Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge: RabelsZ 65 (2001) S. 1 ff.
- Zitelmann, Ernst*, Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung, DJZ 1900, S. 329 ff.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Heinrich*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Auflage, Tübingen 1996.
- Zweigert, Konrad*, Die kritische Wertung in der Rechtsvergleichung, in: Fabricius, Fritz, Law and International Trade. Recht und internationaler Handel, Festschrift für Clive M. Schmitthoff zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1973, S. 403.