

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

B. Eingrenzung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

50 Siehe oben, Fn. 40.

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

52 Siehe oben S. 25 f.

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

C. Erkenntnisziele

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

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

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

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

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

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

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