

E. Auswertung

I. Der doppelte Vergleich

In der Auswertung sollen durch einen Vergleich von konkreten Instrumenten der Qualitätssicherung und deren systematischen Zusammenspiel neue Möglichkeiten der Steuerung der Qualität der Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte in Deutschland erarbeitet werden. Dazu wird anhand von ausgewählten Kriterien zum einen ein Vergleich der Qualitätssicherung der professionellen Pflege und der nichtprofessionellen Pflege in Deutschland durchgeführt. Zum anderen erfolgt ein Vergleich mit der Qualitätssicherung bei beiden Arten der Pflege in Österreich. Ziel ist es dabei, die bestehenden Unterschiede zu verdeutlichen und Gründe für diese Unterschiede zu finden. Stellt sich dabei heraus, dass es zwingende Gründe für die unterschiedliche Steuerung der Qualität professioneller Pflege und nichtprofessioneller Pflege gibt, ist dies beim abschließenden Vorschlag für eine stärkere Regulierung der nichtprofessionellen Pflege, die zur Dynamik der Qualitätsanforderungen führen soll, zu berücksichtigen. Insoweit ist eine bloße Übertragung von Instrumenten der professionellen Pflege auf die nichtprofessionelle Pflege nicht möglich und es muss nach einem neuen Weg gesucht werden.

1. *Art der Leistungserbringung*

a) Geldleistung oder Sachleistung

Im Grundlagenteil wurde erläutert, dass die Entscheidung des Gesetzgebers für ein Sachleistungssystem oder für ein Geldleistungssystem allein kaum Vorentscheidungen für die Ausgestaltung der Qualitätssicherung trifft. Dies liegt im Wesentlichen an den weitgehenden Möglichkeiten zur Ausgestaltung des gewählten Leistungserbringungssystems. Betrachtet man aber die konkrete Leistungserbringung in Deutschland und Österreich, so bestehen bereits ausgestaltete Geld- und Sachleistungssysteme. Diese enthalten, jedenfalls wenn der Gesetzgeber Qualitätssicherung innerhalb bestehender Rechtsverhältnisse regeln will, weitgehende Vorgaben. Sachleistungssysteme bestehen für die professionelle Pflege in Deutschland sowohl nach dem SGB XI als auch nach dem SGB XII, in Österreich nur nach den Sozialhilfe- oder Mindestsicherungsgesetzen der Länder. Die professionelle Pflege in Österreich, soweit sie durch das BPGG finanziert wird, sowie die nichtprofessionelle Pflege in beiden Ländern werden als Geldleis-

tung erbracht. Die Sachleistungssysteme nutzen dabei das bestehende Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer auch für die Qualitätssicherung. Dies gilt vor allem für das SGB XI, wo das gesamte elfte Kapitel dieses Rechtsverhältnis betrifft⁸⁸¹, aber auch für die Sozialhilfe- und Mindestsicherungsgesetze der Länder in Österreich, wo die Qualitätssicherung regelmäßig Bestandteil der zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer abgeschlossenen Verträge ist. Hingegen wird von der Möglichkeit zur Herstellung eines solchen Rechtsverhältnisses⁸⁸² bei der Erbringung von Geldleistungen kein Gebrauch gemacht. Bei Geldleistungen regeln die Leistungsgesetze Qualitätssicherung im Verhältnis vom Leistungsträger zum Leistungsempfänger, indem sie Anforderungen an den Inhalt der Leistungen als Vorgaben für den Anspruch auf die Geldleistung oder die Verwendung der Geldleistung formulieren. Es ist dann Aufgabe des Leistungsempfängers, den Leistungserbringer auf diese Vorgaben durch Auswahl und Anweisung zu verpflichten.

Besondere Maßnahmen sind in diesem Zusammenhang zum einen die Herstellung von Transparenz in einem Sachleistungssystem und zum anderen die Etablierung einer Infrastrukturverantwortung in einem Geldleistungssystem. Beide Maßnahmen brechen zwar nicht mit den für die untersuchten Systeme erkannten Regeln, dass Qualitätssicherung im Sachleistungssystem zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer erfolgt und dass es in den Geldleistungssystemen ein solches Rechtsverhältnis nicht gibt. Sie erweitern jedoch das Instrumentarium der Qualitätssicherung, möglicherweise um die Schwächen der beschriebenen „Eindimensionalität“ der Qualitätssicherung abzumildern.

Die Herstellung von Transparenz im Sachleistungssystem des SGB XI folgt insofern streng der Regel, als § 115 Ia SGB XI sich auf das Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer bezieht. In seiner beabsichtigten Wirkung geht Transparenz aber über dieses Rechtsverhältnis hinaus. Transparenz soll das Verhalten des Leistungsempfängers bei der Wahl des Leistungserbringers beeinflussen. Es wird erwartet, dass sich der Leistungsempfänger, da er den Leistungserbringer nicht nach dem Preis auswählen kann, bei der Auswahl an der Qualität orientiert. Aus Sicht des qualitätssichernd tätig werdenden Leistungsträgers soll also neben den eigenen Möglichkeiten das Handeln des Leistungserbringers zu steuern, auch das Verhalten des Leistungsempfängers zur Steuerung des Handelns des Leistungserbringers genutzt werden. Zumindest soweit die Herstellung von Transparenz auf das Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer zurückgreift, verwundert es dann auch nicht, dass im Geldleistungssystem des BPGG die Herstellung von Transparenz durch die Leistungsträger nicht vorgesehen ist. Denn dazu müsste von der Regel, dass es in den untersuchten Geldleistungssystemen ein solches Rechtsverhältnis nicht gibt, abgewichen werden. Der komplette Verzicht auf die Herstellung von Transparenz im Geldleis-

881 Bis auf ganz wenige Ausnahmen wie § 115 IV SGB XI, der einen Anspruch des Leistungsempfängers gegen den Leistungsträger beinhaltet.

882 Zur Bedeutung der Art der Leistungserbringung für die Qualitätssicherung, siehe Pkt. B. III. 1.

tungssystem des BPGG ist hingegen durchaus überraschend. Geht man doch allgemein davon aus, ein Geldleistungssystem führe zwar zu mehr Möglichkeiten, aber auch zu einem größeren Schutzbedürfnis für den Leistungsempfänger.⁸⁸³ Es ist zu vermuten, dass es sehr schwierig ist, eine Kontrollinstanz mit ausreichend Ressourcen, die nicht zugleich Leistungsträger ist, zu etablieren.⁸⁸⁴

Am Beispiel Österreichs zeigt sich, dass bei der Pflege durch professionelle Pflegekräfte allein das Erbringen einer Geldleistung durch den Staat nicht ausreicht, eine flächendeckende Versorgung mit professioneller Pflege zu gewährleisten. Vielmehr muss der Leistungsempfänger auch die Möglichkeit haben, von dem Geld professionelle Pflegedienstleistungen einkaufen zu können. Bereits vor Einführung des (Bundes-) Pflegegeldes wurde und wird auch noch gegenwärtig die Bereitstellung einer ausreichenden Pflegeinfrastruktur als staatliche Aufgabe betrachtet.⁸⁸⁵ Besonders deutlich wird dies in der Pflegevereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern. Daraus geht klar hervor, dass die soziale Sicherung bei Pflegebedürftigkeit ein Gesamtpaket von Geldleistung, nämlich dem Pflegegeld durch den Bund, und Bereitstellung der Pflegeinfrastruktur durch die Länder beinhaltet.

Geht man wie hier davon aus, dass die Beratungsbesuche nach § 33a BPGG vorwiegend der Qualitätssicherung bei der Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte dienen, wird deutlich, dass sich der Schwerpunkt der Regelungen zur Qualitätssicherung der professionellen Pflege in Österreich außerhalb des Sozialrechts befindet. Die wesentlichen Qualitätsanforderungen und Dokumentationspflichten enthält dabei das Berufsrecht. Vergleicht man, wie das hier erfolgt ist, die Qualitätssicherung für alle leistungsrechtlichen Grundsituationen des Pflegebedürftigen, so wird der Vorteil der Qualitätssicherung durch Berufsrecht oder durch besonderes Ordnungsrecht deutlich. Die Regeln haben im Vergleich zur Qualitätssicherung durch Sozialrecht einen weiteren Geltungsbereich, da sie unabhängig davon anwendbar sind, ob der Pflegebedürftige

883 Insbesondere sind Transparenz und individuelle Beratung wesentliche Voraussetzungen für das Funktionieren eines Geldleistungssystems, *Arntz/Spermann*, Wie lässt sich die gesetzliche Pflegeversicherung mit Hilfe personengebundener Budgets reformieren?, S. 16f.

884 Dies wird für Deutschland als Voraussetzung für die Einführung eines persönlichen Budgets genannt, *Arntz/Spermann*, Wie lässt sich die gesetzliche Pflegeversicherung mit Hilfe personengebundener Budgets reformieren?, S. 16, aber auch für das derzeit bestehende Sachleistungssystem gefordert, *Klie*, Qualität und Qualitätssicherung - eine Einführung, in: *Klie* (Hrsg.), Pflegeversicherung und Qualitätssicherung in der Pflege, S. 1, 11; *Klie*, Rechtlicher Rahmen der Qualitätssicherung in der Pflege, in: *Igl* (Hrsg.), Recht und Realität der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen, S. 96, 100.

885 *Fürweger*, Die Entwicklung von der Sozialhilfe zur bedarfsorientierten Mindestsicherung unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Land Tirol, S. 179, 194; *Pratscher*, Sozialhilfe: Staat - Markt - Familie, in: *Tálos* (Hrsg.), Der geforderte Wohlfahrtsstaat, S. 61, 94; *Tálos/Wörister*, Soziale Sicherung im Sozialstaat Österreich, S. 236f.; *Wallner*, Eine Zukunft der Pflege und Betreuung in Österreich, in: *Pfeil* (Hrsg.), Die Zukunft der Pflege und Betreuung in Österreich, S. 51, 56ff. Zur heterogenen Struktur der föderal gewachsenen Angebote, *Rubisch/Schaffnerberger Eva*, SozSich (Österreich) 2000, S. 877, 879f.

bestimmte Sozialleistungen bezieht. Dies verhindert auch von vornherein, dass für unterschiedliche leistungsrechtliche Grundsituationen unterschiedliche Standards bestehen und macht eine Koordinierung von Schnittstellen verschiedener Sozialleistungen in Bezug auf die Qualitätssicherung überflüssig. Zentrales Problem einer solchen Auslagerung der Qualitätssicherung aus dem Sozialrecht ist jedoch die effektive Kontrolle der dann allgemein geltenden Standards. So wird die Einhaltung der berufsrechtlichen Standards in Österreich nicht regelmäßig durch eine öffentliche Stelle kontrolliert. Dieses Problem wird für den Bereich der häuslichen Pflege noch dadurch verstärkt, dass Kontrollen von ambulanten Pflegediensten aufwendiger sind als die von Pflegeheimen. Für ein vollständiges Urteil muss die Qualität unmittelbar beim Pflegebedürftigen geprüft werden. Bei der häuslichen Pflege müssen diese einzeln in ihrer häuslichen Umgebung aufgesucht werden. Außer dem Leistungsträger gibt es jedoch keine Institution, die über ausreichende Ressourcen für diese Kontrollen verfügt.

In Deutschland gibt es Standards, die unabhängig von der leistungsrechtlichen Situation des Pflegebedürftigen gelten, für die Pflege in Heimen. Nur zwei der sechzehn Bundesländer, nämlich Hamburg und Hessen, haben für den gesamten Bereich der häuslichen Pflege allgemein geltende Standards gesetzt. Allerdings treten diese in Deutschland bei Sozialleistungsbezug des Pflegebedürftigen in Form von Pflegesachleistungen neben die sozialrechtlichen Standards, so dass es einer zusätzlichen Koordinierung bedarf. Auch in Deutschland werden die allgemeingültigen Standards in der häuslichen Pflege anders als in der stationären Pflege nicht regelmäßig geprüft. Sowohl Hamburg als auch Hessen beschränken sich bei ambulanten Pflegediensten auf stichprobenartige Prüfungen sowie anlassbezogene Prüfungen.

War im Grundlagenteil für die Wahl Geldleistung oder Sachleistung im Hinblick auf die Möglichkeiten zur Qualitätssicherung noch keine Aussage zu den Vor- und Nachteilen des jeweiligen Systems möglich, da inhaltlich viele und weitreichende Ausgestaltungsmöglichkeiten für beide Systeme bestehen, ist jetzt eine Aussage für die untersuchten Systeme möglich. So kann dem Argument, ein Geldleistungssystem ermögliche eine einfachere Bedarfsdeckung, da es auf ein Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer verzichte und ein ausdifferenziertes Leistungsangebot automatisch am Markt entstehe⁸⁸⁶, allenfalls dann zugestimmt werden, wenn man das Geldleistungssystem isoliert betrachtet und ansonsten perfekte Rahmenbedingungen voraussetzt. Am Beispiel Österreich wird hingegen deutlich, dass bei Geldleistungssystemen neben der Erbringung von Geldleistungen auch die Bereitstellung einer Pflegeinfrastruktur als staatliche Aufgabe bleibt. Diese wird zwar nicht den Leistungsträgern des BPGG zugewiesen, aber den Sozialhilfeträgern. Die Zuweisung dieser Aufgabe, zu der auch die Sicherung der Qualität der Leistungserbringung durch die Pflegedienste gehört,

886 Freiler, NDV 1989, S. 369, 370; Arntz/Spermann, Wie lässt sich die gesetzliche Pflegeversicherung mit Hilfe personengebundener Budgets reformieren?, S. 16, 20; hingegen skeptisch was die Effizienz eines nicht regulierten Geldleistungssystems angeht, *OECD/European Commission, A Good Life in Old Age?*, S. 30.

macht auch deutlich, dass die Forderung nach einer „neutralen“ Kontrollinstanz⁸⁸⁷ kaum umsetzbar wenn nicht sogar illusorisch ist. So wird im Ergebnis sowohl für Geld- als auch für Sachleistungssysteme gefordert, Standarderstellung und Kontrolle dürften nicht durch den Leistungsträger erfolgen, weil dieser auch finanzielle Interessen verfolge. Zum einen ist es jedoch sehr schwierig, eine Kontrollinstanz, die nicht Leistungsträger ist, mit den nötigen Ressourcen zu schaffen. So wurde selbst im österreichischen Geldleistungssystem des BPGG zur Kontrolle der Pflegedienste mit den Sozialhilfeträgern auf einen Sozialleistungsträger, der auch Leistungen zur Pflege erbringt, zurückgegriffen. Zum anderen ist absolute Neutralität schon deshalb eine Illusion, weil auch eine neue Kontrollinstanz finanziert werden muss und, sollte es sich nicht um eine staatliche Stelle handeln, aufgrund der staatlichen Gewährleistungsverantwortung ihrerseits überwacht werden muss. Da es aus diesen Gründen keine vollständig staatsfreie Kontrolle geben kann und der Staat bei der Erbringung von Sozialleistungen immer auch Wirtschaftlichkeitsinteressen verfolgt, kann es auch keine in diesem Sinne „neutrale“ Kontrolle geben.⁸⁸⁸ Vielmehr sprechen praktische Überlegungen für eine Kontrolle durch die Leistungsträger und damit mittelbar auch für ein Sachleistungssystem.⁸⁸⁹ Bei den Leistungsträgern sind die nötigen Ressourcen für eine effektive Kontrolle wie Kenntnis der Leistungserbringer und Leistungsempfänger sowie die personelle Ausstattung für die Kontrolle weitgehend vorhanden. In einem Sachleistungssystem kann der Leistungsträger zudem wirksame Sanktionen wie Vergütungskürzung⁸⁹⁰ und Ausschluss von der Leistungserbringung aussprechen. Auch können die wirtschaftlichen Interessen der Leistungsträger zumindest bei der Kontrolle motivierend wirken.⁸⁹¹

887 Arntz/Spermann, Wie lässt sich die gesetzliche Pflegeversicherung mit Hilfe personengebundener Budgets reformieren?, S. 9, 17.

888 Formal ist auch der MDK bei seinen Entscheidungen rechtlich unabhängig, § 275 V 1 SGB V. Diese Unabhängigkeit beton auch *Nierhoff*, Der Medizinische Dienst der Krankenversicherung zwischen Korporatismus und Wettbewerb, S. 6, wenn er den MDK als Fachdienst der Krankenversicherung und der Krankenkassen beschreibt. Genauso steht er auch im Dienst der Pflegeversicherung und nicht im Dienst der Pflegekassen. Die damit einhergehende Verpflichtung auf die Ziele der Pflegeversicherung führt den MDK in die Konfliktfelder der Interessen der Versichertengemeinschaft versus der Interessen des einzelnen Versicherten sowie der Interessen der Pflegekassen versus der Interessen der Sachleistungserbringer, vgl. *Nierhoff*, Der Medizinische Dienst der Krankenversicherung zwischen Korporatismus und Wettbewerb, S. 10ff., 15ff. Eine Stärkung der tatsächlichen Unabhängigkeit von den Kranken- und Pflegekassen wäre sicher wünschenswert. § 275 V 1 SGB V genügt dazu nicht, siehe *Nierhoff*, Der Medizinische Dienst der Krankenversicherung zwischen Korporatismus und Wettbewerb, S. 27f. Die Versuche der Einflussnahme durch die Krankenkassen und damit auch die Pflegekassen werden entsprechend kritisiert.

889 Für ein Sachleistungssystem spricht dies, weil dafür ein Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer bestehen muss und dieses in der Regel eben nur bei Sachleistungssystemen besteht.

890 Diese Sanktionsmöglichkeit besteht in Deutschland allerdings nur für die stationäre Pflege.

891 Nicht von der Hand zu weisen sind die Bedenken gegen die wirtschaftlichen Interessen hingegen bei der Standarderstellung, da diese zu zu niedrigen Standards führen können. Allerdings kann dem durch gesetzliche Mindeststandards, vgl. § 11 I 1 SGB XI, vorgebeugt werden.

b) Professionelle oder nichtprofessionelle Pflegekräfte

Vergleicht man die bestehenden Qualitätssicherungsmaßnahmen der professionellen und der nichtprofessionellen Pflege miteinander, fällt sofort die deutlich höhere Regeldichte bei der professionellen Pflege auf. Dies überrascht bei formaler Betrachtungsweise zumindest insofern, als durch beide Arten der Pflege der gleiche Bedarf gedeckt werden soll und der überwiegende Teil der Pflegebedürftigen durch nichtprofessionelle Pflegekräfte gepflegt wird. Jedenfalls wenn die nichtprofessionelle Pflege nicht wirtschaftlich motiviert ist,⁸⁹² wird sowohl in Deutschland als auch in Österreich weitgehend auf Vorgaben für den Inhalt der Pflege sowie auf wirklich effektive Kontrollen⁸⁹³ verzichtet. Über die Gründe kann letztlich nur spekuliert werden. So ist es denkbar, anzunehmen, dass bei altruistischer Motivation des Pflegenden der Pflegebedürftige weniger schutzbedürftig ist, als bei der Pflege durch wirtschaftlich motivierte professionelle Pflegekräfte. Auch können politische Erwägungen dafür sprechen, möglichst wenig in die Familie⁸⁹⁴ „hineinzuregieren“. Für Deutschland ist jedoch auch denkbar, gerade aufgrund der geringen Höhe des Pflegegeldes anzunehmen, es handele sich dabei gar nicht um eine einem konkreten Bedarf zuzuordnende Sozialleistung, sondern um eine im Vergleich zum Anspruchsausschluss des § 37 III SGB V moderne Form der Steuerung. Ist Pflege durch Familienangehörige möglich, wird nicht mehr wie durch § 37 III SGB V der Anspruch auf die Sachleistung ausgeschlossen, vielmehr soll das Pflegegeld zur Pflege durch Familienangehörige motivieren und damit die Inanspruchnahme von Pflegesachleistungen möglichst gering halten. Diese Art der Steuerung in Form eines Anreizes dürfte im Vergleich zu § 37 III SGB V, insbesondere so wie dieser von der Rechtsprechung ausgelegt wird, die letztlich nur auf die subjektive Zumutbarkeit Pflegebedürftigen und Pflegenden abstellt,⁸⁹⁵ auch die effektivere sein. Nimmt man jedoch an, dass es sich bei Pflegegeld nach § 37 SGB XI gar nicht um eine „echte“ Sozialleistung handelt, dann wird auch die geringere Verantwortung des Staates als Leistungsträger für den Inhalt der Pflege verständlich.

c) Pflege und Betreuung

Zwar wird in Deutschland und in Österreich die gesamte Erbringung von Pflegeleistungen unter dem Begriff „Pflege“ zusammengefasst. Für einen Teil der Pflegetätigkeiten, bei denen davon ausgegangen wird, dass deren Erbringung ein geringeres Maß an

892 Was im Geltungsbereich des HBeG der Fall ist.

893 In Österreich haben die Hausbesuche nach § 33a BPGG nur Beratungsfunktion und in Deutschland bestehen hinsichtlich der Effektivität der Beratungsbesuche nach § 37 III SGB XI Bedenken, siehe Pkt. C. III. 1. d) bb).

894 Ein Großteil der altruistisch motivierten Leistungen wird von Familienangehörigen erbracht.

895 BSG vom 30.03.2000 - B 3 KR 23/99 R, Rn. 17.

pflegespezifischem Fachwissen erfordert, wird der Begriff „Betreuung“ verwendet. In Deutschland ist diese Abgrenzung durch das Pflege-Neuausrichtungs-Gesetz etabliert worden, wodurch nunmehr im Rahmen der Leistungserbringung durch professionelle Pflegekräfte ein Zulassung als Betreuungsdienst möglich ist, § 125 SGB XI.⁸⁹⁶ Die Zulassungsvoraussetzungen des § 125 III SGB XI sind weniger streng, als die für einen Pflegedienst nach § 72 SGB XI. In Österreich werden die Tätigkeiten, die unter dem Begriff Betreuung zusammengefasst werden, im HBeG und in den §§ 3a, 3b GuKG beschrieben. Während Betreuungstätigkeiten auch von nichtprofessionellen Hausangestellten erbracht werden dürfen, sind für die Erbringung der sonstigen Pflegeleistungen, vorbehaltlich des Angehörigenprivilegs nach § 3 III GuKG, nur professionelle Pflegekräfte zugelassen. Auch wenn der Inhalt des Betreuungsbegriffes in Deutschland und Österreich nicht deckungsgleich ist, besteht doch eine gewisse Ähnlichkeit.⁸⁹⁷ Vor allem aber sind die Motive für die Einführung des Betreuungsbegriffes und der damit verbundenen Wirkungen vergleichbar. In beiden Ländern führt die Trennung zwischen Betreuung und übriger Pflege dazu, dass aufgrund der geringeren (Struktur-)Anforderungen, welche an die Erbringung von Betreuungsleistungen gestellt werden, eine größere Anzahl von Personen diese Voraussetzungen erfüllt. Im Ergebnis wird damit die Gruppe des potentiellen Pflegepersonals vergrößert.⁸⁹⁸ Damit lässt sich auf ein zentrales Motiv schließen, nämlich die Bekämpfung des Fachkräftemangels in der Pflege. Die Unterscheidung von Betreuung und übriger Pflege ist ein Kompromiss aus den Zielen einer möglichst hohen Pflegequalität einerseits und einer Erhöhung der Zahl der potentiellen Pflegepersonen andererseits. Indem nur weniger anspruchsvolle Tätigkeiten von den strengen Voraussetzungen für die Zulassung zur Leistungserbringung ausgenommen wurden, wird einerseits gewährleistet, dass die anspruchsvollen Tätigkeiten weiterhin dem bisherigen Qualitätssicherungsregime unterliegen und andererseits die Zahl der potentiellen Pflegepersonen für die weniger anspruchsvollen Tätigkeiten erhöht. Gegenüber einer Ausbildungs-offensive, die zu einer höheren Zahl an hochqualifi-

896 Die damit grundsätzlich verbundene Möglichkeit bestimmte Bereiche der Pflege von Standards mit genereller Geltung abzukoppeln und eine Individualisierung der Standards für die Betreuung zu ermöglichen, wird aber in Deutschland nicht genutzt, vgl. zur Notwendigkeit der Individualisierung Pflege, *Büscher/Klie*, Archiv des öffentlichen Rechts, S. 70, 78. Für die Qualitätsstandards bei Betreuungsleistungen verweist § 124 IV SGB XI auf das elfte Kapitel des SGB XI, so dass auch hier die generellen Maßstäbe und Grundsätze des § 113 SGB XI gelten. Der Weg der Individualisierung wird schon eher in Österreich, durch die Vereinbarung von Handlungsleitlinien zwischen Pflegebedürftigen und Betreuungskraft nach § 5 HBeG, gegangen.

897 Der Betreuungsbegriff der §§ 3a, 3b GuKG und des § 1 III HBeG ist weiter als der des § 124 II SGB XI. § 124 II SGB XI schließt sowohl die Grundpflege als auch die hauswirtschaftliche Versorgung vom Betreuungsbegriff aus. Auch in Österreich ist die Grundpflege weitgehend vom Betreuungsbegriff ausgenommen, die hauswirtschaftliche Versorgung ist jedoch Bestandteil der Betreuung.

898 So ausdrücklich BT-Drucks. 17/9369, S. 54; die Einführung des HBeG diene zunächst der Legalisierung einer bereits erfolgten aber illegalen Vergrößerung der Zahl der Pflegekräfte, vgl. *Binder/Fürstl-Grasser*, Vorwort, S. 3.

zierten professionellen Pflegekräften führt, hat diese Maßnahme den Vorteil, dass sie sofort wirkt.

2. Umfang der Leistungserbringung

Hinsichtlich des Umfangs unterscheiden sich die Leistungen nach dem BPGG in Österreich und dem SGB XI in Deutschland vor allem, wenn die Pflegeleistungen durch nichtprofessionelle Pflegekräfte erbracht werden. Während in Deutschland der Wert der Pflegesachleistungen für die professionelle Pflege deutlich höher ist als das Pflegegeld für die nichtprofessionelle Pflege, ist in Österreich das Pflegegeld nach dem BPGG gleich hoch, unabhängig davon, ob der Pflegebedürftige dann professionelle oder nichtprofessionelle Pflege in Anspruch nimmt. Dies hat für die Erbringung von Pflegeleistungen durch nichtprofessionelle Pflegekräfte auch Auswirkungen auf die Qualitätssicherung, die man so wahrscheinlich nicht erwarten würde. Durch die weitgehend freie Entscheidung, wie das Pflegegeld nach dem BPGG eingesetzt wird, entstand ein Markt für nichtprofessionelle Pflegekräfte, die pflegen, um damit ihren Lebensunterhalt zu verdienen.⁸⁹⁹ Es handelte sich dabei vor allem um Pflegekräfte aus Osteuropa. Offenbar hat sich ein Teil der Pflegebedürftigen bei der Verwendung des im Vergleich zu Deutschland deutlich höheren Pflegegeldes dazu entschieden, dieses nicht für teure professionelle Pflege auszugeben, sondern für kostengünstigere gegen Entgelt arbeitende nichtprofessionelle Pflegekräfte. Die Beschäftigung dieser nichtprofessionellen Pflegekräfte erfolgte zunächst überwiegend illegal, d.h. insbesondere ohne Anmeldung zur Sozialversicherung. Auf diesen neuen Markt musste dann durch Regulierung insbesondere in Form des HBeG reagiert werden. Erreicht werden soll sowohl eine Legalisierung der Beschäftigungsverhältnisse als auch die Sicherung der Qualität, durch die grundsätzliche Beschränkung dieser nichtprofessionellen Pflegekräfte auf Betreuungstätigkeiten.⁹⁰⁰

Ein solcher Markt ist in Deutschland hingegen jedenfalls nicht in diesem Umfang entstanden⁹⁰¹, was im Wesentlichen auf das Verhältnis von Pflegesachleistung und Pflegegeld zurückzuführen ist. Da das Pflegegeld in Deutschland deutlich geringer ist

899 Zum Umfang des Problems der 24-h-Betreuung, *Prochazkova/Schmidt*, Pflege und Betreuung zu Hause, in: *Pfeil* (Hrsg.), *Die Zukunft der Pflege und Betreuung in Österreich*, S. 139, 148.

900 Zugleich kann dadurch der Markt für die professionelle Pflege stabilisiert werden, *OECD/European Commission*, *A Good Life in Old Age?*, S. 30.

901 Dies ist jedenfalls zu vermuten, wenn man die Höhe der Geldleistung und den Grad ihrer Regulierung für einen wesentlichen Faktor beim Entstehen eines solchen Marktes hält, vgl. *Theobald*, Pflegepolitiken, Fürsorgearrangements und Migration in Europa, in: *Larsen/Joost/Heid* (Hrsg.), *Illegale Beschäftigung in Europa*, S. 28, 32. Dennoch wird auch in Deutschland „irreguläre Pflegearbeit“ als ernsthaftes Problem angesehen, *Emunds/Schacher*, *Ausländische Pflegekräfte in Privathaushalten*, S. 6ff.

als die Pflegesachleistung lohnt es sich schon rein wirtschaftlich nicht, eine nichtprofessionelle Pflegekraft gegen Entgelt zu beschäftigen. Jedoch kann aus den Erfahrungen in Österreich die Erkenntnis gewonnen werden, dass das Entstehen eines solchen Marktes auch in Deutschland wahrscheinlich ist, wenn das Pflegegeld deutlich erhöht würde oder Pflegesachleistungen im Rahmen des persönlichen Budgets nach § 17 SGB IX in vollem Umfang budgetierbar würden.⁹⁰²

3. Steuerungsinstrumente

a) Deutschland

Durch die Gegenüberstellung der eingesetzten Steuerungsinstrumente für die professionelle und nichtprofessionelle Pflege auf den einzelnen Stufen des Qualitätskreislaufes lassen sich zunächst die bestehenden Unterschiede zwischen professioneller und nichtprofessioneller Pflege verdeutlichen. Im Anschluss daran können mittels eines Gedankenexperimentes, nämlich der Übertragung von Steuerungsinstrumenten von der professionellen Pflege auf die nichtprofessionelle Pflege, einige Gründe für die bestehenden Unterschiede gefunden werden.

Wesentliche Unterschiede sind bereits am Beginn des Qualitätskreislaufes, nämlich bei der Erstellung der Sollensanforderungen, zu finden. Für die nichtprofessionelle Pflege erfolgt dies durch gesetzliche Anordnung in § 37 I 2 SGB XI mittels eines unbestimmten Rechtsbegriffes, der Sicherstellung der Versorgung in „geeigneter Weise“. Ebenfalls eine gesetzliche Anordnung enthält § 11 I 1 SGB XI. Dieser verweist dann jedoch dynamisch auf Sollensanforderungen, nämlich den „allgemein anerkannten Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse“, die allein in der gesellschaftlichen Sphäre gebildet werden. Betrachtet man also nur den Prozess der Erstellung der Sollensanforderungen, so werden diese bei § 37 I 2 SGB XI für die nichtprofessionelle Pflege vom Staat im Wege der Hierarchie festgeschrieben. § 11 I 1 SGB XI enthält hingegen einen Verweis auf im Wege des Wettbewerbs entstandene Regeln. Die Erstellung der Sollensanforderungen nach § 113 SGB XI erfolgt im Wege der Verhandlung, also durch Kooperation. Zur Gewährleistung der Einheitlichkeit der Sollensanforderungen nach § 113 SGB XI wird nicht mit einzelnen Leistungserbringern verhandelt, sondern mit allen⁹⁰³ Leistungserbringern als Kollektiv.

902 Wozu es einer Änderung des § 35a I 1 2.HS SGB XI bedürfte, welche aber häufig gefordert wird, vgl. *Klie*, in: *Klie/Krahmer*, LPK-SGB XI, § 35a, Rn. 6-8.

903 Es sind nicht zwingend alle Leistungserbringer an den Verhandlungen beteiligt. Zum Problem der Außenseiter siehe Pkt. C. II. 1. a) aa) (3).

Ergebnis der unterschiedlichen Steuerungsinstrumente bei professioneller und nicht-professioneller Pflege ist zum einen, dass die nichtprofessionellen Pflegekräfte an der Erstellung der für sie geltenden Sollensanforderungen nicht beteiligt sind. Zum anderen sind die hierarchisch festgelegten Sollensanforderungen nicht dynamisch. Dies mag zwar nicht zwingend immer für hierarchisch festgelegten Sollensanforderungen gelten, es ist jedoch für den Steuerungsmodus Hierarchie, zumal wenn durch formelles Gesetz gehandelt wird, typisch. Für das Steuerungsinstrument Wettbewerb hingegen ist die Dynamik typisch. Auch die im Wege der Kooperation entstandenen Sollensanforderungen sind einfacher abänderbar als die durch formelles Gesetz. Zusammenfassend kann man also festhalten, dass für die professionelle Pflege die Sollensanforderungen unter Beteiligung der professionellen Pflegekräfte entwickelt werden und dass diese dynamisch sind, während es bei der nichtprofessionellen Pflege sowohl an der Beteiligung als auch an der Dynamik fehlt.

Hält man sowohl Dynamik als auch Beteiligung für erstrebenswert, beispielsweise, weil man annimmt, dass Beteiligung zu mehr Akzeptanz führt⁹⁰⁴ und Dynamik notwendige Bedingung für die Weiterentwicklung der Qualität ist⁹⁰⁵, dann liegt es nahe, die Instrumente zur Entwicklung der Sollensanforderungen der professionellen Pflege auch bei der nichtprofessionellen Pflege einzusetzen. Bei diesem Versuch der Übertragung der Instrumente für die professionelle Pflege auf die nichtprofessionelle Pflege stellt man fest, dass dies jedenfalls nicht eins zu eins möglich ist. So ist eine Entwicklung von Standards, die vergleichbar mit dem „allgemein anerkannten Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse“ sind, durch nichtprofessionelle Pflegekräfte nicht möglich. Ein solcher allgemein akzeptierter Wissensstand einer Profession oder hier „Nichtprofession“ kann sich nur durch wissenschaftlichen und praktischen Diskurs herausbilden. Dafür fehlt es bei den nichtprofessionellen Pflegekräften sowohl an Wissen als auch an der notwendigen Organisation. Ist also eine Entwicklung durch die nichtprofessionellen Pflegekräfte nicht möglich, kommt noch die Entwicklung durch die professionellen Pflegekräfte in Betracht. Ein solcher dynamischer „allgemein anerkannter Stand der nichtprofessionellen Pflege“ könnte von der Pflegewissenschaft durchaus entwickelt werden, allerdings müsste man auch für die Frage, wann es sich um einen „anerkannten“ Stand handelt, wegen der fehlenden Organisation der nichtprofessionellen Pflegekräfte auf die professionellen Pflegekräfte abstellen. Auch ist fraglich, ob die Pflegewissenschaft die Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte jemals als Gegenstand der eigenen Wissenschaft betrachten wird, denn nur dann wird sie auch Standards für die nichtprofessionelle Pflege entwickeln. Im Wege des Wettbewerbs ist es also nicht möglich, dynamische Sollensanforderungen für die nichtprofessionelle Pflege unter Beteiligung der nichtprofessionellen Pflegekräfte zu entwickeln. Aber auch im Wege der Kooperation analog zu § 113 SGB XI ist dies nicht möglich. Für den Abschluss eines solchen Kollektivvertrages fehlt es bei den nichtprofessionellen Pflegekräften an der

904 Zum sog. Kooperationsgewinn siehe Fn. 407.

905 Zum großen Qualitätskreislauf siehe Pkt. B. II. 1. a) cc).

notwendigen Organisation. Einzelverträge wären zwar theoretisch denkbar, gewährleisten aber, wenn der Inhalt der Sollensanforderungen tatsächlich auch Gegenstand der Verhandlungen sein soll, nicht die notwendige Einheitlichkeit der Sollensanforderungen.

Bei formaler Betrachtung erfolgt auch die Herstellung der Verbindlichkeit der Sollensanforderungen durch unterschiedliche Steuerungsmodi. Während die Sollensanforderungen des § 37 I 2 SGB XI unmittelbar durch gesetzliche Anordnung, also im Wege der Hierarchie, verbindlich werden, bedarf es für die professionelle Pflege des Abschlusses eines Versorgungsvertrages nach § 72 I SGB XI. Formal werden die Sollensanforderungen bei der professionellen Pflege also im Wege der Kooperation verbindlich. Allerdings wurde bereits ausgeführt, dass § 72 SGB XI letztlich keine anderen Wirkungen hat als ein hierarchisches Steuerungsinstrument.

Weitere wesentliche Unterschiede sind auf der Ebene der Reaktion auf die Überwachungsergebnisse zu finden. Während bei der nichtprofessionellen Pflege nur hierarchisch reagiert wird, kommen bei der professionellen Pflege sowohl hierarchische Steuerungsinstrumente als auch Instrumente, die auf Wettbewerb setzen, zum Einsatz. Qualitätswettbewerb soll bei der professionellen Pflege durch die Veröffentlichung der Prüfberichte (Transparenz) nach § 115 Ia SGB XI entstehen. Ein Qualitätswettbewerb unter den Leistungserbringern bei der nichtprofessionellen Pflege ist jedoch ausgeschlossen, wenn diese durch Angehörige, Freunde oder Nachbarn erbracht wird. In diesem Fall fehlt es bereits am Bestehen eines Marktes, so dass Wettbewerb als Steuerungsinstrument hier von vornherein ausscheidet. Jedenfalls für die zentralen Bereiche der nichtprofessionellen Pflege ist auch hier eine Übertragung von Instrumenten der professionellen Pflege nicht möglich.

b) Vergleich mit Österreich

Beim Vergleich mit Österreich wird für die Erstellung der Sollensanforderungen deutlich, dass auch hier keine Lösung für die Erstellung dynamischer Sollensanforderungen für die nichtprofessionelle Pflege zu finden ist. Die Situation ist mit Deutschland vergleichbar, wenn man professionelle Pflege und die Pflege durch Angehörige, Nachbarn und Freunde vergleicht. Für diesen Bereich der nichtprofessionellen Pflege gelten über die Pflicht zur zweckgemäßen Verwendung des Pflegegeldes, § 20 I BPGG, mit § 37 I 2 SGB XI vergleichbare Anforderungen, die ebenfalls hierarchisch erstellt werden. Für die professionelle Pflege gilt wie in Deutschland der anerkannte pflegerische Standard, § 4 I 2 GuKG, dessen Erstellung durch Wettbewerb erfolgt und in den einzelnen Ländern i.d.R. zwischen Sozialhilfeträger und Leistungserbringer ausgehandelte Standards.

Eine interessante Lösung bietet Österreich für die Überwachung der nichtprofessionellen Pflege. In Deutschland setzt man dafür auf eine Kombination aus hierarchischer und kooperativer Steuerung innerhalb eines einzigen Steuerungsinstrumentes. Durch § 37 III SGB XI sollen zugleich Kontrolle und Beratung erfolgen. Die Untersuchung von *Büscher* zeigt, dass dies jedenfalls aus Sicht der nichtprofessionell Pflegenden und aus Sicht der Pflegebedürftigen nicht möglich ist. Diese nehmen vor allem die Kontrollfunktion wahr und sind deshalb weniger zur Zusammenarbeit mit dem beratenden und kontrollierenden Pflegedienst bereit, so dass die Effektivität der Beratung leidet.⁹⁰⁶ Auch die Effektivität der Kontrollfunktion leidet durch die Gleichzeitigkeit von Akquise und Kontrolle auf Seiten der Pflegedienste.⁹⁰⁷ In Österreich hingegen erfolgen Kontrolle und Beratung getrennt, wodurch die negative gegenseitige Beeinflussung vermieden werden kann. So erfolgt die Kontrolle über § 33b II BPGG zunächst durch Mitwirkungspflichten des Pflegebedürftigen und nur bei Anlass als Prüfung vor Ort durch Angestellte der Leistungsträger. Getrennt davon erfolgt eine Beratung nach § 33a S. 2 BPGG. Die Teilnahme an der Beratung steht den Pflegebedürftigen frei. Auch erfolgen Kontrolle nach § 33b II BPGG und Beratung nach § 33a S. 2 BPGG durch verschiedene Personengruppen, so dass auch dadurch die Trennung beider Instrumente für Pflegebedürftigen und nichtprofessionell Pflegende deutlich erkennbar wird. Durch die Trennung von Kontrolle und Beratung ist für die Beratung eine höhere Akzeptanz und Mitwirkungsbereitschaft bei den Pflegebedürftigen und den nichtprofessionell Pflegenden zu erwarten. Auch vermeidet die Kontrolle durch Angestellte der Leistungsträger die negativen Auswirkungen der Akquise auf die Kontrolle. Eine andere Frage ist, ob für eine effektive Kontrolle anlassbezogene Hausbesuche ausreichen.

Bei der Reaktion auf die Überwachungsergebnisse bei Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte unterscheiden sich Deutschland und Österreich zwar in der rechtlichen Ausgestaltung der Sanktion, zu unterschiedlichen Ergebnissen wird dies jedoch kaum führen. Wird in Deutschland die Pflege nicht in geeigneter Weise sichergestellt, so besteht kein Anspruch auf Pflegegeld. Misslingt in Österreich die zweckgemäße Verwendung des Pflegegeldes, wird dieses von Amts wegen durch Sachleistungen ersetzt. Zu diesem Zeitpunkt scheint die Situation des Betroffenen in Österreich insoweit besser zu sein, als er weiterhin Pflegeleistungen erhält, auch wenn er die Sollensanforderungen für das Pflegegeld nicht erfüllen konnte. Jedoch wird auch in Deutschland die Pflegekasse nach dem Entzug des Pflegegeldes darauf hinwirken, dass der Pflegebedürftige Pflegesachleistungen beantragt. Dazu ist sie aufgrund der Unterrichts- und Beratungspflicht nach § 7 II 1 SGB XI auch verpflichtet. Da letztlich auch in Österreich die Annahme von Pflegesachleistungen nicht erzwungen werden kann, vgl. § 20 I 2 BPGG, kommt man für die Zukunft in beiden Ländern regelmäßig zum gleichen Ergeb-

906 *Büscher/Holle, et al.*, Beratungsbesuche nach § 37 Abs. 3 SGB XI, S. 31, 43.

907 *Büscher/Holle, et al.*, Beratungsbesuche nach § 37 Abs. 3 SGB XI, S. 22; ausführlich zu diesen sich gegenseitig negativ beeinflussenden Wirkungen bei § 37 III SGB XI, C. III. 1. d) bb).

nis. Ist der Pflegebedürftige einverstanden, erhält er fortan Pflegesachleistungen. Rückforderungen des Pflegegeldes mit Wirkung für die Vergangenheit sind in Österreich durch § 20 I 1 BPGG ausgeschlossen, da die Umwandlung erst ab Zustellung des Bescheides nach § 20 BPGG wirkt.⁹⁰⁸ In Deutschland erfolgt der Schutz für die Vergangenheit über § 45 II SGB X, wenn die Voraussetzungen des § 37 I 2 SGB XI von Anfang an nicht erfüllt wurden und nach § 48 I SGB X, wenn sie nachträglich entfallen sind.

Für die professionelle Pflege unterstützt Österreich nicht den Qualitätswettbewerb unter den Leistungserbringern in der Form, wie dies in Deutschland durch die Transparenzberichte nach § 115 Ia SGB XI geschieht. Dies verwundert insofern als das österreichische Geldleistungssystem grundsätzlich mehr Wettbewerb als das deutsche Sachleistungssystem erlauben würde. Transparenz wird gerade bei Geldleistungssystemen als die zentrale Voraussetzung für das Funktionieren von Wettbewerb angesehen. Nun kann man bezüglich der Gründe für das Fehlen der staatlichen Herstellung von Transparenz nur Vermutungen anstellen. Ausgeschlossen werden kann, dass diese in Österreich ohne staatliche Steuerung entsteht. Die Informationsasymmetrie bei Pflegedienstleistungen wurde bereits dargestellt. Eine private Stelle, die Pflegedienstleister prüft und vergleicht, gibt es nicht. Ein Grund dafür, dass dennoch auf die Herstellung von Transparenz verzichtet wird, könnte im System der Leistungserbringung selbst liegen, nämlich in der schwachen Stellung der Leistungsträger. Diese nehmen abgesehen von der zweckgemäßen Verwendung des Pflegegeldes keinen Einfluss auf die Qualität der Pflegemaßnahmen. Erfolgt dies jedoch nicht durch die Leistungsträger, muss eine andere staatliche Stelle geschaffen und entsprechend ausgestattet werden. Diesen sehr aufwendigen Schritt ist Österreich nicht gegangen. Im Ergebnis gibt es damit keine staatliche Stelle, die die Qualität der Pflegeleistungen bei professioneller Pflege systematisch kontrolliert und damit auch keine Stelle, die Prüfberichte veröffentlichen könnte.

In beiden Ländern wird anhand der Defizite auf der Ebene der Herstellung des Kreislaufes sichtbar, dass die Übertragung des betriebswirtschaftlichen Ansatzes des Qualitätskreislaufes auf die staatliche Steuerung der Erbringung von Pflegedienstleistungen nur möglich ist, wenn die besondere Komplexität des Systems der Leistungserbringung berücksichtigt wird. Es fehlt sowohl in Deutschland als auch in Österreich vor allem an einem systematischen Informationstransfer von den Überwachenden zu denen, die die Sollensanforderungen erstellen. Dies ist in Österreich insoweit verständlich, als hier insgesamt ein etwas anderes Konzept der Qualitätssicherung verfolgt wird. Der Staat beabsichtigt gar nicht, in die ständige Weiterentwicklung der Qualität steuernd einzugreifen. Vielmehr sind für die Erstellung der Sollensanforderung nur die Pflegewissenschaft und die Berufsträger zuständig. Diese sollen die Aufgabe der Erstellung vor al-

908 Insbesondere ist die zweckgemäße Verwendung des Pflegegeldes anders als die Sicherstellung der Pflege in geeigneter Weise in Deutschland nicht Anspruchsvoraussetzung. Die zweckwidrige Verwendung führt deshalb auch nicht zur Ersatzpflicht nach § 11 I BPGG.

lem eigenverantwortlich wahrnehmen. Dadurch und durch einen eigenverantwortlichen Tätigkeitsbereich der Pflegefachkräfte⁹⁰⁹ soll das Selbstvertrauen und die Attraktivität der Berufsgruppe gestärkt werden. In Deutschland wird hingegen insbesondere durch die §§ 113, 113a SGB XI deutlich, dass der Staat selbst zur ständigen Weiterentwicklung der Sollensanforderungen beitragen will und dies nicht ausschließlich Pflegewissenschaft und Berufsträgern überlassen will. Dann sollte jedoch die Lücke im Kreislauf durch eine stärkere Beteiligung des MDK an der Erstellung der Sollensanforderungen geschlossen werden.⁹¹⁰

4. Sozialrecht oder Ordnungsrecht

Ein Großteil der Qualitätssicherung erfolgt durch Sozialrecht oder Ordnungsrecht, jedenfalls wenn man das Berufsrecht dem (besonderen) Ordnungsrecht zurechnet. Zunächst soll der Frage nachgegangen werden: Hat der Ort der Regelung Auswirkungen auf die Auslegung der Norm? Oder anders gefragt: Gibt es eine besondere sozialrechtliche beziehungsweise eine besondere ordnungsrechtliche Logik bei der Normanwendung? Natürlich gelten in beiden Bereichen die gleichen Auslegungsmethoden. Jedoch könnte ein Unterschied zwischen Sozialrecht und Ordnungsrecht gerade bei der Feststellung des Zwecks der Regelung liegen. So flankieren sozialrechtliche Vorschriften zur Qualitätssicherung die Erbringung der jeweiligen Sozialleistung. D.h. es soll nicht nur der Leistungsempfänger möglichst gute Leistungen erhalten,⁹¹¹ sondern die Leistungen sollen zugleich effizient sein. Im Ordnungsrecht hingegen spielt die Effizienz keine Rolle. Es soll nur vor Gefahren schützen. Dies führt dazu, dass im Sozialrecht auch kompromisshafte Sollensanforderungen entstehen, vgl. die §§ 113f. SGB XI, während das Ordnungsrecht durchweg auf die fachlichen Standards Bezug nimmt. Die Doppelfunktion der Qualitätssicherung durch Sozialrecht hat Auswirkungen auf die Auslegung des § 113 I 1 SGB XI insbesondere was Gegenstand und Inhalt möglicher Vereinbarungen angeht. So muss es sich bei der Vereinbarung um „Maßstäbe und Grundsätze der Qualität und Qualitätssicherung“ handeln. Unter Beachtung der Doppelfunktion der Qualitätssicherung im Sozialrecht bedeutet dies, dass nicht nur Vereinbarungen hinsichtlich der Güte der Pflegeleistungen, sondern auch deren Effizienz⁹¹² betreffend getroffen werden können.

909 Hanika, PflR 2012, S. 694, 700f.

910 Zu den vom MDK gewonnenen Informationen bei der Überwachung der Leistungserbringer siehe Pkt. C. II. 1. g) bb).

911 Wodurch er zugleich auch vor Gefahren, die von der Leistungserbringung ausgehen, geschützt wird.

912 Vereinbarungen bezüglich der Vergütung sind über § 113 SGB XI gleichwohl nicht möglich, da die §§ 82ff. SGB XI spezieller und abschließend sind. Hingegen sind Vereinbarungen möglich, die eine möglichst effektive Erbringung der Pflegedienstleistungen zum Inhalt haben.

Nicht nur für den Rechtsanwender, sondern auch für den Gesetzgeber ist die Frage, ob Qualitätssicherung durch Sozialrecht oder durch Ordnungsrecht erfolgen soll, von entscheidender Bedeutung. Denn betrachtet man die leistungsrechtlichen Grundsituationen in denen ein Pflegebedürftiger Pflegeleistungen in Anspruch nehmen kann, dann haben ordnungsrechtliche Vorschriften die größere Reichweite. Qualitätssicherung durch Sozialrecht im Sachleistungssystem hat dagegen den Vorteil der wirkungsvollen Sanktionsmöglichkeiten im Verhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer. In einem Vergleich zwischen Deutschland und Österreich lässt sich feststellen, dass Deutschland für die häusliche Pflege vor allem auf Qualitätssicherung durch Sozialrecht setzt und Österreich vor allem auf Qualitätssicherung durch Ordnungsrecht (Berufsrecht und Gewerberecht).

5. Der Beitrag der zivilrechtlichen Haftung zur Qualitätssicherung

Dem zivilrechtlichen Haftungsrecht bei Pflegefehlern wird für die Zukunft eine große Bedeutung vorhergesagt. Begründet wird dies mit der bereits bestehenden Bedeutung des Arzthaftungsrechts und der immer größer werdenden Zahl an Pflegebedürftigen.⁹¹³ Die geringe gegenwärtige Bedeutung des zivilrechtlichen Haftungsrechts bei Pflegefehlern trotz der schon großen Anzahl von Pflegebedürftigen spricht jedoch dafür, dass der Beitrag des Zivilrechts zur Qualitätssicherung von Pflegeleistungen geringer ist und auch geringer bleiben wird als der zur Qualitätssicherung von ärztlichen Leistungen. Es lässt sich vermuten, dass der Grund dafür in der strukturell deutlich schwächeren Position des Pflegebedürftigen gegenüber dem Pflegedienst im Vergleich zum Patienten gegenüber dem Arzt zu sehen ist. Diese strukturell schwache Position des Pflegebedürftigen lässt sich wie folgt begründen. Im Gegensatz zum Verhältnis zwischen Arzt und Patient ist das Verhältnis zwischen Pflegedienst und Pflegebedürftigen regelmäßig auf Dauer ausgelegt. Im Rahmen einer solchen rechtlichen wie tatsächlichen Dauerbeziehung würde die gerichtliche Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches wegen eines Pflegefehlers einen Vertrauensbruch bedeuten. Der Pflegebedürftige stünde vor einer ungewissen Zukunft. Entweder muss er sich einen neuen Pflegedienst suchen, dessen Qualität er im Voraus nur schwer einschätzen kann, oder er behält seinen alten Pflegedienst trotz des nunmehr angespannten Verhältnisses. Neben der rechtlichen Dauerbeziehung führt auch die besondere und regelmäßig ansteigende Hilfsbedürftigkeit der Pflegebedürftigen zu der strukturell schwachen Position.

Resultiert nun aber aus der strukturell schwachen Position des Pflegebedürftigen eine nur geringe Wirkung der zivilrechtlichen Haftung, so spricht dies für den Einsatz öffentlich-rechtlicher Qualitätssicherungsinstrumente auch unabhängig vom Sozialleistungs-

913 Huber, ÖZPR 2011, S. 154, 158.

bezug und damit auch für die Regelungen wie im Hamburgischen Wohn- und Betreuungsqualitätsgesetz und im Hessischen Gesetz über Betreuungs- und Pflegeleistungen.

6. *Qualitätssicherung im föderalen Staat*

Dass es Folge eines föderalen Systems sein kann, dass die Gesetzgebungs- und/oder Verwaltungskompetenz für eine zusammenhängende Materie zwischen Gesamt- und Gliedstaaten geteilt sind, ist selbstverständlich und kaum erwähnenswert. Etwas anderes gilt jedoch für die Möglichkeit des Vergleiches zweier föderaler Systeme im Umgang mit einer konkreten Aufgabe, nämlich der Gewährleistung der sozialen Sicherung bei Pflegebedürftigkeit. Dieser Vergleich ermöglicht einen vertieften Blick in das Verfassungsleben beider Länder.

So hat es in Deutschland für die Entscheidung zugunsten der Lösung der sozialen Sicherung für Pflegebedürftige im Wege der Sozialversicherung sicherlich auch eine Rolle gespielt, dass der Bund hierzu die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 I Nr. 12 GG besitzt. Die Übertragung der Gesetzgebungskompetenz für das Heimrecht vom Bund an die Länder führt hingegen zu zwei Problemen: Zum einen stellt sich die Frage, inwieweit die Länder neben dem klassischen Heimrecht auch die Kompetenz haben, die Erbringung ambulanter Pflegeleistungen zu regulieren.⁹¹⁴ Zum anderen entsteht durch die Existenz von 16 teils sehr unterschiedlichen Landesheimgesetzen ein erhöhter Koordinierungsbedarf zwischen den Regelungen zur Qualitätssicherung in den Landesheimgesetzen und der Qualitätssicherung im SGB XI. So ist es nicht sinnvoll, unterschiedliche oder gar sich widersprechende Sollensanforderungen an die Leistungserbringer zu stellen. Auch ist es zur Gewährleistung einer effizienten Verwaltung erforderlich, die Kontrolleinsätze zu koordinieren.

In Österreich waren zu Beginn des Tätigwerdens der Gesetzgeber für die soziale Sicherung bei Pflegebedürftigkeit außerhalb des Sozialhilferechts die Gesetzgebungskompetenzen weit stärker zwischen dem Bund und den Ländern verteilt als in Deutschland. So lag die Kompetenz für die Regulierung der Pflegedienstleistungen bei den Ländern. Nur diese konnten somit sicherstellen, dass ausreichend Pflegedienste zu Verfügung stehen und dass die Leistungserbringung mit einer angemessenen Qualität erfolgt. Die Gesetzgebungskompetenz für das Pflegegeld war zunächst zwischen dem Bund und den Ländern geteilt, steht jedoch nach einer Verfassungsänderung mittlerweile dem Bund allein zu.⁹¹⁵ Um eine Geldleistung an Pflegebedürftige erbringen zu können und zugleich sicherzustellen, dass diese mit dem Geld auch Pflegedienstleistungen einkaufen können, waren also aufeinander abgestimmte gesetzgeberische Maßnahmen des Bundes und der Länder erforderlich. Da diese politische Notwendigkeit vom Bund

914 Zu diesem Problem, siehe Pkt. C. II. 1. a) aa) (1).

915 Siehe Pkt. D. I. 1.

und von den Ländern erkannt wurde, nutzten Bund und Länder die Möglichkeit der österreichischen Bundesverfassung zum Abschluss einer Vereinbarung nach Art. 15a I 1 B-VG, in der sich die Beteiligten dazu verpflichteten, die notwendigen Maßnahmen innerhalb ihres Kompetenzbereiches zu treffen und zwar in allen Länder nach vergleichbaren Maßstäben. Diese Verträge, die nach Art. 15a III B-VG wie völkerrechtliche Verträge behandelt werden, ermöglichen es auf politischem Weg, in einem formalisierten Verfahren und mit Rechtssicherheit für die Zukunft bundesweit vergleichbare Verhältnisse in Bereichen herzustellen, in denen die Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern liegt. Die Notwendigkeit der nachträglichen Koordinierung kann so durch Planung ersetzt werden.⁹¹⁶

7. Der fehlende Wissenstransfer

In Deutschland wird jedenfalls mit den sozialrechtlichen Instrumenten der Qualitätssicherung bei professioneller Pflege eindeutig das Ziel der ständigen Weiterentwicklung der Qualität verfolgt. Mithilfe des modifizierten Qualitätskreislaufes konnte jedoch gezeigt werden, dass hier, wie in allen anderen Fällen, der notwendige Wissenstransfer von einem zum nächsten Durchlauf des Qualitätskreislaufes nicht gewährleistet ist. Der Wissenstransfer ist die zentrale Schaltstelle, damit die einzelnen Durchläufe des Qualitätskreislaufes nicht isoliert nebeneinander stehen, sondern ein einheitlicher und fortlaufender Kreislauf entsteht. Der Fehler des fehlenden Wissenstransfers liegt dabei nicht beim Modell des Qualitätskreislaufes, der in seiner nicht modifizierten Form den Wissenstransfer nicht als gesonderte Stufe vorsieht, sondern offenbar als selbstverständlich voraussetzt. Der Fehler wurde bei der Übertragung des Modells auf die komplizierte Wirklichkeit der Erbringung von Pflegesachleistungen gemacht und kann dementsprechend auch korrigiert werden. Dazu muss gewährleistet werden, dass die im Rahmen der Überwachung gewonnenen Erkenntnisse auch zu denen gelangen, die für die Erstellung der Sollensanforderungen verantwortlich sind.

916 Auch in Deutschland besteht die Möglichkeit von Staatsverträgen zwischen Bund und Ländern in Form von völkerrechtlichen Verträgen. Kritisch zur Möglichkeit des Abschlusses rechtlich verbindlicher Verträge zwischen dem Bund und den Ländern, *Henle*, Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund, Ländern und Gemeinden, S. 155f.

II. Ziele und Möglichkeiten der Formalisierung der informellen Pflege

Mit der Formulierung von Vorschlägen an den Gesetzgeber zur stärkeren Regulierung der informellen Pflege verlässt diese Arbeit keineswegs den rechtswissenschaftlichen Boden. Auch die Normerzeugung ist Gegenstand der Rechtswissenschaft.⁹¹⁷ Zwar sind die hier gemachten Vorschläge nur rechtspolitischer Art und noch keine wirkliche Normerzeugung. Ernstgemeinte rechtspolitische Vorschläge sollten, insbesondere wenn sie im Vorschlag eines konkreten Gesetzestextes bestehen, den Anforderungen einer Wissenschaft von der Gesetzgebung genügen. Ausgangspunkt dieser Wissenschaft von der (richtigen, beziehungsweise guten) Gesetzgebung ist ein konkretes Ziel, nämlich die Steuerung der Lebenswirklichkeit.⁹¹⁸ Doch in welche Richtung soll die Lebenswirklichkeit gesteuert werden? Ob die Beantwortung dieser Frage auf streng wissenschaftliche Weise im Sinne eines objektiv richtigen und werturteilsfreien Ziels formuliert werden kann, ist eher zweifelhaft.⁹¹⁹ Deshalb sollen hier für die Formulierung des Ziels bereits vorhandene pflegewissenschaftliche Vorschläge aufgegriffen werden. Die eigentliche rechtswissenschaftliche Aufgabe ist es dann, geeignete Mittel zum Erreichen dieses Ziels zu finden.

Als noch sehr allgemeines Ziel lässt sich der Anspruch formulieren, die Erbringung von Pflegeleistungen zukunftsfähig zu machen, also eine Anpassung an die veränderten Bedingungen zu erreichen. Das konkrete Ziel der Formalisierung der informellen Pflege ist es, den Anschluss an die sich insbesondere durch Erkenntnisse der Pflegewissenschaft weiterentwickelnde formelle Pflege zu gewährleisten und damit zugleich eine Weiterentwicklung der informellen Pflege zu ermöglichen. Nur so kann verhindert werden, dass das Auseinanderentwickeln beider, letztlich auf das gleiche Ziel gerichteten, Arten der Erbringung von Pflegeleistungen weiter voranschreitet und es kann gelingen, eine Grundlage für die in Zukunft verstärkt notwendige gemeinsame Leistungserbringung⁹²⁰ zu schaffen.

917 *Maihofer*, Gesetzgebungswissenschaft, in: *Winkler/Antoniolli* (Hrsg.), Gesetzgebung, S. 2, 13; sowie selbstverständlich davon ausgehend, *Savigny*, Dem Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, S. 48ff, 111ff.

918 *Fleiner*, Entwurf und Gestaltung von Gesetzesnormen, in: *Winkler/Antoniolli* (Hrsg.), Gesetzgebung, S. 137, 139.

919 Zum Vergleich von objektiven und relativen Ansätzen beim Finden des Ziels, *Emmenegger*, Gesetzgebungskunst, S. 137ff.; zu einer praktikablen, dann aber relativen induktiven Methode, *Fleiner*, Entwurf und Gestaltung von Gesetzesnormen, in: *Winkler/Antoniolli* (Hrsg.), Gesetzgebung, S. 137, 143f. Zur „Objektivität“ bzw. zur „Wertfreiheit“ der Wissenschaft, *Weber*, Der Sinn der »Wertfreiheit« der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften (1917), in: *Weber* (Hrsg.), Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, S. 489; *Weber*, Wissenschaftslehre, S. 146ff.

920 Zur Verhinderung der Überlastung von pflegenden Angehörigen einerseits, vgl. *Fraensen*, Wie sollen die Leistungen einer Pflegeversicherung aussehen, in: *Kytir/Münz* (Hrsg.), Alter und Pflege,

Zunächst kann gezeigt werden, dass dieses Ziel nicht erreicht werden kann, indem einfach die Instrumente der Qualitätssicherung, die für die formelle Pflege im Wesentlichen zur ständigen Weiterentwicklung der Pflegequalität führen sollen, entsprechend auf die informelle Pflege übertragen werden. Dazu kann auf die im doppelten Vergleich gewonnen Ergebnisse zurückgegriffen werden. So ist es nicht möglich, dynamische Sollensanforderungen durch Verweis auf fachliche Standards zu erstellen. Die bestehenden fachlichen Standards für die professionelle Pflege können von nichtprofessionell Pflegenden nicht eingehalten werden, da die dazu notwendige Ausbildung gerade fehlt. Ebenso fehlt es jedenfalls bisher an Institutionen, die speziell auf nichtprofessionell Pflegende zugeschnittene vereinfachte Standards entwickeln können.⁹²¹ Auch die Vereinbarung einheitlicher Standards in kollektiven Verträgen analog zu § 113 SGB XI würde daran scheitern, dass informell Pflegende nicht ausreichend organisiert sind. Auf der Ebene der Reaktion auf die Überwachungsergebnisse kann das in Deutschland zwar in der derzeitigen Form umstrittene, insgesamt aber wichtige Instrument der Transparenz der Prüfergebnisse nicht zur Qualitätssicherung eingesetzt werden. Transparenz soll dazu führen, den Pflegebedürftigen eine informierte Entscheidung am Markt bei der Auswahl des Pflegedienstes zu ermöglichen und auf diese Weise einen Qualitätswettbewerb unter den Pflegediensten zu schaffen. Es wurde jedoch bereits dargelegt, dass für die informelle Pflege, jedenfalls wenn diese durch Angehörige und Freunde erfolgt, kein Markt besteht, weshalb auch das Steuerungsinstrument Wettbewerb, zu dem auch die Herstellung von Transparenz gehört, von vornherein ausscheidet.

Zwar gibt es bereits Instrumente, die der Qualitätssicherung der informellen Pflege dienen. In ihrer gegenwärtigen Ausprägung führen diese jedoch nicht zu einer systematischen Weiterentwicklung der Qualität über den Einzelfall hinaus.⁹²² Insbesondere führen die bereits beschriebenen Möglichkeiten zur Förderung informell Pflegender nicht zu einer Berücksichtigung neuer pflegewissenschaftlicher Erkenntnisse und damit auch nicht zu einer Weiterentwicklung der Qualität.

S. 195, 212f. und zur Begrenzung der aus dem Fachkräftemangel folgenden Probleme andererseits. Zum erwarteten Fachkräftemangel vgl. auch die Mitteilung der AOK vom 17.03.2014, dass ein verschärfter Fachkräftemangel zu erwarten ist, siehe http://www.aok-gesundheitspartner.de/bund/pflege/meldungen/index_11603.html (besucht am 11.07.2014).

921 Zwar ist es grundsätzlich denkbar, mit dieser Entwicklung zu beginnen und dies auch staatlich zu fördern. Bisher gibt es dafür aber keine Ansätze, so dass erste Ergebnisse erst in ferner Zukunft zu erwarten wären.

922 Dies bedeutet nicht, dass Instrumente wie Kurzzeitpflege, Beratung und bessere Rehabilitationsmöglichkeiten keinen Beitrag zur Sicherung der informellen Pflege leisten. Im Gegenteil: Die Unterstützung informell Pflegender ist häufig eine notwendige Bedingung dafür, dass diese Form der Pflege überhaupt vom Pflegebedürftigen gewählt werden kann. Diese Instrumente sind aber nicht hinreichend für eine Weiterentwicklung der Qualität.

Ein eigenes dynamisches Qualitätssicherungsrecht für die informelle Pflege ist unrealistisch.⁹²³ Ein starres Qualitätssicherungsrecht führt jedoch zur Abkoppelung von neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen. Dynamische Qualitätsanforderungen sind eine notwendige Bedingung für die ständige Weiterentwicklung der Qualität. Gelingt die Weiterentwicklung nicht innerhalb des bestehenden Systems der nichtprofessionellen Pflege, muss ein Anknüpfungspunkt außerhalb des Systems gesucht werden. Da Leistungsinhalt und Leistungsziel vergleichbar sind, wird als Anknüpfungspunkt die professionelle Pflege gewählt. Durch den Vorschlag einer verstärkten Kooperation von professioneller und nichtprofessioneller Pflege kann ein Beitrag zum Erreichen des Ziels der ständigen Weiterentwicklung der Qualität in der nichtprofessionellen Pflege geleistet werden. Durch die Kooperation von professionellen und nichtprofessionellen Pflegenden profitieren im Idealfall die nichtprofessionellen Pflegekräfte von den fachlichen Kenntnissen der professionellen Pflegekräfte. Hinzu kommt gegenüber der Pflege nur durch Angehörige und Freunde eine physische und psychische Entlastung dieser nichtprofessionell Pflegenden. Umgekehrt profitieren die professionellen Pflegekräfte von den Informationen über die persönlichen Wünsche und Besonderheiten des Pflegebedürftigen. Der Pflegebedürftige profitiert durch eine individuelle und fachlich angemessene Pflege. Diese Art der Pflege, bei der es sowohl zu einer Teilung der Verantwortung als auch zu einer Teilung der Pflegearbeit kommt, ist keineswegs neu. Die „Pflege in geteilter Verantwortung“ wird bereits seit einiger Zeit als Leitbild für eine ideale Pflege vor allem im stationären Bereich⁹²⁴ und für Wohngruppen⁹²⁵ angesehen. Die Übertragung dieses Leitbildes auf die häusliche Pflege liegt nahe, weil zum einen die beschriebenen Vorteile auch hier zu erwarten sind⁹²⁶ und zum anderen informell Pflegenden bereits gegenwärtig einen Großteil der häuslichen Pflege erbringen, wohingegen sie für die stationäre Pflege und die Pflege in einer Wohngruppe erst motiviert werden müssen. Dabei kann die Pflege in geteilter Verantwortung als Teil des Wohlfahrtspluralismus angesehen werden.⁹²⁷ Notwendig ist diese Herleitung aber nicht. Eine Pflege in geteil-

923 Zum einen sind informelle Pflegekräfte nicht organisiert, es fehlt aber auch an Wissen, um vergleichbar mit einer Berufsgruppe Standards für die eigene Tätigkeit zu entwickeln.

924 Schmidt, *Geteilte Verantwortung: Angehörigenarbeit in der vollstationären Pflege und Begleitung von Menschen mit Demenz*, S. 4f.

925 Klie, *Ethik und Demenz*, in: Klie (Hrsg.), *Wohngruppen für Menschen mit Demenz*, S. 63, 66f.; Klie/Schuhmacher, *Wohngruppen in geteilter Verantwortung für Menschen mit Demenz*, S. 154ff.

926 Büscher, *Negotiation Helpful Action*, S. 134; *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, *Employment in social care in Europe*, S. 36f. In der Arbeitsteilung zwischen professionellen und nichtprofessionellen Pflegekräften wird auch ein Beitrag zur Lösung des Fachkräftemangels gesehen, vgl. Wendt, *Im Wohlfahrtsmix mit den Sorgenden arbeiten: Humanressourcen, die nicht übersehen werden sollten*, in: Bassarak/Noll (Hrsg.), *Personal im Sozialmanagement*, S. 197, 189ff.

927 Der Wohlfahrtspluralismus unterscheidet 4 Sektoren, die zur Wohlfahrtsproduktion beitragen können: (1) Staat, (2) Markt, (3) Dritter Sektor, (4) Informeller Sektor. Durch ein Zusammenspiel der Akteure aus den Sektoren soll eine möglichst ideale Versorgung mit „Wohlfahrtsgütern“ gewährleistet werden, Dammert, *Angehörige im Visier der Pflegepolitik*, S. 84f. Es existieren verschiedene

ter Verantwortung in häuslicher Umgebung lässt sich unmittelbar aus den Grundprinzipien des SGB XI ableiten. § 8 I SGB XI bezeichnet die Pflege als gesamtgesellschaftliche Aufgabe. Dies wird in § 8 II 3 SGB XI dahingehend konkretisiert, dass dies auch ein Zusammenwirken von professionellen und nichtprofessionellen Pflegekräften meint.⁹²⁸ Weiterhin wird man durch eine Pflege in geteilter Verantwortung dem Vorrang der häuslichen Pflege und dem Vorrang der nichtprofessionellen Pflege nach § 3 S. 1 SGB XI besser gerecht. Durch eine physische und psychische Entlastung der nichtprofessionell Pflegenden wird auch der Gefahr der Überlastung vorgebeugt. Da die Überlastung von pflegenden Angehörigen häufig Grund für einen Wechsel von der häuslichen zur stationären Pflege ist, kann dieser Wechsel durch die Entlastung zumindest hinausgeschoben werden.⁹²⁹ Sieht man im Personal-Mix aus Pflegefachkräften und Hilfskräften im Bereich der professionellen Pflege einen Lösungsansatz für den Fachkräftemangel,⁹³⁰ so kann auch dieser Gedanke auf die nichtprofessionelle Pflege übertragen werden. Zwar werden durch die Kooperation in Fällen, in denen bisher ausschließlich Laien gepflegt haben, zunächst zusätzlich Fachkräfte benötigt. Jedoch liegt die Vermutung nahe, dass die Pflege im Kooperationsverhältnis auch bei schwieriger werdender Pflegesituation weiter geführt werden kann, während reine Laienpflege nicht mehr möglich wäre und diese vollständig durch professionelle Pflege, sei es im ambulanten oder stationären Bereich, ersetzt würde. Langfristig könnte man so den Bedarf an Pflegefachkräften verringern.

Typen des Wohlfahrtspluralismus, die den Schwerpunkt jeweils auf unterschiedliche Sektoren legen. Grundlegend zum Konzept des Welfare Mix, *Evers*, The Welfare Mix Approach, in: *Evers/Svetlik* (Hrsg.), *Balacing Pluralism*, S. 3, 13ff. Dabei ist die Einbeziehung des informellen Sektors eines der wesentlichen Ziele, *Klie/Roß*, Archiv des öffentlichen Rechts 2005, S. 20, 25; *Baldock/Evers*, Versorgungssysteme für ältere Menschen im europäischen Überblick, in: *Kytir/Münz* (Hrsg.), *Alter und Pflege*, S. 11, 30, die Case Studies zu Kanada, *Lesemann/Nahmiash*, The Organisation of Home Care Services for the Elderly in Montreal, in: *Evers/Svetlik* (Hrsg.), *Balancing Pluralism*, S. 117, 128ff. und Österreich, *Badelt/Holzmann*, Care for the Elderly in Austria, in: *Evers/Svetlik* (Hrsg.), *Balacing Pluralism*, S. 147, 160ff., sowie die Einordnung der Altenpflege in Deutschland, *Evers/Ewert*, Hybride Organisationen im Bereich sozialer Dienste, in: *Kladetzki* (Hrsg.), *Soziale personenbezogene Dienstleistungsorganisationen*, S. 103, 124ff. Zwar ist die Perspektive bei der Erbringung von Pflegeleistungen in häuslicher Umgebung eine etwas andere, geht es hier doch eher um die Einbeziehung des formellen Sektors in die Leistungserbringung, die häufig und traditionell ausschließlich durch den informellen Sektor erfolgt. Dies ändert aber nichts daran, dass mit der Kooperation beider Sektoren das gleiche Ziel, nämlich die gegenseitige positive Beeinflussung, verfolgt wird.

928 § 8 II 3 SGB XI als Ausprägung des Welfare Mix, *Klie*, in: *Klie/Krahmer*, LPK-SGB XI, § 8, Rn. 9.

929 *Schmidt*, Geteilte Verantwortung: Angehörigenarbeit in der vollstationären Pflege und Begleitung von Menschen mit Demenz, S. 6. Zur Überlastungsgefahr bei ausschließlich nichtprofessioneller Pflege von Demenzzkranken, *Klie*, Ethik und Demenz, in: *Klie* (Hrsg.), *Wohngruppen für Menschen mit Demenz*, S. 63, 66f., sowie *Schmidt*, Geteilte Verantwortung: Angehörigenarbeit in der vollstationären Pflege und Begleitung von Menschen mit Demenz, S. 2f. zu Überlastung als Grund für den Heimeinzug und dem Problem der geteilten Verantwortung im Heim, weil die nichtprofessionell Pflegenden bereits „ausgebrannt“ sind.

930 *Klie*, PflR 2004, 99, 107.

Sowohl die Umsetzung der geteilten Verantwortung als auch die Teilung der Pflegearbeit bedürfen der rechtlichen Regulierung. Zum einen müssen die Grenzen der einzelnen Verantwortungssphären bestimmt werden. Zum anderen bedarf es der Anpassung von Regelungen im SGB XI, damit das Konzept auf die Erbringung von Pflegeleistungen nach dem SGB XI übertragen werden kann. Zwar geht das SGB XI von einem Nebeneinander von professioneller und nichtprofessioneller Pflege aus. Gegenwärtiges Leitbild ist aber eher die vertikale Teilung der Verantwortung und der Pflegearbeit, d.h. für einzelne Pflegebedürftige werden Verantwortung und Pflegearbeit vollständig von nichtprofessionellen Pflegekräften getragen und bei anderen Pflegebedürftigen vollständig von professionellen Pflegekräften.⁹³¹ Denkbare Instrumente, die das Ziel der kooperativen Pflege beziehungsweise der horizontalen Teilung von Verantwortung und Pflegearbeit fördern und regulieren, sollen nun als Handlungsvarianten des Gesetzgebers dargestellt werden. Dabei folgt die Darstellungsreihenfolge der Intensität der Regulierung für informelle und formelle Pflege von schwach nach stark.

Die am wenigsten intensive Form der Regulierung im Sinne einer Einschränkung der Grundrechte besteht selbstverständlich bei Untätigkeit des Gesetzgebers. Diese „Nullvariante“ als Handlungsvariante des Gesetzgebers sollte gleichwohl immer ernsthaft bedacht werden, wie nicht zuletzt ein Blick in das Bauplanungsrecht zeigt.⁹³² Bisher sind allein durch gesellschaftliche Mechanismen ohne Zutun des Gesetzgebers funktionierende Kooperationsformen zwischen professionellen und nichtprofessionellen Pflegekräften jedenfalls nicht in großer Zahl entstanden.

Als zweite Handlungsvariante kann der Gesetzgeber versuchen, die Kooperationsbereitschaft beider Leistungserbringer, also der formell und der informell Pflegenden, sowie die des Leistungsempfängers zu fördern.⁹³³ Zur Förderung des Kooperationsinteresses beim Pflegebedürftigen und der informell Pflegenden könnte man die Inan-

931 Einzig § 38 SGB XI regelt die Teilung der Pflegearbeit für einen einzelnen Pflegebedürftigen. Allerdings erfolgt durch die pro rata Anrechnung der Pflegesachleistung auf das Pflegegeld keine Förderung der Pflege in geteilter Verantwortung

932 Der im Rahmen der Aufstellung eines Bebauungsplanes erforderliche Umweltbericht muss nach Anlage 1 zu § 2 Abs. 4, § 2a und § 4c BauGB neben den voraussichtlichen Umweltauswirkungen des beabsichtigten Planes auch die Nullvariante beschreiben. Gleiches gilt für die Umweltverträglichkeitsprüfung, § 14g II 1 Nr. 3 UVPg. Durch die Pflicht zur Beschreibung der Nullvariante soll dem Planer das Nichtstun nochmals als ernsthafte Alternative vor Augen geführt werden, *Wulforst*, in: *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, Band 1, § 14g UVPg, Rn. 42. Allgemein gewährleistet eine zurückhaltende Gesetzgebung Schutz vor zu vielen Gesetzen, *Maihofer*, Gesetzgebungswissenschaft, in: *Winkler/Antoniolli* (Hrsg.), Gesetzgebung, S. 2; *Öhlinger*, Das Gesetz als Instrument gesellschaftlicher Problemlösung und seine Alternativen, in: *Winkler/Antoniolli* (Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, S. 17, 21f.

933 Ein solches Vorgehen schlägt auch der Expertenbeirat zur konkreten Ausgestaltung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffes vor, wenn er schreibt, es müssten „Anreize bestehen, dass pflegende Angehörige die Unterstützungs- und Entlastungsmöglichkeiten tatsächlich in Anspruch nehmen“, vgl. *Bundesministerium für Gesundheit* (Hrsg.), Bericht des Expertenbeirates zur konkreten Ausgestaltung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffes, S. 30. Er empfiehlt daher die Schaffung einer neuen Entlastungsleistung, die auf Grundlage von § 45b SGB XI entwickelt werden soll, a.a.O., S. 34f.

spruchnahme von Kombinationsleistungen begünstigen.⁹³⁴ Für die formell Pflegenden könnte man die Zusammenarbeit mit informell Pflegenden zum Bestandteil der Solvensanforderungen machen, deren Erfüllung in die Pflegenoten eingeht.

Als dritte Variante kann der Gesetzgeber über die reine Förderung von Pflegebedürftigen und informell Pflegenden hinaus auch das Konzept des „Förderns und Forderns“ aufgreifen. So könnte der Anspruch auf (höheres) Pflegegeld davon abhängig gemacht werden, dass der Pflegebedürftige einen Pflegenden wählt, der regelmäßige Pflegekurse belegt.

Die ersten drei vorgestellten Handlungsvarianten sind im Wesentlichen auf die freiwillige Mitwirkung des Pflegebedürftigen beziehungsweise des Pflegenden angewiesen. Mit solchen Instrumenten ist es nur schwer möglich Ausreißer nach unten zu entdecken, da gerade in diesen Fällen zu befürchten ist, dass notwendige Mitwirkungshandlungen durch den Pflegenden oder dem Pflegebedürftigen nicht erfolgen. Vor allem in Fällen, in denen der nichtprofessionell Pflegenden von seinen Aufgaben derart überfordert ist, dass bereits die Fähigkeit fehlt, sich fremde Hilfe zu holen und deshalb in besonderem Maße die Gefahr von Gewalt in der Pflege besteht,⁹³⁵ bieten sich hierarchische Instrumente an, die einen Mindeststandard an Qualität sichern können. Dies sind zum einen Kontrollbesuche durch den MDK. Es wurde für § 37 III SGB XI gezeigt, dass Kontrolle und Beratung nicht gleichzeitig effektiv durchgeführt werden können. Da auch das Interesse der Pflegedienste am Gewinn neuer Kunden die Effektivität der Kontrolle negativ beeinflusst, ist jedenfalls die Kontrolle von der Beratung und der Akquise zu trennen. Deshalb spricht viel für eine unmittelbare staatliche Kontrolle. Zum anderen soll ein spezieller Qualitätssicherungsmechanismus dann eingreifen, wenn besonders anspruchsvolle Pflegetätigkeiten zur Bedarfsdeckung erforderlich sind, da die Vermutung nahe liegt, dass die oben beschriebene Überforderung vor allem dann eintritt, wenn die

934 Nach § 38 S. 2 SGB XI erfolgt eine Reduzierung des Pflegegeldes in dem Maße, in dem Pflegesachleistungen in Anspruch genommen werden. Eine Privilegierung von Kombinationsleistungen könnte so aussehen, dass eine bestimmte Menge an Pflegesachleistungen noch nicht zur Reduzierung des Pflegegeldes führen oder dass von der anteiligen Reduzierung des Pflegegeldes zugunsten des Pflegebedürftigen abgewichen wird. Für einen nicht anrechenbaren Teil der Pflegegeldes, der immer zur Auszahlung kommt, *Bundesministerium für Gesundheit* (Hrsg.), Bericht des Expertenbeirates zur konkreten Ausgestaltung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffes, S. 41.

935 Allgemein zur Überforderung nichtprofessionell Pflegenden, siehe *Gensluckner/Holzer*, Pflege aus Sicht der pflegenden Angehörigen (Laienpflege), S. 10ff., 38ff.; *Büscher*, Negotiation Helpful Action, S. 61f. sowie speziell zur Situation berufstätiger pflegender Angehöriger, *ÖKSA*, S. 27ff. Zur aus der Überforderungen und der fehlenden Hilfe von außen entstehenden Gefahr von Gewalt in der Familie gegen Ältere, *Görger*, Gewalt gegen Ältere im persönlichen Nahraum, S. 145f. sowie *Ganner*, ÖZPR 2013, S. 20, der zwar beim Problembewusstsein bei Gewalt in der professionellen Pflege Fortschritte sieht, bei Gewalt in der Angehörigenpflege aber noch immer von einem Tabuthema spricht. Das Fehlen eines Netzwerkes an Hilfemöglichkeiten ist auch für *Klie* eine der Hauptgefahren für Gewalt in der häuslichen Pflege, siehe *Klie*, Ruhig gestellt und fixiert: Pflege zwischen Freiheit und Risiko, in: *Fix/Kurzke-Maasmeier* (Hrsg.), Das Menschenrecht auf gute Pflege, S. 136f. Das MILECA Projekt soll einen Beitrag zur Prävention von Gewalt gegen ältere Menschen leisten, vgl. http://www.mileca.eu/index_de.html, (besucht am 11.07.2014).

zur Pflege notwendigen Tätigkeiten besonders schwierig sind und der zeitliche Umfang an notwendiger Pflege groß ist. Auch ist in diesen Fällen das Schutzbedürfnis den Pflegebedürftigen größer.

Daher soll nun eine Möglichkeit erläutert werden, deren Grundgedanke im österreichischen Recht zu finden ist und die die Möglichkeit eröffnet, alle Pflegenden zu erfassen. Diese Handlungsvariante führt letztlich zu einer Verknüpfung der fachlichen Fähigkeiten professioneller Pflegekräfte und der besonderen Fähigkeiten nichtprofessioneller Pflegekräfte insbesondere im Umgang mit pflegebedürftigen Angehörigen oder Freunden. Die §§ 3 I, 3a, 3b GuKG enthalten ein System, in dem Pflegetätigkeiten, die medizinische Fachkenntnisse voraussetzen, zunächst den Angehörigen des gehobenen Dienstes der Gesundheits- und Krankenpflege vorbehalten sind. Diese können dann einzelne Tätigkeiten nach Anleitung und Unterweisung an nichtprofessionell Pflegenden delegieren. Um tatsächlich alle nichtprofessionell Pflegenden zu erfassen, muss der Tätigkeitsvorbehalt anders als in Österreich, vgl. § 3 III GuKG, zugunsten der professionellen Pflegekräfte auch auf den Bereich der Pflege durch Angehörige ausgedehnt werden. Auch ist in Abweichung zu den §§ 3a, 3b GuKG zur möglichst weitgehenden Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts des Pflegebedürftigen darauf zu achten, dass bei Erfüllen aller Voraussetzungen ein Anspruch des Pflegebedürftigen oder der nichtprofessionellen Pflegeperson besteht, dass die Delegation erfolgt.⁹³⁶ Für eine wirkliche Kooperation zwischen professioneller und nichtprofessioneller Pflege ist es erforderlich, auch nach Übertragung der Tätigkeit einen Teil der Verantwortung für die ordnungsgemäße Ausführung beim Übertragenden im Sinne einer Überwachungspflicht zu belassen.⁹³⁷ Denkbar ist ein solcher Tätigkeitsvorbehalt für Pflegefachkräfte als ordnungsrechtlicher Aufgabenvorbehalt, also als genereller Vorbehalt unabhängig von der leistungsrechtlichen Grundsituation des Pflegebedürftigen, und als sozialrechtlicher Aufgabenvorbehalt, der nur dann eingreift, wenn der Pflegebedürftige Leistungen nach dem SGB XI oder SGB XII erhält.

Für das alternativ mögliche Verbot mit Erlaubnisvorbehalt mit nur leistungsrechtlicher Wirkung, das also nur dann eingreift, wenn der Pflegebedürftige Sozialleistungen bezieht, soll nun eine Lösung dargestellt werden, die das sonstige System der Leis-

936 Dies ist auch ein wesentlicher Unterschied zur geplanten Möglichkeit der Delegation von ärztlichen Aufgaben an Pflegefachkräfte, vgl. das Modellvorhaben entsprechend der Richtlinie über die Festlegung ärztlicher Tätigkeiten zur Übertragung auf Berufsangehörige der Alten- und Krankenpflege zur selbständigen Ausübung von Heilkunde im Rahmen von Modellvorhaben nach § 63 Absatz 3c des Fünften Buches Sozialgesetzbuch (SGB V).

937 Durch den Anspruch auf Übertragung und die Überwachungspflicht unterscheidet sich dieser Tätigkeitsvorbehalt auch von dem Modellvorhaben zur Delegation ärztlicher Tätigkeiten auf Pflegefachkräfte, vgl. §§ 15 I 1, 63 IIIc SGB V i.V.m. der Richtlinie nach § 63 IIIc SGB V des Gemeinsamen Bundesausschusses. So bestimmt § 1 I 1 der Richtlinie, dass die Tätigkeiten übertragen werden können. § 2 III 1 der Richtlinie weist die Verantwortung für die Ausführung der delegierten Tätigkeit allein der Pflegefachkraft zu.

tungserbringung möglichst wenig verändert.⁹³⁸ Dabei kommt dem MDK eine zentrale Stellung bei der Beurteilung der Frage, ob zur Deckung des konkreten Pflegebedarfes vorbehaltene Tätigkeiten erforderlich sind, zu.⁹³⁹ Nach Stellung eines Antrages auf Pflegeleistungen erfolgt bereits derzeit ein Gutachten des MDK, in dem das Vorliegen von Pflegebedürftigkeit geprüft wird, § 18 I 1 SGB XI. Wird Pflegegeld beantragt, so beinhaltet dieses Gutachten eine Stellungnahme zu der Frage, ob die Pflege sichergestellt ist, § 18 VI 4 SGB XI.⁹⁴⁰ Diese Stellungnahme ist zu erweitern um die Frage, ob vorbehaltene Tätigkeiten zur Bedarfsdeckung erforderlich sind. Dies kann zweckmäßiger Weise in der Form erfolgen, dass das Gutachten des MDK mit der Pflegeberatung nach § 7a SGB XI verknüpft wird und Anzahl sowie Umfang der vorbehaltenen Tätigkeiten als Teil eines individuellen Versorgungsplans⁹⁴¹ festgehalten werden. Mit dem individuellen Versorgungsplan gelingt zugleich ein Beitrag zu Individualisierung der Pflege, welche mit Blick auf den Hilfeplan nach § 36 SGB VIII im Jugendhilferecht als wünschenswert angesehen wird.⁹⁴² Stellt der MDK fest, dass keine vorbehaltenen Tätigkeiten erforderlich sind, gibt es keine Abweichungen zur gegenwärtigen Rechtslage. Kommt der MDK zu dem Ergebnis, dass vorbehaltene Tätigkeiten zur Bedarfsdeckung erforderlich sind, stellt er in seinem Gutachten fest, dass die Pflege insoweit allein durch das Pflegegeld nicht sichergestellt werden kann. Dies ist von der Pflegekasse dann bei

938 Allerdings sollte man sich bewusst machen, dass auch das Leistungssystem insgesamt, insbesondere die Trennung von Sach- und Geldleistungen und die Aufgabenverteilung im Sachleistungssystem, kritisiert wird, vgl. *Büscher/Klie*, Archiv des öffentlichen Rechts, S. 70, 76 – 78. Eine Änderung des gesamten Systems der Leistungserbringung ist jedoch nicht nur politisch unrealistisch, sie würde in einer Übergangszeit auch zu deutlich größeren Problemen führen als die Änderung des bestehenden Systems.

939 Dabei ist zu erwarten, dass der Vorschlag, die Aufgaben des MDK zu erweitern und seine Bedeutung bei der Gewährung und Überwachung von Pflegeleistungen weiter zu stärken, Kritik hervorrufen wird. So wird sowohl bei der Bestimmung des Pflegebedarfes als auch bei der Kontrolle der Qualität der Pflegeleistungen häufig die Forderung nach einer neutralen Institution erhoben, die die Sachverständigengutachten erbringt, vgl. zuletzt *Moritz*, Staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen, S. 84f. Bereits bei den Auswirkungen der Art der Leistungserbringung auf die Qualitätssicherung, S. 242f., wurde bezweifelt, dass eine Institution, die die Aufgaben des MDK wahrnimmt, überhaupt im geforderten Sinne neutral sein kann. Zumindest eine Finanzierung einer solchen Institution und ihrer Tätigkeiten durch den Staat ist erforderlich. Schon dies dürfte genügen, dass Kritiker die Neutralität bezweifeln.

940 Dies wäre auch zugleich die zentrale Änderung der bestehenden Rechtslage. Während § 37 I 2 SGB XI bisher nur die Anspruchsvoraussetzung enthält, dass die Pflege in „geeigneter Weise sichergestellt“ werden muss, würde diese Sicherstellung in geeigneter Weise nunmehr durch die Beschreibung von Tätigkeiten konkretisiert, bei denen zunächst davon auszugehen ist, dass die Pflege allein durch nichtprofessionelle Pflegekräfte nicht sichergestellt werden kann, vgl. dazu den Kodifikationsvorschlag ab S. 272.

941 Diese „automatische“ Erstellung eines individuellen Versorgungsplans leistet damit zugleich einen Beitrag für die Individualisierung von Pflegeleistungen. Zur Bedeutung des Versorgungsplanes für die Individualisierung der Pflege, *Schaumburg*, GuP 2012, S. 211, 212, und allgemein zur Individualisierung von Pflegeleistungen, *Becker/Meeßen, et al.*, VSSR 2012, S. 103, 121ff.

942 *Büscher/Klie*, Archiv des öffentlichen Rechts, S. 70, 75.

der Entscheidung über den Antrag auf Pflegegeld rechtlich umzusetzen. Im Umfang der vorbehaltenen Tätigkeiten muss der Pflegebedürftige zunächst Pflegesachleistungen in Anspruch nehmen. Erst nach Anleitung und Unterweisung durch eine Pflegefachkraft kann auch die Ausführung dieser Tätigkeiten soweit möglich von der nichtprofessionellen Pflegekraft ausgeführt werden und die Pflege gegebenenfalls sogar umfassend durch Pflegegeld sichergestellt werden. Folge wäre, dass die nichtprofessionelle Pflegekraft für diese schwierigen Tätigkeiten einen individuell zugeschnittenen „Pflegekurs“ erhält und zwar bevor sie mit diesen Tätigkeiten beginnt.⁹⁴³ Wesentliche Fragen sind jedoch, welchen rechtlichen und tatsächlichen Status die Pflegefachkraft bei der Erlaubniserteilung haben kann und welche Folgen dies für die Erteilung der Erlaubnis zur Ausführung der vorbehaltenen Tätigkeit nach Anleitung und Unterweisung hat. In Betracht für die Erlaubniserteilung kommen vor allem bei Pflegediensten angestellte Pflegefachkräfte sowie bei den Pflegekassen angestellte Pflegefachkräfte.⁹⁴⁴ Überträgt man diese Tätigkeit neben oder anstelle⁹⁴⁵ der Beratungsbesuche nach § 37 III SGB XI den Pflegediensten, muss zunächst, deren Bereitschaft zur Kooperation mit den nichtprofessionell Pflegenden und dem Pflegebedürftigen sichergestellt werden. Da es Folge der Kooperation wäre, dass ein Pflegedienst etwas von seinem Aufgabenbereich abgibt, weil er die vorbehaltenen Tätigkeiten nicht mehr selbst ausführt, sondern nur noch die Ausführung durch eine nichtprofessionelle Pflegekraft begleitet, kann von der Bereitschaft zur Kooperation nicht ohne weitere Anreize ausgegangen werden.⁹⁴⁶ Zusätzlich würde sich die Frage stellen, ob und gegebenenfalls wie es möglich ist, dem Pflegebedürftigen oder dem nichtprofessionell Pflegenden einen Anspruch auf Erlaubniserteilung einzuräumen. Ein öffentlich-rechtlicher und letztlich vor den Sozialgerichten durchsetzbarer Anspruch unmittelbar gegen den Pflegedienst wäre nur möglich, wenn der Pflegedienst bei der Erlaubniserteilung öffentlich-rechtlich handelt. Gegenwärtig ist dies nicht der Fall, da das Verhältnis zwischen Pflegedienst und Pflegebedürftigem privatrechtlicher Natur ist. Erforderlich wäre deshalb beispielsweise eine Beleihung des Pflegedienstes mit der ho-

943 Es besteht ein großer Bedarf an Pflegekursen und diese sind besonders wirksam, wenn sie möglichst frühzeitig erfolgen, vgl. *Büscher/Holle, et al.*, Beratungsbesuche nach § 37 Abs. 3 SGB XI, S. 45. Allgemein zur Notwendigkeit eines fachkundigen Ansprechpartners für pflegenden Angehörige bspw., *Seniorenpolitisches Gesamtkonzept für den Landkreis München*, S. 165.

944 Eine solche eigenständige und eigenverantwortliche Tätigkeit könnte auch einen Beitrag dazu leisten, den Pflegeberuf attraktiver zu machen, vgl. *Schuster*, *ÖZPR* 2012, S. 174, 177.

945 Vgl. dazu den bereits erläuterten Vorschlag zur Trennung von Kontrolle und Akquise S. 259.

946 Allgemein zur Notwendigkeit der Kooperationsbereitschaft professioneller Pflegekräfte, siehe *Büscher/Klie*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, S. 70, 73f.; schon durch die Untersuchung von *Büscher/Holle, et al.*, Beratungsbesuche nach § 37 Abs. 3 SGB XI, S. 21f., wurde deutlich, dass Pflegedienste ein Interesse daran haben, neue Kunden zu gewinnen. Dies ist gleichbedeutend mit einem Interesse mehr Pflegesachleistungen zu erbringen. Dieses Interesse könnte der Kooperationsbereitschaft entgegenstehen. Letztlich dürfte die Kooperationsbereitschaft nur dadurch hergestellt werden können, dass auch Anleitung, Unterweisung und anschließende Überwachung angemessen vergütet werden und zusätzlich der Pflegebedürftige und der nichtprofessionelle Pflegende einen Anspruch auf die Übertragung der Tätigkeit bei Vorliegen der Voraussetzungen haben.

heitlichen Aufgabe der Erlaubniserteilung.⁹⁴⁷ Um dem oben gestellten Anspruch der möglichst weitgehenden Beibehaltung des gegenwärtigen Systems gerecht zu werden, ist die Lösung zur Erlaubniserteilung im bestehenden Leistungs-dreieck zu suchen. Die Erlaubniserteilung sowie Anleitung, Unterweisung und Überwachung sind dazu als neue Pflegesachleistung zu gestalten. Dies hat zur Folge, dass der Pflegebedürftige einen öffentlich-rechtlichen, vor den Sozialgerichten durchsetzbaren Anspruch, auf Erlaubniserteilung an einen nichtprofessionell Pflegenden seiner Wahl durch einen Pflegedienst gegen die Pflegekasse hat. Der Pflegedienst ist zur Leistungserbringung gegenüber der Pflegekasse verpflichtet. Die alternativ denkbare Erlaubniserteilung durch bei der Pflegekasse angestellte Pflegefachkräfte hätte zwar den Vorteil, dass weder die Kooperationsbereitschaft noch die der Ausgestaltung eines Anspruches auf Erlaubniserteilung problematisch wären. Allerdings würde dies die zusätzliche Einstellung von Pflegefachkräften bei den Pflegekassen erfordern und gerade nicht zu einer Zusammenarbeit der beiden Leistungserbringer, nämlich der formell und der informell Pflegenden, führen.

Daher soll ein Kodifikationsvorschlag für die Umsetzung eines Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt bei einer Erlaubniserteilung durch die Pflegedienste als Pflegesachleistung gemacht werden. Die Umschreibung der vom Tätigkeitsvorbehalt zugunsten der Pflegefachkräfte und damit vom Verbot für nichtprofessionelle Pflegekräfte umfassten Tätigkeiten in einem Gesetz kann auf der Grundlage der in §§ 3, 3a, 3b, GuKG entwickelt werden. Hilfreich ist dabei zunächst der Katalog des § 3b II GuKG. Diese Liste von Unterstützungshandlungen, die grundsätzlich nicht unter den Tätigkeitsvorbehalt fallen, kann als Positivliste für Tätigkeiten dienen, die grundsätzlich ohne weitere Voraussetzungen von nichtprofessionellen Pflegekräften wahrgenommen werden können und nur bei Vorliegen besonderer medizinischer Schwierigkeiten der Erlaubnis bedürfen. Im Übrigen wird man nicht umhinkommen, die Tätigkeiten, die unter den Tätigkeitsvorbehalt fallen sollen, abstrakt zu definieren, da ein abschließender „Negativkatalog“ kaum möglich sein dürfte.⁹⁴⁸ Die vom Tätigkeitsvorbehalt umfassten Tätigkeiten sollten in

947 Bei der Entscheidung über die Erlaubniserteilung würde es sich um „amtliches Handeln mit Entscheidungscharakter“ handeln. Dieses bedarf nach Art. 20 II GG der demokratischen Legitimation, BVerfG vom 18.01.2012 – 2 BvR 133/10, Rn. 165 (Maßregelvollzug). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist dazu auch ein Mindestmaß an personeller Legitimation erforderlich, welches beispielsweise im Wege der Beileihung hergestellt werden kann, BVerfG vom 18.01.2012 – 2 BvR 133/10, Rn. 166f. Zur erforderlichen personellen Legitimation durch den Beleihungsakt, *Sommermann*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG II, Art. 20, Rn. 176 sowie zu den sonstigen Voraussetzungen *Burgi*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), AllgVerwR, § 10, Rn. 23ff.

948 Auch wenn eine Formulierung wie: „Vom Tätigkeitsvorbehalt sind alle Tätigkeiten umfasst, für die „medizinisches bzw. pflegerisches Fachwissen Voraussetzung für die fachgerechte Durchführung der Tätigkeit ist“, im Grenzbereich zu Auslegungsschwierigkeiten führen wird, vgl. *Schwamberger/Biechl*, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - Kurzkommentar, § 3, S. 33. Zunächst ist hier eine Beschreibung des Umfangs des Tätigkeitsvorbehaltes mittels einer recht unbestimmten Formulierung nötig, da eine abschließende Aufzählung der erfassten Tätigkeiten zu schnell durch neue pflegewissenschaftliche Erkenntnisse veralten würde. Allgemein zur Notwendigkeit von General-

der Form ins Gesetz aufgenommen werden, dass für diese Tätigkeiten die Pflege durch Pflegegeld nicht sichergestellt werden kann, es sei denn im Einzelfall wurde eine Erlaubnis erteilt. Dazu bedarf es einer Änderung des § 37 SGB XI. Naheliegend erscheint dafür die Einführung eines Absatzes 1a. Gleichzeitig soll auch die oben vorgeschlagene Trennung von Kontrolle und Beratung und die damit einhergehende Änderung der Absätze 3 und 4 dargestellt werden.

§ 37 Pflegegeld für selbst beschaffte Pflegehilfen

(1)[...]

(1a) Die erforderliche Grundpflege kann nicht in geeigneter Weise selbst sichergestellt werden, wenn dazu eine Tätigkeit erforderlich ist, die aus medizinischer oder pflegerischer Sicht nur von Angehörigen der Alten- oder Krankenpflegeberufe erbracht werden können. Die erforderliche Grundpflege kann auch dann in geeigneter Weise selbst sichergestellt werden, wenn

- 1. Unterstützung bei der oralen Nahrungs- und Flüssigkeitsaufnahme sowie bei der Arzneimittelaufnahme,*
- 2. Unterstützung bei der Körperpflege,*
- 3. Unterstützung beim An- und Auskleiden,*
- 4. Unterstützung bei der Benützung von Toilette oder Leibstuhl einschließlich Hilfestellung beim Wechsel von Inkontinenzprodukten und*
- 5. Unterstützung beim Aufstehen, Niederlegen, Niedersetzen und Gehen,*

geleistet werden muss, es sei denn es liegen Umstände vor, die aus medizinischer Sicht für die Durchführung dieser Tätigkeiten durch Laien eine Anordnung durch eine Pflegefachkraft mit einem der in § 71 III SGB XI genannten Abschlüsse erforderlich machen. Dann ist eine Sicherstellung in geeigneter Weise erst nach Anordnung gemäß § 37a SGB XI möglich.

(2)[...]

(3) Pflegebedürftige, die Pflegegeld nach Absatz 1 beziehen, können

- 1. bei Pflegestufe I und II halbjährlich einmal,*
- 2. bei Pflegestufe III vierteljährlich einmal*

eine Beratung in der eigenen Häuslichkeit durch eine zugelassene Pflegeeinrichtung, durch eine von den Landesverbänden der Pflegekassen nach Absatz 7 anerkannte Beratungsstelle mit nachgewiesener pflegefachlicher Kompetenz oder, sofern dies durch eine zugelassene Pflegeeinrichtung vor Ort oder eine von den Landesverbänden der Pflegekassen anerkannte Beratungsstelle mit nachgewiesener pflegefachlicher Kompetenz nicht gewährleistet werden kann, durch eine von der Pflegekasse beauftragte, jedoch von ihr nicht beschäftigte Pflegefachkraft abzurufen[...]

klauseln in solchen Fällen, Emmenegger, Gesetzgebungskunst, S. 214ff. Mithilfe des Positivkataloges und eines beispielhafte Negativkataloges sollte ein Großteil der praktisch relevanten Fälle ohne größere Schwierigkeiten lösbar sein.

(4) Zur Sicherung der Qualität der häuslichen Pflege führt der MDK bei Pflegebedürftigen die Pflegegeld nach Absatz 1 beziehen,

1. bei Pflegestufe I und II jährlich einmal,
2. bei Pflegestufe III halbjährlich⁹⁴⁹ einmal

Kontrollbesuche in der eigenen Häuslichkeit des Pflegebedürftigen durch. Dabei erfolgt auch die Prüfung der Sicherstellung der Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung in geeigneter Weise.⁹⁵⁰

(5)[...]

(6) Ermöglichen Pflegebedürftige die Kontrollbesuche nach Absatz 4 nicht, hat die Pflegekasse das Pflegegeld angemessen zu kürzen und im Wiederholungsfall zu entziehen.

(7)[...]

Der genaue Ablauf der Übertragung und die daraus resultierenden Pflichten sollten zur Wahrung der Übersichtlichkeit in einem eigen § 37a SGB XI erläutert werden. Dabei erfolgt der Vorschlag in Anlehnung an § 3b GuKG:

§ 37a Übertragung von Pflegetätigkeiten

(1) Die Übertragung einer Pflegetätigkeit nach § 37 Ia 2 kann grundsätzlich an jede vom Pflegebedürftigen gewählte Person erfolgen.

(2) Tätigkeiten gemäß § 37 Ia 2 dürfen nur

1. an dem jeweils betreuten Pflegebedürftigen in einer § 36 I 2 entsprechenden Umgebung,

2. auf Grund einer nach den Regeln über die Einsichts- und Urteilsfähigkeit gültigen Einwilligung durch den Pflegebedürftigen selbst oder durch den gesetzlichen Vertreter oder den Vorsorgebevollmächtigten,

3. nach Anleitung und Unterweisung im erforderlichen Ausmaß durch eine Pflegefachkraft mit einem der in § 71 III SGB XI genannten Abschlüsse und

4. nach schriftlicher, und, sofern die Eindeutigkeit und Zweifelsfreiheit sichergestellt sind, in begründeten Fällen auch nach mündlicher Anordnung durch eine Pflegefachkraft mit einem der in § 71 III SGB XI genannten Abschlüsse, bei unverzüglicher, längstens innerhalb von 24 Stunden erfolgender nachträglicher schriftlicher Dokumentation, unter ausdrücklichem Hinweis auf die Möglichkeit der Ablehnung der Übernahme der Tätigkeit (Übertragung),

im Einzelfall ausgeübt werden, sofern die Person gemäß Abs. 1 dauernd oder zumindest regelmäßig täglich oder zumindest mehrmals wöchentlich über längere Zeiträume in der häuslichen Umgebung, in der der Pflegebedürftige betreut wird, anwesend ist

949 Die Länge der Prüfungsintervalle ist letztlich eine Frage von Machbarkeit und Notwendigkeit.

950 Die notwendigen Änderungen in § 18 IV 4 SGB XI und § 7a SGB XI im Rahmen der erstmaligen Prüfung der Pflegebedürftigkeit wurden bereits beschrieben. Auf die Formulierung der wenigen notwendigen Änderungen im Gesetz wird daher verzichtet.

und in dieser häuslichen Umgebung höchstens drei Menschen, die zueinander in einem Angehörigenverhältnis stehen, zu betreuen sind. In begründeten Ausnahmefällen ist eine Betreuung dieser Menschen auch in zwei Privathaushalten zulässig, sofern die Anordnung durch eine Pflegefachkraft mit einem der in § 71 III SGB XI genannten Abschlüsse oder durch mehrere Pflegefachkräfte mit einem der in § 71 III SGB XI genannten Abschlüsse, die vom selben Pflegedienst entsandt worden sind, erfolgt.

(3) Die Pflegefachkraft mit einem der in § 71 III SGB XI genannten Abschlüsse hat sich im erforderlichen Ausmaß zu vergewissern, dass die Person nach Abs. 1 über die erforderlichen Fähigkeiten verfügt. Dies ist ebenso wie die Anleitung und Unterweisung und die Anordnung zu dokumentieren.

(4) Die Anordnung ist nach Maßgabe pflegerischer und qualitätssichernder Notwendigkeiten befristet, höchstens aber für die Dauer des Betreuungsverhältnisses, zu erteilen. Auch nach der Übertragung nach Absatz 2 Nr. 4 hat sich die übertragende Pflegefachkraft oder eine andere Pflegefachkraft des gleichen Pflegedienstes in regelmäßigen Abständen von der ordnungsgemäßen Ausführung der übertragenen Tätigkeiten zu überzeugen.⁹⁵¹ Die Übertragung ist schriftlich zu widerrufen, wenn dies aus Gründen der Qualitätssicherung oder auf Grund der Änderung des Zustandsbildes der betreuten Person erforderlich ist; in begründeten Fällen und, sofern die Eindeutigkeit und Zweifelsfreiheit sichergestellt sind, kann der Widerruf mündlich erfolgen. In diesen Fällen ist dieser unverzüglich, längstens innerhalb von 24 Stunden, schriftlich zu dokumentieren.

(5) Personen gemäß Abs. 1 sind verpflichtet,

1. die Durchführung der übertragenen Tätigkeiten ausreichend und regelmäßig zu dokumentieren und die Dokumentation den Pflegefachkräften, die die betreute Person pflegen und behandeln, zugänglich zu machen, sowie

2. der übertragenden Person unverzüglich alle Informationen zu erteilen, die für die Anordnung von Bedeutung sein könnten, insbesondere eine Veränderung des Zustandsbildes der betreuten Person oder die Unterbrechung der Betreuungstätigkeit.

Um dem Pflegebedürftigen gegen die Pflegekasse einen Anspruch auf Übertragung an eine nichtprofessionelle Pflegeperson seiner Wahl einzuräumen, sind Anleitung, Unterweisung, Übertragung und Überwachung in § 36 SGB XI als Sachleistungen aufzunehmen:

§ 36 Pflegesachleistungen

(1)[...]

(2a) Als Pflegesachleistungen werden auch Anleitung, Unterweisung, Übertragung und Überwachung nach § 37a erbracht.

(3)[...]

⁹⁵¹ Diese weiterhin bestehende Überwachungspflicht ist eine wesentliche Abweichung von § 3b V GuKG. Dadurch soll gewährleistet werden, dass auch nach Übertragung eine Verantwortungsübernahme von professionellen und nichtprofessionellen Pflegekräften vorliegt.

Die Bezieher von Pflegegeld sollten nach der Übertragung der Tätigkeit insoweit im Rahmen des § 38 SGB XI privilegiert werden, als die bloße Überwachung der übertragenen Tätigkeit nach § 37a IV 2 SGB XI, bei der es sich um eine Pflegesachleistung handelt, nicht zu einer Minderung des Pflegegeldes führt.

Neben diesen leistungsrechtlichen Änderungen ist auch das Leistungserbringungsrecht anzupassen. So sind in den Rahmenverträgen nach § 75 SGB XI bei der Regelung des Inhalts der Pflegeleistungen nach Absatz 2 Nr. 1 die Anleitung, Unterweisung, Übertragung und anschließende Überwachung als Pflegeleistungen aufzunehmen. Auch muss eine Vergütungsregelung für diese Leistungen getroffen und im Rahmen der Qualitätssicherung sind entsprechende Standards für diese Leistungen nach § 113 SGB XI vereinbart werden.

Jedenfalls bei der Gewährleistung eines effektiven Vollzugs wesentlich schwieriger gestaltet sich die Suche nach einer Lösung für das Problem, wie ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt mit genereller Wirkung umgesetzt werden könnte. Zum einen kann für eine Überwachung außerhalb der Leistungserbringung nur schwer auf bereits vorhandene Strukturen zurückgegriffen werden. So ist schwierig zu begründen, warum der durch Beiträge finanzierte MDK auch die Anleitung, Unterweisung und Überwachung von Pflegenden übernehmen soll, die gar keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XI haben. Zum anderen, und dies dürfte ein noch größeres Problem sein, ist es kaum möglich, mit angemessenem Verwaltungsaufwand den Kreis der Pflegebedürftigen zu bestimmen, für den das Verbot Auswirkungen auf die Leistungserbringung hat. So gibt es kein Register, aus dem alle Pflegebedürftigen ersichtlich werden. Die Erstellung eines im Wesentlichen vollständigen Registers wäre auch gar nicht möglich, da man nicht in alle Haushalte in Deutschland daraufhin kontrollieren kann, ob ihnen ein Pflegebedürftiger angehört. Man wäre also letztlich auf die Angaben der (vermeintlich) Pflegebedürftigen beziehungsweise ihrer Pflegepersonen angewiesen⁹⁵², um auch außerhalb des Leistungsbezuges das Verbot wenigstens teilweise umzusetzen. Weder die praktische Umsetzung der §§ 3a, 3b GuKG, denen der Ansatz für das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt entnommen wurde, noch das deutsche Recht der Jugendhilfe⁹⁵³ bieten Lösungsansätze für das Problem der Erfassung aller Pflegebedürftigen.

In Österreich gilt der Erlaubnisvorbehalt nur für einen begrenzten Kreis an Pflegepersonen, nämlich nach § 3a GuKG für Angehörige der Sozialbetreuungsberufe und nach § 3b GuKG für Betreuungskräfte i.S.d. HBeG. Diese Betreuungskräfte sind aber entweder Personen, die das Gewerbe der Hausbetreuung betreiben oder die beim Pflegebedürftigen oder einem sozialen Dienst angestellt sind. Sowohl für Angehörige der

952 Aber auch für diese ist es nicht leicht festzustellen, ob und ab wann sie möglicherweise vom Verbot betroffen sein könnten, da Pflegebedürftigkeit ein gradueller Begriff ist, und der Beginn oder leichte Verschlechterungen des Zustandes den Betroffenen selbst möglicherweise gar nicht bewusst sind.

953 Siehe *Klie*, Rechtlicher Rahmen der Qualitätssicherung in der Pflege, in: *Igl* (Hrsg.), Recht und Realität der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen, S. 91 zur Supervisionsverantwortung der Träger der Jugendhilfe.

Sozialbetreuungsberufe als auch für Betreuungspersonen nach dem HBeG besteht aber mit Berufs- und Meldepflichten bereits eine gewisse Formalisierung der Erbringung von Pflegeleistungen i.w.S. Die Anonymität der Leistungserbringung ist dabei deutlich geringer als im Falle der Leistungserbringung durch Angehörige oder sonstige informelle Pflegende, so dass auch die Umsetzung eines Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt leichter ist. Schließlich ergeben sich die wesentlichen Bedenken gegen die praktische Umsetzbarkeit eines Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt mit genereller Wirkung gerade aus dieser Anonymität der informellen Pflege, wenn keine Sozialleistungen bezogen werden.

Auf den ersten Blick ist eine generelle Überwachung der informellen Pflege mit dem Schutzauftrag bei Kindeswohlgefährdung nach § 8a SGB VIII vergleichbar. Allerdings gibt es sowohl rechtliche als auch tatsächliche Unterschiede, die dazu führen, dass Anhaltspunkte für eine effektive Überwachung der informellen Pflege unabhängig vom Leistungsbezug des Pflegebedürftigen aus einem Vergleich mit § 8a SGB VIII nicht zu gewinnen sind. Rechtlich ist § 8a SGB VIII die Konkretisierung des staatlichen Schutzauftrages in Art. 6 II 2 GG und damit unabhängig von der tatsächlichen Möglichkeit zur effektiven praktischen Umsetzung verfassungsrechtlich geboten.⁹⁵⁴ In tatsächlicher Hinsicht ist zu bedenken, dass die Pflege älterer Menschen häufig in größerer Anonymität stattfindet als die Erziehung von Kindern. So tritt die Geburt eines Kindes i.d.R. als Ereignis klar erkennbar nach außen in Erscheinung, während Pflegebedürftigkeit häufig schleichend und für viele Außenstehende, und selbst für die Betroffenen zunächst unbemerkt beginnt. Außerdem findet die Erziehung eines Kindes auch und mit dessen zunehmendem Alter vermehrt im öffentlichen Raum statt, so dass der Träger der Jugendhilfe bei einer im Raum stehenden Kindeswohlgefährdung mit Hinweisen aus der Nachbarschaft, Kindertagesstätten und Schulen rechnen kann. Demgegenüber findet Pflege mit zunehmender Schwere der Pflegebedürftigkeit immer stärker nur in den eigenen vier Wänden des Pflegebedürftigen statt, was Hinweise von außen unwahrscheinlicher werden lässt.

III. Die Grenzen der Formalisierung der informellen Pflege

Nachdem abstrakt die Möglichkeiten für die Steuerung der Qualität der Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte beschrieben wurden, soll die stärkste der eben beschriebenen Formen der Regulierung, also das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für gefährliche Tätigkeiten, von dem auch Angehörige erfasst sind, auf seine Verfassungsmäßigkeit untersucht werden. Denkbar ist dieses Verbot in zwei Formen. Zum einen könn-

954 Zwar ist die Art der Umsetzung des Wächteramtes nach Art. 6 II 2 GG verfassungsrechtlich nicht vorgegeben, es ist aber verfassungsrechtlich geboten, dass eine Umsetzung erfolgt, da aus dem Wächteramt eine staatliche Schutzpflicht zugunsten des Kindes folgt, *Robbers*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, Art. 6, Rn. 241.

te das Verbot nur leistungsrechtliche Wirkung entfalten, d.h. lediglich der Anspruch auf Pflegegeld wäre davon abhängig, dass nichtprofessionelle Pflegekräfte die gefährlichen Tätigkeiten erst nach Erlaubniserteilung ausüben. Zum anderen könnte das Verbot für alle Fälle der Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte gelten. Da die Rechtfertigungsgründe, abgesehen von den Interessen der Träger der Finanzierungslast, welche nur bei Bezug einer Sozialleistung bestehen, gleich sind, sollen zunächst Schutzbereich und Eingriff für alle möglicherweise betroffenen Grundrechte geprüft werden und erst im Anschluss auf die Rechtfertigungsmöglichkeiten eingegangen werden. Ausgangspunkt ist dabei ein fiktives formelles Gesetz, welches entweder das generelle Verbot oder das Verbot mit nur leistungsrechtlicher Wirkung anordnet.

1. Grundrechtseingriffe

a) Grundrechte des Pflegebedürftigen

Der Pflegebedürftige hat ein Interesse an einer freien Auswahl des Pflegenden. Dies gilt für die häusliche Pflege schon deshalb, weil diese in der Regel in der Wohnung des Pflegebedürftigen stattfindet, aber vor allem, weil die Pflege sehr persönliche und intime Handlungen umfasst. Dies gilt auch für die (möglicherweise) vom Verbot umfassten Handlungen. Zunächst ist daher die Frage zu beantworten, durch welche Grundrechte das Interesse des Pflegebedürftigen an einer freien Auswahl⁹⁵⁵ des Pflegenden geschützt ist.

aa) Ehe und Familie, Art. 6 I GG

Von Art. 6 I GG kann von vornherein nur die Auswahl einer Pflegeperson geschützt sein, mit der eine Ehe besteht oder die zur Familie i.S.d. Art. 6 I GG gehört. Die Ehe ist „die Vereinigung eines Mannes und einer Frau zu einer umfassenden, grundsätzlich unauflösbaren Lebensgemeinschaft“.⁹⁵⁶ Nichteheliche Lebensgemeinschaften und gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften werden davon also nicht erfasst.⁹⁵⁷ Damit kann auch die Wahl des Partners als Pflegenden nur bei Bestehen einer traditionellen

955 Kann der Pflegebedürftige die Auswahl nicht oder nicht allein treffen, so erfolgt der Schutz seines Selbstbestimmungsrechts durch das Betreuungsrecht, *Jürgens/Lesting, et al.*, Betreuungsrecht kompakt, Rn. 2 sowie die Aufgaben eines Betreuers nach § 1991 II BGB. Die Bestellung eines Betreuers ist ein Eingriff in Art. 2 I GG, *Starck*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, Art. 2, Rn. 140. Der Umfang der Betreuung ist dabei auf das erforderliche Maß zu beschränken, *Jürgens/Lesting, et al.*, Betreuungsrecht kompakt, Rn. 63, 80.

956 BVerfG vom 28.02.1980 – 1 BvL 136/78, Rn. 90 (Ehescheidung); BVerfG vom 30.11.1982 – 1 BvR 818/81, Rn. 27 (hinkende Ehe).

957 *Coester-Waltjen*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Band 1, Art. 6, Rn. 7, 9.

Ehe durch Art. 6 I GG geschützt sein. Zur Familie i.S.d. Art. 6 I GG gehört nur die sogenannte Kleinfamilie, also die Gemeinschaft von Eltern und Kindern.⁹⁵⁸ Dies gilt auch, wenn die Kinder bereits volljährig sind⁹⁵⁹ sowie für Stief-, Adoptiv- und Pflegekinder⁹⁶⁰. Die praktisch häufig gewählte Schwiegertochter als Pflegekraft fällt damit nicht in den Schutzbereich, da sie nicht zur Kleinfamilie gehört.

Neben der Zugehörigkeit zum von Ehe und Familie umfassten Personenkreis ist weiterhin erforderlich, dass auch die Pflege durch den Ehepartner oder ein Familienmitglied durch Art. 6 I GG geschützt ist.⁹⁶¹ Art. 6 I GG enthält trotz des insoweit nicht eindeutigen Wortlautes ein Abwehrrecht.⁹⁶² Dabei schützt Art. 6 I GG vor Eingriffen in die Privatsphäre von Ehe und Familie.⁹⁶³ Wesentlicher Inhalt einer Ehe und der Familie ist es, sich gegenseitig Beistand zu leisten.⁹⁶⁴ Fraglich ist jedoch, ob auch gerade das Beistand-leisten in Form der Pflege der Ehepartners oder eines Familienangehörigen geschützt ist. Nicht zweifelhaft ist dies, wenn Eltern ihre minderjährigen Kinder pflegen. Auch wenn die hier untersuchte Pflege nicht deckungsgleich mit der Pflege i.S.d. Art. 6 II GG ist, so wird sie doch von dieser umfasst, denn Art. 6 II GG enthält eine „Gesamtverantwortung der Eltern für das Kind in körperlicher und geistig-seelischer [...] Perspektive“⁹⁶⁵. Für alle anderen Beziehungskonstellationen innerhalb einer Familie ist dies weniger eindeutig. So könnte man argumentieren, dass nach einmal erlangter Selbstständigkeit die Familie bei Erwachsenen vor allem eine Gemeinschaft der psychischen Unterstützung ist.⁹⁶⁶ Allerdings kann die Funktion der Familie für Erwachsene nicht auf das Geben psychischer Unterstützung reduziert werden. Zum einen gehört es zur Privatsphäre einer Familie diese frei zu gestalten⁹⁶⁷ und Unterstützung und Beistand in jeder erdenklichen Form zu leisten. Zum anderen erfolgte die Aussage zur psychischen Unterstützung durch das Bundesverfassungsgericht vor dem Hintergrund von erwach-

958 Badura, in: *Maunz/Dürig*, GG II, Art. 6, Rn. 60.

959 BVerfG vom 05.02.1981 – 2 BvR 646/80, Rn. 22f., wonach die Beziehung zwischen Eltern und volljährigem Kind vor allem in Krisensituationen eine große Bedeutung hat.

960 BVerfG vom 18.04.1989 – 2 BvR 1169/84, Rn. 32ff. zur Erwachsenenadoption; *Robbers*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, Art. 6, Rn. 77, der jedoch aus dem schutzzweck des Art. 6 I GG und der Offenheit des Begriffes Familie für einen noch weiteren Familienbegriff plädiert, Rn. 86ff.

961 Zum Ansatz der möglichen Beeinträchtigung von Art. 6 I, II GG durch ein Verbot bestimmter Pflegetätigkeiten, *Igl*, Öffentlich-rechtliche Grundlagen für das Berufsfeld Pflege im Hinblick auf vorbehaltene Aufgabenbereiche, S. 19.

962 *Pirson*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.), BK 2, Art. 6, Rn. 92; *Coester-Waltjen*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Band 1, Art. 6, Rn. 19; *Robbers*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, Art. 6, Rn. 8.

963 *Uhle*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), GG, Art. 6, Rn. 21.

964 *Robbers*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, Art. 6, Rn. 81.

965 *Robbers*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, Art. 6, Rn. 143.

966 Etwas blumiger formuliert das Bundesverfassungsgericht in E 80, 81ff. „Unabhängig hiervon bietet die Familie den erwachsenen Familienmitgliedern Raum für Ermutigung und Zuspruch und festigt die Fähigkeit zu verantwortlichem Leben in der Gemeinschaft.“

967 BVerfG vom 18.04.1989 – 2 BvR 1169/84, Rn. 37.

sen gewordenen Kindern, die einer sonstigen Unterstützung nicht bedürfen. Die Aussage sollte verdeutlichen, dass auch hier noch eine besondere familiäre Beziehung bestehen kann. Im Falle der eintretenden Pflegebedürftigkeit, insbesondere bei älteren Menschen, fehlt es jedoch gerade an der Fähigkeit, sein Leben ohne fremde Hilfe zu führen und es besteht ein Bedarf an Beistand über rein psychische Hilfe hinaus. Auch die traditionell von den Familien wahrgenommenen Aufgaben können herangezogen werden, die geschützte Privatsphäre einer Familie i.S.d. Art. 6 I GG zu bestimmen.⁹⁶⁸ Die Pflege älterer Menschen ist eine solche traditionell von Familien wahrgenommene Aufgabe. Da es sich häufig um Hilfestellungen zu sehr persönlichen und intimen Handlungen wie beispielsweise beim täglichen Waschen geht, ist die regelmäßig bestehende Nähe und das besondere Vertrauen zum Ehepartner oder dem Familienangehörigen Grund für die Wahl des Pflegebedürftigen. Nicht zuletzt die aktuellen Pflegestatistiken zeigen, dass dies auch heute noch der Fall ist, sich also das traditionelle Bild der Familie nicht derart gewandelt hat, dass dies in diesem Fall Auswirkungen auf die Auslegung von Art. 6 I GG hat.⁹⁶⁹ Auch gehören die Pflegehandlungen, welche von dem Verbot erfasst werden sollen, zu den von der Familie typischerweise wahrgenommenen Aufgaben. Dies zeigt schon ein Blick in den Katalog des § 3b II GuKG, der mit der Unterstützung bei der Körperpflege oder beim An- und Ausziehen auch typischerweise von Familienangehörigen wahrgenommene Tätigkeiten erfasst. Dies gilt auch, wenn die Tätigkeiten wie bei § 3b II GuKG nur erfasst werden, wenn besondere medizinische Erkenntnisse erforderlich sind. Somit gehört die Pflege eines Pflegedürftigen durch einen Familienangehörigen zur geschützten Privatsphäre des Art. 6 I GG. Dies muss dann auch für die dafür notwendige vorherige Wahl des Pflegebedürftigen gelten. Für die Ehe gelten die Ausführungen zur Familie analog. Art. 6 I GG umfasst auch die Freiheit zur Gestaltung des Ehelebens.⁹⁷⁰ Ebenso gehört die Pflege zu den traditionell von Ehepartnern wahrgenommenen Aufgaben.

Durch ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt müsste in Art. 6 I GG eingegriffen werden. Dabei ist zwischen dem Verbot mit leistungsrechtlicher Wirkung und dem Verbot mit genereller Wirkung zu unterscheiden. Ein Eingriff im klassischen Sinne liegt vor, wenn zielgerichtet, unmittelbar, mittels eines Rechtsaktes und durch Befehl und Zwang ein grundrechtlicher Schutzgegenstand beeinträchtigt wird.⁹⁷¹ Der Eingriffsbegriff wird jedoch erweitert, so dass auch bei mittelbaren und faktischen Einwirkungen ein Eingriff

968 Zwar haben die traditionellen Aufgaben der Familie nicht unmittelbar normative Wirkung, es kann aber davon ausgegangen werden, dass bei der Entstehung des Grundgesetzes für Art. 6 GG gerade das traditionelle Familienbild und deren Aufgaben als Leitbild gedient haben. Vgl. *Pirson*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.), BK 2, Art. 6, Rn. 6f., der für Art. 6 I GG annimmt, er diene der Bewahrung eines für das „gegenwärtige Gemeinschaftsleben bestimmenden Wert[es]“.

969 Die Verfassungsbegriffe Ehe und Familie werden zwar nicht allein durch die tatsächlichen Verhältnisse bestimmt, sind jedoch auch nicht völlig unabhängig davon, *Camphausen*, VVDStRL, S. 8, 48f.; *Robbers*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, Art. 6, Rn. 7.

970 *Coester-Waltjen*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Band 1, Art. 6, Rn. 25.

971 *Sachs*, Grundrechte, S. 105; *Starck*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, Art. 1, Rn. 263.

vorliegt.⁹⁷² Jedenfalls dies ist für das generell wirkende Verbot der Fall. Zwar richtet sich das Verbot unmittelbar nur an den Pflegenden. Letztlich wird es jedoch zumindest für die Zeit bis zum Erhalt der Erlaubnis für den Pflegebedürftigen faktisch unmöglich, für die Erbringung der verbotenen Tätigkeiten einen Familienangehörigen oder den Ehepartner zu wählen. Bei einem nur leistungsrechtlich wirkenden Verbot könnte man argumentieren, ein Eingriff liege nicht vor, da der Staat bei Nichtbeachten des Verbotes nur eine Leistung entziehe, zu deren Erbringung er verfassungsrechtlich nicht verpflichtet ist. Bei einer beitragsfinanzierten Leistung ist mit Blick auf Art. 14 GG und bei Sozialhilfeleistungen mit Blick auf Art. 1 I GG schon fraglich, ob nicht doch ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf ein Mindestmaß an Leistungen besteht. Vor allem aber wirkt das Verbot mit nur leistungsrechtlicher Wirkung faktisch wie ein generelles Verbot, da viele Pflegebedürftige zwingend auf staatliche Leistungen angewiesen sind. Ausgehend von der allgemeinen Eingriffsdefinition liegt damit sowohl für das generelle Verbot als auch für das Verbot mit nur leistungsrechtlicher Wirkung ein Eingriff in Art. 6 I GG vor. Fraglich ist jedoch, ob für Art. 6 I GG die allgemeine Eingriffsdefinition dahingehend eingeschränkt werden muss, als nur Einschränkungen mit besonderem Bezug zum Familien- oder Eheleben einen Eingriff in Art. 6 I GG darstellen.⁹⁷³ Das Erfordernis eines besonderen Bezuges zum Familien- oder Eheleben könnte die Weite des erweiterten Eingriffsbegriffes etwas eindämmen. Allerdings ist der besondere Bezug zum Familien- oder Eheleben seinerseits nur schwer zu bestimmen. Ist damit gemeint, dass nur finale Eingriffe in das Familien- und Eheleben für einen Eingriff in Art. 6 I GG ausreichen, so würde durch das Verbot bestimmter pflegerischer Handlungen kein Eingriff erfolgen. Da das Verbot auf alle nichtprofessionellen Pflegekräfte anwendbar ist, richtet es sich gerade nicht zielgerichtet an Familienangehörige und Ehepartner. Allerdings erkennt man am vorliegenden Beispiel, dass eine solche formale Einschränkung des erweiterten Eingriffsbegriffes auf nur finale Eingriffe zu weit geht. Tatsächlich wird der Großteil der durch nichtprofessionelle Pflegekräfte erbrachten Pflegeleistungen durch Familienmitglieder oder Ehepartner erbracht, so dass die faktische Wirkung des Verbotes zurzeit im Wesentlichen bei Familien und Ehen liegen würde. Zumindest in solchen Fällen sollte der Eingriff bejaht werden.

Art. 6 I GG enthält zugleich eine Institutsgarantie, welche hier jedoch im Ergebnis nicht betroffen ist. Danach dürfen die Institute Ehe und Familie nicht gänzlich abgeschafft werden.⁹⁷⁴ Aber auch eine Entwertung durch inhaltliches Aushöhlen ist unzu-

972 *Starck*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, Art. 1, Rn. 263.

973 Auf eine solche Voraussetzung deutet *Coester-Waltjen*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), *Grundgesetzkommentar*, Band 1, Art. 6, Rn. 33 hin, wenn bei Störungen des Familienlebens durch „familienunabhängige Vorschriften“ diese Störungen nicht am Abwehrrecht, sondern an der Schutzfunktion des Art. 6 I GG gemessen werden sollen.

974 *Coester-Waltjen*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), *Grundgesetzkommentar*, Band 1, Art. 6, Rn. 13; *Uhle*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), GG, Art. 6, Rn. 29, 32.

lässig.⁹⁷⁵ Zwar gehören zum Begriffskern der Familie auch Ermöglichung und Anerkennung familiärer Solidarität,⁹⁷⁶ jedoch werden hier nur einzelne Handlungen verboten und die familiäre Solidarität ist nicht insgesamt betroffen. Allein das Verbot einzelner pflegerischer Handlungen genügt nicht für ein inhaltliches Aushöhlen der Institute Ehe und Familie.

bb) Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG

Die Wahl des Pflegebedürftigen, von wem er sich pflegen lassen möchte, könnte durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG geschützt sein. Eine fassbare abstrakte Definition des Schutzbereiches des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist nicht möglich. Durch die richterrechtliche Entwicklung dieses Rechts in der Weise, dass jeweils fallspezifisch einzelne Bestandteile des allgemeinen Persönlichkeitsrechts entwickelt wurden, lässt es sich zunächst über eine Aufzählung der anerkannten Bestandteile beschreiben. Dies sind u.a. das Recht am eigenen Bild⁹⁷⁷, das Recht am eigenen Wort⁹⁷⁸ und das informationelle Selbstbestimmungsrecht⁹⁷⁹. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die bereits anerkannten Bestandteile nicht das gesamte allgemeine Persönlichkeitsrecht beschreiben, sondern dieses entwicklungsoffen ist.⁹⁸⁰ Entwicklungsoffen bedeutet, es können neue Bestandteile entwickelt werden.⁹⁸¹ Abstrakt kann man jedoch zumindest sagen, dass der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts enger ist als der der allgemeinen Handlungsfreiheit⁹⁸² und dass dieser engere Schutzbereich gegenüber Art. 2 I GG gerade aus einem stärkeren Persönlichkeitsbezug folgt. Zwar lässt sich die Auswahl des Pflegenden durch den Pflegebedürftigen nicht ohne weiteres einem der anerkannten Bestandteile des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuordnen, jedoch ist auf Grundlage der Sphärentheorie der besondere Persönlichkeitsbezug dieser Auswahl begründbar. Die Sphärentheorie unterscheidet zwischen der Intimsphäre, der Privatsphäre und der Sozialsphäre.⁹⁸³ Eine Zuordnung zur am stärksten geschützten Intimsphäre ist nicht möglich. Zum einen ist die Wahl ei-

975 Coester-Waltjen, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetzkomentar, Band 1, Art. 6, Rn. 13; Uhle, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), GG, Art. 6, Rn. 30, 32.

976 Coester-Waltjen, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetzkomentar, Band 1, Art. 6, Rn. 15.

977 BVerfG vom 31.01.1973 – 2 BvR 454/71, Rn. 32ff.; BVerfG vom 26.02.2008 – 1 BvR 1602/07, 1 BvR 1606/07, 1 BvR 1626/07, Rn. 45ff. (Caroline von Monaco).

978 BVerfG vom 31.01.1973 – 2 BvR 454/71, Rn. 32ff.

979 BVerfG vom 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, Rn. 145ff. (Volkszählungsurteil).

980 BVerfG vom 13.06.2007 – 1 BvR 1783/05, Rn. 71.

981 Dies zeigt nicht zuletzt die Entwicklung des „Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ durch das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zur Online-Durchsuchung, BVerfG vom 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, Rn. 148ff.

982 BVerfG vom 03.06.1980 – 1 BvR 185/77, Rn. 13.

983 Lang, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), GG, Art. 2, Rn. 39ff.

nes Pflegenden bereits eine Kommunikation nach außen und zum anderen lassen sich auch die Pflegehandlungen nicht insgesamt der Intimsphäre zuordnen.⁹⁸⁴ Die Wahl des Pflegenden durch den Pflegebedürftigen lässt sich jedoch sowohl in räumlicher als auch in sachlicher Hinsicht der privaten Sphäre zuordnen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht dient dazu, dem Einzelnen „sachlich und räumlich definierte Rückzugsräume“⁹⁸⁵ zu ermöglichen. Räumlich gehört die häusliche Pflege schon deshalb zur Privatsphäre, weil sie in häuslicher Umgebung stattfindet. Diese häusliche Umgebung ist regelmäßig die Wohnung des Pflegebedürftigen, die als Rückzugsraum auch durch Art. 13 GG besonders geschützt ist. Sachlich entsteht durch die Auswahlentscheidung durch den Pflegebedürftigen unter der Voraussetzung, dass der Pflegende zustimmt, eine dauerhafte Vertrauensbeziehung zwischen Pflegebedürftigen und Pflegenden. In dieser besonderen Vertrauensbeziehung leistet der Pflegende dem Pflegebedürftigen umfassende Unterstützung, von der Hilfe bei finanziellen Dingen bis hin zur täglichen Körperpflege. Der Pflegende bekommt damit nicht nur ein umfassendes Bild vom Leben des Pflegebedürftigen, sondern nimmt sogar an diesem Leben teil. An der Zuordnung zur Privatsphäre ändert sich auch nichts, wenn man berücksichtigt, dass die freie Arztwahl teilweise nur der allgemeinen Handlungsfreiheit zugeordnet wird.⁹⁸⁶ Auch für die freie Arztwahl ist es schon überzeugender, insbesondere wenn man das entstehende Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient in den Blick nimmt, diese dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zuzuordnen.⁹⁸⁷ Eine solche Zuordnung führt auch zu einem einheitlichen Schutzniveau hinsichtlich der Wahl des Arztes und damit dem Entstehen des Arzt-Patienten-Verhältnisses und dem bestehenden Arzt-Patienten-Verhältnis, denn die Selbstbestimmung in einem bestehenden Arzt-Patienten-Verhältnis ist durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt.⁹⁸⁸ Aber auch unabhängig von der Einordnung der freien Arztwahl ist die Wahl des Pflegenden durch den Pflegebedürftigen aufgrund der Besonderheiten des Pflegeverhältnisses der Privatsphäre zuzuordnen. Das Pflegeverhältnis hat im Gegensatz zum Arzt-Patienten Verhältnis durch das auf Dauer angelegte Vertrauensverhältnis für viele Handlungen des täglichen Lebens einen besonderen Persönlichkeitsbezug. Da gerade die Gestaltung der privaten Sphäre nach eigener Entscheidung⁹⁸⁹ geschützt wird und der Pflegebedürftige diese Gestaltung durch die Wahl des Pflegenden

984 Selbst Pflegehandlungen wie die Unterstützung bei der Körperpflege, die den Pflegebedürftigen durchaus in „intimer“ Weise betreffen, lassen sich nicht mit der Intimsphäre zuzuordnenden Entscheidungen wie die der sexuellen Selbstbestimmung vergleichen, vgl. zur sexuellen Selbstbestimmung BVerfG vom 21.12.1977 – 1 BvL 1/75, Rn. 78 (Sexualkundeunterricht).

985 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG I, Art. 2, Rn. 149.

986 *Kunig*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetzkomentar, Band 1, Art. 2, Rn. 29.

987 *Lang*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, § 76, Rn. 4.

988 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG I, Art. 2, Rn. 204.

989 *Kunig*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetzkomentar, Band 1, Art. 2, Rn. 33; auch *Höfling*, Selbstbestimmung im Alter aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: *Becker/Roth* (Hrsg.), Recht der Älteren, S. 85, Rn. 8, ordnet die „Selbstbestimmung als Persönlichkeitsentfaltung“ dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu.

vornimmt, fällt die freie Wahl des Pflegenden in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

Es liegt auch ein Eingriff⁹⁹⁰ in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vor. Durch das Verbot für nichtprofessionelle Pflegekräfte, bestimmte pflegerische Handlungen vorzunehmen, wird bei einem Verbot mit genereller Wirkung die Wahl einer nichtprofessionellen Pflegekraft für diese Handlungen unmöglich gemacht. Aber auch bei einem Verbot mit nur leistungsrechtlicher Wirkung wird die Wahl durch die drohenden finanziellen Einbußen zumindest deutlich erschwert.

cc) Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 I GG

Da die Wahl des Pflegenden durch den Pflegebedürftigen entweder bereits durch Art. 6 I GG geschützt ist, aber zumindest durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG, wird das Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG verdrängt.⁹⁹¹

dd) Konkurrenzen

Noch zu klären ist, in welchem Verhältnis das Abwehrrecht aus Art. 6 I GG, Ehe und Familie, zum Abwehrrecht aus Art. 2 I GG i.V.m. 1 I GG, allgemeine Persönlichkeitsrecht steht, wenn der Pflegebedürftige den Ehepartner oder einen Familienangehörigen zum Pflegenden wählt und damit ein Eingriff in den Schutzbereich beider Grundrechte vorliegt. Da beide Grundrechte einen Raum der Privatsphäre des Pflegebedürftigen schützen und Art. 6 I GG den besonderen Privatraum Ehe und Familie schützt, wirkt Art. 6 I GG hier als besonderes Persönlichkeitsrecht des Pflegebedürftigen bei der Wahl eines Pflegenden aus dem Kreis der Familie oder bei der Wahl des Ehepartners und ist somit spezieller gegenüber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG.

990 Für das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist der erweiterte Eingriffsbegriff anwendbar, *Lang*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), GG, Art. 2, Rn. 51. Voraussetzung ist jedoch, dass die Beeinträchtigung unmittelbar den Grundrechtsträger trifft, *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG I, Art. 2, Rn. 223. Dies ist bei dem Pflegebedürftigen, der selbst in seiner Wahlfreiheit eingeschränkt ist der Fall. Dessen Angehörige könnten diese Einschränkung der Wahlfreiheit jedoch beispielsweise nicht als Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts rügen.

991 Zur Subsidiarität der allgemeinen Handlungsfreiheit gegenüber speziellen Grundrechten bereits auf Schutzbereichsebene, *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG I, Art. 2, Rn. 21f.

b) Grundrechte der Pflegenden

Der Pflegende hat ein Interesse daran, der Wahl durch den Pflegebedürftigen nachzukommen und dementsprechend alle denkbaren Pflegehandlungen, die er sich selbst zutraut, auszuführen.

aa) Ehe und Familie, Art. 6 I GG

Wie die Wahl des Pflegenden durch den Pflegebedürftigen ist auch das Erbringen der Pflegeleistungen selbst für den unter Art. 6 I GG fallenden Personenkreis durch Art. 6 I GG geschützt, dienen doch Ehe und Familie nicht nur dazu, sich den Beistand Leistenden auszusuchen, sondern auch dazu, sich gegenseitig tatsächlich Beistand zu leisten. Sowohl das Verbot mit genereller Wirkung als auch das Verbot mit nur leistungsrechtlicher Wirkung greifen in den Schutzbereich des Art. 6 I GG ein.

bb) Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG

Zweifelhaft ist, ob die Erbringung der Pflegeleistung durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt ist. Denkbar ist dies zum einen unter dem Gesichtspunkt der Begründung des Vertrauensverhältnisses, welches nicht nur aus Sicht des Pflegebedürftigen entsteht, sondern ein gegenseitiges ist. Allerdings ist zu bedenken, dass es sich bei dem Pflegeverhältnis letztlich um den räumlichen und sachlichen Rückzugsbereich⁹⁹² des Pflegebedürftigen handelt und nur dessen Privatsphäre in einer besonderen Weise betroffen ist. Ein besonderer Bezug zur Privatsphäre des Pflegenden kann sich jedoch dann ergeben, wenn bereits vor seiner Wahl zum Pflegenden durch den Pflegebedürftigen zu diesem ein besonders enges Vertrauensverhältnis bestand. Gleiches muss dann für Fälle gelten, in denen das Verbot der Pflegeleistungen erst nach Entstehen des besonders engen Vertrauensverhältnisses wirksam wird. Denn durch das Verbot für bestimmte Pflegehandlungen ist es dem Pflegenden dann nicht möglich, seiner, aus dem besonders engen Vertrauensverhältnis zum Pflegenden folgenden, moralischen Pflicht zur Hilfeleistung nachzukommen. Insbesondere kann es Fälle geben, gerade in nichtehelichen Lebensgemeinschaften, bei denen die Wahl des Pflegenden eher eine gemeinsame Wahl ist und nicht eine Wahl allein des Pflegebedürftigen, weil die Pflege Gegenstand der Lebensgemeinschaft ist. Allerdings führt der Schutz des Rechts zur Hilfeleistung in solchen Fällen dazu, dass eine Beistandsgemeinschaft jenseits von Ehe und Familie gemäß Art. 6 I GG durch das Grundgesetz geschützt würde. Dem könnte Art. 6 I GG entgegenstehen, der gerade einen besonderen Schutz von Ehe und Familie ver-

⁹⁹² Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG I, Art. 2, Rn. 149.

langt.⁹⁹³ Allerdings handelt es sich bei dieser Beistandsgemeinschaft nicht um ein „Konkurrenzinstitut“ zu Ehe und Familie, da es für den Schutz über Art. 6 I GG allein auf den rechtlichen Status ankommt, hingegen für den Schutz aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG auf das tatsächlich bestehende Vertrauensverhältnis. Auch ist der Schutz durch Art. 6 I GG umfassend, während der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nur so weit reicht, soweit es sich um Entscheidungen aus dem Vertrauensverhältnis handelt.⁹⁹⁴ Im Ergebnis steht Art. 6 I GG der Anerkennung einer solchen Beistandsgemeinschaft über Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG nicht entgegen. Die Erbringung von Pflegeleistungen ist damit nur für den Fall eines bereits bestehenden besonderen Vertrauensverhältnisses durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt. In diesem Fall wird auch durch beide Formen des Verbotes der Erbringung bestimmter Pflegeleistungen in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eingegriffen.

cc) Berufsfreiheit, Art. 12 I GG

Wenn der nichtprofessionell Pflegende mit der Tätigkeit auf Dauer angelegt die Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage anstrebt,⁹⁹⁵ dann ist dies durch Art. 12 I GG geschützt.⁹⁹⁶ Dies gilt praktisch vor allem für entgeltlich arbeitende Betreuungskräfte. Durch das Verbot einzelner Pflegetätigkeiten wird auch in den Schutzbereich der Berufsfreiheit eingegriffen. Zwar soll durch das Verbot einzelner gefährlicher Tätigkeiten nicht final die Berufsbetätigung der Betreuungskräfte eingeschränkt werden, so dass ein Eingriff im Sinne des klassischen Eingriffsbegriffes nicht vorliegt. Aller-

993 Darauf folgt zunächst, dass Ehe und Familie als Institutionen exklusiv geschützt sind, nicht jedoch, dass andere Gemeinschaft rechtlich völlig schutzlos sein müssen, *Coester-Waltjen*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Band 1, Art. 6, Rn. 16.

994 Selbst wenn man ein Abstandsgebot hinsichtlich des Schutzniveaus zu anderen Formen des Zusammenlebens annehmen würde, wäre dieses hier nicht verletzt. Ein Abstandsgebot selbst für einfachgesetzliche Regelungen verneinend, BVerfG vom 17.07.2007 - 1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01, Rn. 101 (gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft).

995 Dies ist aufgrund der hier verwendeten engen Definition von professioneller Pflege, die nur dann vorliegt, wenn neben dem Auftreten am Markt auch eine pflegebezogenen Ausbildung absolviert wurde, möglich.

996 Zur Definition von Beruf i.S.d. Art. 12 I GG, BVerfG vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/58, Rn. 56 (Apothekenurteil); die auch das Erlaubtsein der Tätigkeit umfasst. Die Ausübung der vom Verbot erfassten Pflegetätigkeiten ist auch „erlaubt“ i.S.d. Art. 12 I GG, da durch dieses Merkmal nur gemeinschaftsschädliches Verhalten bereits auf Schutzbereichsebene ausgeschlossen werden soll, *Gubelt*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Band 1, Art. 12, Rn. 9. Nach der hier verwendeten engen Definition einer professionellen Pflegekraft ist es auch möglich, dass eine nichtprofessionelle Pflegekraft alle Voraussetzungen für die Ausübung eines Berufes erfüllt, da eine professionelle Pflegekraft neben der berufsmäßigen Ausübung zusätzlich über eine entsprechende Ausbildung verfügen muss.

dings hat die Regelung eine objektiv berufsregelnde Tendenz⁹⁹⁷, da die Betreuungskräfte in ihrer Berufsausübung spürbar eingeschränkt würden.

dd) Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 I GG

Soweit das Ausführen aller pflegerischen Tätigkeiten nicht in den Schutzbereich eines speziellen Grundrechts fällt, ist der Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit eröffnet. Durch das Verbot einzelner Pflegehandlungen erfolgt auch ein Eingriff im klassischen Sinne.⁹⁹⁸

ee) Konkurrenzen

Zu einer gleichzeitigen Anwendbarkeit von Art. 12 I GG auf der einen und Art. 6 I GG oder Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG auf der anderen Seite wird es praktisch nicht kommen, da zu gegen Entgelt arbeitenden Betreuungskräften meist kein vorheriges besonders enges Vertrauensverhältnis besteht und diese auch nicht Ehepartner sind oder zur Familie gehören. Bleibt also wiederum die Konkurrenz von Art. 6 I GG zu Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG. Auch hier ist Art. 6 I GG als besonderes Persönlichkeitsrecht mit umfassenderer Schutzwirkung spezieller.

2. Rechtfertigung

a) Einschränkung der beeinträchtigten Grundrechte

Einzig Art. 6 I GG ist von den beeinträchtigten Grundrechten vorbehaltlos gewährleistet. Ein Eingriff kann damit nur durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden.⁹⁹⁹ Die Konkretisierung des kollidierenden Verfassungsrechts für den Eingriff bedarf einer gesetzlichen Grundlage.¹⁰⁰⁰ Alle anderen beeinträchtigten Grundrechte

997 Zum Erfordernis der objektiv berufsregelnden Tendenz, BVerfG vom 19.06.1985 – 1 BvL 57/79, Rn. 59, hingegen für eine uneingeschränkte Anwendung des erweiterten Eingriffsbegriffes, *Kube*, Persönlichkeitsrecht, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR VII 2009, Rn. 80f.

998 Zur Frage, inwieweit auch der erweiterte Eingriffsbegriff für Beeinträchtigungen der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG anwendbar ist, insbesondere für nur faktische Beeinträchtigungen, *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG I, Art. 2, Rn. 49.

999 Speziell zu Art. 6 I GG, *Robbers*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, Art. 6, Rn. 29, mit Fokus auf Art. 5 III GG, aber allgemeingültig zu schrankenlos gewährleisteten Grundrechten, BVerfG vom 24.02.1971 – 1 BvR 435/68, Rn. 54ff. (Mephisto).

1000 Zu diesem Ergebnis kommen auch, *Jarass/Pieroth*, Art. 6, Rn. 14. Begründen lässt sich dies mittels eines Erst-Recht-Schlusses aus den Gesetzesvorbehalten anderer Grundrechte und der Wesentlichkeitstheorie; zur Wesentlichkeitstheorie, *Sachs*, Grundrechte, A 9, Rn. 13; *Robbers*, in: Man-

te haben ausdrückliche Schranken. So ist die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG u.a. durch die verfassungsmäßige Ordnung einschränkbar. Die verfassungsmäßige Ordnung umfasst alle Normen, die ihrerseits formell und materiell verfassungsgemäß sind.¹⁰⁰¹ Für das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG gelten die Schranken des Art. 2 I 2 HS GG und damit auch die der verfassungsmäßigen Ordnung.¹⁰⁰² Der besondere Persönlichkeitsbezug und die daraus resultierende Nähe zu Art. 1 I GG hat insoweit nur Auswirkungen auf die Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage und auf die Bestimmung der wesentlichen Entscheidungen, die durch formellen Gesetz getroffen werden müssen, sowie natürlich auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffes.¹⁰⁰³ Für Art. 12 I 1 GG als einheitliches Grundrecht auf Berufsfreiheit gilt der Gesetzesvorbehalt nach Art. 12 I 2 GG.¹⁰⁰⁴ Die bereits im Grundlagenteil beschriebenen verfassungsrechtlichen Interessen der am Pflegeprozess Beteiligten können hier in ihrer Schutzwirkung als Rechtfertigungsgründe dienen. Dies sind insbesondere die körperliche Unversehrtheit des Pflegebedürftigen sowie dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht und die wirtschaftlichen Interessen der Träger der Finanzierungslast. Damit handelt es sich bei den potentiellen Rechtfertigungsgründen um kollidierendes Verfassungsrecht. Durch Normierung des Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt für gefährliche Pflgetätigkeiten durch ein formelles Gesetz bestünde auch eine gesetzliche Grundlage.

b) Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes

aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Für ein fiktives, also allenfalls zukünftiges, Gesetz ist vor allem interessant, ob die Gesetzgebungskompetenz beim Bund oder bei den Ländern liegt.

Für ein Verbot mit nur leistungsrechtlicher Wirkung kann eine Kompetenz zur konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes aus Art. 74 I Nr. 12 GG hergeleitet werden. Sozialversicherung ist „die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit“¹⁰⁰⁵. Wenn es jedoch um die Deckung eines Bedarfes geht, dann umfasst der Kompetenztitel „Sozial-

goldt/Klein/Starck, GG I, Art. 7, Rn. 26ff. Wenn schon für Grundrechte mit geschriebenem Gesetzesvorbehalt eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist, so muss dies erst recht für die formal stärker geschützten Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt gelten.

1001 BVerfG vom 16.01.1957 – 1 BvR 253/56, Rn. 34 (Elfes).

1002 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG I, Art. 2, Rn. 133; *Sachs*, Grundrechte, B 2, Rn. 63.

1003 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG I, Art. 2, Rn. 133.

1004 BVerfG vom 11.06.1958 – 1 BvR 596/56, Rn. 64ff. (Apothekenurteil); *Manssen*, in: *Man-goldt/Klein/Starck*, GG I, Art. 12, Rn. 104.

1005 BVerfG vom 10.05.1960 – 1 BvR 190/58, 1 BvR 363/58, 1 BvR 401/58, 1 BvR 409/58, 1 BvR 471/58, Rn. 21 (Familienlastenausgleich).

versicherung“ nicht nur die Leistungsansprüche des Versicherten, sondern auch deren Erfüllung und damit das Verhältnis Leistungsträger-Leistungserbringer bei Sachleistungen und bei Geldleistungen mit Zweckbestimmung die Regeln für die Zweckbestimmung im Verhältnis Leistungsträger-Leistungsempfänger. Hier geht es gerade um eine Regelung der Zweckbestimmung der Leistung, welche die Art und Weise der Leistungserbringung durch nichtprofessionelle Pflegekräfte regelt, die Voraussetzung für einen Anspruch auf Pflegegeld ist. Damit ist diese Regelung der Art und Weise der Leistungserbringung Bestandteil des Kompetenztitels Sozialversicherung.

Fraglich ist, ob der Bund auch eine Gesetzgebungskompetenz für ein Verbot mit genereller Wirkung hat. Auf den Kompetenztitel „Sozialversicherung“ lässt sich eine solche Regelung nicht stützen. Zwar hat auch ein Verbot mit genereller Wirkung mittelbar Auswirkungen auf die Erbringung von Pflegeleistungen durch nichtprofessionelle Pflegekräfte, soweit diese Leistungen durch die soziale Pflegeversicherung finanziert werden. Es hat jedoch Wirkungen über die Sozialleistungserbringung hinaus, insbesondere in Fällen, in denen gar keine Pflegeleistungen bezogen werden. Damit scheidet zugleich Art. 74 I Nr. 7 GG (öffentliche Fürsorge) als Kompetenztitel aus. Ein Verbot mit genereller Wirkung könnte in Form einer Aufzählung oder abstrakten Definition vorbehaltenen Tätigkeiten für Kranken- und Altenpfleger auf den Kompetenztitel Art. 74 I Nr. 19 GG „Zulassung zu anderen Heilberufen“ gestützt werden, wenn es sich sowohl bei der Kranken- als auch bei Altenpflege um einen „anderen Heilberuf“ handelt und ein entsprechender Tätigkeitsvorbehalt zur „Zulassung“ zu diesen Berufen gehört. Sowohl Kranken- als auch Altenpflege sind andere Heilberufe i.S.d. Art. 74 I Nr. 19 GG.¹⁰⁰⁶ Zwar hat der Bund nicht die Kompetenz zur umfassenden Regelung der „anderen Heilberufe“, sondern nur für die „Zulassung“ zu diesen Berufen,¹⁰⁰⁷ aber ein Tätigkeitsvorbehalt als wesentlicher Teil der Beschreibung eines Berufsbildes¹⁰⁰⁸ lässt sich unter den Begriff der Zulassung subsummieren. Auch wenn es bei den anderen Heilberufen i.S.d. Art. 74 I Nr. 19 GG unüblich ist, handelt es sich bei der Regelung der Zulassung zu einem Beruf in der Form, dass nicht nur das Führen der Berufsbezeichnung einer entsprechenden Ausbildung und einer Erlaubnis bedarf,¹⁰⁰⁹ sondern auch bestimmte Tätigkeiten nur nach Ausbildung und Erlaubnis ausgeübt werden dürfen, sogar um den eindeutigeren Fall einer „Zulassung“. So führt das Bundesverfassungsgericht im Altenpflegeur-

1006 Dazu sehr ausführlich BVerfG vom 24.10.2002 – 2 BvF 1/01, Rn. 160ff. (Altenpflegegesetz), wonach auch für die Altenpflege der Schwerpunkt der Tätigkeit nunmehr im Bereich der Heilkunde liegt, wobei der Begriff der Heilkunde selbst weit ausgelegt wird und auch Situationsverbesserungen bei „Störungen der normalen Beschaffenheit des Körpers [umfasst], die nicht geheilt werden können“.

1007 Die Zulassung umfasse nur „Wenn-Dann“-Regelungen, *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG I, Art. 74, Rn. 215. Der Tätigkeitsvorbehalt ist Teil des „Dann“. Man kann formulieren: Nur wer die Ausbildung als Altenpfleger absolviert hat, darf diese Tätigkeiten ausüben.

1008 Zur Kompetenz, im Rahmen der Zulassung Berufsbilder voneinander abzugrenzen, *Axer*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.), BK 10, Art. 74, Rn. 15.

1009 Zu den Gründen dafür vgl. BVerfG vom 24.10.2002 – 2 BvF 1/01, Rn. 252.

teil ausdrücklich aus, dass der bloße Bezeichnungsschutz für einen Heilberuf nicht unter den Begriff der „Zulassung“ fällt. Erst der Bezeichnungsschutz zusammen mit den Regelungen des SGB XI und den Vorschriften zum Heimrecht, die dazu führen, dass beispielsweise verantwortliche Pflegefachkraft i.S.d. § 71 III SGB XI nur jemand sein darf, der eine Ausbildung als Kranken- oder Altenpfleger abgeschlossen hat und deshalb die entsprechende Berufsbezeichnung führen darf, genügen für eine „Zulassung“.¹⁰¹⁰ Begründen lässt sich dies mit der Wirkung des Zusammenspiels von Berufsbezeichnungsschutz und den Regelungen des SGB XI und des Heimrechts, denn dieses Zusammenspiel bewirkt einen Tätigkeitsvorbehalt für die Erbringung von Pflegesachleistungen nach dem SGB XI und in Pflegeheimen für Personen, deren Berufsbezeichnung geschützt ist.¹⁰¹¹ Entsprechende Tätigkeitsvorbehalte gibt es bisher nur für Heilpraktiker (§ 1 Heilpraktikergesetz) sowie für Hebammen und Entbindungspfleger (§ 1 I i.V.m. § 4 I HebG). Aus kompetenzrechtlicher Sicht steht damit grundsätzlich der Einführung eines Tätigkeitsvorbehaltes für gefährliche Pflegetätigkeiten für Kranken- und Altenpfleger durch den Bund nichts im Wege. Dies gilt uneingeschränkt jedoch nur für einen Vorbehalt, der die anderweitige gewerbs- und berufsmäßige Ausübung ausschließt. Ein Vorbehalt, der auch die Ausübung der gefährlichen Pflegetätigkeiten durch nicht gewerbs- oder berufsmäßig Handelnde und damit insbesondere durch Angehörige ausschließen würde, wäre hingegen ein Novum.¹⁰¹² Kompetenzrechtlich problematisch könnte die Wirkung auch für die Angehörigenpflege sein, weil die „Zulassung“ allgemein Berufsbilder voneinander abgrenzen soll und dadurch dazu dienen soll, die Gesundheit der Patienten, beziehungsweise hier der Pflegebedürftigen, davor zu schützen, von fachlich ungeeigneten Personen behandelt zu werden.¹⁰¹³ Verlangt man dann aber eine abstrakte Gefahr, die von einer einzelnen fachlich ungeeigneten Person ausgehen muss, wie dies bei der Rechtfertigung der Zulassung über den Schutz der Volksgesundheit anklingt,¹⁰¹⁴ dann wäre eine Zulassung in Form eines Tätigkeitsvorbehaltes nur mit Wirkung für die gewerbs- und berufsmäßige Ausübung möglich, da von einem einzelnen pflegenden Angehörigen keine abstrakte Gefahr ausgeht, weil dieser regelmäßig nur einen Pflegebedürftigen pflegen wird. Bedenkt man jedoch, dass die Pflege im Vergleich zu den anderen von Heilberufen ausgeübten Tätigkeiten insoweit eine Sonderstellung einnimmt, als ein Großteil der insgesamt erbrachten Pflegeleistungen gerade von

1010 BVerfG vom 24.10.2002 – 2 BvF 1/01, Rn. 261.

1011 Mit ähnlicher Interpretation des Altenpflegeurteils, *Klie*, Altenpflege - quo vadis?, in: *Klie/Brandenburg* (Hrsg.), Gerontologie und Pflege, S. 1, 4.

1012 Konsequenter Weise müssten aufgrund der zahlenmäßigen Bedeutung der Angehörigenpflege auch die Befürworter von Vorbehaltstätigkeiten für die Alten- und Krankenpflege eine Ausdehnung des Verbotes auf die Angehörigenpflege fordern. Tatsächlich tun sie dies jedoch nicht, vgl. *Landenberger/Görres*, Gutachten zum Altenpflegegesetz, S. 48f. Mit Hinweis auf die 1965 im Gesetzgebungsverfahren zum Krankenpflegegesetz vorgebrachten Vorschläge, *Igl*, Öffentlich-rechtliche Grundlagen für das Berufsfeld Pflege im Hinblick auf vorbehaltene Aufgabenbereiche, S. 6ff.

1013 BVerfG vom 24.10.2002 – 2 BvF 1/01, Rn. 168f.

1014 BVerfG vom 10.05.1988 - 1 BvR 482/84, 1 BvR 1166/85, Rn. 42 (Heilpraktikergesetz).

Angehörigen erbracht werden, während bei anderen von Heilberufen ausgeübten Tätigkeiten der überwiegende Teil der Tätigkeiten von Berufsträgern erbracht wird, so geht zwar nicht von dem einzelnen Angehörigen aber doch von der Angehörigenpflege insgesamt eine abstrakte Gefahr aus. Im Ergebnis kann damit ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt mit genereller Wirkung für gefährliche Pflegetätigkeiten, welches auch für die nicht gewerbs- und berufsmäßige Erbringung von Pflegeleistungen gilt, auf den Kompetenztitel „Zulassung zu anderen Heilberufen“ nach Art. 74 I Nr. 19 GG gestützt werden.

Weder für den Kompetenztitel „Sozialversicherung“ nach Art. 74 I Nr. 12 GG noch für den Kompetenztitel „Zulassung zu anderen Heilberufen“ nach Art. 74 I Nr. 19 GG müssen die Voraussetzungen der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 II GG erfüllt sein.

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Im Rahmen der Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit sollen zunächst die im Grundlagenteil abstrakt dargestellten verfassungsrechtlichen Gründe für eine Qualitätssicherung bei Pflegeleistungen im Hinblick auf den hier zu prüfenden Eingriff durch das Verbot der Ausübung gefährlicher Pflegetätigkeiten durch nichtprofessionelle Pflegekräfte mit Erlaubnisvorbehalt konkretisiert werden. Dabei ist zwischen dem Verbot mit nur leistungsrechtlicher Wirkung und dem Verbot mit genereller Wirkung zu unterscheiden. Im Anschluss daran erfolgt die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der einzelnen Grundrechtseingriffe wiederum mit der Unterscheidung zwischen dem Verbot mit nur leistungsrechtlicher Wirkung und dem Verbot mit genereller Wirkung als zweitem Schritt der Konkretisierung.

(1) Konkret in Betracht kommende Rechtfertigungsgründe

(a) Verbot mit nur leistungsrechtlicher Wirkung

Im Grundlagenteil wurde das Effizienzinteresse der Träger der Finanzierungslast, welches durch Art. 2 I GG geschützt wird, als abstrakt in Betracht kommender Rechtfertigungsgrund für Qualitätssicherungsmaßnahmen dargestellt. Fraglich ist, ob das Effizienzinteresse auch konkret für ein Verbot mit leistungsrechtlicher Wirkung als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden kann. Da Effizienz das Verhältnis der eingesetzten Mittel zum erreichten Nutzen beschreibt, wäre Voraussetzung für eine Eingreifen des Effizienzinteresses, dass zu erwarten ist, mit dem Verbot mit leistungsrechtlicher Wirkung das Verhältnis von eingesetzten Mitteln zum erzielten Nutzen positiv zu beeinflussen. Dies ist mit Blick auf die Leistungen bei Pflegebedürftigkeit sowohl nach dem SGB XI als auch nach dem SGB XII jedoch zweifelhaft. Durch die Ausführung der gefährlichen Pflegetätigkeiten entweder durch professionelle Pflegekräfte oder durch nichtprofessionelle Pflegekräfte nach Anleitung und Unterweisung ist zwar mit einer besseren Pflegequalität und damit einem höheren Nutzen bzw. einer größeren Effektivität

tät zu rechnen. Gleichzeitig ist aber zu bedenken, dass in jedem Fall vermehrt professionelle Pflege erbracht werden muss, entweder in Form von Anleitung, Unterweisung sowie Überwachung oder Form der unmittelbaren Vornahme der Pflegetätigkeit durch eine professionelle Pflegekraft. Dies führt dann zu einem Mehr an Mitteln die eingesetzt werden müssen, da die Leistungen im SGB XI und SGB XII bei professioneller Pflege deutlich höher sind als im Falle der nichtprofessionellen Pflege. Ein Mehr an Mitteln müsste auch eingesetzt werden, wenn, wie vorgeschlagen, die Anleitung, Unterweisung und Überwachung nicht durch bei Pflegediensten angestellte professionelle Pflegekräfte erfolgt, sondern durch professionelle Pflegekräfte, die bei den Pflegekassen angestellt sind, denn auch für diese sind die Kosten höher als bei ausschließlich nichtprofessioneller Pflege. Solange also die Leistungen bei nichtprofessioneller Pflege nach dem SGB XI und dem SGB XII deutlich geringer sind als bei professioneller Pflege, spielt das Effizienzinteresse bei der Rechtfertigung von Qualitätssicherungsmaßnahmen, die zu einem Mehr an professioneller Pflege führen, keine nennenswerte Rolle.¹⁰¹⁵

Da das Verbot von gefährlichen Pflegeleistungen gerade darauf abzielt, eine Erbringung entweder durch professionelle Pflegekräfte oder eine Erbringung durch nichtprofessionelle Pflegekräfte nach Anleitung und Unterweisung im Hinblick auf die konkrete Pflegetätigkeit zu erreichen, kommt der Schutzpflicht aus Art. 2 II GG, also der Pflicht zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit, als Rechtfertigungsgrund besondere Bedeutung zu. In Extremsituationen kann auch die Schutzfunktion der Menschenwürde nach Art. 1 I GG von Bedeutung sein. Zwar ist nur schwer zu bestimmen, ab welchen Grad an Vernachlässigung oder körperlicher Misshandlung eine Verletzung der Menschenwürde vorliegt.¹⁰¹⁶ Es sind jedoch Fälle extremer Vernachlässigung und Ausbeutung von Pflegebedürftigen denkbar, in denen die Menschenwürde unzweifelhaft verletzt ist.

Weiterhin kommt auch eine Schutzpflicht aus den Persönlichkeitsrechten den Pflegebedürftigen (besonderes Persönlichkeitsrecht aus Art. 6 I GG, sowie allgemeines Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG) in Betracht und zwar in dem Sinne, dass geschützt wird, das bestehende Vertrauensverhältnis zum Pflegenden beenden und ein neues begründen zu können. Durch die Einbeziehung einer professionellen Pflegekraft in den Pflegeprozess wird gewährleistet, dass zumindest eine dritte Person am Pflegeprozess beteiligt ist und das so genannte Einzelkämpfertum gar nicht erst entstehen kann. Damit wird der Gefahr entgegengewirkt, dass der Pflegebedürftig in einer

1015 Vgl. *Becker/Lauerer*, Zur Unterstützung von Pflegepersonen - Unterstützungsnotwendigkeiten und -optionen, in: *Bundesministerium für Familie* (Hrsg.), *Zeit für Verantwortung im Lebenslauf - Politische und rechtliche Handlungsstrategien*, S. 121, 147, die bei Erhöhung des Pflegegeldes eine Verbesserung der Qualitätssicherung für die nichtprofessionelle Pflege fordern. Dies kann jedoch nur mit dem Effizienzinteresse begründet werden, da die sonstigen Gründe für die Qualitätssicherung wie der Schutz der Gesundheit des Pflegebedürftigen von der Leistungshöhe unabhängig sind.

1016 Zu den verschiedenen Definitionsansätzen, siehe *Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Art. 1 I, Rn. 52ff.; *Kunig*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), *Grundgesetzkommentar*, Band 1, Art. 1, Rn. 18ff.

Zweierkonstellation in eine Opferrolle gerät, in der er seine Bedürfnisse und Wünsche nicht mehr frei äußern kann.¹⁰¹⁷ In solchen Situationen ist eben nicht nur die körperliche Unversehrtheit des Pflegebedürftigen gefährdet, sondern auch seine Persönlichkeitsrechte.

Neben dem Schutz des Pflegebedürftigen kann auch der Schutz der Gesundheit des nichtprofessionell Pflegenden (Art. 2 II GG) durch einen Schutz vor Überlastung als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden. Denn gerade bei den als gefährlich eingestuften Pflegetätigkeiten liegt die physische und psychische Überlastung einer nichtprofessionellen Pflegekraft besonders nahe. Dieser Überlastungsgefahr kann durch das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt entgegengewirkt werden.

Die Existenz von Schutzpflichten ist heute sowohl in der Rechtsprechung¹⁰¹⁸ als auch in der Literatur¹⁰¹⁹ allgemein anerkannt. Für die Menschenwürde folgt sie unmittelbar aus Art. 1 I 2 GG.¹⁰²⁰ Da es an dieser Stelle lediglich um die Anwendung der Schutzpflichten auf Rechtfertigungsebene geht, kommt es auf die Problematik der Subjektivierung von Schutzpflichten nicht an.¹⁰²¹

(b) Verbot mit genereller Wirkung

Aufgrund des Ausscheidens des Effizienzinteresses der Träger der Finanzierungslast als Rechtfertigungsgrund bei einem Verbot mit nur leistungsrechtlicher Wirkung kommen für die Rechtfertigung eines Verbotes mit genereller Wirkung die gleichen Rechtfertigungsgründe in Betracht wie für das Verbot mit nur leistungsrechtlicher Wirkung.

(c) Probleme des Schutzes vor sich selbst

Alle in Betracht kommenden Rechtfertigungsgründe haben den Schutz des Pflegebedürftigen oder den Schutz der nichtprofessionellen Pflegekraft zum Gegenstand. So-

1017 Zur Opferrolle von Pflegebedürftigen im Rahmen der Angehörigenpflege, die nicht nur bei Einzelkämpfertum entstehen kann, siehe die mögliche Begründung für ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt unter Pkt. E. II.

1018 Ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit dem ersten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch: BVerfG vom 25.02.1975 – 1 BvF 1/74.

1019 Zusammenfassend u.a. *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 228f.; *Krings*, Die subjektiv-rechtliche Rekonstruktion der Schutzpflichten aus dem grundrechtlichen Freiheitsbegriff, in: *Sachs/Siekmann* (Hrsg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat, S. 426.

1020 Dabei wird mit der ganz überwiegenden Ansicht davon ausgegangen, dass es sich bei Art. 1 I GG zumindest um eine objektive Verbotsnorm handelt, vgl. *Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art. 1 I, Rn. 44; a.A. *Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, S. 377ff.

1021 Zwar wird die Existenz eines subjektiven Rechtes auf Schutz nicht mehr bestritten, vgl. *Stern*, Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, § 96 II 5, S. 1769, aber die Begründung des subjektiven Rechts wird vielfach als problematisch angesehen, vgl. *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 133ff.; *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 228f.; *Krings*, Die subjektiv-rechtliche Rekonstruktion der Schutzpflichten aus dem grundrechtlichen Freiheitsbegriff, in: *Sachs/Siekmann* (Hrsg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat, S. 430ff.

wohl Pflegebedürftiger als auch nichtprofessionelle Pflegekraft haben das zwischen ihnen bestehende Pflegeverhältnis jedoch freiwillig begründet. Der Pflegebedürftige hat einen Pflegenden ausgewählt und dieser hat dem zugestimmt. Man könnte argumentieren, dass beide sich damit auch freiwillig in die Situation der Gefährdung ihrer Rechte hineinbegeben haben. Damit stellt sich die Frage, ob in diesen Fällen die grundrechtlichen Schutzpflichten zugunsten der Gefährdeten zur Rechtfertigung der Einschränkung der Möglichkeiten einer freiwilligen Selbstgefährdung herangezogen werden können.

Nach einer, wenn auch umstrittenen, Grundannahme können Schutzpflichten dann nicht als Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen herangezogen werden, wenn es sich gerade um eine Schutzpflicht zugunsten desjenigen handelt, in dessen Grundrecht eingegriffen werden soll.¹⁰²² Dem Freiheitsverständnis des Grundgesetzes widerspreche ein solcher durch den Staat aufgedrängter Schutz.¹⁰²³

Schutzpflichten greifen danach grundsätzlich nur ein, wenn die Gefährdung durch andere erfolgt und ein Eingriff in die Grundrechte des Gefährders gerechtfertigt werden soll.¹⁰²⁴ Dies ist für die Schutzpflichten zugunsten des Pflegebedürftigen in der konkreten Situation hinsichtlich der Gefährdung durch einen anderen der Fall. Die unmittelbare Gefahr für die körperliche Unversehrtheit und das Persönlichkeitsrecht des Pflegebedürftigen gehen vom Pflegenden aus.¹⁰²⁵ Zwar hat der Pflegebedürftige den Pflegenden selbstbestimmt gewählt. Dabei mag er auch eine grobe Vorstellung von dessen pflegerischen Fähigkeiten gehabt haben und bestimmte Einschränkungen bewusst in Kauf genommen haben, um die für ihn wichtigeren Vorteile, nämlich die Pflege durch eine vertraute Person, zu erlangen. Der Pflegebedürftige hat sich aber durch die Wahl des Pflegenden nicht gleichzeitig für eine spätere Beeinträchtigung seiner körperlichen Unversehrtheit oder seines Persönlichkeitsrechts durch den Pflegenden entschieden, die über jene, die aus den erwarteten pflegerischen Defiziten resultieren, hinaus gehen. Solche darüber hinaus gehende Beeinträchtigungen sind beispielsweise tätliche Übergriffe oder die Isolation gegenüber der Außenwelt, die die Wahl eines neuen Pflegenden unmöglich macht. Dies gilt auch bereits für Pflegefehler, die durch eine später eintretende Überlastung des Pflegenden entstehen. Allerdings soll hier gerade nicht nur ein Eingriff in die Grundrechte des Gefährders (des Pflegenden), sondern zugleich in die Grundrechte des Gefährdeten (des Pflegebedürftigen) gerechtfertigt werden. Durch das Verbot mit Er-

1022 *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 147f; für ein grundsätzliches Eingreifen der Schutzpflicht, jedoch der Möglichkeit auf das korrespondierende Recht auf Schutz zu verzichten, *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, S. 220ff.

1023 *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 147f.

1024 *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 147.

1025 Zieht man den Vergleich mit der Tatherrschaftslehre (allgemein zur Tatherrschaftslehre: *Joecks*, in Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, § 25, Rn. 11ff.) im Strafrecht, liegt die Tatherrschaft zum Zeitpunkt der Ausführung der Pflegehandlung beim Pflegenden. Nach *Roxin* ist der Täter die „Zentralgestalt des tatbestandsmäßigen Geschehens“, siehe *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 25. Zentralgestalt der Pflegehandlung ist der Pflegende und nicht der Pflegebedürftige. Damit liegt auch keine freiverantwortliche Selbstgefährdung des Pflegebedürftigen vor.

laubnisvorbehalt für gefährliche Pflegetätigkeiten wird mittelbar die Wahlfreiheit des Pflegebedürftigen eingeschränkt. Ein solcher gleichzeitiger Eingriff in die Grundrechte des Gefährdeten muss jedoch ausnahmsweise dann möglich sein, wenn wie hier unmittelbar in die Grundrechte des Gefährdeten eingegriffen wird und der Eingriff in die Grundrechte des Gefährdeten zwingende mittelbare Folge ist. Ansonsten würde es aufgrund der Weite des erweiterten Eingriffsbegriffes, die letztlich dazu führt, dass die mittelbare Betroffenheit des Gefährdeten zu einem Grundrechtseingriff führt, zu einer Entwertung der Schutzpflichten als Rechtfertigungsgrund für Eingriffe in die Grundrechte des Gefährdeten kommen. Damit steht die Annahme der grundsätzlichen Unzulässigkeit des aufgedrängten Schutzes vor sich selbst, der Heranziehung der Schutzpflichten zugunsten des Pflegebedürftigen nicht entgegen. Die eben erläuterte Argumentation greift aber nicht bei den Schutzpflichten zugunsten des Pflegenden, da in seine Freiheitsgrundrechte unmittelbar eingegriffen wird.

Ausnahmsweise wird die Zulässigkeit des Schutzes vor sich selbst dann bejaht, wenn der sich selbst Gefährdende keine selbstbestimmte Entscheidung getroffen hat.¹⁰²⁶ Das normative Urteil, eine Entscheidung sei nicht selbstbestimmt, beschränkt sich jedoch auf den Fall, dass die freie Willensbildung beispielsweise durch eine Krankheit eingeschränkt ist. Die sowohl bei dem Pflegebedürftigen als auch bei den Pflegenden wirkenden faktischen Zwänge genügen dafür nicht. So wird der Pflegebedürftige häufig keine Auswahl zwischen mehreren Pflegenden haben, sondern er wird denjenigen wählen, der bereit ist, diese anspruchsvolle Aufgabe wahrzunehmen, auch wenn er über dessen pflegerische Fähigkeiten nur wenig weiß. Auch diese Bereitschaft des Pflegenden kann wesentlich durch gesellschaftliche und familiäre Zwänge, beispielsweise in Form bestimmter Rollenbilder, geprägt sein. All diese äußeren tatsächlichen Zwänge hindern jedoch nicht eine freie Willensbildung und rechtfertigen damit auch keinen Schutz vor sich selbst. Etwas anderes könnte jedoch für einen rechtlichen Zwang gelten. Zwar nicht die freie Willensbildung, aber doch die selbstbestimmte Entscheidung ausschließen, könnte bei Ehegatten und Familienmitgliedern eine Rechtspflicht zur Pflege. Eine solche Rechtspflicht könnte aus dem Unterhaltsrecht des BGB folgen. Im Ergebnis besteht aber weder für Ehegatten noch für Kinder eine Rechtspflicht zur intensiven Pflege.¹⁰²⁷ Zwar wird die Pflicht zur Pflege für Ehegatten aus § 1353 BGB¹⁰²⁸ und für Kinder teilweise aus § 1618a BGB¹⁰²⁹ hergeleitet. Allerdings wird diese Pflicht jeweils begrenzt durch die Leistungsfähigkeit des Ehegatten¹⁰³⁰ oder Kindes¹⁰³¹, so dass eine

1026 *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 121.

1027 *Roth*, Private Pflege, in: *Becker/Roth* (Hrsg.), Recht der Älteren, Rn. 51.

1028 *Roth*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 7, § 1353, Rn. 31.

1029 *Ludyga*, FPR 2012, S. 54, 56; *Sachsen Gessaphe*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 8, § 1618a, Rn. 13; auf die mit § 1353 BGB vergleichbare Rechtswirkung verweisend, BSG vom 25.10.1989 - 2 RU 4/89, Rn. 22.

1030 Zur Grenze der Zumutbarkeit, OLG Hamm, FamRZ 1999, 166 (167).

Gefährdung des Pflegenden durch Überlastung durch die gesetzlich angeordnete Pflicht nicht eintreten kann. Die Überlastungsgefahr entsteht damit für pflegende Ehegatten und Kinder jedenfalls aus normativer Sicht durch eine selbstbestimmte Entscheidung. Eine ausnahmsweise Zulässigkeit des Schutzes vor sich selbst lässt sich damit nicht mit dem Fehlen einer selbstbestimmten Entscheidung begründen.

Ein weiterer Begründungsansatz für eine Ausnahme vom Verbot des aufgedrängten Schutzes vor sich selbst kann mittels einer Analogie zum allgemeinen Ordnungsrecht hergeleitet werden. Für das allgemeine Ordnungsrecht wird vertreten, dass eine Selbstgefährdung ein Eingreifen der Polizei- und Ordnungsbehörden dann nicht ausschließt, wenn zugleich Rechtsgüter der Allgemeinheit betroffen sind.¹⁰³² Dies sei dann der Fall, wenn die Gefahr in die Öffentlichkeit „ausstrahle“. ¹⁰³³ Einer vergleichbaren Argumentation bedient sich das Bundesverfassungsgericht bei Tätigwerden des Gesetzgebers in den Beschlüssen zur Helm- und zur Gurtpflicht. So bestehe durch das Fahren ohne Helm die Gefahr schwererer Verletzungen, die dann ärztliche Behandlungen und Rehabilitationsmaßnahmen nach sich ziehen, was wiederum die Allgemeinheit belastet.¹⁰³⁴ Unklar bleibt dabei, ob es für die Belastung der Allgemeinheit darauf ankommt, dass anderen entsprechende Leistungen dann versagt werden müssen oder ob die finanzielle Belastung der Allgemeinheit ausreicht. Lässt man eine drohende finanzielle Belastung der Allgemeinheit genügen¹⁰³⁵ und überträgt dies auf die Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte, dann entstehen im Falle der Überlastung der nichtprofessionellen Pflegekraft auch Belastungen für die Allgemeinheit. Zum einen können Arzt- und Re-

1031 Zur Grenze der Zumutbarkeit bei § 1618a BGB, *Ludyga*, FPR 2012, S. 54, 57; eine Abwägung der widerstreitenden Interessen fordernd, *Sachsen/Gessaphe*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 8, § 1618a, Rn. 13.

1032 *Drews/Wacke, et al.*, Gefahrenabwehr, S. 229.

1033 *Drews/Wacke, et al.*, Gefahrenabwehr, S. 229; keine Eingriffsbefugnis der Polizei- und Ordnungsbehörden aufgrund der Generalklausel, aber ein Recht des Gesetzgebers zur Einschränkung der Freiheit der Selbstgefährdung nimmt *Schoch*, Polizei- und Ordnungsrecht, in: *Schmidt-Aßmann/Schoch* (Hrsg.), Besonders Verwaltungsrecht, Rn. 74 an.

1034 BVerfG vom 26.01.1982 - 1 BvR 1295/80, 1 BvR 201/81, 1 BvR 881/81, 1 BvR 1074/81, 1 BvR 1319/81, Rn. 19f. (Schutzhelmpflicht); im Beschluss zum Sonnenstudioverbot wird das Kriterium der Belastung der Allgemeinheit dann ohne jede konkret drohende Belastung bejaht, indem der Schutz des Menschen vor sich selbst seinerseits als „legitimes Gemeinwohlanliegen“ bezeichnet wird, BVerfG vom 21.12.2011 - 1 BvR 2007/10, Rn. 21.

1035 Dagegen wird eingewandt, dass bei Berücksichtigung solcher Fernwirkungen als Interessen der Allgemeinheit letztlich jede Selbstgefährdung durch den Gesetzgeber verboten werden könne. Durch das Interesse der Allgemeinheit könne jedoch nur eine Beschränkung der Leistungen, beispielsweise der Sozialversicherung, nicht aber ein Eingriff in ein Abwehrrecht gerechtfertigt werden, *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 100f. Dabei ist aber zu beachten, dass allein die Berücksichtigung solcher Fernwirkungen noch nicht automatisch zur Rechtfertigung eines Eingriffes in ein Freiheitsrecht führt, sondern allein zur Berücksichtigung dieser Interessen der Allgemeinheit. Auch genügen leistungrechtliche Beschränkungen allein zum Schutz der Interessen der Allgemeinheit nicht. Spätestens auf der Ebene der Sozialhilfe, also bei finanzieller Bedürftigkeit, kann die Finanzierung einer Krankenbehandlung kaum mit dem Argument der Selbstgefährdung abgelehnt werden. Dem würde dann die Schutzpflicht aus Art. 2 II GG entgegenstehen.

habilitationskosten bei der Behandlung des Pflegenden entstehen.¹⁰³⁶ Zum anderen kann es dazu kommen, dass die nichtprofessionelle Pflegekraft die Pflege nicht mehr erbringen kann und dementsprechend auch für die Versicherungsgemeinschaft kostenintensivere professionelle ambulante oder gar stationäre Leistungen in Anspruch genommen werden müssen. Aufgrund dieser möglichen negativen Wirkungen der Selbstgefährdung des Pflegenden für die Allgemeinheit ist hier ein Schutz vor sich selbst möglich.

Sowohl die Schutzpflichten zugunsten des Pflegebedürftigen als auch die Schutzpflichten zugunsten des Pflegenden unterliegen nicht einem Verbot des Schutzes vor sich selbst und können grundsätzlich zur Rechtfertigung des Verbotes gefährlicher Pflege Tätigkeiten herangezogen werden.

(2) Verhältnismäßigkeit der Grundrechtseingriffe

(a) Ehe und Familie, Art. 6 I GG

Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffes in Art. 6 I GG sowohl des Pflegebedürftigen als auch des Pflegenden durch das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für die Ausführung gefährlicher Pflegehandlungen durch nichtprofessionelle Pflegekräfte stellen sich die wesentlichen Probleme bei der Prüfung der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i.e.S.). Bei der Wahrnehmung der oben beschriebenen Schutzpflichten handelt es sich um ein legitimes Ziel, welches als Ziel mit Verfassungsrang auch für die Einschränkung eines vorbehaltlosen Grundrechtes genügt. Ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ist auch geeignet, um zumindest einen Beitrag zur Wahrnehmung der Schutzpflichten zu leisten.¹⁰³⁷ Mangels gleich geeigneten milderer Mittels ist das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt auch erforderlich.¹⁰³⁸ Insbesondere sind freiwillige Maßnahmen wie Pflegekurse für nichtprofessionelle Pflegekräfte zwar weniger intensiv, aber nicht gleich geeignet, da gerade nicht gewährleistet ist, dass alle Pflegeverhältnisse mit nichtprofessionellen Pflegekräften erfasst werden. Hingegen erfasst ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt mit genereller Wirkung alle Pflegeverhältnisse und ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt mit nur leistungsrechtlicher Wirkung zumindest alle Pflegeverhältnisse, in denen staatliche Leistungen bei Pflegebedürftigkeit bezogen werden.

¹⁰³⁶ Dass die Gefahr für die Entstehung solcher Kosten nicht fernliegend ist, zeigt die Reaktion des Gesetzgebers, einen besseren Zugang zu Rehabilitationsmaßnahmen für nichtprofessionelle Pflegepersonen zu gewährleisten, vgl. § 23 V 1 2. HS SGB V, eingeführt mit dem Pflegeneuaustrichtungs-Gesetz vom 23.10.2012.

¹⁰³⁷ Für die Geeignetheit genügt es, dass das eingesetzte Mittel den Zweck fördert, *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 293. Geht es dabei wie hier um die Bewertung zukünftiger Abläufe, hat der Gesetzgeber einen weiten Prognose- und Einschätzungsspielraum, BVerfG vom 10.06.2009 - 1 BvR 706/08, 1 BvR 814/08, 1 BvR 819/08, 1 BvR 832/08, 1 BvR 837/08, Rn. 169 (PKV-Basistarif); *Starck*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, Art. 1, Rn. 195.

¹⁰³⁸ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 295, 297, wobei auch hier der Gesetzgeber einen weiten Prognose- und Einschätzungsspielraum hat.

Im Rahmen der Angemessenheit sind zunächst beeinträchtigte und potentiell rechtfertigende Interessen gegenüberzustellen und gegeneinander abzuwägen.¹⁰³⁹ Eine rein abstrakte Gegenüberstellung der Interessen ist dabei für eine Abwägung mangels Rangordnung der Grundrechte jedoch wenig hilfreich.¹⁰⁴⁰ Vielmehr können beeinträchtigte und potentiell rechtfertigende Interessen nur in ihrer konkreten Bedeutung gewichtet werden. In quantitativer Hinsicht¹⁰⁴¹ ist dabei zum einen von Bedeutung, wie viele Personen in ihrer Freiheit beeinträchtigt werden und wie viele auf der anderen Seite geschützt werden. Ebenfalls quantitativ zu messen sind die Intensität der Beeinträchtigung und die Schutzwürdigkeit der potentiell rechtfertigenden Interessen. Dabei stellt sich für die beeinträchtigten Interessen heraus, dass bei dieser konkreten Betrachtung der Eingriff in Art. 6 I GG weniger intensiv ist, als er auf den ersten Blick vielleicht erscheint. Zwar trifft das Verbot eine Vielzahl von Personen. Es ist aber davon auszugehen, dass die vom Verbot erfassten Tätigkeiten bereits jetzt nicht der wesentliche Teil der durch Familienangehörige oder Ehepartner erbrachten Pflegeleistungen sind, so dass der Eingriff in Art. 6 I GG jeweils nicht sehr intensiv ist. Da das Verbot nur bestimmte Pflegetätigkeiten erfasst, wird die für den Pflegebedürftigen wichtige Freiheit der Wahl des Pflegenden auch nur für diese Tätigkeiten eingeschränkt. Orientiert man sich am Katalog des § 3b II GuKG, dann wird ersichtlich, dass die häufig von Familiengehörigen oder Ehepartnern erbrachten und für den Pflegebedürftigen besonders wichtigen weil sehr persönlichen Leistungen, wie die Unterstützung bei der Körperpflege oder bei der Nahrungsaufnahme, vom Verbot grundsätzlich gar nicht erfasst sind, sondern nur dann, wenn für die Unterstützungshandlung im konkreten Fall besondere medizinische Kenntnisse erforderlich sind. Hinzu kommt, dass die Wirkungen des Verbotes durch den Erlaubnisvorbehalt wesentlich abgemildert werden. Nach Anleitung und Unterweisung besteht bei der vorgeschlagenen hoheitlichen Erlaubniserteilung ein Anspruch darauf, dass die Erlaubnis erteilt wird. Die Belastung des Pflegenden besteht dann (nur) darin, sich anleiten und unterweisen zu lassen. Für den Pflegebedürftigen ist die Wahl des Pflegenden nur für den Zeitraum bis zur Erlaubniserteilung eingeschränkt. Nach der Erlaubniserteilung kommt für das durch Art. 6 I GG geschützte Pflegeverhältnis die Belastung durch die Mitteilungspflichten und die Überwachung hinzu. Von der Freiheit zur Verwirklichung der ehelichen oder familiären Gemeinschaft bleibt der weit überwiegende Teil trotz des Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt erhalten.

1039 *Cornils*, Allgemeine Handlungsfreiheit, § 168, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR VII 2009, Rn. 100.

1040 Nur die besondere Stellung von Art. 1 I GG und Art. 2 II 1 GG (hier aber nur staatliche Eingriffe in das Leben) anerkennend, *Rüfner*, Grundrechtskonflikte, in: *Starck* (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II, S. 453, 461ff.; *Kahl*, Die Schutzbereichsergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz, S. 46; hingegen konnte *Schneider*, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten, S. 227ff. abstrakte Rangverhältnisse zwischen Grundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nachweisen.

1041 Zum quantitativen Ansatz, *Cornils*, Allgemeine Handlungsfreiheit, § 168, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR VII 2009, Rn. 103f.

Demgegenüber stehen als potentiell rechtfertigende Interessen die Schutzpflichten aus Art. 2 II 1 GG zugunsten des Pflegebedürftigen und des Pflegenden sowie die Schutzpflicht aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG zugunsten des Pflegebedürftigen. Lediglich mittelbar betroffen ist die Schutzpflicht aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG zugunsten des Pflegebedürftigen. Indem bei intensiver Pflege eine Überwachung stattfindet, wird insbesondere der Überlastung des nichtprofessionell Pflegenden und der dadurch höheren Gefahr der Vereinsamung und vollständigen Abhängigkeit des Pflegebedürftigen vom Pflegenden vorgebeugt. Die Bedeutung der Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG zugunsten des Pflegenden ist nicht all zu groß. Bereits im Rahmen der Problematik des Schutzes vor sich selbst wurde beschrieben, dass der Pflegende das Risiko von negativen Folgen für seine Gesundheit durch die Pflegebelastung freiwillig eingeht. Auch die, aus möglichen negativen Gesundheitsfolgen resultierenden, Kosten für die Beitragszahler der Krankenversicherung dürften zumindest überschaubar sein. Von besonderer Bedeutung ist hingegen die Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG zugunsten des Pflegebedürftigen. So setzt das Verbot gerade bei Pflege Tätigkeiten ein, für die besondere medizinische Kenntnisse erforderlich sind. Sind diese medizinischen Kenntnisse nicht vorhanden, ist die Wahrscheinlichkeit, dass es zu Fehlern bei der Ausführung kommt, erhöht. Damit ist zugleich auch die Wahrscheinlichkeit für das Eintreten von Gesundheitsschäden beim Pflegebedürftigen erhöht. Der Pflegebedürftige ist zudem aufgrund des Hilfebedarfes bei den Verrichtungen des täglichen Lebens besonders schutzbedürftig. Diese Schutzbedürftigkeit steigt mit steigendem Pflegebedarf. Und gerade bei hohem und intensivem Pflegebedarf greift das Verbot. Wägt man nun die beeinträchtigten und die rechtfertigenden Interessen für ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt mit genereller Wirkung gegeneinander ab, so spricht insbesondere die hohe Schutzbedürftigkeit der Pflegebedürftigen für ein Überwiegen der rechtfertigenden Interessen. Jedenfalls aber überwiegen die beeinträchtigten Interessen nicht derart, dass der Gestaltungsspielraum¹⁰⁴² des Gesetzgebers überschritten wäre. Dies gilt dann erst recht für ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt mit nur leistungsrechtlicher Wirkung.

(b) Weitere Freiheitsrechte

Für die oben dargestellten weiteren Eingriffe in die Freiheitsrechte von Pflegebedürftigen und Pflegenden ist die Argumentation zur Verhältnismäßigkeit des Eingriffes in Art 6 I GG im Wesentlichen übertragbar. Insbesondere werden auch die anderen Freiheitsrechte nicht stärker beeinträchtigt. Dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht kommen für Pflegeverhältnisse außerhalb von Ehe und Familie vergleichbare Funktion und Wir-

1042 Bei der Abwägung gegenläufiger Interessen kommt dem Gesetzgeber „grundsätzlich ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu“, BVerfG vom 30.07.2008 - 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08, Rn. 120 (Rauchverbot).

kung wie Art. 6 I GG zu. Auch in Art. 12 I GG¹⁰⁴³ und Art. 2 I GG wird nicht unangemessen eingegriffen.

3. Auswirkungen des Gleichheitssatzes

Das Verbot verstößt nicht deshalb gegen den Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG, weil gleichermaßen alle nichtprofessionellen Pflegekräfte von ihm erfasst werden, unabhängig von ihren tatsächlichen Kenntnissen. Dabei werden zwar auch diejenigen nichtprofessionell Pflegenden, die (zufällig) über die besonderen medizinischen Kenntnisse verfügen, um auch die als gefährlich eingestuften Pflegetätigkeiten ohne Anleitung und Unterweisung auszuführen, vom Verbot erfasst. Dies ist jedoch von der Befugnis des Gesetzgebers zu generalisieren und zu typisieren¹⁰⁴⁴ gedeckt, da anders als mit allgemeiner Geltung ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gar nicht denkbar ist.

Fraglich ist, ob dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG Vorgaben zu entnehmen sind für die Entscheidung des Gesetzgebers, welche Art des Verbotes, also dasjenige mit genereller Wirkung oder das mit nur leistungsrechtlicher Wirkung, gewählt werden muss.

Dabei ist die Frage zu beantworten, ob die Wahl des Verbotes mit nur leistungsrechtlicher Wirkung und die damit einhergehende Ungleichbehandlung von Pflegenden und Pflegebedürftigen je nachdem, ob sie Sozialleistungen beziehen oder nicht, gerechtfertigt werden kann. Diese Ungleichbehandlung ist vor dem Hintergrund, dass die Effizienz der Leistungserbringung bei der Rechtfertigung des Verbotes praktisch keine Rolle spielt und die Rechtfertigung im Wesentlichen auf dem Gesundheitsschutz des Pflegebedürftigen beruht, für den jedoch die Frage des Leistungsbezuges unmittelbar nicht von Bedeutung ist, problematisch.

Allerdings besteht für den Gesetzgeber zwischen beiden Formen des Verbotes von vornherein nur dann eine Wahl, wenn die bei einem Verbot mit genereller Wirkung zu erwartenden Vollzugsdefizite mit Art. 3 I GG vereinbar sind. Bereits im Rahmen der Erläuterung des Verbotes mit genereller Wirkung wurde festgestellt, dass es außerhalb des Bezuges von Sozialleistungen kaum möglich ist, festzustellen, wann pflegerische Handlungen durch nichtprofessionelle Pflegekräfte erbracht werden, so dass man letztlich auf die freiwillige Meldung der Betroffenen angewiesen ist. Hinzu kommt für die

1043 Art. 12 I GG gilt für nichtprofessionelle Pflegekräfte, die diese Tätigkeit berufsmäßig ausüben. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Art. 12 I GG ist zwar durch die 3-Stufen-Theorie überformt, zur 3-Stufen-Theorie vgl. BVerfG vom 11.06.1958 – 1 BvR 596/56, Rn. 73ff. Hier liegt eine subjektive Zulassungsbeschränkung vor, die jedoch insbesondere durch die Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG gerechtfertigt werden kann.

1044 Gubelt, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Band 1, Art. 3, Rn. 111f. wobei sich hier die Befugnis zur Typisierung insbesondere durch die Verwaltungspraktikabilität begründen lässt.

Betroffenen das Problem, zu erkennen, wann für eine Pflegeleistung besondere medizinische Kenntnisse erforderlich sind, über die Laien bei typisierender Betrachtung gerade nicht verfügen. Damit ist, wenn zusätzlich nicht berufsmäßig nichtprofessionell Pflegenden wie Angehörige und Freunde von dem Verbot erfasst werden sollen, ein erhebliches Vollzugsdefizit zu erwarten. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Gleichheitswidrigkeit von Normen aufgrund von Vollzugsdefiziten enthält bisher nur Anhaltspunkte für steuerrechtliche Normen. Danach gilt, dass die Feststellung von Vollzugsmängeln allein nicht für die Feststellung der Gleichheitswidrigkeit genügt.¹⁰⁴⁵ Gleichheitswidrig wirkt jedoch ein Widerspruch zwischen normativem Befehl und einer nicht auf Durchsetzung gerichteten praktischen Umsetzung.¹⁰⁴⁶ Dies ist auch dann der Fall, wenn die Sachverhaltsaufklärung im Wesentlichen durch die Mitwirkung der Betroffenen erfolgt, die Richtigkeit der Angaben der Betroffenen aber praktisch nicht verifiziert werden kann.¹⁰⁴⁷ Diese strengen Voraussetzungen sind auch nötig. Geht es doch bei der Frage der Gleichheitswidrigkeit eines formellen Gesetzes um eine Ungleichheit, die dem Gesetzgeber zugerechnet werden muss. Grundsätzlich ist jedoch für die Gleichheit im Belastungserfolg die Exekutive verantwortlich.¹⁰⁴⁸ Eine Zurechnung zum Gesetzgeber ist dagegen nur ausnahmsweise möglich. Dies ist eben erst dann der Fall, wenn es sich um eine vom Gesetzgeber verursachte, aus der Struktur der Norm resultierende Ungleichheit im Belastungserfolg handelt.¹⁰⁴⁹ Für die Übertragung der für steuerrechtliche Normen entwickelten Grundsätze auf das vorliegende Problem spricht, dass sich aus dem Gleichheitssatz nicht nur das Gebot tatsächlich gleicher Steuerbelastung

1045 BVerfG vom 09.03.2004 – 2 BvL 17/02, Rn. 64 (Spekulationssteuer).

1046 BVerfG vom 09.03.2004 – 2 BvL 17/02, Rn. 64; BVerfG vom 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 118 (Deal im Strafprozess); *Bryde*, Die Effektivität von Recht als Rechtsproblem, S. 20f.

1047 BVerfG vom 09.03.2004 – 2 BvL 17/02, Rn. 68, anders bei strafprozessualen Normen, deren Einhaltung durch die Organe der Rechtspflege der Gesetzgeber grundsätzlich erwarten kann, BVerfG vom 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 119f.

1048 Zur Gleichheit im Belastungserfolg im Rahmen der Einziehung zum Wehrdienst (Wehrgerechtigkeit), BVerwG vom 19.01.2005 – 6 C 9.04, Rn. 44; *Gornig*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, Art. 12a, Rn. 10, wonach der Grundsatz der Wehrgerechtigkeit aus einem allgemeinen „Grundsatz der Lastengleichheit“, welcher sich aus Art. 3 I GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip ergeben soll, hergeleitet werden kann.

1049 Diese Zurechnung der Ungleichheit im Belastungserfolg kann in zwei Situationen erfolgen. Einmal durch aktives Tun des Gesetzgebers, wie im Falle der Spekulationssteuer. Hier erlässt der Gesetzgeber eine Norm, die von Anfang an nicht vollziehbar ist, vgl. *Seiler*, JZ 2004, S. 481, 486. In der zweiten Situation erfolgt die Zurechnung durch Untätigkeit des Gesetzgebers, wenn sich nach Erlass des formellen Gesetzes die Umstände ändern. Im Rahmen der Wehrgerechtigkeit verlangt das Bundesverwaltungsgericht bei Änderung der von der Bundeswehr benötigten neuen Einberufungen eine Untätigkeit des Gesetzgebers „auf Dauer“, für eine Zurechnung der Ungleichheit im Belastungserfolg auf den Gesetzgeber, BVerwG vom 19.01.2005 – 6 C 9.04, Rn. 46. Die Ungleichheit im Belastungserfolg beruht dann deshalb auf dem Befehl des formellen Gesetzes, weil die Exekutive einerseits an die Vorgaben des formellen Gesetzes gebunden ist, andererseits aber auf die veränderte Anforderungslage bei der Bundeswehr reagieren muss.

ableiten lässt,¹⁰⁵⁰ sondern auch das Gebot, von einem allgemein geltenden Verbot im Rahmen der Durchsetzung im gleichen Maße belastet zu werden. Zwar wird vom Bundesverfassungsgericht die Gleichheit des Belastungserfolges als besondere bereichsspezifische Ausprägung des Gleichheitssatzes im Steuerrecht dargestellt.¹⁰⁵¹ Allerdings werden diese bereichsspezifischen Besonderheiten damit beschrieben, dass es sich bei der Steuer um eine Gemeinlast handelt, die alle Inländer trifft und dass es an einer individuellen Gegenleistung fehlt.¹⁰⁵² Zwar ist die durch das Bundesverfassungsgericht beabsichtigte einschränkende Anwendung der Möglichkeit, Normen auch dann für verfassungswidrig zu erklären, wenn ihr Vollzug ineffektiv ist, verständlich. Schließlich handelt es sich dabei um eine Ausnahme zu dem Grundsatz, dass Normen auch dann gelten, wenn sie nicht eingehalten werden¹⁰⁵³ sowie vom Grundsatz „Keine Gleichheit im Unrecht“^{1054, 1055} Allerdings genügen für eine einschränkende Anwendung bereits die strengen Voraussetzungen für eine Zurechnung zum Gesetzgeber und das Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen (Gemeinlast und keine individuelle Gegenleistung) mit denen die Bereichsspezifität des Gleichheitssatzes im Steuerrecht begründet wurde.¹⁰⁵⁶ Diese Voraussetzungen können jedoch auch außerhalb des Steuerrechts erfüllt sein. Man sieht am Beispiel der Wehrgerechtigkeit¹⁰⁵⁷, dass die Gleichheit im Belas-

1050 BVerfG vom 27.06.1991 - 2 BvR 1493/89, Rn. 104ff. (Zinsbesteuerung).

1051 BVerfG vom 27.06.1991 - 2 BvR 1493/89, Rn. 104ff.

1052 BVerfG vom 27.06.1991 - 2 BvR 1493/89, Rn. 105; aufgrund der bestehenden individuellen Gegenleistung schließt *Körner*, Das strukturelle Vollzugsdefizit in der gesetzlichen Rentenversicherung als Verfassungsproblem, S. 195ff., die Anwendung der Gleichheit im Belastungserfolg auf die Erhebung von Sozialleistungsbeiträgen aus.

1053 Wobei unter Geltung hier die Begründetheit des Verpflichtungsanspruches und nicht die tatsächliche Akzeptanz einer Norm gemeint ist, vgl. zu den unterschiedlichen Bedeutungen des Begriffes Geltung, *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, § 22, Rn. 5. Eine Geltung im hier verwendeten Sinne unabhängig von der tatsächlichen Befolgung besteht insbesondere nach den Willenstheorien im Gegensatz zu den Anerkennungstheorien, *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, § 22, Rn. 10ff.; *Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 28 verlangt für die Geltung einer Norm zumindest eine Realisierungschance.

1054 Zur Ausnahme vom Grundsatz „keine Gleichheit im Unrecht“, *Seiler*, JZ 2004, S. 481, 485; allgemein, *Gubelt*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Band 1, Art. 3, Rn. 81, wonach der Bürger keinen Anspruch aus Art. 3 I GG gegenüber der Verwaltung aus Fehlerwiederholung herleiten kann. Übertragen auf die Zinsbesteuerung bedeutet dies, dass der ehrliche Bürger keinen Anspruch auf Nichtbesteuerung daraus ableiten kann, dass falsche Angaben anderer Bürger von der Verwaltung nicht entdeckt wurden und diese deshalb nicht besteuert wurden. Durch die ausnahmsweise Zurechnung der Ungleichheit im Belastungserfolg zum Gesetzgeber wird der Grundsatz „keine Gleichheit im Unrecht“ genaugenommen nicht durchbrochen, sondern umgangen, indem ein anderer Adressat für den Gleichheitssatz gefunden wird.

1055 *Bryde*, Die Effektivität von Recht als Rechtsproblem, S. 7 bezeichnet das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Zinsbesteuerung aufgrund der Durchbrechung dieser Grundsätze als „sensationell“.

1056 Gegen eine Einschränkung durch die Bereichsspezifität des Steuerrechts, *Seiler*, JZ 2004, S. 481, 484.

1057 BVerwG vom 19.01.2005 – 6 C 9.04, Rn. 44.

tungserfolg über das Steuerecht hinaus Geltung beanspruchen kann. Aber auch für weite Teile des Ordnungsrechts liegen alle Voraussetzungen vor.¹⁰⁵⁸ Die Voraussetzungen sind auch für ein Verbot für gefährliche Pflegetätigkeiten durch (besonderes) Ordnungsrecht erfüllt. Ein solches Verbot würde für alle Inländer gelten zudem es keine individuelle Gegenleistung gibt. Wendet man nun die Voraussetzungen für die Zurechnung eines Defizits hinsichtlich der Gleichheit im Belastungserfolg auf ein Verbot der Ausführung gefährlicher Pflegetätigkeiten für nichtprofessionelle Pflegekräfte mit genereller Wirkung an, so ist für dieses Verbot Gleichheitswidrigkeit festzustellen. Für die Fälle, in denen keine Sozialleistungen bezogen werden, kann das Erbringen von Pflegeleistungen nur durch Mitwirkungsbeiträge der Betroffenen festgestellt werden. Das Risiko der sonstigen Entdeckung ist bei häuslicher Pflege, die gerade abgeschirmt von der Öffentlichkeit stattfindet, verschwindend gering. Aber selbst wenn man analog zum Steuerrecht eine Pflicht zur Abgabe einer Erklärung, ob ein Pflegeverhältnis vorliegt, für alle Haushalte einführen würde, könnte bei der Überprüfung dieser Angaben im Massenverfahren gerade kein angemessenes Entdeckungsrisiko gewährleistet werden. Eine flächendeckende Kontrolle von Haushalten verbunden mit dem Recht, Wohnungen beispielsweise durch den medizinischen Dienst der Krankenversicherung zu betreten, ist sowohl tatsächlich als auch rechtlich¹⁰⁵⁹ nicht möglich. Es bliebe damit bei einem sanktionslosen Gebot.¹⁰⁶⁰

Nachdem festgestellt wurde, dass die zu erwartenden Vollzugsdefizite genügen, um die Unvereinbarkeit des Verbotes mit genereller Wirkung mit Art. 3 I GG festzustellen, erübrigt sich die Frage, ob aus der fehlenden Bedeutung des Effizienzinteresses für die Rechtfertigung des Verbotes folgt, dass das Verbot unabhängig vom Leistungsbezug gelten muss. Ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt mit genereller Wirkung kommt vielmehr gar nicht als Alternative für den Gesetzgeber in Betracht, da diese Lösung gegen des allgemeinen Gleichheitssatz verstoßen würde.

Unterstützungsangebote an die Pflegenden, wie die Möglichkeit Beratung in Anspruch zu nehmen oder Kurse zu belegen, bleiben jedoch als Maßnahmen zum Schutz von nichtprofessionelle Pflegenden und der von ihnen gepflegten Personen möglich und erscheinen auch für Pflegende sinnvoll, die Pflegebedürftige ohne Leistungsbezug betreuen. Zwar genügen die Besonderheiten des Sozialleistungsbezuges mit der damit verbundenen erhöhten Verantwortung des Staates für die Effektivität der Pflegeleistungen zur Rechtfertigung der gegenwärtigen Ungleichbehandlung von nichtprofessionell Pflegenden je nachdem, ob sie Pflegebedürftige betreuen, die Sozialleistungen beziehen oder nicht. Dies bedeutet aber nur, dass die gegenwärtige Ungleichbehandlung im Hin-

1058 *Baehr*, Verhaltenssteuerung durch Ordnungsrecht, S. 97.

1059 Insbesondere kann ein Eingriff in Art. 13 I GG nicht damit gerechtfertigt werden, dass abstrakt die Möglichkeit besteht, es könne ein Pflegeverhältnis vorliegen.

1060 Zum sanktionslosen Gebot als Problem der Effizienz von Gesetzen, vgl. *Wielinger*, Bedingungen der Vollziehbarkeit von Gesetzen, in: *Winkler/Antoniolli* (Hrsg.), *Methodik der Gesetzgebung*, S. 154, 157f.

blick auf Unterstützungsangebote von Pflegenden, die Pflegebedürftige mit Leistungsbezug betreuen und Pflegenden, die Pflegebedürftige ohne Leistungsbezug betreuen, verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

IV. Pflicht zur Formalisierung der informellen Pflege

Nachdem festgestellt wurde, dass insbesondere die Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG, aber daneben auch die Schutzfunktion der Menschenwürde sowie die Schutzpflichten aus den Persönlichkeitsrechten, zugunsten des Pflegebedürftigen sogar ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für die Ausübung gefährlicher Pflege Tätigkeiten durch nichtprofessionelle Pflegekräfte rechtfertigen kann, stellt sich die Frage, ob aus den Schutzpflichten zugunsten der Pflegebedürftigen nicht zugleich eine Pflicht des Staates folgt, ein Mindestmaß an Schutz zu gewährleisten, und ob Pflegebedürftige auch die Durchsetzung dieser Pflicht vom Staat rechtlich verlangen können. Im Anschluss daran ist die Frage zu beantworten, ob die gegenwärtigen Regelungen diesem Mindestmaß genügen.

Eine (objektive) Pflicht zur Gewährleistungen eines Mindestmaßes an Schutz ist unbestritten.¹⁰⁶¹ Damit (potentiell) Pflegebedürftige die Einhaltung dieser Pflicht gerichtlich durchsetzen können, ist eine notwendige Voraussetzung¹⁰⁶², dass der objektiven Pflicht des Staates auch ein subjektives Recht des Einzelnen gegenübersteht. Für die Herleitung des subjektiven Rechts gibt es verschiedene Ansätze. Teilweise wird versucht unmittelbar aus der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte auch eine Schutzfunktion herzuleiten.¹⁰⁶³ Dann steht der Pflicht zum Schutz auch unmittelbar ein subjektives Recht gegenüber. Dieser Ansatz wird jedoch überwiegend mit Wortlaut- und systematischen Argumenten abgelehnt.¹⁰⁶⁴ Sieht man die durch die Verfassung, und dabei insbesondere durch die Grundrechte, statuierte objektive Wertordnung als Grundlage für die Schutzpflichten¹⁰⁶⁵, so bedarf es für die Existenz eines subjektiven Rechts auf Schutz einer zusätzlichen Begründung. Die existierenden Begründungen

1061 Siehe die Nachweise Fn. 1018f.

1062 Neben der Existenz eines materiellen Rechts auf Schutz müssen auch die prozessualen Voraussetzungen für eine Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht erfüllt sein. Zu den erhöhten Anforderungen im Rahmen der Beschwerdebefugnis bei der Geltendmachung einer Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten vgl. *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 332ff.

1063 Vgl. *Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, S. 214, 236, *Murswiek*, NVwZ 1986, 611, 612.

1064 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 417; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, § 67 V 2 Bß, S. 730ff.; *Schmidt-Aßmann*, AöR 1981, 205, 215.

1065 Dieser Ansatz geht vor allem auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zurück. Die Funktion des Grundgesetzes als objektive Wertordnung wurde bereits in der Lüth-Entscheidung entwickelt, siehe BVerfG vom 15.01.1958 – 1 BvR 400/51, Rn. 26ff. Der Ansatz wurde dann zur Begründung der Schutzpflichten mehrfach aufgegriffen, vgl. u.a. BVerfG vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77, Rn. 117 (Kalkar I); BVerfG vom 10.11.1998 – 1 BvR 1531/96, Rn. 49 (Scientology).

sind sehr vielfältig und reichen von einem allgemeinen Recht auf Sicherheit¹⁰⁶⁶ bis hin zum Recht auf Schutzgewährung, wenn der Staat eine Garantenstellung einnimmt.¹⁰⁶⁷ Das Ergebnis der Existenz eines subjektiven Rechts auf Schutz wird jedoch allgemein anerkannt.

Allein aus der Existenz eines subjektiven Rechts lässt sich noch nicht bestimmen, nach welchem Maßstab eine Verletzung dieses subjektiven Rechts ermittelt werden kann. Da bei Konstellationen, in denen Schutzpflichten eine Rolle spielen, typischerweise verschiedene grundrechtlich geschützte Interessen aufeinandertreffen (sog. mehrpolige Grundrechtsverhältnisse), muss eine Abwägung all dieser geschützten Interessen erfolgen.¹⁰⁶⁸ Ob man an dieser Stelle dann von einer Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausgeht¹⁰⁶⁹ oder das Untermaßverbot als Gegenstück zum Übermaßverbot anwendet¹⁰⁷⁰, dürfte im Ergebnis kaum einen Unterschied machen. Klar ist, dass alle denkbaren Schutzmaßnahmen, bei denen die der Schutzpflicht widerstreitenden Interessen überwiegen, rechtlich unzulässig sind.¹⁰⁷¹ Zu solchen Maßnahmen ist der Gesetzgeber schon nicht berechtigt und damit erst recht nicht verpflichtet.

Insbesondere, wenn wie hier geprüft wird, ob der Gesetzgeber eine Schutzpflicht verletzt hat, stellt sich aber die Frage nach einem Maßstab, ab wann der Gesetzgeber dazu gezwungen werden kann, zu handeln. Dabei ist eindeutig, dass der Gesetzgeber nicht dazu verpflichtet ist, alle rechtlich zulässigen Schutzmaßnahmen zu ergreifen, denn dies würde gerade bei mehrpoligen Grundrechtskonstellationen dazu führen, dass letztlich die Judikative die zu treffenden Schutzmaßnahmen bestimmt und kein Gestaltungsspielraum für den Gesetzgeber verbleibt.¹⁰⁷² Dieser verfassungsrechtlich gebotene Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers wird in zweifacher Hinsicht geschützt. Zum einen kann justitiabel nur sein, wie viel an Schutz es bedarf, nicht hingegen, wie dieses Schutzniveau zu erreichen ist. Gibt es, was regelmäßig der Fall sein wird, verschiedene

1066 *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 33f.

1067 Zusammenfassend, *Dietlein*, die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 144ff. sowie speziell zur Garantenstellung des Staates, S. 163ff. Daneben gibt es noch Kombinationsansätze von *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 264.; *Krings*, Die subjektiv-rechtliche Rekonstruktion der Schutzpflichten aus dem grundrechtlichen Freiheitsbegriff, in: *Sachs/Siekmann* (Hrsg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat, S. 435ff.

1068 *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 270ff.

1069 *Dietlein*, Zur Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 116; *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 269ff.

1070 Schutzpflichten als Hauptanwendungsfall des Untermaßverbotes bezeichnet *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 41. Zur Annahme der Kongruenz von Übermaßverbot und Untermaßverbot, *Starck*, JZ 1993, 816, 817; *Erichsen*, Jura 1997, 85, 88. Teilweise wird der hier erst später behandelte Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers auch bereits als Bestandteil des Untermaßverbotes gesehen, vgl. *Dietlein*, ZG 1995, 131ff.; *Jarass*, AöR 1985, 363, 383.

1071 *Dietlein*, Zur Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 116. *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, § 67 V 2, S. 738.

1072 Zur Notwendigkeit der Einbeziehung des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers, *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 50f., 60.

Handlungsvarianten mit denen das Mindestmaß an Schutz erfüllt werden kann,¹⁰⁷³ dann ist die Auswahl der Handlungsvariante unzweifelhaft Aufgabe des Gesetzgebers.¹⁰⁷⁴ Zum anderen ist der Gesetzgeber nur verpflichtet, für ein Mindestmaß an Schutz zu sorgen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes liegt eine Verletzung der Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG jedenfalls dann vor, wenn „die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat, oder...offensichtlich die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das Schutzziel zu erreichen.“¹⁰⁷⁵ Für die Bestimmung der völligen Unzulänglichkeit sind die Schutzbedürftigkeit des zu schützenden Rechtsgutes sowie kollidierende Rechtsgüter heranzuziehen.¹⁰⁷⁶ Dieser Maßstab des Bundesverfassungsgerichts lässt sich mit dem Begriff der bloßen Evidenzkontrolle beschreiben. In der zweiten Abtreibungsentscheidung wird hingegen geprüft, ob der Gesetzgeber seinen Einschätzungsspielraum „in vertretbarer Weise“ ausgeübt hat.¹⁰⁷⁷ Diese ausdrückliche Abkehr von der Evidenzkontrolle wird man auch auf andere Konstellationen, in denen ein besonders hohes Schutzbedürfnis besteht, übertragen müssen. Dies ist bei hochgradig Pflegebedürftigen jedenfalls der Fall.

Die Pflicht des Gesetzgebers, zum Schutz tätig zu werden, kennt nicht nur die beschriebenen rechtlichen, sondern auch tatsächliche Grenzen. So kann der Gesetzgeber nicht dazu verpflichtet sein, tatsächlich unmögliche Schutzmaßnahmen selbst zu treffen oder durch ein Gesetz anzuordnen.

Bei der Frage, ob die gegenwärtigen Regelungen dem Untermaßverbot genügen, ist zu unterscheiden, ob der Pflegebedürftige Sozialleistungen bezieht oder nicht.

Bezieht der Pflegebedürftige keine Sozialleistungen, so gelten alle im Länderbericht für Deutschland dargestellten ordnungsrechtlichen (einschließlich des Polizeirechts), strafrechtlichen und zivilrechtlichen Regelungen.

Bei Sozialleistungsbezug nach dem SGB XI kommen zwei wesentliche Instrumente hinzu. Vor der Bewilligung der Leistung prüft der MDK oder der beauftragte Prüfer mittels Prognose, ob die Pflege in geeigneter Weise sichergestellt sein wird, § 37 I 2 SGB XI. Ist dies nicht der Fall, kommt es zur Ablehnung der Zahlung von Pflegegeld. Mittelbar wird der Pflegebedürftige damit dazu gezwungen, entweder die Pflege doch noch sicherzustellen, um die Anspruchsvoraussetzungen für das Pflegegeld zu erfüllen, oder Sachleistungen in Anspruch zu nehmen. Nach der Bewilligung erfolgen gemäß

1073 Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 420ff.

1074 BVerfG vom 14.01.1981 - 1 BvR 612/72, Rn. 66 (Fluglärm); *Störting*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 58f.; *Schlink*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: *Badura/Dreier* (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 445, 464.

1075 BVerfG vom 29.10.1987 - 2 BvR 624/83, 2 BvR 1080/83, 2 BvR 2029/83, Rn. 101 (C-Waffen-Einsatz).

1076 BVerfG vom 28.05.1993 - 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, Rn. 165 (Schwangerschaftsabbruch II).

1077 BVerfG vom 28.05.1993 - 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, Rn. 185.

§ 37 III SGB XI Pflegebesuche durch einen Pflegedienst, der dann auch die Sicherstellung der Pflege prüft.

Wird Pflegegeld nach sozialhilferechtlichen Vorschriften bezogen, also nach § 64 SGB XII, findet vor Leistungsbewilligung nach § 64 V 1 SGB XII eine § 37 I 2 SGB XI entsprechende Prognose zur Sicherstellung der Pflege in geeigneter Weise statt. Eine § 37 III SGB XI entsprechende Regelung zu Kontrollbesuchen gibt es hingegen nicht.

Nun ist anhand des oben ermittelten Maßstabes zu bestimmen, ob die bestehenden Maßnahmen dem Untermaßverbot gerecht werden. Für die stationäre Pflege vertritt *Moritz* die Ansicht, dies sei nicht der Fall.¹⁰⁷⁸ Die dortige Darstellung erscheint jedoch in verschiedener Hinsicht verkürzt und teilweise zu pauschal. Verkürzt ist die Darstellung dort, wo eine Prüfung der Erfüllung der Schutzpflichten allein anhand der Vorschriften des SGB XI und der Nachfolgevorschriften der Länder zum Bundesheimgesetz nebst Verordnungen erfolgt. Dass dem Gesetzgeber die Wahlfreiheit hinsichtlich des Mittels der Erfüllung der Schutzpflichten bleibt, ist unbestritten. Dies bedeutet aber auch, dass die Gesamtheit aller Maßnahmen in die Bewertung mit einbezogen werden muss. Dazu gehören insbesondere die zivilrechtlichen, berufsrechtlichen, polizeirechtlichen und strafrechtlichen Schutzvorschriften. Beispielsweise wird durch das Strafrecht ein wichtiger Beitrag zu Erfüllung der Schutzpflicht geleistet, da dadurch alle von *Moritz* beschriebenen Würdeverletzungen¹⁰⁷⁹ als strafbar eingestuft werden. Der Gesetzgeber macht somit deutlich, dass derartige Handlungen verboten sind.¹⁰⁸⁰ Verkürzt ist die Darstellung auch insoweit, als nur die Interessen der Pflegebedürftigen bei der Begründung der Schutzpflichtverletzung berücksichtigt werden. Notwendig wäre jedoch eine Abwägung mit den Interessen der Pflegenden, der Pflegeeinrichtungen und den Trägern der Finanzierungslast. Dies wird besonders deutlich mit Blick auf die vorgeschlagenen Übergangsregelungen. Die vorgeschlagenen Personalschlüssel und die zusätzliche Beschäftigung von Physio- und Ergotherapeuten sowie Ärzten¹⁰⁸¹ mögen wünschenswert sein, stellen aber auch einen starken Eingriff in die Rechte der Einrichtungen dar. Soweit gleichzeitig die Bereitstellung des ausgebildeten Personals durch den

1078 *Moritz*, Staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen, S. 160ff.

1079 *Moritz*, Staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen, S. 32ff. Allein die aus einer Auswertung von Studien gewonnene Erkenntnis der systematischen und flächendeckenden Würdeverletzung ist problematisch. Einige der Studien sind 15 Jahre alt oder älter. Daraus den Schluss zu ziehen, dies sei auch heute noch so, ist zumindest gewagt. Rechtlich zweifelhaft ist dies aber vor allem, wenn mit diesen alten Studien ein gegenwärtiges konkretes Unterlassen des Gesetzgebers bei der Schaffung ausreichender Schutzmaßnahmen begründet werden soll. In der Zwischenzeit gab es viele Änderungen der Vorschriften zur Qualitätssicherung, vor allem im SGB XI. Deren Wirkungen können durch die alten Studien nicht beurteilt werden, so dass mit diesen Studien auch kein konkretes Unterlassen des Gesetzgebers begründet werden kann. Ähnlich auch die Kritik bei *Opolony*, NJW 2014, 526.

1080 Vgl. *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art. 1 I, Rn. 147, der „Untersagung und Ahndung“ aller eindeutigen Menschenwürdeverletzungen als wesentliches Element der Erfüllung der Schutzfunktion des Art. 1 I GG beschreibt.

1081 *Moritz*, Staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen, S. 206f.

Bund gefordert wird, grenzt dies schon an die Forderung von Unmöglichem.¹⁰⁸² Auch wird bei der Forderung nach sofortiger Verbesserung der Situation der Pflegebedürftigen der Prozesscharakter der Qualitätssicherung verkannt. Soweit noch keine gesicherten wissenschaftlichen Standards bestehen, können diese auch nicht verordnet werden. Vielmehr muss auch hier betont werden, dass die ständige Verbesserung der Qualität nur durch die Nutzung der im Rahmen der Durchläufe des Qualitätskreislaufes systematisch gewonnenen neuen Erkenntnisse erreicht werden kann. Zu pauschal wird die Argumentation dort, wo das Gesamtsystem der Pflege nach dem SGB XI und insbesondere die begrenzten Leistungen für die Missstände verantwortlich gemacht werden.¹⁰⁸³ Zum einen wird dabei die Möglichkeit der eigenen Finanzierung durch die Pflegebedürftigen sowie bei finanzieller Bedürftigkeit die ergänzende Finanzierung durch die Sozialhilfe außen vor gelassen. Zum anderen werden Systemansätze kritisiert, die selbst Verfassungsrang haben. So ergibt sich die Zuständigkeit der Länder für die Heimgesetzgebung aus Art. 70 I, 74 I Nr. 7 GG. Unterschiedliche Regelungen sind in einem föderalen Staat dann auch hinzunehmen.

Unabhängig von dieser Bewertung der Argumentation von *Moritz* sind Ausführungen zur stationären Pflege nicht auf die häusliche Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte übertragbar. So gibt es schon rein tatsächlich erhebliche Unterschiede. Es gibt keine Untersuchungen im mit der stationären Pflege vergleichbaren Umfang zur Situation der Pflegebedürftigen, die zu Hause von nichtprofessionellen Pflegekräften gepflegt werden. Soweit es einzelne Untersuchungen gibt, bewerten diese die Situation überwiegend als positiv. Wie bereits ausgeführt unterscheiden sich auch die rechtlichen Regimes bei professioneller und nichtprofessioneller Pflege erheblich. Zudem findet stationäre Pflege nur als professionelle Pflege statt. Hinzu kommen zahlreiche Regelungen insbesondere in den Nachfolgegesetzen der Länder zum Bundesheimgesetz, die ausschließlich für die stationäre Pflege gelten und dem besonderen Schutzbedürfnis von Pflegebedürftigen in stationären Einrichtungen gerecht werden sollen. Es ist somit eine eigenständige Bewertung der Situation der nichtprofessionellen häuslichen Pflege erforderlich.

Eine völlige Untätigkeit des Gesetzgebers liegt selbst dann nicht vor, wenn der Pflegebedürftige keine Sozialleistungen bezieht. Ansonsten ist das Schutzniveau in dieser Konstellation sicher eher gering. Polizei und Staatsanwaltschaft werden nur bei konkreten Anhaltspunkten tätig. Schutz vor den Zivilgerichten erlangt der Pflegebedürftige nur bei eigener Klage. Eine systematische Kontrolle der pflegerischen Situation dieser Personengruppe findet also nicht statt. Dem steht jedoch bei typisierter Betrachtung

1082 Der Gesetzgeber kann unzweifelhaft niemanden dazu verpflichten, eine entsprechende Ausbildung zu wählen. Auch das massenhafte Anwerben insbesondere von osteuropäischen Pflegekräften ist problematisch. Dabei gibt es tatsächliche Grenzen. Auch stellt sich die Frage, ob es im Sinne menschenwürdiger Pflege vertretbar ist, die Pflegesysteme der Nachbarländer zu ruinieren, nur um im eigenen Land die Situation zu verbessern.

1083 *Moritz*, Staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen, S. 160.

auch ein nur geringeres Schutzbedürfnis im Vergleich zu den Konstellationen mit Sozialleistungsbezug gegenüber. Keine Leistungen beziehen überwiegend Pflegebedürftige der Pflegestufe „0“. Zwar sind auch andere Konstellationen denkbar. So kann, beispielsweise wenn die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen nach § 33 SGB XI nicht erfüllt werden, auch bei hohem Pflegebedarf die Fallgruppe „kein Leistungsbezug“ vorliegen, wenn die Pflegebedürftigen nicht bedürftig im Sinne des SGB XII sind. Im Rahmen der Vertretbarkeitskontrolle ist die typisierende Betrachtung durch den Gesetzgeber jedoch zulässig. Die typischen Pflegebedürftigen dieser Fallgruppe haben einen relativ geringen Pflegebedarf, so dass auch davon ausgegangen werden kann, dass kaum gefährliche oder anspruchsvolle Pflegetätigkeiten vorgenommen werden müssen und insgesamt noch ein hohes Niveau an Selbständigkeit vorliegt. Aufgrund des niedrigeren Schutzbedürfnisses dieses Personenkreises hat der Gesetzgeber seinen Beurteilungsspielraum nicht überschritten und ein ausreichendes Schutzniveau im Sinne des beschriebenen Vertretbarkeitsmaßstabes geschaffen. Auch darf vom Gesetzgeber nichts Unmögliches verlangt werden. Bereits im Rahmen der Auswirkungen des Gleichheitssatzes wurde dargestellt, dass eine systematische Kontrolle der pflegerischen Situation aller Pflegebedürftigen, die keine Sozialleistungen beziehen, rechtlich wie tatsächlich unmöglich ist.

Aufgrund des höheren Grades an Pflegebedürftigkeit liegt bei Bezug von Leistungen nach dem SGB XI ein höheres Schutzbedürfnis vor, welches bei einer typisierten Betrachtung umso größer ist, je höher der Pflegebedarf und je geringer die verbliebene Selbständigkeit sind. Allerdings besteht in dieser Konstellation durch die vorherige Kontrolle nach § 37 I 2 SGB XI und die Beratungsbesuche nach § 37 III SGB XI auch ein höheres Schutzniveau. Anhaltspunkt dafür, dass diese Maßnahmen das Mindestmaß an Schutz nicht erreichen, bestehen nicht. Insbesondere ist vor Beginn der Pflegetätigkeit auch nicht mehr als die Prognoseentscheidung nach § 37 I 2 SGB XI zu Sicherstellung der Pflege möglich. Die Beratungsbesuche nach § 37 III SGB XI sind trotz ihrer empirisch festgestellten Defizite nicht gänzlich ungeeignet zur Erfüllung der Schutzpflicht. Auch der Umstand, dass mit einem steigenden Grad an Pflegebedürftigkeit auch das Schutzbedürfnis steigt, wird berücksichtigt, da sich dann die Intervalle, in denen ein Beratungsbesuch abgerufen werden muss, verkürzen. Allein in Fällen, in denen der nichtprofessionell Pflegenden sich dem Beratungsansatz des § 37 III SGB XI verweigert, bestehen auf dem ersten Blick Bedenken gegen einen ausreichenden Schutz. In diesen Fällen ist die Schutzbedürftigkeit besonders hoch und der Pflegebedürftige steht praktisch unter der Kontrolle des Pflegenden. Hier kann der Pflegedienst bei Feststellung, dass die Pflege nicht sichergestellt ist, nach der Konzeption des § 37 III SGB XI diese Information nicht an die Pflegekasse weiterleiten. Auch eigene Eingriffsbefugnisse hat der Pflegedienst nicht, so dass die Feststellung der Nichtsicherstellung der Pflege innerhalb der Konzeption des SGB XI keine Folgen hat. Dies mag auf den ersten Blick für eine völlige Unzulänglichkeit des Schutzes in diesen Fällen sprechen. Allerdings sind bei den Schutzmaßnahmen des Gesetzgebers auch alle Maßnahmen außerhalb des SGB

XI zu berücksichtigen. Dabei wurde gezeigt, dass eine Weitergabe der Information der nicht sichergestellten Pflege durch den Pflegedienst gegen den Willen des Pflegebedürftigen, beispielsweise an die Polizei, durch rechtfertigenden Notstand gerechtfertigt sein kann. Aus der Beschützergarantenstellung des Pflegedienstes, die sich aus § 37 III SGB XI herleiten lässt,¹⁰⁸⁴ folgt dann auch eine Pflicht zur Weiterleitung der Informationen an die Polizei. Der Schutz des Pflegebedürftigen beispielsweise vor Gewalt oder Vernachlässigung durch den Pflegenden kann dann mittels Polizeirecht erfolgen. Die Gesamtschau aller gesetzgeberischen Maßnahmen, die zumindest auch dem Schutz des Pflegebedürftigen dienen, ergibt, dass diese den Anforderungen an den Gesetzgeber, ein Mindestmaß an Schutz zu gewährleisten, noch¹⁰⁸⁵ genügen.

Fragwürdiger wird dies, wenn, beispielsweise weil er die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen nach § 33 SGB XI nicht erfüllt, der Pflegebedürftige nur Leistungen nach § 64 SGB XII erhält. In diesen Fällen ist im Gegensatz zur Fallgruppe „kein Leistungsbezug“ dem Gesetzgeber bewusst, dass und vor allem welche Pflegebedürftigen besonders schutzwürdig sind, nämlich insbesondere diejenigen, die Leistungen nach § 64 III SGB XII erhalten, also einen Pflegebedarf entsprechend der Pflegestufe 3 haben. Zwar gibt es nach § 64 V 1 SGB XII eine mit § 37 I 2 SGB XI vergleichbare Prognoseentscheidung vor Leistungsbewilligung. Hausbesuche entsprechend § 37 III SGB XI gibt es jedoch nicht. Also findet selbst bei Personen mit festgestelltem höchsten Pflegebedarf und finanzieller Bedürftigkeit nach einer positiven Prognose keine weitere Kontrolle statt. Das Fehlen des Schutzes für diesen Personenkreis durch regelmäßige Kontrollen lässt sich nicht in vertretbarer Weise begründen. Dies gilt vor allem für die Differenzierung zwischen den Leistungsbeziehern nach dem SGB XI und denen nach dem SGB XII. Durch das vollständige Fehlen von Kontrolle ab dem Zeitpunkt der Leistungsbewilligung verletzt der Gesetzgeber zumindest bei Pflegebedürftigen mit Pflegebedarf entsprechend der Pflegestufe 3 nach § 64 III SGB XII die Schutzpflichten aus Art. 2 II GG, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG. Damit ist nicht gesagt, dass die Schutzpflichten nur durch regelmäßige Kontrollbesuche erfüllt werden können. Denkbar ist beispielsweise auch eine Dokumentationspflicht für die Pflegenden und eine Pflicht zu Kontrollbesuchen nur dann, wenn die Dokumentation nicht plausibel ist. Die konkrete Ausgestaltung bleibt auch hier Aufgabe des Gesetzgebers. Ein Mehr an Schutz ist jedoch sowohl rechtlich zulässig als auch tatsächlich möglich, wie der Vergleich zu § 37 III SGB XI zeigt, und damit auch rechtlich geboten.

1084 Beim Abruf eines Beratungsbesuches nach § 37 III 1 SGB XI kommt zwischen Pflegebedürftigem und Pflegedienst ein Vertrag mit dem Zweck des § 37 III 2 SGB XI, also der Qualitätssicherung, zustande. Aus der Pflicht des Pflegedienstes zur Qualitätssicherung folgt auch eine Pflicht Gesundheitsgefahren vom Pflegebedürftigen abzuwenden. Allgemein zur Begründung einer Garantienpflicht kraft Übernahme, *Freund*, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 13, Rn. 173.

1085 Bedenklich sind dabei vor allem die fehlenden Vorgaben für die Pflegedienste für die Beratungsbesuche nach § 37 III SGB XI und die fehlende Kontrolle der Pflegedienste bei dieser Tätigkeit.

V. Zusammenfassung

Die getrennte aber parallele Darstellung von professioneller und nichtprofessioneller Pflege hat gezeigt, dass sich die jeweils bestehenden Qualitätssicherungssysteme grundlegend unterscheiden. So wird die Qualität der professionellen Pflege durch eine Vielzahl von teils sehr konkreten Sollensanforderungen und die Kontrolle dieser Sollensanforderungen gesichert. Die ständige Weiterentwicklung der Qualität soll durch die Kopplung der Sollensanforderungen an den Stand der Wissenschaft erreicht werden. Bei der nichtprofessionellen Pflege liegt der Schwerpunkt der Maßnahmen auf der Beratung und sonstigen Unterstützung der Pflegenden. Das Ziel der ständigen Weiterentwicklung der Qualität lässt sich den gesetzlichen Vorgaben nicht entnehmen.

Durch die Analyse des jeweiligen Qualitätssicherungssystems für alle denkbaren leistungsrechtlichen Grundsituationen, in denen ein Pflegebedürftiger sich befinden kann, wird deutlich, dass Dichte und Intensität der Qualitätssicherung ganz wesentlich davon abhängen, ob der Pflegebedürftige staatliche Leistungen bezieht. Dies liegt sicher auch daran, dass Qualitätssicherung ein Beitrag zur wirtschaftlichen Leistungserbringung leisten soll. Es hat jedoch auch verwaltungspraktische Gründe. Bei der Erbringung von Pflegeleistungen durch nichtprofessionelle Pflegekräfte konnte gezeigt werden, dass eine flächendeckende und dem Gleichheitssatz gerecht werdende Kontrolle für die leistungsrechtliche Grundsituation „kein Leistungsbezug“ gar nicht möglich ist. Werden die Pflegeleistungen hingegen von professionellen Pflegekräften erbracht, wäre eine intensivere Qualitätssicherung unabhängig von der leistungsrechtlichen Grundsituation praktisch durchführbar. Mit der Notwendigkeit der Zulassung zur Erbringung von Pflegeleistungen existiert die Möglichkeit, die zu kontrollierenden Fälle zu erfassen. Bedeutendster Vorteil einer intensiven Qualitätssicherung unabhängig von der leistungsrechtlichen Grundsituation wäre die umfassende Geltung. Wenn man von einer gleichen Schutzbedürftigkeit des Pflegebedürftigen unabhängig von seiner leistungsrechtlichen Grundsituation ausgeht, so spricht dieses gleiche Schutzbedürfnis auch für den gleichen Schutz. Andererseits gibt es wirkungsvolle Qualitätssicherungsinstrumente, wie das Kürzen des Entgeltes durch den Leistungsträger, die nur in einem Sachleistungssystem einsetzbar sind und damit auch den Leistungsbezug des Pflegebedürftigen voraussetzen.

Deutlich wird dieser Unterschied zwischen Qualitätssicherung unabhängig beziehungsweise abhängig vom Leistungsbezug beim Vergleich der professionellen Pflege in Deutschland und Österreich. Österreich mit dem Geldleistungssystem des BPGG regelt die Qualitätssicherung vor allem unabhängig vom Leistungsbezug. Dagegen greifen in Deutschland wegen des Sachleistungssystems im SGB XI die meisten Qualitätssicherungsinstrumente nur, wenn der Pflegebedürftige auch Sachleistungen nach dem SGB XI bezieht. Nun lässt sich aus dem Vergleich von zwei Ländern keine Regel aufstellen, die lautet: Bei Geldleistungssystemen erfolgt die Qualitätssicherung immer unabhängig

vom Leistungsbezug und bei Sachleistungssystemen abhängig vom Leistungsbezug. Allerdings setzen Geld- und Sachleistungssysteme jeweils Rahmenbedingungen, die für den jeweiligen Einsatz der in Deutschland und Österreich vorgefundenen Arten der Qualitätssicherung sprechen.

Sollen staatliche Instrumente der Qualitätssicherung als Qualitätskreislauf dargestellt werden, so muss dieser um drei Stufen erweitert werden, damit alle für eine ständige Weiterentwicklung der Qualität notwendigen Instrumente erfasst werden können. Zusätzlich notwendig sind (1) die Herstellung der Verbindlichkeit¹⁰⁸⁶, (2) der Rechtsschutz und (3) die Gewährleistung des Wissenstransfers. Indem jedes Qualitätssicherungsinstrument einer Stufe des modifizierten Qualitätskreislaufs zugeordnet wurde, ergibt sich ein vertieftes Verständnis für das Zusammenspiel aller Qualitätssicherungsinstrumente, aber auch für Bedeutung und Funktion des einzelnen Qualitätssicherungsinstrumentes. Man kann sich den Qualitätskreislauf als Kette vorstellen, die nur so stark ist, wie ihr schwächstes Glied. Die einzelnen Glieder der Kette sind die Stufen des Qualitätskreislaufes. Die Stärke eines Gliedes der Kette ist damit auch nicht gleichbedeutend mit der Wirksamkeit eines einzelnen Instrumentes, sondern sie ergibt sich aus der Summe an Instrumenten auf einer Stufe. Es wird deutlich, dass jedes einzelne Instrument gemeinsam mit allen Instrumenten einer Stufe untersucht werden muss und in Beziehung zur vorhergehenden und nachfolgenden Stufe zu setzen ist, um seine Funktion vollständig zu erfassen. Erst wenn auf jeder Stufen des Qualitätskreislaufes ein wirksames Qualitätssicherungsinstrument besteht oder alle Qualitätssicherungsinstrumente auf der jeweiligen Stufe zusammen wirksam sind, führt dies auch zur planvollen ständigen Weiterentwicklung der Qualität.

Aus den Schutzpflichten zugunsten der Pflegebedürftigen lässt sich keine Pflicht zur stärkeren Regulierung der nichtprofessionellen Pflege durch den Gesetzgeber herleiten. Zwar kommt es in der häuslichen Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte wie bei allen anderen Formen der Pflege zur Anwendung von Gewalt. Auch sind Möglichkeiten der Verbesserung der Qualitätssicherung ersichtlich, wie eine dichtere Kontrolle und die Trennung von Kontrolle und Beratung. In einer Gesamtschau aller bestehenden Qualitätssicherungsmaßnahmen ergibt sich jedoch, dass die bestehende Qualitätssicherung das Mindestmaß an Schutz in den meisten Fällen nicht unterschreitet. Allein bei hohem Pflegebedarf und ausschließlicher Bezug von Pflegegeld nach § 64 SGB XII führt das vollständige Fehlen von Kontrolle nach dem Zeitpunkt der Leistungsbewilligung dazu, dass das Mindestmaß an Schutz nicht gewährleistet ist.

Zwar besteht abgesehen von den Fällen des § 64 III SGB XII keine Pflicht zur stärkeren Regulierung der nichtprofessionellen Pflege, aber aus dem Rechtsvergleich mit Österreich ergibt sich eine konkrete Möglichkeit zur Verbesserung der Qualitätssicherung, nämlich die dynamische Qualitätssicherung durch Anknüpfung an den sich wei-

1086 Diese Ebene findet sich bereits bei *Igl*, RsDE 67, S. 38, 51; *Igl*, RsDE 70, S. 4, 5.

terentwickelnden anerkannten Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse. Bei der Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte ist dies nur durch eine Kooperation von professionellen und nichtprofessionellen Pflegekräften möglich. Allein auf diesem Weg können nichtprofessionelle Pflegekräfte und die von ihnen Gepflegten von neuen pflegewissenschaftlichen Erkenntnissen profitieren. Umgekehrt ist durch die Kooperation auch ein Mehrwert bei den professionellen Pflegekräften zu erwarten, da sie durch die Unterstützung der nichtprofessionellen Pflegekräfte unmittelbar die spezifischen Vorteile der Pflege durch Familienangehörige und Freunde erfahren.

Eine solche Kooperation entsteht in der Regel nicht von allein. Dies gilt vor allem dann, wenn das System der Leistungserbringung wie dasjenige des SGB XI eher auf die Trennung von professioneller und nichtprofessioneller Pflege angelegt ist. Eine Möglichkeit, die Kooperation zumindest für Pflegetätigkeiten zu erzwingen, die nichtprofessionelle Pflegekräfte typische Weise überfordern, lässt sich dem österreichischen Recht, genauer den §§ 3b, 3c GuKG, entnehmen. Diese Regelungen bedürfen jedoch der Modifikation, damit auch pflegende Angehörige von dem Kooperationsgebot erfasst werden.