

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 Befolungsdefizite 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 Heimen 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 größtenteils 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 Marktversagens ²⁹³⁵ 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 Verbotsteuerung 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 Mehrstuflensystem 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 Langzeitpflegesektor 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 formale 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 oben 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.