

Verfahrensschritten dargestellt, weil sie nur die administrativen Abläufe, nicht aber auch die grundsätzliche Zuständigkeitsverteilung betreffen.

III. Stationäre Langzeitpflegeleistungen nach s. 21 NAA 1948

1. Leistungsinhalt

S. 21(1)(a) NAA 1948 verpflichtet die Kommunen unter bestimmten Voraussetzungen zur Erbringung von „*residential accommodation*“. Aus der Verknüpfung dieser Rechtsfolge mit der Leistungsvoraussetzung „*for persons [...] in need of care and attention*“ wird ersichtlich, daß unter *residential accommodation* mehr als eine bloße stationäre Unterbringung zu verstehen ist. Vielmehr umfaßt dieser Begriff auch Leistungen, die zusätzlich zur Unterbringung erbracht werden, um dem Bedarf des Leistungsempfängers an „*care and attention*“ zu entsprechen, vgl. s. 21(5) NAA 1948. Darunter fallen neben der Verpflegung vor allem die Pflegeleistungen (*personal care*) sowie Reinigungs- und Wäschereidienste.⁹⁷¹ Die *local authorities* kommen ihren Verpflichtungen aus s. 21(1) NAA 1948 daher typischerweise dadurch nach, daß sie die Anspruchsberechtigten in einem Pflegeheim unterbringen.⁹⁷² Nur ausnahmsweise kann der Verpflichtung aus s. 21(1) NAA 1948 auch allein durch die Unterbringung in einer herkömmlichen Unterkunft ohne Pflegeleistungen nachgekommen werden.⁹⁷³ Dies ist dann der Fall, wenn zwar ein Bedarf an „*care and attention*“ gegeben ist, diesem aber schon mit einer normalen Wohnunterbringung entsprochen werden kann, die verhindert, daß andere *community care*-Leistungen erforderlich werden.⁹⁷⁴

Abhängig vom individuellen Pflegebedarf können stationäre Langzeitpflegeleistungen nach s. 21(1) NAA 1948 entweder in einem *residential home* oder in einem *nursing home* erbracht werden. Gem. s. 21(8) NAA 1948 zählen im letztgenannten Fall die *nursing care*-Leistungen nicht zum Leistungsumfang nach s. 21(1) NAA 1948, sie können jedoch bei Feststellung eines entsprechenden Bedarfs als *health care* vom NHS zu erbringen sein.⁹⁷⁵ Entsprechend hat der örtlich zuständige *Primary Care Trust* der Unterbringung in einem solchen Heim zuzustimmen, s. 26 (1C) NAA 1948.

971 Vgl. *Mandelstam*, *Community Care Practice and the Law*, S. 186 f.

972 *Mandelstam*, *Community Care Practice and the Law*, S. 183.

973 *R v Newham London Borough Council ex p Medical Foundation for the Care of Victims of Torture* (1998) 30 H.L.R. 955 (QBD); *R v Bristol County Council ex parte Penfold* (1998) 1 CCLR 315, 316, 326 f.; *R v Wigan Metropolitan Borough Council ex p Tammadge* (1998) 1 CCLR 581, 584, 597; s. dazu auch *Clements*, *Community Care*, S. 155 ff.

974 Vgl. *R (Wahid) v The Mayor and Burgesses of Tower Hamlets London Borough Council* (2002) 5 CCLR 239, 248. Derartige Leistungen wurden etwa relevant bei mittellosen Asylbewerbern nach Ablehnung ihres Asylantrags, deren Hilfebedarf primär aus der Obdachlosigkeit resultierte, vgl. *R v Kensington and Chelsea Royal London Borough Council ex p Kujtim* [1999] 4 All ER 161 (CA). Zur Leistungserbringung an Asylsuchende nach Einführung von s. 21(1A) NAA 1948 vgl. *Clements/Thompson*, *Community Care*, S. 199 ff.

975 Siehe dazu oben, S. 151 ff.

Während die *health care*-Leistungen des NHS grundsätzlich unentgeltlich („*free at the point of delivery*“) in Anspruch genommen werden können, werden für *community care*-Leistungen und damit auch für *residential accommodation* nach s. 21(1)(a) NAA 1948 in Abhängigkeit von der finanziellen Leistungsfähigkeit des Empfängers Gebühren erhoben. Die Voraussetzungen, die Höhe und das Verfahren zur Ermittlung der Gebühren werden weiter unten⁹⁷⁶ beschrieben.

2. Rechtscharakter von s. 21 NAA 1948

Die englische Rechtsordnung unterscheidet bei behördlichen Aufgaben zwischen Befugnissen (*powers*), generellen Pflichten (*general duties*, auch *target duties* genannt) und spezifischen Pflichten (*specific duties*, auch als *particular* oder *absolute duties* bezeichnet).⁹⁷⁷

Auf das Vorliegen einer bloßen Befugnis deuten die Worte „*may*“ oder „*can*“ im Gesetzeswortlaut hin. Obgleich das Tätigwerden bei *powers* im behördlichen Ermessen (*discretion*) liegt, sind die Behörden dennoch verpflichtet, im jeweiligen Einzelfall ihr Ermessen den verwaltungsrechtlichen Anforderungen gemäß auszuüben.⁹⁷⁸

Bei Vorliegen einer *duty* ist die Behörde hingegen zum Tätigwerden verpflichtet. Bei *general* oder *target duties* besteht die Verpflichtung gegenüber der gesamten Bevölkerung, so daß sie vom Einzelnen gerichtlich grundsätzlich nicht durchsetzbar sind.⁹⁷⁹ Anders ist dies bei *specific duties*: diese bestehen gegenüber einzelnen Personen und verleihen diesen konkrete und durchsetzbare Rechte (*enforceable rights*).⁹⁸⁰ Sowohl die *general* als auch die *specific duties* werden in Gesetzen häufig mit den Worten „*shall*“ oder „*must*“ in Bezug genommen und lassen sich deswegen nur schwer voneinander abgrenzen. Die Annahme einer *general duty* liegt nahe, wenn das Gesetz eine weitgefasste und unpersönliche Wortwahl trifft, die einen gewissen Grad an Unbestimmtheit enthält.⁹⁸¹ Auf eine *specific duty* deutet demgegenüber die Verwendung von präzisen und persönlichen Ausdrücken hin, die darauf schließen lassen, daß der Gesetzgeber mit ihnen die Einräumung individueller, durchsetzbarer Rechte beabsichtigt.⁹⁸²

Was s. 21(1)(a) NAA 1948 („*a local authority may with the approval of the Secretary of State, and to such extent as he may direct shall, make arrangements for providing residential accommodation for persons [...] in need of care and attention*“) anbelangt, steht die Befugnis bzw. Pflicht zur Erbringung von *residential accommodation*

976 Siehe unten, S. 180 ff.

977 Vgl. zu dieser Kategorisierung *Clements/Thompson*, *Community Care and the Law*, S. 7 ff.; *Mandelstam*, *Community Care Practice and the Law*, S. 63; s. auch *Cane*, *Administrative Law*, S. 50 ff.

978 *Clements/Thompson*, *Community Care*, S. 8.

979 Vgl. *Mandelstam*, *Community Care Practice and the Law*, S. 63.

980 *Mandelstam*, *Community Care Practice and the Law*, S. 63.

981 Vgl. *R v Inner London Education Authority ex p Ali* (1990) 2 Admin LR 822, 828: „*degree of elasticity*“.

982 *Clements/Thompson*, *Community Care*, S. 8.

unter dem Vorbehalt entsprechender *directions* und *approvals*⁹⁸³ durch den *Secretary of State*. Diese finden sich in der aktuellen Fassung in Appendix 1 zu LAC 93(10)⁹⁸⁴ und enthalten im Hinblick auf Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Zuständigkeitsbereich der betreffenden Kommune haben, sowie für Personen mit einem dringlichen Pflegebedarf eine zur Leistungserbringung verpflichtende *direction*. Im Bezug auf Personen ohne festen Wohnsitz oder mit Wohnsitz im Gebiet einer anderen Kommune, die der Leistungserbringung zustimmt, räumt ein entsprechender *approval* des *Secretary of State* den Behörden eine in ihrem Ermessen stehende Befugnis zur Erbringung von stationären Langzeitpflegeleistungen ein.⁹⁸⁵

Die Frage, ob es sich bei der Verpflichtung, für den betreffenden Personenkreis stationäre Langzeitpflege zu erbringen, um eine *general* oder *specific duty* handelt, ist deswegen nicht leicht zu beantworten, weil dies vom Verfahrensstadium abhängt, in dem sich die Entscheidung über die Leistungserbringung gerade befindet. Grundsätzlich ist die in s. 21(1)(a) NAA 1948 enthaltene Verpflichtung als bloße *general duty* auszulegen.⁹⁸⁶ Hierfür spricht, daß die Einschätzung, ab welchem Grad von Pflegebedürftigkeit jemand „*in need of care and attention*“ im Sinne von s. 21(1) NAA 1948 ist, zu einem gewissen Umfang eine subjektive, von der jeweiligen Kommune eigenständig zu treffende Beurteilungskomponente enthält und in diesem Sinne eine gewisse Unbestimmtheit aufweist.⁹⁸⁷ Zudem verfährt die englische Rechtsprechung mit der Annahme von *specific duties* gerade im Bereich der *community care* zurückhaltend⁹⁸⁸ und geht lediglich bei s. 2(1) des *Chronically Sick and Disabled Persons Act 1970*⁹⁸⁹ (CSDPA 1970)

983 Zur Funktion von *directions* und *approvals* vgl. *Richards*, Long-term Care, S. 52.

984 Entsprechende *directions* und *approvals* waren vorher bereits in LAC 13/74, LAC 19/74, LAC (74)28 sowie in LAC 91(12) enthalten. Die betreffende Stelle in Appendix 1 zu LAC (93)10 lautet:

„2. (1) *The Secretary of State hereby -*

(a) *approves the making by local authorities of arrangements under section 21(1)(a) of the Act in relation to such extent in relation the area of persons with no settled residence and, to as the authority may consider desirable, to persons who are ordinarily resident in another local authority, with the consent of that other authority; and*

(b) *directs local authorities to make arrangements under section 21(1)(a) of the Act in relation to persons who are ordinarily resident in their area and other persons who are in urgent need thereof,*

to provide residential accommodation for persons aged 18 or over who by reason of age, illness, disability or any other circumstance are in need of care and attention not otherwise available to them.”

985 Allgemein zum Zusammenhang zwischen *ordinary residence* und der Inanspruchnahme von *community care services* s. *Clements/Thompson*, Community Care, S. 169 ff.

986 *R v Kensington and Chelsea Royal London Borough Council ex p Kujtim* [1999] 4 All ER 161, 174; vgl. auch *Woolf/Jowell/Le Sueur*, De Smith's Judicial Review, S. 543; *Clements/Thompson*, Community Care, S. 9.

987 Vgl. die Ausführungen von Lord Woolf MR in *R v Sefton Metropolis Borough Council ex p Help the Aged and others* [1997] 4 All ER 532, 543.

988 Vgl. etwa zu s. 17 des *Children Act 1989* *R (A) v Lambeth London Borough Council* (2001) 4 CCLR 486; *R v Inner London Education Authority ex p Ali* (1990) 2 Admin LR 822, 828 (zu s. 8 des *Education Act 1944*).

989 1970 chapter 44.

und bei s. 117 des *Mental Health Act 1983*⁹⁹⁰ (MHA 1983) vom Vorliegen derartiger Pflichten aus.⁹⁹¹

Obwohl also s. 21(1)(a) NAA 1948 grundsätzlich lediglich eine *general duty* darstellt, können sich aus ihr – abweichend vom Regelfall dieser Kategorie von Pflichten – trotzdem einklagbare Ansprüche einzelner hilfsbedürftiger Personen ergeben. Die Charakterisierung als *general duty* wird bei s. 21(1)(a) NAA 1948 nämlich nur so verstanden, daß den Kommunen zunächst ein gewisser Spielraum zukommt, darüber zu entscheiden, welche Personen sie als hilfebedürftig erachten. Hierüber haben sie durch die Aufstellung örtlicher „*eligibility criteria*“ zu befinden. Wenn bei einer Person schließlich ein Bedarf festgestellt ist, der die örtlichen Bedarfskriterien erfüllt, besteht diesem gegenüber allerdings eine *specific duty* zur Erbringung stationärer Langzeitpflegeleistungen. Gleichzeitig steht dem Betreffenden nun auch ein einklagbarer Anspruch gegen die Kommune auf Unterbringung in einem Pflegeheim zu.⁹⁹² Ab dem Verfahrensstadium einer positiven Entscheidung über die Leistungserbringung (*service provision decision*)⁹⁹³ kann sich die generelle Pflicht aus s. 21(1)(a) NAA 1948 somit zu einer Verpflichtung gegenüber einer bestimmten Person „kristallisieren“⁹⁹⁴. Deren Nichtbeachtung kann vom *Local Government Ombudsman* zum Anlaß genommen werden, dem Anspruchsinhaber eine Billigkeitsentschädigung zuzusprechen, wenn trotz eines festgestellten Bedarfs die Leistungen aufgrund der Finanzlage der betreffenden *local authority* nicht erbracht werden.⁹⁹⁵ Aus dieser Perspektive betrachtet läßt sich s. 21(1)(a) NAA 1948 auch als *specific* oder *absolute duty* charakterisieren,⁹⁹⁶ weshalb sie auch als „*hybrid in nature*“ bezeichnet wurde.⁹⁹⁷

Die Schwierigkeit der Einordnung von s. 21(1)(a) NAA 1948 hängt sowohl damit zusammen, daß das englische Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht nicht auf die Kategorie subjektiver individueller Rechte ausgerichtet sind, als auch damit, daß die

990 1983 chapter 20.

991 R v Gloucestershire County Council ex p Barry [1997] 2 All ER 1, 3, 12, 16 (HoL); R v London Borough of Islington ex p Rixon (1997) 1 CCLR 119, 125 (QBD); R v Ealing District Health Authority ex p Fox [1993] 3 All ER 170, 181; R (IH) v Secretary of State for Home Department (2004) 7 CCLR 147, 156, 165; R v Kensington and Chelsea Royal London Borough Council ex p Kujtim [1999] 4 All ER 161, 173 f. (CA).

992 R v Sefton Metropolitan Borough Council ex p Help the Aged and others [1997] 4 All ER 532, 542 f.; R v Wigan Metropolitan Borough Council ex p Tammadge (1998) 1 CCLR 581, 582; R v Kensington and Chelsea Royal London Borough Council ex p Kujtim [1999] 4 All ER 161, 174 f. (CA); vgl. auch R (A) v Lambeth London Borough Council (2001) 4 CCLR 486, 501.

993 Näher dazu unten, S. 169 ff.

994 Vgl. Laws LJ in R (A) v Lambeth London Borough Council (2001) 4 CCLR 486, 501: „*NAA 1948 involves the notion of a ‘target’ duty which becomes ‘crystallised’ and thus enforceable upon the happening of an event, namely a needs assessment*“. Die Vorstellung einer generellen Pflicht, die zu einer einem bestimmten Individuum geschuldeten Pflicht erstarkt, geht zurück auf Lord Bridge in Cocks v Thanet District Council [1983] 2 AC 286, 292 f.

995 Vgl. Local Government Ombudsman Report No. 99/B/4621.

996 So etwa Mandelstam, Community Care Practice and the Law, S. 188; Palmer, Journal of Social Welfare and Family Law 22 (2000), S. 469.

997 Clements/Thompson, Community Care and the Law, S. 9.

Gerichte unbestimmte Rechtsbegriffe wie etwa den Ausdruck „*in need of care and attention*“⁹⁹⁸ keiner uneingeschränkten gerichtlichen Überprüfung unterziehen. Dies soll vermeiden, daß die Gerichte ihre Meinung an die Stelle der vom Gesetzgeber mit der Entscheidungsfindung betrauten Verwaltungsbehörde setzen. Zwar prüfen die Gerichte im Rahmen einer *judicial review* Rechtsfehler (*errors of law*) inzwischen vollständig nach und entscheiden auch bei solchen Begriffen, die mehrere Interpretationsmöglichkeiten zulassen, über die zutreffende Auslegung.⁹⁹⁹ Bestehen dann aber auch bei dieser Auslegung wieder verschiedene Möglichkeiten der Anwendung auf eine bestimmte Sachverhaltskonstellation, etwa weil die Konkretisierung nach der ersten Begriffsauslegung erneut unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, dann setzen die Gerichte ihre eigenen Erwägungen nur in denjenigen Fällen an die Stelle der Behördenentscheidung, in denen letztere so sehr fehlerhaft, daß sie nicht mehr als rational bezeichnet werden kann.¹⁰⁰⁰ Aus diesem Grund kommt den Kommunen bei der Beurteilung dessen, was sie unter dieses Tatbestandsmerkmal fassen, eine gewisse „*administrative autonomy*“¹⁰⁰¹ zu,¹⁰⁰² die es nicht zuläßt, eine unmittelbare Verbindung zwischen s. 21(1)(a) NAA 1948 und der letzten Endes bestehenden Leistungsberechtigung herzustellen. Hierzu ist zunächst auf die von den lokalen Behörden aufgestellten *eligibility criteria* zu rekurrieren, die ihrerseits auslegungsbedürftige Begrifflichkeiten enthalten.

Auf diese *eligibility criteria* sowie auf das Verfahren zur Ermittlung, ob und unter welchen finanziellen Konditionen eine Person Anspruch auf stationäre Pflegeleistungen nach s. 21(1)(a) NAA 1948 hat, soll im Folgenden näher eingegangen werden.

3. Verfahrensschritte für die Erbringung stationärer Langzeitpflegeleistungen nach s. 21 NAA 1948

a. Überblick

Die auf den *Griffith Report*¹⁰⁰³ und das *White Paper* „*Caring for People. Community Care in the Next Decade and Beyond*“¹⁰⁰⁴ zurückgehenden *community care-*

998 Vgl. Lord Clyde in *v Gloucestershire County Council ex p Barry* [1997] 2 All ER 1, 16: „*The words 'necessary' and 'needs' are both relative expressions, admitting in each case a considerable range of meaning.*“

999 Vgl. *R v Lord President of the Privy Council ex p Page* [1993] A.C. 682. Zum gegenwärtigen Stand des *case law* bezüglich der „*review of law*“ s. etwa *Craig*, *Administrative Law*, S. 454 ff.

1000 *R v Monopolies and Mergers Commission ex p South Yorkshire Transport Ltd.* [1993] 1 W.L.R. 23, 31 f.

1001 *Craig*, *Administrative Law*, S. 466.

1002 Daß die Gerichte die Interpretation des Begriffs *need* eher als „*review of law*“ denn als „*review of facts*“ ansehen, zeigt die Entscheidung *R v North and East Devon Health Authority ex p Coughlan* [2001] Q.B. 213.

1003 *Griffith*, *Community Care: Agenda for Action*; hierzu *Bamford*, *Commissioning*, S. 5 ff.; *McDonald*, *Understanding*, S. 16.

1004 *Department of Health*, *Caring for People. Community Care in the Next Decade and Beyond*, Cm. 849.

Reformen des Jahres 1993 bedeuteten die tiefgreifendsten Veränderungen in der Finanzierung, der Organisation und der Erbringung Sozialer Dienste in England seit der Schaffung des Wohlfahrtsstaats der Nachkriegszeit.¹⁰⁰⁵ Sie wiesen den Kommunen die zentrale Stellung im Zusammenhang mit der *social care* zu, indem sie diesen die Befugnis übertrugen, zu entscheiden, welche Leistungen für welche Personengruppen erbracht werden sollen und wie das hierfür benötigte Kontingent an Leistungen bereitgestellt werden kann. Das Gesundheitsministerium bezeichnete die Kommunen als „*enabling authorities*“¹⁰⁰⁶ und umschreibt ihre umfassende Rolle in der *social care* folgendermaßen:

„*The role of an enabling authority is to identify the needs for care among the population it serves, plan how best to meet those needs, set overall strategies, priorities and targets, commission and purchase as well as provide necessary services and ensure their quality and value.*“¹⁰⁰⁷

Diese verschiedenen Funktionen hat auch das Verwaltungsverfahren für die Erbringung stationärer Pflegeleistungen nach s. 21(1)(a) NAA 1948 zu erfüllen. Zunächst wird der Hilfebedarf des potentiellen Leistungsempfängers ermittelt. Basierend auf den hierdurch gewonnenen Erkenntnissen entscheiden die Sozialämter unter Rückgriff auf ihre generellen Auswahlkriterien, ob und, wenn ja, welche der Hilfebedarfe eine Leistungserbringung erforderlich machen. Auf der Grundlage eines Abgleichs der Ergebnisse der Bedarfsermittlung mit den Auswahlkriterien wird sodann ein persönlicher Pflegeplan aufgestellt. Dieser erläutert bezogen auf den jeweiligen Pflegebedürftigen im Detail die Art und den Umfang der Leistungen, die den betreffenden Hilfebedarf decken sollen.

Um die in ihrem Zuständigkeitsgebiet insgesamt benötigten sozialen Dienste bereitstellen zu können, ermitteln die Kommunen zunächst den Gesamtbedarf an Leistungen, beziehen die benötigten Leistungen sodann entweder von eigenen Betrieben oder von privaten Anbietern und kontrollieren schließlich die Leistungserbringung. Dieser Gesamtprozeß wird als „*commissioning of services*“ bezeichnet. Auf das in diesem Prozeß beschaffte Leistungskontingent greifen die kommunalen Sozialbehörden grundsätzlich¹⁰⁰⁸ zurück, wenn sie für eine Person Leistungen entsprechend dem für sie aufgestellten persönlichen Pflegeplan erbringen müssen.

b. Ermittlung des relevanten Hilfebedarfs

Im Folgenden soll zunächst auf das Verfahren eingegangen werden, in dem darüber befunden wird, ob eine bestimmte Person überhaupt Leistungen nach s. 21(1) NAA 1948 erhält.

1005 *Wistow u.a.*, *Social Care Markets*, S. 160.

1006 *Department of Health*, *Caring for People*, Ziffern 3.4.3 ff.; zu den *social service departments* als *enabling authorities* ausführlich *Lewis/Glennerster*, S. 74 ff., 97 ff.

1007 *Department of Health*, *Community Care in the Next Decade and Beyond. Policy Guidance*, Ziffer 4.3.; ähnlich schon *Griffith*, *Community Care: Agenda for Action*, S. 6, Ziffer 3.8.

1008 Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Leistungsberechtigte auch einen Leistungserbringer wählen, der vom *commissioning* der *local authority* bislang nicht erfaßt war. S. dazu unten, S. 351 f.

aa. Allgemeines

Um eine Entscheidung über die Berechtigung zu stationären Langzeitpflegeleistungen nach s. 21(1) NAA 1948 treffen zu können, verpflichtet s. 47 NHSCCA 1990¹⁰⁰⁹ die Kommunen zu einer Bedarfsermittlung („*assessment of needs*“) beim potentiellen Leistungsempfänger.¹⁰¹⁰ Die Vorschrift lautet:

“(1) *Subject to subsections (5) and (6) below, where it appears to a local authority that any person for whom they may provide or arrange for the provision of community care services may be in need of any such services, the authority -*
(a) *shall carry out an assessment of his needs for those services; and*
(b) *having regard to the results of that assessment, shall then decide whether his needs call for the provision by them of any such services.*”

Dieser Verfahrensabschnitt dient dazu, den aktuellen sowie den vermuteten künftigen Hilfebedarf einer Person zu ermitteln und dessen Auswirkungen auf ihre Fähigkeit, alltägliche Verrichtungen auszuüben und ein unabhängiges Leben zu führen, sowie auf die Lebensqualität insgesamt abzuschätzen.¹⁰¹¹ Mit dieser Begutachtung werden diejenigen Hilfebedarfe eines potentiell Leistungsberechtigten evaluiert, für die generell, d.h. unabhängig vom konkreten Angebot der betreffenden Lokalbehörde, *community care*-Leistungen in Betracht kommen, d.h. es werden die sog. „*presenting needs*“¹⁰¹² festgestellt.

Das 1993 eingeführte *assessment of needs* bildet den zentralen Bestandteil der damaligen *community care*-Reformen. In ihm drückt sich die Funktion der Kommunen als „*gatekeeper*“¹⁰¹³ für den Zugang zu staatlich finanzierten *community care*-Leistungen aus. Hierdurch sollte insbesondere dem Umstand entgegengewirkt werden, daß in früherer Zeit in großem Umfang staatliche Gelder in Unterstützungsleistungen flossen, ohne daß zuvor geprüft wurde, ob hierfür im Einzelfall überhaupt ein Bedarf bestand. Dies war bei den seit den frühen 80-er Jahren gezahlten Sozialleistungen in Gestalt des *supplementary benefit* und des *income support* im Zusammenhang mit der Unterbringung in privaten Pflegeheimen der Fall gewesen, was nicht nur zu Fehlanreizen in Richtung der stationären Pflege, sondern auch zu einer erheblichen finanziellen Belastung des öffentlichen Sozialhaushaltes geführt hatte.¹⁰¹⁴

1009 In Bezug auf behinderte Erwachsene folgt diese Pflicht aus ss. 3, 4 des *Disabled Persons (Services, Consultation and Representation) Act 1986* (1986 chapter 33).

1010 Zur Pflicht zur Durchführung eines *assessment* s. *Richards*, Long-term Care, S. 68 f. Die Einführung des *assessment of needs* geht zurück auf die Vorschläge im *White Paper* des *Department of Health*, *Caring for People*, Ziffern 3.2.1 ff.; allgemein zum *assessment of needs* s. auch *Bamford*, *Commissioning and purchasing*, S. 53 ff.

1011 *Department of Health*, Single Assessment Process, Annex E, S. 12.

1012 *Department of Health*, Fair Access to Care Services, Ziffer 13.

1013 Vgl. *Richards*, Long-term Care, S. 9; *Winfield* u.a., *Paying for Care Handbook*, S. 8.

1014 Siehe oben, S. 140 f., 149.

bb. Verfahrensablauf

Einige sehr allgemein gehaltene verfahrensrechtliche Anforderungen an die Ermittlung des Hilfebedarfs sind in den *Community Care Assessment Directions 2004*¹⁰²⁴ enthalten, die als verbindliche Vorgaben vom *Secretary of State for Health* auf der Grundlage von s. 47(4) NHSCCA 1990 erlassen wurden. Die *directions* sehen vor, daß die kommunale Sozialbehörde den potentiellen Leistungsempfänger und, sofern zweckmäßig, auch dessen Pflegepersonen befragt, daß sie alle angemessenen Schritte unternimmt, um eine Vereinbarung mit dem potentiellen Leistungsempfänger und gegebenenfalls seinen Pflegepersonen über die angedachten *community care*-Leistungen zu erzielen, und daß sie den Verfahrensbeteiligten über die für die Leistungen möglicherweise anfallenden Kosten informiert.

Neben diesen speziell geregelten Anforderungen muß sich das Verfahren an den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Prinzipien orientieren. Vor allem muß gewährleistet sein, daß eine hinreichende Informationsbasis für die Leistungsentscheidung zur Verfügung steht, daß die Beurteilung nach einheitlichen Standards oder Kriterien erfolgt und daß das Verfahren auch sonst in angemessener Weise durchgeführt wird. Hierzu ist eine zügige und diskriminierungsfreie Begutachtung erforderlich,¹⁰²⁵ die Rücksicht auf die Gewohnheiten und Neigungen der Beteiligten nimmt.¹⁰²⁶

Die Ermittlung der „*presenting needs*“ muß umfassend in Bezug auf sämtliche in Betracht kommenden *community care* Leistungen geschehen. Daher sind neben den *personal care needs* auch andere Bedarfe wie etwa an sozialen Kontakten, Erholung und Unterhaltung abzuklären.¹⁰²⁷ Um potentiellen Leistungsempfängern eine Mehrfachbelastung durch Doppelprüfungen seitens des NHS und der Sozialämter zu ersparen und die Nachteile aus der gespaltenen Zuständigkeit für die *health* und die *social care* zu verringern, wurde mit dem *National Service Framework for Older People*¹⁰²⁸ ein sog. *Single Assessment Process* eingeführt.¹⁰²⁹ Danach führen NHS- und Sozialbehörden die Begutachtungstermine gemeinsam durch und tauschen die ermittelten Informationen gegenseitig aus. Das *single assessment* bezweckt eine möglichst umfangreiche Ermitt-

1024 LAC 2004(24).

1025 Dazu *Department of Health*, Single Assessment Process, Annex E, S. 18 f.

1026 Vgl. R v North Yorkshire CC ex p Hargreaves (1997) 1 CCLR 104, 111 f.

1027 Vgl. R v Haringey London Borough Council ex p Norton (1998) 1 CCLR 168, 180 f.

1028 *Department of Health*, National Service Framework for Older People. Bei diesem handelt es sich um eine *policy guidance*, die mit grundsätzlicher Bindungswirkung unter s. 7(1) LASSA 1970 erlassen wurde (s. hierzu auch unten, Fn. 1235). Weil aber im Bezug auf die Einzelheiten des *assessment* s. 47(4) NHSCCA 1990 den Erlaß von *directions* vorsieht, ist umstritten, ob aufgrund dieser Sonderregelung eine unter s. 7(1) LASSA 1970 ergangene *policy guidance* überhaupt Bindungswirkung entfalten kann. Verneinend etwa der *Court of Appeal* in R (B and H) v London Borough of Hackney [2003] EWHC 1654 (Admin), paras. 17 f.; kritisch zu dieser Entscheidung *Clements/Thompson*, *Community Care*, S. 57.

1029 *Department of Health*, National Service Framework for Older People, S. 30 ff.

lung der Bedarfssituation des Einzelnen und bezieht deshalb neben den *social care needs* vor allem auch gesundheitliche Aspekte ein.¹⁰³⁰

Mit welcher Intensität das *assessment* im konkreten Fall durchgeführt wird, hängt von der Komplexität der beim potentiellen Leistungsempfänger erwarteten Bedarfssituation ab. Für ältere Menschen sind vier verschiedene Begutachtungsformen vorgesehen:¹⁰³¹ im *contact assessment* werden Basisinformationen über die jeweilige Person ermittelt, außerdem wird ermittelt, ob generell *health* oder *social care needs* vorliegen. Bei einfachen Sachverhalten kann sich die Bedarfsfeststellung in dieser Begutachtung erschöpfen. Anderenfalls schließt sich entweder ein *overview assessment* (wenn verschiedenartige Pflegeaspekte beurteilt werden müssen), ein *specialist assessment* (wenn besondere Problemstellungen vorliegen, die speziell ausgebildetes Personal erfordern), oder ein *comprehensive assessment* (wenn intensive oder komplexe Unterstützungsleistungen aus verschiedenen gesundheitlichen oder pflegerischen Bereichen von Nöten sind) an.

Viele Kommunen setzen sich in sog. *Better Care – Higher Standards Charters* eigene Zeitlimits, binnen derer eine Begutachtung durchgeführt sein sollte.¹⁰³² Sie haben dabei die *practice guidance* „*Fair Access to Care Services*“ zu beachten, die speziell für ältere Personen vorgibt, daß ein *assessment* grundsätzlich binnen 48 Stunden nach Vorliegen von Anhaltspunkten für einen möglichen Bedarf an *community care*-Leistungen beginnen und innerhalb von einem Monat abgeschlossen sein sollte.¹⁰³³ Als *practice guidance* kommt dieser Zielvorgabe allerdings keine unmittelbare Bindungswirkung zu.¹⁰³⁴ Verbindliche Vorgaben bestehen nur in Bezug auf Personen, die bislang in einem Krankenhaus des NHS untergebracht sind: für diesen Personenkreis sieht der *Community Care (Delayed Discharges etc.) Act 2003*¹⁰³⁵ (CCDDA 2003) vor, daß eine Bedarfsermittlung entweder vor oder gleich nach der Einweisung in das Krankenhaus durchgeführt werden muß,¹⁰³⁶ um eine Verzögerung der Entlassung durch noch nicht bereitstehende *community care*-Leistungen zu vermeiden. Führen Kommunen die Begutachtung zu spät durch und verzögert sich hierdurch die Entlassung des Patienten aus dem Krankenhaus, drohen ihnen Strafzahlungen (sog. „*delayed discharge payments*“).¹⁰³⁷

1030 Zu einer Übersicht über die vom *assessment* umfaßten Themengebiete s. *Department of Health*, Single Assessment Process, Annex F.

1031 Vgl. *Department of Health*, Single Assessment Process, Annex E, S. 12 ff.; vgl. hierzu auch *Winfield* u.a., *Paying for Care Handbook*, S. 42 f.; *McDonald*, *Community Care*, S. 171; *Clements/Thompson*, *Community Care*, S. 75 f.

1032 *Winfield* u.a., *Paying for Care Handbook*, S. 42. Siehe auch *Clements*, *Community Care*, S. 59 ff.

1033 *Department of Health*, *Fair Access to Care Services. Practice Guidance*, Q8.7. Ähnlich (48 Stunden/28 Tage) auch der Performance-Indikator „D55“, den das CSCI bei der Evaluierung der Leistungen der *social service departments* im Hinblick auf akzeptable Wartezeiten für ein *assessment* anlegt, s. CSCI-CI 2005(5), S. 36.

1034 Vgl. *Clements*, *Community Care*, S. 19 f.

1035 2003 chapter 5.

1036 Ss. 4(2) i.V.m. 6(1), 6(2)(a), 5(3) CCDDA 2003.

1037 S. 6(2)(a) CCDDA 2003.

c. Entscheidung über die zu erbringenden Leistungen

aa. S. 47(1)(b) NHSCCA 1990

Hat das kommunale Sozialamt alle nötigen Informationen ermittelt, muß es nach s. 47(1)(b) NHSCCA 1990 in Gestalt einer „*service provision decision*“ eine Entscheidung darüber treffen, welche der festgestellten Hilfebedarfe die Bereitstellung von *community care*-Leistungen erfordern.

Nach s. 47(1)(b) NHSCCA 1990 müssen bei dieser Entscheidung die Ergebnisse der Bedarfermittlung „berücksichtigt“ werden. Der Wortlaut von s. 47(1)(b) NHSCCA 1990 („*having regard to the results of that assessment, shall then decide whether his needs call for the provision by them of any such services*“) ist nur vor dem Hintergrund der oben bereits erörterten *powers* und *duties* verständlich, die den Kommunen bei der Erbringung von *community care*-Leistungen zukommen.¹⁰³⁸ Die Vorschrift verpflichtet die Kommune deshalb nicht, Hilfeleistungen für alle festgestellten Bedarfe bereitzustellen.¹⁰³⁹ Damit geht s. 47(1)(b) NHSCCA 1990 hinsichtlich der Pflicht zur Leistungserbringung nicht über die *general duty* des s. 21(1) NAA 1948¹⁰⁴⁰ hinaus und modifiziert diese Vorschrift nicht.¹⁰⁴¹ Der Regelungszweck von s. 47(1) NHSCAA liegt vielmehr allein darin, die Kommune bei Anhaltspunkten für einen Hilfebedarf unabhängig von einem Leistungsantrag zur Durchführung eines *assessment* und einer anschließenden Entscheidung über die Leistungserbringung zu verpflichten.

Weil der Einzelne aus der *target duty* des s. 21(1)(a) NAA 1948 allein noch keine konkreten Rechte ableiten kann, kommt der „*service provision decision*“ eine besondere Bedeutung zu: erst diese befindet darüber, ob der Betreffende tatsächlich einen rechtlichen Anspruch auf stationäre Langzeitpflege hat.¹⁰⁴² Mit ihr „kristallisiert“¹⁰⁴³ sich s. 21(1)(a) NAA 1948 wie oben beschrieben zu einer dem Leistungsempfänger geschuldeten, einklagbaren „*specific public law duty*“.¹⁰⁴⁴

bb. Örtliche Auswahlkriterien

(1) Funktion

Bei der *service provision decision* geht es darum, aus den in der Begutachtung festgestellten *presenting needs* die *eligible needs* auszuwählen, also diejenigen Bedarfe, die

1038 R v Kensington and Chelsea Royal London Borough Council ex p Kujtim [1999] 4 All ER 161, 171 (CA); *Richards*, Long-term Care, S. 76.

1039 *Richards*, Long-term Care, S. 67; *Clements*, Community Care, S. 83; s. auch Lord Lloyd of Berwick in R v Gloucestershire County Council ex p Barry [1997] 2 All ER 1, 8: It is „*common ground, as indeed obvious from the language of s 47(1)(b), that a local authority has a discretion whether to meet a person's needs under s. 47(1).*“

1040 Siehe dazu oben, S. 161 f.

1041 R v Kensington and Chelsea Royal London Borough Council ex p Kujtim [1999] 4 All ER 161, 170 f. (CA); *Richards*, Long-term Care, S. 67, 76.

1042 *Clements*, Community Care, S. 83.

1043 R (A) v Lambeth LBC (2001) 4 CCLR 486, 501.

1044 Dazu schon oben, S. 162.

eine Leistungserbringung – etwa nach s. 21(1) NAA 1948 – erforderlich machen. Diese Entscheidung erfolgt in mehreren Schritten unter Zugrundelegung örtlicher Auswahlkriterien¹⁰⁴⁵, den sog. „*eligibility criteria*“. Diesen Auswahlkriterien, die von den Kommunen in ihren örtlichen „*Better Care, Higher Standards*“ *Charters* veröffentlicht und der Bevölkerung zugänglich gemacht werden müssen,¹⁰⁴⁶ kommt eine zweifache Funktion zu: zum einen sollen sie im Hinblick auf Gleichheitsaspekte eine einheitliche Entscheidungsbasis für die Bewilligung von Leistungen bieten,¹⁰⁴⁷ zum anderen haben sie in ökonomischer Hinsicht den Bedarf an Leistungen mit den begrenzten kommunalen Ressourcen in Einklang zu bringen. Eine der Hauptschwierigkeiten für die Kommunen bei der Erbringung von *social care* besteht nämlich darin, ihre begrenzten finanziellen Mittel so einzusetzen, daß zum einen diejenigen versorgt werden können, die die Leistungen am nötigsten haben, und daß zum anderen die Leistungsangebote trotz der Sparzwänge auf die individuellen Bedürfnisse der Leistungsempfänger zugeschnitten sind. Die *Audit Commission*, eine unabhängige staatliche Kontrollstelle, die den effizienten Einsatz öffentlicher Gelder überwacht, führt dazu aus:

„*Authorities must define what they consider to constitute a need for services, in such a way that the most disadvantaged are included but which still allows the authority to balance its budget. Further more, they must do so in a way that allows local flexibility and adjustment to tailor services to the particular needs of individuals as part of the assessment process. To do all this will be no mean feat.*“¹⁰⁴⁸

(2) Einfluß finanzieller Ressourcen auf die Auswahlkriterien

Bis zur Grundsatzentscheidung durch das *House of Lords* im *Gloucestershire Case*¹⁰⁴⁹ im Jahre 1997 war unklar, ob die Kommunen bei der Bestimmung der Bedarfe, die eine Leistungserbringung erfordern, Rücksicht auf die ihnen jeweils zur Verfügung stehenden Finanzmittel nehmen dürfen. Während argumentiert worden war, daß die Frage, ob etwas als „*need*“ einzustufen sei, nicht davon abhängen könne, über wieviel Mittel die jeweilige Kommune verfüge,¹⁰⁵⁰ entschied das *House of Lords* mit 3 gegen 2

1045 Siehe als Beispiel etwa die Auswahlkriterien des Wokingham Borough Council, abrufbar unter <<http://www.wokingham.gov.uk/health-social-care/social-care/eligibility-for-adults>>.

1046 *Department of Health*, Fair Access to Care Services, Ziffer 20.

1047 *Clements*, Community Care, S. 84.

1048 *Audit Commission*, Taking Care, S. 4, Ziffer 16.

1049 *R v Gloucestershire County Council and another ex parte Barry* [1997] 2 All ER 1; vgl. dazu *Cragg*, Community care update, Legal Action Sept. 1996, S. 16 f.; *Mullender*, Needs, Resources and the Welfare State, L.Q.R. vol. 113 (1997), S. 545 ff.; *Clements*, The Collapsing Duty (1997) 2 Judicial Review 162 ff.; *Smith*, Needs and Resources, Scots Law Times vol. 32 (1998), S. 253 ff.; *Palmer/Sunkin*, Needs: Resources and Abhorrent Choices, M.L.R. 61 (1998), S. 401 ff.; *Richards*, Long-term Care, S. 79 ff.; *McDonald*, Community Care, S. 21.

1050 S. dazu insbesondere das abweichende Votum von *Lord Lloyd of Berwick* in *R v Gloucestershire County Council and another ex parte Barry* [1997] 2 All ER 1, 3 ff., das zum einen auf den Begriff „*need*“ abstellt, der zwar in historischer Sicht unterschiedliche Bedeutungsgehalte aufweisen kann, nicht aber regional unterschiedlich interpretiert werden kann, je nachdem über wieviele Ressourcen die betreffende *local authority* verfügt. Zum anderen argumentiert das Sondervotum stark mit der hervorgehobenen Stellung Behinderter nach dem *Chronically Sick and Disabled Act 1970*, so daß

Stimmen zunächst im Zusammenhang mit dem *Chronically Sick and Disabled Persons Act 1970* gegenteilig: die Worte „*need*“ und „*necessary*“ in s. 2(1) des CSDPA 1970¹⁰⁵¹ seien auslegungsfähige Begriffe („*relative expressions*“), die es erlaubten, die Subsumtion der festgestellten Bedarfssituation unter diese Norm in Abhängigkeit von den vorhandenen Ressourcen vorzunehmen.¹⁰⁵² Die Rechtsprechung übertrug diese Entscheidung in der Folge auch auf die Auslegung von „*in need of care and attention*“ gem. s. 21(1)(a) NAA 1948,¹⁰⁵³ forderte allerdings, daß das Fehlen von Ressourcen nicht vorgeschoben sein dürfe, sondern gegebenenfalls von der Kommune auch belegt werden müsse.¹⁰⁵⁴

Den Entscheidungen ist zunächst darin zuzustimmen, daß die begrenzten kommunalen Ressourcen notwendigerweise in irgendeiner Form mit dem von ihnen bereitzustellenden Leistungsangebot in Einklang gebracht werden müssen. Ob die Auslegung des Begriffs „*need*“ hierfür ein geeigneter Ansatzpunkt ist, kann – wie auch die abweichenden Voten in der Gloucestershire-Entscheidung zeigen – allerdings bezweifelt werden. Denn die vom *case law* anerkannte Relativität von „*need*“ führt in letzter Konsequenz zu dem wenig überzeugenden Ergebnis, daß im Extremfall des völligen Fehlens finanzieller Mittel für die Leistungserbringung auch kein Hilfebedarf im Sinne vom s. 21(1) NAA 1948 gegeben ist.¹⁰⁵⁵ Das Fehlen von Ressourcen würde damit nicht länger zu einer Prioritätsentscheidung führen, sondern würde das Ergebnis der Auswahlentscheidung dergestalt vorherbestimmen, daß eine Auswahl im eigentlichen Sinne nicht mehr vorläge.¹⁰⁵⁶

(3) Vorgaben für die Bestimmung der „*eligible needs*“

Dem *Gloucestershire Case* lassen sich aber auch Ansätze entnehmen, die zwar von der Relativität des Begriffs „*need*“ ausgehen, die jedoch die vollkommene Abhängigkeit der Bedarfsanerkennung von den vorhandenen Ressourcen zu einem gewissen Grad dadurch durchbrechen, daß sich ihnen bestimmte Regeln für die Aufstellung der Auswahlkriterien entnehmen lassen. So merkte das *House of Lords* in dieser Entscheidung

sich die Argumentation nicht ohne weiteres auch auf s. 21(1) NAA 1948 übertragen läßt. Zur Argumentation von *Lord Lloyds of Berwick* vgl. auch *Palmer/Sunkin*, Needs: Resources and Abhorrent Choices, M.L.R. 61 (1998), S. 405 ff.

1051 S. 2(1) CSDPA 1970 lautet (auszugsweise): „*Where a local authority [...] are satisfied in the case of any person [...] that it is necessary in order to meet the needs of that person for the authority to make arrangements for all or any of the following matters [...], it shall be the duty of that authority to make those arrangements [...].*”

1052 *R v Gloucestershire County Council and another ex parte Barry* [1997] 2 All ER 1, 16.

1053 *R v Sefton Metropolitan Borough Council ex p Help the Aged and others* [1997] 4 All ER 532; *R v Wigan Metropolitan Borough Council ex p Tammadge* (1998) 1 CCLR 581, 594 ff.; vgl. auch Local Government Ombudsman Report No. 99/B/4624; s. auch *Social Services Inspectorate*, Care Management and Assessment: Practicioners’ Guide, S. 12 f., wo „*need*“ als „*complex*“, „*dynamic*“, „*relative*“ und „*multi-faceted concept*“ beschrieben wird.

1054 *Khana v The Mayor and Burgesses of Southwark LBC* (2001) 4 CCCL 267, 282.

1055 *Smith*, Needs and Resources, Scots Law Times vol. 32 (1998), S. 257.

1056 *Smith*, Needs and Resources, Scots Law Times vol. 32 (1998), S. 256.

an, daß die finanziellen Ressourcen nicht das allein entscheidende Kriterium hinsichtlich der Verteilung von Leistungen sein dürften. Vielmehr müßten die mit der Leistungserbringung verbundenen Kosten gegen die damit verbundenen Vorteile abgewogen werden. Hierbei müsse mitunter berücksichtigt werden, wie schwer der Einzelne betroffen ist und wie ausgeprägt sich seine Hilfsbedürftigkeit darstellt.¹⁰⁵⁷

Zudem verlangte das *House of Lords* die formale Festlegung allgemeiner Kriterien durch die jeweiligen kommunalen *social services committees*, anhand derer erstens notwendige (*necessities*) von bloß wünschenswerten Leistungen (*desirabilities*) abgegrenzt werden könnten und zweitens der Grad der Notwendigkeit (*degree of necessity*) für die Berechtigung zum Leistungsbezug beurteilt werden könne.¹⁰⁵⁸ In Reaktion auf diese Forderung erließ das Gesundheitsministerium im Jahre 2002 mit der *policy guidance* „*Fair Access to Care Services*“¹⁰⁵⁹ (FACS) einen allgemeinen Rahmen zur Bestimmung der leistungsrelevanten Bedarfe (*eligible needs*). Dieser FACS *guidance* kommt zwar nicht die Qualität formellen Rechts zu. Da es sich bei ihr jedoch um eine unter s. 7(1) LASSA 1970 erlassene *statutory guidance*¹⁰⁶⁰ handelt, müssen die Kommunen ihre Regelungen grundsätzlich befolgen, solange nicht im Einzelfall gute Gründe vorliegen, von ihnen abzuweichen.¹⁰⁶¹

Die FACS-Richtlinien verlangen, den im *assessment of needs* festgestellten Hilfebedarf dahingehend zu evaluieren, wie er sich auf die Unabhängigkeit des potentiellen Leistungsempfängers gegenwärtig auswirkt und welche Entwicklung ohne unterstützende Leistungen zukünftig zu erwarten wäre. Dazu haben die Kommunen die festgestellten Bedarfe (*presenting needs*) in ein 4-stufiges Schema einzuordnen, das je nach Beeinträchtigung der Fähigkeit, ein Leben unabhängig von fremden Hilfen zu führen, die Kategorien „kritisch“ (*critical*), „erheblich“ (*substantial*), „mäßig“ (*moderate*) und „gering“ (*low*) enthält:

“*Critical – when*

- *life is, or will be, threatened; and/or*
- *significant health problems have developed or will develop; and/or*
- *there is, or will be, little or no choice and control over vital aspects of the immediate environment; and/or*
- *serious abuse or neglect has occurred or will occur; and/or*
- *there is, or will be, an inability to carry out vital personal care or domestic routines; and/or*
- *vital involvement in work, education or learning cannot or will not be sustained; and/or*
- *vital social support systems and relationships cannot or will not be sustained; and/or*
- *vital family and other social roles and responsibilities cannot or will not be undertaken.*

Substantial – when

1057 Vgl. *R v Gloucestershire County Council and another ex parte Barry* [1997] 2 All ER 1, 16 f.

1058 *R v Gloucestershire County Council and another ex parte Barry* [1997] 2 All ER 1, 16.

1059 *Department of Health*, Fair Access to Care Services, erlassen unter s. 7(1) LASSA 1970. Ergänzend hierzu *practice guidance* des *Department of Health*, Fair Access to Care Services. Practice Guidance, 2003.

1060 Dazu *Mandelstam*, Community Care Practice and the Law, S. 64 f.

1061 *R v London Borough of Islington ex p Rixon* (1997) 1 CCLR 119, 119 f., 123 (QBD); *Mandelstam*, Community Care Practice and the Law, S. 129. Die Rechtsprechung weist den FACS-Richtlinien im Rahmen ihrer Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Zugang zu *commuity care*-Leistungen großes Gewicht zu, vgl. *R v Sheffield City Council ex p Heffernan* (2004) 7 CCLR 350, 356.

- *there is, or will be, only partial choice and control over the immediate environment; and/or*
- *abuse or neglect has occurred or will occur; and/or*
- *there is, or will be, an inability to carry out the majority of personal care or domestic routines; and/or*
- *involvement in many aspects of work, education or learning cannot or will not be sustained; and/or*
- *the majority of social support systems and relationships cannot or will not be sustained; and/or*
- *the majority of family and other social roles and responsibilities cannot or will not be undertaken.*

Moderate – when

- *there is, or will be, an inability to carry out several personal care or domestic routines; and/or*
- *involvement in several aspects of work, education or learning cannot or will not be sustained; and/or*
- *several social support systems and relationships cannot or will not be sustained; and/or*
- *several family and other social roles and responsibilities cannot or will not be undertaken.*

Low – when

- *there is, or will be, an inability to carry out one or two personal care or domestic routines; and/or*
- *involvement in one or two aspects of work, education or learning cannot or will not be sustained; and/or*
- *one or two social support systems and relationships cannot or will not be sustained; and/or*
- *one or two family and other social roles and responsibilities cannot or will not be undertaken.*¹⁰⁶²

Die Einordnung der Bedarfssituation des Einzelnen in dieses Stufenschema entscheidet darüber, ob er einen einklagbaren Anspruch auf *community care*-Leistungen hat, oder ob lediglich sog. „*unmet needs*“¹⁰⁶³ vorliegen, also eine Bedarfssituation, die nicht das für eine Leistungsberechtigung erforderliche Ausmaß erreicht und bei der aufgrund der Relativität des Bedarfsbegriffs nach der Gloucestershire-Entscheidung eigentlich auch nicht von „*needs*“ gesprochen werden kann.¹⁰⁶⁴

Die Kommunen können grundsätzlich eigenständig darüber entscheiden, ab welcher Stufe sie die Bedarfe für leistungsrelevant erachten, wo also mit anderen Worten die Schwelle anzusetzen ist, ab der *presenting needs* zu *eligible needs*¹⁰⁶⁵ werden. Auch bei dieser Entscheidung sind sie aber an Vorgaben des Gesundheitsministeriums gebunden. Nach der FACS *practice guidance* haben sie zunächst für den jeweiligen Planungszeitraum die Zahl derjenigen Personen abzuschätzen, die aktuell Leistungen erhalten oder potentiell als Leistungsempfänger hinzukommen könnten. Die Bedarfe dieser Personen sind sodann jeweils in das o.g. 4-stufige Schema einzuordnen. Schließlich sind für jede Stufe die Leistungen und die durch sie entstehenden Kosten zu schätzen, die erforderlich sind, um allen ermittelten Bedarfen nachzukommen. In einem letzten Schritt sind die benötigten Mittel mit den zur Verfügung stehenden Ressourcen abzugleichen, indem beginnend mit der höchsten Bedarfsstufe („kritisch“) die Kosten solange addiert werden, bis das finanzielle Limit der Kommunen für den Bereich der *social care* erreicht

1062 *Department of Health, Fair Access to Care Services*, Ziffer 16.

1063 Siehe *Mandelstam, Community Care and the Law*, S. 118 ff.

1064 Vgl. *R v Gloucestershire County Council and another ex parte Barry* [1997] 2 All ER 1, 17.

1065 *Department of Health, Fair Access to Care Services*, Ziffer 13.

ist.¹⁰⁶⁶ Reichen die Mittel für eine bestimmte Stufe nicht mehr vollständig aus, kann diese Stufe entweder – orientiert am Grad des Hilfebedarfs – in zwei Unterkategorien eingeteilt werden, oder es ist bei den in diese Stufe fallenden Personen bezüglich der Leistungsgewährung im Einzelfall ohne weitere Formalisierung danach zu unterscheiden, ob sie lediglich dem Durchschnitt dieser Stufe entsprechen, oder ob sie näher am Hilfebedarf einer höheren Stufe liegen.¹⁰⁶⁷

Beim Aufstellen ihrer Auswahlkriterien haben die Kommunen also letztlich darauf zu achten, daß sie Personen mit einem höheren Hilfebedarf beim Zugang zu Leistungen Vorrang gegenüber Personen mit einem geringeren Bedarf geben. Dies führte in vielen Fällen dazu, daß Leistungen für Personen mit einem weniger intensiven Hilfebedarf gestrichen wurden, obwohl diese es ihnen bislang ermöglicht hatten, selbständig in der eigenen häuslichen Umgebung zu leben. Weil diese Entwicklung aber der Philosophie des *White Papers* „*Caring for People. Community Care in the Next Decade and Beyond*“, wonach ambulante Leistungen stärker gefördert werden sollen,¹⁰⁶⁸ deutlich entgegenläuft,¹⁰⁶⁹ reagierte das *Green Paper* „*Independence, Well-being and Choice. Our vision for the future of social care for adults in England*“ nun erstmals hierauf mit der eingehenden Forderung nach präventiven *social care*-Angeboten auch für Personen mit einem (noch) geringen Hilfebedarf.¹⁰⁷⁰

Die Vorgaben für die Aufstellung der Auswahlkriterien ändern jedoch nichts daran, daß die Kommunen den Umfang der von ihnen zu erbringenden *social care*-Leistungen maßgeblich dadurch beeinflussen können, daß sie über den Teil der ihnen zur Verfügung stehenden Gelder¹⁰⁷¹ entscheiden, der auf *social services* verwendet werden soll. Ihre generelle Pflicht aus s. 21(1) NAA 1948 können die Kommunen allerdings auch durch eine restriktive Ressourcenallokation schon deshalb nicht vollkommen leerlaufen lassen, weil sich aus dem HRA 1998 gewisse Mindestanforderungen ergeben, hinter denen die Behörden bei der Aufstellung der Auswahlkriterien nicht mit Hinweis auf fehlende finanzielle Mittel zurückbleiben dürfen.¹⁰⁷² Die generelle Pflicht aus s. 21(1)(a) NAA 1948 ist hierbei im Kontext zu Art. 2 EMRK (Recht auf Leben) und Art. 3 EMRK (Verbot u.a. der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung) zu sehen, die die englischen Behörden gemäß s. 6(1) i.V.m. 1(1) HRA 1998 zu beachten haben. Demnach dürfte es etwa gegen menschenrechtliche Prinzipien verstoßen, nach nationa-

1066 *Department of Health*, Fair Access to Care Services. Practice Guidance, Q3.9. Eine ähnliche Vorgehensweise empfahl auch die *Audit Commission* in ihrem *District Audit Model*, vgl. *Audit Commission*, Taking Care, S. 5.

1067 *Department of Health*, Fair Access to Care Services. Practice Guidance, Q3.10.

1068 Vgl. *Department of Health*, Caring for People, Ziffer 1.11, wo es als zentrales Anliegen bezeichnet ist, „to promote the development of domiciliary, day and respite services to enable people to live in their own homes wherever feasible and sensible.“

1069 Vgl. *Richards*, Long-term Care, S. 81.

1070 *Department of Health*, Independence, Well-being and Choice, S. 46 f.

1071 Die finanziellen Mittel werden den *local authorities* großteils ohne weitere Zweckbindung von der Zentralregierung zugewiesen, nur ein Teil der Zuwendungen (etwa der *grant for mental health*) ist zweckgebunden; näher dazu *Winfield* u.a., Paying for Care Handbook, S. 11.

1072 Vgl. *Clements/Thompson*, Community Care, S. 108 ff.

lem Recht grundsätzlich bereits vorgesehene Leistungen für die nach oben genannter Kategorisierung als „critical“ einzustufenden Hilfebedarfe unter Verweis auf eine die Prioritäten anders setzende Ressourcenallokation auszuschließen.¹⁰⁷³

Mitunter wird auch vertreten, daß die Auswahlkriterien nicht so gestaltet werden dürfen, daß offensichtlich bedürftige Personen keine Leistungen erhalten.¹⁰⁷⁴ Diese Auffassung scheint insofern zweifelhaft, als in Einzelfällen auch ein lediglich geringfügiger Hilfebedarf offensichtlich sein kann. Dieser Ansicht kann somit nur unter der Einschränkung zugestimmt werden, daß sich die Offensichtlichkeit gerade aus der Schwere der Hilfebedürftigkeit ergeben muß.

Eine weitere Grenze, die es bei der Aufstellung der örtlichen Auswahlkriterien zu beachten gilt, ergibt sich aus dem Umstand, daß s. 21(1) NAA 1948 als *target duty* ausgestaltet ist. Unter Verweis auf eine anders gewichtete Finanzverteilung selbst bei *critical needs* keine Leistungen bereitzustellen, würde bedeuten, diese Vorschrift entgegen der gesetzgeberischen Intention zu einer Ermessensleistung (*discretionary power*) herabzustufen.¹⁰⁷⁵ Dies spricht indes nicht gegen den in der Gloucestershire-Entscheidung bejahten Zusammenhang zwischen den zur Verfügung stehenden Geldern und der Auslegung des Bedarfsbegriffs, verlangt aber nach einer gewissen Untergrenze¹⁰⁷⁶, an der die Relativität des Begriffs „need“ einer absoluten Inhaltsbestimmung zu weichen hat und unterhalb derer Leistungen nicht versagt werden können.

Dies bedeutet keineswegs, von den Kommunen etwas zu verlangen, was sie aufgrund ihrer finanziellen Situation nicht zu leisten imstande sind: die Pflicht aus s. 21(1)(a) NAA 1948 trifft die Kommunen als solche und nicht etwa die kommunalen Sozialämter mit ihren begrenzten Haushaltsposten in Gestalt der *social services budgets*. Ein völliges Unterlaufen der Verpflichtung kann somit durch eine Umschichtung der Ressourcenallokation innerhalb der verschiedenen kommunalen Haushaltsposten verhindert werden.¹⁰⁷⁷

Ingesamt betrachtet lassen sich drei miteinander in Verbindung stehende Faktoren ausmachen, die zu einer relativ schwachen Ausprägung der Pflicht zur Bereitstellung von *residential accommodation* nach s. 21(1) NAA 1948 führen: zu den beiden bereits

1073 *Clements/Thompson*, Community Care, S. 109.

1074 In diesem Sinne etwa *McDonald*, Community Care, S. 21.

1075 Vgl. *R v East Sussex County Council ex p Tandy* [1998] 2 All ER 769, 777.

1076 Die FACS *guidances* selbst gehen offensichtlich davon aus, daß diese Untergrenze bei einem erheblichen Hilfebedarf jedenfalls noch nicht erreicht ist. Nach ihnen dürfte es rechtmäßig sein, die Schwelle, ab der Leistungen erbracht werden sollen, unterhalb dieses Bedarfs, nämlich erst bei einem kritischen Bedarf anzusetzen, vgl. *Department of Health*, Fair Access to Care Services, Practice Guidance, Q3.9: „*Starting with the critical band, if the estimated costs of providing services to individuals with needs in this band equals the resources locally available to adult social care, then the council's eligibility framework would simply comprise the critical band*“. A.A., jedoch ohne Begründung und wohl auf einer falschen Interpretation der FACS *Guidances* beruhend *Hurst*, National Health Service and Local Authority, J.P.I. Law 2005, S. 252, der es als rechtswidriges Handeln *ultra vires* ansieht, wenn *local authorities* nicht auch für die *substantial needs* Hilfeleistungen anbieten.

1077 Vgl. *Mandelstam*, Community Care and the Law, S. 128.

genannten Aspekten der ressourcenabhängigen Interpretation des Bedarfsbegriffs durch die Gerichte und des weiten Ermessensspielraums der Kommunen bei der Aufstellung der Auswahlkriterien tritt in Gestalt des weitgehenden Fehlens der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Auswahlkriterien ein weiterer Umstand hinzu, der die Position der Pflegebedürftigen gegenüber den Kommunen schwächt. Im Rahmen einer *judicial review*, die im Zusammenhang mit der Ausübung von *public functions* durch eine staatliche Stelle statthaft ist,¹⁰⁷⁸ werden prozedurale Aspekte (*procedural grounds for review*) zwar sehr umfangreich überprüft,¹⁰⁷⁹ inhaltliche Aspekte (*substantive grounds for review*) hingegen nach wie vor nur sehr eingeschränkt. D.h. es findet keine vollumfängliche gerichtliche Kontrolle statt, sondern lediglich eine Überprüfung unter einigen wenigen Anknüpfungspunkten und mit einer relativ geringen Prüfintensität.¹⁰⁸⁰ Die Aufstellung der Auswahlkriterien und die mit ihr verbundene Allokation der Finanzen einer Kommune zur Erfüllung ihrer verschiedenen Aufgaben dürfte im wesentlichen nur nach den Grundsätzen der „*Wednesbury reasonableness*“¹⁰⁸¹ überprüfbar sein,¹⁰⁸² so daß die Gerichte erst eingreifen können, wenn die Schwelle zum „Unvernünftigen“ überschritten ist („*if a decision on a competent matter is so unreasonable that no reasonable authority could ever come to it.*“).¹⁰⁸³

Dieser Maßstab spiegelt die Tradition englischer Gerichte wider, primär aus Gründen der Gewaltenteilung Entscheidungen von Verwaltungsbehörden im Hinblick auf die sachliche Beurteilung des Falles („*substance of the case*“) grundsätzlich unangetastet zu lassen („*no substitution of judgment*“) und nur eingeschränkt in eine materielle Prüfung der Entscheidung einzusteigen.¹⁰⁸⁴ Obgleich sowohl in der Literatur¹⁰⁸⁵ als auch – für die Fortbildung der *case law*-basierten englischen Rechtsordnung bedeutender – seitens der Rechtsprechung¹⁰⁸⁶ zunehmend Kritik am weitgehenden Fehlen strukturierter materieller Prüfungsmaßstäbe – wie etwa einem breit angewandten Verhältnismäßigkeits-

1078 Grundlegend zum Rechtsbehelf der *judicial review* etwa *Woolf/Jowell/Le Sueur*, De Smith's Judicial Review; ausführlich auch *Craig*, Administrative Law, S. 371 ff.; *Cane*, Administrative Law, S. 25 ff.

1079 Zu den *procedural grounds of review* vgl. *Woolf/Jowell/Le Sueur*, De Smith's Judicial Review, S. 355 ff.; *Craig*, Administrative Law, S. 371 ff.; *Cane*, Administrative Law, S. 133 ff.

1080 Zur inhaltlichen Überprüfung s. *Woolf/Jowell/Le Sueur*, De Smith's Judicial Review, S. 543 ff.; *Craig*, Administrative Law, S. 501 ff.; *Cane*, Administrative Law, S. 185 ff.

1081 Zum Prüfungsmaßstab der *Wednesbury reasonableness* etwa *Woolf/Jowell/Le Sueur*, De Smith's Judicial Review, S. 551 ff.; *Craig*, Administrative Law, S. 615 ff.

1082 Vgl. *Lord Nicholls of Birkenhead* in *R v Gloucestershire County Council ex p Barry* [1997] 2 All ER 1, 12.

1083 *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corp.* [1948] 1 B.B. 223.

1084 *Craig*, Administrative Law, S. 613 f.; vgl. auch *R v Cambridge Health Authority ex p B* [1995] 2 All ER 129, 137.

1085 S. nur *Craig*, Administrative Law, S. 642.

1086 Zur Kritik an der Beibehaltung der *Wednesbury*-Formel etwa *Lord Cooke of Thorndon* in *R v Chief Constable of Sussex ex p International Trader's Ferry Ltd.* [1999] 2 A.C. 418, 452, sowie in *R Secretary of State for the Home Department ex p Daly* [2001] 3 All ER 433, 447. Vgl. auch *Lord Slynn* in *R (Alconbury) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] 2 All ER 929, 976.

grundsatz – geübt wird, hält das *House of Lords* jedenfalls für ausschließlich nationales Recht betreffende Fälle bisher am *Wednesbury*-Test fest.¹⁰⁸⁷ Allerdings darf dabei nicht übersehen werden, daß sich das *case law* mittlerweile dahingehend entwickelt hat, daß die Gerichte trotz der formalen Beibehaltung des *Wednesbury*-Ansatzes inhaltlich eher positiv danach fragen, ob eine Entscheidung vernünftig (*reasonable*) war,¹⁰⁸⁸ und daher eine etwas höhere Prüfindensität anwenden als es die negativ formulierte *Wednesbury*-Formel vermuten läßt.¹⁰⁸⁹ Nichtsdestotrotz dürfte es für einen Kläger nur sehr schwer möglich sein, mit inhaltlichen Argumenten gegen kommunale Auswahlkriterien vorzugehen. Lord Browne-Wilkinson führt in diesem Zusammenhang in *R v East Sussex County Council ex p Tandy* aus:

„A similar argument was put forward [...] apparently on the ground that the complainant could control the failure of a local authority to carry out its statutory duty by showing that it was acting in a way which was *Wednesbury* unreasonable [...] in failing to allocate the necessary resources. But with respect this is a very doubtful form of protection. Once the reasonableness of the actions of a local authority depends upon its decision how to apply scarce financial resources, the local authority's decision becomes extremely difficult to review.“¹⁰⁹⁰

Ogleich über die zukünftige Entwicklung des *case law* nur spekuliert werden kann, sollen doch zwei Entwicklungen nicht unerwähnt bleiben, die möglicherweise zu einer gewissen Stärkung der *target duty* aus s. 21(1) NAA 1948 führen könnten. Erstens lehnte es das *House of Lords* kurz nach dem *Gloucestershire Case* in der soeben zitierten Entscheidung *R v East Sussex County Council ex p Tandy* ab, daß eine Kommune die Erfüllung der sie treffenden *statutory duty*, für eine geeignete Schulausbildung bestimmter Personen zu sorgen,¹⁰⁹¹ unter Verweis auf unzureichende finanzielle Mittel verweigern kann. Dies würde bedeuten, die *statutory duty* zu einer *discretionary power* abzuwerten.¹⁰⁹² Auch wenn das *House of Lords* in diesem Fall nicht förmlich von der *Gloucestershire*-Entscheidung abwich, sondern sich aufgrund einer anderen Sachverhaltskonstellation nicht an diese gebunden sah, läßt Lord Browne-Wilkinson in seiner Urteilsbegründung, der sich die übrigen *Lords* anschlossen, doch deutlich werden, daß er jedenfalls einen Teil der von Lord Nicholls of Birkenhead in *Gloucestershire* dargelegten Entscheidungsgründe nicht für überzeugend hält.¹⁰⁹³

Zweitens nehmen die englischen Gerichte mittlerweile auf Druck des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg¹⁰⁹⁴ in dem Bereich, in dem Rechte der

1087 So ausdrücklich *Dyson LJ* in *R (Association of British Civilian Internees: Far East Region) v Secretary of State for Defence* [2003] Q.B. 1397, 1412 ff.; s. auch *R v Secretary of State for the Home Department ex p Brind* [1991] 1 AC 696.

1088 Vgl. etwa *R v Lord Saville of Newdigate ex p A* [2000] 1 W.L.R. 1855, 1866; *R v North and East Devon Health Authority ex p Coughlan* [2001] Q.B. 213, 244.

1089 Vgl. Craig, Administrative Law, S. 617 f.

1090 *R v East Sussex County Council ex p Tandy* [1998] 2 All ER 769, 777.

1091 Diese Pflicht war zum Zeitpunkt der Entscheidung in s. 298 des *Education Act 1993* (1993 chapter 35) bzw. s. 19 des *Education Act 1996* (1993 chapter 56) enthalten.

1092 *R v East Sussex County Council ex p Tandy* [1998] 2 All ER 769, 777.

1093 Vgl. *R v East Sussex County Council ex p Tandy* [1998] 2 All ER 769, 777.

1094 Vgl. *Smith and Grady v United Kingdom* (1999) 29 E.H.R.R. 493.

EMRK eine Rolle spielen, eine intensivere inhaltliche Überprüfung von Entscheidungen vor, indem sie diese einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterziehen.¹⁰⁹⁵ Angesichts des oben bereits aufgezeigten Zusammenhangs der Leistungen nach s. 21(1)(a) NAA 1948 mit Rechten der EMRK spricht einiges dafür, daß die Gerichte zukünftig auch bei der *judicial review* von Entscheidungen über die kommunalen Auswahlkriterien eine höhere Kontrolldichte anwenden könnten.¹⁰⁹⁶

(4) Auswahlkriterien in der Praxis

In der Praxis wurde die Grenze zu „*unmet needs*“ in der Vergangenheit oftmals erst bei einem lediglich geringen Hilfebedarf¹⁰⁹⁷ gezogen.¹⁰⁹⁸ Mittlerweile aber ist die Tendenz festzustellen, daß Kommunen Hilfen nur noch bei *substantial* oder *critical needs* anbieten.¹⁰⁹⁹ Eine Studie berichtet, daß 2007 nur noch 16 % der überprüften Kommunen Leistungen für ältere Menschen mit *moderate needs* anboten (gegenüber einem Drittel im Jahr 2006), 12 % sahen Leistungen gar nur bei *critical needs* vor.¹¹⁰⁰ Gleichzeitig ist eine gewisse Unterversorgung mit niedrigschwelligen sozialen Diensten durch die Kommunen zu konstatieren.¹¹⁰¹ Ein Bericht der *Commission for Social Care Inspection*, der ehemaligen zentralen Regulierungsbehörde in der stationären Pflege, kritisierte in diesem Zusammenhang kürzlich das stärker werdende Gefälle in der Versorgungsqualität zwischen denen, die kommunale soziale Dienste erhalten, und denen, die sich trotz eines Hilfebedarfs erst gar nicht für *community care*-Leistungen qualifizieren.¹¹⁰²

Die eigenverantwortliche Bestimmung der zur Leistungsberechtigung erforderlichen Bedarfsschwelle durch die Kommunen führt zudem dazu, daß aufgrund unterschiedlicher Auswahlkriterien ein Hilfebedürftiger von einem bestimmten Sozialamt in legiti-

1095 Vgl. R Secretary of State for the Home Department ex p Daly [2001] 3 All ER 433; R v Shayler [2003] 1 A.C. 247, 272. S. dazu etwa *Craig*, Administrative Law, S. 591 ff.; ähnlich gehen die englischen Gerichte vor, wenn sie die Verletzung von Grundfreiheiten oder sonstiger Rechte des Europäischen Gemeinschaftsrechts zu überprüfen haben, vgl. R v Chief Constable of Sussex ex p International Trader's Ferry Ltd. [1999] 2 A.C. 418.

1096 Ähnlich auch *Mandelstam*, Community Care and the Law, S. 134.

1097 So genannte „*needs indicating a low risk to independence*“.

1098 So etwa die Auswahlkriterien des London Borough of Bexley vor der Anhebung der Schwelle ab dem April 2007, vgl. <<http://www.bexley.gov.uk/service/social/pdfs/eligibilityframework.pdf>>, S. 1.

1099 S. zum Beispiel die *eligibility criteria* des Devon County Council (<http://www.devon.gov.uk/eligibility_checklist_ss14_-_rev_mar06.pdf>) oder des London Borough of Bexley seit April 2007 (<<http://www.bexley.gov.uk/service/social/pdfs/eligibilityframework.pdf>>). Ausführlich dazu Henwood/Hudson, *Lost to the System?*, S. 20; s. auch *Commission for Social Care Inspection*, *The state of social care in England 2006-07*, S. 118.

1100 *Counsel and Care*, Care Contradictions, S. 4.

1101 Dies wurde auch von der englischen Regierung erkannt, die in der Förderung präventiver Angebote ein wichtiges Element ihrer Strategie erkennt, die Pflegesysteme den geänderten demographischen Bedürfnissen anzupassen, s. *HM Government*, *The case for change*, S. 34.; *dass.*, *Putting People First*, S. 2.

1102 *Commission for Social Care Inspection*, *The state of social care in England 2006-07*, S. 126 ff.

mer Weise Leistungen möglicherweise nicht erhält, auf die er unter Umständen in einer anderen Kommune einen Anspruch hätte. Obgleich die FACS *guidances* mit dem Ziel erlassen wurden, diese Ungleichheiten zu beseitigen,¹¹⁰³ konnten sie an dieser Situation nur bedingt etwas ändern. Dieser als „*postcode lottery*“¹¹⁰⁴ kritisierte Umstand¹¹⁰⁵ wird von den Kommunen mit dem Hinweis auf demographische Unterschiede in ihren Zuständigkeitsbereichen, die zu divergierenden Gesamtbedarfsstrukturen führen, sowie unter Verweis auf die unterschiedliche Finanzkraft der einzelnen Kommunen gerechtfertigt. Diese Argumentation verliert allerdings dadurch an Gewicht, daß die jährlichen Zuschüsse der Zentralregierung an die Kommunen gerade in Abhängigkeit von der jeweiligen Bevölkerungs- und Sozialstruktur erfolgen (sog. „*Formula Spending Share*“), was die angeführten Unterschiede zu einem gewissen Grad ausgleicht.¹¹⁰⁶

(5) Zuordnung des festgestellten Hilfebedarfs zu den Auswahlkriterien

Nach s. 47(1)(b) NHSCCA 1990 ist im Anschluß an die Ermittlung der Bedarfssituation des potentiellen Leistungsempfängers eine Entscheidung darüber zu treffen, ob diese die Bereitstellung von *community care*-Leistungen erfordert (sog. „*service provision decision*“). Fällt diese anhand der örtlichen Auswahlkriterien zu treffende Entscheidung positiv aus, erstarkt die Position des Betroffenen zu einem subjektiven, einklagbaren Anspruch gegen die jeweilige Kommune.¹¹⁰⁷ Während diese bei der Aufstellung der Auswahlkriterien noch die ihr zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel berücksichtigen kann, darf nach einer positiven *service provision decision* die Leistungserbringung nicht mehr unter Verweis auf nicht ausreichende Ressourcen abgelehnt werden.¹¹⁰⁸

Auch auf andere, subtilere Methoden zur Rationierung der Leistungen darf die Behörde nach der Bejahung des Vorliegens von *eligible needs* nicht mehr zurückgreifen. Allein auf finanzielle Aspekte gestützte Wartelisten sind deshalb ebenso rechtswidrig¹¹⁰⁹ wie das Hinauszögern des Beginns der Leistungserbringung durch unnötige Verfahrensschritte, etwa indem eine nochmalige Sachverhaltsermittlung trotz einer bereits umfassend durchgeführten Begutachtung stattfindet, oder indem verschiedene, gesetzlich nicht vorgesehene Ausschüsse (wie „*allocation panels*“, „*funding panels*“, „*purcha-*

1103 *Department of Health*, LAC(2002)13 “Fair Access to Care Services”, S. 2.

1104 *Clements/Thompson*, S. 94.

1105 Siehe etwa *Registered Nursing Homes Association*, Pressemitteilung vom 29. Januar 2008 („Funding shortfall for elderly care must be tackled”).

1106 *Clements*, *Community Care*, S. 87; näher zum *Formula Spending Share* s. *Winfield* u.a., *Paying for Care Handbook*, S. 11.

1107 Vgl. *R v Sefton Metropolitan Borough Council ex p Help the Aged and others* [1997] 4 All ER 532; *Mandelstam*, *Community Care Practice and the Law*, S. 120; s. auch oben, S. 162.

1108 *R v Sefton Metropolitan Borough Council ex p Help the Aged and others* [1997] 4 All ER 532; Vgl. *R v Wigon Metropolitan BC ex p Tammadge* (1998) 1 CCLR 581; *Department of Health*, CI 92(34); *Winfield* u.a., *Paying for Care Handbook*, S. 265.

1109 Vgl. *R v South Lanarkshire Council ex p MacGregor* (2001) 4 CCLR 188 zu s. 12 des *Social Work (Scotland) Act 1968* (1968 chapter 49).

sing panels“ oder „quality control panels“) vor dem Beginn der Leistungserbringung die Entscheidung über die Leistungsgewährung nochmals überprüfen.¹¹¹⁰

Großzügiger sind die Gerichte demgegenüber, wenn der sofortige Beginn der Leistungserbringung nicht aufgrund fehlender finanzieller Mittel sondern wegen eines Kapazitätsengpasses bezüglich der infrastrukturellen Gegebenheiten in der Kommune nicht möglich ist. Allerdings sind die Sozialämter in dieser Situation verpflichtet, sich ernsthaft und entschieden um eine Behebung des Engpasses zu bemühen und einstweilen Übergangsleistungen anzubieten.¹¹¹¹

Während der Leistungsberechtigte diesen „Rationalisierungsmethoden“ unter Anrufung der Gerichte durchaus Einhalt gebieten kann, ist ihm dies nur schwer möglich, wenn die Kommunen versuchen, schon die Entstehung von Ansprüchen zu unterlaufen, indem sie – *contra legem* – bereits bei der Ermittlung des Hilfebedarfs „strategisch“ vorgehen und im Hinblick auf ihre finanzielle Lage die Bedarfssituation entgegen den tatsächlichen Gegebenheiten zu gering einschätzen oder so einstufen, daß sie eine Leistungserbringung nicht erforderlich erscheinen lassen.¹¹¹² Ähnlich wie die Aufstellung der Auswahlkriterien können die wertenden Entscheidungen der *care manager* der kommunalen Sozialämter bei der Beurteilung der *presenting needs* und deren Einordnung unter die Auswahlkriterien von den Gerichten – von prozeduralen Fehlern abgesehen – nur eingeschränkt, nämlich nach den oben bereits dargestellten Grundsätzen der „*Wednesbury reasonableness*“, überprüft werden.¹¹¹³ Einige Entscheidungen deuten allerdings darauf hin, daß die Gerichte als zu hart empfundene Behördenentscheidungen dadurch zu korrigieren versuchen, daß sie, anstatt auf inhaltliche Aspekte abzustellen, sehr detaillierte Verfahrensanforderungen aufstellen und deren Einhaltung eingehend überprüfen.¹¹¹⁴

cc. Auswirkung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Pflegebedürftigen auf die Erbringung stationärer Langzeitpflegeleistungen

Bevor bei Vorliegen eines entsprechenden Pflegebedarfs stationäre Langzeitpflegeleistungen nach s. 21(1) NAA 1948 bewilligt werden können, müssen – von Eilfällen abgesehen – zunächst noch die finanziellen Bedingungen der Heimunterbringung geklärt werden.

1110 Vgl. *Clements*, Community Care, S. 94, 96 f.; *Mandelstam*, Community Care and the Law, S. 122 ff.

1111 R v London Borough Council of Lambeth ex p A1 and A2 (1998) 1 CCLR 336, 348 f.

1112 Von diesem Vorgehen berichten etwa *Lewis/Glennerster*, Implementing, S. 15; *Mandelstam*, Community Care and the Law, S. 123; vgl. auch *Clements/Thompson*, Community Care, S. 114.

1113 Vgl. *Clements/Thompson*, Community Care, S. 114.

1114 Vgl. R v Birmingham County Council ex p Killigrew (2000) 3 CCRL 109; R v Lambeth London Borough Council (2000) 3 CCLR 141; R (Goldsmith) v Wandsworth London Borough Council (2004) 7 CCLR 472; vgl. auch R v Ealing London Borough Council ex p C (2000) 3 CCLR 122, wo zwar auch eine *Wednesbury unreasonableness* angenommen wurde, die Gründe aber eher auf Verfahrensfehler hinweisen. Dazu auch *Clements/Thompson*, Community Care, S. 114 ff.

(1) Bedürftigkeitsabhängige Pflicht zur Erstattung der Heimgebühren

Bei s. 21(1) NAA 1948 handelt es sich um einen sog. „*means-tested service*“. Gemäß ss. 22, 26 des NAA 1948 sind die Kommunen verpflichtet, von den Pflegebedürftigen – abhängig von deren finanzieller Leistungsfähigkeit – Gebühren für die stationäre Unterbringung nach s. 21(1) NAA 1948 zu erheben und sich auf diese Weise die für ihre Unterbringung im Pflegeheim entstehenden Kosten zurückzuholen.¹¹¹⁵ Dieses Erstattungsmodell kommt grundsätzlich auch bei einer Unterbringung in einem privat betriebenen Pflegeheim zur Anwendung, weil es das Gesetz auch hier als Regelfall ansieht, daß die Kosten zunächst vollumfänglich von der Kommune übernommen und dieser dann vom Pflegebedürftigen erstattet werden, vgl. s. 26(2), (3) NAA 1948.¹¹¹⁶

In diesem Aspekt unterscheiden sich Leistungen nach s. 21(1) NAA 1948 zum einen von ambulanten *community care*-Leistungen, bei denen es im Ermessen der jeweiligen Kommune liegt, Gebühren zu erheben, sowie zum anderen von gebührenfreien *continuing healthcare*-Leistungen des NHS.¹¹¹⁷

(2) Bedürftigkeitsprüfung

Die Pflicht der Kommunen zur Gebührenerhebung steht gem. s. 22(3) NAA 1948 unter dem Vorbehalt der finanziellen Leistungsfähigkeit des jeweiligen Heimbewohners. Um zu ermitteln, ob und in welcher Höhe der Leistungsempfänger zu einem finanziellen Beitrag für seine stationäre Unterbringung in einem Pflegeheim herangezogen werden kann, wird eine Prüfung seiner finanziellen Bedürftigkeit, ein sog. „*assessment of resources*“, durchgeführt. Hierbei werden das vorhandene Vermögen sowie die Einkünfte des Bewohners ermittelt. Einzelheiten des Verfahrens sowie Details im Hinblick auf die Frage, welche Vermögensgegenstände bei dieser Begutachtung ganz, teilweise oder zumindest vorübergehend unberücksichtigt bleiben, sind in der *National Assistance (Assessment of Resources) Regulations 1992*¹¹¹⁸ sowie im unter s. 7(1) LASSA 1970 erlassenen *Charging for Residential Accommodation Guide 2010* (CRAG 2010)¹¹¹⁹ geregelt.

Übersteigt das ermittelte Vermögen eine Grenze von derzeit £ 23.250 (sog. „*upper capital limit*“), so hat der Heimbewohner die gesamten Kosten für Unterkunft, Verpflegung und *personal care* alleine zu tragen und erhält keine finanzielle Unterstützung

1115 Der Vorschlag der *Royal Commission on Long Term Care*, sowohl *nursing* als auch *personal care* in stationären Einrichtungen ohne Erhebung von Gebühren anzubieten, konnte sich in England jedenfalls bezüglich der *personal care*-Komponente bislang nicht durchsetzen. S. dazu oben, S. 152.

1116 Hiervon abweichend können die *local authority*, der Pflegebedürftige und der Heimträger allerdings auch übereinkommen, daß der Pflegebedürftige den von ihm zu tragenden Anteil an den Gebühren direkt an das Heim zahlt und die *local authority* lediglich die Differenz zum gesamten Pflegesatz übernimmt, vgl. s. 26(3A) NAA 1948.

1117 Dies gilt auch im Hinblick auf die Kosten für Unterkunft und Verpflegung. Zu Eigenbeteiligungen bei Leistungen des NHS s. oben, S. 147.

1118 S.I. 1992 No. 2977.

1119 *Department of Health, Charging for Residential Accommodation Guide* (CRAG) 2010.

durch die Kommune.¹¹²⁰ Weist das Vermögen einen Wert von £ 23.250 oder weniger auf, werden die dem Bewohner zur Verfügung stehenden Gesamteinkünfte ermittelt, aufgrund derer sich die Höhe der von ihm selbst zu tragenden Gebühren bemißt. Dazu wird zunächst ein fiktives wöchentliches Einkommen aus dem vorhandenen Vermögen errechnet. Ein Grundkapital von £ 14.250¹¹²¹ („*lower capital limit*“) bleibt hierbei verschont. Für jeden vollen Betrag von £ 250, den das Kapital die untere Kapitalgrenze übersteigt, wird bis hin zur oberen Kapitalgrenze ein fiktives *tariff income* von jeweils £ 1 pro Woche angenommen.¹¹²² Aus diesem *tariff income* und dem sonst ermittelten wöchentlichen Einkommen wird ein Gesamteinkommen ermittelt, das nun abzüglich einer für den persönlichen Bedarf zur Verfügung stehenden wöchentlichen *Personal Expenses Allowance* von derzeit £ 22,30 zur Zahlung der Heimgebühren herangezogen wird.¹¹²³ Im Detail stellt sich die Berechnung des gesamten zur Verfügung stehenden Einkommens überaus kompliziert dar, insbesondere wenn von Ehegatten gemeinsam genutztes Kapital vorhanden ist, oder wenn Vermögenswerte in den letzten Jahren vor dem Einzug in das Pflegeheim an Dritte verschenkt oder sonst aus dem Vermögen ausgegliedert wurden.¹¹²⁴

(3) *Finanzielle Leistungsfähigkeit und anderweitige Verfügbarkeit von Pflegeleistungen*

Nach wie vor ungeklärt ist die Frage, welche Konsequenzen es für einen Anspruch auf Leistungen nach s. 21(1)(a) NAA 1948 hat, wenn die finanzielle Begutachtung ergibt, daß der Pflegebedürftige in der Lage ist, die benötigte Heimunterbringung selbst zu finanzieren.

Einige Kommunen stützen sich in dieser Situation auf den Wortlaut von s. 21(1)(a) NAA 1948 („*residential accommodation for persons [...] which is not otherwise available to them*“) und lehnen es ab, Pflegeleistungen in Heimen anzubieten, solange der Betreffende gegebenenfalls mit der Hilfe von Nahestehenden in der Lage ist, sich einen Pflegeplatz zu organisieren.¹¹²⁵ Dies ist insoweit zutreffend, als die stationäre Lang-

1120 Reg. 20 der *National Assistance (Assessment of Resources) Regulations 1992* in der durch reg. 3 der *National Assistance (Sums for Personal Requirements and Assessment of Resources) Amendment (England) Regulations 2010* (S.I. 2010 No. 211) geänderten Fassung; *Department of Health*, CRAG 2010, Rz. 6.006.

1121 Vgl. reg. 28 der *National Assistance (Assessment of Resources) Regulations 1992* in der durch reg. 3 der *National Assistance (Sums for Personal Requirements and Assessment of Resources) Amendment (England) Regulations 2010* geänderten Fassung; *Department of Health*, CRAG 2010, Rz. 6.007.

1122 Reg. 28 der *National Assistance (Assessment of Resources) Regulations 1992*; *Department of Health*, CRAG 2010, Rz. 6.009.

1123 S. 22(4) NAA 1948 i.V.m. reg. 2 der *National Assistance (Sums for Personal Requirements) (England) Regulations 2003* (S.I. 2003 No. 628) in der durch reg. 2 der *National Assistance (Sums for Personal Requirements and Assessment of Resources) Amendment (England) Regulations 2010* geänderten Fassung; *Department of Health*, CRAG 2010, Rz. 5.001 ff.

1124 Dazu etwa *Winfield u.a.*, *Paying for Care Handbook*, S. 310 ff.; siehe auch *Mandelstam*, *Community Care and the Law*, S. 200 ff. m.w.N.

1125 Vgl. *Winfield u.a.*, *Paying for Care Handbook*, S. 292.

zeitpflege trotz des Vorhandenseins von Vermögen, das die obere Kapitalgrenze von £ 23.250 übersteigt, jedenfalls dann nicht „anderweitig verfügbar“ ist, wenn der Betreffende sich die benötigte Hilfe weder selbst, noch mit der Hilfe von Verwandten beschaffen kann. Unklar ist jedoch, ob das Organisieren eines Heimplatzes durch die Kommune trotz des Vorliegens eines leistungsrelevanten Hilfebedarfs (der unabhängig von der finanziellen Begutachtung ermittelt werden muß¹¹²⁶) abgelehnt werden darf, wenn dem Betreffenden ausreichende finanzielle Mittel zur Verfügung stehen und er auch ohne behördliche Hilfe in der Lage ist, einen Platz in einem Pflegeheim zu erlangen. In wirtschaftlicher Hinsicht geht es dabei um die Frage, welcher Personenkreis auf die von den Kommunen vermittelten Heimplätze zurückgreifen kann, deren Pflegesätze in aller Regel unter denen für privat beschaffte Plätze liegen.¹¹²⁷ Das Gesundheitsministerium geht in seinen *guidances* in dieser Situation allein von der Verpflichtung aus, ein *assessment of needs* durchzuführen und Informationen über die Art der benötigten Leistungen zu geben. Nur in den Fällen, in denen sich die betreffenden Personen weder selbst noch mit der Hilfe von Nahestehenden um einen Heimplatz kümmern können, verweist die *guidance* auf die Pflicht der *local authorities*, einen Pflegeplatz zu organisieren.¹¹²⁸

Für ein Entfallen der Verpflichtung der Kommunen zur Bereitstellung stationärer Langzeitpflegeleistungen bei ausreichenden finanziellen Mitteln und der Fähigkeit des zu Pflegenden, sich selbst um eine Unterbringung kümmern zu können, scheint s. 21(2A) NAA 1948¹¹²⁹ zu sprechen. Diese Vorschrift schreibt den Behörden in Reaktion auf die Entscheidung des *Court of Appeal* R v Sefton Metropolitan Borough Council ex p Help the Aged¹¹³⁰ vor, bei der Beurteilung der Frage, ob für den Pflegebedürftigen Hilfe anderweitig verfügbar ist, ein Vermögen bis zur Höhe des *upper capital limit* unberücksichtigt zu lassen. Damit stellt diese Norm einen Zusammenhang zwischen der finanziellen Situation des potentiellen Leistungsempfängers und der Verpflichtung zur Leistungserbringung her.

Andererseits – und darauf läßt sich verweisen, wenn man die Leistungsverpflichtung nach s. 21(1)(a) NAA 1948 gänzlich unabhängig von der finanziellen Situation des Antragstellers sieht – besagt diese Vorschrift nicht zwingend, daß Kapital *oberhalb* des

1126 Dies dient dazu, den Überblick über den Gesamtbedarf an sozialen Diensten in der Kommune zu behalten. Näher hierzu oben, S. 166 f.

1127 Vgl. *Joseph Rowntree Foundation*, Finding 678 (June 1998): Disparities between market rates and state funding of residential care.

1128 Vgl. LAC (98)19, para. 10.

1129 Die Vorschrift lautet: “In determining for the purposes of paragraph (a) or (aa) of subsection (1) of this section whether care and attention are otherwise available to a person, a local authority shall disregard so much of the person's resources as may be specified in, or determined in accordance with, regulations made by the Secretary of State for the purposes of this subsection.” Zu dieser Regelung s. *Richards*, Long-term care for older people, S. 100 ff.

1130 R v Sefton Metropolitan Borough Council ex p Help the Aged [1997] 4 All ER 532 (CA). In diesem Fall sahen die örtlichen Kriterien eine Leistungserbringung nach s. 21(1)(a) NAA 1948 erst dann vor, wenn das Kapital des Antragstellers eine Summe von £ 1.500 unterschritt, obgleich das *upper capital limit* damals bei £ 16.000 lag. Der *Court of Appeal* befand diese Praxis für rechtswidrig.

betreffenden Kapitalwertes bei der Entscheidung über die Leistungsberechtigung berücksichtigt werden darf.¹¹³¹ Auch die Zusammenschau von ss. 21(1)(a) und 22 NAA 1948 läßt Zweifel daran aufkommen, ob eine Leistungsgewährung überhaupt jemals unter Verweis auf ausreichend vorhandene finanzielle Mittel abgelehnt werden kann. S. 22(2) NAA 1948 geht grundsätzlich von der vollen Gebührentragung durch den Leistungsempfänger aus.¹¹³² Will man die Anwendung dieser Vorschrift nicht auf die Ausnahmefälle beschränken, in denen – bei vorhandenen finanziellen Ressourcen – weder der Pflegebedürftige noch Angehörige oder sonstige nahestehende Personen eine Heimunterbringung für den Betroffenen organisieren können, wird man der Vorschrift entnehmen müssen, daß ihr ein zweistufiges Verfahren zugrunde liegt: in einem ersten Schritt wird zunächst die Pflegebedürftigkeit begutachtet und über die zur Verfügung zu stellenden Dienste entschieden, bevor in einem zweiten Schritt aufgrund einer finanziellen Begutachtung darüber zu befinden ist, welche Gebühren für die Dienste erhoben werden.¹¹³³ Daraus folgt, daß Pflegebedürftige mit einem leistungsrelevanten Bedarf auch dann einen Anspruch gegen die Kommune auf Beschaffung eines Pflegeplatzes haben, wenn sie aufgrund ihrer Vermögenslage die Gebühren vollständig zurückerstat-ten müssen.¹¹³⁴

Genau in diesem Sinne hat auch das *House of Lords* in der (in ihrer Rechtswirkung allerdings auf Schottland begrenzten) Entscheidung in *Robertson v Fife Council*¹¹³⁵ entschieden. Ob die Entscheidungsgründe auch auf England übertragen werden können,¹¹³⁶ ist jedoch fraglich. Einerseits beruht das Urteil primär auf Wortlaut und Systematik der Parallelvorschriften im schottischen Recht, ss. 12, 12A und 13 des *Social Work (Scotland) Act 1968*¹¹³⁷.¹¹³⁸ Anders als s. 21(1)(a) NAA 1948 („*residential accommodation [...] for persons [...] in need of care and attention which is not otherwise available to them*“) enthalten diese Normen aber keinen ausdrücklichen einschränken-den Zusatz, der die Verpflichtung zur Leistungserbringung davon abhängig macht, daß stationäre Pflege nicht anderweitig erlangt werden kann. Für eine Übertragbarkeit spricht andererseits aber, daß das Gericht seine Ausführungen ausdrücklich auch auf s. 21 NAA 1948 stützt und sich dabei kritisch mit der Argumentation des *Court of Appeal*

1131 So *Lord Hope of Craighead* in *Robertson v Fife Council* 2002 S.L.T. 951, 959 (HL). Anders aber *Richards*, Long-term care for older people, S. 100, die von einer „*statutory implication*“ mit einem entsprechenden Aussagegehalt spricht.

1132 Vgl. *Richards*, Long-term care for older people, S. 99.

1133 Von diesen beiden getrennten Schritten geht auch die *policy guidance* des *Department of Health*, Caring for People: Community Care in the Next Decade and Beyond, para. 3.31., aus; vgl. auch *Lord Hope of Craighead* in *Robertson v Fife Council* 2002 S.L.T. 951, 959.

1134 In diesem Sinne wohl auch *Winfield* u.a., Paying for Care Handbook, S. 278, 312, 323 f.

1135 *Robertson v Fife Council* 2002 S.L.T. 951 (HL). Kritisch zu diesem Urteil *Main/Bissett-Johnson*, The Community Care and Health (Scotland) Act 2002 and *Robertson v Fife Council*, S.L.T. 2002, S. 279 ff.

1136 Für eine Übertragbarkeit etwa *Winfield* u.a., Paying for Care Handbook, S. 312, 324.

1137 1968 chapter 49.

1138 Vgl. *Robertson v Fife Council* 2002 S.L.T. 951, 954 ff.

Gibt es verschiedene Leistungen, die dem Hilfebedarf des Leistungsempfängers gerecht werden, sind seine Präferenzen sowie die seiner Pflegepersonen bei der Auswahl zu berücksichtigen. Die Kommune darf die jeweils anfallenden Kosten in die Betrachtung einstellen, ohne daß diese aber automatisch den Ausschlag für eine konkrete Art der Leistungserbringung geben würden.¹¹⁵⁰ Eine grundlegende Anforderung bei der Aufstellung der Pflegepläne besteht darin, die Unabhängigkeit der Leistungsempfänger in ihrer eigenen häuslichen Umgebung so weit wie möglich aufrechtzuerhalten,¹¹⁵¹ so daß ambulanten Lösungen innerhalb der finanziellen Möglichkeiten der Kommunen grundsätzlich der Vorrang vor stationären Leistungen zu geben ist.¹¹⁵² Entsprechend darf ein *care plan* eine Unterbringung in einem Heim nicht allein deshalb vorsehen, weil es im konkreten Fall günstiger ist als eine intensive Betreuung in der häuslichen Umgebung.¹¹⁵³ In einem solchen Fall müßte die Kommune vielmehr darlegen, daß bei der konkreten Bedarfskonstellation – trotz der anders lautenden Wünsche des Betreffenden – eine Heimunterbringung die am besten geeignete Art der Leistungserbringung ist.¹¹⁵⁴ Vergegenwärtigt man sich die oben aufgezeigte Politik der Kommunen bei der Aufstellung von Auswahlkriterien, soziale Dienste primär denen anzubieten, die sie am meisten benötigen, d.h. tendenziell nur noch Personen mit *critical* oder *substantial needs*, wird deutlich, daß von der individuellen Wahlfreiheit in vielen Fällen nur wenig übrig bleibt.¹¹⁵⁵

Betrifft die Entscheidung die Wahl zwischen mehreren in Betracht kommenden Pflegeheimen, sind die *National Assistance Act 1948 (Choice of Accommodation) Directions 1992*¹¹⁵⁶ sowie die hierzu ergangene *policy guidance*¹¹⁵⁷ zu beachten. Die *directions* billigen dem Leistungsempfänger ein Recht auf die Wahl eines bestimmten Heimes zu, wenn dieses für die festgestellten Bedarfe geeignet ist, einen freien Pflegeplatz hat,

1150 *Department of Health, Community Care in the Next Decade and Beyond*, Ziffer 3.25; zur Abwägung zwischen Kosteneffizienz einerseits und Präferenzen des Leistungsempfängers andererseits vgl. *Clements, Community Care*, S. 115 ff.

1151 Vgl. etwa *Khana v The Mayor and Burgesses of Southwark London Borough Council* (2001) 4 CCCL 267, 282.

1152 Diese Grundausrichtung der Leistungserbringung betont etwa das *White Paper* des *Department of Health, Our Health, our care, our say: a new direction for community services*, S. 129, 139, eines der zentralen *policy*-Dokumente für die künftige Entwicklung der *health* und *social care*.

1153 Tatsächlich sind mit häuslichen Pflegeangeboten oftmals deutlich höhere Kosten verbunden als mit einer stationären Unterbringung, so daß viele Kommunen von Versuchen abrückten, ambulante Versorgungsformen stärker auszubauen. Vgl. *Commission for Social Care Inspection, The State of Social Care in England 2006-07*, S. 129 f.

1154 Vgl. *Khana v The Mayor and Burgesses of Southwark LBC* (2001) 4 CCCL 267, 282 f.; ähnlich bezogen auf s. 2 des *Chronically Sick and Disabled Persons Act 1970* auch *R v Lancashire County Council, ex parte Ingham and another*, Urt. v. 5. Juli 1995 (QBD). Siehe auch *Clements, Community Care*, S. 117.

1155 Skeptisch, ob tatsächlich in größerem Umfang Wahlfreiheiten bestehen, auch *Richards, Long-term Care*, S. 83 f.

1156 Erlassen durch LAC (92)27, geändert durch die *National Assistance Act 1948 (Choice of Accommodation) (Amendment) (England) Directions 2001*.

1157 LAC (2004)20.

die Leistungen zu den üblichen Bedingungen der Kommune zu erbringen bereit ist und nicht mehr an Kosten verursacht, als normalerweise für die bei dem Betreffenden festgestellten Bedarfe anfallen würden.¹¹⁵⁸ Eine Unterbringung, die höhere Kosten als die normalerweise entstehenden mit sich bringt, kann dann gewählt werden, wenn Dritte oder unter engen Voraussetzungen¹¹⁵⁹ der Leistungsempfänger selbst bereit sind, die zusätzlich anfallenden Kosten (*top-ups*) zu übernehmen.¹¹⁶⁰ Weil aber in diesen Fällen die Kommunen im Verhältnis zum Heimträger auch für die Zahlung der *top-ups* haften, versuchen sie in der Praxis, eine Unterbringung in Heimen, die eine Zuzahlung durch Dritte erfordern, nur dann zuzulassen, wenn sie das Ausfallrisiko dessen, der die Zuzahlungen übernimmt, als gering einschätzen.¹¹⁶¹

Unzulässig ist es jedoch, den Leistungsempfänger auf *top-ups* zu verweisen, wenn die Kosten für das betreffende Heim zwar über den von der Kommune normalerweise bezahlten Gebühren liegen, jedoch keine andere, der Bedarfssituation des Leistungsempfängers gerecht werdende Unterbringungsmöglichkeit besteht.¹¹⁶² Weil bei der Begutachtung des Hilfebedarfs auch die psychologischen und sozialen Bedürfnisse des Pflegebedürftigen zu berücksichtigen sind, kann es im Einzelfall rechtswidrig sein, den Betreffenden auf ein Heim zu verweisen, das weit entfernt von Verwandten und Bekannten gelegen ist,¹¹⁶³ selbst wenn das Gebührenniveau des nähergelegenen Heims über den kommunalen Standardgebühren liegt.

Das gewünschte Heim muß sich innerhalb des Vereinigten Königreichs befinden;¹¹⁶⁴ s. 56 HSCA 2001 ermächtigt den *secretary of state*, Vorschriften für eine grenzüberschreitende Unterbringung in Schottland, Nordirland, auf den Kanalinseln oder der Isle of Man zu erlassen. Diese grundsätzliche Beschränkung der von Kommunen bezahlten Heimunterbringung auf Großbritannien stellt nach richtiger Ansicht einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EGV dar,¹¹⁶⁵ weil aufgrund der auf die Standardgebühr beschränkten Kostenübernahme durch die Kommunen und an-

1158 Vgl. dir. 3 der *National Assistance Act 1948 (Choice of Accommodation) Directions 2002*, LAC 92(27), sowie para 1.3 der zugehörigen *guidance* in LAC(2004)20. Anders ist dies bei Bewohnern eines *nursing home*, deren Unterbringung nicht nach s. 21(1) NAA 1948, sondern als *NHS continuing healthcare* erbracht wird. Diese Gruppe von Bewohnern hat kein gesetzliches Recht auf Wahl des Heimes, obgleich auch ihre Wünsche bei der Entscheidung über die Unterbringung berücksichtigt werden sollen. Vgl. hierzu *Clements*, *Community Care*, S. 170.

1159 LAC (2004)20, Ziffer 3.2.

1160 LAC (2004)20, Ziffern 3.1 ff.; zur Zulässigkeit und zur Berechnung von *top-ups* ausführlich *Thompson* [u.a.], *Paying for Care*, S. 334 ff., sowie *Clements/Thompson*, *Community Care*, Rn. 7.96 ff.

1161 Vgl. *Ridout*, *Care Standards*, S. 39.

1162 Vgl. *R v Avon County Council ex p M* [1994] 2 F.C.R. 259, 259 f.; s. auch LAC (2004)20, para. 2.5.5; *Clements*, *Community Care*, S. 168.

1163 *Clements/Thompson*, *Community Care*, Rn. 7.102.

1164 Dir. 2 der *National Assistance Act 1948 (Choice of Accommodation) Directions 2002*, LAC 92(27).

1165 So auch *Clements*, *Community Care*, S. 223. Rechtsprechung des EuGH speziell zu dieser Frage existiert bislang nicht; *Clements*, a.a.O., berichtet von einem nicht veröffentlichten Rechtsstreit, der diese Thematik zum Gegenstand hatte, in dem es jedoch nicht zu einer Entscheidung kam, weil die betreffende Heimbewohnerin zuvor verstarb.

gesichts der in den übrigen EG-Ländern ebenfalls bestehenden Mindestanforderungen an den Betrieb von Pflegeheimen weder finanzielle noch gesundheitspolitische Gründe eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Ergebnis rechtfertigen.¹¹⁶⁶

ee. Direct Payments

Als Alternative zu den durch die Sozialämter aufgestellten *care plans* wurde den Leistungsberechtigten durch Erlaß des *Community Care (Direct Payments) Act 1996*¹¹⁶⁷ und die *Community Care, Services for Carers and Children's Services (Direct Payments) (England) Regulations 2003*¹¹⁶⁸ die Möglichkeit eröffnet, sich die benötigten Pflegeleistungen selbst zusammenzustellen. Hierzu erhalten sie ein bestimmtes, zweckgebundenes wöchentliches Budget, die sog. „*Direct Payments*“.¹¹⁶⁹ Diese Gelder zum Bezug von Pflegeleistungen sollen dem Leistungsempfänger Wahlmöglichkeiten, Kontrolle und Flexibilität bei der Leistungserbringung verschaffen und dazu führen, daß die zur Verfügung stehenden Gelder effizienter und besser auf die erforderlichen Bedarfskonstellationen zugeschnitten eingesetzt werden können.¹¹⁷⁰ Zwar wurde die Möglichkeit, diese Geldleistungen in Anspruch zu nehmen, im Jahre 2000 auch für ältere Personen geschaffen, allerdings erstreckt sich der sachliche Anwendungsbereich der *Direct Payments* nicht auf die stationäre Langzeitpflege,¹¹⁷¹ weil dort die Möglichkeit,

¹¹⁶⁶ Die grenzüberschreitende Inanspruchnahme von Leistungen der Krankenversicherung unterfällt den Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr (EuGH v. 28. April 1998, Rs. C-158/96, Slg. 1998 I-1931. Sie kann bei stationären Leistungen mit Blick auf die Gewährleistung der inländischen Infrastruktur zwar grundsätzlich von einer vorherigen Genehmigung abhängig gemacht werden (EuGH v. 27. Juli 2001, Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5473), diese darf allerdings nur unter engen Voraussetzungen versagt werden (EuGH v. 13. Mai 2003, Rs. C-385/99, Slg. 2003, I-4509; speziell bezogen auf den steuerfinanzierten britischen Nationalen Gesundheitsdienst EuGH v. 18. Mai 2006, Rs. C-343/04, Slg. 2006, I-4557). Vor diesem Hintergrund spricht einiges dafür, daß die Begrenzung der Wahlmöglichkeiten auf Heime in England, Wales und Schottland die Dienstleistungsfreiheit unzulässig beschränken. Angesichts des unmittelbaren Bezugs von s. 21(1) NAA 1948 auf das Risiko der Pflegebedürftigkeit sind diese stationären Leistungen, die zu einem gewissen Grad von der finanziellen Bedürftigkeit der Betroffenen abhängen, sozialversicherungsrechtlichen Leistungen wie denen der Krankenversicherung gleichzustellen. Daß sie in einem gewissen Umfang steuerfinanziert sind, stellt keinen Grund dar, der einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit *per se* rechtfertigen würde (vgl. EuGH v. 18. Mai 2006, Rs. C-343/04, Slg. 2006, I-4557). Weil aber s. 56 HSCA 2001 die Wahl einer Einrichtung im EU-Ausland mit der Ausnahme von Wales und Schottland gänzlich ausschließt, dürften die Regelungen schon ganz unabhängig von der Tatsache, daß die Infrastruktur weitgehend von privaten Trägern ohne staatliche Beteiligung an den Investitionen stammt, gegen die Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr verstoßen.

¹¹⁶⁷ 1996 chapter 30, im Bezug auf England inzwischen aufgehoben durch Sched. 6(3) para. 1 des *Health and Social Care Act 2001*. Die Rechtsgrundlage für *Direct Payments* findet sich nun in s. 57 des *Health and Social Care Act 2001*.

¹¹⁶⁸ S.I. 2003 No. 762.

¹¹⁶⁹ Näher hierzu etwa *Fernandez u.a.*, *Direct Payments in England*, JSP 36 (2007), S. 97 ff.; *Bamford*, *Commissioning*, S. 42 ff., *Clements/Thompson*, *Community Care*, S. 363 ff.; *Netten u.a.*, *Understanding Public Services*, S. 9 ff.; *Sharkey*, *Essentials*, S. 127 ff.

¹¹⁷⁰ Vgl. *Netten u.a.*, *Understanding Public Services*, S. 9.

¹¹⁷¹ Vgl. reg. 7 der *Community Care, Services for Carers and Children's Services (Direct Payments) (England) Regulations 2003*; *direct payments* können nur für kurzzeitige Heimaufenthalte herange-

sich die benötigten Leistungen selbst zusammenzustellen und auf andere Anbieter als die Heimträger zurückzugreifen, in viel geringerem Maße besteht als bei ambulanten Sozialleistungen. In der Praxis fanden *Direct Payments* insbesondere bei älteren Menschen bislang ohnehin nur geringen Anklang.¹¹⁷² Einem aktuellen Rundschreiben des Gesundheitsministeriums ist allerdings zu entnehmen, daß *Direct Payments* oder persönliche Budgets künftig allen Beziehern von mit öffentlichen Mitteln finanzierten *adult social care* Leistungen offenstehen soll.¹¹⁷³

d. Leistungserbringung

Einer einmal entstandenen Pflicht, für eine bestimmte Person stationäre Langzeitpflege nach s. 21(1) NAA 1948 zu erbringen, kann die zuständige Kommune auf verschiedenen Wegen nachkommen. Zum einen kann sie gem. s. 21(4) NAA 1948 einen geeigneten Pflegeplatz in einem von ihr selbst betriebenen Heim oder – im Einvernehmen mit einer anderen Kommune – in einem auswärtigen kommunalen Heim anbieten. Zum anderen steht es ihr nach s. 26(1) NAA 1948 frei, auf Pflegeplätze in Heimen gemeinnütziger Organisationen oder privat-kommerzieller Träger zurückzugreifen. Die hierbei entstehende leistungserbringungsrechtliche Beziehung zwischen der Kommune und dem Träger des betreffenden Heims soll im Folgenden dargestellt werden. Auf einzelne Aspekte insbesondere der Steuerung der Qualität der zu erbringenden Leistungen wird erst an späterer Stelle ausführlicher eingegangen werden.

aa. „Mixed Economy of Care“

(1) *Community care Reforms des Jahres 1993*

Schon seit Inkrafttreten des NAA 1948 ist es den Kommunen möglich, auf Langzeitpflegeleistungen in Heimen zurückzugreifen, die von gemeinnützigen Organisationen betrieben werden.¹¹⁷⁴ Nichtsdestotrotz erfolgte die Leistungserbringung lange Zeit fast ausschließlich in den eigenen kommunalen Heimen, die oftmals noch als „*workhouses*“ unter dem *Poor Law* gedient hatten.¹¹⁷⁵ Zwar existierte auch vor den Reformen des Jahres 1993 eine Vielzahl privat betriebener *nursing care homes*, jedoch erbrachten diese keine Leistungen für die Kommunen, weil sich deren Zuständigkeiten nach s. 21(1)

zogen oder von Bewohnern von Pflegeheimen dazu verwendet werden, um tagsüber alternative Leistungen zu beziehen, s. *Department of Health*, *Direct Payments Guidance*, paras. 74, 77.

1172 Siehe *NHS Health and Social Care Information Centre*, *Community Care Statistics 2004-05. Referrals, Assessments and Packages of Care*, S. 30, Figure 8; vgl. auch *Bamford*, *Commissioning and purchasing*, S. 43 f.; zu den Gründen *Fernandez u.a.*, *Direct Payments in England*, JSP 36 (2007), S. 101 ff. Der geringen Inanspruchnahme soll künftig s. 146 des *Health and Social Care Act 2008* durch eine Ausdehnung des persönlichen Anwendungsbereichs auf in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen begegnen.

1173 LAC (DH) (2008)1, paras. 19 f.

1174 Vgl. S. 26(1) NAA 1948 in seiner ursprünglichen Fassung v. 13. Mai 1948.

1175 Vgl. *Means/Morbey/Smith*, *From Community Care to Market Care?*, S. 165 f.; zur Entwicklung der Bedeutung von *workhouses* für ältere Personen unter dem *Poor Law* siehe *Means/Richards/Smith*, *Community Care*, S. 17 f.

NAA 1948 ursprünglich noch nicht auf die Erbringung von Leistungen in *nursing care homes* bezog.¹¹⁷⁶ Die Bewohner von *nursing care homes* beschafften sich die Pflegeplätze in aller Regel auf eigene Regie, zur Finanzierung konnten sie auf umfangreiche (zentral-)staatliche Sozialleistungen zurückgreifen,¹¹⁷⁷ die letztlich auch zu dem starken Ausbau des privaten Pflegeheimsektors in den 1980er Jahren führten.

Die Möglichkeit, kommerziell handelnde, d.h. in Gewinnerzielungsabsicht tätige, private Träger von *nursing* oder *residential care homes* als Leistungserbringer für Leistungen nach s. 21(1) NAA 1948 heranzuziehen, wurde den Kommunen erst 1993 im Zuge der *community care*-Reformen mit Inkrafttreten von s. 42(2) NHSCCA 1990 eröffnet, die s. 26(1) NAA entsprechend änderte.¹¹⁷⁸

Diese Reformen beruhen in weiten Teilen auf dem *White Paper „Caring for People. Community Care in the Next Decade and Beyond“*¹¹⁷⁹, das seinerseits auf den sog. *Griffith Report*¹¹⁸⁰ zurückgeht, den die Regierung unter *Thatcher* in Auftrag gegeben hatte, nachdem ein 1986 veröffentlichter Bericht einen dringenden Änderungsbedarf bei der Finanzierung von Pflegeleistungen angemahnt hatte.¹¹⁸¹ Umgesetzt wurden die Reformen durch den *National Health Service and Community Care Act 1990*. Ganz im Sinne des *New Public Management*-Konzeptes,¹¹⁸² das seit Ende der 1980er Jahre Einzug in die örtlichen Verwaltungen des Vereinigten Königreiches hielt, führten sie Marktmechanismen im Bereich der *social care* ein und ließen eine durch ein Nebeneinander aus öffentlichen und privaten Anbietern gekennzeichnete „*mixed economy of care*“¹¹⁸³ entstehen.

Eines der Hauptziele¹¹⁸⁴ der Reform war es, einen florierenden privaten Sektor in der in kommunaler Zuständigkeit liegenden *social care* entstehen zu lassen, um dadurch den Leistungsempfängern bessere Wahlmöglichkeiten zu eröffnen und stärker auf ihre Bedürfnisse zugeschnittene Dienste anbieten zu können.¹¹⁸⁵ Die maßgebliche Rolle für die Entscheidung, in größerem Maße als bisher auf private Leistungserbringer zurück-

1176 Vgl. oben, S. 150.

1177 Siehe dazu oben, S. 149.

1178 S. 26(1) NAA 1948 wurde erneut geändert durch s. 1(1) des *Community Care (Residential Accommodation) Act 1992* (1992 chapter 49) und enthält nun den ausdrücklichen Verweis auf kommerzielle Heimbetreiber.

1179 *Department of Health, Caring for People. Community Care in the Next decade and Beyond*.

1180 *Griffith, Community Care: Agenda for Action*, hierzu *Bamford, Commissioning*, S. 5 ff.; *McDonald, Understanding*, S. 16.

1181 *Audit Commission, Making a Reality of Community Care*. Der Bericht rügte insbesondere das Fehlen jeglicher systematischer Kostenkontrollmechanismen in dem primär auf zentralstaatlichen *social security benefits* beruhenden Finanzierungsmodell.

1182 *Forder u.a., Prices, contracts and motivations, Policy & Politics* 32 (2004), S. 208.

1183 *Department of Health, Caring for People*, Ziffern 3.4.6 ff.; *dass., Community Care in the Next Decade and Beyond*, para. 4.1.; die Vorschläge hierzu entstammten dem sog. *Griffith Report (Griffith, Community Care: Agenda for Action, para 3.4.*

1184 Allgemein zu den Zielen und zum Hintergrund der Reformen s. *Lewis/Glennerster, Implementing*, S. 1 ff.; s. auch *McDonald, Understanding*, S. 16.

1185 *Department of Health, Caring for People*, Ziffer 1.11; s. auch *Means/Richards/Smith, Community Care*, S. 60 f.; vgl. etwa *Lewis/Glennerster, Implementing*, S. 74.

zugreifen, dürfte aber der Umstand gespielt haben, daß man einerseits zwar das unkontrollierte, mit Fehlanreizen verbundene Abfließen steuerfinanzierter Sozialleistungen in Richtung privater *residential* und *nursing care homes* stoppen wollte und aus diesem Grund die Leistungsverantwortung bei den Kommunen ansiedelte, daß man aber andererseits trotz des Wegfalls dieser Sozialleistungen ein Zusammenbrechen des privaten Langzeitpflegesektors vermeiden wollte:¹¹⁸⁶ ohne Rückgriff auf die kommerziellen Heimbetreiber hätte es an Kapazitäten gefehlt, um den Pflichten aus s. 21(1) NAA 1948 nachkommen zu können, zumal viele Kommunen in der Vergangenheit Pflegebedürftige auf die Finanzierungsalternative der zentralstaatlichen Sozialleistungen verwiesen und diese Situation dazu genutzt hatten, ihre eigenen Heime entweder zu privatisieren oder zumindest nicht weiter auszubauen.¹¹⁸⁷

Hinter den Reformen stand also die Idee, daß die Kommunen so weit wie möglich den privaten Sektor in die Leistungserbringung einbeziehen sollten.¹¹⁸⁸ Um zu vermeiden, daß diese – soweit sie dazu in der Lage waren – unter Umgehung der privaten Anbieter bevorzugt auf die in ihren eigenen Heimen bestehenden Pflegeplätze zurückgreifen,¹¹⁸⁹ wurden seitens der Regierung finanzielle Anreize zur Inanspruchnahme privat betriebener Heime geschaffen: zur Kompensation des Mehraufwandes, der durch die Übertragung der vorher beim Ministerium für Soziale Sicherheit gelegenen Finanzierungszuständigkeit im Zusammenhang mit der Unterbringung in *nursing* und *residential care homes* auf die Kommunen durch den NHSCCA 1990 entstand, bekamen diese von April 1993 bis April 1999¹¹⁹⁰ Ausgleichszahlungen in Gestalt des sog. „*Special Transitional Grant*“ von der Regierung zugewiesen. Diese waren anfangs mit der Auflage versehen, daß 85 % der Gelder auf Pflegeleistungen des privaten Sektors verwendet werden mußten.¹¹⁹¹

(2) Teilprivatisierung der Leistungserbringung

Der im Zuge der Reformen der kommunalen Sozialdienste ermöglichte Rückgriff auf privat-kommerzielle Heimträger als Alternative zur eigenhändigen Leistungserbringung durch die Kommunen ist als funktionale Privatisierung zu verstehen, weil das Tätigwerden der Privaten einen unmittelbaren Bezug zur kommunalen Aufgabenerfüllung im Zusammenhang mit der Wahrnehmung ihrer Pflichten aus s. 21(1) NAA 1948 aufweist und sich der Staat somit – anders als im Falle einer Aufgabenprivatisierung – keines-

1186 Vgl. Lewis/Glennerster, Implementing, S. 6 f.

1187 Lewis/Glennerster, Implementing, S. 4.

1188 Department of Health, Caring for People, paras. 1.11, 3.7.3.

1189 Zu diesen Befürchtungen vgl. Means/Morbey/Smith, From Community Care to Market Care?, S. 135 ff.

1190 Seit dem 1. April 1999 wird der *special transitional grant* nicht mehr gesondert ausgewiesen, er ging in die pauschalen Finanzzuweisungen an die *Local Authorities* ein, vgl. Clements, Community Care, S. 158 Fn. 83.

1191 S. LASSL(92)12; zur Zusammensetzung und zu den Konditionen des *special transitional grant* s. Audit Commission, Taking Care, S. 6 ff.; vgl. auch Clements, Community Care, S. 158; Means/Richards/Smith, Community Care, S. 61.

wegs vollständig aus der Bereitstellung von Langzeitpflegeleistungen zurückgezogen hat. Die Kompetenzen der Kommunen zur Erbringung stationärer Pflegeleistungen wurden mit den beschriebenen Reformen des Jahres 1993 im Gegenteil sogar ausgebaut und gestärkt. Weil die Kommunen aber nach wie auch selbst als Pflegeheimbetreiber auftreten, wurde die Funktionsprivatisierung der Leistungserbringung nicht vollumfänglich vorgenommen.

Nicht eindeutig zu beantworten ist die Frage, ob die Einbeziehung Privater zur Leistungserbringung auch als echtes *contracting out* von Langzeitpflegeleistungen verstanden werden kann. Dies wird in der Literatur zwar so vertreten,¹¹⁹² strenggenommen wird jedoch nicht die Erfüllung einer staatlichen Verpflichtung im Rahmen vertraglicher Absprachen auf Private übertragen,¹¹⁹³ weil s. 21(1) NAA 1948 in seiner 1972 geänderten Form die Kommunen nicht zur Erbringung von stationären Langzeitpflegeleistungen verpflichtet, sondern nur verlangt, daß sie solche Leistungen zur Verfügung stellen („*make arrangements for providing*“). Diese Pflicht können die Kommunen unter anderem dadurch erfüllen, daß sie entsprechende Verträge mit Heimen des privaten kommerziellen Sektors abschließen, s. 26 NAA 1948. Allerdings stellt die Leistungserbringung durch private Heimträger dann gerade keine vertraglich ausgegliederte Erfüllung einer eigenen öffentlich-rechtlichen Verpflichtung dar, wie es für das *contracting-out* typisch ist.¹¹⁹⁴ Weil die Kommunen andererseits durch den vertraglichen Rückgriff auf private Heime eine Alternative zur eigenhändigen Leistungserbringung erhalten und sie ohne private Leistungserbringer letztlich doch selbst auch zur Leistungserbringung verpflichtet wären, kann funktional betrachtet aber dennoch auch von einem *contracting-out* gesprochen werden. Für die Beziehung zu den Leistungserbringern des privaten Sektors nach dieser Privatisierung ist die genaue Kategorisierung indes nicht relevant, weil die forbestehende staatliche Verantwortlichkeit und damit auch das Erfordernis, in besonderer Weise auf die Leistungserbringer einzuwirken, schon unmittelbar aus der Verpflichtung der Kommunen zur Bereitstellung von Langzeitpflegeleistungen nach s. 21(1) NAA 1948 folgt.

(3) „Purchaser/Provider Splits“ und „Quasi-Markets“

Das Ziel der Reformen der kommunalen Sozialdienste von 1993, den privaten Sektor zu stärken und den Leistungsempfängern besser auf ihre Bedürfnisse zugeschnittene Leistungen anzubieten, führte zu einer tiefgreifenden internen Umstrukturierung der kommunalen Sozialämter.¹¹⁹⁵ Innerhalb der Behördenorganisation, die bislang oftmals

1192 Vgl. nur *Craig*, Contracting Out, the Human Rights Act and The Scope of Judicial Review, L.Q.R. 2002, vol. 118, S. 551 ff.; vgl. auch *Vincent-Jones*, The New Public Contracting, 181: „*Quasi-market contracting [...] closely resembles the contracting out of local authority services*“.

1193 So auch *Lord Neuberger of Abbotsbury* in *YL v Birmingham City Council* (2007) 10 CCLR 505, 548.

1194 S. dazu oben, S. 71 ff.

1195 Umfassend hierzu *Lewis/Glennerster*, Implementing, S. 43 ff.

nach Klientengruppen aufgeteilt war,¹¹⁹⁶ mußte nunmehr zwischen Kommissionierung („*commissioning*“ bzw. „*purchasing*“) und (der weiterhin in auch kommunaler Regie möglichen) Leistungserbringung („*provision*“) unterschieden, d.h. ein sog. „*purchaser/provider split*“ eingeführt werden.¹¹⁹⁷

Diese Trennung sollte einen Wettbewerb auf der Angebotsseite ermöglichen, weil nunmehr zwischen den Angeboten der *in-house provision* und denen privater Anbieter verglichen werden konnte. Sie eröffnete zudem die Möglichkeit, die Durchführung der Begutachtung des Hilfebedarfs bei potentiell Leistungsberechtigten stärker von der Ausgestaltung der existierenden eigenen Dienste abzukoppeln und die Bedarfssituation des Einzelnen stärker in den Vordergrund zu rücken („*needs-led approach*“ anstelle eines „*service-led approach*“).¹¹⁹⁸

Während jetzt die für die Leistungskommissionierung zuständigen Abteilungen darüber zu befinden haben, welche Leistungen in welchem Umfang von welchem Anbieter eingekauft werden sollen, obliegt es wiederum den *provider*-Abteilungen, losgelöst von strategischen Entscheidungen über die Struktur der kommunalen Sozialdienste für eine möglichst effektive, konkurrenzfähige Leistungserstellung in den von der Kommune betriebenen Heimen zu sorgen. Diese Einführung von *New Public Management*-Ansätzen im Bereich der sozialen Dienste in Gestalt einer Trennung von strategischen und operativen Aufgaben¹¹⁹⁹ und die damit verbundenen, aus der Privatwirtschaft übernommenen Denk- und Arbeitsansätze, die zunehmend auch nach unternehmerischen Fähigkeiten verlangten,¹²⁰⁰ wurde von vielen Angestellten als der tiefgreifendste Eingriff in ihr Arbeitsumfeld in der Geschichte der sozialen Dienste empfunden.¹²⁰¹ Entsprechend langwierig gestaltete sich die Implementation,¹²⁰² wobei die größten Schwierigkeiten im Bereich der Kommissionierung auftraten,¹²⁰³ also den Funktionen, die mit der Beschaffung der Dienste von *in-house providern* oder von privaten Heimbetreibern verbunden sind.

1196 Vgl. etwa das Beispiel bei *Lewis/Glennerster*, Implementing, S. 51. Die Einführung des *purchaser/provider splits* ging allerdings nicht in allen Fällen mit einer Aufgabe der Untergliederung nach *client groups* einher, vgl. *Lewis/Glennerster*, Implementing, S. 61, 67.

1197 Statt vieler s. *Department of Health*, Community Care in the Next Decade and Beyond. Policy Guidance, para. 4.6.; *Means/Morbey/Smith*, From Community Care to Market Care?, S. 135 ff.; *Means/Richards/Smith*, Community Care, S. 57 ff.; *Lewis/Glennerster*, Implementing, S. 74 ff.; weil neben dem reinen Einkauf von Leistungen noch andere Aufgaben wie die Bedarfsermittlung und die strategischen Entscheidungen im Zusammenhang mit dem „Ob“ und dem „Wie“ der Deckung dieses Bedarfs organisatorisch von der Leistungserstellung zu trennen sind, die häufig unter der Bezeichnung „*commissioning*“ zusammengefaßt sind (s. unten, S. 194 ff.), wird bisweilen auch vom „*commissioner/provider split*“ gesprochen.

1198 *Lewis/Glennerster*, Implementing, S. 75.

1199 Zu den Elementen des *New Public Management* oben, S. 104 f.

1200 *Lewis/Glennerster*, Implementing, S. 71 f.

1201 Dazu und zu den Auswirkungen auf die Arbeitsplatzzufriedenheit vgl. *Lewis/Glennerster*, Implementing, S. 72, 78 ff.; *Hadley/Clough*, Care in chaos, S. 34 ff.

1202 Allgemein zu den mit der Umsetzung der Umstrukturierungen verbundenen tatsächlichen Problemen vgl. etwa *Means/Morbey/Smith*, From Community Care to Market Care?, S. 135 ff.

1203 Vgl. *Lewis/Glennerster*, Implementing, S. 47, 80 ff.

Das durch den *purchaser/provider split* innerhalb der Kommunen sowie durch die Möglichkeit, Leistungen von privaten Betreibern zu kaufen, erzeugte Gegenüber von Angebot und Nachfrage wird häufig als „*quasi-market*“ bezeichnet.¹²⁰⁴ Mit „herkömmlichen“ Märkten verbindet *quasi-markets*, daß sie das staatliche Leistungserstellungsmonopol im Bereich der *social care* aufbrechen und durch eine Vielzahl unabhängiger, miteinander um Verträge konkurrierender Heimbetreiber ersetzen. Andererseits – und hierin liegt das „quasi“ begründet¹²⁰⁵ – drückt sich die Marktmacht der Konsumenten, d.h. der Heimbewohner (auch weil *Direct Payments* in der stationären Pflege nicht vorgesehen sind) nicht unmittelbar in einer finanziellen Nachfrage durch diese aus. An die Stelle der Leistungsempfänger treten die kommunalen Sozialämter, die für sie regelmäßig die betreffenden Auswahlentscheidungen treffen und in deren Hand sich die Nachfragekraft in monetärer Sicht bündelt. Ferner sind die Leistungsanbieter nicht zwingend mit Gewinnerzielungsabsicht tätig, sondern können auch andere, etwa karikative Zwecke verfolgen. Wie weiter unten¹²⁰⁶ ausführlicher zu zeigen sein wird, sind auch die Qualitätsstandards der betreffenden Dienste nicht allein den Marktkräften überlassen, sondern unterliegen weitreichenden regulatorischen Anforderungen.

bb. Leistungskommissionierung

(1) Funktionen der Kommissionierung

Die Leistungskommissionierung (*commissioning*)¹²⁰⁷ stellt das Bindeglied zwischen Bedarf und Leistungserbringung in der *social care* dar. Sie bildet das zentrale Element der Erbringung von stationären Langzeitpflegeleistungen nach s. 21(1)(a) NAA 1948 und geht inhaltlich weit über die bloße Beschaffung von Pflegeplätzen hinaus. Sie fasst all diejenigen Tätigkeiten zusammen, mit denen die Nachfrage an Leistungen mit dem Leistungsangebot in Einklang gebracht wird.¹²⁰⁸ Das Gesundheitsministerium bezeichnet sie als

„strategic activity of assessing needs, resources and current services, and developing a strategy of how to make best use of available resources [to meet needs].“¹²⁰⁹

Die Leistungskommissionierung besteht aus einer Reihe einzelner Verfahrensschritte.¹²¹⁰ Auf der ersten Stufe geht es darum zu entscheiden, welche Dienste im Zustän-

1204 Statt vieler etwa *Le Grand/Bartlett*, Introduction, S. 10; *Vincent-Jones*, Citizen Redress in Public Contracting for Human Services, MLR 68 (2005), S. 891 f.

1205 Vgl. *McDonald*, Community Care, S. 18; *LeGrand/Bartlett*, in: dies. [Hrsg.], Quasi-Markets and Social Policy, S. 10; *Vincent-Jones*, The New Public Contracting, S. 180 f.; *ders.*, The Regulation of Contractualisation, PL 1999, S. 306.

1206 Zur Qualitätsregulierung s. unten, S. 225 ff.

1207 Allgemein zum *commissioning* etwa *Bamford*, Commissioning, S. 18 ff.; *Netten u.a.*, Understanding Public Services, S. 5 ff.

1208 *Netten u.a.*, Understanding Public Services, S. 2.

1209 *Department of Health*, An introduction to Joint Commissioning, S. 3.

1210 Zum „*commissioning circle*“ s. *Department of Health*, An introduction to Joint Commissioning, S. 7 f.; vgl. auch *Wistow u.a.*, Social Care Markets, S. 145 ff.

digkeitsbereich der betreffenden Kommune überhaupt benötigt werden. Dies beinhaltet zunächst die Festlegung der Bedarfskriterien, die Feststellung des konkreten Bedarfs an Leistungen sowie der zur Deckung dieses Gesamtbedarfs erforderlichen Leistungen.

Die Ergebnisse dieser Ermittlungen fließen in sog. *local delivery plans* und *joint investment* bzw. inzwischen *joint commissioning plans* ein,¹²¹¹ die auf lokaler Ebene in Zusammenarbeit zwischen den *health* und den *social care*-Behörden aufgestellt werden. In ihnen finden sich unter Beachtung verschiedenster politischer Vorgaben die Strategien für die Bereitstellung unter anderem der *community care*-Leistungen. Durch die *joint investment* und *local delivery plans* wurden die bisherigen *community care plans* abgelöst, die zwar nach Beratungen mit anderen Behörden, aber letztlich doch in alleiniger Verantwortung der Kommunen aufgestellt worden waren.¹²¹² Diese isolierten Pläne hatten aufgrund der Vielzahl der in den letzten Jahren eingeführten zusätzlichen Planungserfordernisse,¹²¹³ die alle ein gemeinsames Vorgehen mit anderen öffentlichen und privaten Trägern vorsahen, zunehmend an Bedeutung verloren.¹²¹⁴

Die *local delivery plans* sind von den *Primary Care Trusts* in Zusammenarbeit mit den kommunalen Sozialämtern aufzustellen und legen – jeweils bezogen auf einen Zeitraum von 3 Jahren¹²¹⁵ – dar, mit welcher strategischen Ausrichtung die Leistungsbedarfe verschiedener Gruppen von Leistungsempfängern in diesem Zeitraum gedeckt werden sollen.¹²¹⁶ Die 1997 mit der *guidance „Better Services for Vulnerable People“*¹²¹⁷ eingeführten *joint investment* bzw. *joint commissioning plans* setzen die strategischen Ziele im Bezug auf bestimmte Gruppen von Leistungsempfängern (etwa in *Joint Investment Plans for Older People*) unter Einbeziehung der zur Verfügung stehenden Ressourcen in einen konkreten Aktionsplan um und legen dar, wie etwaige Versorgungslücken im Einzelnen geschlossen werden sollen.

1211 Dazu *Clements*, *Community Care and the Law*, S. 31 ff.; *McDonald*, *Community Care*, S. 19. Die *local delivery plans* folgten den *Health Improvement and Modernisation Plans* („HIMPs“), als die *health authorities* abgeschafft und durch *Primary Care Trusts* ersetzt wurden.

1212 S. 46(1) NHSCCA 1990, die die Aufstellung von *community care plans* vorsieht, wurde zunächst vorübergehend durch die *Community Care Plans (England) Directions 2002* und die *Community Care Plans (England) Directions 2003* und sodann endgültig durch art. 2(a) der *Community Care Plans (Disapplication) (England) Order 2003*, S.I. 2003 No. 1716, für nicht weiter anwendbar erklärt.

1213 Zu nennen sind beispielsweise die verschiedenen *National Service Frameworks*, *Local Action Plans*, *Local Strategic Partnerships* (gesetzlich nicht gesondert geregelte Partnerschaften auf dem Gebiet einer *local authority*, an der neben verschiedenen Behörden auch freigemeinnützige und sonstige private Träger sowie Teile der örtlichen Bevölkerung zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels zusammenarbeiten), *Modernisation Board Plans*, *Health Improvement and Modernisation Plans*, *Joint Investment Plans*, *Better Care*, *Higher Standards Charters*, *Local Community Strategic Initiatives*, *Carers strategies* und *Best Value Plans*.

1214 *Clements*, *Community Care*, S. 29.

1215 Die aktuellen Pläne beziehen sich auf den Zeitraum von 2008/09 bis 2010/11.

1216 Vgl. *Netten*, *Understanding Public Services*, S. 7 f.

1217 EL(97)62 – *Better Services for Vulnerable People. Maintaining the Momentum*.

Auf der zweiten Stufe der Leistungskommissionierung geht es darum, die strategischen Planungen durch die Beschaffung (sog. *purchasing*¹²¹⁸) der entsprechenden Leistungen in die Praxis umzusetzen, bevor schließlich auf der letzten Ebene des *commissioning*-Prozesses durch Überwachung (*monitoring*) der Verträge und der Leistungsgüte des Anbieters (*performance*) sowie durch Neuverhandlung, Kündigung oder Ausweitung bestehender Verträge¹²¹⁹ dafür Sorge getragen werden muß, daß die betreffenden Leistungen auch den zum jeweiligen Zeitpunkt bestehenden Hilfebedarf decken.

(2) Kommissionierung, Best Value und das National Service Framework for Older People

Die Leistungskommissionierung im Allgemeinen und die Leistungsbeschaffung im Besonderen sind im Zusammenhang mit den Verpflichtungen zu sehen, die sich für die Kommunen aus dem *Best Value*-Regime¹²²⁰ ergeben. *Best Value* wurde mit Wirkung zum 1. April 2000 durch den *Local Government Act 1999*¹²²¹ eingeführt und betrifft auch die kommunalen Zuständigkeiten bezüglich der sozialen Dienste. Es ist Teil eines breiteren Programms der Zentralregierung, mit dem durch die Einführung von Leistungsstandards sowie deren Überwachung die Dienstleistungen der Kommunen im Hinblick auf Kosten und Qualität verbessert werden sollen.¹²²² *Best Value* zielt darauf ab, dem Steuerzahler im Rahmen der Erbringung öffentlicher Dienste die bestmögliche Qualität und den besten Nutzen für die von ihm an den Staatshaushalt abgeführten Gelder zu bieten.¹²²³ S. 3 (1) des LGA 1999 lautet:

„A best value authority must make arrangements to secure continuous improvement in the way in which its functions are exercised, having regard to a combination of economy, efficiency and effectiveness.”

Die *Best Value*-Vorgaben wirken sich dergestalt auf die Beschaffung Sozialer Dienste aus, daß die Kommunen verpflichtet sind zu prüfen, ob alternative Anbieter (seien es andere Kommunen oder aber private Anbieter) die benötigten Leistungen bezüglich Preis und/oder Qualität zu besseren Konditionen als sie selbst anbieten können.¹²²⁴ Die Kommunen sind gehalten, ihre Dienste hinsichtlich „4 Cs“ zu überprüfen:¹²²⁵ sie müs-

1218 Das *Department of Health*, An introduction to Joint Commissioning, S. 3, definiert *purchasing* als „operational activity, set within the context of commissioning, of applying resources to buy services in order to meet needs“.

1219 Vgl. *Netten u.a.*, Understanding Public Services, S. 2.

1220 Allgemein zu *Best Value* etwa *Greenwood/Pyper/Wilson*, New Public Administration in Britain, S. 143 ff.

1221 1999 chapter 27.

1222 *Cambridge*, Using ‚best value‘ in purchasing and providing services for people with learning disabilities, *British Journal of Learning Disabilities*, vol. 28 (2000), S. 31.

1223 Zu den Hauptmerkmalen von *Best Value* s. *Department of the Environment, Transport and the Regions*, Modernising local government, S. 9 ff.

1224 Vgl. *Means/Morbey/Smith*, From Community Care to Market Care?, S. 16 ff.

1225 Vgl. *Greenwood/Pyper/Wilson*, New Public Administration in Britain, S. 143; dazu auch *Department of the Environment, Transport and the Regions*, Modernising local government, S. 17 ff.

sen hinterfragen, warum und wie ein Dienst erbracht wird („*challenge*“); sie haben Vergleiche mit anderen Dienstbringern aus dem öffentlichen und privaten Sektor einzuholen und dabei auch die Ansichten derer in Betracht zu ziehen, die die Dienste in Anspruch nehmen („*comparison*“); sie müssen sich mit den lokalen Steuerzahlern, den betroffenen Wirtschaftskreisen und den Nutzern der Dienste im Hinblick auf die Setzung von Leistungsvorgaben beratschlagen („*consultation*“); und schließlich haben sie zur Sicherstellung effizienter und effektiver Dienste auf Mechanismen des Anbieterwettbewerbs zurückzugreifen („*competition*“). Was dies für die Qualitätssteuerung konkret bedeutet, wird weiter unten¹²²⁶ genauer darzustellen sein.

Anders als das Vorgängermodell „*Compulsory Competitive Tendering*“¹²²⁷, das auf die sozialen Dienste keine Anwendung fand,¹²²⁸ erfordert *Best Value* nicht zwingend die Durchführung einer Ausschreibung.¹²²⁹ Der Übergang vom konkurrenzbetonten, faktisch primär auf Kostenaspekte abstellenden¹²³⁰ *Competitive Tendering* zu *Best Value* spiegelt in gewisser Weise den *partnership*-Gedanken zwischen öffentlicher Hand und privatem Sektor wider, der von *New Labour* verstärkt betont wurde.¹²³¹ Die *Best Value*-Vorgabe, im Rahmen der verfügbaren Mittel die bestmöglichen Dienste bereitzustellen, bedeutet nicht, daß automatisch dem billigsten Anbieter der Vorzug gegeben werden müßte.¹²³² Statt dessen hat die Kommune bei ihrer Entscheidung, welche Dien-

1226 Siehe etwa S. 257 f., 349.

1227 Das *Compulsory Competitive Tendering* wurde durch den *Local Government, Planning and Land Act 1980* (1980 chapter 65) eingeführt und durch den *Local Government Act 1988* (1988 chapter 9) in seinem Anwendungsbereich signifikant erweitert. Es gestattete den *local authorities* die eigenhändige Leistungserstellung nur dann, wenn zuvor eine Ausschreibung erfolgt war und der Vergleich der Angebote ergeben hatte, daß die Leistungen am besten „*in-house*“ erbracht werden können. Obgleich der Preis hierfür nicht zwingend das ausschlaggebende Kriterium sein mußte, wurde angesichts der Problematik, die Leistungsqualität im einzelnen bestimmen und vergleichen zu können, letztlich doch primär auf einen Kostenvergleich abgestellt und der Qualitätsaspekt vernachlässigt (vgl. *Department of the Environment, Transport and the Regions*, *Modernising local government*, para. 1.5). Das *Compulsory Competitive Tendering* fand vornehmlich auf die sog. *blue-collar* Dienste (wie etwa die Straßenreinigung oder die Abfallentsorgung) Anwendung, bei *social services* war das Ausschreibungs- und Vergleichsverfahren demgegenüber nicht verbindlich, so daß hier nur von „*Competitive Tendering*“ gesprochen wurde. Ausführlich zum *Compulsory Competitive Tendering* etwa Radford, *Competition Rules: The Local Government Act 1988*, MLR 50 (1988), no. 6, S. 747 ff; kritisch zu den Effekten des *Competitive Tendering*, insbesondere im Hinblick auf disintegrative Wirkungen auf Leistungserbringer des gemeinnützigen Sektors sowie hinsichtlich der Defizite bei der Erbringung von Leistungen, die auf den individuellen Hilfebedarf einzelner Pflegebedürftiger angepaßt sind, Ryan, *The Competitive Delivery of Social Services*, *Australian Journal of Public Administration* 54 (1995), S. 353 ff.

1228 Vgl. s. 8(1), (2) LGA 1992 i.V.m. s. 2, Sch. 1 LGA 1988, jeweils in der Fassung vom 2. Januar 2000. Im Bereich der *social services* wurden zwar häufig Ausschreibungen vorgenommen, hier wurde dann jedoch lediglich von einem *competitive tendering* gesprochen.

1229 Greenwood/Pyper/Wilson, *New Public Administration in Britain*, S. 217. Für einen Vergleich zwischen *Compulsory Competitive Tendering* und *Best Value* s. Vincent-Jones, *Competition and Contracting*, PA 77 (1999), S. 275 ff.

1230 Vgl. Radford, *Quality Improvement*, MLR 51 (1988), S. 764 f.

1231 Vgl. McDonald, *Community Care*, S. 9.

1232 Mandelstam, *Community Care Practice and the Law*, S. 171 f.

ste sie in welcher Form erbringt, eine Abwägung anhand mehrerer Faktoren zu treffen, unter denen der Preis neben der Qualität nur eines mehrerer Auswahlkriterien darstellt. Eine grundsätzliche Präferenz für eine staatliche oder eine private Leistungserbringung besteht dabei nicht.¹²³³

Ebenfalls Einfluß auf die Kommissionierung durch die Kommunen haben die vom Gesundheitsministerium herausgegebenen „*National Service Frameworks*“ (NSF), mit denen spezifische Gruppen Sozialer Dienste verbessert werden sollen. Eines davon stellt das auf ältere Menschen als Nutzer von Sozial- und Gesundheitsdiensten zugeschnittene *National Service Framework for Older People*¹²³⁴ aus dem Jahre 2001 dar, das als eine auf 10 Jahre ausgelegte, sektorübergreifende und umfassend gedachte Strategie sowohl auf *health* als auch auf *social services* Anwendung findet. Als *guidance* des Gesundheitsministeriums ist das *NSF for Older People* für die *local authorities* verwaltungsin-tern grundsätzlich verbindlich.¹²³⁵ Die zentralen Anliegen des *NSF for Older People* sind unter anderem eine stärkere Ausrichtung der Leistungen an den Wünschen und Bedürfnissen der Leistungsempfänger sowie die Förderung und Unterstützung von deren Unabhängigkeit. Zu diesem Zweck enthält das NSF verschiedenste Ergebnisstan-dards wie etwa die Freiheit von Altersdiskriminierung beim Zugang zu den Diensten sowie bei deren Erbringung, die personenbezogene Ausgestaltung der Dienste, die be-sondere Beachtung von Fallpräventionsprogrammen oder die Förderung von Gesund-heit und einem aktivem Leben im hohen Alter.¹²³⁶

(3) Abschluß von Leistungserbringungsverträgen

Eines der zentralen Elemente der Leistungskommissionierung stellt der Abschluß von Leistungserbringungsverträgen („*contracting*“) mit verschiedenen Heimbetreibern zur Erfüllung der Verpflichtung aus s. 21(1) NAA 1948 dar.

(a) Allgemeines

Während der Abschluß von Verträgen mit privaten Unternehmen zur Beschaffung der für die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben benötigten Güter und Dienstleistungen den klassischen Anwendungsbereich des *government contracting* darstellt,¹²³⁷ werden die zwischen den *purchasers* und den *providers* in *quasi-markets* abgeschlossenen Lei-stungserbringungsverträge als ein wichtiges Element des „*New Public Contracting*“ bzw.

1233 „*What matters is what works*“, *Cabinet Office*, Modernising Government (Cm. 4310), S. 40.

1234 *Department of Health*, National Service Framework for Older People

1235 Uneinigkeit besteht darüber, ob es sich beim NSF um eine *guidance* nach s. 7 des LASSA 1970 (so *Wanless* u.a., *Securing Good Care for Older People*, S. 69) oder lediglich um die schwächere Form einer *practice guidance* handelt, worauf der fehlende Verweis auf diese Vorschrift hindeutet (so *Mandelstam*, *Community Care Practice and the Law*, S. 388; wohl auch *Clements/Thompson*, *Community Care and the Law*, Rn. 1.63). Zur Verbindlichkeit der Vorschriften zum *assessment* Prozeß s. auch oben, Fn. 1028.

1236 *Department of Health*, National Service Framework for Older People, S. 16 ff., 23 ff., 76 ff., 107 ff.

1237 Zum *law of government contracts* s. etwa *Turpin*, *Government Procurement and Contracts*, S. 83 ff.; vgl. auch *Vincent-Jones*, *The New Public Contracting*, S. 13 f.

des *government by contract* gesehen,¹²³⁸ das den Vertrag als Instrument benutzt, um über die bloße Beschaffung einer Dienstleistung hinausgehende, insbesondere soziale und wohlfahrtsstaatliche Ziele zu verfolgen.¹²³⁹ Die mit den Anbietern des privaten Sektors abgeschlossenen Verträge sind privatrechtlicher Natur,¹²⁴⁰ die in ihnen geregelten Rechte und Pflichten sind – die Wirksamkeit der Verträge vorausgesetzt – gerichtlich durchsetzbar.¹²⁴¹ Anders stellt sich die Lage bei den Vereinbarungen mit *in-house*-Anbietern dar. Weil die *purchasing* und die *provision* Abteilungen ein und derselben Kommune keine eigenen, unterschiedlichen Rechtspersönlichkeiten haben, stellen die zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen keine Verträge im Rechtssinne,¹²⁴² sondern lediglich nicht erzwingbare¹²⁴³ „*quasi-contracts*“¹²⁴⁴ oder „*internal contracts*“¹²⁴⁵ dar.

Für die Auswahl zwischen verschiedenen Leistungserbringern kommen grundsätzlich folgende vier Möglichkeiten in Betracht:¹²⁴⁶ ein offenes Vergabeverfahren mit einer Ausschreibung der benötigten Leistungen,¹²⁴⁷ eine Ausschreibung, die nur für gelistete Träger zugänglich ist (sog. *preferred provider lists*¹²⁴⁸), direkte Verhandlungen mit einem oder mehreren Heimbetreibern oder schließlich auch die Gründung einer neuen eigenen Einrichtung. Bei der Entscheidung, ob die Pflegeleistungen intern oder extern bezogen werden sollen und welches Angebot letztlich angenommen werden kann, sind die für die Beschaffung zuständigen Abteilungen der Sozialämter an die beschriebenen Maßstäbe des „*Best Value*“-Regimes gebunden.

1238 *Vincent-Jones*, *The New Public Contracting*, S. 14 f.

1239 S. *Vincent-Jones*, *The New Public Contracting*, S. 14 f., 22, 28, der diese Verträge den „*economic contracts*“ unter verschiedenen Vertragsformen des *New Public Contracting* zuordnet. Vgl. auch *ders.*, *Citizen Redress in Public Contracting for Human Services*, MLR 68 (2005), S. 887 f., 893 ff.

1240 Vgl. *Department of Health*, *Community Care in the Next Decade and Beyond. Policy Guidance*, Ziffer 4.24.; vgl. auch *YL v Birmingham City Council* (2007) 10 CCLR 505, 513; *R v Coventry County Council ex p Coventry Heads of Independent Care Establishments (CHOICE) and Peggs* (1998) 1 CCLR 379; *Richards*, *Long-term Care*, S. 105; *Harden*, *The Contracting State*, S. 43.

1241 Zu den auf diese Verträge anwendbaren rechtlichen Regelungen s. *Harden*, *The Contracting State*, S. 37 ff.

1242 *Harden*, *The Contracting State*, S. 43.

1243 Auf nichtsdestotrotz bestehende faktische Bindungswirkungen weist *Vincent-Jones*, *The New Public Contracting*, S. 192, hin.

1244 *Armstrong*, *A Comparative Analysis*, *Australian Journal of Public Administration* 57 (1998), S. 17; *Collins*, *Regulating Contracts*, S. 315 f.; vgl. auch *Walsh* u.a., *Contracting for Change*, S. 42.

1245 *Davies*, *Accountability*, S. 38 f.

1246 Vgl. *Department of Health*, *Community Care in the Next Decade and Beyond. Policy Guidance*, para. 4.22.; s. dort auch zu den möglichen Vor- und Nachteilen der einzelnen Varianten.

1247 In Abhängigkeit des finanziellen Volumens der Verträge können sich das Erfordernis zur Ausschreibung sowie bestimmte Transparenzgebote auch aus der *Public Contracts Regulations 2006* (S.I. 2006 No. 5) ergeben, die zur Umsetzung der Vergaberichtlinien der Europäischen Union (wie insb. der Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134 vom 30. April 2004, S. 114, in der Fassung der Berichtigung gem. ABl. L 351 vom 26. November 2004, S. 44) erlassen wurde.

1248 Dazu *Bamford*, *Contracting*, S. 72 f.

Wie die Verträge im Einzelnen auszugestalten sind, ist gesetzlich nicht weiter vorgeschrieben, sondern steht im Ermessen der Vertragspartner. Insbesondere gibt es – anders als in einigen Bereichen des NHS – auch keine von zentraler Stelle vorgeschriebenen Einheitstarife bzw. Einheitspflegesätze. Die zentralstaatliche Einflußnahme auf die Vertragsinhalte beschränkt sich – abgesehen vom *Best Value*-Regime und der Bindung der kontrahierenden Behörden an die *National Service Frameworks* – im Wesentlichen auf die finanzielle Förderung von Forschungsarbeiten zum Kommissionierungsprozeß. Ein Beispiel hierfür ist die Unterstützung des *Commissioning Improvement Programme* der *Care Services Improvement Partnership* durch das Gesundheitsministerium, das sich unter anderem mit der inhaltlichen Gestaltung von Leistungserbringungsverträgen beschäftigt.¹²⁴⁹

(b) Vertragsarten

Während der Inhalt der Verträge erst weiter unten im Zusammenhang mit den Qualitätssteuerungsinstrumenten beschrieben wird, sollen an dieser Stelle verschiedene Vertragsarten vorgestellt werden, die sich hinsichtlich des Auftragsvolumens voneinander unterscheiden. Das Volumen der bezogenen Leistungen wird erstens maßgeblich durch die Laufzeit der Verträge beeinflusst. Hierbei müssen die Kommunen ein Mittelmaß finden zwischen dem Bedürfnis, daß Veränderungen in der Service-Struktur möglich bleiben und daß die Behörden flexibel auf eine Änderung der Hilfebedarfe reagieren können einerseits, und dem Ziel, eine gewisse Kontinuität für die Leistungsempfänger sicherzustellen, andererseits.¹²⁵⁰ Zweitens wird das Vertragsvolumen durch die Zahl der kontrahierten Pflegebetten bestimmt. In der Praxis haben sich verschiedene Vertragstypen zum Bezug von sozialen Diensten herausgebildet, nämlich *block contracts*, *spot contracts*, *call-off contracts*, *cost and volume contracts* sowie *grant contracts*.¹²⁵¹

Bei den *block contracts* handelt es sich um Pauschalverträge über ein bestimmtes Leistungskontingent, für das die Kommunen über eine in der Regel mehrjährige Vertragslaufzeit einen Bedarf erwarten. Die Preise werden unabhängig von individuellen Bedarfsplänen einzelner Pflegebedürftiger im Voraus festgelegt und sind unabhängig von der tatsächlichen Belegung der Pflegeplätze zu bezahlen.¹²⁵² Den Sozialämtern bieten diese Verträge den Vorteil, daß sie die Administration vereinfachen und im Vergleich zu Einzelverträgen in aller Regel niedrigere Preise pro Leistungseinheit bezahlen müssen. Zu beachten ist allerdings, daß dies nur dann zu einem besseren Gegenwert führt, wenn die Qualität und damit der Wert der erbrachten Leistungen nicht gleichzeitig aufgrund eines fehlenden Eingehens auf individuelle Bedürfnisse der Pflegebedürfti-

1249 Vgl. <<http://www.dhcarenetworks.org.uk/Integration/icn/News/NewsArticle/?cid=817>>.

1250 *Department of Health*, *Community Care in the Next Decade and Beyond*, Ziffer 4.28.

1251 Vgl. zu den verschiedenen Vertragsarten *Netten u.a.*, *Understanding Public Services*, S. 7; *Bamford*, *Commissioning and purchasing*, S. 69 ff.; *Office of Fair Trading*, *Care Homes for older people in the UK*, S. 99 f.; *Knapp/Hardy/Forder*, JSP 30 (2001), S. 294. Zum Einfluß der Vertragsart auf das Preisniveau der bezogenen Dienstleistungen am Beispiel ambulanter Dienste s. *Forder u.a.*, *Prices, contracts and motivations*, *Policy & Politics* 32 (2004), S. 207 ff.

1252 Vgl. *Office of Fair Trading*, *Care Homes for older people in the UK*, S. 99.

gen sinken. Dies würde Folgekosten aufgrund von Beschwerden durch die Bewohner nach sich ziehen.¹²⁵³ Für die Heimbetreiber steht dem Nachteil des niedrigeren Leistungsentgelts der Vorteil der Planungssicherheit gegenüber.¹²⁵⁴ *Block contracts* können die Basis einer langzeitigen Partnerschaft zwischen den Kommunen und den Heimbetreibern bilden, in der beide Seiten gemeinsam an Zielen wie der Verbesserung der Leistungsqualität oder der Senkung von Kosten arbeiten können.¹²⁵⁵ Allerdings sind großvolumige *block contracts* unter dem Aspekt der Wahlmöglichkeiten für Leistungsempfänger nicht unproblematisch.¹²⁵⁶

Den Gegensatz zu den *block contracts* bilden die so genannten *spot contracts*. Diese werden für jeden benötigten Pflegeplatz gesondert abgeschlossen. Preise und Vertragsbedingungen werden dabei von Fall zu Fall in Abhängigkeit von den einzelnen Leistungsbestandteilen jeweils neu verhandelt.¹²⁵⁷ Ein Vorteil von *spot contracts* liegt darin, daß der Vertragsinhalt auf die Bedürfnisse des einzelnen Leistungsempfängers angepaßt werden kann. Die Verträge können zudem relativ kurzfristig abgeschlossen werden. Allerdings sind mit dieser Vertragsart bezogen auf den einzelnen Heimplatz höhere Kosten verbunden, die zum einen aus einem höheren Preis für die eingekaufte Leistung und zum anderen aus einem erhöhten Verwaltungsaufwand aufgrund der Notwendigkeit eines Abschlusses einer Vielzahl einzelner Verträge resultiert. Ferner gestaltet es sich schwierig, auf Basis von *spot contracts* eine einheitliche Praxis der Vertragsgestaltung zu entwickeln. Unterschiedliche vertragliche Bedingungen erschweren zudem die Vertragsüberwachung.¹²⁵⁸

Die genannten Nachteile werden zu einem gewissen Grad bei *call-off contracts* vermieden. Diese werden zwar ebenfalls für jeden Einzelfall gesondert abgeschlossen, unterscheiden sich von den *spot contracts* jedoch dadurch, daß Preise und andere Vertragskonditionen für die einzelnen, später abgerufenen Leistungen für eine gewisse Vertragsperiode bereits im Vorhinein bestimmt werden.¹²⁵⁹

Eine Mischform aus *block* und *call-off contracts* stellen die *cost and volume contracts* dar. Bei diesen wird eine bestimmte Anzahl an Leistungen zu einem Pauschalpreis bezogen, bereits im Voraus werden jedoch auch Preise und Konditionen für über das Basiskontingent hinaus benötigte Leistungseinheiten festgelegt. Bezogen auf das zusätzliche Leistungsvolumen fallen Kosten nur im Umfang des tatsächlichen Abrufs an.¹²⁶⁰ Üblicherweise sind bei diesen Verträgen die Preise pro bezogene Leistungseinheit umso geringer, je höher die Anzahl der tatsächlich in Anspruch genommenen Ein-

1253 *Bamford*, Commissioning and purchasing, S. 69.

1254 *Bamford*, Commissioning and purchasing, S. 69.

1255 *Bamford*, Commissioning and purchasing, S. 70.

1256 Vgl. *Lewis/Glennerster*, Implementation, S. 75.

1257 *Bamford*, Commissioning and purchasing, S. 70.

1258 Zu den Vor- und Nachteilen von *spot contracts* siehe *Bamford*, Commissioning and purchasing, S. 70 f.

1259 Vgl. *Netten* u.a., Understanding Public Services, S. 7.

1260 *Netten* u.a., Understanding Public Services, S. 7; *Office of Fair Trading*, Care Homes for older people in the UK, S. 100.

heiten ist. Allerdings bewegen sie sich insgesamt betrachtet über dem Niveau, das mit *block contracts* erreicht werden kann. Läßt sich der Leistungsbedarf jedoch im Vorhinein nur schwer abschätzen, hat diese Vertragsgestaltung aufgrund der höheren Flexibilität im Hinblick auf das kontrahierte Leistungsvolumen deutliche Vorteile.¹²⁶¹

Als weitere Vertragsform sind schließlich noch die *grant contracts* zu nennen, bei denen der Leistungsanbieter einen Pauschalbetrag erhält und sich im Gegenzug dazu verpflichtet, den jeweiligen Leistungsbedarf für eine bestimmte nominale Zahl von Personen zu decken, wobei weder der Umfang des Bedarfs noch die Leistungen im einzelnen spezifiziert werden.¹²⁶² Weil hier letztlich der Anbieter den Leistungsumfang bestimmt,¹²⁶³ begegnet diese Vertragsgestaltung unter *Best Value*-Gesichtspunkten Bedenken.

All diese Verträge dienen dazu, Pflegekapazitäten für Personen zu kontrahieren, denen die Kommune nach s. 21(1) NAA 1948 stationäre Langzeitpflegeleistungen schuldet. Um diesen Verpflichtungen schnell nachkommen zu können, empfiehlt es sich, in den Verträgen vorzusehen, daß der Leistungserbringer, mit dem eine grundsätzliche Leistungsabrede besteht, im Bedarfsfalle binnen eines näher zu bestimmenden Zeitraums jeweils mit dem Aufnahmeprozess beginnen und diesen abzuschließen hat.¹²⁶⁴ Außerdem sollten die Fälle, in denen ein Leistungserbringer die Aufnahme eines von der Kommune vermittelten Bewohners verweigern kann, auf wenige, abschließend geregelte Fälle beschränkt werden.¹²⁶⁵

Mit Ausnahme der ohnehin auf individuelle Fälle bezogenen *spot contracts* stellen die genannten Verträge *Leistungsrahmenverträge* dar, zu denen in der Regel ein kurzes *Individual Agreement* oder *Order Agreement* hinzutritt, wenn es schließlich konkret um die Aufnahme eines bestimmten Bewohners geht.

Die Verwendung der verschiedenen Vertragsarten unterliegt in der Praxis einer erheblichen Variation. Nur ca. 12 % der Kommunen greifen für stationäre Langzeitpflegeleistungen auf langfristige *block contracts* mit Vertragslaufzeiten von 10 oder mehr Jahren zurück.¹²⁶⁶ Kurz nach Inkrafttreten des NHSCCA 1990 im April 1993 bevorzugten die meisten Kommunen den Abschluß von *spot* (38 %) und *call-off contracts* (27 %), nur 1 % verwendete ausschließlich *block contracts*.¹²⁶⁷ Die Verwendung von *spot* und *call-off contracts* dürfte zwischenzeitlich noch zugenommen haben. Eine im Jahre 2000 veröffentlichte Studie fand heraus, daß 64 % der Kommunen bei der Unterbringung älterer Menschen in Pflegeheimen des privaten Sektors ausschließlich *spot* bzw. (in den meisten Fällen) *call-off contracts* verwenden. Die verbleibenden 36 % gaben an, daß

1261 Vgl. Bamford, Commissioning and purchasing, S. 71.

1262 Forder u.a., Prices, contracts and motivations, Policy & Politics 32 (2004), S. 210.

1263 Netten u.a., Understanding Public Services, S. 7.

1264 Vgl. Care Services Improvement Partnership, A Guide to Fairer Contracting Part 2, S. 32.

1265 Vgl. Care Services Improvement Partnership, A Guide to Fairer Contracting Part 2, S. 22, dort allerdings bezogen auf einen Vertrag über ambulante Dienste.

1266 Netten u.a., Understanding Public Services, S. 6.

1267 Audit Commission, Taking Care, S. 9, para. 42. In der Studie wurden 91 englische *local authorities* befragt.

block contracts weniger als ein Drittel ihrer Einkaufstätigkeit ausmachen würden.¹²⁶⁸ *Block contracts* dominieren allerdings, wenn Leistungen *in-house* bezogen werden.¹²⁶⁹

Im Vergleich zu Vertragsabschlüssen mit Privatpersonen bietet ein Vertrag mit einer öffentlichen Behörde dem Heimbetreiber zunächst den Vorteil einer höheren Bonität, erfordert von ihm aber auch, sich darüber zu versichern, daß die Kommunalbehörde innerhalb ihrer Befugnisse handelte.¹²⁷⁰ Das Risiko einer Vertragsunwirksamkeit kann allerdings durch eine Zertifizierung des Vertrags nach dem *Local Government (Contracts) Act 1997*¹²⁷¹ abgemildert werden, der zur Sicherung der Investitionen privater Vertragspartnern von öffentlichen Stellen eingeführt wurde.¹²⁷²

Als problematisch kann sich für die Betreiber die im Vergleich zu einzelnen Bewohnern deutlich stärkere Verhandlungsposition der Kommunalbehörden erweisen.¹²⁷³ Auch wenn sich die Heimgebühren in den meisten Fällen nach Leistungskategorien, die in Abhängigkeit des *assessment of needs* der Bewohner festgelegt werden, bestimmen,¹²⁷⁴ klagen viele Heimbetreiber darüber, daß die Preise, die die Kommunen für die Pflegeplätze zu zahlen bereit sind, im Vergleich zu den erwarteten Leistungen zu gering seien, daß es ihnen jedoch angesichts der starken Marktmacht der Kommunen nicht möglich sei, höhere Preise durchzusetzen. Vorgeschriebene Mindestlöhne, die europäischen Arbeitszeitrichtlinien sowie die Erhöhung der Registrierungsgebühren¹²⁷⁵ verteuerten die Leistungserstellung.¹²⁷⁶ Vergleicht man die von den Kommunen innerhalb ihres Zuständigkeitsgebietes jeweils übernommenen Standardgebühren in Höhe von ca. £ 380 pro Woche für *residential care homes* und ca. £ 467 für *nursing care homes*¹²⁷⁷ mit den Markgebühren für private Pflegeheime von durchschnittlich £ 449 (*residential care*) bzw. £ 648 (*nursing care*) pro Woche,¹²⁷⁸ zeigt sich, daß die von den Heimbetreibern erhobenen Vorwürfe zumindest nicht gänzlich unberechtigt zu sein scheinen.

1268 *Continuing Care Conference*, Local Authority Contracting Policies, S. 2 f. (die Studie spricht zwar nur von *spot contracts*, zählt aber auch *call-off contracts* zu diesen). Dieses Ergebnis scheint auch mit einer Markterhebung durch das *Office of Fair Trading* übereinzustimmen, nach der 80 % aller Heimbetreiber mit vertraglichen Beziehungen zu *local authorities* Bewohner zumindest auch auf der Basis von *spot contracts* aufnehmen, vgl. *Office of Fair Trading*, Care Homes for older people in the UK, S. 100.

1269 *Continuing Care Conference*, Local Authority Contracting Policies, S. 2.

1270 *Ridout*, Care Standards, S. 55.

1271 1997 chapter 65.

1272 Dazu *Schwehr*, Local Government (Contracts) Act 1997, Judicial Review vol. 3 (1998), S. 45 ff.

1273 *Ridout*, Care Standards, S. 55.

1274 Vgl. *Continuing Care Conference*, Local Authority Contracting Policies, S. 3.

1275 Hierzu unten, Fn. 1484.

1276 Vgl. *Winfield* u.a., Paying for Care Handbook, S. 13; zum Zeitpunkt der Einführung des *National Minimum Wage Act 1998* (1998 chapter 39) hatten 59 % der *care assistants* einen Lohn unterhalb des Mindestlohnes, *Kendall/Knapp*, The State of Residential Care Supply, S. 16; vgl. auch *Player/Pollock*, Long-term care, CSP 21 (2001), S. 250.

1277 Die Zahlen sind einer 2007 von *Counsel and Care* durchgeführten Untersuchung entnommen, vgl. <www.counselandcare.org.uk/assets/library/documents/21_Care_Charging_Survey_04.07.07.doc>.

1278 Bezogen auf 2007/2008, s. *Laing & Buisson*, UK Market Survey 2007, S. 172, Table 8.2.

cc. Stellung der Leistungserbringer im Gefüge zwischen Staat und Privaten

Die kommerziell oder gemeinnützig betriebenen Pflegeheime in privatrechtlicher Trägerschaft sind nach der in der Grundlegung dargestellten Abgrenzung zwischen Staat und Privaten auch dann weiterhin dem privaten Sektor zuzuordnen, wenn sie von Kommunen mit der Erbringung von Langzeitpflegeleistungen nach s. 21(1) NAA 1948 betraut werden. Dies folgt daraus, daß die betreffenden Heime nicht auf Veranlassung staatlicher Stellen geschaffen wurden, sondern bereits vor den *community care*-Reformen von 1993 existierten und gerade in ihrer Stellung als Private einen wesentlichen Bestandteil der *mixed economy of care* bilden. Sie nehmen im Rahmen der Leistungserbringung keine hoheitlichen Befugnisse wahr, sondern erfüllen privatrechtliche Verträge, die sie mit den Kommunen und unter Umständen auch mit den Heimbewohnern abgeschlossen haben. Zudem erbringen sie neben den Leistungen für die Kommunen in derselben Weise weiterhin auch Leistungen für Bewohner, die für ihren Heimaufenthalt privat aufkommen.

Von der grundsätzlichen Stellung im Gefüge zwischen Staat und Privaten zu trennen ist allerdings die Frage, ob nicht einzelne Tätigkeiten der dem privaten Sektor zurechnenden Heimträger eine derart enge Verbindung mit der öffentlich-rechtlichen Pflicht der Lokalbehörden aus s. 21(1) NAA 1948 aufweisen, daß es gerechtfertigt ist, die Heimbetreiber im Bezug auf die Erbringung dieser Leistungen öffentlichen Behörden gleichzustellen und sie damit insbesondere den Bindungen des *Human Rights Act 1998* zu unterstellen. Auf diese Frage wird weiter unten¹²⁷⁹ näher einzugehen sein.

IV. Weitere staatliche Leistungen im Zusammenhang mit stationärer Langzeitpflege

Neben der aufgrund von s. 21(1)(a) NAA 1948 erbrachten Langzeitpflege gibt es eine Reihe weiterer Leistungen, die die Unterbringung in stationären Pflegeeinrichtungen umfassen oder mit dieser in Zusammenhang stehen. Zu nennen sind zunächst andere Leistungen der *social care*, die zwar ebenfalls in die kommunale Zuständigkeit fallen, die aber einen spezielleren Anwendungsbereich als s. 21(1)(a) NAA 1948 aufweisen. Zu nennen sind etwa Leistungen an Kinder nach s. 17 des *Children Act 1989* oder sog. *after care*-Leistungen nach s. 117 des *Mental Health Act 1983*¹²⁸⁰ an Personen, die aufgrund dieses Gesetzes verwahrt oder inhaftiert worden sind.¹²⁸¹

Wie oben¹²⁸² erwähnt, werden auch vom NHS stationäre Langzeitpflegeleistungen für chronisch und schwer Kranke in Form der *continuing healthcare* nach dem NHA 2006 erbracht, teils in eigenen Einrichtungen wie Hospitälern oder Hospizen, teils in privat betriebenen *nursing care homes*. Überdies wird die *nursing care*-Komponente

¹²⁷⁹ Siehe unten, S. 288 ff.

¹²⁸⁰ 1983 chapter 20.

¹²⁸¹ Vgl. zum persönlichen Anwendungsbereich sowie zum Umfang der Leistungen *Mandelstam*, *Community Care Practice and the Law*, S. 238 f.

¹²⁸² S. 147 ff.