

tor als Leistungserbringer von staatlichen Sozialleistungen auftritt und somit Aufgaben mit einem funktionalen Bezug zu einer Staatsaufgabe erfüllt. Dabei spielt es keine Rolle, ob dieser private Beitrag als Folge einer funktionalen Privatisierung erbracht wird (wie in England, wo mit den *Community Care*-Reformen die Möglichkeit eröffnet wurde, *residential care* nach s. 21, 26 NAA 1948 durch privat-kommerzielle Betreiber erbringen zu lassen), oder ob er – wie in Deutschland in Bezug auf die Sozialhilfe und die Pflegeversicherung vor dem Hintergrund der langen Tradition gemeinnütziger Einrichtungen – auch ohne einen formalen Ausgliederungsakt Bestandteil der sozialrechtlichen Leistungserbringung ist. Andererseits belegen aber insbesondere die umfangreich ausgestalteten Heimaufsichtsregime beider Vergleichsrechtsordnungen, daß die staatliche Gewährleistungsverantwortung nicht auf den Bereich der Erbringung von Sozialleistungen begrenzt ist, sondern sich gleichfalls umfassend auf diejenigen Pflegebedürftigen bezieht, die ihre Unterbringung im Pflegeheim selbst finanzieren. Die englische Rechtsordnung, in der die Mechanismen des Leistungserbringungsrechts für die Steuerung der Pflegequalität bei Leistungen nach s. 21 NAA 1948 neben dem Heimaufsichtsrecht derzeit wohl keine eigenständige Rolle spielen, verdeutlicht darüber hinaus, daß sich auch die Instrumente zur Wahrnehmung der Gewährleistungsverantwortung in beiden Fallgestaltungen nicht zwingend wesentlich voneinander unterscheiden müssen.

II. Zur begrenzten Aussagekraft des Leitbildes des Gewährleistungsstaats

Welche Aussagekraft letztlich hinter dieser Charakterisierung Englands und Deutschlands als „Gewährleistungsstaaten in der stationären Langzeitpflege“ steckt, ist allerdings zweifelhaft. Die beiden in dieser Arbeit betrachteten Rechtsordnungen enthalten – sowohl bei isolierter als gerade auch bei vergleichender Betrachtung – zahlreiche Beispiele dafür, daß das Leitbild des Gewährleistungsstaates nur begrenzt Aussagen darüber zuläßt, wie sich die Rolle des Staates im verantwortungsteilenden Zusammenwirken des privaten und des öffentlichen Sektors letztlich darstellt.

Denn erstens bildet die Gewährleistungsverantwortung keineswegs eine Kategorie, die die staatliche Rolle abschließend und in Abgrenzung zu anderen Verantwortlichkeiten wiedergeben kann. In augenfälliger Weise verdeutlicht dies etwa die Tatsache, daß sowohl der englische als auch der deutsche Gewährleistungsstaat selbst als Betreiber von Pflegeheimen auftreten und stationäre Langzeitpflegeleistungen somit nach wie vor auch in Eigenregie erbringen. Beide Gewährleistungsstaaten übernehmen für die Leistungserbringung damit in einem bestimmten Umfang – der sich nicht allein als Ausdruck einer Auffangverantwortung verstehen läßt – zugleich eine Erfüllungsverantwortung, also gerade auch denjenigen Verantwortungstypus, der gemeinhin als Gegensatz zur Gewährleistungsverantwortung verstanden wird. Erfüllungs- und Gewährleistungsverantwortung sind dabei zudem insofern miteinander verzahnt, als die in öffentlicher Trägerschaft stehenden Heime in gleicher Weise der steuernden staatlichen Regulierung unterliegen, die bei den Heimen des privaten Sektors als maßgeblicher Ausfluß der Gewährleistungsverantwortung betrachtet wird.

Zweitens sagt die Charakterisierung als Gewährleistungsstaat nichts darüber aus, wie die Verantwortlichkeiten für den jeweils betrachteten Lebensbereich zwischen Staat und Privaten im Einzelnen verteilt sind. Dies soll im Folgenden zum einen anhand der Finanzierung stationärer Langzeitpflegeleistungen und zum anderen am Beispiel der Steuerung der Pflegequalität gezeigt werden.

Sowohl England als auch Deutschland wurden in Bezug auf die stationäre Langzeitpflege ohne Unterscheidung danach, ob die Heimunterbringung durch staatliche Sozialleistungen finanziert ist oder nicht, als Gewährleistungsstaaten bezeichnet. Dieses Leitbild gibt somit keine Auskunft über die Verteilung der Finanzierungsverantwortung zwischen Staat und Privaten. Erst recht vermag es daher dort, wo Staat und Private sich die Finanzierungsverantwortung teilen, nichts über die Abstufungen und das Verhältnis dieser Verantwortungsanteile zueinander wiederzugeben. In der stationären Langzeitpflege betrifft dies etwa das Rangverhältnis zwischen staatlichen Sozialleistungen (und zwar unabhängig davon, ob diese durch Steuern oder durch Sozialversicherungsbeiträge finanziert sind)²⁹¹⁷ und der privaten Eigenfinanzierung von Heimaufenthalten. Während beispielsweise in England Leistungen nach s. 21 NAA 1948 erst dann bezogen werden können, wenn das eigene Vermögen des Pflegebedürftigen hierzu (unter Beachtung eines bestimmten Schonvermögens) nicht mehr ausreicht, weisen die staatlichen Leistungen der deutschen sozialen Pflegeversicherung keinen Nachrang gegenüber dem Einsatz eigenen Vermögens durch die Pflegebedürftigen auf. Eine Subsidiarität der staatlichen Finanzierungsverantwortung kommt in Deutschland nur dort und nur in dem Umfang zum Tragen, wo die begrenzten Leistungen der Pflegeversicherung zur Finanzierung des Heimaufenthaltes durch aufstockende, bedürftigkeitsabhängige Hilfen zur Pflege nach dem SGB XII ergänzt werden müssen. Diese Unterschiede in den grundlegenden Verantwortungsstrukturen bildet die Charakterisierung Englands und Deutschlands als Gewährleistungsstaat nicht ab.

Einen ähnlichen Befund liefert die in beiden Rechtsordnungen sehr unterschiedlich gestaltete Verteilung der Finanzverantwortung für die Einrichtungsinfrastruktur. Während diesbezüglich in Deutschland in Gestalt der Investitionskostenförderung eine gewisse Finanzierungsverantwortung der Länder besteht, liegt diese in England grundsätzlich allein beim privaten Sektor, der seine Investitionen über die – zum Teil freilich wieder aus staatlichen Mitteln bezahlten – Heimgebühren zu finanzieren hat. Auch dieses Beispiel verdeutlicht, daß die Gewährleistungsverantwortung, mit der der Versuch unternommen wird, die Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten zu beschreiben, keine Aussagen dazu treffen kann, ob der Staat in dem betrachteten Bereich auch eine gewisse finanzielle Verantwortung übernimmt und wie diese gegebenenfalls im Verhältnis zur Finanzierungsverantwortung des privaten Sektors ausgestaltet ist.

²⁹¹⁷ Weil Sozialversicherungsbeiträge ebenso wie Steuern im privaten Sektor erhoben werden, betrifft die Finanzierungsart weniger die Verteilung der Verantwortung zwischen Staat und Privaten als vielmehr die Reichweite der Finanzierungssolidarität innerhalb des gesellschaftlichen Bereichs. Hierzu sind vom Leitbild des Gewährleistungsstaats freilich schon aufgrund seiner Ausrichtung auf die Verantwortungsteilung zwischen beiden Sektoren keine Aussagen zu erwarten.

Die begrenzte Aussagekraft des Begriffs des Gewährleistungsstaates zu wichtigen Aspekten der Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten zeigt sich auch an der Steuerung der Pflegequalität. Bei näherer Betrachtung verdeutlicht dieser wesentliche Aspekt der staatlichen Einflußnahme auf die private Leistungserstellung, daß der genannte Befund auch zentrale Elemente der Gewährleistungsverantwortung in der stationären Langzeitpflege betrifft. Wie die beiden Länderberichte ergeben haben, wirken Staat und Private in den einzelnen Bereichen der Qualitätssicherung in ganz unterschiedlichen Formen zusammen. Dabei leistet der private Sektor vor allem bei der Qualitätsentwicklung einen maßgeblichen Beitrag. Sowohl der Verweis auf den allgemein anerkannten Stand der pflegefachlichen Erkenntnisse als zentralen Qualitätsmaßstab im SGB XI und den Heimgesetzen als auch die nunmehr ausdrücklichere Bezugnahme auf die Erkenntnisse der Pflegewissenschaften und der Pflegepraxis im HSCA 2008 und der *Health and Social Care Act 2008 (Regulated Activities) Regulations 2010* bestätigen die besondere Bedeutung der im gesellschaftlichen Sektor generierten Qualitätsanforderungen. Auch das staatliche SCIE als „*knowledge manager*“ greift, wenn es verschiedene „Wissensquellen“ aufbereitet und den in der stationären Langzeitpflege Beschäftigten zugänglich macht, letztlich insbesondere auf die Expertise des privaten Sektors, nämlich der Pflegepraxis und der Pflegewissenschaften, zurück. Eine ähnlich wichtige Rolle bei der Qualitätsentwicklung kommt dem privaten Sektor in Deutschland zu. Obgleich der deutsche Gesetzgeber die Entwicklung und Aktualisierung wissenschaftlich fundierter und fachlich abgestimmter Expertenstandards zur Sicherung und Weiterentwicklung der Pflegequalität zuletzt der gemeinsamen Selbstverantwortung der Vertragsparteien gem. § 113 SGB XI überantwortet hat, bleibt doch die inhaltliche Entwicklung der Pflegestandards primär eine von den Pflegewissenschaften und der Pflegepraxis – und nur subsidiär in staatlicher Verantwortlichkeit – wahrzunehmende Aufgabe.²⁹¹⁸

Im Wesentlichen ist dem staatlichen Gewährleistungsauftrag daher nur zu entnehmen, daß sich der Staat eine gewisse Kontrolle und bestimmte Zugriffsoptionen für den Fall vorbehalten muß, daß die gesellschaftlichen Systeme nicht hinreichend funktionsfähig sind und es so zu Gefährdungen der Bürger kommt.²⁹¹⁹ Wie aber die Verantwortungsteilung oberhalb dieser Mindestschwelle für einen staatlichen Zugriff ausgestaltet ist, darüber trifft das Leitbild des Gewährleistungsstaates keine Aussagen. Der Vergleich zwischen der deutschen und der englischen stationären Langzeitpflege mit ihren Gemeinsamkeiten aber auch ihren Unterschieden zeigt deutlich, daß das Modell des Gewährleistungsstaates offen ist für verschiedenste Gestaltungen und Verteilungen der Verantwortlichkeiten zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor. Umgekehrt bedeutet dies jedoch, daß sich konkrete Aussagen über die Verantwortungsteilung und eine differenzierte Darstellung der Verantwortungsstrukturen im Gewährleistungsstaat nur dadurch treffen lassen, daß der staatliche und der private Beitrag zur Erfüllung einer

2918 So zutreffend auch *Hamdorf*, Öffentliche und private Verantwortung für Qualität in der Pflege, S. 73 ff., 105 f.

2919 *Bieback*, Qualitätssicherung in der Pflege, S. 165.

öffentlichen Aufgabe für den jeweiligen Bereich konkret beleuchtet und untersucht werden.

Zudem folgt aus der beschriebenen Offenheit des Begriffs der Gewährleistungsverantwortung, daß sich aus der Charakterisierung eines Staates als Gewährleistungsstaat – abgesehen von einer gewissen staatlichen Auffangfunktion, die sich ab einer bestimmten Schwelle aktualisieren muß – keine Rückschlüsse auf dessen konkrete Aufgaben, Pflichten oder gar die zur Erfüllung eingesetzten Instrumente ziehen lassen. So stellt zwar beispielsweise die Infrastrukturkostenförderung der deutschen Länder ein Element der Gewährleistungsverantwortung des deutschen Staates für die stationäre Langzeitpflege dar. Das Beispiel Englands, dem eine derartige Infrastrukturkostenförderung wiederum fremd ist, verdeutlicht, daß es nicht möglich ist, von der Gewährleistungsverantwortung auf die Instrumente zu schließen, mit denen der Staat die Verantwortung tatsächlich wahrnimmt. Erst recht – und das bestätigen insbesondere die im englischen und im deutschen Länderbericht zur Haftung des Staates für Pflegemängel privater Betreiber gefundenen Ergebnisse – können aus der Gewährleistungsverantwortung als solcher keine subjektiven Rechtsansprüche auf ein staatliches Einstehenmüssen im Falle eines Funktionsversagens des privaten Sektors abgeleitet werden. Oder anders ausgedrückt: Gewährleistungsstaatlichkeit ist nicht die Basis bestimmter Aufgaben und Pflichten, sondern sie ist das Ergebnis verschiedenster vom Staat übernommener Verantwortlichkeiten, deren Grundlage die gesetzlichen Zuweisungen einzelner Aufgaben und Pflichten bilden.

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen, daß das Leitbild „Gewährleistungsstaat“ die grundsätzliche Verantwortlichkeit eines Staates beschreibt, der das Funktionieren der Erfüllung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe durch Private sicherstellt. Diese Charakterisierung eines Staates läßt sich als eine schlagwortartige Umschreibung der von ihm übernommenen Verantwortung für einen bestimmten Lebensbereich verstehen, die sich aus einer Zusammenschau der von ihm auf diesem Gebiet im Einzelnen unternommenen Maßnahmen und eingesetzten Instrumente ergibt. Der einseitige Fokus auf die vom Staat wahrgenommene Rolle bedingt jedoch, daß dieses Verantwortungskonzept die Wechselbezüglichkeiten und Verschränkungen der Verantwortlichkeiten des staatlichen und des privaten Sektors nicht abzubilden vermag. Das Leitbild des Gewährleistungsstaates ist offen für eine Vielzahl von Möglichkeiten der Verteilung von Aufgaben und Verantwortlichkeiten zwischen Staat und Gesellschaft sowie für verschiedenste Instrumentarien und Maßnahmen, mit denen staatliche Stellen die ihnen übertragene Verantwortung wahrnehmen können. Die Offenheit des Begriffs der Gewährleistungsverantwortung in Bezug auf die konkreten Umsetzung und Ausgestaltung und die damit verbundene Unschärfe hinsichtlich der Wahrnehmungsmodalitäten erschweren jedoch seine dogmatische Anschlußfähigkeit. Anstatt tauglicher Anknüpfungspunkt für weitere dogmatische Ableitungen zu sein, erfüllt das Leitbild des Gewährleistungsstaates daher eine primär deskriptive Funktion.

B. Steuerungsinstrumente im Gewährleistungsstaat der stationären Langzeitpflege

Wie dargelegt, beschreibt die Gewährleistungsverantwortung das Festhalten des Staates an der Gemeinwohlverantwortung für einen bestimmten Lebensbereich trotz seines grundsätzlichen Rückzugs aus der eigenhändigen Leistungserbringung. Um seiner fortbestehenden Verantwortlichkeit nachzukommen, wirkt der Staat mit verschiedensten Steuerungszielen auf die Leistungserstellung durch den privaten Sektor ein. Während in den Länderberichten die hierbei verwendeten Mechanismen bereits im Einzelnen beschrieben, systematisiert und miteinander verglichen wurden, sollen die eingesetzten Steuerungsmodi der Regulierungssysteme im Folgenden abschließend in einer Gesamtbetrachtung, d.h. losgelöst von der Ebene der einzelnen Instrumente, beleuchtet werden.

I. Dominanz der hoheitlich-imperativen Ge- und Verbotssteuerung

Eine Gesamtbetrachtung beider Länderberichte ergibt sowohl für das englische als auch für das deutsche Regulierungsregime der stationären Langzeitpflege eine gewisse Dominanz der traditionellen Ge- und Verbotssteuerung. Zwar kommen bei der Infrastruktursteuerung noch überwiegend auf finanziellen Anreizen beruhende oder informationsbasierte Mechanismen zum Einsatz. Bei der Qualitätssteuerung, die gewissermaßen den Kern der jeweiligen Regulierungsregime bildet, stehen aber in beiden verglichenen Rechtsordnungen hoheitlich-imperative Steuerungsinstrumente im Zentrum der staatlichen Einflußnahme auf die stationäre Langzeitpflege.

In England finden sich diese traditionellen *command and control*-Mechanismen vor allem in Gestalt von Registrierungserfordernissen, von verbindlichen Vorgaben des CSA 2000- bzw. des HCSA 2008-Regime für den Betrieb der Einrichtungen, von zahlreichen Überwachungs- und Durchsetzungsbefugnissen der CQC als zentraler Regulierungsbehörde und schließlich in Form der verschiedenen ordnungs- und strafrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten bei Verstößen gegen heimaufsichtsrechtliche Anforderungen.

Ähnliches trifft auch auf Deutschland zu, wo ebenfalls traditionelle, hoheitlich-imperative Mechanismen die Qualitätssteuerung in der stationären Langzeitpflege prägen. Zwar bildet das deutsche Heimaufsichtsrecht, das – wie dargelegt – über ganz ähnliche Instrumente wie das CSA 2000- bzw. das HSCA 2008-Regime verfügt, neben den kooperativen Instrumenten des Leistungserbringungsrechts nur eine der beiden Hauptsäulen der Sicherung und Förderung der Qualität stationärer Pflegeeinrichtungen. Aber auch das grundsätzlich auf kooperativen Mechanismen beruhende Leistungserbringungsrecht, das im Gegensatz zu den englischen Leistungserbringungsverträgen eine vollausgeprägte und eigenständige Säule der Qualitätsregulierung bildet, bedient sich an zentralen Stellen – ungeachtet des oben betonten gesellschaftlichen Anteils an der Normentwicklung – imperativer Mechanismen. Erwähnt seien etwa die Expertenstan-