Studien aus dem Max-Planck-Institut
für Sozialrecht und Sozialpolitik

64

Marko Urban

Die Qualitätssicherung in der häuslichen Pflege in Deutschland und Österreich

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Studien aus dem Max-Planck-Institut
für Sozialrecht und Sozialpolitik

Band 64

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Marko Urban

Die Qualitätssicherung in der häuslichen Pflege in Deutschland und Österreich

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: München, LMU, Diss., 2015

ISBN 978-3-8487-2470-3 (Print)

ISBN 978-3-8452-6629-9 (ePDF)

1. Auflage 2016

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2016. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorwort

Die vorliegende Arbeit habe ich der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilian-Universität München im Wintersemester 2014/2015 als Dissertation vorgelegt. Sie ist im Rahmen meiner Tätigkeit als Doktorand am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik in München entstanden. Mein erster Dank gilt daher meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M (EHI), der durch wertvolle Hinweise und Kritik maßgeblich zum Erfolg der Arbeit beigetragen hat. Herrn Prof. Dr. Martin Burgi danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Das hervorragende Arbeitsumfeld am Max-Planck-Institut war für mich eine große Unterstützung bei der Entstehung der Arbeit. Dies gilt vor allem für meine eigene Doktorandengruppe sowie für die vorhergehende Doktorandengruppe, die uns den Einstieg ganz wesentlich erleichtert und auch später bei vielen Gesprächen weitergeholfen hat. Namentlich möchte ich Vera Hansen, Iris Meeßen, Dr. Magdalena Neueder, Michael Schlegelmilch, Carlos Schneider, Dr. Daniela Schweigler und Stefan Stegner nennen. Ebenso gilt den Mitarbeitern der Bibliothek mein Dank, die mit großem Einsatz unterstützen und so das alltägliche Forschen deutlich erleichtern.

Eine der wesentlichen Aufgaben der Gesellschaft ist es, den Menschen mit Unterstützungsbedarf, sei es aufgrund von Pflegebedürftigkeit, Krankheit oder Behinderung, die Teilhabe an ihr zu ermöglichen. Vor allem bei der Pflege von älteren Menschen wird diese Aufgabe in Zukunft zu einer wachsenden Herausforderung. Hier stellt sich dann die Frage, ob der Staat diese Herausforderung als staatliche Aufgabe begreift, indem er professionelle Unterstützung gewährleistet oder ob die wesentliche Last von den Familien getragen wird. Wie auch immer die Antwort ausfällt, sie hat ganz wesentliche Auswirkungen auf die Gesellschaft insgesamt.

Mein Dank gilt weiterhin all jenen, die mich zum Verfassen dieser Arbeit ermutigt haben. Dies waren vor allem meine Eltern sowie Herr Prof. Dr. Jens Löcher. Mein besonderer Dank gilt meiner Partnerin Iris Meeßen für das Korrekturlesen der Arbeit sowie für die vielen inhaltlichen Diskussionen und Hinweise.

München, im November 2015 Marko Urban

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 13

A. Einführung 17

I. Soziale Ausgangssituation 18

II. Reaktionen des Gesetzgebers 22

III. Forschungsstand und Ziel der Untersuchung 23

IV. Gang der Untersuchung 26
1. Der doppelte Vergleich 26
2. Methode das Rechtsvergleichs 27
3. Wahl des Vergleichslandes 30

B. Grundlagenteil 32

I. Begriffe und Grundlagen 32
1. Begriffsklärung 32
a) Qualität 32
b) Qualitätsmanagement 33
c) Qualitätssicherung 34
d) Häusliche Langzeitpflege 35
2. Abgrenzung professionelle und nichtprofessionelle Pflege 39

II. Vergleichsgrundlagen für die staatliche Qualitätssicherung 39
1. Grundlagen der Systematisierung 40
a) Der Qualitätskreislauf 40
aa) Der „klassische“ Qualitätskreislauf 40
bb) Der Qualitätskreislauf für staatliche Maßnahmen 42
cc) Wirkungen des Kreislaufes 43
dd) Zuordnungskriterien 44
b) Leistungsrechtliche Grundsituationen 45
aa) Vier leistungsrechtliche Grundsituationen 47
bb) Folgen der leistungsrechtlichen Grundsituation 47
2. Vergleichskriterien 48
a) Motive für eine staatliche Qualitätssicherung 48
aa) Notwendigkeit eines Motives 49
(1) Subsidiaritätsprinzip 49
(2) Grundrechtseingriffe 51

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(3) Ergebnis 54
bb) Einzelne Motive 54
(1) Marktversagen 54
(a) Bestehen eines Marktes 55
(b) Einzelne Aspekte des Marktversagens 57
(aa) Aufgrund der Eigenschaften von Pflegeleistungen 57
(bb) Aufgrund der Art der Erbringung 60
(cc) Gesamtbewertung 62
(dd) Berücksichtigung der Besonderheiten des Sozialleistungsmarktes 62
(2) Rechtliche Interessen der am Pflegeprozess Beteiligten 64
(a) Pflegebedürftiger 65
(b) Unmittelbar Pflegender 67
(c) (Nichtpflegende) Angehörige und Lebenspartner 67
(d) Träger der Finanzierungslast 68
(e) Pflegedienst 72
(3) Funktionsfähigkeit der Systems der sozialen Sicherung bei Pflegebedürftigkeit 73
(4) Ergebnis 73
b) Steuerung der Pflegequalität 74
aa) Steuerungsziel 78
bb) Steuerungsmodi 79

III. Instrumente der staatlichen Qualitätssicherung 81
1. Die Art der Leistungserbringung 82
2. Instrumente innerhalb des Qualitätskreislaufes 83
a) Instrumente zur Entwicklung von Qualitätsanforderungen 83
b) Möglichkeiten zur Herstellung der Verbindlichkeit 86
c) Umsetzung in der Praxis 87
d) Überwachung 88
e) Reaktionen auf die Überwachungsergebnisse 89
aa) Sanktionen 89
bb) Transparenz 90
cc) Belohnungen 92
f) Rechtsschutz 93
g) Herstellung eines Kreislaufes 93
3. Instrumente außerhalb des Qualitätskreislaufes 94

C. Länderbericht Deutschland 96

I. Grundlagen 96

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen 96
2. Leistungen und Leistungserbringung 97
a) Leistungen im SGB XI 97
b) Leistungserbringung im SGB XI 98
c) Infrastrukturverantwortung der Länder nach § 9 SGB XI 99
d) Leistungen im SGB V 101
e) Leistungen im SGB XII 102
f) Leistungserbringung im SGB XII 105
g) Zusammenfassung der leistungsrechtlichen Grundsituationen 106

II. Qualitätssicherung in der professionellen Pflege 106
1. Qualitätssicherungsinstrumente innerhalb des Qualitätskreislaufes 107
a) Erstellung von Sollensanforderungen 107
aa) Kein Leistungsbezug 107
(1) Struktursollensanforderungen 107
(2) Prozesssollensanforderungen 115
(3) Ergebnissollensanforderungen 116
bb) Leistungsbezug ausschließlich nach SGB XI 118
(1) Struktursollensanforderungen 118
(a) Pflegedienste 118
(b) Zugelassene Einzelpersonen 122
(c) Angestellte Einzelpersonen 122
(d) Zugelassene Betreuungsdienste 123
(2) Prozesssollensanforderungen 123
(3) Ergebnissollensanforderungen 123
(4) Zuständigkeitsverteilung für die Erstellung von Sollensanforderungen 124
cc) Leistungsbezug ausschließlich nach SGB XII oder nach SGB XI und SGB XII 125
b) Herstellung der Verbindlichkeit 128
c) Umsetzung in der Praxis 131
d) Überwachung 131
aa) Staatlich initiierte Überwachung 131
(1) Struktursollensanforderungen 131
(2) Prozess- und Ergebnissollensanforderungen 132
(a) Kein Leistungsbezug 132
(b) Ausschließlich Leistungsbezug nach dem SGB XI 134
(c) Zusätzlicher oder ausschließlicher Leistungsbezug nach dem SGB XII 138
bb) Sonstige am Pflegeprozess Beteiligte 138

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

e) Reaktion auf die Überwachungsergebnisse 139
aa) Staatliche Einheiten 140
(1) Sanktionen 140
(a) Kein Leistungsbezug 140
(b) Leistungsbezug ausschließlich nach SGB XI 141
(c) Leistungsbezug zusätzlich oder ausschließlich nach SGB XII 145
(2) Transparenz 146
bb) Pflegebedürftiger 152
f) Rechtsschutz 159
aa) Rechtsschutz unmittelbar gegen Sollensanforderungen 159
bb) Rechtsschutz gegen Einzelmaßnahmen 162
g) Herstellung eines Kreislaufes 163
aa) Kleiner Kreislauf 163
bb) Großer Kreislauf 164
2. Qualitätssicherungsinstrumente außerhalb des Qualitätskreislaufes 166
3. Mitwirkungspflichten des Pflegebedürftigen 167

III. Qualitätssicherung in der nichtprofessionellen Pflege 169
1. Instrumente innerhalb des Qualitätskreislaufes 169
a) Sollensanforderungen 169
aa) Kein Leistungsbezug 169
bb) Leistungsbezug nur SGB XI 171
cc) Leistungsbezug nur SGB XII oder SGB XI und SGB XII 173
b) Verbindlichkeit 174
c) Umsetzung 174
d) Kontrolle 174
aa) Kein Leistungsbezug 174
bb) Leistungsbezug nach SGB XI 175
cc) Leistungsbezug nach SGB XI und SGB XII oder ausschließlich nach SGB XII 180
e) Reaktion auf die Kontrollergebnisse 181
aa) Kein Leistungsbezug 181
bb) Leistungsbezug nach SGB XI und/oder SGB XII 181
f) Rechtsschutz 183
g) Herstellung eines Kreislaufes 183
2. Instrumente außerhalb des Kreislaufes 184
a) Unterstützung der Pflegebedürftigen 184
b) Unterstützung der Pflegenden 187

D. Länderbericht Österreich 189

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Grundlagen 189
1. Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen 189
2. Leistungen und Leistungserbringung 190
a) Leistungen nach dem Bundespflegegeldgesetz 190
b) Leistungen der Sozialhilfe 192
c) Erbringung von Sachleistungen 195
d) Abgrenzung zur medizinischen Hauskrankenpflege 198
e) Zusammenfassung der leistungsrechtlichen Grundkonstellationen 198

II. Qualitätssicherung in der professionellen Pflege 199
1. Qualitätssicherungsinstrumente innerhalb des Qualitätskreislaufes 199
a) Erstellung von Sollensanforderungen 199
aa) Keine Leistungsbezug 199
(1) Strukturensollensanforderungen 199
(2) Prozesssollensanforderungen 207
(3) Ergebnissollensanforderungen 209
bb) Leistungsbezug ausschließlich nach dem BPGG 210
cc) Ausschließlicher oder ergänzender Sozialhilfebezug 212
b) Herstellung der Verbindlichkeit 213
c) Überwachung 214
aa) Staatliche Überwachung 214
(1) Strukturensollensanforderungen 214
(2) Prozess- und Ergebnissollensanforderungen 216
bb) Sonstige am Pflegeprozess Beteiligte 219
d) Reaktion auf die Überwachungsergebnisse 220
aa) Staatliche Einheiten 220
bb) Pflegebedürftiger 225
e) Rechtsschutz 228
aa) Rechtsschutz unmittelbar gegen Sollensanforderungen 230
bb) Rechtsschutz gegen Einzelmaßnahmen 231
f) Herstellung eines Kreislaufes 233
aa) Kleiner Kreislauf 233
bb) Großer Kreislauf 233
2. Qualitätssicherung außerhalb des Qualitätskreislaufes 234
3. Mitwirkungspflichten des Pflegebedürftigen 234

III. Qualitätssicherung in der nichtprofessionellen Pflege 235
1. Qualitätssicherungsinstrumente innerhalb des Qualitätskreislaufes 236
a) Erstellung von Sollensanforderungen 236
aa) Kein Leistungsbezug 236

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Leistungsbezug nach BPGG und oder Sozialhilfebezug 243
b) Herstellung der Verbindlichkeit 244
c) Überwachung 244
aa) Staatlich initiierte Überwachung 244
bb) Sonstige am Pflegeprozess Beteiligte 247
d) Reaktion auf die Überwachungsergebnisse 248
aa) Staatliche Reaktionen 248
bb) Reaktionen sonstiger am Pflegeprozess Beteiligter 249
e) Rechtsschutz 250
f) Herstellung eines Kreislaufes 251
2. Qualitätssicherungsinstrumente außerhalb des Qualitätskreislaufes 251
a) Unterstützung der Pflegebedürftigen 251
b) Unterstützung der Pflegenden 252
aa) Berufsmäßig Pflegende 252
bb) Nicht berufsmäßig Pflegende 254

E. Auswertung 258

I. Der doppelte Vergleich 258
1. Art der Leistungserbringung 258
a) Geldleistung oder Sachleistung 258
b) Professionelle oder nichtprofessionelle Pflegekräfte 263
c) Pflege und Betreuung 263
2. Umfang der Leistungserbringung 265
3. Steuerungsinstrumente 266
a) Deutschland 266
b) Vergleich mit Österreich 268
4. Sozialrecht oder Ordnungsrecht 271
5. Der Beitrag der zivilrechtlichen Haftung zur Qualitätssicherung 272
6. Qualitätssicherung im föderalen Staat 273
7. Der fehlende Wissenstransfer 274

II. Ziele und Möglichkeiten der Formalisierung der informellen Pflege 275

III. Die Grenzen der Formalisierung der informellen Pflege 289
1. Grundrechtseingriffe 290
a) Grundrechte des Pflegebedürftigen 290
aa) Ehe und Familie, Art. 6 I GG 290
bb) Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG 294
cc) Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 I GG 296
dd) Konkurrenzen 296

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Grundrechte der Pflegenden 297
aa) Ehe und Familie, Art. 6 I GG 297
bb) Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG 297
cc) Berufsfreiheit, Art. 12 I GG 298
dd) Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 I GG 299
ee) Konkurrenzen 299
2. Rechtfertigung 299
a) Einschränkbarkeit der beeinträchtigten Grundrechte 299
b) Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes 300
aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit 300
bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit 303
(1) Konkret in Betracht kommende Rechtfertigungsgründe 303
(a) Verbot mit nur leistungsrechtlicher Wirkung 303
(b) Verbot mit genereller Wirkung 305
(c) Probleme des Schutzes vor sich selbst 305
(2) Verhältnismäßigkeit der Grundrechtseingriffe 309
(a) Ehe und Familie, Art. 6 I GG 309
(b) Weitere Freiheitsrechte 311
3. Auswirkungen des Gleichheitssatzes 312
IV. Pflicht zur Formalisierung der informellen Pflege 316
V. Zusammenfassung 323
Literaturverzeichnis 326

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.F.	alte Fassung
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
AltPflG	Altenpflegegesetz
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
ASGG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AVPfleWoqG	Ausführungsversordnung zum Bayerischen Pflege- und Wohnqualitätsgesetz
BbgPBWoG	Brandenburgisches Pflege- und Betreuungswohngesetz
Bd.	Band
Begr.	Begründer
BGBl.	Bundesgesetzblatt
Bgld. SHG	Burgenländisches Sozialhilfegesetz
BMFSFJ	Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugend
BPGG	Bundespflegegeldgesetz
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksachen
BremWoBeG	Bremisches Wohn- und Betreuungsgesetz
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksachen
BUKO-QS	Bundeskonferenz zur Qualitätssicherung im Gesundheits- und Pflegewesen e.V.
BVG	Bundesversorgungsgesetz
B-VG	Bundes- Verfassungsgesetz
Ders.	Derselbe
DIN	Deutschen Institut für Normung
DNQP	Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EN	Europäische Norm
EQG M-V	Einrichtungsqualitätsgesetz Mecklenburg-Vorpommern
EuGRZ	Europäische Grundrechtezeitschrift
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FQA	Fachstellen für Pflege- und Behinderteneinrichtungen
FS	Festschrift
G-BA	Gemeinsamer Bundesausschuss
GewArch	Gewerbearchiv
GuKG	Gesundheits- und Krankenpflegegesetz
GuP	Gesundheit und Pflege
HBeG	Hausbetreuungsgesetz
HeimG	Heimgesetz
HGBP	Hessische Gesetz über Betreuungs- und Pflegeleistungen
HGHAG	Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz
HmbWBG	Hamburgische Wohn- und Betreuungsqualitätsgesetz
Hrsg.	Herausgeber
HStR	Handbuch des Staatsrechts
i.d.R.	in der Regel
ISO	International Organisation für Standardisation
jurisPK	juris PraxisKommentar
JuS	Juristische Schulung
KassKomm	Kasseler Kommentar zum Sozialgesetzbuch
KirtV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
K-MSG	Kärntner Mindestsicherungsgesetz
KrPflG	Krankenpflegegesetz
LHeimG	Landesheimgesetz
LHeimGS	Landesheimgesetz Saarland
LT-Drucks.	Landtagsdrucksachen

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

LWTG	Landesgesetz über Wohnformen und Teilhabe
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDK	Medizinscher Dienst der Krankenversicherung
MedR	Medizinrecht
NHeimG	Niedersächsisches Heimgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NÖ SHG	Niederösterreichisches Sozialhilfegesetz
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Mietrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OEG	Opferentschädigungsgesetz
Oö SHG	Oberösterreichisches Sozialhilfegesetz
ÖPZ	Österreichische Pflegezeitschrift
ÖZPR	Österreichische Zeitschrift für Pflegerecht
PFG	Pflegefondsgesetz
PflegeArbbV	Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen in der Pflegebranche
PfleWoqG	Bayerisches Pflege- und Wohnqualitätsgesetz
PflR	Pflegerecht
Pkt.	Punkt
PTVA	Pflege- Transparenzvereinbarung ambulant
PTVS	Pflege- Transparenzvereinbarung stationär
Rn.	Randnummer
RsDE	Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen
S.	Seite
SächsBeWoG	Sächsisches Betreuungs- und Wohnqualitätsgesetz
SbStG	Selbstbestimmungsstärkungsgesetz

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

SozSich (Österreich)	Soziale Sicherheit (Österreich)
SPG	Salzburger Pflegegesetz
SPSR	Swiss Political Science Review
StGG	Staatsgrundgesetz
ThürWTG	Thüringisches Wohn- und Teilhabegesetz
TMSG	Tiroler Mindestsicherungsgesetz
TROG	Tiroler Raumordnungsgesetz
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VfSlg.	Verfassungssammlung (Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes)
vgl.	vergleiche
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WTG	Wohn- und Teilhabegesetz
WTG LSA	Wohn- und Teilhabegesetz Landesrecht Sachsen-Anhalt
WTG NRW	Wohn- und Teilhabegesetz Nordrhein-Westfalen
WTPG	Wohn-, Teilhabe- und Pflegegesetz Baden-Württemberg
ZfS	Zeitschrift für Sozialreform
ZPol	Zeitschrift für Politikwissenschaft
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

A. Einführung

Beobachtet man die politische Diskussion der letzten Jahre, dann ist die soziale Sicherung bei Pflegebedürftigkeit ein Dauerthema. So war 2011 das „Jahr der Pflege“[1] in Deutschland, 2012 das „Europäische Jahr für aktives Altern und Solidarität zwischen den Generationen“[2], 2013 wurde in Deutschland der „Pflege-Bahr“[3] eingeführt und in Österreich feiert man 20 Jahre Pflegegeld[4]. Dennoch wird davon gesprochen, der große Wurf bei der Reform der sozialen Sicherung bei Pflegebedürftigkeit müsse noch kommen. Dieser große Wurf in Deutschland soll dann insbesondere einen neuen Pflegebedürftigkeitsbegriff und die damit verbundene Abkehr vom verrichtungsbezogenen Pflegebedürftigkeitsbegriff bringen.[5] In Österreich stehen die Bekämpfung des Pflegenotstandes und die Dynamisierung des Pflegegeldes im Vordergrund.[6]

Der Umstand, dass die soziale Sicherung bei Pflegebedürftigkeit ein politischer Dauerbrenner ist, macht das Thema für sich genommen noch nicht zu einem lohnenswerten

1 Die Pressemitteilung des Bundeministeriums für Gesundheit im Jahr 2011war noch voller Tatendrang. Sie stand unter dem Titel „Wir kümmern uns um die Menschen“ und es sollten u.a. Lösungen für den Fachkräftemangel und die Versorgung von Demenzkranken erarbeitet werden (abrufbar unter: http://www.bmg.bund.de/fileadmin/dateien/Pressemitteilungen/2011/2011_2/11-05-25_-26_PS Tin_Widmann-_Mauz_Deutsches_Rotes_Kreuz_Pflege.pdf, besucht am 01.08.2014). Im Ergebnis gab es jedoch nur ein „Pflegereförmchen“, ÄrzteZeitung vom 27.09.2012, Jahr der Pflege – Was war das? (abrufbar unter: http://www.aerztezeitung.de/panorama/k_specials/30-jahre/article/822708 /highlights-2011-jahr-pflege.html, besucht am 01.08.2014).

2 Ziel war die Sensibilisierung der Gesellschaft für die Probleme ältere Menschen, um eine verbesserte Teilhabe an der Gesellschaft und eine eigenständige Lebensführung zu ermöglichen, vgl. http://europa.eu/ey2012/ey2012main.jsp?langId=de&catId=971 (besucht am 01.08.2014). Dazu wurden vom BMFSFJ 45 Modellprojekte für 1 Jahr gefördert, vgl. http://www.ej2012.de/fileadmin/ user_upload/redaktion/ EJ2012/projektliste_gefoerdert_aktuell.pdf (besucht am 01.08.2014). Zwar gab Ministerin Christina Schröder bei der Abschlussveranstaltung an, das Jahr habe „Spuren hinterlassen“, *Bundesarbeitsgemeinschaft der Senioren-Organisationen e.V.,* Dokumentation der Abschlussveranstaltung zum Europäischen Jahr 2012, S. 2, eine weitere Förderung der Projekte durch den Bund erfolgt jedoch nicht, *Bundesarbeitsgemeinschaft der Senioren-Organisationen e.V.,* Dokumentation der Abschlussveranstaltung zum Europäischen Jahr 2012, S. 35.

3 Der sog. „Pflege-Bahr“ ist Teil des Pflegeneuausrichtungs-Gesetzes vom 23.10.2012, mit dem auch eine moderate Verbesserung der Leistungen für Demenzkranke und die Beibehaltung des verrichtungsbezogenen Pflegebedürftigkeitsbegriffes geregelt wird.

4 *Rudda,* ÖZPR 2013, S. 76-78.

5 So die Zielsetzung in der Begründung zum Pflegeneuausrichtungs-Gesetz, BT-Drucks. 17/9369, S. 18, wonach die Leistungsverbesserung für Demenzkranke durch das Pflegeneuausrichtungs-Gesetz nur einen Übergangscharakter haben soll, bis der neue Pflegebedürftigkeitsbegriff eingeführt wird.

6 Der Pflegenotstand beschreibt zunächst einen Mangel an Pflegepersonal. Vgl. aber *Hanika,* PflR 2012, S. 694, S. 696, wonach der Pflegenotstand zugleich ein „Bildungsnotstand” ist, wodurch die qualitative Seite der für die Zukunft bestehenden Herausforderungen deutlich wird. Allgemein zu Reformvorschlägen, *Prochazkova/Schmidt,* Pflege und Betreuung zu Hause, in: *Pfeil* (Hrsg.), Die Zukunft der Pflege und Betreuung in Österreich, S. 139, 154f.; *Pallinger/Grasser,* ÖZPR 2013, S. 10, 11.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gegenstand für die rechtswissenschaftliche Forschung. Schließlich dient diese nicht dazu, lediglich politische Modeerscheinungen zu begleiten.

Die soziale Sicherung bei Pflegebedürftigkeit ist jedoch nicht grundlos politischer Dauerbrenner. Die Gründe dafür sind der wachsende Pflegebedarf aufgrund des demografischen Wandels sowie eine sich ändernde gesellschaftliche Vorstellung davon, auf welche Art und Weise der Pflegebedarf gedeckt werden soll. Der zur Umsetzung dieser Erfordernisse notwendige Umbau der Pflegelandschaft führt auch dazu, dass es für die Sicherung der Qualität neuer Lösungen bedarf. Neue Lösungen können durch eine Analyse der in Deutschland bestehenden Qualitätssicherungsinstrumente unter Berücksichtigung der neuen Herausforderungen und im Wege eines Rechtsvergleiches mit Österreich gefunden werden.

I. Soziale Ausgangssituation

Die soziale Ausgangssituation wird zum einen bestimmt durch die demografische Entwicklung. Aufgrund der demographischen Entwicklung wird in Zukunft die Zahl der Pflegebedürftigen steigen[7], wohingegen die Zahl der potentiellen Pflegekräfte abnimmt[8]. Zwar ist durchaus umstritten, ob in einer alternden Gesellschaft auch das Risiko des Einzelnen, pflegebedürftig zu werden, steigt, gleichbleibt oder aufgrund des medizinischen Fortschritts sogar sinkt.[9] Aber allein die wachsende Zahl an älteren Menschen wird zu einer steigenden Zahl an Pflegebedürftigen führen. Dadurch wächst nicht nur der personelle, sondern auch der finanzielle Aufwand, der zur Versorgung der Pflegebedürftigen nötig ist. Die Sicherstellung der Pflege stellt damit eine der großen Herausforderungen für die Zukunft dar. Dabei dürfte unabhängig von der gleichlautenden Aussage des § 8 I SGB XI Einigkeit darüber bestehen, dass es sich bei der pflegerischen Versorgung der Bevölkerung um eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe handelt.

7 Zur steigenden Anzahl an Pflegebedürftigen für Deutschland, *Doblhammer/Westphal, et al.,* Demografische Forschung 2006, S. 3 und für Österreich, *Schneider/Österle, et al.,* Die Kosten der Pflege in Österreich, S. 14, 15.

8 Zur abnehmenden Zahl an potentiellen Pflegekräften für Deutschland, *Sütterlin/Hoßmann, et al.,* Demenz-Report, S. 32, 33, für nichtprofessionelle Pflegekräfte und S. 45, 46, für professionelle Pflegekräfte. Für Österreich wird ein vergleichbares Szenario prognostiziert, *Schneider/Österle, et al.,* Die Kosten der Pflege in Österreich, S. 20, 21, für nichtprofessionelle Pflegekräfte.

9 Zusammenfassend zu diesen drei Szenarien, *Geiger,* Pflege in einer alternden Gesellschaft, in: *Bieber* (Hrsg.), Sorgenkind demografischer Wandel?, S. 250, 254 sowie ausführlich, *Popp,* Die Pflegeversicherung - Stand, Probleme und Prognose, zur Status-Quo Prognose, S. 191ff., zur Morbiditätskompression, S. 206 und zur Morbiditätsexpansion, S. 206f.; zur These der gesünder werdenden Bevölkerung (entspricht der Morbiditätskompression), *Rothgang/Müller, et al.,* Barmer GEK Pflegereport 2012, S. 16.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zum anderen ändert sich derzeit die gesellschaftliche Vorstellung, wie Leben im Alter und Leben mit Pflegebedarf aussehen soll. Trotz Alter und Pflegebedarf wird ein möglichst „normales“ Leben gewünscht, bei dem man weiterhin an der Gesellschaft teilhaben kann.[10] Die Selbstbestimmung des einzelnen Pflegebedürftigen soll dabei im Vordergrund stehen.[11] Diese neuen Vorstellungen haben im Wesentlichen zwei Auswirkungen. Sie führen erstens dazu, dass als Ort der Pflege überwiegend die häusliche Umgebung gewünscht wird, und zweitens, dass andere Anforderungen daran gestellt werden, wie gute Pflege auszusehen hat.

Der Wunsch nach Pflege in häuslicher Umgebung schlägt sich auch in den Zahlen zum Verhältnis von häuslicher und stationärer Pflege nieder. In Deutschland werden etwa 2/3 der Pflegebedürftigen i.S.d. SGB XI im häuslichen Bereich gepflegt.[12]

Deutlich schwieriger festzustellen ist hingegen, was genau unter „guter Pflege“ zu verstehen ist. Auf die Frage nach dem Inhalt von guter Pflege wird man recht unterschiedliche Antworten erhalten, je nachdem, ob Pflegebedürftige, deren Angehörige, die unmittelbar Pflegenden, Pflegedienste oder Leistungsträger befragt werden.[13] Pflegebedürftige wünschen häufig eine Pflege, die ihre aktuell gefühlten Bedürfnisse befriedigt, d.h. sie möchten Einfluss auf Zeitpunkt, Art und Umfang der Pflege haben.[14] Ihnen ist es wichtig, Pflege von einem gleichbleibenden und kleinen Personenkreis zu erhalten, um ein Gefühl der Vertrautheit zu haben.[15] Professionelle Pflegekräfte dagegen müssen eine Vielzahl von Pflegebedürftigen versorgen und sind daher in die Dienstpläne der Pflegedienste eingebunden, so dass der gleichbleibende kleine Personenkreis, der den Pflegebedürftigen betreut, nicht immer gewährleistet werden kann.[16] Auch hat die Versorgung des Pflegebedürftigen entsprechend bestimmter Standards, beispielsweise hinsichtlich Körperhygiene, zu erfolgen, so dass für individuelle Wünsche des Pflegebedürftigen nicht immer Raum bleibt. Für nichtpflegende Angehörige ist entscheidend, dass die Interessen des Pflegebedürftigen gewahrt werden, während bei pflegenden Angehörigen die Vereinbarkeit der Pflegetätigkeit mit ihrem sonstigen Leben als weiteres

10 Eine solche Bewusstseinsänderung zeigt sich beispielsweise auch bei der Inklusion von Menschen mit Behinderung. Rechtlich manifestiert wurde diese Bewusstseinsänderung durch die UN-Behindertenrechtskonvention sowie die ersten Umsetzungsschritte durch den deutschen Gesetzgeber.

11 Die Forderung nach Selbstbestimmung wurde in den Programmsätzen in § 2 SGB XI und § 1 BPGG aufgegriffen. Sie wird auch in den Materialen zum SGB XI deutlich, BT-Drucks. 12/5952, S. 5f.

12 *Bundesministerium für Gesundheit,* Zahlen und Fakten zur Pflegeversicherung, S. 2; *Rothgang/Müller, et al.,* Barmer GEK Pflegereport 2012, S. 57.

13 *Wallner,* Eine Zukunft der Pflege und Betreuung in Österreich, in: *Pfeil* (Hrsg.), Die Zukunft der Pflege und Betreuung in Österreich, S. 51, 62f.

14 *Büscher,* Finanzierungsfragen der häuslichen Pflege, S. 88, 112; *Ollenschläger,* Institutionalisierung der Qualitätsentwicklung in der Pflege, S. 17f.; *Frerichs/Leichsenring, et al.*, Qualität Sozialer Dienste in Deutschland und Österreich, S. 217.

15 *Büscher,* Finanzierungsfragen der häuslichen Pflege, S. 111, „Stabilität der Versorgungssituation“.

16 *Frerichs/Leichsenring, et al.*, Qualität Sozialer Dienste in Deutschland und Österreich, S. 217.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Interesse hinzu kommt,[17] das wie bei der Pflege durch professionelle Pflegekräfte zu Einschränkungen bei der Erfüllbarkeit der Wünsche des Pflegebedürftigen führt.

Die gegenwärtigen Zahlen zum Verhältnis von professioneller und nichtprofessioneller Pflege könnten darauf hindeuten, dass sich die Wünsche des Pflegebedürftigen eher durch nichtprofessionelle Pflegekräfte erfüllen lassen.[18] Von den in häuslicher Umgebung Gepflegten erhalten ca. 80 % die Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte.[19] Für Österreich gibt es sowohl zum Verhältnis von stationärer Pflege zur häuslichen Pflege als auch zum Verhältnis von professioneller zu nichtprofessioneller Pflege vergleichbare Zahlen.[20] Bei einem Großteil der nichtprofessionellen Pflegekräfte handelt es sich um Angehörige. Die Bedeutung der Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte und damit einhergehend auch die Bedeutung der Sicherung der Qualität der von ihnen erbrachten Pflegeleistungen wird bereits mit Blick auf das zahlenmäßige Verhältnis von professioneller und nichtprofessioneller Pflege deutlich. Die Zahl der potentiell zur Pflege bereiten Angehörigen wird aber aufgrund der zunehmenden Zahl an Singlehaushalten und berufstätigen Frauen abnehmen.[21] Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass es sich bei der Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte um ein „Auslaufmodell" handelt. Der prognostizierte Mangel an Fachkräften für die Pflege macht nichtprofessionelle Pflegekräfte zur Sicherstellung der Versorgung der Pflegebedürftigen zwingend erforderlich. Auch wird es weiterhin pflegende Angehörige geben, wenn auch möglicherweise in geringerer Zahl. Dies hängt letztlich auch davon ab, wie viele der potentiellen Pflegekräfte am Ende tatsächlich zur Pflege motiviert werden können. So soll beispielsweise die Förderung ehrenamtlich Tätiger im Bereich der Pflege nach § 45d SGB

17 *Gille/Heinzmann,* Brennpunkt Pflege, S. 8-10; zur möglichen Unterstützung von pflegenden Angehörigen, *Becker/Lauerer,* Zur Unterstützung von Pflegepersonen - Unterstützungsnotwendigkeiten und -optionen, in: *Bundesministerium für Familie* (Hrsg.), Zeit für Verantwortung im Lebenslauf - Politische und rechtliche Handlungsstrategien, S. 121ff.

18 Dass der überwiegende Teil der Pflegearbeit durch nichtprofessionelle Pflegekräfte erbracht wird, kann auch andere Gründe haben, wie den Mangel an Fachkräften, gesellschaftliche Vorstellungen zu den Pflichten von Angehörigen oder schlicht ökonomische Gründe, da umfassende professionelle Pflege für den Pflegebedürftigen deutlich teurer ist als nichtprofessionelle Pflege.

19 *Bundesministerium für Gesundheit,* Zahlen und Fakten zur Pflegeversicherung, S. 4; *Rothgang/Müller, et al.,* Barmer GEK Pflegereport 2012, S. 58.

20 *Rudda/Fürstl-Grasser, et al.,* Neue Tendenzen in der Pflegevorsorge in Österreich, S. 1, lediglich 17,5 % der Pflegebedürftigen nach dem Bundespflegegeldgesetz und den Landespflegegeldgesetzen werden stationär gepflegt, von den in häuslicher Umgebung Gepflegten wird der überwiegende Teil vorwiegend durch nichtprofessionelle Pflegekräfte gepflegt. Vgl. auch *Gensluckner/Holzer,* Pflege aus Sicht der pflegenden Angehörigen (Laienpflege), S. 3, die die Familie als größten Pflegedienst im Staat bezeichnen sowie *Ellmer,* Probleme aus Sicht der Länder, in: *Pfeil* (Hrsg.), Die Zukunft der Pflege und Betreuung in Österreich, S. 39, 40, wonach 80 % der Pflegebedürftigen durch nichtprofessionelle Pflegekräfte gepflegt werden und 70 % der Gesamtpflegetätigkeit von nichtprofessionellen Pflegekräften erbracht wird.

21 *Büscher,* Finanzierungsfragen der häuslichen Pflege, S. 24f.; *Freiler,* SozSich (Österreich) 2008, S. 630, 633f.; zur möglichen (teilweisen) Kompensation, *Ellmer,* Probleme aus Sicht der Länder, in: *Pfeil* (Hrsg.), Die Zukunft der Pflege und Betreuung in Österreich, S. 39, 41.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

XI die Pflegebereitschaft nichtprofessionell Pflegender positiv beeinflussen. Angesichts des hohen Ausgangswertes der Angehörigenpflege bleibt sie weiterhin eine wichtige, wenn nicht die wichtigste, Gruppe an Pflegepersonen. Auch können durch neue Formen des Zusammenlebens im Alter wie beispielsweise Wohngemeinschaften[22] andere Gruppen von Menschen als nichtprofessionelle Pflegekräfte gewonnen beziehungsweise die vorhandenen Pflegekräfte effektiver genutzt werden.

Teil der sozialen Ausgangssituation ist auch, dass, unabhängig von den konkreten Vorstellungen zum Inhalt von guter Pflege, Probleme bei der Pflegequalität bestehen. Gerade in der medialen Darstellung wird die Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte dabei kaum thematisiert, woraus sich eine entsprechend eingeschränkte Problemwahrnehmung in der Bevölkerung ergibt. Wenn „Skandale" bei der Versorgung Pflegebedürftiger beschrieben werden, dann meist für Pflegeheime[23], jedenfalls aber beschränkt auf die professionelle Pflege[24]. Auch der pflegewissenschaftliche Diskurs über die Erstellung und den Inhalt von Leitlinien und Standards erfolgt nur begrenzt auf den Bereich der professionellen Pflege[25]. Qualitätsprobleme gibt es jedoch auch bei der Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte. Mangelndes Wissen um richtige Pflege-

22 So gibt es (bisher als einzelne Projekte) reine Senioren-Wohngemeinschaften, in denen die Pflege für die pflegebedürftigen Bewohner unter den übrigen Bewohnern aufgeteilt wird sowie Mehrgenerationen-Wohngemeinschaften, die die traditionelle Großfamilie ersetzen sollen. Beispielsweise lebt Henning Scherf in einer Senioren-WG und wirbt für diese Wohnform, vgl., *Der Standard,* vom 22.10.2010, "Unsere Wohngemeinschaft ist das beste Mittel gegen Einsamkeit", (abrufbar unter: http://derstandard.at/1287099841010/Unsere-Wohngemeinschaft-ist-das-beste-Mittel-gegen-Einsamkeit, besucht am 17.05.2014). Siehe zum Thema Senioren-WG auch den Bericht von Hummel, in Gesundheit und Gesellschaft 2014, S. 19ff. (abrufbar unter: http://www.aok-gesundheitspartner.de/imperia/md/aokbv/mediathek/gg/gg_0114_reportage.pdf, besucht am 17.05.2014). Aber auch das Zusammenleben mehrerer Pflegebedürftiger, die ambulant betreut werden, um vorhandene Pflegekräfte effektiver zu Nutzen, kommt in Betracht. Mit dieser Intention unterstützt der deutsche Gesetzgeber mit einem finanziellen Zuschuss die Gründung solcher Wohngemeinschaften nach § 45e SGB XI und erbringt anschließend gegenüber der „normalen" ambulanten Pflege nach § 38a I SGB XI erhöhte Pflegeleistungen.

23 Bei den entsprechenden Zeitungsberichten handelt es sich meist um drastische Einzelfälle, die aber gerade deshalb und wegen der Art der Berichterstattung öffentlich wahrgenommen werden, zum Beispiel: *merkur-online.de,* vom 18.05.2009*,* Mutige Pflegerin deckt Skandal in Altenheim auf (abrufbar unter: http://www.merkur-online.de/aktuelles/bayern/meta-mutige-pflegerin-deckt-skandal-altenheim-300559.html, besucht am 17.05.2014); *Hamburger Abendblatt,* Seniorenheim Donatus in Bad Bramstedt: Alles noch viel schlimmer (abrufbar unter: http://www.abendblatt.de/region/norderstedt/article1282955/Seniorenheim-Donatus-in-Bad-Bramstedt-Alles-noch-viel-schlimmer.html, besucht am 17.05.2014); *süddeutsche.de*, vom 06.05.2014, „Das war Misshandlung" (abrufbar unter: http://www.sueddeutsche.de/muenchen/filmaufnahmen-in-pflegeheimen-das-war-misshandlung-1.1952538, besucht am 17.05.2014).

24 *Welt online,* vom 31.08.2007*,* Pflege-Skandal erschüttert Deutschland (abrufbar unter: http://www.welt.de/politik/article1147648/Pflege_Skandal_erschuettert_Deutschland.html, besucht am 17.05.2014).

25 So umfasst beispielsweise der Forschungsgegenstand des Deutschen Netzwerks für Qualitätsentwicklung in der Pflege nur die professionelle Pflege.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

techniken, aber auch andere Gründe, können zu physischer und psychischer Überforderung des nichtprofessionell Pflegenden führen. Die Auswirkungen reichen von leichten Mängeln bei der Pflege bis hin zu Gewalt gegen Pflegebedürftige.[26]

II. Reaktionen des Gesetzgebers

In einer ersten Entwicklungslinie wurde vor allem auf den steigenden Pflegebedarf reagiert.[27] Lag der Schwerpunkt der Leistungen bei Pflegebedürftigkeit ursprünglich im Bereich der Fürsorge[28], wurde dieser Schwerpunkt hin zur Vorsorge verlagert.[29] Hilfeleistungen sollen nunmehr nur erforderlich sein, wenn die Leistungen der Vorsorge zusammen mit den eigenen Mitteln zur Bedarfsdeckung nicht ausreichend sind. Die Zahl der Empfänger von Hilfeleistungen oder zumindest die Höhe der Hilfeleistung sollte reduziert werden. In Deutschland geschah dies mit Einführung der sozialen Pflegeversicherung im Jahr 1994 im Sozialgesetzbuch, Elftes Buch (SGB XI). In Österreich wurden bereits ein Jahr zuvor sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene Pflegegeldgesetze erlassen, die eine einkommens- und vermögensunabhängige Geldleistung bei Pflegebedürftigkeit vorsahen. Zeitgleich erfolgte in beiden Ländern der Ausbau von professionellen Pflegeeinrichtungen. Dieser Umbau der Systeme der sozialen Sicherung bei Pflegebedürftigkeit diente zum einen der Deckung des steigenden Bedarfes und zum anderen der finanziellen Entlastung des Fürsorgesystems.[30]

---

26 Zum Tabuthema Gewalt in der Familie gegen Ältere, *Görgen,* Gewalt gegen Ältere im persönlichen Nahraum, S. 145f. sowie *Ganner,* ÖZPR 2013, S. 20.

27 Natürlich lassen sich gesellschaftliche Entwicklungen wie die veränderte Vorstellung über den Inhalt von Pflege und Reaktion des Gesetzgebers nicht streng voneinander trennen. So haben die Positionen von Verbänden wie der freien Wohlfahrtspflege Auswirkungen auf Entscheidungsprozesse in den Parteien und umgekehrt. Die konkrete Reaktion des Gesetzgebers ist letztlich auch von Kompromissen zwischen Regierung und Opposition geprägt. Ausführlich zum Ablauf der Entscheidungsprozesse bis hin zu sozialen Pflegeversicherung: *Meyer,* Der Weg zur Pflegeversicherung, S. 179ff.

28 Grundlegend zur Systematisierung des Sozialrechts, siehe *Zacher,* Einführung in das Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 20ff.

29 Dies gilt sowohl für Deutschland als auch für Österreich. Zwar gab es in Deutschland bereits vor Einführung der sozialen Pflegeversicherung Leistungen an Pflegebedürftige aus Vorsorgesystemen, vgl. die umfassenden Darstellung der Leistungen bei *Igl,* Pflegebedürftigkeit und Behinderung im Recht der sozialen Sicherheit, S. 337ff. Der Schwerpunkt lag jedoch bei der Hilfe zur Pflege. Zur Situation in Österreich vor Einführung des Pflegegeldes, siehe *Pfeil,* Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich, S. 53ff.

30 Bei der Deckung des Bedarfes ging es vor allem um den Ausbau der professionellen Pflege, siehe *Meyer,* Der Weg zur Pflegeversicherung, S. 135. Die finanzielle Entlastung der Kostenträger der Sozialhilfe (vgl. zu diesem Motiv *Meyer,* Der Weg zur Pflegeversicherung, S. 79f.) war vor allem eine finanzielle Entlastung der Kommunen und eine Beteiligung des Bundes an den Kosten der Pflege. Dass diese Maßnahme wirksam war, zeigt die Statistik zu den Ausgaben für die Hilfe zur

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Eine zweite Entwicklungslinie kann man mit: „von der Quantität zur Qualität“ zusammenfassen. Bei den Reformen des SGB XI in den letzten Jahren ging es vorrangig nicht um einen Ausbau der Leistungen, sondern um eine Erhöhung der Leistungsqualität.[31] Es kam zu einer deutlichen Ausdifferenzierung der Qualitätssicherungsinstrumente für die professionelle Pflege. Diese Entwicklung führte dazu, dass die Qualitätssicherung nunmehr in einem eigenen Kapitel im SGB XI geregelt ist, welches umfangreiche Regelungen zur Erstellung und Überwachung von Qualitätsanforderungen enthält. Zweck dieser Fokussierung auf die Pflegequalität war sicher zu einen die Erwartung, durch bessere Qualität bei im Wesentlichen gleichbleibender Leistungshöhe den Pflegebedarf besser decken zu können. Jedoch dürften auch die neueren Vorstellungen vom Inhalt der Pflege hin zu mehr Selbstbestimmung der Pflegebedürftigen Auswirkungen gehabt haben. Dafür spricht vor allem die Schaffung von Transparenz durch Veröffentlichung der Prüfberichte, denn damit soll den Pflegebedürftigen eine informierte Wahl des Leistungserbringers ermöglicht werden.

Keine Ausdifferenzierung von Qualitätssicherungsinstrumenten gab es hingegen bei der nichtprofessionellen Pflege.[32]

III. Forschungsstand und Ziel der Untersuchung

Der hohe Stellenwert der nichtprofessionellen Pflege sowohl als favorisierte Option bei der Ausübung der Wahlfreiheit durch den Pflegebedürftigen als auch als tatsächlich häufigste Form der Pflege steht im Gegensatz zur bisher kaum vorhandenen Wahrnehmung bei den politischen und pflegewissenschaftlichen Diskussionen insbesondere dann, wenn es um die Qualität der Pflege geht.

Der rechtswissenschaftliche Forschungsbedarf ergibt sich aber vor allem daraus, dass sowohl der Gesetzgeber[33] als auch rechtswissenschaftliche Arbeiten die Qualitätssiche-

---

Pflege von 1963 bis 2011, siehe *Statistisches Bundesamt*, 2011, Statistik zur Sozialhilfe, Hilfe zur Pflege, S. 6. (abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Soziales/Sozialhilfe/HilfezurPflege5221020152210.pdf?__blob=publicationFile, besucht am 17.05.2014). Die Situation ist vergleichbar mit der Diskussion über die Beteiligung des Bundes an den Kosten der Eingliederungshilfe, siehe BR-Drucks. 282/1/12, S. 2.

31 Auch nach Einführung des SGB XI kam es noch zu Leistungsanpassungen, wie beispielsweise durch die §§ 45a, 45b SGB XI, die mit dem Pflegeleistungs-Ergänzungsgesetz m.W.v. 01.01.2002 eingeführt wurden.

32 Auch der am 12.08.2015 vom Bundeskabinett verabschiedete Entwurf des Pflegestärkungsgesetzes II enthält keine Änderungen im Hinblick auf die Struktur der Qualitätssicherung und es bleibt bei der Zweiteilung in professionelle und nichtprofessionelle Pflege. Vielmehr werden die Instrumentarien der Qualitätssicherung für die professionelle Pflege weiterentwickelt (beispielsweise die Sicherstellung der Wissenschaftlichkeit bei der Qualitätsmessung und Qualitätsdarstellung nach § 113b IV E-SGB XI), während für die nichtprofessionelle Pflege alles beim Alten bleibt.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rung der nichtprofessionellen Pflege bisher kaum oder gar nicht behandelt haben. Rechtswissenschaftliche Arbeiten zur Qualitätssicherung in der Pflege gibt es bisher soweit ersichtlich nur zur professionellen Pflege.[34] Für den politischen Diskurs fällt auf, dass viel über Qualität in der professionellen Pflege diskutiert wird[35] und diese Diskussionen auch zu Änderungen der Qualitätssicherungsvorschriften im SGB XI geführt haben.[36] Dagegen gibt es für die nichtprofessionelle Pflege keine ausdrücklichen Vorschriften zur Qualitätssicherung im SGB XI und auch keine Qualitätsstandards.[37] Diese Untätigkeit des Gesetzgebers verwundert besonders, da für die nichtprofessionelle Pflege im Gegensatz zur professionellen Pflege und auch im Gegensatz zu ärztlichen Leistungen keine fachlichen Standards entstehen können, die ein Eingreifen des Gesetzgebers möglicherweise überflüssig machen. Weder dürften nichtprofessionelle Pflegende als Gruppe der Gesellschaft zur Erstellung von Standards in der Lage sein, noch sind sie ausreichend organisiert.

Ganz allgemein formuliert, ist es Ziel der Untersuchung, Erkenntnisse über die Möglichkeiten zur staatlichen Steuerung der Qualität der Pflege, welche durch nichtprofessionelle Pflegekräfte erbracht wird, zu gewinnen. Eine Konkretisierung dieses Ziels ist möglich durch einen ersten groben Vergleich von Qualitätssicherung bei professioneller Pflege mit Qualitätssicherung bei nichtprofessioneller Pflege. Dabei kann festgestellt werden, dass die Anforderungen an die professionelle Pflege dynamisch sind und neue pflegewissenschaftliche und medizinische Erkenntnisse in die Anforderungen einfließen. Für die nichtprofessionelle Pflege hingegen existieren nur starre Mindestanforderungen. Ziel soll es daher sein, Lösungen zu finden, die eine Anbindung der Qualität der nichtprofessionellen Pflege an neue wissenschaftliche Erkenntnisse ermöglichen und damit auch dieser eine gewisse Dynamik verleihen, gleichzeitig jedoch die Besonderheiten und Vorteile der Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte bewahren. Diese Vorteile entstammen in der Regel einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Pflegebedürftigem und nichtprofessionell Pflegenden. Die Lösungssuche soll auf zwei Wegen erfolgen. Zum einen wird geprüft, ob für die nichtprofessionelle Pflege in Anlehnung an die Qualitätssicherung bei der professionellen Pflege ein eigenes dynamisches Qualitätssicherungsrecht entwickelt werden kann, welches die eben beschriebenen Besonderheiten der nichtprofessionellen Pflege berücksichtigt. Zum anderen wird untersucht, inwieweit durch eine Kooperation von professionellen und nichtprofessionellen Pflege-

33 Hinsichtlich der Aktivitäten des Gesetzgebers spricht Wolfgang Schütte auch von rechtlich organisierter Gleichgültigkeit, siehe *Schütte,* Integration der Laienpflege und Anreiz zur Laienpflege: Familiengerechte Dienstleistungen im SGB XI, in: *Bieback* (Hrsg.), Die Reform der Pflegeversicherung 2008, S. 83, 100.

34 Trotz der umfassenden Titel befassen sich, *Bieback,* Qualitätssicherung in der Pflege im Sozialrecht; *Igl/Schiemann, et al.,* Qualität in der Pflege und *Hamdorf,* Öffentliche und private Verantwortung für Qualität in der Pflege, nur mit der Qualitätssicherung in der professionellen Pflege.

35 BT-Drucks. 14/5395, S. 1, 17f.; BT-Drucks. 16/7439, S. 41, 42, 81.

36 Vgl. zuletzt das Pflegeweiterentwicklungsgesetz, BGBl. I 2008, Nr. 20, S. 874-906.

37 Dies hat sich auch mit dem Pflegeneuausrichtungsgesetz vom 23.10.2012 nicht geändert.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kräften die nichtprofessionelle Pflege an der Dynamik der Qualitätssicherung in der professionellen Pflege teilhaben kann.

Bei der Suche nach neuen Möglichkeiten des Gesetzgebers zur Gestaltung der Qualitätssicherung der nichtprofessionellen Pflege handelt es sich auch um ein rechtswissenschaftliches Ziel, welches mittels Rechtsvergleich verfolgt und erreicht werden kann. Es gehört sowohl zu den Aufgaben als auch zu den Möglichkeiten der Rechtswissenschaft, im eigenen Land bisher unbekannte rechtliche Lösungsmöglichkeiten für soziale Probleme zu finden und damit einen Beitrag zur Entwicklung des Rechts zu leisten.[38] Gerade der Rechtsvergleich ist für das Finden bisher unbekannter Lösungsmöglichkeiten ein sehr geeignetes Mittel.[39]

Neue Erkenntnisse werden nicht nur durch (Rechts-)Vergleich, sondern auch durch die streng an einem modifizierten Qualitätskreislauf ausgerichtete Analyse der bestehenden rechtlichen Instrumente, die der Sicherung der Qualität dienen sollen, gewonnen. Dies gilt sowohl für die Pflege durch professionelle als auch für die Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte. Die Kernfunktion beziehungsweise der entscheidende Vorteil des Modells des Qualitätskreislaufes ist die Beschreibung des Ziels der ständigen Weiterentwicklung der Qualität mit jedem Durchlauf. Eine konsequente Zuordnung aller bestehenden Instrumente zu den einzelnen Ebenen des Qualitätskreislaufes führt zu einem besseren Verständnis von Funktion und Wirkung des einzelnen Instrumentes, da eine Einordnung in das System Qualitätssicherung möglich wird. Es wird sichtbar, an welchen Stellen in der gegenwärtigen Systematik der Instrumente die Schwachpunkte bestehen und weshalb es nicht im erhofften Umfang zur ständigen Weiterentwicklung der Qualität kommt. Dieses bessere Verständnis wird noch vertieft, indem der Qualitätskreislauf für alle Situationen beschrieben wird, in denen sich der Pflegebedürftige aus leistungsrechtlicher Sicht befinden kann. Denn je nachdem ob und gegebenenfalls welche Sozialleistungen der Pflegebedürftige erhält, gelten jeweils eigene teils aufeinander aufbauende teils sich ausschließende Qualitätssicherungssysteme.

38 *Zacher,* Erhaltung und Verteilung natürlicher Gemeinschaftsgüter, in: *Badura/Scholz* (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, S. 107, 116f.

39 *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 14.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Gang der Untersuchung

1. Der doppelte Vergleich

Das Ziel der Untersuchung soll durch zwei Vergleiche erreicht werden. In einem ersten Schritt wird für Deutschland ein Vergleich der Qualitätssicherung der professionellen Pflege mit der Qualitätssicherung der nichtprofessionellen Pflege durchgeführt.

In einem zweiten Schritt sollen neue Erkenntnisse für die Qualitätssicherung der nichtprofessionellen Pflege gewonnen werden, indem ein Rechtsvergleich mit Österreich erfolgt. Erst dieser übernationale Bezug macht diese Arbeit zu einem Rechtsvergleich.[40]

Beide Vergleiche erfolgen in den beiden bei der Konkretisierung des Untersuchungsziels beschriebenen Schritten. Es wird zum einen geprüft, inwiefern eine Übertragung Instrumenten der Qualitätssicherung der professionellen Pflege auf die nichtprofessionelle Pflege möglich ist, die zur Dynamik der Qualitätssicherung führen. Dabei sind aber insbesondere die rechtlichen Unterschiede der jeweiligen Art der Leistungserbringung und die tatsächlichen Unterschiede in der Entstehung der Pflegebeziehung zu berücksichtigen. Diese Unterschiede sind auch recht groß. Dennoch gibt es kein geeigneteres Vergleichspaar, da für beide Arten der Leistungserbringung Ziel der Leistung und Leistungsempfänger gleich sind. Bei dem Ziel der Leistung und dem Leistungsempfänger handelt es sich für die Qualität einer Dienstleistung um die entscheidenden Merkmale. Der Argumentation von *Schütte*, als Vergleichsmodell sei das Familien- und Jugendhilferecht besser geeignet, da es sowohl bei der nichtprofessionellen Pflege als auch im Familien- und Jugendhilferecht um „Erhalt und Stärkung vorhandener familiärer Ressourcen" gehe[41], ist insoweit zuzustimmen, als die meisten Pflegebeziehungen im Bereich der nichtprofessionellen Pflege dem familiären Umfeld entstammen. Dies erfasst aber nur die tatsächliche Entstehung der Pflegebeziehung, die für den Vergleich professionelle Pflege – nichtprofessionelle Pflege bereits als ein wesentlicher Unterschied erkannt wurde. Aber selbst bei der tatsächlichen Entstehung der Pflegebeziehung unterscheiden sich nichtprofessionelle Pflege und der Regelungsbereich des Familien- und Jugendhilferechts. Jedenfalls im Normalfall entsteht die Pflegebeziehung bei der nichtprofessionellen Pflege durch eine freiverantwortliche Entscheidung des Pflegebedürftigen und des Pflegenden. Sowohl der deutsche als auch der österreichische Gesetzgeber gehen von dieser freiverantwortlichen Entscheidung des Pflegebedürftigen aus, da das Pflegegeld unmittelbar an den Pflegebedürftigen ausgezahlt wird und Pflichten über die Verwendung des Pflegegeldes ebenfalls an den Pflegebedürftigen gerichtet sind. Dage-

40 *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 2.

41 *Schütte,* Integration der Laienpflege und Anreiz zur Laienpflege: Familiengerechte Dienstleistungen im SGB XI, in: *Bieback* (Hrsg.), Die Reform der Pflegeversicherung 2008, S. 83, 86.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen liegt die freiverantwortliche Entscheidung im Familien- und Jugendhilferecht jedenfalls nicht beim Kind beziehungsweise Jugendlichen. Auch ist anzumerken, dass nicht alle Pflegebeziehungen im Bereich der nichtprofessionellen Pflege aus einer familiären Beziehung entstehen. So gibt es reine Zweckgemeinschaften in Form von Wohngemeinschaften, sowie die Möglichkeit nicht ausgebildete Pflegekräfte gegen Entgelt zu beschäftigen. Die zentrale Gemeinsamkeit zwischen professioneller und nichtprofessioneller Pflege aber, nämlich das gleiche Leistungsziel, das mit den staatlichen Leistungen für beide Arten der Pflege erreicht werden soll, gibt es nur im Vergleichspaar professionelle Pflege - nichtprofessionelle Pflege. Das Vergleichspaar nichtprofessionelle Pflege – Familien- und Jugendhilferecht wird dennoch aufgenommen und im Vergleichsteil der Arbeit dort herangezogen, wo der Vergleich mit der professionellen Pflege nicht weiterführend ist. Neben der Möglichkeit der Übertragung von Instrumenten wird zum anderen die Möglichkeit geprüft, eine Dynamik der Qualität der nichtprofessionellen Pflege durch Kooperation zwischen professionellen und nichtprofessionellen Pflegekräften zu erreichen.

Zur Vorbereitung der beiden Vergleiche werden in einem Grundlagenteil ein allgemeines Prüfraster für Instrumente der Qualitätssicherung von Pflegeleistungen und Vergleichskriterien entwickelt. Anschließend werden in zwei Länderberichten jeweils getrennt die Qualitätssicherung der professionellen Pflege und die Qualitätssicherung der nichtprofessionellen Pflege dargestellt.

2. Methode das Rechtsvergleichs

(Jeder) „Rechtsvergleich dient dem besseren Erfassen, Verstehen und Bewerten von Recht.“[42] Zu einem besseren Verständnis des eigenen Rechts durch die Analyse fremden Rechts kommt es dabei gewissermaßen „automatisch“. Allein die Erkenntnis, dass für eine vergleichbare soziale Situation in einem anderen Land eine andere Lösung gewählt wurde, führt zu der Einsicht, dass die Lösung im eigenen Land nicht die einzig mögliche ist. Durch einen auf das konkrete Ziel der Untersuchung ausgerichteten Vergleich der beiden Rechtsordnungen wird die Erkenntnis der Relativität des eigenen Rechts[43] noch vertieft, da die Möglichkeit der Übertragung der abweichenden Lösung geprüft werden kann. Dies wurde als konkretes Ziel dieses Rechtsvergleiches bereits beschrieben. Die Methode gibt nun Auskunft darüber, wie das gewählte Ziel auf rechtswissenschaftliche Art und Weise verfolgt werden kann.

Die Methode des Rechtsvergleiches stellt dabei bereits Anforderungen an die Beschreibung des Ziels. Das Ziel der Untersuchung muss so formuliert werden, dass es

42 *Zacher,* Vorbereitende Ausarbeitung, in: *Zacher* (Hrsg.), Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs, S. 21, 22.

43 *Brandt,* JuS 2003, S. 1082, 1084.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mittels Rechtsvergleich verfolgt werden kann.[44] Dazu muss es „vorrechtlich" sein. Vorrechtlich meint dabei die Beschreibung eines sozialen Problems losgelöst von den Begriffen der eigenen Rechtsordnung.[45] Da rechtliche Begriffe in zwei Rechtsordnungen eine unterschiedliche Bedeutung haben können, kann nur durch die vorrechtliche Formulierung sichergestellt werden, dass in der fremden Rechtsordnung auch die Lösung des gleichen sozialen Problems untersucht wird und nur wenn das gleiche soziale Problem in den Vergleichsrechtsordnungen untersucht wurde, können die Lösungen auch miteinander verglichen werden. Die Anforderungen an die Problemformulierung sind hier für das Ziel der Untersuchung insbesondere für „nichtprofessionelle (häusliche) Pflege" und „Qualitätssicherung" erfüllt. Zwar muss noch genau definiert werden, was unter nichtprofessioneller häuslicher Pflege zu verstehen ist, es handelt sich jedoch um eine tatsächliche Erscheinungsform der Pflege, die sich ohne die Verwendung von Rechtsbegriffen beschreiben lässt. Auch die Frage, was Qualitätssicherung ist, kann unter Berücksichtigung des Zwecks der Qualitätssicherung durch Rückgriff auf wirtschaftswissenschaftliche Grundsätze erklärt werden.

Ebenso sind bei der Untersuchung der eigenen sowie der Rechtsordnung des Vergleichslandes methodische Vorgaben zu beachten. Diese methodischen Vorgaben wirken sich vor allem darauf aus, was in den jeweiligen Rechtsordnungen zu untersuchen ist und wie dies erfolgen muss. Für die Frage, was ist zu untersuchen ist, ist nach der Funktion der potentiell zu untersuchenden Normen zu fragen.[46] Gegenstand der Untersuchung sind dann alle Normen, die zumindest auch dazu dienen, die Qualität der häuslichen Pflege zu beeinflussen. Im Rahmen des „Wie" ist jede Rechtsordnung mittels ihrer eigenen Dogmatik vor ihrem eigenen historisch-gesellschaftlichen Hintergrund zu untersuchen.[47] Dies bedeutet für die konkrete Untersuchung, die österreichische Rechtsordnung völlig unabhängig von den Begriffen und der Dogmatik der deutschen Rechtsordnung zu erforschen. Um anschließend eine Vergleichbarkeit der Lösungen zu gewährleisten, muss jedoch ein gemeinsames übergeordnetes Ordnungssystem gefunden werden, dem die Darstellung der Lösungen in der deutschen und österreichischen Rechtsordnung folgt.

Die größten methodischen Probleme stellen sich dann innerhalb des eigentlichen Vergleiches oder, wenn man den Eingangssatz wieder aufnimmt, genaugenommen beim

---

44 *Scheiwe,* KritV 2000, S. 30; *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33.

45 *Eichenhofer,* NZS 1997, S. 97, 98f.; *Mössner,* AöR 1974, S. 193, 198; *Rösler,* JuS, 1999, S. 1186f.; *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33.

46 Zum Funktionalitätsprinzip, siehe v. *Maydell,* Sozialpolitik und Rechtsvergleich, in: *Ruland/von Maydell/Papier* (Hrsg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats, S. 591, 596; *Langendonck,* Probleme und Problemlösungen des wissenschaftlichen Sozialrechtsvergleichs, in: *Zacher* (Hrsg.), Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs, S. 77, 84.

47 *Eichenhofer,* NZS 1997, S. 97, 99; *Pieters,* Reflections on the Methodology of Social Security Law Comparison, in: *Ruland/von Maydell/Papier* (Hrsg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats, S. 715, 717; *Sommermann,* DÖV 1999, S. 1017, 1022.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bewerten von Recht.[48] Zwar können noch mehr oder weniger unproblematisch die Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei den Lösungen der zu vergleichenden Länder für das soziale Problem insoweit dargestellt werden, dass der Einsatz unterschiedlicher oder gleicher Steuerungsformen festgestellt wird. Insoweit wird zumindest ein Beitrag zum Erfassen und Verstehen von Recht geliefert. Gerade die Systematisierung der Lösungen zweier Rechtsordnungen für das gleiche soziale Problem nach gemeinsamen Maßstäben ermöglicht eine neue Perspektive auf das eigene Recht, da Systematisierung von Recht ansonsten innerhalb einer Rechtsordnung erfolgt.[49] Mit großer Sorgfalt wird es möglich sein, zu prüfen, ob einzelne Lösungen des Vergleichslandes auf die eigene Rechtsordnung übertragen werden können und welcher Modifikationen es gegebenenfalls bedarf um beispielsweise den verfassungsrechtlichen Vorgaben der eigenen Rechtsordnung gerecht zu werden. Auch wenn es sich bei der Übertragung selbst zunächst nur um ein rechtspolitisches Gedankenspiel handelt, so kann dies gleichwohl Gegenstand eines Rechtsvergleiches sein.[50] Das große Problem innerhalb des Vergleiches ist dann jedoch, ob eine Bewertung der (verschiedenen) Lösungen für das soziale Problem der beiden Vergleichsrechtsordnungen möglich ist, die rechtswissenschaftlichen Maßstäben gerecht wird. Möglich ist eine solche Bewertung jedenfalls dann, wenn es einen übergeordneten normativen Maßstab gibt, wie beispielsweise europarechtliche Vorgaben, denen die Vergleichsrechtsordnungen gerecht werden müssen.[51] An einem solchen übergeordneten normativen Maßstab fehlt es allerdings in den meisten Fällen. Hier wird versucht anhand von „Qualitätssicherungskonstellationen“, die auf den leistungsrechtlichen Situationen beruhen, in denen sich ein Pflegebedürftiger befinden kann, einen normativen Rahmen für die staatliche Qualitätssicherung zu entwickeln, welcher die rechtlichen Interessen der Beitrags- beziehungsweise Steuerzahler, der Leistungserbringer, der unmittelbar Pflegenden, soweit diese vom Leistungserbringer verschieden sind und der Leistungsempfänger beinhaltet. Diese Interessen aller im weitesten Sinne am Pflegeprozess Beteiligten werden sich in beiden Vergleichsländern verfassungsrechtlich verankern lassen. Obwohl die Rechte selbst den jeweiligen Landesverfassungen entnommen werden, ist dies als übergeordneter normativer Vergleichsmaßstab geeignet, da es für den zu erstellenden rechtlichen Rahmen allein auf die Existenz der rechtlichen

48 *Becker,* Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, in: *Becker* (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht I, S. 11, 22.

49 Zur Bedeutung der Systematisierung für die Rechtsdogmatik vgl. *Becker,* Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, in: *Becker* (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht I, S. 11, 14f.

50 *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 6 und zu rechtpolitischen Erwägungen im Rahmen des Rechtsvergleichs allgemein S. 46, sowie *Eichenhofer,* NZS 1997, S. 97, 99; auch ist das Aufzeigen von Optionen Bestandteil der Rechtswissenschaft und erst die Wahl einer bestimmten Option ist eine politische Entscheidung, vgl. *Becker,* Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, in: *Becker* (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht I, S. 11, 29.

51 *Becker,* Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, in: *Becker* (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht I, S. 11, 22.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

geschützten Interessen ankommt und nicht darauf, wie und in welchem Umfang diese Interesse konkret geschützt werden. Nicht möglich wird es hingegen sein, die Wirksamkeit der von Deutschland und Österreich eingesetzten Instrumente in der Form zu bewerten, dass die Wirksamkeit der einzelnen Instrumente ermittelt und anschließend verglichen werden könnte. Dies ist vielmehr Aufgabe der empirischen Sozialwissenschaften.[52] Der funktionale Rechtsvergleich kann hier aber die Vorarbeit leisten und aufzeigen, welche die funktional äquivalenten Instrumente sind, deren Wirkungen anschließend empirisch untersucht werden sollen.

3. Wahl des Vergleichslandes

Die Wahl des Vergleichslandes wird durch das Ziel des Vergleichs bestimmt. Dieses kann vor allem dann erfüllt werden, wenn möglichst interessante Lösungen des gewählten Problems im Vergleichsland zu finden sind, das Vergleichsland aber gleichzeitig dem eigenen Rechts- und Gesellschaftssystem möglichst ähnlich ist, da dies die Wahrscheinlichkeit für eine erfolgreiche Übertragung der Lösungen erhöht.[53] In Österreich besteht ein ähnliches Rechts- und Gesellschaftssystem. Auch gibt es eine vergleichbare Altersstruktur und damit auch eine vergleichbare Ausgangslage zur Regelung des sozialen Risikos der Pflegebedürftigkeit. Damit stellt sich zwangsläufig auch das Problem der Qualitätssicherung bei der Erbringung von Pflegeleistungen. Auch gibt es sowohl professionelle als auch nichtprofessionelle Pflege in einem vergleichbaren zahlenmäßigen Verhältnis. Andererseits bestehen auch genügend Unterschiede, die „interessante Lösungen" erwarten lassen. So wird sich der Umstand, dass in Österreich die Leistungen bei Pflegebedürftigkeit (vorwiegend, vgl. § 20 Bundespflegegeldgesetz) als Geldleistungen erbracht werden, auf die Struktur der Qualitätssicherung von Pflegeleistungen auswirken. Damit gibt es in Österreich bei der Leistung von Pflegegeld für beide Arten der Erbringung von Pflegeleistungen, also sowohl die professionelle Pflege als auch die nichtprofessionelle Pflege, kein Leistungsdreieck und damit auch keine rechtliche Beziehung zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer. Österreich ist damit im Hinblick auf das Ziel der Untersuchung ein besonders geeignetes Vergleichsland. Die rechtlichen Strukturen bei der Erbringung von Pflegeleistungen sowohl durch professionelle als auch durch nichtprofessionelle Pflegekräfte in Österreich sind grob betrachtet den rechtlichen Strukturen der Erbringung Pflegeleistungen durch nichtprofes-

52 *Scheiwe,* KritV 2000, S. 30, 35f.; zum Problem des Effizienzvergleichs von sozialrechtlichen Lösungen vgl. *Becker,* Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, in: *Becker* (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht I, S. 11, 22f.

53 *Maydell,* Sozialpolitik und Rechtsvergleich, in: *Ruland/Maydell/Papier* (Hrsg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats, S. 591, 596; *Langendonck,* Probleme und Problemlösungen des wissenschaftlichen Sozialrechtsvergleichs, in: *Zacher* (Hrsg.), Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs, S. 77, 84.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sionelle Pflegekräfte in Deutschland sehr ähnlich. Dies erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass Maßnahmen der Qualitätssicherung in Österreich für die Qualitätssicherung der nichtprofessionellen Pflege in Deutschland nutzbar gemacht werden können. Als Unterschied ist aber zu beachten, dass das Pflegegeld in Österreich nicht durch Beiträge sondern durch allgemeine Haushaltsmittel finanziert wird. Dem Pflegebedürftigen können damit möglicherweise mehr Pflichten zur zweckgemäßen Verwendung auferlegt werden.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Grundlagenteil

I. Begriffe und Grundlagen

1. Begriffsklärung

Die Begriffsklärung dient nicht dazu, allgemeingültige Definitionen für die verwendeten Begriffe zu finden. Der Inhalt der hier verwendeten Begriffe wird maßgeblich durch das Ziel der Untersuchung bestimmt. Wenn es darum geht, möglichst viel über Möglichkeiten zur Steuerung der Qualität in der nichtprofessionellen häuslichen Pflege herauszufinden, dann ist ein weites Verständnis von Qualität und Qualitätssicherung erforderlich. Auch erfolgt die Abgrenzung zwischen häuslicher Pflege und stationärer Pflege zielgerichtet auf typische Qualitätssicherungskonstellationen in der nichtprofessionellen Pflege in häuslicher Umgebung.

a) Qualität

Im wissenschaftlichen Verständnis ist der Qualitätsbegriff inhaltlich neutral und beschreibt den Vergleich des Istzustandes mit dem Sollzustand. Damit ist als Definition für Qualität zugrunde zu legen: „die Gesamtheit der Merkmale, die ein Produkt oder eine Dienstleistung zur Erfüllung vorgegebener Forderungen geeignet macht“[54] oder nach der aktuellen DIN EN ISO 9000 (2005) der „Grad, in dem ein Satz inhärenter Merkmale Anforderungen erfüllt“. Jedenfalls zum Teil eine andere Bedeutung hat Qualität im allgemeinen Sprachverständnis. Hier wird Qualität auch wertend gebraucht, wie schon bei dem Sprichwort „Qualität vor Quantität“ erkennbar. In diesem Zusammenhang wird Qualität dann oft mit Güte gleichgesetzt.

Im Rahmen des Rechtsvergleichs, bei dem auf Grundlage des Funktionalitätsprinzips alle zu untersuchenden Regelungen gefunden werden sollen[55], ist es dann zweckmäßig einen inhaltlich neutralen Qualitätsbegriff zu verwenden, da ein inhaltlich neutraler Qualitätsbegriff keine wertenden Vorentscheidungen enthält. Auch kann davon ausgegangen werden, dass die Gesetzgeber sich an dem fachlichen Begriffsverständnis orientiert haben.

54 DIN EN ISO 8402 (1995-08); diese zitiert auch *Bieback,* Qualitätssicherung in der Pflege im Sozialrecht, S. 5.

55 Zum Funktionalitätsprinzip vgl. Pkt. A. IV. 2.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Davon zu trennen ist die Frage, an welchen Kriterien Qualität zu messen ist und aus wessen Sicht diese Kriterien festgelegt werden und anschließend zu beurteilen sind. Wenn davon gesprochen wird, dass viele Beschäftigte im Pflegebereich Schwierigkeiten haben, den Begriff der Qualität in Worte zu fassen[56], so ist erkennbar, dass Ursprung des Problems Schwierigkeiten bei der Bestimmbarkeit des Sollzustandes sind. Tatsächlich haben diese Beschäftigen keine Schwierigkeiten mit dem Begriff Qualität, so wie er im wissenschaftlichen Verständnis gebraucht wird, sondern sie verstehen ihn mit seiner Bedeutung im allgemeinen Sprachverständnis und versuchen zu beschreiben, was sie unter „guter Pflege" oder „guter Qualität" verstehen. Dass dies schwierig ist, ist nur allzu gut nachvollziehbar.[57] Unter Zugrundelegung des formellen Qualitätsbegriffes ist die Frage nach der „guten" Pflege allein eine Frage des Inhaltes des Sollzustandes. Diese Trennung zwischen formellem Qualitätsbegriff und der schwierigen Frage, welchen Inhalt der Sollzustand haben soll, nimmt *Donabidian* auch für den Bereich der kurativen Pflege vor.[58] Dies kann auf die Langzeitpflege übertragen werden.

b) Qualitätsmanagement

Qualitätsmanagement ist ein Gesamtkonzept (oder System) von Regelungen und Instrumenten, um eine definierte Qualität der Produkte und Dienstleistungen sicherzustellen und damit zugleich einen Beitrag zu Senkung von Fehlerkosten zu leisten sowie im Interesse eines dauerhaften Erfolgs die Forderungen weiterer Anspruchsgruppen zu erfüllen.[59] Bei Qualitätsmanagement handelt es sich um einen umfassenden Oberbegriff für alle unternehmerischen Maßnahmen, die sich mit Qualität von Produkten und Dienstleistungen beschäftigen.[60] Ein Gesamtkonzept oder System meint aber nicht, dass es ein allgemeingültiges Konzept gibt.[61] Vielmehr existieren und konkurrieren eine Vielzahl von Qualitätsmanagementkonzepten. Lediglich als Beispiele seien das Total Quality Management und das Top Quality Management genannt.

Diese umfassende Bedeutung des Begriffes Qualitätsmanagement wie auch der Begriff selbst haben sich erst nach und nach entwickelt. Insbesondere wurden die starren

56 *Fasching/Flatz, et al.,* Qualität im Pflegeheim, S. 14.

57 Man kann die beiden Begriffsverständnisse als formellen Qualitätsbegriff und materiellen Qualitätsbegriff bezeichnen. Der formelle Qualitätsbegriff entspricht dabei dem wissenschaftlichen Begriffsverständnis, da er nur den formellen Vorgang des Soll- Istvergleiches beschreibt und der materielle Qualitätsbegriff entspricht dem laienhaften Begriffsverständnis, da er inhaltlich mit den Vorstellungen einer guten Qualität aufgeladen wird.

58 *Donabedian,* The Milbank Quarterly 2005, S. 691, 692ff., 702.

59 *Kamiske/Brauer,* Qualitätsmanagement von A bis Z, S. 219.

60 Für den Bereich der ambulanten Pflege, siehe *Göpfert-Divivier/Robitzsch, et al.,* "Qualitätsmanagement" und "Care Management" in der ambulanten Pflege, S. 74.

61 Zu einzelnen Qualitätsmanagementsystemen beispielsweise *Zollondz,* Grundlagen Qualitätsmanagement, S. 257-325.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Begriffe wie Qualitätskontrolle und Qualitätssicherung abgelöst, um eine Weiterentwicklung der Qualität von Produkten und Dienstleistungen zu ermöglichen. Die Verfahren der Qualitätskontrolle und der Qualitätssicherung sind heute lediglich Bestandteile eines Qualitätsmanagementkonzeptes.

Maßnahmen des Gesetzgebers werden allerdings nicht unter dem Begriff Qualitätsmanagement zusammengefasst.

c) Qualitätssicherung

Hinsichtlich des Begriffes der Qualitätssicherung ist zwischen der wirtschaftswissenschaftlichen Bedeutung und der juristischen Bedeutung zu unterscheiden. Zunächst wurde Qualitätssicherung auch im Bereich der Wirtschaftswissenschaften als übergeordneter Begriff für alle qualitätsbezogenen Maßnahmen verwendet. Nunmehr ist er nur noch Teil des Qualitätsmanagements.

Im juristischen Sprachgebrauch werden alle qualitätsbezogenen Maßnahmen des Gesetzgebers weiterhin unter Qualitätssicherung zusammengefasst.[62] Dies gilt sowohl für Deutschland als auch für Österreich.[63] Somit handelt es sich bei Qualitätssicherung auch um den richtigen Begriff für den Titel dieser Arbeit, da im Rahmen des Rechtsvergleichs die rechtlichen Reaktionen durch den Staat und funktional gleichwertige Lösungen für ein „vorrechtliches“[64] Problem untersucht werden.

Auch passen die wirtschaftswissenschaftlichen Begriffe wie Qualitätsmanagement und Top Quality Management nicht für „Qualitätssicherung“ durch den Staat, da sich beide nur auf einzelne Unternehmen beziehen. Die Struktur des Qualitätsmanagements in einem Unternehmen kann jedoch auf staatliche Qualitätssicherung nicht übertragen werden. Das Unternehmen wählt (bewusst) ein Konzept und setzt selbst die Standards bzw. wählt bereits bestehende Standards aus, um ein bestimmtes Ziel, und zwar i.d.R. Profitwachstum, zu erreichen. Der Staat wählt hingegen ein Konzept und setzt Standards bzw. wählt bereits existierende Standards. Die Erfüllung hat dann aber von den Dienstleistungserbringern zu erfolgen, welche i.d.R. vom Staat verschieden sind. Auch verfolgt Qualitätssicherung insb. im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen andere Ziele als Qualitätsmanagement durch ein Unternehmen.[65] Um die Doppelbedeutung von Qualitätssicherung zu vermeiden, bliebe lediglich die Entwicklung eines eigenen Begriffes für staatliche qualitätsbezogene Maßnahmen. Schon mangels Gebräuchlichkeit eines solchen Begriffes soll darauf jedoch verzichtet werden.

---

62 *Reimer,* Qualitätssicherung, S. 114.

63 Beispielsweise ist „Qualitätssicherung“ als Überschrift des elften Kapitels im SGB XI und Überschrift von Abschnitt 6a im BPGG gewählt worden.

64 Verweis zu Methode des Rechtsvergleiches Pkt. A. IV. 2.

65 *Reimer,* Qualitätssicherung, S. 158.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d) Häusliche Langzeitpflege

Bevor die häusliche Langzeitpflege von der stationären Langzeitpflege abgegrenzt werden kann, ist kurz der Begriff Langzeitpflege zu beschreiben. Nach einer Definition der OECD für Long-Term Care liegt Langzeitpflege vor, wenn über einen längeren Zeitraum Überstützungsbedarf für die Aktivitäten des täglichen Lebens besteht.[66] Ungeachtet des Umstandes, dass Gesetze, die Leistungen bei (Langzeit-) Pflegebedürftigkeit vorsehen, Einschränkungen vornehmen, um den anspruchsberechtigten Personenkreis zu verringern,[67] soll der Arbeit ein weites Begriffsverständnis zugrunde gelegt werden. Nur so können auch Fälle erfasst werden, in denen nur subsidiäre Hilfesysteme eingreifen oder trotz bestehenden Pflegebedarfs keine staatlichen Leistungen erbracht werden.[68]

Zunächst ist der Begriff häusliche Pflege dem der ambulanten Pflege vorzuziehen, da es sich bei „häusliche Pflege" um den umfassenderen Begriff handelt. Zwar werden zum Teil auch beide Begriffe gleichbedeutend verwendet, regelmäßig umfasst die ambulante Pflege jedoch nur die Pflege durch professionelle Pflegekräfte.[69] Gerade um deutlich zu machen, dass auch die Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte mit umfasst sein soll, ist daher der Begriff häusliche Pflege besser geeignet.[70]

Wurde in der Einführung erläutert, weshalb die häusliche Pflege als Untersuchungsgegenstand gewählt wurde, ist hier der Untersuchungsgegenstand zu konkretisieren. Dazu ist die häusliche Pflege von den sonstigen Pflegearten, insbesondere der stationä-

66 *OECD,* Long-Term Care for Older People, S. 10, 20; *OECD,* Help Wanted?, S. 39f.

67 Dies gilt für § 14 SGB XI, der zwar in Absatz 1 noch im Wesentlichen die allgemeine Definition aufnimmt, dann aber in den Absätzen 2 und 4 sowohl Einschränkungen hinsichtlich der Verrichtungen, die Pflegebedürftigkeit auslösen, enthält als auch hinsichtlich der Ursachen, die die eigenständige Ausführung der Verrichtungen unmöglich machen. Zum Pflegebedürftigkeitsbegriff des § 14 SGB XI vgl. einführend *Udsching*, in: *ders*. (Hrsg.), SGB XI, § 14, Rn. 3-6. Durch die Pflegestufen des § 15 SGB XI kommt es zu einer weiteren Einschränkung, da erst bei Vorliegen einer Mindestschwere an Pflegebedürftigkeit, nämlich bei Erreichen der Pflegestufe 1 Anspruch auf die meisten Leistungen besteht. Eine solche Einschränkung hinsichtlich der Schwere enthält auch § 4 II BPGG. Keine Einschränkungen enthält § 4 BPGG hingegen bei den Ursachen, die den Pflegebedarf auslösen, vgl. *Pfeil,* Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 4, S. 79f. Die zur Feststellung der Pflegebedürftigkeit führenden Verrichtungen werden durch § 4 VII BPGG zusammen mit der Einstufungsverordnung zum Bundespflegegeldgesetz und den §§ 3-16 der Richtlinien zur einheitlichen Anwendung des Bundespflegegeldgesetzes eingeschränkt.

68 Zu den verschiedenen leistungsrechtlichen Grundsituationen in denen sich ein Pflegebedürftiger befinden kann, siehe Pkt. B. II. 1. b).

69 So z.B. der deutsche Gesetzgeber, wenn er die professionellen Leistungserbringer als ambulante Pflegedienste bezeichnet.

70 Auch der internationale Vergleich zeigt, dass häusliche Pflege der gebräuchlichere Begriff ist. So verwendet die OECD in ihren Untersuchungen die Bezeichnung home care, vgl. *Jens Lundsgard,* Consumer Direction and Choice in Long-Term Care for Older Persons, Including Payments for Informal Care: How Can it Help Improce Care Outcomes, Employment an Fiscal Sustainability?, S. 4, 10.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren Pflege, abzugrenzen. Diese Abgrenzung ist für die beiden Standardfälle, nämlich der Pflege zu Hause einerseits und der Pflege im Pflegeheim andererseits so eindeutig, dass es allein dafür einer ausführlichen Definition nicht bedarf. Anders ist dies jedoch für den sich derzeit stark entwickelnden Bereich[71] der besonderen Wohnformen. Unabhängig von den unterschiedlichen Bezeichnungen dieser Wohnformen[72], sind die einzelnen Modelle auch inhaltlich sehr unterschiedlich ausgestaltet. Sie unterscheiden sich vor allem danach, wie viele Entscheidungen bei der Organisation der Pflege dem Pflegebedürftigen abgenommen werden. Dies reicht von der völlig freien Organisation der Pflege über die gemeinsame Organisation zusammen mit anderen Pflegebedürftigen bis hin zur konkreten Vorgabe, wer die Pflegeleistungen erbringt.[73] Da auch für diese besonderen Wohnformen klar sein muss, welche der häuslichen Pflege zugeordnet werden können und damit Teil der Untersuchung sind, ist eine ausführlichen Definition erforderlich.

Zunächst soll versucht werden, eine Definition ausgehend von der Wortbedeutung zu finden. Dabei ist jedoch „häuslich" wenig hilfreich, da bereits festgestellt wurde, dass häusliche Pflege weit mehr als die Pflege zu Hause erfasst. Anhaltspunkte für eine Definition können aber durch Abgrenzung des Begriffspaares ambulant-stationär gefunden werden. Dieses Vorgehen ist auch kein Widerspruch zur eben ausgeführten Vorzugswürdigkeit von „häuslicher Pflege". Der Begriff häusliche Pflege umfasst den Begriff ambulante Pflege, da er neben der professionellen Pflege auch die nichtprofessionelle Pflege beinhaltet. Hinsichtlich des räumlichen und zeitlichen Anwendungsbereiches sind beide Begriffe jedoch deckungsgleich, so dass Erkenntnisse aus der Abgrenzung ambulant-stationär auch für die Bestimmung des Begriffsinhaltes häusliche Pflege genutzt werden können. Das lateinische Wort ambulant lässt sich mit „umhergehen" übersetzen. Im medizinischen Bereich handelt es sich bei „stationär" um den Gegenbegriff zu ambulant.[74] Der Wortstamm „statio" ist lateinisch und bedeutet „fest verortet, stillstehen". Ausgehend vom Leistungserbringer kann man nach dem Wortsinn also sagen, die Leistung wird ambulant erbracht, wenn sich der Leistungserbringer zum Leistungsempfänger bewegt und die Leistung wird stationär erbracht, wenn der Leistungserbringer fest verortet ist und der Leistungsempfänger sich zu diesem hinbewegt. Hinzu kommt bei der stationären Leistungserbringung regelmäßig die Eingliederung des Leistungsempfängers in die Betriebsstruktur des Leistungserbringers.

71 Diese gilt vor allem für Deutschland, siehe *Groß,* Markt - Status quo und Trends, in: *Michel/Schlüter* (Hrsg.), Handbuch Betreutes Wohnen, S. 6, 10ff., mit Einschränkungen aber auch für Österreich, siehe *Eichinger,* Betreutes Wohnen in ausgewählten Ländern Europas - Österreich, in: *Michel/Schlüter* (Hrsg.), Handbuch Betreutes Wohnen, S. 432, 446ff.

72 Bspw. ambulant betreute Wohngemeinschaften, betreutes Wohnen, gemeinschaftliches Wohnen, weitere Beispiele, siehe *Michel,* Wohnen für Senioren, in: *Michel/Schlüter* (Hrsg.), Handbuch Betreutes Wohnen, S. 1, 3ff.

73 *Michel,* Verklammerung der Leistungsmodule Wohnen und Dienstleistung, in: *Michel/Schlüter* (Hrsg.), Handbuch Betreutes Wohnen, S. 201, 202f.

74 Ansonsten handelt es sich bei dem Begriffspaar „mobil" und „stationär" um Gegenbegriffe.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Trotz der recht klaren Ausgangslage und der deutlichen Unterscheidbarkeit typischer Erscheinungsformen von ambulanten und stationären Leistungen gibt es auch Erscheinungsformen, bei denen eine Einordnung schwer fällt. Eine solche Erscheinungsform stellt die kurzzeitige Inanspruchnahme einer fest verorteten Einrichtung dar. Ein weiterer Grenzfall im Bereich der Pflege liegt vor, wenn besondere Wohnformen („altersgerechtes Wohnen“) und Pflegeleistungen von einem Rechtsträger angeboten werden. Auch kann der Gesetzgeber eine Zuordnung einzelner Leistungsformen als ambulant oder stationär beispielsweise aus Praktikabilitätsgesichtspunkten oder Gründen der Systematik der Leistungserbringung abweichend vom Wortsinn der Begriffe ambulant und stationär vornehmen. Um dies zu verdeutlichen, soll die normative Bedeutung von ambulant und stationär in den beiden Vergleichsländern jeweils für den Bereich der Krankenversicherung und der Leistungen bei Pflegebedürftigkeit kurz dargestellt werden.

Betrachtet man die Einordnung des deutschen Gesetzgebers, erkennt man, dass für den Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung die Unterscheidung ambulant – stationär nicht danach erfolgt, ob sich der Leistungserbringer zum Patienten bewegt oder umgekehrt. So gibt es nach § 115b SGB V ambulante Leistungen im Krankenhaus, wofür sich der Patient zum Leistungserbringer bewegen muss.[75] Die Rechtsprechung stellt für die Abgrenzung stationäre oder ambulante Krankenhausbehandlung auf die geplante Aufenthaltsdauer ab.[76] Die Frage, wer sich zu wem bewegt, ist hier also ohne Bedeutung. Allenfalls das Merkmal der (geplanten) Eingliederung in den Betrieb des Leistungserbringers spielt über die geplante Aufenthaltsdauer noch eine Rolle, wird aber aus Gründen der Rechtssicherheit auf ein tatsächliches Merkmal verkürzt. Anders erfolgt die gesetzgeberische Unterscheidung für den Bereich der Pflege. Hier werden ambulante Leistungen als „häusliche Pflege“[77] bezeichnet, und dem Ort der Leistungserbringung kommt entscheidende Bedeutung zu. Der Ort der häuslichen Pflege wird in § 36 I 2 SGB XI legal definiert, allerdings nur negativ insoweit, als die Leistung nicht in einer stationären Einrichtung (§ 71 II, IV SGB XI) erbracht werden darf. Damit lässt sich der Grenzfall der besonderen Wohnform der ambulanten Pflege zuordnen, da der Leistungserbringer keine stationäre Einrichtung ist. Allerdings hilft diese Definition noch nicht im Bereich eines Rechtsvergleiches, da dazu eine Definition ohne Rückgriff auf normative Vorgaben erforderlich ist.

Der österreichische Gesetzgeber hat im Ergebnis ähnliche Unterscheidungen gewählt wie der deutsche. Im Bereich der Krankenbehandlung gibt es auch hier eine ambulante Krankenhausbehandlung (bspw. § 138 Nr. 3 ASVG), so dass es für die Unterscheidung

75 Selbst bei typischen ambulanten ärztlichen Leistungen bewegt sich der Patient in dessen Praxis. Hausbesuche sind vielmehr die Ausnahme.

76 BSG vom 04.03.2004 – B 3 KR 4/03 R, Rn. 27ff. Gerichtsentscheidungen werden mit Datum, Aktenzeichen und Randnummer nach juris zitiert.

77 Der Gesetzgeber benutzt dabei häusliche Pflege und ambulante Pflege gleichbedeutend, jedenfalls was den Ort der Leistungserbringung angeht. Dies ergibt sich daraus, dass „häusliche Pflege“ als Sachleistung nach § 36 SGB XI von ambulanten Pflegediensten i.S.d. § 71 I SGB XI erbracht werden.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ambulant – stationär nicht auf den Ort der Leistung ankommt. Für die Pflege hat der Bundesgesetzgeber keine Unterscheidung getroffen. Dies erklärt sich daraus, dass nach dem BPGG ausschließlich Geldleistungen erbracht werden, deren Höhe unabhängig von der Art der Pflege ist. Allerdings ist in den Sozialhilfegesetzen einiger Bundesländer eine Zulassungspflicht für soziale Einrichtungen geregelt. Dabei wird unterschieden, ob es sich um ambulante, teilstationäre oder stationäre Einrichtungen handelt. Im Rahmen der Abgrenzung kommt es dann wieder auf den Ort der Leistungserbringung an. Bei stationären und teilstationären Leistungen erfolgt eine Unterbringung des Leistungsempfängers[78], bei ambulanten Leistungen nicht.

Für den Bereich der professionellen Pflege lässt sich ausgehend von der Erkenntnis, dass es sowohl in Deutschland als auch in Österreich für die Frage, ob eine Pflegeleistung dem ambulanten Bereich zuzuordnen ist, jeweils auf den Ort der Leistungserbringung ankommt, eine allgemeine Definition für ambulante Pflege finden, die auf den Zweck des Ortes der Leistungserbringung abstellt. Der Schritt zur Definition von häuslicher Pflege ist dann unproblematisch, weil nur noch die Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte hinzukommt. Die Definition für ambulante/ häusliche Pflege, die auf den Zweck des Ortes der Pflege abstellt, kann dabei in Anlehnung an die Definition der OECD für home care[79] entwickelt werden. Häusliche Pflege liegt immer dann vor, wenn sie an einem Ort stattfindet, der zur Zeit der Erbringung der Pflegeleistung nicht ausschließlich dem Zweck dient, Pflegeleistungen zu erbringen.

Damit gehört beispielsweise auch die Pflege in besonderen Wohnformen für alte Menschen zum Bereich der häuslichen Pflege, solange die Bewohner bei der Wahl des Leistungserbringers frei sind. Da das Ziel der Arbeit jedoch ist, neue Erkenntnisse zu den Steuerungsmöglichkeiten der Qualität der nichtprofessionellen Pflege zu gewinnen, sind nur vorhandene Steuerungsinstrumente zu untersuchen, die sich auf die Art und Weise der Erbringung der Pflegeleistung beziehen. Dagegen sind Steuerungsinstrumente, die den besonderen Gefahren eines Aufenthaltes in einem Wohnheim oder einer sonstigen besonderen Wohnform entgegen wirken sollen, wie beispielsweise Informationspflichten des Betreibers der Wohnanlage oder Anforderungen an die Wohnbedingungen nicht weiterführend, da diese Gefahren in der besonderen Wohnform wurzeln und damit auch unabhängig davon sind, ob die Pflege durch nichtprofessionelle oder durch professionelle Pflegekräfte erbracht wird.[80]

78 Vgl. §§ 46, 47 Niederösterreichisches Sozialhilfegesetz.

79 *Jens Lundsgard,* Consumer Direction and Choice in Long-Term Care for Older Persons, Including Payments for Informal Care: How Can it Help Improce Care Outcomes, Employment an Fiscal Sustainability?, S. 10; nach dieser Definition liegt home care dann vor, wenn sie nicht an einem Ort stattfindet, der speziell für Pflegebedürftige errichtet wurde oder an sonstigen Orten, an denen es eine ständige Anwesenheit von Pflegekräften gibt.

80 Mit dem gleichen Argument kann die Untersuchung auf die Qualität von Pflegedienstleistungen beschränkt werden und die Qualität von Heil- und Hilfsmitteln außen vor gelassen werden. Die Qualität von Heil- und Hilfsmitteln ist unabhängig davon zu sichern, wer pflegt und in welcher Umge-

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Abgrenzung professionelle und nichtprofessionelle Pflege

Will man die Qualitätssicherung in der professionellen Pflege mit der in der nichtprofessionellen Pflege vergleichen, dann müssen beide Arten der Erbringung von Pflegeleistungen voneinander abgegrenzt werden.[81] Hauptmerkmale der professionellen Pflege sind das geplante Auftreten am Markt[82] und dass die Erbringung der Pflegeleistung entweder durch eine Person erfolgt, die eine Ausbildung absolviert hat, die gerade zur Erbringung von Pflegeleistungen befähigen soll, oder dass eine solche Person zumindest die Letztverantwortung für die Erbringung der Pflegeleistung trägt. Zumindest an einem der beiden Merkmale fehlt es bei der nichtprofessionellen Pflege. Damit handelt es sich insbesondere bei Personen, die Pflegeleistungen ohne entsprechende Ausbildung gegen Entgelt erbringen (Stichwort aus der Praxis: Pflegekräfte aus Osteuropa) und bei Personen, die zwar (zufällig) eine entsprechende Ausbildung haben, aber im konkreten Fall als Angehörige oder sonst nahestehende Person pflegen, also im konkreten Fall nicht am Markt auftreten, um nichtprofessionelle Pflegekräfte. Für den „normalen" pflegenden Angehörigen ist dies Einordnung als nichtprofessionelle Pflege selbstverständlich.

II. Vergleichsgrundlagen für die staatliche Qualitätssicherung

Die Durchführung des doppelten Vergleiches setzt voraus, dass alle Instrumente der Qualitätssicherung der professionellen und nichtprofessionellen Pflege in Deutschland und Österreich systematisiert werden. Ausgehend von der These, dass ein wesentliches Ziel der Qualitätssicherung die ständige Weiterentwicklung der Qualität ist, werden die einzelnen Instrumente den Stufen des Qualitätskreislaufes zugeordnet. So ermöglicht die Darstellung ein auf den einzelnen Kreislauf bezogenes chronologisches Vorgehen, was die Verständlichkeit der Darstellung erhöht. Denn es ist davon auszugehen, dass die Standarderstellung, die Herstellung der Verbindlichkeit der Standards, die anschließende Kontrolle der Einhaltung der Standards und eventuelle Reaktionen auf die (Nicht-) Einhaltung aufeinander aufbauen. Da die leistungsrechtliche Grundsituation des Pflegebedürftigen, also die Frage, ob und wenn ja, welche Sozialleistungen der Pflegebedürf-

bung gepflegt wird. Sie führt damit auch für den Vergleich von professioneller und nichtprofessioneller Pflege nicht weiter.

81 Selbst wenn bei der Erbringung der Pflege in der Praxis ein Koproduktionsverhältnis zwischen Fachpflege und Laienpflege vorliegt, vgl. *Klie,* PflR 2004, S. 99, werden beide Arten der Pflege rechtlich anders behandelt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man die für diese Arbeit maßgebende Unterscheidung zugrunde legt. Zur Bedeutung der Differenzierung, *Pfeil,* Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich, S. 55.

82 Zur verwendeten Definition von Markt vgl. Pkt. B. II. 2. a) bb) (1) (a).

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tige erhält, Auswirkungen darauf hat, für welche Qualitätssicherungsinstrumente der normative Anwendungsbereich eröffnet ist, sollen auch die leistungsrechtlichen Grundsituationen zur Systematisierung genutzt werden.

Zur Durchführung eines Vergleiches bedarf es sodann Vergleichskriterien, die hier auch den Anforderungen an einen Rechtsvergleich genügen müssen. Dazu soll eine einheitliche Motivationslage des Gesetzgebers für die Qualitätssicherung in der professionellen und nichtprofessionellen Pflege entwickelt werden. Da die Motive letztlich die Funktionen wiederspiegeln, eignen sie sich besonders gut als Vergleichskriterium in einem funktionalen Rechtsvergleich. Als zweites Vergleichskriterium dient die Unterscheidung nach Steuerungsinstrumenten.

1. Grundlagen der Systematisierung

a) Der Qualitätskreislauf

aa) Der „klassische" Qualitätskreislauf

Ein Kreislauf besteht, wenn man die Leistungserbringung nicht als einmaligen Vorgang versteht, sondern die Erfahrungen aus der aktuellen Leistungserbringung für die nächste Leistungserbringung genutzt werden sollen. Dies führt, jedenfalls langfristig betrachtet, zu einer ständigen Verbesserung der Qualität der Leistungserbringung. Der Qualitätskreislauf soll gewährleisten, dass die Weiterentwicklung systematisch erfolgt. Ansonsten würde es vom Zufall abhängen, ob Erkenntnisse und Erfahrungen zu einer Weiterentwicklung führen oder nicht. Um die ständige Weiterentwicklung beschreiben zu können, gibt es mehrere Modelle.[83] Das im Folgenden dargestellte Modell ist der so genannte PDCA-Zyklus nach Deming[84] (manchmal wird auch die Bezeichnung Deming Kreislauf nach seinem Entwickler William Edwards Deming verwendet). Die anderen Modelle haben eine große Ähnlichkeit zum PDCA-Zyklus und es erfolgen nur Modifikationen im Detail, auf die es hier nicht entscheidend ankommt. Weiterhin ist der PDCA Zyklus das Modell, das regelmäßig bei Arbeiten über Qualität von Sozialleistungen und insbesondere von Gesundheitsdienstleistungen im weitesten Sinne genutzt wird.[85] So wird das Modell des PDCA-Zyklus hier auch deshalb genutzt, um eine Vergleichbarkeit mit diesen Arbeiten zu ermöglichen.

---

83 Vgl. den ausführlicheren Kreislauf bei *Masing/Pfeifer, et al.,* Handbuch Qualitätsmanagement, S. 7; weitere evolutionäre Optimierungsansätze bei *Pohanka,* Six Sigma vs. Kaizen, S. 23.

84 Zum PDCA-Zyklus, siehe *Wahren,* Das lernende Unternehmen, S. 27f.; zu William Edwards Deming, siehe *Kamiske/Brauer,* Qualitätsmanagement von A bis Z, S. 30f.

85 *Igl,* RsDE 70, S. 4, 5; *Becker/Meeßen, et al.,* VSSR 2012, S. 1, 24f.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

P…Plan: Dies umfasst die Entwicklung der Sollensanforderungen, an denen die Qualität der Dienstleistung beziehungsweise des Produktes anschließend gemessen werden soll. Dabei kann weiter danach unterschieden werden, wessen Interessen[86] bei der Erstellung der Sollensanforderungen (besonders) berücksichtigt werden sollen.

D…Do: Meint die konkrete Herstellung des Produktes bzw. Erbringung der Dienstleistung (unter Berücksichtigung der Sollensanforderungen).

C…Check: Dabei handelt es sich um den Ist-Soll Vergleich, also die eigentliche Feststellung der Qualität.

A…Act: Ist die Reaktion auf die festgestellte Qualität. Durch diese Reaktion wird deutlich, dass es sich tatsächlich um einen Zyklus, also einen Kreislauf handelt. Dabei dürften genaugenommen zwei Kreisläufe bestehen.

Neben dem PDCA Zyklus erfolgt eine Unterscheidung in Struktur-, Prozess-, und Ergebnisqualität.[87] Bei der Strukturqualität handelt es sich um zeitlich stabile Vorgaben, insbesondere solche institutioneller, infrastruktureller und organisatorischer Art.[88] Unter Prozessqualität werden Anforderungen hinsichtlich Steuerung, Planung, Aufzeichnung, Beratung und Information zusammengefasst.[89] Ergebnisqualität beschreibt den Grad der Erfüllung der Leistungsziele.[90]

Die Kausalität zwischen den einzelnen Ebenen ist nur statistischer Natur, so dass eine höhere Struktur- oder Prozessqualität nicht zwingend in jedem Einzelfall auch zu einer höheren Ergebnisqualität führt.[91] Auch fällt im Rahmen Erbringung von Dienstleistungen die Unterscheidung von Prozess- und Ergebnisqualität schwer, da Prozess und Ergebnis gleichzeitig erfolgen.

Versucht man die Unterscheidung von Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität mit dem PDCA Zyklus in Einklang zu bringen, so ist dies nicht so ganz einfach. Der „unendliche“ PDCA Zyklus ist selbst ein Prozess. Dies darf aber nicht mit der Prozessqualität verwechselt werden. Jedenfalls für die Prozess- und die Ergebnisqualität (aber wahrscheinlich auch für die Strukturqualität) gibt es jeweils eigene PDCA Zyklen, wobei am Ende des einzelnen Zyklus jeweils die Struktur-, Prozess- oder Ergebnisqualität

86 Neben den Interessen der bereits vorhandenen Kunden kommen u.a. auch die Interessen potentieller neuer Kunden sowie die Interessen der an der Erbringung der Dienstleistung oder an der Herstellung des Produktes beteiligten Arbeitnehmer in Betracht. Vgl. *Timischl,* Qualitätssicherung, S. 2.

87 *Bruhn,* Qualitätsmanagement für Dienstleistungen, S. 50; *Bürger,* Patientenorientierte Information und Kommunikation im Gesundheitswesen, S. 40f.

88 *Bürger,* Patientenorientierte Information und Kommunikation im Gesundheitswesen, S. 41f.; *Weigert,* Der Weg zum leistungsstarken Qualitätsmanagement, S. 105.

89 *Bürger,* Patientenorientierte Information und Kommunikation im Gesundheitswesen, S. 42; *Weigert,* Der Weg zum leistungsstarken Qualitätsmanagement, S. 105.

90 *Bürger,* Patientenorientierte Information und Kommunikation im Gesundheitswesen, S. 43f.; *Weigert,* Der Weg zum leistungsstarken Qualitätsmanagement, S. 111.

91 *Reimer,* Qualitätssicherung, S. 136f.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ermittelt werden. Dabei dürfte eine Wechselwirkung zwischen den drei PDCA Zyklen bestehen.[92]

Die rein statistische Natur der Kausalität zwischen Struktur- und Prozessqualität einerseits und Ergebnisqualität andererseits bedeutet jedoch nicht, dass nur die Voraussetzungen der Qualität gesichert werden können und eine Sicherung der Qualität strenggenommen gar nicht möglich ist.[93] Die Unterscheidung zwischen Qualitätssicherung und Qualitätsvoraussetzungssicherung entsteht durch Vermischung des materiellen und des formellen Qualitätsbegriffes. Ausgehend vom materiellen Qualitätsbegriff, dessen Inhalt die umgangssprachliche „gute Qualität" ist, können tatsächlich nur die Voraussetzungen dieser „guten Qualität" gesichert werden. Für den Qualitätskreislauf ist jedoch der formelle Qualitätsbegriff maßgebend und die erstellten Sollensanforderungen sind dabei so zu wählen, dass die auch erfüllt und damit auch unmittelbar gesichert werden können.[94]

bb) Der Qualitätskreislauf für staatliche Maßnahmen

Um auf staatliche Qualitätssicherungsmaßnahmen anwendbar zu sein, müssen dem PDCA Zyklus zusätzliche Ebenen hinzugefügt werden. So hat es beispielsweise Auswirkungen, dass der Staat bei der Ausgestaltung des Sozialleistungsmarktes an die Grundrechte gebunden ist.

Erfolgt die Leistungserbringung nicht durch staatliche Einrichtungen, ist es nicht selbstverständlich, dass die auf der ersten Ebene (Plan) erstellten Sollensanforderungen für die nichtstaatlichen Leistungserbringer auch verbindlich sind. Vielmehr müssen die Sollensanforderungen verbindlich gemacht werden, um Außenwirkung zu erlangen.[95]

Auch werden staatliche Maßnahmen zur Qualitätssicherung regelmäßig in die Berufsfreiheit oder allgemeine Handlungsfreiheit der Leistungserbringer eingreifen. Damit ist die Gewährleistung von Rechtsschutz erforderlich.[96] Eindeutig ist dies der Fall im Anschluss an die Ebene des Act gegen auf dieser Ebene getroffene belastende Maßnahmen. Auch nach der Verbindlichmachung der Sollensanforderungen kann Rechtsschutz unmittelbar gegen die Sollensanforderungen zu gewährleisten sein. Wann dies der Fall ist, hängt auch von der Art und Weise ab, wie die Sollensanforderungen gebildet und anschließend verbindlich gemacht wurde. So kann möglicherweise ein Mehr an Beteiligung bei der Erstellung und Verbindlichmachung der Sollensanforderungen ein

92 Beispielsweise in der Form, dass aufgrund von ermittelten Defiziten bei der Ergebnisqualität Änderungen bei den Sollensanforderungen auf der Struktur- und/oder der Prozessebene vorgenommen werden.

93 *Reimer,* Qualitätssicherung, S. 415.

94 Zwar ist es denkbar, die „gute Qualität" zur Sollensanforderung zu machen. Dies ist aber wenig sinnvoll, da nicht eindeutig feststellbar ist, wann diese Anforderung erfüllt ist.

95 *Igl,* RsDE 67, S. 38, 51; *Igl,* RsDE 70, S. 4, 5.

96 Für Österreich abgeleitet aus dem Rechtsstaatsprinzip, vgl. *Öhlinger,* Verfassungsrecht, Rn. 81 und für Deutschland: Art. 19 IV GG.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Weniger an Rechtsschutz gegen diese Sollensanforderungen rechtfertigen.[97] Die Frage des Rechtsschutzes nach der Ebene des „Plan“ ist damit jeweils für die konkrete Art der Setzung der Sollensanforderungen in den Länderberichten zu prüfen.

cc) Wirkungen des Kreislaufes

Zum einen kann die Qualität im Einzelfall dadurch verbessert werden, dass die Defizite bei der festgestellten Qualität auf der Ebene des „Do“ berücksichtigt werden („kleiner Kreislauf“). Dieser Kreislauf kann jedoch nicht zu der angestrebten ständigen Verbesserung der Qualität im materiellen Sinne führen, da eine Verbesserung jenseits der Null-Fehler-Schranke denknotwendig ausgeschlossen ist.

Der ständigen Verbesserung der Qualität im materiellen Sinne dient die Berücksichtigung der festgestellten Qualität aus dem vorhergehenden Durchlauf auf der Ebene der Erstellung der Sollensanforderungen für den nächsten Durchlauf („großer Kreislauf“).[98] Indem auch bei der Erstellung der Sollensanforderungen die Ergebnisse der Feststellung der Qualität berücksichtigt werden, können diese bei Bedarf angepasst oder neu erstellt werden.

Ob tatsächlich diese beiden Kreisläufe bestehen und welche Instrumente dafür eingesetzt werden (können), um die Entstehung der Kreisläufe zu gewährleisten oder zumindest zu unterstützen, soll im Anschluss an die Darstellung eines einmaligen Durchlaufes des für staatliche Maßnahmen erweiterten Qualitätskreislaufes als eigener Prüfungspunkt analysiert werden. Um das Bestehen eines Kreislaufes prüfen und die Bedeutung der einzelnen Instrumente innerhalb des Kreislaufes bestimmen zu können, ist es auch erforderlich, die vorhandenen Qualitätssicherungsinstrumente den Ebenen des Qualitätskreislaufes zuzuordnen.[99]

---

97 Zur Berücksichtigung der Besonderheiten des Sozialleistungsmarktes bei den Grundrechtsbeeinträchtigungen der Leistungserbringer, *Becker/Meeßen, et al.,* VSSR 2011, S. 323, 343f.

98 Dieser Vorgang ist natürlich idealisiert. Bei einer Vielzahl von Leistungserbringern gibt es nicht den einen Qualitätskreislauf, da schon die Kontrolle der Qualität nicht bei allen Leistungserbringern gleichzeitig stattfinden kann. Zu einer ständigen Weiterentwicklung kommt es dann, wenn nach und nach die gewonnenen Erkenntnisse aus den Kontrollen bei der Entwicklung der Sollensanforderungen berücksichtigt werden. Aus Gründen der Verständlichkeit wird hier mit nur einem Qualitätskreislauf gearbeitet.

99 Nun mag es sein, dass der Qualitätskreislauf als „rechtsvergleichendes Raster“ nicht sklavisch abgearbeitet werden muss, *Igl,* RsDE 70, S. 4, 6. Allerdings erschwert die Nichtabarbeitung des Rasters beziehungsweise eine starke Modifikation die Vergleichbarkeit von Qualitätssicherungsbeschreibungen verschiedener Länder, wie beispielsweise bei den Arbeiten: *Ross,* RsDE 70, S. 21, *Walser,* RsDE 70, S. 35. Vor allem aber ist zu bedenken, dass es sich bei dem (modifizierten) Qualitätskreislauf nicht nur um ein Raster handelt, das als Vergleichsgrundlage dienen soll, sondern um ein Modell, welches die ständige Weiterentwicklung der Qualität zu beschreiben versucht. Für die Frage der ständigen Weiterentwicklung der Qualität ist es dann von Bedeutung, dass Instrumente auf allen Ebenen des Kreislaufes bestehen. Auch kann die Funktion einzelner Instrumente nur als Bestandteil

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dd) Zuordnungskriterien

Nach welchen Kriterien kann eine Unterscheidung der Maßnahmen, die dem Qualitätskreislauf zugeordnet werden können und solchen, bei denen das nicht der Fall ist, erfolgen? *Reimer* wählt als entscheidendes Differenzierungskriterium das Ziel der ständigen Weiterentwicklung der Qualität („Meliorationsziel").[100] Dabei stellt er, ohne es ausdrücklich zu sagen, auf den ursprünglichen Willen des Gesetzgebers ab, mit der Folge, dass Normen, die vor dem Entstehen eines ausdrücklichen Qualitätsbewusstseins des Gesetzgebers und vor der Rezeption wirtschaftswissenschaftlicher Begriffe (wie Qualitätsmanagement) und Erkenntnisse (wie das Nutzen des Qualitätskreislaufes) erlassen wurden, dem Qualitätskreislauf nicht zugeordnet werden können. Normen außerhalb des Qualitätskreislaufes sind in diesem Fall insbesondere auch die Normen des Strafrechts (bspw. § 229 StGB)[101] und des Zivilrechts (vertragliche und deliktische Haftung)[102]. Gerade diese Normen haben aber eine große Bedeutung bei der Sanktionierung von Verstößen gegen Sollensanforderungen und sind damit für die Wirksamkeit des Qualitätskreislaufes von großer Bedeutung. Im Rahmen ihrer präventiven Wirkung[103] geben sie auch Anreize, die Sollensanforderungen einzuhalten. Sowohl bei der Sanktionierung als auch bei der präventiven Wirkung nehmen die Vorschriften dabei an einer Weiterentwicklung der Sollensanforderungen teil, da sie jedenfalls im Rahmen des objektiven Sorgfaltsmaßstabes darauf zurückgreifen.[104] Schon aufgrund dieser Bedeutung sollten diese Normen hier im Rahmen des Qualitätskreislaufes dargestellt werden. Hinzu kommt, dass die Unterscheidung danach, ob der Gesetzgeber mit einer Norm bereits bei Normerlass das Ziel der Qualitätssicherung bewusst verfolgte oder nicht, auch den Nachteil hat, dass sich die Funktion einer Norm durch Änderung der äußeren

---

des Kreislaufes vollständig beschrieben werden. Dazu ist dann jedoch zwingend auch eine Einordnung in den Qualitätskreislauf erforderlich.

100 *Reimer,* Qualitätssicherung, S. 170f.; Es wird dann zwischen Qualitätssicherungsrecht im engen und im weiten Sinne unterschieden, was aber der Zuordnung zum Qualitätskreislauf entspricht, weil gerade der Qualitätskreislauf die ständige Weiterentwicklung der Qualität gewährleisten soll.

101 *Reimer,* Qualitätssicherung, S. 178f.

102 *Reimer,* Qualitätssicherung, S. 187-191.

103 Zum Präventionszweck von Haftungsnormen, *Deutsch,* JZ 1971, S. 244, 246; *Reinecke,* Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, S. 69; *Koziol/Welser,* Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band II, S. 301. Im Strafrecht unterscheidet man zwischen spezialpräventiver und generalpräventiver Funktion. Die spezialpräventive Wirkung soll dem Einzelnen, der die Verbotsnorm bereits übertreten hat, dazu anhalten, dies in Zukunft nicht mehr zu tun, siehe *Naucke*, Strafrecht, Rn. 141; *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT, Teilband 1, S. 82f. Die generalpräventive Wirkung der jeweiligen Strafnorm richtet sich an die Allgemeinheit und soll einen Anreiz setzen, die Verbotsnorm gar nicht erst zu verletzen, siehe *Naucke*, Strafrecht, Rn. 140; *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT, Teilband 1, S. 82. Überwiegend werden strafrechtlichen Normen beide Wirkungen zugeschrieben, siehe *Roxin*, Strafrecht AT, Band 1, S. 85ff. sog. präventive Vereinigungstheorien.

104 *Klie,* Rechtlicher Rahmen der Qualitätssicherung in der Pflege, in: *Igl* (Hrsg.), Recht und Realität der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen, S. 86, 90.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Umstände oder durch Änderung des normativen Systems verändern kann und diese Änderung dann nicht berücksichtigt werden kann. Auch können Normen Wirkungen entfalten, die der Gesetzgeber, aus welchen Gründen auch immer, nicht bewusst erzielen wollte, die dann aber als sinnvoll erachtet werden, Ursprünglich dienten § 229 StGB und auch die zivilrechtlichen Haftungsregeln natürlich nicht dem Ziel der ständigen Weiterentwicklung von Qualität und sie wurden auch nicht als Bestandteil eines Qualitätskreislaufes erlassen. Aber bei Schaffung des „neuen" Qualitätssicherungsrechts gab es diese Vorschriften bereits und der Gesetzgeber war sich dessen bewusst. Im Rahmen des „neuen" Qualitätssicherungsrechts mussten daher dann auch keine Sanktionsnormen im Rechtsverhältnis Leistungserbringer – Leistungsempfänger geschaffen werden.

Für die Zuordnung zum Qualitätskreislauf soll es deshalb hier nur auf die gegenwärtige Funktion der einzelnen Maßnahme ankommen. Alle Maßnahmen, die

- dem Erstellen von Sollensanforderungen,
- deren Verbindlichmachung,
- deren Umsetzung,
- der Kontrolle,
- der Reaktion auf die Kontrollergebnisse,
- dem Rechtsschutz dagegen und
- der Herstellung eines Kreislaufes

dienen, sollen hier im Rahmen des Qualitätskreislaufes dargestellt werden. Nur Maßnahmen, die keine der genannten Funktionen erfüllen, werden als Qualitätssicherungsrecht im weiten Sinne dargestellt.

b) Leistungsrechtliche Grundsituationen

Wie eben beschrieben, lassen sich die Gründe für eine staatliche Qualitätssicherung zum einen auf die rechtlichen Interessen der am Pflegeprozess Beteiligten und zum anderen auf die rechtlichen Interessen der Träger der Finanzierungslast zurückführen. Ob jedoch überhaupt die rechtlichen Interessen der Träger der Finanzierungslast betroffen sind und wenn ja, wer Träger der Finanzierungslast ist, hängt von der leistungsrechtlichen Grundsituation des Pflegebedürftigen ab.

In Deutschland und in Österreich, aber auch in anderen europäischen Staaten[105], sind die bedürftigkeitsunabhängigen staatlichen Leistungen zur Pflege der Höhe nach begrenzt. Teilweise wird die soziale Sicherung bei Pflegebedürftigkeit deshalb als Teilkaskoversicherung charakterisiert. Dieser Vergleich ist insofern schief, als bei einer Teilkaskoversicherung nur bestimmte Arten der Schadensentstehung abgesichert sind,

105 Dies gilt beispielsweise für die Geldleistungssysteme in den Niederlanden, in Frankreich und in Italien, *Da Roit/Le Bihan,* The Milbank Quarterly 2010, S. 286, 294f.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Schaden dann aber vollständig ersetzt wird.[106] Bei der sozialen Sicherung bei Pflegebedürftigkeit in Deutschland und Österreich hingegen ist der Grund für den Eintritt der Pflegebedürftigkeit für den Leistungsanspruch nicht entscheidend. Der Leistungsanspruch ist jedoch von vornherein der Höhe nach begrenzt. Hinzu kommt sowohl für Deutschland als auch für Österreich, dass die Pflegebedürftigkeit eine gewisse Mindestschwere erreichen muss, bevor ein Anspruch besteht. Es muss jeweils zumindest die Pflegestufe 1 erreicht werden. Aus dem Erfordernis der Mindestschwere und der Begrenzung der Leistungen der Höhe nach lassen sich vier leistungsrechtliche Grundsituationen entwickeln.[107]

Der Zweck der Unterscheidung der vier Grundsituationen besteht zunächst darin, zu zeigen, in welchen tatsächlichen Situationen aus leistungsrechtlicher Sicht sich ein Pflegebedürftiger befinden kann und welche Regelungen es jeweils zur Qualitätssicherung gibt. Auch entsteht durch diese vier Grundsituationen eine breitere Vergleichsbasis für die beiden Vergleiche (Vergleich der professionellen und nichtprofessionellen Pflege in Deutschland sowie Rechtsvergleich mit Österreich). Insbesondere ermöglicht die Unterscheidung nach den leistungsrechtlichen Grundsituationen zugleich eine Analyse, inwieweit Qualitätssicherung durch Sozialrecht[108] erfolgt und inwieweit durch sonstiges Recht.[109]

---

106 Bis auf eine möglicherweise vereinbarte Selbstbeteiligung. Deren Höhe steht aber von vornherein fest und ist von der Schadenshöhe unabhängig.

107 Soweit nach den SGB VII, oder dem sozialen Entschädigungsrecht wie BVG, OEG auch Pflegeleistungen erbracht werden, sollen diese hier außer Betracht bleiben. Zwar enthalten § 44 I SGB VII und § 35 BVG einen Pflegebedürftigkeits- beziehungsweise Hilflosigkeitsbegriff, der weiter ist als der des SGB XI, vgl. *Erlenkämper/Fichte,* Sozialrecht, Allgemeiner Teil, Rn. 89f. und haben insoweit einen größeren Anwendungsbereich. Allerdings handelt es sich um kausale Systeme, *Erlenkämper/Fichte,* Sozialrecht, Allgemeiner Teil, Rn. 97, was den Anwendungsbereich deutlich einschränkt, vor allem aber auch Auswirkungen auf den Zweck der Leistung hat und zu einer Privilegierung der Leistungsempfänger führt.

108 Zum Begriff des Sozialrechts vgl. die Definition von *Zacher,* Grundtypen des Sozialrechts, in: *Fürst/Herzog/Umbach* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, S. 571, 579f., wonach Rechtsgebiete, „in denen der soziale Zweck mit besonderer Dichte hervortritt, als „Sozialrecht" zu bezeichnen" sind. Ebenfalls einen materiellen Sozialrechtsbegriff vertritt *Tomandl,* Sozialrecht, S. 2. Die rein formale Abgrenzung allein über die §§ 3ff, 68 SGB I, vgl. dazu *Becker,* JuS 1998, S. 90, 91, ist hingegen für das Auffinden von soziallrechtlichen Regelungen in einer fremdem Rechtsordnung nicht hilfreich. Den §§ 3ff, 68 SGB I vergleichbare Regelungen in dem Sinne, dass auch der österreichische Gesetzgeber formal die Bestandteile des Sozialrechts beschreibt, gibt es in Österreich nicht. § 2 I ASVG enthält lediglich eine Beschreibung der Bestandteile der allgemeinen Sozialversicherung, dazu gehören am weder das BPGG noch die Sozialhilfe- bzw. Mindestsicherungsgesetze der Länder. Da im Ergebnis jedoch in beiden Ländern die Leistungen bei Pflegebedürftigkeit als auch die Leistungen der Sozialhilfe dem Sozialrecht zugeordnet werden, kann auf eine konkretere vorrechtliche Definition des Begriffes Sozialrecht verzichtet werden.

109 Das Vergleichspaar Sozialrecht und sonstige Rechtsordnung nennt auch *Zacher,* Vorbereitende Ausarbeitung, in: *Zacher* (Hrsg.), Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs, S. 21, 34 als mögliches Analysepaar für einen (Sozial-)Rechtsvergleich: „subjektive Berechtigung versus „objektive" Ordnung".

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa) Vier leistungsrechtliche Grundsituationen

(1) Kein Leistungsbezug: Keine Leistungen erhält eine Person, die zwar pflegebedürftig ist, der Pflegebedarf jedoch nicht die Pflegestufe 1 erreicht und nach den jeweiligen rechtlichen Maßstäben in der Lage ist den pflegebedingten Mehrbedarf selbst zu finanzieren.[110]

(2) Nur Bezug bedürftigkeitsabhängiger Leistungen: Diese Gruppe unterscheidet sich von der vorhergehenden nur insoweit, als der Pflegebedürftige hier den pflegebedingten Mehraufwand nicht selbst finanzieren kann.

(3) Leistungsbezug nach dem SGB XI oder dem BPGG: Der Pflegebedarf erreicht die Mindestschwere (Pflegestufe 1 für Deutschland und Österreich) und der pflegebedingte Mehraufwand wird entweder durch die Leistungen nach dem SGB XI oder BPGG vollständig abgedeckt oder der Pflegebedürftige ist in der Lage den über diese Leistungen hinausgehenden pflegebedingten Mehraufwand selbst zu finanzieren.

(4) Zusätzlicher Bezug bedürftigkeitsabhängiger Leistungen: Diese Gruppe unterscheidet sich von der vorhergehenden nur insoweit als der Pflegebedürftige hier den pflegebedingten Mehraufwand nicht selbst finanzieren kann.

bb) Folgen der leistungsrechtlichen Grundsituation

Welche Schlussfolgerungen können aus der Unterscheidung dieser vier leistungsrechtlichen Grundsituationen gezogen werden? Zunächst können die vier Grundsituationen in zwei Gruppen eingeteilt werden.

Bei der ersten Gruppe erhält der Pflegebedürftige keine staatlichen Leistungen. Die erste Gruppe entspricht damit der ersten leistungsrechtlichen Grundsituation. Die Tatsache, dass der Pflegebedürftige keine staatlichen Leistungen erhält, wird Auswirkungen auf die Qualitätssicherung haben. Es dürfte kaum möglich sein, die Pflicht an den Pflegebedürftigen zu richten, nur Pflege von einer gewissen Qualität zu konsumieren, da es noch kein Rechtsverhältnis zu einem staatlichen Träger gibt und die Organisation der Pflege allein im privaten Bereich des Pflegebedürftigen stattfindet. Ohne staatliche Leistungen gibt es auch kein Leistungsziel dessen Erreichen die Qualitätssicherung gewährleisten kann. Auch sind selbstverständlich keine unmittelbaren leistungsrechtlichen Konsequenzen als Sanktion denkbar. Insoweit ist der Pflegebedürftige hier zunächst frei in der Wahl, ob und wie er seine Pflege organisiert, insbesondere werden keine gegenwärtigen Gemeinwohlinteressen durch die gute oder schlechte Qualität der Pflege berührt. Vorstellbar sind leistungsrechtliche Konsequenzen allenfalls für die Zukunft, wenn der Pflegebedürftige selbstverschuldet die Schwere der Pflegebedürftigkeit so erhöht, dass er dann Anspruch auf staatliche Leistungen hat. Nur diese zukünftige Sank-

110 Weitere Konstellationen ohne Leistungsbezug die nur in einzelnen Ländern bestehen, werden in den Länderberichten dargestellt.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tion könnte durch Gemeinwohlinteressen, nämlich der Finanzierbarkeit des Systems der sozialen Sicherung bei Pflegebedürftigkeit, gerechtfertigt werden. Eine Pflicht des Erbringers der Pflegeleistungen, diese mit einer gewissen Mindestqualität zu erbringen, ist durch wirtschaftsrechtliche Steuerung denkbar, wenn die Erbringung von Pflegeleistungen gegen Entgelt am Markt angeboten wird. Für die Angehörigen- und Nachbarschaftshilfe existieren bisher jedenfalls keine Regelungen.

Bei der zweiten Gruppe erhält der Pflegebedürftige staatliche Leitungen, so dass die leistungsrechtlichen Grundsituationen zwei bis vier insoweit zusammengefasst werden können. Hier sind dann auch Verknüpfung von Leistungsziel und Qualitätssicherung sowie leistungsrechtliche Sanktionen möglich.

Auch die Unterscheidung der Grundsituationen zwei bis vier ist für die Untersuchung der Qualitätssicherung sinnvoll, da trotz der eben aufgezeigten Gemeinsamkeit auch wesentliche Unterschiede bestehen. So unterscheiden sich die Regelungen zur Qualitätssicherung im SGB XI beziehungsweise im BPGG im Vergleich zu den Regelungen, die die bedürftigkeitsabhängigen Leistungen normieren. Dies kulminiert in der dritten Grundsituation zu der Frage, wie die gleichzeitige Geltung der verschiedenen Regelungen koordiniert wird.

Insgesamt kann anhand der Unterscheidung in die vier Grundsituationen die Vermutung überprüft werden, dass bei Geldleistungsbezug strengere Anforderungen hinsichtlich der Qualität an den Pflegebedürftigen gestellt werden und bei Sachleistungsbezug strengere Anforderungen an den Leistungserbringer gestellt werden, als in der ersten Grundsituation ohne Leistungsbezug. Für diese Vermutung spricht, dass der Staat an einer effektiven Verwendung staatlicher Mittel interessiert ist und es für die Qualitätssicherung naheliegend ist, bereits bestehende Rechtsverhältnisse zu nutzen.

2. Vergleichskriterien

a) Motive für eine staatliche Qualitätssicherung

Damit die Motive für die staatliche Qualitätssicherung als Vergleichskriterien des doppelten Vergleiches genutzt werden können, ist es erforderlich, Motive sowohl für Deutschland und Österreich als auch jeweils für die professionelle und nichtprofessionelle Pflege zu finden, die auf einer all diese Formen der Pflege umfassenden Motivationslage beruhen. Dabei wird sich zeigen, dass das üblicherweise als Motivationslage für Qualitätssicherung bei Gesundheitsdienstleistungen genannte Marktversagen zwar bei der professionellen Pflege vorliegt, nicht jedoch bei der nichtprofessionellen Pflege, weshalb es sich nicht als umfassende Motivationslage eignet. Diese alle hier untersuchten Formen der Pflege umfassende Motivationslage soll anschließend aus den rechtlichen Interessen der am Pflegeprozess Beteiligten entwickelt werden.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ob der Staat überhaupt eines Motives zur Qualitätssicherung bedarf, welches dann als Rechtfertigungsgrund für die Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Sphäre dient, dieser Frage soll unter aa) nachgegangen werden. Das Ergebnis ist entscheidend, um zu untersuchen, ob es Grenzen staatlicher Qualitätssicherung gibt und wo diese Grenzen verlaufen. Unabhängig von der Antwort unter aa) ist die Untersuchung der bestehenden Motive unter bb) schon deshalb notwendig, weil sich mit Hilfe dieser Gründe zugleich der Zweck und die Schutzrichtung der einzelnen Maßnahmen zur Qualitätssicherung bestimmen lassen. Zwar sind der Schutz der Gesundheit des Pflegebedürftigen und bei Leistungsbezug die Effizienz von Sozialleistungen übergreifende Ziele, die alle Maßnahmen zur Qualitätssicherung zumindest mittelbar verfolgen. Eine Abstraktionsstufe darunter, gewissermaßen als (Zwischen-)Ziel, haben die einzelnen Maßnahmen teilweise eine andere Funktion, wie den Gesundheitsschutz des nichtprofessionell Pflegenden oder den Arbeitsschutz des professionell Pflegenden. Das Herausarbeiten dieser Funktion ist zum einen erforderlich für die Auslegung der konkreten Norm, welche die konkrete Maßnahme zur Qualitätssicherung regelt, zum anderen können, soweit empirische Untersuchungen vorhanden sind, einzelne Instrumente der Qualitätssicherung daran gemessen werden, inwieweit der Zweck erreicht wird.

aa) Notwendigkeit eines Motives

Die Notwendigkeit eines Motives kann sich aus einem allgemeinen Vorbehalt gegen jedes staatliche Handeln ergeben. Das Subsidiaritätsprinzip könnte einen solchen allgemeinen Vorbehalt darstellen, wenn es sich hinreichend präzise beschreiben lässt und für den Staat bei der Aufgabenwahrnehmung rechtlich verbindlich ist. Ansonsten verbleibt nur die Prüfung, ob im Einzelfall ein (Rechtfertigungs-) Grund für das staatliche Tätigwerden erforderlich ist, weil Grundrechte betroffen sind. Dem wird in einer generalisierenden Betrachtung nachgegangen.

(1) Subsidiaritätsprinzip

Zwar sind die Forderungen und Erwartungen an das Subsidiaritätsprinzip sehr umfangreich. „Es soll staatliches wie kirchliches, nationales wie supranationales Handeln steuern, das Verhältnis des Marktes zu staatlicher Regulierung und das der freien zur öffentlichen Wohlfahrtspflege bestimmen, Föderalismus wie Selbstverwaltung schützen, die europäische Einigung zugleich fördern und begrenzen. Das alles und mehr soll das Subsidiaritätsprinzip leisten.“[111] Jedoch handelt es sich nicht um ein aus der Verfassung ableitbares, rechtlich verbindliches Prinzip.[112]

111 *Isensee,* Subsidiarität - Das Prinzip und seine Prämissen, in: *Blickle/Hüglin/Wyduckel* (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft, S. 129.

112 Vgl. *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 313f. Eine Geltung innerhalb der Grundrechte meint dabei eine Berücksichtigung bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Dies setzt

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Selbst wenn man das Subsidiaritätsprinzip als ein Prinzip versteht, welches modern gesprochen Teil der good governance ist, bestehen unter Berücksichtigung seines historischen Entstehens Bedenken gegen die Anwendbarkeit in einem demokratischen Staat. Unabhängig von den weitreichenden geschichtlichen Wurzeln[113] entstammen die zentralen Punkte des Subsidiaritätsprinzips im heutigen Verständnis der katholischen Soziallehre.[114] Dabei bedeutet der lateinische Kern Subsidium so viel wie Hilfe oder Beistand.[115] Damit lassen sich zwei zentrale Zwecke des Subsidiaritätsprinzips erkennen. Zu einen hat sich jede Aufgabenwahrnehmung am Wohl des einzelnen Menschen zu orientieren[116], wie immer dieses Wohl dann definiert sein mag. Zum anderen soll der Staat vor Aufgaben bewahrt werden, die zu seiner Überlastung führen. Für das Verhältnis von Staat und Gesellschaft bei der Wahrnehmung der Qualitätssicherung würde dies bedeuten, der Staat darf diese Aufgabe nur dann wahrnehmen, wenn sie auf der gesellschaftlichen Ebene nicht erfüllt werden kann und selbst wenn dies der Fall ist, hat vorrangig eine Unterstützung der gesellschaftlichen Ebene zu erfolgen.

Allerdings war die Enzyklika Quadragesimo anno von Papst Pius XI (jedenfalls auch) eine Reaktion auf die entstehenden totalitären Systeme zu dieser Zeit (1931).[117]

---

aber in jeden Fall voraus, dass ein Eingriff in die Grundrechte vorliegt. Die Frage des Grundrechtseingriffes wird im Folgenden untersucht.

113 Anfänge eines Subsidiaritätsprinzips gab es bereits in der Antike, *Höffe,* SPSR 1997, S. 1, 13-15; weiterhin gibt es sowohl vorreformatorische (vgl. dazu *Klueting,* Über das Verhältnis von Familienreligion und Hausgemeinde zum kirchlichen Gottesdienst in protestantischen Kontexten der frühen Neuzeit, in: *Blickle/Hüglin/Wyduckel* (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft, S. 3, 7ff.) als auch protestantische (vgl. *Rohls,* Subsidiarität in der reformierten Konfessionskultur, in: *Blickle/Hüglin/Wyduckel* (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft, S. 37, 38ff.) Aussagen, die dem Subsidiaritätsprinzip nahe stehen.

114 *Isensee,* Subsidiarität - Das Prinzip und seine Prämissen, in: *Blickle/Hüglin/Wyduckel* (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft, S. 129, 130 spricht auch beim Text von Papst Pius dem XI. vom „Ursprungstext" des Subsidiaritätsprinzips: In Nr. 79 der Enzyklika Quadragesimo anno kommt die Subsidiarität dabei am klarsten zum Ausdruck: „Wenn es nämlich auch zutrifft, was ja die Geschichte deutlich bestätigt, daß unter den veränderten Verhältnissen manche Aufgaben, die früher leicht von kleineren Gemeinwesen geleistet wurden, nur mehr von großen bewältigt werden können, so muß doch allzeit unverrückbar jener höchst gewichtige sozialphilosophische Grundsatz fest gehalten werden, andern nicht zu rütteln noch zu deuteln ist: wie dasjenige, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, ihm nicht entzogen und der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden darf, so verstößt es gegen die Gerechtigkeit, das, was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zum guten Ende führen können, für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen; zugleich ist es überaus nachteilig und verwirrt die ganze Gesellschaftsordnung. Jedwede Gesellschaftstätigkeit ist ja ihrem Wesen und Begriff nach subsidiär; sie soll die Glieder des Sozialkörpers unterstützen, darf sie aber niemals zerschlagen oder aufsaugen." Dabei ist zu beachten, dass zur Auslegung dieser Passage nicht nur die Nr. 78 und 80, die häufig mit zitiert werden von Bedeutung sind, sondern der gesamte Text in seinem historischen Kontext.

115 Auch auf die militärischen Wurzeln des Begriffes hinweisend, *Höffe,* SPSR 1997, S. 1, 13.

116 *Höffe,* SPSR 1997, S. 1, 9.

117 *Kissling-Näf/Cattacin,* SPSR 1997, S. 1, 4.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das Ziel der Einschränkung der Staatsmacht von totalitären Systemen[118] ist nicht ohne weiteres auf einen demokratischen Staat übertragbar, der über eine völlig andere Legitimationsgrundlage verfügt. Hinzu kommt die Frage, ob das Kennzeichen des modernen Staates tatsächlich der Gegensatz Staat – Gesellschaft ist.[119] Dieser Gegensatz besteht zwar weiterhin, wenn man den Staat im engeren Sinne[120] als Staatsbegriff zugrunde legt. Allerdings ist dies nicht der einzig denkbare Staatsbegriff[121] und durch das alleinige Abstellen auf den Staat im engeren Sinne durch das Subsidiaritätsprinzip ist dieses Prinzip gewissermaßen blind für andere Gegensatzpaare innerhalb des Staates[122] oder innerhalb der Gesellschaft[123]. Insbesondere kann die Kollision von Interessen auf der gesellschaftlichen Ebene, wie der bei der Erbringung von Leistungen bei Pflegebedürftigkeit zwischen Leistungserbringer und Leistungsempfänger, nicht gelöst werden.

Diese „Blindheit" des Subsidiaritätsprinzips hat dann auch zur Folge, dass ihm weitere Prinzipien wie Solidarität[124] und Souveränität[125] an die Seite gestellt werden. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass sich jedenfalls aus dem Subsidiaritätsprinzip allein keine zufriedenstellende Zuständigkeitsverteilung zwischen Staat und Gesellschaft im modernen Staat ergibt. Nimmt man die Prinzipien Solidarität und Souveränität mit in den Blick, sind aufgrund der Unbestimmtheit der drei Prinzipien Subsidiarität, Solidarität und Souveränität und einer erst recht bestehenden Unbestimmtheit einer Kombination der drei Prinzipien keine konkreten Aussagen zum Problem der Zuständigkeitsverteilung für die Qualitätssicherung von Pflegeleistungen möglich.

(2) Grundrechtseingriffe

Da Deutschland und Österreich über eine vergleichbare Grundrechtsdogmatik[126] verfügen, kann bereits an dieser Stelle eine überblicksartige Betrachtung von Grund-

118 Pius XI., Enzyklika Quadragesimo anno, Nr. 91ff., die mit „Kritik am faschistischen Korporativstaat" überschrieben sind; *Kissling-Näf/Cattacin,* SPSR 1997, S. 1, 4

119 Der Staat sei nicht länger „autonomer Gegenspieler der Gesellschaft", siehe *Wyduckel,* Subsidiarität und Souveränität als Prinzipien, in: *Blickle/Hüglin/Wyduckel* (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft, S. 537, 561.

120 *Isensee,* Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR IV 2006, Rn. 20.

121 Zum Staat im weiteren Sinne, *Isensee,* Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR IV 2006, Rn. 20.

122 Beispielsweise verlaufen Grenzen zwischen Legislative und Exekutive, aber auch innerhalb der Legislative zwischen Oppositionsfraktionen und Regierungsfraktionen.

123 Hier verlaufen derartige Grenzen jedenfalls zwischen organisierten Interessensgruppen.

124 Subsidiaritätsprinzip und Solidaritätsprinzip als Prinzipien, die zum Ausgleich gebracht werden müssen, *Piazolo,* Solidarität, S. 82, 83.

125 Subsidiarität als Ausgleich von „Souveränitätskonkurrenzlagen", siehe *Wyduckel,* Subsidiarität und Souveränität als Prinzipien, in: *Blickle/Hüglin/Wyduckel* (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft, S. 537, 560.

126 Im Rahmen der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte erfolgt auch in Österreich eine Prüfung von Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung, vgl. *Kucsko-Stadlmayer,* Die allgemeinen

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rechtseingriffen durch staatliche Qualitätssicherung erfolgen. Dabei werden nicht alle denkbaren Maßnahmen zur Qualitätssicherung untersucht, sondern nur die typischen Maßnahmen mit verbindlichen Sollensanforderungen und deren Überprüfung. Da typischer Weise nicht die gleichen Grundrechte betroffen sind, erfolgt die Untersuchung getrennt für die professionelle und die nichtprofessionelle Pflege.

Sollensanforderungen, welche die Art und Weise der Pflegeleistungen verbindlich regeln, haben für professionelle Pflegekräfte Auswirkungen auf die Berufsausübung. Die Freiheit der Berufsausübung wird in Deutschland durch Art. 12 I GG[127] und in Österreich durch Art. 6 StGG[128] geschützt. Verbindliche Sollensanforderungen, deren Nichtbeachtung sanktioniert wird, greifen auch in die Freiheit der Berufsausübung ein.[129] Ebenfalls um einen Eingriff in Art. 12 I GG oder Art. 6 StGG handelt es sich, wenn bestimmte pflegerische Handlungen nur mit einer bestimmten Ausbildung vorgenommen werden dürfen[130], also verbindliche Sollensanforderungen auf der Struktur-

Strukturen der Grundrechte, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1, § 187, Rn. 78-104.

127 Zum umfassenden Schutzbereich von Art. 12 I GG im Hinblick auf Berufswahl und Berufsausübung vgl. *Gubelt*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Band 1, Art. 12, Rn. 24ff.

128 Die Erwerbsfreiheit nach Art. 6 StGG umfasst auch die Ausübung einer Erwerbsbetätigung. Die Erwerbstätigkeit kann sowohl selbstständig als auch unselbstständig ausgeübt werden. Vgl. *Öhlinger,* Verfassungsrecht, Rn. 886; *Korinek,* Wirtschaftliche Freiheiten, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1, § 196, Rn. 53.

129 Bei verbindlichen Sollensanforderungen ist selbst ein enger Eingriffsbegriff, der nach einem zielgerichteten Handeln des Gesetzgers verlang, erfüllt. Solche Sollensanforderungen haben gerade das Ziel die Art und Weise der Pflege regeln. Zum (engen) Eingriffsbegriff vgl. *Öhlinger,* Verfassungsrecht, Rn. 707. Auch kann die Verbindlichkeit der Standards nur durch einen Rechtsakt hergestellt werden. Nur bei Vorliegen eines Rechtsaktes kann in Österreich der Eingriff bejaht werden, vgl. *Kucsko-Stadlmayer,* Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1, § 187, Rn. 83.

130 Solche Regelungen werden als subjektive Zulassungsvoraussetzungen bezeichnet; für Art. 12 I GG vgl. *Gubelt,* in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Band 1, Art. 12, Rn. 73 und für Art. 6 StGG vgl. *Korinek,* Wirtschaftliche Freiheiten, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1, § 196, Rn. 62, „subjektive Erwerbsausübungsschranke". Erfolgt der Eingriff auf solche Weise, dass die entsprechende Ausbildung nur dann erforderlich ist, wenn staatliche Leistungen beansprucht werden, liegt eine Berufsausübungsregelung vor, vgl. BVerfG vom 10.05.1988 – 1 BvR 111/77, Rn. 20 zur Kassenzulassung von Heilpraktikern und den Vergleich zur Kassenzulassung von Ärzten. Da beide Regelungen die Erwerbstätigkeit unmittelbar betreffen, liegt auch ein Eingriff in Art. 6 I StGG vor, der nur bejaht wird, wenn eine Regelung die „Intention" hat, die Erwerbsfreiheit zu beschränken, *Mayer,* Das österreichische Bundesverfassungsrecht, Art. 6 StGG, S. 599; VfSlg 15.431. Auf diese Einordung in das Stufensystem in Deutschland kommt es damit letztlich nicht an, da im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung allein die konkrete Schwere des Eingriffs maßgebend ist, für Art. 12 I GG vgl. *Gubelt,* in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Band 1, Art. 12, Rn. 59, 67; *Sachs,* Grundrechte, B 12, Rn. 42-45 und für Art. 6 StGG vgl. *Korinek,* Wirtschaftliche Freiheiten, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1, § 196, Rn. 62.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ebene gesetzt werden. Sowohl für Art. 12 I GG als auch für Art. 6 StGG bedarf ein Eingriff eines rechtfertigenden Grundes.[131]

Im Rahmen der nichtprofessionellen Pflege können die Sollensanforderungen für die Art und Weise der Pflege unmittelbar an die nichtprofessionellen Pflegekräfte gerichtet sein. Für die Frage, ob ein Eingriff in Art. 12 I GG oder Art. 6 StGG vorliegt, kommt es auf die Höhe des Entgeltes an.[132] Ansonsten handelt es sich um einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG. In Österreich gibt es zwar keine geschriebene allgemeine Handlungsfreiheit. Diese kann jedoch über den allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 7 I B-VG und Art. 2 StGG konstruiert werden.[133] Insbesondere wenn der Pflegebedürftige eine Geldleistung erhält, werden die Sollensanforderungen für die Art und Weise der Pflege über die Pflicht zur zweckgemäßen Mittelverwendung nur mittelbar gegenüber den Pflegenden wirksam. Unabhängig von einem Eingriff in Grundrechte der Pflegenden[134], liegt jedenfalls[135] ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit des Pflegebedürftigen vor, da der Pflegebedürftige die Person des Pflegenden nicht mehr frei wählen kann.[136] Jeder der aufgeführten Grundrechtseingriffe bedarf eines rechtfertigenden Grundes.

---

131 Trotz des Vorbehalts der Freiheit der Erwerbsausübung „unter den gesetzlichen Bedingungen" in Art. 6 StGG bedürfen auch gesetzliche Beschränkungen der Freiheit der Erwerbsausübung eines rechtfertigenden Grundes, vgl. *Korinek,* Wirtschaftliche Freiheiten, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1, § 196, Rn. 56; *Mayer,* Das österreichische Bundesverfassungsrecht, Art. 6 StGG, S. 599ff.

132 Für die Eröffnung des Schutzbereiches von Art. 12 I GG ist es erforderlich, dass die Tätigkeit der Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage dient, vgl. *Gubelt*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Band 1, Art. 12, Rn. 15. Der Schutzbereich von Art. 6 StGG ist eröffnet, wenn die Tätigkeit auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtet ist, vgl. *Öhlinger,* Verfassungsrecht, Rn. 886. Dies kann nur in jedem Einzelfall und nicht generell beantwortet werden.

133 Zwar ist in der Literatur umstritten, ob dies möglich ist, vgl. *Pöschl,* Gleichheit vor dem Gesetz, S. 584-588. Dieser Streit soll hier weder ausführlich behandelt noch entschieden werden. Es wird lediglich die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs nachvollzogen. Der Verfassungsgerichtshof entnimmt dem allgemeinen Gleichheitssatz ein allgemeines Sachlichkeitsgebot. Dieses wirkt, wenn kein spezielles Freiheitsrecht eingreift, als allgemeine Handlungsfreiheit. Vgl. *Pöschl,* Gleichheitsrechte, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1, § 192, Rn. 36, 38; *Mayer,* Das österreichische Bundesverfassungsrecht, Art. 2 StGG, S. 568, 571ff.; VfSlg 16.176.

134 Zur Abgrenzung von Eingriff und Rechtsreflex, vgl. *Kucsko-Stadlmayer,* Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1, § 187, Rn. 89.

135 Im Rahmen der Auswertung wird sich zeigen, dass die Wahl des Pflegenden durch den Pflegebedürftigen durch Art. 6 I GG oder Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG geschützt ist.

136 Ob bei der Einschränkung der Wahl des Pflegenden durch den Pflegebedürftigen in spezielle Grundrechte des Pflegebedürftigen eingegriffen wird, ist für die Frage, ob überhaupt ein rechtfertigender Grund für die staatliche Qualitätssicherung erforderlich ist, nicht entscheidend. Eine konkrete Prüfung dazu erfolgt erst im Rahmen der Auswertung, wenn mögliche Qualitätssicherungsmaßnahmen für die nichtprofessionelle Pflege auf ihre Verfassungsmäßigkeit untersucht werden. Gleiches gilt für spezielle Grundrechte des Pflegenden.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(3) Ergebnis

Zwar gibt es keinen allgemeinen Vorbehalt für staatliches Handeln im Sinne des oben dargestellten Subsidiaritätsprinzips, allerdings liegt bei typischen staatlichen Qualitätssicherungsmaßnahmen ein Grundrechtseingriff vor. Dieser Grundrechtseingriff bedarf dann eines Motives, welches als rechtfertigender Grund dient.

bb) Einzelne Motive

(1) Marktversagen

Man kann die Forderung, dass der Staat nur dann in den Wettbewerb regulierend eingreifen darf, wenn Marktversagen vorliegt, als eine konkrete Ausprägung des Subsidiaritätsprinzips verstehen.[137] Dieser Forderung liegt die allgemeine Annahme zugrunde, dass bei einem idealen Markt Wettbewerb den Wohlstand aller Beteiligten vergrößert.[138] Bezogen auf die Qualitätssicherung bedeutet dies, dass Qualität innerhalb des Systems durch Angebot und Nachfrage ohne staatliche Intervention gewährleistet wird. Am idealen Markt haben die Nachfrager die nötigen Informationen, um die Qualität des angebotenen Gutes beurteilen zu können. Der Nachfrager ist dann bereit für hohe Qualität einen hohen Preis zu zahlen und für geringe Qualität einen geringen Preis.[139] Die Sicherung der Qualität findet durch die Auswahl des Nachfragers statt, da am idealen Markt „jede" Qualität angeboten und dann zu einem bestimmten Preis nachgefragt wird (Modell der vollständigen Konkurrenz[140]). Dieser Grundannahme für den idealen Markt wird man abstrakt zustimmen können. Die Forderung, dass der Staat nur bei Vorliegen eines Marktversagens regulierend tätig werden soll, ist damit zunächst ein wirtschaftswissenschaftliches Prinzip. Wird durch die Regulierung des Staates in Grundrechte eingegriffen, erlangt das Marktversagen jedoch auch rechtliche Bedeutung im Rahmen der Rechtfertigung des Grundrechtseingriffes. Denn bei einem idealen Markt wäre staatliche Qualitätssicherung schon nicht geeignet, jedenfalls aber nicht erforderlich, um es dem Nachfrager zu ermöglichen, Produkte mit gewünschter Qualität zu kaufen. Gerechtfertigt könnte staatliche Qualitätssicherung aber sein, wenn die Mechanismen des idealen Marktes nicht eintreten, so dass Marktversagen bei einer abstrakten Betrachtung Motiv und Rechtfertigungsgrund für staatliche Qualitätssicherung sein kann.

137 Daraus folgt als Handlungsanleitung für den Gesetzgeber, jedenfalls wenn man die Normierung von Rahmenbedingungen außer Acht lässt, ein Primat von Wettbewerb gegenüber Hoheit. Für ein Primat von Hoheit gegenüber Wettbewerb aus Gründen der Legitimation, siehe *Grzeszick,* Hoheitskonzept - Wettbewerbskonzept, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR IV 2006, Rn. 28f.

138 *Grzeszick,* Hoheitskonzept - Wettbewerbskonzept, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR IV 2006, Rn. 12.

139 *Fritsch/Wein, et al.,* Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 285.

140 *Fritsch/Wein, et al.,* Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 27-29.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Marktversagen kann nur für Bereiche der Erbringung von Pflegedienstleistungen als Grund für Qualitätssicherung angeführt werden, in denen auch ein Markt existiert (a). Nun mag man generell darüber streiten können, ob Marktversagen der richtige Begriff ist[141], um die damit beschriebene Situation richtig zu erfassen. Klar ist aber, dass es Fälle gibt, in denen die Mechanismen des jeweiligen real existierenden Marktes allein zu gesellschaftlich unbefriedigenden Ergebnissen führen. Solche Fälle werden üblicherweise unter dem Begriff Marktversagen zusammengefasst.[142] Die Feststellung eines Ausmaßes an Marktversagen, welches staatliche Intervention nahelegt, ergibt sich aus einer Gesamtschau von Einzelgründen.[143] Der oben angeführte ideale Markt und dessen Mechanismen sind idealisiert, so dass es in der Realität immer zu Abweichungen kommt. Die Frage, wann die Abweichungen derart groß sind, dass staatliches Eingreifen aufgrund von Marktversagen erfolgen sollte, ist letztlich eine Wertungsfrage. Dazu sind die typischen einzelnen Aspekte des Marktversagens bei Pflegedienstleistungen herauszuarbeiten (b). Von diesen Einzelgründen erfolgt dann der wertende Schluss auf das Marktversagen (c).

(a) Bestehen eines Marktes

Markt wird hier definiert als nicht zentral geplante Austauschbeziehungen von eigennützig handelnden Akteuren.[144] Klassische Eigenschaften sind dabei Wettbewerb und Konkurrenz,[145] d.h. zumindest auf einer Seite muss es eine Mehrheit von Akteuren geben. Damit existiert im Bereich der professionellen Pflege ein Markt, auch wenn bei der Erbringung der Pflegedienstleistung als Sachleistung die Besonderheit besteht, dass drei Akteure an der Austauschbeziehung beteiligt sind.

Anders ist dies für den Bereich der nichtprofessionellen Pflege. Hier sind nicht in allen denkbaren Konstellationen die Voraussetzungen für das Bestehen eines Marktes erfüllt. Bei der Pflege durch Angehörige oder Bekannte fehlt es an einem Markt, wenn es auf beiden Seiten keine Mehrheit von Akteuren gibt. So ist die Fallgestaltung denkbar, und keinesfalls eine Seltenheit, in der dem Pflegebedürftigen nur eine mögliche Pflegeperson zur Verfügung steht. Aber selbst wenn es mehrere potentielle Pflegepersonen gibt, handelt es sich nur dann um eine Mehrheit von Akteuren, wenn diese Pflegepersonen in einem Konkurrenzverhältnis stehen. Regelmäßig dürfte jedoch keine Konkurrenz, sondern vielmehr ein Zusammenwirken zwischen den potentiellen nichtprofessionellen Pflegepersonen vorliegen. Auch stellt sich schon die Frage, ob nichtprofessionelle Pflegekräfte dem Pflegebedürftigen in jedem Fall auf einer „anderen Seite“

141 *Volk,* Individualprinzip versus Sozialprinzip, S. 23f.

142 Auch der deutsche Gesetzgeber verwendet den Begriff „Marktversagen“ bspw. in § 10 II 1 TKG.

143 *Fritsch/Wein, et al.,* Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 82.

144 *Fritsch/Wein, et al.,* Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 19.

145 *Fritsch/Wein, et al.,* Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 7; *Eckelt,* Die natürliche Wirtschaftsordnung der wirtschaftlichen Arbeitsdreiteilung, S. 110.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gegenüber stehen. Wenn an die nichtprofessionelle Pflegekraft gar keine finanzielle Leistung erfolgt oder die finanzielle Leistung an den Pflegenden deutlich unter dem Wert der erbrachten Pflege liegt und möglicherweise noch nicht einmal dessen Aufwendungen abgedeckt werden, wenn also die finanzielle Leistung nur symbolische Bedeutung hat, dann handelt der Pflegende nicht eigennützig, sondern aus anderen Motiven.[146] Dies ist insbesondere bei der Pflege durch Angehörige, Nachbarn und Freunde der Fall. Die Pflegenden stehen in dieser Situation nicht auf der „anderen Seite", sondern vielmehr auf der Seite des Pflegebedürftigen, so dass es schon an der Grundvoraussetzung für einen Markt, nämlich dass sich Akteure mit eigenen Interessen gegenüberstehen, fehlt.

Nun könnte das vollständige Fehlen eines Marktes dazu führen, dass dieses Fehlen gewissermaßen erst recht und ohne weitere Indizien dazu führt, ein Marktversagen anzunehmen. Damit wäre das Fehlen des Marktes selbst (Teil-) Grund für staatliche Qualitätssicherung im Bereich der nichtprofessionellen Pflege. Dagegen spricht zum einen das Fehlen einer Informationsasymmetrie zwischen Pflegenden und Pflegebedürftigen. Vielmehr dürften bei beiden die gleichen Informationsdefizite vorliegen. Zum anderen ist das Fehlen des Marktes mit dem Marktversagen nicht vergleichbar. Die Motivation der Pflegenden bei Fehlen des Marktes ist fremdnützig, so dass allein das Fehlen des Marktes keine Probleme aufwirft, die der staatlichen Intervention bedürften. Die dort bestehenden Qualitätsprobleme aufgrund der persönlichen Nähe oder eines Defizites an Informationen oder Fähigkeiten werden von Fallgruppen erfasst, die noch im Rahmen der zu schützenden rechtlichen Interessen behandelt werden.

Auch die Annahme eines Gesamtmarktes, auf dem man das Angebot an professioneller und nichtprofessioneller Pflege zusammen betrachtet, entspricht nicht dem natürlichen Ablauf der Entscheidung bei der Auswahl der Art der Pflege. Bereits bei der Auswahl der Art der Pflege sind Angehörige als potentielle nichtprofessionelle Pflegekräfte der Seite des Pflegebedürftigen zuzurechnen, wie nicht zuletzt § 7 II SGB XI zeigt, der Aufklärung und Beratung für „die Versicherten und ihre Angehörigen und Lebenspartner" vorschreibt. Angehörige konkurrieren gerade nicht mit professionellen Pflegekräften darum, den Pflegebedürftigen pflegen zu dürfen.

146 Zu dem aus der persönlichen Nähe entstehenden Motiven vgl. *Gensluckner/Holzer,* Pflege aus Sicht der pflegenden Angehörigen (Laienpflege), S. 8-10, 38. In der ökonomischen Analyse sind die Motive für informelle Pflege umstritten. Nach einem Modell handelt es sich wie auch hier angenommen um altruistisches Verhalten, *Schneider,* ZSR 2006, S. 493, 496f. Ein anderes Modell geht davon aus, dass auch der informellen Pflege ein Austauschverhältnis zugrunde liegt. Die Pflege wird dann entweder für bereits empfangene Leistungen (wie bspw. Erziehung) oder für noch zu erwartende Leistungen (wie bspw. höheres Erbe) erbracht, *Schneider,* ZSR 2006, S. 493, 497. Da aber auch das Modell des Austauschverhältnisses davon ausgeht, dass bei informeller Pflege ein „bilaterales Monopol" vorliegt, weil sowohl die zu erbringenden Pflegeleistungen als auch die erbrachten oder erwarteten Gegenleistungen in genau dieser Form auch nur durch diese Personen erbracht werden können, *Schneider,* ZSR 2006, S. 493, 497, besteht letztlich nach beiden Modellen kein Markt.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die folgende Prüfung des Marktversagens erfolgt nur für Konstellationen, in denen auch ein Markt besteht. Im Wesentlichen handelt es sich dabei um den Bereich der professionellen Pflege. Da die Prüfung des Marktversagens erfolgt, um einen Grund für staatliche Qualitätssicherung zu finden, ist bei der Prüfung zu unterstellen, dass noch keine staatlichen Maßnahmen existieren. Schon hier ist ein Problem bei der üblichen Beschreibung von Qualitätssicherung am Sozialleistungsmarkt zu erkennen. Wenn man Marktversagen oder dessen Bestandteile Informations- und Sanktionsasymmetrie zum Grund für staatliche Qualitätssicherung macht, führt dies zu der Problematik, dass die Bereiche ohne Markt, also ein großer Teil der nichtprofessionellen Pflege, von diesem Qualitätssicherungsgrund nicht erfasst werden und nach weiteren Gründen gesucht werden muss. Selbst wenn man diese Gründe herausarbeitet, würde es an einem ganzheitlichen Modell fehlen.

(b) Einzelne Aspekte des Marktversagens

(aa) Aufgrund der Eigenschaften von Pflegeleistungen

Darüber, dass es sich bei den Leistungen[147], die vom Pflegenden bei Pflegebedürftigkeit erbracht werden, um Dienstleistungen handelt, bestehen keine Zweifel.[148] Leistungen bei Pflegebedürftigkeit haben die typischen Eigenschaften von Dienstleistungen. Betrachtet man die Pflegedienstleistung als einmaligen Vorgang, so wird diese gleichzeitig produziert und konsumiert.[149] Erbringungsprozess und Ergebnis lassen sich nicht trennen, was dazu führt, dass die bei Waren üblichen Qualitätskontrollen vor Auslieferung nicht möglich sind. Wird die Dienstleistung wie bei Pflegeleistungen am Menschen erbracht, sind auch nachträgliche Fehlerkorrekturen[150] nicht in der Art möglich, dass der ursprüngliche Zustand im eigentlichen Sinne des Wortes wiederhergestellt werden kann, da zumindest für einen begrenzen Zeitraum, nämlich bis zur Wiederherstellung, wenn diese überhaupt möglich ist, Einbußen hingenommen werden müssen.[151]

147 Natürlich sind Heil- und Hilfsmittel Waren, aber auch deren Einsatz erfolgt durch eine Dienstleistung.

148 Es existiert zwar keine allgemein gültige Definition von Dienstleistungen. Aufgrund der Eindeutigkeit der Zuordnung von Leistungen bei Pflegebedürftigkeit sind nähere Ausführungen aber entbehrlich. Es gibt sowohl abstrakte Definitionsversuche als auch Definitionsversuche, die Dienstleistungen über charakteristische Eigenschaften beschreiben. Vgl. *Reimer,* Qualitätssicherung, S. 38ff. sowie *Simon,* Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht, S. 7ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

149 So genanntes uno-actu Prinzip, vgl. *Naegele,* Die sozialen Dienste vor neuen Herausforderungen, in: *Schnabel/Schöneberg* (Hrsg.), Qualitätsentwicklung in der Versorgung Pflegebedürftiger, S. 11, 12; *Dahlgaard,* Qualitätssicherung im Gesundheitswesen aus Sicht des Qualitätsmanagements, in: *Igl* (Hrsg.), Recht und Realität der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen, S. 122, 124.

150 *Reimer,* Qualitätssicherung, S. 51.

151 Die irreversiblen Folgen von „Humandienstleistungen" betont *Klie,* Rechtlicher Rahmen der Qualitätssicherung in der Pflege, in: *Igl* (Hrsg.), Recht und Realität der Qualitätssicherung im Gesund-

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bereits die Unmöglichkeit der vorherigen Qualitätskontrolle sowie die Unmöglichkeit der vollständig kompensierenden nachträglichen Fehlerkorrektur zeigen eine im Vergleich zu Waren schwächere Stellung des Nachfragers, hier des Pflegebedürftigen. Allerdings ist einschränkend zur Unmöglichkeit der vorherigen Qualitätskontrolle anzumerken, dass Pflegedienstleistungen üblicherweise als sich häufig wiederholende Leistungen erbracht werden und damit Ergebnisse früherer Leistungen bei den folgenden Pflegeeinsätzen berücksichtigt werden können, die Folgen des uno-actu Prinzips insoweit also abgeschwächt werden.

Bei Pflegedienstleistungen wird i.d.R. pauschal davon ausgegangen, es handele sich um ein Vertrauens- beziehungsweise Glaubensgut, was Informationsmängel am Markt auch hinsichtlich der Qualität des angebotenen Gutes zur Folge habe. Der Einordnung als Vertrauens- beziehungsweise Glaubensgut wird man für Pflegehandlungen, die besondere medizinische Fachkenntnisse erfordern, als auch für die Erstellung der Pflegeplanung zustimmen können. Ein Vertrauens- beziehungsweise Glaubensgut liegt vor, wenn die Qualität des konsumierten Gutes vor dem Konsum gar nicht und danach ebenfalls gar nicht oder erst nach dem Konsum durch eine größere Menge vom Konsumenten beurteilt werden kann.[152] Vor Abschluss des Pflegevertrages kann der Pflegebedürftige die Qualität der Pflegeplanung nicht einschätzen, da es sich um jeweils individuell zu gestaltende Leistungen handelt und der Pflegende bei der Zusammenstellung und Gestaltung der Pflegeleistungen einen Wissensvorsprung hat.[153] Ohne Informationen von Dritten ist der Pflegebedürftige darauf angewiesen, dem Pflegenden zu vertrauen. Dies gilt auch für die Art und Weise der Ausführung von Pflegehandlungen, die besonderes Fachwissen bedürfen. Verschlechtert oder verbessert sich der Gesundheitszustand des Pflegebedürftigen, so kann der Pflegebedürftige allenfalls nach einem längeren Zeitraum der Pflege feststellen, ob zwischen der Änderung seines Gesundheitszustandes und der Art der Pflege wahrscheinlich ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Noch schwieriger zu beurteilen ist für den Pflegebedürftigen die Frage, ob andere Pflegemaßnahmen durch den gleichen Dienstleister oder Pflegemaßnahmen durch einen anderen Dienstleiter günstigere Auswirkungen auf seinen Gesundheitszustand hätten.

---

heitswesen, S. 86, 98. Dazu ist anzumerken, dass eine mögliche Kompensation durch Schmerzensgeld nicht die körperliche Schädigung wiedergutmacht, sondern diese nur entschädigt. Dies ist bei Waren anders, da hier neben der nachträglichen Korrektur auch der entgangene Gewinn ersetzt werden kann, so dass es zu einer vollständigen Kompensation kommt. Zwar sind auch Körperschäden infolge mangelhafter Waren denkbar, im Gegensatz zu fehlerhafter Pflege aber nicht die Regel. Eine ähnliche Argumentation findet sich bei *Dahlgaard,* Qualitätssicherung im Gesundheitswesen aus Sicht des Qualitätsmanagements, in: *Igl* (Hrsg.), Recht und Realität der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen, S. 122, 124.

152 *Fritsch/Wein, et al.,* Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 289f.

153 *Wasem/Kleinow,* Grundlegende Probleme und Zukunftsfragen der Qualitätssicherung, in: *Igl* (Hrsg.), Recht und Realität der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen, S. 136, 137, 141; Zum Arzt-Patienten-Verhältnis, *Hart,* Recht auf Qualität, in: *Igl* (Hrsg.), Recht und Realität der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen, S. 18, 22.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die bei Glaubens- beziehungsweise Vertrauensgütern eintretende Informationsasymmetrie zum Nachteil des Pflegebedürftigen hat zwei Hauptfolgen. Vor Abschluss des Pflegevertrages kann der Pflegebedürftige nicht ideal informiert zwischen mehreren Anbietern von Pflegedienstleistungen auswählen. Nach Abschluss des Pflegevertrages ist es für den Pflegebedürftigen schwer, sich vom gewählten Anbieter zu trennen. Selbst wenn er nach längerer Zeit des Konsums der Pflegedienstleistungen eine mangelhafte Qualität bemerkt, ist eine Trennung von dem oder den Pflegenden aufgrund der eingetretenen Gewöhnung und der besonderen Nähe zum Pflegenden jedenfalls dann schwierig, wenn die bemerkten Mängel nicht allzu groß sind.[154] Hinzu kommt dann auch hier wieder das oben beschriebene Problem der Anbieterauswahl vor Abschluss des Pflegevertrages. Der Pflegebedürftige kann nicht einschätzen, ob der nächste Anbieter für ihn wirklich besser ist.[155]

Pflege ist jedoch ein denkbar weiter Begriff. So erfassen Pflegeleistungen beispielsweise auch die hauswirtschaftliche Versorgung des Pflegebedürftigen. Dies sind häufig einfache und alltägliche Dienstleistungen, die nicht der Kategorie der Vertrauensgüter zugeordnet werden können. Denn ob „ordentlich" geputzt wird, kann jeder feststellen. Das Informationsdefizit der Pflegebedürftigen besteht in diesem Bereich nur vor der Auswahl des Leistungserbringers und beruht auf dem Umstand der Erbringung in häuslicher Umgebung. Denn während der Pflegebedürftige vor Auswahl eines Pflegeheimes dieses regelmäßig besichtigen wird, findet die Leistungserbringung von Pflegediensten bei anderen Pflegebedürftigen für den vor der Auswahlentscheidung stehenden Pflegebedürftigen zunächst im Verborgenen statt. Da der Pflegedürftige die Pflege regelmäßig als Gesamtleistung in Anspruch nimmt, also insbesondere auch die Pflegeplanung Gegenstand der Leistung ist, ist auch ein Teil der Leistung immer Glaubens- beziehungsweise Vertrauensgut.

---

154 Die kann als „strukturelle Abhängigkeit" des Pflegebedürftigen vom Pflegenden bezeichnet werden, *Klie,* Rechtlicher Rahmen der Qualitätssicherung in der Pflege, in: *Igl* (Hrsg.), Recht und Realität der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen, S. 86, 89. *Reimer,* Qualitätssicherung, S. 108, greift dies unter dem Aspekt der Sanktionsasymmetrie auf. Ob der Pflegebedürftige tatsächlich als „Trittbrettfahrer" von der Konsumentensouveränität zukünftiger Pflegebedürftiger profitiert, ist jedoch fraglich, wenn man die bestehende Informationsasymmetrie vor Vertragsabschluss berücksichtigt.

155 Die Zuordnung von Pflegedienstleistungen als Vertrauensgut erfolgt nicht einheitlich. So nimmt *Reimer,* Qualitätssicherung, S. 107, beim Heimvertrag ein Erfahrungsgut an, wobei Dienstleistungen im medizinischen Bereich Vertrauensgüter sein sollen, vgl. Reimer, a.a.O., Fn. 193. Auch *Schnabel/Schöneberg,* Qualitätssicherung und Nutzerperspektive, in: *Schnabel/Schöneberg* (Hrsg.), Qualitätsentwicklung in der Versorgung Pflegebedürftiger, S. 168, 175 geht von einem Erfahrungsgut aus. Teilweise erfolgt auch eine Einordnung sowohl als Erfahrungs- als auch als Vertrauensgut, *Naegele,* Die sozialen Dienste vor neuen Herausforderungen, in: *Schnabel/Schöneberg* (Hrsg.), Qualitätsentwicklung in der Versorgung Pflegebedürftiger, S. 11, 12, 13. Verlangt man bei Erfahrungsgütern, dass die Qualität vom Konsumenten nach dem Konsum sicher erkannt wird, vgl. *Fritsch/Wein, et al.,* Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 288f.; *Reimer,* Qualitätssicherung, S. 106, dann ist die Zuordnung als Vertrauensgut wegen der genannten Unsicherheiten und des Wissensvorsprungs des Dienstleisters überzeugender.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eine Eigenschaft, die auch bei anderen Dienstleistungen vorliegen kann, aber bei Pflegedienstleistungen eine besondere Bedeutung hat, ist die Notwendigkeit der Mitarbeit des Dienstleistungsempfängers[156], also des Pflegebedürftigen. Zum einen benötigt der Pflegende bereits im Vorfeld der Erbringung der Leistungen Informationen über den Pflegebedürftigen.[157] Zum anderen ist der Pflegende im Rahmen der Leistungserbringung auf die Mitarbeit des Pflegebedürftigen angewiesen. Dies gilt verstärkt dann, wenn die aktivierende Pflege wie in § 2 I 2 SGB XI zum Leitbild erhoben wird. Zwar führt allein die Angewiesenheit des Dienstleisters auf externe Mitwirkung allein nicht zu einem Aspekt des Marktversagens, allerdings ist es aufgrund der externen Faktoren schwieriger, die Qualität der Leistung des Dienstleisters zu bewerten. Dies führt dazu, dass es für den Pflegebedürftigen schwierig ist, sich ausreichend über geeignete Pflegekräfte zu informieren und eine bewusste Auswahlentscheidung zu treffen. Andererseits darf die Bedeutung des „externen Faktors" Pflegebedürftiger auch nicht überschätzt werden. Gerade das Erklären der Notwendigkeit einer Pflegemaßnahme und die Motivation des Pflegebedürftigen gehören zum Aufgabenbereich des Pflegenden und sind dementsprechend zunächst bei diesem und nicht beim Pflegebedürftigen Gegenstand der Kontrolle im Rahmen der Qualitätssicherung. Aufgrund der besonderen Vertrauensstellung des Pflegenden hat dieser auch einen großen Einfluss auf den Pflegebedürftigen, so dass allenfalls im geringen Maße ein echter externer, nämlich nicht beeinflussbarer Faktor vorliegt.

(bb) Aufgrund der Art der Erbringung

Werden Leistungen bei Pflegebedürftigkeit vom Staat als Sachleistungen in der Form erbracht, dass sich der Staat für die Leistungserbringung Dritter bedient und die Vergütung dann unmittelbar vom Staat an den Leistungserbringer erfolgt[158], dann hat auch

156 Der Pflegebedürftige als Co-Produzent vgl. *BUKO QS,* Erstes Berliner Memorandum; *Dahlgaard,* Qualitätssicherung im Gesundheitswesen aus Sicht des Qualitätsmanagements, in: *Igl* (Hrsg.), Recht und Realität der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen, S. 122, 124 sowie besonderen Bedeutung für die medizinische Rehabilitation, deren Ziel der Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit aber mit dem Ziel des § 2 I 2 SGB XI zu vergleichen ist, *Welti,* Rechtlicher Rahmen der Qualitätssicherung in der medizinischen Rehabilitation, in: *Igl* (Hrsg.), Recht und Realität der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen, S. 42, 44f. Allgemein zur Einbeziehung des Dienstleistungsempfängers, *Reimer,* Qualitätssicherung, S. 51. Auf den Pflegebedürftigen als Co-Produzent ist im Rahmen der Frage, wer Adressat staatlicher Qualitätssicherung ist (bzw. sein sollte), noch genauer einzugehen.

157 Diese Informationen kann er vom Pflegebedürftigen selbst oder von Dritten (bspw. Ärzten) erhalten.

158 Vereinfacht dargestellt, bestehen drei Rechtsverhältnisse: Im Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer sind unter anderem die Vergütung geregelt und die Pflicht des Leistungserbringers, die Leistung gegenüber dem Leistungsempfänger zu erbringen. Aus dem Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungsempfänger folgt der Anspruch auf die Leistung. Das Rechtsverhältnis zwischen Leistungsempfänger und Leistungserbringer ist ein privatrechtlicher Vertrag über die Erbringung und den Inhalt der konkreten Leistung, aber u.a. mit der Besonderheit, dass keine Vergütung ausgehandelt wird, sondern auf das Rechtsverhältnis Leistungsträger – Leis-

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

diese besondere Art der Leistungserbringung Auswirkungen auf den Leistungserbringungsmarkt und führt zu einem Abweichen von dem Merkmalen des idealen Marktes.

Der Leistungsempfänger ist nicht zugleich Kostenträger, sondern Kostenträger ist der Leistungsträger und damit eine staatliche Einrichtung. Durch diese Personenverschiedenheit von Leistungsempfänger und Kostenträger wird dem Leistungsempfänger die Sanktion qualitativ schlechter Dienstleistungen erschwert, insbesondere ist die einfachste Form der Sanktion, nämlich gar keine oder nur einen Teil der Vergütung zu zahlen, nicht möglich.[159] Alle anderen Möglichkeiten, wie Beschwerden beim Leistungsträger oder Schadensersatzforderungen gegen den Leistungserbringer, sind mit größerem Aufwand, nämlich aktivem Tun verbunden und auch nicht so zeitnah wirksam. Auch ist zu bedenken, dass der Leistungsempfänger den Wert der empfangenen Leistung in der Regel gar nicht kennen wird, so dass er auch keine am Wert ausgerichtete Qualitätserwartung bilden kann. Da der Leistungsempfänger beim Konsum der Leistung nicht unmittelbar das Gefühl hat eine Gegenleistung zu erbringen[160], ist er möglicherweise weniger an der Qualität der Leistung interessiert.[161]

Auch besteht für den Leistungsträger, der zugleich Kostenträger ist, die Schwierigkeit Qualitätsmängel effektiv zu sanktionieren. Der Leistungsträger hat zwar unter Umständen die rechtlichen Möglichkeiten, die Vergütung zu versagen oder zu mindern, da er aber die Dienstleistung nicht selbst empfängt, hat er keine unmittelbaren Informationen über die Qualität der erbrachten Dienstleistung. Auch wird der Leistungsträger zumindest nicht in jeden Fall Informationen vom Leistungsempfänger bekommen.[162]

---

tungserbringer verwiesen wird. Zum tatsächlich komplexeren System der Leistungserbringung und Vergütung von Pflegeleistungen, die als Sachleistungen erbracht werden im SGB XI, vgl. *Igl/Welti,* Sozialrecht, S. 135-141.

159 *Reimer,* Qualitätssicherung, S. 109f., fasst diese Fallgruppe unter dem Begriff „Sanktionsasymmetrie" zusammen. Allerdings ist anzumerken, dass die Möglichkeiten der Vergütungskürzung aufgrund einer Schlechtleistung bei einem Dienstvertrag sowieso im Vergleich zu Kauf- und Werkvertrag sehr eingeschränkt sind und für den Pflegebedürftigen kaum zu verwirklichen, wenn man die Aussagen zur Informationsasymmetrie berücksichtigt. Dies gilt sowohl für die §§ 611ff. BGB als auch für die §§ 1153ff. ABGB. Die Intensität der „Sanktionsasymmetrie", die allein aufgrund eines Sachleistungssystems entsteht, sollte daher nicht überschätzt werden.

160 Natürlich erbringt der Leistungsempfänger in Form von Beiträgen oder Steuern eine Leistung, diese steht aber weder inhaltlich noch zeitlich in einem Zusammenhang mit der empfangenen Leistung. Zwar ist dies auch bei der Kostenerstattung nicht anders, dort kennt aber der Leistungsempfänger wenigstens den Preis der empfangenen Dienstleistung und er hat, wenn auch kurzfristig, das Gefühl, etwas zu geben.

161 Es fehlt ein Anreiz des Leistungsempfängers, den Leistungserbringer zu kontrollieren, siehe *Fritsch/Wein, et al.,* Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 292.

162 Zum Informationsdefizit des Leistungsträgers, vgl. *Reimer,* Qualitätssicherung, S. 110; Zusammen mit dem bei Pflegedienstleistungen immer bestehenden Informationsdefizit des Leistungsempfängers kommt es hier zu einer „doppelten Informationsasymmetrie", *Fritsch/Wein, et al.,* Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 292

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bei dieser Art der Leistungserbringung ist es typisch, dass die Vergütung nicht qualitätsbezogen erfolgt. Damit fehlt es an Anreizen für den Leistungserbringer, qualitativ hochwertige Dienstleistungen zu erbringen.[163]

Erbringt der Staat hingegen Geldleistungen und wählt der Leistungsempfänger den Leistungserbringer aus und bezahlt diesen dann auch, so gibt es keine zusätzlichen marktrelevanten Probleme, welche zu den allgemeinen Problemen bei Pflegedienstleistungen unter (a) hinzukommen.

(cc) Gesamtbewertung

Betrachtet man die Vielzahl der Abweichungen vom idealen Markt und deren Intensität, so ist Ergebnis der Gesamtbewertung ein Marktversagen bei Pflegedienstleistungen. Die besonders starke Informationsasymmetrie zu Lasten des Pflegebedürftigen macht rationale Entscheidungen bei der Wahl des Leistungserbringers kaum möglich. Hinzu kommen Sanktionsprobleme aufgrund des Dreiecksverhältnisses bei Sachleistungen bei der professionellen Pflege in Deutschland.

(dd) Berücksichtigung der Besonderheiten des Sozialleistungsmarktes

Die hier zu behandelnden Besonderheiten wirken allein auf der Ebene der Ausgestaltung des Sozialleistungsmarktes. Die Frage, ob der Staat für einen Bedarf eine Sozialleistung schafft oder ob er die Bedarfsdeckung den gesellschaftlichen Mechanismen überlässt, ist hier nicht zu behandeln.

Marktversagen kann nur dann Motiv für staatliche Qualitätssicherung bei Pflegeleistungen sein, wenn man den bestehenden Markt und seine Mechanismen mit dem idealen Markt und dessen Mechanismen vergleicht und der ideale Markt mit seinen Mechanismen auch tatsächlich der angestrebte Zustand ist. Allerdings ist der Vergleich zwischen dem bestehenden Markt bei Erbringung von Pflegeleistungen als Teil des Marktes der Erbringung von Sozialleistungen und dem idealen Markt schon ungeeignet, weil der ideale Markt gerade nicht der angestrebte Zustand für die Erbringung von Sozialleistungen ist. Der Sozialleistungsmarkt ist anders entstanden als die Märkte deren „Idealzustand“ mit dem Begriff „idealer Markt“ beschrieben wird.[164] Der ideale Markt ist eine Idealisierung der bestehenden Märkte, die sich auf „natürliche“ Weise durch das Aufeinandertreffen von privaten Akteuren gebildet haben. Dagegen wurde der Sozialleistungsmarkt durch die staatliche Finanzierung erst „künstlich“ gebildet. Mit dem staatlichen „Kunstgebilde“ Sozialleistungsmarkt werden andere Ziele verfolgt als mit dem

163 *Klie,* Rechtlicher Rahmen der Qualitätssicherung in der Pflege, in: *Igl* (Hrsg.), Recht und Realität der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen, S. 86, 98.

164 Zum Markt als Wesensmerkmal der „natürlichen Wirtschaftsordnung“ vgl., *Eckelt,* Die natürliche Wirtschaftsordnung der wirtschaftlichen Arbeitsdreiteilung, S. 107.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

idealen Markt. Am idealen Markt werden Qualität und Preis der Güter durch Angebot und Nachfrage bestimmt, mit der Folge, dass Güter mit hoher Qualität zum hohen Preis und Güter mit niedriger Qualität zu einem niedrigen Preis erworben werden können. Dagegen geht es auf dem Sozialleistungsmarkt darum, alle einbezogenen Personen zu für sie jeweils erschwinglichen Preisen (Beiträge oder Steuern) quantitativ und qualitativ[165] ausreichend zu versorgen.[166].

Es zeigt sich auch an konkreten bestehenden Maßnahmen der staatlichen Qualitätssicherung, dass die Herstellung des idealen Marktes beziehungsweise dessen Mechanismen und Folgen gar nicht das Ziel staatlicher Qualitätssicherung sind. So werden Mindeststandards gesetzt oder bereits vorhandene Standards für verbindlich erklärt (bspw. allgemein anerkannter Stand medizinisch-pflegerischer Erkenntnisse in § 11 I 1 SGB XI). Eine Abweichung nach unten wird sanktioniert, eine Abweichung nach oben nicht belohnt. Es wird also der Zweck verfolgt, einen Mindeststandard an Pflegedienstleistungen zu einem bezahlbaren Preis für alle zu gewährleisten. Dies entspricht gerade nicht dem idealen Markt. Ist es aber nicht das Ziel staatlicher Eingriffe, die Mechanismen des idealen Marktes möglichst herzustellen, dann kann man diese staatlichen Eingriffe auch nicht mit Marktversagen begründen (rechtfertigen), denn Marktversagen ist die negative Abweichung vom idealen Markt und Markteingriffe aufgrund von Marktversagen dienen der möglichst weitgehenden Beseitigung dieser negativen Abweichungen.

Die Annahme, dass es sich beim Sozialleistungsmarkt um einen besonderen Markt handelt, ist kein Plädoyer gegen Wettbewerb auf dem Sozialleistungsmarkt.[167] Es soll lediglich verdeutlicht werden, dass dem Sozialleistungsmarkt und den „normalen Märkten“ unterschiedliche Grundkonstellationen zugrunde liegen. Auf einem „normalen Markt“ ist Wettbewerb die Grundkonstellation und der Staat soll nur dann Eingreifen, wenn unerwünschte Wirkungen eintreten. (Freier) Wettbewerb ist hier der Normalzustand. Beim Sozialleistungsmarkt gibt es hingegen keinen bestimmbaren Normalzustand. Der Sozialleistungsmarkt wird nicht nur staatlich eröffnet, sondern er muss auch inhaltlich ausgestaltet werden. Dies zeigt sich schon an den unterschiedlichen Möglichkeiten der Ausgestaltung der Leistungserbringung. So kann der Staat die Leistungen selbst erbringen oder durch Dritte erbringen lassen. Erbringt er die Leistung selbst, ist Wettbewerb im eigentlichen Sinne gar nicht möglich. Lässt der Staat die Leistung durch Dritte erbringen, dann ist Wettbewerb neben Hierarchie und Heterarchie nur eine der

165 „Qualitativ“ hier im materiellen Sinne.

166 Als „verteilungspolitische Grenzen“ bezeichnen dies *Wasem/Kleinow,* Grundlegende Probleme und Zukunftsfragen der Qualitätssicherung, in: *Igl* (Hrsg.), Recht und Realität der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen, S. 136, 137.

167 Allerdings besteht auch allgemein „kein prinzipieller Vorrang“ für den Steuerungsmodus Markt gegenüber den anderen Steuerungsmodi, siehe *Eifert,* Regulierungsstrategien, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vosskuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Rn. 19. Dies gilt auch für den Sozialleistungsmarkt.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

möglichen und gleichberechtigten Steuerungsformen.[168] Bei der Wahl der Steuerungsform ist der Staat rechtlich betrachtet zunächst frei, insbesondere liegt bei der Wahl von Hierarchie oder Heterarchie kein Eingriff in den Wettbewerb vor. Die Ausgestaltung der einzelnen Steuerungsform muss dann aber unter Beachtung der Grundrechte der Betroffenen erfolgen. Ein zusätzliches Argument für die Besonderheit des Sozialleistungsmarktes lässt sich gewinnen, wenn man die Perspektive des Wettbewerbsrechts für den klassischen Markt einnimmt. Charakterisiert man Wettbewerb als Entmachtungsinstrument gegen Wirtschaftsmacht und -konzentration[169], dann wird der Unterschied zur Steuerung auf dem Sozialleistungsmarkt deutlich. Auf dem Sozialleistungsmarkt besteht zunächst keine Wirtschaftsmacht, sondern diese entsteht erst mit der Verteilung der Aufgaben durch den Staat.

Wenn man dem Sozialleistungsmarkt auf diese Art und Weise wie hier eine eigenständige Stellung gegenüber dem idealen Markt zuschreibt, dann könnte man natürlich sagen, dass, soweit der Sozialleistungsmarkt durch seine eigenen Mechanismen das Ziel der qualitativ und quantitativ ausreichenden Versorgung nicht erreiche, ein „Versagen des Sozialleistungsmarktes“ vorliegt. Grund für staatliche Qualitätssicherung am Sozialleistungsmarkt sei daher eben das Versagen des Sozialleistungsmarktes. Diese Wertung lässt jedoch außer Acht, dass der Sozialleistungsmarkt nicht nur staatlich eröffnet wurde, sondern auch staatlich ausgestaltet wird und ohne staatliche Ausgestaltung gar keinen bestimmbaren Normalzustand hat. Damit ist es zutreffender, die staatliche Qualitätssicherung auf dem Sozialleistungsmarkt als Teil der Ausgestaltung des Gesamtsystems Sozialleistungsmarkt anzusehen.[170] Damit scheidet Marktversagen als Motiv für die Regulierung des Sozialleistungsmarktes insgesamt aus. Es geht vielmehr um eine inhaltliche Ausgestaltung.

(2) Rechtliche Interessen der am Pflegeprozess Beteiligten

Es wurde nun festgestellt, dass es für Teile der nichtprofessionellen Pflege gar keinen Markt gibt und auch ansonsten das Marktversagen bei der Erbringung von Sozialleistungen kein geeignetes Motiv für staatliche Qualitätssicherung darstellt. Bei den rechtlichen Interessen der am Pflegeprozess Beteiligten handelt es sich um eine einheitliche Motivationslage für staatliche Qualitätssicherung als Teil der Ausgestaltung des Sozial-

168 Einführend zu den Steuerungsformen: *Kersten/Lenski,* Die Verwaltung 2009, S. 501, 529f.

169 *Böhm,* Demokratie und ökonomische Macht, in: *Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht* (Hrsg.), Kartelle und Monopole im modernen Recht, Band 1, S. 1, 22, sowie die Interpretation bei *Roser/Oswald,* Die Aktualität liberaler Machtkritik, in: *Roser/Oswald* (Hrsg.), Entmachtung durch Wettbewerb, S. 213f.

170 In diesem Sinne auch *Becker,* Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, in: *Becker* (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht I, S. 11, 38.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

leistungsmarktes.[171] Damit ist natürlich nicht oder jedenfalls nur in den seltensten Fällen eine Pflicht zu konkreten Maßnahmen verbunden.[172] Diese einheitliche Motivationslage für staatliche Qualitätssicherung für alle Arten der Erbringung von Pflegeleistungen dient jedoch dazu, konkrete Motive zu entwickeln, die zugleich potentielle Rechtfertigungsgründe für Grundrechtseingriffe durch Maßnahmen zur Qualitätssicherung sind.

(a) Pflegebedürftiger

An den Pflegebedürftigen werden die Leistungen bei Pflegebedürftigkeit erbracht. Mit diesen Leistungen wird ein Zweck verfolgt. Maßnahmen zur Qualitätssicherung, die unmittelbar die Verwirklichung des Sozialleistungszwecks sichern sollen, schützen die rechtlichen Interessen des Pflegebedürftigen.

Schwierig ist es allerdings den Zweck von Pflegeleistungen konkret zu formulieren. Zwar geben die Zielbestimmungen des § 2 I SGB XI und des § 1 BPGG einen gewissen Hinweis[173], sie beinhalten jedoch keine genaue Definition. Die beiden Normen sind nicht wortgleich, jedoch geht es im Kern darum, dem Pflegebedürftigen dabei zu unterstützen[174], seinen Hilfebedarf zu decken und ihm (dadurch) zu ermöglichen, ein selbstbestimmtes Leben zu führen. Schon den genauen Hilfebedarf eines Pflegebedürftigen zu bestimmen ist kompliziert. So tritt Pflegebedürftigkeit häufig zusammen mit Krankheit und Behinderung auf. Die jeweils entstehenden Bedarfe sind ohne Blick in die konkreten Leistungsgesetze kaum oder gar nicht exakt zu trennen.[175] Während es bei Leistungen aufgrund von Krankheit um die Wiederherstellung der Gesundheit geht, zielen Leistungen für Menschen mit Behinderung auf Teilhabe in allen Bereichen ab. Leistungen

171 Auch die als Gründe der Politik für Qualitätssicherung genannten Aspekte, vgl. *OECD/European Commission,* A Good Life in Old Age?, S. 15, lassen sich bei den rechtlichen Interessen der am Pflegeprozess Beteiligten einordnen.

172 Ungeachtet der umstrittenen Herleitung der Schutzfunktion der Grundrechte, vgl. für Deutschland, *Cremer,* Freiheitsgrundrechte, S. 228ff. und für Österreich, *Kucsko-Stadlmayer,* Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1, § 187, Rn. 58, handelt es sich in beiden Rechtsordnungen um eine anerkannte Grundrechtsdimension. Ein individuelles Recht auf Qualitätssicherung nimmt hingegen, *Hart,* ZSR 2002, S. 436, 439f., an. Dieses soll Folge des einfachrechtlichen Anspruches auf fachgerechte Behandlung sein, bleibt aber dennoch zu unscharf, um einen Anspruch auf konkrete Qualitätssicherungsmaßnahmen entwickeln zu können.

173 Daraus ist jedenfalls erkennbar, dass es für den Zweck der Sozialleistung nicht darauf ankommt, ob sie als Sach- oder Geldleistung erbracht wird.

174 Weder die Leistungen nach dem SGB XI noch die Leistungen nach dem BPGG sollen den Bedarf aufgrund der Pflegebedürftigkeit vollständig decken.

175 Dabei wird bei dem Schluss vom Leistungsziel auf den Bedarf davon ausgegangen, dass das Leistungsziel immer die Deckung des Bedarfes ist. vgl. *Becker/Meeßen, et al.,* VSSR 2011, S. 323, 333.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bei Pflegebedürftigkeit liegen wohl irgendwo dazwischen, wobei es Überschneidungen mit den Leistungen aufgrund von Krankheit und Behinderung gibt.[176]

Dennoch lassen sich zumindest Kernbedarfe formulieren. Zunächst einmal soll die (Rest-)Gesundheit des Pflegebedürftigen so gut wie möglich erhalten, gegebenenfalls sogar verbessert werden. Beides lässt sich unter dem Schutz der Gesundheit des Pflegebedürftigen zusammenfassen. Der Gesundheitsschutz folgt für Deutschland aus Art. 2 II GG. In Österreich ist der Gesundheitsschutz nicht ausdrücklich verfassungsrechtlich geregelt. Er wird jedoch aus mehreren Normen, insbesondere Art. 8 EMRK und Art. 3 EMRK, mittelbar aber auch aus Art.2 EMRK, hergeleitet und umfasst auch eine staatliche Schutzpflicht.[177] Fraglich ist, ob die Intensität der staatlichen Schutzpflicht auch von der leistungsrechtlichen Grundsituation des Pflegebedürftigen abhängt. So könnte man argumentieren, dass der Staat bei der Erbringung von Sachleistungen einen Gefahrenbereich erst eröffnet und deshalb auch eine besondere Verantwortung besteht, zumal der Pflegebedürftige dann auch häufig bei der Wahl des Leistungserbringers eingeschränkt ist. Allerdings lässt sich mit einer ganz ähnlichen Argumentation zumindest für zweckgebundene Geldleistungen ebenfalls eine besondere Verantwortung des Staates konstruieren. Denn erbringt der Staat solche Geldleistungen, muss die zweckgebundene Verwendung durch den Leistungsempfänger auch gefahrfrei möglich sein.

Das Ziel der Leistungen bei Pflegebedürftigkeit geht über den reinen Gesundheitsschutz hinaus, weil die Unterstützung des Pflegebedürftigen, ein selbstbestimmtes Leben zu führen, mehr umfasst. Was beinhaltet aber das Führen eines selbstbestimmten Lebens? Es beinhaltet zunächst eine abwehrrechtliche Dimension, die sowohl den Schutz einer Privatsphäre als auch die freie Entscheidung in eigenen Angelegenheiten gewährleistet.[178] Die Ermöglichung eines selbstbestimmten Lebens geht jedoch über diese Abwehrdimension hinaus. Damit lassen sich auch die Ermöglichung eines selbstbestimmten Lebens und die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben nicht streng trennen, da die selbstbestimmte Entscheidung auch beinhalten kann, am gesellschaftlichen Leben teilhaben zu wollen. Nur wenn diese beiden Teilaspekte, also sowohl die Freiheit beim Treffen der Entscheidungen als auch die Möglichkeit die Entscheidungen zu verwirklichen, erfasst werden, kann der Pflegebedürftige sein gesamtes Leben (soweit noch möglich) selbst bestimmen. Der Schutz der Privatsphäre folgt für Deutschland aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG und für Österreich aus Art. 8 EMRK. Die Ermöglichung der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben ist verfassungsrechtlich nicht in einer konkreten Norm verortbar. Letztlich folgt der Anspruch

176 So enthalten sowohl das SGB IX (§ 1 S. 1) als auch das SGB XI (§ 2 I 1) das Ziel, dem Betroffen ein selbstbestimmtes Leben zu ermöglichen. § 2 I 2 SGB XI gibt als Ziel die weitestgehende Wiederherstellung der Kräfte aus, was dem Ziel der Leistungen bei Krankheit nach § 11 I Nr. 4 SGB V entspricht.

177 *Kneihs,* Schutz von Leib und Leben sowie Achtung der Menschenwürde, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1, § 189, Rn. 24, 31.

178 *Ganner,* Selbstbestimmung im Alter, S. 35, und speziell zum informationellen Selbstbestimmungsrecht *Kunig,* in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Band 1, Art. 2, Rn. 38ff.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf Ermöglichung der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben aus der allgemeinen Handlungsfreiheit, der Achtung der Menschenwürde und dem Sozialstaatsprinzip.[179] Wie bereits der Begriff „Teilhabe“ zeigt, geht es dabei nicht mehr um den Schutz von Rechten, sondern um die Ermöglichung der Wahrnehmung von Rechten. Das Führen eines selbstbestimmten Lebens lässt sich aber auch auf den Pflegeprozess selbst beziehen, nämlich das Interesse des Pflegebedürftigen, informiert den Pflegenden auswählen und bewerten zu können und die Möglichkeit zu besitzen, sich von diesem auch wieder zu trennen.

(b) Unmittelbar Pflegender

Während Maßnahmen zur Qualitätssicherung, die dem Schutz des Pflegebedürftigen dienen, auch unmittelbar den Leistungszweck fördern, gilt dies nicht für Maßnahmen zum Schutz der übrigen am Pflegeprozess Beteiligten. Der Leistungszweck wird durch Maßnahmen zum Schutz der übrigen Beteiligten nur mittelbar gefördert.

Damit der unmittelbar Pflegende die Pflegetätigkeit dauerhaft wahrnehmen kann, ist sein physisches und psychisches Wohlergehen wichtig. Damit spielt auch der Gesundheitsschutz des unmittelbar Pflegenden eine Rolle. Soweit der unmittelbar Pflegende die Pflegetätigkeit als Beruf ausübt, können Berufswahl und Berufsausübung geschützt werden. Erbringt der unmittelbar Pflegende die Pflegeleistungen nicht als berufliche Tätigkeit, so hat er ein Interesse daran, die Pflegetätigkeit mit seinem übrigen Leben, insbesondere Familie und Beruf zu vereinbaren. Als rechtlich geschützte Interessen kommen hier neben dem Gesundheitsschutz (Art. 2 II GG, Art. 8 EMRK) das Führen eines selbstbestimmten Lebens (vgl. oben) sowie speziell der Schutz von Familie (Art. 6 I GG, Art. 8 EMRK) und Beruf (Art. 12 I GG, Art. 18 StGG) in Betracht.

(c) (Nichtpflegende) Angehörige und Lebenspartner

Fraglich ist, ob die Angehörigen und Lebenspartner ein eigenes rechtliches Interesse haben, durch dessen Schutz mittelbar auch der Leistungszweck der Leistungen bei Pflegebedürftigkeit gefördert wird, oder ob sie nur an den rechtlichen Interessen des Pflegebedürftigen teilhaben. Die Angehörigen haben ein eigenes Interesse auf Informationen zu den Pflegeleistungen, soweit sie dem Pflegebedürftigen als Vertraute, aber auch bereits als „Kontrollinstanz“ für die Qualität von Pflegeleistungen zur Seite stehen wollen. Grundsätzlich kann das Informationsinteresse der Angehörigen nur Teil des Selbstbestimmungsrechts des Pflegebedürftigen sein, soweit der Pflegebedürftige diese Personen als Vertraute und „Kontrollinstanz“ einsetzt, denn, genauso folgt für den Pflegebedürftigen aus seinem Selbstbestimmungsrecht auch die Möglichkeit, Angehörige von den

179 *Münch*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, 5. Auflage, Band 1, Vorbemerkungen, Rn. 21, 22.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Informationen auszuschließen.[180] Als eigenes rechtliches Interesse bei der Geltendmachung immaterieller Schäden nach dem Tod des Pflegebedürftigen lässt sich dies nur über den Schutz von Ehe und Familie konstruieren, wenn eine entsprechende rechtliche Verbindung zum Pflegebedürftigen besteht, wohingegen das Einsichtsrecht für materielle Schäden grundsätzlich zusammen mit der Forderung auf den Gläubiger übergeht.[181]

(d) Träger der Finanzierungslast

Die Träger der Finanzierungslast, also je nach Finanzierungsform die Beitrags- oder Steuerzahler, haben ein Interesse daran, dass die Erbringung der Pflegeleistungen effizient erfolgt.

Bevor ein rechtliches Interesse auf effiziente Pflegeleistungserbringung hergeleitet werden kann, sind zunächst die Begriffe „Effizienz" und „Wirtschaftlichkeit" zu klären. Wirtschaftlichkeit und Effizienz sollen dabei hier synonym verwendet werden. Wirtschaftlichkeit lässt sich definieren als möglichst günstiges Verhältnis von Kosten und Nutzen.[182] Dieses Verhältnis hat den gleichen Aussagewert wie der Quotientenansatz, bei dem der Quotient aus Nutzen durch Kosten gebildet wird.[183] Die Definition von Wirtschaftlichkeit über das Verhältnis von Kosten und Nutzen umfasst das Minimal-[184] und das Maximalprinzip[185].

Bei pauschalisierten und gedeckelten Leistungen wie den Pflegeleistungen nach dem SGB XI oder dem BPGG ist das Interesse der Träger der Finanzierungslast an Effizienz allerdings nicht so offensichtlich wie bei vollständig bedarfsdeckenden Sozialleistungen, etwa den Leistungen bei Krankheit, bei denen die Beiträge oder Steuern so bemessen sind, damit sie jedenfalls im Idealfall die Gesamtausgaben für den Bedarf decken.[186] Das Interesse an Effizienz ergibt sich aber zum einen aus einer individuellen Betrachtung. So besteht für jeden einzelnen Beitrags- oder Steuerzahler das Risiko der Pflegebedürftigkeit und jeder hat daher das Interesse, dass mit der gedeckelten Leistung

180 Allgemeines Persönlichkeitsrecht als Recht die „private Sphäre nach eigener Entscheidung zu gestalten", *Kunig*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Band 1, Art. 2, Rn. 33.

181 Für den Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patient in Deutschland ist dieses Recht der „nächsten" Angehörigen und der Erben nunmehr in § 630g III BGB ausdrücklich normiert. Allgemein zu dieser Unterscheidung, BGH vom 01.12.1999 – I ZR 49/97, Rn. 47ff.

182 *Becker/Meeßen, et al.,* VSSR 2012, S. 1, 41f.

183 *Arnim,* Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 22.

184 Ein vorgegebener Nutzen soll mit möglichst geringen Kosten verwirklicht werden. Vgl. *Arnim,* Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 20.

185 Mit vorgegebenen Mitteln soll ein möglichst großer Nutzen erreicht werden. Vgl. *Arnim,* Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 20.

186 Das Problem besteht damit für die leistungsrechtliche Grundsituation in der der Pflegebedürftige ausschließlich Leistungen nach dem SGB XI oder dem BPGG erhält. Wird ergänzend oder ausschließlich Sozialhilfe bezogen, liegt das Effizienzinteresse auf der Hand.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ein möglichst großer Teil des Gesamtbedarfs abgedeckt wird. Zum anderen ergibt sich das Interesse an Effizienz auch aus einer langfristigen Gesamtbetrachtung. Wird bei ineffizienter Leistungserbringung nur ein geringer Teil des Gesamtbedarfes gedeckt und ergeben sich aufgrund der schlechten Qualität der Pflegeleistungen Zusatzkosten für andere Systeme, beispielsweise das der sozialen Sicherung bei Krankheit sowie für die subsidiäre Sozialhilfe, dann ist eine Erhöhung der gedeckelten Leistung nötig, um den angestrebten Teil des Bedarfes zu decken und auch die Ausgabenerhöhung in den anderen Systemen muss gegenfinanziert werden.

Nun sind Maßnahmen zur Sicherung der Effizienz nicht immer zugleich Maßnahmen zur Qualitätssicherung, und auch das Interesse an einer effizienten Sozialleistung deckt sich nicht vollständig mit dem Interesse an einer qualitativ hochwertigen Sozialleistung. Jedoch gibt es einen Bereich, in dem sich die Maßnahmen zur Effizienzsicherung und zur Qualitätssicherung und damit auch die dazugehörigen Interessen überschneiden. Definiert man Effizienz beziehungsweise Wirtschaftlichkeit als möglichst günstiges Verhältnis zwischen Kosten und Nutzen, so befindet sich der Überschneidungsbereich auf der Seite des Nutzens. Der Nutzen ist dabei der Grad der Erreichung des Zwecks der Sozialleistung und dieser Zweck besteht in der (teilweisen) Bedarfsdeckung. Der Bedarf wiederum hat eine quantitative und eine qualitative Komponente. Auch sind neben Qualität und Quantität keine weiteren Komponenten zur Beschreibung des Bedarfes erforderlich. Insbesondere enthält auch der Begriff der Qualität subjektive Erwartungen.[187] Ausgehend vom formellen Qualitätsbegriff können diese Erwartungen auf der Ebene der Erstellung der Sollensanforderungen berücksichtigt werden.[188] Maßnahmen zur Qualitätssicherung können gleichzeitig Maßnahmen zur Effizienzsicherung[189] sein, da sie die Deckung der qualitativen Komponente des Bedarfes verbessern. Sie sind dann zugleich Maßnahmen der Effizienzsicherung, wenn durch die Qualitätssicherung der Zweck der Sozialleistung besser erreicht wird und ein günstiges Verhältnis[190] zu den aufgewendeten Mitteln für die Qualitätssicherung besteht.[191] Nur soweit dies zutrifft,

187 Zur Kundenorientierung der Qualitätssicherung vgl. *Kamiske/Brauer,* Qualitätsmanagement von A bis Z, S. 137; speziell für Pflegeleistungen *Bölicke/Steinhagen-Thiessen,* Qualität in der Pflege dementierender alter Menschen, in: *Igl/Schiemann/Gerste, et al.* (Hrsg.), Qualität in der Pflege, S. 179, 187f.; anders *Becker/Meeßen, et al.,* VSSR 2012, S. 1, 45.

188 An dieser Stelle kommt es nicht darauf an, ob und wie stark subjektive Erwartungen tatsächlich berücksichtigt werden, sondern allein auf die Erkenntnis, dass der Qualitätsbegriff die Möglichkeit zur Berücksichtigung solcher Erwartungen bietet.

189 So wie der Begriff der Qualitätssicherung alle qualitätsbezogenen Maßnahmen umfasst, wird der Begriff der Effizienzsicherung auch für alle effizienzbezogenen Maßnahmen verwendet.

190 Im Rahmen der Bildung des Verhältnisses sind auch Einsparungen einzustellen, die gemacht werden, wenn sich die Kosten zum Ausgleich von Schäden aufgrund qualitativ schlechter Leistungen verringern. Die Kostenersparnis kann dabei auch in anderen Systemen der sozialen Sicherung wie dem der Sicherung bei Krankheit eintreten.

191 Dies muss keineswegs für alle Maßnahmen zur Qualitätssicherung gelten. So können die aufgewendeten Mittel in einem ungünstigen Verhältnis zum erreichten Zweck stehen, wenn die Maßnahme

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist das Interesse der Träger der Finanzierungslast an einer effizienten Sozialleistung zugleich ein Qualitätssicherungsinteresse.

Bei dem Interesse an effizienten Sozialleistungen, welches in Teilen zugleich ein Qualitätssicherungsinteresse ist, handelt es sich auch um ein rechtliches Interesse der Träger der Finanzierungslast. Man kann aus Einzelbestimmungen des Sozialgesetzbuches das Rechtsprinzip der Wirtschaftlichkeit für die Erbringung von Sozialleistungen herleiten.[192] Für Pflegeleistungen sind dies § 69 II SGB IV sowie die §§ 4 III, 29 I SGB XI. Damit steht jedoch noch nicht fest, ob es auch ein subjektives Recht der Träger der Finanzierungslast auf wirtschaftliche, beziehungsweise effiziente Sozialleistungen gibt. Darauf kommt es für die Frage, ob es sich um ein Motiv des Gesetzgebers handelt, welches zugleich Rechtfertigungsgrund sein kann, nicht an.[193]

Für die Frage, ob die Träger der Finanzierungslast einen Anspruch auf ein Mindestmaß an Effizienz haben, ist es hingegen entscheidend, ob es sich um ein subjektives Recht handelt. Aus dem österreichischen Verfassungsrecht lässt sich ein allgemeines Effizienzprinzip herleiten. Zunächst wurde die Rechnungshofkontrolle nach Art. 126a B-VG, die unmittelbar nur für vollziehende Gewalt gilt, Art. 121 I, 126a I B-VG, und unter anderem „die Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit" des Handelns zum Gegenstand hat (Art. 126a V B-VG) zu einem objektiv-rechtlichen Effizienzgebot weiterentwickelt, welches auch auf Maßnahmen des Gesetzgebers anwendbar ist.[194] Subjektiviert wird dieses durch eine Verbindung zum aus dem Gleichheitsgebot entwickelten, allgemeinen Sachlichkeitsgebot.[195] Dabei geht der österreichische Verfassungsgerichtshof davon aus, dass nur rationale Entscheidungen dem Sachlichkeitsgebot entsprechen. Rationale Entscheidungen müssen sich zumindest am Effizienzgedanken orientieren.[196] Ein generelles subjektives Recht auf effizienzorientierte Gesetzgebung lässt sich aus der deutschen Verfassung hingegen nicht ableiten.[197] Bei der Erbringung von Sozialleistungen besteht allerdings die Besonderheit, dass durch die den Trägern der Finanzierungslast auferlegte Pflicht zur Beitrags- oder Steuerzahlung bereits durch den Staat rechtfertigungsbedürftig in deren Grundrechte eingegriffen wird. Im weiteren Verlauf der Herleitung ist jedoch zwischen den Finanzierungsformen, nämlich Beitrags-

zur Qualitätssicherung sehr teuer ist, jedoch kaum Nutzen bringt. Das Wirtschaftlichkeitsprinzip steht solchen Maßnahmen zu Qualitätssicherung sogar entgegen.

192 *Becker/Meeßen, et al.,* VSSR 2012, S. 1, 40.

193 Ein Rechtfertigungsgrund muss nicht zwingend ein subjektives Recht sein. Lässt man die Besonderheiten einzelner Grundrechte außen vor, ist jeder legitime Zweck ein potentieller Rechtfertigungsgrund. Der Gesetzgeber ist bei der Wahl eines legitimen Zwecks nur an die Verbote der Verfassung gebunden, *Pieroth/Schlink,* Grundrechte, Rn. 290; *Starck*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, Art. 1 Abs. 3, Rn. 276.

194 *Lachmayer,* Effizienz als Verfassungsprinzip, in: *Bungenberg* (Hrsg.), Recht und Ökonomik, S. 135, 139; *Korinek/Holoubek,* Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung, S. 174, 176.

195 *Lachmayer,* Effizienz als Verfassungsprinzip, in: *Bungenberg* (Hrsg.), Recht und Ökonomik, S. 135, 142f.; *Mayer,* Das östereichische Bundesverfassungsrecht, Art. 126b B-VG, S. 409.

196 VfSlg. 14805/1997; VfSlg. 11190/1986; *Kahl/Weber,* Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 105.

197 *Eidenmüller,* Effizienz als Rechtsprinzip, S. 443-445.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

finanzierung einerseits und Steuerfinanzierung andererseits, zu unterscheiden. Die Finanzierung der sozialen Sicherung bei Pflegebedürftigkeit in Deutschland im Rahmen des SGB XI erfolgt durch Beiträge, im Rahmen des SGB XII durch Steuern und in Österreich insgesamt durch Steuern. An die Rechtfertigung der Erhebung von Steuern sowie an die anschließende Verwendung werden jedoch in Rechtsprechung und Literatur andere Anforderungen gestellt als an die Rechtfertigung der Erhebung von Beiträgen und deren anschließende Verwendung.

Mag in Deutschland auch kein Eingriff in das Eigentumsrecht durch die Pflicht zur Beitragszahlung vorliegen,[198] so wird jedenfalls durch die Versicherungspflicht in die allgemeine Handlungsfreiheit eingegriffen. Dieser Eingriff ist nur dann gerechtfertigt, wenn er verhältnismäßig ist. Allerdings stellt sich die Frage, welche Tatsachen in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einzubeziehen sind, insbesondere ob die konkrete Verwendung der finanziellen Mittel dazu gehört. Für die gesetzliche Krankenversicherung hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, Art. 2 I GG schütze vor einer Unverhältnismäßigkeit von Beitrag und Leistung.[199] Da die Begründung dafür, nämlich insbesondere die Beitragspflicht und die einseitige Festsetzung der Rechte und Pflichten durch Gesetz[200], auch auf die gesetzliche Pflegeversicherung zutreffen, lässt sich auch hier ein Recht auf Verhältnismäßigkeit von Beitrag und Leistung aus Art. 2 I GG ableiten. Dabei führt ein Verstoß gegen die Verhältnismäßigkeit von Beitrag und Leistung nicht zur Verfassungswidrigkeit des Beitrages, sondern zu Modifikationen auf der Seite der Leistung durch verfassungskonforme Auslegung der Leistungsgesetze.[201]

Für das steuerfinanzierte Sicherungssystem der Sozialhilfe in Deutschland sowie für beide steuerfinanzierte Sicherungssysteme (Bundespflegegeld und Sozialhilfe) in Österreich sind ein solcher Zusammenhang zwischen Steuer und Leistung schwerer herzustellen. Zwar wird in Österreich durch die Erhebung von Abgaben nach allgemeiner Ansicht in das Grundrecht auf Eigentum in Art. 5 StGG eingegriffen.[202] Hingegen wird in Deutschland ein Eingriff in Art. 14 I GG überwiegend verneint, so dass lediglich ein

198 Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die Auferlegung von Geldleistungen nur an Art. 14 GG zu messen, wenn diese „den Betroffenen übermäßig belasten und seine Vermögensverhältnisse grundlegend beeinträchtigen"; vgl. BVerfG vom 24.09.1965 – 1 BvR 228/65, Rn. 22. Etwas anderes soll jedoch für die Vermögenssteuer gelten und zwar sowohl hinsichtlich des Vermögensstammes als auch für den Vermögensertrag, siehe BVerfG vom 22.06.1995 – 2 BvL 37/91, Rn. 49f., 52f. Für einen umfassenden Schutz durch Art. 14 GG plädiert u.a. *Bryde*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Band 1, Art. 14, Rn. 23, 65.

199 BVerfG vom 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, Rn. 52, es besteht aber weder ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf bestimmte Leistungen noch ein Anspruch, die Mittelverwendung für bestimmte Leistungen zu unterlassen, BVerfG vom 18.04.1984 – 1 BvL 43/81, Rn. 35.

200 BVerfG vom 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, Rn. 52.

201 BVerfG, a.a.O., Rn. 65-68.

202 *Pöschl,* Gleichheitsrechte, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1, § 192, Rn. 60.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eingriff in Art. 2 I GG vorliegt.[203] Es entspricht jedoch gerade dem Wesen von Steuern, dass sie nur der allgemeinen Haushaltsfinanzierung dienen und gerade nicht zweckgebunden vereinnahmt werden.[204] Daher wird in Österreich ähnlich wie in Deutschland die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Steuern von der anschließenden Mittelverwendung entkoppelt, und der Eingriff soll nur dann unverhältnismäßig sein, wenn die Steuer einen „konfiskatorischen Effekt" hat.[205] Dies mag bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Steuer selbst überzeugen. Jedoch geht es hier ähnlich wie bei der Beitragsfinanzierung vielmehr darum, ob der Gesetzgeber auf der Ausgabenseite als Folge der Steuerfinanzierung Wirtschaftlichkeitserwägungen zu berücksichtigen hat.[206] Gerade der Vergleich der beiden Systeme der sozialen Sicherung bei Pflegebedürftigkeit zeigt, dass eine unterschiedliche Behandlung der Ausgabenseite bei Beitrags- und Steuerfinanzierung nicht überzeugt. Ob sich ein Staat für eine Steuerfinanzierung oder eine Beitragsfinanzierung entscheidet, beruht weitgehend auf politischen Erwägungen. Unterliegen so gut wie alle Bürger der Versicherungspflicht, so besteht zwischen Beitrags- und Steuerfinanzierung kaum noch ein Unterschied. Jedenfalls sind die Unterschiede nicht so gewichtig, dass es gerechtfertigt wäre den Versicherten ein Recht auf effiziente Leistung zu gewähren, den Steuerzahlern jedoch nicht.

Natürlich ist es schwer zu fassen, wann dieses subjektive Recht auf effiziente Sozialleistungserbringung verletzt wird. Abgesehen von evident nutzloser Leistungserbringung wird kein Verstoß vorliegen, da dem Staat bei der Art und Weise Erbringung von Sozialleistungen aber auch für den konkreten Inhalt von Sozialleistungen, ein großer Gestaltungsspielraum zur Verfügung steht.[207] Der Staat kann jedoch über das Mindestmaß an Effizienz hinausgehende Maßnahmen mit dem subjektiven rechtlichen Interesse der Träger der Finanzierungslast an effizienter Sozialleistungserbringung rechtfertigen. Vor allem darum geht es hier.

(e) Pflegedienst

Rechtlich geschützte Interessen des Pflegedienstes als Motiv für staatliche Qualitätssicherung sind kaum vorstellbar. Qualitätssicherungsmaßnahmen werden vielmehr re-

203 Einen Eingriff in Art. 14 I GG nur bei übermäßiger Besteuerung annehmend, BVerfG vom 24.09.1965 – 1 BvR 228/65, Rn. 22.

204 *Pöschl,* Gleichheitsrechte, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1, § 192, Rn. 60.

205 *Pöschl,* Gleichheitsrechte, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1, § 192, Rn. 60 aber Rn. 77 einschränkend bei der Verwendung von Steuermitteln bei Sozialleistungen, wo eine maßhaltende Mittelverwendung des Staates gefordert wird.

206 *Arnim,* Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 73, der jedoch nur ein objektives Recht annimmt, vgl. a.a.O. Fn. 27.

207 BVerfG vom 26.07.2007 – 1 BvR 824/03, Rn. 59 (Rentenanpassung) und speziell zum Gestaltungsspielraum bei der Bestimmung des Existenzminimums, BVerfG vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, Rn. 152ff. (Hartz IV-Regelsatz).

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gelmäßig in das Recht auf freie Berufsausübung eingreifen. Die rechtlichen Interessen der Pflegedienste stehen damit den hier herausgearbeiteten Motiven gegenüber.

(3) Funktionsfähigkeit der Systems der sozialen Sicherung bei Pflegebedürftigkeit

Fraglich ist, ob es sich bei der Funktionsfähigkeit der Systems der sozialen Sicherung bei Pflegebedürftigkeit um eine eigenständige Motivationslage handelt. Gerade in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts werden Eingriffe in die Grundrechte der Leistungserbringer (i.d.R. Art. 12 GG) häufig mit der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des jeweiligen Systems der sozialen Sicherung (meist der gesetzlichen Krankenversicherung) gerechtfertigt.[208] Die Funktionsfähigkeit des Systems der Sicherung bei Pflegebedürftigkeit ist jedoch kein eigenständiger Grund zu Qualitätssicherung. Das System der sozialen Sicherung bei Pflegebedürftigkeit erfüllt keinen Selbstzweck, sondern gewährleistet lediglich die möglichst weitgehende Erfüllung des Leistungszwecks. Der qualitative Teil des Leistungszwecks entspricht wie gezeigt den Einzelinteressen der am Pflegeprozess Beteiligten. Die Funktionsfähigkeit des Systems, soweit sie durch Qualitätssicherung gewährleistet werden soll, ist damit nichts anderes als die Zusammenfassung der beschriebenen Einzelinteressen.[209]

(4) Ergebnis

Bei der Frage nach dem (Rechtfertigungs-)Grund für staatliche Qualitätssicherung konnte gezeigt werden, dass staatliche Qualitätssicherungsmaßnahmen einem schutzwürdigen rechtlichen Interesse dienen. Damit kann zwar die Frage beantwortet werden, ob der Staat eine konkrete Maßnahme treffen kann, aber nicht, warum er sich gerade für diese Maßnahme entscheidet. Hier können im Bereich der professionellen Pflege durchaus Informations- und Sanktionsasymmetrien eine Rolle spielen. Bei der nichtprofessionellen Pflege werden es eher Informationsdefizite auf beiden Seiten, also bei Leistungserbringer und Leistungsempfänger sein. Letztlich bleibt dem Staat jedoch bei der Entscheidung, welches rechtliche Interesse er schützt und wie er dies tut, ein weiter politischer Entscheidungsspielraum.

Das eben entwickelte Modell, welches staatliche Qualitätssicherung auf dem Sozialleistungsmarkt einheitlich für professionelle und nichtprofessionelle Leistungserbringung auf die Interessen der an der Leistungserbringung Beteiligten zurückführt, hat für den anschließenden Vergleich von professioneller und nichtprofessioneller Leistungserbringung Vorteile. So wird es möglich, zu erkennen, bei welchen Qualitätssicherungsmaßnahmen die gleichen Interessen betroffen sind und bei welchen nicht. Soweit bei-

208 BVerfG vom 20.03.2001 – 1 BvR 491/96, Rn. 54ff. ; BVerfG vom 08.07.2010 – 2 BvR 520/07, Rn. 13, 14.

209 Insgesamt handelt es sich bei der Funktionsfähigkeit um ein komplexes Gebilde, vgl. BVerfG vom 20.03.2001 – 1 BvR 491/96, Rn. 38. Im Urteil des BVerfG vom 08.07.2010 – 2 BvR 520/07, Rn. 14 werden insbesondere Qualität und Wirtschaftlichkeit als Bestandteile genannt.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

spielsweise eine Qualitätssicherungsmaßnahme bei professioneller Leistungserbringung ihren Grund in den wirtschaftlichen Interessen der Leistungserbringer, beispielsweise der wirtschaftlichen Chancengleichheit, hat, wird diese für eine Übertragung auf die nichtprofessionelle Leistungserbringung kaum in Betracht kommen, da vergleichbare Interessen gar nicht bestehen.

b) Steuerung der Pflegequalität

Bei dieser Arbeit geht es nicht darum, einen Beitrag zur aktuellen Diskussion über Governance- und Steuerungskonzepte[210] und deren Bedeutung für die (Verwaltungs-) Rechtswissenschaft zu leisten. Vielmehr sollen die bisherigen Erkenntnisse im Rahmen des Rechtsvergleiches nutzbar gemacht werden. Es geht vor allem darum, zu untersuchen, welche Steuerungstypen jeweils in Deutschland und in Österreich einerseits sowie für die professionelle Pflege und für die nichtprofessionelle Pflege andererseits eingesetzt werden, um das Steuerungsziel der Qualitätssicherung zu erreichen. Dies erfolgt auf den einzelnen Stufen des Qualitätskreislaufes und für die verschiedenen leistungsrechtlichen Grundsituationen. Anschließend kann überprüft werden, ob auf bestimmten Stufen des Qualitätskreislaufes typischer Weise bestimmte Steuerungstypen eingesetzt werden und anschließend im Rahmen des Vergleiches, ob sich die eingesetzten Steuerungstypen in der professionellen Pflege von denen in der nichtprofessionellen Pflege unterscheiden und gegebenenfalls warum. Auch ist die einzelne Maßnahme zur Qualitätssicherung dem jeweiligen Rechtsverhältnis zuzuordnen, in dem die Maßnahme erfolgt, also beispielsweise dem Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer. Dies kann mit der vorhergegangenen Zuordnung des Steuerungstyps verknüpft werden, beispielsweise in der Form, dass festgestellt werden kann, dass bestimmte Steuerungstypen typischerweise in einem bestimmten Rechtsverhältnis eingesetzt werden. Da bei der professionellen Pflege und der nichtprofessionellen Pflege unterschiedliche Rechtsverhältnisse bestehen (beziehungsweise gerade nicht bestehen, im Rahmen der nichtprofessionellen Pflege fehlt es an einem Rechtsverhältnis Leistungsträger – Leistungserbringer), ist die Zuordnung zu Steuerungstyp und Rechtsverhältnis für den abschließenden Vergleich der Qualitätssicherung der professionellen und nichtprofessionellen Pflege wichtig. Nur so kann gewährleistet werden, dass entscheidende Gemeinsamkeiten und Unterschiede der beiden Arten der Pflege berücksichtigt werden. Auch die Herausarbeitung des Steuerungsziels ist lohnenswert, da damit der Zweck der Qualitätssicherung deutlicher wird.

Steuerungs- und Governancekonzept sollen zunächst überblicksartig dargestellt werden, um anschließend begründen zu können, welche Erkenntnisse für die Analyse des speziellen Problems der staatlichen „Beeinflussung“ von Qualität von häuslichen Pfle-

210 Vgl. einführend zu beiden Konzepten und deren Bedeutung für die Rechtswissenschaft, *Kahl,* Die Verwaltung 2009, S. 463, 489ff.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

geleistungen genutzt werden. Steuerung lässt sich definieren als „zielorientiertes Handeln politischer Akteure“.[211] Governance wird von *Mayntz* definiert als „das Gesamt aller auf einer bestimmten territorialen Ebene nebeneinander bestehenden Formen der absichtsvollen Regelung gesellschaftlicher Sachverhalte“.[212] Während das Steuerungskonzept von der Trennung zwischen den staatlichen Akteuren als Steuerungssubjekt und den gesellschaftlichen Akteuren als Steuerungsobjekt ausgeht, wobei das Steuerungssubjekt zielgerichtet handelt, richtet das Governancekonzept den Blick weg von den Akteuren hin zu Institutionen im Sinne von „sozialen Gebilden“ und „Normsystemen“.[213] Unabhängig davon, ob das Governancekonzept aufgrund der nicht mehr oder zumindest weniger vorhandenen Akteurszentrierung Weiterentwicklung oder doch eher Gegenmodell des Steuerungskonzeptes ist,[214] gehen beide Konzepte eng mit der Annahme des überforderten erfüllenden und hierarchisch handelnden Staates einher.[215] Beide Konzepte sollen, wenn auch aus unterschiedlichen Perspektiven, die Beschreibung von Abläufen ermöglichen in einem Staat, der sich zur Erfüllung von Aufgaben gesellschaftlicher Akteure bedient,[216] wobei dieses „Bedienen“ vorwiegend durch Kooperation erfolgt.[217] Im allgemeinen Verwaltungsrecht werden daher beide Konzepte

211 *Mayntz,* Von der Steuerungstheorie zu Global Governance, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 43, 46.

212 *Mayntz,* Von der Steuerungstheorie zu Global Governance, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 43, 55; auch wenn es sich um einen “anerkannt uneindeutigen Begriff” handelt, vgl. *Blumenthal,* ZPol 2005, S. 1149, 1150, ist die „Uneindeutigkeit“ doch nicht so groß, dass sie die Kommunikation verschiedener Disziplinen, die mit dem Begriff Governance arbeiten unmöglich machen würde, *Schuppert,* Governance - auf der Suche nach Konturen eines "anerkannt uneindeutigen Begriffes", in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 13, 17f.

213 *Mayntz,* Von der Steuerungstheorie zu Global Governance, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 43, 46.

214 Als verschiedene Entwicklungsstufen dargestellt bei *Schuppert,* Governance - auf der Suche nach Konturen eines "anerkannt uneindeutigen Begriffes", in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 13, 19; Governance als „Alternativmodell“ zum Steuerungsansatz, *Engi,* Der Staat, S. 573, 580; *Mayntz,* Von der Steuerungstheorie zu Global Governance, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 43, 46, geht davon aus, dass beide Ansätze „verschiedene Aspekte der gleichen Wirklichkeit“ beschreiben, was dann wohl dazu führt, dass beide Ansätze auch nebeneinander anwendbar sind.

215 *Ellwein/Hesse,* Der überforderte Staat, S. 200ff.; *Herzog,* Der überforderte Staat, in: *Badura/Scholz* (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, S. 15; *Schuppert,* DÖV 1995, S. 761.

216 Dabei geht es vor allem um die Frage, wie es gelingt die gesellschaftlichen Akteure auf Gemeinwohlziele zu verpflichten, *Trute/Kühlers, et al.,* Governance als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analysekonzept, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 173, 175; *Schuppert,* Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vosskuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Rn. 16ff.

217 *Börzel,* Der "Schatten der Hierarchie" - Ein Governance-Paradox, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 118; *Spieker genannt Döhmann,* DVBl 2007, S. 1074, 1075.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zur Analyse der Folgen des Privatisierungsprozesses[218] genutzt. Im Ergebnis sind die Unterschiede zwischen Steuerungs- und Governancekonzept, wenn wie hier das Steuerungskonzept als Analyseraster eingesetzt werden soll,[219] nicht sehr groß, beziehungsweise die Grenzen verschwimmen sogar.[220] So geht es hier um den Vergleich der eingesetzten Steuerungsmodi. Die Untersuchung der dann unter Governanance-Modi zusammengefassten Instrumente steht jedoch auch im Zentrum des Governancekonzeptes.[221] Zu einem Verschwimmen der Grenzen kommt es dann, wenn man das Leitbild des Gewährleistungsstaates[222] ernst nimmt, welches in engem Zusammenhang mit dem Governancekonzept steht.[223] Die aus dem Leitbild des Gewährleistungsstaates folgende Gewährleistungsverantwortung[224] liegt auf jeden Fall beim Staat.[225] Um dieser nachzukommen, muss der Staat zwar nicht immer aktiv steuernd eingreifen, aber er muss

218 *Weiß,* DVBl. 2002, S. 1167f.

219 Benutzt man die Steuerungsmodi lediglich als Analyseraster bereits vorhandener Qualitätssicherungsmaßnahmen, so besteht dabei auch nicht die Gefahr offener oder verdeckter Normativität, was sowohl am Steuerungs- als auch am Governancekonzept teilweise kritisiert wird, siehe *Bull,* VerwArch 2012, S. 1, 10f. Bei der Suche nach neuen Möglichkeiten der Qualitätssicherung der nichtprofessionellen Pflege kann dieser Gefahr vorgebeugt werde, indem alle Steuerungsmodi grundsätzlich als gleichberechtigt angesehen werden.

220 Was vor allem daran liegt, dass es nicht „das" Steuerungskonzept und „das" Governancekonzept gibt, sondern verschiedene Strömungen vertreten werden.

221 *Trute/Kühlers, et al.,* Governance als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analysekonzept, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 173, 175.

222 *Eifert,* Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, S. 18-22, 139ff.; *Schuppert*, Der Gewährleistungsstaat – modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit, in: d*ers*. (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, S. 11ff.; das als Folge der These der Überforderung des erfüllenden Staates entwickelte Leitbild des Gewährleistungsstaates entstand in sehr viel allgemeinerer Form Anfang der 90er Jahre auch in der österreichischen Sozialpolitik. Mit der Grundannahme, dass der Sozialstaat sowohl finanziell, im Hinblick auf die absolut eingesetzten Mittel und im Hinblick auf die Effizienz, als auch „inhaltlich-strategisch" an seine Grenzen gestoßen ist, begann die Zeit der Deregulierung, *Pratscher,* Sozialhilfe: Staat - Markt - Familie, in: *Tálos* (Hrsg.), Der geforderte Wohlfahrtsstaat, S. 61, 78f.; *Tálos,* Der geforderte Wohlfahrtsstaat - eine Einleitung, in: *Tálos* (Hrsg.), Der geforderte Wohlfahrtsstaat, S. 7, 14f.; *Tálos/Wörister,* Soziale Sicherung im Sozialstaat Österreich, S. 64f.; *Baumgartner,* Ausgliederung und öffentlicher Dienst, S. 5. Mittlerweile wird auch in Österreich und der Schweiz der Begriff des Gewährleistungsstaates verwendet, *Mastonardi,* Verfassungslehre, Rn. 464ff.; *Kahl/Weber,* Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 33. Dabei wird teilweise der Begriff der „Wirkungsorientierten Verwaltungsführung" anstelle des „Neuen Steuerungsmodells" benutzt, siehe *Mastonardi,* Verfassungslehre, Rn. 468.

223 *Trute/Kühlers, et al.,* Governance als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analysekonzept, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 173, 184f.

224 *Hoffmann-Riem,* Modernisierung von Recht und Justiz, S. 25ff.; *Kämmerer,* Staat und Gesellschaft nach Privatisierung, in: *Kämmerer* (Hrsg.), An den Grenzen des Staates, S. 17, 20f.

225 *Weiß,* DVBl. 2002, S. 1167, 1176f., speziell für die Infrastrukturverantwortung, Hermes, Gewährleistungsverantwortung als Infrastrukturverantwortung, in: Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, S. 111, 117ff.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ständig überwachen[226] und bereit sein zu steuern und zwar bis hin zum Zurückholen der Erfüllung[227]. Zur Beschreibung des Gewährleistungsstaates bedarf deshalb auch das Governancekonzept einer gewissen Akteurszentriertheit.[228] Für diese Arbeit ist die Akteurszentriertheit des Steuerungsmodells schon deshalb vorzuziehen, weil das Ziel des Entwickelns neuer Qualitätssicherungsinstrumente für die nichtprofessionelle Pflege mit einem Aufzeigen rechtspolitischer Optionen für den Staat[229] verbunden werden soll. Das Ziel der Arbeit ist damit selbst akteurszentriert.

Allerdings erfolgt die Anwendung des Steuerungskonzeptes hier auf zwei eher atypische Sachverhalte. Wie bereits beschrieben, sollen mit dem Steuerungskonzept vor allem die Folgen der Privatisierung beschrieben werden. Eine solche Privatisierung hat bei der Erbringung von häuslichen Pflegeleistungen jedoch nicht stattgefunden. Vielmehr erfolgte auch bei der Leistungserbringung durch professionelle Pflegekräfte die Leistung von vornherein durch Private und zwar bereits zu einer Zeit, in der der Staat die Versorgung bei Pflegebedürftigkeit noch gar nicht in der heutigen Form als Aufgabe wahrnahm. Es ist also auch nicht so, dass sich der hierarchisch handelnde Staat zurückgezogen hat und nunmehr kooperativ handelt. Vielmehr haben die Leistungen bei Pflegebedürftigkeit nach dem SGB XI und BPGG zu einem Mehr an Staat geführt, da Pflegeleistungen bereits vorher durch Private, aber ohne staatliche Regulierung[230] erbracht wurden. Aber auch auf diese ungewöhnliche Konstellation ist das Steuerungskonzept als Analyseraster anwendbar, da es nicht von den als typisch beschriebenen Konstellationen abhängig ist. Noch ungewöhnlicher erscheint auf den ersten Blick die Anwendung des Steuerungskonzeptes auf die Erbringung von Pflegeleistungen durch nichtprofessionelle Pflegekräfte. Bei nichtprofessionellen Pflegekräften handelt es sich im Wesentlichen um Angehörige des Pflegebedürftigen. Nimmt man den Grundgedanken des zwei-

226 Zur Ausgestaltung der Beobachtungsverhältnisse nach dem Governance-Konzept, siehe *Trute/Kühlers, et al.,* Governance als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analysekonzept, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 173, 186f.; eine „Gewährleistungsaufsicht" verlangt *Voßkuhle,* VVDStRL 2002, S. 266, 321-325.

227 *Voßkuhle,* VVDStRL 2002, S. 266, 326.

228 *Dingeldey,* Governance und Sozialpolitik: Der aktivierende Wohlfahrtsstaat als Gewährleistungsstaat, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 313, 319 spricht auch von „akteurszentrierten" Strömungen der Governanceforschung, die sich mit dieser Rolle des Staates befassen.

229 Dass das Steuerungskonzept das Bereitstellen solcher Optionen ermöglicht, zeigt *Dose,* Governance als problemorientierte Steuerung, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 77f. Ob diese neuen Optionen dann in Form von sog. „Gewährleistungsrecht", vgl. dazu *Franzius*, Vom Gewährleistungsstaat zum Gewährleistungsrecht, in: *Schuppert* (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, S. 53, 59ff., oder in bekannten Rechtsgebieten umgesetzt werden, ist nicht entscheidend und letztlich eine rein politische Entscheidung.

230 Zum Begriff der Regulierung als Synonym für Steuerung, siehe *Landauer,* Die staatliche Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege in England und Deutschland, S. 99; etwas enger, nämlich nur für rechtliche Steuerung, „mit der ein über den Einzelfall hinausgehender Ordnungszweck verfolgt wird", *Voßkuhle,* VVDStRL 2002, S. 266, 304, Fn. 156.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

seitigen Monopols bei der Angehörigenpflege ernst, dann erbringen Angehörige eine Leistung, die der Staat in genau dieser Form, aber auch in dieser Zahl, gar nicht erbringen kann, weshalb er seiner Gewährleistungsverantwortung in letzter Konsequenz nur eingeschränkt durch eigene Erbringung nachkommen könnte. Aber auch diese Situation lässt sich unter einer Steuerungsperspektive beschreiben, insbesondere wenn man berücksichtigt, dass auch ansonsten der Staat sich häufig dort gesellschaftlicher Akteure bedient, wo ihm selbst spezielles Wissen oder spezielle Fähigkeiten fehlen.[231]

aa) Steuerungsziel

Was ist eigentlich das Steuerungsziel des Rechts bei der Qualitätssicherung von Pflegeleistungen? Nicht vollständig erfasst ist es mit der Annahme, dass das Recht eine hohe Qualität i.S.e. größtmöglichen Verwirklichung der Sollensanforderungen erreichen soll[232], denn auch die Erstellung und Weiterentwicklung der Sollensanforderungen selbst ist Aufgabe des Rechts, wie schon ein Blick in die §§ 113, 113a SGB XI zeigt. Betrachter man den Qualitätskreislauf, so erfolgt zuerst die Erstellung der Sollensanforderungen. Die größtmögliche Verwirklichung der Sollensanforderungen stellt dann den zweiten Teil des Steuerungsziels dar. Der dritte Teil des Steuerungsziels ist dann die Weiterentwicklung der Sollensanforderungen. Der (formale) Qualitätsbegriff selbst hilft bei der Suche nach dem ersten und dritten Teil des Steuerungsziels nicht weiter, da er selbst nur den Soll-Ist-Vergleich beinhaltet und frei von materiellen Vorgaben ist. Der Inhalt der Sollensanforderungen für Pflegeleistungen wird von mehreren Faktoren beeinflusst. So sind pflegewissenschaftliche Erkenntnisse, aber möglicherweise auch die Vorstellungen der Pflegebedürftigen und ihrer Angehörigen über eine „gute Pflege" ebenso zu berücksichtigen wie die Fragen nach der Finanzierbarkeit, der Effizienz der Leistungserbringung und der personellen Machbarkeit. Gerade die finanzielle Ausstattung des Systems Pflege ist letztlich auch eine politische Entscheidung. Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass sich der Inhalt der Sollensanforderungen nicht allein aus den Vorgaben der Pflegewissenschaft ergibt. Aufgabe des Rechts bei der Erstellung und Weiterentwicklung der Sollensanforderungen ist es dann, alle die Sollensanforderungen beeinflussenden Faktoren und Interessen zum Ausgleich zu bringen.[233] Der erste und der dritte Teil des Steuerungsziels sind also im Wesentlichen gleich und können zu-

231 *Landauer,* Die staatliche Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege in England und Deutschland, S. 94, mit Hinweis darauf, welche Schwierigkeiten dann für den Staat bei der Wahrnehmung der Gewährleistungsverantwortung entstehen.

232 So zwar die Definition bei *Becker/Meeßen, et al.,* VSSR 2012, S. 1, 24, die anschließend aber auch die Standarderstellung im Rahmen der Qualitätssicherung behandeln.

233 Auch die Funktion des Gemeinsamen Bundesausschusses (GB-A), der gemäß § 135 I 1 Nr. 1 SGB V auch die Maßnahmen der Qualitätssicherung festlegt, wird mit „Konfliktlösung" beschrieben, vgl. *Engelmann,* MedR 2006, S. 245, 250. Auch wenn damit zunächst die Konflikte der verschiedenen vertretenen Gruppen im GB-A gemeint sind, so stehen hinter diesen Gruppen auch verschiedene Interessen.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sammengefasst werden, nur dass im Rahmen der Weiterentwicklung auch die Faktoren zu berücksichtigen sind, die während des Durchlaufens des Qualitätskreislaufes entstanden sind. Recht hat somit im Rahmen der Qualitätssicherung zwei Aufgaben. Erstens soll ein Interessenausgleich[234] bei der Erstellung und Weiterentwicklung der Sollensanforderungen erreicht werden und zweitens sollen diese Sollensanforderungen möglichst weitgehend verwirklich werden.

Das herausgearbeitete Steuerungsziel ist damit die Brücke zwischen den Motiven für die Qualitätssicherung und den konkreten Qualitätssicherungsmaßnahmen. Die Verknüpfung von Motiv, Ziel und konkreter Maßnahme ist auch der entscheidende Vorteil des Steuerungsansatzes gegenüber der Unterscheidung nach Handlungsformen.[235]

bb) Steuerungsmodi

Die Unterscheidung nach Steuerungsmodi soll dann dazu dienen, zu erfassen, auf welche Art und Weise versucht wird, durch rechtliche Vorgaben die beiden Steuerungsziele zu erreichen. Indem der steuerungswissenschaftliche Ansatz (Steuerungs-)Ziel und (Steuerungs-)Mittel verbindet, werden gegenüber traditionellen Unterscheidungen nach Rechtsgebieten oder nach Handlungsform zusätzlich Erkenntnismöglichkeiten eröffnet. Diese Eigenschaft macht den steuerungswissenschaftlichen Ansatz für diesen Rechtsvergleich besonders geeignet, da ausgehend vom Zweck des Rechts[236] neben der Auslegung des gegenwärtigen Rechts auch Anhaltspunkte für dessen Weiterentwicklung gewonnen werden können.[237] Zusätzliche Erkenntnismöglichkeiten zur Weiterentwicklung des Rechts bestehen selbst dann noch, wenn man berücksichtigt, dass im Rahmen dieser Arbeit überwiegend lediglich mit Plausibilitätsannahmen[238], beispielsweise bei

234 Das Ergebnis des Interessensausgleiches hingegen kann hier nicht abschließend formuliert werden. Es handelt sich dabei im Wesentlichen um politische Entscheidungen. Die Vorwegnahme des Ergebnisses einer politischen Entscheidung würde jedoch die Grenzen eines rechtswissenschaftlich verstandenen Steuerungskonzeptes überschreiten, vgl. *Bull,* VerwArch 2012, S. 1, 19. Allerdings ist die politische Entscheidung normativ geprägt, da bei der Erstellung und Weiterentwicklung von Sollensanforderungen die rechtlichen Interessen der am Pflegeprozess Beteiligten betroffen sind, vgl. dazu Pkt. B. II. 2. a) bb) (2).

235 Bei der Handlungsformenlehre geht es vor allem darum, abstrakte Modelle für die Handlungsformen der Verwaltung zu entwickeln, siehe *Lehr,* Staatliche Lenkung durch Handlungsformen, S. 60. Motiv der gesetzlichen Regelung und Ziel der konkreten Maßnahme werden hingegen ausgeblendet. Anders ist dies erst, wenn man die Handlungsformenlehre um ein Lenkungsmodell erweitert, *Lehr,* Staatliche Lenkung durch Handlungsformen, S. 354ff. sowie zu den Grundrechten als Lenkungsziel, *Lehr,* Staatliche Lenkung durch Handlungsformen, S. 251.

236 *Kingreen,* Die Verwaltung 2009, S. 339, 341f.

237 *Kingreen,* Die Verwaltung 2009, S. 339, 343; eher skeptisch bezogen auf die Auslegung des geltenden Rechts sieht *Grzeszick,* Die Verwaltung 2009, S. 105, 119 die Erkenntnismöglichkeiten vor allem „jenseits des geltenden Rechts".

238 Auf die nötige Unterscheidung von bloßen Plausibilitätsannahmen und empirischer Verifiziertheit hinweisend *Rixen,* Die Verwaltung, S. 309, 312f.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Übertragung von Instrumenten zu Qualitätssicherung der professionellen Pflege auf die nichtprofessionelle Pflege, argumentiert werden kann, wenn es darum geht, deren Wirksamkeit zu beurteilen. Für die Unterscheidung nach Steuerungstypen spricht auch, dass sich der Sozialleistungsmarkt mit den oben entwickelten Besonderheiten gegenüber einem normalen Markt, also insbesondere der auf der staatlichen Eröffnung beruhenden inhaltlichen Ausfüllungsfähigkeit und Ausfüllungsbedürftigkeit, besonders gut mit einem steuerungswissenschaftlichen Ansatz beschreiben lässt. Aufgrund der inhaltlichen Ausfüllungsbedürftigkeit ist Steuerung nicht nur möglich, sondern auch nötig und es gibt keine unbewusste Nichtsteuerung.

Die Zuordnung der einzelnen Maßnahmen erfolgt auf der Grundlage von drei Steuerungstypen, nämlich Hierarchie, Kooperation und Wettbewerb.[239] Hierarchie erfasst alle Situationen, in denen zum einen eine Trennung zwischen gesellschaftlicher und staatlicher Ebene erfolgt und die gesellschaftliche Ebene der staatlichen untergeordnet ist. Kooperation umfasst Handlungsformen, bei denen sich staatliche und gesellschaftliche Ebene formal gleichberechtigt gegenüberstehen und Handlungsformen, die durch eine Vermischung von staatlicher und gesellschaftlicher Ebene entstehen. Der Steuerungstyp Wettbewerb liegt vor, wenn im Rahmen der Eröffnung und Ausgestaltung des Sozialleistungsmarktes Mechanismen des normalen Marktes genutzt werden sollen, um die Qualität der Pflegeleistungen zu beeinflussen.

Mit dem normativen Raster der leistungsrechtlichen Grundsituation und dem der Ökonomie entlehnten, aber normativ überformten modifizierten Qualitätskreislauf ist es möglich, alle staatlichen Qualitätssicherungsmaßnahmen so zu systematisieren, dass der doppelte Vergleich möglich ist. Als Vergleichskriterien stehen die Motive des Gesetzgebers zur Qualitätssicherung und die dafür eingesetzten Steuerungsinstrumente zur Verfügung. So ist es möglich zu prüfen, ob sich trotz einheitlicher Motivationslage die konkreten Motive für Qualitätssicherung bei professioneller und nichtprofessioneller Pflege unterscheiden. Auch kann herausgearbeitet werden, in welcher leistungsrechtlichen Grundsituation und auf welchen Ebenen des Qualitätskreislaufes bestimmte Steuerungsmodi oder Kombinationen von Steuerungsmodi[240] eingesetzt werden. Darüber hinaus sind Plausibilitätserwägungen möglich, warum der Einsatz gerade auf dieser oder jener Ebene oder in dieser oder jener Grundsituation erfolgt.

---

239 *Kersten/Lenski,* Die Verwaltung 2009, S. 501, 529, 533; der Reihe *Schmehl/Wallrabenstein,* Wettbewerb; *Schmehl/Wallrabenstein,* Kooperation; *Schmehl/Wallrabenstein,* Kontrolle, liegt die gleiche Gliederung zugrunde. Siehe aber auch *Holtkamp,* Die Verwaltung 2010, S. 167, 168, 175, der Netzwerke als vierten Steuerungsmodus nennt, wobei hier davon ausgegangen wird, dass Netzwerke durch die drei genannten Steuerungsmodi und deren Kombination erfasst werden können, vgl. *Kersten/Lenski,* Die Verwaltung 2009, S. 501, 530.

240 Dazu, dass möglicherweise je nach leistungsrechtlicher Grundsituation, Ebene des Qualitätskreislaufes oder Vergleichsland spezifische Formen von Steuerungsmodi bestehen vgl. allgemein *Trute/Kühlers, et al.,* Governance als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analysekonzept, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 173, 181.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Instrumente der staatlichen Qualitätssicherung

Staatliche Maßnahmen zur Qualitätssicherung liegen immer dann vor, wenn die Maßnahme staatlich initiiert oder sonst zumindest mit beeinflusst wurde. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob die konkrete Maßnahme auch durch staatliche Stellen durchgeführt wird oder ob es eine Pflicht zur Durchführung der Maßnahme gibt. So handelt es sich beispielsweise auch um staatliche Maßnahmen zur Qualitätssicherung, wenn ein internes Qualitätsmanagement für die Leistungserbringer gesetzlich vorgeschrieben ist, ebenso, wenn Pflegenden Kurse zur (Weiter)Bildung angeboten werden, die von nichtstaatlichen Stellen durchgeführt werden und bei denen die Teilnahme nicht verpflichtend ist, wenn das Recht auf Teilnahme gesetzlich besteht. Selbst wenn kein Recht auf Teilnahme besteht, genügt es, dass den Kursen eine staatliche Förderung zugrunde liegt.

Ein so weitgehendes Verständnis von staatlichen Maßnahmen zur Qualitätssicherung wird gewählt, damit sowohl im Rahmen des Vergleichs zwischen professioneller und nichtprofessioneller Pflege als auch im Rahmen des Rechtsvergleichs alle staatlichen Einflussmöglichkeiten auf die Qualität von Pflegeleistungen erfasst und miteinander verglichen werden können.

Im Grundlagenteil werden abstrakt denkbare Maßnahmen zur Qualitätssicherung für die einzelnen Stufen des Qualitätskreislaufes beschrieben. Dabei werden nicht alle theoretisch denkbaren Maßnahmen aufgegriffen, sondern die Beschreibung erfolgt für Maßnahmen, die bei der Erbringung von Pflegemaßnahmen unter Beachtung der gesellschaftlichen Strukturen in Deutschland und Österreich nahe liegen. Gleichwohl ist eine rechtsordnungsübergreifende Einführung möglich, da die Entstehung typischer Qualitätssicherungsmaßnahmen auch über Deutschland und Österreich hinaus erkennbar ist. So wählt auch die *OECD* in ihrem Bericht *A Good Life in Old Age* eine Einordnung der Maßnahmen, die an den Qualitätskreislauf angelehnt ist.[241] Dabei ist aus dieser Untersuchung, die sowohl alle OECD-Staaten als auch Nicht-OECD-Staaten umfasst, erkennbar, dass typische Qualitätssicherungsmaßnahmen existieren, die in einer Vielzahl von Ländern, wenn auch in unterschiedlicher konkreter Ausgestaltung, zur Anwendung kommen.

241 Dies gilt vor allem für Teil 2 der Untersuchung, *OECD/European Commission,* A Good Life in Old Age? „Policies to drive quality in long-term care“, S. 143ff.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Die Art der Leistungserbringung

Ist die Wahl der Art der Leistungserbringung bereits ein Instrument der Qualitätssicherung? Oder anders formuliert: Ist die Entscheidung, die Leistungserbringung als Sachleistungssystem oder als Geldleistungssystem auszugestalten, bereits Teil der Qualitätssicherung oder ist die Qualitätssicherung Ausgestaltung des jeweiligen Systems? Häufig werden im Rahmen der Diskussion über die Vor- und Nachteile der einzelnen Systeme die Eigenschaften des jeweiligen Systems angeführt, die „automatisch" zu mehr oder weniger Qualität führen sollen. In der Argumentation für ein Geldleistungssystem wird vorgebracht, da der Leistungsempfänger die Gegenleistung für die Pflegeleistung selbst in den Händen halte, habe er ein größeres Interesse, eine hochwertige Pflegeleistung zu erhalten und wähle den Leistungserbringer dementsprechend aus.[242] Auch könne der Leistungsempfänger den Inhalt der Leistungen in einem Geldleistungssystem auswählen, und er wisse selbst am besten, welchen Bedarf er habe und das aktive Zusammenstellen der Leistung führe zu einer größeren subjektiven Zufriedenheit des Leistungsempfängers.[243] Zugunsten eines Sachleistungssystems wird vorgebracht, aufgrund der feststehenden Preise für die Leistungen könne der Leistungsempfänger seine Entscheidung, welchen Leistungserbringer er wählt, im Idealfall allein an der Qualität der Leistungserbringung ausrichten. Dies führe ausschließlich zu einem Qualitätswettbewerb zwischen den Leistungserbringern.[244]

All diese Argumente für das eine und damit mittelbar gegen das andere System arbeiten jedoch mit einer problematischen Ausgangssituation. Sie legen ihrer Argumentation inhaltlich vollständig ausgestaltete Sach- und Geldleistungssysteme zugrunde. Sach- als auch Geldleistungssysteme können jedoch jeweils sehr unterschiedlich sein. Oder anders ausgedrückt: Geldleistungssystem ist nicht gleich Geldleistungssystem und Sachleistungssystem ist nicht gleich Sachleistungssystem.[245] So kann in einem Geldleistungssystem dem Leistungsempfänger die Entscheidung, welche Leistungen er von welchem Leistungsträger „einkauft", weitgehend frei überlassen werden.[246] Dem Leistungsempfänger können jedoch auch sehr enge Vorgaben für die Verwendung des Geldes gemacht werden,[247] so dass von den Wahlmöglichkeiten nicht mehr viel übrig bleibt. Umgekehrt gibt es die Möglichkeit, den Leistungsempfänger in einem Sachleistungssystem stärker bei der Ausgestaltung der Leistungen zu beteiligen und ihm gewis-

242 *Arntz/Spermann,* Wie lässt sich die gesetzliche Pflegeversicherung mit Hilfe personengebundener Budgets reformieren?, S. 14f.

243 *Arntz/Spermann,* Wie lässt sich die gesetzliche Pflegeversicherung mit Hilfe personengebundener Budgets reformieren?, S. 14f.

244 *Becker/Meeßen, et al.,* VSSR 2012, S. 1, 6.

245 Zusammenfassend für tatsächlich existierende Geldleistungssysteme in Europa, *Da Roit/Le Bihan,* The Milbank Quarterly 2010, S. 286ff.

246 *Da Roit/Le Bihan,* The Milbank Quarterly 2010, S. 286, 299f.

247 *Da Roit/Le Bihan,* The Milbank Quarterly 2010, S. 286, 299f.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

se Wahlmöglichkeiten bezüglich des Leistungsinhalts einzuräumen.[248] Betrachtet man die bloße Entscheidung für ein Sach- oder Geldleistungssystem ohne die anschließende inhaltliche Ausgestaltung, dann besteht, wenn die Leistung durch Dritte erbracht werden soll, nur ein Unterschied. Im Sachleistungssystem ist das Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer zwingend und umfasst auch die Finanzierung der Leistung, im Geldleistungssystem ist dieses Rechtsverhältnis fakultativ und umfasst niemals die Finanzierung der Leistung.

Dies zeigt, dass allein die Wahl des Systems der Leistungserbringung noch nicht Bestandteil der Qualitätssicherung ist, sondern allenfalls einen groben Rahmen vorgibt, der dann bei den einzelnen Instrumenten zur Qualitätssicherung berücksichtigt werden muss. Auch liegt den oben genannten Argumenten die Annahme zugrunde, der Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern sei (natürlicher) Bestandteil des jeweiligen Leistungserbringungssystems. Hier wird jedoch angenommen, dass es sich auf dem Sozialleistungsmarkt bei Wettbewerb nicht um die Grundform sondern, lediglich um einen möglichen Steuerungstyp handelt. Inwieweit der Sozialleistungsmarkt im jeweiligen Leistungserbringungssystem dem Wettbewerb geöffnet wird, ist damit bereits eine Frage der Ausgestaltung des Leistungserbringungssystems.

2. Instrumente innerhalb des Qualitätskreislaufes

Im Rahmen des Grundlagenteils werden abstrakt die naheliegenden Steuerungsinstrumente auf den einzelnen Ebenen des Qualitätskreislaufes dargestellt. Bei der abstrakten Darstellung ist eine Unterscheidung zwischen professioneller Pflege und nichtprofessioneller Pflege noch nicht notwendig.

a) Instrumente zur Entwicklung von Qualitätsanforderungen

Anforderungen an die Qualität werden hier allgemein als Sollensanforderungen bezeichnet. Bei Dienstleistungen kann zwischen Struktur-, Prozess- und Ergebnissollensanforderungen unterschieden werden. Dabei können Sollensanforderungen so entwickelt werden, dass sie nur individuell (beispielsweise: eine Person, die Pflegeleistungen erbringt) oder für kleine oder große Gruppen von Personen (beispielsweise alle Personen, die Pflegeleistungen erbringen) gelten. Aus Gründen der Praktikabilität, aber

248 Dies ist beispielsweise für die Leistungen des SGB XI durch das Pflegeneuausrichtungs-Gesetz vom 23.10.2012 erfolgt. Der Pflegebedürftige kann nach § 120 III SGB XI wählen zwischen einer Abrechnung nach Komplexleistungen oder nach Zeiteinheiten. Solange Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung sichergestellt sind (§ 124 III SGB XI), kann der Pflegebedürftige die ihm zustehenden Zeiteinheiten inhaltlich frei durch Pflege- oder Betreuungsleistungen seiner Wahl ausgestalten.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch zur Gewährleistung der Gleichheit im Rahmen der Leistungserbringung, liegt es nahe, Sollensanforderungen so zu entwickeln, dass sie einen möglichst umfassenden Geltungsbereich haben. Sollensanforderungen können sich unmittelbar sowohl an den Leistungsempfänger als auch an den Leistungserbringer richten. Dabei kann unterschieden werden zwischen Sollensanforderungen, die das Verhalten von demjenigen beeinflussen sollen, an dem sie unmittelbar gerichtet sind (beispielsweise: Mitwirkungspflichten an den Leistungsempfänger und Handlungspflichten bezüglich der Art der Pflege an den Leistungserbringer) und solchen, die das Verhalten von Personen beeinflussen sollen, an die sie nicht unmittelbar gerichtet sind (beispielsweise: Handlungspflichten bezüglich der Art der Pflege werden an den Leistungsempfänger gerichtet). Diese zweite Art von Sollensanforderungen ist vor allem bei der Erbringung von Geldleistungen an den Pflegebedürftigen denkbar, da die Wahl eines bestimmten Pflegedienstes oder eines bestimmten Pflegenden, der in der Lage ist, die Handlungspflichten einzuhalten, zur Bedingungen für die Erbringung der Geldleistung gemacht werden kann.[249]

Für Sollensanforderungen im medizinischen Bereich und damit auch bei der Erbringung von Pflegeleistungen werden häufig die Begriffe Leitlinie, Standard oder auch Expertenstandard gebraucht. Diese Begriffe werden jedoch inhaltlich nicht einheitlich gebraucht. Im SGB XI wird zwischen Maßstäben und Grundsätzen (§ 113 SGB XI) auf der einen und Expertenstandards (§ 113a SGB XI) auf der anderen Seite unterschieden. Zur Verdeutlichung werden hier beispielhaft einige gängige Definitionen widergegeben, dann jedoch einheitlich der Begriff „Sollensanforderung" genutzt.

Bieback definiert Leitlinien und Standards (inklusive Expertenstandards) als „Handlungsempfehlungen" wobei graduelle Unterschiede bei der Verallgemeinerung vorliegen sollen.[250] Im *Gutachten 2000/2001 des Sachverständigenrates für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen* werden Leitlinien und Standards ohne weitere Unterscheidung als „Maßstäbe zur Beurteilung der Qualität" bezeichnet.[251] *Neumeier* nennt zwar für die einzelnen Begriffe jeweils eigene Definitionen, es wird aber nicht deutlich, worin die konkreten Unterschiede liegen sollen.[252]

Qualitätssicherung mit dem Ziel der ständigen Weiterentwicklung der Qualität ohne konkrete definierte Qualitätsanforderungen ist nicht denkbar. Denn nur Anforderungen, bei denen man den Grad der Einhaltung auch messen kann, können von den Leistungserbringern umgesetzt werden. Auch ist nur bei solchen Anforderungen ein objektiver Ist-Soll-Vergleich möglich, der Voraussetzung dafür ist, dass verschiedene Leistungserbringer verglichen werden können. Die Entwicklung von messbaren Qualitätsanforde-

249 So für Österreich die Pflicht zur zweckentsprechenden Verwendung des Pflegegeldes in §§ 20 I, 1 BPGG.

250 *Bieback,* Qualitätssicherung in der Pflege im Sozialrecht, S. 6.

251 BT-Drucks. 14/5661, S. 61.

252 *Neumaier,* Die rechtliche Bedeutung von Expertenstandards in der Pflege, S. 15-17.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rungen, beziehungsweise die Verbesserung der Messbarkeit bereits bestehender Anforderungen, sind dabei zentreale Probleme der Pflegewissenschaft. Dabei liegen die Erkenntnisse hinter denen zur Messbarkeit medizinischer Anforderungen zurück und entwickeln sich bisher nur langsam.[253] Dies gilt vor allem für Ergebnissollensanforderungen, was erklärt, weshalb bisher überwiegend Struktur- und Prozesssollensanforderungen erstellt wurden.

Da die Einordnung einzelner Qualitätsanforderungen als Struktur-, Prozess- oder Ergebnissollensanforderung im Einzelfall zweifelhaft sein kann, erfolgt die Einordnung hier für die Struktur- und Prozesssollensanforderungen streng nach den im Rahmen der Darstellung des Qualitätskreislaufes erarbeiteten Definitionen für Struktur- und Prozessqualität. Die übrigen Anforderungen werden dann der Ergebnisqualität zugeordnet.

Abstrakt betrachtet kann sich der Staat zur Entwicklung der Sollensanforderungen aller drei Steuerungstypen bedienen. Unter den Steuerungstyp Hierarchie fällt insbesondere die Entwicklung der Sollensanforderung durch den Staat selbst. Kooperativ wäre die Entwicklung der Sollensanforderung beispielsweise dann, wenn der Inhalt der Sollensanforderungen durch eine Institution festgelegt würde, die idealerweise paritätisch mit Vertretern der staatlichen und gesellschaftlichen Ebene besetzt ist und alle Vertreter das gleiche Stimmgewicht haben. Inwieweit von diesem Ideal abgewichen werden kann, damit es dennoch bei kooperativer Steuerung bleibt, ist eine Frage des Einzelfalls und gegebenenfalls im Rahmen der Länderberichte zu klären. Allerdings ist bereits hier anzumerken, dass es für die kooperative Entwicklung von Sollensanforderungen einer gewissen Organisation auf der gesellschaftlichen Ebene bedarf, da es für den Staat ansonsten schwierig sein wird, die geeigneten Vertreter der gesellschaftlichen Ebene zu finden. Die Entwicklung von Sollensanforderungen kann auch dem Wettbewerb überlassen werden.[254] Dabei verzichtet der Staat bewusst darauf, Einfluss auf den Inhalt der Sollensanforderungen zu nehmen. Die tatsächliche Umsetzung erfolgt dann insbesondere dadurch, dass der Staat auf die auf der gesellschaftlichen Ebene entwickelten Sollensanforderungen starr oder dynamisch Bezug nimmt. Die Bezugnahme ist dabei bereits eine Frage der Verbindlichkeit der Sollensanforderung, die Entwicklung selbst wird dem Wettbewerb überlassen.

Hier soll noch keine Bewertung von Argumenten für oder gegen den einzelnen Steuerungstyp erfolgen. Es ist aber anzumerken, dass die Entwicklung der Sollensanforderungen lediglich ein Baustein innerhalb des gesamten Qualitätskreislaufes ist. Nimmt

253 *OECD/European Commission,* A Good Life in Old Age?, S. 16f. sowie S. 19f. zu dem Problem, dass sowohl die medizinischen Bedürfnisse als auch die subjektiven Bedürfnisse des Pflegebedürftigen gleichberechtigt Teil der Ergebnisanforderungen sein sollen.

254 Soweit Wettbewerb bei der Erbringung von Pflegeleistungen möglich ist; vgl. zum Fehlen eines Marktes bei der nichtprofessionellen Pflege Pkt. B. II. 2. b). Dies erfolgt beispielsweise, wenn sowohl in Deutschland als auch in Österreich auf den medizinisch-pflegerischen Stand der Erkenntnisse Bezug genommen wird: Bspw. für Deutschland in § 11 I 1 SGB XI und für Österreich in § 4 I 1 GuKG

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

man ein Gesamtkonzept Qualitätskreislauf an, dann muss sich dieser einzelne Baustein auch in das Gesamtkonzept einfügen und kann auch nur in seiner Bedeutung und Funktion innerhalb des Gesamtkonzeptes bewertet werden. Auch müssen sich der Qualitätskreislauf und die gesamte Qualitätssicherung in das System der Leistungserbringung einfügen und können nicht losgelöst von der Art der Leistungserbringung und deren konkreter Ausgestaltung untersucht werden.

b) Möglichkeiten zur Herstellung der Verbindlichkeit

Die Verbindlichkeit der Sollensanforderungen bei staatlicher Qualitätssicherung ist keine Selbstverständlichkeit, insbesondere wenn die Leistungserbringer der gesellschaftlichen Ebene entstammen[255]. Auch sind verschiedene Stufen von Verbindlichkeit denkbar. So können Sollensanforderungen als zwingend einzuhalten erklärt werden und ein Verstoß dagegen entsprechend sanktioniert werden. Diese Sollensanforderungen kann man auch als Mindestsollensanforderungen bezeichnen. Bei der Sanktionierung eines Verstoßes gegen Mindestsollensanforderungen kann danach unterschieden werden, ob die Sanktion immer eintritt (Kürzen der Vergütung des Leistungserbringers) oder ob es nur zur Sanktion kommt, wenn zusätzlich ein Schaden eingetreten ist (zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Sanktion bei Erfolgsdelikten). Eine geringere Verbindlichkeit haben Sollensanforderungen, bei denen ein Verstoß zwar nicht bestraft wird, deren Einhaltung dagegen belohnt wird. Es kann auch auf die Verbindlichkeit der Sollensanforderungen ganz verzichtet werden, indem auf deren Apellwirkung vertraut wird.

Mindestsollensanforderungen können durch den Steuerungstyp Hierarchie (beispielsweise durch Rechtsnorm oder Verwaltungsakt) oder den Steuerungstyp Kooperation (beispielsweise vertragliche Vereinbarung) erzeugt werden. Wettbewerb als Steuerungstyp ist ausgeschlossen, da es gerade darum geht, dass der Staat bestimmte Sollensanforderungen als so wichtig erachtet, dass von diesen nicht abgewichen werden darf. Dann kann die Frage der Verbindlichkeit jedoch nicht dem Markt überlassen werden. Selbst wenn die Leistungserbringer im Wege der Selbstverpflichtung Sollensanforderungen für verbindlich erklären können, so würde es aus staatlicher Sicht an einer strengen Verbindlichkeit fehlen, da die Leistungserbringer die Verbindlichkeit auch wieder beseitigen könnten.

Eine wichtige Frage, insbesondere für professionelle Leistungserbringer ist, ob, in welchem Umfang und gegen wen Rechtsschutz unmittelbar gegen Mindestsollensanforderungen möglich ist.

255 Zum Eingriff in die Rechte der Leistungsempfänger und Leistungserbringer durch Qualitätsanforderungen, vgl. Pkt. B. II. 2. a) aa) (2).

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Umsetzung in der Praxis

Die Umsetzung der Sollensanforderungen in der Praxis erfolgt, indem unmittelbare und gegebenenfalls mittelbare Adressaten die Sollensanforderungen bei der Leistungserbringung beachten. Dabei ist zwischen der Umsetzung von Struktur-, Prozess- und Ergebnissollensanforderungen zu unterscheiden. Bei aller Kritik am juristischen Nutzen der Unterscheidung von Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität,[256] der insoweit zuzustimmen ist, dass die Grenzen der einzelnen Qualitätskategorien nicht immer trennscharf bestimmt und voneinander angegrenzt werden können,[257] gibt es doch Eigenschaften der einzelnen Qualitätskategorien, die wegen ihrer Häufigkeit der Verallgemeinerung zugänglich sind und damit für auch die Systematisierung rechtlicher Instrumente herangezogen werden können.

Nimmt man die Leistungserbringung zum Ausgangspunkt, so kann eine zeitliche Einordnung der Qualitätskategorien erfolgen.[258] Struktursollensanforderungen sind regelmäßig zeitlich bereits vor der eigentlichen Leistungserbringung umzusetzen.[259] Hinsichtlich der generellen Eignung des Leistungserbringers zur Leistungserbringung muss die Umsetzung eine längere Zeit vorher erfolgen, wenn, wie es zumindest bei Sachleistungssystemen häufig der Fall ist, eine Zulassung zur Leistungserbringung erforderlich ist. Die Umsetzung konkreter Anforderungen, wie die Zulassung nur bestimmter entsprechend ausgebildeter Personen für konkrete Tätigkeiten, muss erst unmittelbar vor der Leistungserbringung gewährleistet werden. Prozesssollensanforderungen werden, wie der Name schon sagt, während des Leistungserbringungsprozesses umgesetzt.

Die tatsächliche Umsetzung der Sollensanforderungen ist jedoch nicht völlig frei von rechtlichen Instrumenten, die unmittelbar bei der praktischen Umsetzung wirken und diese auch unterstützen sollen. So können Dokumentationspflichten bestehen, die die Umsetzung von (insbesondere konkreten) Struktur- und Prozesssollensanforderungen begleiten. Dokumentationspflichten dienen bei der Erbringung von Pflegedienstleistungen unter anderem dazu, den einzelnen Umsetzungsprozess zu erleichtern und die Sollensanforderungen nochmals ins Gedächtnis zu rufen.[260] Gleichzeitig hat die Pflegedokumentation eine Beweissicherungsfunktion, sei es zur Ermöglichung einer nachträglichen Überwachung, da eine gleichzeitige Überwachung aus Praktikabilitätsgründen nur stichprobenartig durchgeführt werden kann, sei es zur Kostenabrechnung oder für Haf-

256 *Reimer,* Qualitätssicherung, S. 132f.

257 *Merchel,* Qualitätsmanagement in der sozialen Arbeit, S. 39f.

258 *Becker/Meeßen, et al.,* VSSR 2012, S. 1, 28-30.

259 Es geht hier allein um die tatsächliche Umsetzung der Sollensanforderungen. Wann und wie die Umsetzung im Einzelnen kontrolliert wird, ist beim nächsten Punkt, der Überwachung von Sollensanforderungen, zu klären.

260 Sie wirken dabei wie eine Checkliste.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tungsfälle.[261] Die Pflegedokumentation ist damit sowohl ein Instrument zur Unterstützung der tatsächlichen Umsetzung als auch ein Instrument der Überwachung.[262]

d) Überwachung

Die Überwachung kann in zwei Abschnitte eingeteilt werden. Als erstes ist der Istzustand zu evaluieren. Im zweiten Abschnitt findet ein Vergleich des Istzustandes mit dem Sollzustand statt. Dabei erstreckt sich die Überwachung auf die Struktur-, die Prozess- und die Ergebnisqualität.

Die Evaluation des Istzustandes kann dabei gleichzeitig oder zeitlich nach der tatsächlichen Umsetzung der Struktur- oder Prozesssollensanforderungen erfolgen. Bei der Feststellung des Istzustandes hinsichtlich des Prozesses ist aufgrund der Flüchtigkeit des Prozesses die zeitliche Unterscheidung von Bedeutung, da nur bei der gleichzeitigen Evaluation der Prozess unmittelbar wahrgenommen werden kann. Bei einer nachträglichen Evaluation des Istzustandes des Leistungsprozesses muss auf Informationen aus Auszeichnungen[263] oder Befragungen zurückgegriffen werden. Der Istzustand hinsichtlich des Ergebnisses kann natürlich nur nachträglich evaluiert werden. Bei einer objektive Ergebnissollensanforderung ist dies durch unmittelbare Beobachtung, bei einer subjektiven Ergebnissollensanforderung durch Befragung des subjektiv Betroffenen möglich.

Sowohl die Evaluation des Istzustandes als auch der anschließende Vergleich mit dem Sollzustand können durch verschiedene Akteure durchgeführt werden. So kann die Überwachung extern, also durch eine vom Adressaten der Sollensanforderung verschiedenen Rechtsperson, durchgeführt werden. Dieser externe Überwacher kann sowohl der staatlichen als auch der gesellschaftlichen Ebene entstammen. Die Überwachung kann auch intern durch den Adressaten der Sollensanforderung selbst erfolgen. Sinnvoll dürfte eine solche interne Überwachung nur bei organisatorisch größeren Adressaten wie Pflegediensten sein, um eine gewisse Unabhängigkeit des internen Überwachers zu gewährleisten. Jedenfalls kann ein einzelner Pflegender sich nicht sinnvoll selbst überwachen.[264]

---

261 BT-Drucks. 16/7439, S. 82; *Richter,* § 34 Pflege II - Leistungserbringung, in: *Plagemann* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht, Rn. 90; *Schwamberger/Biechl,* Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - Kurzkommentar, S. 64.

262 Diese Doppelfunktion der Dokumentationspflichten verdeutlicht auch *Donabedian,* The Milbank Quarterly 2005, S. 691, 696, wenn er die Dokumentation selbst als Teil der Prozessqualität und zugleich als Grundlage für die Überwachung der Struktur- und Ergebnisqualität bezeichnet.

263 Kritisch, wenn die Qualität nur auf Grundlage der Dokumentation beurteilt wird, siehe *Donabedian,* The Milbank Quarterly 2005, S. 691, 695.

264 Dies ist selbst durch Dokumentationspflichten nicht möglich. Wenn die Dokumentation nicht durch eine externe Person überprüft wird, fehlt sowohl der Anreiz zur ordnungsgemäßen Dokumentation als auch der Lerneffekt von aufgezeigten Fehlern.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hinsichtlich der einsetzbaren Steuerungsinstrumente ist zu unterscheiden, ob die Überwachung verpflichtend sein soll oder nicht. Eine zwingend vorgeschriebene Überwachung kann nur hoheitlich angeordnet werden (Hierarchie). Hinsichtlich der Durchführung sind alle beschriebenen Formen der internen und externen Überwachung möglich. Allerdings ist bei der externen Überwachung durch einen nichtstaatlichen Überwacher und bei der internen Überwachung eine „Überwachung der Überwachung" notwendig. Ordnet der Staat eine zwingend vorgeschriebene Überwachung an, wird er auch die Einhaltung dieser Pflicht und zwar sowohl hinsichtlich des Ob als auch hinsichtlich des Wie überprüfen müssen. Dagegen kann auf die wettbewerbliche Steuerungsform zurückgegriffen werden, wenn die Überwachung freiwillig sein soll. Bei verbindlichen Sollensanforderungen wird der Staat jedoch, um eine flächendeckende Umsetzung der Sollensanforderungen zu erreichen, nicht auf eine verpflichtende Überwachung verzichten können. Eine freiwillige Überwachung kommt damit vor allem für Sollensanforderungen in Betracht, die Anforderungen jenseits von Mindeststandards stellen. Dort bleibt es letztlich den Adressaten dieser Sollensanforderungen überlassen, ob und wie (intern oder extern beispielsweise im Wege der Zertifizierung) eine Überwachung erfolgen soll.

e) Reaktionen auf die Überwachungsergebnisse

Bei den Reaktionen auf die Überwachungsergebnisse kann man unterscheiden zwischen Reaktionen, die nur bei einer negativen Abweichung des Istzustandes vom Sollzustand erfolgen (Sanktionen unter aa)), Reaktionen, die unabhängig vom Überwachungsergebnis erfolgen (Transparenz unter bb)) und Reaktionen, die bei Erreichen des Sollzustandes erfolgen (Belohnung cc)).

aa) Sanktionen

Ausgehend vom Normalfall, der Sanktionierung des Leistungserbringers, lassen sich die Sanktionen nach ihren Voraussetzungen unterscheiden.[265]

So sind Sanktionen denkbar, bei denen es neben der negativen Abweichung des Istzustandes vom Sollzustand keiner weiteren Voraussetzungen, wie den Eintritt eines Schadens oder das Vertretenmüssen des Leistungserbringers, bedarf. Dabei sind durchaus auch im Verhältnis von Leistungsträger und Leistungserbringer Analogien zum zivilrechtlichen Leistungsstörungsrecht möglich. So werden bei der Minderung der Gegenleistung kein weiterer Schaden und kein Vertretenmüssen erforderlich sein. Je nach

265 Die Möglichkeit der Sanktion des Leistungserbringers ist das am weitesten verbreitete Instrument zur Reaktion auf die Überwachungsergebnisse, *OECD/European Commission,* A Good Life in Old Age?, S. 25. Es handelt sich dabei um das klassische Instrument auf der Rektionsebene, welches auch zeitlich in den von der OECD untersuchten Ländern als erstes entstanden ist.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ausgestaltung der Leistungserbringung als Sach- oder Geldleistung erfolgt die Minderung durch den Leistungsträger oder den Leistungsempfänger. Bei einer über den Einzelfall hinausgehenden Sanktion wie dem Verbot, weiterhin als Leistungserbringer tätig zu sein, sind Schaden und Vertretenmüssen nicht zwingend erforderlich, aber als zusätzliche Voraussetzungen für eine derart tiefgreifende Sanktion im Hinblick auf die Berufsfreiheit durchaus denkbar. Zwischen Minderung der Gegenleistung und dem Verbot, als Leistungsträger tätig zu werden, steht die Möglichkeit für den Leistungsempfänger das konkrete Rechtsverhältnis zum Leistungserbringer zu beenden.

Zwingend erforderlich ist der Eintritt eines Schadens natürlich bei Schadensersatzansprüchen. Traditionell ist hier häufig ein Vertretenmüssen des Schädigers erforderlich.[266] Zwingend ist dies jedoch nicht, wie ein Blick in das Produkthaftungsrecht (§ 1 I ProdHaftG) zeigt. Ist ein Vertretenmüssen erforderlich, so können bei der konkreten Ausgestaltung der Beweislast erhebliche Erleichterungen für den Anspruchssteller geschaffen werden.[267]

bb) Transparenz

Transparenz ist ein allgemeines Prinzip der sozialrechtlichen Leistungserbringung, welches mit allgemeiner Zugänglichkeit und Wahrnehmbarkeit von Informationen umschrieben werden kann.[268] Dabei geht es in seiner Wirkung und Bedeutung über die bloße Reaktion auf die Überwachungsergebnisse innerhalb des Qualitätskreislaufes hinaus. Vom allgemeinen Prinzip der Transparenz werden sowohl staatliche als auch nichtstaatliche Maßnahmen in allen Bereichen der Leistungserbringung erfasst. Gerade bei staatlichen Maßnahmen geht es auch darum, die öffentliche Meinungsbildung[269] für den demokratischen Prozess zu ermöglichen.[270]

Hier soll nur die Transparenz auf der Ebene der Reaktion auf die Überwachungsergebnisse beschrieben werden. Transparenz meint dann die allgemeine Zugänglichkeit von Informationen über den Vergleich des Istzustandes mit den Sollensanforderungen.

---

266 Für das deutsche Recht der unerlaubten Handlung, siehe *Sprau*, in: *Palandt* (Begr.), Kurzkommentar BGB, Einf. v. § 823, Rn. 2c; für Österreich ausdrücklich § 1295 ABGB sowie *Dittrich/Tades,* Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, § 1293, S. 591.

267 Beispielsweise jetzt ausdrücklich § 280 I 2 BGB und zur Arzthaftung über § 823 BGB, *Sprau*, in: *Palandt* (Begr.), Kurzkommentar BGB, § 823, Rn. 164; in Österreich obliegt die Beweislast nach § 1296 ABGB grundsätzlich dem Geschädigten, jedoch mit den Ausnahmen der §§ 1298, 1319, 1320 AGBG sowie beispielsweise der Möglichkeit des Anscheinsbeweises, siehe *Dittrich/Tades,* Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, § 1296, S. 604.

268 *Becker/Meeßen, et al.,* VSSR 2012, S. 103, 104, m.w.N.

269 BVerfG vom 25.02.2008 – 1 BvR 3255/07, Rn. 22ff.; BVerfG vom 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 173.

270 Diese Spielart der Transparenz spielt vor allem bei der Entwicklung von allgemeinverbindlichen Sollensanforderungen eine Rolle, nämlich bei der Frage wie viel Beteiligung an der Entwicklung nötig ist und inwieweit diese Sollensanforderungen gerichtlich überprüfbar sein müssen und gegen wen der Rechtsschutz zu richten ist.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In der Regel wird es sich um die allgemeine Zugänglichkeit von Informationen über den Leistungserbringer handeln. Es ist zwischen der Herstellung von Transparenz und den Wirkungen von Transparenz zu unterscheiden. Die Herstellung kann durch den Staat selbst erfolgen, wenn er über die notwendigen Informationen verfügt, andernfalls durch die Verpflichtung desjenigen, der über die Informationen verfügt. Dazu können hoheitliche (wie die Bekanntmachung durch den Staat selbst oder die Verpflichtung zur Bekanntmachung durch Verwaltungsakt) und kooperative Steuerungsinstrumente (wie die Verpflichtung zur Bekanntmachung durch Vertrag) eingesetzt werden. Die Transparenz muss vollständig sein, also beispielsweise alle Leistungserbringer umfassen, und es bedarf gleichzeitig der Regelung, auf welche Art und Weise die Informationen zugänglich gemacht werden sollen, da die inhaltliche Zugänglichkeit für die Allgemeinheit auch eine entsprechende Verständlichkeit voraussetzt. Zwar ermöglicht Transparenz einen Wettbewerb auf Augenhöhe (vgl. dazu die im Folgenden beschriebenen Wirkungen von Transparenz), sie wird jedoch bei Pflegeleistungen nur in den seltensten Fällen durch Wettbewerb selbst entstehen.

Die Wirkung von Transparenz besteht im Wesentlichen in der Reaktion der Marktteilnehmer auf die Informationen.[271] Dabei handelt es sich um Besonderheiten von Transparenz im Allgemeinen, aber auch von Transparenz im hier dargestellten Zusammenhang, dass das bloße Zugänglichmachen der Informationen inhaltlich neutral ist.[272] So kommt es bei der Frage, ob die Information zugänglich gemacht wird, nicht darauf an, wie der Soll- Istvergleich ausgefallen ist. Auch gehen allein von der Zugänglichkeit der Information noch keine Wirkungen aus. Trotz dieser unmittelbaren „Wirkungslosigkeit" ist Transparenz Voraussetzung für die Möglichkeit von Sanktionen oder Belohnungen durch am Leistungserbringungsprozess Beteiligte oder zukünftig Beteiligte, die selbst keinen Soll- Istvergleich durchführen (können). Dies ist regelmäßig beim Leistungsempfänger der Fall. Da es sich bei Pflegeleistungen um Dauerleistungen handelt, sind zwei Situationen zu unterscheiden. Erstens gibt es Pflegebedürftige, die noch auf der Suche nach einem Leistungserbringer sind und bisher keine subjektiven Erfahrungen beim Empfang von Pflegeleistungen haben. Zweitens gibt es Pflegebedürftige die bereits Pflegeleistungen empfangen und entsprechend über subjektive Erfahrung bezüglich des gewählten Leistungserbringers verfügen. Dabei werden die Wirkungen auf zukünftige Beteiligte am größten sein. So wird ein Pflegebedürftiger, der auf der Suche nach einem Leistungserbringer ist, die allgemein zugänglichen Informationen verwerten und bei seiner Wahl berücksichtigen. Bei einem Pflegebedürftigen, der bereits Leistun-

271 Transparenz als Möglichkeit die Stellung der Pflegebedürftigen als Nachfrager von Pflegeleistungen zu stärken, *OECD/European Commission,* A Good Life in Old Age?, S. 198ff.

272 Eine andere Frage ist, wie die Information dargestellt wird und wie sie wirkt. Während die neutrale Veröffentlichung von Informationen die Meinungsbildung ermöglicht, kann eine tendenziöse Art der Veröffentlichung eine Meinung „machen" und schafft demgemäß auch keine Transparenz im o.g. Sinne. So werden im Beschluss des BVerfG vom 26.06.2002 - 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91 als Voraussetzungen für zulässige Informationsveröffentlichung u.a. die Marktrelevanz der Information, Rn. 42, und die Sachlichkeit der Veröffentlichung, Rn. 61, genannt.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen von einem Leistungserbringer erhält, werden die allgemein zugänglichen Informationen von seinen subjektiven Erfahrungen überlagert, wobei schwer vorherzusehen ist, wonach sich dieser Pflegebedürftige bei seiner Entscheidung richtet. Geht man aber wie hier davon aus, dass Transparenz im Rahmen der Qualitätssicherung vor allem bei noch nach einem Leistungserbringer suchenden Pflegebedürftigen ohne eigene Erfahrungen Auswirkungen hat, ist Transparenz für die nichtprofessionelle Pflege schon nicht herstellbar, jedenfalls aber nicht von Bedeutung. Zwar sind professionelle Leistungserbringer daran interessiert, von einem noch suchenden Pflegebedürftigen gewählt zu werden. Als erwünschte Wirkung der Transparenz wird unter den professionellen Leistungserbringern ein Qualitätswettbewerb erwartet.[273] Dies setzt jedoch voraus, dass sowohl die richtigen Informationen veröffentlicht werden[274] und dass diese Informationen auch bei den Pflegebedürftigen ankommen.[275] Nichtprofessionelle Pflegekräfte stehen aber regelmäßig nicht in Wettbewerb zueinander, so dass die gewünschten Wirkungen von Transparenz nicht eintreten können. Bei pflegenden Angehörigen kommt hinzu, dass diese häufig nur einen Pflegebedürftigen pflegen. Informationen über vorherige Pflegetätigkeiten kann es somit gar nicht geben.

cc) Belohnungen

Insbesondere bei Sollensanforderungen, die nicht Mindestanforderungen sind und deren Umsetzung lediglich wünschenswert ist, kann die Motivation zum Erreichen dieser Sollensanforderungen auch in der Form erzeugt werden, dass bei Erfüllung der Sollensanforderung ein höheres Entgelt gezahlt wird.[276] Man könnte dies eine leistungsorientierte Bezahlung nennen, welche im Grunde auch zur Durchsetzung von Mindeststandards möglich ist. Im Vergleich zur Möglichkeit der Minderung führt eine Belohnung möglicherweise sogar zu einer stärkeren Motivation. Allerdings sind die praktischen Rahmenbedingungen bei einer Umsetzung zu beachten. So ist der Leistungserbringer zeitnah auf das Geld für die erbrachte Leistung angewiesen. Kontrollen, inwiefern die Sollensanforderungen erreicht wurden, sind aber nur in größeren zeitlichen Abständen möglich. Auch ist bei der Minderung im Falle einer stark mangelhaften Leistung eine Minderung auf Null möglich. Um allein über eine leistungsorientierte Bezahlung diese Sanktionsintensität zu erreichen, dürfte es überhaupt keinen leistungsunabhängigen Grundstock an Entgelt geben, sondern dieses müsste ausschließlich leistungsorientiert

273 *OECD/European Commission,* A Good Life in Old Age?, S. 198; soweit ein Markt besteht, sind bestehende Informationsasymmetrien für einen funktionierenden Wettbewerb möglichst zu beseitigen, str., vgl. *Becker/Meeßen, et al.,* VSSR 2012, S. 103, 106 und Fn. 467.

274 Was letztlich wieder zur Entwicklung messbarer Ergebnisanforderungen führt.

275 Zum Problem, dass die derzeitige Generation der Pflegebedürftigen nur beschränkt zur Informationsbeschaffung mittels Internet in der Lage ist, siehe *OECD/European Commission,* A Good Life in Old Age?, S. 201f.

276 Allgemein zu Belohnungen anstelle oder neben der Möglichkeit zur Sanktionierung, siehe *OECD/European Commission,* A Good Life in Old Age?, S. 192ff.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gezahlt werden. Damit bleibt es bei einer rein theoretischen Möglichkeit für die Durchsetzung von Mindestsollensanforderungen. Eine Kombination aus einem zunächst leistungsunabhängigen Grundstock, bei dem aber eine Minderung möglich ist für Mindestsollensanforderungen, und einem leistungsabhängigen Bonus für weitergehende Sollensanforderungen erscheint am ehesten praktikabel.

f) Rechtsschutz

Im Rahmen des Rechtsschutzes gegen staatliche Qualitätssicherungsmaßnahmen soll der einfachrechtlich gewährte und der verfassungsrechtlich notwendige Rechtsschutz untersucht werden. Zwar wird über den Rechtsschutz gegen staatliche Qualitätssicherungsmaßnahmen rechtswissenschaftlich diskutiert,[277] er wird jedoch üblicherweise nicht dem Qualitätskreislauf zugeordnet. Hier erfolgt eine Zuordnung des Rechtsschutzes zum Qualitätskreislauf, wenn die Maßnahme, gegen die sich der Rechtsschutz richtet, selbst dem Qualitätskreislauf zuzuordnen ist. Dies erfolgt, weil der Rechtsschutz unmittelbar mit der Qualitätssicherungsmaßnahme verknüpft ist, da im Rahmen des Rechtsschutzverfahrens über den Bestand dieser Maßnahme entschieden wird. Gerade wenn sich der Rechtsschutz unmittelbar gegen Sollensanforderungen richten sollte, aber auch, wenn diese nur mittelbar Gegenstand des Verfahrens sind, indem ihre Wirksamkeit inzident geprüft wird, hat das Ergebnis des Rechtsschutzverfahrens Wirkungen über den Einzelfall hinaus auf eine Vielzahl von am Qualitätskreislauf Beteiligten. Der richtige Ort zur Behandlung des Rechtsschutzes ist auch vor dem Punkt g) Herstellung eines Kreislaufes, da idealtypisch gesprochen die Rechtsschutzergebnisse im Rahmen des nächsten Durchlaufes des Qualitätskreislaufes zu berücksichtigen sind.

g) Herstellung eines Kreislaufes

Qualitätssicherung im Sinne einer geordneten ständigen Verbesserung der Qualität entsteht nur, wenn sich aus den einzelnen, gerade beschriebenen Bestandteilen tatsächlich ein Kreislauf ergibt. Dabei darf der Anspruch der ständigen Verbesserung der Qualität nicht mit ständig strengeren Qualitätsanforderungen verwechselt werden. Sollten sich bestimmte Qualitätsanforderungen bei der Umsetzung und anschließenden Kontrolle als (teilweise) wirkungslos erweisen, dann sind diese bei der Neuerstellung der Qualitätsanforderungen entsprechend ihrer Wirkungslosigkeit abzumildern oder ganz zu streichen. Es geht hier zunächst um den oben als „großen Kreislauf“ bezeichneten Qua-

277 Vgl. insbesondere die Diskussion in Deutschland zum Rechtsschutz gegen die Pflegetransparenzberichte bspw. *Theuerkauf,* MedR 2011, S. 265ff.; *Ossege,* MedR 2011, S. 534ff. sowie in Österreich zum Rechtsweg beim zwangsweisen Ersetzen von Geldleistungen durch Sachleistungen, *Pfeil*, Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 20, S. 196f.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

litätskreislauf, weil nur dieser einen Durchlauf des Qualitätskreislaufes mit dem nächsten in dem Sinne verknüpft, als dass sich die Sollensanforderungen für den nächsten Durchlauf ändern.

Betrachtet man sich den „normalen“ PDCA-Kreislauf, dann gibt es keine eigenständige Ebene zur Herstellung des Kreislaufes. Vielmehr ist auf der Ebene „Act“ als letzter Ebene eines Durchlaufes und auf der Ebene „Plan“ als erster Ebene des nächsten Durchlaufes der Kreislauf zu verwirklichen. Dies erfolgt unter Ausnutzen der im vorherigen Durchlauf gewonnenen Informationen. Aus Sicht der staatlichen Qualitätssicherung ist jedoch die Herstellung eines Kreislaufes nicht so selbstverständlich wie bei Qualitätssicherung innerhalb eines Unternehmens. Schon die Vielzahl der Beteiligten am staatlichen Qualitätssicherungsprozess bei der Erbringung von Pflegeleistungen macht deutlich, dass es sich beispielsweise bei dem Informationsfluss zwischen den verschiedenen Beteiligten, aber erst recht bei der Umsetzung der neu gewonnen Informationen bei der Erstellung der Sollensanforderungen, um ein komplexes Problem handelt. Hier soll der Frage nachgegangen werden, welche Maßnahmen der Staat beispielsweise durch bestimmte institutionelle Ausgestaltungen nutzt, um das Entstehen eines Kreislaufes sicherzustellen oder zumindest zu begünstigen.

Bereits an dieser Stelle zu erwähnen ist, dass sich der Kreislauf bei der professionellen Pflege von dem bei der nichtprofessionellen unterscheiden wird. Gerade Angehörige als wesentlicher Teil der nichtprofessionellen Pflegekräfte werden ihre Pflegetätigkeit nur so lange ausüben, wie der Pflegebedarf beim Angehörigen besteht. Dies kann zwar eine längere Zeit dauern, ist aber mit der grundsätzlich zeitlich unbegrenzten Tätigkeit von Pflegediensten nicht vergleichbar. Die ständige Verbesserung wird deshalb bei der nichtprofessionellen Pflege vorrangig an von der konkreten Pflegeperson unabhängigen Maßnahmen ansetzen müssen. So kann beispielsweise die Qualität der Pflegekurse weiterentwickelt werden.

Der „kleine“ Kreislauf hingegen verknüpft die Reaktionsebene für einen Durchlauf des Qualitätskreislaufes mit der Umsetzungsebene des nächsten Durchlaufs. Es geht also um die Frage, wie wirksam die Instrumente auf der Reaktionsebene sind, um das Verhalten der Leistungserbringer für die Zukunft zu ändern. Aufgrund des sachlichen Zusammenhangs wird dieser Frage in den Länderberichten im Anschluss an die Darstellung des konkreten Instruments auf der Reaktionsebene nachgegangen.

3. Instrumente außerhalb des Qualitätskreislaufes

Als Instrumente außerhalb des Qualitätskreislaufes werden die Instrumente zusammengefasst, die sich keiner der eben beschriebenen Ebenen zuordnen lassen. Es handelt sich dabei um Instrumente, die die Rahmenbedingungen der Pflege beeinflussen ohne

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unmittelbar dem Zweck der Qualitätssicherung zu verfolgen. Beispielhaft seien Regelungen genannt, die das Beschäftigungsverhältnis von professionellen Pflegekräften zum Pflegedienst mitgestalten, wie Mindesturlaub, Höchstarbeitszeit oder Mindestlohn. Ebenfalls in diese Kategorie fallen Maßnahmen zur Unterstützung nichtprofessioneller Pflegekräfte wie die Ersatzpflege bei Krankheit oder Urlaub.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. Länderbericht Deutschland

I. Grundlagen

Für Einrichtungen der professionellen Pflege, die Pflegeleistungen in häuslicher Umgebung erbringen und für einzelne professionell Pflegende erfolgt die Qualitätssicherung durch eine Vielzahl von formellen Bundes- und Landesgesetzen sowie untergesetzlichen Normen. Das Zusammenspiel all dieser Normen wird nur verständlich, wenn man das System der Leistungen bei Pflegebedürftigkeit sowie das System der Erbringung dieser Leistungen und die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen in diesem Bereich zwischen Bund und Ländern bei der Darstellung der Qualitätssicherungsinstrumente berücksichtigt. Da das Verständnis des Systems der Leistungen und deren Erbringung auch für die Darstellung der Qualitätssicherungsinstrumente bei nichtprofessioneller Pflege von grundlegender Bedeutung ist, werden die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen und die Leistungen nebst Erbringung vorab in den Grundlagen des Länderberichts dargestellt.

1. Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen

Deutschland ist ein föderaler Staat. Die Gesetzgebungskompetenzen sind zwischen dem Bund und den Ländern verteilt. Art. 70 I GG weist die Gesetzgebungskompetenz grundsätzlich den Ländern zu, so dass bundesrechtliche Regelungen zur Qualitätssicherung nur bestehen können, soweit dem Bund die Gesetzgebungskompetenz durch das Grundgesetz zugewiesen wird (Art. 70 I GG) oder wurde (Art.125a ff. GG). Sofern die Regelung im Zusammenhang mit der Leistungserbringung nach dem SGB XI steht, hat der Bund eine Kompetenz zur konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 I Nr. 12 GG und soweit es um sozialhilferechtliche Leistungserbringung geht nach Art. 74 I Nr. 7 GG.[278] Hingegen steht dem Bund keine allgemeine Kompetenz zur Regelung von Be-

278 Sozialversicherung ist nach BVerfG vom 10.05.1960 – 1 BvR 190/58, Rn. 21 mit Verweis auf eine Definition des Bundessozialgerichts:„die gemeinsame Deckung eines möglichen, in: seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit.“ Da zur Bedarfsdeckung auch die Leistungserbringung gehört und bei Sachleistungen die Bedarfsdeckung ein Mindestmaß an Qualität erfordert, fällt das Qualitätssicherungsrecht als Bestandteil des Leistungserbringungsrechts unmittelbar unter Art. 74 I Nr. 12 GG. Selbst wenn man dem nicht folgt, besteht jedenfalls eine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs, da das Recht der Leistungserbringung Rege-

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rufsbildern zu. Lediglich Berufe, die zu den Heilberufen gehören, kann der Bund nach Art. 74 I Nr. 19 GG rechtlich gestalten.

Die Länder sind damit zuständig für alle anderen Berufe, die für die Pflege von Bedeutung sind. Art. 74 I Nr. 7 GG nimmt das Heimrecht ausdrücklich von der Zuständigkeit des Bundes aus, was zu einer Zuständigkeit der Länder führt.[279] Auch gibt es weder eine allgemeine Zuständigkeit des Bundes für Gefahrenabwehr, noch eine ausdrückliche Zuständigkeit des Bundes für die besondere Gefahrenabwehr bei der Erbringung von Pflegeleistungen, so dass auch diese den Ländern zusteht, soweit sie nicht von den Kompetenzen kraft Sachzusammenhangs bei der Leistungserbringung erfasst ist.

2. Leistungen und Leistungserbringung

a) Leistungen im SGB XI

Die Gewährung von Leistungen bei Pflegebedürftigkeit nach dem SGB XI soll ausgehend vom nach § 33 I 1 SGB XI erforderlichen Antrag des Pflegebedürftigen erläutert werden.[280] Zunächst erfolgt die Feststellung, ob überhaupt Pflegebedürftigkeit i.S.d. §§ 14, 15 SGB XI vorliegt. Die notwendige Prüfung kann die Pflegekasse entweder vom Medizinischen Dienst der Krankenversicherung oder von einem anderen von ihr beauftragten Gutachter durchführen lassen, § 18 I 2 SGB XI.[281] Falls Pflegebedürftigkeit besteht, wird zugleich eine Pflegestufe zugeordnet. Es gibt 3 Pflegestufen, die aufsteigend von eins bis drei jeweils eine zunehmende Schwere an Pflegebedürftigkeit erfor-

---

lungen zu Leistung und Gegenleistung enthalten muss und zwingender Bestimmungsgegenstand des Leistungsinhalts auch dessen Qualität ist, vgl. zur Kompetenz kraft Sachzusammenhang, *Uhle*, in: *Maunz/Dürig*, GG V, Art. 70, Rn. 67ff. Für die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 I Nr. 7 GG gilt dies entsprechend.

279 Vor der Föderalismusreform, also bis zum 31.08.2006, hatte der Bund die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 I Nr. 7 GG in der damaligen Fassung für die (gesamte) öffentliche Fürsorge und damit auch für das Heimrecht. Das Heimrecht wurde ab 01.09.2006 in Art. 74 I Nr. 7 GG ausdrücklich ausgenommen. Die Gesetzgebungskompetenz für den ordnungsrechtlichen Teil des Heimrechts liegt nunmehr bei den Ländern, wobei gemäß Art. 125a I 1 Var. 1 GG das Bundesheimgesetz als Landesrecht fort gilt, bis es durch ein Landesgesetz ersetzt wird. Der zivilrechtliche Teil des Bundesheimgesetzes ist gestützt auf Art. 74 I Nr. 1 Var. 1 GG im Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WBVG) weiterhin bundesrechtlich geregelt. Die nach § 1 WBVG in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallenden Konstellationen sind keine häusliche Pflege i.S.d. hier verwendeten Definition, da der Pflegebedürftige seine Pflege nicht frei organisieren kann. Zum Anwendungsbereich des WBVG, vgl. *Weber,* NZM 2010, S. 337, 338f.

280 Die Erfüllung der Vorversicherungszeit nach § 33 II SGB XI wird unterstellt.

281 Die Entscheidung steht im Ermessen der Pflegekasse, wobei es Ziel der Entscheidung sein muss, die Fristen des § 18 III SGB XI einzuhalten. Die Sicherung der Qualität der Gutachten durch die beauftragten externen Gutachter soll durch Richtlinien der Pflegekassen erfolgen zu deren Erlass § 53b SGB XI die Kompetenz verleiht.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dern.[282] Allerdings wird durch die Leistungen des SGB XI nicht der gesamte Pflegebedarf gedeckt.[283] § 36 III SGB XI bestimmt, bis zu welchem Gesamtwert maximal Pflegesachleistungen bei der jeweiligen Pflegestufe gewährt werden, die Höhe des Pflegegeldes ergibt sich aus § 37 I 3 SGB XI. Dabei ist der maximale Gesamtwert auf der jeweiligen Pflegestufe bei der Pflegesachleistung nach § 36 SGB XI deutlich höher als beim Pflegegeld nach § 37 SGB XI.[284]

b) Leistungserbringung im SGB XI

Für die Frage, durch wen die Pflegeleistungen letztlich erbracht werden, kommt es auf die Entscheidung des Pflegebedürftigen an. Dieser hat, wenn er mindestens die Pflegestufe 1 erreicht, die Wahl zwischen verschiedenen Arten von Pflegeleistungen. Entscheidet er sich für Pflegeleistungen in häuslicher Umgebung (für die nach §§ 3, 43 I SGB XI ein Vorrang besteht), dann kann er weiter zwischen Pflegesachleistungen (§ 36 SGB XI) und Pflegegeld für selbst beschaffte Pflegehilfen (§ 37 SGB XI), sowie einer Kombination aus beidem (§ 38 SGB XI) wählen. Entscheidet sich der Pflegebedürftige für Pflegesachleistungen, werden diese durch „geeignete Pflegekräfte“ (§ 36 I 3 SGB XI) erbracht. Für den Leistungsträger gibt es drei Möglichkeiten, die Erbringung der Pflegesachleistungen zu gewährleisten. Eine geeignete Pflegekraft ist entweder direkt bei der Pflegekasse (§ 77 II SGB XI) oder bei einem Pflegedienst (§ 71 I SGB XI) an-

282 Gemäß § 15 III SGB XI ist für Pflegestufe 1 ein Pflegebedarf von mindestens 90 Minuten am Tag, für Pflegestufe 2 von drei Stunden am Tag und für Pflegestufe 3 von fünf Stunden am Tag erforderlich, wobei zusätzlich jeweils das gesetzlich erforderliche Mindestmaß an Grundpflegebedarf bestehen muss. Berechnet wird dieser Bedarf ausgehend von den Verrichtungen des § 14 IV SGB XI.

283 Zusätzlich zu den beschriebenen Leistungen gibt es Leistungen für Personen mit erheblich eingeschränkter Alltagskompetenz, § 28 Ib 2 SGB XI. Der berechtigte Personenkreis wird in § 45a SGB XI beschrieben. Er umfasst auch Personen der Pflegestufe „0“, § 45a I Nr. 2 SGB XI. Es besteht für den gesamten Personenkreis Anspruch auf zusätzliche Betreuungs- und Entlastungsleistungen nach § 45b SGB XI sowie auf die verbesserten Pflegeleistungen nach § 123 SGB XI. Die verbesserten Pflegeleistungen nach § 123 SGB XI sind nach § 28 Ib 2 SGB XI lediglich eine Übergangslösung bis zu Einführung eines neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffes. Die Leistungsverbesserung nach § 123 SGB XI gilt nur für die häusliche Pflege und auch dort nur für die Pflegestufen 0 bis 2. Nur in diesen Fällen komme es zu einer Benachteiligung durch die heutigen Begutachtungsmaßstäbe im Vergleich zu den geplanten Begutachtungsmaßstäben bei einem neuen Pflegebedürftigkeitsbegriff für Personen mit erheblich eingeschränkter Alltagskompetenz, vgl. BT-Drucks. 17/9369, S. 52. Auch diese zusätzlichen Leistungen ändern nichts an der Grundaussage, dass die Leistungen nach dem SGB XI nicht bedarfsdeckend sind. Dies gilt erst recht für die Betreuungsleistungen nach § 124 SGB XI, wonach lediglich ein anderer Leistungsinhalt ermöglicht wird, das Leistungsvolumen jedoch unverändert bleibt, vgl. BT-Drucks. 17/9369, S. 53.

284 In der niedrigeren Höhe des Pflegegeldes gegenüber den Pflegesachleistungen liegt kein Verstoß gegen Art. 3 I GG i.V.m. Art. 6 I GG, vgl. BVerfG vom 26.03.2014 – 1 BvR 1133/12, Rn. 17ff.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gestellt oder als Einzelperson zugelassen (§ 77 I SGB XI).[285] Die Zulassung als Pflegedienst oder Einzelperson und die Anstellung als Einzelperson ist von der Erfüllung bestimmter persönlicher Voraussetzungen abhängig. Der Pflegebedürftige empfängt die Leistung und der Leistungserbringer hat bei der Erbringung von Pflegeleistungen inhaltliche Anforderungen zu erfüllen (§§ 72 III, 77 I 2 SGB XI). Die Vergütung des Leistungserbringers erfolgt direkt durch die Pflegekasse (§§ 77 I 2, 89, 90 SGB XI).[286] Zwischen Leistungsempfänger und Leistungserbringer wird nur dann ein Pflegevertrag gemäß § 120 SGB XI geschlossen, wenn Leistungserbringer ein Pflegedienst oder eine zugelassene Einzelperson (§ 77 I 6 SGB XI) ist. Erbringt der Leistungsträger die Leistungen durch angestellte Einzelpersonen selbst, bedarf es keines (privatrechtlichen) Vertrages. Wählt der Pflegebedürftige hingegen Pflegegeld für eine selbst beschaffte Pflegehilfe, dann kann grundsätzlich jede Person die Pflegeleistungen erbringen. Praktisch werden es jedoch regelmäßig nichtprofessionelle Pflegekräfte sein, da die Höhe des Pflegegeldes für die jeweilige Pflegestufe betragsmäßig deutlich niedriger als der Gesamtwert der jeweiligen Pflegesachleistung und eine Finanzierung von Pflegefachkräften mit dem Pflegegeld nur sehr eingeschränkt möglich und damit wirtschaftlich nicht sinnvoll ist. Der Pflegebedürftige muss dann „die erforderliche Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung in geeigneter Weise“ selbst sicherstellen. Der Pflegebedürftige erhält in Abhängigkeit von der Pflegestufe Pflegegeld (§ 37 I 3 SGB XI), über das er grundsätzlich frei verfügen kann. Insbesondere muss der Leistungserbringer nicht zwingend eine Vergütung erhalten.

c) Infrastrukturverantwortung der Länder nach § 9 SGB XI

Zwar haben die Pflegeeinrichtungen auf den Abschluss des Versorgungsvertrages nach § 72 III 1 2.HS SGB XI einen Anspruch unabhängig davon, ob eine konkrete Pflegeeinrichtung zur Deckung des in der jeweiligen Region bestehenden Pflegebedarfes erforderlich ist. Hingegen lässt sich aus § 9 SGB XI, der die Investitionsförderung[287]

285 Nur Pflegedienst sowie zugelassene Einzelperson werden im Folgenden als Leistungserbringer bezeichnet. Beim Leistungsträger angestellte Einzelpersonen sind hingegen keine rechtlich eigenständigen Leistungserbringer, sondern Teil des Leistungsträgers.

286 Damit entsteht bei der Leistungserbringung durch Pflegedienste oder durch zugelassene Einzelpersonen das für Sachleistungen typische Leistungserbringungsdreieck, vgl. zu den Auswirkungen der Art der Leistungserbringung auf die Qualitätssicherung Pkt. B. III. 1. Wird die Leistung hingegen durch eine angestellte Einzelperson erbracht, erbringt der Leistungsträger die Leistung selbst.

287 Die Investitionsförderung ist dabei Teil der sogenannten dualen Finanzierung der Pflegeeinrichtungen, vgl. *Schütze*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 82, Rn. 3. Zugelassene Pflegedienste erhalten die Pflegevergütung nach § 82 I 1 Nr. 1 SGB XI, sowie eine Investitionsförderung, wenn und soweit diese im jeweiligen Bundesland vorgesehen ist. Gibt es keine Investitionsförderung oder sind die Investitionsaufwendungen nicht vollständig davon abgedeckt, können die vollständigen oder verbleibenden Investitionsaufwendungen dem Pflegebedürftigen gesondert berechnet werden, § 82 III,

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

durch die Länder regelt, kein Anspruch auf Investitionsförderung herleiten.[288] Die Förderung von Pflegediensten in Bayern dient beispielsweise der Gewährleistung einer bedarfsgerechten Pflegeinfrastruktur und beschränkt sich auf Pflegedienste, die für die Bedarfsdeckung erforderlich sind.[289] Im Rahmen dieser Förderung erfolgt jedoch keine, gegenüber den Maßnahmen des SGB XI eigenständige, Qualitätssicherung[290], so dass eine vertiefte Darstellung der Landesregelungen nicht notwendig ist. Allerdings ist an den Stellen, an denen das SGB XI zur Steuerung der Qualität auf Wettbewerb zwischen den Pflegeeinrichtungen setzt, zu beachten, dass die Zahl der am Markt vorhandenen Pflegeeinrichtungen jedenfalls dort, wo eine bedarfsorientierte Förderung erfolgt, durch den regional prognostizierten Pflegebedarf begrenzt sein wird. Denn das wirtschaftliche Bestehen einer Pflegeeinrichtung ohne die Förderung des jeweiligen Bundeslandes dürfte kaum möglich sein. Zwar ist es bei Nichtförderung möglich, die Investitionskosten auf die Pflegebedürftigen umzulegen, aber dies führt im Vergleich zu den geförderten Pflegediensten zu einem kaum auszugleichenden Wettbewerbsnachteil.[291]

IV SGB XI. Zur genauen Berechnung der auf die Pflegebedürftigen umlegbaren Investitionsaufwendungen, *Weber,* NZS 2013, S. 406, 408ff.

288 § 9 S. 2 2. HS SGB XI ist zu entnehmen, dass keine Pflicht der Länder zur finanziellen Unterstützung für Investitionsaufwendungen besteht, vgl auch *Behrend*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 9, Rn. 5; *Seewald,* VSSR 2001, S. 189, 213.

289 Vgl. die Förderrichtlinie des Landkreises München, welche in Wahrnehmung der Aufgabe nach Art. 71 des Gesetzes zur Ausführung der Sozialgesetze (AGSG) erlassen wurde. Die Richtlinie ist abrufbar unter: http://formulare.landkreis-muenchen.de/cdm/cfs/eject/gen?MANDANTID=1&FORMID=1878 (besucht am 30.06.2015). Die Bestimmung der bedarfsgerechten Pflegeinfrastruktur erfolgt durch die Bedarfsermittlung nach Art. 69 AGSG für den Landkreis München im Seniorenpolitischen Gesamtkonzept des Landkreises München, S. 139ff. Diese ist abrufbar unter: http://formulare.landkreis-muenchen.de/cdm/cfs/eject/gen?MANDANTID=1&FORMID=3701 (besucht am 30.06.2015). Für einen Überblick über die Bedarfsplanung in anderen Bundesländern, siehe *Winter,* Die Ausgestaltung von Planungs- und Förderungskompetenzen nach § 9 SGB XI, S. 95ff.

290 So wird beispielsweise in den Förderrichtlinien des Landkreises München, welche auf die Art. 68 ff. AGSG und die §§ 68ff. der Vorordnung zur Ausführung der Sozialgesetze (AVSG) verweisen im Wesentlichen auf die Qualitätssicherung nach dem SGB XI Bezug genommen (Pkt. 2.2 der Richtlinien). Auch die zusätzlich aufgeführte Pflicht der Pflegedienste zur Beschäftigung von ausreichend Fachpersonal (Pkt. 2.4 der Richtlinie) geht nicht über die Pflichten aus der Vereinbarung nach § 113 SGB XI hinaus. Gleiches gilt für die §§ 11, 12 Alten- und Pflegegesetz Nordrhein-Westfalen. Zur Übereinstimmung des § 74 I 1 AVSG mit der bayerischen Landesverfassung, siehe BayVerfGH vom 19.04.2013 – Vf- 3-VII-12.

291 Zu diesen Wettbewerbsnachteilen und damit einhergehender Wettbewerbsbeschränkung auch, *Rothgang,* ZSR 2000, S. 423, 436ff., 444; *Winter,* Die Ausgestaltung von Planungs- und Förderungskompetenzen nach § 9 SGB XI, S. 114f.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d) Leistungen im SGB V

Zur vollständigen Erfassung der häuslichen Leistungen zur Deckung eines Pflegebedarfes ist in der gebotenen Kürze auf die Hauskrankenpflege i.S.d. § 37 SGB V einzugehen. Leistungsrechtlich kann ein Anspruch auf Maßnahmen, die zugleich zur verrichtungsbezogenen Pflege i.S.d. §§ 14, 15 SGB XI gehören, sowohl bei der Vermeidungspflege[292] nach § 37 I SGB V als auch bei der Sicherungspflege nach § 37 II 1 SGB XI bestehen. Zwar besteht im Rahmen der Sicherungspflege aufgrund des Ausschlusses nach § 37 II 6 SGB V kein Anspruch auf Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung nach eingetretener Pflegebedürftigkeit, aber auch die Behandlungspflege kann verrichtungsbezogene Pflegemaßnahmen umfassen.[293]

Auf die spätere umfassende Darstellung der Qualitätssicherung bei der Erbringung von Hauskrankenpflege i.S.d. § 37 SGB V soll dagegen verzichtet werden, da keine zusätzlichen Erkenntnisse für die Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte zu erwarten sind. Dies wird bei einer kurzen Sichtung der Leistungserbringung der Hauskrankenpflege deutlich. Soweit die Behandlungspflege durch professionelle Pflegekräfte erbracht wird, erfolgt dies als Sachleistung. Deren Erbringung wird durch § 132a SGB V geregelt. Dabei geht das Bundessozialgericht davon aus, dass ein geeigneter Leistungserbringer alle Voraussetzungen der §§ 71f. SGB XI erfüllen müsse[294], so dass im Vergleich zum SGB XI keine anderen Leistungserbringer zum Einsatz kommen. Auch sind diese Leistungen dann nach § 114 II 5 SGB XI ausdrücklich Bestandteil der Qualitätsprüfungen nach dem SGB XI. Interessant wäre zwar ein Vergleich hinsichtlich der qualitativen Anforderungen an selbst beschaffte nichtprofessionelle Pflegekräfte nach § 37 III und IV SGB V[295] mit denen an eine selbst beschaffte Pflegehilfe nach § 37 I

292 „Vermeidungspflege“, weil ein sonst notwendiger Krankenhausaufenthalt vermieden werden soll. Bei der Vermeidungspflege ist eine Überschneidung mit Ansprüchen auf Pflegeleistungen nach dem SGB XI jedoch ausgeschlossen, da jedenfalls die Ruhensregelung des § 34 II SGB XI eingreift. Diese Ruhensregelung erfasst letztlich nur § 37 I SGB V, da Anspruch auf Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung nach eingetretener Pflegebedürftigkeit nur nach § 37 I SGB V besteht. Für § 37 II 1 SGB V ist ein solcher Anspruch wegen § 37 II 6 SGB V ausgeschlossen, vgl. BSG vom 17.06.2010 – B 3 KR 7/09 R, Rn. 22.

293 BSG vom 17.06.2010 – B 3 KR 7/09 R, Rn. 19; *Udsching,* Schnittstellen von Kranken- und Pflegeversicherung, in: *Wulffen/Krasney* (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, S. 691, 695f.; *Rixen*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, § 37, Rn. 9 sowie jetzt ausdrücklich § 37 II 1 2.HS SGB V und § 15 III 2 SGB XI.

294 BSG vom 21.11.2002 – B 3 KR 14/02 R, Rn. 16f., wobei geringere Anforderungen an Leistungserbringer, die beispielsweise nur für die hauswirtschaftliche Versorgung zugelassen werden, möglich sein sollen, BSG a.a.O., Rn. 18; a.A. *Rixen*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, § 132a, Rn. 8.

295 Sowohl für § 37 III als auch für § 37 IV SGB V verlangt das Bundessozialgericht keine formale Ausbildung der geeigneten Pflegekraft, BSG vom 21.11.2002 – B 3 KR 14/02 R, Rn. 18. Zwar ist § 37 III SGB V als Ausschluss des Anspruches gegen die Krankenkasse formuliert, es handelt sich dennoch um eine Form der Leistungserbringung der Hauskrankenpflege. Nur wenn diese Form der Leistungserbringung, gegebenenfalls auch aus qualitativen Gründen, nicht möglich ist, besteht ein Anspruch gegen die Krankenversicherung.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

SGB XI. Sowohl die Hauskrankenpflege durch die mit dem Kranken im Haushalt lebende Person als auch die Hauskrankenpflege durch die selbst beschaffte Pflegekraft muss qualitativen Mindestanforderungen genügen.[296] Allerdings gibt es zum konkreten Inhalt der qualitativen Mindestanforderungen in Literatur und Rechtsprechung[297] keine konkreteren Aussagen als zur „Sicherstellung der Versorgung in geeigneter Weise" nach § 37 I 2 SGB XI.

e) Leistungen im SGB XII

Die Leistungen bei Pflegebedürftigkeit nach dem SGB XI sind in zweifacher Hinsicht nicht immer bedarfsdeckend. Bei Pflegebedürftigkeit unterhalb der Pflegestufe 1 werden gar keine Leistungen erbracht[298] (Fallgruppe 1) und auch bei Erreichen der Pflegestufen sind die Leistungen der Höhe nach begrenzt (Fallgruppe 2).[299] Es handelt sich um die zwei typischen Situationen, in denen ergänzend ein Anspruch auf Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII (§§ 61-66 SGB XII) bestehen kann.[300] Dieser Anspruch setzt keinen Antrag, sondern lediglich Kenntnis des Sozialhilfeträgers voraus, § 18 SGB XII. Anders als für Leistungen nach dem SGB XI ist für diese Fürsorgeleistungen jedoch Bedürftigkeit (§ 2 SGB XII) erforderlich. Bedürftigkeit liegt vor, wenn der Pflegebe-

296 So geht *Rixen*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, § 37, Rn. 5 sowie § 38, Rn. 3, davon aus, der mit dem Kranken im Haushalt lebende müsse in der Lage sein, die erforderlichen Handlungen vorzunehmen. Damit wird implizit auch eine bestimmte Qualität für die zu erbringenden Handlungen gefordert. Als Ergebnis der Auslegung von § 37 III SGB V und hier insbesondere des Wortes „kann", so *Frey,* Häusliche Pflege und Selbsthilfevorbehalt, S. 153, 155.

297 Dies zusammenfassend *Frey,* Häusliche Pflege und Selbsthilfevorbehalt, S. 150 - 152.

298 Die in Fn. 282 beschriebenen Leistungen bei Pflegestufe „0" nach §§ 45a, 45b, 124 SGB XI sollen bei der Fallgruppenbildung außer Betracht bleiben, weil sie nur für einen eingeschränkten Personenkreis, nämlich Personen mit eingeschränkter Alltagskompetenz erbracht werden. Letztlich wird damit nur eine andere Form der Mindestschwere der Pflegebedürftigkeit als Leistungsvoraussetzung normiert wird, so dass sich an der Grundaussage der Fallgruppe 1 nichts ändert.

299 Neben der im SGB XI erforderlichen Mindestschwere an Pflegebedarf und der Begrenzung der Leistungen ist die Beschränkung auf die Verrichtungen des § 14 IV SGB XI ein weiterer Grund dafür, dass die Leistungen des SGB XI nicht bedarfsdeckend sind. Da durch die Beschränkung auf die Verrichtungen des § 14 IV SGB XI ein Teil des Bedarfes bei der Prüfung der Schwere der Pflegebedürftigkeit gar nicht berücksichtigt werden kann, führt dieser Bedarf auch nicht zu einer Erhöhung des Leistungsanspruches. Die Diskussion über die Verrichtungsbezogenheit des § 14 IV SGB XI, welche dem gegenwärtigen Pflegebedürftigkeitsbegriff zugrunde liegt, soll hier nicht weiter vertieft werden, vgl. dazu einführend *Bundesministerium für Gesundheit* (Hrsg.), Bericht des Beirates zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffes; *Igl,* RsDE 67, S. 1.

300 Natürlich sind noch andere Situationen denkbar, wie das Nichterfüllen der versicherungsrechtlichen Voraussetzungen des SGB XI. Vgl. dazu *Löcher/Vom Rath,* ZfS 2006, S. 129. Diese Situation ist jedoch praktisch eher selten. Die Bedeutung der Hilfe zur Pflege lässt sich auch an den nackten Zahlen ablesen. So haben Ende 2011 ca. 330000 Menschen Hilfe zur Pflege erhalten und davon ca. 90000 in häuslicher Umgebung. Die Gesamtausgaben dafür belaufen sich auf 3,5 Mrd. € (statistisches Bundesamt).

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dürftige und die in § 19 III SGB XII genannten Personen den Pflegebedarf nicht durch den Einsatz von Einkommen oder Vermögen decken können. Das einzusetzende Einkommen für die Hilfe zur Pflege[301] berechnet sich nach den §§ 85-89 SGB XII und das einzusetzende Vermögen nach §§ 90, 91 SGB XII.[302]

Dabei kann der Pflegebedürftige je nach Schwere der Pflegebedürftigkeit zwischen verschiedenen Leistungen der Hilfe zur Pflege wählen. Zwar wird in § 61 I 1 SGB XII der Pflegebedürftigkeitsbegriff des SGB XI übernommen und erfolgt nach § 62 SGB XII eine Bindung an die Entscheidung der Pflegekasse, dennoch gibt es im ersten Fall, nämlich dem Vorliegen von Pflegebedürftigkeit bei Nichterreichen der Pflegestufe 1, Anspruch auf Hilfe zur Pflege, da § 61 I 2 SGB XII den berechtigten Personenkreis erweitert.[303] Die Erweiterung erfolgt dabei in dreifacher Hinsicht. Die Pflegebedürftigkeit muss nicht für mindestens 6 Monate prognostiziert werden[304] (1), sie muss nicht den Umfang der Pflegestufe 1 erreichen[305] (2) und der Hilfebedarf muss sich nicht aus den Katalogverrichtungen des § 14 IV SGB XI ergeben (3).[306] Im zweiten Fall[307], in dem mindestens Pflegebedürftigkeit in Höhe der Stufe 1 vorliegt, die Leistungen des SGB XI zur Bedarfsdeckung jedoch nicht ausreichen, besteht bei Inanspruchnahme von professioneller Pflege (Pflegesachleistungen, § 36 SGB XI) die Möglichkeit der Deckung des

301 Im Gegensatz zur Inanspruchnahme von Hilfe zum Lebensunterhalt ist das Einkommen bei der Hilfe zur Pflege teilweise geschützt.

302 Zu den Fragen des Einsatzes von Einkommen und Vermögen sowie Möglichkeit und Umfang des Rückgriffes auf Verwandte gibt es zahlreiche Einzelprobleme, die aber für die Arbeit nicht entscheidend sind. Zur Vertiefung vgl. *Krahmer,* Einkommen als wirtschaftliches Privileg, in: *Krahmer* (Hrsg.), Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII, S. 71; *Krahmer,* Der Schutz von Vermögen, in: *Krahmer* (Hrsg.), Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII, S. 102; *Krahmer,* Verschenktes Vermögen, in: *Krahmer* (Hrsg.), Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII, S. 106; *Müller,* Die Grenzen des Rückgriffs auf Unterhaltsverpflichtete, in: *Krahmer* (Hrsg.), Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII, S. 108; *Krahmer,* Was geschieht mit dem geschützten Vermögen nach dem Tod des Pflegebedürftigen, in: *Krahmer* (Hrsg.), Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII, S. 126.

303 Ziel ist es, in allen denkbaren Konstellationen ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen, vgl. *Löcher/Vom Rath,* ZfS 2006, S. 129. Dieses Ziel lässt sich aus § 1 I SGB XII i.V.m. dem Bedarfsdeckungsprinzip ableiten. Das Bedarfsdeckungsprinzip seinerseits wurde aus § 3 I BSHG abgeleitet, vgl. *Igl/Welti,* Sozialrecht, S. 283f., dem nunmehr § 9 I SGB XII entspricht.

304 Zu § 68 IV BSHG, *Lachwitz,* Soziale Pflegeversicherung und Sozialhilfe, in: *Schulin* (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Rn. 293ff.

305 So genannte Pflegestufe 0.

306 *Grube*, in: *Grube/Wahrendorf* (Hrsg.), SGB XII, § 61, Rn. 22-24. Insoweit wird § 61 I 2 SGB XII nicht zu Unrecht als der „Grundtatbestand der Hilfe zur Pflege" bezeichnet, vgl. *Grube*, in: *Grube/Wahrendorf* (Hrsg.), SGB XII, § 61, Rn. 5. Da der Gesetzgeber bewusst auf eine Übernahme des engen Pflegebedürftigkeitsbegriffes des SGB XI für das BSHG (jetzt SGB XII) verzichtet hat, ist eine einschränkende Auslegung des § 61 I 2 SGB XII insoweit nicht möglich. Zur Gefahr der einschränkenden Auslegung durch die Sozialhilfeträger in der Praxis zur weiteren Kostenreduzierung, vgl. *Meyer,* Der Weg zur Pflegeversicherung, S. 387.

307 Der zweite Fall kann mit der dritten Variante der Erweiterung des § 61 I 2 SGB XII kombiniert werden. Dann liegt beispielsweise Pflegestufe 1 nach dem SGB XI vor, aufgrund der zusätzlich nach § 61 I 2 SGB XII zu berücksichtigenden Verrichtungen jedoch Pflegestufe 2 nach dem SGB XII. Zu dieser Möglichkeit, *Löcher/Vom Rath,* ZfS 2006, S. 129, 130.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verbleibenden Bedarfs. Rechtsgrundlage dafür ist § 65 I 2 Var. 1 SGB XII (Heranziehung einer besonderen Pflegekraft). Zwar wird in § 61 II 1, 2 SGB XII auf § 28 I Nr. 1 SGB XI und damit auf § 36 SGB XI verwiesen. Auch bezieht sich dieser Verweis dem Wortlaut nach nur auf den Inhalt und nicht auf den Umfang der Leistungen, so dass auch dieser Verweis Rechtsgrundlage zur Deckung des verbleibenden Bedarfs sein könnte. Die Bedeutung des Verweises für die Leistungen nach dem SGB XII ist umstritten, jedenfalls sind die Leistungen der §§ 63-66 SGB XII für die häusliche Pflege die spezielleren Leistungen und damit vorrangig.[308] Rechtstechnisch wird diese ergänzende Hilfe nach § 65 I 2 Var. 1 SGB XII so berechnet, dass die Hilfe zur Pflege zunächst den gesamten Bedarf deckt; aufgrund der Subsidiarität der Sozialhilfe (§ 2 SGB XII) wird der unmittelbar durch § 36 SGB XI gedeckte Bedarf jedoch angerechnet. Daneben ermöglichen die §§ 65 I 2 Var. 1, 66 IV 2 SGB XII eine im SGB XI nicht enthaltene Möglichkeit der Erbringung von Pflegeleistungen durch professionelle Pflegekräfte. Bei der besonderen Pflegekraft kann es sich auch um eine professionelle Pflegekraft handeln, die der Pflegebedürftige als Arbeitgeber beschäftigen kann. Nach § 65 I 2 SGB XI erhält er die ihm entstehenden angemessenen Kosten ersetzt. Dabei muss er sich nach § 66 IV 2 SGB XII lediglich das Pflegegeld des SGB XI anrechnen lassen und kann nicht auf die höheren Pflegesachleistungen nach § 36 SGB XI verwiesen werden. Entscheidet sich der Pflegebedürftige für nichtprofessionelle Pflege (welche nach 63 I SGB XII die erstrebenswerte Form der Pflege darstellt), dann kommen das Pflegegeld nach § 64 SGB I-III XII[309], die Erstattung angemessener Aufwendungen nach § 65 I 1 1.HS SGB XII[310], die Beratung nach § 65 I 2 Var. 3 SGB XII, die zeitweilige Entlastung der Pflegeperson nach § 65 I 2 Var. 3 SGB XII sowie die Erstattung angemessener Aufwendungen für die Alterssicherung der Pflegeperson nach § 65 II SGB XII in Betracht. Das genaue Verhältnis zu den Leistungen des SGB XI nach §§ 37-39 SGB XI regeln § 63 S. 5, 6 SGB XII und § 66 SGB XII.

308 *Meßling*, in: jurisPK-SGB XII, § 61, Rn. 97, 101-105; zu diesem „missglückten Verweis“ siehe BSG vom 28.02.2013 – B 8 SO 1/12 R, Rn. 15f.

309 Der Anspruch auf Pflegegeld nach § 64 I-III SGB XII besteht wie für das Pflegegeld nach § 37 I SGB XI erst ab Erreichen der Pflegestufe 1. Wegen § 61 I 2 Var. 3 SGB XII kann sich der Grad der Pflegebedürftigkeit auch aus anderen Verrichtungen als denen in § 14 IV SGB XI ergeben, so dass theoretisch die Möglichkeit besteht, Pflegegeld nach § 37 I SGB XI und § 64 SGB XII nebeneinander zu beziehen, wenn beispielsweise nur Pflegebedürftigkeit der Pflegestufe 1 nach dem SGB XI und Pflegebedürftigkeit der Pflegestufe 2 nach dem SGB XII besteht.

310 Da dieser Anspruch auch bei Pflegebedürftigkeit der Pflegestufe 0 besteht, bezeichnet man den Anspruch aus § 65 I 1 1.HS auch als „kleines Pflegegeld“, siehe *Meßling*, in: juris-PK-SGB XII, § 65, Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

f) Leistungserbringung im SGB XII

Das Pflegegeld nach § 64 I SGB XII und die angemessenen Aufwendungen der Pflegeperson nach § 65 I 1 1.HS SGB XII werden als Geldleistung an den Pflegebedürftigen erbracht („sind zu erstatten"). Für die Leistungen nach § 65 I 2 SGB XII werden die angemessenen Kosten vom Sozialhilfeträger übernommen. Damit schreibt das Gesetz die Art der Leistungserbringung nicht vor, so dass sowohl Geld- als auch Sachleistungen erbracht werden können.[311]

Bei der Inanspruchnahme von Pflegesachleistungen[312] werden diese bei häuslicher Pflege von Diensten i.S.d. § 75 I 2 SGB XII erbracht. In den §§ 75 III, IV, 76-81 SGB XII ist für die Leistungserbringung nach dem SGB XII ein eigenes Leistungserbringungsrecht geregelt, welches den Abschluss von Vereinbarungen[313] über Inhalt, Vergütung und Prüfung mit dem Dienst voraussetzt. Handelt es sich jedoch um eine nach § 72 SGB XI zugelassene Pflegeeinrichtung richten sich „Art, Inhalt, Umfang und Vergütung" nach den Regeln des Achten Kapitels des SGB XI, wenn die Vergütungsvereinbarungen nach dem Achten Kapitel des SGB XI im Einvernehmen mit dem Träger der Sozialhilfe abgeschlossen wurden, § 75 V 1, 2 SGB XII.

Nimmt der Pflegebedürftige professionelle Pflege in Form des „Arbeitgebermodells" nach §§ 65 I 2, 66 IV 2 SGB XII in Anspruch, dann gibt es kein Leistungserbringungsrecht im Sinne eines Leistungsdreiecks, da die Leistung als Geldleistung erbracht wird. Zwischen dem Träger der Sozialhilfe und der besonderen Pflegekraft besteht kein Rechtsverhältnis. Einfluss auf die Qualitätssicherung kann der Träger der Sozialhilfe daher nur im Verhältnis zum Pflegebedürftigen nehmen. Die Vereinbarungen nach § 75 III SGB XII oder über § 75 V SGB XII die Vereinbarungen des SGB XI dienen dann bei der Bestimmung der Höhe der Vergütung als Maßstab für die Beurteilung der Angemessenheit der Kosten.[314]

311 *Meßling*, in: jurisPK-SGB XII, § 65, Rn. 52.

312 Zum sogenannten Sachleistungsverschaffungsanspruch im sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnis, siehe BSG vom 28.10.2008 – B 8 SO 22/08 R, Rn. 17ff.

313 Leistungsvereinbarung, Vergütungsvereinbarung und Prüfungsvereinbarung nach § 75 III 1 SGB XII.

314 Dies galt nach der Rechtsprechung bisher nicht für einfache Hilfeleistungen im häuslichen Bereich. Bei solchen Hilfeleistungen sollten nur Beihilfeleistungen nach § 65 I 1 SGB XII in Betracht kommen und die Inanspruchnahme einer besonderen Pflegekraft nach § 65 I 2 SGB XII schon nicht erforderlich sein. Die Kosten mussten für solche Hilfeleistungen, auch wenn sie nicht von Angehörigen sondern von gewerblichen Anbietern erbracht wurden, unter denen liegen, die für eine besondere Pflegekraft angemessen wären. Vgl. dazu LSG Baden-Württemberg vom 21.04.2010 – L 2 SO 6158/09. Dies soll aber dann nicht (mehr) gelten, wenn der Pflegebedürftige Pflegesachleistungen nach dem SGB XI bekommt, da er dann nur einem zugelassenen Pflegedienst beauftragen kann und die Bindungswirkung des § 75 V 1 SGB XII auch die hauswirtschaftlichen Hilfeleistungen umfasst, vgl. BSG vom 22.03.2012 – B 8 SO 1/11 R.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

g) Zusammenfassung der leistungsrechtlichen Grundsituationen

Zusammenfassend lassen sich 4 Grundkonstellationen unterscheiden, die leistungsrechtlich im Falle der Pflegebedürftigkeit eintreten können:

(1) Der Pflegebedürftige erhält keine staatlichen Leistungen. Dies ist typischerweise dann der Fall, wenn zwar Pflegebedürftigkeit i.S.d. SGB XII vorliegt, nicht jedoch Pflegebedürftigkeit i.S.d. SGB XI und der Pflegebedürftige wirtschaftlich nicht bedürftig ist.

(2) Der Pflegebedürftige erhält ausschließlich Leistungen nach dem SGB XII. Diese Grundkonstellation unterscheidet sich von der ersten nur insoweit, dass hier Bedürftigkeit vorliegt.[315]

(3) Der Pflegebedürftige erhält sowohl Leistungen nach dem SGB XI als auch nach dem SGB XII. Hier liegt nach beiden Gesetzen Pflegebedürftigkeit vor, der Bedarf wird durch die Leistungen nach dem SGB XI nicht vollständig gedeckt und es besteht Bedürftigkeit.

(4) Der Pflegebedürftige erhält nur Leistungen nach dem SGB XI. Auch hier liegt Pflegebedürftigkeit nach beiden Gesetzen vor, aber es wird entweder der gesamte Bedarf durch die Leistungen des SGB XI gedeckt oder es fehlt für den verbleibenden Bedarf an der Bedürftigkeit.

II. Qualitätssicherung in der professionellen Pflege

Die Qualitätssicherung in der professionellen Pflege erfolgt durch Instrumente, die sich dem Qualitätskreislauf zuordnen lassen und solchen, die außerhalb des Qualitätskreislaufes stehen.[316] Die Darstellung der Instrumente innerhalb des Qualitätskreislaufes erfolgt entsprechend der Ebenen des Qualitätskreislaufes sowie der leistungsrechtlichen Grundsituation.

315 Sowohl in Grundkonstellation (1) als auch in Grundkonstellation (2) kann sowohl Pflegebedürftigkeit nach dem SGB XII und dem SGB XI vorliegen, der Pflegebedürftige erfüllt jedoch nicht die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen des SGB XI. Zu dieser denkbaren, aber praktisch doch eher seltenen Konstellation vgl. *Löcher/Vom Rath,* ZfS 2006, S. 129.

316 Zu den Zuordnungskriterien vgl. Pkt. B. II. 1. a) dd).

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Qualitätssicherungsinstrumente innerhalb des Qualitätskreislaufes

a) Erstellung von Sollensanforderungen

aa) Kein Leistungsbezug

(1) Struktursollensanforderungen

Die Struktursollensanforderungen sind im Wesentlichen im Berufsrecht zu finden. Das Berufsrecht für Pflegefachkräfte in Deutschland enthält keine Vorbehaltsaufgaben für professionelle Pflegekräfte in dem Sinne, dass bestimmte pflegerische Tätigkeiten nur durch sie und nicht auch durch nichtprofessionelle Pflegekräfte zulässig sind.[317] Zwar gab es bei der Schaffung des Krankenpflegegesetzes die Erwartung, allein der Schutz der Berufsbezeichnung werde mit der Zeit faktisch zur Entstehung von Vorbehaltsaufgaben führen, da für bestimmte Bereiche nur noch Personen mit der Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung eingesetzt würden.[318] Diese Erwartungen, sollten sie überhaupt für den Bereich der häuslichen Pflege bestanden haben, haben sich dort nicht erfüllt. Im SGB XI wird in § 3 sogar von einem Vorrang der nichtprofessionellen Pflege ausgegangen.

Das Krankenpflegegesetz (KrPflG) statuiert in § 1 I KrPflG eine Erlaubnispflicht für die genannten Berufsbezeichnungen. Die Voraussetzungen für die Erlaubnis ergeben sich aus § 2 I KrPflG. Es muss die vorgeschriebene Ausbildung (§§ 3-8 KrPflG) erfolgreich absolviert werden, es darf keine Unzuverlässigkeit[319] vorliegen, der Antragssteller oder die Antragstellerin muss gesundheitlich geeignet sein und über ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache verfügen. § 2 II KrPflG enthält die Möglichkeiten die Erlaubnis zurückzunehmen und zu widerrufen. Dem Ausbildungsziel in § 3 I KrPflG ist zu entnehmen, dass es sich um eine umfassende Ausbildung handelt, die zur selbständigen Pflege Kranker und Pflegebedürftiger und zur Unterstützung ärztlicher Tätigkeiten befähigen soll. Demgegenüber ist die Ausbildung nach dem Altenpflegegesetz (AltPflG)[320] beschränkt auf die Befähigung für die Pflege alter Menschen. Abgesehen vom

317 *Igl,* Öffentlich-rechtliche Grundlagen für das Berufsfeld Pflege im Hinblick auf vorbehaltene Aufgabenbereiche, S. 57.

318 BT-Drucks. 10/1062, S. 15; *Igl,* Öffentlich-rechtliche Grundlagen für das Berufsfeld Pflege im Hinblick auf vorbehaltene Aufgabenbereiche, S. 25.

319 Unzuverlässigkeit liegt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vor, „wenn der Berufsausübende aufgrund bestimmter Tatsachen für eine zukünftige ordnungsgemäße Berufsausübung keine hinreichende Gewähr bietet“, was bereits bei einem, mit einer Bewährungsstrafe geahndeten, einmaligen Fehlverhalten der Fall sein kann, BVerwG vom 10.12.1993 – 3 B 38/93, Rn. 3.

320 Zur für die 17. Legislaturperiode geplanten „Vereinheitlichung und Modernisierung“ der Ausbildung für die Pflegeberufe in einem Pflegeberufegesetz ist es nicht gekommen. Zu den Plänen vgl. Bund-Länder-Arbeitsgruppe: Weiterentwicklung Pflegeberufe, Eckpunkte zur Vorbereitung des

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhalt der Ausbildung hat das Altenpflegegesetz einen vergleichbaren Aufbau und enthält vergleichbare Regelung, insbesondere zur Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung und deren Rücknahme und Widerruf, wie das Krankenpflegegesetz.[321] Werden Berufsbilder gesetzlich geregelt, so sind bei der Anerkennung von Berufsqualifikationen, die im Ausland auf dem Gebiet der Europäischen Union erworben wurde, sowohl vom Bund als auch von den Ländern europarechtliche Vorgaben namentlich durch die Richtlinie 2005/36/EG zu beachten.

Sollensanforderungen für die Erbringung von Leistungen der professionellen Pflege finden sich auch in einigen der landesrechtlichen Nachfolgegesetze zum Heimgesetz des Bundes. Die landesrechtlichen Nachfolgegesetze haben teilweise einen deutlich weiteren Anwendungsbereich als das Heimgesetz des Bundes, mit der Folge, dass sie auch Regelungen für die häusliche Pflege enthalten. Alle Länder mit Ausnahme von Hamburg und Hessen knüpfen bei ihren Nachfolgegesetzen für das Bundesheimgesetz beim Geltungsbereich an die Form des Zusammenlebens beispielsweise in Heimen oder in Wohngemeinschaften an. Nach der Konzeption dieser Arbeit liegt häusliche Pflege bei Wohngemeinschaften oder Wohngruppen nur dann vor, wenn die Pflegebedürftigen jeweils allein oder doch zumindest gemeinsam mit anderen Pflegebedürftigen bei der Wahl, wie und durch wem die Pflegeleistungen erbracht werden, frei sind.[322] Keine Regelungen für diese selbständigen[323] Wohngruppen oder Wohngemeinschaften erhalten die entsprechenden Gesetze in Baden-Württemberg[324], Brandenburg[325], Niedersachsen[326], und im Saarland[327].[328] Die Nachfolgegesetze von Bremen, Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt und Thüringen enthalten keine Instrumente zur Qualitätssicherung für selbständige Wohngruppen und Wohngemeinschaften. Die (potentiellen) Bewohner

---

Entwurfs eines neuen Pflegeberufegesetzes, http://www.bmg.bund.de/fileadmin/dateien/Downloads/P/Pflegeberuf/20120301_Endfassung_Eckpunktepapier_Weiterentwicklung_der_Pflegeberufe.pdf (besucht am 02.05.2014).

321 Erlaubnispflicht nach § 1 AltPflG, Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis in § 2 I AltPflG, Inhalt der Ausbildung in §§ 3-9 AltPflG und Möglichkeiten zu Rücknahme und Widerruf in § 2 II AltPflG.

322 Zur Abgrenzung häusliche Pflege – stationäre Pflege vgl. Pkt. B. I. 1. d).

323 Teilweise werden die Begriffe „selbstverantwortlich“ und „eingeschränkt selbstverantwortlich“ anstelle von selbständig benutzt. Für die hier vorgenommene Einordnung ist jedoch nicht die landesrechtliche Bezeichnung maßgebend, sondern allein das Bestehen oder Nichtbestehen der Wahlfreiheit dahingehend durch wen und wie die Pflegeleistungen erbracht werden.

324 Vgl. § 2 III WTPG, allerdings sind teilweise selbständige Wohn- und Betreuungsangebote nach § 2 I Nr. 2 i.V.m. §§ 4, 5 WTBG erfasst.

325 § 2 I Nr. 1, II Brandenburgisches Pflege- und Betreuungswohngesetz (BbgPBWoG).

326 § 1 I 2 Nr. 1, III, IV Niedersächsisches Heimgesetz (NHeimG).

327 § 1 I, II Landesheimgesetz Saarland (LHeimGS).

328 Sollensanforderungen für alle ambulanten Pflegewohngemeinschaften forderte *Wolf-Ostermann* auf der Veranstaltung „Transparente Regeln für ambulante Pflege-WGs“ am 24.01.2014, siehe das Programm unter http://www.aok-gesundheitspartner.de/bund/pflege/meldungen/index_11270.html.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

haben lediglich einen Beratungsanspruch[329] allgemeiner Art, der keine Informationen zur Qualität der dort erbrachten Pflegeleistungen beinhaltet. Die Kontrolle der selbständigen Wohngemeinschaften beschränkt sich darauf, ob tatsächlich Selbständigkeit vorliegt[330], da ansonsten die strengen Regeln für unselbständige Wohngruppen gelten. Zweck dieser Gesetze ist es, die Bewohner von Heimen und unselbständigen Wohngruppen vor den besonderen Gefahren zu schützen, die sich gerade durch die Fremdbestimmung und Anhängigkeit in solchen Wohnformen ergeben.[331] Grundsätzlich ist auch Sachsen[332] in diese Kategorie von Ländern einzuordnen, denn § 2 III, V SächBeWoG nimmt das betreute Wohnen und selbständige Wohngemeinschaften vom Anwendungsbereich aus. Etwas anderes gilt für betreute Wohngruppen nach § 2 VI SächBeWoG,[333] die auch dann, wenn sie selbständig i.S.d. § 2 V SächBeWoG sind, zum Anwendungsbereich gehören, da § 2 VI 4 SächsBeWoG die Anwendbarkeit des Absatzes 5 gerade ausschließt. Für diese betreuten Wohngruppen gilt das gesamte SächsBeWoG, d.h. sie werden behandelt wie stationäre Einrichtungen.

Die Nachfolgegesetze von Bayern, Berlin, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein Westfahlen und Schleswig-Holstein haben einen größeren Anwendungs- und damit auch einen größeren Schutzbereich. Sie sollen nicht nur vor den besonderen Gefahren von Heimen und unselbständigen Wohngruppen schützen, sondern gehen von einer generellen Schutzbedürftigkeit pflegebedürftiger Menschen insgesamt oder doch zumindest in allen besonderen Wohnformen aus.[334] Diese Gesetze normieren auch Qualitätssicherungsinstrumente für selbständige Wohngruppen und Wohngemeinschaften. Die Gesetze von Bayern, Berlin und Schleswig-Holstein enthalten dabei auch Strukturssollensanforderungen. Das Pflege- und Wohnqualitätsgesetz (PfleWoqG) in Bayern enthält eine Vorschrift für die Organisation der Wohngemeinschaft[335] sowie eine Weiterbildungsverpflichtung für Pflegedienste, die Pflegeleistungen in Wohngemeinschaften

329 § 9 I Nr. 5 Bremisches Wohn- und Betreuungsgesetz (BremWoBeG); § 14 II Nr. 3 Landesgesetz über Wohnformen und Teilhabe (LWTG); § 7 Wohn- und Teilhabegesetz (WTG LSA); § 6 Thüringisches Wohn- und Teilhabegesetz (ThürWTG), trotz des großen Geltungsbereiches des ThürWTG, dieses gilt für alle gruppenbezogenen Wohnformen, für Einzelwohnen jedoch nur, wenn es unselbständig ist, §§ 1 II, 3 I, II ThürWTG, werden Qualitätsanforderungen nur an unselbständige Wohngruppen gestellt, § 13 ThürWTG.

330 § 21 I BremWoBeG; § 20 V LWTG; § 20 I 2 WTG LSA.

331 So ausdrücklich § 1 I BremWoBeG.

332 Sächsisches Betreuungs- und Wohnqualitätsgesetz (SächsBeWoG).

333 Erforderlich dafür sind organisatorisch abgeschlossene Einheiten mit entweder mehr als 9 Bewohnern oder zumindest einem Bewohner, der eine 24-Stunden-Betreuung benötigt.

334 Wegen der Fremdbestimmung in unselbständigen Wohngruppen und in stationären Einrichtungen wird dort von einer besonderen Schutzwürdigkeit ausgegangen, die regelmäßig für solche Pflegeeinrichtungen zu mehr Anforderungen und stärkerer Kontrolle führt; vgl. für Bayern, *Burmeister/Alexander,* WRP 2009, S. 159, 161.

335 Erforderlich ist die Einrichtung eines Gremiums nach Art. 22 PfleWoqG für die interne Qualitätssicherung.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erbringen[336]. In Berlin werden auch Anforderungen an die persönlichen Fähigkeiten der Pflegedienstleitung oder der unmittelbar Pflegenden gestellt.[337] In Schleswig-Holstein richten sich die Strukturqualitätsanforderungen an den Betreiber einer Wohngruppe, die zwar bei der Wahl des Pflegedienstes selbständig, ansonsten aber nur eingeschränkt selbständig ist.[338]

Das Hamburgische Wohn- und Betreuungsqualitätsgesetz (HmbWBG) enthält Vorschriften zur Qualitätssicherung, die für alle ambulanten Pflegedienste gelten, unabhängig von der Wohnform, in der der Pflegebedürftige lebt. Strukturqualitätsanforderungen für ambulante Dienste enthalten § 20 Nr. 1, Nr. 4 lit. a, Nr. 7 und Nr. 9 HmbWBG.[339]

Auch das Wohn- und Teilhabegesetz in Nordrhein-Westfalen (WTG NRW) gilt unabhängig von der Wohnform für alle Pflegedienste und regelt Qualitätsanforderungen. Als Strukturqualitätsanforderung sind bspw. die Vorbehalte für Fachkräfte nach § 4 XI, XII WTG NRW und das Fortbildungskonzept nach § 4 III Nr. 3 WTG NRW einzuordnen.

Einen ebenso umfassenden Anwendungsbereich hat das Hessische Gesetz über Betreuungs- und Pflegeleistungen (HGBP), § 2 I Nr. 2 HGBP erfasst ausdrücklich ambulante Betreuungs- und Pflegeeinrichtungen. Die Reichweite des Ausschluss des § 2 III Nr. 1 HGBP für selbstständige betreute Wohnformen ist recht weitgehend[340], gilt aber nur für den Vermieter und nicht für die Betreuungs- und Pflegedienste nach § 2 I Nr. 2 HGBP, die dann die Pflegeleistungen erbringen. Für ambulante Pflegeinrichtungen enthält § 9 Nr. 1, 2, 4, 7[341] HGBP Strukturqualitätsanforderungen. Ob wegen § 2 I Nr. 3 HGBP, wonach auch die „Betreuung und Pflege durch entgeltlich vermittelte Pflegekräfte“ zum Anwendungsbereich gehören, sogar ein Teilbereich der nichtprofessionel-

336 Art. 25 I PflewoqG i.V.m. §§ 53ff. AVPfleWoqG.

337 § 11 I Wohnteilhabegesetz (WTG) verlangt die Zuverlässigkeit des Leistungserbringers, nach § 11 II Nr. 10 WTG dürfen für die Pflege nur geeignete Personen eingesetzt werden und § 11 II Nr. 11 WTG enthält Fort- und Weiterbildungspflichten für Pflegedienstleitung und unmittelbar Pflegende. Diese Anforderungen richten sich unmittelbar an denjenigen, der beispielsweise Leistungen für eine betreute Wohngemeinschaft nach § 4 I 1 WTG erbringen möchte.

338 Die Vorschriften zur Qualitätssicherung gelten nur für die Wohnformen nach §§ 8, 9 Selbstbestimmungsstärkungsgesetz (SbStG) bei denen die Selbständigkeit zwar geringer ist als bei der Wohnform nach § 10 SbStG ist, aber dennoch Wahlfreiheit für den Anbieter der Pflegeleistungen besteht. Nach § 12 II i.V.m. § 14 II Nr. 1 SbStG muss der Träger der Wohngemeinschaft die erforderliche Zuverlässigkeit besitzen.

339 Nr. 1: Zuverlässigkeit des Betreibers des Pflegedienstes; Nr. 4 lit. a: persönlich und fachlich geeignete Beschäftigte; Nr. 7: Förderung der Sicherheit der häuslichen Umgebung; Nr. 9: Gewährleistung jederzeitiger Erreichbarkeit.

340 *Bachem,* PflR 2012, S. 759, 764f., wonach in Abweichung zum HeimG nunmehr auch verpflichtend Verpflegungsleistungen erbracht werden können, ohne dass die Selbständigkeit der Wohngruppe entfällt.

341 Nr. 1: Zuverlässigkeit, insbesondere wirtschaftliche Leistungsfähigkeit; Nr. 2: ausreichende personelle Ausstattung; Nr. 4: einrichtungsinterne Qualitätssicherung; Nr. 7: Schulung der Mitarbeiter hinsichtlich freiheitsentziehender Maßnahmen.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

len Pflege reguliert wird, soll im Rahmen der Qualitätssicherung der nichtprofessionellen Pflege geprüft werden.

Allerdings wird bezweifelt, dass den Ländern überhaupt die Gesetzgebungskompetenz zur Regulierung der ambulanten Pflege zusteht.[342] So soll die Qualitätssicherung bei ambulanten Pflegediensten Teil des Kompetenztitels der öffentlichen Fürsorge nach Art. 74 I Nr. 7 GG sein, von dem der Bund abschließend Gebrauch gemacht habe. Auch könne man ambulante Pflege nicht mehr unter dem ausdrücklich vom Kompetenztitel des Art. 74 I Nr. 7 GG ausgenommenen Heimrecht subsummieren.[343] Zuzustimmen ist insoweit, dass Regelungen zu ambulanten Leistungen kein Heimrecht sind.[344] Fraglich ist jedoch, ob ein Gesetz, das dem Schutz von Würde, Gesundheit, Religion und Selbstbestimmung dient (vgl. § 1 I HGBP) und dessen Anwendungsbereich unabhängig von der Finanzierung der Pflegeleistungen ist, also auch Selbstzahler erfasst, tatsächlich Teil der öffentlichen Fürsorge ist, oder ob es sich nicht um (besonderes) Ordnungsrecht handelt. Zum Kompetenztitel der öffentlichen Fürsorge gehören sowohl die Fürsorgeleistungen selbst als auch die Regelungen zu deren Erbringung, wobei der Begriff der Fürsorgeleistung weit zu verstehen ist.[345] Gleichwohl fällt nicht jede Maßnahme der Daseinsvorsorge unter die öffentliche Fürsorge, sondern es ist ein enger Zusammenhang mit der konkreten Hilfsbedürftigkeit des Einzelnen erforderlich.[346] Dennoch wird das Heimrecht trotz seiner Unabhängigkeit von der konkreten Hilfsbedürftigkeit des einzelnen Bewohners zur öffentlichen Fürsorge gerechnet.[347] Begründet wird dies damit, dass die öffentliche Fürsorge i.S.d. § 74 I Nr. 7 GG auch die Fürsorgetätigkeit im weiteren Sinne umfasst. Dazu gehören auch vorbeugende Maßnahmen wie der „Schutz alter, pflegebedürftiger oder behinderte Menschen vor Beeinträchtigungen, die sich aus ihrer Lebenssituation infolge des Heimaufenthaltes und den daraus folgenden Anhängigkeiten typischerweise ergeben können“.[348] Diese weite Auslegung der öffentlichen Für-

342 Zwar ausdrücklich nur für Hessen *Bachem,* PflR 2012, S. 759f., allerdings ist die Argumentation auf Hamburg übertragbar.

343 *Bachem,* PflR 2012, S. 759f.

344 So auch *Uhle*, in: *Maunz/Dürig*, GG V, Art. 70, Rn. 101; unklar ist, auf welchen Kompetenztitel das Land Hessen das HGBP stützen wollte. So wird zunächst ausgeführt, dass die Gesetzgebungskompetenz für ordnungsrechtliche Vorschriften auf dem Gebiet des Heimrechts bei den Ländern liege, LT-Drucks. 18/3763, S. 14, was dafür sprechen könnte, dass davon ausgegangen wurde, dass das HGBP insgesamt noch Heimrecht sei. Anderseits wird später der Zweck des Gesetzes allgemein als ordnungsrechtlicher Schutz der Pflegebedürftigen auch in häuslicher Umgebung, LT-Drucks. 18/3763, S. 16, beschrieben. Dies könnte dafür sprechen, dass Hessen die Kompetenz der Länder zur Regelung des Ordnungsrechts nutzen wollte. Letztlich kommt es für das Bestehen einer Gesetzgebungskompetenz jedoch nicht auf die Vorstellung des Gesetzgebers an.

345 *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG V, Art. 74, Rn. 106.

346 *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG V, Art. 74, Rn. 111.

347 Zuletzt BVerfG vom 24.10.2002 – 2 BvF 1/01, Rn. 286 (Altenpflegegesetz); *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG V, Art. 74, Rn. 112.

348 *Korbmacher,* Grundfragen des öffentlichen Heimrechts, S. 10; darauf abstellend auch BVerfG vom 24.10.2002 – 2 BvF 1/01, Rn. 286.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sorge soll selbst dann gelten, wenn dadurch die Kompetenz der Länder zur Regelung des Sicherheits- und Ordnungsrecht tangiert wird.[349] Dies überzeugt, wenn es sich gewissermaßen um eine ordnungsrechtliche Regelung von Leistungen handelt, die selbst der öffentlichen Fürsorge zuzuordnen sind. Dies ist sowohl bei stationären als auch bei ambulanten Leistungen durch Pflegeeinrichtungen der Fall. Jedenfalls die öffentliche Förderung nach § 9 SGB XI i.V.m. den Ausführungsgesetzen der Länder machen Pflegeleistungen, auch wenn dadurch keine Sozialleistungs- oder Sozialhilfeansprüche erfüllt werden, zu einer „öffentlichen" Fürsorge.[350] Die Landesgesetze, die auch die ambulante Pflege erfassen verfolgen für die ambulante Pflege das gleiche Ziel wie das Heimgesetz des Bundes für die stationäre Pflege, so dass dies zunächst auch hier für ein Vorliegen öffentlicher Fürsorge spricht. Allein die geringere strukturelle Anhängigkeit bei ambulanten Leistungen könnte zu einer anderen Bewertung führen. Allerdings ist schon gar nicht sicher, dass die strukturelle Abhängigkeit geringer ist. Vor allem aber handelt es sich bei der häuslichen Pflege um eine deutlich größere Anzahl schutzbedürftiger Menschen, da der überwiegende Teil der Pflege in häuslicher Umgebung erbracht wird. Somit überzeugt es mehr, auch die Regulierung der ambulanten Pflege der öffentlichen Fürsorge zuzuordnen. Damit stellt sich für das Vorliegen der Landeskompetenz die Frage, ob der Bund von seiner Kompetenz zur konkurrierenden Gesetzgebung abschließend Gebrauch gemacht hat, siehe Art. 72 I GG. Eine eigene ordnungsrechtliche Regelung für die Erbringung von Pflegeleistungen durch ambulante Pflegedienste hat der Bund nicht erlassen, so dass grundsätzlich Raum für eine Regelung durch die Länder ist. Etwas anderes gilt nur, wenn sich durch Auslegung der bestehenden bundesrechtlichen Vorschriften ergibt, dass es darüber hinaus keine weiteren Vorschriften für ambulante Pflegedienste geben soll (sog. beredtes Schweigen).[351] Ob ein solches beredtes Schweigen für die gesamte ordnungsrechtliche Regulierung der ambulanten Pflege vorliegt, ist ebenso durch eine „Gesamtwürdigung des betreffenden Normenkomplexes"[352] zu bestimmen, wie bei kleineren Lücken innerhalb eines Gesetzes. Nur muss hier der betreffende Normenkomplex noch weiter verstanden werden. Maßgebender Normenkomplex ist die gesamte ordnungsrechtliche Regulierung von Pflegeleistungen. Diese erfolgte durch den Bund vor der Föderalismusreform 2006 durch das Bundesheimgesetz. Bei der Auslegung des Bundesheimgesetzes hinsichtlich der Frage, ob dieses für die gesamte ordnungsrechtliche Regulierung der Pflege abschließend sein sollte,

349 BVerwG vom 08.07.1964 – V C 172.62, Rn. 18ff. (Jugendschutzgesetz).

350 Vgl. Maunz, in: *Maunz/Dürig*, GG V, Art. 74, Rn. 110 zur Voraussetzung des Vorliegens einer öffentlichen Aufgabe damit die Fürsorge auch eine öffentliche Fürsorge ist. Allerdings steht dieses Ergebnis in Widerspruch zur Annahme des Bundessozialgerichtes, bei der Förderung von Pflegeeinrichtungen handele es sich um Daseinsvorsorge, welche zur ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder gehöre, BSG vom 26.01.2006 – B 3 P 6/04 R, Rn. 38. Letztlich ist es auch hier überzeugender von einer Kompetenz zur konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes aus Art. 74 I Nr. 7 GG auszugehen, von der dieser keinen (abschließenden) Gebrauch gemacht hat.

351 *Seiler*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), GG, Art. 72, Rn. 4.

352 BVerfG vom 09.10.1984 – 2 BvL 10/82, Rn. 63.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist die Initiative des Bundesrates im Jahr 2001 zu berücksichtigen, durch die beabsichtigt war, mit einer Regelung für ambulante Dienste analog zum bestehenden Heimrecht das Heimgesetz zu ergänzen. Allein aus dem Umstand, dass dieser Vorschlag im Ergebnis ohne Erfolg geblieben ist,[353] kann jedoch nicht geschlossen werden, das Heimgesetz sei abschließend für den gesamten Bereich der Pflege.[354] Nur weil eine Regelung auf Bundesebene aus politischen Gründen nicht zustande kommt, ergibt sich nicht als eindeutiges Ergebnis der Auslegung, dass die bestehenden bundesrechtlichen Regelungen damit abschließend sein sollen und die verbleibende Lücke für die Länder gesperrt ist. Vielmehr lässt sich dem Scheitern der Regelung auf Bundesebene nicht entnehmen, dass auch die Regelung auf Landesebene ausgeschlossen werden sollte. Da es keine Vermutung zugunsten des Bundes für eine abschließende Regelung gibt[355] und der eindeutige Nachweis für eine abschließende Regelung nicht geführt werden konnte,[356] bleibt es bei der Möglichkeit zur Gesetzgebung für die Länder. Aber selbst wenn man ein beredtes Schweigen durch die bewusste Nichtregelung im Jahr 2001 annehmen würde, stellt die Übertragung der Kompetenz zur Regelung des Heimrechts im Zuge der Föderalismusreform 2006 eine Zäsur dar. Zwar ist, wie bereits dargestellt, Recht für ambulante Dienste kein Heimrecht, jedoch stehen beide in engem Zusammenhang. Dies wird für die politische Diskussion deutlich, wenn die Frage der Regulierung der ambulanten Dienste im Rahmen einer Änderung des Heimrechts diskutiert wird.[357] Aber auch tatsächlich besteht ein Zusammenhang, da die Grenzen zwischen ambulanter und stationärer Pflege gerade im Hinblick auf neue Wohnformen fließend sind. Mit der Übertragung des Heimrechts auf die Länder wurde ihnen zwar nicht auch das Recht der ambulanten Dienste als ausschließliche Kompetenz übertragen, aber doch die Möglichkeit zur Regelung im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung. Der Bund hat sich

353 BT-Drucks. 14/5399, S. 37, 39.

354 A.A. *Bachem,* PflR 2012, S. 759, 760.

355 *Kunig*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Band 2, Art. 72, Rn. 9; *Oeter*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG II, Art. 72, Rn. 71. Insgesamt spricht die Systematik der Art. 70ff. GG insbesondere im Geltungsbereich der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 II GG, zu dem auch nach der Föderalismusreform von 2006 die Kompetenz nach Art. 74 I Nr. 7 GG gehört, dafür, dass die Gesetzgebung durch die Länder die Regel und die durch den Bund die Ausnahme ist. Damit spricht beim Bestehen einer Lücke mehr für die Vermutung, dass es sich um eine von den Ländern ausfüllbare Lücke handelt, in diese Richtung auch BVerfG vom 10.03.1976 – 1 BvR 155/67, Rn. 50ff. Diese Vermutung kann hier nicht widerlegt werden, denn beredtes Schweigen meint nicht nur, dass der Bund eine Regelung bewusst nicht getroffen hat, sondern, dass auch deutlich werden muss, dass es gar keine Regelung, d.h. auch nicht durch die Länder, geben soll.

356 Aufgrund der nicht bestehenden Vermutung zugunsten des Bundes für einen Ausschluss der Länderkompetenz, genügt es eben nicht nur festzustellen, der Bund habe bewusst keine Regelung getroffen. Denn dies kann zumindest zwei plausible Gründe haben. Zum einen kann der Bund eine entsprechende Regelung nur selbst nicht treffen wollen oder durch politische Umstände treffen können, zum anderen kann er eine gezielte Nichtregelung treffen, die auch die Länder ausschließen soll. Nur wenn sich zweifelsfrei aus der Auslegung des betreffenden Normkomplexes ergibt, dass der zweite Grund vorliegt, besteht keine Gesetzgebungskompetenz der Länder.

357 BT-Drucks. 14/5399, S. 37, 39.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mit der Übertragung des Heimrechts von der ordnungsrechtlichen Regelung der Erbringung von Pflegeleistungen insgesamt zurückgezogen, da er auch selbst zuvor beide Materien als zusammengehörig angesehen hat. Seit der Föderalismusreform 2006 gibt es keinerlei Anhaltspunkte für ein beredtes Schweigen des Bundes.[358]

In den späteren Ausführungen zu den weiteren Teilen des Qualitätskreislaufes wird nur auf die landesrechtlichen Nachfolgegesetze zum Bundesheimgesetz eingegangen, die einschlägige Regelungen enthalten.

Es gibt Strukturvorgaben, die nicht nur zeitlich dauerhaft aber statisch wirken, wie beispielsweise das Erfordernis der Zuverlässigkeit in § 2 I KrPflG, sondern durch wiederkehrende Pflichten sogar dynamisch sind. Dies ist bei der Pflicht zur Kompetenzerhaltung durch Weiterbildung der Fall.[359] Für Krankenschwestern und Krankenpfleger der allgemeinen Pflege enthält Art. 22 Buchstabe b der Richtlinie 2005/36/EG eine Pflicht zur Kompetenzerhaltung als Voraussetzung für die automatische Anerkennung nach Art. 21 der RL 2005/36/EG. Die bundesrechtlichen Vorschriften enthalten keine solche Pflicht. Jedoch haben einige Bundeländer aufgrund ihrer jeweiligen Gesundheitsdienstgesetze Berufsordnungen für die im KrPflG und AltPflG geregelten Berufe erlassen, welche eine Pflicht zur Weiterbildung im Sinne eines auf dem aktuellen Stand Bleibens (Kompetenzerhaltung) enthalten.[360] Damit gibt es nur in diesen Bundesländern eine Pflicht zur Weiterbildung mit allgemeiner Geltung, also unabhängig davon, ob Leistungen nach dem SGB V oder SGB XI erbracht werden. Da es denkbar ist, dass Krankenschwestern oder Krankenpfleger ausschließlich Leistungen an

358 Setzt man mit dem Bundesverfassungsgericht voraus, dass die Sperrwirkung nur eintritt, wenn der Gebrauch der Kompetenz durch den Bund hinreichend erkennbar ist, so kann jedenfalls seit Übertragung der Kompetenz für das Heimrecht auf die Länder davon keine Rede mehr sein, siehe BVerfG vom 27.10.1998 - 1 BvR 2306/96, 1 BvR 2314/96, 1 BvR 1108/97, 1 BvR 1109/97, 1 BvR 1110/97 (Bayerisches Schwangerenhilfeergänzungsgesetz), Rn. 199ff.

359 Zur zentralen Bedeutung der Weiterbildung als Voraussetzung für die Einhaltung dynamischer fachlicher Standards, *Kühnert,* Qualitätssicherung durch Aus-, Fort- und Weiterbildung, in: *Klie* (Hrsg.), Pflegeversicherung und Qualitätssicherung in der Pflege, S. 43, 50.

360 Dies sind bisher Bremen, Hamburg und das Saarland. Bremen hat auf Grundlage des § 29 II Gesundheitsdienstgesetz eine Berufsordnung für staatlich anerkannte Pflegeberufe erlassen. Diese enthält in § 5 I Nr. 2 lit. e eine „Verpflichtung zur Kompetenzerhaltung". Hamburg hat auf Grundlage von § 19 IV Hamburger Gesundheitsdienstgesetz eine Berufsordnung für Gesundheits- und Krankenpflegerinnen, Gesundheits- und Krankenpfleger, Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerinnen und Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger sowie Altenpflegerinnen und Altenpfleger (Pflegefachkräfte-Berufsordnung) erlassen. Diese enthält in § 6 I, II eine Pflicht zur Kompetenzerhaltung. Das Saarland hat auf Grundlage von § 16 IV Gesundheitsdienstgesetz eine Berufsordnung für Pflegekräfte im Saarland erlassen, welche in § 6 I, II eine Pflicht zur Kompetenzerhaltung enthält. Alle Berufsordnungen gestalten die Pflicht zur Kompetenzerhaltung näher aus, indem im Einzelnen beschrieben wird, wie und in welchem Umfang Weiterbildungen erforderlich sind und eine Nachweispflicht für das Absolvieren der Weiterbildungen besteht. In Thüringen gibt es zwar mit § 3a Thüringer Gesetz über die Berufsausübung in den Fachberufen des Gesundheitswesens eine Ermächtigungsgrundlage für eine Kompetenzerhaltungspflicht für Gesundheits- und KrankenpflegerInnen. Eine Rechtsverordnung wurde jedoch noch nicht erlassen.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Privatpatienten erbringen, ist die Kompetenzerhaltung nicht in jedem Einzelfall gesichert, was zwar Art. 22 Buchstabe b der Richtlinie 2005/36/EG widerspricht, aber keine Auswirkungen auf die automatische Anerkennung nach Art. 21 Absatz 1 der Richtlinie 2005/36/EG hat, da dieser Art. 22 bei der Aufzählung der Voraussetzungen nicht nennt.

Die Berufsordnung für professionelle Pflegekräfte in Bremen enthält in § 5 I Nr. 2 lit. g darüber hinaus die Pflicht für den unmittelbar Pflegenden, gesundheitliche Einschränkungen, die die Pflegetätigkeit gefährden, dem Arbeitgeber oder der zuständigen Behörde mitzuteilen. Damit wird ermöglicht, dass auf kurzfristige gesundheitliche Ungeeignetheit zur Pflege reagiert werden kann und nur geeignete Personen zur Pflege eingesetzt werden. Insbesondere ist auch die kurzzeitige gesundheitliche Ungeeignetheit erfasst, die für einen Widerruf der Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung nach § 2 II 3 KrPflG, § 2 II 3 AltPflG nicht ausreicht.[361]

Alle bisher beschriebenen Struktursollensanforderungen werden durch Gesetz (formelles Gesetz oder Rechtsverordnung) festgelegt. Daneben gibt es Anforderungen durch private Verbände wie dem Deutschen Pflegerat e.V. Dieser hat eine Rahmenberufsordnung für professionell Pflegende erstellt, die beispielsweise in Nr. 6 eine Kompetenzerhaltungspflicht enthält.[362]

(2) Prozesssollensanforderungen

Weder Krankenpflegegesetz noch Altenpflegegesetz enthalten Prozesssollensanforderungen, so dass es keine bundesrechtlichen Anforderungen an den Prozess der Erbringung von Pflegeleistungen gibt. Landesrechtlich können sich Anforderungen hinsichtlich Steuerung, Planung, Aufzeichnung, Beratung oder Information für die Erbringung der Pflegeleistungen aus den Berufsordnungen der Länder und den Nachfolgegesetzen des Bundesheimgesetzes ergeben.

So enthalten alle Berufsordnungen Dokumentationspflichten.[363] Weiterhin bestehen jeweils Informations- und Beratungspflichten gegenüber den zu pflegenden Personen.[364]

Die landesrechtlichen Nachfolgegesetze zum Bundesheimgesetz von Berlin, Hamburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein enthalten Prozesssollensanforderungen für ihren jeweils bereits beschriebenen Anwendungsbereich. Für Berlin bestehen nach § 6 Nr. 1, 2 WTG Informationspflichten des Leistungserbringers gegenüber dem Leistungsempfänger hinsichtlich des Leistungsangebotes sowie über externe

361 *Dielmann,* Krankenpflegegesetz, S. 73.

362 Verbindlich sind die Anforderungen solcher Verbände aber immer nur für die jeweiligen Mitglieder. Da es keine Zwangsmitgliedschaft in einem der Verbände gibt, bleibt es letztlich dem Willen des Pflegenden überlassen, ob er die Anforderungen gegen sich gelten lässt indem er Mitglied wird.

363 Bremen: § 5 I Nr. 2 lit. d Berufsordnung für staatlich anerkannte Pflegeberufe; Hamburg: § 5 Nr. 2 lit. e Pflegekräfte-Berufsordnung; Saarland: § 5 Nr. 5 Berufsordnung für Pflegekräfte.

364 Bremen: § 5 I Nr. 2 lit. b, c Berufsordnung für staatlich anerkannte Pflegekräfte; Hamburg: § 5 Nr. 2 lit. b, c Pflegekräfte-Berufsordnung; Saarland: § 5 Nr. 2, 3 Berufsordnung für Pflegekräfte.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beratungsstellen und externe Beschwerdemöglichkeiten. Nach § 8 WTG hat der Leistungserbringer in regelmäßigen Abständen die Bewohner über deren Zufriedenheit mit der Leistungserbringung zu befragen. Für Hamburg besteht auch nach dem Hamburgischen Wohn- und Betreuungsqualitätsgesetz eine Informationspflicht nach § 22 I und eine Aufzeichnungspflicht nach § 24 I. In Nordrhein-Westfalen besteht die Pflicht zur Dokumentation (§ 10 WTG NRW) sowie die Pflicht zur Einführung eines Qualitätsmanagements (§ 4 III WTG NRW). Auch für Hessen besteht nach § 9 I Nr. 9 HGBP eine Pflicht zur schriftlichen Dokumentation der Pflegeleistungen. Auch die einrichtungsinterne Qualitätssicherung ist nach § 13 HGBP zu dokumentieren. In Schleswig-Holstein ist nach § 12 I Nr. 2 SbStG ein Beschwerdemanagement erforderlich.

(3) Ergebnissollensanforderungen

Sowohl Krankenpflege- als auch Altenpflegegesetz enthalten keine Anforderungen an das Ergebnis der Pflegeleistungen, so dass es auch für das Ergebnis der Pflegedienstleistungen keine bundesrechtlichen Anforderungen gibt.[365]

Nach der Bremer Berufsordnung für staatlich anerkannte Pflegeberufe ist insbesondere die Pflege an den Bedürfnissen des jeweiligen Pflegebedürftigen auszurichten (§ 5 Nr. 1 lit. a, d). Die Hamburger Pflegekräfte-Berufsordnung enthält in § 5 annähernd wortgleich ebenfalls die Anforderungen an die Individualisierung der Leistung.

Folgende Nachfolgegesetze zum Bundesheimgesetz enthalten Ergebnissollensanforderungen für ihren jeweiligen, bezogen auf die häusliche Pflege sehr eingeschränkten, Anwendungsbereich:

Für Bayern verweist Art. 19 S. 1 PfleWoqG für die Erbringung der Pflegeleistungen auf den anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse. Nach der Begründung des Gesetzesentwurfes sollen dazu auch die Expertenstandards nach § 113a SGB XI gehören.[366] Die Entwicklung der Expertenstandards nach § 113a SGB XI wird von den Vertragsparteien des § 113 I 1 SGB XI in Auftrag gegeben und anschließend im Rahmen dieses Auftrages beispielsweise von einem pflegewissenschaftlichen Institut durchgeführt. Nach ihrer Veröffentlichung im Bundesanzeiger gemäß § 113 III 1 SGB XI erlangen sie Verbindlichkeit, aber nur für die Erbringung von Pflegeleistungen nach dem SGB XI. Durch die Bezugnahme in den Materialen beabsichtigt der bayerische Landesgesetzgeber die Geltung der Expertenstandards für die von § 19 S. 1 PfleWoqG erfassten Fälle unabhängig vom Sozialleistungsbezug des Pflegebedürftigen.[367] Unklar bleibt, ob auch die Maßstäbe und Grundsätze zur Sicherung und Weiterentwicklung der Pfle-

365 Die zivilrechtlichen Pflichten aus dem Pflegevertrag zwischen Pflegebedürftigen und Pflegedienst- sind aufgrund des sich aus § 276 BGB ergebenden Sorgfaltsmaßstabes bundesrechtlicher Natur, sie gelten aber nur aufgrund des Willens der Vertragsparteien. Dabei ist der anerkannte Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse objektiver Sorgfaltsmaßstab für § 276 BGB, OLG Düsseldorf vom 16.06.2004 – I-15 U 160/03, 15 U 160/03, Rn. 55ff.

366 LT-Drucks. 15/10182, S. 30.

367 LT-Drucks. 15/10182, S. 30.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gequalität nach § 113 SGB XI zum anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse i.S.d. Art. 19 S. 1 PfleWoqG gehören sollen. Dies ist nicht selbstverständlich, da die Systematik des SGB XI eher gegen eine Zugehörigkeit der Grundsätze und Maßstäbe nach § 113 SGB XI und der Expertenstandards nach § 113a SGB zum anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse i.S.d. § 11 I 1 SGB XI spricht. Nach der Systematik des SGB XI besteht die Pflicht zur Einhaltung der Anforderungen nach §§ 113, 113a SGB XI neben der Pflicht nach § 11 I 1 SGB XI, was nur bei eigenständiger Bedeutung der §§ 113, 113a SGB XI sinnvoll ist.[368] Nun ist der bayerische Gesetzgeber nicht an die Bedeutung des Begriffes „anerkannter Standes der fachlichen Erkenntnisse“ im SGB XI gebunden, aber auch das allgemeine Verständnis des anerkannten Standes der fachlichen Erkenntnisse spricht gegen eine generelle Einbeziehung der §§ 113, 113a SGB XI. Man kann den anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse in Anlehnung an § 2 I 3 SGB V als den von einer großen Mehrheit der Fachleute akzeptierten Meinungsstand definieren.[369] Dies mag für die Expertenstandards nach § 113a SGB XI noch in den meisten Fällen zutreffen, für die Maßstäbe und Grundsätze nach § 113 SGB XI ist es wegen der Kompromisshaftigkeit ihrer Entstehung als Vereinbarung von Parteien mit gegenläufigen Interessen alles andere als zwingend. Die Maßstäbe und Grundsätze nach § 113 SGB XI sind demnach nur dann von Art. 19 S. 1 PfleWoqG umfasst, wenn sie die Merkmale der allgemeinen Definition für den anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse erfüllen.

Auch in Berlin sind die Pflegeleistungen im Anwendungsbereich des Wohnteilhabegesetzes nach § 11 II 1 Alt.2 WTG nach dem allgemein anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse zu erbringen. Nach der nicht abschließenden Aufzählung in § 11 II 2 WTG gehören dazu sowohl die Expertenstandards nach § 113a SGB XI als auch die Maßstäbe und Grundsätze nach § 113 SGB XI. Ein Auslegungsproblem wie in Bayern stellt sich hier aufgrund der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers nicht. Aus der expliziten Nennung der Maßstäbe und Grundsätze nach § 113 SGB XI in Berlin lassen sich jedoch auch keine klaren Argumente für die Problematik in Bayern gewinnen. So kann die ausdrückliche Nennung zum einen dafür sprechen, dass der Gesetzgeber in Berlin davon ausgegangen ist, die Maßstäbe und Grundsätze gehörten grundsätzlich nicht zum anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse. Zum anderen könnte man aus der beiläufigen Aufzählung auch auf das Gegenteil schließen. Weiterhin sind die Leistungen nach § 11 1 Alt.1 WTG zu individualisieren.

In Hamburg haben alle Pflegedienste ihre Leistungen gemäß § 20 Nr. 4 HmbWBG nach dem allgemein anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse zu erbringen. Eine Bezugnahme auf die §§ 113, 113a SGB XI findet nicht statt, so dass nur Anforderungen erfasst werden, die die Merkmale der allgemeinen Definition für den allgemein anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse erfüllen.

---

368 Ausführlich zum Verhältnis von § 11 I 1 SGB XI zu §§ 113, 113a SGB XI vgl. Ausführungen zu der Fallgruppe Leistungsbezug nach SGB XI Pkt. C. II. 1. a) bb) (3).

369 Vgl. *Scholz*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, § 2, Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In Hessen gilt für ambulante Pflegeeinrichtungen nach § 2 I Nr. 2 HGBP die Pflicht Pflege und Betreuung nach dem allgemein anerkannten Stand pflegerisch-medizinischer Erkenntnisse zu erbringen, § 9 I Nr. 8 HGBP. Auch hier erfolgt keine Bezugnahme auf die §§ 113, 113a SGB XI. § 9 I Nr. 5, 6 HGBP enthalten darüber hinaus die Pflicht zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde, was jedoch nur deklaratorischen Charakter hat, da eine fachgerechte Pflege nicht zu einer Beeinträchtigung der Menschenwürde führen wird. Eigenständige Bedeutung kommt § 9 I Nr. 6 HGBP jedoch insoweit zu, als auch „Intimsphäre, Selbstständigkeit sowie die Selbstbestimmung und Selbstverantwortung der Betreuungs- und Pflegebedürftigen" gewahrt und gefördert werden sollen. Die Pflicht zur Förderung verdeutlicht, dass auch subjektive Wünsche des Pflegebedürftigen so weit wie möglich zu berücksichtigen sind. Sollte es sich bei den entgeltlich vermittelten Pflegekräften nach § 2 I Nr. 3 HGBP um Pflegefachkräfte handeln[370], so müssen diese die Leistungen nach § 9 III 2 HGBP in angemessener Qualität erbringen. Unklar ist, weshalb für diese Pflegefachkräfte vom allgemein anerkannten Stand pflegerisch-medizinischer Erkenntnisse nach unten abgewichen wird, jedenfalls ist anders als durch die Annahme einer solchen Abweichung die eigene Regelung in § 9 III 2 HGBP nicht zu erklären.

Das WTG NRW verweist pauschal auf die fachlichen und wissenschaftlichen Erkenntnisse sowie auf die Pflicht zur Einhaltung der leistungsrechtlichen Vereinbarungen (§ 4 WTG NRW). Eine Erweiterung der Pflichten gegenüber dem SGB XI ist damit nicht verbunden.

bb) Leistungsbezug ausschließlich nach SGB XI

Die im folgenden Teil dargestellten Sollensanforderungen treten neben die Sollensanforderungen der ersten Fallgruppe (Pflegebedürftiger ohne Leistungsbezug). Insbesondere gibt es keine Kollisionsregelung dergestalt, dass beispielsweise das Leistungserbringungsrecht die allgemeinen Sollensanforderungen der ersten Fallgruppe für den Fall der Erbringung von Pflegesachleistungen verdrängt.[371]

(1) Strukturs ollensanforderungen

(a) Pflegedienste

Professionelle Pflegeeinrichtungen, die Pflegeleistungen in häuslicher Umgebung erbringen und für die Erbringung von Pflegesachleistungen nach § 36 SGB XI durch Abschluss eines Versorgungsvertrages nach § 72 I SGB XI zugelassen werden wollen, werden in § 71 I SGB XI als Pflegedienste bezeichnet. Die Strukturs ollensanforderun-

370 Was praktisch nie der Fall sein wird, vgl. *Bachem,* PflR 2012, S. 759, 766.

371 Allerdings gibt es vereinzelt Verweise wie beispielsweise in § 11 I 2 WTG, wonach die Anforderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (in der Regel) erfüllt ist, wenn ein Versorgungsvertrag nach § 72 SGB XI besteht.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen werden in § 72 III Nr. 1-3 SGB XI genannt, sowie teilweise durch die Maßstäbe und Grundsätze nach § 113 SGB XI konkretisiert.

§ 72 III Nr. 1 SGB XI verweist auf § 71 SGB XI. Dabei verlangt § 71 I SGB XI, dass die Pflege und die hauswirtschaftliche Versorgung „unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegekraft“ erfolgen. Die Voraussetzungen für die Anerkennung als verantwortliche Pflegefachkraft nennt § 71 III SGB XI. Es ist sowohl der Abschluss in einem der genannten Ausbildungsberufe erforderlich als auch praktische Berufserfahrung in einem gewissen Umfang und die besondere Befähigung für die leitende Position.

Durch das Erfordernis des Berufsabschlusses in einem der genannten Berufe verweisen die Strukturqualitätsanforderungen des SGB XI auf die ausbildungsrechtlichen Vorschriften. Die möglichen Berufsabschlüsse nach § 71 III 1 Nr. 1, 2 SGB XI (Gesundheits- und Krankenpfleger oder Gesundheits- und Krankenpflegerin sowie Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger oder Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerin) sind im Krankenpflegegesetz geregelt. Regelungen über den Abschluss der Altenpflegerin/ des Altenpflegers nach § 71 III 1 Nr. 3 SGB XI enthält das Altenpflegegesetz. Insbesondere die Möglichkeit des Widerrufs der Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung zeigt, dass Strukturqualität nicht nur vor Beginn der Leistungserbringung vorliegen muss, sondern, auch wenn sie schwerpunktmäßig vorher geprüft wird, während der gesamten Zeit der Leistungserbringung, denn der Widerruf kann zum Wegfall der Strukturqualitätsanforderungen führen, nachdem die Zulassung nach § 72 SGB XI erfolgt ist. Die durch Versorgungsvertrag erfolgte Zulassung kann dann nach § 74 I 1 SGB XI gekündigt werden.

Obwohl die Pflegebedürftigkeit nach dem SGB XI nicht an ein bestimmtes Mindestalter geknüpft ist, genügt die Ausbildung als Altenpfleger oder Altenpflegerin für eine uneingeschränkte Zulassung nach § 72 SGB XI. Mit einer besonderen Ausbildung zur Pflege alter Menschen geht Deutschland einen Sonderweg in der Europäischen Union.[372]

Sowohl das KrPflG als auch das AltPflG sind Bundesgesetze. Indem der Bundesgesetzgeber in § 71 III SGB XI die für eine Zulassung notwendige Ausbildung vorgibt und zugleich in den Ausbildungsgesetzen den Ausbildungsinhalt bestimmt, hat er für den Letztverantwortlichen der Pflegedienste die vollständige Strukturhoheit. Diese vollständige Strukturhoheit ist dann eingeschränkt, wenn im Ausland erworbene Berufsabschlüsse in Deutschland anerkannt werden und die Erlaubnis zum Führen der deutschen Berufsbezeichnung erteilt wird. In diesen Fällen wird der Ausbildungsinhalt nicht durch den deutschen Gesetzgeber bestimmt. Dieser Verlust an Strukturhoheit kann in verschiedene Kategorien hinsichtlich der Stärke der Bindung des deutschen Gesetzgebers eingeteilt werden. Im ersten Fall besteht keine rechtliche Beziehung zu dem anderen Staat hinsichtlich der Anerkennung von Berufsabschlüssen und der deutsche Gesetzge-

372 *Hanika,* PflR 2012, S. 694, 699.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ber ist frei, ob er den im Ausland erworbenen Abschluss anerkennt. Von dieser „Freiheit“ hat der deutsche Gesetzgeber in der Weise Gebrauch gemacht, dass nach § 2 III KrPflG die Gleichwertigkeit des Ausbildungsstandes für die Ausbildung im Ausland gegeben ist. Im zweiten Fall gibt es eine Bindung aufgrund zwischenstaatlichen Rechts. Denkbar sind dabei bilaterale Abkommen, deren Transformation durch Gesetz dem Krankenpflegegesetz vorgeht. Bei dieser Fallgruppe ist die Bundesrepublik Deutschland vor Abschluss des Vertrages sowohl für die Frage, ob sie überhaupt einen Vertrag abschließt, als auch hinsichtlich des Vertragsinhaltes an keinerlei Vorgaben gebunden. Nach Vertragsschluss ist sie jedoch an den Inhalt gebunden. Im dritten Fall gibt es Vorgaben für die Anerkennung aufgrund überstaatlichen Rechts. Dies gilt für den Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/36/EG. Dabei sieht Art. 21 I der Richtlinie 2005/36/EG die automatische Anerkennung der Ausbildungsnachweise vor, wenn für den Beruf des Krankenpflegers die Mindestvoraussetzungen für die Ausbildung gemäß Art. 31 der Richtlinie 2005/36/EG erfüllt sind. Umgesetzt wird diese Richtlinie für den Beruf des Krankenpflegers im deutschen Recht in § 2 IV, V KrPflG.

Für die praktische Berufserfahrung ist es erforderlich, dass eine Tätigkeit im erlernten Ausbildungsberuf von 2 Jahren innerhalb der letzten 5 Jahre vorliegt (§ 71 III 1 SGB XI). Detaillierte Regelungen zu Beginn, Verlängerung und Höchstdauer der 5-jährigen Rahmenfrist enthalten die Sätze drei bis fünf in § 71 III SGB XI.

Um verantwortliche Pflegefachkraft sein zu können, ist weiterhin der Nachweis zur Fähigkeit für diese leitende Funktion erforderlich. Diese wird durch eine Weiterbildungsmaßnahme nach § 71 III 6 SGB XI erbracht.

Allein der Abschluss eines pflegeorientierten Studienganges wie Pflegemanagement oder Pflegeleitung[373] genügt hingegen nicht, um verantwortliche Pflegefachkraft i.S.d. § 71 II SGB XI sein zu können.

§ 72 III Nr. 2 SGB XI stellt Anforderungen an die Leistungsfähigkeit des zuzulassenden Pflegedienstes. Diese Anforderungen werden durch die Vereinbarung nach § 113 SGB XI vom 27.05.2011 zu den Maßstäben und Grundsätzen der Pflegequalität konkretisiert. Die Maßstäbe und Grundsätze welche grundsätzlich von den in § 113 I 1 SGB XI genannten Teilnehmern verhandelt und vereinbart werden, enthalten Vorschriften zur sachlichen und personellen Ausstattung. Der Pflegedienst muss gewährleisten können, dass auch bei Ausfall der verantwortlichen Pflegefachkraft die Pflege weiterhin durchgeführt werden kann. Dies kann durch fachlich geeignetes Ersatzpersonal oder durch Kooperation mit anderen Pflegediensten erreicht werden. Weiterhin besteht eine Fortbildungspflicht für alle Mitarbeiter, je nach Funktion und individuellem Bedarf. Dazu muss der Pflegedienst einen schriftlichen Fortbildungsplan erstellen. Auch muss ein Pflegedienst gewährleisten, dass er 24 Stunden am Tag erreichbar ist. Der Inhalt der „Vereinbarung“ vom 27.05.2011 ist jedoch nicht durch Verhandlung entstanden, son-

373 Eine Übersicht zu den zahlreichen pflegeorientierten Studiengängen enthält: http://www.pflegestudium.de/studiengaenge/ (besucht am 03.05.2014).

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dern wurde durch Schiedsspruch nach § 113 III 2 SGB XI erlassen.[374] Aus § 113b I 3 SGB XI, der die aufschiebende Wirkung einer Klage gegen den Schiedsspruch ausschließt, lässt sich ableiten, dass es sich bei dem Schiedsspruch um einen Verwaltungsakt also ein klassisches hierarchisches Steuerungsinstrument handelt.

Nach § 72 III Nr. 3 SGB XI muss sich der Pflegedienst dazu verpflichten, ein einrichtungsinternes Qualitätsmanagement einzurichten und weiterzuentwickeln. Zur konkreten Ausgestaltung des einrichtungsinternen Qualitätsmanagements enthält Pkt. 1.3 der Vereinbarung von 27.05.2011 nähere Vorgaben. Letztlich soll ein interner Qualitätskreislauf geschaffen werden, der es der Einrichtung ermöglicht die Qualität der von ihr erbrachten Leistungen selbst weiterzuentwickeln.[375] Aus Sicht der Ergebnissollensanforderungen, die das SGB XI an Pflegeleistungen stellt, ist das einrichtungsinterne Qualitätsmanagement jedoch nur ein Mittel von vielen, um deren Erfüllung zu gewährleisten.

Das SGB XI enthält nicht nur Strukturanforderungen für die Zulassung als Pflegedienst, sondern auch für die Erbringung der einzelnen Pflegedienstleistungen. Zwar lässt sich aus § 71 I SGB XI die Möglichkeit zur Delegation von Pflegetätigkeiten an Hilfskräfte ableiten, da dieser nur fordert, dass alle Tätigkeiten unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegefachkraft erbracht werden müssen. Diese Delegationsmöglichkeit besteht jedoch nur beschränkt, denn letztlich muss auch die unmittelbar ausführende Person in der Lage sein, die Pflegetätigkeit dem Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse, § 11 I 1 SGB XI, entsprechend zu erbringen. Für die Bestimmung der Eignung kommt es nicht auf die individuellen Fähigkeiten des Delegationsempfängers an, sondern auf dessen formelle Qualifikation. Damit können bestimmte

374 Hier hat der „Schatten der Hierarchie“, d.h. die bei Scheitern der Verhandlungen drohende Ersatzvornahme, die Einigungsbereitschaft der Vertragsparteien nicht erhöht; vgl. zu dieser Annahme, *Scharpf,* Zur Theorie von Verhandlungssystemen, in: *Benz/Scharpf/Zintl* (Hrsg.), Horizontale Politikverflechtung, S. 11, 25f.; *Börzel,* Der "Schatten der Hierarchie" - Ein Governance-Paradox, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 118, 123ff. Vgl. zum Begriff „Schatten der Hierarchie“ *Scharpf,* Interaktionsformen, S. 323ff. sowie zur „Rute im Fenster“ *Mayntz/Scharpf,* Steuerung und Selbstorganisation in staatsnahen Sektoren, in: *Mayntz/Scharpf* (Hrsg.), Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung, S. 9, 29., die dieses Phänomen zunächst nur für die Kooperation gesellschaftlicher Akteure untereinander verwendet haben. Eine Verwendung auch für die Kooperation zwischen staatlichen und gesellschaftlichen Akteuren ist jedoch mittlerweile üblich, siehe *Töller,* Kooperation im Schatten der Hierarchie. Dilemmata des Verhandelns zwischen Staat und Wirtschaft, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 282, Fn.3 m.w.N. Inhaltlich besagt die These zum Schatten der Hierarchie, dass gesellschaftliche Akteure durch eine mehr oder weniger glaubwürdige Drohung des staatlichen Akteurs mit einem hierarchischen Instrument zur Kooperation motiviert werden. Zum (vermeintlichen) Widerspruch zu der These, dass staatliche Akteure vor allem dann kooperativ Handeln, wenn die hierarchischen Handlungsmöglichkeiten beschränkt sind, siehe *Töller,* Kooperation im Schatten der Hierarchie. Dilemmata des Verhandelns zwischen Staat und Wirtschaft, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 282, 284ff.

375 Insbesondere soll die Einrichtung selbst Qualitätsziele formulieren. Gleichzeitig soll aber auch die Erbringung der Leistungen nach der nach dem SGB XI vereinbarten Qualität gewährleistet werden.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Tätigkeiten nicht auf Hilfskräfte übertragen werden, unabhängig vom konkreten Kenntnisstand der Hilfskraft. Dies wurde aus Gründen der Rechtssicherheit und Überprüfbarkeit bereits vor Geltung der Maßstäbe und Grundsätze nach § 113 SGB XI für die Behandlungspflege in stationären Einrichtungen von der Rechtsprechung gefordert.[376] Für die ambulante Pflege ist dies aus Punkt 3.1.6 der Vereinbarung vom 27.05.2011 ableitbar. Danach müssen Pflegedienste geeignete Fachkräfte vorhalten und ihrer Ausbildung entsprechend einsetzen.

(b) Zugelassene Einzelpersonen

Auch die Zulassung einer Einzelperson erfolgt durch Zulassungsvertrag, § 77 I 1 SGB XI.[377] Die Strukturanforderungen für die Zulassung einer Einzelperson sind weniger detailliert beschrieben als die Anforderungen an einen Pflegedienst. Die Einzelperson muss nach § 77 I 1 SGB XI „geeignet" sein und zwar für die Sicherstellung von Pflege, Betreuung und hauswirtschaftlicher Versorgung. Zwar ist dafür nicht zwingend eine Ausbildung im Sinne des § 71 III SGB XI nötig, zumal die Zulassung nur für die Leistungserbringung in einem konkreten Einzelfall gilt.[378] Zum einen fehlt ein Verweis auf die §§ 71, 72 SGB XI, zum anderen entspricht die Formulierung der des § 37 I 2 SGB XI, welcher die nichtprofessionelle Pflege regelt. Die Geeignetheit ist damit ausgehend von dem Einzelfall, für den die Zulassung erfolgen soll, konkret zu bestimmen. Allerdings enthält § 77 I 2 2.HS SGB XI für die Qualität der durch die zugelassene Einzelperson zu erbringenden Pflegeleistungen einen Verweis auf § 112 SGB XI. Die zugelassene Einzelperson muss also bei der Leistungserbringung die gleichen Standards erfüllen wie ein zugelassener Pflegedienst.[379] Für die Frage der Eignung der Einzelperson nach § 77 I 1 SGB XI lässt sich daraus schließen, dass sich aufgrund einer Prognose ergeben muss, dass sie abstrakt dazu in der Lage ist, die im konkreten Einzelfall in Betracht kommenden Standards einzuhalten.

(c) Angestellte Einzelpersonen

Für angestellte Einzelpersonen nach § 77 II SGB XI gelten die gleichen Qualitätsanforderungen wie für zugelassene Pflegedienste. Unterschiede ergeben sich erst im Rahmen der Überwachung und bei der Reaktion auf die Überwachungsergebnisse.[380]

376 SG Speyer vom 27.07.2005 – S 3 P 122/03, Rn. 30.

377 Die Zulassung von Einzelpersonen ist durch das Pflegeneuausrichtungs-Gesetz vom 23.10.2012 vereinfacht wurden, BT-Drucks. 17/9369, S. 45.

378 *Udsching*, in: *Ders.* (Hrsg.), SGB XI, § 77, Rn. 7; *Leitherer*, in: KassKomm, SGB XI, § 77, Rn. 8.

379 BT-Drucks. 17/9369, S. 45.

380 Vgl. dazu Pkt. C. II. 1. e).

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(d) Zugelassene Betreuungsdienste

Nach § 125 SGB XI können zur modellhaften Erprobung Leistungserbringer zur Erbringung von Betreuungsleistungen zugelassen werden.[381] Eine verantwortliche Kraft muss die Voraussetzungen des § 125 III 2 SGB XI erfüllen. Sie muss über eine entsprechende Berufsausbildung[382] und Berufspraxis verfügen, § 125 III 2 1.HS SGB XI, und eine Weiterbildungsmaßnahme für die Leitungsfunktion absolviert haben, § 125 III 2 2.HS SGB XI.

(2) Prozesssollensanforderungen

Der Pflegedienst[383] hat entsprechend der Vereinbarung vom 27.05.2011 einen Erstbesuch durchzuführen, bei dem er den Pflegebedürftigen u.a. über das Leistungs- und Vergütungssystem des SGB XI informiert. Vor der Erbringung der Pflegeleistungen ist ein Pflegeplan zu erstellen und bei der Erbringung der Pflegeleistungen sind die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Pflegedokumentation einzuhalten. Nach § 120 SGB I 2 XI besteht eine Mitteilungspflicht des Pflegedienstes gegenüber dem Leistungsträger bei wesentlichen Veränderungen des Zustandes des Pflegebedürftigen.

(3) Ergebnissollensanforderungen

Ein Pflegedienst muss seine Leistungen entsprechend dem allgemein anerkannten Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse erbringen, §§ 11 I 1, 28 III. Damit wird dynamisch auf die fachwissenschaftlich anerkannten Erkenntnisse verwiesen. Daneben sind die Expertenstandards nach § 113a SGB XI zu beachten. Diese werden nicht von den Vertragsparteien des § 113 I 1 SGB XI entwickelt, sondern die Vertragsparteien bestimmen nur das Thema, zu dem ein Expertenstandard entwickelt werden soll und sie bestimmen eine Verfahrensordnung gemäß der der Expertenstandard zu entwickeln ist. Die Entwicklung selbst erfolgt durch eine geeignete Einrichtung nach Auftrag durch die Vertragsparteien. Allerdings wurden bisher keine Expertenstandards nach dieser Norm entwickelt. Die erste Auftragsvergabe war zunächst für Mitte 2012 geplant. Im März 2013 hat das Deutsche Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege den Auftrag zur Entwicklung des ersten Expertenstandards unter dem Regime des § 113a SGB

381 Es geht dabei um die Erbringung von Betreuungsleistungen nach § 124 SGB XI, für die auch spezialisierte Dienste bereitstehen sollen, vgl. BT-Drucks. 17/9369, S. 54.

382 Zu den denkbaren erlernten Berufen, siehe BT-Drucks. 17/9369, S. 54.

383 Da es für die Prozess- und Ergebnissollensanforderungen aufgrund des Verweises auf § 112 SGB XI für zugelassene Einzelpersonen nach § 77 I SGB XI keine Besonderheiten gegenüber Pflegediensten gibt, sind besondere Ausführungen zu zugelassenen Einzelpersonen entbehrlich. Dies gilt analog auch für die Erbringung von Betreuungsleistungen durch nach § 125 SGB zugelassene Betreuungsdienste, da für die Erbringung der Betreuungsleistungen § 124 IV SGB XI insgesamt auf den elften Abschnitt des SGB XI verweist. Die Anforderungen an Betreuungsleistungen müssen jedoch nach den Vorschriften des elften Abschnittes erst noch erstellt werden, BT-Drucks. 17/9369, S. 54.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

XI erhalten. Diese soll zu dem Thema: Erhaltung und Förderung der Mobilität in der Pflege erarbeitet werden.[384] Alle bisher unter dem Begriff Expertenstandard zusammengefassten Sollensanforderungen, wozu insbesondere die vom (DNQP) entwickelten Standards gehören,[385] sind bereits Bestandteil des allgemein anerkannten Standes der medizinisch pflegerischen Erkenntnisse.[386]

Um eine eher „weiche" Sollensanforderung handelt es sich bei dem Leitbild der aktivierenden Pflege. Dieses u.a. den §§ 11 I 2, 14 III, 28 IV SGB XI zu entnehmende Leitbild durchzieht das gesamte SGB XI.[387] Dabei werden keine konkreten Vorgaben für einzelne Pflegetätigkeiten gemacht, sondern es kann potentiell auf jede Pflegetätigkeit Auswirkungen haben. Entscheidend dafür sind die individuellen Fähigkeiten aber auch die individuelle Mitwirkungsbereitschaft des Pflegebedürftigen. Schon aufgrund der Angewiesenheit des Pflegedienstes auf die Mitwirkung des Pflegebedürftigen könnte allenfalls die Pflicht bestehen, dem Pflegebedürftigen aktivierende Pflege anzubieten und zu versuchen, ihn von den Vorteilen zu überzeugen. Dann bleibt aber die Frage, ob dies nicht bereits Bestandteil der Pflicht, den Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse zu beachten, ist. Zwar unterscheidet sich Pflege von der Krankenbehandlung darin, dass die Heilung nicht im Vordergrund steht, dennoch ist Pflege mehr als nur eine Sicherung des Status quo.[388] Das Ziel der Pflege ist auch die Aktivierung, soweit dies möglich ist, was sich dann in den medizinisch-pflegerischen Erkenntnissen widerspiegelt. § 11 I 2 SGB XI dient lediglich der Verdeutlichung[389] dieses Ziels, so dass das Leitbild der aktivierenden Pflege nicht in Konkurrenz zu den medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse tritt, sondern grundsätzlich bereits deren Bestandteil ist. Soweit die medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse jedoch Lücken aufweisen, kann das Leitbild der aktivierenden Pflege zur Auslegung und Lückenfüllung genutzt werden.

(4) Zuständigkeitsverteilung für die Erstellung von Sollensanforderungen

Es wird insgesamt darüber diskutiert, ob Sollensanforderungen auf der gesellschaftlichen oder der staatlichen Ebene entwickelt werden sollen. Entscheidend ist dies aber

384 Im März 2014 fand eine Fachkonferenz statt, die den Entwurf dieses Expertenstandards zum Gegenstand hatte (Entwurf abrufbar unter: http://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/pflegeversicherung/qualitaet_in_der_pflege/expertenstandard/ Pflege_Expertenstandard_Mobilitaet_Entwurf_3-2014.pdf, besucht am 01.08.2014).

385 Beispielhaft seien hier die Expertenstandards zur Dekubitusprophylaxe, zum Schmerzmanagement und zur Sturzprophylaxe genannt.

386 BT-Drucks. 16/7439, S. 83.

387 *Behrend*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 11, Rn. 4.

388 Die wird schon aus der Konzeption des SGB XI deutlich. So verlangt § 2 I 2 SGB XI die Pflege so durchzuführen, dass „die körperlichen, geistigen und seelischen Kräfte der Pflegebedürftigen wiederzugewinnen oder zu erhalten" sind. Dabei lässt sich eine Rangfolge aufstellen, so dass das Wiedergewinnen der bloßen Erhaltung vorgeht. Dies wird verdeutlicht durch § 3 I, II SGB XI, die einen Vorrang der Rehabilitation festschreiben, dessen Wirksamkeit durch die Weiterleitung der Rehabilitationsempfehlung nach § 18a I SGB XI verbessert werden soll.

389 BT-Drucks. 12/5952, S. 34.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

allein für die Sollensanforderungen nach dem SGB XI, da nur hier über die §§ 113, 113a SGB XI der Staat Einfluss auf die Entwicklung nimmt beziehungsweise bei § 113 SGB XI sogar unmittelbar an der Entwicklung beteiligt ist. So wird angenommen, dass Sollensanforderungen, die allein auf der gesellschaftlichen Ebene entwickelt werden, eine höhere Akzeptanz aufweisen.[390] Plausibel kann dieses Argument dann sein, wenn die Leistungserbringung durch Private erfolgt und diese entweder an der Entwicklung der Sollensanforderungen beteiligt sind oder sich durch die Entwickler als gut vertreten ansehen oder deren besonderes Fachwissen anerkennen. Weiterhin wird angenommen, Qualitätsentwicklung durch Wettbewerb sei effizienter und mehr am Kunden orientiert.[391] Auch das Argument, nur eine staatsfreie Entwicklung der Sollensanforderungen gewährleiste, dass ausschließlich fachwissenschaftliche Erkenntnisse bei der Entwicklung der Sollensanforderungen berücksichtigt werden, während bei Beteiligung des Staates immer auch andere Aspekte von politischer Bedeutung, wie der der Finanzierbarkeit einfließen, wird vorgebracht.[392]

In einer generalisierenden Betrachtung ist normativ gegen eine staatlich initiierte Entwicklung sowie einer Entwicklung unter staatlicher Beteiligung von Sollensanforderungen nichts einzuwenden. So wurde bei der Entwicklung einer einheitlichen Motivationslage für staatliche Qualitätssicherung gezeigt, dass es keinen normativen allgemeinen Vorrang zugunsten der gesellschaftlichen Ebene gibt. Die entwickelten Sollensanforderungen sind an den Grundrechten zu messen, wenn durch sie oder durch Maßnahmen, die die Einhaltung der Sollensanforderungen vollziehen, in Grundrechte eingegriffen wird.[393]

Zumindest für § 113a SGB XI sind aber auch die rechtspolitischen Argumente nicht überzeugend, da § 113a SGB XI lediglich die Initiierung und finanzielle Förderung der Entwicklung wissenschaftlicher Standards ermöglicht.

cc) Leistungsbezug ausschließlich nach SGB XII oder nach SGB XI und SGB XII

Leistungen der professionellen Pflege nach dem SGB XII werden nach § 65 I 2 Var. 1 SGB XII gewährt. Mit besonderer Pflegekraft in § 65 I 2 SGB XI ist im Unterschied zur Pflegeperson in § 65 I 1 SGB XI eine Fachkraft gemeint.[394] Diese Fachkraft muss

390 *Igl,* RsDE 67, S. 38, 48f., 52-54; *Hamdorf,* Öffentliche und private Verantwortung für Qualität in der Pflege, S. 74f.

391 *Hamdorf,* Öffentliche und private Verantwortung für Qualität in der Pflege, S. 74f.

392 *Igl,* RsDE 67, S. 38, 48f., 52-54; *Hamdorf,* Öffentliche und private Verantwortung für Qualität in der Pflege, S. 58.

393 Soweit dies problematisch erscheint (beispielsweise bei den Pflegetransparenzberichten), erfolgt eine Prüfung der konkreten Maßnahme.

394 *Grube*, in: *Grube/Wahrendorf* (Hrsg.), SGB XII, § 65, Rn. 14; BSG vom 26.08.2008 – B 8/9b SO 18/07 R, Rn. 17f.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht zwingend eine geeignete Pflegekraft i.S.d. § 36 I 3 SGB XI sein[395], da nach § 61 I 2 SGB XII auch andere Bedarfslagen abgedeckt werden als nach dem SGB XI. Wegen § 66 IV 2 SGB XII ist bei der Übernahme der Kosten für eine besondere Pflegekraft danach zu unterscheiden, ob diese beim Pflegebedürftigen beschäftigt ist oder nicht.

Ist die besondere Pflegekraft nicht beim Pflegebedürftigen beschäftigt, so hat dieser nach § 66 IV 1 SGB XII vorrangig Pflegesachleistungen nach dem SGB XI in Anspruch zu nehmen. Werden dann nach § 65 I 2 SGB XII ergänzend Sachleistungen erbracht, die grundsätzlich auch nach dem SGB XI zu erbringen wären, aber nur aufgrund der Deckelung der Leistungen nicht erbracht werden, dann gelten nach § 75 V 1 SGB XII die Sollensanforderungen des SGB XI. Zwar scheinen dem Wortlaut nach weder die „Qualität der Leistungen", § 75 III 1 Nr. 1 SGB XII noch „die Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungen", § 75 III 1 Nr. 3 SGB XII, vom Vorrang des Leistungserbringungsrechts des SGB XI gemäß § 75 V 1 SGB XII erfasst zu sein. Dennoch wird allgemein davon ausgegangen, dass im Falle des § 75 V 1 SGB XII sämtliche Vereinbarungen nach § 75 III 1 SGB XII ersetzt werden.[396] Dies dürfte im Ergebnis zutreffend sein. Systematisch überzeugt dieser vollständige Ausschluss, da der überörtliche Träger der Sozialhilfe beim Abschluss des Versorgungsvertrages nach § 72 II 1 SGB XI sein Einvernehmen erklären muss und dieser Versorgungsvertrag bereits Regelungen zur Qualitätssicherung enthält. Hinzu kommt, dass der überörtliche Träger der Sozialhilfe auch Vertragspartner nach § 113 SGB XI ist und damit auch an der Erstellung von Qualitätssollensanforderungen beteiligt wird. Eigene Qualitätsvereinbarungen sind daher nicht mehr nötig und abweichende Qualitätsvereinbarungen wären auch praktisch nicht sinnvoll, da der Pflegedienst diese nur mit großem Aufwand erfüllen könnte. Es dürfte dem Pflegedienst zum Zeitpunkt der Erbringung der konkreten Leistung nur schwer möglich sein, zu unterscheiden, ob diese von der Pflegekasse oder vom Sozialhilfeträger vergütet wird. Auch ergibt sich aus § 76 III 3 SGB XII, dass Doppelprüfungen möglichst zu vermeiden sind. Durch dieses Auslegungsergebnis wird man zudem am ehesten dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit gerecht, der auch bei der Durchführung der Qualitätssicherung anzuwenden ist. Es ist zweckmäßiger, dass auch für den Fall des Leistungsbezuges nach dem SGB XI und dem SGB XI ein einheitlicher Qualitätsmaßstab gilt und dieser einheitlich von einem Leistungsträger geprüft wird. Auch wird die Wortlautgrenze des § 75 V 1 SGB XII durch diese Auslegung nicht überschritten, da Art, Inhalt und Umfang von Leistungen auch deren Qualität erfassen können.

Die Bindungswirkung nach § 75 V 1 SGB XII tritt nicht ein, wenn nach § 61 SGB XII weitergehende Leistungen zu erbringen sind. „Weitergehend" bezieht sich dabei auf die Leistungen des SGB XI, so dass Leistungen aufgrund der Erweiterungen des § 61 I 2 SGB XII, also insbesondere Leistungen bei Pflegestufe 0, solche „weitergehenden"

395 *Meßling*, in: jurisPK-SGB XII, § 65, Rn. 33f.; LSG Nordrhein-Westfalen vom 28.11.2011 – L 20 SO 82/07, Rn. 51.

396 *Flint*, in: *Grube/Wahrendorf* (Hrsg.), SGB XII, § 75, Rn. 49; *Jaritz/Eicher*, in: jurisPK-SGB XII, § 75, Rn. 150.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Leistungen sind. Ebenso tritt im Falle des § 75 V 2 SGB XII die Bindungswirkung nicht ein. Allerdings wird § 75 V 2 SGB XII einschränkend dahingehend ausgelegt, dass er nur eingreift, wenn die Beteiligung entgegen § 89 II 1 Nr. 2 SGB XI unterblieben ist.[397] Bei Nichtbestehen der Bindungswirkung gilt dann wiederum das Leistungserbringungsrecht des SGB XII, beziehungsweise es muss ein solches durch Abschluss der erforderlichen Vereinbarungen geschaffen werden.

Teilweise wird angenommen, Leistungserbringer und Sozialhilfeträger könnten einzelvertraglich eine abweichende (geringere) Vergütung vereinbaren und damit auf die Bindungswirkung des § 75 V 1 SGB XII verzichten.[398] Unklar ist dann aber, welche Auswirkungen dies auf Inhalt und Qualität der Leistungen haben soll und ob zu Inhalt und Qualität ebenfalls abweichende Vereinbarungen getroffen werden können.

Ist die besondere Pflegekraft beim Pflegebedürftigen angestellt, hat dieser wegen § 77 I 3 SGB XI keinen Anspruch auf Pflegesachleistungen nach § 36 SGB XI, weil diese besondere Pflegekraft dann nicht die Voraussetzungen für den Abschluss eines Vertrages nach § 77 SGB XI mit der Pflegekasse erfüllt. In § 66 IV 2 SGB XII wird die Wahl des Pflegebedürftigen, seinen Pflegebedarf durch eine bei ihm angestellte besondere Pflegekraft abzudecken, insoweit privilegiert, als er dann nicht auf die vorrangige Inanspruchnahme von Pflegesachleistungen nach § 36 SGB XI verwiesen wird, da ihm dies die Wahlmöglichkeit faktisch nehmen würde.[399] Es erfolgt nur eine Anrechnung des Pflegegeldes nach § 66 IV 3 SGB XII. In diesem Fall besteht keine Rechtsbeziehung zwischen Sozialhilfeträger oder Pflegekassen zur besonderen Pflegekraft, so dass in diesem Verhältnis auch keine Sollensanforderungen bestehen. Allerdings hat der Pflegebedürftige nach § 66 IV 2 SGB XII die Pflicht, die Pflege durch die beschäftigten

397 *Jaritz/Eicher*, in: jurisPK-SGB XII, § 75, Rn. 156-158.

398 *Jaritz/Eicher*, in: jurisPK-SGB XII, § 75, Rn. 153.

399 Natürlich hat der Pflegebedürftige wegen des Ausschlusses in § 77 I 3 SGB XI bei der Wahl des Arbeitgebermodells gar keinen Anspruch auf Pflegesachleistungen. Es wäre jedoch denkbar, den Pflegebedürftigen aufgrund der Subsidiarität der Sozialhilfe auf die gegenüber dem Pflegegeld nach § 37 SGB XI höheren Pflegesachleistungen zu verweisen. Auf diese „strenge" Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes hat der Gesetzgeber hier zugunsten der Schaffung einer Wahlmöglichkeit verzichtet. Vgl. zu dieser „besonderen Privilegierung" des Arbeitgebermodells im SGB XII, BSG vom 28.01.2013 – B 8 SO 1/12 R, Rn. 13ff. Dies hat aber zur Folge, dass Personen die nicht bedürftig sind i.S.d. Vorschriften zur Hilfe zur Pflege i.S.d. SGB XII anders behandelt werden als diejenigen, die bedürftig sind. Bei Pflegebedürftigen, die nicht bedürftig sind, steuert § 77 I 3 SGB XI deren Verhalten so, dass sie sich gegen das Arbeitgebermodell entscheiden, denn nur so haben sie Anspruch auf die deutlich höheren Pflegesachleistungen. Die Wahl des Arbeitgebermodells, bei dem sie nur Anspruch auf Pflegegeld nach § 37 SGB XI haben, führt bei ihnen dazu, dass sie einen deutlich höheren Eigenanteil erbringen müssen als bei der Inanspruchnahme von Pflegesachleistungen. Bei Pflegebedürftigen hingegen, die bedürftig i.S.d. SGB XII sind, ist die Wahl zwischen dem Arbeitgebermodell und Pflegesachleistungen wirtschaftlich gleichwertig. Nimmt der Pflegebedürftige die höheren Pflegesachleistungen nach dem SGB XI in Anspruch, so werden diese auf seinen Anspruch auf Hilfe zur Pflege angerechnet. Entscheidet er sich hingegen für das Arbeitgebermodell, erhält er zwar nur das niedrigere Pflegegeld nach § 37 SGB XI, wegen § 66 IV 2, 3 SGB XII wird aber auch nur dieses auf seinen Anspruch auf Hilfe zur Pflege angerechnet.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Pflegekräfte selbst sicherzustellen. Dafür muss der Pflegebedürftige ein seinem Pflegebedarf entsprechendes Pflegekonzept erstellen (lassen).[400] Der Pflegebedarf muss nach diesem Konzept sowohl quantitativ als auch qualitativ abgedeckt werden. Hinsichtlich der qualitativen Anforderungen enthält das SGB XII keine konkreten Vorgaben. Auch in Rechtsprechung und Literatur finden sich keine Aussagen, welchen Inhalt die qualitative Komponente der Sicherstellungspflicht hat. Im Ergebnis dürften die Anforderungen deutlich höher sein als bei der Sicherstellungspflicht nach § 37 I 2 SGB XI für die Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte. Zum einen handelt es sich beim Arbeitgebermodell nach §§ 66 IV 2, 65 I 2 Var. 1 SGB XII um Fachkräfte. Zum anderen soll § 66 IV 2 SGB XII lediglich die Wahlmöglichkeiten des Pflegebedürftigen gegenüber § 66 IV 1 SGB XII um das Arbeitgebermodell erweitern, nicht jedoch die qualitativen Anforderungen an die zu erbringenden Leistungen verringern, so dass sich bei der qualitativen Sicherstellung an den Anforderungen bei §§ 66 IV 1, 65 I 2 Var. 1 SGB XII zu orientieren ist. Bei dieser Sicherstellungsverpflichtung handelt es sich um eine Anspruchsvoraussetzung für die Kostenübernahme.

b) Herstellung der Verbindlichkeit

Die Struktursollensanforderungen, die durch Gesetz „hergestellt" werden (wie § 11 I 1 SGB XI), sind im jeweiligen Geltungsbereich des Gesetzes auch verbindlich. Dennoch ist für die Verbindlichkeit bei der Konkretisierung im Einzelfall zwischen § 11 I 1 SGB XI und den §§ 113, 113a SGB XI zu unterscheiden. Die Verbindlichkeit für den Einzelfall erfolgt bei § 11 I 1 SGB XI nämlich im Gegensatz zu den §§ 113, 113a SGB XI nicht in der Form, dass einzelne Leitlinien, Standards oder sonstige Erkenntnisse unmittelbar durch den Gesetzgeber Allgemeingeltung erlangen. Vielmehr wird der unbestimmte Rechtsbegriff „allgemein anerkannter Stand medizinisch-pflegerischer Erkenntnisse" ausgelegt, was letztverbindlich durch die Gerichte erfolgt,[401] und erst durch die Konkretisierung der Norm auf den Einzelfall wird beispielsweise eine bestimmte Leitlinie rezipiert.[402] Diese konkretisierende Rezeption für § 11 I 1 SGB XI erfolgt notwendigerweise dynamisch. Sie ist verfassungsrechtlich jedoch unbedenklich, da die rezipierten Regeln formal gerade nicht die Autorität eines Gesetzes haben und damit auch nicht an der für das Gesetz notwendigen demokratischen Legitimation teilhaben müssen.[403] Auch die Rezeption in § 113a III SGB XI erfolgt entwicklungsoffen, was

400 *Meßling*, in: jurisPK-SGB XII, § 66, Rn. 49; LSG Baden-Württemberg vom 15.09.2006 – L 7 SO 4051/06 ER-B, Rn. 5.

401 Jedenfalls im öffentlichen Recht folgt aus Art. 19 IV GG eine vollständige richterliche Rechtskontrolle, *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, GG III, Art. 19 IV, Rn. 183.

402 *Mengel,* Sozialrechtliche Rezeption ärztlicher Leitlinien, S. 102f., für § 2 I 3 SGB V mit dem Hinweis, dass ein Leitlinie damit „faktisch mit der Autorität des Rechts" ausgestattet werden kann.

403 Zu den verfassungsrechtlichen Problemen bei einer dynamischen Verweisung unmittelbar durch Gesetz, siehe *Mengel,* Sozialrechtliche Rezeption ärztlicher Leitlinien, S. 124ff.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zahl und Inhalt der Expertenstandards angeht, die Verbindlichkeitserklärung erfolgt jedoch nur für Expertenstandards, die nach dem Verfahren des § 113a SGB XI entwickelt wurden. Gleiches gilt für die Maßstäbe und Grundsätze nach § 113 SGB XI.[404]

Die Zulassung nach § 72 SGB XI erfolgt formal betrachtet durch Versorgungsvertrag. Vertragsparteien sind dabei nach § 72 II SGB XI der Träger der Pflegeinrichtung auf der einen Seite und die Landesverbände der Pflegekassen des jeweiligen Bundeslandes (§§ 81 I, 52 I SGB XI) auf der anderen Seite. Mit den überörtlichen Trägern der Sozialhilfe ist lediglich ein Einvernehmen erforderlich. Trotz des Abschlusses des Vertrages auf der Ebene nur eines Bundeslandes gilt der Vertrag nach § 72 II 2 SGB XI ausdrücklich für das gesamte Bundesgebiet. Die Struktursollensanforderungen nach § 72 III Nr. 1, 2 SGB XI selbst sind jedoch beim Abschluss des Versorgungsvertrages nicht dispositiv, so dass der Schluss vom Steuerungsinstrument Vertrag auf den Steuerungstyp Kooperation nur bei einer sehr formalen Betrachtungsweise möglich ist.[405] Es ist auch schwierig, Kooperation darin zu sehen, dass es dem Pflegedienst frei steht, sich überhaupt zulassen zu lassen. Da die Pflegesachleistungen deutlich höher ausfallen als das Pflegegeld, kann eine wirtschaftlich sinnvolle und legale Erbringung entgeltlicher Pflegeleistungen durch professionelle Pflegekräfte nur in Form der Pflegesachleistung erfolgen, und eben diese können erst nach Zulassung erbracht werden. Für die Zulassung haben die Landesverbände der Pflegekassen ein Monopol. Ein Pflegedienst ist damit zumindest faktisch zum Abschluss des Versorgungsvertrages mit den Landesver-

404 Teilweise wird eine fehlende demokratische Legitimation der Vertragsparteien des § 113 I 1 SGB XI bemängelt, siehe *Bieback,* Qualitätssicherung in der Pflege im Sozialrecht, S. 20; *Leitherer*, in: KassKomm, SGB XI, § 113, Rn. 9. Die Problematik ist grundsätzlich vergleichbar mit der aktuellen Diskussion für die Pflegetransparenzvereinbarungen und wird an dieser Stelle ausführlich erörtert. Für die gegenwärtig geltenden Maßstäbe und Grundsätze nach § 113 SGB XI gelten diese Bedenken jedoch nur eingeschränkt, da diese durch die Schiedsstelle nach § 113b II SGB XI festgesetzt wurden und die Schiedsstelle anders als die Vertragsparteien nach § 113 I 1 SGB XI unter der Rechtsaufsicht des Bundesministeriums für Gesundheit steht, § 113b IV SGB XI.

405 Selbst bei einer Betrachtungsweise, die sich an den eher formalen Definitionen für hierarchische und kooperative Steuerung orientiert, ist die Einordnung schwierig. Insbesondere misslingt der Schluss vom Steuerungsinstrument Verwaltungsakt auf den Steuerungstyp Hierarchie in dieser Situation. Definiert man Hierarchie mit einem „institutionalisierten Über-/ Unterordnungsverhältnis, welches die Handlungsautonomie der untergeordneten Akteure entscheidend einschränkt oder beseitigt“ und Kooperation damit, dass die Akteure „institutionell gleichgestellt sind, also kein Akteur durch die erzielte Einigung gegen seinen Willen gebunden werden kann“ (siehe *Börzel,* Der "Schatten der Hierarchie" - Ein Governance-Paradox, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 118, 119f.) dann wäre eine Zulassung durch Verwaltungsakt so wie jeder begünstigende Verwaltungsakt keinem der Steuerungstypen eindeutig zuordenbar. Zwar liegt ein Über-/ Unterordnungsverhältnis vor, die Handlungsautonomie des untergeordneten Akteurs ist jedoch formal nicht eingeschränkt, da dieser selbst entscheidet, ob er einen Antrag stellt oder nicht. Nur der Erlass eines Verwaltungsaktes, der zur Leistungserbringung verpflichtet, wäre eindeutig hierarchisch. Insbesondere in Fällen, in denen der Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes durch den Abschluss eines Vertrages ersetzt wird, ist damit für den ursprünglich untergeordneten Akteur nicht zwingend ein Mehr an Handlungsautonomie verbunden. In diesen Situationen ist die Zuordnung zum Steuerungstyp Kooperation zumindest kritisch zu hinterfragen.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bänden der Pflegekassen gezwungen. Andererseits besteht bei Erfüllung aller Voraussetzungen auch für die Landesverbände der Pflegekassen die Pflicht zum Abschluss eines Versorgungsvertrages. Tatsächlich unterscheidet sich die Situation damit nicht von der Zulassung durch Verwaltungsakt, auf den bei Erfüllung aller Voraussetzungen ein Anspruch besteht. Im Ergebnis kann man sagen, dass mit dem Versorgungsvertrag formal kooperativ gehandelt wird, aber der Inhalt durch zwingendes Gesetz und damit durch Hierarchie vorgegeben ist. Die hierarchischen Vorgaben sind hier jedoch so intensiv, dass von der Kooperation inhaltlich nichts übrig bleibt und zwar weder für den gesellschaftlichen noch für den staatlichen Akteur. Die Motivation zum Vertragsabschluss auf Seiten der Pflegedienste entsteht auch nicht durch einen „Schatten der Hierarchie“[406], da die zwangsweise Verpflichtung zur Leistungserbringung nicht ernsthaft droht, sondern die Motivation entsteht aufgrund der beschriebenen wirtschaftlichen Zwänge. Ob man die Zulassung durch Versorgungsvertrag als gebundene oder beiderseitig erzwungene Kooperation oder letztlich konsequent als Hierarchie bezeichnet, hat keine Auswirkungen auf die Auslegung und die Wirkungen des § 72 SGB XI und ist daher letztlich eine reine Begriffsfrage. Allerdings kritiklos von Kooperation zu sprechen, würde bedeuten, die Augen vor den mit kooperativem Handeln assoziierten Wirkungen zu verschließen. Bei im Wege der Kooperation gefundenen Ergebnissen wird allgemein erwartet, dass über etwas verhandelt wurde. Denn durch die Möglichkeit der Verhandlung soll im Vergleich zu hierarchisch vorgegebenen Ergebnissen eine höhere Akzeptanz des Ergebnisses entstehen und möglicherweise auch ein besseres Ergebnis gefunden werden.[407] Erst diese erwartete höhere Akzeptanz sowie das bessere Ergebnis machen Kooperation zu einem modernen Steuerungsmodus, der dem der Hierarchie aus dem Blickwinkel der Steuerung in bestimmten Situationen überlegen ist. Jedenfalls diese Überlegenheit ist für § 72 SGB XI nicht zu erwarten. Vielmehr hat der Gesetzgeber hier nur formal modern gehandelt.

Werden ausschließlich oder zusätzlich Leistungen nach dem SGB XII bezogen, so gelten die Sollensanforderungen an den Pflegebedürftigen nach § 65 I 2 Var. 1 SGB XII (Erforderlichkeit der Kosten) und nach § 66 IV 2 SGB XII (Sicherstellung der Pflege) unmittelbar durch gesetzliche Anordnung. Bei der Erbringung von Pflegesachleistungen im Geltungsberiech des § 75 V 1 SGB XII gilt das zum SGB XI Gesagte. Bei Abschluss eines Vertrages nach § 75 III SGB XII werden die Qualitätsanforderungen durch Einigung der Vertragsparteien verbindlich. Im Unterschied zu § 72 III SGB XI ist die Qualität der Leistungen inhaltlich bei § 75 III Nr. 1 SGB XII noch nicht gesetzlich bestimmt.[408]

406 Siehe *Börzel,* Der "Schatten der Hierarchie" - Ein Governance-Paradox, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 118, 119f.

407 *Voigt,* Der kooperative Staat: Auf der Suche nach einem neuen Steuerungsmodus, in: *Voigt* (Hrsg.), Der kooperative Staat, S. 33, 62f., diese Vorteile kann man allgemein als Kooperationsgewinn bezeichnen, *Scharpf,* Zur Theorie von Verhandlungssystemen, in: *Benz/Scharpf/Zintl* (Hrsg.), Horizontale Politikverflechtung, S. 11, 21.

408 *Jaritz/Eicher*, in: jurisPK-SGB XII, § 75, Rn. 81.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Umsetzung in der Praxis

Die Umsetzung in der Praxis erfolgt durch den Leistungserbringer. Bei der Leistungserbringung werden idealer Weise alle Sollensanforderungen eingehalten, was durch gleichzeitige oder nachträgliche Kontrolle geprüft wird.

d) Überwachung

Die Erfüllung von Anforderungen kann von verschiedenen Personen überwacht werden. So können die an der Leistungserbringung unmittelbar Beteiligten, nämlich Leistungserbringer und Leistungsempfänger, selbst kontrollieren, ob die Anforderungen erfüllt werden. Auch die zwar außerhalb der Leistungserbringung stehenden, aber doch dem Lager des Leistungsempfängers zuzurechnenden Angehörigen können eine Überwachungsfunktion wahrnehmen. Der Leistungserbringer mag zwar für die Überwachung über die nötigen Informationen verfügen, ob aber in jedem Fall eine starke Motivation zur Überwachung der eigenen Arbeit besteht, darf bezweifelt werden. Bei Leistungsempfänger und Angehörigen sind es die im Grundlagenteil bereits beschriebenen besonderen Eigenschaften der Pflegedienstleistungen[409], die zu einem Informationsdefizit führen und eine Überwachung für diese schwierig machen. Deshalb werden vom Gesetzgeber besondere Einheiten, seien es Behörden oder beauftragte Dritte, mit dem nötigen Fachwissen mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet, die dann eine effektive Überwachung gewährleisten sollen.[410] Die Überwachung der besonderen Einheiten wird unter aa), die der übrigen Beteiligten unter bb) dargestellt.

aa) Staatlich initiierte Überwachung

(1) Struktursollensanforderungen

Die Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnungen nach § 2 I AltPflG, § 2 I KrPflG werden vor Erlaubniserteilung geprüft. Eine Überwachung der Voraussetzungen in § 2 I Nr. 2, 3 KrPflG und § 2 I Nr. 2, 3 AltPflG, deren Wegfall einen Widerruf der Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung ermöglicht, findet nach diesen Gesetzen nicht statt. Bei den Kompetenzerhaltungsanforderungen nach den Berufsordnungen in Bremen, Hamburg und dem Saarland besteht für den professionell Pflegenden eine Nachweispflicht[411] gegenüber der zuständigen Behörde.

409 Siehe Pkt. B. II. 2. a) bb) (1) (b) (aa).

410 So werden beispielsweise für die Prüfung der Pflegeeinrichtungen nach § 114 SGB XI der Medizinische Dienst der Krankenversicherung oder ein bestellter Sachverständiger beauftragt.

411 § 5 I Nr. 2 lit. e der Berufsordnung für staatlich anerkannte Pflegeberufe Bremen verlangt einen Nachweis bei der Senatorin für Arbeit, Frauen, Gesundheit, Jugend und Soziales. Nach § 6 II 2

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Struktursollensanforderungen nach dem SGB XI und SGB XII, die unmittelbar zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer wirken, werden beim Abschluss des Versorgungsvertrages nach § 72 SGB XI oder nach § 125 SGB XI, der Zulassung nach § 77 I SGB XI oder der Anstellung nach § 77 II SGB XI, beziehungsweise beim Abschluss der Vereinbarung nach § 75 III SGB XII geprüft. Da die Zulassung nach § 72 III 1 2.HS SGB XI bedarfsunabhängig erfolgt und bei Erfüllung aller Voraussetzungen ein Anspruch auf Abschluss des Versorgungsvertrages nach § 72 SGB XI besteht, hat die Prüfung im Wesentlichen qualitätssichernde Funktion. Die auch für die Zukunft wirkenden Struktursollensvoraussetzungen (vgl. „solange" in § 72 III 1 2. HS SGB XI) können bei den Regelprüfungen nach § 114 II 4 SGB XI mit einbezogen werden. Die Struktursollensanforderungen, die sich bei ausschließlichem oder gleichzeitigem Leistungsbezug nach dem SGB XII an den Pflegebedürftigen richten, also nach § 65 I 2 Var. 1 SGB XII das Erfordernis der Geeignetheit der besonderen Pflegekraft und nach § 66 IV 2 SGB XII die Sicherstellungsverpflichtung, werden als Anspruchsvoraussetzung für die Kostenübernahme nach § 65 I 2 Var. 1 SGB XII durch den Sozialhilfeträger geprüft. Für § 66 IV 2 SGB XII verlangt die Rechtsprechung zumindest die Vorlage eines Angebotes beim Sozialhilfeträger, das die erforderlichen Pflegeverrichtungen und das dafür notwendige Personal beschreibt.[412]

(2) Prozess- und Ergebnissollensanforderungen

Anders als bei den Struktursollensanforderungen, die zu einem großen Teil vor der Zulassung zur Leistungserbringung geprüft werden können und auch tatsächlich geprüft werden, wird die Einhaltung der Prozess- und Ergebnissollensanforderungen regelmäßig erst nach Erbringung der zu bewertenden Leistungen geprüft. Zwar ist eine gleichzeitige Prüfung theoretisch möglich, praktisch kann eine solche zumindest nicht flächendeckend und dauerhaft erfolgen, da dafür ein Prüfer ständig vor Ort sein müsste.

(a) Kein Leistungsbezug

Die durch die Berufsordnungen von Bremen, Hamburg und dem Saarland statuierten Prozess- und Ergebnissollensanforderungen werden nicht gesondert überwacht. Hingegen enthalten die Nachfolgegesetze der Länder zum Bundesheimgesetz, die Prozess- oder Ergebnissollensanforderungen für selbständige betreute Wohngruppen enthalten, regelmäßig auch Vorschriften zu deren Überwachung, wobei sowohl beim Prüfumfang[413] als auch beim Prüfanlass Unterschiede bestehen. Um überhaupt die Möglichkeit

---

Pflegekräfte-Berufsordnung Hamburg ist ein Nachweis bei der für das Gesundheitswesen zuständigen Stelle zu erbringen und nach § 6 II 2 der Berufsordnung für Pflegefachkräfte im Saarland ist der Nachweis gegenüber dem Landesamt für Soziales, Gesundheit und Verbraucherschutz zu erbringen.

412 LSG Baden-Württemberg vom 15.09.2006 – L 7 SO 4051/06 ER-B, Rn. 5.

413 Der Prüfumfang ist begrenzt durch die Sollensanforderungen, die jeweils gestellt werden. So wird in Mecklenburg-Vorpommern nach § 16 II 2 EQG M-V nur nach Gefahren für Leib, Leben und Freiheit der Pflegebedürftigen geprüft.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu haben, eine Prüfung durchführen zu können, wird die Kenntnis der zuständigen Behörde von der Existenz einer Wohngruppe durch eine Anzeigepflicht gewährleistet.[414] So wird in Bayern nach Art. 21 II 1 PfleWoqG einmal jährlich die Qualität der Betreuung und Pflege kontrolliert. Anlassbezogene Qualitätsprüfungen erfolgen in Berlin nach § 18 WTG, in Mecklenburg-Vorpommern nach 16 II 2 EQG M-V und in Schleswig-Holstein nach § 8 II SbStG. In Hamburg gibt es aufgrund des umfassenden Anwendungsbereiches des Hamburgischen Wohn- und Betreuungsqualitätsgesetzes eine Anzeigepflicht für jeden Pflegedienst nach § 23 I HmbWBG. Prüfungen ambulanter Pflegedienste erfolgen stichprobenartig sowie anlassbezogen, § 30 I Nr. 4 HmbWBG. Auch in Hessen besteht für ambulante Pflegedienste vor Betriebsaufnahme nach § 10 I HGBP eine Anzeigepflicht. Anders als für stationäre Einrichtungen, für die zusätzlich § 10 II HGBP gilt, muss die Anzeige bei ambulanten Einrichtungen keine Informationen zu den Strukturanforderungen, wie insbesondere die fachliche Eignung der Beschäftigten nach § 9 I Nr. 2 HGBP, enthalten. Allerdings kann die zuständige Behörde weitere für die „Aufgabenerfüllung" erforderliche Angaben verlangen. Dies sind dann doch wieder alle für die Prüfung der Voraussetzungen nach § 9 I HGBP erforderlichen Angaben, da zur „Aufgabenerfüllung" auch die Prüfung einer Untersagungsmöglichkeit nach § 22 I HGBP gehört und diese die Nichterfüllung einer der Voraussetzungen des § 9 HGBP erfordert. Die Anzeigepflicht hat damit durchaus eine eigene Bedeutung für die Prüfung der Strukturanforderungen, sie dient aber vor allem dazu, der zuständigen Behörde Kenntnis über eine Betriebsaufnahme zu verschaffen und dadurch Prüfungen der Einrichtung zu ermöglichen. Allerdings ist für ambulante Einrichtungen aufgrund des Wortlauts von § 16 I HGBP[415] schon fraglich, ob überhaupt Prüfungen von ambulanten Einrichtungen möglich sind. Der erste Halbsatz des § 16 I HGBP nennt mit Einrichtungen nach § 2 I Nr. 1 HGBP nur stationäre Einrichtungen für die Regelprüfungen. Der Bezug des zweiten Halbsatzes für die anlassbezogenen Prüfungen ist hingegen unklar. Daher wird vertreten, es fehle an der für einen Grundrechtseingriff bei den Betreibern von ambulanten Einrichtungen für eine Ermächtigungsgrundlage notwendigen Bestimmtheit, weshalb auch § 16 I 2. HS HGBP nicht für ambulante Einrichtungen gelten könne.[416] Dann wäre eine Prüfung ambulanter Einrichtungen insbesondere ambulant betreuter Wohngruppen nur nach § 16 VIII HGBP möglich, um zu prüfen, ob es sich um eine stationäre oder ambulante Einrichtung handelt. Allerdings ist zu bedenken, dass sich die Frage der Bestimmtheit erst nach Anwendung aller Auslegungsmethoden und nicht bereits nach der reinen Wortlautauslegung stellt.[417] Der Wortlaut bestimmt

414 In Bayern nach Art. 21 I 2, 3 PfleWoqG, in Berlin nach § 14 WTG, Schleswig-Holstein nach § 13 SbStG

415 § 16 I HGBP: „Einrichtungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 sind in regelmäßigen Abständen durch die Behörde zu prüfen; anlassbezogene Prüfungen bleiben unberührt."

416 *Bachem,* PflR 2013, S. 3, 6f., 9.

417 Für unbestimmte Rechtsbegriffe: *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, GG III, Art. 20, VII., Rn. 62.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lediglich die äußeren Grenzen der Auslegung.[418] Aus der Historie lässt sich nicht klar entnehmen, ob Anlassprüfungen bei ambulanten Einrichtungen möglich sein sollten.[419] Etwas anderes gilt für die systematische und teleologische Auslegung, insbesondere ist die Systematik mehr als nur die folgenden Absätze des § 16 HGBP. So regelt § 22 I HGBP als stärkste Form von Sanktion bei festgestellten Mängeln ausdrücklich auch für ambulante Einrichtungen, nämlich die Untersagung des Betriebes, wenn Anordnungen zur Mängelbeseitigung nach § 18 HGBP nicht ausreichen. Wie, wenn nicht durch (anlassbezogene) Prüfungen, sollen diese Mängel festgestellt werden. Auch aus den Aufgabenzuweisungen in § 1 I HGBP und § 4 HGBP ergibt sich, dass anlassbezogene Prüfungen im gesamten Geltungsbereich des HGBP möglich sein sollen. So beschreibt § 4 S. 1 HGBP den typischen Anlass für eine anlassbezogene Prüfung, nämlich „Anregungen, Hinweise und Beschwerden". § 4 S. 2 HGBP beschreibt dann die Folge, nämlich die Pflicht der Behörde zu handeln, d.h. „den Beschwerden unverzüglich nachzugehen". Auch dies ist beispielsweise durch eine anlassbezogene Prüfung möglich. Bei dieser Auslegung handelt es sich auch nicht um einen unzulässigen Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis, denn mit § 16 I HGBP besteht eine Befugnisnorm, die lediglich der Auslegung bedarf. Aus dem Sinn und Zweck der Befugnis zu anlassbezogenen Prüfungen im Zusammenhang mit den dadurch zu erfüllenden Aufgaben ergibt sich damit klar, dass anlassbezogene Prüfungen bei allen Pflegeeinrichtungen möglich sein sollen. Da diese Auslegung die Wortlautgrenze des § 16 I 2. HS nicht überschreitet, enthält § 16 I 2. HS HGBP die Befugnis zur anlassbezogenen Prüfung bei ambulanten Diensten.

(b) Ausschließlich Leistungsbezug nach dem SGB XI

Die Einhaltung der Anforderungen durch ambulante Pflegeeinrichtungen i.S.d. § 72 I SGB XI nach dem SGB XI erfolgt durch Qualitätsprüfungen nach § 114 SGB XI. Verantwortlich für die Durchführung der Prüfung sind die Landesverbände der Pflegekassen. Die Prüfungen selbst werden vom Medizinischen Dienst der Krankenversicherung (MDK) oder von bestellten Sachverständigen im Auftrag der Landesverbände der Pflegekassen durchgeführt. Es gibt drei Arten von Prüfungen: Regelprüfungen, Anlassprüfungen und Wiederholungsprüfungen.

418 *Larenz/Canaris,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 163f.; a.A. *Wank,* Die Auslegung von Gesetzen, S. 42, der die Grenzen der Auslegung mit den Sinn des Gesetzes bestimmen will.

419 Zwar lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht eindeutig entnehmen, dass von dem ursprünglichen Entwurf, der eindeutig Anlassprüfungen bei ambulanten Einrichtungen ermöglichte, vgl. LT-Drucks. 18/3763, S. 8, abgewichen werden sollte. Auch wurde der allgemeine Zweck des Gesetzes, nämlich der umfassende Schutz von Pflegebedürftigen auch in häuslicher Umgebung, LT-Drucks. 18/3763, S. 15, nicht geändert. Damit könnte man für die Endfassung annehmen, es liege lediglich der (möglicherweise missglückte) Versuch einer redaktionellen Änderung vor, was für eine anlassbezogene Prüfkompetenz sprechen würde. Aber auch die Argumentation, die Änderung des Wortlautes sollte auch zu einer inhaltlichen Änderung führen, dies sei lediglich aus politisch-taktischen Gründen nicht kommuniziert worden, erscheint vertretbar, vgl. *Bachem,* PflR 2013, S. 3, 7.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Regelprüfungen sollen mindestens einmal jährlich erfolgen. Der Prüfungsumfang ergibt sich aus § 114 II SGB XI. Im Vordergrund steht dabei die Prüfung der Ergebnisqualität. Nach § 114 III SGB XI kann sich der Prüfungsumfang durch vorangegangene andere staatliche Prüfungen verringern. In Betracht kommen hier vor allem Prüfungen nach den Nachfolgegesetzen der Länder zum Bundesheimgesetz, die aber im Bereich der häuslichen Pflege, wie eben beschrieben, nur sehr eingeschränkt existieren. Auch durch private vom Einrichtungsträger veranlasste Prüfungen kann sich der Prüfungsumfang verringern, § 114 IV SGB XI. Allerdings kann die Prüfung der Ergebnisqualität durch den MDK oder den bestellten Sachverständigen nach § 114 IV 3 SGB XI nicht durch eine von der Pflegeinrichtung veranlasste Prüfung ersetzt werden. Gleiches soll für die Prüfungen nach § 114 III SGB XI gelten.[420] Da es im Ergebnis durch vom Einrichtungsträger veranlasste Prüfungen zu keiner nennenswerten Verringerung des Prüfumfangs kommt, weil die Ergebnisqualität nach § 114 II 3 SGB XI den Schwerpunkt der Regelprüfung darstellt, dürfte das Ziel von § 114 IV SGB XI, nämlich die Flexibilisierung des Prüfgeschehens und die Stärkung des internen Qualitätsmanagements,[421] kaum zu erreichen sein.

Anlassprüfungen erfolgen zwar aufgrund eines konkreten Prüfanlasses, es wird dann aber eine vollständige Prüfung durchgeführt, § 114 V 1 SGB XI.

Eine Wiederholungsprüfung dient vor allem dem Interesse der Pflegeeinrichtung, um nachzuweisen, dass die bei einer vorher durchgeführten Regel- oder Anlassprüfung festgestellten Mängel beseitigt wurden. Aufgrund der negativen wirtschaftlichen Folgen festgestellter Mängel (insbesondere durch die Veröffentlichung der Prüfberichte) wird das Interesse der Pflegeinrichtung an einer Wiederholungsprüfung durch Art. 12 I GG rechtlich geschützt.[422] Dies wirkt sich auch auf die Ausgestaltung des Anspruches auf eine Wiederholungsprüfung aus. So besteht grundsätzlich ein Ermessen der Landesverbände der Pflegekassen, wenn jedoch wesentliche Teile der Pflegequalität von den Mängeln betroffen waren und der Pflegeeinrichtung unzumutbare Nachteile drohen, hat die Pflegeeinrichtung einen gebundenen Anspruch, § 114 V 5 SGB XI. Vor Erreichen der Belastungsschwelle des § 114 V 5 SGB XI sind die rechtlich geschützten Interessen der Pflegeeinrichtung bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen. Die Kosten für eine Wiederholungsprüfung hat in jedem Fall die Pflegeeinrichtung zu tragen.[423]

Die Art und Weise der Durchführung der Prüfung regelt § 114a SGB XI. Dabei ist wesentlich, dass die Prüfung am Ort der Pflege durchgeführt wird, wobei Prüfungen ambulanter Pflegeeinrichtungen einen Tag vorher angekündigt werden,[424] § 114a I, 1, 3

420 BT-Drucks. 16/8525, S. 102; 16/9980, S. 6.

421 BT-Drucks. 16/8525, S. 103; *Leitherer*, in: KassKomm, SGB XI, § 114, Rn. 17.

422 BT-Drucks. 16/8525, S. 103.

423 Detailliert zu den Voraussetzungen der Kostentragung, der Rechtsnatur der Kostenrechnung und der Höhe der Kosten, SG Darmstadt vom 24.01.2011 – S 18 P 25/10.

424 Vor der Änderung durch das Pflegeneuausrichtungs-Gesetz vom 23.10.2012 erfolgte jedenfalls nach dem Gesetz auch die Prüfung ambulanter Einrichtungen unangemeldet. Da jedoch aus organisatori-

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

SGB XI. Damit die Prüfung vor Ort auch tatsächlich durchgeführt werden kann, haben die Pflegeeinrichtungen eine Mitwirkungspflicht nach § 114 I 4 SGB XI.[425] Inwieweit ein Recht zum Betreten der nach Art. 13 GG geschützten Wohnung des Pflegebedürftigen besteht, ist in § 114a II SGB XI geregelt. Mit Einwilligung des Wohnungsinhabers ist ein Betreten sowohl bei der stationären als auch bei der häuslichen Pflege zulässig, § 114a II 3, 4 SGB XI. Ein Betretungsrecht ohne Einwilligung des Pflegebedürftigen zur Abwendung drohender Gefahren gibt es hingegen für die häusliche Pflege nicht, sondern nach § 114a II 3 SGB XI nur bei Heimbewohnern. Was inhaltlich genau Gegenstand der Prüfung ist, ergibt sich aus §§ 114 III SGB XI i.V.m. der Richtlinie[426] nach § 114 VII SGB XI. Die Inaugenscheinnahme des pflegerischen Zustandes von Pflegebedürftigen erfolgt dabei als Stichprobe (Nr. 6 Absatz 8 der Richtlinie), wobei sich aus dem Anhang zur Richtlinie und der MDK-Anleitung zu der Richtlinie ergibt, dass die Inaugenscheinnahme sowohl die unmittelbare Kontrolle des gegenwärtigen Zustandes des Pflegebedürftigen als auch eine Plausibilitätskontrolle der Pflegedokumentation enthält.[427] Eine Erweiterung der Stichprobe ist nach § 114 V 2 SGB XI[428] möglich, wenn konkrete Anhaltspunkte für Defizite bei anderen Pflegebedürftigen im Rahmen der Prüfung sichtbar werden. Bedenklich ist die Ausgestaltung der Befragung nach § 114 III 2 SGB XI in der Richtlinie. Zum einen ist nur die Befragung des Pflegebedürftigen vorgesehen. Dies ergibt sich aus Nr. 6 Absatz 8 der Richtlinie sowie Nr. 17 der Anlage zur Richtlinie, wo lediglich ein Erhebungsbogen zur Kontrolle der Zufriedenheit des Leistungsempfängers vorgesehen ist. Insbesondere fehlt damit die Grundlage für seine systematische Befragung der Angehörigen und gegebenenfalls des Betreuers. Dies ist vor allem vor dem Hintergrund bedenklich, dass damit keine subjektiven Qualitäts-

---

schen Gründen regelmäßig die Anwesenheit der Pflegedienstleitung erforderlich ist, soll die Benachrichtigung am Tag zuvor dazu dienen, dies sicherzustellen, vgl. BT-Drucks. 17/9369, S. 49.

425 Die Folgen der Verweigerung der Mitwirkung sind nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Die Prüfer selbst, also der medizinische Dienst der Krankenversicherung oder die bestellten Sachverständigen, haben keine Möglichkeit, die Erfüllung der Mitwirkungspflicht zu erzwingen. Fraglich ist, ob die Pflicht zur Mitwirkung von den Landesverbänden der Pflegekassen durch Verwaltungsakt festgesetzt und durchgesetzt werden kann oder ob bei Verweigerung der Mitwirkung unmittelbar die Sanktionen festgesetzt werden können, die bei einem mangelhaften Prüfergebnis zur Verfügung stehen. Gegen die Möglichkeit der Verpflichtung durch Verwaltungsakt und anschließender Vollstreckung mit Verweis auf Art. 13 GG, *Roller,* VSSR 2001, S. 335, 341f.

426 Die aktuellen Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes über die Prüfung der in Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität nach § 114 SGB XI vom 17.01.2014 gelten ab 01.02.2014 (abrufbar unter: http://www.mds-ev.de/media/pdf/Pruefgrundlagen_ambulante_Pflege _14_02_01.pdf, besucht am 21.07.2014).

427 Sowohl die Inaugenscheinnahme als auch die Einsicht in die Pflegedokumentation bedürfen der Einwilligung des Pflegebedürftigen, § 114a III 4, 5 SGB XI.

428 Nach dieser Vorschrift kann bei jeder Form der Prüfung eine Erweiterung stattfinden. Praktisch relevant dürfte dies aber vor allem bei stationärer Pflege sein, denn bei ambulanten Leistungen befinden sich die nicht zur Stichprobe gehörenden Pflegebedürftigen nicht in räumlicher Nähe. Allenfalls bei systematischen Dokumentationsmängeln wird auch im ambulanten Bereich eine Erweiterung angezeigt sein.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kriterien bei schwer dementen Pflegebedürftigen erhoben werden, denn selbst wenn ein schwer dementer Pflegebedürftiger zum Stichprobenumfang gehört, wird, wenn die unmittelbare Befragung des Pflegebedürftigen unmöglich ist, ein anderer Pflegebedürftiger mit gleicher Pflegestufe an dessen Stelle ausgewählt (Nr. 6 Absatz 8 der Richtlinie). Aber auch vor dem Hintergrund, dass durch die Pflegewissenschaften eine Kooperation von professionellen und nichtprofessionellen Pflegekräften als Idealbild häuslicher Pflege angesehen wird,[429] ist die fehlende Grundlage für eine systematische Befragung der pflegenden aber auch der (noch) nicht pflegenden Angehörigen insgesamt bedenklich. Zwar bleibt eine Befragung der Angehörigen im Einzelfall möglich, dies genügt aber nicht, um anschließend die Ergebnisse der Qualitätsprüfungen vergleichen zu können, da dies nur bei Anwendung gleicher Prüfkriterien möglich ist.

Aus der Richtlinie zu § 114 VII SGB XI und der MDK-Anleitung zu der Richtlinie wird ersichtlich, dass es für einzelne Qualitätssicherungsinstrumente eine eigene Qualitätssicherung geben kann, die zumindest Elemente des Qualitätskreislaufes enthält. So gibt es in der Richtlinie Strukturanforderungen an die Qualifikation des Prüfteams. Auch enthält die Richtlinie selbst eine Anpassungsklausel, um zu gewährleisten, dass auch die Prüfungen dem Stand der Pflegewissenschaft, der Medizin und der Rechtsprechung entsprechen. Es gibt damit gewissermaßen eine Qualitätssicherung der Qualitätssicherung.

Die Kontrolle bei häuslicher Pflege findet nur in dem Umfang statt, indem Leistungen durch einen Pflegedienst erbracht werden, die nur aufgrund der Zulassung nach § 72 SGB XI erbracht werden dürfen, da auch nur insoweit die Qualitätsanforderungen der §§ 11 I 1, 113, 113a SGB XI verbindlich sind. Dies sind nur die Pflegesachleistungen nach §§ 36, 38 SGB XI, nicht jedoch Leistungen nach §§ 37, 39 SGB XI, sollten diese gerade bei § 37 SGB XI ausnahmsweise durch einen Pflegedienst erbracht werden. Bei der Kombination von Geld- und Sachleistungen nach § 38 SGB XI ist das Prüfteam des MDK „auf einem Auge blind“ und begutachtet nur den Sachleistungsanteil.

Das Ergebnis der Kontrolle wird durch das MDK-Prüfteam in einem Prüfbericht zusammengefasst, welcher innerhalb von 3 Wochen zu erstellen ist (Nr. 9 Absatz 1 der Richtlinie). Dieser Prüfbericht geht dann u.a. an den Auftraggeber der Prüfung, die Landesverbände der Pflegekassen. Bei schwerwiegenden Mängeln sind die Landesverbände der Pflegekassen unverzüglich zu benachrichtigen.

Für nach § 125 SGB XI zugelassene Betreuungsdienste gilt das zu den ambulanten Pflegeeinrichtungen Gesagte analog im Hinblick auf die erbrachten Betreuungsleistungen. Bei einer Zulassung von Einzelpersonen nach § 77 I SGB XI ist die Prüfung der Qualität nach § 77 I 2 1.HS SGB XI im Vertrag mit der jeweiligen Einzelperson zu regeln. Dabei kann die Pflegekasse jede Art der Kontrolle vereinbaren, mit der sie ihrer

429 Das Lösungspotential des Care-Mix als Teil des Welfare-Mix wird im Rahmen der Auswertung ausführlich untersucht.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sicherstellungsfunktion aus § 69 SGB XI gerecht wird. Die Kontrolle angestellter Einzelpersonen nach § 77 II SGB XI kann innerhalb des Anstellungsverhältnisses erfolgen. Die Pflegekasse ist als Arbeitgeber hier weisungsbefugt.

(c) Zusätzlicher oder ausschließlicher Leistungsbezug nach dem SGB XII

Soweit bei gleichzeitigem Bezug von Hilfe zur Pflege nach § 75 V 1 SGB XII die Sollensanforderungen des SGB XI gelten, gibt es keine eigenständige Prüfung durch den Träger der Sozialhilfe. Bei Geltung der Sollensanforderungen aus der Vereinbarung nach § 75 III Nr. 1 SGB XII werden diese durch den Träger der Sozialhilfe geprüft, wobei Inhalt und Verfahren der Prüfungen nicht gesetzlich vorgegeben sind, sondern zwischen dem Leistungserbringer und dem Träger der Sozialhilfe nach § 76 III 1 SGB XII vereinbart werden.[430] Die Sollensanforderungen aus § 65 I 2 Var. 1 SGB XII und § 66 IV 2 SGB XII, die sich an den Pflegebedürftigen richten, führen zwar bei nachträglichem Wegfall auch zum Wegfall des Anspruches auf Kostenübernahme. Prüfungen nach dem Zeitpunkt der Erstbewilligung, ob die Voraussetzungen auch weiterhin vorliegen, sind jedoch nicht vorgesehen. Allerdings hat der Pflegebedürftige nach § 60 I 1 Nr. 2 SGB I die Pflicht für die Leistung wesentliche Änderungen in den Verhältnissen mitzuteilen.

bb) Sonstige am Pflegeprozess Beteiligte

Eine Überwachung der Qualität der Pflegeleistungen erfolgt nicht nur aufgrund staatlicher Veranlassung, sondern auch aus eigenem Antrieb bei den sonstigen am Pflegeprozess Beteiligten. Trotz aller Schwierigkeiten aufgrund der Eigenschaften von Pflegeleistungen als Erfahrungsgut werden der Pflegebedürftige und seine Angehörigen die Qualität der empfangenen Maßnahmen für sich bewerten. Dabei spielen die Angehörigen eine umso größere Rolle, je weniger der Pflegebedürftige dazu selbst in der Lage ist. Auch ein Großteil der Leistungserbringer wird die Erbringung der Pflegeleistungen überwachen. Die formal außerhalb des Leistungserbringungsprozesses stehenden Vertreter von Presse, Rundfunk und Fernsehen haben ebenfalls eine Überwachungsfunktion, wenn sie über mögliche Pflegemissstände berichten. Die Stellung des Pflegebedürftigen und seiner Angehörigen als Überwacher der Pflegeleistungen wird gestärkt, wenn ihnen Einsichtsrechte in die Pflegedokumentation zustehen, da sie dann zumindest einen Teil ihres Informationsdefizits beseitigen können. Für den Pflegebedürftigen folgt ein solches Einsichtsrecht bereits als Nebenpflicht aus dem Pflegevertrag.[431] Ein unmittel-

430 Zu den Mindestinhalten der Vereinbarung, die aus der Gewährleistungsverantwortung des Sozialhilfeträgers abgeleitet werden: *Jaritz/Eicher*, in: jurisPK-SGB XII, § 76, Rn. 114.

431 So für die stationäre Pflege LG Karlsruhe vom 22.01.2010 - 9 S 311/09 mit Verweis auf die Rechtsprechung des BGH zum Einsichtsrecht in Krankenunterlagen, vgl. BGH vom 23.11.1982 – VI ZR 222/79, Rn. 13ff. Zwischen dem Pflegevertrag bei stationärer Pflege und dem Pflegevertrag bei häuslicher Pflege gibt es keine Unterschiede, die eine unterschiedliche Behandlung hinsichtlich der

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bares Einsichtsrecht der Angehörigen lässt sich auf diese Weise mangels vertraglicher Beziehung zum Pflegedienst jedoch nicht herleiten. Es bleibt damit nur ein Einsichtsrecht vermittelt durch den Pflegebedürftigen. Allerdings ist das Einsichtsrecht als höchstpersönliches Recht in diesem Fall nicht abtretbar,[432] so dass nur eine Geltendmachung im Namen der Pflegebedürftigen nach Bevollmächtigung bleibt.

Eine andere Frage ist, welche Sollensanforderungen die hier genannten weiteren Überwacher ihrer Überwachung zugrunde legen. So werden Pflegebedürftiger und Angehöriger vorrangig am subjektiven Wohlbefinden interessiert sein, was nicht zwingend mit den oben beschriebenen objektiven Sollensanforderungen übereinstimmen muss.[433] Die Leistungserbringer hingegen befinden sich im Spannungsfeld von objektiven Sollensanforderungen, subjektiven Vorstellungen der Pflegebedürftigen und Wirtschaftlichkeitsüberlegungen. Die Erfüllung der objektiven Sollensanforderungen liegt im Interesse der Leistungserbringer, um möglichen Sanktionen der Leistungsträger vorzubeugen. Da aber auch der Pflegebedürftige als Kunde erhalten bleiben soll, haben auch dessen Vorstellungen ein gewisses Gewicht und der wirtschaftliche Druck für die Leistungserbringer ist offensichtlich. Presse, Rundfunk und Fernsehen werden für die öffentliche Meinungsbildung eher auf die subjektiven Vorstellungen der Pflegebedürftigen zurückgreifen als auf die vorwiegend recht technischen objektiven Sollensanforderungen.

e) Reaktion auf die Überwachungsergebnisse

Bei der Reaktion auf die Überwachungsergebnisse kann man wiederum unterscheiden zwischen den Reaktionen der staatlichen Stellen, denen besondere rechtliche Instrumente zu Verfügung stehen, und den Reaktionen der sonstigen Beteiligten. Bei den sonstigen Beteiligten werden nur die Reaktionsmöglichkeiten des Pflegebedürftigen selbst dargestellt, da zum einen nur zwischen diesem und dem Leistungserbringer ein rechtliches Verhältnis besteht, aus dem sich Ansprüche ergeben können und zum ande-

---

vertraglichen Nebenpflichten rechtfertigen würden. Dies gilt vor allem, da die Nebenpflicht im Wesentlichen mittels verfassungskonformer Auslegung des § 242 BGB im Lichte des allgemeinen Selbstbestimmungsrecht des Patienten beziehungsweise Pflegebedürftigen hergeleitet wird, vgl. BVerfG vom 17.11.1992 – 1 BvR 162/89, Rn. 7. Das allgemeine Selbstbestimmungsrecht eines in häuslicher Umgebung Gepflegten ist in vergleichbarer Weise betroffen wie das eines Patienten oder eines stationär Gepflegten.

432 Zwar ist das Einsichtsrecht nach BGH vom 23.03.2010 – VI ZR 249/08, Rn. 17 nicht ausschließlich höchstpersönlicher Natur, sondern kann „auch legitimen wirtschaftlichen Belangen dienstbar gemacht werden“. Solche wirtschaftlichen Belange sind beispielsweise ein Schadensersatzanspruch. Bei einer isolierten Abtretung des Einsichtsrechts an Angehörige wäre jedoch nur der höchstpersönliche Teil des Einsichtsrechts betroffen und dieser Teil ist wegen § 399 BGB nicht abtretbar. Vgl. zur Unabtretbarkeit des höchstpersönlichen Teils des Einsichtsrechts *Schulze-Zeu,* VersR 2011, S. 194, 196.

433 *Büscher,* Finanzierungsfragen der häuslichen Pflege, S. 112.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren, weil sich Fehler der Leistungserbringung unmittelbar nur beim Pflegebedürftigen auswirken.

aa) Staatliche Einheiten

(1) Sanktionen

(a) Kein Leistungsbezug

Die allgemeinste Form der Sanktionen bilden die Strafgesetze. Aber darüber hinaus gibt es auch bei der Fallgruppe der Pflegebedürftigen ohne Leistungsbezug spezielle auf die Erbringung von Pflegeleistungen ausgerichtete Sanktionsmechanismen. AltPflG und KrPflG sehen die Möglichkeit vor, die Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung zurückzunehmen oder zu widerrufen. Bei einem Verstoß gegen Qualitätsanforderungen kommt vor allem der Wegfall der Voraussetzung in § 2 I Nr. 2 AltPflG und § 2 I Nr. 2 KrPflG in Betracht, nämlich dass sich die professionelle Pflegekraft eines Verhaltens schuldig macht, aus dem sich die Unzuverlässigkeit für die Ausübung des Berufes ergibt. Allerdings wird es sich dabei aufgrund der intensiven Wirkungen dieser Maßnahme für die Pflegekraft um bedeutende Sollensanforderungen oder um mehrere Verstöße handeln müssen. Rücknahme und Widerruf zum Führen der Berufsbezeichnung sind ein Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG.[434] Dieser muss verhältnismäßig sein. Liegen die Voraussetzungen für die Unzuverlässigkeit vor, so ist nach § 2 II 2 AltPflG beziehungsweise nach § 2 II 2 KrPflG die Erlaubnis zu widerrufen. Ein Ermessen der Behörde besteht nicht.

Auch Verstöße gegen Prozess- und Ergebnissollensanforderungen der Berufsordnungen in Bremen und dem Saarland sind sanktionsbewehrt. Die Verletzung der Berufspflichten stellt eine Ordnungswidrigkeit dar.[435] Die Berufsordnung von Hamburg hingegen enthält lediglich einen Hinweis auf die Möglichkeit, die Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung nach § 2 II AltPflG und § 2 II KrPflG aufgrund der Verletzung von Berufspflichten zu widerrufen. Auch die Nachfolgegesetze der Länder zum Bundesheimgesetz sehen Sanktionsmöglichkeiten bei negativer Abweichung des Ist- vom Sollzustand vor. Bei festgestellten Mängeln findet regelmäßig ein zweistufiges Verfah-

434 Bei Art. 12 I GG handelt es sich um ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit, vgl. *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG II, Art. 12, Rn. 22ff. Die 3-Stufen Theorie des Bundesverfassungsgerichts unterscheidet bei Eingriffen in dieses Grundrecht zwischen Berufsausübungsregelungen, subjektiven Berufszulassungsvoraussetzungen und objektiven Berufszulassungsvoraussetzungen, vgl. BVerfG vom 11.06.1958 – 1 BvR 596/56, Rn. 73ff. (Apothekenurteil). Da Rücknahme und Widerruf der Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung an Fähigkeiten und Charaktereigenschaften des Einzelnen, der die Berufsbezeichnung führt, anknüpfen, handelt es sich um subjektive Berufszulassungsvoraussetzungen. Vgl. zur Einordnung dieser subjektiven Eigenschaften *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG II, Art. 12, Rn. 355.

435 § 9 der Berufsordnung für professionelle Pflegekräfte in Bremen und § 11 der Berufsordnung für Pflegekräfte im Saarland.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren statt. Zunächst erfolgt grundsätzlich[436] eine Beratung mit Fristsetzung zur Mängelbeseitigung.[437] Ist dies nicht erfolgreich, können Anordnungen zur Mängelbeseitigung erlassen werden.[438] Allein in Mecklenburg-Vorpommern gibt es ein einstufiges Verfahren zum Erlass von Anordnungen ohne vorhergehende Beratung. Die Anordnungen nach § 16 IV, V EQG M-V sind jedoch auf Fälle beschränkt, in denen eine Gefahr für Leben, Gesundheit und Freiheit der Pflegebedürftigen besteht. Die für alle ambulanten Pflegedienste geltenden Gesetze von Hamburg und Hessen enthalten darüber hinaus die Möglichkeit, den Betrieb insgesamt zu untersagen[439], sowie ein Beschäftigungsverbot für die Einrichtungsleitung oder einen anderen Mitarbeiter auszusprechen[440] und soweit erforderlich eine kommissarische Leitung einzusetzen[441].

(b) Leistungsbezug ausschließlich nach SGB XI

Werden von ambulanten Pflegeeinrichtungen i.S.d. § 72 I SGB XI die für die Leistungserbringung durch diese nach dem SGB XI erforderlichen Struktursollensanforderungen bereits von Anfang an nicht erfüllt, so darf nach § 72 III SGB XI der Versorgungsvertrag nicht abgeschlossen werden. Die Sanktion besteht damit in der Nichtzulassung zur Leistungserbringung. Wurde ein Versorgungsvertrag trotz Nichterfüllung dieser Voraussetzungen abgeschlossen, so ist zunächst zu fragen, ob dieser nach § 58 SGB X nichtig ist. Eine Sondervorschrift im SGB XI zu Nichtigkeit des Versorgungsvertrages, die § 58 SGB X verdrängen würde, existiert nicht. § 74 SGB XI ist vor allem eine Sondervorschrift für den Fall der nachträglichen Nichterfüllung von Sollensanforderungen.[442] Er verdrängt insoweit nur § 59 SGB X. Von praktischer Bedeutung dürfte vor allem § 58 I SGB X i.V.m. §§ 119ff., 142 BGB für den Fall einer erfolgreichen Anfechtung sein.[443] Zwar geht § 74 SGB XI durch die Formulierung „nicht oder nicht

436 Nur bei besonders schwerwiegenden Mängeln kann von der Beratung abgesehen werden.

437 Bayern: Art. 21 III, 12 PfleWoqG; Berlin: § 21 WTG; Hamburg: § 32 HmbWBG; Hessen: § 17 HGBP; Schleswig-Holstein: § 22SbStG.

438 Bayern: Art. 21 III, 13 I, II PfleWoqG, wobei es sich bei einem Verstoß gegen diese Anordnungen um eine Ordnungswidrigkeit nach Art. 30 II Nr. 4 PfleWoqG handelt. Berlin: § 22, 23, 25 WTG; Hamburg: §§ 33-35 HmbWBG sowie Ordnungswidrigkeit nach § 39 I Nr. 1, 2 HmbWBG; Hessen: § 18 HGBP, zusätzlich soll die Behörde dem betroffenen Pflegebedürftigen bei unzumutbaren Mängel bei der Suche nach einer neuen Pflegeeinrichtung nach § 19 HGBP unterstützen; Schleswig-Holstein: §§ 23-25 SbStG.

439 Hamburg: § 35 HmbWBG; Hessen: § 22 HGBP, kritisch zu § 22 II Nr. 2 HGBP, *Bachem,* PflR 2013, S. 3, S. 3f.

440 Hamburg: § 34 I HmbWBG; Hessen: § 21S. 1 HGBP.

441 Hamburg: § 34 II HmbWBG, Hessen: § 21 S. 2 HGBP.

442 *Knittel*, in: *Krauskopf* (Begr.), SGB XI, § 74, Rn. 1; *Schütze*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 74, Rn. 2.

443 Zur Anfechtung als Nichtigkeitsgrund für öffentlich-rechtliche Verträge vgl. *Spieth*, in: *Bader/Ronellenfitsch* (Hrsg.), VwVfG, § 59, Rn. 23; für eine Anwendung der §§ 119ff, 142 BGB über § 61 S. 2 SGB X vgl. *Englmann*, in: *Wulffen* (Hrsg.), SGB X, § 61, Rn. 9; *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), VwVfG, § 62, Rn. 28.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mehr erfüllt“ in Absatz 1 Satz 1 1. Halbsatz in seinem Anwendungsbereich über § 59 SGB X hinaus und erfasst auch Fälle der ursprünglichen Nichterfüllung von Sollensanforderungen. Damit wird aber nur klargestellt, dass nicht jeder Versorgungsvertrag, der entgegen §§ 72 III, 71 I, III SGB XI zustande gekommen ist, nichtig ist. Besondere Nichtigkeitsgründe des BGB, zu denen auch die erfolgreiche Anfechtung gehört, werden davon nicht erfasst.[444] Für die nachträgliche Nichterfüllung gelten für Strukturensollensanforderungen keine Besonderheiten im Vergleich zu Prozess- und Ergebnissollensanforderungen, so dass eine gemeinsame Erörterung erfolgt.

Für die nachträgliche Nichterfüllung von Sollensanforderungen enthalten die §§ 115 II, III, 74 SGB XI ein nach dem Grad der Intensität abgestuftes Sanktionssystem. Am Ende des Sanktionssystems steht die Möglichkeit der Kündigung des Versorgungsvertrages. Diese ist nach § 74 I SGB XI mit einer Kündigungsfrist von einem Jahr und unter den nochmals verschärften Voraussetzungen des § 74 II SGB XI ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist möglich. Ausgehend von dieser stärksten Form der Sanktion, deren Einsatz gerade vermieden werden soll, sind die milderen Sanktionsmöglichkeiten als Mittel zu verstehen, die den Leistungserbringer zurück auf den Weg zur Einhaltung der Sollensanforderungen führen sollen. Dies ist zum einen vom Verhältnismäßigkeitsgedanken getragen und dient dem Schutz des Leistungserbringers.[445] Aber auch die Interessen von Leistungsträger und Leistungsempfänger an einer quantitativ ausreichenden Versorgung mit Pflegeleistungen sprechen dafür, die Kündigung des Versorgungsvertrages lediglich als ultima ratio einzusetzen. Ein Teil der gegenüber der Kündigung vorrangigen Mängelbeseitigung wird durch § 115 II 1 SGB XI geregelt. Danach haben die Landesverbände der Pflegekassen die Befugnis, die Pflegeeinrichtung per Verwaltungsakt unter Fristsetzung zu Mängelbeseitigung zu verpflichten. Erst wenn diese Frist abgelaufen ist, also dem Leistungserbringer eine eigenständige Mängelbeseitigung nicht gelungen ist, ist ein Vorgehen nach § 74 SGB XI möglich. Da die Entscheidung, ob eine Kündigung erfolgt, im Ermessen der Landesverbände der Pflegekassen steht, ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten.[446] Dabei ist auch die Möglichkeit zum Abschluss von Vereinbarungen nach § 74 I 3 SGB XI zu berücksichtigen, die gleich geeignetes aber milderes Mittel[447] im Vergleich zur Kündigung sein können. Auch bei

444 Anders wohl *Knittel*, in: *Krauskopf* (Begr.), SGB XI, § 74, Rn. 7, der davon ausgeht, dass Versorgungsverträge nur gekündigt werden können.

445 *Schütze*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 74, Rn. 3.

446 *Schütze*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 74, Rn. 3.

447 In Anbetracht der existenziellen Bedeutung des Versorgungsvertrages für den Leistungserbringer, aber auch für die Sicherstellung der quantitativen Versorgung nimmt man hier hinsichtlich der gleichen Eignung des Mittels sogar Abstriche in Kauf. Dies ergibt sich aus den möglichen Vereinbarungsinhalten. Durch die Vereinbarung nach § 74 I 3 Nr. 1 SGB XI können bisher nicht durchgeführte, aber zwingend erforderliche Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen zeitnah nachgeholt werden. Für die Dauer bis zum Abschluss der Weiterbildung verzichtet man damit auf ein bestimmtes Maß an Fachlichkeit, da erst nach Abschluss der Weiterbildung das vollständige Wissen vorhanden sein kann. Bei der Vereinbarung nach § 74 I 3 Nr. 2 SGB XI werden jedenfalls die bereits aktuell versorgten Pflegebedürftigen weiterhin für einen gewissen Zeitraum mit den vorhandenen Mängeln

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Auswahl der Kündigung nach § 74 I SGB XI oder § 74 II SGB XI besteht dem Wortlaut nach Ermessen, da auch die fristlose Kündigung nach § 74 II SGB XI im Ermessen der Landesverbände der Pflegekassen steht. Hier ist jedoch zu beachten, dass angesichts der deutlich strengeren Anforderungen für eine fristlose Kündigung nach § 74 II SGB XI kaum noch ein Ermessensspielraum vorhanden sein dürfte.[448]

Neben diese Maßnahmen der Landesverbände der Pflegekassen kann die zuständige Pflegekasse zum Schutz eines einzelnen Pflegebedürftigen ein vorläufiges Betreuungsverbot gegenüber dem ambulanten Pflegedienst aussprechen, § 115 V I SGB XI.

Liest man § 115 III 1 SGB XI, so kann der Eindruck entstehen, auch die Vergütungskürzung stehe als mögliche Sanktion zur Verfügung. Allerdings kombiniert § 115 SGB XI das hierarchische Steuerungsinstrument in § 115 III 1 SGB XI bezüglich des „Ob" der Kürzung mit einem kooperativem Steuerungsinstrument in § 115 III 2, 3 SGB XI bezüglich der Höhe des Kürzungsbetrages.[449] Die Regelung für das kooperative Steuerungsinstrument verweist jedoch nur auf § 85 II SGB XI, weshalb Einigkeit darüber besteht, dass § 115 III SGB XI nur für die stationäre Pflege anwendbar ist.[450] Die Lücke für das kooperative Steuerungsinstrument für die ambulante Pflege im Wege der Analogie zu schließen, scheitert schon an der fehlenden planwidrigen Regelungslücke. Die nunmehr seit 12 Jahren[451] so lautende Regelung mit der durchweg auf die stationäre Pflege beschränkten Anwendung sowie die systematische Korrektur im Hinblick auf § 80a SGB XI a.F. durch das Pflegeweiterentwicklungsgesetz[452] schließen die Planwidrigkeit der Regelungslücke aus. Auch sonstige Möglichkeiten auf Kürzung der Vergütung bestehen nicht. Mangels planwidriger Regelungslücke scheidet im Verhältnis des Leistungserbringers zu den Landesverbänden der Pflegekassen auch ein Rückgriff auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches aus.[453]

---

konfrontiert. Ähnliche Einschränkungen können dann auch durch weitere Vereinbarungen nach § 74 I 3 SGB XI vereinbart werden („insbesondere").

448 Aus diesem Grund offen gelassen, ob überhaupt ein Ermessensspielraum besteht: BSG vom 12.06.2008 – B 3 P 2/07 R, Rn. 27-33

449 Hessisches LSG vom 27.01.2011 – L 8 P 29/08 KL, 1. Leitsatz.

450 *Leitherer*, in: KassKomm, SGB XI, § 115, Rn. 18; *Bassen*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 115, Rn. 13; *Knittel*, in: *Krauskopf* (Begr.), SGB XI, § 115, Rn. 8.

451 § 115 SGB XI wurde eingeführt mit dem Pflegequalitätssicherungsgesetz vom 09.09.2001, BGBl. I S. 2320.

452 Pflegeweiterentwicklungsgesetz vom 28.05.2008, BGBl. I S. 874.

453 Selbst wenn man zur Schließung von Lücken für den Vertrag zwischen der ambulanten Pflegeeinrichtung und den Landesverbänden der Pflegekassen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches heranziehen würde, so liegt der Schwerpunkt der vom Leistungserbringer geschuldeten Leistung bei der Erbringung von Dienstleistungen und das Dienstvertragsrecht enthält keine Anspruchsgrundlage für die Minderung der Vergütung. Ausführlicher zur rechtlichen Einordnung des Pflegevertrages siehe Pkt. C. II. 1. c) bb).

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bei der Erbringung von Betreuungsleistungen nach § 124 SGB XI[454] durch ambulante Pflegeeinrichtungen i.S.d. § 72 I SGB XI oder durch zugelassene Betreuungsdienste nach § 125 SGB XI gelten die Ausführungen zur Erbringung von Pflegeleistungen durch ambulante Pflegedienste entsprechend, da § 124 IV SGB XI sowohl auf das siebte als auch auf das elfte Kapitel verweist.

Bei zugelassenen Einzelpersonen enthält § 77 I SGB XI selbst nur eine Sanktionsmöglichkeit. § 77 I 5 SGB XI sieht die Kündigung des Zulassungsvertrages vor. Der Wortlaut spricht hier dafür, dass sich diese Kündigungsmöglichkeit nur auf Verstöße gegen § 77 I 4 SGB XI bezieht, also wenn die Einzelperson unzulässiger Weise ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen ist. Ist die Einzelperson nicht geeignet, so darf schon keine Zulassung erfolgen. Fraglich ist jedoch, welche Sanktionsmöglichkeiten bestehen, wenn die Zulassung dennoch erfolgte oder bei der Leistungserbringung Prozess- beziehungsweise Ergebnissollensanforderungen durch die zugelassene Einzelperson nicht erfüllt werden. Denkbar ist zunächst, dass Sanktionsmöglichkeiten nach § 77 I 2 1.HS SGB XI vertraglich vereinbart sind. Erfolgte dies nicht, ist fraglich, ob § 77 I 5 SGB XI (analog), die Vorschriften zur Kündigung von Versorgungsverträgen mit Pflegediensten oder die allgemeinen Vorschriften des BGB zum Dienstvertrag herangezogen werden können. Zwar wendet das Bundessozialgericht die Kündigungsmöglichkeit des § 77 I 5 SGB XI auch auf einen Verstoß gegen § 77 I 2.HS SGB XI (bestehendes Verwandtschaftsverhältnis) an.[455] Begründet wird dies aber im Wesentlichen mit der Entstehungsgeschichte des § 77 I 5 SGB XI, [456] die jedoch nicht für eine Anwendung im Falle des Verstoßes gegen Qualitätsanforderungen spricht. Für die Sanktionsmög-

454 Da der Leistungsbetrag des § 36 SGB XI nicht erhöht wird, führt § 124 SGB XI nur dazu, dass neben nach § 36 SGB XI zu erbringender Grundpflege und hauswirtschaftlicher Versorgung nun für den gleichen Leistungsbetrag auch Betreuungsleistungen durch den Pflegebedürftigen gewählt werden können. Zu beachten ist dabei, dass der Anspruch auf Betreuungsleistungen nach § 124 III SGB XI nur besteht, wenn Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung bereits sichergestellt sind. Bedenkt man, dass die Leistungen des SGB XI regelmäßig nur einen Teil des Bedarfes abdecken, ist zumindest fraglich, ob für die Wahl von Betreuungsleistungen viel Raum ist; ähnlich skeptisch, *Reimer,* SGb 2013, S. 193, 196. Vor allem aber ist unklar, ob es Aufgabe des Pflegedienstes ist, zu prüfen, ob Grundpflege und häusliche Versorgung bereits sichergestellt sind und er erst dann Betreuungsleistungen erbringen darf oder ob es genügt, wenn der Pflegedienst der Pflegekasse nach § 120 I 2 SGB XI Defizite in Grundpflege oder häuslicher Versorgung mitteilt, aber die Wahl von Betreuungsleistungen des Pflegebedürftigen solange akzeptiert, bis die Pflegekasse handelt. Die Gesetzesbegründung deutet auf die zweite Alternative hin, vgl. BT-Drucks. 17/9369, S. 53f. Der Expertenbeirat zur konkreten Ausgestaltung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffes empfiehlt daher auch, bei Einführung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffes Betreuung, Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung als gleichrangig zu behandeln und auf die Voraussetzung der sichergestellten Versorgung zu verzichten, „da sie in Ermangelung einer definierten Schwelle nicht überprüfbar ist“, vgl. *Bundesministerium für Gesundheit* (Hrsg.), Bericht des Expertenbeirates zur konkreten Ausgestaltung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffes, S. 32.

455 BSG vom 18.03.1999 – B 3 P 9/98 R, Rn. 15, mit Nachweisen zur Gegenansicht.

456 BSG vom 18.03.1999 – B 3 P 9/98 R, Rn. 16, mit Verweis auf BT-Drucks. 13/3596, S. 16, wonach sowohl das Eingehen von Beschäftigungsverhältnissen als auch die Pflege durch Verwandte im Rahmen der Erbringung von Pflegesachleistungen unterbunden werden sollte.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lichkeiten bei Nichterfüllung von Qualitätsanforderungen liegt hingegen eine direkte Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB zum Dienstvertrag nahe, da das Bundessozialgericht dazu tendiert, den Zulassungsvertrag als bloßen Leistungsbeschaffungsvertrag dem Privatrecht zuzuordnen.[457] Ordnet man die Erbringung von Pflegeleistungen als Erbringung von Diensten höherer Art ein, so ist nach §§ 626, 627 BGB die jederzeitige grundlose außerordentliche Kündigung möglich.[458]

Bei angestellten Einzelpersonen nach § 77 II SGB XI besteht zwischen Einzelperson und Pflegekasse ein Arbeitsvertrag, so dass der Pflegekasse die arbeitsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten, also insbesondere Abmahnung und Kündigung, zustehen. Im Verhältnis zum Pflegebedürftigen hat die Pflegekasse den Sicherstellungsauftrag aus § 69 SGB XI. Kann sie diesen durch eine bestimmte angestellte Einzelperson nicht erfüllen, muss sie für anderweitige Erfüllung sorgen.

(c) Leistungsbezug zusätzlich oder ausschließlich nach SGB XII

Soweit bei ausschließlichem oder gleichzeitigem Leistungsbezug von Hilfe zur Pflege die Sollensanforderungen des § 75 III Nr. 1 SGB XII gelten, stellt die außerordentliche Kündigung der nach § 75 III SGB XI geschlossenen Vereinbarung nach § 78 SGB XII die zentrale Sanktionsmöglichkeit des Sozialhilfeträgers gegenüber dem Leistungserbringer dar.[459] Voraussetzung für die außerordentliche Kündigung ist jedoch eine grobe Pflichtverletzung des Leistungserbringers. Als Auslegungshilfe für diesen unbestimmten Rechtsbegriff kann § 78 S. 2 SGB XII herangezogen werden. Sonstige Sanktionsmöglichkeiten oder auch ein Recht zur ordentlichen Kündigung bestehen nur, wenn dies im Rahmen des § 75 III SGB XII vereinbart wurde.[460] Zum Mindestinhalt der Vereinbarung nach § 76 SGB XI gehören diese Instrumente des Leistungsträgers jedoch nicht.

Soweit die an den Pflegebedürftigen in § 65 I 2 Var. 1 SGB XII und § 66 IV 2 SGB XII gerichteten Sollensanforderungen nicht erfüllt werden, führt dies zu einem (teilweisen) Wegfall des Anspruches auf Kostenübernahme. Da es sich bei der Entscheidung zur Kostenübernahme nicht um einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung handelt, ist das Vertrauen des Pflegebedürftigen in den Erhalt der Leistungen der Hilfe zur Pflege für

457 BSG vom 18.03.1999 – B 3 P 9/98 R, Rn. 13f.; *Udsching*, in: d*ers.* (Hrsg.), SGB XI, § 77, Rn. 5; a.A. *Neumann,* NZS 1995, S. 397. Bei der damit einhergehenden Zuordnung zum öffentlichen Recht aufgrund der Annahme eines Versorgungsvertrags (*Neumann,* NZS 1995, S. 397, 400) liegt die analoge Anwendung der Kündigungsmöglichkeiten zum Versorgungsvertrag mit Pflegeeinrichtungen nahe.

458 Zu den Diensten höherer Art, siehe die Ausführungen zum Pflegevertrag nach § 120 SGB XI.

459 Eine Vertragsanpassung nach Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 77 III SGB XII als Reaktion auf eine Pflichtverletzung ist nur schwer vorstellbar. § 59 SGB X ist zwar nach § 78 S. 3 SGB XII ausdrücklich anwendbar, jedoch dürfte insbesondere für die Kündigung nach § 59 I 2 SGB X zur Verhütung oder Beseitigung schwerer Nachteile für das Gemeinwohl neben der Kündigung nach § 78 SGB XII kaum Raum sein, *Jaritz/Eicher,* in: jurisPK-SGB XII, § 78, Rn. 44.

460 Zur ordentlichen Kündigung, siehe *Jaritz/Eicher,* in: jurisPK-SGB XII, § 78, Rn. 45.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Zukunft von vornherein nicht geschützt. Die Sanktion erfolgt also durch unmittelbare finanzielle Einbußen. Kann beispielsweise der Pflegebedürftige mit der von ihm beschäftigten besonderen Pflegekraft seine Pflege (qualitativ) nicht mehr sicherstellen, entfällt die Privilegierung nach § 66 IV 2 SGB XII und er hat nach § 66 IV 1 SGB XII vorrangig Pflegesachleistungen in Anspruch zu nehmen. Der höhere Betrag der Pflegesachleistung nach § 36 SGB XI wird dann auf die dem Pflegebedürftigen entstehenden Kosten angerechnet, auch wenn er tatsächlich nur Pflegegeld nach § 37 SGB XI erhält. Wurden Leistungen für die Vergangenheit zu Unrecht erbracht, so gilt § 45 SGB X.

(2) Transparenz

Bezieht der Pflegebedürftige Pflegesachleistungen nach dem SGB XI, so werden auf Grundlage der Qualitätsprüfungen nach § 114 SGB XI die von den Pflegediensten[461] erbrachten Leistungen und deren Qualität nach § 115 Ia SGB XI veröffentlicht. Bezweckt wird mit den qualitätsbezogenen Informationen für den Pflegebedürftigen zumindest die Verringerung, wenn nicht sogar die Beseitigung, der Informationsasymmetrie zwischen Pflegedienst und Pflegebedürftigen. Der Pflegebedürftige soll dadurch sein Wahlrecht nach § 2 II1 SGB XI effektiv(er) ausüben können.[462] Da das Wahlrecht im Wesentlichen bei der Erstwahl des Pflegedienstes ausgeübt wird und spätere Wechsel eher selten sind[463], wird der Pflegebedürftige bei Antragsstellung nach § 7 II 5 SGB XI ausdrücklich auf die Veröffentlichung nach § 115 Ia SGB XI hingewiesen. Eine effektive Ausübung des Wahlrechts würde nicht nur dem einzelnen Pflegebedürftigen zugutekommen, indem er den für sich besten Pflegedienst findet, sondern auch zu einem Qualitätswettbewerb unter den Pflegediensten führen, der die Qualität von Pflegeleistungen insgesamt verbessern würde. Lässt man zunächst die Probleme der der konkreten Ausgestaltung der Herstellung von Transparenz außer Acht und betrachtet lediglich das Instrument der Transparenz abstrakt, so sind Bedarf an Transparenz und Nutzen von Transparenz unbestreitbar.[464] Die Herstellung von Transparenz ist dabei ein wesentlicher Bestandteil eines „regulierten Wettbewerbs".[465] Diese Regulierung ist in einem

461 Bei der Erbringung von Betreuungsleistungen nach § 124 SGB XI, gelten die Ausführungen zur Transparenz entsprechend, sowohl für die Erbringung durch ambulante Pflegeeinrichtungen als auch für die Erbringung durch zugelassene Betreuungsdienste nach § 125 SGB XI, da § 124 IV SGB XI auf das gesamte elfte Kapitel verweist. Keine Herstellung der Transparenz findet hingegen statt bei der Leistungserbringung durch zugelassene oder angestellte Einzelpersonen nach § 77 SGB XI.

462 BT-Drucks. 16/7439, S. 45, *Dalichau/Grüner/Müller-Alten*, SGB XI, Band 2, § 115, S. 9f.

463 Dies legt jedenfalls die Einordnung von Pflegeleistungen als Vertrauensgut nahe. Durch eine längere persönliche Beziehung zur Pflegekraft entsteht zumindest eine psychische Hürde, sich von dieser zu trennen.

464 So auch, *Schütze,* KrV 2012, S. 14, 16; die gegenwärtig geführte Diskussion zu den Pflegetransparenzberichten ist auch weniger Kritik an dem Instrument der Transparenz, sondern vielmehr an dessen konkreter Ausgestaltung.

465 Zu diesem Begriff, *Wasem/Staudt,* VSSR 2012, S. 201, 202.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

System mit bestehenden Informationsasymmetrien erforderlich, da es ansonsten sogar zu einem Preiswettbewerb auf Kosten der Qualität kommen kann.[466]

Der Bedarf an Transparenz ist bereits in der bestehenden Informationsasymmetrie begründet. Vor Inkrafttreten der Regelungen des Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes bestand keine Möglichkeit für den Pflegebedürftigen sich über die Qualität einzelner Pflegedienste zu informieren, insbesondere entstand keine Informationsmöglichkeit ohne Intervention des Gesetzgebers. Hinzu kommt, dass zum einen Pflegebedürftigkeit häufig schnell und unvorhersehbar eintritt und zum anderen, dass der Trennung von einem einmal gewählten Pflegedienst zumindest psychische Hindernisse im Wege stehen.[467]

Wie die Pflegetransparenz in der Praxis konkret ausgestaltet sein sollte, ist hingegen keine Frage die mit endgültiger Richtigkeit beantwortet werden kann. Vielmehr unterliegt die Transparenz als Qualitätssicherungsinstrument selbst der ständigen Weiterentwicklung.[468]

Bei der gegenwärtigen konkreten Ausgestaltung der Herstellung von Transparenz nach § 115 Ia SGB XI gibt es jedoch zahlreiche Bedenken an deren Rechtmäßigkeit. Dabei lassen sich zwei Arten von Bedenken unterscheiden, nämlich die, die sich bereits gegen die Verfassungsmäßigkeit der formell-gesetzlichen Grundlage, § 115 Ia SGB XI, richten und die, die die Umsetzung in der „Pflegetransparenzvereinbarung ambulant" als nicht mit der formell-gesetzlichen Grundlage in Einklang stehend ansehen.

Die Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der formell-gesetzliche Grundlage richten sich vor allem gegen § 115 Ia 8 SGB XI. Diese Norm delegiert die Bestimmung der Kriterien für die Transparenzberichte an die genannten Verbände und Vereinigungen, welche die Kriterien dann übereinstimmend durch Vertrag festlegen sollen. Diese Übertragung der Rechtssetzungsmacht an die Vertragsparteien ohne weitere Konkretisierung von Inhalt und Verfahren verstoße gegen die Wesentlichkeitstheorie[469] und Art. 80 I 2 GG[470]. Die Wesentlichkeitstheorie besagt, dass alle wesentlichen normativen Entscheidungen vom Parlament zu treffen sind.[471] Für die dogmatische Herleitung dieser Aussage werden die Gesetzesvorbehalte der Grundrechte, das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip und Art. 80 I 2 GG herangezogen. Da Art. 80 I 2 GG

466 *Wasem/Staudt,* VSSR 2012, S. 201, 204, für medizinische Dienstleistungen und Waren.

467 So auch für die Suche nach einem Platz im Pflegeheim *Martini/Albert,* NZS 2012, S. 201. Tatsächlich dürfte gerade der Aspekt der Unvorhersehbarkeit und damit die Notwendigkeit, schnell eine Pflegemöglichkeit zu finden, für den Bereich der ambulanten Pflege sogar größer sein, da die typische „Karriere" eines Pflegebedürftigen mit häuslicher Pflege beginnt und sich erst bei Verschlechterung des Zustandes mit stationärer Pflege fortsetzt.

468 So zum Beispiel zur Frage der Darstellung der Prüfergebnisse *Kücking,* KrV 2012, S. 64.

469 *Martini/Albert,* NZS 2012, 247f.; a.A. die Rechtsprechung; zusammenfassend *Dürschke/Brembeck,* Der Pflege-TÜV auf dem Prüfstand, Rn. 397f. sowie *Wegmann,* SGb 2011, S. 80, 83.

470 *Martini/Albert,* NZS 2012, S. 247, 248.

471 *Huster/Rux*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), GG, Art. 20, Rn. 105ff, 172ff.; *Sachs,* Grundrechte, S. 121; BVerfG vom 09.05.1972 – 1 BvR 18/62, Rn. 104ff. (Facharztbeschluss).

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unmittelbar nur bei einer Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen anwendbar ist,[472] sind die Grundgedanken von Art. 80 I 2 GG hier nur für die Auslegung der Wesentlichkeitstheorie von Bedeutung. Die Bestimmung, welche Entscheidungen dann wesentlich sind und somit vom Parlament getroffen werden müssen, erfolgt grundrechtsbezogen, d.h. je stärker der Grundrechtsbezug einer Maßnahme ist, desto eher handelt es sich um eine wesentliche Maßnahme im Sinne der Wesentlichkeitstheorie.[473] Da mit § 115 Ia 8 SGB XI eine formell-gesetzliche Grundlage für die Pflegetransparenzvereinbarung besteht, kann die Frage, ob die Veröffentlichung der Pflegequalität einen Eingriff oder eine bloße Beeinträchtigung der Berufsfreiheit der Pflegedienste darstellt und ob für eine bloße Beeinträchtigung überhaupt eine formell-gesetzliche Grundlage erforderlich ist[474], an dieser Stelle offen bleiben. § 115 Ia 8 SGB XI ist, selbst wenn ein Eingriff in Art. 12 I GG vorliegen würde, konkret genug. Der Zweck der Ermächtigung der Vertragsparteien des § 115 Ia 8 SGB XI für die Pflegetransparenzvereinbarung lässt sich durch Auslegung, insbesondere mithilfe von § 115 Ia 1, 2 SGB XI, ermitteln.[475] Einer noch genaueren formell-gesetzlichen Regelung zum Verfahren, in dem die Pflegetransparenzvereinbarung abgeschlossen werden soll, bedurfte es nicht, da von den allgemeinen Regeln zum Vertragsschluss, insbesondere, dass dieser nur bei Zustimmung aller Vertragsparteien zustande kommt, nicht abgewichen wurde. Es bleiben jedoch Bedenken hinsichtlich der personellen demokratischen Legitimation der Vertragsparteien.[476]

---

472 *Remmert*, in: *Maunz/Dürig*, GG V, Art. 80, Rn. 69f.; BVerfG vom 09.05.1972 – 1 BvR 18/62, Rn. 104ff. Insoweit ist bei *Martini/Albert,* NZS 2012, S. 247, 248f. unklar, ob Art. 80 I 2 GG unmittelbar oder weiterhin die Voraussetzungen der Wesentlichkeitstheorie geprüft werden.

473 *Huster/Rux*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), GG, Art. 20, Rn. 179.

474 Zur Rechtsfigur der bloßen Grundrechtsbeeinträchtigung vgl. BVerfG vom 26.06.2002 – 1 BvR 670/91, Rn. 70ff. (Osho).

475 So im Ergebnis auch die Rechtsprechung, siehe bspw. LSG Sachsen-Anhalt vom 08.07.2011 – L 4 P 44/10 B ER, Rn. 31ff.; Bayerisches LSG vom 30.03.2010 - L 2 P 7/10 B ER, Rn. 36f.

476 Diese Bedenken beziehen sich insbesondere auf den Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene, siehe *Martini/Albert,* NZS 2012, S. 247, 249; *Dalichau/Grüner/Müller-Alten*, SGB XI, Band 2, § 115, S. 11f.; SG Münster vom 24.06.2011 – S 6 P 14/11, Rn. 28. Zwar wird auch in der Literatur weitgehend anerkannt, dass im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung nicht zwingend eine ununterbrochene Legitimationskette vorhanden sein muss (*Zimmermann,* Der Gemeinsame Bundesausschuss, S. 108f.; *Dederer,* Korporative Staatsgewalt, S. 135 bei der Darstellung der herrschenden Meinung, der anschließend eine eigene Legitimationsdogmatik für korporatives Handeln des Staates entwickelt, a.a.O., S. 140ff.). Eine Totalsubstitution der personellen Legitimation durch sachlich-inhaltliche Legitimation, also eine Bindung an umso engere materiell-rechtliche Vorgaben, soll jedoch bei der Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen aufgrund der dort notwendigen Spielräume zur inhaltlichen Ausgestaltung ausscheiden, vgl. *Neumann,* Normenvertrag, Rechtsverordnung oder Allgemeinverbindlichkeitserklärung?, S. 27f. Denkbar sei es, eine ausreichende Legitimation dann anzunehmen, wenn die Bundesverbände der Pflegeeinrichtungen nach innen demokratisch organisiert sind (vgl. *Neumann,* Normenvertrag, Rechtsverordnung oder Allgemeinverbindlichkeitserklärung?, S. 38f.), was aber sowohl an der Organisation der Verbände als auch aus der fehlenden Pflicht, einen Verband anzugehören und der daraus folgenden Existenz von Außenseitern scheitere, vgl. *Neumann,* Normenvertrag, Rechtsverordnung oder Allgemeinverbindlichkeitserklärung?, S. 39,

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Bedenken gegen die Pflegetransparenzvereinbarung selbst werden vorrangig damit begründet, dass die Pflegetransparenzvereinbarung die in § 115 Ia 1 SGB XI formulierten Aufgaben für Transparenzberichte nicht erfüllt. Insbesondere würden die Kriterien der Pflegetransparenzvereinbarung sich vorrangig auf die Struktur- und Prozessqualität und nicht die Ergebnisqualität, wie in § 115 Ia 1 SGB XI verlangt, beziehen.[477] Allerdings sind pflegewissenschaftliche Kriterien zum Messen der Ergebnisqualität gegenwärtig noch in der Entwicklungsphase.[478] Dieses Umstandes waren sich auch die Vertragsparteien bei Abschluss der Pflegetransparenzvereinbarung bewusst.[479] Ob es gegen § 115 Ia SGB XI verstößt, auch in diesem Fall eine Pflegetransparenzvereinbarung abzuschließen, ist eine Frage der Auslegung des § 115 Ia SGB XI. Dabei kommen zwei Auslegungsergebnisse in Betracht. Man könnte sagen, dass die in § 115 Ia 1 SGB XI geforderte Ergebnisqualität das entscheidende Element bei der Herstellung von Transparenz ist. Daraus wäre dann zu schließen, dass eine Transparenzvereinbarung erst dann abgeschlossen werden darf, wenn dieses zentrale Element auch erfüllt werden kann. Denkbar ist aber auch die Herstellung von Transparenz irgendeiner Qualitätskategorie als wesentliches Element von § 115 Ia SGB XI zu verstehen.[480] Dann ist es den Vertragsparteien in jedem Fall möglich, eine Transparenzvereinbarung abzuschließen und die Ergebnisqualität ist erst vorrangig zu bewerten, wenn dies pflegewissenschaft-

---

41f. Selbst wenn man die großzügigeren Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichtes aus der Entscheidung zum Lippeverband sowie die Maßstäbe des Bundessozialgerichtes zum Gemeinsamen Bundesausschuss nach § 91 SGB V zur Beurteilung der personellen demokratischen Legitimation der Vertragsparteien des § 115 Ia SGB XI heranzieht, bleiben Bedenken. Auch wenn es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtet außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung nicht zwingend einer lückenlosen personellen Legitimationskette bedarf (vgl. BVerfG vom 05.12.2002 – 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/98, Rn. 143), soll verbindliches Handeln gegenüber Dritten (hier: die nicht in Verbänden organisierte Träger von Pflegeinrichtungen) nur möglich sein, wenn dieses durch Gesetz ausreichend bestimmt ist und dieses verbindliche Handeln „der Aufsicht personell demokratisch legitimierter Amtswalter unterliegt“, vgl. BVerfG vom 05.12.2002 – 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/98, Rn. 148. Jedenfalls eine Aufsicht besteht bei den Pflegetransparenzvereinbarungen jedoch nicht. Dies ist auch ein wesentlicher Unterschied zu den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses, die nach § 94 I 2 SGB V beanstandet werden können, was für die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses zu einer Kompensation der fehlenden personellen demokratische Legitimation führen soll, vgl. BSG vom 20.03.1996 – 6 RKa 62/94; BSG vom 06.05.2009 – B 6 A 1/08 R, Rn. 48.

477 *Martini/Albert,* NZS 2012, S. 247, 250; LSG Berlin-Brandenburg vom 29.03.2010 - L 27 P 14/10 B ER, Rn. 18, im Ergebnis offengelassen; SG Münster vom 24.06.2011 – S 6 P 14/11, Rn. 30-32.

478 *Hasseler/Wolf-Ostermann,* Wissenschaftliche Evaluation zur Beurteilung der Pflege-Transparenzvereinbarungen für den ambulanten (PTVA) und stationären (PTVS) Bereich, 103f.; insbesondere zur Berechnung der Endnote *Weidner/Brühl,* Wissenschaftliche Evaluation zur Beurteilung der Pflege-Transparenzvereinbarungen für den ambulanten (PTVA) und stationären (PTVS) Bereich, S. 38f. sowie zu den subjektiven Erfahrungen der Prüfer, dass die klientenbezogenen Kriterien nicht eindeutig seien, S. 33f.

479 Dieser Hinweis befindet sich jeweils im Vorwort der Pflegetransparenzvereinbarung ambulant und der Pflegetransparenzvereinbarung stationär.

480 Auch *Schütze,* KrV 2012, S. 14, 18, hält dieses Auslegungsergebnis für möglich.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lich möglich ist. Für die zweite Auslegungsvariante sprechen sowohl die Gesetzesbegründung[481] als auch systematische Überlegungen. § 115 Ia SGB XI ist Teil des Elften Kapitels des SGB XI, der Qualitätssicherung. Die gesamte Qualitätssicherung von Pflegeleistungen ist von dem Gedanken der ständigen Weiterentwicklung und Verbesserung der Qualität getragen. Überträgt man dies auch auf das einzelne Instrument der Transparenz, so ist es naheliegend, zunächst auch mit Kriterien zu beginnen, die noch nicht den idealen Ansprüchen für die Transparenz genügen, diese Kriterien dann jedoch anhand der gesammelten Erfahrungen weiterzuentwickeln.[482] Erforderlich dazu ist gewissermaßen eine Qualitätssicherung der Qualitätssicherung.[483]

Dass es sich bei der Frage, ob die Ergebnisqualität bereits Gegenstand der Transparenzberichte ist, auch um eine Frage des Begriffsverständnisses handelt, zeigt schon die vorliegende Arbeit. Aufgrund der hier verwendeten engen Definition von Prozessqualität[484], werden deutlich mehr Sollensanforderungen als üblich der Ergebnisqualität zugeordnet. Aber auch bei engen Definitionen von Ergebnisqualität ist zu beachten, dass bei Dienstleistungen die Trennung zwischen Prozess und Ergebnis nur schwer möglich ist, wenn man das Ergebnis nicht materiell mit „guter Qualität" definieren will, sondern anhand messbarer Kriterien.

Erfolgen beim Bezug von Sozialhilfeleistungen Qualitätsprüfungen nach § 76 III 1 SGB XII, ist das Ergebnis der Prüfung nach § 76 III 2 SGB XII den Leistungsberechtigten zugänglich zu machen. Fraglich ist, ob nur den gegenwärtig Leistungsberechtigten

481 Pflegebedürftige und Angehörige sollten sich schon „in naher Zukunft" über die Qualität von Pflegeleistungen informieren können, vgl. BT-Drucks. 16/7439, S. 89. Die „nahe Zukunft" wird konkretisiert durch § 115 Ia 12 SGB XI, wonach die Vertragsparteien des § 115 Ia 8 SGB XI nur bis 30.09.2008 Zeit hatten, eine Pflegetransparenzvereinbarung abzuschließen.

482 Fraglich ist jedoch, ob dieses Auslegungsergebnis, welches faktisch zu einem Experiment am „lebenden Objekt" Pflegemarkt führt, verfassungskonform ist. Für eine Übergangszeit wird dadurch das Grundrecht auf Berufsfreiheit der Pflegedienste durch Bewertungen beeinträchtigt, die nicht auf wissenschaftlich fundierten Kriterien aufbauen. Auch stellt sich die Frage, ob das Verfahren zur Erstellung der Pflegetransparenzvereinbarungen, welches im Wesentlichen auf Konsens ausgerichtet ist, überhaupt eine wissenschaftliche Weiterentwicklung der Transparenzkriterien gewährleisten kann. Letztlich sind beide Fragen so zu beantworten, dass die gefundene Lösung derzeit verfassungskonform ist. Die Entscheidung des Gesetzgebers hält sich im Rahmen des ihm zustehenden Gestaltungsspielraumes, wobei jedoch eine Pflicht zur Überwachung und gegebenenfalls zur Nachbesserung besteht, vgl. BVerfG vom 16.03.2004 – 1 BvR 1778/01, Rn. 67, 88, 97 (Kampfhunde). Ein solches Monitoring wird aufgrund der Probleme bei der Entwicklung messbarer Ergebnissollensanforderungen insgesamt als sinnvoll erachtet, *OECD/European Commission,* A Good Life in Old Age?, S. 20f. Ein Beginn der Überprüfung der Ergebnisqualität mit zunächst noch nicht perfekten Ergebnissollensanforderungen hat den Vorteil, dass schnell mit der Sicherung der Ergebnisqualität begonnen werden kann und die Sollensanforderungen im Rahmen der praktischen Anwendung verbessert werden können. Bei einem Warten auf die perfekten Ergebnissollensanforderungen ist hingegen schon nicht sicher, ob diese jemals entstehen.

483 Speziell zur Qualitätssicherung der Qualitätsprüfungen mit Verweis auf den Entwurf der Richtlinie des GKV-Spitzenverbandes zur Qualitätssicherung der Qualitätsprüfung nach § 114 SGB XI, *Blatt,* GuP 2012, S. 143, 145f.

484 Siehe die Definition von Prozessqualität unter Pkt. B. II. 1. a) aa).

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des jeweiligen Pflegedienstes das Ergebnis zugänglich zu machen ist, oder ob § 76 III 2 SGB XII eine ähnliche Funktion wie § 115 Ia SGB XI hat und auch potentiellen Leistungsberechtigten bei der Auswahl des Leistungserbringers helfen soll, so dass auch den potentiellen Leistungsempfängern die Ergebnisse zugänglich zu machen sind.[485] Die Wortlaute von § 76 III 2 SGB XI „den Leistungsempfängern der Einrichtung" und von § 75 I 2 SGB XII „den Leistungsempfängern des Dienstes" sprechen eher dagegen, dass auch potentielle Leistungsempfänger erfasst sein sollen. Auch ein Vergleich in dem Sinne, dass eine dem § 115 Ia SGB XI vergleichbare Norm im SGB XII eingeführt werden sollte, überzeugt nicht. § 76 III 2 SGB XII ist wortgleich mit § 93a III 2 BSHG, welcher bereits ab 01.01.1999 gültig war und damit bereits lange vor der Einführung des § 115 Ia SGB XI existierte. In der Gesetzesbegründung zu § 93a III 2 BSHG gibt es keine Ausführungen, die auf die Schaffung von Transparenz auch für potentielle Leistungsempfänger hindeuten, sondern es sollen lediglich die „Leistungs- und Hilfeempfänger" informiert werden.[486] Auch die Tatsache, dass § 76 III 2 SGB XII selbst im Vergleich zu § 115 Ia SGB XI kaum gesetzliche Vorgaben macht, spricht dafür, den Adressatenkreis der Informationen eher eng zu verstehen und damit auch die Beeinträchtigung der Grundrechts auf Berufsfreiheit der Leistungserbringer gering zu halten.[487] § 76 III 2 SGB XII ist damit kein Instrument zur Schaffung von Transparenz, welches den Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern dadurch fördern soll, dass potentielle Leistungsempfänger bereits vor der Wahl des Pflegedienstes Informationen über diesen erhalten und so ihr Wahlrecht wirksamer ausüben können.[488]

Anders als beispielsweise in Bayern[489] oder Hamburg[490] enthält § 20 S. 1 HGBP eine Befugnis zur Veröffentlichung aller Prüfberichte, also auch derjenigen, die aufgrund von anlassbezogenen Prüfungen bei ambulanten Diensten entstanden sind. Neben der Frage, ob § 20 S. 1 HGBP bestimmt genug ist und die Verordnungsermächtigung des § 20 S. 2 HGBP den Anforderungen des Art. 80 I 2 GG genügt[491], stellt sich für ambu-

485 Für diese Lösung *Jaritz/Eicher*, in: jurisPK-SGB XII, § 76, Rn. 121.

486 BT-Drucks. 13/2440, S. 30. Die Gesetzesbegründung zu § 76 III 2 SGB XII nimmt darauf Bezug, BT-Drucks. 15/1514, S. 64.

487 Mit diesem Argument lehnen *Jaritz/Eicher*, in: jurisPK-SGB XII, § 76, Rn. 124 eine Veröffentlichung im Internet ab.

488 Auch die Praxis dürfte den Weg gewählt haben, nur die gegenwärtigen Leistungsempfänger zu informieren. Anders ist es nicht zu erklären, weshalb gegen die Weitergabe der Informationen nach § 93a III 2 BSHG und nach § 76 III 2 SGB XII seit dem Jahr 1999 keine vergleichbare „Klagewelle" wie bei § 115 Ia SGB XI entstanden ist.

489 Vgl. § 6 II PfleWoqG in der Fassung vom 08.07.2008 (gültig bis 30.06.2013); die Frage, ob es sich dabei um eine Befugnisnorm für die Behörde zum Veröffentlichen der Prüfberichte handelt, wurde vom Bayerischen VGH verneint, vgl. Urteil vom 09.01.2012 - 12 CE 11.2685, Rn. 40f. In Art. 17b PfleWoqG in der Fassung ab 01.07.2013 ist klargestellt, dass die Einrichtung für die Veröffentlichung zuständig ist.

490 § 31 HmbWBG.

491 *Bachem,* PflR 2013, S. 3, 10, wobei der Vergleich mit Art. 6 II PfleWoqG und dem dazu ergangenen Urteil des Bayerischen VGH insoweit schief ist, als in Bayern Art. 6 II PfleWoqG schon nicht

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lante Dienste vor allem die Frage der Verhältnismäßigkeit des Eingriffes in Art. 12 I GG. Schon die Geeignetheit der Veröffentlichung von einzelnen anlassbezogenen Prüfungen für die Transparenz bei den Anbietern ambulanter Pflege ist zweifelhaft. So werden nur wenige Pflegeinrichtungen geprüft. Auch erstreckt sich der Prüfumfang gegebenenfalls nur auf den Anlass. Vor allem aber fehlt insbesondere bei der Veröffentlichung von anlassbezogenen Prüfungen ein Recht der Einrichtung zur Wiederholungsprüfung, da es bei anlassbezogenen Prüfungen anders als bei Regelprüfungen ansonsten keine Folgeprüfungen gibt und ein negativer Prüfbericht potentiell ewig öffentlich bliebe, ohne die Möglichkeit zur Korrektur.[492] Eine erneute Prüfung würde nur aufgrund eines weiteren Anlasses, also bei weiteren zu erwartenden Mängeln, erfolgen. Gerade bei sich wohlverhaltenden Pflegediensten käme es damit nie zu einer weiteren Prüfung. § 20 HGBP ist unberührt der weiteren Bedenken damit zumindest verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass er nur die Veröffentlichung von Regelprüfungen erfasst.

bb) Pflegebedürftiger

Ein Interesse an qualitativ hochwertigen Pflegeleistungen hat nicht nur der Leistungsträger sondern auch der Leistungsempfänger. Auch wenn die Bewertung der Qualität von Pflegeleistungen für den Leistungsempfänger schwierig ist, steht die Qualitätssicherung damit auf 2 Säulen.[493] Die erste Säule besteht aus den eben beschriebenen staatlichen Maßnahmen, die, wenn der Pflegebedürftige keine Sozialleistungen erhält dem Straf-, Ordnungs- und Berufsrecht entstammen, und bei Sozialleistungsbezug zusätzlich dem Sozialrecht. Die zweite Säule besteht aus den rechtlichen Möglichkeiten des Pflegebedürftigen, auf mangelhafte Pflegeleistungen zu reagieren. Diese rechtlichen Möglichkeiten sind Bestandteil der staatlichen Steuerung von Qualität, da staatliche Entscheidungen maßgebend dafür sind, wie stark die tatsächliche Position des Pflegebedürftigen gegenüber dem Pflegedienst ist. Rechtlich betrachtet stehen sich Pflegedienst und Pflegebedürftiger auf der gleichen Ebene gegenüber. Tatsächlich besteht jedoch resultierend aus der Informationsasymmetrie ein Machtungleichgewicht zugunsten des Pflegedienstes.[494] Die dem Pflegebedürftigen durch den Staat eingeräumten rechtlichen Möglichkeiten können damit dem Steuerungstyp Wettbewerb zugeordnet

---

die Qualität einer Befugnisnorm hat. Auch ließe sich eine gewisse Bestimmtheit des § 20 I HGBP durch Auslegung der einzelnen Sollensanforderungen an Pflegeeinrichtungen erreichen, da genau die Anforderungen geprüft und diese Ergebnisse dann veröffentlicht werden sollen.

492 Dies sind auch die wesentlichen Unterschiede zu § 115 Ia SGB XI. Zwar werden auch dort die Prüfberichte von Anlassprüfungen veröffentlicht. Allerdings finden nach § 114 II SGB XI auch bei ambulanten Pflegediensten daneben Regelprüfungen statt und bei Anlassprüfungen nach § 114 V 1 SGB XI besteht ein Recht der Pflegeeinrichtung zur Wiederholungsprüfung, § 114 V 3 SGB XI.

493 Nimmt man an, dass die einrichtungsinterne Qualitätssicherung eine eigenständige Bedeutung hat und dass die Verpflichtung dazu nicht nur eine Maßnahme der staatlichen Qualitätssicherung ist, dann gibt es 3 Säulen der Qualitätssicherung.

494 Zur Informationsasymmetrie siehe Pkt. B. II. 2. a) bb) (1) (b) (aa).

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werden, da sie den Zweck haben, einen effektiven Wettbewerb durch Verringerung des tatsächlichen Machtungleichgewichts zu erreichen. Da das tatsächliche Machtungleichgewicht im Wesentlichen nur im Verhältnis Pflegedienst-Pflegebedürftiger besteht, werden auch nur die Reaktionsmöglichkeiten des Pflegebedürftigen in diesem Verhältnis beschrieben. Möglicherweise bestehende Ansprüche des Pflegebedürftigen aus unerlaubter Handlung gegenüber den unmittelbar Pflegenden, also den angestellten Pflegekräften des Pflegedienstes, bleiben damit außer Betracht.

Die Reaktionsmöglichkeiten des Leistungsempfängers sind stark davon abhängig, ob es ihm überhaupt möglich ist, Kenntnis von der negativen Abweichung des Istzustandes der erbrachten Leistungen von den Sollensanforderungen zu erlangen. In der Fallgruppe ohne Leistungsbezug ist er auf seine eigenen Erfahrungen und die Erfahrungen der Angehörigen angewiesen. Aber auch wenn eine Sozialleistung bezogen wird, erfolgt keine Weitergabe von Informationen über die individuelle Qualität vom Leistungsträger an den Leistungsempfänger.[495] Eine gewisse Hilfe können hier die Pflegetransparenzberichte leisten. Zwar wird hier die Pflegequalität des jeweiligen Pflegedienstes nur in abstrakter Weise dargestellt. Es hilft den einzelnen Pflegebedürftigen jedoch zu erkennen, wo die Schwächen des von ihm gewählten Pflegedienstes liegen, so dass er und seine Angehörigen ihre Aufmerksamkeit auf einzelne Punkte fokussieren können.

Um die Möglichkeiten des Leistungsempfängers bei Nichteinhaltung der Sollensanforderungen des Leistungserbringers darstellen zu können, ist es zunächst erforderlich die Rechtsnatur der rechtlichen Beziehung zwischen Pflegebedürftigen und Pflegedienst zu erläutern. Erhält der Pflegebedürftige keine Sozialleistungen, besteht zwischen ihm und dem Pflegedienst eindeutig ein privatrechtlicher Vertrag. Im Ergebnis handelt es sich bei diesem Vertrag um einen Dienstvertrag.[496] Hingegen handelt es sich bei dem Vertrag zwischen Pflegebedürftigen und Pflegenden nicht um einen Behandlungsvertrag i.S.d. §§ 630a ff. BGB, da geschuldete Hauptleistung nicht die Erbringung einer Heilbehandlung, sondern die Erbringung von Pflegeleistungen ist.[497] Weniger eindeutig ist das Vorliegen eines privatrechtlichen Vertrages, wenn der Pflegebedürftige Sachleis-

---

495 Die Weitergabe dieser Informationen würde eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des Pflegedienstes bedeuten, so dass eine rechtliche Grundlage erforderlich wäre. An dieser fehlt es. Vielmehr wird die Weitergabe der Daten nach § 115 I 4 1.HS SGB XI grundsätzlich verboten.

496 Es sind Werk- und Dienstvertrag voneinander abzugrenzen. Maßgebend dafür ist der Inhalt der geschuldeten Leistung, vgl. *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 4, § 631, Rn. 14. Schuldet der Pflegedienst einen bestimmten Erfolg, dann liegt ein Werkvertrag nach § 631 BGB vor. Wird hingegen nur die Dienstleistung selbst geschuldet, liegt ein Dienstvertrag nach § 611 BGB vor. Naheliegend für die Einordnung ist eine Analogie zum Arztvertrag. Für den Arztvertrag wird davon ausgegangen, dass der Arzt schwerpunktmäßig nur die Behandlung schuldet und nicht den Behandlungserfolg, wobei auch einzelne werkvertragliche Elemente daran nichts ändern, vgl. *Tiggs*, in: *Prütting* (Hrsg.), Fachanwaltskommentar Medizinrecht, § 611 BGB, Rn. 3ff. Diese Grundannahme wird allgemein auf den Pflegevertrag übertragen, vgl. statt aller *Bassen*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 120, Rn. 3 und BGH vom 09.06.2011 – III ZR 203/10.

497 Zum Anwendungsbereich des Behandlungsvertrages, siehe BT-Drucks. 17/10488, S. 17; *Thole,* MedR 2013, S. 145, 146; *Thurn,* MedR 2013, S. 153, 154.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tungen nach dem SGB XI oder SGB XII bezieht.[498] Zur groben Einordnung der hier entstehenden Rechtsbeziehung zwischen Pflegebedürftigen und Pflegedienst kann man zunächst auf das zum Verhältnis Kassenarzt-Kassenpatient vorhandene Meinungsspektrum zurückgreifen. Grob lassen sich dabei der Versorgungs- und die Vertragsansatz unterscheiden. Während beim Versorgungsansatz davon ausgegangen wird, dass kein privatrechtlicher Vertrag zwischen Kassenarzt und Kassenpatient besteht,[499] wird von den Vertretern des Vertragsansatzes ein solcher privatrechtlicher Vertrag angenommen.[500] Für das Verhältnis Pflegebedürftiger-Pflegedienst sind jedoch zwei Besonderheiten zu beachten. Zum einen sind die Pflegesachleistungen nach dem SGB XI der Höhe nach gedeckelt. Es entstehen jedoch regelmäßig Kosten, die diese Obergrenze überschreiten. Nur wenn der übersteigende Betrag vollständig durch Leistungen nach dem SGB XII abgedeckt wird, wird der gesamte Pflegebedarf durch Sachleistungen abgedeckt. In den übrigen Fällen zahlt der Pflegebedürftige einen Teil der Pflegeleistungen selbst und es stellt sich die Frage, ob diese Teilvergütung unmittelbar durch den Pflegebedürftigen Auswirkungen auf die rechtliche Einordnung der Rechtsbeziehung Pflegebedürftiger-Pflegedienst hat. Zum anderen stimmt zwar § 72 IV 2 SGB XI mit der Konzeption der §§ 95 III, 77 I SGB V, aus denen der Versorgungsansatz entwickelt wird, überein, allerdings weicht § 120 SGB XI von dieser Konzeption insoweit ab, als in § 120 I 1 SGB XI angeordnet wird, der Pflegedienst habe auch gegenüber dem Pflegebedürftigen die Verpflichtung zur Leistungserbringung. Außerdem entsteht nach § 120 IV 2 SGB XI ein Vergütungsanspruch gegen den Pflegebedürftigen. Eine Verpflichtung zur Leistungserbringung besteht damit eben nicht nur gegenüber dem Leistungsträger, was gerade ein Kernargument der Vertreter des Versorgungsansatzes im

498 Dennoch wird allgemein und ohne weitere Problematisierung vom Vorliegen eines zivilrechtlichen Dienstvertrages ausgegangen, vgl. *Bassen*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 120, Rn. 3; *Knittel*, in: *Krauskopf* (Begr.), SGB XI, § 120, Rn. 2; *Leitherer*, in: KassKomm, SGB XI, § 120, Rn. 4. Da die Nähe zum Verhältnis Kassenarzt-Kassenpatient aber nahe liegt und für diese Verhältnis die Rechtsnatur alles andere als einheitlich beurteilt wird, soll hier auch die Rechtsnatur des Verhältnisses zugelassener Pflegedienst-Pflegebedürftiger kurz untersucht werden.

499 Der Versorgungsansatz stützt sich von allem auf die §§ 95 III, 77 I SGB V und § 75 I SGB V einerseits sowie die §§ 11 I, 27 SGB V andererseits. Nach § 75 I SGB V ist die Kassenärztliche Vereinigung zur vertragsärztlichen Versorgung verpflichtet und nach den §§ 95 III, 77 I SGB V bilden die Vertragsärzte eine Kassenärztliche Vereinigung und sind dieser gegenüber zur Erfüllung des Versorgungsauftrages verpflichtet. Aus den §§ 11 I, 27 SGB V folgt, dass der Versicherte lediglich gegenüber der jeweiligen Krankenkasse einen Anspruch auf Behandlung hat. Vertreter des Versorgungsansatzes folgern daraus: Eines Vertragsverhältnisses zwischen Kassenarzt und Kassenpatient bedürfe es daher nicht. Vgl. ausführlich zu den verschiedenen „Spielarten" des Versorgungsansatzes *Budee,* Der Arztvertrag nach dem SGB V, S. 20ff.

500 Der Vertragsansatz stellt hingegen das tatsächliche Geschehen in den Vordergrund. Tatsächlich erfolge der Leistungsaustausch zwischen Arzt und Patient und der vorherige Kontakt führe zu einem konkludenten Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages. Auch § 76 IV SGB V, der den Vertragsarzt verpflichtet, gegenüber dem Kassenpatienten die Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beachten, deute auf den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages hin. Vgl. *Müller-Glöge*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 4, § 611, Rn. 84.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verhältnis Kassenarzt – Kassenpatient ist. Das Bestehen der Verpflichtung zur Leistung im Verhältnis Pflegedienst-Pflegebedürftiger ist damit ein Indiz für das Vorliegen eines Vertrages zwischen Pflegebedürftigem und Pflegedienst.[501] Dies gilt auch für die Deckelung der Pflegesachleistung nach dem SGB XI, denn der Versorgungsansatz könnte nur für den durch die Sachleistung abgedeckten Teil Anwendung finden, was jedoch zu einer unnatürlichen Aufspaltung der einheitlichen Erbringung der Pflegeleistungen führen würde.[502] Da auch der Gesetzgeber in § 120 SGB XI das Verhältnis Pflegedienst-Pflegebedürftiger als Vertrag bezeichnet, wird hier mit der allgemeinen Meinung das Vorliegen eines Dienstvertrages nach § 611 BGB angenommen.

Sanktionsmöglichkeiten des Pflegebedürftigen bestehen zunächst dann, wenn die Pflegeleistungen nicht oder schlecht geleistet wurden. Für die Schlechtleistung im Verhältnis Pflegedienst-Pflegebedürftiger stellt sich die Frage, nach welchem Maßstab das Vorliegen einer Schlechtleistung zu bestimmen ist. Gelten auch hier die im Verhältnis Leistungsträger-Leistungserbringer verbindlichen Sollensanforderungen als Maßstab oder gelten andere Sollensanforderungen? Setzt man die Annahme, dass in jedem Fall ein zivilrechtlicher Dienstvertrags zwischen Pflegebedürftigem und Pflegedienst zustande kommt konsequent um, so ist für die Bestimmung der Sollensanforderungen im Pflegevertrag zwischen Pflegebedürftigem und Pflegedienst entscheidend, was vertraglich vereinbart wurde. Bezieht der Pflegebedürftige zugleich Pflegesachleistungen nach dem SGB XI, sind die gesetzlichen Mindestanforderungen an den Vertragsinhalt nach § 120 III SGB XI zu beachten. Soweit die Qualität der zu erbringenden Pflegeleistungen nicht ausdrücklich vertraglich festgelegt wurde, sind die Qualitätsanforderungen durch Auslegung des Pflegevertrages nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Aus der Auslegung des Pflegevertrages folgt für den Fall, dass der Pflegebedürftige nicht zugleich Pflegesachleistungen nach dem SGB XI oder Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII in Form von Sachleistungen erhält, dass sowohl die Pflichten als auch der Sorgfaltsmaßstab für die Leistungserbringung verkehrskreisbezogen zu bestimmen sind.[503] Ist für die Erbringung der Pflegeleistungen eine ausgebildete Pflegefachkraft letztverantwortlich, so sind alle geltenden Standards dieser Berufsgruppe zu beachten. Bezieht der Pflegebedürftige Pflegesachleistungen nach dem SGB XI, sind alle Sollensanforderungen des SGB XI zugleich auch Bestandteil des Pflegevertrages.[504] Da die anerkannten Expertenstan-

501 Zwingend ist die Annahme eines Vertrages allein wegen dieser Verpflichtung noch nicht. Da auch beim Versorgungsansatz teilweise davon ausgegangen wird, es entstehe ein gesetzliches Schuldverhältnis, könnte man diese Verpflichtung auch in ein gesetzliches Schuldverhältnis aufnehmen.

502 Diese Situation ist gerade nicht vergleichbar mit der eines Kassenpatienten, der nicht zum Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung gehörende Zusatzleistungen in Anspruch nimmt und für diese einen gesonderten Vertrag mit dem Arzt schließt, da es sich hierbei um eine eindeutig abgrenzbare Leistung handelt, die im Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung nicht enthalten sind.

503 *Grundmann*, in Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, § 276, Rn. 54, 57f.

504 Für Heimverträge: *Theuerkauf,* MedR 2011, S. 72f.; OLG Saarbrücken vom 29.01.2008 – 4 U 318/07, Rn. 26, 31.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dards als auch der anerkannte Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse in jedem Falle zu beachten sind, ergeben sich keine wesentlichen Unterschiede bei den Sollensanforderungen je nachdem, ob der Pflegebedürftige Pflegesachleistungen bezieht oder nicht. Allein bei den Maßstäben und Grundsätzen nach § 113 SGB XI ist aufgrund ihrer kompromisshaften Entstehung[505] zweifelhaft, ob diese auch in den Fällen ohne Sozialleistungsbezug Bestandteil des Pflegevertrages werden.

Die Möglichkeit die Vergütung zu kürzen, ohne dass es auf ein Verschulden des Pflegedienstes ankommt, dürfte der Pflegebedürftige nur in den seltensten Fällen haben. Da es beim Dienstvertrag keine Möglichkeit zur Minderung der Gegenleistung gibt und der Vergütungsanspruch bereits mit Vertragsschluss entsteht,[506] hat auch der Pflegebedürftige bei der ambulanten Pflege, anders als bei der stationären Pflege, bei der mit § 10 I WBVG eine spezielle Regelung zur Minderung besteht, grundsätzlich keine Möglichkeit, die Vergütung bei Schlechtleistung zu kürzen. In Analogie zu einem von Teilen der Rechtsprechung zum Arztvertrag vertretenen Ansatz[507] entfällt der Vergütungsanspruch aus § 611 I BGB dann, wenn die erbrachte Leistung völlig unbrauchbar ist. Dies dürfte bei der Erbringung von Pflegeleistungen so gut wie nie der Fall sein, zumal es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt, bei dem häufig die Erbringung gleichartiger, aber im Vergleich zum Arztvertrag etwas weniger komplexer, Leistungen über einen großen Zeitraum hinweg geschuldet wird. Praktisch relevant dürfte damit nur die Nichterfüllung einzelner Leistungsbestandteile sein. Werden fix geschuldete Leistungen gar nicht erbracht, wie beispielsweise ein Mittagessen oder das Waschen an einem Tag, so ist die Erfüllung des Anspruches des Pflegebedürftigen aufgrund des Fixschuldcharakters dieser Leistungen[508] nach § 275 I BGB unmöglich geworden und der Erfül-

505 Vgl. Ausführungen bei der Anwendung für das PfleWoqG, Pkt. C. II. 1. a) aa) (3).

506 *Teumer,* VersR 2009, S. 333, 335.

507 Vgl. zu diesem Ansatz beim Arztvertrag, bei dem § 628 I 2 BGB auch ohne zukünftig bestehende Leistungspflichten und ohne Kündigung angewendet wird, wenn eine völlig unbrauchbare Schlechtleistung vorliegt, OLG München vom 10.06.2010 – 1 U 2376/10, Rn. 4; LG Berlin vom 15.05.2008 – 6 O 159/07, Rn. 30. Gegen die Gleichsetzung von völlig unbrauchbarer Schlechtleistung und Nichtleistung und der über den Wortlaut hinausgehenden Anwendung des § 628 I 2 BGB wendet sich *Jaspersen,* VersR 1992, S. 1431, S. 1432, der dann jedoch in Ausnahmefällen die Arglisteinrede aus § 242 BGB dem Vergütungsanspruch entgegenhalten will, a.a.O., S. 1433.

508 Ob es sich bei der jeweiligen Leistung um eine absolute Fixschuld handelt, ist für jeden Einzelfall gesondert festzustellen. Vgl. zur den strengen Voraussetzungen eines absoluten Fixgeschäftes, *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, § 275, Rn. 46-49; § 286, Rn. 39f. Danach handelt es sich dann um ein absolutes Fixgeschäft, wenn die Leistung zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr die ursprünglich geschuldete, sondern eine andere wäre. Zwar sind Leistungen wie Nahrungs- oder Flüssigkeitsaufnahme, aber auch das Waschen des Pflegebedürftigen in einem begrenzten Zeitraum nach der eigentlichen Leistungszeit noch nachholbar. So kann ein Mittagessen auch eine Stunde später eingenommen werden. Aber jedenfalls wenn die nächste Nahrungsaufnahme oder das nächste Waschen geschuldet ist, kann die vorhergehende Leistung nichtmehr nachgeholt werden. Es handelt sich dann eben nicht mehr um ein nachgeholtes Mittagessen, sondern um ein Abendessen. Genauso handelt es sich auch nicht mehr um eine nachgeholte Körperwäsche, sondern um die nächste Körperwäsche.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lungsanspruch damit untergegangen. Nach § 326 I 1 BGB entfällt damit auch insoweit der Anspruch auf die Gegenleistung.

Hat der Träger des Pflegedienstes die Schlecht- oder (teilweise) Nichtleistung zu vertreten, so hat der Pflegebedürftige einen Anspruch auf Schadensersatz. Ein Anspruch auf Schadensersatz setzt aber neben dem Vertretenmüssen, welches nach § 280 I 2 BGB vermutet wird[509], auch einen Schaden i.S.d. §§ 249ff. BGB beim Pflegebedürftigen voraus. Der Schaden des Pflegebedürftigen kann sowohl ein Vermögensschaden als auch ein immaterieller Schaden nach § 253 II BGB sein. Bei der Bestimmung des Vermögensschadens ist vor allem umstritten, ob und wann es sich bei der vereinbarten Vergütung um einen Vermögensschaden handelt.[510]

Die Sanktionsmöglichkeit der Kündigung des Pflegevertrages, welche unmittelbar nur für die Zukunft wirkt, besteht teilweise unabhängig davon, ob ein Kündigungsgrund vorliegt, d.h. auch unabhängig davon, ob eine Schlechtleistung im Sinne der negativen Abweichung von verbindlichen Sollensanforderungen vorliegt. Teilweise ist ein Kündigungsgrund erforderlich, welcher auch in einer vorhergehenden Schlechtleistung bestehen kann. Zunächst einmal hat der Pflegebedürftige die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung nach § 621 BGB, die keinen Kündigungsgrund voraussetzt. Wird keine vertragliche Kündigungsfrist vereinbart, so kann der Pflegevertrag jederzeit nach § 621 Nr. 5 BGB gekündigt werden, da die Vergütung des Pflegedienstes nach Leistungskomplexen keine Vergütung nach Zeitabschnitten i.S.d. § 621 BGB ist.[511] Ordnet man die Erbringung von Pflegeleistungen den Diensten höherer Art zu[512], so besteht auch nach § 627 BGB jederzeit die Möglichkeit zur fristlosen Kündigung ohne dass es eines besonderen Grundes nach § 626 BGB bedarf. Ebenso ohne Kündigungsgrund und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist besteht die Möglichkeit zur Kündigung nach § 120 II 2

509 Zwar muss nach § 280 I 2 BGB der Pflegedienst beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat, nach den allgemeinen Grundsätzen zur Beweislastverteilung muss jedoch zunächst der Pflegebedürftige beweisen, dass überhaupt eine Pflichtverletzung vorliegt. Auch die Beweislast für die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden obliegt den Pflegebedürftigen. Für den Bereich der ärztlichen Behandlungsfehler nimmt man zugunsten des Patienten Beweiserleichterungen an: vgl. zur Beweislastumkehr bei grobem Behandlungsfehler *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, § 249, Rn. 487-489; *Jaeger*, in: *Prütting* (Hrsg.), Fachanwaltskommentar Medizinrecht, § 249 BGB, Rn. 7, zu Beweiserleichterungen nach Dokumentationsmängeln vgl. *Jaeger*, in: *Prütting* (Hrsg.), Fachanwaltskommentar Medizinrecht, § 249 BGB, Rn. 26ff. und zur Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen LG Heibronn vom 29.07.2009 – 1 O 195/08, Rn. 45.

510 Teilweise wird die vereinbarte Vergütung als Vermögensschaden angesehen, wenn die erbrachte Leistung völlig unbrauchbar ist, vgl. LG Karlsruhe vom 28.04.2005 – 8 O 362/04, Rn. 15ff.; OLG Koblenz vom 01.09.2011 – 5 U 862/11, Rn. 9. Gegen die Annahme, die Vergütung stelle einen in diesen Fällen einen Vermögensschaden dar, vgl. *Teumer/Stamm,* VersR 2008, S. 174, 178; OLG Frankfurt vom 22.04.2010 – 22 U 153/08, Rn. 29ff. Es wird insbesondere darauf hingewiesen, dass es schon an der Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Vergütung als Schaden fehlt, da der Vergütungsanspruch nicht aufgrund der Schlechtleistung entstanden ist.

511 BGH vom 09.06.2011 – III ZR 203/10, Rn. 11.

512 Für die Annahme von Diensten höherer Art insbesondere aufgrund der besonderen Vertrauensstellung BGH vom 09.06.2011 – III ZR 203/10, Rn. 14ff.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

SGB XI. Dieser enthielt zunächst nur eine Kündigungsmöglichkeit innerhalb der ersten 2 Wochen nach dem ersten Pflegeeinsatz. Mit dem Pflegeneuausrichtungs-Gesetz vom 23.10.2012 besteht ab 01.01.2013 die jederzeitige Kündbarkeit des Pflegevertrages.[513] Während es sich bei den §§ 621, 627 BGB um dispositives Recht handelt, ist § 120 II 2 SGB XI jedoch unabdingbar. Allerdings muss eine Abweichung von den §§ 621 Nr. 5, 627 BGB in einem Formularvertrag den Anforderungen der AGB-Kontrolle nach §§ 305ff. BGB genügen. Eine formularmäßige Abbedingung wird dabei grundsätzlich als nicht möglich erachtet.[514] Damit handelt es sich bei der jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit nach § 120 II 2 SGB XI, anders als vom Gesetzgeber geplant,[515] nicht nur um eine Klarstellung der bestehenden Rechtslage, sondern durch die auch einzelvertragliche Unabdingbarkeit um eine Änderung der bestehenden Rechtslage.[516] Jedenfalls für Verträge, die nach dem 31.12.2012 geschlossen werden, hat die Kündigungsmöglichkeit nach § 627 BGB keine Bedeutung mehr.

Der Pflegebedürftige kann regelmäßig auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 626 BGB ohne Einhaltung einer Frist den Pflegevertrag wegen § 627 BGB oder für Pflegeverträge, die nach dem 31.12.2012 geschlossen werden, nach § 120 II 2 SGB XI kündigen. Das Vorliegen eines Kündigungsgrundes ist damit nur für die Folgen der Kündigung, welche in § 628 BGB geregelt sind,[517] entscheidend. Wurde die Vergütung im Voraus entrichtet, so erhält der Pflegebedürftige den Vergütungsanteil für die Zeit nach der Kündigung nach § 628 I 3 BGB zwar unabhängig vom Vorliegen eines Kündigungsgrundes zurück, aber der Vergütungsanspruch für die Zeit vor der Kündigung entfällt nach § 628 I 2 BGB nur, wenn der Pflegebedürftige durch vertragswidriges Verhal-

513 Damit sollte der Rechtsprechung des BGH zu § 627 BGB Rechnung getragen werden, BT-Drucks. 17/9369, S. 51.

514 BGH vom 09.06.2005 - III ZR 436/04, Rn. 38; speziell für Pflegeverträge wurde jedenfalls eine 14-tägige Kündigungsfrist als unangemessene Benachteiligung nach § 307 I 1, II BGB gewertet, vgl. BGH vom 09.06.2011 – III ZR 203/10, Rn. 13.

515 BT-Drucks. 17/9369, S. 51.

516 Problematisch daran ist, dass der Gesetzgeber, ausgehend von der bloßen Klarstellungswirkung, selbstverständlich davon ausging, § 120 II 2 SGB XI könne ab 01.01.2013 auch ohne weiteres auf vor dem 01.01.2013 geschlossene Verträge angewendet werden. Tatsächlich stellt sich hier jedoch die Frage der Zulässigkeit der Rückwirkung. Aufgrund der bei uneingeschränkter Anwendung eintretenden, vom Gesetzgeber aber nicht beabsichtigten, Rückwirkung, wird man dem Willen des Gesetzgebers am ehesten gerecht, wenn man § 120 II 2 SGB XI einschränkend nur auf Verträge anwendet, die nach dem 31.12.2012 geschlossen werden.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass durch den Verweis in § 124 IV SGB XI die Kündigungsmöglichkeit des § 120 II 2 SGB XI für Verträge über häusliche Betreuung mit nach § 125 SGB XI zugelassenen Betreuungsdiensten entsprechend gilt. Es besteht für diese Verträge damit eine jederzeitige Kündigungsmöglichkeit unabhängig davon, ob es sich auch bei der ausschließlichen Erbringung von Betreuungsleistungen um Dienst höherer Art handelt.

517 Zwar gilt § 628 BGB unmittelbar nur für eine Kündigung nach den §§ 626, 627 BGB, er ist jedoch für eine Kündigung nach § 120 II 2 SGB XI analog anzuwenden. Zum einen enthält § 120 SGB XI selbst keine Regelung zu den Kündigungsfolgen, so dass eine Regelungslücke besteht. Zum anderen ist auch hier zu berücksichtigen, dass § 120 II 2 SGB XI nach der Gesetzesbegründung lediglich klarstellende Funktion hat, woraus sich die Planwidrigkeit der Regelungslücke ableiten lässt.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten des Pflegedienstes zur Kündigung veranlasst wurde[518] und soweit der Pflegebedürftige an den vorherigen Leistungen kein Interesse mehr hat. Regelmäßig wird es jedoch an der letzten Voraussetzung fehlen, da viele Pflegeleistungen, anders als eine aus mehreren Sitzungen bestehende ärztliche Behandlung, auch einzeln für den Pflegebedürftigen eine Bedeutung haben.

f) Rechtsschutz

Der Rechtsschutz dient zunächst dem Schutz der individuellen Interessen der Leistungserbringer. Da es aber beispielsweise bei der Herstellung der Sollensanforderungen nach dem SGB XI nach §§ 113, 113a SGB XI, aber auch für die Pflegetransparenzvereinbarungen nach § 115 Ia SGB XI, keine Rechtsaufsicht gibt und im Rahmen des Rechtsschutzes diese im Rang unterhalb der formellen Gesetze stehenden Sollensanforderungen jedoch zumindest inzident geprüft werden, geht die Wirkung des Rechtsschutzes faktisch über den Einzelfall hinaus. Der Rechtsschutz hat auch die Aufgabe, objektive Richtigkeit zu gewährleisten und leistet damit einen Beitrag zur ständigen Weiterentwicklung[519] der Qualität.

aa) Rechtsschutz unmittelbar gegen Sollensanforderungen

Der Rechtsschutz unmittelbar gegen die Sollensanforderungen kann für die Leistungserbringer deshalb von großer Bedeutung sein, weil die Sollensanforderungen unmittelbar für sie verbindlich sind und ein Verstoß dagegen in der Regel sanktionsbewehrt ist. Damit stellt sich für das Problem, ob überhaupt Rechtsschutz unmittelbar gegen die Sollensanforderungen möglich ist, die entscheidende Frage, ob das Abwarten von Einzelmaßnahmen und der Rechtsschutz gegen die Einzelmaßnahme inklusive inzidenter Prüfung der Sollensanforderung den Leistungserbringern zumutbar ist. Sowohl hinsichtlich des Ob als auch hinsichtlich des Wie des Rechtsschutzes ist entscheidend, welche Rechtsnatur die Sollensanforderungen haben.

Die Sollensanforderungen des § 11 I 1 SGB XI werden durch ein formelles Gesetz festgelegt, so dass nur die Rechtssatzverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 13, 8a, 90ff. BVerfGG möglich ist. Deren Zulässigkeit scheitert jedoch schon am Ablauf der Jahresfrist des § 93 III BVerfGG.

---

518 Für die Veranlassung genügt jedes schuldhafte vertragswidrige Verhalten. Das vertragswidrige Verhalten muss nicht so schwerwiegend sein, dass es für einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 BGB ausreicht, vgl. BGH vom 29.03.2011 – IV ZR 133/10, Rn. 14, auch mit Nachweisen zur abweichenden Meinung.

519 Ständige Weiterentwicklung darf nicht mit ständiger Intensivierung verwechselt werden. Wird für eine wirkungslose Maßnahme, die in die Rechte der Leistungserbringer eingreift, die Rechtswidrigkeit festgestellt, so führt auch die Beseitigung dieser Maßnahme zur Weiterentwicklung der Qualität.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bei der Vereinbarung nach § 113 I 1, 2 SGB XI handelt es sich für die Leistungserbringer ebenfalls um eine Rechtsnorm[520], da durch § 113 I 3 SGB XI die Vereinbarung auch für die Leistungserbringer, die nicht Vertragspartei der Vereinbarung sind, unmittelbar verbindlich ist. Allerdings handelt es sich nicht um ein formelles Gesetz, so dass grundsätzlich der Rechtsweg der Sozialgerichtsbarkeit möglich ist. Der Rechtsweg ist auch nach § § 51 I Nr. 2 SGG eröffnet. Da es neben § 55a SGG keine Möglichkeit der abstrakten Normkotrolle gibt, kommt als Klageart lediglich die Feststellungsklage nach § 55 I Nr. 1 SGG in Betracht. Streitgegenstand dieser Feststellungsklage ist nicht unmittelbar die Wirksamkeit der Norm, sondern die Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen der konkreten Pflichten des Leistungserbringers.[521] Für das berechtigte Interesse an der baldigen Feststellung werden in Analogie zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen Rechtsnormen die eigene Betroffenheit (selbst, gegenwärtig und unmittelbar) sowie die Unzumutbarkeit des Abwartens des Vollzuges verlangt.[522] Unmittelbar betroffen sind die Leistungsträger nur von Sollensanforderungen des § 113 SGB XI, die sich direkt an sie richten, also insbesondere nicht von Vereinbarungen nach § 113 I 4 Nr. 2, 3 SGB XI. Die Voraussetzung der Unzumutbarkeit des Abwartens des Vollzuges ist aufgrund der möglichen Sanktionen nach § 115 II SGB XI im Falle eines Verstoßes erfüllt. Im Rahmen der Begründetheit ist dann die Vereinbarkeit der Sollensanforderungen mit höherrangigem Recht zu prüfen.[523] Davon erfasst sind insbesondere die formellen Voraussetzungen des § 113 I 1, 2 SGB XI sowie die materielle Grenze des § 113 I 1 SGB XI, d.h. der Inhalt der Sollensanforderung muss sich unter „Maßstäbe und Grundsätze für die Qualität und die Qualitätssicherung“ subsummieren lassen.[524] Speziell für die Pflegedokumentation stellt § 113 I 4 Nr. 1 SGB XI noch Vertretbarkeits- und Wirtschaftlichkeitsanforderungen. Die gegenwärtig geltenden Maßstäbe und Grundsätze sind jedoch gar nicht durch Vereinbarung, sondern durch eine Entscheidung der Schiedsstelle nach § 113b SGB XI zustande gekommen. § 113b I 3 SGB XI ist zu entnehmen, dass aus Sicht der Vertragsparteien des § 113 I 1 SGB XI die Entscheidung der Schiedsstelle ein Verwaltungsakt ist. Für Nichtvertrags-

520 *Bassen*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 113, Rn. 6.

521 Vgl. zu § 43 VwGO *Piezcker*, in: *Schoch/Schneider/Bier* (Hrsg.), VwGO, § 43, Rn. 25. Damit sind Klagegegner auch nicht die Parteien der Vereinbarung nach § 113 I 1 SGB XI, sondern die nach § 115 II, III SGB XI für die Durchsetzung der Pflichten zuständigen Landesverbände der Pflegekassen, vgl. *Piezcker*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, (Hrsg.), VwGO, § 43, Rn. 25a. Anders dagegen *Keller*, in: *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer* (Hrsg.), SGG, § 55, Rn. 10b, der von einer „Klage auf Feststellung der Ungültigkeit der Norm“ ausgeht.

522 *Keller*, in: *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer* (Hrsg.), SGG, § 55, Rn. 10d.

523 Vgl. zum Gesamtvertrag nach § 85 III 1 SGB V: BSG vom 31.08.2005 – B 6 KA 6/04 R, Rn. 18; LSG Berlin-Brandenburg vom 14.09.2011 – L 7 KA 87/08, Rn. 21.

524 Auch zu prüfen durch die Sozialgerichte ist die verfassungskonforme Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe, wie beispielsweise in § 113 I 4 Nr. 1 SGB XI „ein für die Pflegeeinrichtungen vertretbares und wirtschaftliches Maß“. Hier ist insbesondere Art. 12 I GG zugunsten der Pflegeeinrichtungen zu prüfen. Für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von § 113 SGB XI selbst gibt es nur den Weg über Art. 100 I 1 GG.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

parteien, also auch für die Leistungserbringer, stellt der Schiedsspruch nach § 113 III 2 SGB XI den Inhalt der Vereinbarung fest, wird also ebenfalls wie die Vereinbarung selbst erst durch die gesetzliche Anordnung des § 113 I 2 SGB XI verbindlich und ist insoweit für diese wie die Vereinbarung eine Rechtsnorm. Für die rechtliche Kontrolle gelten für die Leistungserbringer damit bei Entscheidungen der Schiedsstelle die gleichen Voraussetzungen wie für die rechtliche Kontrolle der Vereinbarung nach § 113 SGB XI selbst.

Beim Rechtsschutz gegen Sollensanforderungen nach § 113a SGB XI ist zu unterscheiden. Nicht zulässig ist eine Feststellungsklage unmittelbar gegen den Beschluss der Vertragsparteien des § 113 I 1 SGB XI nach § 113a I 5 SGB XI, der den Auftrag zur Entwicklung oder Aktualisierung eines Expertenstandards enthält. Von diesem Auftrag sind die Leistungserbringer nicht unmittelbar betroffen. Etwas anderes gilt für den Beschluss nach § 113a I 5 SGB XI über die Einführung eines Expertenstandards, wenn in dem Beschluss die Einführung beschlossen wird.[525] Der Expertenstandard ist dann nach § 113a III 2 SGB XI für den Leistungserbringer unmittelbar verbindlich. Soweit sich aus dem Expertenstandard unmittelbar Pflichten für die Leistungserbringer ergeben, ist Rechtsschutz über § 55 I 1 SGG wie im Rahmen des § 113 SGB XI möglich. Allerdings ist unklar, wann die Feststellungsklage Erfolg haben wird. Allein ein Verstoß gegen das Verfahren des § 113a SGB XI kann dafür dann nicht genügen, wenn der Expertenstandard zugleich Teil des allgemein anerkannten Standes der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse nach § 11 I 1 SGB XI ist. In diesem Fall wäre die Feststellungsklage im Ergebnis wirkungslos, da sie nur die nicht bestehende Verbindlichkeit nach § 113a III 2 SGB XI feststellen kann, jedoch die nach § 11 I 1 SGB XI davon unberührt bleibt.[526] Bei einer solchen im Ergebnis nutzlosen Klage fehlt das Rechtsschutzbedürfnis.

Eine Feststellungskrage unmittelbar gegen die Kriterien der Veröffentlichung einschließlich der Bewertungssystematik (Pflegetransparenzvereinbarung) nach § 115 Ia 8 SGB XI zur Veröffentlichung der Qualitätsberichte ist nicht zulässig. Die Kriterien richten sich unmittelbar nur an die Prüfer und die Landesverbände der Pflegekassen, die nach § 115 Ia 1 SGB XI für die Veröffentlichung zuständig sind. Da sich keine Pflichten der Leistungserbringer aus der Pflegetransparenzvereinbarung ergeben, fehlt es jedenfalls an der unmittelbaren Betroffenheit.

Eine Feststellungsklage[527] unmittelbar gegen die Verpflichtungen aus der Leistungsvereinbarung nach § 75 III Nr. 1 SGB XII ist nur für den Leistungserbringer möglich,

525 Bei einer Ablehnung der Einführung eines Expertenstandards durch Beschluss fehlt es wiederum an der unmittelbaren Betroffenheit der Leistungserbringer.

526 Wie bereits erwähnt sind alle bisherigen Expertenstandards des DNQP nicht unter dem Regime des § 113a SGB XI entwickelt worden und nach § 11 I 1 SGB XI verbindlich. Für nach § 111a SGB XI entwickelte Expertenstandards bedeutet die mögliche Verbindlichkeit nach § 11 I 1 SGB XI, dass bei inhaltlicher „Richtigkeit" des Expertenstandards die Verfahrensvorschriften nach § 113a SGB XI für die anschließende Geltung bedeutungslos sind.

527 Nicht behandelt werden soll die Frage, ob ein Anspruch auf Abschluss einer Vereinbarung nach § 75 III SGB XII besteht und wie dieser durchgesetzt werden kann. Insbesondere zur Frage der

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der auch Vertragspartei ist, da nach § 77 I 2 SGB XII die jeweilige Leistungsvereinbarung auch nur für den Leistungserbringer verbindlich ist, der auch Vertragspartei ist. Die Vereinbarungen nach § 75 III SGB XII sind somit nur Vertrag[528] und nicht Normvertrag. Inhaltlich ist dann die Wirksamkeit des Vertrages zu prüfen.

bb) Rechtsschutz gegen Einzelmaßnahmen

Beim Rechtsschutz gegen Einzelmaßnahmen des SGB XI ist die Art des Rechtsschutzes abhängig von der Rechtsnatur der Einzelmaßnahme. So ist die Kündigung des Versorgungsvertrages nach § 74 I, II SGB XI ein Verwaltungsakt, was im Wesentlichen aus der Verweisung in § 74 III 2 SGB XI auf § 73 II 2 SGB XI geschlossen wird.[529] Richtige Klageart ist dann die Anfechtungsklage nach § 54 I 1 SGG.[530] Da diese nach § 73 II 2 SGB XI keine aufschiebende Wirkung hat, hat der einstweilige Rechtsschutz zumindest bei der Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist nach § 74 II SGB XI für den Leistungserbringer eine große Bedeutung. Dieser richtet sich nach § 86b I 1 Nr. 2 SGG.

Die Veröffentlichung der Pflegetransparenzberichte nach § 115 Ia SGB XI ist kein Verwaltungsakt. Damit ist in der Hauptsache aufgrund des Klagebegehrens die Unterlassungsklage als besondere Form der allgemeinen Leistungsklage nach § 54 V SGG[531] statthaft.[532] Der einstweilige Rechtsschutz richtet sich nach § 86b II SGG (Sicherungsanordnung).[533] Für die Leistungserbringer ist der einstweilige Rechtsschutz von prak-

---

Schiedsfähigkeit von Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nach § 77 I 3 SGB XII, *Jaritz/Eicher*, in: jurisPK-SGB XII, § 77, Rn. 37ff. Da die Qualität (insbesondere die Strukturqualität) des Leistungserbringers nicht im Rahmen der Ermessensentscheidung des Leistungsträgers beim Abschluss des Vertrages berücksichtigt werden darf, sondern nur bei der Frage, ob der Leistungserbringer überhaupt geeignet ist, kommt der Entscheidung, ob eine Vereinbarung abgeschlossen wird, keine weitergehende qualitätssteuernde Funktion zu. Geeignete Leistungserbringer sollen regelmäßig einen Anspruch auf Abschluss einer Vereinbarung haben, *Jaritz/Eicher*, in: jurisPK-SGB XII, § 75, Rn. 98; *Flint*, in: *Grube/Wahrendorf* (Hrsg.), SGB XII, § 75, Rn. 34.

528 *Flint*, in: *Grube/Wahrendorf* (Hrsg.), SGB XII, § 75, Rn. 30.

529 BSG vom 12.06.2008 – B 3 P 2/07 R, Rn. 12f.

530 Der Prüfungsumfang umfasst sowohl die formellen als auch die materiellen Voraussetzungen des § 74 SGB XI. Zu den zu prüfenden formellen Voraussetzungen gehört auch, ob das Einvernehmen mit dem Sozialhilfeträger nach § 74 I 2 SGB XI hergestellt wurde. Dieses Erfordernis soll auch die Rechte des Leistungserbringers schützen, auch wenn aus der Begründung des BSG vom 12.06.2008 – B 3 P 2/07 R, Rn. 25 nicht deutlich wird, weshalb diese Verfahrensvorschrift auch drittschützend ist.

531 BSG vom 15.11.1995 – 6 RKa 17/95, Rn. 15.

532 *Dürschke/Brembeck,* Der Pflege-TÜV auf dem Prüfstand, Rn. 502 sowie für den Fall, dass bereits eine erneute Qualitätsprüfung stattgefunden hat die Fortsetzungsfeststellungsklage, *Dürschke/Brembeck*, a.a.O., Rn. 507. Da es sich bei der Pflegetransparenzvereinbarung um die Rechtsgrundlage bezüglich des Wie der Veröffentlichung handelt, wird deren Rechtmäßigkeit hier inzident geprüft.

533 *Dürschke/Brembeck,* Der Pflege-TÜV auf dem Prüfstand, Rn. 385; für die Rechtsprechung statt aller: Bayerisches LSG vom 30.03.2010 – L 2 P 7/10 B ER, Rn. 35.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tisch von größter Bedeutung, da allein die Klageerhebung in der Hauptsache die Veröffentlichung der Transparenzberichte nicht verhindert.

Die außerordentliche Kündigung nach § 78 SGB XII ist nach überwiegender Ansicht kein Verwaltungsakt[534], was aufgrund des Fehlens einer § 73 II 2 SGB XI entsprechenden Regelung auch überzeugend ist.[535] Gegen eine Kündigung ist damit die Feststellungsklage statthaft. Der einstweilige Rechtsschutz richtet sich nach § 86b II SGG.

g) Herstellung eines Kreislaufes

aa) Kleiner Kreislauf

Der kleine Kreislauf beschränkt sich auf die Verbesserung der Ergebnisse des Ist-Soll-Vergleiches und lässt die Sollensanforderungen unberührt.

Diese Verbesserung entsteht zum einen aus der allgemeinen präventiven Wirkung der Reaktionsmöglichkeiten auf die Kontrollergebnisse. Da die Leistungserbringer wissen, welche Sollensanforderungen zu erfüllen sind und welche Sanktionsmöglichkeiten es bei Nichterfüllung gibt, werden die Leistungserbringer daran interessiert sein, diese Sollensanforderungen einzuhalten.[536] Es ist anzunehmen, dass dabei von der bevorstehenden Veröffentlichung der Kontrollergebnisse nach § 115 Ia SGB XI die stärkste Wirkung ausgeht. Dieses Instrument hat eine hohe Breitenwirkung, da die Informationen von allen gegenwärtig versorgten Leistungsempfängern, aber auch von potentiellen zukünftigen Leistungsempfängern eingesehen werden können. Vor allem aber ist die Reaktion der gegenwärtigen und potentiellen Leistungsempfänger für den Leistungsträger nicht vorhersehbar und gerade diese Unsicherheit dürfte die Wirkungsmacht dieses Instrumentes ausmachen.

Zum anderen entsteht der Kreislauf durch individuelle Reaktionen der Leistungserbringer auf konkret (angedrohte) Sanktionen. So wird der Leistungserbringer regelmäßig die festgestellten Mängel innerhalb der nach § 115 II 1 SGB XI gesetzten Frist beseitigen, um eine Kündigung des Versorgungsvertrages zu verhindern.

---

534 *Flint*, in: *Grube/Wahrendorf* (Hrsg.), SGB XII, § 78, Rn. 11 mit Nachweisen auch für die Gegenmeinung.

535 Mit dem gleichen Argument auch *Jaritz/Eicher*, in: jurisPK-SGB XII, § 78, Rn. 32.

536 Daraus folgt, dass Maßnahmen, die sich ebenfalls positiv auf die Pflegequalität auswirken, aber nicht Bestandteil der normierten Sollensanforderungen sind, möglicherweise nicht ergriffen werden. Dies ist ein wesentlicher Kritikpunkt an der bestehenden Qualitätssicherung, die sich nur auf einzelne Anforderungen konzentriert, vgl. *OECD/European Commission,* A Good Life in Old Age?, S. 25, 183. Die Leistungserbringer orientieren sich ausschließlich an den Sollensanforderungen, die kontrolliert und deren Nichteinhaltung sanktioniert wird, um gute Kontrollergebnisse zu erreichen. Das individuelle Wohlbefinden des Leistungsempfängers werde dabei jedoch vernachlässigt und die Entwicklung neuer Anforderungen durch die Leistungserbringer gehemmt.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Großer Kreislauf

Kerngedanke des Qualitätskreislaufes ist die ständige Weiterentwicklung der Qualität, die über eine ständige Verbesserung des Ergebnisses des Ist-Soll-Vergleiches hinausgeht, also auch die Weiterentwicklung der Sollensanforderungen selbst beinhaltet. Dazu kann es jedoch in geordneter Form nur dann kommen, wenn die bei einem Durchlauf gewonnenen neuen Erkenntnisse beim nächsten Durchlauf und dabei insbesondere bei der Erstellung der Sollensanforderungen berücksichtigt werden können.[537] Dies mag in Fällen, bei denen die Erstellung der Sollensanforderungen, die Kontrolle und die Reaktion auf die Kontrollergebnisse institutionell in einer Hand liegen, so unproblematisch sein, dass dieser Punkt nicht eigens betrachtet werden muss.[538]

An der Qualitätssicherung nach dem SGB XI sind jedoch mehrere Akteure beteiligt. So wird für die Sollensanforderungen nach § 11 I 1 SGB XI auf den pflegewissenschaftlichen Diskurs verwiesen und die Sollensanforderungen nach § 113 SGB XI werden von den dort genannten Vertragsparteien vereinbart. Die Kontrolle wird in der Regel nach § 114 I 1 SGB XI vom Medizinischen Dienst der Krankenversicherung durchgeführt.[539] Die Reaktionen auf die Kontrollergebnisse erfolgen dann durch die Landesverbände der Pflegekassen nach § 115 Ia, II, III SGB XI. Bei dieser Konstellation ist der nötige Wissenstransfer in den nächsten Durchlauf des Qualitätskreislaufes für die Herstellung eines echten Kreislaufes jedenfalls nicht offensichtlich. Das Problem des Wissenstransfers versucht der Gesetzgeber teilweise durch die Pflicht zur Weitergabe von Informationen, teilweise auch durch institutionelle Vorkehrungen zu lösen.

So ist der Medizinische Dienst der Krankenversicherung nach § 115 I SGB XI verpflichtet, die bei der Kontrolle gewonnen Informationen untere anderen an die Landesverbände der Pflegekassen weiterzugeben. Aufgrund der systematischen Stellung des § 115 I SGB XI wird die Informationsweitergabe dazu dienen, dass die Landesverbände der Pflegekassen ihre Aufgaben bei der Reaktion auf die Kontrollergebnisse erfüllen können. Unabhängig davon, ob diese Informationen bei der derzeitigen Rechtslage

537 Dabei ist der Qualitätskreislauf natürlich nur ein Modell und damit auch stark vereinfacht und idealisiert. Tatsächlich finden aufgrund der Vielzahl der Leistungserbringer ständig Kontrollen statt und die Sollensanforderungen stehen auch ständig zumindest gedanklich auf dem Prüfstand. Dennoch ist der planmäßige Wissenstransfer eine notwendige Voraussetzung für eine geordnete, d.h. nicht zufällige, ständige Weiterentwicklung der Qualität.

538 Dies wird regelmäßig für Abläufe innerhalb eines Unternehmens der Fall sein und für diesen Fall wurde der Qualitätskreislauf ursprünglich auch entwickelt und erst später auf die Erbringung von Sozialleistungen übertragen.

539 Immerhin soll dort, wo es nach den Nachfolgegesetzen der Länder zum Bundesheimgesetz zu Qualitätsprüfung kommt, eine Zusammenarbeit mit dem Medizinischen Dienst der Krankenversicherung stattfinden, § 117 SGB XI. Diese Zusammenarbeit soll nicht nur in der Koordinierung der einzelnen Kontrollen bestehen, sondern beispielsweise auch bei der Weiterentwicklung der Qualität der Prüfungen erfolgen, vgl. BT-Drucks. 17/9369, S. 50.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

überhaupt auch für andere Zwecke genutzt werden können[540], ist vor allem nicht sicher, ob sie auf diesem Weg bei den Vertragsparteien nach §§ 113, 113a SGB XI ankommen. Die Landesverbände der Pflegekassen nach § 52 SGB XI i.V.m. § 207 SGB V sind selbst nicht Vertragspartei. Zwar ist der Spitzenverband Bund der Pflegekassen Vertragspartei, allerdings besteht dieser nicht aus den Landesverbänden, sondern nach § 53 SGB XI i.V.m. § 217a SGB XI aus den einzelnen Krankenkassen. Damit ist auch nicht gewährleistet, dass die Informationen von den Landesverbänden der Pflegekassen an den Spitzenverband Bund der Pflegekassen weitergeleitet werden. Damit bleibt noch der Weg über die Beteiligung des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen nach § 113 I 1, 113a I 3 SGB XI. Jedoch ist auch der Wissenstransfer vom Medizinischen Dienst der Krankenversicherung nach § 278 SGB V zum Medizinischen Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen nach § 282 SGB V nicht gesetzlich gewährleistet, da der Medizinischen Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen nach § 282 II 2 SGB V Einfluss auf die Arbeit des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung nehmen soll und nicht umgekehrt.[541]

Auch ein Wissenstransfer der Informationen, die der Medizinische Dienst der Krankenversicherung durch die Kontrollen gewonnen hat, zu den Beteiligten am pflegewissenschaftlichen Diskurs für die Sollensanforderungen nach § 11 I 1 SGB XI fehlt. Damit bleibt die Pflegewissenschaft für die Weiterentwicklung des pflegerischen Standards auf eigene Untersuchungen zur Wirkungsweise der Standards angewiesen.

Neben dem Medizinischen Dienst der Krankenversicherung machen auch die Leistungserbringer und die Leistungsempfänger Erfahrungen mit dem Umgang mit Sollensanforderungen und mit den Wirkungen der Sollensanforderungen. Das Wissen der Leistungsempfänger und das der Beschäftigten der Leistungserbringer gelangt bei den Kontrollen nach § 114 SGB XI durch die Befragung nach § 114a III 1 SGB XI zum

---

540 Bei den Informationen zur Qualität handelt es sich um Sozialdaten i.S.d. § 67 I 1 SGB X, die mit dem Einverständnis des Pflegebedürftigen erhoben worden sind, § 114a III 4 SGB XI. Eine Nutzung dieser Daten ist nach § 67b I 1 SGB X ohne gesetzliche Ermächtigung nur möglich, soweit die Einwilligung reicht. Die Einwilligung nach § 114a III 4 SGB XI beschränkt sich jedoch auf die Qualitätskontrolle, so dass eine Nutzung zur Weiterentwicklung der Qualitätsanforderungen ausscheidet. Allerdings genügen zur Weiterentwicklung der Qualität auch anonymisierte Daten. Anonymisierte Daten i.S.d. § 67 VIII SGB X sind keine Sozialdaten nach § 67 I 1 SGB X und unterliegen damit auch nicht dem Schutz der Sozialdaten, siehe *Bieresborn*, in: *Wulffen* (Hrsg.), SGB X, § 67, Rn. 5a, 30ff. Die Nutzung anonymisierter Daten zur Weiterentwicklung der Qualitätsanforderungen wäre damit möglich.

541 Dies bedeutet nicht, dass es nicht tatsächlich in Einzelfällen zu einer Informationsweitergabe vom Medizinischen Dienst der Krankenversicherung zum Medizinischen Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen kommen kann, beispielsweise wenn in mehreren Ländern Probleme mit dem gleichen Prüfkriterium beziehungsweise mit der gleichen Sollensanforderung auftreten und die Koordinierungsfunktion des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen betroffen ist. Wesentlich ist jedoch, dass es keine gesetzlich zwingende geordnete und systematische Informationsweitergabe gibt und damit die Beteiligung des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen im Rahmen der §§ 113, 113a SGB XI nicht den erwarteten Nutzen hat.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Medizinischen Dienst der Krankenversicherung. Für den weiteren Transfer besteht jedoch das gleiche Problem wie für Informationen, die der Medizinische Dienst der Krankenversicherung unmittelbar gewinnt. Das Wissen der Leistungsträger könnte noch über die Vereinigung der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene, die Vertragspartei nach § 113 I 1 SGB XI sind, bei den Vereinbarungen genutzt werden. Institutionell abgesichert ist dies jedoch nicht. Weder muss ein Leistungsträger Mitglied bei einer Vereinigung der Träger der Pflegeeinrichtungen sein, noch ist die interne Informationsweitergabe bei den privatrechtlichen Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen gesetzlich geregelt.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass es Instrumente auf allen Ebenen des Qualitätskreislaufes gibt, jedoch dort, wo die Verbindung zum nächsten Durchlauf hergestellt werden muss, eher eine Lücke klafft. Da alle Informationen beim Medizinischen Dienst der Krankenversicherung bei den Kontrollen zusammenlaufen, dürfte es am einfachsten sein, die Lücke zwischen Medizinischen Dienst der Krankenversicherung und Medizinischen Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen in Form einer systematischen Datenweitergabe zu schließen und so den Medizinischen Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen besser für die Verhandlungen zu den Vereinbarungen nach §§ 113, 113a SGB XI zu rüsten.

2. Qualitätssicherungsinstrumente außerhalb des Qualitätskreislaufes

Instrumente, die wahrscheinlich Einfluss auf die Qualität von Pflegeleistungen haben, jedoch außerhalb des Qualitätskreislaufes stehen, also deren prognostizierter Einfluss auf die Qualität nur mittelbar ist, sind vor allem solche, die die (Mindest-) Rahmenbedingungen für die Arbeit von Pflegekräften bestimmen. Dazu gehören mit dem BUrlG und dem ArbZG[542] Regelungen, die für alle Arbeitnehmer gleichermaßen gelten, sowie mit der PflegeArbbV[543] Regelungen, die speziell für Arbeitnehmer in der Pflegebranche gelten. Daneben sind auch die Beratungsansprüche nach §§ 7, 7a SGB XI von Bedeutung, da sie den Pflegebedürftigen in die Lage versetzen sollen, die für ihn idealen Leistungen bewusst auswählen zu können. Aufgrund der größeren Bedeutung der Beratung für die nichtprofessionelle Pflege werden die Beratungsansprüche insgesamt dort dargestellt.

542 Der Ausschluss in § 18 I Nr. 3 ArbZG gilt nicht für Beschäftigte von Pflegediensten, da diese nicht in häuslicher Gemeinschaft mit der anvertrauten Person zusammenleben. Diese Ausnahme kann jedoch eingreifen, wenn sich der Pflegebedürftige für das Arbeitgebermodell nach § 66 IV 2 SGB XII entschieden hat.

543 Die PflegeArbbV wurde auf Grundlage von § 11 AEntG erlassen und legt eine verbindliche Lohnuntergrenze für Pflegeberufe fest.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Mitwirkungspflichten des Pflegebedürftigen

Alle bisher beschriebenen Qualitätsanforderungen richten sich an den Leistungserbringer und es ist seine Pflicht, diese Anforderungen zu erfüllen. Dementsprechend treffen auch die Sanktionen bei Nichterfüllung den Leistungserbringer.

Eine wesentliche Frage ist jedoch: Gibt es vergleichbare Anforderungen die sich an den Pflegebedürftigen richten? Gewährt man dem Pflegebedürftigen nur die Stellung des Leistungsempfängers, dann sind solche Anforderungen schon nicht notwendig, weil in diesem Fall der Pflegebedürftige außer dem Empfang der Leistung nichts zum Gelingen der Pflege beitragen würde. Allerdings erscheint das Bild des bloßen Leistungsempfängers insbesondere bei medizinischen Dienstleistungen nicht angemessen. Schon eher dürfte die Bezeichnung Co-Produzent auf den Pflegebedürftigen zutreffen[544], jedenfalls in Fällen nicht schwerster Pflegebedürftigkeit. Nimmt man diese Stellung als Co-Produzent ernst, dann liegt es nahe, auch an den Pflegebedürftigen Anforderungen zu richten und diese Anforderungen auch als Teil der Qualitätssicherung zu betrachten. Dies wird insbesondere dann gelten, wenn der Pflegebedürftige Sozialleistungen bezieht, da Qualitätssicherung dann neben dem Schutz der Gesundheit des Leistungsempfängers auch zur Effizienz der Sozialleistung beitragen soll. Es ist jedoch nicht zwingend, gesetzliche Anforderungen auch an den Pflegebedürftigen zu richten. Zum einen liegt die Mitwirkung im eigenen Interesse des Pflegebedürftigen, was dafür spricht, dass er ohnehin mitwirkt. Zum anderen ist es denkbar, den Leistungserbringer zu verpflichten, die notwendige Mitwirkung des Pflegebedürftigen zu erreichen, indem man die Motivation des Pflegebedürftigen zur Mitwirkung dem Pflichtenkreis des Leistungserbringers zuordnet.[545] Dies ist durch das Leitbild der aktivierenden Pflege in § 11 I 2 SGB XI und in § 28 IV 1 SGB XI, welches sowohl für die Bestimmung der Pflichten des Leistungserbringers gegenüber dem Leistungsträger als auch für die Auslegung der Vertragspflichten aus dem Pflegevertrag im Verhältnis Leistungsempfänger-Leistungserbringer herangezogen werden kann[546], jedenfalls teilweise geschehen.

Es gibt aber auch Pflichten, die sich unmittelbar an den Pflegebedürftigen richten. Nach § 6 II SGB XI hat der Pflegebedürftige u.a. an der aktivierenden Pflege mitzuwirken. Ordnet man diese Pflicht in den Qualitätskreislauf ein, so stellt diese zwar eine Sollensanforderung dar, sie wird jedoch weder kontrolliert, noch werden Verstöße sank-

544 *Zacher,* Wirtschaftlichkeit in der Pflege, S. 41.

545 Als Pflicht des Arztes gegenüber dem Patienten aus dem Arztvertrag, *Uhlenbruck/Kern*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, § 78, Rn. 5.

546 Zum Leitbild der aktivierenden Pflege, *Udsching,* in: d*ers.* (Hrsg.), SGB XI, § 28, Rn. 14. Ob die Nichtsanktionierung tatsächlich aufgrund der Achtung der persönlichen Würde des Pflegebedürftigen geboten ist, ist hingegen zweifelhaft; zu dieser Annahme, *Klie*, in: *Klie/Krahmer* (Hrsg.), LPK-SGB XI, § 6, Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tioniert.[547] Daneben bestehen die allgemeinen Mitwirkungspflichten nach den §§ 60 ff. SGB I. In Betracht kommt hier allein die Mitwirkungspflicht nach § 63 SGB I. Zwar erhält der Pflegebedürftige die Leistungen nach dem SGB XI „wegen Krankheit oder Behinderung", was sich aus dem Wortlaut des § 14 I 1 SGB XI ergibt. Allerdings handelt es sich bei den Pflegeleistungen nach dem SGB XI, auch wenn sie aktivierend wirken und die Pflegebedürftigkeit verringern sollen oder zumindest verhindern sollen, dass die Pflegebedürftigkeit weiter zunimmt, nicht um Heilbehandlungen[548], so dass § 63 SGB I beim Bezug von Pflegeleistungen nach dem SGB XI nicht anwendbar ist. § 63 SGB I gilt für Pflegebedürftige insbesondere bei Rehabilitationsmaßnahmen nach dem SGB V und gewährleistet somit den Grundsatz „Rehabilitation vor Pflege" bezogen auf die Teilnahme des Pflegebedürftigen. Gegenüber dem Leistungsträger hat der Pflegebedürftige damit keine sanktionsbewehrte Pflicht an aktivierenden Pflegeleistungen aktiv mitzuwirken. Wie beim Arztvertrag der Patient hat jedoch der Pflegebedürftige aus dem Pflegevertrag die Nebenpflicht gegenüber dem Leistungserbringer zur Mitwirkung an aktivierenden Pflegeleistungen.[549] Erfüllt der Pflegebedürftige diese Mitwirkungspflicht nicht, kommt er nach § 295 S. 1 Alt. 2 BGB in Annahmeverzug. Die Rechtsfolge des § 615 S. 1 BGB, nämlich dass der Pflegebedürftige dann dennoch die „vereinbarte Vergütung" zahlen muss, passt jedoch nicht, wenn Pflegesachleistungen erbracht werden, da in diesem Fall zwischen Pflegedienst und Pflegebedürftigen gar keine Vergütung vereinbart wurde und die Vergütungsvereinbarung nach § 89 I 1 SGB XI das Verhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer im Hinblick auf die Pflegevergütung abschließend regelt.[550] Es liegt dann jedoch eine Leistungsstörung im Rechtsverhältnis zwischen Pflegedienst und Pflegebedürftigem vor, die zur Schadensersatzpflicht des Pflegebedürftigen führen kann.[551] Zahlt er die Vergütung selbst, ist § 615 S. 1 BGB anwendbar.[552]

---

547 Zu fehlenden leistungsrechtlichen Sanktion vgl. auch *Udsching*, in: d*ers.* (Hrsg.), SGB XI, § 6, Rn. 4 sowie *Wagner*, in: *Hauck/Noftz*, SGB XI, Band 1, § 6, Rn. 10.

548 Dies folgt schon aus der spezialgesetzlichen Regelung des § 6 II SGB XI, der ausdrücklich keine Sanktionsmechanismen erhält. Würde man aber die Pflichten des § 6 II SGB XI auch zu den Pflichten nach § 63 SGB I rechnen, wäre eine Sanktion über § 66 II SGB I möglich, was der gesetzgeberischen Konzeption der sanktionslosen Mitwirkungspflicht widersprechen würde. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob der Begriff der Heilbehandlung in § 63 SGB I lediglich Heilbehandlungen im Sinne des SGB V umfasst oder weiter ist, vgl. *Mrozynski*, SGB I, § 63, Rn. 5 und *Hase*, in: *Rolfs/Giesen et al.* (Hrsg.), SGB I, § 63, Rn. 8.

549 Beim Arztvertrag wird dies dann angenommen, wenn der Erfolg der Behandlung von der Mitwirkung des Patienten abhängt, vgl. *Uhlenbruck/Kern*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, § 78, Rn. 2. Auch bei der aktivierenden Pflege ist der Pflegeerfolg von der Mitwirkung des Pflegebedürftigen abhängig, so dass eine vergleichbare Situation vorliegt. Nach anderer Ansicht ist die Mitwirkung des Patienten keine Nebenpflicht, sondern bloße Obliegenheit, vgl. die Zusammenstellung bei *Engst*, Patientenpflichten und –lasten, S. 14ff.

550 Eine Verordnung nach § 90 SGB XI wurde bisher nicht erlassen.

551 *Engst*, Patientenpflichten und –lasten, S. 165.

552 Eine kurze Darstellung des Streitstandes für den Fall, dass ein Patienten nicht zum vereinbarten Behandlungstermin erscheint und ob dann § 615 S. 1 BGB anwendbar ist oder ein Anspruch auf

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Qualitätssicherung in der nichtprofessionellen Pflege

Schon ein erster Blick auf die zentralen Vorschriften für die Qualitätssicherung der nichtprofessionellen Pflege des SGB XI, nämlich § 37 I 2 und III SGB XI, genügt, um sagen zu können, dass anders als bei der professionellen Pflege die ständige Weiterentwicklung der Qualität nicht das Ziel der Qualitätssicherung der nichtprofessionellen Pflege ist. Damit liegt auch der Schluss nahe, dass kein Qualitätskreislauf besteht. Dennoch ist die Zuordnung der Instrumente zu den einzelnen Abschnitten des Qualitätskreislaufes zweckmäßig und liefert neue Erkenntnisse. So ist mit dem naheliegenden Schluss, dass kein Qualitätskreislauf besteht, noch nicht klar, an welcher Stelle oder an welchen Stellen der Kreislauf eigentlich unterbrochen ist. Auch wird es nur am großen Kreislauf fehlen, denn die Wirkungen des kleinen Kreislaufes sind auch bei nichtprofessioneller Pflege erwünscht.[553] Hinzu kommt die bessere Vergleichbarkeit der Qualitätssicherung der nichtprofessionellen Pflege mit der Qualitätssicherung der professionellen Pflege, wenn die Darstellung der einzelnen Instrumente jeweils im gleichen funktionsbasierten Schema erfolgt. Auch die Unterscheidung nach den leistungsrechtlichen Grundsituationen wird beibehalten.

1. Instrumente innerhalb des Qualitätskreislaufes

a) Sollensanforderungen

aa) Kein Leistungsbezug

Unmittelbar präventive Wirkung hat hier nur das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht, welches u.a. eingreift, wenn eine unmittelbare Gefahr für Leib oder Leben des Pflegebedürftigen besteht.[554] Sollensanforderung ist insoweit eine Pflege von der entsprechende Gefahren nicht ausgehen. Einzig in Hessen erfasst das HGBP einen, wenn

---

Schadensersatz besteht, oder ob den Ansprüchen des Arztes die §§ 627, 626 BGB entgegenstehen, findet sich bei *Uhlenbruck/Kern*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, § 82, Rn. 21ff. Da auch beim Pflegevertrag Dienste höherer Art zu leisten sind, ist auch hier die jederzeitige Kündigung nach §§ 626 I, 627 I BGB möglich, so dass die Argumente des oben angeführten Streitstandes zum Nichterscheinen des Patienten entsprechend gelten.

553 Zu diesen beiden Wirkungen des Qualitätskreislaufes, siehe B. II. 1. a) cc).

554 Von den in der Gesetzgebungskompetenz der Länder stehenden allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechtlichen Vorschriften seien hier beispielhaft erwähnt die Generalklauseln für Bayern: § 11 I, II 1 Nr. 3 PAG, und für Hessen: § 11 HSOG.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch kleinen[555], Teil der nichtprofessionellen Pflege, denn die entgeltlich vermittelten Pflegekräfte i.S.d. § 2 I Nr. 3 HGBP werden i.d.R. nichtprofessionelle Pflegekräfte sein. Erfasst werden sollen vor allem durch Vermittlungsagenturen nach Deutschland vermittelte ausländische Pflegekräfte.[556] Für nichtprofessionelle entgeltlich vermittelte Pflegekräfte enthält das HGBP keine ausdrücklichen Sollensanforderungen. Die Pflicht zur Pflege mit „angemessener Qualität" nach § 9 III S. 2 HGBP gilt nur, wenn es sich bei der entgeltlich vermittelten Pflegekraft um eine Pflegefachkraft handelt.

Daneben bestehen die zunächst nur repressiv wirkenden Vorschriften des Zivilrechts zum Schadensersatz bei Pflichtverletzung und das Strafrecht, wobei jeweils auch eine (general-)präventive Wirkung besteht. Zwar ist die Frage, wie das Verhältnis zwischen Pflegenden und Pflegebedürftigen rechtlich zu qualifizieren ist, schwer zu beantworten. Ob ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis oder ein Schuldverhältnis vorliegt, ist anhand des Rechtsbindungswillens der beiden zu beurteilen. Dabei sprechen für die Annahme eines Rechtsbindungswillens und damit auch für ein Schuldverhältnis die existenzielle Bedeutung der Pflegeleistungen für den Pflegebedürftigen und die häufig extreme zeitliche sowie physische und psychische Belastung des Pflegenden.[557] Dagegen sprechen die regelmäßig bestehende persönliche Nähe zwischen Pflegenden und Pflegebedürftigen sowie eine unentgeltliche Erbringung der Pflegeleistungen.[558] Letztlich ist dies nur durch eine Prüfung im Einzelfall zu klären.[559] Für die Frage der Sollensanforderungen für die Erbringung der Pflegeleistung ist die rechtliche Einordnung jedoch nicht entscheidend[560], da auch bei einer Haftung nur über § 823 BGB als Sorgfaltsmaßstab § 276 I, II BGB gilt. Das heißt, dass der Pflegende Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten

555 Insoweit wird das HGBP seinem Zweck, nämlich dem umfassenden ordnungsrechtlichen Schutz von Pflegebedürftigen auch in häuslicher Umgebung, der die Lücken des zivil- und sozialrechtlichen Schutzes schließen soll, LT-Drucks. 18/3763, S. 16, bei weitem nicht gerecht. So wird gerade ein Schutzbedürfnis für die 75,2 % der Menschen festgestellt, die zu Hause versorgt werden, LT-Drucks. a.a.O. Die ambulanten Pflegedienste und vermittelten Pflegekräfte, für die das HGBP gilt, versorgen jedoch nur einen Bruchteil der in häuslicher Umgebung Gepflegten. Ein umfassender ordnungsrechtlicher Schutz wird damit auch durch das HGBP nicht erreicht.

556 LT-Drucks. 18/3763, S. 19; der Gesetzentwurf erfasste ausschließlich die „Vermittlung von ausländischen Pflegekräften", LT-Drucks. 18/3763, S. 2.

557 Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung des Vertragsgegenstandes, siehe *Müller-Glöge*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 4, § 611, Rn. 34.

558 *Suschet*, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg.), BGB, § 241, Rn. 18.

559 Bei Ehegatten, der Pflege im Verhältnis Eltern – Kind und im Verhältnis Eltern – Schwiegerkind kann die Erbringung von Pflegeleistungen rechtlich als besondere Form der Erbringung von Unterhaltsleistung in Natur eingeordnet werden. Jeweils zu diesem Ergebnis kommt *O'Sullivan,* Ambulante Pflege und Betreuung in Familie und neuem Ehrenamt, S. 214 (für die Ehe), S. 243 (bei Verwandten in gerader Linie), S. 256 (für Schwiegerkinder als Erfüllung der Unterhaltspflicht ihres Ehegatten). *O'Sullivan,* Ambulante Pflege und Betreuung in Familie und neuem Ehrenamt, S. 299 nimmt auch außerhalb verwandtschaftlicher Beziehungen immer das Vorliegen eines Vertrages an.

560 Anders als bei der professionellen Pflege steht die zivilrechtliche Natur des Rechtsverhältnisses bei der nichtprofessionellen Pflege außer Frage.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hat.[561] Fahrlässigkeit nach § 276 II BGB ist dabei objektiv und gruppenbezogen zu bestimmen. Fahrlässig handelt demnach, wer die durchschnittlichen Anforderungen eines Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises in der jeweiligen Situation nicht beachtet.[562] Problematisch ist jedoch die Bildung des Verkehrskreises. Gibt es einen Verkehrskreis „Laienpflegekraft" und kann man an alle nichtprofessionellen Pflegekräfte die gleichen Anforderungen stellen? Letztlich dürfte der Kreis der nichtprofessionellen Pflegekräfte zu inhomogen sein, und zwar sowohl hinsichtlich des vorhandenen Wissens über Pflegetechniken usw. als auch hinsichtlich der physischen und psychischen Belastbarkeit, um zu nur einem Verkehrskreis zusammengefasst werden zu können.

Ebenfalls zunächst nur repressiv wirken strafrechtliche Vorschriften. Praktisch bedeutsam dürfte vor allem die fahrlässige Körperverletzung, § 229 StGB, sein. Bei der strafrechtlichen Prüfung der Fahrlässigkeit kommt es im Ergebnis allein auf die subjektiven Fähigkeiten des einzelnen Pflegenden an.[563] Das Problem der Bestimmung des zutreffenden Verkehrskreises existiert hier nicht.

bb) Leistungsbezug nur SGB XI

Entscheidet sich der Pflegebedürftige für Pflegegeld nach § 37 I 1 SGB XI, muss er die erforderliche Pflege nach § 37 I 2 SGB XI „in geeigneter Weise" selbst sicherstellen. Es handelt sich bei dieser Anforderung um eine echte Anspruchsvoraussetzung. Diese verlangt sowohl eine zeitliche als auch eine qualitative Sicherstellung der Pflege.[564] Die entscheidende Frage für die Bestimmung der Sollensanforderungen ist damit, wann die Pflege in qualitativer Hinsicht sichergestellt ist, beziehungsweise wann nicht. § 37 SGB XI liefert dazu keine weiteren Hinweise. Eine Anlehnung an die Sollensanforderungen der professionellen Pflege ist nicht möglich. Dies würde sowohl dem Selbstbestimmungsrecht des Pflegebedürftigen nach § 2 SGB XI als auch dem Vorrang nach § 3 SGB XI, welcher nicht nur einen Vorrang der häuslichen Pflege, sondern auch einen Vorrang der Unterstützung der Pflegebereitschaft der Angehörigen und Nachbarn und damit einen Vorrang der nichtprofessionellen Pflege enthält, widersprechen. Praktisch wäre es regelmäßig nicht möglich, Angehörige oder Nachbarn zu finden, deren pflegerische Fähigkeiten von Beginn an annähernd denen von professionellen Pflegekräften entsprechen. Da die gesetzgeberische Konzeption davon ausgeht, dass zumin-

561 Die Annahme eines stillschweigenden Haftungsausschlusses ist hier nicht möglich. Ein solcher Haftungsausschluss liegt nur in besonderen Ausnahmefällen vor, *Suschet*, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg.), BGB, § 241, Rn. 23.

562 *Unberath*, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg.), BGB, § 276, Rn. 21f.

563 *Duttge*, in Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, § 15, Rn. 202; *Kudlich*, in Beck'scher Online Kommentar StGB, § 15, Rn. 65.

564 Zur zeitlichen Sicherstellung *Udsching*, in: d*ers.* (Hrsg.), SGB XI, § 37, Rn. 8; zur qualitativen Sicherstellung *Linke*, in: *Krauskopf* (Begr.), SGB XI, § 37, Rn. 11; *Reimer*, in: *Hauck/Noftz*, Band 1, § 37, Rn. 8, wonach erforderliche Kenntnisse und Fähigkeiten bei der Pflegeperson vorliegen müssen.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dest in den meisten Fällen die Pflege allein durch nichtprofessionelle Pflegekräfte erbracht werden kann,[565] sind letztlich an die qualitative Sicherstellung nach § 37 I 2 SGB XI nur Anforderungen zu stellen, die Laien realistischer Weise auch erfüllen können.

Die Rechtsprechung füllt die Anforderungen an die Sicherstellung der Pflege in durchaus unterschiedlicher Weise aus. So geht das Hessische Landessozialgericht davon aus, dass selbst eine gewisse Unterversorgung nicht schadet, solange keine konkrete Gesundheitsgefährdung oder Verwahrlosung des Pflegebedürftigen droht.[566] Das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg berücksichtigt dagegen bei der Prüfung der Sicherstellung der Pflege jedes pflegerische Defizit, da die erforderliche Pflege nur dann sichergestellt sei, wenn sie „insgesamt" sichergestellt sei. Für die Feststellung, wann ein solches pflegerisches Defizit vorliegt, wird jedoch kein abstrakter Maßstab formuliert, sondern allein auf die gutachterlichen Feststellungen zurückgegriffen, wodurch schon nicht klar wird, ob überhaupt ein von der professionellen Pflege abweichender Maßstab angewendet wird. [567]

Im Vergleich zu den zivil- und strafrechtlichen Sorgfaltspflichten kann eine Anlehnung allenfalls an den objektiven Sorgfaltsmaßstab erfolgen. Weder können besondere Fähigkeiten des Pflegenden zu strengeren Sollensanforderungen i.S.d. § 37 I 2 SGB XI führen, noch können individuelle Defizite des Pflegenden zu einer Lockerung dieser Sollensanforderungen führen. Dies ergibt sich bereits daraus, dass § 37 I 2 SGB XI einen anderen Adressaten hat als die zivil- und strafrechtlichen Vorschriften. Während diese sich an den Pflegenden richten, richtet sich § 37 I 2 SGB XI an den Pflegebedürftigen. § 37 I 2 SGB XI reguliert bereits die Wahl des Pflegenden durch den Pflegebedürftigen. Entfaltet die Vorschrift aber bereits Wirkungen zu einem Zeitpunkt, zu dem der Pflegende noch gar nicht feststeht, kann sinnvollerweise nur ein rein objektiver Maßstab zur Anwendung kommen. Aber selbst die Anwendung des objektiven Sorgfaltsmaßstabs der zivil- und strafrechtlichen Vorschriften auf § 37 I 2 SGB XI ist zwei-

565 BT-Drucks. 12/5262, S. 112.

566 Hessisches LSG, vom 21.06.2007 – L 8 P 10/05, Rn. 28. Dies entspricht auch den Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes zur Begutachtung von Pflegebedürftigkeit nach dem XI. Buch Sozialgesetzbuch, S. 82. Der MDK hat die Sicherstellung der Pflege gemäß § 18 VI 3 SGB XI bei einem Antrag auf Pflegegeld zwingend zu prüfen. Das Hessische LSG, a.a.O. geht gar davon aus, es gebe keinen verbindlichen und objektiven Maßstab für die „erforderliche Pflege", wenn die Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte erbracht wird. Die Akzeptanz einer „gewissen Unterversorgung" bei der Frage, ob die Pflege sichergestellt ist, gerät jedoch möglicherweise in Konflikt mit der Feststellung der Pflegebedürftigkeit selbst. Bei der Feststellung der Pflegebedürftigkeit werden nach § 15 III 1 SGB XI die Zeiten angesetzt, die eine nichtprofessionelle Pflegekraft für die Ausführung der jeweiligen Tätigkeit benötigt. Damit geht die Rechtsprechung unausgesprochen davon aus, dass es Pflegetätigkeiten gibt, die zwar zum Bedarf des Pflegebedürftigen gehören, deren Nichterbringung aber keine konkrete Gesundheitsgefährdung verursachten, also zum Erhalt der gegenwärtigen Gesundheit gar nicht erforderlich sind.

567 LSG Berlin-Brandenburg vom 08.03.2012 – L 27 P 28/11, Rn. 24 und vom 30.05.2011 – L 27 P 116/08, Rn. 21f. In beiden Fällen lag jedoch eine evident unzureichende Pflege vor, bei der Verwahrlosung bereits eingetreten ist.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

felhaft, da dieser die durchschnittliche nichtprofessionelle Pflegekraft zum Maßstab erhebt und es dem Pflegebedürftigen damit verwehrt wäre, eine Pflegeperson mit (leicht) unterdurchschnittlichen Fähigkeiten zu wählen. So wird man dem Hessischen LSG insoweit zustimmen können, dass das Selbstbestimmungsrecht des Pflegebedürftigen dazu führt, dass er die Pflegeperson weitgehend frei wählen kann. Dennoch sind ein Mindestmaß an wirksamer Pflege und damit auch ein Mindestmaß an Qualität unverzichtbar. Ansonsten würden die strengen Anforderungen an die zeitliche Sicherstellung[568] ohne Inhalt bleiben und wären damit im Extremfall wirkungslos, da gar keine wirksamen Pflegeleistungen erbracht werden müssten und die bloße Anwesenheit eines Pflegenden ausreichen würde.

cc) Leistungsbezug nur SGB XII oder SGB XI und SGB XII

Für den Anspruch auf Pflegegeld nach § 64 I-III SGB XII sind die Sollensanforderungen wortgleich mit § 37 I 2 SGB XI in § 64 V 1 SGB XII normiert. Dabei wird zunächst die Anforderung an den Pflegebedürftigen gestellt, überhaupt in der Lage zu sein, seine eigene Pflege selbst organisieren zu können.[569] Die Pflege selbst muss so beschaffen sein, dass sie nicht „dauernd zu menschenunwürdigen Zuständen" führt,[570] was mit dem Nichteintreten der Verwahrlosung als Mindestmaß an Qualität in § 37 I 2 SGB XI vergleichbar ist. Bei der Erstattung der Aufwendungen für die Pflegeperson ist im Tatbestandsmerkmal der „Angemessenheit" zugleich die Anforderung einer Mindestqualität enthalten. Da die Angemessenheit einer Aufwendung deren Erforderlichkeit voraussetzt, kann man hier die Auslegung zu den erforderlichen Aufwendungen in § 670 BGB entsprechend heranziehen. Aufwendungen sind nur dann erforderlich, wenn der Pflegende sie aufgrund sorgfältiger, den Umständen nach gebotener Prüfung für erforderlich halten durfte,[571] um einen Beitrag zur Deckung des Bedarfes des Pflegebedürftigen zu leisten.

568 Hinsichtlich der zeitlichen Sicherstellung der erforderlichen Pflege ist die Rechtsprechung deutlich strenger. Hier wird eine vollständige Deckung des Bedarfes gefordert, BSG vom 17.12.2009 – B 3 P 5/08 R, Rn. 16 sowie LSG Niedersachsen-Bremen, vom 13.12.2007 – L 14 P 42/06, Rn. 24f., wobei den Ausführungen in Rn. 25 zuzustimmen ist, dass für die volle Bedarfsdeckung Qualität und Quantität der Leistung stimmen müssen und eine Abgrenzung beider Anforderungen nicht trennscharf möglich ist.

569 Hessischer VGH vom 03.02.2004 – 10 ZU 2985/02, Rn. 6 zur Vorgängervorschrift § 69a V 1 BSHG.

570 *Meßling*, in: juris-PK SGB XII, § 64, Rn. 36.

571 Vgl. zu § 670 BGB: BGH vom 19.09.1985 – IX ZR 16/85, Rn. 50.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Verbindlichkeit

Die zivil- und strafrechtlichen Sollensanforderungen sind für den Pflegenden immer durch Gesetz verbindlich. Allerdings ist anzumerken, dass sich der Pflegende rechtlich betrachtet freiwillig in die Situation der Pflege begibt. Die Sollensanforderungen nach dem SGB XI und SGB XII sind für den Pflegebedürftigen unmittelbar durch Gesetz verbindlich, wenn er die Anspruchsvoraussetzungen auf die entsprechenden Leistungen erfüllen will.

c) Umsetzung

Die Umsetzung erfolgt je nach Art der Sollensanforderung entweder nur durch den Pflegenden oder durch Pflegenden und Pflegebedürftigen gemeinsam. Die zivil- und strafrechtlichen Sollensanforderungen bestehen unmittelbar gegenüber dem Pflegenden und sind damit auch von diesem umzusetzen. Die Sollensanforderungen des SGB XI und des SGB XII hingegen richten sich zunächst an den Pflegebedürftigen. Dieser muss das Mindestmaß an Qualität durch die Auswahl des Pflegenden und anschließend durch Weisungen an den Pflegenden sicherstellen. Die Umsetzung durch den Pflegenden erfolgt dann durch die Erfüllung der Weisung.

d) Kontrolle

aa) Kein Leistungsbezug

Eine systematische staatliche Kontrolle gibt es bei dieser leistungsrechtlichen Grundsituation nicht. Liegt der Anfangsverdacht einer Straftat vor, findet mit dem Strafverfahren zwar ein staatliches Verfahren statt, dieses wirkt jedoch rein repressiv und wird erst durchgeführt, wenn der „Schaden“ bereits eingetreten ist. Auch die Einleitung eines ordnungsrechtlichen Verwaltungsverfahrens, beispielsweise zur Verhinderung schwerer gesundheitlicher Schäden beim Pflegebedürftigen, erfolgt nur, wenn (zufällig) von der Gefahr Kenntnis erlangt wurde (beispielsweise indem Nachbarn die Polizei informieren). Für Hessen geht die Gesetzbegründung zum HGBP davon aus, dass auch bei entgeltlich vermittelten Pflegekräften und damit auch bei nichtprofessionellen entgeltlich vermittelten Pflegekräften eine Anlassprüfung möglich sei.[572] Unabhängig von der Reichweite der Befugnis zur Kontrolle nach § 16 I 2. HS HGBP[573] ist eine Kontrolle, die in die Grundrechte der Pflegenden eingreift, schon deshalb nicht möglich, weil das

572 LT-Drucks, 18/3763, S. 20.

573 Zu § 16 I 2. HS HGBP siehe Pkt. C. II. 1. d) aa) (2) (a).

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

HGBP gar keine Anforderungen an die Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte stellt. Damit ist der Gegenstand der Kontrolle nicht hinreichend bestimmt. Jedoch kann im Rahmen der Aufgabenzuweisungsnorm des § 4 HGBP Beschwerden in Pflegebedürftigen in einer Form nachgegangen werden, die keinen Grundrechtseingriff bei den Pflegenden beinhaltet. So kann mit Einverständnis des Pflegebedürftigen sowohl dessen Wohnung betreten werden[574] als auch der Pflegebedürftige körperlich untersucht werden, um beispielsweise eine drohende Verwahrlosung oder Misshandlungen festzustellen.

Durch den Pflegebedürftigen selbst wird, soweit er dazu in der Lage ist, regelmäßig im Eigeninteresse die Leistungserbringung durch den Pflegenden überwacht werden. Wie weit die private Kontrolle im Übrigen reicht, hängt auch davon ab, wer die Pflegetätigkeit ausübt. Derjenige Angehörige der selbst pflegt, steht für die externe Kontrolle seiner Tätigkeiten nicht mehr zu Verfügung. Pflegen mehrere Angehörige ist eine gegenseitige Kontrolle denkbar. Letztlich hängt die Wirksamkeit der privaten Kontrolle im Einzelfall von vielen eher zufälligen Umständen ab[575], so dass man nicht davon ausgehen kann, dass flächendeckend allein dadurch ein Mindestmaß an Kontrolle gewährleistet ist.

bb) Leistungsbezug nach SGB XI

Beantragt der Pflegebedürftige Pflegegeld nach § 37 I SGB XI, so wird bei der Leistungsgewährung für die Zukunft als Prognoseentscheidung geprüft, ob er die erforderliche Pflege in geeigneter Weise selbst sicherstellen kann. Bei Leistungsgewährung für die Vergangenheit wird die tatsächliche Sicherstellung geprüft. Praktisch erfolgt dies jeweils durch Untersuchung des MDK nach § 18 II 1 SGB XI im Rahmen der Feststellung der Pflegebedürftigkeit. Diese Feststellung umfasst bei einem Antrag auf Pflegegeld wegen § 18 VI 3 SGB XI auch die Frage der Sicherstellung der Pflege.[576] Zwar kann der MDK die Untersuchung nicht erzwingen, bei Verweigerung des Einverständnisses des Pflegebedürftigen kann aber die Leistung nach § 18 II 2 SGB XI verweigert werden. Kommt es nach einer gewissen Zeit zu einer Wiederholungsprüfung hinsichtlich des weiteren Vorliegens von Pflegebedürftigkeit, weil der MDK im Rahmen seines Gutachtens nach § 18 I 2 SGB XI die voraussichtliche Dauer der Hilfebedürftigkeit als zeitlich beschränkt bewertet hat, dürfte bei einer streng am Wortlaut des § 18 VI 3 SGB XI orientierten Auslegung die Sicherstellung der erforderlichen Pflege nicht noch ein-

574 Bei einem Betreten mit Einwilligung des Pflegebedürftigen ist der vorliegende Verstoß gegen das Zitiergebot nach Art. 19 I 2 GG für das Recht zum Betreten ohne Einwilligung nach § 16 X HGBP, vgl. *Bachem,* PflR 2013, S. 3, 9, unerheblich.

575 Dies sind beispielsweise der gesundheitliche Zustand des Pflegebedürftigen, die Frage, ob überhaupt Angehörige vorhanden sind und inwieweit diese willens und in der Lage sind eine derart verantwortungsvolle Aufgabe zu übernehmen.

576 *Udsching*, in: *Ders.* (Hrsg.), SGB XI, § 18, Rn. 6f.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mal Gegenstand der Stellungnahme des MDK sein. § 18 VI 3 SGB XI verpflichtet zu einer Stellungnahme nur einmalig, wenn der Pflegebedürftige einen Antrag auf Pflegegeld stellt. Ist die Sicherstellung der Pflege jedoch nicht Gegenstand der Stellungnahme des MDK, dann ist sie auch nicht Gegenstand der Untersuchung und der Pflegebedürftige muss in entsprechende Maßnahmen nicht einwilligen. Eine offen zu Tage tretende Verwahrlosung darf der MDK jedoch der Pflegekasse mitteilen, da er dazu keine Untersuchung durchführen muss und damit auch kein Einverständnis des Pflegebedürftigen erforderlich ist. Da es sich bei der Sicherstellung der Pflege um eine Anspruchsvoraussetzung für das Pflegegeld nach § 37 I SGB XI handelt, treffen dem Pflegebedürftigen die allgemeinen Mitwirkungspflichten nach § 60 I 1 Nr. 1-3 SGB I. Daraus erwachsen dem Leistungsträger jedoch keine Eingriffsrechte wie beispielsweise das Betreten der Wohnung des Pflegebedürftigen.[577]

Daneben besteht beim Bezug von Pflegegeld die besondere Mitwirkungspflicht nach § 37 III SGB XI. Danach muss der Pflegebedürftige in den in § 37 III 1 SGB XI genannten Abständen[578] „eine Beratung in der eigenen Häuslichkeit" abrufen. Diese Beratung muss durch eine zugelassene Pflegeeinrichtung oder durch eine anerkannte Beratungsstelle durchgeführt werden. Auch wenn seit dem Pflegeleistungsergänzungsgesetz aus dem Jahr 2002 in § 37 III 1 SGB XI von „Beratung" und nicht mehr von „Pflegeeinsätzen" die Rede ist, hat § 37 III SGB XI rechtlich zwei Funktionen:[579] § 37 III SGB XI dient sowohl der Beratung als auch der Kontrolle der Pflegebedürftigen und der nichtprofessionellen Pflegekräfte.[580] Die Beratungsfunktion ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 37 III I SGB XI, die Kontrollfunktion aus einer Gesamtschau der Absätze III – VI in § 37 SGB XI. So spricht die geforderte Neutralität der Pflegefachkraft, die nach § 37 III 1 SGB XI ausdrücklich nicht beim Pflegebedürftigen beschäftig sein darf, für die Kontrollfunktion.[581] Auch wäre die Weitergabe der Informationen an die Pflegekasse nach § 37 IV 1, 2 SGB XI bei einer reinen Beratungsfunktion nicht erforder-

577 *Mrozynski*, SGB I, § 60, Rn. 12.

578 Es sind halb- oder vierteljährliche Beratungen vorgeschrieben. In § 33 III des Gesetzentwurfes zum SGB XI waren die Zeiträume deutlich kürzer, BR-Drucks. 505/93, S. 112.

579 Strenggenommen handelt es sich bei der Beratung mit Blick auf den Qualitätskreislauf um eine Maßnahme mit Doppelfunktion. Denn ohne Analyse der Istsituation und einem Vergleich mit einer Sollsituation können auch keine Hinweise zur Verbesserung gegeben werden. In diesem Sinne ist die Beratung also sowohl Überwachung als auch zeitlich unmittelbar im Anschluss daran Reaktion auf die Überwachungsergebnisse.

580 Beide Funktionen lassen sich der Qualitätssicherung zuordnen. Mit der Kontrollfunktion gehört § 37 III SGB XI zu den Instrumenten innerhalb des Qualitätskreislaufes und mit der Beratungsfunktion zu den Instrumenten außerhalb des Qualitätskreislaufes. Dennoch sollen beide rechtliche Funktionen hier im Zusammenhang dargestellt werden, da sich gerade aus der Verbindung dieser beiden Funktionen Probleme bei der Auslegung, aber auch bei der praktischen Umsetzung ergeben. Den Schwerpunkt bei der Beratung sehen *Dalichau/Grüner/Müller-Alten*, SGB XI, Band 1, § 37, S. 47f.

581 *Koch,* VSSR 2000, S. 57, 70.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lich.[582] Hinzu kommt die Pflicht zum Abruf sowie die Sanktion nach § 37 VI SGB XI bei nicht rechtzeitigem Abruf. Faktisch tritt neben Beratungs- und Kontrollfunktion, die auch tatsächlich sowohl von den Pflegediensten als auch von den Pflegenden und Angehörigen als solche wahrgenommen werden,[583] noch das Interesse der Pflegedienste am Gewinn neuer Kunden.[584] Dass die Pflegedienste die Beratungsbesuche gleichzeitig zur Akquise nutzen, wurde vom Gesetzgeber mit § 37 III SGB XI sicherlich nicht bezweckt. Dennoch stehen die beiden bezweckten Funktionen, nämlich Beratung und Kontrolle und das Interesse der Pflegedienste am Gewinn neuer Kunden nicht isoliert nebeneinander. So kann es zu negativen Wechselwirkungen zwischen der Kontroll- und der Beratungsfunktion kommen. Wenn Pflegebedürftige und Angehörige die Beratungsbesuche vorrangig als Kontrolle wahrnehmen und deshalb möglichst wenige Informationen preisgeben, ist auch die Wirksamkeit der Beratung eingeschränkt. Insbesondere aber das Interesse der Pflegedienste am Gewinn neuer Kunden kann in Widerspruch zur Kontrollfunktion geraten. Zwar hat die Neukundenwerbung noch positive Auswirkungen auf die Beratung, da die Pflegedienste davon ausgehen, dass eine gute Beratung zur erfolgreichen Akquise führt.[585] Die Auswirkungen auf die Kontrolle sind jedoch negativ, da, um den Verlust eines Kunden zu vermeiden, die Feststellung der Pflege als nicht gesichert möglichst vermieden wird.[586]

Durch § 37 III-VI SGB XI werden keine Sollensanforderungen an die Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte statuiert, sondern die Sollensanforderungen des § 37 I 2 SGB XI wiederaufgegriffen. Auch Sollensanforderungen an den Ablauf des Beratungsbesuches nach § 37 III SGB XI selbst fehlen bislang. Zwar ist in § 37 V SGB XI der Abschluss einer Vereinbarung dafür vorgesehen, allerdings ist eine solche Vereinbarung bisher nicht zustande gekommen. Eine Frist bis zu deren Ablauf eine Vereinbarung geschlossen werden muss, oder die Möglichkeit, die Sollensanforderungen auf einem an-

582 Tatsächlich erfolgt die Übermittlung der Informationen mittels eines Formulars, auf dem ausdrücklich auch die Pflegesituation durch die Pflegefachkraft einzuschätzen ist. In der praktischen Umsetzung tritt damit die Kontrollfunktion offen zu Tage. (abrufbar unter: http://www.gkv-spitzenverband.de/pflegeversicherung/richtlinien_vereinbarungen_formulare/richtlinien_vereinbarungen_formulare.jsp, besucht am: 17.05.2014).

583 Für die Pflegedienste überwiegt die Beratung, ohne dass der Kontrollfunktion ganz entfallen würde, *Büscher/Holle, et al.,* Beratungsbesuche nach § 37 Abs. 3 SGB XI, S. 31f. Für die Pflegenden und den nichtprofessionellen Pflegekräften wirkt häufig bereits die Pflicht zum Abruf jedenfalls beim Erstbesuch als Kontrolle. Bei Folgebesuchen des gleichen Pflegedienstes kommt aufgrund des gestiegenen Vertrauens die Beratungsfunktion zum Zug, *Büscher/Holle, et al.,* Beratungsbesuche nach § 37 Abs. 3 SGB XI, S. 46-48.

584 *Büscher/Holle, et al.,* Beratungsbesuche nach § 37 Abs. 3 SGB XI, S. 21.

585 *Büscher/Holle, et al.,* Beratungsbesuche nach § 37 Abs. 3 SGB XI, S. 22.

586 Zwar liegt nach der Feststellung der Pflege als nicht gesichert die Inanspruchnahme von Pflegesachleistungen nahe, jedoch gehen die kontrollierenden Pflegedienste davon aus, dass diese dann aufgrund der Wahl des Pflegebedürftigen nicht von ihnen erbracht werden, *Büscher/Holle, et al.,* Beratungsbesuche nach § 37 Abs. 3 SGB XI, S. 22.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

deren Weg festzulegen, wie beispielsweise durch das anrufen der Schiedsstelle in § 115 Ia SGB XI, bestehen nach § 37 V SGB XI nicht.[587]

Bei der für die Kontrolle unerlässlichen Informationsweitergabe vom Pflegedienst an die Pflegekasse nach § 37 IV 1 SGB XI gibt es sowohl rechtliche als auch tatsächliche Probleme. Ein zeitlich vorgelagertes Problem, das sowohl rechtlicher als auch tatsächlicher Natur ist, stellt sich schon bei der Frage, welche Informationen überhaupt zu ermitteln sind. Durch die fehlenden Sollensanforderungen an den Ablauf einer Beratung nach § 37 III SGB XI gibt es auch keinen festen Kanon an abzufragenden oder zu untersuchenden Tatsachen. Auch Vorgaben für die Dokumentation der Beratung durch den beratenden Pflegedienst fehlen, so dass ein Vergleich bei Folgebesuchen mit den vorangegangenen Besuchen nur möglich ist, wenn die gleiche Person prüft und sich erinnert oder wenn zufällig eine interne Dokumentation stattfindet. Die Unklarheiten bei der Informationsermittlung schlagen dann auf die Weitergabe durch, da nur ermittelte Informationen überhaupt weitergegeben werden können. Rechtlich problematisch ist die Weitergabe der Informationen über den Inhalt der Beratung an die Pflegekasse, wenn die erforderliche Einwilligung des Pflegebedürftigen von diesem nicht erteilt wird. In jeden Fall ist die Durchführung des Beratungsbesuches der Pflegekasse mitzuteilen. Die bloße Information über die Durchführung wird vom Einwilligungsvorbehalt nicht erfasst.[588] Eine zulässige Weitergabe der personenbezogenen Informationen aus dem Beratungsbesuch gegen den Willen des Pflegebedürftigen könnte aber in Ausnahmefällen möglich sein. Da die Pflegefachkräfte, die den Beratungsbesuch nach § 37 III SGB XI durchführen, nach § 203 I Nr. 1 StGB Informationen über den Pflegebedürftigen nur befugt weitergeben dürfen, bedarf es zur Datenübermittlung einer gesetzlichen Grundlage.[589] Keine solche gesetzliche Grundlage für die Pflegefachkräfte bilden die Vorschriften zur Datenübermittlung nach dem SGB X und dabei insbesondere § 69 I Nr. 1 SGB X, da es sich bei den Pflegdiensten bei denen die Pflegefachkräfte beschäftigt sind, um nicht-öffentliche Stellen i.S.d. § 67 XI SGB X handelt.[590] Auch die Möglichkeit der Pflegekasse, Informationen bei nicht-öffentlichen Stellen nach § 67a IV SGB X zu erheben, schafft keine Befugnis i.S.d. § 203 I Nr. 1 StGB für den Pflegedienst zur Weiter-

587 Praktisch gibt es damit auch kein einheitliches Vorgehen der Pflegedienste bei den Beratungsbesuchen. Diese behelfen sich mit eigenen Konzepten, die jedoch von Pflegedienst zu Pflegedienst erheblich voneinander abweichen können, *Büscher/Holle, et al.,* Beratungsbesuche nach § 37 Abs. 3 SGB XI, S. 30f.

588 *Leitherer*, in: KassKomm, SGB XI, § 37, Rn. 48.

589 Nicht ausreichend ist damit die Aussage von *Leitherer*, in: KassKomm, SGB XI, § 37, Rn. 48 es müsse unter bestimmten Umständen möglich sein, die Pflegekasse auch gegen den Willen des Pflegebedürftigen zu informieren. Ebenso nimmt *Koch,* VSSR 2000, S. 57, 74 ohne Nennung einer rechtlichen Grundlage sogar eine Pflicht zu Weitergabe der Informationen an die Pflegekasse an, wenn der Pflegedienst „Missstände" entdeckt.

590 Auch eine Zurechnung des Verhaltens des beratenden Pflegedienstes zur Pflegekasse ist nicht möglich. Zwar wird der beratende Pflegedienst von der Pflegekasse nach § 37 III 3 SGB XI vergütet, handelt aber doch im Auftrag des Pflegebedürftigen. Nur dieser entscheidet, welchen Pflegedienst oder Pflegeberater er auswählt.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gabe der Informationen, denn die Freiwilligkeit der Angaben bedeutet nicht nur, dass gegenüber der Pflegekasse keine Pflicht besteht, sondern auch, dass allein durch § 67a IV SGB X kein Recht zur Weitergabe gegenüber dem Pflegebedürftigen geschaffen wird. Zwar gibt es Vorschriften außerhalb des SGB XI, die den Pflegedienst oder die einzelne Pflegefachkraft bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zur Weitergabe der Informationen berechtigen oder unter Umständen sogar verpflichten, allerdings ist die Pflegekasse nicht der Adressat der Information. So besteht beispielsweise nach § 5 Nr. 6 der Berufsordnung für Pflegekräfte im Saarland eine Meldepflicht „an die jeweils in Betracht kommende Behörde" unter anderem beim Verdacht der Verletzung einer zu pflegenden Person durch eine Straftat oder beim Verdacht der Vernachlässigung der zu pflegenden Person. Die in Betracht kommende Behörde dürfte jedoch nur eine Stelle sein, die über entsprechende Befugnisse verfügt, beim Verdacht einer Straftat zu ermitteln oder entsprechende Schutzmaßnahmen zugunsten der zu pflegenden Person zu erlassen. Dies sind Staatsanwaltschaft, Polizei und sonstige Ordnungsbehörden, nicht jedoch die Pflegekassen. Denkbar ist auch ein Recht zur Weitergabe der beim Beratungsbesuch nach § 37 III SGB XI gewonnen Informationen durch rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB. Zugunsten der Rechtsgüter des Geheimnisträgers, also hier des Pflegebedürftigen, gilt dies allerdings nur bei dessen eingeschränkter Urteilsfähigkeit, da der frei gebildete Wille grundsätzlich zu respektieren ist.[591] Allerdings verlangt § 34 StGB eine gegenwärtige Gefahr, so dass auch hier die Pflegekasse nicht der Adressat der Informationen sein wird, da die Pflegekasse keine sofortigen Schutzmaßnahmen zugunsten des Pflegebedürftigen erlassen und vollziehen kann.[592] Im Ergebnis besteht damit keine Befugnis zur Weitergabe der Informationen zur Pflegesituation des die Beratung durchführenden Pflegedienstes an die Pflegekasse.

Die Verweigerung der Einwilligung durch den Pflegebedürftigen zur Weitergabe der Informationen über den Inhalt des Beratungsbesuches hat keine Sanktionen zu Folge. § 37 VI SGB XI erfasst ausdrücklich nur den fehlenden Abruf der Beratung und von der Durchführung der Beratung erlangt die Pflegekasse durch die insoweit nicht einwilligungspflichtige Mitteilung Kenntnis.[593]

Aus den besonderen Leistungen, die zur Förderung von ambulant betreuten Wohngruppen erbracht werden, ergeben sich keine zusätzlichen Sollensanforderungen. Nach

591 *Kargl*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Band 2, § 203, Rn. 67. Denkbar ist zwar grundsätzlich auch ein rechtfertigender Notstand zugunsten der Rechtsgüter der Allgemeinheit, allerdings genügt das Interesse der Beitragszahler an der sparsamen Mittelverwendung und das damit einhergehende Interesse, dass Pflegegeld nicht zu Unrecht gezahlt wird, hier nicht. § 34 StGB verlangt ein wesentliches Überwiegen des zur Rechtfertigung führenden Interesses. Das hier beschriebene Interesse der Allgemeinheit überwiegt jedoch das Interesse der Pflegebedürftigen am Geheimnisschutz nach § 203 StGB nicht und schon gar nicht wesentlich.

592 Mit vergleichbarer Argumentation gegen ein Recht zum Betreten der Wohnung für die Pflegekasse bzw. den MDK nach Art. 13 VII GG bei Lebensgefahr für einzelne Personen, *Roller,* VSSR 2001, S. 335, 342.

593 *Udsching*, in: d*ers.* (Hrsg.), SGB XI, § 37, Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 38a I SGB XI wird ein Zuschlag in Höhe von 205 € zum Pflegegeld (oder zur Pflegesachleistung nach § 36 SGB XI) geleistet[594], wenn die Voraussetzungen für eine ambulant betreute Wohngruppe vorliegen.[595] Zwar ist Voraussetzung dazu nach § 38a I Nr. 3 SGB XI, dass eine Pflegekraft in der Wohngruppe tätig ist, die „organisatorische, verwaltende oder pflegerische Tätigkeiten verrichtet", es bestehen aber weder Anforderungen an die Qualifikation der Pflegekraft noch inhaltliche Anforderungen bezüglich der verrichteten Tätigkeiten. Zwar ging der Ausschuss für Gesundheit des Bundestages in seinem Bericht zum Pflegeneuregelungsgesetz davon aus, die Pflegekraft dürfe, wenn sie keine Pflegefachkraft ist, nur einfache Tätigkeiten zur Unterstützung des Pflegebedürftigen vornehmen und insbesondere keine Tätigkeiten i.S.d. § 3 KrPflG, die eine entsprechende beruflich Qualifikation voraussetzen.[596] Diese Anforderung ist dann aber weder § 38a I Nr. 3 SGB XI noch der Gesetzesbegründung[597] zu entnehmen. Vor allem aber würde eine solche Anforderung § 38a I Nr. 2 SGB XI widersprechen, der auch auf § 37 SGB XI verweist. Eine selbst beschaffte Pflegehilfe i.S.d. § 37 SGB XI darf alle erforderlichen Pflegetätigkeiten vornehmen, auch wenn sie keine Pflegefachkraft ist. Es besteht in § 38a SGB XI jedoch kein Anhaltspunkt dafür, dass die selbst beschaffte Pflegehilfe nach § 37 SGB XI nicht zugleich Pflegekraft i.S.d. § 38 I Nr. 3 SGB XI sein kann. Auch die Anschubfinanzierung nach § 45e SGB XI wird ohne qualitative Anforderungen an die gegründete ambulant betreute Wohngemeinschaft geleistet.

cc) Leistungsbezug nach SGB XI und SGB XII oder ausschließlich nach SGB XII

Sowohl beim Pflegegeld nach § 64 I-III SGB XII als auch bei der Erstattung der angemessenen Aufwendungen nach § 65 I 1 1.HS SGB XII ist die Mindestqualität Tatbestandsvoraussetzung für den Anspruch auf die jeweilige Leistung. Damit erfolgt auch eine Prüfung der prognostizierten oder tatsächlichen Mindestqualität bei der Prüfung des Anspruches. An die für die Prüfung notwendigen Informationen gelangt der Sozialhilfeträger durch Ermittlungen von Amts wegen (§§ 20, 21 SGB X)[598] sowie durch die notwendige Mitwirkung des Pflegebedürftigen nach §§ 60 I, 62 SGB I.[599] Eine Bindung an eine bereits vorhandene Entscheidung der Pflegekasse für das Tatbestandsmerkmal der Sicherstellung der erforderlichen Pflege kommt nach dem Wortlaut des §

---

594 Es handelt sich dabei um eine pauschale Abgeltung von Aufwendungen, die typischerweise in Wohngemeinschaften anfallen sollen, BT-Drucks. 17/9369, S. 41.

595 Zentral dafür ist die freie Wählbarkeit der Pflege- und Betreuungsleistungen, § 38a I Nr. 4 SGB XI, vgl. zu § 38a II SGB XI a.F., *Dalichau,* GuP 2013, S. 50, 52f.

596 BT-Drucks. 17/10170, S. 16, mit Verweis auf Haushaltshilfen i.S.d. § 21 Beschäftigungsverordnung.

597 BT-Drucks. 17/9369, S. 41.

598 Da eine dem § 18 SGB XI entsprechende Vorschrift im SGB XII nicht existiert, muss der Sozialhilfeträger nicht zwingend den MDK einschalten, lediglich an die Begutachtungsrichtlinien nach § 17 SGB XI muss er sich wegen § 61 VI SGB XII halten, *Meßling*, in: jurisPK-SGB XII, § 62, Rn. 20f.

599 *Meßling*, in: jurisPK-SGB XII, § 64, Rn. 37.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

62 SGB XII nicht in Betracht, da nach § 62 SGB XII nur der Entscheidung über das Ausmaß der Pflegebedürftigkeit Feststellungswirkung zukommt. Angesichts des Zwecks der Anordnung einer solchen Feststellungswirkung, nämlich der Vermeidung divergierender Entscheidungen und des Verhinderns eines ständigen Wiederaufgreifens rechtlich geklärter Lebenssachverhalte,[600] liegt eine analoge Anwendung jedoch nahe. Eine § 37 III SGB XI entsprechende Pflicht des Pflegebedürftigen gibt es im SGB XII nicht.

e) Reaktion auf die Kontrollergebnisse

aa) Kein Leistungsbezug

Staatliche Reaktionen sind in dieser Fallgruppe, in der der Pflegebedürftige keine Sozialleistungen wegen seines Pflegebedarfs bezieht, strafrechtliche Sanktionen und Maßnahmen nach dem allgemeinen Ordnungsrecht. Dies gilt im Ergebnis auch für Hessen, da das HGBP keine Möglichkeiten der Sanktion von entgeltlich vermittelten Pflegekräften vorsieht. Allerdings besteht hier zumindest die Möglichkeit, den Pflegebedürftigen bei festgestellten Pflegemängeln durch Untersuchungen nach § 4 HGBP wie Verwahrlosung oder Misshandlung bei der Suche nach anderen Möglichkeiten zu Deckung des Pflegebedarfes analog § 19 HGBP[601] zu unterstützen.[602]

Als Reaktionen des Pflegebedürftigen gegenüber dem Pflegenden kommen zivilrechtliche Schadensersatzansprüche in Betracht. In der Regel kann sich der Pflegebedürftige vorbehaltlich emotionaler Bindungen und faktischer Angewiesenheit mangels rechtlicher Bindung hinsichtlich der Hauptleistungspflichten auch jederzeit von dem Pflegenden trennen.

bb) Leistungsbezug nach SGB XI und/oder SGB XII

Wird die Sicherstellung der geeigneten Pflege für das Pflegegeld nach § 37 I SGB XI oder § 64 I-III SGB XII als Anspruchsvoraussetzung von Anfang an nicht erfüllt, so

600 BSG vom 19.03.1998 – B 7 AL 86/96 R, Rn. 21.

601 Eine unmittelbare Anwendung des § 19 HGBP ist nicht möglich, da dieser von festgestellten Mängeln aufgrund einer Prüfung nach § 16 I HGBP ausgeht. Da diese bei nichtprofessionellen entgeltlich vermittelten Pflegekräften nicht möglich ist, der Gesetzgeber jedoch von der Möglichkeit einer solchen Prüfung ausging, besteht eine planwidrige Regelungslücke, die durch eine Analogie geschlossen werden kann.

602 Auch sind die Beschwerden nach § 4 S. 1 HGBP eine zusätzliche Möglichkeit, um von Tatsachen, die für ordnungsrechtliche oder strafrechtliche Sanktionen von Bedeutung sind, Kenntnis zu erlangen. Für die Beschwerdemöglichkeit nach § 4 S. 1 HGBP ist die Einschränkung auf Pflegeeinrichtungen und entgeltlich vermittelte Pflegekräfte besonders unverständlich, da insbesondere ein Beschwerdetelefon für alle Formen der häuslichen Pflege unproblematisch möglich wäre.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wird die Leistung nicht gewährt. Wenn sich dies erst nach der Leistungsgewährung herausstellt, wird der Bewilligungsverwaltungsakt vorbehaltlich der sonstigen Voraussetzungen als ursprünglich rechtswidrig nach § 45 SGB X aufgehoben. Waren zunächst alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllt und die Voraussetzung der Sicherstellung der Pflege in geeigneter Weise i.S.d. § 37 I 2 SGB XI entfällt nachträglich, ist bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen eine Aufhebung ab dem Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse nach § 48 I 2 SGB X möglich, da es sich sowohl bei der Bewilligung des Pflegegeldes nach § 37 I SGB XI als auch bei der Bewilligung des Pflegegeldes nach § 64 I-III SGB XII um einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung handelt.[603] Bei der Übernahme der angemessenen Aufwendungen nach § 65 I 1 1.HS SGB XII liegt kein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung vor, da jeweils die Angemessenheit der einzelnen Aufwendung geprüft und beschieden wird. Waren Aufwendungen aufgrund fehlender Qualität nicht angemessen, werden diese nicht übernommen oder die Übernahme kann bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen nach § 45 SGB X aufgehoben werden.

§ 37 VI SGB XI sieht bei Nichtabruf der Beratung nach § 37 III SGB XI die Kürzung und im Wiederholungsfall die Entziehung des Pflegegeldes vor. Dabei handelt es sich um eine abschließende Sondervorschrift zu den §§ 66, 67 SGB I. Insbesondere eine rückwirkende Leistung des Pflegegeldes bei Nachholung des Abrufes der Beratung ist damit nicht möglich.[604]

Auch durch die Informationsweitergabe über den Inhalt der Beratung nach § 37 IV 1 SGB XI kann es zu Reaktionen der Pflegekasse kommen. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn die Pflege durch den beratenden Pflegedienst als nicht sichergestellt eingeschätzt wird. Unproblematisch ist es, wenn der Pflegedienst die Informationen befugt, also insbesondere mit Einwilligung des Pflegebedürftigen weitergegeben hat. Dann können die Informationen Anlass für eigenen Ermittlungen der Pflegekasse sein, an deren Ende die Aufhebung des Bewilligungsverwaltungsaktes nach §§ 45, 48 SGB X stehen kann. Problematisch ist jedoch der Fall, in dem die beratende Pflegefachkraft durch die Weitergabe der Information gegen § 203 I Nr. 1 StGB verstößt.[605] Es stellt sich die Frage, ob für solche Informationen ein Beweisverwertungsverbot besteht und ob dies auch für Informationen gilt, die aus eigenen Ermittlungen der Pflegekasse stammen, wenn die eigenen Ermittlungen durch die Informationen aus dem Beratungs-

603 Dies gilt trotz des Grundsatzes, dass Sozialhilfeleistungen nur den gegenwärtigen Bedarf abdecken und damit gerade nicht auf Dauer bewilligt werden, auch für das Pflegegeld nach § 64 I-III SGB XII. Mit Hinweis auf die auch zukunftsgerichtete rechtliche Wirkung der Pflegegeldbewilligung LSG Baden-Württemberg vom 21.09.2006 – L 7 SO 5514/05, Rn. 17f.; LSG Niedersachsen-Bremen vom 24.01.2006 – L 8 SO 83/05 ER, Rn. 12; ohne Begründung zu § 69a BSHG bereits VGH München vom 20.02.2003 – 12 B 98.50, Rn. 15 mit Verweis auf BVerwG vom 22.11.2001 – 5 C 10/00, das sich jedoch mit Pflegegeld nach § 26c BVG befasste.

604 *Udsching*, in: d*ers.* (Hrsg.), SGB XI, § 37, Rn. 18.

605 Dass es solche Fälle gibt, zeigt schon die Untersuchung von *Büscher/Holle, et al.,* Beratungsbesuche nach § 37 Abs. 3 SGB XI, S. 23. Die Informationen werden in Einzelfällen auch ohne Zustimmung des Pflegebedürftigen (teilweise anonym) weitergegeben.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

besuch veranlasst wurden. Ein solches Beweisverwertungsverbot besteht jedoch im Ergebnis schon für die Informationen aus dem Beratungsbesuch nicht, da die Informationen zwar durch die beratende Pflegefachkraft rechtswidrig weitergegeben wurden, jedoch durch die Pflegekasse nicht rechtswidrig sondern rechtmäßig erlangt wurden. § 203 StGB wirkt ausschließlich im Verhältnis Geheimnisträger und Verschwiegenheitsverpflichteten[606] also hier im Verhältnis Pflegebedürftiger und Pflegefachkraft und nicht im Verhältnis Pflegebedürftiger und Pflegekasse.

Als Reaktion einer nichtstaatlichen Stelle werden durch den nach § 37 III 1 SGB XI beratenden Pflegedienst dem Pflegebedürftigen die Möglichkeiten zur Verbesserung der häuslichen Pflegesituation mitgeteilt.

f) Rechtsschutz

Gegen die Aufhebung der Bewilligungsverwaltungsakte nach den §§ 45, 48 SGB X sowie gegen die Entscheidung nach § 37 VI SGB XI besteht die Möglichkeit der Anfechtungsklage vor den Sozialgerichten, § 54 I Var. 1 SGG. Die Sozialgerichte überprüfen dabei in vollem Umfang, ob die Pflege in geeigneter Weise sichergestellt ist. Einen gerichtlich nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraum des Leistungsträgers gibt es dabei nicht.

g) Herstellung eines Kreislaufes

Da eine Entwicklung der Sollensanforderungen für die Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte nicht Ziel der gesetzlichen Instrumente ist, besteht auch der große Kreislauf, der gerade die Entwicklung der Sollensanforderungen beschreibt, nicht. Denkbar ist allerdings eine minimale Dynamik bei den Anforderungen an die Sicherstellung der Pflege, beispielsweise durch neue (pflege-)wissenschaftliche Erkenntnisse für die professionelle Pflege, dass durch das Nichteinhalten bestimmter Regeln eine konkrete Gesundheitsgefahr für den Pflegebedürftigen droht. Solche Erkenntnisse hätten dann (zufällig) auch Auswirkungen auf die Sollensanforderungen für die nichtprofessionelle Pflege.

Der kleine Kreislauf, der die Verbesserung des Ist- Sollvergleiches beschreibt, besteht für das Erfordernis der Sicherstellung der Pflege nur eingeschränkt, da die Sicherstellung der Pflege selbst bereits das absolute Minimum an notwendiger Qualität beschreibt und bei Unterschreiten dieses Minimums schon kein Anspruch auf Pflegegeld

606 Für Zeugenaussagen im Strafprozess BGHSt 18, 146 (147); a.A. *Beulke,* Strafprozessrecht, S. 300. Da keine Datenübermittlung i.S.d. §§ 67dff. SGB X vorliegt, sind auch die zum Sozialdatenschutz entwickelten Beweisverwertungsverbote nicht anwendbar, vgl. dazu *Bieresborn*, in: *Wulffen* (Hrsg.), SGB X, § 67b, Rn. 11b.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nach den SGB XI und SGB XII besteht. Oberhalb dieses Minimums an Qualität kann es durch die Reaktion der Pflegenden auf die Resultate aus den Beratungsbesuchen nach § 37 III 1, IV 1 SGB XI zu einer Verbesserung des Istzustandes kommen. Diesem Istzustand steht jedoch aus Sicht des nichtprofessionell Pflegenden kein verbindlicher Sollzustand gegenüber. Die Verbesserungsvorschläge des beratenden Pflegedienstes dürften mangels anderer Anhaltspunkte eher aus einem Vergleich des Istzustandes der nichtprofessionellen Pflege mit dem Sollzustand der professionellen Pflege stammen.[607]

2. Instrumente außerhalb des Kreislaufes

Wichtige Instrumente, die sich keinem der Elemente des Qualitätskreislaufes zuordnen lassen, sind insbesondere solche, die die Beteiligten am Pflegeprozess in einer Weise unterstützen, die nicht unmittelbar dem Ist- Sollvergleich zugeordnet werden kann. Bei der Darstellung dieser Instrumente soll nach dem Adressaten unterschieden werden. Instrumente die sich unmittelbar an den Pflegebedürftigen richten, werden unter a) dargestellt, Instrumente, die sich unmittelbar an die Pflegenden richten unter b).

a) Unterstützung der Pflegebedürftigen

An die Pflegebedürftigen sind vor allem Beratungsangebote gerichtet, die dazu dienen sollen, die Pflegebedürftigen in die Lage zu versetzen, aus allen denkbaren Pflegeleistungen, die für sie beste Variante bewusst auswählen zu können. Beratung hilft dabei gerade bei der Bewältigung plötzlich eingetretener Pflegebedürftigkeit als auch bei der Überwindung von Krisenfällen bei pflegenden Angehörigen.[608]

Zunächst besteht allgemein nach § 14 SGB I ein Beratungsanspruch gegenüber allen Leistungsträgern, jedoch nur im jeweiligen Zuständigkeitsbereich.[609] Damit bleibt letztlich nur die Beratung durch die Pflegekassen für Leistungen nach dem SGB XI und durch den Sozialhilfeträger für Leistungen nach dem SGB XII. In beiden Gesetzen gibt es jedoch besondere Beratungsansprüche, die gegenüber § 14 SGB I spezieller sind.

---

607 Darauf deuten die Antworten der beratenden Pflegedienste in der Untersuchung *Büscher/Holle, et al.,* Beratungsbesuche nach § 37 Abs. 3 SGB XI, S. 22 hin, wenn die Pflegedienste angeben, sie würden sich ihr Urteil aufgrund ihrer beruflichen Erfahrung bilden.

608 Zu den Anlässen für eine Pflegeberatung nach § 7a SGB XI, siehe *Spitzenverband der Pflegekassen,* Evaluation der Pflegeberatung nach § 7a Abs. 7 Satz 1 SGB XI, S. 39.

609 Zwar gibt es Fälle, in denen die Beratungspflicht über den eigenen Zuständigkeitsbereich hinausgeht, *Seewald*, in: KassKomm, SGB I, § 14, Rn. 27, jedoch wird es im Falle des Beratungsbedarfes bei Pflegebedürftigkeit genügen, den Beratungssuchenden an die zuständige Pflegekasse zu verweisen.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Für eher allgemeine Informationen zum Thema Pflegebedürftigkeit und die dann in Betracht kommenden Sozialleistungen haben alle Versicherten nach § 7 II 1 SGB XI einen Anspruch auf Beratung durch die Pflegekassen. Diesen Anspruch haben auch Angehörige und Lebenspartner, nicht jedoch jeder Dritte wie beispielsweise Nachbarn oder Freunde. Diese Beschränkung auf Angehörige und Lebenspartner zeigt zugleich, dass es hier noch nicht um eine Beratung der zukünftigen Pflegenden über ihre Tätigkeit geht, sondern Angehörige und Lebenspartner durch die Beratung nach § 7 II 1 SGB XI in die Lage versetzt werden sollen, den Pflegebedürftigen beim Umgang mit dessen (drohender) Pflegebedürftigkeit beispielsweise beim Antrag auf Leistungen nach dem SGB XI zu unterstützen. Die Informationsweitergabe durch die in § 7 II 2 SGB XI genannten Personen und Einrichtungen soll lediglich die Möglichkeiten der Pflegekasse zur Beratung nach § 7 II 1 SGB XI durch frühzeitige Information verbessern. Eine Pflicht der Personen und Einrichtungen, den Pflegebedürftigen über seine Einwilligungsmöglichkeit zu informieren, ist damit nicht verbunden.[610]

Nach Stellung eines Antrages auf Leistungen nach dem SGB XI besteht die Möglichkeit eine Beratung zu erhalten, die auf den Bedarf im Einzelfall zugeschnitten ist, § 7 III 4, 7a SGB XI. Dabei geht inhaltlich die Pflegeberatung nach § 7a SGB XI über die Beratung nach § 7 III 4 SGB XI hinaus, allerdings genügt für § 7 III 4 SGB XI allein die Antragsstellung, während § 7a I 1, 8 SGB XI entweder den Leistungsbezug oder das erkennbare Bestehen eines Hilfe- und Beratungsbedarfes[611] zur zusätzlichen Voraussetzung macht. Zwar sind die Pflegekassen bereits bei der Beratung nach § 14 SGB I und § 7 SGB XI dazu verpflichtet, umfassend und individuell zu beraten,[612] § 7a SGB XI erweitert den Beratungsanspruch sowohl inhaltlich als auch formal. Selbst wenn man die Erstellung eines Versorgungsplanes nach § 7a I 2 Nr. 1, 2 SGB XI noch zur individuellen und umfassenden Beratung zählt, geht § 7a I 2 SGB XI inhaltlich über die allgemeinen Pflichten zur Beratung hinaus, soweit in § 7a I 2 Nr. 3, 4 SGB XI auch auf die Durchführung des Versorgungsplanes hingewirkt wird, die Durchführung überwacht wird und erforderlichenfalls der Versorgungsplan geändert wird. Dies ist nicht nur Beratung, sondern aktive Unterstützung und Betreuung. Formal erweitert § 7a SGB XI über die allgemeinen Regeln zur Beratung, da in § 7a I 10, III, IV SGB XI ausdrücklich die Unabhängigkeit der Pflegeberater gefordert wird[613] und eine Qualitätssicherung der Pflegeberatung durch eine vorgeschriebene Mindestqualifikation[614] stattfindet.

---

610 *Gebhard*, in: *Krauskopf* (Begr.), SGB XI, § 7, Rn. 5.

611 Dies soll sowohl eine frühzeitige Beratung ermöglichen als auch die Pflegeberater vor Überlastung schützen, BT-Drucks. 16/7439, S. 47. Es genügt jeder Hilfebedarf. Das Erreichen der Pflegestufe 1 ist nicht erforderlich, siehe *Schubert/Schaumberg,* NZS 2009, S. 353.

612 BSG vom 29.01.1980 – 12 RK 19/80, Rn. 27-29.

613 Verdeutlicht wird dies auch durch die Gesetzesbegründung, wonach Pflegeberater "Sachwalter der Interessen der Hilfebedürftigen" sein sollen, BT-Drucks. 16/7439, S. 45, was den Pflegeberater sogar eher auf die Seite des Hilfebedürftigen rücken lässt. Ob dieser Anspruch an Neutralität auch erfüllt werden kann, wird je nach Konstruktion der Erbringung der Pflegeberatung durchaus bezweifelt. Dies gilt insbesondere, wenn die Pflegeberatung durch Mitarbeiter der Pflegekasse erbracht

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Besondere Bedeutung für die nichtprofessionelle Pflege erlangt die Pflegeberatung schon durch den individuellen Versorgungsplan.[615] Pflegebedürftiger und nichtprofessionell Pflegende dürften allein nicht in der Lage sein, einen Versorgungsplan aufzustellen und zu überwachen. Wichtig sind dabei die Möglichkeiten nach § 7a II 1 SGB XI, Dritte also insbesondere (potentiell) Pflegende in die Beratung einzubeziehen und diese bereits über die notwendigen Tätigkeiten zu informieren sowie die Beratung in häuslicher Umgebung durchzuführen.

Nachdem in einer Evaluation zu § 7a SGB XI festgestellt wurde, dass die Informationen über Beratungsmöglichkeiten noch immer unzureichend waren, wurden mit dem Pflegeneuausrichtungs-Gesetz vom 23.10.2012 in § 7 II SGB XI die Verpflichtung zur Beratung in „verständlicher Weise“ und die zusätzlichen Beratungsmöglichkeiten nach § 7b SGB XI eingeführt.

Nach § 11 I-III SGB XII ist dem Leistungsberechtigten Beratung und Unterstützung zu gewähren.

Pflegebedürftigkeit tritt häufig plötzlich ein, so dass die Beratungsmöglichkeiten nach §§ 7, 7a SGB XI allein nicht ausreichen, insbesondere wenn der Pflegebedürftige diese wegen eines Krankenhausaufenthaltes selbst nicht unmittelbar nutzen kann. Eine typische Situation dabei ist der durch einen Sturz entstehende Pflegebedarf. Nach Behandlung der Sturzfolgen im Krankenhaus stellt sich dann bei bevorstehender Entlassung die Frage, wie der nun bestehende Pflegebedarf abgedeckt werden kann. Zu diesem Zeitpunkt ist ein Versorgungs- und Entlassungsmanagement, welches einen gelungenen Übergang vom Krankenhaus in die häusliche oder stationäre, professionelle oder nichtprofessionelle Pflege ermöglicht, von besonderer Bedeutung. Es verfolgt einen ähnlichen Zweck wie die Pflegeberatung, setzt aber zeitlich früher an und soll damit zugleich das Schnittstellenproblem von Leistungen nach dem SGB V und Leistungen nach dem SGB XI lösen. Der Anspruch auf ein Versorgungsmanagement besteht nach § 11 IV SGB V. Das Entlassungsmanagement ist nach § 39 I S. 4, 5 SGB V seit dem GKV-VStG vom 20.12.2011 ausdrücklich Bestandteil des Anspruches nach Kranken-

---

wird, *Schubert/Schaumberg,* NZS 2009, S. 353, 357 sowie wenn die Beratung durch die Pflegestützpunkte nach § 92c SGB XI übernommen wird, *Behrend*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 7a, Rn. 8. Zu den verschiedenen Möglichkeiten der Erbringung der Pflegeberatung sowie zur tatsächlichen Umsetzung, siehe *Spitzenverband der Pflegekassen,* Evaluation der Pflegeberatung nach § 7a Abs. 7 Satz 1 SGB XI, S. 34.

614 So wurde am 29.08.2008 die Empfehlung des GKV Spitzenverbandes nach § 7a III 3 SGB XI erlassen, die neben dem Abschluss einer bestimmten Berufsausbildung (§ 2) zusätzlich die Absolvierung einer Weiterbildung (§ 4) und eines Pflegepraktikums (§ 5) vorsieht. Auch die Evaluation nach § 7a VII 1 SGB XI wurde durchgeführt.

615 Der individuelle Versorgungsplan ist zwar auch bei Inanspruchnahme professioneller Hilfe insofern von Bedeutung als er die Auswahl des richtigen Pflegedienstes erleichtert, ansonsten ist es dann jedoch Aufgabe der professionell Pflegenden einen Versorgungsplan aufzustellen und zu überwachen.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hausbehandlung nach dem SGB V.[616] Eine Konkretisierung des Anspruchsinhaltes erfolgt durch die Verträge nach § 112 II Nr. 7 SGB V. Das DNQP hat bereits im Jahre 2004 einen Expertenstandard zum Entlassungsmanagement erarbeitet, welcher 2009 aktualisiert wurde, den viele Krankenhäuser anwenden.[617]

b) Unterstützung der Pflegenden

Soweit Beratungsansprüche nach §§ 7, 7a SGB XI auch den Pflegenden zugutekommen, wurden diesem bereits im Rahmen der Darstellung der Beratungsansprüche des Pflegebedürftigen dargestellt. Daneben gibt es aber auch Unterstützungen, die unmittelbar an die Pflegenden gerichtet sind. Zur Verbesserung der pflegerischen Fähigkeiten werden Pflegekurse nach § 45 SGB XI angeboten. Die grundsätzliche Pflicht zum Angebot solcher Pflegekurse besteht bereits vor der Aufnahme einer Pflegetätigkeit.[618] Die Leistungen nach § 39 SGB XI richten sich zwar formal unmittelbar an den Pflegebedürftigen, soweit dem Pflegenden dadurch jedoch ein Erholungsurlaub oder das Kurieren einer Krankheit ermöglicht wird, kommen die Leistungen faktisch zunächst vor allem dem Pflegenden zugute.[619] Gleiches gilt für die Fortzahlung des hälftigen Pflegegeldes nach § 37 II 2 SGB XI in dieser Zeit. Erst in Zukunft erwartet man sich davon auch Vorteile für den Pflegebedürftigen, indem man hofft, dass die Fähigkeit zu pflegen des gewählten Pflegenden länger erhalten werden kann. Für den Anspruch nach § 39 S. 1 SGB XI muss es sich jedoch um eine Pflegeperson i.S.d. § 19 SGB XI handeln und es besteht eine Wartezeit von 6 Monaten, § 39 S. 2 SGB XI. Auch der nach § 23 V SGB V verbesserte Zugang zu Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation soll die Leistungsfähigkeit des Pflegenden bewahren beziehungsweise wieder herstellen. Um die tatsächliche Inanspruchnahme der Rehabilitationsmaßnahme für den Pflegenden zu ermöglichen, ohne Nachteile für den Pflegebedürftigen durch die räumliche Trennung befürchten zu müssen, erlaubt § 42 IV SGB XI die Erbringung stationärer Pflegeleistungen als Leistungen der Kurzzeitpflege für diesen Zeitraum von der Rehabilitationseinrichtung. Eine besondere Qualitätssicherung der von der Rehabilitationseinrichtung erbrachten Kurzzeitpflege findet nicht statt.[620]

Zur sozialen Absicherung von Pflegenden werden Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung gezahlt, wenn die Pflegeperson mindestens 14 Stunden pro Woche pflegt

---

616 Vgl. *Becker*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, § 39, Rn. 24; zu den Zielen des Entlassungsmanagements, BT-Drucks. 17/8005, S. 139; *München,* PflR, S. 491, 492.

617 *München,* PflR, S. 491, 492.

618 *Udsching*, in: d*ers.* (Hrsg.), SGB XI, § 45, Rn. 3.

619 Zu diesem Normzweck auch *Udsching*, in: d*ers.* (Hrsg.), SGB XI, § 39, Rn. 2.

620 In der Gesetzesbegründung wird von der Fähigkeit der Rehabilitationseinrichtung zur Erbringung von Pflegeleistungen ausgegangen, BT-Drucks. 17/9369, S. 41.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und weniger als 30 Stunden pro Woche erwerbstätig ist, §§ 19 S. 2, 44 I 1 SGB XI. Damit sollen also vor allem für die Alterssicherung durch die Pflege verursachte Verdienstausfälle kompensiert werden. Während der Pflegetätigkeit sind die Pflegeden in der gesetzlichen Unfallversicherung nach § 2 I Nr. 17 SGB VII versichert.[621] Die Voraussetzungen des § 19 S. 2 SGB XI, also insbesondere der Mindestumfang an Pflege von 14 Stunden je Woche, müssen dazu nicht erfüllt sein.[622]

Hinsichtlich des Zwecks vergleichbar mit § 39 SGB XI enthält § 65 I 2 Var. 3 SGB XII einen Anspruch auf Übernahme der angemessenen Kosten für eine zeitweilige Entlastung der Pflegeperson. Es besteht weder eine Wartezeit von 6 Monaten, noch muss es sich um eine Pflegeperson i.S.d. 19 SGB XI handeln. Auch die Höchstdauer der Verhinderung ist nicht auf 4 Wochen pro Jahr begrenzt. Allerdings darf der Entlastungsbedarf, gegebenenfalls auch der prognostizierte Entlastungsbedarf beispielsweise bei Krankheit oder Überlastung, nur vorübergehend bestehen, da die Entlastung andernfalls nicht „zeitweilig" wäre.[623] Eine Begrenzung des Anspruches erfolgt über den unbestimmten Rechtsbegriff der Angemessenheit der Kosten. Dabei sollte dann auch berücksichtigt werden, welche Folgekosten eintreten, wenn die zeitweilige Entlastung nicht gewährt wird und die bisherige Pflegeperson beispielsweise durch Chronifizierung einer Krankheit nicht mehr zur Verfügung steht und der Pflegebedürftige dauerhaft auf professionelle Hilfe angewiesen ist. Im Ergebnis bietet § 65 I 2 Var. 3 SGB XII zwar das schwieriger zu handhabende aber auch flexiblere Instrument zur Entlastung einer nichtprofessionellen Pflegekraft.[624]

621 Ausführlich zu den versicherten Tätigkeiten, *Spellbrink,* Sozialrecht aktuell 2013, S. 59, 61f.

622 BSG-SozR 4-2700, § 2, Nr. 3.

623 *Meßling*, in: jurisPK-SGB XII, § 65, Rn. 60.

624 Insgesamt zur Förderung der Angehörigenpflege, siehe *Becker/Lauerer,* Zur Unterstützung von Pflegepersonen - Unterstützungsnotwendigkeiten und -optionen, in: *Bundesministerium für Familie* (Hrsg.), Zeit für Verantwortung im Lebenslauf - Politische und rechtliche Handlungsstrategien, S. 121, 142ff., auch mit zahlreichen Maßnahmen innerhalb oder außerhalb des Sozialrechts, die überhaupt erst die Bereitschaft zur Angehörigenpflege begünstigen sollen.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

D. Länderbericht Österreich

I. Grundlagen

Auch für Österreich erfolgt zunächst eine Darstellung der Verteilung der wichtigsten Gesetzgebungskompetenzen sowie des Systems der Leistungserbringung, um wiederum die leistungsrechtlichen Grundkonstellationen herauszuarbeiten.

1. Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen

Österreich ist ein Bundesstaat. Die Gesetzgebungskompetenzen sind geteilt zwischen dem Bund und den Ländern. Sowohl die einschlägigen Kompetenzen zur Gesetzgebung als auch die zur Vollziehung werden durch das Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) geregelt.[625] Dabei erfolgt die Kompetenzverteilung dergestalt, dass die Gesetzgebungskompetenz grundsätzlich bei den Ländern liegt, es sei denn, sie ist ausnahmsweise dem Bund zugewiesen, Art. 15 I B-VG. Seit dem 01.01.2012 steht die Gesetzgebungskompetenz für das „Pflegegeldwesen" nach Art. 10 I Nr. 11 B-VG allein dem Bund zu.[626] Der Bund hat jedoch keine ausdrückliche Gesetzgebungskompetenz für Pflegesachleistungen, und er erbringt auch keine Pflegesachleistungen unter dem Kompetenztitel „Sozialversicherungswesen", Art. 10 Nr. 11 B-VG, sondern diese werden ausschließlich in Landesgesetzen und dort in der Regel in den Sozialhilfe- oder Mindestsicherungsgesetzen oder im Heimrecht geregelt. Zwar hat der Bund für den Bereich der Sozialhilfe aus

625 Dies ist nicht selbstverständlich, da es keine einheitliche Verfassungsurkunde in Österreich gibt und Normen mit Verfassungsrang in einer Vielzahl von Gesetzen zu finden sind, *Öhlinger,* Verfassungsrecht, Rn. 6f. Hauptgesetzgeber ist der Bund, *Öhlinger,* Verfassungsrecht, Rn. 241.

626 Durch das Pflegegeldreformgesetz 2012, BGBl. I Nr. 58/2011, wurde die bis 31.12.2011 geltende Aufteilung der Kompetenz zwischen dem Bund und den Ländern, welche durch Art. I BPGG und Art. 15 I B-VG erfolgte, abgelöst. Für die Ausübung der Kompetenzen für die Erbringung von Geldleistungen durch Bund und Länder nach den gleichen Grundsätzen wurde die Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art. 15a B-VG über gemeinsame Maßnahmen des Bundes und der Länder für pflegebedürftige Personen (kurz: Pflege-Vereinbarung), BGBl. I Nr. 110/1993, geschlossen. Die weiteren Bestandteile der Vereinbarung, insbesondere für die Erbringung von Pflegesachleistungen und deren Mindestqualität, gelten weiterhin. Zu den Problemen der geteilten Gesetzgebungskompetenz, siehe *Pfeil,* Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, Art. I, S. 30ff.; OGH, vom 15.09.1997 – 10 ObS 192/97a; (Die in der frei zugänglichen Datenbank RIS, http://www.ris.bka.gv.at, abrufbaren Entscheidungen werden, um insbesondere für den deutschen Leser eine einfacheren Zugang zu ermöglichen, mit Datum und Aktenzeichen zitiert, so wie sie in dieser Datenbank zu finden sind. Alle übrigen Entscheidungen werden nach den jeweiligen amtlichen Sammlungen zitiert.).

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dem Titel „Armenwesen“ nach Art. 12 I Nr. 1 B-VG die Kompetenz zur Grundsatzgesetzgebung[627]. Von dieser Kompetenz hat er jedoch bisher keinen Gebrauch gemacht, so dass die Kompetenz zur Regelung des „Armenwesens“ vollständig bei den Ländern liegt, Art. 15 VI S. 5 B-VG.

Auch die Kompetenzen zur Regelung der pflegenahen Berufe sind auf Bund und Länder verteilt. Die Kompetenz zu Erlass des Gesundheits- und Krankenpflegegesetz (GuKG), welches Ausbildung und Berufspflichten für den gehobenen Dienst der Gesundheits- und Krankenpflege und für die Pflegehilfe regelt, steht nach Art. 10 I Nr. 12 B-VG dem Bund zu, da es dabei vorrangig um die Unterstützung ärztlicher Tätigkeiten geht.[628] Für die „Sozialbetreuungsberufe“ wie Alten- und Familienhilfe sind hingegen nach Art. 15 I B-VG die Länder zuständig.[629] Damit ist zweifelhaft, ob dem Bund die Kompetenz zum Erlass des Hausbetreuungsgesetzes (HBeG) zusteht, da in diesem Gesetz die Betreuung von Personen in Privathaushalten außerhalb von Tätigkeiten, die unter das GuKG fallen, reguliert wird.[630]

2. Leistungen und Leistungserbringung

a) Leistungen nach dem Bundespflegegeldgesetz

Der Bund erbringt grundsätzlich nur Geldleistungen. Geregelt sind diese Leistungen im Bundespflegegeldgesetz (BPGG). Die Erbringung der Leistungen bei Pflegebedürftigkeit nach dem BPGG wird ausgehend vom nach § 25 I 1 BPGG erforderlichen Antrag des Pflegebedürftigen dargestellt.[631] Es wird zunächst geprüft, ob ein Pflegebedarf i.S.d. § 4 I, II BPGG besteht. Der Ablauf dieser Prüfung ergibt sich im Wesentlichen aus der Einstufungsverordnung zum Bundespflegegeldgesetz (EinstV), die auf Grundla-

627 Bei der Grundsatzgesetzgebung darf der Bund nur Grundsätze regeln. Die Länder füllen diesen Rahmen nach Art. 15 VI S. 1 B-VG aus. Schwer zu bestimmen ist, wo die genaue Grenze für die maximale Bestimmtheit einer bundesrechtlichen Regelung liegt, *Öhlinger,* Verfassungsrecht, Rn. 245.

628 OGH vom 30.01.2001 – 10 ObS 357/00y.

629 Um eine bundesweite Vergleichbarkeit der Berufsbilder zu gewährleisten, haben der Bund und die Länder in der Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG über Sozialbetreuungsberufe, BGBl. I Nr. 55/2005, vereinbart, die Berufsbilder nach gleichen Zielsetzungen und Grundsätzen zu regeln, Art. 1 I der Vereinbarung.

630 *Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst,* Stellungnahme zum Entwurf des Bundesgesetzes, mit dem die Bestimmungen über die Betreuung von Personen in privaten Haushalten erlassen werden (Hausbetreuungsgesetz - HBeG) und die Gewerbeordnung 1994 geändert wird.

631 Die Zugehörigkeit zu einem der Personenkreise nach den §§ 3, 3a BPGG wird unterstellt. § 3 BPGG erfasst alle Personen, die in Österreich ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben und eine Grundleistung (wie beispielsweise eine Altersrente) beziehen. § 3a BPGG beschreibt den Personenkreis, der ohne Bezug einer Grundleistung für das Pflegegeld leistungsberechtigt ist.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ge des § 4 VII BPGG erlassen wurde. Nach § 8 S. 1 EinstV ist für die Erstentscheidung, ob Pflegebedürftigkeit vorliegt, immer ein Sachverständigengutachten erforderlich.[632] Bei Vorliegen von Pflegebedürftigkeit wird der Antragssteller in eine der 7 Pflegestufen eingestuft, wobei Stufe 1 den niedrigsten Pflegebedarf (mehr als 60 Stunden monatlich) und Stufe 7 den höchsten Pflegebedarf (mehr als 180 Stunden monatlich plus zusätzliche Erschwernisfaktoren) voraussetzt. Entsprechend den Pflegestufen ist auch das Pflegegeld der Höhe nach gemäß § 5 BPGG gestaffelt von 154,20 € monatlich in Pflegestufe 1 bis 1655,80 € monatlich in Pflegestufe 7. Die Höhe des Pflegegeldes ist nicht abhängig davon, ob der Pflegebedürftige professionelle oder nichtprofessionelle Hilfe in Anspruch nimmt. Auf Antrag kann nach dem BPGG auch ausschließlich diese Geldleistung und keine Sachleistung erbracht werden. Die Möglichkeit zur Erbringung von Sachleistungen nach § 20 BPGG kann nicht vom Pflegebedürftigen im Antrag gewählt werden, sondern es handelt sich um eine von Amts wegen zu treffende Entscheidung des Leistungsträgers bei nicht zweckentsprechender Verwendung des Pflegegeldes. Es ist damit Instrument zur Qualitätssicherung und wird auch in diesem Zusammenhang dargestellt. Welcher Leistungsträger (im BPGG als Entscheidungsträger bezeichnet) für die Erbringung des Pflegegeldes zuständig ist, hängt davon ab, zu welchem Personenkreis nach den §§ 3, 3a BPGG der Antragsteller gehört.[633] Unter den Voraussetzungen des § 21b II BPGG kann neben dem Pflegegeld eine Unterstützung für eine „bis zu 24 Stunden Betreuung“ in häuslicher Umgebung gewährt werden. Es handelt sich dabei um eine Förderleistung, deren Erbringung im Ermessen des Leistungsträgers steht.[634] Die Unterstützung wird als Zuschuss gewährt. Dessen Höhe ergibt sich aus den Richtlinien

632 Die Erstellung erfolgt grundsätzlich durch einen Arzt. Allerdings werden zunehmend auch besonders geschulte Pflegefachkräfte hinzugezogen, *Grasser,* ÖZPR 2010, S. 140f. Bei einer Evaluation der von Ärzten oder Pflegefachkräften erstellten Gutachten wurde festgestellt, dass diese hinsichtlich der Bewertung des zeitlichen Pflegebedarfes zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Dieser wurde von den Pflegefachkräften als deutlich höher eingeschätzt, *Greifeneder,* ÖZPR 2011, S. 172f. Hingegen konnten bei der Qualität der Gutachten keine Unterschiede zwischen Pflegefachkräften und Ärzten festgestellt werden, *Greifeneder,* ÖZPR 2011, S. 172, 174f.

633 Das Bestehen mehrerer Leistungsträger ist nur historisch zu erklären. Mit Einführung des BPGG sollte kein neuer Leistungsträger geschaffen werden, so dass an bereits bestehende Zuständigkeiten bei Leistungsträgern für Sozialleistungen im weitesten Sinne angeknüpft wurde, *Pfeil,* Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 22, S. 205. So ist beispielsweise der Sozialversicherungsträger, der für die Gewährung der Vollrente zuständig ist, bei Rentenbezug dann auch für die Gewährung des Pflegegeldes zuständig, § 22 I Nr. 1 BPGG. Erst mit dem Pflegegeldreformgesetz 2012 wurde eine Reduzierung der Leistungsträger von über 280 Landesträgern und 23 Bundesträgern auf 7 Bundesträger erreicht, vgl. Erläuterungen Pflegegeldreformgesetz, 276/ME XXIV. GP, S. 1.

634 Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 21b BPGG, beispielsweise durch „können erbracht werden…“ und die Bezeichnung des Betreuungsbedürftigen als „Förderungsbewerber“, wird aber auch unter Punkt 2.3.6. der Richtlinien zur Unterstützung der 24 Stunden Betreuung nochmals klargestellt. Die Richtlinien zur Unterstützung der 24-Stunden-Betreuung sind abrufbar unter: http://www.bmask.gv.at/site/Soziales/Pflege_und_Betreuung/24_Stunden_Betreuung/ (Stand 19.08.2013).

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Bundesministers für Soziales und Konsumentenschutz[635] zur Unterstützung der 24 Stunden Betreuung.[636] Die Zahlung des Zuschusses ist gemäß Punkt 3 der Richtlinien vom Einkommen, aber nicht vom Vermögen des Pflegebedürftigen abhängig. Die Förderung wird erbracht aus dem Unterstützungsfonds für Menschen mit Behinderung. Zuständig für die Entscheidung über die Zuschussgewährung ist gemäß der Punkte 4.4 und 4.6 der Richtlinien das Bundessozialamt.[637]

b) Leistungen der Sozialhilfe

Die Leistungen des BPGG sind in zweifacher Weise nicht bedarfsdeckend. Erreicht der Pflegebedürftige nicht die Pflegestufe 1, so erhält er trotz Bestehen eines Pflegebedarfes kein Pflegegeld (Fallgruppe 1).[638] Erreicht er mindestens die Pflegestufe 1, so ist das Pflegegeld dennoch der Höhe nach begrenzt, unabhängig davon wie hoch der pflegebedingte Mehrbedarf tatsächlich ist (Fallgruppe 2). In beiden Fallgruppen kann ein Anspruch auf Leistungen der Sozialhilfe bestehen. Wie bereits beschrieben, gehört die Sozialhilfe zur Gesetzgebungskompetenz der Länder, so dass die Regelungen zur Sozialhilfe aller neun Länder in den Blick zu nehmen sind. Zur Schaffung bundesweit einheitlicher Mindeststandards in der Sozialhilfe[639] wurde eine Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern über eine bundesweite Bedarfsorientierte Mindestsicherung[640], die zum 01.12.2010 in Kraft getreten ist, abgeschlossen. Die Hilfe bei Pflegebedürftigkeit gehört jedoch nicht zu den in Art. 3 der Vereinbarung genannten, von der Harmonisierung betroffenen Bedarfsbereichen. Als Folge der Vereinbarung haben alle Länder ein Gesetz zur bedarfsorientierten Mindestsicherung erlassen.[641] Kärnten, Tirol und Vorarlberg haben dabei alle Bedarfsbereiche und damit auch

635 Dieser ist gemäß § 21b IV 1 BPGG für den Erlass der Richtlinien zuständig.

636 Es ist zu unterscheiden, ob die Betreuung durch eine Betreuungskraft erbracht wird, die beim Pflegebedürftigen oder einem Angehörigen beschäftigt ist, oder durch eine selbständige Betreuungskraft. Der Zuschuss beträgt für unselbständige Betreuungskräfte maximal 1100 € im Monat und für selbständige Betreuungskräfte 550 €, vgl. Pkt. 2.1.1 und 2.2.1 der Richtlinien.

637 Die Antragsstellung kann nach Pkt. 4.1 der Richtlinien auch beim Leistungsträger des Bundespflegegeldes oder beim Sozialhilfeträger erfolgen.

638 Diese Fallgruppe wird auch in Österreich teilweise als Pflegestufe 0 bezeichnet, *Ellmer,* Probleme aus Sicht der Länder, in: *Pfeil* (Hrsg.), Die Zukunft der Pflege und Betreuung in Österreich, S. 39, 46.

639 677 der Beilagen XXIV. GP - Vereinbarung Art. 15a B-VG – Materialien, S. 1.

640 BGBl. I Nr. 96/2010; einführend zu den Zielen einer einheitlichen bedarfsorientierten Mindestsicherung, *Pfeil,* ÖZPR 2010, S. 90-92.

641 Burgenland: Burgenländisches Mindestsicherungsgesetz (Bgld. MSG) LGBl. Nr. 76/2010 zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 44/2012; Kärnten: Kärntner Mindestsicherungsgesetz (K-MSG) LGBl. Nr. 15/2007 zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 16/2012; Niederösterreich: Niederösterreichisches Mindestsicherungsgesetz (NÖ MSG) LGBl. 9205 zuletzt geändert durch LGBl. 9205-1; Oberösterreich: Oberösterreichisches Mindestsicherungsgesetz (Oö. BMSG) LGBl. Nr. 74/2011; Salzburg:

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Pflegebedarf in ihren Mindestsicherungsgesetzen geregelt und die bis dahin geltenden Sozialhilfegesetze außer Kraft gesetzt. Die übrigen Länder regeln in ihren Mindestsicherungsgesetzen nur die von der Harmonisierung betroffenen Bedarfe. Der Bedarf bei Pflegebedürftigkeit wird durch die weiterhin bestehenden Sozialhilfegesetze erfasst.[642]

Unabhängig vom Ort der Regelung sind die Sozialhilfeleistungen bedürftigkeitsabhängig[643] und können regelmäßig auch ohne Antrag von Amts wegen erbracht werden[644]. Alle Länder haben in ihrem Sozialhilfe- oder Mindestsicherungsgesetz ausdrücklich Leistungen bei Pflegebedürftigkeit vorgesehen. Allerdings gibt es Unterschiede bei den Fragen, ob für die Leistung ein bestimmter qualifizierter Pflegebedarf erforderlich ist[645] und ob auf die Leistung ein Rechtsanspruch[646] besteht. Grundsätzlich ist kein bestimmter Mindestpflegebedarf für das Einsetzen der Leistungen bei Pflegebedürftigkeit erforderlich. Für Niederösterreich verlangt § 24 II NÖ SHG jedoch eine wesentliche Beeinträchtigung in einem lebenswichtigen Beziehungsfeld. In Tirol hat die Landesregierung die Kompetenz zum Erlass einer Richtlinie, welche die Voraussetzun-

---

Salzburger Mindestsicherungsgesetz (Salzburger MSG) LGBl. Nr. 63/2010; Steiermark: Steiermärkisches Mindestsicherungsgesetz (StMSG) LGBl. Nr. 14/2011 zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 9/2012; Tirol: Tiroler Mindestsicherungsgesetz (TMSG) LGBl. Nr. 99/2010 zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 110/2011; Vorarlberg: Vorarlberger Mindestsicherungsgesetz (VMSG) LGBl. Nr. 64/2010 zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 34/2012; Wien: Wiener Mindestsicherungsgesetz (WMSG) LGBl. Nr. 38/2010 zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 6/2011.

642 Burgenland: Burgenländisches Sozialhilfegesetz (Bgld. SHG) LGBl. Nr. 5/2000 zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 44/2012; Niederösterreich: Niederösterreichisches Sozialhilfegesetz (NÖ SHG) LGBl. 9200 zuletzt geändert durch LGBl. 9200-11; Oberösterreich: Landesgesetz über die soziale Hilfe in Oberösterreich (Oö. SHG) LGBl. Nr. 82/1998 zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 54/2012; Salzburg: Salzburger Sozialhilfegesetz (Salzburger SHG) LGBl. Nr. 19/1975 zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 53/2011; Steiermark: Steiermärkisches Sozialhilfegesetz (StSHG) LGBl. Nr. 29/1998 zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 10/2012; Wien: Wiener Sozialhilfegesetz (WSHG) LGBl. Nr. 13/1973 zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 28/2012.

643 § 13 Bgld. SHG; §§ 5, 6 K-MSG; § 15 NÖ SHG; §§ 7-9 Oö. SHG; §§ 7, 8 Salzburger SHG; §§ 4-6 StSHG; §§ 15-17 TMSG; § 8 VMSG; §§ 9, 10 WSHG.

644 § 2 II 3 Bgld. SHG; § 52 I K-MSG; § 64 I 2 NÖ SHG; § 3 I 3 Oö. SHG; § 6 II 2 Salzburger SHG; § 2 I StSHG; § 1 III TMSG; § 2 I VMSG; § 6 S. 2 WSHG.

645 Wobei das Prinzip der (vollständigen) Bedarfsdeckung auch im österreichischen Sozialhilferecht gilt, vgl. für Tirol, *Fürweger,* Die Entwicklung von der Sozialhilfe zur bedarfsorientierten Mindestsicherung unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Land Tirol, S. 103.

646 Dass auf Leistungen der Sozialhilfe ein Anspruch besteht, ist nicht selbstverständlich. Die Regelungstechnik der einzelnen Landesgesetze bei der Frage, auf welche Leistungen ein Rechtsanspruch besteht, ist dabei sehr unterschiedlich. Einen Überblick bietet *Pfeil,* Vergleich der Sozialhilfesysteme der österreichischen Bundesländer, S. 49ff. Häufig wird entweder ausdrücklich abschließend bestimmt, auf welche Leistungen ein Anspruch besteht, oder es wird durch die Wendung „die Erbringung obliegt dem Land als Träger von Privatrechten“ gekennzeichnet, dass auf diese Leistung kein Anspruch besteht.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen für die Hilfe zur Pflege regelt, § 45 lit. b TMSG.[647] Auf die Hilfe zur Pflege besteht grundsätzlich ein Rechtsanspruch außer in Kärnten[648], Tirol[649] und Vorarlberg[650]. Auf darüber hinaus gehende soziale Dienste besteht hingegen in der Regel kein Anspruch.[651]

Gleiches gilt für den konkreten Leistungsinhalt.[652] Wie der Bedarf des einzelnen Pflegebedürftigen gedeckt wird, steht damit im Ermessen des Leistungsträgers. Die Bedarfsdeckung kann durch Geldleistungen oder Sachleistungen[653] erfolgen. Für die Ausübung dieses Ermessens gibt es normative Leitlinien, von denen hier einige beispielhaft genannt seien. So enthalten die Sozialhilfegesetze selbst sehr allgemeine Leitlinien für die Ermessensausübung, die sich am Zweck der Sozialhilfe ausrichten.[654] In Kärnten sind bei der Wahl der Leistung die Besonderheiten der jeweils Hilfe suchenden Person zu beachten und es ist die Leistungsform zu wählen, die zur konkreten Bedarfsdeckung am besten geeignet ist, § 2 I, III K-MSG. § 9 IV lit. b K-MSG enthält zwar einen allgemeinen Vorrang der Geldleistung gegenüber der Sachleistung, allerdings sollen Pflegeleistungen nach § 15 I K-MSG durch persönliche Hilfen, also Sachleistungen erbracht werden. Auch für Oberösterreich wird in § 17 I, V Oö. SHG deutlich, dass Hilfe zur Pflege als persönliche Hilfe oder als Sachleistung erbracht werden soll, wobei ein Nachrang der stationären Leistungen gegenüber ambulanten Leistungen besteht. Teilweise wird auch der im Gesetz nur sehr allgemein beschriebene Leistungsinhalt durch Richtlinien konkretisiert. So enthält für Tirol § 13 TMSG lediglich die Angabe, dass Hilfe zur Pflege auch als „mobile Pflege“, „Kurzzeitpflege zur Entlastung pflegender Angehöri-

647 Gemäß Pkt. 6 der „Richtlinie des Landes Tirol zur Gewährung von Leistungen der mobilen Pflege und Betreuung in Tirol“ genügt jedoch auch Pflegebedürftigkeit unterhalb der Pflegestufe 1 i.S.d. BPGG. Erforderlich ist nur, dass der Pflege- oder Betreuungsbedarf ärztlich festgestellt wurde.

648 § 8 II K-MSG.

649 §§ 4 IV, 27 II TMSG.

650 § 4 II 1 VMSG.

651 Soziale Dienste sind Einrichtungen die Sachleistungen erbringen. In den meisten Ländern enthält das Mindestsicherungs- beziehungsweise Sozialhilfegesetz eine Pflicht ausreichend soziale Dienste bereitzustellen, soweit dies wirtschaftlich vertretbar ist, vgl. u.a. § 33 II Bgld. SHG, § 44 II NÖ SHG. Dabei bleibt es dem Land als Sozialhilfeträger überlassen, wie es dieser Pflicht nachkommt. Es kann die sozialen Dienste selbst bereitstellen oder sich dazu Dritter bedienen, vgl. §§ 44 III NÖ SHG. Ein Anspruch des Einzelnen auf die Bereitstellung eines konkreten Platzes für einen sozialen Dienst steht der Pflicht des Leistungsträgers nicht gegenüber, da die Bereitstellung durch das Land „als Träger von Privatrechten“ erfolgt.

652 *Pfeil,* Vergleich der Sozialhilfesysteme der österreichischen Bundesländer, S. 57.

653 Bei Sachleistungen (i.w.S.) wird teilweise weiter unterschieden zwischen Sachleistungen (i.e.S.) und persönlichen Hilfen. Den Begriff der persönlichen Hilfe gibt es nicht in allen Ländern. Es handelt sich dabei um Sachleistungen i.w.S., die nicht als Sache im Wortsinn, sondern durch eine Person erbracht werden. Eine Aufzählung der persönlichen Hilfen für Kärnten findet sich in § 9 II K-MSG. Diese Unterscheidung wählt auch *Pfeil,* Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, Einführung, S. 25.

654 *Pfeil,* Vergleich der Sozialhilfesysteme der österreichischen Bundesländer, S. 58-60 mit weiteren Beispielen.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ger“ oder Tagespflege zur Entlastung pflegender Angehöriger geleistet werden kann. Auch aus der knappen Beschreibung in § 2 XVI-XVIII TMSG lässt sich kaum entnehmen, wann welcher konkrete Anspruch bestehen soll. Zur Konkretisierung wurden deshalb auf Grundlage der Ermächtigung in § 45 TMSG Richtlinien erlassen.[655] Werden die Leistungen der Hilfe zur Pflege als Sachleistungen erbracht, so können diese durch den Leistungsträger selbst oder durch Dritte, zu denen der Leistungsträger eine vertragliche Rechtsbeziehung[656] unterhält, erbracht werden.

c) Erbringung von Sachleistungen

Den Ländern obliegt die Aufgabe, für eine flächendeckende Versorgung mit so genannten sozialen Diensten zu sorgen, zu denen auch ambulante Dienste für die Langzeitpflege gehören. Für die Langzeitpflege ergibt sich eine entsprechende Pflicht aus der Pflegevereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern. Von der bisherigen alleinigen Finanzierung der Pflegesachleistungen wurden die Länder durch Einrichtung eines Pflegefonds[657] durch das Pflegefondsgesetz[658] (PFG) entlastet, indem der Bund gemäß § 3 PFG zweckgebundene Zuschüsse „für die Sicherung sowie für den Aus- und Aufbau der Betreuungs- und Pflegedienstleistungen der Länder im Bereich der Langzeitpflege“ gewährt.[659] Die Übernahme der Aufgabe speziell im Hinblick auf Pflegeeinrichtungen erfolgte durch die Länder in Art. 3 I der Pflegevereinbarung. Danach können die Länder die Leistungen entweder selbst erbringen oder durch Dritte erbringen lassen, Art. 3 II der Pflegevereinbarung. In beiden Fällen haben die Länder einen Mindest(qualitäts-)standard zu gewährleisten, Art. 5 i.V.m. Pkt. 2.1 der Anlage A der Pflegevereinbarung. Sowohl für die quantitative, aber auch für die qualitative Sicherstellung des Mindeststandards sind die Länder verpflichtet Bedarfs- und Entwicklungspläne zu erstellen, Art. 6 i.V.m. Anlage B der Pflegevereinbarung.[660]

Die Umsetzung der Verpflichtungen aus der Pflegevereinbarung erfolgt dann im Wesentlichen auf Grundlage des jeweiligen Sozialhilfe- oder Mindestsicherungsgesetzes, das zunächst die allgemeine Verpflichtung zur flächendeckenden Versorgung wieder-

655 Bspw. die „Richtlinie des Landes Tirol zur Gewährung von Leistungen der mobilen Pflege und Betreuung in Tirol“ sowie die „Richtlinie des Landes Tirol zur Förderung der Kurzzeitpflege für pflegebedürftige Personen“.

656 Bspw. § 48 III NÖ SHG; §§ 44 I lit. c, II, 41 TMSG.

657 Es handelt sich um einen Verwaltungsfonds, der nicht mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet ist, *Pfeil,* ÖZPR 2011, S. 124.

658 BGBl. I Nr. 57/2011.

659 Der „Ausbau“ von Dienstleistungsangeboten erfasst dabei auch die qualitative Verbesserung, *Pfeil,* ÖZPR 2011, S. 124.

660 Anlage B regelt dabei den Mindestinhalt der Bedarfs- und Entwicklungspläne, in denen im Wesentlichen Soll- und Istsituation gegenübergestellt werden und entsprechende Maßnahmen geplant werden, um in Zukunft die Sollsituation zu erreichen.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

holt. Bei der Erfüllung dieser Pflicht ist die gesamte Bevölkerung des jeweiligen Bundeslandes in Blick zu nehmen, da jeder, unabhängig von seiner wirtschaftlichen Bedürftigkeit, die Möglichkeit haben soll, seinen (Pflege-)Bedarf durch entsprechende soziale Dienste zu decken.[661] Im Hinblick auf die Qualitätssicherung ist interessant, ob bei der Erfüllung eines Anspruches auf Sozialhilfe bei Pflegebedürftigkeit durch einen sozialen Dienst dann zusätzliche Anforderungen gelten. Ein Rechtsanspruch des Einzelnen auf den Zugang zu einem sozialen Dienst steht der allgemeinen Verpflichtung zur flächendeckenden Versorgung grundsätzlich nicht gegenüber.[662] Dieser wird vielmehr durch die Sozialhilfe- oder Mindestsicherungsgesetze ausdrücklich ausgeschlossen.[663] Ein Rechtsanspruch auf die Erbringung von Pflegeleistungen durch einen sozialen Dienst ist nur dann denkbar, wenn der Anspruch des Einzelnen auf Hilfe zur Pflege nach dem Sozialhilfe- bzw. Mindestsicherungsgesetz im Einzelfall nur durch einen sozialen Dienst erfüllt werden kann,[664] da das Auswahlermessen des Sozialhilfeträgers dann auf diese einzige Art der Leistungserbringung reduziert ist.

Die Mindestsicherungs- und Sozialhilfegesetze enthalten von Land zu Land zwar im Wesentlichen ähnliche, im Detail aber doch voneinander abweichende Regelungen zur Erbringung von Sachleistungen und zur Einbindung Dritter.[665] Dabei wird die Pflicht zur Gewährleistung einer flächendeckenden Versorgung von den Ländern einheitlich dem Träger der Sozialhilfe zugeordnet.[666] Dieser hat die Möglichkeit, soweit er soziale Dienste nicht selbst erbringt, sich Dritter zur Leistungserbringung zu bedienen.[667] Die Einbindung des Dritten erfolgt regelmäßig durch schriftlichen Abschluss eines privatrechtlichen[668] Vertrages zwischen dem Träger der Sozialhilfe und dem Dritten oder

---

661 *Pfeil,* Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich, S. 100f.; es besteht dann i.d.R. die Pflicht zu einem Kostenbeitrag, vgl. für Salzburg: §§ 11, 12 Soziale Dienste-Verordnung.

662 *Pfeil,* Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich, S. 101.

663 Die Aufgabe wird in allen Ländern von den Sozialhilfeträgern als Träger von Privatrechten wahrgenommen. Rechtspolitische Kritik zum fehlenden Rechtsanspruch und den vagen Vorgaben zur Qualität in der Pflegevereinbarung äußert, *Pfeil,* Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich, S. 450f.

664 *Pfeil,* Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich, S. 101, 363.

665 Eine Sonderstellung vor allem in tatsächlicher Hinsicht bei der Erbringung professioneller ambulanter Pflege nimmt dabei Vorarlberg ein, *Wild,* Ambulante Pflege und Betreuung in Österreich, in: *Kollak* (Hrsg.), Internationale Modelle häuslicher Pflege, S. 35. Die örtliche Versorgung erfolgt durch 66 örtliche Krankenpflegevereine. Zum inneren Aufbau der Krankenpflegevereine, vgl. die empirische Untersuchung, *Fuchs,* Eine Gegenüberstellung der Organisation der mobilen Pflege und Betreuung in den Bundesländern Steiermark und Vorarlberg, S. 77-79. Diese werden staatlich gefördert mit Mitteln des Sozialfonds, §§ 20 I 1, 21 lit. g VSHG. Der Sozialfonds ist rechtsfähig und selbst ein Sozialhilfeträger, § 14 VSHG.

666 Bspw. § 33 I Bgld. SHG; §§ 36, 42 K-MSG; § 44 II NÖSHG; § 22 IV WSHG, wobei in Wien die Besonderheit besteht, dass Sozialhilfeträger für die Erbringung von Pflegeleistungen und für die sozialen Dienste nicht das Land Wien ist, sondern der Fonds Soziales Wien, § 34 II, III WSHG. Ansonsten sind Träger der Sozialhilfe die Länder und teilweise zusätzlich die Gemeinden.

667 Träger der freien Wohlfahrt und andere Trägerorganisationen, vgl. § 48 III 1 NÖ SHG.

668 Da das öffentliche Recht Vorgaben zum Inhalt des privatrechtlichen Vertrages macht, ist es typisch für die Leistungserbringung bei sozialen Diensten, dass öffentliche-rechtliche und privatrechtliche

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer Vereinigung, der der Dritte angehört[669], wobei es gesetzliche Mindestanforderungen an den Dritten gibt[670]. Der Vertragsabschluss ist davon abhängig, dass ein entsprechender Bedarf für diesen sozialen Dienst in der Sozialplanung prognostiziert wurde.[671] In Niederösterreich kann der Abschluss einer Vereinbarung bei ambulanten Diensten dadurch ersetzt werden, dass die Leistungen entsprechend einer Durchführungsrichtlinie erbracht werden, § 48 III 2 NÖ SHG. Dabei muss die Richtlinie die gleichen Mindestvoraussetzungen für die Leistungserbringung festlegen wie sie für den Abschluss der Vereinbarung erforderlich wären, §§ 48 III 2, 49 IV NÖ SHG.

Nur im Burgenland ist für alle ambulanten Dienste, die Pflegeleistungen erbringen, eine Zulassung durch die Landesregierung erforderlich, §§ 38 I 1, 34 II Nr. 2, 40 Bgld. SHG. Jeder ambulante Dienst, der pflegerische Dienste anbieten will, bedarf hier einer Betriebsbewilligung nach § 40 Bgld. SHG, auch wenn er keine Leistungen für den Sozialhilfeträger erbringt. Zwar gibt es andere Länder, in denen ein vergleichbares Bewilligungs- oder zumindest ein Anzeigeerfordernis besteht, dort aber nur zur Errichtung und zum Betrieb (teil-)stationärer Einrichtungen.[672] In anderen Ländern ergibt sich das Bewilligungserfordernis für stationäre Pflegeinrichtungen jedoch spezieller aus dem jeweiligen Heimgesetz.[673] Eine Ausnahme hierzu bildet Salzburg. Hier gibt es kein Heimgesetz. Vielmehr hat das SPG (Salzburger Pflegegesetz) einen umfassenden Anwendungsbereich, zu dem auch die häusliche Pflege gehört. Für die Errichtung entsprechender Einrichtungen gibt es nach § 31 I Nr. 1 SPG eine Pflicht zur Anzeige.

Die ausführliche Darstellung der Qualitätssicherung erfolgt zur Wahrung der Übersichtlichkeit exemplarisch für die Bundesländer Salzburg und Burgenland ausführlich. In ihrer Grundausrichtung haben beide Länder Modellcharakter. Daneben bieten sie die o.g. Besonderheiten. Für andere Bundesländer beschränkt sich die Darstellung auf interessante Einzelaspekte.

Regelungen bestehen, vgl. *Dimmel/Schmid,* Soziale Dienste, in: *Dimmel/Heinzmann/Schenk* (Hrsg.), Handbuch Armut in Österreich, S. 579, 585. Hingegen ist auch mit Blick auf die Soziale Dienste-Verordnung die Aussage, das Leistungsrecht sei öffentlich-rechtlich und das Leistungserbringungsrecht privatrechtlich, vgl. *Dimmel,* Sozialwirtschaft und Sozialordnung, in: *Dimmel* (Hrsg.), Das Recht der Sozialwirtschaft, S. 9, 27f., zu pauschal. Auch lässt sich die Qualitätssicherung nicht zwingend nur dem Leistungsrecht zuordnen, so aber *Dimmel,* Sozialwirtschaft und Sozialordnung, in: *Dimmel* (Hrsg.), Das Recht der Sozialwirtschaft, S. 9, 27f., vielmehr kann Qualitätssicherung sowohl durch Leistungsrecht als auch durch Leistungserbringungsrecht erfolgen.

669 Bspw. § 61 VII 1 K-MSG; § 59 III Oö SHG; § 20 IV 1 StSHG; anders für Salzburg § 22 II, V, VI Salzburger SHG wo die Voraussetzungen der Einbindung unmittelbar dem Gesetz zu entnehmen sind und insbesondere die Höhe der Kosten, die dem Dritten zu erstatten sind, werden durch Verordnung festgelegt.

670 Bspw. § 61 V K-MSG; § 60 II Oö SHG; § 41 III TMSG.

671 Vgl. § 48 III 1 NÖ SHG.

672 Bspw. Bewilligungspflicht: § 49 I NÖ SHG; Anzeigepflicht: § 64 I Oö SHG.

673 Bspw. § 16 I Kärntner Heimgesetz; § 15 I, II Steiermärkisches Pflegeheimgesetz.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d) Abgrenzung zur medizinischen Hauskrankenpflege

Nach § 151 I ASVG besteht ein Anspruch auf medizinische Hauskrankenpflege, wenn die Art der Krankheit diese erfordert. Zweck der medizinischen Hauskrankenpflege ist die Verkürzung oder Verhinderung von Krankenhausaufenthaltszeiten, § 144 I 3 ASVG.[674] Sie wird nur gewährt, wenn eine Prognose ergibt, dass die Krankheit einer Behandlung zugänglich ist.[675] Deshalb beschränkt § 151 V 1 ASVG die Dauer grundsätzlich auf 4 Wochen.[676] Erbracht wird die medizinische Hauskrankenpflege von den Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege. Sie umfasst medizinische Leistungen und qualifizierte Pflegeleistungen, § 151 II 1, III 3 ASVG. Da § 151 III 3 ASVG Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung als Gegenstand der medizinischen Hauskrankenpflege ausschließt,[677] kann es zu einer Konkurrenz mit den von sozialen Diensten erbrachten und den Trägern der Sozialhilfe geförderten Pflegeleistungen nur bei den qualifizierten Pflegeleistungen i.S.d. § 151 III 3 ASVG kommen und nur, wenn die sonstigen Anspruchsvoraussetzungen des § 151 ASVG vorliegen. In dieser Konkurrenzsituation ist die Leistung nach § 151 ASVG aufgrund der Subsidiarität[678] der Sozialhilfe vorrangig.

Da die medizinische Hauskrankenpflege nur von professionellen Pflegekräften erbracht wird, kann auf eine ausführliche Darstellung der Qualitätssicherung aus den gleichen Gründen verzichtet werden wie bei der Hauskrankenpflege nach § 37 SGB V.

e) Zusammenfassung der leistungsrechtlichen Grundkonstellationen

Zusammenfassend lassen sich 4 Grundkonstellationen unterscheiden, die leistungsrechtlich im Falle der Pflegebedürftigkeit eintreten können:

(1) Der Pflegebedürftige erhält keine staatlichen Leistungen. Dies ist typischerweise dann der Fall, wenn zwar Pflegebedürftigkeit i.S.d. Sozialhilferechts des jeweiligen

674 *Schober*, in: *Sonntag* (Hrsg.), ASVG, § 151, Rn. 2; *Pfeil,* SozSich (Österreich) 2005, S. 88, 93f.

675 Dies wird aus dem Tatbestandsmerkmal: „wenn und soweit die Krankheit es erfordert", § 151 I ASVG abgeleitet, *Scholz,* SozSich (Österreich) 1993, S. 380; *Schober*, in: *Sonntag* (Hrsg.), ASVG, § 144, Rn. 2 sowie *Pfeil,* SozSich (Österreich) 2005, S. 88, 96 und *Stöger*, in: *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg.), SV-Komm, § 144, Rn. 7, die eine Verbindung zum grundsätzlich bestehenden Anspruch auf Anstaltspflege nach § 144 I ASVG herstellen.

676 Damit wird nochmals deutlich, dass Zweck der medizinischen Hauskrankenpflege die Heilung einer Krankheit und nicht die dauerhafte Pflege ist. Vgl. zu umstrittenen rechtlichen Einordung der danach erforderlichen Bewilligung durch den chef- oder kontrollärztlichen Dienst nach § 151 V 2 ASVG, *Pfeil,* Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich, S. 69f.; *Pfeil*, in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg.), SV-Komm, § 151, Rn. 9.

677 Zur Notwendigkeit der anderweitigen Sicherstellung, sei es durch Angehörige oder soziale Dienste, *Pfeil*, in: *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg.), SV-Komm, § 151, Rn. 7.

678 *Mayr/Pfeil,* Mindestsicherung und Sozialhilfe, in: *Pürgy* (Hrsg.), Das Recht der Länder, S. 259, 264.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Landes vorliegt, nicht jedoch Pflegebedürftigkeit i.S.d. BPGG und der Pflegebedürftige nicht bedürftig ist.

(2) Der Pflegebedürftige erhält ausschließlich Leistungen nach sozialhilferechtlichen Regelungen eines Landes. Diese Grundkonstellation unterscheidet sich von der ersten nur insoweit, als hier Bedürftigkeit vorliegt.

(3) Der Pflegebedürftige erhält nur Leistungen nach dem BPGG. Auch hier liegt Pflegebedürftigkeit nach beiden Gesetzen vor, aber es wird entweder der gesamte Bedarf durch die Leistungen des BPGG gedeckt oder es fehlt für den verbleibenden Bedarf an der Bedürftigkeit.

(4) Der Pflegebedürftige erhält sowohl Leistungen nach dem BPGG als auch nach den sozialhilferechtlichen Bestimmungen eines Landes. Hier liegt nach beiden Gesetzen Pflegebedürftigkeit vor, der Bedarf wird durch die Leistungen nach dem BPGG nicht vollständig gedeckt und es besteht Bedürftigkeit.

II. Qualitätssicherung in der professionellen Pflege

1. Qualitätssicherungsinstrumente innerhalb des Qualitätskreislaufes

a) Erstellung von Sollensanforderungen

aa) Kein Leistungsbezug

(1) Struktursollensanforderungen

Die Struktursollensanforderungen werden im Wesentlichen durch die Ausbildung bestimmt, die im Bereich der Pflege tätige professionelle Kräfte absolvieren müssen. Pflegeleistungen werden von zwei Berufsgruppen erbracht. Dies sind zum einen die Gesundheits- und Krankenpflegeberufe, welche im GuKG geregelt sind und zum anderen die Sozialbetreuungsberufe, deren Regelung in den Sozialbetreuungsberufegesetzen der Länder zu finden ist. Die Kompetenz zur Regelung der Struktursollensanforderungen ist damit auf Bund und Länder verteilt. Um die Vergleichbarkeit der Ausbildung in den einzelnen Bundesländern zu gewährleisten, aber auch um den Tätigkeitsbereiche der beiden Berufsgruppen zu klären, wurde die Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern über Sozialbetreuungsberufe abgeschlossen.

Zu den Gesundheits- und Krankenpflegeberufen gehören gemäß § 1 GuKG der gehobene Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege sowie die Pflegehilfe. Die Be-

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schreibung der Berufsbilder der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe[679], aber auch die Beschreibung der einzelnen Tätigkeitsbereiche[680] zeigt, dass diese Berufsgruppe vor allem für die Betreuung von Menschen zuständig ist, die medizinischer und ärztlicher Hilfe bedürfen.[681] Diese Zuständigkeit ist gemäß § 3 I GuKG auch eine ausschließliche. Ausschließlich bedeutet, dass die dem Berufsbild entsprechenden Tätigkeiten nur von den Angehörigen dieser Berufsgruppe ausgeübt werden dürfen.[682] Zu diesen Tätigkeiten gehören vor allem die Tätigkeiten in § 14 GuKG, also die eigenverantwortlichen Tätigkeiten des gehobenen Dienstes der Gesundheits- und Krankenpflege, aber auch die Tätigkeiten der Pflegehilfe nach § 84 GuKG. Da solche Tätigkeiten im Rahmen der Altenpflege häufig auszuführen sind, wird die Ausübung bestimmter Tätigkeiten durch Angehörige der Sozialbetreuungsberufe mittels zweier verschiedener Ansätze ermöglicht. Erstens wird im Rahmen der Ausbildung einiger Sozialbetreuungsberufe auch der Abschluss der Pflegehilfe erreicht.[683] Zweitens ermöglicht§ 3a I GuKG i.V.m. Anlage 2 Punkt 3 der Vereinbarung über Sozialbetreuungsberufe die Durchführung unterstützender Tätigkeiten bei der Basisversorgung für die Sozialbetreuungsberufe, für die der Abschluss zur Pflegehilfe nicht inkludiert ist, wenn sie das Ausbildungsmodul gemäß Anlage 2 Punkt der Vereinbarung über Sozialbetreuungsberufe absolviert haben. In der Gesundheit- und Krankenpflege-Basisversorgungs-Ausbildungsverordnung (GuK-BAV) werden für das Ausbildungsmodul Basisversorgung bundesweit geltende einheitliche Ausbildungsinhalte und ein einheitlicher Ausbildungsumfang normiert. Dies dient der Qualitätssicherung der Ausbildung selbst und rechtfertigt die bundesweite Zulassung für unterstützende Tätigkeiten bei der Basisversorgung.[684]

Die zentrale Bedeutung des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege für die Langzeitpflege ergibt sich u.a. aus § 26 I Nr. 2 GuKG wonach auch die Leitung eines „Pflegedienstes an Einrichtungen[685], die der Betreuung pflegebedürftiger Men-

679 Für den gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege § 11 GuKG und für die Pflegehilfe § 82 GuKG.

680 Für den gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege §§ 13ff. GuKG und für die Pflegehilfe §§ 84, 84a GuKG.

681 *Weiss-Faßbinder/Lust,* Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 3, S. 31; OGH, vom 30.01.2001, 10 ObS 357/00y.

682 Soweit dieses Verbot teilweise für nichtprofessionelle Pflegekräfte wegen §§ 3 III, 3b, 3c GuKG nicht gilt, hat dies nur Auswirkungen auf die Qualität der nichtprofessionellen Pflege und wird dementsprechend auch dort dargestellt.

683 Bspw. §§ 3 I, 4 I Burgenländisches Sozialbetreuungsberufegesetz (Bgld. SBBG) für Diplom Sozialbetreuerinnen oder Diplom-Sozialbetreuer und Fach-Sozialbetreuerinnen oder Fach-Sozialbetreuer. Entsprechende Regelungen finden sich für diese beiden Berufe in allen Gesetzen der Länder über Sozialbetreuungsberufe.

684 *Weiss-Faßbinder/Lust,* Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 3a, S. 50.

685 „Einrichtungen“ sind sowohl stationäre Einrichtungen als auch ambulante Dienste, *Weiss-Faßbinder/Lust,* Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 27, S. 78f. Für die Wahrnehmung solcher Führungsaufgaben muss zusätzlich einer Sonderausbildung gemäß § 65 I Nr. 3 GuKG

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schen dienen“, zum Tätigkeitsbereich gehört. Um die Berufsbezeichnung „gehobener Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege“ nach dem GuKG führen zu dürfen, müssen die Voraussetzungen des § 27 GuKG erfüllt sein. Neben dem Erbringen des Qualifikationsnachweises (§ 27 I Nr. 3 GuKG) ist es insbesondere erforderlich, die für den Beruf erforderliche körperliche und geistige Eignung sowie Vertrauenswürdigkeit nach § 27 I Nr. 2 GuKG und die erforderlichen Deutschkenntnisse nach § 27 I Nr. 4 GuKG zu besitzen. Regelausschlussgründe für die Vertrauenswürdigkeit nennt § 27 II GuKG mit vorsätzlichen Straftaten ab einer bestimmten Schwere und Straftaten, die aufgrund ihrer Eigenart in Widerspruch zu dem Berufsaufgaben stehen. Für den Qualifikationsnachweis kann der Abschluss in Österreich erfolgen, in einem EWR Vertragsstaat oder außerhalb des EWR Raumes. Bei einem Abschluss in Österreich bedarf es der erfolgreichen Absolvierung einer Ausbildung an einer Schule für Gesundheits- und Krankenpflege nach § 28 I Nr. 1 GuKG. Die Errichtung einer Schule für Gesundheits- und Krankenpflege bedarf nach § 50 I GuKG der Bewilligung durch den Landeshauptmann. Die Bewilligung wird nur unter den Voraussetzungen des § 50 II GuKG erteilt. Zu den Voraussetzungen gehören das Vorhandensein von geeigneten Lehrkräften sowie die Verbindung zu einer Krankenanstalt zur Gewährleistung des praktischen Unterrichts (§ 49 II GuKG). Alternativ zu einer Ausbildung an einer Schule für Gesundheits- und Krankenpflege besteht die Möglichkeit des Studiums eines Fachhochschul-Bachelorstudienganges nach § 28 II GuKG.[686] Der Studiengang muss gemäß § 28 II Nr. 2 GuKG den Anforderungen der FH-Gesundheits- und Krankenpflege-Ausbildungsverordnung entsprechen, was im Rahmen der Akkreditierung des Studienganges nach § 28 IV Nr. 1 GuKG geprüft wird. Zuständig für die Akkreditierung ist die Agentur für Qualitätssicherung und Akkreditierung Austria. Den Ausbildungsinhalt regeln die §§ 42ff. GuKG und die auf Grundlage der §§ 57, 62 GuKG erlassene Gesundheits- und Krankenpflege-Ausbildungsverordnung (GUK – AV). Qualifikationsnachweise im EWR Raum sind gemäß § 28a I GuKG entsprechend der Richtlinie 2005/36/EG anzuerkennen. Bei Abschlüssen außerhalb des EWR Raumes wird eine Gleichwertigkeitsprüfung durchgeführt, § 32 VI GuKG. Abgesehen von einem selbstverständlich anderen Qualifikationsnachweis stellen die §§ 85ff. GuKG vergleichbare Anforderungen an die Berufsberechtigung für die Pflegehilfe, wobei zu beachten ist, dass die Vertrauenswürdigkeit berufspflichtenbezogen zu ermitteln ist. Dies hat zur Folge, dass an die Vertrauenswürdigkeit bei der Pflegehilfe aufgrund der weniger selbständigen und nicht mit Führungsaufgaben verbundenen Tätigkeit geringere Anforderungen zu stellen sind. In allen Landesgesetzen zu den Sozialbetreuungsberufen werden

absolviert werden. Diese Sonderausbildung umfasst mindestens 1600 Stunden Ausbildung und dauert mindestens ein Jahr, § 72 GuKG.

686 Ziel ist es, eine mit dem Bologna-Prozess übereinstimmende Ausbildungsform zu schaffen, *Weiss-Faßbinder/Lust,* Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 28, S. 146.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

drei Berufsabschlüsse geregelt.[687] Dies sind Heimhelfer und Heimhelferinnen, Diplom-Sozialbetreuer und Sozialbetreuerinnen sowie Fach- und Sozialbetreuer mit Schwerpunkt Behindertenbegleitung.[688] Die jeweiligen Voraussetzungen für die Berufsberechtigung sind vergleichbar mit denen in § 27 I GuKG.[689]

Für alle beschriebenen Berufe sehen das GuKG und die Sozialbetreuungsberufegesetze der Länder Pflichten zur Weiterbildung vor.[690] Dadurch wird die inhaltlich starre, da nur auf einen bestimmten Zeitpunkt bezogene Pflicht zum Erbringen des Qualifikationsnachweises dynamisch und die Fähigkeiten werden nicht auf den Zeitpunkt der Prüfung eingefroren, sondern an den Wissensfortschritt für den jeweiligen Beruf gekoppelt.

Neben den Anforderungen in den Berufsgesetzen an die einzelnen professionellen Pflegekräfte gibt es landesrechtliche Sollensanforderungen an die Leistungserbringer, welche im Rahmen der Erfüllung der Pflicht der Länder zur flächendeckenden Versorgung mit Pflegesachleistungen aus der Pflegevereinbarung erstellt werden. Diese Pflicht der Länder gemäß Art. 3ff. i.V.m. Anlage A Pkt.2.1, Anlage B der Pflegevereinbarung, „für eine entsprechende Sicherung der fachlichen Qualität und Kontrolle der Dienste…zu sorgen", wird auf unterschiedliche Weise erfüllt. Auf der reinen Planungsebene müssen und haben die Länder Bedarfs- und Entwicklungspläne erlassen, Art. 6 der Pflegevereinbarung. Die Pflicht einer Sozialplanung sowie die Pflicht der Darstellung der Ergebnisse in einem Bedarfs- und Entwicklungsplan werden in den Sozialhilfe- oder Mindestsicherungsgesetzen nochmals aufgegriffen.[691] In Tirol trägt der aktuelle Plan die Bezeichnung „Strukturplan Pflege 2012 – 2022" und wurde auf Grundlage von § 39 TMSG erstellt. In Tirol ist der Bedarfs- und Entwicklungsplan zugleich Bestandteil der überörtlichen Raumplanung, wobei es sich bei der Entwicklung der sozialen Infrastruktur, zu denen auch die Einrichtungen für Betreuungs- und Pflegebedürftige gehören, nach § 1 II lit. l Nr. 2 TROG um ein Ziel[692] der überörtlichen Raumplanung handelt. Konkrete Maßnahmen in Bezug auf die soziale Infrastruktur können hingegen nicht durch den Plan festgesetzt werden, da § 7 II TROG die festsetzbaren Maßnahmen abschließend aufzählt und diese nur in Raumordnungsprogrammen, welche von der Lan-

687 Ausführlich zu den verschiedenen Berufsbildern, *Klaushofer,* Sozialbetreuungsberufe, in: *Pürgy* (Hrsg.), Das Recht der Länder, S. 311, 325ff.

688 Für die beiden Letztgenannten ist die Pflegehilfeausbildung integraler Bestandteil, Art. 3 II der Vereinbarung nach Art. 15a B-VG zu den Sozialbetreuungsberufen. Diese Vereinbarung wurde abgeschlossen, um eine Harmonisierung der Sozialbetreuungsberufe trotz Gesetzgebungskompetenz der Länder zu erreichen, *Hausreither/Lust,* ÖZPR 2010, S. 69, 70.

689 Dabei erfolgt die Bestimmung des Ausbildungsinhaltes in Tirol bereits sehr detailliert durch das Sozialbetreuungsberufegesetz in den §§ 18ff. TSBBG; in den meisten Ländern gibt es dafür eine Verordnungsermächtigung, beispielsweise in § 3 VIII Bgld. SBBG.

690 *Klaushofer,* Sozialbetreuungsberufe, in: *Pürgy* (Hrsg.), Das Recht der Länder, S. 311, 344; dies gilt seit der GuKG-Novelle 2009 nach § 104c GuKG auch für die Pflegehelfer, vgl. dazu *Gepart,* ÖZPR 2010, S. 5, 6.

691 Vgl. § 39 I, V TMSG.

692 Die Verknüpfung zwischen Bedarfs- und Entwicklungsplan mit dem Raumordnungsrecht gibt es nur in Tirol.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

desregierung durch Verordnung erlassen werden, festgesetzt werden können. Der Strukturplan Pflege ist hingegen nur Raumordnungsplan i.S.d. § 12 TROG. Inhaltlich enthält der Strukturplan Pflege 2012 - 2022 zunächst eine Analyse des gegenwärtigen Pflege- und Betreuungsangebotes sowie Sollzahlen für die regionalen Planungsverbände für die Jahre 2017 und 2022.[693] Dabei wird insgesamt ein Ausbau der Pflegeinfrastruktur angestrebt, wobei dies vorrangig durch mobile Dienste und alternative Wohnformen erfolgen soll.[694] Der Bedarfsplan 2017 für Salzburg enthält vor allem eine quantitative Prognose des Pflegebedarfes bis zum Jahr 2017. Auch der Bedarfsplan- und Entwicklungsplan 2013/2013 für das Burgenland enthält quantitative Prognosen. Planerische Aussagen bezüglich der Pflegequalität und wie diese verbessert werden soll, sind in keinem der Pläne zu finden. Am umfangreichsten befasst sich der Bedarfs- und Entwicklungsplan 2012/2013 für das Burgenland mit der Pflegequalität, aber auch dort vor allem retrospektiv indem die Umsetzung gesetzlich vorgeschriebener Maßnahmen[695] oder bereits durchgeführte Projekte[696] beschrieben werden.[697] Auf der Planungsebene ist eine zukunftsgerichtete Qualitätssicherung auch nicht erforderlich, da der notwendige Inhalt gemäß Art. 6 der Pflegevereinbarung i.V.m. Anlage B die Qualitätssicherung nicht beinhaltet. Die Länder erfüllen damit insoweit ihre Verpflichtungen aus der Pflegevereinbarung.

Auch die Umsetzung der Vorsorgeverpflichtung im Rahmen der Sozialhilfe- oder Mindestsicherungsgesetze soll hier als Bestandteil der Fallgruppe „kein Leistungsbezug“ dargestellt werden. Zwar ist die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit sozialen Diensten eine Leistung des Sozialhilfeträgers, aber da diese sozialen Dienste dann allen offen stehen, unabhängig von der Schwere des Pflegebedarfes und vor allem unabhängig von der finanziellen Bedürftigkeit, handelt es sich vorrangig um die Bereitstellung einer Infrastruktur und nicht um eine Sozialhilfeleistung an einen konkreten Empfänger zur Deckung eines konkreten Bedarfes. Die Bereitstellung der Infrastruktur erfolgt durch finanzielle Förderung der von den Pflegediensten erbrachten Leistungen. Die Höhe der Förderung ergibt sich aus der Differenz der zwischen dem von Leistungsträger und Leistungserbringer vereinbarten Stundensatz[698] und der zumutbaren Eigenleistung des Leistungsempfängers[699].

693 Für die mobilen Dienste: Strukturplan Pflege 2012-2022, S. 54.

694 Strukturplan Pflege 2012-2022, S. 12.

695 Sozialbericht Burgenland 2009/2010, S. 78f.

696 Sozialbericht Burgenland 2009/2010, S. 169f. zum Entlassungsmanagement.

697 Bereits im Jahr 2000 wurde bemängelt, dass der Qualität der Dienste und Einrichtungen nur ein unzureichender Stellenwert in den Bedarfs- und Entwicklungsplänen zukommt, *Rubisch/Schaffenberger,* SozSich (Österreich) 2000, S. 877, 878, 880f. Ein möglicher Verstoß der Länder gegen die Pflegevereinbarung wurde jedoch nicht in Betracht gezogen.

698 Für die Höhe des Stundensatzes kommt es u.a. auf die Ausbildung des jeweils unmittelbar eingesetzten Pflegenden an. So ist der Stundensatz für diplomiertes Pflegepersonal am höchsten und der für ungelerntes Pflegepersonal am niedrigsten.

699 Im Rahmen der Berechnung des zumutbaren Eigenanteils, dessen Höhe von der finanziellen Leistungsfähigkeit des Leistungsempfängers abhängig ist, wird zwar eine Sozialhilfeleistung erbracht.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In Tirol erfolgt die Umsetzung der Vorsorgeverpflichtung durch Vertrag mit den Trägern der Leistungserbringer, § 41 II, III TMSG. Die einzuhaltenden Standards (Sollensanforderungen) sind nach § 41 III lit. b TMSG Gegenstand der Vereinbarung. Da es nach § 39 III lit. b TMSG Ziel der Sozialplanung ist, landesweit einheitliche Mindeststandards zu gewährleisten, muss Ziel der inhaltlichen Ausgestaltung der vertraglichen Vereinbarung sein, dies zu verwirklichen. Die Zuständigkeit der Landesregierung für den Abschluss der Verträge nach § 27 III 2 TMSG leistet einen Beitrag zur Einheitlichkeit der Standards, indem alle Verträge durch die gleiche Behörde abgeschlossen werden.

Im Burgenland ist gemäß § 33 II 3 Bgld. SHG für die Einbindung eines Dritten in die Erbringung von Pflegesachleistungen durch den Sozialhilfeträger eine Vereinbarung zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer erforderlich. Das Burgenländische Sozialhilfegesetz enthält jedoch keine Anforderungen an den Mindestinhalt der Vereinbarung. Dies ist für die Strukturqualität von ambulanten Pflegeeinrichtungen aufgrund des Erfordernisses einer ordnungsrechtlichen Betriebsbewilligung auch nicht erforderlich, könnte im Extremfall aber dazu führen, dass keine Prozess- und Ergebnissollensanforderungen an die Leistungserbringer gestellt werden. Die tatsächlich abgeschlossene Vereinbarung zwischen Sozialhilfeträger[700] und Leistungserbringern enthält gleichwohl Qualitätsstandards. Der Sozialhilfeträger hat mit der „Arbeitsgemeinschaft Hauskrankenpflege und soziale Dienste“ die „Vereinbarung über die Durchführung professioneller Pflege- und Betreuungsdienste für hilfsbedürftige Menschen im Burgenland“ abgeschlossen. Bestandteil dieser Vereinbarung sind auch die „Richtlinien des Landes Burgenland zur Durchführung professioneller ambulanter Pflege- und Betreuungsdienste“ (Pflegerichtlinien ambulant)[701]. Als wesentliche Struktursollensanforderungen ergeben sich aus den Richtlinien ein (Mindest-)Fachpersonalanteil, der auf Grundlage der abge-

---

Aber selbst bei voller finanzieller Leistungsfähigkeit ist die Eigenleistung i.d.R. nicht kostendeckend und es wird eine Förderleistung an den Leistungserbringer erbracht. Das Ob der Förderung ist letztlich unabhängig von der finanziellen Bedürftigkeit. Damit ist die Einordung in die Kategorie „kein Leistungsbezug“ zutreffend, da die Förderung und damit auch die daran gestellten Anforderungen unabhängig vom Sozialhilfebezug des Leistungsempfängers gelten.

700 Träger der Sozialhilfe ist nach § 51 I Bgld. SHG das Land. Es gibt auch keine weiteren örtlichen Träger, sondern lediglich Behörden mit regionaler Zuständigkeit, § 51 II Bgld. SHG.

701 Abrufbar unter: http://www.burgenland.at/fileadmin/user_upload/Downloads/Gesundheit_und_Soziales/Gesundheit/Hauskrankenpflege/3036___HKP-Richtlinien_2013-Text.pdf (besucht am 01.08.2014). Die Berechnung der Förderung der Leistungserbringer erfolgt zunächst aus der Differenz zwischen den Normstundensätzen nach Artikel V Absatz 1 der Richtlinien und den gegenüber den Leistungsempfängern grundsätzlich abrechenbaren Stundensätzen (Leistungsentgelt) nach Artikel IV Absatz 8. Diese Differenz wird in Artikel V Absatz 2 als Aufwendungspauschale bezeichnet. Hat der Pflegebedürftige Anspruch auf Hilfe zur Pflege, wird sein Selbstbehalt errechnet. Ist dieser geringer als das Leistungsentgelt, wird ein zusätzlicher Zuschuss an den Leistungserbringer geleistet. Die Abrechnung erfolgt dann ist der Form, dass auch das volle Leistungsentgelt vom Leistungsträger an den Leistungserbringer gezahlt wird und der Leistungsträger dem Leistungsempfänger den Selbstbehalt in Rechnung stellt, Artikel VI Absätze 1, 2 der Richtlinien.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

leisteten Stunden ermittelt wird (Artikel III Absatz 2 Nr. 2.1)[702], die Pflicht, als Pflegedienstleitung nur fachlich geeignetes Pflegepersonal einzusetzen (Artikel III Absatz 8), die Einrichtung einer internen Qualitätskontrolle (Artikel III Absatz 20) sowie die Pflicht, die Kontinuität der Pflege zu gewährleisten (Artikel III Absatz 12). Zur Kontinuität der Pflege gehören sowohl die Sicherstellung der Versorgung an Sonn- und Feiertagen als auch die Gestaltung der Dienstpläne in der Weise, dass der Pflegebedürftige möglichst nur von wenigen gleichbleibenden Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen betreut wird. Weiterhin hat der Pflegedienst Fortbildungen zu ermöglichen.

Für Salzburg wiederholt § 22 II 1 Salzburger SHG zunächst die Pflicht zur flächendeckenden Versorgung. § 22 II 2 Salzburger SHG beschreibt lediglich, das Einrichtungen, die entsprechende Dienste erbringen, zur Leistungserbringung heranzuziehen sind. Die eigentliche Umsetzung erfolgt durch die „Verordnung der Salzburger Landesregierung vom 30. September 2003 über die Erbringung von Sozialen Diensten unter Gewährung von Zuschussleistungen nach dem Salzburger Sozialhilfegesetz“ (Soziale Dienste-Verordnung), die aufgrund der Ermächtigung in § 22 V Salzburger SHG erlassen wurde. Danach gewährt das Land den Leistungserbringern Zuschüsse, wenn diese die in der Sozialen Dienste-Verordnung enthaltenen Anforderungen erfüllen. Die Abrechnung erfolgt in Salzburg im Ergebnis ähnlich wie im Burgenland. Rechtlich ist der Zuschuss in Salzburg aber nicht als Leistung an den Leistungserbringer, sondern als Leistung an den Leistungsempfänger ausgestaltet.[703] Die Soziale Dienste-Verordnung normiert mit-

---

702 Gemäß Artikel V Absatz 1 Nr. 1 der Pflegerichtlinien ambulant wird das eingesetzte Personal in drei Kategorien eingeteilt. Kategorie 1 bildet das Diplompflegepersonal, Kategorie 2 die Pflegehilfe und Kategorie 3 die Heimhilfen. Nach Artikel III Absatz 2 Nr. 2.1 ist ein Mindestfachpersonalanteil der Kategorien 1 und 2 erforderlich. Den Höchstgrenzen für Fachpersonal der Kategorien 1 und 2 nach Artikel III Absatz 2 Nr. 2.2 stehen zwar auch unter Artikel III mit dem Titel „Qualitätsentwicklung und Qualitätssicherung“ dienen jedoch angesichts der höheren Stundenkosten für das Personal der Kategorien 1 und 2 nicht der Qualitätssicherung sondern der Kostenkontrolle.

703 Dieser muss nach § 13 I 1 Soziale Dienste-Verordnung einen Antrag stellen und bekommt nach § 14 I 1 Soziale Dienste-Verordnung auch die Leistungszusage. Vor Erlass der Leistungszusage besteht kein Rechtsanspruch auf den Zuschuss, § 13 IV Soziale Dienste-Verordnung. Die Höhe des Zuschusses berechnet sich aus der Differenz zwischen den anerkannten Kosten der Dienste nach § 10 Soziale Dienste-Verordnung und der zumutbaren Eigenleistung nach §§ 11, 12 Soziale Dienste-Verordnung, wobei die zumutbare Eigenleistung immer nur ein Bruchteil der anerkannten Kosten sein kann. Dass der Zuschuss direkt an den Leistungserbringer ausgezahlt wird, ist der Sozialen Dienste-Verordnung nicht zu entnehmen. Der Wortlaut von § 9 Soziale Dienste-Verordnung legt sogar die Auszahlung an den Leistungsempfänger nahe. In der Praxis erfolgt jedoch eine Auszahlung an den Leistungserbringer, *Land Salzburg,* Zuhause pflegen*,* S. 13, was aufgrund des nicht zwingenden Wortlautes von § 9 Soziale Dienste-Verordnung und dem freien Ermessen des Leistungsträgers bei der Erbringung von freiwilligen Leistungen im Ergebnis unproblematisch ist. Wirtschaftlich betrachtet, macht es für die Leistungserbringer keinen Unterschied, ob die Förderung objekt- oder subjektbezogen erfolgt, denn im Ergebnis erhält der Leistungserbringer immer ein festes Leistungsentgelt, das aus Eigenleistung des Pflegebedürftigen und einem Zuschuss des Sozialhilfeträgers besteht. Je nach Art der Förderung ändert sich nur der Schuldner des Leistungsentgeltes. Dies ist bei der Objektförderung der Sozialhilfeträger und bei der Subjektförderung der Pflegebe-

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

telbar Struktursollensanforderungen, indem für Fachpersonal ein höherer Stundensatz abgerechnet werden kann. Die Förderung selbst erfolgt nur für die „rechtmäßigen Anbieter dieser Dienste", § 3 I Soziale Dienste-Verordnung.

Ein dritter Fall, in dem Sollensanforderungen unabhängig vom Leistungsbezug bestehen, liegt vor, wenn ein Land ordnungsrechtliche Normen erlassen hat, die auch für den Bereich der ambulanten Pflege gelten. Der Anwendungsbereich der Heimgesetze oder der Heimverordnungen[704] der Länder beschränkt sich auf die stationäre Pflege, so dass Anforderungen an die Erbringung häuslicher Pflege dort nicht zu finden sind. Lediglich für Salzburg enthält das SPG Strukturstandards für die ambulante Pflege und schließt somit die vermeintliche Lücke der Sozialen Dienste-Verordnung. Dabei unterscheidet das Gesetz zwischen Hauskrankenpflege und Haushaltshilfe.[705] Die Hauskrankenpflege im Sinne dieses Gesetzes meint jedoch nicht nur die Behandlungspflege, sondern auch die allgemein Pflege, § 9 I Nr. 1 SPG. Die Haushaltshilfe umfasst nur solche Tätigkeiten, die nicht den Gesundheitsberufen vorbehalten sind, § 11 I 2 SPG. Für beide Tätigkeitsarten gemeinsam wird eine (in der häuslichen Pflege im Wesentlichen personelle) Mindestausstattung der Einrichtung gefordert. Die Einrichtung muss nämlich nach § 8 I SPG dauerhaft zur Leistungserbringung in der Lage sein sowie dringende Leistungen auch am Wochenende und an Feiertagen erbringen können.[706] Dies kann jedenfalls bei Aufnahme eines Betriebes nur durch eine Prognose anhand der bestehenden Ausstattung ermittelt werden. Weiterhin muss die Einrichtung den Mitarbeitern erforderliche Fortbildungen ermöglichen, §§ 10 III, 12 III SPG. Erforderlich sind zumindest die von den Berufsgesetzen vorgeschriebenen Fortbildungen. Darüber hinaus dürfen unzuverlässige Personen weder Träger der Einrichtung sein noch Leitungsaufgaben wahrnehmen, § 8 II SPG mit Verweis auf die entsprechenden Vorschriften der Gewerbeordnung (GewO). Wirklich unterschiedliche Standards für Hauskrankenpflege und Haushaltshilfe gelten für die Einrichtungen nur für den Einsatz des geeigneten Personals, denn für die Hauskrankenpflege wird klargestellt, dass für (vorbehaltene) Pflegeleistungen nur qualifiziertes Pflegepersonal i.S.d. GuKG eingesetzt werden darf, § 10 I SPG.

Ähnliche, wenn auch etwas allgemeiner formulierte, Anforderungen wie das SPG stellt auch das Bgld. SHG an den Betrieb einer ambulanten Pflegeeinrichtung, damit

---

dürftige. Zu diesen beiden Arten der Förderung von sozialen Dienste, siehe *Dimmel,* Sozialwirtschaft und Sozialordnung, in: *Dimmel* (Hrsg.), Das Recht der Sozialwirtschaft, S. 9, 21-23.

704 So haben Nieder- und Oberösterreich kein Heimgesetz. Vielmehr gibt es im jeweiligen Sozialhilfegesetz gibt bzw. gab es eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass einer Heimverordnung. So enthielt das Oö SHG in der Fassung der Änderung LGBl. Nr. 9/1995 mit § 37 I Nr. 1 eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage, welche in der aktuellen Fassung nicht mehr existiert. Die Verordnung gilt jedoch aufgrund § 70 XII Nr. 3 OöSHG weiterhin als Verordnung des Sozialhilfegesetzes.

705 Zur Sonderstellung von Salzburg, *Mayr,* ÖZPR 2010, S. 155, 156.

706 § 9 II SPG für Hauskrankenpflege und § 11 II SPG für Haushaltshilfe; die dauerhafte Leistungsfähigkeit wird noch zusätzlich dadurch abgesichert, dass eine beabsichtigte Betriebseinstellung nach § 31 V SPG 6 Monate zuvor angezeigt werden muss.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

diese nach § 40 Bgld. SHG bewilligungsfähig ist. Das Bewilligungserfordernis besteht nicht für Einrichtungen, die „nur“ Hilfen zur Weiterführung des Haushaltes nach § 34 II Nr. 1 Bgld. SHG erbringen. Verglichen mit dem SPG erfasst das Bgld. SHG damit nur die Hauskrankenpflege und nicht die Haushaltshilfe i.S.d. SPG. Bei ambulanten Pflegeeinrichtungen i.S.d. § 34 II Nr. 2 Bgld. SHG darf die Bewilligungsbewerberin bzw. der Bewilligungsbewerber gemäß § 40 IV Bgld. SHG nicht unzuverlässig sein. Entgegen des Wortlautes von § 40 IV Bgld. SHG kann sich die Prüfung der Zuverlässigkeit nicht nur auf den Zeitraum zwischen Einrichtungsbewilligung nach § 39 Bgld. SHG und Betriebsbewilligung beschränken, da ambulante Einrichtungen anders als stationäre und teilstationäre Einrichtungen keiner Einrichtungsbewilligung bedürfen und die Zuverlässigkeit damit nur einmalig im Rahmen des Verfahrens der Betriebsbewilligung zu prüfen ist. Die Leitung der Einrichtung muss gemäß § 40 I Nr. 2 Bgld. SHG durch eine fachlich geeignete Person erfolgen und gemäß § 40 I Nr. 3 Bgld. SHG muss das Personal nach Anzahl und Qualifikation in der Lage sein, die geplanten Leistungen zu erbringen.

(2) Prozesssollensanforderungen

Anforderungen hinsichtlich Steuerung, Planung, Aufzeichnung, Beratung oder Information für die Erbringung der Pflegeleistungen ergeben sich aus den Berufsgesetzen. Als allgemeine Berufspflicht, die damit für beide im GuKG geregelten Berufe gilt, ist dabei vor allem die Dokumentationspflicht nach § 5 I, II GuKG einschließlich der Aufbewahrungspflicht bei freiberuflicher Tätigkeit nach § 5 IV GuKG von Bedeutung.[707] Diese Pflicht trifft auch Angehörige der Sozialbetreuungsberufe, die zugleich Pflegehelfer beziehungsweise Pflegehelferin sind, wenn sie Aufgaben als Pflegehelfer oder Pflegehelferin wahrnehmen.[708] Die Auskunftspflicht nach § 9 GuKG, besteht gegenüber dem Personenkreis des § 9 I GuKG, zu dem auch der Pflegebedürftige gehört, und dem Personenkreis nach § 9 II GuKG. Die Auskunft ist umfassend und ohne Aufforderung[709] zu erteilen. Die Auskunftspflicht hat im Rahmen der Qualitätssicherung zwei Funktionen. Zum einen erhält der Pflegebedürftige Informationen, die er für die Kontrolle der erbrachten Leistungen benötigt und nutzen kann.[710] Die Pflicht nach § 9 II GuKG dient hingegen der Koordinierung von (Pflege-)Leistungen unterschiedlicher

707 Eine allgemeine Pflicht zur Dokumentation besteht bereits als Nebenpflicht aus dem Pflegevertrag. Ebenso lässt sich ein Anspruch des Pflegebedürftigen auf Herausgabe der Dokumentation aus dem Pflegevertrag herleiten, vgl. zum Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patient, *Stellamor/Steiner,* Handbuch des österreichischen Arztrechts Band 1, S. 159, 162f. § 5 GuKG hat damit vor allem die Funktion, die Dokumentationspflicht und den Herausgabeanspruch zu konkretisieren und den Pflegebedürftigen seine Rechts deutlicher vor Augen zu führen.

708 Dass § 5 GuKG auch für die Pflegehilfe gilt, zeigt *Mayer,* ÖZPR 2011, S. 100.

709 *Weiss-Faßbinder/Lust,* Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 9, S. 49.

710 Deshalb wird die Pflicht nach § 9 I GuKG dieser Stufe des Qualitätskreislaufes zugeordnet.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Professionen und soll u.a. Doppelbehandlungen vermeiden, aber auch Informationen liefern für die Entscheidung, welche Behandlungsalternative zu wählen ist.[711]

In den Sozialbetreuungsberufegesetzen der Länder findet sich außer in § 7 Oö Sozialberufegesetz keine ausdrückliche Pflicht zur Dokumentation, wenn Tätigkeiten wahrgenommen werden, die nicht in den Regelungsbereich des GuKG fallen. Allerdings ist die Herausbildung der Fähigkeit zur Dokumentation für die Heimhelfer und Heimhelferinnen in allen Ländern Ausbildungsgegenstand.[712] Auch bei der Beschreibung des Tätigkeitsbereiches wird die Dokumentation genannt.[713] Ob sich hieraus eine generelle Pflicht zur Dokumentation ableiten lässt, ist zweifelhaft. Es wird vertreten, § 7 Oö Sozialberufegesetz sei entsprechend für alle anderen Bundesländer anzuwenden.[714] Die Regelung eines Landes in allen anderen analog anzuwenden, stünde jedoch in Widerspruch zu dem Grundsatz der föderalen Gesetzgebung, der besagt, dass jedes Land für sein Hoheitsgebiet eine eigenständige und eigenverantwortliche Regelung trifft. Jedenfalls wäre die Herausarbeitung einer unbewussten Regelungslücke für jedes einzelne Land erforderlich. Eine solche Regelungslücke ist jedoch nicht feststellbar. Insbesondere enthält die Vereinbarung nach Art. 15a B-VG zu den Sozialbetreuungsberufen gerade nicht die Verpflichtung aller Länder zur Einführung einer Dokumentationspflicht als Bestandteil der Harmonisierung des Rechts der Sozialbetreuungsberufe. Einfacher zu begründen ist dagegen eine Dokumentationspflicht der Angehörigen der Sozialbetreuungsberufe als Nebenpflicht zum zivilrechtlichen Dienstvertrag zwischen Betreuenden und Betreuer. Zum einen steht die föderale Struktur dem nicht im Wege, denn bei der Auslegung zivilrechtlicher Verträge nach dem ABGB handelt es sich um die Anwendung von Bundesrecht. Zum anderen wird man auch annehmen können, dass die Dokumentation Bestandteil der fachgerechten Ausübung eines Sozialbetreuungsberufes ist.

Zentrale Anforderungen im Rahmen der Erfüllung der Vorsorgepflicht der Länder an den Pflegeprozess ergeben sich im Burgenland aus den Pflegerichtlinien ambulant. Dies sind die Pflegeplanung, welche mit der Bedarfsabklärung nach Artikel III Absatz 2 Nr. 1 beginnt, sowie die Pflicht zur Pflegedokumentation nach Artikel III Absatz 17, welche über die Pflicht nach dem GuKG hinaus geht, da sie auch den Bereich der Heimhilfe, also die Unterstützung bei der Haushaltsführung und den Aktivitäten des täglichen Lebens, erfasst. Hingegen enthalten die Voraussetzungen für die Erteilung der Betriebsbewilligung nach § 40 I Bgld. SHG weder Prozess- noch Ergebnissollensanforderungen.

Auch bei den Prozesssollensanforderungen existiert in Salzburg ein Zusammenspiel von Sozialer Dienste-Verordnung und dem ordnungsrechtlichen Salzburger Pflegegesetz. Während § 14 IV Soziale Dienste-Verordnung das Bestehen einer Pflicht zur Pflegedokumentation voraussetzt, wird diese in § 4 I SPG festgeschrieben. In Abweichung

711 *Weiss-Faßbinder/Lust,* Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 9, S. 50.

712 Bspw. § 10 II Nr. 1 WSBBG; § 19 II lit. a TSBBG; § 5 II lit. a K-SBBG.

713 Bspw. § 11 III Nr. 10 StSBBG; § 5 I 4 Nr. 10 Bgld. SBBG; § 3 III Nr. 8 NÖ SBBG.

714 *Mayer,* ÖZPR 2011, S. 100, 102.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zum GuKG ist dies keine Pflicht des einzelnen Pflegenden. Vielmehr richtet sich die Pflicht an die Pflegeeinrichtung. Da auch Einrichtungen, die nur Haushaltshilfe anbieten Pflegeeinrichtungen im Sinne des SPG sind, § 2 I Nr. 2 SPG, gilt die Dokumentationspflicht auch für diese.

(3) Ergebnissollensanforderungen

Zentrale Bestimmung für die Ergebnissollensanforderungen für die Berufe des GuKG ist § 4 GuKG. Nach § 4 I 2 GuKG sind die Angehörigen der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe verpflichtet „das Wohl und die Gesundheit der… pflegebedürftigen Menschen… nach Maßgabe der fachlichen und wissenschaftlichen Erkenntnisse und Erfahrungen zu wahren." Diese Pflicht ist dynamisch, da sie auf die jeweils geltenden fachlichen und wissenschaftlichen Erkenntnisse und Erfahrungen verweist. Fundiert wird diese Pflicht durch die Fortbildungspflicht, welche selbst eine dynamische Struktursollensanforderung ist. Vergleichbare Berufspflichten enthält § 5 WSBBG für die Ausübung von Sozialbetreuungsberufen im Land Wien. Die Gesetze der sonstigen Länder zu den Sozialbetreuungsberufen sehen derartige Berufspflichten nicht vor. Allerdings gilt auch hier, dass für Angehörige der Sozialbetreuungsberufe, die zugleich Pflegehelfer beziehungsweise Pflegehelferin sind, soweit sie Aufgaben als Pflegehelfer oder Pflegehelferin wahrnehmen, die Berufspflicht nach § 4 I 2 GuKG gilt.

Klar umschriebene Ergebnissollensanforderungen werden im Burgenland von den Pflegerichtlinien nicht festgeschrieben. Allerdings werden Ziele formuliert, die man als Ergebnisqualität im materiellen Sinne, also im Sinne einer „guten Pflege" einordnen kann. Nach Artikel II Absatz 15 soll die Pflege aktivierend erfolgen und den Gesamtzustand des Pflegebedürftigen möglichst verbessern. Auch soll die Pflege an der subjektiven Zufriedenheit der Pflegebedürftigen ausgerichtet werden (Artikel III, Absatz 1 Nr. 3, Absatz 21). Auch die Voraussetzungen für die Erteilung der Betriebsbewilligung nach § 40 I Bgld. SHG enthalten keine Ergebnissollensanforderungen. Allerdings lassen sich mittelbar aus der Möglichkeit des Entzugs der Betriebsbewilligung nach § 42 I Nr. 2 Bgld. SHG Ergebnissollensanforderungen herleiten. Nach dieser Vorschrift kann die Betriebsbewilligung entzogen werden, wenn: „festgestellte Mängel nicht fristgerecht behoben (werden)… und dadurch die Wahrung der Interessen und Bedürfnisse der betreuten Personen, insbesondere deren Betreuung, nicht mehr gesichert ist oder daraus eine Gefahr für Leben und Gesundheit oder eine Verletzung der Menschenwürde entsteht." Diese festgestellten Mängel können sich dabei nicht auf die Voraussetzungen des § 40 Bgld. SHG für die Erteilung der Betriebsbewilligung beziehen, da mit § 42 I Nr. 1 Bgld. SHG ein spezieller Entziehungsgrund bei Wegfall dieser Voraussetzungen besteht. Fraglich ist, welche „Mängel" von § 42 I Nr. 2 Bgld. SHG erfasst werden. Mangel bedeutet so viel wie negative Abweichung des Istzustandes vom Sollzustand. Für die Feststellung einer solchen negativen Abweichung muss es jedoch möglich sein, den Sollzustand zu ermitteln. Positiv wird der Sollzustand der Leistungserbringung im Burgenländischen Sozialhilfegesetz nicht beschrieben. In § 42 I Bgld. SHG wird jedoch

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

beschrieben, wann der Istzustand vom Sollzustand negativ abweicht, nämlich wenn der Leistungszweck nicht erfüllt wir oder eine Gefahr für Leben oder Gesundheit des Pflegebedürftigen oder eine Verletzung der Menschenwürde des Pflegebedürftigen entsteht. Mangel i.S.d. § 42 I Nr. 2 ist damit jeder Istzustand, in dem eine negative Abweichung vom beschriebenen Sollzustand vorliegt. Formuliert man den beschriebenen Sollzustand positiv, erhält man Ergebnissollensanforderungen. Danach ist die Leistung so zu erbringen, dass (1) der Leistungszweck erfüllt wird, (2) keine Gefahren für den Pflegebedürftigen entstehen und (3) seine Menschenwürde gewahrt wird.

Für Salzburg normiert § 3 S. 1 SPG die Pflicht, eine angemessene Pflege sicherzustellen, wobei die aktivierende Pflege zum Leitbild erhoben wird und damit auch als Auslegungsmaßstab dafür dienen kann, um festzustellen, was unter „angemessener Pflege" im Einzelfall zu verstehen ist. Ähnliche, wenngleich etwas detailliertere Ergebnissollensanforderungen, enthält auch die Soziale Dienste-Verordnung in § 4. Danach sind die fachlichen Standards zu wahren. Zu diesen gehören ausdrücklich die Pflicht zur aktivierenden Pflege und eine Ausrichtung der Pflege an den individuellen Bedürfnissen des Pflegebedürftigen.

bb) Leistungsbezug ausschließlich nach dem BPGG

Das Bundespflegegeldgesetz enthält ausdrücklich keine Struktursollensanforderungen. Insbesondere ist die zu erwartende Zweckerreichung des Pflegegeldes nicht Anspruchsvoraussetzung. Eine solche Anspruchsvoraussetzung lässt sich auch nicht über § 20 BPGG konstruieren, da dieser die Umwandlung der Geldleistung in eine Sachleistung nur dann ermöglicht, wenn rückblickend festgestellt wird, dass der Zweck nicht erreicht wurde. Zum Zeitpunkt der Antragsstellung findet eine Prognose, ob der Zweck erreicht werden kann, nicht statt. Zwar enthält das BPGG mit dem Abschnitt 6a einen eigenen Abschnitt zur Qualitätssicherung. Dort wird in § 33a S. 2 BPGG das Ziel festgeschrieben, dass eine den Bedürfnissen des Pflegebedürftigen entsprechende Pflege gegeben sein soll. Zwar nennt § 33a BPGG keinen Adressaten dieses Ziels, aber aufgrund der Gesamtkonzeption des BPGG, in der keine Rechtsbeziehung zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer besteht, bleibt als Adressat grundsätzlich nur der Leistungsempfänger. Da dieses Ziel aber nicht sanktionsbewehrt ist und der Leistungsträger versuchen, soll durch Information und Beratung gemeinsam mit dem Pflegebedürftigen das Ziel der bedürfnisgerechten Pflege zu erreichen, kann man trotz des Wortlautes[715] davon sprechen, dass es sich um ein Optimierungsgebot handelt, welches an die Kooperationsgemeinschaft Leistungsträger und Leistungsempfänger gerichtet ist. Ausschließlich an den Leistungsempfänger gerichtet ist die in § 33b BPGG aufgegriffe-

715 Insbesondere durch das Wort „überprüfen" spricht eher dafür, dass sich Leistungsträger und Leistungsempfänger in einem hierarchischen Verhältnis gegenüberstehen, als dass sie das Ziel durch Kooperation erreichen sollen und dabei auf der gleichen Ebene stehen.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ne Pflicht aus den §§ 1, 20 BPGG zur zweckgemäßen Verwendung des Pflegegeldes. Diese Pflicht ist auch Sollensanforderung für die Qualität.[716] Die zweckwidrige Verwendung des Pflegegeldes setzt keinen bewussten Missbrauch voraus. Es genügt die objektive Nichterreichung des Pflegegeldzweckes.[717] Für das Erreichen des Pflegegeldzweckes nach § 1 BPGG ist es nötig, dass die Pflegeleistungen eine gewisse Mindestqualität aufweisen. Fraglich ist allerdings, wie die Mindestqualität der Pflegeleistungen, die für die Zweckerreichung genügt, konkretisiert werden kann. Durch Auslegung des § 1 BPGG, der den Zweck des Pflegegeldes beschreibt, lassen sich kaum Anhaltspunkt für den Inhalt der Mindestqualität gewinnen. Sieht man in der möglichst freien Verfügung über das Pflegegeld bereits einen Schritt zur Verwirklichung eines selbstbestimmten Lebens, dann sind an die Mindestqualität nur geringe Anforderungen zu stellen. Dieses Auslegungsergebnis deckt sich mit der Auslegung des Bundesministeriums für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz[718], welche in der Antwort auf eine parlamentarische Anfrage zum Ausdruck kommt. Danach soll eine zweckwidrige Verwendung des Pflegegeldes erst bei einer festgestellten „Unterversorgung bzw. Verwahrlosung“ vorliegen.[719] Auch systematische Argumente stützen dieses Auslegungsergebnis. § 33b II 2 BPGG, der das intensivste Instrument zur Überwachung der Pflicht zur zweckgemäßen Mittelverwendung enthält, greift erst dann ein, „wenn Hinweise auf eine drohende Unterversorgung vorliegen“.

Aufgrund der Pflicht zur zweckgemäßen Verwendung des Pflegegeldes ist es dann Aufgabe des Pflegebedürftigen die Erbringung von Pflegeleistungen mit der genannten Mindestqualität durch den Leistungserbringer sicherzustellen.

Da es bei der Frage, ob eine Unterversorgung oder Verwahrlosung vorliegt, letztlich nur auf das Ergebnis der Pflege ankommt, handelt es sich bei der Pflicht zur zweckgemäßen Verwendung des Pflegegeldes um eine Ergebnissollensanforderung.[720]

Eine Koordinierung der Standards nach dem BPGG und den Sozialhilfe- oder Mindestsicherungsgesetzen der Länder, die im Rahmen der Erfüllung der Vorsorgepflicht erstellt werden, ist nicht erforderlich, da nach dem BPGG außer als Sanktion nach § 20

716 *Pfeil,* Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich, S. 249.

717 *Pfeil,* Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 20, S. 194.

718 Jetzt: Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (BMASK).

719 2638/AB XXII. GP; in seiner Prüfung des Vollzugs des Bundespflegegeldgesetzes empfahl der Rechnungshof die rechtliche Konkretisierung der Maßstäbe für eine zweckgemäße Verwendung des Pflegegeldes, *Der Rechnungshof,* Bundespensionsamt: Vollzug des Bundespflegegeldgesetzes, Pkt. 15. Dies wurde vom Bundesministerium für Soziales und Konsumentenschutz (heute: BMASK) mit dem Hinweis zurückgewiesen, es gebe bisher nur sehr wenige Fälle, in denen eine Unterversorgung bzw. Verwahrlosung festgestellt wurde.

720 Allerdings lässt sich aus der Mindestergebnisqualität auf gewisse Mindestvoraussetzungen für Struktur und Prozess schließen, soweit diese zwingend zum Erreichen der Mindestergebnisqualität gegeben sein müssen. Die Mindestvoraussetzungen für Struktur und Prozess lassen sich jedoch noch schwerer konkretisieren als die Mindestergebnisqualität. Letztlich können sie jeweils nur in Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalles bestimmt werden.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

BPGG keine Sachleistungen erbracht werden und insgesamt keine Anforderungen an die Leistungserbringer gestellt werden.

cc) Ausschließlicher oder ergänzender Sozialhilfebezug

In den Ländern, in denen der Sozialhilfeträger privatrechtliche Verträge mit Dritten zur Erfüllung seiner Vorsorgepflicht abschließt[721], enthalten i.d.R. bereits die Sozialhilfe- oder Mindestsicherungsgesetze selbst Mindestanforderungen dahingehend, welche Regelungsgegenstände Bestandteil des Vertrages sein müssen, zu denen auch die Vereinbarung von Qualitätsstandards gehört. Dagegen enthalten die Sozialhilfe- und Mindestsicherungsgesetze keine inhaltlichen Vorgaben für diese Regelungsgegenstände. Auch dort, wo es für die vertraglichen Regelungsgegenstände keine gesetzlichen Mindestanforderungen gibt, können und werden in den Verträgen Standards vereinbart oder, wie in Salzburg durch das SPG und die Soziale Dienste-Verordnung, gesetzlich festgelegt. Diese Standards wurden aus den oben genannten Gründen bereits in der Fallgruppe „ohne Leistungsbezug" erläutert. Hier ist zu klären, ob andere beziehungsweise strengere Standards gelten, wenn mittels eines sozialen Dienstes ein Sozialhilfeanspruch erfüllt wird.

Im Burgenland gibt es über die Sollensanforderungen an soziale Dienste unabhängig vom Leistungsbezug hinaus keine Anforderungen, wenn durch diese ein Sozialhilfeanspruch erfüllt wird.

Für Tirol, wo aber schon kein Anspruch auf die Hilfe zur Pflege besteht, ist dies im Ergebnis ebenso nicht der Fall. Das Land Tirol schließt im Rahmen der Wahrnehmung seiner Vorsorgepflicht mit den Leistungserbringern im Bereich der ambulanten Pflege Vereinbarungen gemäß §§ 44 I, 41 II TMSG. Gemäß § 41 III lit. b, d, e, g, h TMSG gehören zu den Regelungsgegenständen, die die Vereinbarung zwingend enthalten muss, auch die Qualitätsstandards, deren Kontrolle und mögliche Sanktionen. Zwar sollen auch die Richtlinien über die Gewährung der Hilfe zur Pflege nach § 45 lit. a TMSG Regelungen zur Qualität der Pflege enthalten. Für die ambulante Pflege ist dies insbesondere die „Richtlinie des Landes Tirol zur Gewährung von Leistungen der mobilen Pflege und Betreuung im Land Tirol"[722] (mobile Pflege Richtlinie). Als Voraussetzung für die Leistungserbringer wiederholt Pkt. 3 der Richtlinie zunächst die Pflicht zum Abschluss der Vereinbarung nach §§ 44 I, 41 II TMSG mit dem Leistungserbringer. Daneben muss auch eine Vereinbarung mit dem Sozialleistungsträger für die Erbringung häuslicher Krankenpflege bestehen und ein schriftlicher Vertrag mit dem Pfle-

721 Die Privatrechtlichkeit dieser Verträge ergibt sich schon daraus, dass der Sozialhilfeträger seine Vorsorgepflicht „als Träger von Privatrechten" erfüllt, vgl. § 37 I Bgld. SHG, § 23 S. 1 Salzburger SHG, §§ 4 IV, 27 II TMSG.

722 Abrufbar unter: https://www.tirol.gv.at/fileadmin/themen/gesellschaft-soziales/soziales/Gesetze_Richtlinien/Richtlinie_des_Landes_zur_Gewaehrung_von_Leistungen_der_mobilen_Pflege_und_Betreuung_in_Tirol.pdf (besucht am 01.08.2014).

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gebedürftigen. Hinsichtlich der Anforderungen an die Qualität der Leistung verweist die Richtlinie in Pkt. 3 auf ein Merkblatt.[723] Dieses Merkblatt enthält Strukturanforderungen hinsichtlich der Qualifikation der Geschäftsführung, der Leitung des Pflegedienstes und der sonstigen Mitarbeiter. Da die sonstigen Mitarbeiter sehr unterschiedliche Qualifikationen haben können (vom diplomierten Gesundheits- und Krankenpfleger bis zur Heimhilfe), wird auch das qualifikationsgerechte Einsatzgebiet für die jeweilige Qualifikation beschrieben. Hinsichtlich der Prozessqualität sind die Pflegedienste verpflichtet ein Qualitätsmanagementsystem einzuführen. Für den Leistungsempfänger führt seine finanzielle Bedürftigkeit und damit auch der Sozialhilfebezug im hier gebrauchten Sinn lediglich zu einem geringeren Selbstbehalt, vgl. Pkt. 9 der Richtlinie, nicht aber zu zusätzlichen Qualitätsstandards.

Auch in Salzburg existieren beim Bezug von Leistungen nach § 13 Salzburger SHG in Form von sozialen Diensten nach § 22 II Salzburger SHG keine weiteren Sollensanforderungen. Zwar besteht hier auf Leistungen bei Pflegebedürftigkeit ein Rechtsanspruch, wird dieser jedoch durch soziale Dienste erfüllt, so gilt die Soziale Dienste-Verordnung. Die finanzielle Leistungsfähigkeit des Einzelnen wird lediglich bei der Berechnung der zumutbaren Eigenleistung nach § 11 der Verordnung berücksichtigt. Durch die Soziale Dienste-Verordnung entsteht schon kein Rechtsverhältnis zwischen Leistungserbringer und Leistungsträger. Der Sozialhilfeträger erbringt letztlich eine Geldleistung in Form eines Zuschusses an den Leistungsempfänger, der sich berechnet, indem von den Anerkannten Kosten des Leistungserbringers die zumutbare Eigenleistung des Leistungsempfängers abgezogen wird, §§ 9ff. Soziale Dienst-Verordnung.

Im Ergebnis entstehen damit allein aus dem Umstand, dass Sozialhilfeleistungen durch soziale Dienste erbracht werden, keine anderen oder strengeren Sollensanforderungen für die Leistungserbringer.

b) Herstellung der Verbindlichkeit

Die Verbindlichkeit berufsrechtlicher Pflichten wird unmittelbar durch Gesetz hergestellt. Dies gilt auch für die Pflichten des Pflegebedürftigen, welche ihm durch das BPGG auferlegt werden. Bei der Erfüllung der Pflicht zur flächendeckenden Versorgung mit Pflegesachleistungen aus der Pflegevereinbarung bedienen sich die Länder bei der Herstellung der Verbindlichkeit der Anforderungen unterschiedlicher Steuerungsinstrumente. Eindeutig hierarchisch handeln sowohl das Burgenland bei den Anforderungen für die Betriebsbewilligung nach § 40 Bgld. SHG als auch Salzburg mit dem Salzburger Pflegegesetz sowie bei der Erbringung von Zuschüssen im Rahmen der Sozialen Dienste-Verordnung. Formal kooperativ erfolgt im Burgenland die Herstellung der Verbindlichkeit der Anforderungen an die Leistungserbringer im Rahmen des Vertrages

723 Das Merkblatt ist abrufbar unter: Http://www.plattformmobilepflege.at/app/download/5666010111/Merkblatt+2012.pdf?t=133344356 (besucht am 01.08.2014).

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zwischen Sozialhilfeträger und der Arbeitsgemeinschaft Hauskrankenpflege und soziale Dienste. Allerdings waren jedenfalls die Qualitätsanforderungen nicht Gegenstand der Aushandlung, sondern wurden in Form der Pflegerichtlinien ambulant vom Land, vergleichbar mit allgemeinen Geschäftsbedingungen, gestellt. Da der Abschluss des Vertrages für die Leistungserbringer aber letztlich wirtschaftlich notwendig ist, da ein wirtschaftliches Überleben ohne die Zuschüsse des Landes kaum möglich ist, ist die Situation vergleichbar mit der Zulassung durch Vertrag nach § 72 SGB XI in Deutschland. Die Handlung erfolgt rein formal betrachtet kooperativ, die mit diesem Steuerungsinstrument beabsichtigten besonderen Wirkungen dürften jedoch nicht eintreten.[724]

c) Überwachung

aa) Staatliche Überwachung

(1) Struktursollensanforderungen

Es erfolgt keine anfängliche Prüfung der Voraussetzungen für die Berufsberechtigung nach § 27 GuKG für den gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege sowie für die Berufsberechtigung zur Pflegehilfe nach § 85 GuKG. Es gibt keine Zulassung zur Berufsausübung beziehungsweise Verleihung der Berechtigung zur Berufsausübung, sondern bei Erfüllung aller Voraussetzungen besteht die Berufsberechtigung zunächst automatisch.[725] Gleichwohl ist eine Entziehung der Berufsberechtigung[726] bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen für die Berufsberechtigung nach § 40 GuKG für den gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege und nach § 91 GuKG für die Pflegehilfe vorgesehen. Allerdings enthalten beide Normen keine Hinweise, unter welchen Voraussetzungen oder in welchen Abständen die Voraussetzungen für die Berufsberechtigung geprüft werden sollen. Dies spricht dafür, dass lediglich anlassbezogene Prüfungen stattfinden. Anders ist dies nur, wenn der gehobene Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege freiberuflich ausgeübt wird. Die freiberufliche Ausübung ist gemäß § 36 I GuKG „der aufgrund des in Aussicht genommenen Berufssitzes zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde zu melden." Dies ist die gleiche Behörde, die auch für die Entziehung nach § 40 GuKG zuständig ist. Zwar steht auch die freiberufliche Berufsausübung nicht unten einem Genehmigungsvorbehalt, aber bei der Anzeige nach § 36 I GuKG sind die Voraussetzungen für die Berufsberechtigung durch Vorlage ent-

724 Zur Einordnung des Vertrages nach § 72 SGB XI als Steuerungsinstrument, siehe Pkt. C. II. 1. a) bb) (1) (a).

725 *Schwamberger,* Gesundheits- und Krankenpflegegesetz, § 27, S. 80; bei der Anerkennung ausländischer Abschlüsse ist hingegen immer eine Zulassung zur Berufsausübung erforderlich, § 28a IV GuKG für EWR-Vertragsstaaten und § 32 GuKG für sonstige Staaten.

726 Die Entziehung selbst ist eine Sanktion bei einem Verstoß gegen Struktursollensanforderungen und ihre Voraussetzungen und Wirkungen werden daher auch erst an dieser Stelle erläutert.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sprechender Unterlagen nachzuweisen und nach § 36 II GuKG hat die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde die Voraussetzungen für die Berufsausübung zu prüfen und gegebenenfalls die freiberufliche Berufsausübung zu untersagen.

Alle Länder bis auf Kärnten gehen bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Berechtigung zum Führen der Berufsbezeichnung beziehungsweise für die Berufsberechtigung einen Weg, der mit dem des GuKG vergleichbar ist, wobei meist[727] anstelle der Berufsberechtigung im GuKG die Berechtigung zum Führen der Berufsbezeichnung tritt. Die Berechtigung zum Führen der Berufsbezeichnung entsteht mit Erfüllung der Voraussetzungen.[728] Die Voraussetzungen werden anlassbezogen geprüft und die Prüfung kann damit enden, dass das Führen der Berufsbezeichnung untersagt wird.[729] In Kärnten unterscheidet das K-SBBG hingegen zwischen Berufsberechtigung und Führen der Berufsbezeichnung. Die Befugnis zum Führen der Berufsbezeichnung entsteht ebenfalls automatisch mit Erfüllung der Voraussetzungen, § 15 I K-SBBG. Eine Kontrolle findet nur anlassbezogen statt, da ein Führen der Berufsbezeichnung ohne Erfüllung der Voraussetzungen eine Verwaltungsübertretung[730] i.S.d. § 16 I lit. c K-SBBG darstellt. Die Voraussetzungen für die Berufsberechtigung hingegen enthält § 12 K-SBBG. Erforderlich ist nach § 12 I K-SBBG die Anzeige, den Beruf ausüben zu wollen und der Nachweis der Qualifikation, der Vertrauenswürdigkeit und der gesundheitlichen Eignung. Da mit der Berufsausübung nach § 12 V K-SBBG erst begonnen werden darf, wenn entweder acht Wochen seit der Anzeige vergangen sind oder vorher festgestellt wurde, das kein Untersagungsgrund vorliegt, hat § 12 K-SBBG, auch wenn keine Erlaubnis erteilt wird, eine Wirkung, die einem Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt nahe

727 Dies gilt nicht für Oberösterreich, § 4 Oö. SBG, wo wie im GuKG nur die Bezeichnung „Berufsberechtigung“ verwendet wird und für Wien, wo sowohl „Berufsberechtigung“ als auch die „Berechtigung zum Führen der Berufsbezeichnung“ verwendet werden, aber unter den gleichen Voraussetzungen gegeben sind.

728 §§ 3 VII, 4 IV, 5 II Bgld. SBBG; § 17 NöSBBG; § 4 Oö.SBG; § 23 S.SBBG; § 13 StSBBG; §§ 5, 8, 11 TSBBG; §§ 3 V, 4 IV, 5 III VSozBG; § 3 WSBBG.

729 § 9 Bgld. SBBG; § 18 NöSBBG; § 11 II Oö. SBG; § 17 II Nr. 1, IV StSBBG; § 16 TSBBG; § 9 VSozBG; § 3 VII WSBBG; Eine besondere Stellung innerhalb dieser Gruppe von Ländern nimmt Salzburg ein. Zwar prüft nach § 24 S.SBBG auch dort die zuständige Behörde die Voraussetzungen anlassbezogen, allerdings ist nach § 25 S.SBBG zur Prüfung der Voraussetzungen auch der Dienstgeber verpflichtet.

730 Verwaltungsübertretungen sind Verstöße gegen Verwaltungsvorschriften, bei denen die Verwaltung eine Verwaltungsstrafe aussprechen kann. Rechtsschutz gegen Verwaltungsstrafen ist vor den Verwaltungsgerichten möglich. Das Verwaltungsstrafrecht ist einer der beiden Teile des Strafrechts. Der andere ist das Justizstrafrecht, *Raschauer/Wesseley,* Verwaltungsstrafrecht Allgemeiner Teil, S. 15f. Das Verwaltungsstrafrecht ist zwar hinsichtlich der Zuständigkeit der Verwaltung für das Aussprechen der Sanktion, nicht jedoch hinsichtlich des Charakters der Sanktion mit dem deutschen Recht der Ordnungswidrigkeiten vergleichbar, denn für das Verwaltungsstrafrecht nimmt man an, dass bezüglich der Sanktion kein „Wesensunterschied“ zum Justizstrafrecht besteht, *Thienel,* Verwaltungsverfahrensrecht, S. 394. Die Ordnungswidrigkeiten in Deutschland wurden jedoch gerade geschaffen, um als weniger schwerwiegend empfundene Gesetzesverstöße zwar sanktionieren zu können, die Verstöße aber gleichwohl zu entkriminalisieren, *Rogall*, in: *Senge* (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum OWiG, Vorbemerkungen, Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kommt. Der Ablauf der 8 Wochen wirkt wie eine Genehmigungsfiktion und die Feststellung, dass keine Untersagungsgründe vorliegen wie eine Genehmigung. Nach der erstmaligen Prüfung nach § 12 I K-SBBG sind anlassbezogenen Prüfungen nach § 12 VI K-SBBG möglich.

Die Erfüllung der Fortbildungsverpflichtung nach §§ 4 II, 63 GuKG wird nicht kontrolliert. Gleiches gilt für die Weiterbildungsverpflichtungen der Sozialbetreuungsberufe in allen Ländern bis auf die Steiermark. Dort ist nach § 17 II Nr. 2 StSBBG die jederzeitig Überprüfung der Fortbildungsverpflichtung möglich.

Neben den individuellen Pflichten des Pflegepersonals werden auch die im Burgenland nach dem Bgld. SHG und in Salzburg nach dem SPG an die jeweilige Einrichtung gerichteten Strukturs ollensanforderungen überwacht und zwar vor beziehungsweise zu Beginn der Betriebsaufnahme. Gemäß § 31 I Nr. 1 SPG sind die beabsichtigte Betriebsaufnahme und wesentliche Änderungen von Einrichtungen der Hauskrankenpflege und Haushaltshilfe der Landesregierung anzuzeigen. Die Landesregierung prüft dann nach § 31 IV 1 SPG die Einhaltung der Mindeststandards. Um dies zu ermöglichen, ist die Einrichtung nach § 31 III SPG verpflichtet, mit der Anzeige entsprechende Nachweise einzureichen. Nach § 32 II Nr. 2 SPG ist auch anzuzeigen, wer Leiter der Einrichtung wird. Im Burgenland erfolgt eine vorherige Prüfung der Strukturs ollensanforderungen im Rahmen des Verfahrens über die Erteilung der der Betriebsbewilligung nach § 40 I Bgld. SHG. Die nachträgliche Aufsicht nach § 41 I Bgld. SHG findet zum einen statt, um Auflagen der Betriebsbewilligung zu kontrollieren[731], zum anderen anlassbezogen, da keine regelmäßigen Kontrollen vorgeschrieben sind.[732] Zur Gewährleistung einer einheitlichen Überprüfung der ambulanten Pflegedienste sowohl im Rahmen des Verfahrens über die Betriebsbewilligung als auch bei der anschließenden Aufsicht enthalten die Pflegerichtlinien ambulant gemäß Artikel III Absatz 22 Nr. 2 eine detaillierte Checkliste, die speziell auf ambulante Pflegedienste zugeschnitten ist.

Bei Leistungsbezug nach dem Bundespflegegeldgesetz werden durch dieses Gesetz keine Strukturs ollensanforderungen gestellt und dementsprechend gibt es dafür auch keine Instrumente zur Überwachung. Dies gilt auch für den ergänzenden oder ausschließlichen Sozialhilfebezug.

(2) Prozess- und Ergebnissollensanforderungen

Es sind keine regelmäßigen Kontrollen der Dokumentationspflicht in § 5 I, II GuKG sowie der Aufbewahrungspflicht in § 5 III GuKG vorgesehen. Gleiches gilt für die Pflicht zur ordnungsgemäßen Berufsausübung in § 4 I GuKG. Da Verstöße allein gegen diese Pflichten auch nicht zur Entziehung der Berufsberechtigung nach § 40 I GuKG führen können, erfolgt auch keine anlassbezogene Prüfung durch die zuständige Be-

731 Dies lässt sich aus § 41 IV Bgld. SHG ableiten, der die Folgen regelt, wenn im Rahmen der Aufsicht die Nichteinhaltung von Auflagen festgestellt wird.

732 Im Zeitraum 2009/2010 erfolgten 11 Kontrollen, Sozialbericht Burgenland 2009/2010, S. 78f.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zirksverwaltungsbehörde. Insbesondere können derartige Pflichtverletzungen nicht zum Wegfall der Vertrauenswürdigkeit i.S.d. § 27 I Nr. 2 GuKG führen, da die Fälle des Fehlens der Vertrauenswürdigkeit in § 27 II GuKG abschließend genannt werden. Voraussetzung dafür ist immer eine strafbare Handlung. Im Zusammenhang mit der Pflicht aus § 4 I GuKG kommt dabei vor allem eine fahrlässige Körperverletzung gemäß § 88 StGB in Betracht. Insoweit erfolgt dann eine anlassbezogene Prüfung durch die Strafverfolgungsorgane. Das zur Pflicht zur ordnungsgemäßen Berufsausübung nach § 4 I GuKG Gesagte gilt entsprechend für die Pflicht zur ordnungsgemäßen Berufsausübung nach § 5 WSBBG.

In Salzburg gibt es unabhängig vom Anzeigeverfahren der §§ 31, 32 SPG auch eine nachträgliche Aufsicht, bei der dann auch[733] Prozess- und Ergebnissollensanforderungen geprüft werden können. Dabei ist jede Einrichtung zumindest einmal jährlich zu überprüfen, § 33 I, II SPG. Hausbesuche beim Pflegebedürftigen sind dabei nicht ausdrücklich vorgesehen, insbesondere nimmt § 33 III SPG für das Betretungsrecht nur die Räumlichkeiten der Einrichtung in den Blick. Auch aus der allgemeinen Pflicht des § 33 I 2 SPG, die Aufsicht zielgerichtet und zweckentsprechend durchzuführen, lässt sich eine Pflicht zur Durchführung von Hausbesuchen, welche mangels Betretungsrecht nur mit Einverständnis des Pflegebedürftigen möglich sind, nicht ableiten, solange sich kein Anlass aus der Pflegedokumentation oder den sonstigen Umständen ergibt.

Auch aus den zur Erfüllen der Infrastrukturverantwortung durch die Sozialhilfeträger abgeschlossenen Verträge und erlassenen Verordnungen ergeben sich Kontrollmöglichkeiten.

Im Burgenland enthalten die Pflegerichtlinien ambulant die Pflicht der Leistungserbringer, alle notwendigen Auskünfte zu erteilen, damit die „widmungsgemäße Verwendung der Mittel“ kontrolliert werden kann (Artikel VII Absatz 2). Auch werden sowohl Landes- als auch Bezirksverwaltungsbehörden verpflichtet die richtliniengemäße Leistungserbringung zu überprüfen (Artikel VII Absatz 2). Wann und wie oft kontrolliert wird, ist jedoch nicht vorgeschrieben. Im Rahmen der Überprüfung der richtliniengemäßen Leistungserbringung nach Artikel VII Absatz 2 der Pflegerichtlinien ambulant, zu der die Leistungserbringer vertraglich verpflichtet sind, kann auch die Einhaltung der Prozess- und Ergebnissollensanforderungen geprüft werden. Allerdings sind die Ergebnisanforderungen nur als unbestimmtes Ziel formuliert, so dass ein Ist-Sollvergleich mangels hinreichend bestimmten Sollzustandes kaum möglich ist.

Für Salzburg regelt die Soziale Dienste-Richtlinie nicht die Kontrolle des Leistungserbringers, da diese bereits nach § 33 SPG erfolgt. Auch die Auskunftspflichten nach § 16 Soziale Dienste-Richtlinie dienen vorrangig der Überprüfung der Erforderlichkeit der Leistungen und der Leistungshöhe. Insbesondere aus der Einsicht in die Pflegedo-

733 Auch die Erfüllung der Struktursollensanforderungen, die dauerhaft wirken oder wie die Fortbildungspflicht dynamisch sind, sind Gegenstand der Aufsicht.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kumentation nach § 16 IV Soziale Dienste-Verordnung können sich jedoch auch Anhaltspunkte für Qualitätsmängel ergeben.

Für Tirol enthält das Merkblatt zur mobilen Pflege Richtlinie die Befugnis, die Qualität der erbrachten Leistungen beim Leistungserbringer zu kontrollieren. Näher konkretisiert wird die Kontrollbefugnis nicht. Die Frage nach demokratischer Legitimation von Richtlinie und Merkblatt wird in Österreich nicht gestellt. Dies ist wahrscheinlich damit zu erklären, dass die mobile Pflege Richtlinie und damit auch das dazugehörige Merkblatt letztlich nur die Voraussetzungen für die Förderung gemäß der Richtlinie enthalten, nicht jedoch die Möglichkeit zur Erbringung von Leistungen insgesamt regulieren.

Eine Überwachung der Ergebnissollensanforderungen durch die Strafverfolgungsbehörden findet nur anlassbezogen statt, wenn diese den Anfangsverdacht für eine strafbare Handlung haben. Bei der Pflege durch Angehörige der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe soll die Wahrscheinlichkeit, dass die Strafverfolgungsbehörden von einem Anlass Kenntnis erlangen, durch die Anzeige- und Meldepflicht nach §§ 7 I, 8 I GuKG erhöht werden.[734] Ein Verdacht i.S.d. § 7 I GuKG entspricht dem Tatverdacht nach § 170 StPO (Ö) und setzt konkrete Anhaltpunkte für eine entsprechende strafbare Handlung voraus.[735]

Die als Ergebnissollensanforderungen ausgestalteten Anforderungen des BPGG werden erst überwacht, wenn bereits Pflegeleistungen erbracht wurden, § 33b II 1 1. HS BPGG.[736] Nach dieser Vorschrift hat der Leistungsträger zwar die Befugnis („sind berechtigt“) die zweckgemäße Verwendung des Pflegegeldes zu kontrollieren. Konkrete Einzelbefugnisse, wie diese Kontrolle dann erfolgen soll, nennt § 33b II BPGG aber nicht. Vielmehr enthält § 33b II BPGG zwei Pflichten des Pflegebedürftigen. Die Pflicht zur zweckgemäßen Verwendung des Pflegegeldes wird grundsätzlich dadurch überwacht, dass der Pflegebedürftige die erforderlichen Auskünfte erteilen muss, § 33b II 1 2. HS BPGG. Nur wenn es Hinweise auf eine drohende Verwahrlosung gibt, hat der Leitungsempfänger auch die Pflicht, das Betreten seiner Wohnräume zuzulassen, § 33b II 2 BPGG. Eine durchsetzbare Befugnis des Leistungsträgers zum Ermitteln der notwendigen Informationen nach und zum Betreten der Wohnung ist aus § 33b II 1 2. HS, 2 BPGG jedoch nicht herleitbar. Gegen eine solche Herleitung spricht neben dem Wortlaut[737] insbesondere die Sanktion des § 33b III BPGG, wenn der Pflegebedürftige seinen Mitwirkungspflichten nach § 33b II BPGG nicht nachkommt. Dieser Sanktion be-

734 Zur Ausnahme von der Anzeigepflicht nach § 7 II GuKG, *Hausreither/Lust,* ÖZPR 2012, S. 36.

735 *Pitzl/Huber,* ÖZPR 2013, S. 102, 103.

736 *Pfeil,* Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 29 (entspricht dem heutigen § 33b), S. 260.

737 Adressat der Verpflichtung ist jeweils klar der Leistungsempfänger: „…haben die dazu erforderlichen Auskünfte zu erteilen“ und „…ist Zutritt zu gewähren“.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dürfte es nicht, wenn die Pflichten des Pflegebedürftigen durchgesetzt werden könnten.[738]

Das kooperativ anzustrebende Optimierungsgebot des § 33a S. 2 BPGG wird durch Hausbesuche überwacht. Zwar findet § 33a S. 2 BPGG unabhängig davon Anwendung, ob die Pflege durch professionelle oder nichtprofessionelle Pflegekräfte erfolgt, dennoch bezweckt er vorrangig der Qualitätsverbesserung im Bereich der Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte.[739] Daher erfolgt eine genaue Beschreibung der Maßnahmen im Rahmen des § 33a BPGG erst bei der Qualitätssicherung der nichtprofessionellen Pflege.

bb) Sonstige am Pflegeprozess Beteiligte

Die Überwachung erfolgt auch durch sonstige am Pflegeprozess Beteiligte.[740] Neben der Möglichkeit eigene subjektive Erfahrungen zu sammeln, sind dabei vor allem Auskunfts- und Einsichtsrechte von Bedeutung, da damit die Möglichkeit besteht „objektivere" Informationen[741] über den Pflegeprozess zu bekommen. § 9 I GuKG enthält zunächst die Pflicht der Angehörigen der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe, „alle Auskünfte über die von ihnen gesetzten gesundheits- und krankenpflegerischen Maßnahmen zu erteilen". Eine Aufforderung durch den Pflegebedürftigen ist dabei nicht erforderlich.[742] Hinsichtlich der Pflegedokumentation besteht gemäß § 5 III GuKG ein Einsichtsrecht für den Pflegebedürftigen. Für Salzburg enthält § 6 I SPG sowohl ein Auskunftsrecht als auch ein Einsichtsrecht in die Pflegedokumentation gegenüber der jeweiligen Einrichtung, also sowohl im Bereich der Hauskrankenpflege als auch für die Haushaltshilfe. Auch die Formerfordernisse beim Anschluss des Pflegevertrages sind für den Pflegebedürftigen bei der Überwachung hilfreich. So ist es für den Pflegebedürftigen aufgrund des Schriftformerfordernisses in § 25 I 1 SPG zusammen mit dem Mindestinhalt nach § 25 II SPG, zu dem auch die zu erbringenden Leistungen gehören, leichter die für den Ist-Sollvergleich notwendige Bestimmung des Sollzustandes vorzunehmen. Vergleichbare Anforderungen an Form und Inhalt eines Pflegevertrages werden nach Artikel III Absatz 3 der Pflegerichtlinien ambulant auch im Burgenland gestellt.

738 Unklar insoweit *Pfeil,* Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 29, S. 260f., der einerseits von Kontrollbefugnissen spricht, andererseits aus den Kontrollbefugnissen des § 29 III BPGG (entspricht dem heutigen § 33b III BPGG) schließt, dass es gerade keine Kontrollen durch eine „Pflegepolizei" gebe.

739 *Buchinger,* ÖPZ 2008, S. 10, *Freiler,* SozSich (Österreich) 2008, S. 630, *Biringer/Freiler,* SozSich (Österreich) 2010, S. 511, 513.

740 Vgl. dazu die allgemeinen Ausführungen im deutschen Länderbericht, C. II. 1. d) bb).

741 Insbesondere mündliche Auskünfte erhalten sowohl durch den Auskunftserteilenden als auch durch den Empfänger der Auskunft einen subjektiven Einschlag.

742 *Weiss-Faßbinder/Lust,* Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 9, S. 49.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d) Reaktion auf die Überwachungsergebnisse

aa) Staatliche Einheiten

Insbesondere bei Pflegefehlern, die zu einem Körperschaden beim Pflegebedürftigen führen kommt eine Sanktion durch das Strafrecht in Betracht. Dabei handelt es sich um eine staatliche Reaktion aufgrund der grundsätzlichen Leitung der Ermittlungen und Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft, § 2 StPO, die so genannte Amtswegigkeit des Verfahrens.[743] Bei Pflegefehlern dürften regelmäßig die Voraussetzungen für eine fahrlässige Körperverletzung nach § 88 StGB vorliegen. Allerdings ist zu beachten, dass im Strafrecht nach § 6 StGB anders als im Zivilrecht nach § 1299 ABGB ein subjektiver Sorgfaltsmaßstab gilt. Dazu gehören auch Befähigung und Zumutbarkeit bezüglich der Einhaltung der objektiven Sorgfalt.[744]

Bei bereits anfänglichem Fehlen oder nachträglichem Wegfall der berufsrechtlichen Strukturensollensanforderungen für die Berufsberechtigung beziehungsweise für die Berechtigung zum Führen der Berufsbezeichnung wird die außer in Kärnten ohne Verwaltungsentscheidung entstandene Berechtigung entzogen. Dies ergibt sich für den gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege aus § 40 I GuKG und für die Pflegehilfe aus § 91 I GuKG. Auch in allen Landesgesetzen zu den Sozialbetreuungsberufen gibt es entsprechende Ermächtigungsgrundlagen.[745] Zwar ist bei bereits anfänglichem Fehlen einer Voraussetzung nie eine Berechtigung entstanden. Die Entziehung erfolgt dann lediglich aus Gründen der Rechtssicherheit.[746] Wird im Rahmen der Anzeige der freiberuflichen Berufsausübung festgestellt, dass die Voraussetzungen nicht vorliegen, so ist die freiberufliche Berufsausübung nach § 36 II 1 GuKG zu untersagen und aufgrund der vergleichbaren Voraussetzungen von § 36 I GuKG und § 27 I GuKG ist nach § 36 II 2 GuKG ein Verfahren nach § 40 I GuKG zur Entziehung der Berufsberechtigung einzuleiten.

Teilweise wird die Anzeigepflicht nach § 36 I GuKG im Vergleich zum früher geltenden Verbot mit Erlaubnisvorbehalt als modernere und weniger bürokratische Form der Steuerung angesehen.[747] Dies muss dann erst recht für die ohne jegliche Beteiligung der Verwaltung entstehenden Berufsberechtigungen im Vergleich zum Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gelten. Der weniger bürokratische Ablauf über die bloße Anzeigepflicht wird jedoch erkauft mit einem Weniger an Rechtssicherheit für den Anzeigepflichtigen im Vergleich zum Antragssteller beim Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Dies gilt vor allem dann, wenn auch nach Ablauf der Entscheidungsfrist wie hier in § 36 II

743 *Seiler,* Strafprozessrecht, Rn. 24ff.

744 *Fabriziy,* Kurzkommentar StGB, § 6, Rn. 2f.

745 Vgl. 729 sowie § 12 VI K-SBBG.

746 *Weiss-Faßbinder/Lust,* Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 40, S. 153.

747 *Schwamberger/Biechl,* Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - Kurzkommentar, § 36, S. 199f.; *Weiss-Faßbinder/Lust,* Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 36, S. 185.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

GuKG eine Genehmigung nicht fingiert wird. Noch geringer ist die Rechtssicherheit beim Verfahren nach § 27 GuKG, bei dem das Entstehen der Berufsberechtigung weder bei einer Zulassung noch in einem Anzeigeverfahren durch die Verwaltung überprüft wird. Letztlich trägt der Einzelne mit Blick auf die Verwaltungsstrafvorschrift des § 105 GuKG, aber auch mit Blick auf den nicht vorhandenen Vertrauensschutz bei der Entziehung der Berufsberechtigung nach § 40 I GuKG das Risiko, dass er die Voraussetzungen nicht erfüllt. Dieses Risiko mag für Voraussetzungen wie der Eigenberechtigung nach § 27 I Nr. 1 GuKG, die regelmäßig mit Volljährigkeit eintritt, überschaubar sein. Problematisch wird es jedoch, wenn die Voraussetzungen unbestimmte Rechtsbegriffe wie „erforderliche gesundheitliche Eignung“ oder „Vertrauenswürdigkeit“, vgl. § 27 I Nr. 2 GuKG, enthalten.[748]

Zum Entstehen der Berechtigung ohne Verwaltungsentscheidung ist zu beachten, dass zwar das erstmalige Entstehen der Berufsberechtigung beziehungsweise der Berechtigung zum Führen der Berufsbezeichnung ohne Verwaltungsentscheidung erfolgt, dies sich jedoch nach einer Entziehung der Berechtigung ändert. Zum erneuten Aufleben der Berechtigung oder zum erstmaligen Entstehen bei anfänglichem Nichtbestehen kommt es nur, wenn die zuständige Behörde die Berechtigung nach Antrag der Person, die den Beruf ausüben möchte, erteilt.[749]

Hingegen besteht nach den berufsrechtlichen Vorschriften meist keine Möglichkeit, einen Verstoß gegen die Fortbildungsverpflichtung zu sanktionieren. Lediglich die Sozialbetreuungsberufsgesetze von Kärnten und der Steiermark sehen diese Möglichkeit vor. In Kärnten ist die Berufsausübung zu untersagen, wenn der Fortbildungspflicht trotz Ermahnung und Fristsetzung nicht nachgekommen wurde, § 12 VI 2 K-SBBG. Auch in der Steiermark ist nach erfolglosem Ablauf einer angemessenen Nachfrist die Berufsausübung zu untersagen, § 17 IV StSBBG.

Wird ausschließlich gegen die berufsrechtlichen Prozess- und Ergebnissollensanforderungen verstoßen, werden diese Pflichtverletzungen durch die Berufsgesetze nicht sanktioniert. Kommt es durch eine solche Pflichtverletzung zur Erfüllung eines Straftatbestandes, beispielsweise zu einer fahrlässigen Körperverletzung, dann erfolgt nur in Zusammenhang mit dem eingetretenen strafrechtlich relevanten Erfolg auch eine Sanktion der berufsrechtlichen Pflichtverletzung.

Die Nichteinhaltung der in Salzburg im SPG und im Burgenland nach den § 40 Bgld. SHG geltenden ordnungsrechtlichen Sollensanforderungen wird sanktioniert.

748 Die Situation desjenigen, der den Beruf ausüben möchte, ist vergleichbar mit den Bauherren bei genehmigungsfreien Bauvorhaben in Deutschland, vgl. zur dazu geführten Diskussion um die Risikoverteilung zwischen Bauherr und Verwaltung beispielsweise, *Taft*, in: *Simon/Busse* (Hrsg.), BayBO, Art. 58, Rn. 35. Im Sozialrecht findet sich eine vergleichbare Situation in § 116b II SGB V. Allerdings tritt hier die genehmigende Wirkung erst mit Fristablauf ein, wenn dem potentiellen Leistungserbringer zuvor nicht die Nichterfüllung der Voraussetzungen mitgeteilt wurde, vgl. *Becker*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, § 116b, Rn. 17.

749 Bspw. § 40 III GuKG.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wird bereits bei der Anzeige der Einrichtung nach § 31 I SPG deutlich, dass die Anforderungen nicht erfüllt werden, so wird die Betriebsaufnahme oder die wesentliche Änderung der Einrichtung gemäß § 31 IV 1 SPG binnen 2 Monaten untersagt. Nach Ablauf der 2 Monate ist eine Untersagung des Betriebes nur unter den deutlich strengeren Voraussetzungen des § 33 V SPG zulässig, nämlich nur bei Gefährdung von Leben oder Gesundheit oder erheblicher Gefährdung sonstiger durch das SPG geschützter Interessen des Pflegebedürftigen. Der Ablauf der Frist hat also auch hier eine der Genehmigungsfiktion vergleichbare Wirkung. Wenn zwar eine negative Abweichung des Istzustandes von den Sollensanforderungen vorliegt, diese aber nicht die Schwere, die in § 33 V SPG vorausgesetzt ist, erreicht, dann ist § 33 IV SPG Ermächtigungsgrundlage für Maßnahmen zur Mängelbeseitigung. Dabei ist zunächst kooperativ in Form einer Vereinbarung zwischen Landesregierung und Träger der Pflegeeinrichtung vorzugehen, § 33 IV 2 SPG und nur wenn dies erfolglos bleibt durch einseitigen „Auftrag" nach § 33 IV 3 SPG. Sowohl die Einhaltung der Anzeigepflicht als auch die Einhaltung der Untersagung sollen auch dadurch gewährleistet werden, dass ein Verstoß gegen diese Pflichten eine Verwaltungsübertretung i.S.d. § 36 Nr. 1, 7 SPG darstellt. Eine mit Deutschland vergleichbare Veröffentlichung der Prüfergebnisse findet hingegen auch in Salzburg nicht statt. § 34 III SPG ermächtigt die Landesregierung lediglich dazu, die von den Leistungserbringern angebotenen Leistungen und deren Entgelte zu veröffentlichen.

Im Rahmen der Erteilung der Betriebsbewilligung im Burgenland erfolgt die Sanktion bei ursprünglicher Nichterfüllung der Bewilligungsvoraussetzungen, indem die Bewilligung nach § 40 I 1, IV Bgld. SHG versagt wird oder, wenn dies möglich ist, nur unter Auflagen erteilt wird, § 40 II Bgld. SHG. Werden diese Auflagen nicht rechtzeitig erfüllt, ist grundsätzlich nach § 41 IV 1 Bgld. SHG eine Nachfrist zu setzen, bei Gefahr im Verzug ist nach § 41 IV 2 Bgld. SHG die Ersatzvornahme möglich und nur unter den strengen Voraussetzungen des § 42 I Nr. 3 Bgld. SHG ist auch ein Entzug der Betriebsbewilligung möglich. Neben der nicht fristgerechten Erfüllung der Bescheidauflagen muss hier hinzukommen, dass die Betreuung der Pflegebedürftigen nicht mehr gesichert ist, eine Gefahr für Leib oder Leben oder eine Verletzung der Menschenwürde vorliegt. Diese zusätzlichen Voraussetzungen für den Entzug der Betriebsbewilligung gelten auch, wenn nachträglich die Voraussetzungen für die Betriebsbewilligung weggefallen sind, § 42 I Nr. 1 Bgld. SHG oder sonstige Qualitätsmängel festgestellt werden, § 42 I Nr. 2 Bgld. SHG. Bei nachträglicher Unzuverlässigkeit der Trägerin oder des Trägers der Einrichtung ist die Betriebsbewilligung immer zu entziehen, § 42 II Bgld. SHG. Das Betreiben einer Einrichtung ohne Bewilligung sowie die Nichterfüllung der Auflagen sind nach § 77 I Nr. 2, 4 Bgld. SHG sanktionsbewehrt.

Werden die Voraussetzungen für die von den Ländern zur Erfüllung ihrer Infrastrukturverantwortung erbrachten Förderleistungen nicht erfüllt, so bestehen ebenfalls Sanktionsmöglichkeiten.

So wird im Burgenland gemäß Artikel VIII Absatz 2 Nr. 1.1 der Pflegerichtlinien ambulant die Förderung, deren Höhe sich nach Stundensätzen bemisst, gekürzt, wenn

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Mindestfachpersonalanteil unterschritten wird. Die Sanktionen hingegen, die gemäß Artikel VIII Absatz 1 Nr. 2, 3 grundsätzlich bei jeder „Missachtung von Bestimmungen dieser Richtlinien“ angewendet werden können, setzen voraus, dass eine zuvor gesetzte angemessene Frist zur Mängelbehebung erfolglos verstrichen ist. Bei den Sanktionen nach Artikel VIII Absatz 1 Nr. 2, 3 handelt es sich um dauerhaft wirkende Sanktionen wie die Kürzung oder Streichung der Fördermittel oder den „Entzug der Anerkennung als förderungswürdige Trägerorganisation“. Nur die nur vorübergehend wirkende Sanktion der Aussetzung der Auszahlung von Fördermitteln nach Artikel VIII Absatz 1 Nr. 1 ist ohne vorherige Fristsetzung möglich.

Die Soziale Dienste-Verordnung in Salzburg enthält hingegen keine zusätzlichen Sanktionsmöglichkeiten neben denen des Salzburger Pflegegesetzes.

Kommt man bei der Überwachung der Pflicht zur zweckentsprechenden Mittelverwendung nach § 33b II BPGG zu dem Ergebnis, dass eine Unterversorgung bzw. Verwahrlosung vorliegt, kann der Leistungsträger das Pflegegeld durch Pflegesachleistungen ersetzen, § 20 I 1 BPGG. Ein Ermessen besteht nach dem Wortlaut des § 20 I 1 BPGG nicht („…sind…zu gewähren“). Allerdings erfolgt eine Einschränkung der Befugnis, das Pflegegeld durch Sachleistungen zu ersetzen, indem dies an die Bedingung geknüpft wird, dass die „Möglichkeit besteht, den Pflegebedarf durch Sachleistungen abzudecken“. Diese setzt vor allem voraus, dass Pflegesachleistungen überhaupt verfügbar sind.[750] Dies ist aus Sicht eines Leistungsträgers nach dem BPGG alles andere als selbstverständlich. Zum einen ist nicht der Bund für die Gewährleistung einer Infrastruktur für Pflegesachleistungen zuständig, sondern die Länder. Damit ist schon nicht sicher, ob überhaupt Pflegesachleistungen zu Verfügung stehen. Zum anderen enthält das BPGG keine Vorschriften für die Begründung eines Rechtsverhältnisses zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer. Verträge zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer sind nur in den Sozialhilfe- bzw. Mindestsicherungsgesetzen der Länder vorgesehen.[751] Die Leistungsträger des BPGG sind damit auf die Zusammenarbeit mit den Sozialhilfeträgern angewiesen. Diese Zusammenarbeit sollen die Leistungsträger des BPGG gemäß § 33 der Richtlinien für die einheitliche Anwendung des Bundespflegegeldgesetzes (RPGG)[752] anzustreben. Gemäß § 20 I 3 BPGG ist eine Erbringung von

750 *Pfeil,* Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 20, S. 195.

751 *Pfeil,* Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich, S. 249.

752 Ermächtigungsgrundlage für die Richtlinien ist § 31 V Nr. 23 ASVG. Die Richtlinien werden vom Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger erlassen, § 31 I, II ASVG, und sind für alle Versicherungsträger verbindlich, § 31 VI 1. HS ASVG. Im Umkehrschluss zur ausdrücklichen Anordnung der Verbindlichkeit für die Sozialversicherungsträger in § 31 VI 1. HS ASVG schließt der Oberste Gerichtshof, dass die Richtlinien im Außenverhältnis nicht verbindlich sind, OGH vom 13.12.1996 – 10ObS2349/96f. § 31 V Nr. 23 ASVG enthalte keine Ermächtigung, den Anspruch auf Pflegegeld mit Wirkung gegenüber dem Bürger zu schaffen oder zu begrenzen. In der Literatur wird überwiegend von einer Bindung auch im Außerverhältnis ausgegangen, *Grillberger,* Österreichisches Sozialrecht, S. 106; *Pfeil,* Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 4, S. 81f.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sachleistungen gegen den Willen des Pflegebedürftigen nicht möglich. In diesen Fällen ruht der Pflegegeldanspruch. Verfahrensrechtlich stellt § 20 I 1 BPGG klar, dass die Umwandlung der Geld- in eine Sachleistung durch Bescheid zu erfolgen hat und auch erst ab Zustellung des Bescheides für die Zukunft wirkt. Auch die Ruhensanordnung nach § 20 I 3 BPGG bei Weigerung des Pflegebedürftigen, die Sachleistungen anzunehmen, muss durch Bescheid erfolgen. Die Rechtsprechung verlangt dafür die Ablehnung eines tatsächlichen Angebotes der Sachleistungen. Dieses Angebot darf, um ordnungsgemäß zu sein, aufgrund der Wirkungen des Umwandlungsbescheides nur für die Zukunft auch erst nach Zustellung des Umwandlungsbescheides erfolgen.[753] Demzufolge kann der Ruhensbescheid nicht mit dem Bescheid, in dem die Geldleistung durch die Sachleistung ersetzt wird, verbunden werden. Dem ist insoweit zuzustimmen, als ein ordnungsgemäßes Angebot erst nach Zustellung des Umwandlungsbescheides möglich ist. Allerdings liegt es nahe, in Analogie zu den Grundsätzen des zivilrechtlichen Annahmeverzuges,[754] bei ernsthafter Weigerung des Gläubigers (hier des Pflegebedürftigen), ein wörtliches Angebot der Sachleistungen genügen zu lassen. Dies würde zwar nichts daran ändern, dass der Ruhensbescheid zeitlich erst nach dem Umwandlungsbescheid erlassen werden kann, da auch das mündliche Angebot erst nach Zustellung des Umwandlungsbescheides erfolgen darf, der Leistungsträger könnte sich jedoch ein von vornherein aussichtsloses tatsächliches Angebot sparen.

Eine Rückumwandlung in eine Geldleistung ist nach § 20 III BPGG frühestens nach einem Jahr auf Antrag des Pflegebedürftigen möglich, wenn die Voraussetzungen des § 20 I BPGG nicht mehr vorliegen, wobei unklar ist, wie die vorrangig als Ergebnissollensanforderung wirkende Pflicht zur zweckgemäßen Mittelverwendung dann überprüft werden soll. Für das abgelaufene Jahr ist dies nicht möglich, da in diesem Zeitraum Sachleistungen bezogen wurden. Eine Beurteilung des Ergebnisses für die Zukunft ist nicht möglich. Damit kann für die Zukunft nur eine Prognose durch eine Bewertung der Strukturvoraussetzungen erfolgen, also insbesondere: Wie stark ist die Pflegebedürftigkeit? Wo soll gepflegt werden? Durch wen soll gepflegt werden? In welchem Umfang soll gepflegt werden? Für eine positive Zukunftsprognose genügt es aufgrund des Ausnahmecharakters[755] des § 20 BPGG, dass aufgrund der Umstände des Einzelfalles eine positive Prognose zumindest wahrscheinlich ist. Ist der Leistungsträger vor Ablauf eines Jahres nicht mehr in der Lage, den Pflegebedarf durch Sachleistungen zu decken, hat entgegen § 20 III BPGG auch bereits vorher eine Rückumwandlung in eine Geldleistung zu erfolgen. Andernfalls würde der Pflegebedürftige bis zum Ablauf der Jahresfrist des § 20 III BPGG trotz Anspruch gar keine Leistungen erhalten.[756]

753 OLG Wien vom 12.09.2003 – 7Rs108/03h.

754 Zum Annahmeverzug im bürgerlichen Recht, der letztlich aus § 1429 ABGB hergeleitet wird, *Koziol/Welser,* Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band II, S. 59f.

755 *Pfeil,* Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 20, S. 195.

756 *Pfeil,* Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich, S. 248f.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die gleiche Sanktionsmöglichkeit gemäß § 20 BPGG besteht nach § 33b III BPGG auch dann, wenn und solange der Pflegebedürftige seinen Mitwirkungspflichten nach § 33b II BPGG bei der Überwachung der zweckentsprechenden Mittelverwendung nicht nachkommt. Daneben bestehen nach § 33b III BPGG die Möglichkeiten, das Pflegegeld zu entziehen oder zu mindern. Sowohl die Entscheidung, ob überhaupt eine Sanktion verhängt wird, als auch die Entscheidung, welche Sanktion gewählt wird, stehen nach § 33b III BPGG im Ermessen des Leistungsträgers.[757] Danach ist die jeweils mildeste Sanktionsform zu wählen. Die Bildung einer Reihenfolge der Sanktionen ihrer Intensität entsprechend von mild nach stark ist für die Minderung des Pflegegeldes einerseits und den vollständigen Entzug andererseits problemlos möglich. Eine Minderung ist selbstverständlich weniger intensiv als der vollständige Entzug. Die Einordnung des Ersatzes der Geldleistungen durch Sachleistungen ist hingegen nur bezogen auf den jeweiligen Einzelfall möglich. Denn anders als bei den beiden anderen Sanktionsmöglichkeiten erleidet der Pflegebedürftige hier keinen wertmäßigen Verlust, sondern einen Verlust an Selbstbestimmung. Welcher Verlust schwerer wiegt, lässt sich jedoch abstrakt nicht beantworten.

Die möglichen Folgen der Hausbesuche nach § 33a BPGG sollen wegen ihres Schwerpunktes als Maßnahme zur Unterstützung der nichtprofessionellen Pflege auch dort dargestellt werden.

bb) Pflegebedürftiger

Zwischen dem Pflegebedürftigen und dem Anbieter professioneller Pflegeleistungen kommt ein privatrechtlicher Dienstvertrag i.S.d. § 1153 ABGB zustande. Kein Zweifel besteht an der Einordnung als privatrechtlicher Vertrag.[758] Dass es sich um einen Dienstvertrag handelt, ergibt sich aus einer Gesamtbetrachtung der zu erbringenden Leistungen. Für den überwiegenden Teil der Pflegeleistungen wird kein Erfolg geschuldet, was in Abgrenzung zum Werkvertrag wesentliches Merkmal des Dienstvertrages ist.[759] Denn ähnlich wie ein Arzt, der regelmäßig nur die Behandlung lege artis schuldet und keinen Heilungserfolg,[760] schuldet auch eine Pflegekraft nur die Pflege und Einhaltung fachlicher Standards. Dass die Pflegeleistungen dem fachlichen Standard entsprechen müssen, ergibt sich vorrangig aus dem Vereinbarten, und nur wenn nichts vereinbart ist aus § 1153 S. 2 ABGB. Allgemein wird man davon ausgehen können, dass die Sollensanforderungen der Berufsgesetze auch Gegenstand der Vereinbarung werden. Bei Abschluss eines Vertrages in dem vereinbart wird, dass bestimmte Leistungen von

757 *Pfeil,* Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 29, S. 261f.

758 Es fehlt jeglicher Anhaltspunkt für eine Zuordnung zum öffentlichen Recht, denn selbst die vertraglichen Beziehungen zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer sind privatrechtlich.

759 *Koziol/Welser,* Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band II, S. 249, 255; *Schwarz/Löschnigg,* Arbeitsrecht, S. 124f.

760 *Krejci*, in: *Rummel* (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, § 1165, Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Trägern einer bestimmten Berufsbezeichnung, wie Angehörigen des gehobenen Diensten für Gesundheits- und Krankenpflege, erbracht werden, ist die Einhaltung der Berufspflichten für beide Vertragspartner selbstverständlich. Damit werden die beruflichen Standards nach Auslegung der beiden Willenserklärungen nach § 914 ABGB regelmäßig Vertragsbestandteil sein.[761] Als Folge davon, dass der Dienstnehmer nur das Leisten des Dienstes und keinen Erfolg schuldet, gibt es jedoch kein ausdrückliches Gewährleistungsrecht für Schlechtleistungen, insbesondere gilt das allgemeine Gewährleistungsrecht der §§ 922ff. ABGB nur für die entgeltliche Überlassung einer Sache und nicht bei Dienstleistungen.[762] Der Pflegebedürftige kann somit jedenfalls bei unverschuldeter Schlechtleistung die Vergütung grundsätzlich nicht herabsetzen. Etwas anderes gilt nur für den Bereich der stationären Pflege. Hier wurde mit § 27f Konsumentenschutzgesetz (KSchG) eine spezialgesetzliche Regelung zur Minderung des Heimentgeltes bei mangelhafter Leistung geschaffen.[763] Damit besteht in Österreich wie in Deutschland die Möglichkeit zur verschuldensunabhängigen Minderung der Vergütung bei mangelhaften Pflegeleistungen, sei es durch den Leistungsträger nach § 115 III 1 SGB XI, sei es durch den Leistungsempfänger nach § 27f KSchG oder nach § 10 I WBVG, nur im Bereich der stationären Pflege. Diese Ungleichbehandlung von stationärer und häuslicher Pflege mag man mit der besonderen Schutzbedürftigkeit von Pflegebedürftigen in stationären Einrichtungen rechtfertigen können. Ist es jedoch Ziel der speziellen Regelungen zur Minderung, eine vermeintliche Lücke im Dienstvertragsrecht bei der Erbringung von Pflegeleistungen zu schließen, so liegt eine Gleichbehandlung von stationärer und häuslicher Pflege nahe.

Nach § 918 I 1. Alt. ABGB hat der Pflegebedürftige Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens, wenn der Leistungserbringer nicht rechtzeitig leistet.[764] Eine mangelhafte Leistung hat die gleichen Folgen wie eine Nichtleistung, da § 918 I ABGB Erfüllung „auf die bedungene Weise“ verlangt.[765] Neben dem Anspruch auf den Verzögerungsschaden behält der Pflegebedürftige den Leistungsanspruch. Leistungen aus dem Pflegevertrag, die Fixschuldcharakter haben, werden bei nicht rechtzeitiger mangelfreier Leistung unmöglich. Hier besteht ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn der Leistungserbringer die Unmöglichkeit zu vertreten hat, § 920 ABGB.

761 Dabei ist zunächst der wirkliche Wille der Vertragsparteien zu erforschen, wobei es maßgeblich auf den Horizont des Empfängers der Willenserklärung ankommt, *Dittrich/Tades,* Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, S. 411f.

762 *Reischauer*, in: *Rummel* (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, §§ 922, 923, Rn. 2.

763 Vgl. dazu, *Ganner,* Altenrecht, in: *Dimmel* (Hrsg.), Das Recht der Sozialwirtschaft, S. 267, 277f.; eine analoge Anwendung auf die häusliche Pflege dürfte aufgrund des Ausnahmecharakters wie bei § 115 III 1 SGB XI und § 10 I WBVG für Deutschland nicht möglich sein.

764 Ausgeschlossen ist hingegen der Rücktritt vom Pflegevertrag nach § 918 ABGB, da ein Rücktritt bei Dauerschuldverhältnissen im Abwicklungsstadium ausgeschlossen ist, um die Anforderungen an die Kündigung nicht zu unterlaufen, *Reischauer*, in: Rummer (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, Vor §§ 918-932, Rn. 13.

765 *Reischauer*, in: Rummer (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, Vor §§ 918-933, Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Fehlt es an einem Verschulden des Leistungserbringers, so dürfte analog § 1447 ABGB der Zahlungsanspruch für die unmöglich gewordenen Leistungen entfallen.

Im Rahmen der Ansprüche des Pflegebedürftigen nach dem allgemeinen Schadensersatzrecht nach den §§ 1293ff. ABGB insbesondere für Verletzungen des Körpers, § 1325 ABGB, ist zwischen Ansprüchen gegen den Pflegedienst und Ansprüchen unmittelbar gegen den Mitarbeiter der Pflegedienstes, der den Schaden verursacht hat, zu unterscheiden. Der Pflegedienst haftet für seine Mitarbeiter, die er als Erfüllungsgehilfen[766] einsetzt, nach § 1313a ABGB für deren Verschulden.[767] Der Mitarbeiter, der den Schaden unmittelbar verursacht hat, haftet dem Pflegebedürftigen ebenfalls.[768] Für die Frage der Haftung gilt grundsätzlich ein individueller Sorgfaltsmaßstab, wobei § 1297 ABGB durchschnittliche Fähigkeiten vermutet, d.h. der Schädiger geringere Fähigkeiten beweisen muss. Bei Pflegefachkräften gilt jedoch § 1299 ABGB.[769] Dieser führt zu einem strengeren[770] und vor allem zu einem objektiven Sorgfaltsmaßstab. Danach werden von jeder Pflegefachkraft die Fachkenntnisse und der Fleiß erwartet, die seine Berufskollegen normalerweise haben. Dies entspricht den Fachkenntnissen, die auch die Berufsgesetze voraussetzen, so dass der Sorgfaltsmaßstab auch dynamisch ist und den pflegewissenschaftlichen Fortschritt mit einschließt.[771] Die Pflicht zur Dokumentation ist neben der Möglichkeit zur Überwachung auch im Rahmen der Reaktion auf die Überwachungsergebnisse von Bedeutung. Hier hat die Pflegedokumentation zunächst eine Beweisfunktion. Wurde die Dokumentationspflicht verletzt, kommt es zu Beweiserleichterungen zugunsten des Pflegebedürftigen.[772]

Unabhängig von einer Vertragsverletzung des Pflegedienstes hat der Pflegebedürftige die Möglichkeit zur Kündigung. Nach den allgemeinen Regeln des ABGB gilt, wenn der Pflegevertrag Dienste höherer Art[773] zum Gegenstand hat und das zu kündigende

766 Erfüllungsgehilfen sind Personen, die zu Erfüllung einer gesetzlichen oder vertraglichen Verbindlichkeit eingesetzt werden, *Marold/Friedrich,* Österreichisches Arbeitsrecht, S. 266.

767 Insoweit sind Wirkung und Voraussetzungen von § 1313a ABGB mit § 278 BGB vergleichbar und nicht mit § 831 BGB.

768 Zu den arbeitsrechtlichen Voraussetzungen der Haftung des Mitarbeiters oder des Pflegedienstes vgl. §§ 3, 4 Dienstnehmerhaftpflichtgesetz sowie *Marold/Friedrich,* Österreichisches Arbeitsrecht, S. 265ff.

769 § 1299 ABGB gilt nicht nur für die aufgezählten Personengruppen, sondern „für alle Berufe, die eine besondere Sachkenntnis erfordern", *Dittrich/Tades,* Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, § 1299, S. 606, was regelmäßig der Fall ist, wenn für die Ausübung einer Tätigkeit eine Berufsausbildung erforderlich ist, *Harrer*, in: *Schwimann* (Hrsg.), Praxiskommentar zum ABGB, Band 7, § 1299, Rn. 1.

770 *Koziol/Welser,* Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band II, S. 353.

771 Mittelbar werden damit auch die Pflichten zur Weiterbildung erfasst, da von den Durchschnittskenntnissen auch solche umfasst sind, die in Pflichtweiterbildungen vermittelt werden.

772 OGH vom 28.01.2011 – 6 Ob 259/10x.

773 Die häufige Definition über einen Verweis auf § 1 Angestelltengesetz (AngG), vgl. u.a. *Grillberger*, in: *Schwimann* (Hrsg.), Praxiskommentar zum ABGB, Band 4, 2. Halbband, § 1159, Rn. 27, hilft hier nicht weiter, da von § 1 AngG vor allem kaufmännische Tätigkeiten erfasst werden. Allerdings spricht sowohl die medizinische Ausbildung als auch der eigenverantwortliche Tätigkeitsbereich bei

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dienstverhältnis den Dienstnehmer nicht hauptsächlich in Anspruch nimmt[774], die Kündigungsfrist von 14 Tagen gemäß § 1159b ABGB.[775] In Salzburg muss im Pflegevertrag von den Kündigungsfristen des ABGB zugunsten des Pflegebedürftigen abgewichen werden. § 25 III Nr. 1 SPG schreibt für den Pflegedienst verbindlich vor, dass dieser dem Pflegebedürftigen im Pflegevertrag ein jederzeitiges Recht zur grundlosen Kündigung gewähren muss.[776] Darüber hinaus ist die jederzeitige Kündigung aus wichtigem Grund nach § 1162 ABGB möglich.

e) Rechtsschutz

Der Rechtsschutz und dabei insbesondere der Übergang vom verwaltungsinternen zum gerichtlichen Rechtsschutz unterscheidet sich grundlegend vom Rechtsschutz in Deutschland. Insbesondere die auf Grundlage von Art. 94 B-VG entwickelte „sukzessive Zuständigkeit“[777] und ihre Folgen für den Umfang der gerichtlichen Überprüfbarkeit von Verwaltungsentscheidungen durch die Sozialgerichte sind einen eigenen ausführlichen Vergleich mit dem deutschen System des Rechtsschutzes wert. Gleiches gilt für die Abgrenzung der Zuständigkeit von der Verwaltungsgerichtsbarkeit[778], die bei unvoreingenommener Leseart des Art. 130 I Nr. 1 B-VG bei jeder Verwaltungsentscheidung in Bescheidform angerufen werden kann, und den bei der ordentlichen Gerichtsbarkeit angesiedelten Arbeits- und Sozialrechtssachen (§ 2 I ASGG). Da es hier aber allein um den Rechtsschutz als Bestandteil des Qualitätskreislaufes geht, beschränkt sich die Darstellung des österreichischen Systems des Rechtsschutzes auf das zum Verständnis der einzelnen Rechtsschutzmöglichkeiten Unerlässliche.

Angehörigen des gehobenen Dienstes der Gesundheits- und Krankenpflege für die Erbringung höherer Dienste.

774 Vgl. § 1159a ABGB; bei einem Dienstvertrag mit einem Pflegedienst dürfte dies regelmäßig der Fall sein, da dieser mehrere Pflegebedürftige betreut.

775 Abweichende Vereinbarungen hinsichtlich der Kündigungsfristen sind möglich, allerdings nur zugunsten des Dienstnehmers, also des Pflegedienstes, da gemäß § 1164 I ABGB die §§ 1159-1159b ABGB nur zugunsten des Dienstnehmers eine vertragliche Abweichung zulassen. Auch dann muss die Kündigungsfrist immer für beide Seiten gleich lang sein, § 1159c ABGB.

776 Für den Pflegedienst ist hingegen eine Kündigungsfrist von 3 Monaten zu vereinbaren, § 25 III Nr. 2 SPG. Eine Abweichung von § 1159c ABGB ist unproblematisch, da dieser nicht von § 1164 I ABGB genannt wird und damit abdingbar ist.

777 Vgl. einführend zum Begriff der sukzessiven Zuständigkeit, *Fink,* Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialsachen, S. 7ff.

778 Bis 31.12.2013 gab es als unabhängiges Gericht dazu nur den Verwaltungsgerichtshof. Mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit-Novelle 2012, BGBl. I Nr. 51/2012, erfolgten u.a. die notwendigen Änderungen des Bundesverfassungs-Gesetzes und dabei insbesondere der Art. 129ff. B-VG, um einen zwei-stufigen Instanzenzug bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit einzuführen. Die erste Instanz bilden seit 01.01.2014 neun Landesverwaltungsgerichte und zwei Verwaltungsgerichte des Bundes, vgl. Nr. 1618 der Beilagen XXIV. GP - Regierungsvorlage - Vorblatt und Erläuterungen, S. 3f. Die zweite Instanz bildet nach Art. 133 B-VG der Verwaltungsgerichtshof.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Aus dem Gebot des Art. 94 I B-VG, welches besagt, dass Justiz und Verwaltung in allen Instanzen getrennt sein müssen, wird von der überwiegenden Meinung ein Verbot für einen Instanzenzug im Sinne eines Nacheinanders von Verwaltung und Gerichten hergeleitet.[779] Die echte Überprüfung einer Verwaltungsentscheidung durch die Gerichte mit der Möglichkeit zur Aufhebung, Änderung oder Bestätigung der behördlichen Entscheidung ist deshalb grundsätzlich unzulässig.[780] Verfassungsrechtliche Ausnahmen davon sind die Kontrolle von Bescheiden der Verwaltungsbehörden durch den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 131 B-VG[781] und durch den Verfassungsgerichtshof nach Art. 144 I B-VG[782]. Leitet man aus Art. 131 I B-VG das allgemeine Gebot ab, dass für jeden, der von einem Bescheid individuell betroffen ist, Rechtsschutz bei einem unabhängigen Gericht möglich sein muss,[783] bedarf es für Sozialrechtssachen, die durch das ASGG der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugewiesen sind, im Hinblick auf das Trennungsgebot des Art. 94 I B-VG einer verfassungskonformen Lösung. Diese Lösung wird von der überwiegenden Meinung darin gesehen, dass mit Klageerhebung der Bescheid der Verwaltung automatisch außer Kraft tritt, § 71 I 1. HS ASGG, und das Gericht neu und unabhängig von der Verwaltungsentscheidung über die Sache entscheidet.[784] Diese Lösung wird als sukzessive Zuständigkeit oder sukzessive Kompetenz der Gerichte bezeichnet. Dieser Kunstgriff der sukzessiven Zuständigkeit ist seit Einführung des Art. 94 II B-VG mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 eigentlich nicht mehr erforderlich, da Art. 94 II B-VG nunmehr ausdrücklich einen Instanzenzug von Verwaltung und ordentlichen Gerichten erlaubt. Eine Änderung von § 71 I 1. HS ASGG ist bisher jedoch nicht erfolgt. Denkbar ist jedoch, dass die mit Blick auf das Trennungsgebot des Art. 94 I B-VG erfolgte enge verfassungskonforme Auslegung der Ausnahmen zu § 71 I 1. HS ASGG, also insbesondere § 72 II ASGG, nunmehr großzügiger erfolgt.

779 VfSlg. 3121; VfSlg. 6537; *Mayer,* Das österreichische Bundesverfassungsrecht, Art. 94 B-VG, S. 331.

780 *Fink,* Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialsachen, S. 44f.

781 *Kahl/Weber,* Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 101.

782 *Kahl/Weber,* Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 535.

783 *Bundesministerium für Justiz (Hrsg.),* Gesamtreform der Justiz, S. 56f.

784 VfSlg. 10.452; *Mayer,* Das österreichische Bundesverfassungsrecht, S. 331; *Wetscherek/Proksch,* Handbuch für das Sozialgerichtsverfahren, S. 58; ausführlich zu den konkreten Wirkungen des Außerkrafttretens nach § 71 I 1. HS ASGG, *Fink,* Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialsachen, S. 387ff. Kritisiert an dieser Lösung wird vor allem ihre Praxisferne. Tatsächlich neigen die Gerichte zu einer (punktuellen) Prüfung der Verwaltungsentscheidung. Dies gilt vor allem in Fällen in denen nur einzelne rechtliche Punkte problematisch sind und die Verwaltung zugleich komplizierte Berechnungen vorgenommen hat. Während ein Gericht die komplizierten aber unstreitigen Berechnungen nicht selbst nochmals vornehmen wird, wird es sich auf die problematischen rechtlichen Gesichtspunkte konzentrieren. Zu dieser Kritik, siehe *Fink,* Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialsachen, S. 50-52, m.w.N. Zum Ablauf eines solchen Gerichtsverfahrens bei der Klage auf Zahlung von Pflegegeld, *Liebhart,* ÖZPR 2013, S. 44-47.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eröffnet Art. 130 I Nr. 1 B-VG gegen alle Verwaltungsentscheidungen, die mittels Bescheid ergehen, auf den ersten Blick die Möglichkeit der Beschwerde bei den Verwaltungsgerichten, ist dies bei näherer Betrachtung gerade bei Sozialrechtssachen keineswegs immer der Fall. Letztlich wird die Zulässigkeit der Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof in den Fällen verneint, in denen ASVG und ASGG sozialrechtliche Streitigkeiten den Arbeits- und Sozialgerichten zuweisen. Wurde dies vor Einführung des Art. 94 II B-VG im Wesentlichen damit begründet, dass es verfassungsrechtlich genüge, wenn irgendein unabhängiges Gericht angerufen werden könne, weshalb die Beschwerde zum Verwaltungsgerichtshof gegen Entscheidungen der Arbeits- und Sozialgerichte nicht erforderlich sei[785], enthält Art. 94 II B-VG nunmehr die Möglichkeit anstelle der Beschwerde zu den Verwaltungsgerichten bestimmte Rechtsstreitigkeiten den ordentlichen Gerichten zuzuweisen. Allerdings werden auch nicht alle Rechtsstreitigkeiten, die Sozialrecht zum Gegenstand haben, als Sozialrechtssachen der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugewiesen. Den ordentlichen Gerichten zugewiesen sind nur die in § 65 ASGG genannten Sozialrechtssachen sowie durch andere Bundesgesetze zugewiesene Sozialrechtssachen (vgl. § 100 ASGG). Dabei handelt es sich im Wesentlichen um Entscheidungen über die Gewährung und Entziehung von Sozialleistungen. Keine der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugewiesenen Sozialrechtssachen sind hingegen die Verwaltungssachen i.S.d. § 355 ASVG.[786]

aa) Rechtsschutz unmittelbar gegen Sollensanforderungen

Die wesentlichen Sollensanforderungen, also insbesondere die Pflicht zur Pflege entsprechend der fachlichen und wissenschaftlichen Erkenntnisse sowie die Pflicht zu Fortbildung, vgl. §§ 4 I 2, 63 GuKG, werden unmittelbar durch Gesetz angeordnet. In diesen Fällen besteht die Möglichkeit der Individualbeschwerde zum Verfassungsgerichtshof nach Art. 144 I 4 B-VG. [787] Die Individualbeschwerde ist nur zulässig, wenn der Eingriff durch das Gesetz unmittelbar erfolgt. Von dieser direkten Wirksamkeit des Gesetzes geht der Verfassungsgerichtshof nur aus, wenn es keinen anderen zumutbaren Weg für den Antragsteller gibt. Dazu müssen das Abwarten des Vollzuges und anschließende Beschreiten des Rechtsweges bei einem Verstoß gegen die gesetzlich ange-

785 VfSlg. 3424; *Bundesministerium für Justiz (Hrsg.),* Gesamtreform der Justiz, S. 56f; dagegen hält *Fink,* Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialsachen, S. 59f., diese Argumentation zwar für zweckmäßig, aber nicht für mit den geltenden Verfassungsbestimmungen vereinbar.

786 Zur Unterscheidung von Leistungssachen und Verwaltungssachen sowie zum Rechtsschutz gegen Verwaltungssachen, vgl. *Fink,* Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialsachen, S. 115ff. Verwaltungssachen dürfen von den Gerichten in einer Sozialrechtssache auch nicht als Vorfrage geklärt werden, vielmehr liegt die Entscheidung allein im Zuständigkeitsbereich der Verwaltung, *Tarmann-Prentner*, in: *Sonntag* (Hrsg.), ASVG, § 356, Rn. 2; *Wetscherek/Proksch,* Handbuch für das Sozialgerichtsverfahren, S. 26.

787 An der Verfassungsmäßigkeit der derzeitigen durch Gesetz angeordneten Sollensanforderungen bestehen keine Zweifel.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ordnete Pflicht unzumutbar sein.[788] Dies ist hier aufgrund des drohenden Entzuges der Berufsberechtigung sowie des umfassenden Haftungsrisikos zu bejahen.

Die durch privatrechtlichen Vertrag zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer erstellten und verbindlichen Sollensanforderungen gelten nur, weil auch der Leistungserbringer mit ihnen einverstanden war. Grundsätzlich ist damit auch kein Rechtsschutz gegen diese Sollensanforderungen möglich, da kein Anspruch der Leistungserbringer gegenüber dem Leistungsträger zum Abschluss eines Vertrages mit einem bestimmten Inhalt existiert.[789] Allerdings gelten nach allgemeiner Ansicht auch bei privatrechtlichem Handeln des Staates die Grundrechte.[790] Dazu gehört vor allem das aus dem Gleichheitssatz abgeleitete Sachlichkeitsgebot.[791]

bb) Rechtsschutz gegen Einzelmaßnahmen

Gegen den Bescheid nach § 20 I 1 BPGG, mit dem das Pflegegeld durch eine Sachleistung ersetzt wird, ist Klage beim Landgericht als Arbeits- und Sozialgericht statthaft, da es sich nach § 65 I Nr. 1 ASGG um eine Sozialrechtssache handelt.[792] Diese ist „auf die Gewährung von Pflegegeld in Form einer Geldleistung“ zu richten.[793] Nach § 87 IV 2 ASGG liegt die Beweislast im gerichtlichen Verfahren für das Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung von Sachleistungen beim Leistungsträger. Diese Beweislastverteilung zusammen mit der Folge des § 20 II BPGG, wonach bei zu Unrecht erbrachten Sachleistungen das Pflegegeld für den Zeitraum der Sachleistungserbringung ohne Vorteilsanrechnung nachzuzahlen ist, der Pflegebedürftige also die Leistung zweimal erhält, führt dazu, dass der Ersatz der Geldleistung durch eine Sachleistung ein in der Praxis weitgehend bedeutungsloses Instrument ist.[794]

Auch gegen einen ablehnenden Bescheid nach einem Antrag auf Erbringung von Geldleistungen nach § 20 III BPGG ist die Klage beim Landgericht in einer Sozialrechtssache statthaft, wenn der Antrag nach Ablauf der Jahresfrist gestellt wurde. Die Zurückweisung zu früh gestellter Anträge erfolgt mit verfahrensrechtlichem Bescheid, der im Wege des Verwaltungsrechtsschutzes anzugreifen ist.[795]

---

788 *Mayer,* Das österreichische Bundesverfassungsrecht, Art. 139 B-VG, S. 470f; *Liehr/Griebler,* EuGRZ 2006, S. 509, 514.

789 Vgl. allgemein zum Handeln der Sozialhilfeträger als Träger von Privatrechten, *Mayer/Pfeil,* Behindertenhilfe, in: *Pürgy* (Hrsg.), Das Recht der Länder, S. 385, 429.

790 VfSlg. 11.651/1988; *Zellenberg,* Wirtschaftsförderung, in: *Pürgy* (Hrsg.), Das Recht der Länder, S. 831, 845.

791 *Mayer/Pfeil,* Behindertenhilfe, in: *Pürgy* (Hrsg.), Das Recht der Länder, S. 385, 429; *Kucsko-Stadlmayer,* Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1, § 187, Rn. 48.

792 *Fink,* Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, § 65, S. 157.

793 OLG Wien vom 12.09.2003 – 7 Rs108/03h.

794 Dies gibt auch, *Pfeil,* Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich, S. 248, zu bedenken.

795 *Fink,* Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialsachen, S. 571.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gegen die Minderung, Entziehung oder das Ersetzen des Pflegegeldes durch eine Sachleistung nach § 33b III BPGG, welche jeweils in Bescheidform erfolgen müssen, ist ebenfalls Klage beim Arbeits- und Sozialgericht statthaft.[796] Die Entscheidungen der Verwaltung nach § 33b III BPGG sind Ermessensentscheidungen. Damit stellt sich die Frage, inwieweit dieses Ermessen gerade im Hinblick auf die sukzessive Zuständigkeit der Arbeits- und Sozialgerichte gerichtlich überprüfbar ist. Während man bei Leistungen, deren Erbringung im Ermessen der Verwaltung steht, davon ausgeht, es fehle bereits an einem subjektiven Recht, so dass kein gerichtlicher Rechtsschutz möglich sei,[797] sind bei der Minderung, Entziehung oder dem Ersetzen zumindest das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen gerichtlich überprüfbar.[798] Ausgehend von der Forderung, dass gerichtlicher Rechtsschutz nur bei Bestehen eines subjektiven Rechts möglich sei, lässt sich dies mit dem Bestehen des der Minderung, Entziehung oder dem Ersetzen zugrunde liegenden Rechtsanspruchs auf das Pflegegeld begründen.

Gegen die Entziehung der Berufsberechtigung oder Berechtigung zum Führen der Berufsbezeichnung ist letztlich die Beschwerde zum Verwaltungsgerichtshof nach Art. 131 B-VG möglich. Den zuvor zu beschreitenden Rechtsweg nennen regelmäßig die Normen, die zur Entziehung ermächtigen, vgl. §§ 40 IV, 91 IV GuKG sowie § 9 V Bgld. SBBG, § 16 V TSBBG, § 3 VII WSBBG. Wird die Verletzung eines (nur) verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts durch den Entziehungsbescheid gerügt, so ist Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof nach Art. 144 I B-VG möglich. Voraussetzung ist die vorherige Erschöpfung des Instanzenzuges, § 82 I VfGG.

Gegen Bescheide der Sozialhilfeträger ist verwaltungsintern die Berufung nach §§ 63ff. AVG möglich. Da Sozialhilfestreitigkeiten keine Sozialrechtssachen i.S.d. § 65 ASGG sind, ist für den gerichtlichen Rechtsschutz der Verwaltungsgerichtshof zuständig. Bei diesem kann die Beschwerde nach Art. 131 B-VG erhoben werden.[799] Allerdings setzt gerichtlicher Rechtsschutz immer das Bestehen eines subjektiven Rechts voraus, Art. 131 I Nr. 1 B-VG. Bei Sozialhilfeleistungen auf die kein Rechtsanspruch

796 *Fink,* Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialsachen, S. 570 sowie *Pfeil,* Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 29, S. 261, jeweils zur gleichlautenden Vorgängervorschrift § 29 III BPGG a.F.

797 *Kuderna,* Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, § 65, S. 429f.; *Fink,* Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialsachen, S. 150ff.

798 *Kuderna,* Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, § 65, S. 431f., der jedoch annimmt, dass es keine gesetzlichen Vorgaben für die Ausübung des Ermessens gibt („freies Ermessen"), so dass nur die Tatbestandsvoraussetzungen gerichtlich überprüfbar sind. Teilweise wird angenommen, es gebe gesetzliche Grenzen des Ermessens, vgl. *Pfeil,* Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 29, S. 262, und diese seien auch im Verfahren von den Arbeits- und Sozialgerichten überprüfbar. Nach anderer Ansicht folgt aus der sukzessiven Zuständigkeit, dass das Gericht insgesamt neu über die Rechtssache entscheide und damit auch das Ermessen vollständig selbst auszuüben habe, *Fink,* Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialsachen, S. 174f.

799 Zur gerichtlichen Überprüfbarkeit von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen, *Pfeil,* Österreichisches Sozialhilferecht, S. 43ff.; *Walter/Mayer,* Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rn. 1015.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

besteht, ist dies grundsätzlich nicht der Fall.[800] Allerdings kann ein subjektives Recht auch durch Bescheid begründet werden.[801] So besteht beispielsweise ein subjektives Recht, wenn eine Leistung, auf die nach dem Gesetz kein Rechtsanspruch besteht, durch Bescheid gewährt wird und später wieder zurückgefordert werden soll.

Die Verträge, mit denen die Leistungserbringer eingebunden werden, sind zivilrechtliche Verträge, so dass Rechte aus den Verträgen vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen sind und zwar im Verfahren nach der ZPO.

f) Herstellung eines Kreislaufes

aa) Kleiner Kreislauf

Die Herstellung des kleinen Kreislaufs dürfte zum einen durch die Anforderungen der Berufsgesetze und der zivil- und strafrechtlich drohenden Sanktionen erfolgen. Zum anderen wird er im Rahmen der Leistungserbringung der Sozialhilfeträger bei der Gewährleistung der flächendeckenden Versorgung mit sozialen Diensten hergestellt. Letztlich entsteht dieser Kreislauf, der die möglichst weitgehende Erfüllung bestehender Sollensanforderungen beschreibt, wie in Deutschland durch die präventiven aller Reaktionsmöglichkeiten sowie einzelner tatsächlicher Reaktionen auf eine negative Abweichung des Istzustandes- vom Sollzustand.

bb) Großer Kreislauf

Für die Herstellung des großen Kreislaufes, der den Wissenstransfer[802] in die „nächste Runde“ des Qualitätskreislaufes beschreibt, ist der Blick noch einmal zurück an den Anfang, nämlich auf die Erstellung der Sollensanforderungen zu richten. Eine mit den §§ 113, 113a SGB XI vergleichbare Erstellung von Sollensanforderungen, auf deren Inhalt der Staat unmittelbaren Einfluss ausübt, gibt es in Österreich kaum.[803] Zentrale Sollensanforderungen in Österreich sind die fachlichen und wissenschaftlichen Erkenntnisse. Deren Entwicklung erfolgt in der gesellschaftlichen Sphäre, welche nur

800 Lässt sich eine solches Recht im Einzelfall aus der Verfassung ableiten, beispielsweise bei einem Verstoß gegen das Sachlichkeitsgebot, so ist nach Art. 144 B-VG unmittelbar Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu erheben.

801 *Pfeil,* Österreichisches Sozialhilferecht, S. 508.

802 Eine andere Art des Wissenstransfers, nämlich den innerhalb eines sozialen Dienstes von einer Generation von Pflegekräften auf die nächste beschreibt, *Barth,* ÖZPR 2013, S. 61f.

803 Zwar werden bei der Steuerung der Leistungserbringung von sozialen Diensten Qualitätsanforderungen zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer vertraglich vereinbart. Faktisch werden die Qualitätsanforderungen sogar einseitig vom Leistungsträger gestellt. Dies führt aber noch nicht zu einer Entwicklung von Sollensanforderungen durch die Leistungsträger, da i.d.R. nur auf berufliche Standards Bezug genommen wird.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mittelbar durch Professionalisierung und Akademisierung der Pflegeberufe staatlich gefördert wird. Erfolgt die Erstellung der Sollensanforderungen im pflegewissenschaftlichen Diskurs, so ist es für Informationstransfer entscheidend, dass er auch genau dorthin erfolgt. Dies geschieht jedenfalls nicht planmäßig. Dies mag zu einen daran liegen, dass es keine bundesweit einheitliche Kontrolle professioneller Pflegekräfte gibt. Die nach § 33a S. 2 BPGG durchgeführten Hausbesuche, welche unabhängig davon erfolgen, ob der Pflegebedürftige professionelle oder nichtprofessionelle Pflege erhält, haben allein die Sicherstellung der Pflege zum Ziel und kontrollieren dementsprechend nicht die Einhaltung professioneller Standards. Die Kontrolle der Sollensanforderungen im Rahmen der Leistungserbringung von sozialen Diensten orientiert sich zwar an den beruflichen Standards. Eine wissenschaftliche Auswertung der Kontrollergebnisse zur Weiterentwicklung der bestehenden beruflichen Standards erfolgt nicht planmäßig. Insoweit lässt sich feststellen, dass die bestehenden gesetzlichen Instrumente die Verwirklichung des großen Kreislaufes jedenfalls nicht aktiv nicht unterstützen.

2. Qualitätssicherung außerhalb des Qualitätskreislaufes

Hinsichtlich Höchstarbeitszeit und Mindestdauer für den Erholungsurlaub gelten die allgemeinen Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes (AZG) und des Urlaubsgesetzes (UrlG). Für die Arbeitnehmer von sozialen Diensten, zu denen auch die angestellten ambulanter Pflegedienste gehören, gilt österreichweit ein verbindlicher Mindestlohn. Dieser, vom Bundeseinigungsamt im Rahmen seiner Zuständigkeit[804] erlassene, „Mindestlohntarif für Arbeitnehmer/innen in Betrieben soziale Dienste“ differenziert nach Qualifikationsniveau der ausgeübten Tätigkeit und Anzahl der Berufsjahre. Je höher das Qualifikationsniveau und je mehr Berufsjahre desto höher der Mindestlohntarif.[805]

3. Mitwirkungspflichten des Pflegebedürftigen

Mitwirkungspflichten enthält das BPGG für die Feststellung der Pflegebedürftigkeit, § 26 BPGG, sowie bei der Überprüfung der zweckgemäßen Verwendung des Pflegegeldes, § 33b II 2. HS BPGG. Eine ausdrückliche Pflicht des Pflegebedürftigen, bei der

804 Nach § 22 I Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) ist das Bundeseinigungsamt für die Festsetzung von Mindestlohntarifen zuständig, wenn die Voraussetzungen des § 22 III ArbVG vorliegen. In § 24 I ArbVG sind veröffentlichte Mindestlohntarife unmittelbar rechtsverbindlich.

805 So gilt beispielsweise für eine Pflegehilfe nach 5 Berufsjahren ein Mindestlohntarif von 1482 € monatlich und für diplomiertes Krankenpflegepersonal 1689,50 €. Daneben gibt es im Bereich der Erbringung von sozialen Dienstleistungen einen Tarifvertrag für ganz Österreich, der für einen großen Personenkreis gilt, nämlich den Kollektivvertrag der Sozialwirtschaft Österreich.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Erbringung von Pflegedienstleistungen mitzuwirken, gibt es im Bundespflegegeldgesetz nicht. Gleiches gilt für die Sozialhilfe- bzw. Mindestsicherungsgesetze sowie für die auf deren Grundlage ergangenen Verordnungen und Richtlinien. Jedoch lässt sich aus der Möglichkeit der Ersetzung des Pflegegeldes durch Pflegesachleistungen nach § 20 I 1 BPGG und dem Ruhen des gesamten Anspruches, wenn auch die Annahme der Sachleistungen grundlos verweigert wird, § 20 I 3 BPGG, eine Mitwirkungspflicht konstruieren, die zumindest die Annahme der Leistung beinhaltet. Soweit zur Annahme der Leistung eine Mitwirkungshandlung des Pflegebedürftigen erforderlich ist, ist auch diese Bestandteil der Mitwirkungspflicht. Zivilrechtlich besteht aus dem Pflegevertrag eine Obliegenheit des Pflegebedürftigen bei den Pflegehandlungen mitzuwirken.[806] Kommt der Pflegebedürftige dieser Obliegenheit nicht nach, so mindert sich beispielsweise unter Anwendung des § 1304 ABGB ein eventueller Schadensersatzanspruch des Pflegebedürftigen gegen den Pflegenden bei mangelhafter Pflege. Die zivilrechtliche Mitwirkungsobliegenheit ist zwar keine Pflicht gegenüber dem Pflegenden, kann von diesem also weder durchgesetzt werden noch hat dieser einen Schadensersatzanspruch wegen einer Pflichtverletzung bei Verletzung der Obliegenheit.[807] Die Obliegenheitsverletzung führt aber neben Nachteilen bei der Geltendmachung von eigenen Schadensersatzansprüchen des Pflegebedürftigen auch dazu, dass dieser in Annahmeverzug kommt. In diesen Fällen bleibt der Pflegebedürftige nach § 1155 I 1 ABGB zur Zahlung der Vergütung verpflichtet.[808]

III. Qualitätssicherung in der nichtprofessionellen Pflege

Die Bestimmung des Personenkreises, der nichtprofessionellen Pflegekräfte erfolgt nach den in der abstrakten Definition im Grundlagenteil aufgestellten Kriterien.[809] Professionelle Pflege setzt danach eine formale Ausbildung und das Auftraten am Markt voraus. Zu den nichtprofessionellen Pflegekräften gehören daher alle Personen, die über keine formale Ausbildung i.S.d. GuKG oder nach den Sozialbetreuungsberufegesetzen der Länder verfügen sowie alle, die die Pflege nicht berufsmäßig ausüben. Aus dem Vorbehalt des § 3 I GuKG und der Ausnahme dazu nach § 3 III GuKG für „Hilfeleistungen in der Nachbarschafts-, Familien- und Haushaltshilfe“ lassen sich zwei Gruppen

806 Vgl. OGH vom 28.08.1997 – 3 Ob 2121/96z zur Pflicht des Patienten an den Heilungsbemühungen des Arztes mitzuwirken.

807 Unterscheidet man zwischen Pflicht und Obliegenheit nach diesen allgemeinen Kriterien, vgl. *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, Einleitung, Rn. 14; *Brox,* Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 616, dann sind alle hier als Mitwirkungspflichten des Pflegebedürftigen dargestellten Aufgaben letztlich Obliegenheiten.

808 Zum Bestehenbleiben des Entgeltanspruches trotz Nichtleistung bei Annahmeverzug, vgl. *Krejci*, in: *Rummel* (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, § 1155, Rn. 9f.

809 Vgl. A. I. 2.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nichtprofessionell Pflegender unterscheiden, nämlich berufsmäßig pflegende Pflegekräfte ohne formale Ausbildung[810] und nicht berufsmäßig pflegende Pflegekräfte unabhängig von ihrer Ausbildung[811]. Denn vereinfacht lässt sich sagen, dass bei berufsmäßiger Erbringung von Pflegeleistungen der Vorbehalt des § 3 I GuKG für bestimmte Pflegetätigkeiten (Pflege i.e.S.) zugunsten der professionellen Pflege gilt, während dieser bei der nicht berufsmäßigen Pflege wegen § 3 III GuKG nicht anwendbar ist.

1. Qualitätssicherungsinstrumente innerhalb des Qualitätskreislaufes

a) Erstellung von Sollensanforderungen

aa) Kein Leistungsbezug

Für die Frage, welche Sollensanforderungen im Rahmen der nichtprofessionellen Pflege gelten, ist es von entscheidender Bedeutung, ob die Pflege berufsmäßig ausgeübt wird und ob die Pflegetätigkeit unter den Vorbehalt des § 3 I GuKG fällt. Zunächst sollen nur die Fallgruppen dargestellt werden, die sich aus der Kombination von berufsmäßiger oder nicht berufsmäßiger Pflege sowie der Ausübung einer vorbehaltenen Tätigkeit oder der Ausübung einer nicht vorbehaltenen Tätigkeit ergeben.

Der Vorbehalt des § 3 I GuKG führt dazu, dass die Ausübung von Tätigkeiten, die unter den Vorbehalt fallen, von nichtprofessionelle Pflegenden grundsätzlich nicht ausgeübt werden dürfen. Pflegetätigkeiten, die medizinisches Fachwissen voraussetzen[812], dürfen grundsätzlich nur von professionellen Pflegekräften ausgeübt werden, wodurch ausgeschlossen wird, dass Laien diese Tätigkeiten ausüben. Damit wird für die Reichweite des Vorbehaltes gewährleistet, dass die für die professionelle Pflege geltenden Standards eingehalten werden.

---

810 Von diesen Pflegekräften werden Pflege und Betreuung gegen Entgelt erbracht, aber sie haben selbst keine formale Ausbildung und sie Erbringen die Leistungen auch nicht (vollständig) unter Anleitung einer ausgebildeten Pflegekraft.

811 Fehlt es an einem Auftreten am Markt, liegt immer nichtprofessionelle Pflege im Sinne der oben genannten Definition vor, d.h. die Angehörigenpflege ist auch der nichtprofessionellen Pflege zuzuordnen, wenn der Angehörige (zufällig) über eine entsprechende Ausbildung verfügt.

812 Tätigkeiten, die kein medizinisches Fachwissen erfordern, werden von dem Vorbehalt nicht erfasst, vgl. Mitteilung des Bundesministeriums für Gesundheit, BMG-92251/0013-II/A/2/2011, S. 2. Einen Anhaltspunkt, dass es sich grundsätzlich um Laientätigkeiten handelt, liefert der Katalog des § 3b II GuKG. Denn die dort aufgeführten Tätigkeiten fallen nur dann unter den Vorbehalt des § 3 I GuKG und bedürfen der Anordnung nach § 3b III Nr. 4 GuKG, wenn besondere medizinische Voraussetzungen vorliegen. Das heißt im Umkehrschluss, dass die in § 3b II GuKG aufgeführten Tätigkeiten wie die Unterstützung bei der Nahrungsaufnahme und die Unterstützung bei der Körperpflege grundsätzlich keines medizinischen Fachwissens bedürfen und daher auch von Laien vorgenommen werden dürfen.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ausgenommen vom Vorbehalt des § 3 I GuKG sind gemäß § 3 III GuKG „Hilfeleistungen in der Nachbarschafts-, Familien- und Haushaltshilfe“. Darunter fallen Tätigkeiten, die nicht berufsmäßig ausgeübt werden und die regelmäßig „von Angehörigen oder Freunden zur Hilfestellung“ ausgeübt werden.[813] Zwar verläuft die Grenze solcher Hilfestellungen dort, wo es sich bei typisierender Betrachtung nicht mehr um Tätigkeiten handelt, die den Fähigkeiten von Laien entsprechen.[814] Die Ausnahme des § 3 III GuKG zu § 3 I GuKG hat jedoch insoweit eine eigenständige Bedeutung, als bei § 3 III GuKG subjektive Kenntnisse und Fähigkeiten zu berücksichtigen sind.[815] Denn während vom Vorbehalt des § 3 I GuKG alle Tätigkeiten erfasst werden, die medizinisches Fachwissen erfordern, können nach § 3 III GuKG bei im Einzelfall vorhandenen Kenntnissen und Fähigkeiten auch grundsätzlich unter den Vorbehalt des § 3 I GuKG fallende Tätigkeiten ausgeübt werden, solange die sonstigen Voraussetzungen des § 3 III GuKG erfüllt sind, also insbesondere die Tätigkeit nicht berufsmäßig ausgeübt wird.

Allerdings gilt auch bei berufsmäßiger Ausübung nichtprofessioneller Pflege der Vorbehalt des § 3 I GuKG nicht uneingeschränkt. Die §§ 3b, 3c GuKG bieten die Möglichkeit der Ausübung einzelner unter den Vorbehalt fallender Tätigkeiten, jedoch unter strengen Voraussetzungen.

Die Delegation von Tätigkeiten nach § 3b GuKG, die eigentlich unter den Vorbehalt des § 3 I GuKG fallen, kann nach § 3b I Nr. 1, 2 GuKG nur auf Personen erfolgen, die entweder Betreuungskräfte i.S.d. HBeG sind oder das Gewerbe der Personenbetreuung nach § 159 Gewerbeordnung (GewO) ausüben.[816] Welche Tätigkeiten zur Betreuung gehören, ist in § 1 III HBeG und § 159 I GewO legal definiert.[817] „Betreuung“ umfasst dabei vor allem die Hilfestellung in allen denkbaren Lebensbereichen. Neben dem Vor-

---

813 *Schwamberger/Biechl,* Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - Kurzkommentar, § 3, S. 30.

814 *Weiss-Faßbinder/Lust,* Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 3, S. 46; *Schwamberger/Biechl,* Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - Kurzkommentar, § 3, S. 30; *Hausreither/Lust,* ÖZPR 2011, S. 71, 72.

815 *Weiss-Faßbinder/Lust,* Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 3, S. 46; *Schwamberger/Biechl,* Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - Kurzkommentar, § 3, S. 30.

816 Zwar erbringen auch diese Personen Pflegeleistungen im Sinne des der Arbeit zugrunde liegenden weiten Begriffsverständnisses, aber HBeG und GewO bezeichnen diese Tätigkeiten als Betreuung, und die Tätigkeiten, die unter den Vorbehalt des § 3 I GuKG fallen, als Pflege. Zur Gewährleistung begrifflicher Klarheit wird „Pflege“ weiterhin mit dem weiten Begriffsverständnis gebraucht und die Vorbehaltstätigkeiten des § 3 I GuKG in Abgrenzung zur Betreuung i.S.d. HBeG und der GewO als „Pflege i.e.S.“ bezeichnet. Zwar ist es grundsätzlich richtig, dass die Betreuung nur pflegergänzende und nicht pflegeersetzende Funktion hat, wenn man nur von der Pflege i.e.S. ausgeht, *Rupp/Schmid,* SozSich (Österreich) 2007, S. 586, 591. Im Rahmen der übertragenen Tätigkeiten gibt es dann aber doch eine gewisse pflegeersetzende Wirkung.

817 Dabei kann der Katalog des § 159 I GewO auch als Auslegungshilfe für die abstrakte Definition des § 1 III HBeG genutzt werden, *Binder/Fürstl-Grasser,* § 1 HBeG, S. 49. Auch verweist § 1 IV HBeG auf den Katalog des § 3b II Nr. 1-5 GuKG zur näheren Bestimmung, welche Tätigkeiten unter den Begriff Betreuung fallen. Auch können delegierte Tätigkeiten nach § 3 V HBeG und § 159 III GewO ausgeübt werden, ohne etwas am Status des Betreuenden zu ändern, solange sie nicht überwiegend ausgeübt werden.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

liegen einer Personenbetreuung nach § 3b I GuKG müssen die Voraussetzungen des § 3b III GuKG erfüllt sein, damit die Betreuungskraft Pflegetätigkeiten im engeren Sinne ausüben darf. Diese Voraussetzungen werden konkret gemeinsam mit den weiteren Sollensanforderungen erläutert, soweit es sich Sollensanforderungen handelt. Gleiches gilt für die Anforderungen nach den §§ 5-7 HBeG und § 160 GewO für die berufsmäßige Ausübung von Tätigkeiten, die nicht unter den Vorbehalt des § 3 I GuKG fallen.

§ 3c GuKG ermöglicht die Delegation anders als § 3b GuKG nicht an berufsmäßige Personenbetreuer, sondern an Laien, § 3c I 1 GuKG. Auch darf der Laie nur eine Person betreuen, § 3c I 2 Nr. 1 GuKG.

Während die §§ 3b, 3c GuKG zunächst nur Tätigkeiten des eigenverantwortlichen Tätigkeitsbereiches des gehobenen Dienstes der Gesundheit- und Krankenpflege i.S.d. § 14 GuKG erfassen, erweitert § 15 VII GuKG die Delegationsmöglichkeiten auf Tätigkeiten des mitverantwortlichen Tätigkeitsbereiches[818] nach § 15 I – V GuKG für die abschließend aufgezählten Tätigkeiten.

Nach § 50b Ärztegesetz kann ein Arzt auch einfache ärztliche Tätigkeiten (vgl. § 50b II Ärztegesetz), die grundsätzlich unter den Ärztevorbehalt nach § 3 I Ärztegesetz fallen, unmittelbar auf die Personengruppen des §§ 3b, 3c GuKG nach § 50b I, III Ärztegesetz übertragen. Dabei ist der Katalog des § 50b II Nr. 1-5 Ärztegesetz identisch mit § 15 VII 1 Nr. 1-5 GuKG. Er enthält jedoch zusätzlich mit Nr. 6 eine Delegationsmöglichkeit für sonstige Tätigkeiten mit vergleichbarem Schwierigkeitsgrad.

Es lassen sich damit fünf Fallgruppen, in denen jeweils unterschiedliche Standards für die Erbringung von Pflegeleistungen gelten, zusammenfassen. Werden ausschließlich Tätigkeiten ausgeübt, die nicht unter den Vorbehalt des § 3 I GuKG fallen (Laientätigkeiten, Betreuung), so gelten abgesehen von den zivil- und strafrechtlichen Anforderungen[819] keine weiteren Sollensanforderungen (Fallgruppe 1). Auch für diese Tätigkeiten gelten Sollensanforderungen, wenn der Anwendungsbereich des HBeG oder der §§ 159f. GewO eröffnet ist (Fallgruppe 2). Werden Tätigkeiten erbracht, die unter den Vorbehalt des § 3 I GuKG fallen und ist keine der Ausnahmen erfüllt, dann dürfen diese Tätigkeiten nur von professionellen Pflegekräften wahrgenommen werden und es gelten die bereits bei der Qualitätssicherung der professionellen Pflege erläuterten Sollensanforderungen (Fallgruppe 3). Greift die Ausnahme des § 3 III GuKG, darf die Tätigkeit ausgeübt werden, ohne dass weitere[820] Sollensanforderungen bestehen (Fallgruppe 4). Greift eine der Ausnahmen der §§ 3b, 3c GuKG, so gelten weitere Sollensanforderungen (Fallgruppe 5). Insbesondere ist bei beiden Delegationsmöglichkeiten fraglich, wie

818 Es handelt sich nach § 15 I GuKG um die „Durchführung diagnostischer und therapeutischer Maßnahmen nach ärztlicher Anordnung".

819 Für den zivilrechtlichen Sorgfaltsmaßstab werden von § 1297 ABGB durchschnittliche Fähigkeiten vermutet. Unterdurchschnittliche Fähigkeiten muss der Schädiger beweisen, *Dittrich/Tades,* Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, § 1297, S. 605. Für den strafrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriff gilt nach § 6 StGB ein individueller Sorgfaltsmaßstab, siehe Fn. 742.

820 Über die zivil- und strafrechtlichen Sollensanforderungen hinaus.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Verantwortung hinsichtlich der Pflegequalität zwischen Delegierenden und Delegationsempfänger verteilt ist.

Nur bei den Fallgruppen 2 und 5 gibt es Sollensanforderungen, die noch darzustellen sind.[821]Für die Fallgruppe 2 ist zu unterscheiden, ob die Betreuung selbständig oder unselbständig ausgeübt wird.

Bei selbständiger Ausübung wird das Gewerbe der Personenbetreuung nach § 159 GewO ausgeübt.[822] Die betreuende Person ist dann verpflichtet, mit der zu betreuenden Person Handlungsleitlinien für den Alltag und für den Notfall[823] zu vereinbaren, § 160 II Nr. 1 GewO. Weiterhin enthalten zwei Verordnungen, die auf der Grundlage von § 69 I GewO beziehungsweise § 69 II GewO erlassen wurden, Sollensanforderungen für die Ausübung des Gewerbes der Personenbetreuung.[824] Dabei verpflichtet die Gefahrenverhütungsverordnung den Personenbetreuer vor allem zum Setzen von Unfallverhütungsmaßnahmen (§ 1 II Nr. 1). Gemäß § 3 der Verordnung zu den Standesregeln enthält die Pflicht der Berufsausübung „mit der Sorgfalt eines ordentlichen Personenbetreuers“. Damit wird ein objektiver Pflichtenmaßstab festgelegt, was jedenfalls für die einfache Fahrlässigkeit die berufsmäßige Ausübung von der Ausübung durch einen Laien unterscheidet. Dabei steht jedoch nicht die Gesundheit des zu Betreuenden, sondern nach § 4 S. 1 der Verordnung zu den Standesregeln stehen die Persönlichkeitsrechte und die wirtschaftlichen Interessen des zu Betreuenden im Vordergrund, was damit zu erklären ist, dass der Personenbetreuer grundsätzlich keine Pflegeleistungen im engeren Sinne erbringt. Der Personenbetreuer hat nach § 1 IV der Verordnung zu den Standesregeln die von ihm erbrachten Leistungen zu dokumentieren.

Wird die Betreuung in unselbständiger Tätigkeit erbracht, so gilt § 5 II HBeG. Danach besteht die Pflicht zur Einhaltung der Handlungsleitlinien gegenüber dem Arbeit-

821 Dabei wirkt der Vorbehalt des § 3 I GuKG der Fallgruppe 3 zwar durch das Verbot auch als Strukturstandard bei der Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte. Die für professionelle Pflegekräfte, die die vorbehaltenen Tätigkeiten tatsächlich ausüben, geltenden Standards wurden bereits dargestellt.

822 Das Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend (BMWFJ) stellt für dieses Gewerbe eine Mustervertrag sowie Formulare zur Übertragung pflegerischer und ärztlicher Tätigkeiten zur Verfügung, http://www.bmwfw.gv.at/Unternehmen/Gewerbe/Seiten/24StundenBetreuungd.aspx (besucht am 11.07.2014).

823 Ein Gegenstand der Handlungsleitlinien für den Notfall wird dabei in § 160 II Nr. 1 GewO näher bestimmt, nämlich das Verhalten bei Verschlechterung des Zustandes der betreuungsbedürftigen Person. Für das Erkennenmüssen der Verschlechterung des Zustandes kommt es auf die subjektiven Fähigkeiten der betreuenden Person an, *Binder/Fürstl-Grasser,* § 5 HBeG, S. 130.

824 Auf Grundlage des § 69 I GewO wurde die “Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über Maßnahmen, die Gewerbetreibende, die das Gewerbe der Personenbetreuung ausüben, zur Vermeidung einer Gefährdung von Leben und Gesundheit bei der Erbringung ihrer Dienstleistungen zu setzen haben” (Gefahrenverhütungsverordnung) erlassen. Auf Grundlage des § 69 II GewO wurde die „Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über Standes- und Ausübungsregeln für Leistungen der Personenbetreuung“ (Verordnung zu den Standesregeln) erlassen.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

geber.[825] Es ist dann weiter zu unterscheiden, ob das Arbeitsverhältnis zur betreuungsbedürftigen Person oder zu einem Dritten besteht. Besteht das Beschäftigungsverhältnis mit der betreuungsbedürftigen Person, so soll § 5 II HBeG auch dem Betreuungsbedürftigen verdeutlichen, dass es sinnvoll ist, entsprechende Handlungsleitlinien zu vereinbaren, zu einem Zeitpunkt zu dem er dazu in der Lage ist. Dies gilt insbesondere für die Handlungsleitlinien für den Notfall.[826] Besteht das Beschäftigungsverhältnis nicht zwischen Betreuungsbedürftigem und Betreuungskraft sondern beispielsweise mit einem sozialen Dienst, so ist die Betreuungskraft aus dem Arbeitsverhältnis nur gegenüber dem sozialen Dienst zu Einhaltung der Handlungsleitlinien verpflichtet. Der soziale Dienst wiederum ist kraft der Vereinbarung mit dem Betreuungsbedürftigen diesem gegenüber zu Einhaltung der Handlungsleitlinien verpflichtet.

Bei der Delegation von Tätigkeiten in der Fallgruppe 5 ergeben sich die Sollensanforderungen zunächst aus den Voraussetzungen für die Delegation. So sollen durch die Voraussetzungen der Durchführung der Tätigkeit im Privathaushalt der betreuten Person (§ 3b III Nr. 1 GuKG) und der regelmäßigen Anwesenheit der betreuenden Person in diesem Haushalt gewährleistet werden, dass eine Nähebeziehung zwischen betreuter und betreuender Person besteht, von der dann wiederum positive Auswirkungen auf die Qualität der zu erbringenden Tätigkeiten erwartet werden.[827] Zur Sicherstellung der Selbstbestimmung der betreuten Person bedarf es deren wirksamer Einwilligung, dass die betreuende Person berechtigt sein soll, die zu delegierende Tätigkeit auszuführen. Auch die Selbstbestimmung des Betreuenden wird geschützt, indem er die Übernahme der Tätigkeit verweigern kann, § 3b III Nr. 4 GuKG. Weiterhin bedarf es der grundsätzlich schriftlichen Anordnung durch einen Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege (§ 3b III Nr. 4 GuKG) nach Anleitung und Unterweisung (§ 3b III Nr. 3 GuKG). Bei der Anleitung und Unterweisung handelt es sich um Struktursollensanforderungen, welche für die einzelne übertragene Tätigkeit die Ausbildung einer professionellen Pflegekraft ersetzen sollen. Für den Übertragungsprozess selbst gilt die Dokumentationspflicht des § 3b IV 2 GuKG. Bei der Ausübung der übertragenen Tätigkeiten durch den Betreuenden stellen sich zwei zentrale Fragen:

1. Wie ist die Verantwortung zwischen dem Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege, der die Anordnung erteilt, und dem die Tätigkeit ausführenden Betreuenden verteilt?

2. Gelten bei der Ausführung der Pflegetätigkeit durch den Betreuenden für diesen die objektiven Anforderungen einer professionellen Pflegekraft nach §§ 4ff. GuKG oder

825 Dies ist aufgrund der Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers im Grunde eine Selbstverständlichkeit. Insoweit hat § 5 II HBeG auch nur feststellende Funktion, siehe *Ritzberger-Moser,* Arbeitsrechtliche Aspekte der Betreuung zuhause, in: *Pfeil* (Hrsg.), Die Zukunft der Pflege und Betreuung in Österreich, S. 121, 137.

826 *Binder/Fürstl-Grasser,* § 5 HBeG, S. 130.

827 *Binder/Fürstl-Grasser,* Binder et al. 2008, § 1 HBeG, S. 55.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die an den subjektiven Kenntnissen des Einzelnen ausgerichteten Anforderungen, die an einen Laien gestellt werden?

Für die erste Frage wird in einer Mitteilung des Bundesministeriums für Gesundheit[828] die Verantwortung hinsichtlich der Anordnung dem Delegierenden zugewiesen. Die Verantwortung für die sachgemäße Durchführung liege hingegen beim ausführenden Laien. Dem wird in der Literatur auch nicht widersprochen,[829] teilweise wird lediglich die Mitteilung zitiert.[830] Allerdings lassen sich Anordnung und Durchführung dann nicht ohne weiteres trennen, wenn die unsachgemäße Durchführung gerade auf einer fehlerhaften Anordnung beruht, insbesondere wenn die fehlerhafte Anordnung ihrerseits auf einer fehlerhaften Anleitung und Unterweisung beruht. Diesen Fall wird man mit den Aussagen in der Mitteilung des Bundesministeriums für Gesundheit noch lösen können. Denn letztlich war hier die fehlerhafte Anordnung zumindest auch kausal für die unsachgemäße Durchführung, so dass die Verantwortung dafür allein oder gemeinsam mit dem Ausführenden beim Delegierenden liegt. Allerdings ist auch die alleinige Verantwortung für die sachgemäße Durchführung bei fehlerfreier Anordnung des ausführenden Laien zweifelhaft. Dies würde nämlich dazu führen dass die Pflicht des Delegierenden zum Widerruf der Anordnung aus Gründen der Qualitätssicherung nach § 3b V 2 GuKG keine Auswirkungen auf die Verteilung der Verantwortung hat. Zwar enthält § 3b GuKG keine Pflicht des Delegierenden, die Ausführung der Pflegetätigkeit durch den Laien zu überwachen. Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen der Delegierende von Fehlern des ausführenden Laien Kenntnis erlangt. Spätestens dann verpflichtet § 3b V 2 GuKG zum Handeln. Ein Angehöriger des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege, der mit seiner Ausbildung eine besondere Verantwortung für pflegebedürftige Personen übernommen hat und mit dem Delegieren einer Pflegetätigkeit an einen Laien eine potentielle Gefahrenquelle eröffnet hat, ist jedenfalls bei Kenntnis von Fehlern des Laien zum Einschreiten aus § 3b V 2 GuKG verpflichtet. Dieser Pflicht kann man nur gerecht werden, wenn man zumindest ab diesem Zeitpunkt eine Verantwortungsteilung zwischen dem Delegierenden und dem Laien vornimmt. Weitergehend könnte man eine Pflicht zur Überwachung des Laien aus § 14 II Nr. 10 GuKG herleiten, der die „begleitende Kontrolle von Personen nach §§3a bis 3c“ zum eigenverantwortlichen Tätigkeitsbereich des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege zählt. Dann würde eine Verantwortungsteilung für die sachgemäße Durchführung von Anfang an nahe liegen. Ein vergleichbares Problem stellt sich für die Verantwortungsteilung, wenn sich der Zustand der betreuten Person ändert und der Betreuende dadurch Fehler bei der Pflege macht. Erkennt man die Überwachungspflicht des Delegierenden an, kommt auch hier eine Verantwortungsteilung von Anfang an in Betracht. Erkennt man die Überwachungspflicht des Delegierenden nicht an, führt die Mitteilungspflicht

828 BMG-92251/0013-II/A/2/2011, S. 3.

829 Ohne eigene Stellungnahme zu dieser Frage *Weiss-Faßbinder/Lust,* Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 3b, S. 54ff.; *Hausreither/Lust,* ÖZPR 2011, S. 71, S. 72.

830 *Schwamberger/Biechl,* Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - Kurzkommentar, § 3, S. 30ff.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Betreuenden bei veränderten Verhältnissen nach § 3b VI Nr. 2 GuKG dazu, dass er bis zur Abgabe der Mitteilung die Verantwortung allein trägt, danach jedoch, aufgrund der Pflicht des § 3b V 2 GuKG für den Delegierenden, die Verantwortung geteilt ist.

Für die zweite Frage ist zunächst festzustellen, dass, soweit eine Verantwortung für den Delegierenden besteht, natürlich die Anforderungen des §§ 4ff. GuKG gelten. Unmittelbar gelten diese Anforderungen für den ausführenden Laien nicht, da er nicht Angehöriger der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe ist, was die §§ 4ff. GuKG jedoch ausdrücklich voraussetzen. Fraglich ist jedoch, ob durch die Delegation nach § 3b GuKG für die delegierte Tätigkeit die §§ 4ff. GuKG gelten. Dafür könnte sprechen, dass der Betreuende die für die jeweilige Pflegetätigkeit erforderliche Anweisung und Unterweisung bekommt. Für die Prozesssollensanforderung „Dokumentationspflicht" stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des § 5 I GuKG nicht, da diese für den Betreuenden speziell in § 3b VI Nr. 1 GuKG geregelt ist. Bereits diese spezielle Regelung spricht systematisch gegen die Geltung der §§ 4ff. GuKG, da die besondere Anordnung einer Dokumentationspflicht in § 3b VI Nr. 1 GuKG neben den weitergehenden Pflichten aus §§ 5, 9 GuKG überflüssig wäre. Aber auch die Gesamtumstände sprechen gegen eine Geltung der §§ 4ff. GuKG für den Betreuenden. Die Pflicht nach § 4 I GuKG zur Pflege „nach Maßgabe der fachlichen und wissenschaftlichen Erkenntnisse und Erfahrungen" ist auf Personen zugeschnitten, die eine umfängliche Ausbildung haben. Der Betreuende bekommt jedoch nur eine Anleitung und Unterweisung für die konkrete Pflegetätigkeit. Vor allem aber ist die Pflicht aus § 4 I GuKG dynamisch; es sind also auch neue fachliche und wissenschaftliche Erkenntnisse und Erfahrungen zu berücksichtigen. Die Erfüllung der dynamischen Pflicht durch die Angehörigen der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe erreicht man durch Fortbildungspflichten für diese Berufsgruppe. Eine Fortbildungspflicht für den Betreuenden besteht jedoch nicht. Die Pflicht des Betreuenden zur sachgemäßen Durchführung der Pflegetätigkeit kann damit nur die Kenntnisse umfassen, die er bereits hatte, und die Kenntnisse, die er zusätzlich durch Anleitung und Unterweisung hinzubekommen hat. Nach Delegation der Pflegetätigkeit gilt damit ein weniger strenger Sorgfaltsmaßstab als für den Fall, dass die Pflege von einem Angehörigen der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe erbracht worden wäre. Begründet werden kann dies zum einen mit dem Selbstbestimmungsrecht des Pflegebedürftigen, der in die Delegation einwilligen muss. Zum anderen führt dies auch zu praktisch sinnvollen Ergebnissen, da auf diese Weise diejenigen Personen, die für die Betreuung häufig vor Ort sind, auch gewisse Pflegetätigkeiten ausüben können.

Die Anforderungen bei der Delegation nach § 3c GuKG sind weitgehend mit denen nach § 3b GuKG vergleichbar. Die Nähebeziehung wird bei § 3c GuKG gewährleistet, indem der Laie nur ein Betreuungsverhältnis zu einer einzigen Person haben darf, § 3c I Nr. 2 GuKG. Damit gelten auch die Überlegungen zur Verantwortungsteilung und zum Sorgfaltsmaßstab entsprechend. Wesentlicher Unterschied ist allerdings, dass der Delegationsempfänger nach § 3c GuKG keine mit § 3b VI Nr. 1 GuKG vergleichbare Dokumentationspflicht hat.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 15 VII GuKG enthält keine eigenen Sollensanforderungen, sondern verweist für die Delegation von Tätigkeiten aus dem mitverantwortlichen Tätigkeitsbereich jeweils auf § 3b III-VI GuKG oder aus § 3c II-V GuKG.

Für die unmittelbare Delegation ärztlicher Tätigkeiten nach § 50b Ärztegesetz gelten für die jeweilige Personengruppe nach § 50b III-VII Ärztegesetz mit den §§ 3b, 3c GuKG vergleichbare Anforderungen.

bb) Leistungsbezug nach BPGG und oder Sozialhilfebezug

Für die Leistungsempfänger von Pflegegeld nach dem BPGG gilt auch bei der Inanspruchnahme nichtprofessioneller Pflege die Pflicht zur zweckgemäßen Mittelverwendung nach §§ 1, 20 BPGG. Der Inhalt dieser Pflicht ist unabhängig davon, ob professionelle oder nichtprofessionelle Pflege geleistet wird, so dass auf die Ausführungen zur professionellen Pflege verwiesen werden kann.

Macht der Pflegebedürftige neben dem Pflegegeld auch die Unterstützung für eine 24-Stunden-Betreuung nach § 21b BPGG geltend, so enthält die Anspruchsvoraussetzung des § 21b II Nr. 5 BPGG Struktursollensanforderungen. Danach muss die Betreuungskraft entweder eine theoretische Ausbildung auf dem Niveau des Heimhelfers haben oder ein bereits seit 6 Monaten bestehendes Betreuungsverhältnis vorliegen oder die Betreuungskraft Delegationsempfänger nach zumindest einer der in Betracht kommenden Delegationsmöglichkeiten (§§ 3b, 15 VII GuKG, § 50b Ärztegesetz) sein.[831] Dabei sind die ersten beiden Varianten als Struktursollensanforderung klar verständlich. So liefert die theoretische Ausbildung eine objektive Voraussetzung für eine gewisse Betreuungsqualität. Das Bestehen des Betreuungsverhältnisses für mindestens 6 Monate baut im Wesentlichen auf den subjektiven Erfahrungen des Betreuungsempfängers auf, der die Fähigkeiten der Betreuungskraft dann bereits seit mindestens einem halben Jahr kennt und bereit ist, sich von dieser weiterhin betreuen zu lassen. Nach einer Betreuung von 6 Monaten vermutet das Gesetz damit, dass die Betreuungskraft zumindest für dieses konkrete Betreuungsverhältnis geeignet ist. Die dritte Variante, dass die Betreuungskraft Delegationsempfänger ist, gibt auf den ersten Blick keine Gewähr für die Erbringung der Betreuungsleistungen, denn eine Delegation setzt lediglich Anordnung und Unterweisung hinsichtlich der delegierten Tätigkeit voraus, welche aber gar keine Betreuungstätigkeit ist, sondern Pflege i.e.S. Dem Gesetz liegt wohl die Vorstellung zugrunde, dass eine Delegation nur stattfindet, wenn die delegierende Pflegefachkraft oder der delegierende Arzt einen positiven Eindruck von den Gesamtfähigkeiten der Betreuungskraft hat. Dies genügt dann, um als geeignete Betreuungskraft für die Förderung der 24-Stunden-Betreuung angesehen zu werden. Neben diesen Strukturanforderungen enthält § 21b IV BPGG eine Ermächtigung zum Erlass von Richtlinien, die auch

831 Die beiden letztgenannten Varianten der Erfüllung der Struktursollensvoraussetzungen wurden erst mit dem Gesundheitsberufe-Rechtsänderungsgesetz 2007 in § 21b BPGG aufgenommen, *Krispl,* ÖZPR 2011, S. 45f.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„Maßnahmen der Qualitätssicherung“ enthalten können. Ausdrückliche Sollensanforderungen enthalten die Richtlinien nicht. Die Gewährleistung der sparsamen, zweckgemäßen und wirtschaftlichen Mittelverwendung durch den Förderungsempfänger ist jedoch gemäß Pkt. 2.3.3 der Richtlinie Anspruchsvoraussetzung. Eine wirtschaftliche und zweckgemäße Verwendung setzt zugleich eine Mindestergebnisqualität voraus, so dass auch diese Anspruchsvoraussetzung ist. Die Konkretisierung der Mindestergebnisqualität fällt jedoch schwer, so dass diese Voraussetzung nur in evidenten Fällen nicht erfüllt ist.

b) Herstellung der Verbindlichkeit

Der strafrechtliche Sorgfaltsmaßstab sowie die strafrechtlich geschützten Rechtsgüter (hier insbesondere die körperliche Unversehrtheit) erlangen ihre Verbindlichkeit unmittelbar durch Gesetz. Dies gilt auch für die Anforderungen an die Erbringung von delegierten Tätigkeiten nach den §§ 3b, 3c GuKG und den Umfang der vorbehaltenen Tätigkeiten nach § 3 I GuKG. Soweit dem Pflegeverhältnis ein zivilrechtlicher Vertrag zugrunde liegt, können in diesem die Sollensanforderungen weitgehend frei vereinbart werden. Verbindlich werden sie durch die vertragliche Einigung.

c) Überwachung

aa) Staatlich initiierte Überwachung

Eine systematische Überwachung des Vorbehalts in § 3 I GuKG und der Voraussetzungen und Anforderungen der §§ 3b, 3c GuKG durch staatliche Stellen erfolgt nicht. Es erfolgt jedoch eine anlassbezogene Prüfung, soweit es sich bei Verstößen gegen diese Vorgaben um Verwaltungsübertretungen i.S.d. § 105 I GuKG handelt. Gleiches gilt für den Vorbehalt des § 3 I Ärztegesetz und die Delegation nach § 50b Ärztegesetz wegen § 199 I, III Ärztegesetz.

Auch die Einhaltung der Handlungsleitlinien nach § 5 HBeG und § 160 II Nr. 1 GewO werden nicht systematisch durch staatliche Stellen überwacht.[832] Dies gilt auch für die Einhaltung der Standes- und Ausübungsregeln aus der Verordnung zu den Standesregeln. Im Rahmen eines Verfahrens der Entziehung der Gewerbeberechtigung kommt eine anlassbezogene Prüfung in Betracht. Allerdings setzt der einzig in Betracht kommende Entziehungsgrund des § 87 I Nr. 3 GewO einen schwerwiegenden Verstoß gegen

832 Ein Verstoß gegen die privatrechtlich durch Vertrag zustande gekommenen Leitlinien stellt auch keine Verwaltungsübertretung dar. Damit scheidet insoweit auch eine anlassbezogene Prüfung aus. Denkbar ist jedoch eine anlassbezogene Prüfung im Rahmen eines Strafverfahrens beispielsweise wegen fahrlässiger Körperverletzung.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtsvorschriften und Schutzinteressen voraus, die dann zur Feststellung der Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden führen.

Beim Bezug von Pflegegeld wird die Pflicht des Leistungsempfängers zur zweckgemäßen Verwendung des Pflegegeldes unabhängig davon überwacht, ob der Leistungsempfänger seinen Pflegebedarf letztlich durch professionelle oder durch nichtprofessionelle Pflege deckt.

Hingegen dienen die Hausbesuche nach § 33a BPGG vorrangig zur Beratung von Pflegebedürftigen, die zumindest auch nichtprofessionelle Hilfe in Anspruch nehmen. § 33a BPGG selbst enthält nur relativ wenige Anhaltspunkte zur Durchführung der Hausbesuche. § 33a S. 1, 2 BPGG lässt sich entnehmen, dass die Hausbesuche vom Leistungsträger initiiert werden sollen. Es bleibt hingegen dem Leistungsträger überlassen, in welchen Abständen die Hausbesuche stattfinden sollen. Welche Qualifikation diejenigen, die die Hausbesuche letztlich durchführen, haben müssen, entscheidet der Leistungsträger. Er ist in seiner Wahl allerdings durch das angestrebte Ziel des § 33a BPGG insoweit eingeschränkt, als der Besuchende zu einer Bewertung des Pflegezustandes und einer anschließenden Beratung zumindest in der Lage sein muss. Dass es sich bei § 33a S. 2 BPGG um ein kooperativ zu erreichendes Ziel handelt, ist auch daran zu erkennen, dass es keine Pflicht zur Mitwirkung des Pflegebedürftigen gibt. Dies ergibt sich aus einem Vergleich zu § 33b II BPGG, der die Pflichten des Leistungsempfängers ausdrücklich nennt. Da es eine derartige Formulierung in § 33a BPGG nicht gibt, ist davon auszugehen, dass dieser auch keine entsprechenden Pflichten enthält. Praktisch erfolgt ein einheitliches Vorgehen aller Leistungsträger bei den Hausbesuchen. Bereits kurz nach Einführung des § 33a BPGG im Jahre 2001 wurde ein Pilotprojekt „Qualitätssicherung in der Pflege“ von der Sozialversicherungsanstalt der Bauern und der Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten durchgeführt, bei dem knapp 900 Hausbesuche durchgeführt wurden.[833] Nach einem Folgeprojekt 2003[834] finden seit dem Jahr 2005 Hausbesuche in größerem Umfang statt, die durch das Kompetenzzentrum „Qualitätssicherung in der häuslichen Pflege“ koordiniert werden,[835] wobei auch hier zunächst Hausbesuche bei Pflegebedürftigen stattfanden, die gewisse Risikofaktoren erfüllen und erst nach und nach alle Pflegebedürftigen einbezogen wurden.[836] Zur Durchführung der Hausbesuche schließt das Kompetenzzentrum mit geeigneten Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege Werkverträge ab. Die Vorbereitung eines konkreten Hausbesuches erfolgt zunächst durch schriftliche

833 *Ostermeyer/Biringer,* SozSich (Österreich) 2003, S. 229f. und zur Gründung dieses Kompetenzzentrums *Rudda,* ÖZPR 2011, S. 60, 61.

834 Dabei wurden bereits mehr als 2000 Hausbesuche von Personen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege durchgeführt. Vgl. auch zu den Ergebnissen der Hausbesuche *Nemeth/Biringer, et al.,* SozSich (Österreich) 2004, S. 401; *Nemeth/Biringer, et al.,* SozSich (Österreich) 2004, S. 509; *Nemeth/Biringer, et al.,* SozSich (Österreich) 2005, S. 44.

835 *Steinbauer,* SozSich (Österreich) 2005, S. 290.

836 *Vogler,* SozSich (Österreich) 2007, S. 140; *Buchinger,* ÖPZ 2008, S. 10, 12.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ankündigung beim Leistungsempfänger, dass er ausgewählt wurde. Anschließend nimmt die für den Besuch vorgesehene Pflegefachkraft noch telefonisch Kontakt mit dem Leistungsempfänger auf.[837] Für den Hausbesuch wurde bis Juli 2011 ein standardisierter Situationsbericht genutzt.[838] Seit August 2011 erfolgt die Ermittlung der Qualität mittels eines neuen Konzeptes, welches auch die Messung der Ergebnisqualität von häuslicher Pflege und Betreuung ermöglicht.[839] In allen Berichten über die Hausbesuche werden diese als Erfolgsprojekt beschrieben. Die Akzeptanz bei den Leistungsempfängern sei sehr hoch.[840] Die Qualität der begutachteten Pflege ist meist „sehr gut" bis „gut", Verwahrlosung liegt nur in Einzelfällen vor.[841] Zumindest bei der behaupteten sehr hohen Akzeptanz seitens der Leistungsempfänger sind mit Blick auf die Statistik für den Untersuchungszeitraum August bis September 2011 Einschränkungen zu machen. Von den geplanten 7207 Hausbesuchen konnten nur 5276 erfolgreich durchgeführt werden. Die Differenz ergibt sich im Wesentlichen durch Leistungsempfänger, die die Kooperation ausdrücklich verweigert haben und durch Leistungsempfänger, die zum vereinbarten Zeitpunkt ohne Grund nicht zu Hause waren.[842] Nun ist es reine Spekulation, wie die Qualität bei den nicht Kooperierenden bewertet worden wäre, es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass auch gerade eine Überforderung mit der Pflegesituation und damit einhergehend eine eher schlechte Pflegequalität zur Nichtkooperation führen kann. Auch insgesamt scheint die Bewertung der Ergebnisse der Hausbesuche nicht ganz konsistent. So wird einerseits festgestellt, die Pflegesituation sei regelmäßig gut bis sehr gut. Andererseits werden ein erheblicher Bedarf an Information und Beratung festgestellt[843] und die Situation der pflegenden Angehörigen wird überwiegend als schwierig eingestuft.[844]

Bei der Förderung der 24-Stunden-Betreuung nach § 21b BPGG wird die Erfüllung der Strukturqualitätsanforderung des § 21b II Nr. 5 BPGG, bei der Prüfung, ob die Förderleistung gewährt werden kann, kontrolliert. Die aus der Pflicht zur wirtschaftlichen Mittelverwendung abgeleitete Mindestergebnisqualität ist bei der Gewährung der För-

837 *Biringer/Freiler,* SozSich (Österreich) 2007, S. 599, 600.

838 *Nemeth/Biringer, et al.,* SozSich (Österreich) 2004, S. 401; *Buchinger,* ÖPZ 2008, S. 10; *Rudda,* ÖZPR 2011, S. 60.

839 Zu den einzelnen „Domänen" dieses Konzeptes, vgl. *Steinbauer/Biringer,* ÖZPR 2012, S. 108ff. Ein Vergleich des alten Verfahrens nach dem standardisierten Situationsbericht und der neuen ergebnisbezogenen Prüfung nimmt, *Grasser,* ÖZPR 2011, S. 144-146, vor.

840 *Nemeth/Biringer, et al.,* SozSich (Österreich) 2004, S. 401; *Steinbauer,* SozSich (Österreich) 2005, S. 290.

841 *Buchinger,* ÖPZ 2008, S. 10, 12f.; *Biringer/Freiler,* SozSich (Österreich) 2007, S. 599, 603.

842 *Kompetenzzentrum Qualitätssicherung in der häuslichen Pflege,* Bundespflegegeldgesetz - Qualitätssicherung in der häuslichen Pflege, S. 4.

843 *Rudda,* ÖZPR 2011, S. 60, 61; *Steinbauer/Biringer,* ÖZPR 2012, S. 108, 110.

844 Am häufigsten werden von den Pflegenden psychische Probleme aufgrund der großen Verantwortung bis hin zur Isolation angegeben, vgl. zur Zielgruppe VIII *Kompetenzzentrum Qualitätssicherung in der häuslichen Pflege,* S. 35 sowie zu früheren Zielgruppen *Nemeth/Biringer, et al.,* SozSich (Österreich) 2004, S. 509, 510.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

derleistung im Wege einer Prognose zu prüfen, da der Förderungsempfänger diese „gewährleisten“ muss, vgl. Pkt. 2.3.3. der Richtlinien. Die gemäß Pkt. 4.4 der Richtlinien durch das Bundessozialamt erfolgende Kontrolle der widmungsgemäßen Verwendung der Fördermittel umfasst auch die Mindestergebnisqualität, da Teil der widmungsgemäßen Verwendung auch die wirtschaftliche Verwendung ist. Die Kontrolle dürfte grundsätzlich durch Auskünfte des Förderungsempfängers erfolgen, vgl. Pkt. 5 der Richtlinien. Daneben besteht nach Pkt. 7 der Richtlinien auch die Möglichkeit zu sonstigen Qualitätssicherungsmaßnahmen wie beispielsweise der Durchführung von Hausbesuchen. Da es sich jedoch bei den Förderungsempfängern zugleich auch um Leistungsempfänger des Bundespflegegeldes handelt, wird die Betreuungssituation bei den Hausbesuchen nach § 33a BPGG mit berücksichtigt.

bb) Sonstige am Pflegeprozess Beteiligte

Die Überwachungsmöglichkeiten durch den Pflegebedürftigen und Angehörige sind auch in Österreich von den Umständen des Einzelfalles abhängig. Werden Betreuungsleistungen durch Dritte nach dem HBeG oder §§ 159f. GewO erbracht, gibt es jedoch einige Instrumente, welche die Überwachungsmöglichkeiten durch den Pflegebedürftigen und dessen Angehörige zumindest verbessern sollen.

Werden die Betreuungsleistungen von einer Betreuungskraft erbracht, die das Gewerbe der Personenbetreuung ausübt, schreibt § 2 II der Verordnung zu den Standesregeln die Schriftform sowie einen Mindestinhalt für den Betreuungsvertrag vor. Zu diesen Mindestanforderungen zählen auch der geschuldete Leistungsinhalt sowie die Handlungsleitlinien. Damit ist es für den Pflegebedürftigen und seine Angehörigen einfacher den Sollzustand festzustellen. Für die Beantwortung der Frage, welche Leistungen tatsächlich erbracht wurden, bietet die Dokumentationspflicht nebst Pflicht, diese dem Vertragspartner zugänglich zu machen, nach § 1 IV der Verordnung zu den Standesregeln,[845] eine Hilfestellung. Erhält der Pflegebedürftige zugleich professionelle Pflege, so besteht auch den professionellen Pflegekräften gegenüber die Pflicht der Betreuungskraft die Dokumentation zugänglich zu machen. Damit ist auch den professionellen Pflegekräften die Kontrolle der Personenbetreuung möglich.

Erfolgt die Erbringung der Betreuungsleistungen hingegen von einer Betreuungskraft, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betreuungsbedürftigen steht, gibt es keine gesetzlich normierte Dokumentationspflicht. Auch lässt sich diese nicht generell als Nebenpflicht aus dem Betreuungsvertrag herleiten.[846] Eine Dokumentationspflicht kann hier nur im Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart werden.

---

845 Verordnung über Standes- und Ausübungsregeln für Leistungen der Personenbetreuung (BGBl. II 2007/278).

846 Zwar wird allgemein davon ausgegangen, dass bei einem Vertrag zwischen Arzt und Patient eine Dokumentationspflicht des Arztes bereits als Nebenpflicht aus dem Dienstvertrag folgt, *Stellamor/Steiner,* Handbuch des österreichischen Arztrechts Band 1, S. 158ff., und es daher der spezial-

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eine zusätzliche Überwachung findet bei der Erbringung von Pflegeleistungen im engeren Sinne nach Anordnung gemäß den §§ 3b, 3c GuKG statt. Hier obliegt dem anordnenden Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege die Überwachung des Anordnungsempfängers. Diese Überwachung wird für den Fall des § 3b GuKG durch die Dokumentationspflicht des Anordnungsempfängers nach § 3b VI Nr. 1 GuKG und die Pflicht, die Dokumentation dem anordnenden Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege zugänglich zu machen, vereinfacht.

d) Reaktion auf die Überwachungsergebnisse

aa) Staatliche Reaktionen

Das GuKG enthält als staatliche Reaktion auf die Nichterfüllung von Pflichten vor allem die Sanktionierung als Verwaltungsübertretung. Übt eine nichtprofessionelle Pflegekraft Pflegetätigkeiten i.e.S. aus, ohne dazu nach §§ 3 III, 3b, 3c GuKG berechtigt zu sein, so ist dies eine Verwaltungsübertretung i.S.d. § 105 I Nr. 1 GuKG und wird entsprechend sanktioniert. Um eine Verwaltungsübertretung i.S.d. § 105 I Nr. 4 GuKG handelt es sich auch, wenn die nichtprofessionelle Pflegekraft bei zulässiger Ausübung von Pflege i.e.S. nach den §§ 3b, 3c GuKG gegen die ihr dort auferlegten Pflichten verstößt. Dazu gehören insbesondere die Dokumentationspflicht nach § 3b VI Nr. 1 GuKG und die Informationspflicht bei Änderungen gegenüber der anordnenden Person nach §§ 3b VI Nr. 2, 3c V GuKG. In diesem Zusammenhang können auch professionelle Pflegekräfte sanktioniert werden, wenn sie ihre Pflichten aus den §§ 3b, 3c GuKG nicht erfüllen. Dies gilt zum einen für die ordnungsgemäße Anordnung und Unterweisung der nichtprofessionellen Pflegekraft, aber auch, wenn man eine Pflicht zur Überwachung der nichtprofessionellen Pflegekraft anerkennt, für die Erfüllung der Überwachungspflicht.

Führt die nichtprofessionelle Pflegekraft lediglich Betreuungstätigkeiten aus, kommen staatliche Sanktionen außerhalb des Strafrechts nur in Betracht, wenn sie das Gewerbe der Personenbetreuung ausübt. Dann können Verstöße gegen Standes- und Ausübungsregeln unter den Voraussetzungen des § 87 I Nr. 3 GewO zur Entziehung der Gewerbeberechtigung führen.

---

gesetzlichen Regelung des § 51 Ärztegesetz nicht bedürfe. Die Dokumentationspflicht als Nebenpflicht aus dem Dienstvertrag bei Ärzten lässt sich jedoch vor allem damit begründen, dass man die Dokumentation von Diagnose und Behandlung durch Ärzte als Teil der Behandlung entsprechend des fachlichen Standards erwartet. Dies ist bei der Personenbetreuung, die eine fachliche Ausbildung nicht voraussetzt, nicht der Fall.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Reaktionsmöglichkeiten der §§ 20, 33b III BPGG entsprechen denen bei der professionellen Pflege.[847]

Bei dem nur bei Leistungsbezug nach dem BPGG geltenden kooperativ zu erreichenden Optimierungsgebot des § 33a BPGG ist zu unterscheiden, ob und inwieweit der Pflegebedürftige kooperiert. Kooperiert der Pflegebedürftige wird ein Hausbesuch durchgeführt. Wird dabei festgestellt, dass die Möglichkeit der Optimierung besteht, leistet der Leistungsträger seinen Beitrag in Form von Information und Beratung. Der Pflegebedürftige kann dann diese neuen Informationen zur Verbesserung seiner Situation nutzen. Der Pflegebedürftige kann sowohl im ersten Teil, also bei der Frage, ob ein Hausbesuch durchgeführt wird, als auch im zweiten Teil, also bei der Frage, ob er die neuen Informationen zur Verbesserung seiner Lage nutzt, die Kooperation verweigern. Weitere Konsequenzen hat die Verweigerung der Kooperation für den Pflegebedürftigen nicht.

Erhält der Pflegebedürftige die Förderung für die 24-Stunden-Pflege nach § 21b BPGG, so wird bei Feststellung der widmungswidrigen Verwendung der Förderung, also auch, wenn die Qualität nicht den Mindeststandard erreicht, die als Zuschuss geleistete Förderung nach Pkt. 6. der Richtlinien zurückgefordert. Gleiches gilt, wenn die notwendigen Feststellungen für die zweckgemäße Verwendung vereitelt werden.

bb) Reaktionen sonstiger am Pflegeprozess Beteiligter

Bei den Reaktionsmöglichkeiten des Pflegebedürftigen ist zunächst danach zu unterscheiden, ob das Pflegeverhältnis rechtlich formalisiert ist, wie im Rahmen der Betreuung nach dem Hausbetreuungsgesetz oder ob ein Gefälligkeitsverhältnis, wie regelmäßig bei der Pflege durch Angehörige, vorliegt. Rechtliche Möglichkeiten zur Beendigung des Pflegeverhältnisses, beispielsweise durch Kündigung, sind nur interessant, wenn es sich um ein rechtlich formalisiertes Pflegeverhältnis handelt. Bei der Betreuung nach dem Hausbetreuungsgesetz sind drei Varianten der rechtlichen Gestaltung denkbar. In der ersten Variante besteht ein Arbeitsvertrag zwischen Betreuendem und Pflegebedürftigem (oder dessen Angehörigen). Auf die Kündigung ist dann nach § 3 I HBeG das Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz (HGHAG) anwendbar. Nach § 13 II HGHAG gilt, wenn nichts Abweichendes vereinbart wurde, eine Kündigungsfrist von 14 Tagen, ohne dass es eines Kündigungsgrundes bedarf. In der zweiten Variante ist der Betreuende bei einem sozialen Dienst angestellt und zwischen sozialem Dienst und Pflegebedürftigem besteht ein Dienstvertrag. Geht man davon aus, dass dieser keine Dienste höherer Art zum Gegenstand hat[848], das Entgelt nach Stunden oder Tagen bemessen ist und nicht Abweichendes vereinbart wurde, dann kann nach § 1159 ABGB jederzeit für den folgenden Tag gekündigt werden. In Salzburg ist auch für Träger von

847 Siehe D. II. 1. d) aa).

848 Dafür spricht, dass für die Hausbetreuung keine berufliche Ausbildung erforderlich ist, vgl. Fn. 773 zur Definition von Diensten höherer Art.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einrichtungen der Haushaltshilfe die jederzeitige Kündigungsmöglichkeit des Pflegebedürftigen nach § 25 III Nr. 1 SPG unabdingbar. Bei der dritten Variante ist der Betreuende selbstständig, und es besteht zwischen ihm und dem Pflegebedürftigen ein Dienstvertrag. Auch hier gelten die §§ 1159ff. ABGB. Hingegen ist das Salzburger Pflegegesetz dem Wortlaut nach auf einzelne Betreuungskräfte nicht anwendbar. Ein einzelner Betreuender ist kein „Träger einer Einrichtung".

Die Möglichkeit des Schadensersatzes bei mangelhafter Pflege besteht hingegen unabhängig von der rechtlichen Formalisierung des Pflegeverhältnisses. Im Rahmen der Ansprüche des Pflegebedürftigen nach dem allgemeinen Schadensersatzrecht nach den §§ 1293ff. ABGB besteht gegenüber den Schadensersatzansprüchen bei Pflege durch professionelle Pflegekräfte vor allem der Unterschied, dass der strenge objektive Sorgfaltsmaßstab nach § 1299 ABGB für nichtprofessionelle Pflegekräfte nicht gilt.[849] Er gilt jedoch, wenn ein Schadensersatzanspruch aufgrund mangelhafter Delegation, insbesondere aufgrund mangelhafter Anleitung und Unterweisung, aber auch bei verspäteter Rücknahme der Delegation, nach den §§ 3b, 3c GuKG, § 50b Ärztegesetz gegenüber dem delegierenden Arzt oder der delegierenden Pflegefachkraft geltend gemacht wird.

Werden nach §§ 3b, 3c GuKG delegierte Pflegeleistungen i.e.S. oder nach § 50b Ärztegesetz delegierte ärztliche Leistungen durch den Delegationsempfänger mit nicht ordnungsgemäßer Qualität erbracht, so besteht neben den Reaktionsmöglichkeiten des Pflegebedürftigen gegenüber Delegierenden und Delegationsempfänger die Pflicht des Delegierenden die Befugnis zur Vornahme der Pflegetätigkeit i.e.S. oder der ärztlichen Tätigkeit zu widerrufen, §§ 3b V 2, 3c IV 2 GuKG, § 50b V 3 Ärztegesetz.

e) Rechtsschutz

Entscheidungen im Verwaltungsstrafverfahren (hier kommen insbesondere die Strafen nach § 105 GuKG in Betracht) ergehen durch Bescheid. Gegen diesen war bis 31.12.2013 zunächst Berufung bei den unabhängigen Verwaltungssenaten[850] nach §§ 51ff. Verwaltungsstrafgesetz (VStG) in der Fassung bis 31.12.2013 zu erheben und anschließend nach Art. 131 B-VG in der Fassung bis 31.12.2013 Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof. Seit 01.01.2014 ist gegen Bescheide, die ein Verwaltungsstrafe

849 Damit bleibt es beim Sorgfaltsmaßstab des § 1297 ABGB und der Bestimmung eines objektiven Sorgfaltsmaßstabes anhand von Verkehrskreisen, *Harrer*, in: Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB, Band 7, § 1297, Rn. 4. Da für die Tätigkeit als Betreuungskraft keine Ausbildung erforderlich ist, kann man von Betreuungskräften nicht mehr Kenntnisse als von Laien erwarten. Damit ist Sorgfaltsmaßstab dasjenige, was man von jedem Laien erwarten kann.

850 Die unabhängigen Verwaltungssenate sind Teil der Verwaltung, ihre Entscheidung wurde in Art. 131 III B-VG in der Fassung bis zum 31.12.2013 jedoch privilegiert, da die Behandlung einer Beschwerde gegen Entscheidungen der unabhängigen Verwaltungssenate wegen fehlender grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfrage abgelehnt werden konnte, vgl. zur Frage der Reichweite im Verwaltungsstrafverfahren, *Mayer,* Das österreichische Bundesverfassungsrecht, Art. 131, S. 442f.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aussprechen die Beschwerde zu den Veraltungsgerichten möglich, § 46 I VStG in der Fassung seit 01.01.2014.

Gegen Entscheidungen des Bundessozialamtes im Rahmen der Gewährung oder Entziehung von Unterstützungsleistungen für die 24-Stunden-Betreuung nach § 21b BPGG gilt hinsichtlich des gerichtlichen Rechtsschutzes das zu den Sozialhilfeleistungen ohne Rechtsanspruch im Rahmen der Qualitätssicherung bei der professionellen Pflege Gesagte.[851] Insbesondere handelt es sich bei diesen Unterstützungsleistungen nicht um Pflegegeldleistungen nach § 65 I Nr. 1 ASGG, so dass der Rechtsweg zu den Arbeits- und Sozialgerichten nicht eröffnet ist. Verwaltungsinterner Rechtsschutz ist nach Punkt 4.7 der Richtlinien zur 24-Stunden-Betreuung beim BMASK möglich. Dieses überprüft die Rechtmäßigkeit und die Zweckmäßigkeit der Entscheidung des Bundessozialamtes.

Bei Reaktionen des Pflegebedürftigen auf der Grundlage des zivilrechtlichen Dienstvertrags zwischen ihm und der Betreuungskraft oder einem Betreuungsdienst ist das allgemeine Verfahren nach der Zivilprozessordnung maßgebend. Nur wenn die Betreuungskraft beim Pflegebedürftigen als Arbeitnehmer angestellt ist, handelt es sich um eine Arbeitsrechtssache nach § 50 I Nr. 1 ASGG.

f) Herstellung eines Kreislaufes

Bei der Herstellung eines Qualitätskreislaufes kann es bei der nichtprofessionellen Pflege vor allem um die Herstellung des kleinen Kreislaufes gehen, wobei der rechtliche Beitrag dazu wie bei der professionellen Pflege durch die präventiven und repressiven Wirkungen der Reaktionsmöglichkeiten erfolgt. Die ständige Weiterentwicklung der Sollensanforderungen wird bei der nichtprofessionellen Pflege hingegen grundsätzlich bereits nicht angestrebt. Allerdings findet im Rahmen der Delegation von Tätigkeiten nach den §§ 3b, 3c GuKG eine Teilhabe der Delegationsempfänger an der Weiterentwicklung der fachlichen Standards statt, denn Anleitung und Unterweisung für die zu delegierende Tätigkeit nehmen an der Dynamik der fachlichen Standards teil.

2. Qualitätssicherungsinstrumente außerhalb des Qualitätskreislaufes

a) Unterstützung der Pflegebedürftigen

Einen Rechtsanspruch auf Information oder Beratung hinsichtlich des pflegerischen Bedarfes, der denkbaren rechtlichen Ansprüche oder anderer Aspekte der Pflege enthält das BPGG nicht. Nach § 33c I Nr. 2, 3 BPGG können Projekte finanziell gefördert wer-

851 Siehe D. II. 1. e) bb).

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den, deren Gegenstand die Verbesserung der Kenntnisse im Umgang mit Pflegebedürftigkeit ist. In einigen Ländern sind „allgemeine und spezielle Beratungsdienste“ in den Leistungskatalogen bei Pflegebedürftigkeit in den Sozialhilfe- oder Mindestsicherungsgesetzen enthalten.[852] Ein konkreter Rechtsanspruch besteht jedoch nicht. Der Umstand, dass rechtliche Regelungen, die einen Anspruch des Pflegebedürftigen auf Information und Beratung enthalten, weitgehend fehlen, bedeutet nicht, dass keine Beratung stattfindet. Im Rahmen der Hausbesuche nach § 33a BPGG soll die Pflegesituation vor allem durch Beratung verbessert werden. Auch gibt es auf Landesebene beispielsweise das Demenzteam Burgenland[853] und die Pflegeberatung Salzburg[854]. Allerdings führen das Fehlen eines Anspruches des Pflegebedürftigen und das Fehlen von gesetzlichen Regelungen, die die Pflicht zur Beratung konkretisieren, zu einer geringen Rechts- und Planungssicherheit. Derartige freiwillige Maßnahmen sind in besonders großem Maße der Gefahr ausgesetzt, im Rahmen allgemeiner Haushaltskürzungen gestrichten zu werden.

b) Unterstützung der Pflegenden

Die Unterstützung der Pflegenden erfolgt durch Ausgestaltung der Rahmenbedingungen der Pflege. Für professionelle Pflegekräfte sind dies beispielsweise arbeitsrechtliche Regelungen und für nichtprofessionelle Pflegekräfte Regelungen zur besseren Vereinbarkeit von Pflege und Beruf.

aa) Berufsmäßig Pflegende

Gerade bei Personen, die Betreuungsleistungen im Rahmen der 24-Stunden-Pflege erbringen und die möglicherweise sogar mit dem Pflegebedürftigen in einem Haushalt wohnen, stellt sich die Frage, wie diese Personen vor (zeitlicher) Überlastung geschützt werden können, ohne diese Art der Betreuung praktisch unmöglich zu machen. Die Regelungen des Arbeitszeitgesetzes (AZG) erweisen sich in diesem Zusammenhang als untauglich. Um eine 24-Stunden-Betreuung dauerhaft in Übereinstimmung mit § 3 I AZG zu gewährleisten, wären mindestens fünf Betreuungskräfte erforderlich.[855] Damit

852 § 15 II lit. c K-MSG, § 22 II Nr. 5 Salzburger SHG, § 22 II Nr. 4 WSHG

853 *Biringer/Freiler,* SozSich (Österreich) 2010, S. 511, 514f.

854 Http://www.salzburg.gv.at/themen/gs/soziales/pflege_und_betreuung-2/pflegeberatung.htm (besucht am 11.07.2014).

855 Wöchentlich ist eine Anwesenheit von 168 Stunden erforderlich. Insbesondere gilt auch die Arbeitsbereitschaft als Arbeitszeit. Auch handelt es sich regelmäßig um Arbeitsbereitschaft und nicht lediglich um nicht zur Arbeitszeit gehörende Rufbereitschaft, da der Arbeitsgeber den Ort des Aufenthalts während der Bereitschaft bestimmen wird. Zu dieser Unterscheidung, VwGH vom 11.03.1993 – 92/18/0446. Bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden je Betreuungskraft werden also fünf Betreuungskräfte benötigt.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die tägliche Höchstarbeitszeit nach § 3 I AZG nicht überschritten wird, müssten sich die Betreuungskräfte im Dreischichtsystem abwechseln. Ein solches Modell wäre nicht praktikabel. Dies gilt vor allem, wenn die Betreuungskräfte im Haushalt des Pflegebedürftigen wohnen, da dieser dann auch fünf Wohnplätze zu Verfügung stellen müsste. Will man diese Form der Betreuung aus dem Bereich der Illegalität herausholen und den Pflegebedürftigen eine legale Möglichkeit zur Deckung ihres Bedarfes in häuslicher Umgebung ermöglichen, so bedarf es u. a. einer besonderen Lösung für den Bereich der Arbeitszeit. Dieser Lösungsweg wird durch die §§ 3, 4 HBeG eröffnet.[856] Dabei wird unterschieden, ob das Arbeitsverhältnis der Betreuungskraft i.S.d. § 1 II HBeG zum Pflegebedürftigen (oder zu einem Angehörigen) oder zu einer Trägerorganisation besteht. Für den ersten Fall gilt § 3 HBeG und für den zweiten Fall § 4 HBeG. Auf die Arbeitszeitregelung für Betreuungskräfte nach § 1 II HBeG selbst hat diese Unterscheidung keinen Einfluss, da § 4 I HBeG insoweit auf § 3 II-IV HBeG verweist.[857] Aus § 3 II 1 HBeG i.V.m. der Begriffsdefinition für Betreuungskräfte nach dem HBeG nach § 1 II Nr. 3 HBeG ergibt sich ein Zwei-Wochen Blockmodell. Danach beträgt die Höchstarbeitszeit innerhalb von 2 aufeinanderfolgenden Wochen 128 Stunden, gefolgt von 2 Wochen Freizeit. Abweichend von den allgemeinen Bestimmungen des Hausangestelltengesetzes (HGHAG) und des AZG gelten bestimmte Zeiten der Arbeitsbereitschaft nicht als Arbeitszeit. Durch das Zwei-Wochen Blockmodell wird eine gewisse Kontinuität der Betreuung gewährleistet, da es möglich ist, dass sich zwei Personen im Zweiwochenrhythmus abwechseln.

Ist die Betreuungskraft beim Pflegebedürftigen (oder einem Angehörigen) angestellt, so verweist § 3 I HBeG für weitere Mindestarbeitsbedingungen auf das HGHAG. Dazu gehören vor allem die Mindestbestimmungen zu der der Betreuungskraft zur Verfügung gestellten Mindestausstattung für den Wohnraum nach § 4 I, II HGHAG sowie § 9 HGHAG für den Mindesturlaubsanspruch.[858] HGHAG (wg. § 3 I HBeG). Hinsichtlich der Entlohnung gilt der Mindestlohntarif für im Haushalt Beschäftigte.[859]

---

856 Vgl. zu diesem Ziel, 78 der Beilagen XXIII. GP – Regierungsvorlage – Vorblatt und Erläuterungen, S. 2.

857 Lediglich für den Arbeitgeber bestehen in diesem Fall strengere Anforderungen an die Arbeitszeitdokumentation, § 4 II Nr. 1 HBeG i.V.m. § 26 AZG und ein Überschreiten der Höchstarbeitszeit wird strenger sanktioniert, § 4 II Nr. 2 HBeG i.V.m. § 28 II AZG. Von Bedeutung ist die Unterscheidung nach dem Arbeitgeber, wenn die Betreuungskraft nicht die Voraussetzungen des § 1 II HBeG erfüllt, also beispielsweise die betreuungsbedürftige Person nicht zumindest pflegebedürftig i.S.d. Pflegestufe 1 nach dem BPGG ist oder lediglich pflegebedürftig i.S.d. Pflegestufen 1 oder 2 ist und kein zusätzlicher Betreuungsbedarf wegen einer Demenzerkrankung nachgewiesen wurde (§ 1 II Nr. 2 HBeG). Ist der Arbeitgeber dann der Pflegebedürftige, gilt das HGHAG. Ist der Arbeitgeber hingegen eine Trägerorganisation, gilt das AZG.

858 Zur Berechnung des Mindesturlaubsanspruches von Betreuungskräften mit einer 7-Tage-Woche im Zwei-Wochen Blockmodell, *Binder/Fürstl-Grasser,* § 3 HBeG, S. 76-79.

859 Vgl. die „Verordnungen des Bundeseinigungsamtes beim Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, mit denen der Mindestlohntarif für im Haushalt Beschäftigte festgesetzt wird“ für die einzelnen Länder.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Nicht berufsmäßig Pflegende

Nicht berufsmäßig Pflegende sind vor allem Angehörige, Nachbarn und Freunde. Bei diesen soll durch Unterstützungsmaßnahmen die Bereitschaft zur Pflege gefördert, aber auch die Fähigkeit und die Bereitschaft zu pflegen erhalten werden. Als typische Unterstützungsmaßnahmen haben sich bisher die Ersatzpflege bei Verhinderung des Hauptpflegenden und Kurse zur Vermittlung pflegerischer Kenntnisse[860] herausgebildet.

Pflegekurse gehören nicht zu den Unterstützungsmaßnahmen, die im BPGG unmittelbar gefördert werden. Es erfolgt jedoch eine mittelbare Förderung, da der Besuch eines solchen Kurses ein sonstiger wichtiger Grund i.S.d. § 21a I Nr. 2 BPGG ist[861] und damit die Förderung für die Ersatzpflege nach § 21a BPGG auslösen kann. In den Sozialhilfe- beziehungsweise Mindestsicherungsgesetzen von Kärnten und Oberösterreich sind Schulungen Teil der möglichen Leistungen der Hilfe zur Pflege. Ein Rechtsanspruch besteht jedoch in beiden Ländern nicht.[862] Die Voraussetzungen für die Möglichkeit an Schulungen teilnehmen zu können, sind in beiden Ländern gering.[863] So muss kein Angehörigenverhältnis bestehen. Auch kann eine Schulung bereits vor Aufnahme der Pflegetätigkeit erbracht werden.

Sowohl im BPGG als auch in den Sozialhilfe- beziehungsweise Mindestsicherungsgesetzen einiger Länder werden Pflegende dabei unterstützt, eine Ersatzkraft im Falle der Verhinderung oder einer Auszeit des Pflegenden zu finanzieren.[864] Die Förderung nach § 21a BPGG wird durch einen Zuschuss in Geld gewährt.[865] Die Voraussetzungen für diese Förderung sind recht streng. So muss es sich bei der Pflegeperson um einen nahen Angehörigen[866] handeln, der einen Pflegebedürftigen mit qualifizierter Pflegebedürftigkeit seit über einem Jahr überwiegend pflegt. Insbesondere die Beschränkung auf nahe Angehörige ist nur mit fiskalischen Gründen zu erklären. Die Wartezeit von einem Jahr mag bei der Verhinderung wegen Urlaub noch ihre Berechtigung haben[867], aber

860 Dabei geht es nicht nur darum, die Qualität der Pflege für den Pflegebedürftigen unmittelbar zu verbessern, sondern auch und möglicherweise sogar im Wesentlichen darum, den Pflegenden vor physischer und psychischer Überlastung zu schützen, um dadurch mittelbar die Versorgung des Pflegebedürftigen dauerhaft zu sichern.

861 So ausdrücklich Pkt. 3.4 der Richtlinien des BMASK für die Gewährung von Zuwendungen zur Unterstützung pflegender Angehöriger (Unterstützungsrichtlinie).

862 § 8 II K-MSG; § 17 V OöSHG.

863 Die Voraussetzungen enthalten die §§ 15 III i.V.m. 9 II lit. g K-MSG und § 17 IV OöSHG.

864 Zum Zweck der Unterstützung, vgl. *Grasser,* ÖZPR 2010, S. 42f. Ein Rechtsanspruch besteht aber auch auf diese Unterstützungsmaßnahme nicht. Bspw. Richtlinie des Landes Tirol zur Förderung der Kurzzeitpflege für pflegebedürftige Personen Pkt. 2.7.

865 Zum Förderrahmen vgl. Pkt. 5.2 der Unterstützungsrichtlinie. Die Pflegeperson kann die Fördermittel sowohl für die Organisation professioneller als auch nichtprofessioneller Pflege verwenden, Pkt. 1 der Unterstützungsrichtlinie.

866 Zum Kreis der nahen Angehörigen siehe Pkt. 1.1 der Unterstützungsrichtlinie.

867 Obwohl ein Jahr ohne Urlaub auch bereits sehr lang ist und zu Überlastung des Pflegenden führen kann.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bei der Verhinderung aufgrund eines Pflegekurses dürfte sie kontraproduktiv sein. Ziel sollte es sein, den Pflegekurs möglichst schnell nach Beginn der Pflegetätigkeit machen zu können, um vorhandene Wissenslücken schließen und praktische Fähigkeiten möglichst schnell entwickeln zu können. Eine Wartezeit von einem Jahr wirkt hier kontraproduktiv. Weiterhin ist die Förderung von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Pflegeperson abhängig.[868] Entsprechend der grundsätzlichen Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern, wonach die Länder verpflichtet sind, ein ausreichendes Angebot an Pflegesachleistungen zu gewährleisten, findet eine Förderung in den Sozialhilfe- beziehungsweise Mindestsicherungsgesetzen einiger Länder in der Form statt, dass stationäre Kurzzeitpflegeplätze geschaffen werden oder mobile Kurzzeitpflege ermöglicht wird.[869] Während gemäß § 22 II Salzburger SHG die Kurzzeitpflege nur als sozialer Dienst in stationären Einrichtungen bereitgestellt werden soll, ist in Kärnten und Tirol die Kurzzeitpflege eine Leistung der Hilfe zur Pflege.[870]

Der Anspruch auf Freistellung von der Arbeit gegen den Arbeitgeber nach § 16 I 1 Nr. 1 UrlG zur Pflege eines nahen Angehörigen ist wegen seiner kurzen Dauer von einer Woche im Jahr sowie wegen den strengen Voraussetzungen, insbesondere der nicht möglichen Hilfe durch andere Personen[871], ersichtlich nicht für die Langzeitpflege konzipiert, sondern soll nur bei kurzfristiger Krankheit eine Lösungsmöglichkeit für die Hilfe in der Familie bilden.[872] Ein Freistellungsanspruch für eine Dauer von bis zu 3 Monaten gegen den Arbeitgeber besteht gegenwärtig nur im Falle der Sterbebegleitung naher Angehöriger, § 14a Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG). Seit dem 01.01.2014 kann ein Arbeitnehmer auch die Freistellung von der Arbeit (Pflegekarenz) oder die Reduzierung der Arbeitszeit (Pflegeteilzeit) für die Pflege eines nahen Angehörigen verlangen, §§ 14c, d AVRAG. Die Dauer ist ebenfalls auf drei Monate beschränkt und der Anspruch existiert grundsätzlich[873] nur einmal für jeden Pflegebedürftigen, dessen Pflegebedarf zumindest dem der Stufe 3 i.S.d. Bundespflegegeldgesetzes ent-

868 Zu den Einkommensgrenzen Pkt. 3.1 und 3.2 der Unterstützungsrichtlinie.

869 §§ 15 II lit. d i.V.m. 9 II lit. f K-MSG; § 22II Salzburger SHG; §§ 13 lit. c, d, 2 XIIX, XIX TMSG.

870 Der Umstand, dass weitere Unterstützungsmaßnahmen gesetzlich nicht geregelt sind, bedeutet nicht, dass es keine weiteren Maßnahmen gibt. So hat das BMASK eine Pflegeplattform mit Informationen im Internet eingerichtet und betreibt ein Pflegetelefon, vgl. dazu *Bundesministerium für Arbeit,* Österreichischer Pflegevorsorgebericht 2010, S. 9-11. Allerdings folgt aus der fehlenden Normierung, dass für den Einzelnen kein Anspruch auf ein bestimmtes Angebot besteht und dass ein Verschlanken oder gar Abschaffen der Maßnahmen einfacher möglich ist.

871 Diese Voraussetzung lässt sich aus § 16 I 1 Nr. 1 UrlG ableiten, da der Arbeitnehmer wegen der Pflege an der Arbeitsleistung gehindert sein muss. Dieser kausale Zusammenhang besteht nur, wenn andere Lösungen nicht zur Verfügung stehen, *Marold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht, S. 214f.

872 Bei längeren Freistellungsansprüchen, die auch für die Langzeitpflege nützlich sein können, dürfte jedoch auch de lege ferenda eine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers kaum zu begründen sein.

873 Ein erneuter Anspruch entsteht bei Erhöhung des Pflegebedarfes um mindestens eine Pflegestufe, allerdings nur einmalig, §§ 14c I 3, 14d I 3 AVRAG

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

spricht, §§ 14c I 2, 14d I 2 AVRAG. Während der Pflegekarenz entfällt der Lohnanspruch vollständig, während der Pflegeteilzeit anteilig. Alle genannten Freistellungsansprüche werden durch eine Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber verwirklicht, §§ 14c II, 14d II AVRAG, d.h. der Arbeitnehmer hat einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung. Allerdings ist bei der Verwirklichung des Anspruches auf die betrieblichen Erfordernisse Rücksicht zu nehmen. Um den Einkommensausfall zumindest teilweise zu kompensieren, enthalten die §§ 21c ff. BPGG eine Sozialleistung, auf die der Pflegende Anspruch hat, nämlich das Pflegekarenzgeld. Die Höhe entspricht dem Grundbetrag des Arbeitslosengeldes, der nach § 21 AlVG ermittelt wird, § 21c II BPGG.[874] Weder der Anspruch auf Pflegekarenz noch das Pflegekarenzgeld bieten aufgrund ihrer zeitlichen Begrenzung eine dauerhafte Lösung für die Vereinbarkeit von Beruf und Pflege naher Angehöriger. Dies ist jedoch auch nicht der Zweck der Regelungen. Vielmehr sollen sie bei plötzlich eintretendem Pflegebedarf eine vorübergehende Pflege durch nahe Angehörige und die Organisation der zukünftigen Pflege ermöglichen.[875]

Sind pflegende Angehörige selbst Bezieher von Mindestsicherung beziehungsweise Sozialhilfe, so werden sie aufgrund der Pflege in allen Ländern insoweit privilegiert, als der Einsatz ihrer Arbeitskraft zur Verhinderung der Hilfebedürftigkeit nicht verlangt wird, wenn sie einen Angehörigen, dessen Pflegebedürftigkeit mindestens der Pflegestufe 3 entspricht, pflegen.[876]

Es bestehen auch Regelungen für die sozialversicherungsrechtliche Absicherung von pflegenden Angehörigen in der Pensionsversicherung und Krankenversicherung. In der Pensionsversicherung besteht die Möglichkeit zur begünstigten Selbst- oder Weiterversicherung. Die Beiträge werden, nach § 17 ASVG i.V.m. § 77 VI ASVG für die Weiter- und nach § 18b ASVG i.V.m. § 77 VIII ASVG für die Selbstversicherung, vom Bund getragen. Hinsichtlich der Krankenversicherung gibt es nach § 123 VIIb ASVG eine beitragsfreie Mitversicherung im Versicherungsverhältnis des Pflegebedürftigen. Hingegen besteht kein Unfallversicherungsschutz.[877]

Weitere Leistungen ohne Rechtsanspruch, insbesondere zur Beratung und Information wie das Pflegetelefon[878] oder die Plattform für pflegende Angehörige[879], sind an die Pflegenden gerichtet.[880]

---

874 Hinzu kommen gegebenenfalls Kinderzuschläge, wenn der Pflegende zugleich Kinder erzieht. Im Falle der Pflegeteilzeit wird das Pflegekarenzgeld anteilig gezahlt.

875 2407 der Beilagen XXIV. GP - Regierungsvorlage – Erläuterungen, S. 1; *Neubauer/Grasser,* ÖZPR 2013, S. 79.

876 Bspw. § 7 II lit. e K-MSG, § 16 III lit. c TMSG.

877 *Stöckl,* ÖZPR 2011, S. 140, 141.

878 Http://www.bmask.gv.at/site/Soziales/Pflege_und_Betreuung/Betreuende_und_pflegende_ Angehoerige/Pflegetelefon (besucht am 11.07.2014); zur Umfang der dort erhältlichen Beratung sowie zur tatsächlichen Nutzung dieses Angebotes, *Grasser,* ÖZPR 2010, S. 42, 43f.

879 Http://www.pflegedaheim.at/ (besucht am 11.07.2014).

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

880 Zur Gefahr aufgrund der fehlenden gesetzlichen Verankerung der Leistungen vgl. die Ausführungen zur freiwilligen Beratung des Pflegebedürftigen, siehe Fn. 870.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

E. Auswertung

I. Der doppelte Vergleich

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

1. *Art der Leistungserbringung*

a) Geldleistung oder Sachleistung

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tung erbracht. Die Sachleistungssysteme nutzen dabei das bestehende Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer auch für die Qualitätssicherung. Dies gilt vor allem für das SGB XI, wo das gesamte elfte Kapitel dieses Rechtsverhältnis betrifft[881], aber auch für die Sozialhilfe- und Mindestsicherungsgesetze der Länder in Österreich, wo die Qualitätssicherung regelmäßig Bestandteil der zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer abgeschlossenen Verträge ist. Hingegen wird von der Möglichkeit zur Herstellung eines solchen Rechtsverhältnisses[882] bei der Erbringung von Geldleistungen kein Gebrauch gemacht. Bei Geldleistungen regeln die Leistungsgesetze Qualitätssicherung im Verhältnis vom Leistungsträger zum Leistungsempfänger, indem sie Anforderungen an den Inhalt der Leistungen als Vorgaben für den Anspruch auf die Geldleistung oder die Verwendung der Geldleistung formulieren. Es ist dann Aufgabe des Leistungsempfängers, den Leistungserbringer auf diese Vorgaben durch Auswahl und Anweisung zu verpflichten.

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

War im Grundlagenteil für die Wahl Geldleistung oder Sachleistung im Hinblick auf die Möglichkeiten zur Qualitätssicherung noch keine Aussage zu den Vor- und Nachteilen des jeweiligen Systems möglich, da inhaltlich viele und weitreichende Ausgestaltungsmöglichkeiten für beide Systeme bestehen, ist jetzt eine Aussage für die untersuchten Systeme möglich. So kann dem Argument, ein Geldleistungssystem ermögliche eine einfachere Bedarfsdeckung, da es auf ein Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer verzichte und ein ausdifferenziertes Leistungsangebot automatisch am Markt entstehe[886], allenfalls dann zugestimmt werden, wenn man das Geldleistungssystem isoliert betrachtet und ansonsten perfekte Rahmenbedingungen voraussetzt. Am Beispiel Österreich wird hingegen deutlich, dass bei Geldleistungssystemen neben der Erbringung von Geldleistungen auch die Bereitstellung einer Pflegeinfrastruktur als staatliche Aufgabe bleibt. Diese wird zwar nicht den Leistungsträgern des BPGG zugewiesen, aber den Sozialhilfeträgern. Die Zuweisung dieser Aufgabe, zu der auch die Sicherung der Qualität der Leistungserbringung durch die Pflegedienste gehört,

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

macht auch deutlich, dass die Forderung nach einer „neutralen“ Kontrollinstanz[887] kaum umsetzbar wenn nicht sogar illusorisch ist. So wird im Ergebnis sowohl für Geld- als auch für Sachleistungssysteme gefordert, Standarderstellung und Kontrolle dürften nicht durch den Leistungsträger erfolgen, weil dieser auch finanzielle Interessen verfolge. Zum einen ist es jedoch sehr schwierig, eine Kontrollinstanz, die nicht Leistungsträger ist, mit den nötigen Ressourcen zu schaffen. So wurde selbst im österreichischen Geldleistungssystem des BPGG zur Kontrolle der Pflegedienste mit den Sozialhilfeträgern auf einen Sozialleistungsträger, der auch Leistungen zur Pflege erbringt, zurückgegriffen. Zum anderen ist absolute Neutralität schon deshalb eine Illusion, weil auch eine neue Kontrollinstanz finanziert werden muss und, sollte es sich nicht um eine staatliche Stelle handeln, aufgrund der staatlichen Gewährleistungsverantwortung ihrerseits überwacht werden muss. Da es aus diesen Gründen keine vollständig staatsfreie Kontrolle geben kann und der Staat bei der Erbringung von Sozialleistungen immer auch Wirtschaftlichkeitsinteressen verfolgt, kann es auch keine in diesem Sinne „neutrale“ Kontrolle geben.[888] Vielmehr sprechen praktische Überlegungen für eine Kontrolle durch die Leistungsträger und damit mittelbar auch für ein Sachleistungssystem.[889] Bei den Leistungsträgern sind die nötigen Ressourcen für eine effektive Kontrolle wie Kenntnis der Leistungserbringer und Leistungsempfänger sowie die personelle Ausstattung für die Kontrolle weitgehend vorhanden. In einem Sachleistungssystem kann der Leistungsträger zudem wirksame Sanktionen wie Vergütungskürzung[890] und Ausschluss von der Leistungserbringung aussprechen. Auch können die wirtschaftlichen Interessen der Leistungsträger zumindest bei der Kontrolle motivierend wirken.[891]

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Professionelle oder nichtprofessionelle Pflegekräfte

Vergleicht man die bestehenden Qualitätssicherungsmaßnahmen der professionellen und der nichtprofessionellen Pflege miteinander, fällt sofort die deutlich höhere Regelungsdichte bei der professionellen Pflege auf. Dies überrascht bei formaler Betrachtungsweise zumindest insofern, als durch beide Arten der Pflege der gleiche Bedarf gedeckt werden soll und der überwiegende Teil der Pflegebedürftigen durch nichtprofessionelle Pflegekräfte gepflegt wird. Jedenfalls wenn die nichtprofessionelle Pflege nicht wirtschaftlich motiviert ist,[892] wird sowohl in Deutschland als auch in Österreich weitgehend auf Vorgaben für den Inhalt der Pflege sowie auf wirklich effektive Kontrollen[893] verzichtet. Über die Gründe kann letztlich nur spekuliert werden. So ist es denkbar, anzunehmen, dass bei altruistischer Motivation des Pflegenden der Pflegebedürftige weniger schutzbedürftig ist, als bei der Pflege durch wirtschaftlich motivierte professionelle Pflegekräfte. Auch können politische Erwägungen dafür sprechen, möglichst wenig in die Familie[894] „hineinzuregieren". Für Deutschland ist jedoch auch denkbar, gerade aufgrund der geringen Höhe des Pflegegeldes anzunehmen, es handele sich dabei gar nicht um eine einem konkreten Bedarf zuzuordnende Sozialleistung, sondern um eine im Vergleich zum Anspruchsausschluss des § 37 III SGB V moderne Form der Steuerung. Ist Pflege durch Familienangehörige möglich, wird nicht mehr wie durch § 37 III SGB V der Anspruch auf die Sachleistung ausgeschlossen, vielmehr soll das Pflegegeld zur Pflege durch Familienangehörige motivieren und damit die Inanspruchnahme von Pflegesachleistungen möglichst gering halten. Diese Art der Steuerung in Form eines Anreizes dürfte im Vergleich zu § 37 III SGB V, insbesondere so wie dieser von der Rechtsprechung ausgelegt wird, die letztlich nur auf die subjektive Zumutbarkeit Pflegebedürftigen und Pflegenden abstellt,[895] auch die effektivere sein. Nimmt man jedoch an, dass es sich bei Pflegegeld nach § 37 SGB XI gar nicht um eine „echte" Sozialleistung handelt, dann wird auch die geringere Verantwortung des Staates als Leistungsträger für den Inhalt der Pflege verständlich.

c) Pflege und Betreuung

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

892 Was im Geltungsbereich des HBeG der Fall ist.

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

2. Umfang der Leistungserbringung

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

Ein solcher Markt ist in Deutschland hingegen jedenfalls nicht in diesem Umfang entstanden[901], was im Wesentlichen auf das Verhältnis von Pflegesachleistung und Pflegegeld zurückzuführen ist. Da das Pflegegeld in Deutschland deutlich geringer ist

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

3. Steuerungsinstrumente

a) Deutschland

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

Wesentliche Unterschiede sind bereits am Beginn des Qualitätskreislaufes, nämlich bei der Erstellung der Sollensanforderungen, zu finden. Für die nichtprofessionelle Pflege erfolgt dies durch gesetzliche Anordnung in § 37 I 2 SGB XI mittels eines unbestimmten Rechtsbegriffes, der Sicherstellung der Versorgung in „geeigneter Weise". Ebenfalls eine gesetzliche Anordnung enthält § 11 I 1 SGB XI. Dieser verweist dann jedoch dynamisch auf Sollensanforderungen, nämlich den „allgemein anerkannten Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse", die allein in der gesellschaftlichen Sphäre gebildet werden. Betrachtet man also nur den Prozess der Erstellung der Sollensanforderungen, so werden diese bei § 37 I 2 SGB XI für die nichtprofessionelle Pflege vom Staat im Wege der Hierarchie festgeschrieben. § 11 I 1 SGB XI enthält hingegen einen Verweis auf im Wege des Wettbewerbs entstandene Regeln. Die Erstellung der Sollensanforderungen nach § 113 SGB XI erfolgt im Wege der Verhandlung, also durch Kooperation. Zur Gewährleistung der Einheitlichkeit der Sollensanforderungen nach § 113 SGB XI wird nicht mit einzelnen Leistungserbringers verhandelt, sondern mit allen[903] Leistungserbringern als Kollektiv.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

Hält man sowohl Dynamik als auch Beteiligung für erstrebenswert, beispielsweise, weil man annimmt, dass Beteiligung zu mehr Akzeptanz führt[904] und Dynamik notwendige Bedingung für die Weiterentwicklung der Qualität ist[905], dann liegt es nahe, die Instrumente zur Entwicklung der Sollensanforderungen der professionellen Pflege auch bei der nichtprofessionellen Pflege einzusetzen. Bei diesem Versuch der Übertragung der Instrumente für die professionelle Pflege auf die nichtprofessionelle Pflege stellt man fest, dass dies jedenfalls nicht eins zu eins möglich ist. So ist eine Entwicklung von Standards, die vergleichbar mit dem „allgemein anerkannten Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse“ sind, durch nichtprofessionelle Pflegekräfte nicht möglich. Ein solcher allgemein akzeptierter Wissensstand einer Profession oder hier „Nichtprofession“ kann sich nur durch wissenschaftlichen und praktischen Diskurs herausbilden. Dafür fehlt es bei den nichtprofessionellen Pflegekräften sowohl an Wissen als auch an der notwendigen Organisation. Ist also eine Entwicklung durch die nichtprofessionellen Pflegekräfte nicht möglich, kommt noch die Entwicklung durch die professionellen Pflegekräfte in Betracht. Ein solcher dynamischer „allgemein anerkannter Stand der nichtprofessionellen Pflege“ könnte von der Pflegewissenschaft durchaus entwickelt werden, allerdings müsste man auch für die Frage, wann es sich um einen „anerkannten“ Stand handelt, wegen der fehlenden Organisation der nichtprofessionellen Pflegekräfte auf die professionellen Pflegekräfte abstellen. Auch ist fraglich, ob die Pflegewissenschaft die Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte jemals als Gegenstand der eigenen Wissenschaft betrachten wird, denn nur dann wird sie auch Standards für die nichtprofessionelle Pflege entwickeln. Im Wege des Wettbewerbs ist es also nicht möglich, dynamische Sollensanforderungen für die nichtprofessionelle Pflege unter Beteiligung der nichtprofessionellen Pflegekräfte zu entwickeln. Aber auch im Wege der Kooperation analog zu § 113 SGB XI ist dies nicht möglich. Für den Abschluss eines solchen Kollektivvertrages fehlt es bei den nichtprofessionellen Pflegekräften an der

904 Zum sog. Kooperationsgewinn siehe Fn. 407.

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

b) Vergleich mit Österreich

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lem eigenverantwortlich wahrnehmen. Dadurch und durch einen eigenverantwortlichen Tätigkeitsbereich der Pflegefachkräfte[909] soll das Selbstvertrauen und die Attraktivität der Berufsgruppe gestärkt werden. In Deutschland wird hingegen insbesondere durch die §§ 113, 113a SGB XI deutlich, dass der Staat selbst zur ständigen Weiterentwicklung der Sollensanforderungen beitragen will und dies nicht ausschließlich Pflegewissenschaft und Berufsträgern überlassen will. Dann sollte jedoch die Lücke im Kreislauf durch eine stärkere Beteiligung des MDK an der Erstellung der Sollensanforderungen geschlossen werden.[910]

4. Sozialrecht oder Ordnungsrecht

Ein Großteil der Qualitätssicherung erfolgt durch Sozialrecht oder Ordnungsrecht, jedenfalls wenn man das Berufsrecht dem (besonderen) Ordnungsrecht zurechnet. Zunächst soll der Frage nachgegangen werden: Hat der Ort der Regelung Auswirkungen auf die Auslegung der Norm? Oder anders gefragt: Gibt es eine besondere sozialrechtliche beziehungsweise eine besondere ordnungsrechtliche Logik bei der Normanwendung? Natürlich gelten in beiden Bereichen die gleichen Auslegungsmethoden. Jedoch könnte ein Unterschied zwischen Sozialrecht und Ordnungsrecht gerade bei der Feststellung des Zwecks der Regelung liegen. So flankieren sozialrechtliche Vorschriften zur Qualitätssicherung die Erbringung der jeweiligen Sozialleistung. D.h. es soll nicht nur der Leistungsempfänger möglichst gute Leistungen erhalten,[911] sondern die Leistungen sollen zugleich effizient sein. Im Ordnungsrecht hingegen spielt die Effizienz keine Rolle. Es soll nur vor Gefahren schützen. Dies führt dazu, dass im Sozialrecht auch kompromisshafte Sollensanforderungen entstehen, vgl. die §§ 113f. SGB XI, während das Ordnungsrecht durchweg auf die fachlichen Standards Bezug nimmt. Die Doppelfunktion der Qualitätssicherung durch Sozialrecht hat Auswirkungen auf die Auslegung des § 113 I 1 SGB XI insbesondere was Gegenstand und Inhalt möglicher Vereinbarungen angeht. So muss es sich bei der Vereinbarung um „Maßstäbe und Grundsätze der Qualität und Qualitätssicherung“ handeln. Unter Beachtung der Doppelfunktion der Qualitätssicherung im Sozialrecht bedeutet dies, dass nicht nur Vereinbarungen hinsichtlich der Güte der Pflegleistungen, sondern auch deren Effizienz[912] betreffend getroffen werden können.

---

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

5. Der Beitrag der zivilrechtlichen Haftung zur Qualitätssicherung

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

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

913 *Huber,* ÖZPR 2011, S. 154, 158.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

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

6. Qualitätssicherung im föderalen Staat

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

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

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

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

915 Siehe Pkt. D. I. 1.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

7. Der fehlende Wissenstransfer

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Ziele und Möglichkeiten der Formalisierung der informellen Pflege

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

Als noch sehr allgemeines Ziel lässt sich der Anspruch formulieren, die Erbringung von Pflegeleistungen zukunftsfähig zu machen, also eine Anpassung an die veränderten Bedingungen zu erreichen. Das konkrete Ziel der Formalisierung der informellen Pflege ist es, den Anschluss an die sich insbesondere durch Erkenntnisse der Pflegewissenschaft weiterentwickelnde formelle Pflege zu gewährleisten und damit zugleich eine Weiterentwicklung der informellen Pflege zu ermöglichen. Nur so kann verhindert werden, dass das Auseinanderentwickeln beider, letztlich auf das gleiche Ziel gerichteten, Arten der Erbringung von Pflegeleistungen weiter voranschreitet und es kann gelingen, eine Grundlage für die in Zukunft verstärkt notwendige gemeinsame Leistungserbringung[920] zu schaffen.

---

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ein eigenes dynamisches Qualitätssicherungsrecht für die informelle Pflege ist unrealistisch.[923] Ein starres Qualitätssicherungsrecht führt jedoch zur Abkoppelung von neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen. Dynamische Qualitätsanforderungen sind eine notwendige Bedingung für die ständige Weiterentwicklung der Qualität. Gelingt die Weiterentwicklung nicht innerhalb des bestehenden Systems der nichtprofessionellen Pflege, muss ein Anknüpfungspunkt außerhalb des Systems gesucht werden. Da Leistungsinhalt und Leistungsziel vergleichbar sind, wird als Anknüpfungspunkt die professionelle Pflege gewählt. Durch den Vorschlag einer verstärkten Kooperation von professioneller und nichtprofessioneller Pflege kann ein Beitrag zum Erreichen des Ziels der ständigen Weiterentwicklung der Qualität in der nichtprofessionellen Pflege geleistet werden. Durch die Kooperation von professionellen und nichtprofessionellen Pflegenden profitieren im Idealfall die nichtprofessionellen Pflegekräfte von den fachlichen Kenntnissen der professionellen Pflegekräfte. Hinzu kommt gegenüber der Pflege nur durch Angehörige und Freunde eine physische und psychische Entlastung dieser nichtprofessionell Pflegenden. Umgekehrt profitieren die professionellen Pflegekräfte von den Informationen über die persönlichen Wünsche und Besonderheiten des Pflegebedürftigen. Der Pflegebedürftige profitiert durch eine individuelle und fachlich angemessene Pflege. Diese Art der Pflege, bei der es sowohl zu einer Teilung der Verantwortung als auch zu einer Teilung der Pflegearbeit kommt, ist keineswegs neu. Die „Pflege in geteilter Verantwortung“ wird bereits seit einiger Zeit als Leitbild für eine ideale Pflege vor allem im stationären Bereich[924] und für Wohngruppen[925] angesehen. Die Übertragung dieses Leitbildes auf die häusliche Pflege liegt nahe, weil zum einen die beschriebenen Vorteile auch hier zu erwarten sind[926] und zum anderen informell Pflegende bereits gegenwärtig einen Großteil der häuslichen Pflege erbringen, wohingegen sie für die stationäre Pflege und die Pflege in einer Wohngruppe erst motiviert werden müssen. Dabei kann die Pflege in geteilter Verantwortung als Teil des Wohlfahrtspluralismus angesehen werden.[927] Notwendig ist diese Herleitung aber nicht. Eine Pflege in geteil-

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

930 Klie, PflR 2004, 99, 107.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tungserbringung möglichst wenig verändert.[938] Dabei kommt dem MDK eine zentrale Stellung bei der Beurteilung der Frage, ob zur Deckung des konkreten Pflegebedarfes vorbehaltene Tätigkeiten erforderlich sind, zu.[939] Nach Stellung eines Antrages auf Pflegeleistungen erfolgt bereits derzeit ein Gutachten des MDK, in dem das Vorliegen von Pflegebedürftigkeit geprüft wird, § 18 I 1 SGB XI. Wird Pflegegeld beantragt, so beinhaltet dieses Gutachten eine Stellungnahme zu der Frage, ob die Pflege sichergestellt ist, § 18 VI 4 SGB XI.[940] Diese Stellungnahme ist zu erweitern um die Frage, ob vorbehaltene Tätigkeiten zur Bedarfsdeckung erforderlich sind. Dies kann zweckmäßiger Weise in der Form erfolgen, dass das Gutachten des MDK mit der Pflegeberatung nach § 7a SGB XI verknüpft wird und Anzahl sowie Umfang der vorbehaltenen Tätigkeiten als Teil eines individuellen Versorgungsplans[941] festgehalten werden. Mit dem individuellen Versorgungsplan gelingt zugleich ein Beitrag zu Individualisierung der Pflege, welche mit Blick auf den Hilfeplan nach § 36 SGB VIII im Jugendhilferecht als wünschenswert angesehen wird.[942] Stellt der MDK fest, dass keine vorbehaltenen Tätigkeiten erforderlich sind, gibt es keine Abweichungen zur gegenwärtigen Rechtslage. Kommt der MDK zu dem Ergebnis, dass vorbehaltene Tätigkeiten zur Bedarfsdeckung erforderlich sind, stellt er in seinem Gutachten fest, dass die Pflege insoweit allein durch das Pflegegeld nicht sichergestellt werden kann. Dies ist von der Pflegekasse dann bei

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Entscheidung über den Antrag auf Pflegegeld rechtlich umzusetzen. Im Umfang der vorbehaltenen Tätigkeiten muss der Pflegebedürftige zunächst Pflegesachleistungen in Anspruch nehmen. Erst nach Anleitung und Unterweisung durch eine Pflegefachkraft kann auch die Ausführung dieser Tätigkeiten soweit möglich von der nichtprofessionellen Pflegekraft ausgeführt werden und die Pflege gegebenenfalls sogar umfassend durch Pflegegeld sichergestellt werden. Folge wäre, dass die nichtprofessionelle Pflegekraft für diese schwierigen Tätigkeiten einen individuell zugeschnittenen „Pflegekurs" erhält und zwar bevor sie mit diesen Tätigkeiten beginnt.[943] Wesentliche Fragen sind jedoch, welchen rechtlichen und tatsächlichen Status die Pflegefachkraft bei der Erlaubniserteilung haben kann und welche Folgen dies für die Erteilung der Erlaubnis zur Ausführung der vorbehaltenen Tätigkeit nach Anleitung und Unterweisung hat. In Betracht für die Erlaubniserteilung kommen vor allem bei Pflegediensten angestellte Pflegefachkräfte sowie bei den Pflegekassen angestellte Pflegefachkräfte.[944] Überträgt man diese Tätigkeit neben oder anstelle[945] der Beratungsbesuche nach § 37 III SGB XI den Pflegediensten, muss zunächst, deren Bereitschaft zur Kooperation mit den nichtprofessionell Pflegenden und dem Pflegebedürftigen sichergestellt werden. Da es Folge der Kooperation wäre, dass ein Pflegedienst etwas von seinem Aufgabenbereich abgibt, weil er die vorbehaltenen Tätigkeiten nicht mehr selbst ausführt, sondern nur noch die Ausführung durch eine nichtprofessionelle Pflegekraft begleitet, kann von der Bereitschaft zur Kooperation nicht ohne weitere Anreize ausgegangen werden.[946] Zusätzlich würde sich die Frage stellen, ob und gegebenenfalls wie es möglich ist, dem Pflegebedürftigen oder dem nichtprofessionell Pflegenden einen Anspruch auf Erlaubniserteilung einzuräumen. Ein öffentlich-rechtlicher und letztlich vor den Sozialgerichten durchsetzbarer Anspruch unmittelbar gegen den Pflegedienst wäre nur möglich, wenn der Pflegedienst bei der Erlaubniserteilung öffentlich-rechtlich handelt. Gegenwärtig ist dies nicht der Fall, da das Verhältnis zwischen Pflegedienst und Pflegebedürftigem privatrechtlicher Natur ist. Erforderlich wäre deshalb beispielsweise eine Beleihung des Pflegedienstes mit der ho-

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

§ 37 Pflegegeld für selbst beschaffte Pflegehilfen

(1)[…]

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

1. Unterstützung bei der oralen Nahrungs- und Flüssigkeitsaufnahme sowie bei der Arzneimittelaufnahme,

2. Unterstützung bei der Körperpflege,

3. Unterstützung beim An- und Auskleiden,

4. Unterstützung bei der Benützung von Toilette oder Leibstuhl einschließlich Hilfestellung beim Wechsel von Inkontinenzprodukten und

5. Unterstützung beim Aufstehen, Niederlegen, Niedersetzen und Gehen,

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

(2)[…]

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

1. bei Pflegestufe I und II halbjährlich einmal,

2.bei Pflegestufe III vierteljährlich einmal

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

1. bei Pflegestufe I und II jährlich einmal,

2.bei Pflegestufe III halbjährlich[949] *einmal*

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

(5)[…]

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

(7)[…]

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

§ 37a Übertragung von Pflegetätigkeiten

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

(2) Tätigkeiten gemäß § 37 Ia 2 dürfen nur

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

(5) Personen gemäß Abs. 1 sind verpflichtet,

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

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

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

§ 36 Pflegesachleistungen

(1)[…]

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

(3)[…]

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

Jedenfalls bei der Gewährleistung eines effektiven Vollzugs wesentlich schwieriger gestaltet sich die Suche nach einer Lösung für das Problem, wie ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt mit genereller Wirkung umgesetzt werden könnte. Zum einen kann für eine Überwachung außerhalb der Leistungserbringung nur schwer auf bereits vorhandene Strukturen zurückgegriffen werden. So ist schwierig zu begründen, warum der durch Beiträge finanzierte MDK auch die Anleitung, Unterweisung und Überwachung von Pflegenden übernehmen soll, die gar keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XI haben. Zum anderen, und dies dürfte ein noch größeres Problem sein, ist es kaum möglich, mit angemessenem Verwaltungsaufwand den Kreis der Pflegebedürftigen zu bestimmen, für den das Verbot Auswirkungen auf die Leistungserbringung hat. So gibt es kein Register, aus dem alle Pflegebedürftigen ersichtlich werden. Die Erstellung eines im Wesentlichen vollständigen Registers wäre auch gar nicht möglich, da man nicht in alle Haushalte in Deutschland daraufhin kontrollieren kann, ob ihnen ein Pflegebedürftiger angehört. Man wäre also letztlich auf die Angaben der (vermeintlich) Pflegebedürftigen beziehungsweise ihrer Pflegepersonen angewiesen[952], um auch außerhalb des Leistungsbezuges das Verbot wenigstens teilweise umzusetzen. Weder die praktische Umsetzung der §§ 3a, 3b GuKG, denen der Ansatz für das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt entnommen wurde, noch das deutsche Recht der Jugendhilfe[953] bieten Lösungsansätze für das Problem der Erfassung aller Pflegebedürftigen.

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

III. Die Grenzen der Formalisierung der informellen Pflege

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

1. Grundrechtseingriffe

a) Grundrechte des Pflegebedürftigen

Der Pflegebedürftige hat ein Interesse an einer freien Auswahl des Pflegenden. Dies gilt für die häusliche Pflege schon deshalb, weil diese in der Regel in der Wohnung des Pflegebedürftigen stattfindet, aber vor allem, weil die Pflege sehr persönliche und intime Handlungen umfasst. Dies gilt auch für die (möglicherweise) vom Verbot umfassten Handlungen. Zunächst ist daher die Frage zu beantworten, durch welche Grundrechte das Interesse des Pflegebedürftigen an einer freien Auswahl[955] des Pflegenden geschützt ist.

aa) Ehe und Familie, Art. 6 I GG

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ehe durch Art. 6 I GG geschützt sein. Zur Familie i.S.d. Art. 6 I GG gehört nur die sogenannte Kleinfamilie, also die Gemeinschaft von Eltern und Kindern.[958] Dies gilt auch, wenn die Kinder bereits volljährig sind[959] sowie für Stief-, Adoptiv- und Pflegekinder[960]. Die praktisch häufig gewählte Schwiegertochter als Pflegekraft fällt damit nicht in den Schutzbereich, da sie nicht zur Kleinfamilie gehört.

Neben der Zugehörigkeit zum von Ehe und Familie umfassten Personenkreis ist weiterhin erforderlich, dass auch die Pflege durch den Ehepartner oder ein Familienmitglied durch Art. 6 I GG geschützt ist.[961] Art. 6 I GG enthält trotz des insoweit nicht eindeutigen Wortlautes ein Abwehrrecht.[962] Dabei schützt Art. 6 I GG vor Eingriffen in die Privatsphäre von Ehe und Familie.[963] Wesentlicher Inhalt einer Ehe und der Familie ist es, sich gegenseitig Beistand zu leisten.[964] Fraglich ist jedoch, ob auch gerade das Beistand-leisten in Form der Pflege der Ehepartners oder eines Familienangehörigen geschützt ist. Nicht zweifelhaft ist dies, wenn Eltern ihre minderjährigen Kinder pflegen. Auch wenn die hier untersuchte Pflege nicht deckungsgleich mit der Pflege i.S.d. Art. 6 II GG ist, so wird sie doch von dieser umfasst, denn Art. 6 II GG enthält eine „Gesamtverantwortung der Eltern für das Kind in körperlicher und geistig-seelischer […] Perspektive“[965]. Für alle anderen Beziehungskonstellationen innerhalb einer Familie ist dies weniger eindeutig. So könnte man argumentieren, dass nach einmal erlangter Selbständigkeit die Familie bei Erwachsenen vor allem eine Gemeinschaft der psychischen Unterstützung ist.[966] Allerdings kann die Funktion der Familie für Erwachsene nicht auf das Geben psychischer Unterstützung reduziert werden. Zum einen gehört es zur Privatsphäre einer Familie diese frei zu gestalten[967] und Unterstützung und Beistand in jeder erdenklichen Form zu leisten. Zum anderen erfolgte die Aussage zur psychischen Unterstützung durch das Bundesverfassungsgericht vor dem Hintergrund von erwach-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

---

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

Die Wahl des Pflegebedürftigen, von wem er sich pflegen lasse möchte, könnte durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG geschützt sein. Eine fassbare abstrakte Definition des Schutzbereiches des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist nicht möglich. Durch die richterrechtliche Entwicklung dieses Rechts in der Weise, dass jeweils fallspezifisch einzelne Bestandteile des allgemeinen Persönlichkeitsrechts entwickelt wurden, lässt es sich zunächst über eine Aufzählung der anerkannten Bestandteile beschreiben. Dies sind u.a. das Recht am eigenen Bild[977], das Recht am eigenen Wort[978] und das informationelle Selbstbestimmungsrecht[979]. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die bereits anerkannten Bestandteile nicht das gesamte allgemeine Persönlichkeitsrecht beschreiben, sondern dieses entwicklungsoffen ist.[980] Entwicklungsoffen bedeutet, es können neue Bestandteile entwickelt werden.[981] Abstrakt kann man jedoch zumindest sagen, dass der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts enger ist als der der allgemeinen Handlungsfreiheit[982] und dass dieser engere Schutzbereich gegenüber Art. 2 I GG gerade aus einem stärkeren Persönlichkeitsbezug folgt. Zwar lässt sich die Auswahl des Pflegenden durch den Pflegebedürftigen nicht ohne weiteres einem der anerkannten Bestandteile des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuordnen, jedoch ist auf Grundlage der Sphärentheorie der besondere Persönlichkeitsbezug dieser Auswahl begründbar. Die Sphärentheorie unterscheidet zwischen der Intimsphäre, der Privatsphäre und der Sozialsphäre.[983] Eine Zuordnung zur am stärksten geschützten Intimsphäre ist nicht möglich. Zum einen ist die Wahl ei-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nes Pflegenden bereits eine Kommunikation nach außen und zum anderen lassen sich auch die Pflegehandlungen nicht insgesamt der Intimsphäre zuordnen.[984] Die Wahl des Pflegenden durch den Pflegebedürftigen lässt sich jedoch sowohl in räumlicher als auch in sachlicher Hinsicht der privaten Sphäre zuordnen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht dient dazu, dem Einzelnen „sachlich und räumlich definierte Rückzugsräume“[985] zu ermöglichen. Räumlich gehört die häusliche Pflege schon deshalb zur Privatsphäre, weil sie in häuslicher Umgebung stattfindet. Diese häusliche Umgebung ist regelmäßig die Wohnung des Pflegebedürftigen, die als Rückzugsraum auch durch Art. 13 GG besonders geschützt ist. Sachlich entsteht durch die Auswahlentscheidung durch den Pflegebedürftigen unter der Voraussetzung, dass der Pflegende zustimmt, eine dauerhafte Vertrauensbeziehung zwischen Pflegebedürftigen und Pflegenden. In dieser besonderen Vertrauensbeziehung leistet der Pflegende dem Pflegebedürftigen umfassende Unterstützung, von der Hilfe bei finanziellen Dingen bis hin zur täglichen Körperpflege. Der Pflegende bekommt damit nicht nur ein umfassendes Bild vom Leben des Pflegebedürftigen, sondern nimmt sogar an diesem Leben teil. An der Zuordnung zur Privatsphäre ändert sich auch nichts, wenn man berücksichtigt, dass die freie Arztwahl teilweise nur der allgemeinen Handlungsfreiheit zugeordnet wird.[986] Auch für die freie Arztwahl ist es schon überzeugender, insbesondere wenn man das entstehende Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient in den Blick nimmt, diese dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zuzuordnen.[987] Eine solche Zuordnung führt auch zu einem einheitlichen Schutzniveau hinsichtlich der Wahl des Arztes und damit dem Entstehen des Arzt-Patienten-Verhältnisses und dem bestehenden Arzt-Patienten-Verhältnis, denn die Selbstbestimmung in einem bestehenden Arzt-Patienten-Verhältnis ist durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt.[988] Aber auch unabhängig von der Einordnung der freien Arztwahl ist die Wahl des Pflegenden durch den Pflegebedürftigen aufgrund der Besonderheiten des Pflegeverhältnisses der Privatsphäre zuzuordnen. Das Pflegeverhältnis hat im Gegensatz zum Arzt-Patienten Verhältnis durch das auf Dauer angelegte Vertrauensverhältnis für viele Handlungen des täglichen Lebens einen besonderen Persönlichkeitsbezug. Da gerade die Gestaltung der privaten Sphäre nach eigener Entscheidung[989] geschützt wird und der Pflegebedürftige diese Gestaltung durch die Wahl des Pflegenden

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

Es liegt auch ein Eingriff[990] in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vor. Durch das Verbot für nichtprofessionelle Pflegekräfte, bestimmte pflegerische Handlungen vorzunehmen, wird bei einem Verbot mit genereller Wirkung die Wahl einer nichtprofessionellen Pflegekraft für diese Handlungen unmöglich gemacht. Aber auch bei einem Verbot mit nur leistungsrechtlicher Wirkung wird die Wahl durch die drohenden finanziellen Einbußen zumindest deutlich erschwert.

cc) Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 I GG

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

dd) Konkurrenzen

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

b) Grundrechte der Pflegenden

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

aa) Ehe und Familie, Art. 6 I GG

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

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

Zweifelhaft ist, ob die Erbringung der Pflegeleistung durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt ist. Denkbar ist dies zum einen unter dem Gesichtspunkt der Begründung des Vertrauensverhältnisses, welches nicht nur aus Sicht des Pflegebedürftigen entsteht, sondern ein gegenseitiges ist. Allerdings ist zu bedenken, dass es sich bei dem Pflegeverhältnis letztlich um den räumlichen und sachlichen Rückzugsbereich[992] des Pflegebedürftigen handelt und nur dessen Privatsphäre in einer besonderen Weise betroffen ist. Ein besonderer Bezug zur Privatsphäre des Pflegenden kann sich jedoch dann ergeben, wenn bereits vor seiner Wahl zum Pflegenden durch den Pflegebedürftigen zu diesem ein besonders enges Vertrauensverhältnis bestand. Gleiches muss dann für Fälle gelten, in denen das Verbot der Pflegeleistungen erst nach Entstehen des besonders engen Vertrauensverhältnisses wirksam wird. Denn durch das Verbot für bestimmte Pflegehandlungen ist es dem Pflegenden dann nicht möglich, seiner, aus dem besonders engen Vertrauensverhältnis zum Pflegenden folgenden, moralischen Pflicht zur Hilfeleistung nachzukommen. Insbesondere kann es Fälle geben, gerade in nichtehelichen Lebensgemeinschaften, bei denen die Wahl des Pflegenden eher eine gemeinsame Wahl ist und nicht eine Wahl allein des Pflegebedürftigen, weil die Pflege Gegenstand der Lebensgemeinschaft ist. Allerdings führt der Schutz des Rechts zur Hilfeleistung in solchen Fällen dazu, dass eine Beistandsgemeinschaft jenseits von Ehe und Familie gemäß Art. 6 I GG durch das Grundgesetz geschützt würde. Dem könnte Art. 6 I GG entgegenstehen, der gerade einen besonderen Schutz von Ehe und Familie ver-

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

cc) Berufsfreiheit, Art. 12 I GG

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dings hat die Regelung eine objektiv berufsregelnde Tendenz[997], da die Betreuungskräfte in ihrer Berufsausübung spürbar eingeschränkt würden.

dd) Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 I GG

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

ee) Konkurrenzen

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

2. Rechtfertigung

a) Einschränkbarkeit der beeinträchtigten Grundrechte

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

b) Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes

aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

Fraglich ist, ob der Bund auch eine Gesetzgebungskompetenz für ein Verbot mit genereller Wirkung hat. Auf den Kompetenztitel „Sozialversicherung“ lässt sich eine solche Regelung nicht stützen. Zwar hat auch ein Verbot mit genereller Wirkung mittelbar Auswirkungen auf die Erbringung von Pflegeleistungen durch nichtprofessionelle Pflegekräfte, soweit diese Leistungen durch die soziale Pflegeversicherung finanziert werden. Es hat jedoch Wirkungen über die Sozialleistungserbringung hinaus, insbesondere in Fällen, in denen gar keine Pflegeleistungen bezogen werden. Damit scheidet zugleich Art. 74 I Nr. 7 GG (öffentliche Fürsorge) als Kompetenztitel aus. Ein Verbot mit genereller Wirkung könnte in Form einer Aufzählung oder abstrakten Definition vorbehaltener Tätigkeiten für Kranken- und Altenpfleger auf den Kompetenztitel Art. 74 I Nr. 19 GG „Zulassung zu anderen Heilberufen“ gestützt werden, wenn es sich sowohl bei der Kranken- als auch bei Altenpflege um einen „anderen Heilberuf“ handelt und ein entsprechender Tätigkeitsvorbehalt zur „Zulassung“ zu diesen Berufen gehört. Sowohl Kranken- als auch Altenpflege sind andere Heilberufe i.S.d. Art. 74 I Nr. 19 GG.[1006] Zwar hat der Bund nicht die Kompetenz zur umfassenden Regelung der „anderen Heilberufe“, sondern nur für die „Zulassung“ zu diesen Berufen,[1007] aber ein Tätigkeitsvorbehalt als wesentlicher Teil der Beschreibung eines Berufsbildes[1008] lässt sich unter den Begriff der Zulassung subsummieren. Auch wenn es bei den anderen Heilberufen i.S.d. Art. 74 I Nr. 19 GG unüblich ist, handelt es sich bei der Regelung der Zulassung zu einem Beruf in der Form, dass nicht nur das Führen der Berufsbezeichnung einer entsprechenden Ausbildung und einer Erlaubnis bedarf,[1009] sondern auch bestimmte Tätigkeiten nur nach Ausbildung und Erlaubnis ausgeübt werden dürfen, sogar um den eindeutigeren Fall einer „Zulassung“. So führt das Bundesverfassungsgericht im Altenpflegeur-

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit

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

(1) Konkret in Betracht kommende Rechtfertigungsgründe

(a) Verbot mit nur leistungsrechtlicher Wirkung

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

Die Existenz von Schutzpflichten ist heute sowohl in der Rechtsprechung[1018] als auch in der Literatur[1019] allgemein anerkannt. Für die Menschenwürde folgt sie unmittelbar aus Art. 1 I 2 GG.[1020] Da es an dieser Stelle lediglich um die Anwendung der Schutzpflichten auf Rechtfertigungsebene geht, kommt es auf die Problematik der Subjektivierung von Schutzpflichten nicht an.[1021]

(b) Verbot mit genereller Wirkung

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

(c) Probleme des Schutzes vor sich selbst

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

---

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

Ausnahmsweise wird die Zulässigkeit des Schutzes vor sich selbst dann bejaht, wenn der sich selbst Gefährdende keine selbstbestimmte Entscheidung getroffen hat.[1026] Das normative Urteil, eine Entscheidung sei nicht selbstbestimmt, beschränkt sich jedoch auf den Fall, dass die freie Willensbildung beispielsweise durch eine Krankheit eingeschränkt ist. Die sowohl bei dem Pflegebedürftigen als auch bei den Pflegenden wirkenden faktischen Zwänge genügen dafür nicht. So wird der Pflegebedürftige häufig keine Auswahl zwischen mehreren Pflegenden haben, sondern er wird denjenigen wählen, der bereit ist, diese anspruchsvolle Aufgabe wahrzunehmen, auch wenn er über dessen pflegerische Fähigkeiten nur wenig weiß. Auch diese Bereitschaft des Pflegenden kann wesentlich durch gesellschaftliche und familiäre Zwänge, beispielsweise in Form bestimmter Rollenbilder, geprägt sein. All diese äußeren tatsächlichen Zwänge hindern jedoch nicht eine freie Willensbildung und rechtfertigen damit auch keinen Schutz vor sich selbst. Etwas anderes könnte jedoch für einen rechtlichen Zwang gelten. Zwar nicht die freie Willensbildung, aber doch die selbstbestimmte Entscheidung ausschließen, könnte bei Ehegatten und Familienmitgliedern eine Rechtspflicht zur Pflege. Eine solche Rechtspflicht könnte aus dem Unterhaltsrecht des BGB folgen. Im Ergebnis besteht aber weder für Ehegatten noch für Kinder eine Rechtspflicht zur intensiven Pflege.[1027] Zwar wird die Pflicht zur Pflege für Ehegatten aus § 1353 BGB[1028] und für Kinder teilweise aus § 1618a BGB[1029] hergeleitet. Allerdings wird diese Pflicht jeweils begrenzt durch die Leistungsfähigkeit des Ehegatten[1030] oder Kindes[1031], so dass eine

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

Ein weiterer Begründungsansatz für eine Ausnahme vom Verbot des aufgedrängten Schutzes vor sich selbst kann mittels einer Analogie zum allgemeinen Ordnungsrecht hergeleitet werden. Für das allgemeine Ordnungsrecht wird vertreten, dass eine Selbstgefährdung ein Eingreifen der Polizei- und Ordnungsbehörden dann nicht ausschließe, wenn zugleich Rechtsgüter der Allgemeinheit betroffen sind.[1032] Dies sei dann der Fall, wenn die Gefahr in die Öffentlichkeit „ausstrahle".[1033] Einer vergleichbaren Argumentation bedient sich das Bundesverfassungsgericht bei Tätigwerden des Gesetzgebers in den Beschlüssen zur Helm- und zur Gurtpflicht. So bestehe durch das Fahren ohne Helm die Gefahr schwererer Verletzungen, die dann ärztliche Behandlungen und Rehabilitationsmaßnahmen nach sich ziehen, was wiederum die Allgemeinheit belastet.[1034] Unklar bleibt dabei, ob es für die Belastung der Allgemeinheit darauf ankommt, dass anderen entsprechende Leistungen dann versagt werden müssen oder ob die finanzielle Belastung der Allgemeinheit ausreicht. Lässt man eine drohende finanzielle Belastung der Allgemeinheit genügen[1035] und überträgt dies auf die Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte, dann entstehen im Falle der Überlastung der nichtprofessionellen Pflegekraft auch Belastungen für die Allgemeinheit. Zum einen können Arzt- und Re-

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

(2) Verhältnismäßigkeit der Grundrechtseingriffe

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Rahmen der Angemessenheit sind zunächst beeinträchtigte und potentiell rechtfertigende Interessen gegenüberzustellen und gegeneinander abzuwägen.[1039] Eine rein abstrakte Gegenüberstellung der Interessen ist dabei für eine Abwägung mangels Rangordnung der Grundrechte jedoch wenig hilfreich.[1040] Vielmehr können beeinträchtigte und potentiell rechtfertigende Interessen nur in ihrer konkreten Bedeutung gewichtet werden. In quantitativer Hinsicht[1041] ist dabei zum einen von Bedeutung, wie viele Personen in ihrer Freiheit beeinträchtigt werden und wie viele auf der anderen Seite geschützt werden. Ebenfalls quantitativ zu messen sind die Intensität der Beeinträchtigung und die Schutzwürdigkeit der potentiell rechtfertigenden Interessen. Dabei stellt sich für die beeinträchtigten Interessen heraus, dass bei dieser konkreten Betrachtung der Eingriff in Art. 6 I GG weniger intensiv ist, als er auf den ersten Blick vielleicht erscheint. Zwar trifft das Verbot eine Vielzahl von Personen. Es ist aber davon auszugehen, dass die vom Verbot erfassten Tätigkeiten bereits jetzt nicht der wesentliche Teil der durch Familienangehörige oder Ehepartner erbrachten Pflegeleistungen sind, so dass der Eingriff in Art. 6 I GG jeweils nicht sehr intensiv ist. Da das Verbot nur bestimmte Pflegetätigkeiten erfasst, wird die für den Pflegebedürftigen wichtige Freiheit der Wahl des Pflegenden auch nur für diese Tätigkeiten eingeschränkt. Orientiert man sich am Katalog des § 3b II GuKG, dann wird ersichtlich, dass die häufig von Familiengehörigen oder Ehepartnern erbrachten und für den Pflegebedürftigen besonders wichtigen weil sehr persönlichen Leistungen, wie die Unterstützung bei der Körperpflege oder bei der Nahrungsaufnahme, vom Verbot grundsätzlich gar nicht erfasst sind, sondern nur dann, wenn für die Unterstützungshandlung im konkreten Fall besondere medizinische Kenntnisse erforderlich sind. Hinzu kommt, dass die Wirkungen des Verbotes durch den Erlaubnisvorbehalt wesentlich abgemildert werden. Nach Anleitung und Unterweisung besteht bei der vorgeschlagenen hoheitlichen Erlaubniserteilung ein Anspruch darauf, dass die Erlaubnis erteilt wird. Die Belastung des Pflegenden besteht dann (nur) darin, sich anleiten und unterweisen zu lassen. Für den Pflegebedürftigen ist die Wahl des Pflegenden nur für den Zeitraum bis zur Erlaubniserteilung eingeschränkt. Nach der Erlaubniserteilung kommt für das durch Art. 6 I GG geschützte Pflegeverhältnis die Belastung durch die Mitteilungspflichten und die Überwachung hinzu. Von der Freiheit zur Verwirklichung der ehelichen oder familiären Gemeinschaft bleibt der weit überwiegende Teil trotz des Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt erhalten.

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Demgegenüber stehen als potentiell rechtfertigende Interessen die Schutzpflichten aus Art. 2 II 1 GG zugunsten des Pflegebedürftigen und des Pflegenden sowie die Schutzpflicht aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG zugunsten des Pflegebedürftigen. Lediglich mittelbar betroffen ist die Schutzpflicht aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG zugunsten des Pflegebedürftigen. Indem bei intensiver Pflege eine Überwachung stattfindet, wird insbesondere der Überlastung des nichtprofessionell Pflegenden und der dadurch höheren Gefahr der Vereinsamung und vollständigen Abhängigkeit des Pflegebedürftigen vom Pflegenden vorgebeugt. Die Bedeutung der Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG zugunsten des Pflegenden ist nicht all zu groß. Bereits im Rahmen der Problematik des Schutzes vor sich selbst wurde beschrieben, dass der Pflegende das Risiko von negativen Folgen für seine Gesundheit durch die Pflegebelastung freiwillig eingeht. Auch die, aus möglichen negativen Gesundheitsfolgen resultierenden, Kosten für die Beitragszahler der Krankenversicherung dürften zumindest überschaubar sein. Von besonderer Bedeutung ist hingegen die Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG zugunsten des Pflegebedürftigen. So setzt das Verbot gerade bei Pflegetätigkeiten ein, für die besondere medizinische Kenntnisse erforderlich sind. Sind diese medizinischen Kenntnisse nicht vorhanden, ist die Wahrscheinlichkeit, dass es zu Fehlern bei der Ausführung kommt, erhöht. Damit ist zugleich auch die Wahrscheinlichkeit für das Eintreten von Gesundheitsschäden beim Pflegebedürftigen erhöht. Der Pflegebedürftige ist zudem aufgrund des Hilfebedarfes bei den Verrichtungen des täglichen Lebens besonders schutzbedürftig. Diese Schutzbedürftigkeit steigt mit steigendem Pflegebedarf. Und gerade bei hohem und intensivem Pflegebedarf greift das Verbot. Wägt man nun die beeinträchtigten und die rechtfertigenden Interessen für ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt mit genereller Wirkung gegeneinander ab, so spricht insbesondere die hohe Schutzbedürftigkeit der Pflegebedürftigen für ein Überwiegen der rechtfertigenden Interessen. Jedenfalls aber überwiegen die beeinträchtigten Interessen nicht derart, dass der Gestaltungsspielraum[1042] des Gesetzgebers überschritten wäre. Dies gilt dann erst recht für ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt mit nur leistungsrechtlicher Wirkung.

(b) Weitere Freiheitsrechte

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kung wie Art. 6 I GG zu. Auch in Art. 12 I GG[1043] und Art. 2 I GG wird nicht unangemessen eingegriffen.

3. Auswirkungen des Gleichheitssatzes

Das Verbot verstößt nicht deshalb gegen den Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG, weil gleichermaßen alle nichtprofessionellen Pflegekräfte von ihm erfasst werden, unabhängig von ihren tatsächlichen Kenntnissen. Dabei werden zwar auch diejenigen nichtprofessionell Pflegenden, die (zufällig) über die besonderen medizinischen Kenntnisse verfügen, um auch die als gefährlich eingestuften Pflegetätigkeiten ohne Anleitung und Unterweisung auszuführen, vom Verbot erfasst. Dies ist jedoch von der Befugnis des Gesetzgebers zu generalisieren und zu typisieren[1044] gedeckt, da anders als mit allgemeiner Geltung ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gar nicht denkbar ist.

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ableiten lässt,[1050] sondern auch das Gebot, von einem allgemein geltenden Verbot im Rahmen der Durchsetzung im gleichen Maße belastet zu werden. Zwar wird vom Bundesverfassungsgericht die Gleichheit des Belastungserfolges als besondere bereichsspezifische Ausprägung des Gleichheitssatzes im Steuerrecht dargestellt.[1051] Allerdings werden diese bereichsspezifischen Besonderheiten damit beschrieben, dass es sich bei der Steuer um eine Gemeinlast handelt, die alle Inländer trifft und dass es an einer individuellen Gegenleistung fehlt.[1052] Zwar ist die durch das Bundesverfassungsgericht beabsichtigte einschränkende Anwendung der Möglichkeit, Normen auch dann für verfassungswidrig zu erklären, wenn ihr Vollzug ineffektiv ist, verständlich. Schließlich handelt es sich dabei um eine Ausnahme zu dem Grundsatz, dass Normen auch dann gelten, wenn sie nicht eingehalten werden[1053] sowie vom Grundsatz „Keine Gleichheit im Unrecht“[1054].[1055] Allerdings genügen für eine einschränkende Anwendung bereits die strengen Voraussetzungen für eine Zurechnung zum Gesetzgeber und das Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen (Gemeinlast und keine individuelle Gegenleistung) mit denen die Bereichsspezifik des Gleichheitssatzes im Steuerrecht begründet wurde.[1056] Diese Voraussetzungen können jedoch auch außerhalb des Steuerrechts erfüllt sein. Man sieht am Beispiel der Wehrgerechtigkeit[1057], dass die Gleichheit im Belas-

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tungserfolg über das Steuerecht hinaus Geltung beanspruchen kann. Aber auch für weite Teile des Ordnungsrechts liegen alle Voraussetzungen vor.[1058] Die Voraussetzungen sind auch für ein Verbot für gefährliche Pflegetätigkeiten durch (besonderes) Ordnungsrecht erfüllt. Ein solches Verbot würde für alle Inländer gelten zudem es keine individuelle Gegenleistung gibt. Wendet man nun die Voraussetzungen für die Zurechnung eines Defizits hinsichtlich der Gleichheit im Belastungserfolg auf ein Verbot der Ausführung gefährlicher Pflegetätigkeiten für nichtprofessionelle Pflegekräfte mit genereller Wirkung an, so ist für dieses Verbot Gleichheitswidrigkeit festzustellen. Für die Fälle, in denen keine Sozialleistungen bezogen werden, kann das Erbringen von Pflegeleistungen nur durch Mitwirkungsbeiträge der Betroffenen festgestellt werden. Das Risiko der sonstigen Entdeckung ist bei häuslicher Pflege, die gerade abgeschirmt von der Öffentlichkeit stattfindet, verschwindend gering. Aber selbst wenn man analog zum Steuerrecht eine Pflicht zur Abgabe einer Erklärung, ob ein Pflegeverhältnis vorliegt, für alle Haushalte einführen würde, könnte bei der Überprüfung dieser Angaben im Massenverfahren gerade kein angemessenes Entdeckungsrisiko gewährleistet werden. Eine flächendeckende Kontrolle von Haushalten verbunden mit dem Recht, Wohnungen beispielsweise durch den medizinischen Dienst der Krankenversicherung zu betreten, ist sowohl tatsächlich als auch rechtlich[1059] nicht möglich. Es bliebe damit bei einem sanktionslosen Gebot.[1060]

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

IV. Pflicht zur Formalisierung der informellen Pflege

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

Eine (objektive) Pflicht zur Gewährleistungen eines Mindestmaßes an Schutz ist unbestritten.[1061] Damit (potentiell) Pflegebedürftige die Einhaltung dieser Pflicht gerichtlich durchsetzen können, ist eine notwendige Voraussetzung[1062], dass der objektiven Pflicht des Staates auch ein subjektives Recht des Einzelnen gegenübersteht. Für die Herleitung des subjektiven Rechts gibt es verschiedene Ansätze. Teilweise wird versucht unmittelbar aus der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte auch eine Schutzfunktion herzuleiten.[1063] Dann steht der Pflicht zum Schutz auch unmittelbar ein subjektives Recht gegenüber. Dieser Ansatz wird jedoch überwiegend mit Wortlaut- und systematischen Argumenten abgelehnt.[1064] Sieht man die durch die Verfassung, und dabei insbesondere durch die Grundrechte, statuierte objektive Wertordnung als Grundlage für die Schutzpflichten[1065], so bedarf es für die Existenz eines subjektiven Rechts auf Schutz einer zusätzlichen Begründung. Die existierenden Begründungen

1061 Siehe die Nachweise Fn. 1018f.

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sind sehr vielfältig und reichen von einem allgemeinen Recht auf Sicherheit[1066] bis hin zum Recht auf Schutzgewährung, wenn der Staat eine Garantenstellung einnimmt.[1067] Das Ergebnis der Existenz eines subjektiven Rechts auf Schutz wird jedoch allgemein anerkannt.

Allein aus der Existenz eines subjektiven Rechts lässt sich noch nicht bestimmen, nach welchem Maßstab eine Verletzung dieses subjektiven Rechts ermittelt werden kann. Da bei Konstellationen, in denen Schutzpflichten eine Rolle spielen, typischerweise verschiedene grundrechtlich geschützte Interessen aufeinandertreffen (sog. mehrpolige Grundrechtsverhältnisse), muss eine Abwägung all dieser geschützten Interessen erfolgen.[1068] Ob man an dieser Stelle dann von einer Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausgeht[1069] oder das Untermaßverbot als Gegenstück zum Übermaßverbot anwendet[1070], dürfte im Ergebnis kaum einen Unterschied machen. Klar ist, dass alle denkbaren Schutzmaßnahmen, bei denen die der Schutzpflicht widerstreitenden Interessen überwiegen, rechtlich unzulässig sind.[1071] Zu solchen Maßnahmen ist der Gesetzgeber schon nicht berechtigt und damit erst recht nicht verpflichtet.

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

Nun ist anhand des oben ermittelten Maßstabes zu bestimmen, ob die bestehenden Maßnahmen dem Untermaßverbot gerecht werden. Für die stationäre Pflege vertritt *Moritz* die Ansicht, dies sei nicht der Fall.[1078] Die dortige Darstellung erscheint jedoch in verschiedener Hinsicht verkürzt und teilweise zu pauschal. Verkürzt ist die Darstellung dort, wo eine Prüfung der Erfüllung der Schutzpflichten allein anhand der Vorschriften des SGB XI und der Nachfolgevorschriften der Länder zum Bundesheimgesetz nebst Verordnungen erfolgt. Dass dem Gesetzgeber die Wahlfreiheit hinsichtlich des Mittels der Erfüllung der Schutzpflichten bleibt, ist unbestritten. Dies bedeutet aber auch, dass die Gesamtheit aller Maßnahmen in die Bewertung mit einbezogen werden muss. Dazu gehören insbesondere die zivilrechtlichen, berufsrechtlichen, polizeirechtlichen und strafrechtlichen Schutzvorschriften. Beispielsweise wird durch das Strafrecht ein wichtiger Beitrag zu Erfüllung der Schutzpflicht geleistet, da dadurch alle von *Moritz* beschriebenen Würdeverletzungen[1079] als strafbar eingestuft werden. Der Gesetzgeber macht somit deutlich, dass derartige Handlungen verboten sind.[1080] Verkürzt ist die Darstellung auch insoweit, als nur die Interessen der Pflegebedürftigen bei der Begründung der Schutzpflichtverletzung berücksichtigt werden. Notwendig wäre jedoch eine Abwägung mit den Interessen der Pflegenden, der Pflegeeinrichtungen und den Trägern der Finanzierungslast. Dies wird besonders deutlich mit Blick auf die vorgeschlagenen Übergangsregelungen. Die vorgeschlagenen Personalschlüssel und die zusätzliche Beschäftigung von Physio- und Ergotherapeuten sowie Ärzten[1081] mögen wünschenswert sein, stellen aber auch einen starken Eingriff in die Rechte der Einrichtungen dar. Soweit gleichzeitig die Bereitstellung des ausgebildeten Personals durch den

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

XI zu berücksichtigen. Dabei wurde gezeigt, dass eine Weitergabe der Information der nicht sichergestellten Pflege durch den Pflegedienst gegen den Willen des Pflegebedürftigen, beispielsweise an die Polizei, durch rechtfertigenden Notstand gerechtfertigt sein kann. Aus der Beschützergarantenstellung des Pflegedienstes, die sich aus § 37 III SGB XI herleiten lässt,[1084] folgt dann auch eine Pflicht zur Weiterleitung der Informationen an die Polizei. Der Schutz des Pflegebedürftigen beispielsweise vor Gewalt oder Vernachlässigung durch den Pflegenden kann dann mittels Polizeirecht erfolgen. Die Gesamtschau aller gesetzgeberischen Maßnahmen, die zumindest auch dem Schutz des Pflegebedürftigen dienen, ergibt, dass diese den Anforderungen an den Gesetzgeber, ein Mindestmaß an Schutz zu gewährleisten, noch[1085] genügen.

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

V. Zusammenfassung

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

Sollen staatliche Instrumente der Qualitätssicherung als Qualitätskreislauf dargestellt werden, so muss dieser um drei Stufen erweitert werden, damit alle für eine ständige Weiterentwicklung der Qualität notwendigen Instrumente erfasst werden können. Zusätzlich notwendig sind (1) die Herstellung der Verbindlichkeit[1086], (2) der Rechtsschutz und (3) die Gewährleistung des Wissenstransfers. Indem jedes Qualitätssicherungsinstrument einer Stufe des modifizierten Qualitätskreislaufs zugeordnet wurde, ergibt sich ein vertieftes Verständnis für das Zusammenspiel aller Qualitätssicherungsinstrumente, aber auch für Bedeutung und Funktion des einzelnen Qualitätssicherungsinstrumentes. Man kann sich den Qualitätskreislauf als Kette vorstellen, die nur so stark ist, wie ihr schwächstes Glied. Die einzelnen Glieder der Kette sind die Stufen des Qualitätskreislaufes. Die Stärke eines Gliedes der Kette ist damit auch nicht gleichbedeutend mit der Wirksamkeit eines einzelnen Instrumentes, sondern sie ergibt sich aus der Summe an Instrumenten auf einer Stufe. Es wird deutlich, dass jedes einzelne Instrument gemeinsam mit allen Instrumenten einer Stufe untersucht werden muss und in Beziehung zur vorhergehenden und nachfolgenden Stufe zu setzen ist, um seine Funktion vollständig zu erfassen. Erst wenn auf jeder Stufen des Qualitätskreislaufes ein wirksames Qualitätssicherungsinstrument besteht oder alle Qualitätssicherungsinstrumente auf der jeweiligen Stufe zusammen wirksam sind, führt dies auch zur planvollen ständigen Weiterentwicklung der Qualität.

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Literaturverzeichnis

Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, 1985.

Arnim, Hans Herbert von, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988.

Arntz, Melanie/Spermann, Alexander, Wie lässt sich die gesetzliche Pflegeversicherung mit Hilfe personengebundener Budgets reformieren?, ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp0358.pdf (besucht am 30.06.2015).

Bachem, Jochen, Das Hessische Gesetz über Betreuungs- und Pflegeleistungen - Ein kritischer Überblick (1. Teil), PflR 2012, S. 759–769.

Bachem, Jochen, Das Hessische Gesetz über Betreuungs- und Pflegeleistungen - Ein kritischer Überblick (2. Teil), PflR 2013, S. 3–13.

Badelt, Christoph/Holzmann, Andrea, Care for the Elderly in Austria, in: *Evers, Adalbert/Svetlik, Ivan* (Hrsg.), Balacing Pluralism, 1993, S. 147–177.

Bader, Johann/Ronellenfitsch, Michael (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar VwVfG, Edition 28, 2015.

Baehr, Thomas, Verhaltenssteuerung durch Ordnungsrecht, 2005.

Baldock, John/Evers, Adalbert, Versorgungssysteme für ältere Menschen im europäischen Überblick, in: *Kytir, Josef/Münz, Rainer* (Hrsg.), Alter und Pflege, 1992, S. 11–42.

Bamberger, Georg/Roth, Herbert (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar BGB, Edition 36, 2015.

Barth, Martin, Wissenstransfer in der Pflege, ÖZPR 2013, S. 61–62.

Baumgartner, Gerhard, Ausgliederung und öffentlicher Dienst, 2006.

Becker, Ulrich, Wahlfach Sozialrecht, JuS 1998, S. 90–94.

Becker, Ulrich, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, in: *Becker, Ulrich* (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht I, 2010, S. 11–62.

Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten (Hrsg.), SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, 4. Auflage, 2014.

Becker, Ulrich/Lauerer, Luise, Zur Unterstützung von Pflegepersonen - Unterstützungsnotwendigkeiten und -optionen, in: *Bundesministerium für Familie, Senioren Frauen und Jugend* (Hrsg.), Zeit für Verantwortung im Lebenslauf - Politische und rechtliche Handlungsstrategien, 2010, S. 121–160.

Becker, Ulrich/Meeßen, Iris/Neueder, Magdalena/Schlegelmilch, Michael/Schön, Markus/Vilaclare, Ilona, Strukturen und Prinzipien der Leistungserbringung im Sozialrecht (1. Teil), VSSR 2011, S. 323–360.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Becker, Ulrich/Meeßen, Iris/Neueder, Magdalena/Schlegelmilch, Michael/Schön, Markus/Vilaclare, Ilona, Strukturen und Prinzipien der Leistungserbringung im Sozialrecht (2. Teil), VSSR 2012, S. 1–48.

Becker, Ulrich/Meeßen, Iris/Neueder, Magdalena/Schlegelmilch, Michael/Schön, Markus/Vilaclare, Ilona, Strukturen und Prinzipien der Leistungserbringung im Sozialrecht (3. Teil), VSSR 2012, S. 103–130.

Beckmann, Martin/Durner, Wolfgang/Mann, Thomas/Röckinghausen, *Marc* (Hrsg.), Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 68. Ergänzungslieferung, 2013.

Beulke, Werner, Strafprozessrecht, 11. Auflage, 2010.

Bieback, Karl-Jürgen, Qualitätssicherung in der Pflege im Sozialrecht, 2004.

Binder, Hans/Fürstl-Grasser, Margerethe (Hrsg.), Hausbetreuungsgesetz - Samt den einschlägigen Bestimmungen zur Gewerbeordnung und zum Bundespflegegeldgesetz, 2008.

Biringer, Erwin/Freiler, Irma, Qualitätssicherung in der häuslichen Pflege - eine Zwischenbilanz, SozSich (Österreich) 2007, S. 599–604.

Biringer, Erwin/Freiler, Irma, Qualitätssicherung in der häuslichen Pflege, SozSich (Österreich) 2010, S. 511–515.

Blatt, Oliver, Qualitätssicherung der Qualitätssicherung, GuP 2012, S. 143–146.

Blumenthal, Julia von, Governance - eine kritische Zwischenbilanz, ZPol 2005, S. 1149–1180.

Böhm, Franz, Demokratie und ökonomische Macht, in: *Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht* (Hrsg.), Kartelle und Monopole im modernen Recht, Band 1, 1961, S. 1–24.

Bölicke, Claus/Steinhagen-Thiessen, Elisabeth, Qualität in der Pflege dementierender alter Menschen, Pflegequalitätskonzepte für demenziell Erkrankte, in: *Igl, Gerhard/Schiemann, Doris/Gerste, Bettina u. a.* (Hrsg.), Qualität in der Pflege, Betreuung und Versorgung von pflegebedürftigen alten Menschen in der stationären und ambulanten Altenhilfe, 2002, S. 179–190.

Börzel, Tanja, Der "Schatten der Hierarchie" - Ein Governance-Paradox, in: *Schuppert, Gunnar Folke* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, 2008, S. 118–131.

Brandt, Oliver, Grundlagen der Rechtsvergleichung - Ein Leitfaden für die Wahlfachprüfung, JuS 2003, S. 1082–1091.

Brox, Hans/Walker Wolf-Dietrich, Allgemeiner Teil des BGB, 35. Auflage, 2011.

Bruhn, Manfred, Qualitätsmanagement für Dienstleistungen, Grundlagen, Konzepte, Methoden, 7. Auflage, 2008.

Bryde, Brunn-Otto, Die Effektivität von Recht als Rechtsproblem, 1993.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Buchinger, Erwin, Qualitätssicherung in der häuslichen Pflege, ÖPZ 2008, S. 10–14.

Budee, Antje, Der Arztvertrag nach dem SGB V, 1997.

BUKO QS, Erstes Berliner Memorandum, 2000, http://www.carehelix.de/_!x/news/reform/statements/pol_memo.pdf (besucht am 30.06.2015).

Bull, Hans Peter, Die Krise der Verwaltungstheorie, VerwArch 2012, S. 1–30.

Bundesarbeitsgemeinschaft der Senioren-Organisationen e.V. (Hrsg.), Dokumentation der Abschlussveranstaltung zum europäischen Jahr für aktives Altern und Solidarität zwischen den Generationen 2012, http://www.bagso.de/fileadmin/Aktuell/News/20130417_BARRIEREFREI_ej_2012_dokumentation_abschlussveranstaltung.pdf (besucht am 30.06.2015).

Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst, Stellungnahme zum Entwurf des Bundesgesetzes, mit dem die Bestimmungen über die Betreuung von Personen in privaten Haushalten erlassen werden (Hausbetreuungsgesetz - HBeG) und die Gewerbeordnung 1994 geändert wird, 2007, http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/ME/ME_00040_13/fnameorig_075792.html (besucht am 30.06.2015).

Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Österreichischer Pflegevorsorgebericht 2010, https://www.yumpu.com/de/document/view/6102475/osterr-pflegevorsorgebericht-2010-bundesministerium-fur-arbeit- (besucht am 30.06.2015).

Bundesministerium für Gesundheit, Zahlen und Fakten zur Pflegeversicherung, Stand 28.05.2014, http://www.bmg.bund.de/fileadmin/dateien/Downloads/Statistiken/Pflegeversicherung/Zahlen_und_Fakten/Zahlen_Fakten_05-2014.pdf (besucht am 30.06.2015).

Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Bericht des Beirats zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffes, 2009, https://www.bundesgesundheitsministerium.de/uploads/publications/Neuer-Pflegebeduertigkeitsbegr.pdf (besucht am 30.06.2015).

Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Bericht des Expertenbeirates zur Umsetzung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffes, 2013, http://www.bmg.bund.de/fileadmin/dateien/Publikationen/Pflege/Berichte/Bericht_PPflegebegrif_RZ_Ansicht.pdf (besucht am 30.06.2015).

Bundesministerium für Justiz (Hrsg.)*,* Gesamtreform der Justiz, 1969.

Bürger, Claudia, Patientenorientierte Information und Kommunikation im Gesundheitswesen, 2003.

Burmeister, Julian/Alexander, Christian, Weniger Staat, mehr Markt wagen, Das Zusammenspiel staatlicher Aufsicht und privatrechtlicher Kontrolle im Wettbewerb am

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beispiel des Schutzes hilfs- und pflegebedürftiger Personen, WRP 2009, S. 159–168.

Büscher, Andreas, Finanzierungsfragen der häuslichen Pflege, Eine qualitative Untersuchung zur Einführung personenbezogener Budgets, 2005.

Büscher, Andreas, Negotiating Helpful Action, A Substantive Theory on the Relationship between Formal and Informal Care, 2007, http://uta17-kk.lib.helsinki.fi/bitstream/handle/10024/67689/978-951-44-6843-8.pdf?sequence=1 (besucht am 30.06.2015).

Büscher, Andreas/Holle, Bernhard/Emmert, Stefanie/Fringer, André, Beratungsbesuche nach § 37 Abs. 3 SGB XI, Eine empirische Bestandsaufnahme, 2010, http://www.uni-bielefeld.de/gesundhw/ag6/downloads/ipw-142.pdf (besucht am 30.06.2015).

Büscher, Andreas/Klie, Thomas, Qualität und Qualitätssicherung in der häuslichen Pflege, AöR 2012, S. 70–80.

Camphausen, Axel von, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel - Das Beispiel von Ehe und Familie, VVDStRL 45, S. 8–50.

Cornils, Matthias, § 168, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII, Freiheitsrechte, 3. Auflage, 2009, S. 1155–1226.

Coseriu, Pablo/Eicher, Wolfgang (Hrsg.), juris-PraxisKommentar, SGB XII, 2. Auflage, 2014.

Cremer, Wolfram, Freiheitsgrundrechte, Funktionen und Strukturen, 2003.

Da Roit, Barbara/Le Bihan, Blanche, Similar and Yet So Different: Cash-for-Care in Six European Countries' Long-Term-Care Policies, The Milbank Quarterly 2010, S. 286–309.

Dahlgaard, Knut, Qualitätssicherung im Gesundheitswesen aus Sicht des Qualitätsmanagements, in: *Igl, Gerhard* (Hrsg.), Recht und Realität der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen, 2002, S. 122–135.

Dalichau, Gerhard, Förderung neuer Wohnformen - ambulant betreute Wohngruppen nach dem PNG, GuP 2013, S. 50–58.

Dalichau, Gerhard/Grüner, Bernd/Müller-Alten, Lutz, Pflegeversicherung, Kommentar, Band, 212. Ergänzungslieferung, September 2013.

Dalichau, Gerhard/Grüner, Bernd/Müller-Alten, Lutz, Pflegeversicherung, Kommentar, Band 2, 206. Ergänzungslieferung, März 2013.

Dammert, Matthias, Angehörige im Visier der Pflegepolitik, 2009.

Dederer, Hans-Georg, Korporative Staatsgewalt, 2004.

Der Rechnungshof, Bundespensionsamt: Vollzug des Bundespflegegeldgesetzes, Kurzfassung, 2009,

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

http://www.rechnungshof.gv.at/fileadmin/downloads/2009/berichte/teilberichte/bund/bund_2009_01/Bund_2009_01_Band4_2.pdf (besucht am 30.06.2015).

Deutsch, Erwin, Die Zwecke des Haftungsrechts, JZ 1971, S. 244–248.

Dielmann, Gerd, Krankenpflegegesetz, 2. Auflage, 2006.

Dietlein, Johannes, Das Untermaßverbot, ZG 1995, S. 131-141.

Dietlein, Johannes, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Auflage, 2005.

Dimmel, Nikolaus, Sozialwirtschaft und Sozialordnung, in: *Dimmel, Nikolaus* (Hrsg.), Das Recht der Sozialwirtschaft, 2007, S. 9–58.

Dimmel, Nikolaus/Schmid, Tom, Soziale Dienste, in: *Dimmel, Nikolaus/Heinzmann, Karin/Schenk, Martin* (Hrsg.), Handbuch Armut in Österreich, 2009, S. 579–609.

Dingeldey, Irene, Governance und Sozialpolitik: Der aktivierende Wohlfahrtsstaat als Gewährleistungsstaat, in: *Schuppert, Gunnar Folke* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, 2008, S. 313–329.

Dittrich, Robert/Tades, Helmuth, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, 22. Auflage, 2007.

Doblhammer, Gabriele/Westphal, Christina/Ziegler, Uta, Pflegende Angehörige brauchen mehr Unterstützung, Bedarfsprognosen zeigen Anstieg häuslichen Pflegepotenzials in Deutschland bis 2030, Demografische Forschung 3, 2006, S. 3.

Donabedian, Avedis, Evaluating the Quality of Medical Care, The Milbank Quarterly 2005, S. 691–729.

Dose, Nicolai, Governance als problemorientierte Steuerung, in: *Schuppert, Gunnar Folke* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, 2008, S. 77–94.

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I,3. Auflage 2013

Drews, Bill/Wacke, Gerhard/Vogel, Klaus/Martens, Wolfgang, Gefahrenabwehr, 1986.

Dürschke, Joachim/Brembeck, Roland, Der Pflege-TÜV auf dem Prüfstand, Die Prüfung der Pflegeeinrichtungen zur Qualitätssicherung nach dem SGB XI, 2012.

Eckelt, Ernst, Die natürliche Wirtschaftsordnung der wirtschaftlichen Arbeitsdreiteilung, 1982.

Eichenhofer, Eberhard, Einführung in die Sozialrechtsvergleichung, NZS 1997, S. 97–102.

Eichinger, Walter, Betreutes Wohnen in ausgewählten Ländern Europas - Österreich, in: *Michel, Lutz/Schlüter, Thomas* (Hrsg.), Handbuch Betreutes Wohnen, 2012, S. 432–456.

Eidenmüller, Horst, Effizienz als Rechtsprinzip, Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 1995.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eifert, Martin, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, 1998.

Eifert, Martin, Regulierungsstrategien, in: *Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Vosskuhle, Andreas* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2006, S. 1237–1310.

Ellmer, Roland, Probleme aus Sicht der Länder, in: *Pfeil, Walter* (Hrsg.), Die Zukunft der Pflege und Betreuung in Österreich, 2007, S. 39–50.

Ellwein, Thomas/Hesse, Joachim Jens, Der überforderte Staat, 1994.

Emmenegger, Sigrid, Gesetzgebungskunst, 2006.

Emunds, Bernhard/Schacher, Uwe, Ausländische Pflegekräfte in Privathaushalten, http://www.sankt-georgen.de/nbi/fileadmin/redakteure/Dokumente/2013/Pflege_HBS_27.2.-1.pdf (besucht am 30.06.2015).

Enders, Christoph, Die Menschenwürde in der deutschen Verfassungsordnung, 1997.

Engelmann, Klaus, Die Kontrolle medizinischer Standards durch die Sozialgerichtsbarkeit, Zur Anerkennung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden und zur Stellung des IQWIG, MedR 2006, S. 245–259.

Engi, Lorenz, Governance - Umrisse und Problematik eines staatstheoretischen Leitbildes, Der Staat 47, S. 573–587.

Engst, Kathrin, Patientenpflichten- und –lasten, 2006.

Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, Edition 25, 2015.

Erichsen, Hans-Uwe, Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Jura 1997, S. 85-89.

Erichsen, Hans Uwe/Ehlers, Dirk (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, 2010.

Erlenkämper, Arnold/Fichte, Wolfgang, Sozialrecht, 6. Auflage, 2007.

European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Employment in social care in Europe, 2006.

Evers, Adalbert, The Welfare Mix Approach, in: *Evers, Adalbert/Svetlik, Ivan* (Hrsg.), Balacing Pluralism, 1993, S. 3–32.

Evers, Adalbert/Ewert, Benjamin, Hybride Organisationen im Bereich sozialer Dienste, in: *Kladetzki, Thomas* (Hrsg.), Soziale personenbezogene Dienstleistungsorganisationen, 2010, S. 103–128.

Fabriziy, Ernst Eugen, Kurzkommentar StGB, 9. Auflage, 2006.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Fasching, Peter/Flatz, Thomas/Öhlinger, Rudolf, Qualität im Pflegeheim, Ein praxisorientierter Leitfaden zur Einführung interdisziplinären Qualitätsmanagements und Qualitätssicherung in Pflegeinstitutionen, 1998.

Frerichs, Frerich/Leichenring, Kai/Naegele, Gerhard/Reichert, Monika/Stadler-Vida, Michael, Qualität Sozialer Dienste in Deutschland und Österreich, 2003.

Fink, Herbert, Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, 1994.

Fink, Herbert, Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialsachen, 1995.

Fleiner, Thomas, Entwurf und Gestaltung von Gesetzesnormen, in: *Winkler, Günther/Antoniolli, Walter* (Hrsg.), Gesetzgebung, 1981, S. 137–153.

Fraensen, Matthias, Wie sollen die Leistungen einer Pflegeversicherung aussehen, in: *Kytir, Josef/Münz, Rainer* (Hrsg.), Alter und Pflege, 1992, S. 195–223.

Franzius, Claudio, Vom Gewährleistungsstaat zum Gewährleistungsrecht, in *Schuppert, Gunnar Folke* (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2005, S. 53 – 62.

Freiler, Dietmar, Soziale Dienstleistungen zwischen Reglementierung und Wettbewerb, NDV 1989, S. 369–371.

Freiler, Irma, Pflegende Angehörige benötigen auch Betreuung, SozSich (Österreich) 2008, S. 630–634.

Frey, Michael, Häusliche Pflege und Selbsthilfevorbehalt, 2009.

Fritsch, Michael/Wein, Thomas/Ewers, Hans-Jürgen, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, 7. Auflage, 2007.

Fuchs, Irene, Eine Gegenüberstellung der Organisation der mobilen Pflege und Betreuung in den Bundesländern Steiermark und Vorarlberg, https://online.medunigraz.at/mug_online/wbAbs.getDocument?pThesisNr=17734&pAutorNr=&pOrgNr= (besucht am 30.06.2015).

Fürweger, Katharina, Die Entwicklung von der Sozialhilfe zur bedarfsorientierten Mindestsicherung unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Land Tirol, 2009.

Ganner, Michael, Selbstbestimmung im Alter, Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland, 2005.

Ganner, Michael, Altenrecht, in: *Dimmel, Nikolaus* (Hrsg.), Das Recht der Sozialwirtschaft, 2007, S. 267–294.

Ganner, Michael, Der richtige Umgang mit Gewalt in der Pflege, ÖZPR 2013, S. 20–22.

Geiger, Manfred, Pflege in einer alternden Gesellschaft, in: *Bieber, Daniel* (Hrsg.), Sorgenkind demografischer Wandel?, 2011, S. 250–289.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gensluckner, Christoph/Holzer, Johannes, Pflege aus Sicht der pflegenden Angehörigen (Laienpflege), Empirische Untersuchung bezüglich Belastungen pflegender Angehörigen und deren Entlastungsmöglichkeiten, 2005, http://www.oegkv.at/fileadmin/user_upload/Publikationen/FBAGensluckner-Holzer.pdf (besucht am 30.06.2015).

Gepart, Christian, "Highlights" der GuKG-Novelle 2009 im Überblick, ÖZPR 2010, S. 5–6.

Gille, Gudrun/Heinzmann, Renate, Brennpunkt Pflege, Angehörige - Betroffene - Professionelle Pflege, 2009.

Göpfert-Divivier, Werner/Robitzsch, Monika/Schweikart, Rudolf, "Qualitätsmanagement" und "Care Management" in der ambulanten Pflege, Zwei Expertisen im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 1999.

Görgen, Thomas, Gewalt gegen Ältere im persönlichen Nahraum, 2002.

Grasser, Margarethe, Wichtige Maßnahmen zur Stärkung der Position pflegender Angehöriger - Aktuelle Entwicklungen, ÖZPR 2010, S. 42–44.

Grasser, Margarethe, Begutachtung durch Pflegefachkräfte - Ein Pilotprojekt des BMASK, ÖZPR 2010, S. 140–141.

Grasser, Margarethe, Qualitätssicherung in der häuslichen Pflege - Entwicklung neuer Qualitätsindikatoren, ÖZPR 2011, S. 144–146.

Greifeneder, Martin, Begutachtung durch Pflegefachkräfte - Ergebnisse des Pilotprojekts, ÖZPR 2011, S. 172–175.

Grillberger, Konrad, Österreichisches Sozialrecht, 8. Auflage, 2010.

Groß, Uwe, Markt - Status quo und Trends, in: *Michel, Lutz/Schlüter, Thomas* (Hrsg.), Handbuch Betreutes Wohnen, 2012, S. 6–13.

Grube, Christian/Wahrendorf, Volker et al. (Hrsg.), SGB XII, Sozialhilfe mit Asylbewerberleistungsgesetz, 4. Auflage, 2012.

Grzeszick, Bernd, § 78, Hoheitskonzept - Wettbewerbskonzept, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV, Aufgaben des Staates, 3. Auflage, 2006, S. 367–393.

Grzeszick, Bernd, Anspruch, Leistungen und Grenzen steuerungswissenschaftlicher Ansätze für das geltende Recht, Überlegungen am Beispiel des verwaltungsvertraglichen Kopplungsverbotes, Die Verwaltung 2009, S. 105–120.

Hamdorf, Silke, Öffentliche und private Verantwortung für Qualität in der Pflege, 2009.

Hanika, Heinrich, Pflegeaufgabenprofile in Europa versus der Entwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, PflR 2012, S. 694–703.

Hart, Dieter, Recht auf Qualität, Kritik an der Qualitätssicherungsdiskussion oder Bürgerbeteiligung an der Qualitätsnormierung, in: *Igl, Gerhard* (Hrsg.), Recht und Realität der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen, 2002, S. 18–42.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hart, Dieter, Recht auf Qualität - Kritik an der Qualitätssicherungsdiskussion, ZSR 2002, S. 436–459.

Hasseler, Martina/Wolf-Ostermann, Karin, Wissenschaftliche Evaluation zur Beurteilung der Pflege-Transparenzvereinbarungen für den ambulanten (PTVA) und stationären (PTVS) Bereich, 2010, http://www.pflegenoten.de/upload/Pflegenoten_Endbericht_Beirat_u__WB_2010_07_21_6961.pdf (besucht am 30.06.2015).

Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang, Sozialgesetzbuch, SGB XI, Band 1, 43. Ergänzungslieferung, August 2013.

Hausreither, Meinhild/Lust, Alexandra, Aktuelles und Wichtiges aus den Berufsrecht, ÖZPR 2010, S. 69–70.

Hausreither, Meinhild/Lust, Alexandra, Abgrenzung von Laientätigkeiten und Vorbehaltstätigkeiten der Pflege und Medizin, ÖZPR 2011, S. 71–74.

Hausreither, Meinhild/Lust, Alexandra, Aktuelles und Wichtiges aus dem Berufsrecht, ÖZPR 2012, S. 36–38.

Heintschel-Heinegg, Bernd von (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, Edition 28, 2015.

Henle, Wilhelm, Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund, Ländern und Gemeinden, 1961.

Hermes, Georg, Gewährleistungsverantwortung als Infrastrukturverantwortung, in: *Schuppert, Gunnar Folke* (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2005, S. 111 – 132.

Herzog, Roman, Der überforderte Staat, in: *Badura, Peter/Scholz, Ruppert* (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 15–26.

Hillgruber, Christian, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992.

Höffe, Otfried, Subsidiarität als Gesellschafts- und Staatsprinzip, SPSR 1997, S. 1–31.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Modernisierung von Recht und Justiz, 2000.

Höfling, Wolfram, Selbstbestimmung im Alter aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: *Becker, Ulrich/Roth, Markus* (Hrsg.), Recht der Älteren, 2013, S. 85–99.

Holtkamp, Lars, Governance-Konzepte in der Veraltungswissenschaft, Neue Perspektiven auf alte Probleme von Verwaltungsreformen, Die Verwaltung 2010, S. 167–194.

Huber, Christian, Haftung für Pflegefehler, ÖZPR 2011, S. 154–158.

Igl, Gerhard, Pflegebedürftigkeit und Behinderung im Recht der sozialen Sicherheit, 1987.

Igl, Gerhard, Öffentlich-rechtliche Grundlagen für das Berufsfeld Pflege im Hinblick auf vorbehaltene Aufgabenbereiche, 1998.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Igl, Gerhard, Fachliche Standards und Expertenstandards für die Pflege im System der Qualitätsentwicklung nach § 113a und § 113b SGB XI, RsDE 67, S. 38–55.

Igl, Gerhard, Pflegebedürftigkeit, Pflege und Pflegebedarf im rechtlichen Verständnis, RsDE 67, S. 1–23.

Igl, Gerhard, Zur Strukturierung des Rechts der Qualitätssicherung auf dem Gebiet der Gesundheitsdienstleistungen, RsDE 70, S. 4–6.

Igl, Gerhard/Schiemann, Doris/Gerste, Bettina/Klose, Joachim (Hrsg.), Qualität in der Pflege, Betreuung und Versorgung von pflegebedürftigen alten Menschen in der stationären und ambulanten Altenhilfe, 2002.

Igl, Gerhard/Welti, Felix, Sozialrecht, Ein Studienbuch, 8. Auflage, 2007.

Isensee, Josef, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1982.

Isensee, Josef, Das Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Auflage, 2002.

Isensee, Josef, Subsidiarität - Das Prinzip und seine Prämissen, in: *Blickle, Peter/Hüglin, Thomas O./Wyduckel, Dieter* (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft, Genese, Geltungsgrundlagen und Perspektiven an der Schwelle des dritten Jahrtausends, 2002, S. 129–177.

Isensee, Josef, § 71, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV, Aufgaben des Staates, 3. Auflage, 2006, S. 3–79.

Jaspersen, Kai, Ärztlicher Behandlungsfehler und Vergütungsanspruch, VersR 1992, S. 1431–1436.

Jarass, Hans D., Grundrechte als Wertentscheidungen beziehungsweise objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 1985, S. 363-397.

Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, 2. Auflage, 2011

Jürgens, Andreas/Lesting, Wolfgang/Marschner Rolf/Winterstein, Peter, Betreuungsrecht kompakt, 7. Auflage, 2011.

Kahl, Arno/Weber, Karl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, 2008.

Kahl, Wolfgang, Die Schutzbereichsergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz, 2000.

Kahl, Wolfgang, Über einige Pfade und Tendenzen in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft - Ein Zwischenbericht, Die Verwaltung 2009, S. 463–500.

Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 10, 162, Ergänzungslieferung, Juli 2013.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kamiske, Gerd F./Brauer, Jörg-Peter, Qualitätsmanagement von A bis Z, Erläuterungen moderner Begriffe des Qualitätsmanagements, 6. Auflage, 2008.

Kämmerer, Jörn Axel, Staat und Gesellschaft nach Privatisierung, in: *Kämmerer, Jörn Axel* (Hrsg.), An den Grenzen des Staates, 2008, S. 17–40.

Kersten, Jens/Lenski, Sophie-Charlotte, Die Entwicklungsfunktion des allgemeinen Verwaltungsrechts, Die Verwaltung 2009, S. 501–533.

Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfried/Paeffgen, Hans-Ullrich (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Band 2, 4. Auflage, 2013.

Kingreen, Thorsten, Governance im Gesundheitsrecht, Zur Bedeutung der Referenzgebiete für die verwaltungsrechtswissenschaftliche Methodendiskussion, Die Verwaltung 2009, S. 339–375.

Kissling-Näf, Ingrid/Cattacin, Sandro, Einleitung: Subsidiäres Staatshandeln in modernen Gesellschaften, SPSR 1997, S. 1–16.

Klaushofer, Reinhard, Sozialbetreuungsberufe, in: *Pürgy, Erich* (Hrsg.), Das Recht der Länder, Band II/1, Landesverwaltungsrecht, 2012, S. 311–350.

Klie, Thomas, Qualität und Qualitätssicherung - eine Einführung, in: *Klie, Thomas* (Hrsg.), Pflegeversicherung und Qualitätssicherung in der Pflege, 1996, S. 1–14.

Klie, Thomas, Ethik und Demenz, in: *Klie, Thomas* (Hrsg.), Wohngruppen für Menschen mit Demenz, 2002, S. 63–70.

Klie, Thomas, Rechtliche Rahmenbedingungen für den Einsatz und das Profil von Fachkräften in Einrichtungen und Diensten der Pflege - Zugleich ein Beitrag zur Auslegung der §§ 4, 5 Heimpersonalverordnung, PflR 2004, 99 – 108.

Klie, Thomas, Rechtlicher Rahmen der Qualitätssicherung in der Pflege, in: *Igl, Gerhard* (Hrsg.), Recht und Realität der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen, 2002, S. 86–102.

Klie, Thomas, Altenpflege - quo vadis?, in: *Klie, Thomas/Brandenburg, Hermann* (Hrsg.), Gerontologie und Pflege, 2003, S. 1–9.

Klie, Thomas, Ruhig gestellt und fixiert: Pflege zwischen Freiheit und Risiko, in *Fix, Elisabeth/Kurzke-Maasmeier, Stefan* (Hrsg.), Das Menschenrecht auf gute Pflege, 2009.

Klie, Thomas/Krahmer, Utz, Sozialgesetzbuch XI, Lehr- und Praxiskommentar, 5. Auflage, 2014.

Klie, Thomas/Roß, Paul-Stefan, Wie viel Bürger darf's denn sein?, AöR 2005, S. 20–43.

Klie, Thomas/Schuhmacher, Birgit, Wohngruppen in geteilter Verantwortung für Menschen mit Demenz, 2007, https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/dateien/Publikationen/Pflege/Berichte/Bericht_Wohngruppen_in_geteilter_Verantwortung_fuer_Menschen_mit_Demenz_-_Das_Freiburger_Modell.pdf (besucht am 30.06.2015).

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Klueting, Harm, Über das Verhältnis von Familienreligion und Hausgemeinde zum kirchlichen Gottesdienst in protestantischen Kontexten der frühen Neuzeit, in: *Blickle, Peter/Hüglin, Thomas O./Wyduckel, Dieter* (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft, Genese, Geltungsgrundlagen und Perspektiven an der Schwelle des dritten Jahrtausends, 2002, S. 3–24.

Kneihs, Benjamin, Schutz von Leib und Leben sowie Achtung der Menschenwürde, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1, 2009, S. 137–189.

Koch, Erich, Geldleistungen für Pflegebedürftige nach dem SGB XI, VSSR 2000, S. 57–89.

Kompetenzzentrum Qualitätssicherung in der häuslichen Pflege (Hrsg.), Bundespflegegeldgesetz - Qualitätssicherung in der häuslichen Pflege, Auswertung der von den diplomierten Gesundheits- /Krankenpflegepersonen durchgeführten Hausbesuche im Zeitraum vom August bis Dezember 2011, http://www.svb.at/portal27/portal/svbportal/content/contentWindow?contentid=10008.587991&action=b&cacheability=PAGE&version=1391216938 (besucht am 30.06.2015).

Korbmacher, Andreas, Grundfragen des öffentlichen Heimrechts, 1989.

Korinek, Karl, Wirtschaftliche Freiheiten, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1, 2009, S. 411–436.

Korinek, Karl/Holoubek, Michael, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung, 1993.

Körner, Anne, Das strukturelle Vollzugsdefizit in der gesetzlichen Rentenversicherung als Verfassungsproblem, 2011.

Koziol, Helmut/Welser, Rudolf, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band II, 13. Auflage, 2007.

Krahmer, Utz, Der Schutz von Vermögen, in: *Krahmer, Utz* (Hrsg.), Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII, Leistungen der Sozialhilfe bei Pflegebedarf, 4. Auflage, 2010, S. 102–105.

Krahmer, Utz, Einkommen als wirtschaftliches Privileg, in: *Krahmer, Utz* (Hrsg.), Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII, Leistungen der Sozialhilfe bei Pflegebedarf, 4. Auflage, 2010, S. 71–101.

Krahmer, Utz, Verschenktes Vermögen, in: *Krahmer, Utz* (Hrsg.), Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII, Leistungen der Sozialhilfe bei Pflegebedarf, 4. Auflage, 2010, S. 106–107.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Krahmer, Utz, Was geschieht mit dem geschützten Vermögen nach dem Tod des Pflegebedürftigen, in: *Krahmer, Utz* (Hrsg.), Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII, Leistungen der Sozialhilfe bei Pflegebedarf, 4. Auflage, 2010, S. 126–127.

Krings, Günter, Die subjektiv-rechtliche Rekonstruktion der Schutzpflichten aus dem grundrechtlichen Freiheitsbegriff, in: *Sachs, Michael/Siekmann, Helmut* (Hrsg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat, Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, 2012.

Krispl, Michael, Drei Jahre Förderung der 24-Stunden-Betreuung durch Bund und Länder - eine Bilanz, ÖZPR 2011, S. 45–48.

Kube, Hanno, § 148, Persönlichkeitsrecht, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII, Freiheitsrechte, 3. Auflage, 2009, S. 79–144.

Kücking, Monika, Pflegetransparenz - Noten oder Punkte, was wollen die Nutzer?, KrV 2012, S. 64–66.

Kucsko-Stadlmayer, Gabriele, Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1, 2009, S. 49–102.

Kuderna, Friedrich, Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, 2. Auflage, 1996.

Kühnert, Sabine, Qualitätssicherung durch Aus-, Fort- und Weiterbildung, in: *Klie, Thomas* (Hrsg.), Pflegeversicherung und Qualitätssicherung in der Pflege, 1996, S. 43–55.

Lachmayer, Konrd, Effizienz als Verfassungsprinzip, Eine Maxime für staatlichen Handeln in Österreich?, in: *Bungenberg, Marc* (Hrsg.), Recht und Ökonomik, 44. AssÖR, 2004, S. 135–159.

Lachwitz, Klaus, Soziale Pflegeversicherung und Sozialhilfe, in: *Schulin, Bertram* (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 4, Pflegeversicherungsrecht, S. 181–279.

Land Salzburg (Hrsg.), Zuhause pflegen, http://www.salzburg.gv.at/zuhausepflegen.pdf (besucht am 30.06.2015).

Landauer, Martin, Die staatliche Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege in England und Deutschland, 2012.

Langendonck, Jef van, Probleme und Problemlösungen des wissenschaftlichen Sozialrechtsvergleichs, in: *Zacher, Hans Friedrich* (Hrsg.), Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs. (1.) Colloquium d. Projektgruppe f. Internat. u. Vergl. Sozialrecht d. Max-Planck-Gesellschaft, Tutzing 1976, 1977, S. 77–89.

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995.

Laufs, Adolf (Hrsg.)/*Uhlenbruck, Wilhelm* (Begr.), Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage, 2010.

Lehr, Katja, Staatliche Lenkung durch Handlungsformen, 2010.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Leitherer, Stephan (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Band 2, SGB XI, 86. Ergänzungslieferung, 2015.

Lesemann, Frédérik/Nahmiash, Daphne, The Organisation of Home Care Services for the Elderly in Montreal, in: *Evers, Adalbert/Svetlik, Ivan* (Hrsg.), Balancing Pluralism, 1993, S. 117–146.

Liebhart, Gunther, Das gerichtliche Pflegegeldverfahren im Überblick, ÖZPR 2013, S. 44–47.

Liehr, Willibald/Griebler, Manfred, Zulässigkeitsanforderungen an Individualrechtsbehelfe, Aus der Sicht des Österreichischen Verfassungsgerichtshofes, EuGRZ 2006, S. 509–514.

Löcher, Jens/Vom Rath, Eva Maria, Hilfe zur Pflege im Sozialhilferecht, ZfS 2006, S. 129–141.

Ludyga, Hannes, Pflicht zur Pflege, FPR 2012, S. 54–58.

Lundsgard Jens, Consumer Direction and Choice in Long-Term Care for Older Persons, Including Payments for Informal Care: How Can it Help Improve Care Outcomes, Employment and Fiscal Sustainability?, OECD Health Working Papers, 2005, http://www.oecd.org/dataoecd/53/62/34897775.pdf (besucht am 21.07.2014).

Mahlmann, Matthias, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 2. Auflage, 2012.

Maihofer, Werner, Gesetzgebungswissenschaft, in: *Winkler, Günther/Antoniolli, Walter* (Hrsg.), Gesetzgebung, 1981, S. 2–34.

Mangoldt, Herman von/Klein, Friedrich/Starck, Christian, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 6. Auflage, 2010.

Mangoldt, Herman von/Klein, Friedrich/Starck, Christian, Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 6. Auflage, 2010.

Marold, Franz/Friedrich, Michael, Österreichisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, 2012.

Martini, Mario/Albert, Alexandra, Finden, statt suchen? Der Pflege-TÜV und risikoorientierte Suchfunktionen als casus belli (Teil 1), NZS 2012, S. 201–204.

Martini, Mario/Albert, Alexandra, Finden, statt suchen? Der Pflege-TÜV und risikoorientierte Suchfunktionen als casus belli (Teil 2), NZS 2012, S. 247–253.

Masing, Walter/Pfeifer, Tilo/Schmitt, Robert, Handbuch Qualitätsmanagement, 5. Auflage, 2007.

Mastonardi, Philippe, Verfassungslehre, 2007.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), Grundgesetz Kommentar, Band I, II, III, V, 74. Ergänzungslieferung, 2015.

Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Auflage, 1992.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Maydell, Bernd von, Sozialpolitik und Rechtsvergleich, in: *Ruland, Franz/Maydell, Bernd von/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats, Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag, 1998, S. 591–608.

Mayer, Heinz, Das österreichische Bundesverfassungsrecht, 4. Auflage, 2007.

Mayer, Susanne, Notwendigkeit und Umfang der Dokumentation von Pflege- und Betreuungsleistungen für Menschen mit Behinderung, ÖZPR 2011, S. 100–103.

Mayer, Susanne/Pfeil, Walter, Behindertenhilfe, in: *Pürgy, Erich* (Hrsg.), Das Recht der Länder, Band II/1, Landesverwaltungsrecht, 2012, S. 385–432.

Mayntz, Renate, Von der Steuerungstheorie zu Global Governance, in: *Schuppert, Gunnar Folke* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, 2008, S. 43–60.

Mayntz, Renate/Scharpf, Fritz, Steuerung und Selbstorganisation in staatsnahen Sektoren, in: *Mayntz, Renate/Scharpf, Fritz* (Hrsg.), Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung, 1995, S. 9–38.

Mayr, Manuel, Mindeststandards für Einrichtungen stationärer Pflege im Ländervergleich, ÖZPR 2010, S. 155–158.

Mayr, Manuel/Pfeil, Walter, Mindestsicherung und Sozialhilfe, in: *Pürgy, Erich* (Hrsg.), Das Recht der Länder, Band II/1, Landesverwaltungsrecht, 2012, S. 259–310.

Mengel, Constanze, Sozialrechtliche Rezeption ärztlicher Leitlinien, 2004.

Merchel, Joachim, Qualitätsmanagement in der sozialen Arbeit, Ein Lehr- und Arbeitsbuch, 2. Auflage, 2004.

Meyer, Jörg Alexander, Der Weg zur Pflegeversicherung, 1996.

Meyer-Ladewig, Jens (Begr.)*/Keller, Wolfgang/Leitherer, Stefan*, Sozialgerichtsgesetz Kommentar, 11. Auflage, 2014.

Michel, Lutz, Verklammerung der Leistungsmodule Wohnen und Dienstleistung, in: *Michel, Lutz/Schlüter, Thomas* (Hrsg.), Handbuch Betreutes Wohnen, 2012, S. 201–225.

Michel, Lutz, Wohnen für Senioren, in: *Michel, Lutz/Schlüter, Thomas* (Hrsg.), Handbuch Betreutes Wohnen, 2012, S. 1–6.

Michel, Lutz/Schlüter, Thomas, Heimrecht, in: *Michel, Lutz/Schlüter, Thomas* (Hrsg.), Handbuch Betreutes Wohnen, 2012, S. 85–127.

Moritz, Susanne, Staatlichen Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen, 2013.

Mosler, Rudolf/Müller, Rudolf/Pfeil, Walter (Hrsg.), Der SV-Komm, 67. Ergänzungslieferung, 2013.

Mössner, Jörg Manfred, Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, AöR 99, 1974, S. 193–242.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mrozynski, Peter, Sozialgesetzbuch, Allgemeiner Teil (SGB I), 5. Auflage, 2014.

Müller, Christian, Die Grenzen des Rückgriffs auf Unterhaltsverpflichtete, in: *Krahmer, Utz* (Hrsg.), Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII, Leistungen der Sozialhilfe bei Pflegebedarf, 4. Auflage, 2010, S. 108–123.

Münch, Ingo von/Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Band 1, 6. Auflage, 2012.

Münch, Ingo von/Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Band 2, 6. Auflage, 2012.

München, Friedrich, Gesetzliche Ansprüche der Versicherten auf Versorgungs- und Entlassungsmanagement, PflR 2012, S. 491–494.

Murswiek, Entschädigung für immissionsbedingte Waldschäden, NVwZ 1986, S. 611-615.

Naegele, Gerhard, Die sozialen Dienste vor neuen Herausforderungen - Dargestellt am Beispiel der sozialen Dienste für alte und/oder hilfsbedürftige Menschen, in: *Schnabel, Eckart/Schöneberg, Frauke* (Hrsg.), Qualitätsentwicklung in der Versorgung Pflegebedürftiger, Bilanz und Perspektiven, 2003, S. 11–28.

Naucke, Wolfgang, Strafrecht, 10. Auflage, 2002.

Nemeth, Claudia/Biringer, Erwin/Steinbauer, Irma, Qualitätssicherung in der häuslichen Betreuung (1. Teil), SozSich (Österreich) 2004, S. 401–403.

Nemeth, Claudia/Biringer, Erwin/Steinbauer, Irma, Qualitätssicherung in der häuslichen Betreuung (2. Teil), SozSich (Österreich) 2004, S. 509–511.

Nemeth, Claudia/Biringer, Erwin/Steinbauer, Irma, Qualitätssicherung in der häuslichen Betreuung (3. Teil), SozSich (Österreich) 2005, S. 44–45.

Neubauer, Walter/Grasser, Margarethe, Pflegekarenz und Pflegeteilzeit - Stärkung pflegender Angehöriger, ÖZPR 2013, S. 79–80.

Neumaier, Stephan, Die rechtliche Bedeutung von Expertenstandards in der Pflege, 2009.

Neumann, Volker, Die Zulassung einzelner Pflegekräfte zur Pflegerischen Versorgung, NZS 1995, S. 397–400.

Neumann, Volker, Normenvertrag, Rechtsverordnung oder Allgemeinverbindlichkeitserklärung?, 2002.

Nierhoff, Jens-Uwe, Der Medizinische Dienst der Krankenversicherung zwischen Korporatismus und Wettbewerb, 2005, abrufbar unter: https://www.econstor.eu/dspace/bitstream/10419/47404/1/506263290.pdf (besucht am 21.07.2014).

OECD, Long-Term Care for Older People, 2005.

OECD, Help Wanted?, Providing and Paying for Long-Term Care, 2011.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

OECD/European Commission, A Good Life in Old Age?, 2013.

Öhlinger, Theo, Das Gesetz als Instrument gesellschaftlicher Problemlösung und seine Alternativen, in: *Winkler, Günther/Antoniolli, Walter* (Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, 1982, S. 17–49.

Öhlinger, Theo, Verfassungsrecht, 6. Auflage, 2005.

ÖKSA (Hrsg.), Finanzierung der Pflege in Österreich, 2008, http://www.oeksa.at/files/publikationen/OEKSA_BUCH_09_Online.pdf (besucht am 30.06.2015).

Ollenschläger, Günter, Institutionalisierung der Qualitätsentwicklung in der Pflege, Gutachten für die Bundeskonferenz zur Qualitätssicherung im Gesundheits- und Pflegewesen e.V. (BUKO-QS), 2007, http://www.evimed.info/mediapool/46/460824/data/GAGO_BUKOQS_0704final.pdf (besucht am 30.06.2015).

Opolony, Bernhard, Staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen, NJW 2014, S. 526.

Ossege, Michael, Die Veröffentlichung von Pflege-Transparenzberichten im Internet ist grundsätzlich unzulässig, MedR 2011, S. 534–537.

Ostermeyer, Erich/Biringer, Erwin, Qualitätssicherung in der Pflege und Beratung für Pflegende, SozSich (Österreich) 2003, S. 229–231.

O'Sullivan, Daniel, Ambulante Pflege und Betreuung in Familie und neuem Ehrenamt, 2000.

Palandt, Otto (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Auflage, 2013.

Pallinger, Manfred/Grasser, Margarethe, Reformarbeitsgruppe Pflege - Den Herausforderungen begegnen, ÖZPR 2013, S. 10–14.

Pfeil, Walter, Österreichisches Sozialhilferecht, 1989.

Pfeil, Walter, Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich, 1994.

Pfeil, Walter, Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, 1996.

Pfeil, Walter, Vergleich der Sozialhilfesysteme der österreichischen Bundesländer, 2001.

Pfeil, Walter, Aktuelle Rechtsfragen der medizinischen Hauskrankenpflege, SozSich (Österreich) 2005, S. 88-102; 136-144.

Pfeil, Walter, Was bringt die Bedarfsorientierte Mindestsicherung, ÖZPR 2010, S. 90–92.

Pfeil, Walter, Ein neuer Ansatz für die Finanzierung (und auch für die Organisation?) von Pflege und Betreuung, ÖZPR 2011, S. 124–126.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Piazolo, Michael, Solidarität, Deutungen zu einem Leitprinzip der Europäischen Union, 2004.

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte, 30. Auflage, 2014.

Pieters, Danny, Reflections on the Methodology of Social Security Law Comparison, in: *Ruland, Franz/Maydell, Bernd von/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats, Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag, 1998, S. 715–742.

Pitzl, Eckhard/Huber, Gerhard, Verschwiegenheitspflicht versus Anzeigepflicht der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe, ÖZPR 2013, S. 102–104.

Pohanka, Christian, Six Sigma vs. Kaizen, Eine vergleichende Gegenüberstellung, 2010.

Popp, Michael, Die Pflegeversicherung - Stand, Probleme und Prognose, 2011.

Pöschl, Magdalena, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008.

Pöschl, Magdalena, Gleichheitsrechte, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1, 2009, S. 251–318.

Pratscher, Kurt, Sozialhilfe: Staat - Markt - Familie, in: *Tálos, Emmerich* (Hrsg.), Der geforderte Wohlfahrtsstaat, 1992, S. 61–96.

Prochazkova, Lucie/Schmidt, Tom, Pflege und Betreuung zu Hause, in: *Pfeil, Walter* (Hrsg.), Die Zukunft der Pflege und Betreuung in Österreich, 2007, S. 139–161.

Prütting, Dorothea (Hrsg.), Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 2. Auflage, 2012.

Raschauer, Nicolas/Wesseley, Wolfgang, Verwaltungsstrafrecht, Allgemeiner Teil, 2005.

Reimer, Franz, Qualitätssicherung, Grundlagen eines Dienstleistungsverwaltungsrechts, 2010.

Reimer, Sonja, Überblick über die Änderungen durch das Pflege-Neuausrichtungs-Gesetz, SGb 2013, S. 193–199.

Reinecke, Gerhard, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, 1976.

Richter, Ronald, § 34 Pflege II - Leistungserbringung, in: *Plagemann, Hermann* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht, 3. Auflage, 2009.

Ritzberger-Moser, Anna, Arbeitsrechtliche Aspekte der Betreuung zuhause, in: *Pfeil, Walter* (Hrsg.), Die Zukunft der Pflege und Betreuung in Österreich, 2007, S. 121–137.

Rixen, Stephan, Taking Governance Seriously, Metamorphosen des Allgemeinen Verwaltungsrechts im Spiegel des Sozialrechts der Arbeitsmarktregulierung, Die Verwaltung 2009, S. 309–338.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Robbers, Gerhard, Sicherheit als Menschenrecht, 1987.

Rohls, Jan, Subsidiarität in der reformierten Konfessionskultur, in: *Blickle, Peter/Hüglin, Thomas O./Wyduckel, Dieter* (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft, Genese, Geltungsgrundlagen und Perspektiven an der Schwelle des dritten Jahrtausends, 2002, S. 37–58.

Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar Sozialrecht, Edition 38, 2015.

Roller, Steffen, Die örtliche Prüfung der Pflegequalität von Pflegeeinrichtungen durch den MDK nach dem Pflege-Qualitätssicherungsgesetz in den Grenzen des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG), VSSR 2001, S. 335–357.

Roser, Traugott/Oswald, Walter, Die Aktualität liberaler Machkritik, in: *Roser, Traugott/Oswald, Walter* (Hrsg.), Entmachtung durch Wettbewerb, von Franz Böhm, 2007, S. 213–263.

Rösler, Hannes, Rechtsvergleichung als Erkenntnisinstrument in Wissenschaft, Praxis und Ausbildung - Teil 2, JuS 1999, S. 1186–1191.

Ross, Friso, Die rechtliche Struktur für die Qualitätssicherung in der Pflege Österreichs, RsDE 70, S. 21–34.

Roth, Markus, Private Pflege, in: *Becker, Ulrich/Roth, Markus* (Hrsg.), Recht der Älteren, 2013, S. 455–494.

Rothgang, Heinz, Wettbewerb in der Pflegeversicherung, ZSR 2000, S. 423–448.

Rothgang, Heinz/Müller, Rolf/Unger, Rainer/Weiß, Christian/Wolter, Annika, Barmer GEK Pflegereport 2012, 2012, http://presse.barmer-gek.de/barmer/web/Portale/Presseportal/Subportal/Presseinformationen/Archiv/2012/121127-Pflegereport-2012/pdf-Pflegereport-2012,property=Data.pdf (besucht am 30.06.2015).

Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Auflage, 2006.

Roxin, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Auflage, 2006.

Rubisch, Max/Schaffenberger, Eva, Dienste und Einrichtungen für pflegebedürftige Menschen in Österreich, SozSich (Österreich) 2000, S. 877–884.

Rudda, Johannes, Vom Hilflosenzuschuss zum Pflegegeld: 20 Jahre Pflegegeld in Österreich, ÖZPR 2013, S. 76–78.

Rudda, Johannes, Ist die Qualität bei ambulanter Langzeitpflege gesichert?, ÖZPR 2011, S. 60–62.

Rudda, Johannes/Fürstl-Grasser, Margerethe/Rubisch, Max, Neue Tendenzen in der Pflegevorsorge in Österreich, http://www.hauptverband.at/mediaDB/MMDB134004_Rudda%20et%20al_Pflegevorsorge-Artikel.pdf (besucht am 19.01.2011).

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rüfner, Wolfgang, Grundrechtskonflikte, in: *Starck, Christian* (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 1976, S. 453–479.

Rummel, Peter (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, Band 1, 3. Auflage, 2000.

Rupp, Bernhard/Schmid, Tom, Die "Bis-zu-24-Stunden-Betreuung" aus rechtlicher Sicht, SozSich (Österreich) 2007, S. 586–598.

Sachs, Michael, Grundrechte, 2. Auflage, 2003.

Säcker, Franz Jürgen/Rixeker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, 2015.

Säcker, Franz Jürgen/Rixeker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, 7. Auflage, 2015.

Säcker, Franz Jürgen/Rixeker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht - Besonderer Teil II, 6. Auflage, 2012.

Säcker, Franz Jürgen/Rixeker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Familienrecht I, 6. Auflage, 2013.

Säcker, Franz Jürgen/Rixeker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht II, 6. Auflage, 2012.

Savigny, Carl Friedrich von, Dem Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1840.

Scharpf, Fritz, Zur Theorie von Verhandlungssystemen, in: *Benz, Arthur/Scharpf, Fritz/Zintl, Reinhard* (Hrsg.), Horizontale Politikverflechtung, 1992, S. 11–27.

Scharpf, Fritz, Interaktionsformen, 2000.

Schaumberg, Torsten, Individualisierung und Pflegeberatung, GuP 2012, S. 211–213.

Scheiwe, Kirsten, Was ist ein funktionales Äquivalent in der Rechtsvergleichung? Eine Diskussion an Hand von Beispielen aus dem Familien- und Sozialrecht, KritV 83, 2000, S. 30–51.

Schlink, Bernhard, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: *Badura, Peter/Dreier, Horst* (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Zweiter Band Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, 2001, S. 445–465.

Schmehl, Arndt/Wallrabenstein, Astrid (Hrsg.), Wettbewerb, 2005.

Schmehl, Arndt/Wallrabenstein, Astrid (Hrsg.), Kooperation, 2006.

Schmehl, Arndt/Wallrabenstein, Astrid (Hrsg.), Kontrolle, 2007.

Schmidt, Roland, Geteilte Verantwortung: Angehörigenarbeit in der vollstationären Pflege und Begleitung von Menschen mit Demenz, 2005, http://www.fh-erfurt.de/soz/fileadmin/SO/Dokumente/Lehrende/Schmidt_Roland_Prof_Dr/Publikationen/Geteilte_Verantwortung_-_Angehoerigenarbeit__in_DVGT-Netzwerkbuch_.pdf (besucht am 30.06.2015).

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schmidt-Aßmann, Eberhard, Anwendungsprobleme des Art. 2 Abs 2 im Immissionsschutzrecht, AöR 1981, S. 205-217.

Schnabel, Eckart/Schöneberg, Frauke, Qualitätssicherung und Nutzerperspektive, in: *Schnabel, Eckart/Schöneberg, Frauke* (Hrsg.), Qualitätsentwicklung in der Versorgung Pflegebedürftiger, Bilanz und Perspektiven, 2003, S. 168–190.

Schneider, Harald, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten, 1979.

Schneider, Ulrike, Informelle Pflege aus ökonomischer Sicht, ZSR 2006, S. 493–520.

Schneider, Ulrike/Österle, August/Schober, Doris/Schober, Christian, Die Kosten der Pflege in Österreich, Aufgabenstruktur und Finanzierung, 2006, http://epub.wu.ac.at/1538/1/document.pdf (besucht am 30.06.2015).

Schoch, Friedrich, Polizei- und Ordnungsrecht, in: *Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schoch, Friedrich* (Hrsg.), Besonders Verwaltungsrecht, 2008, S. 127–303.

Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter/Bier, Wolfgang (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 24. Ergänzungslieferung, 2012.

Scholz, Peter, Medizinische Hauskrankenpflege als krankenhausersetzende Leistung, SozSich (Österreich) 1993, S. 380–383.

Schubert, Jens/Schaumberg, Torsten, Pflegeberater und zusätzliche Betreuungskräfte - Neue Dienstleister im SGB XI -, NZS 2009, S. 353–360.

Schulze-Zeu, Ruth, Der Übergang zivilrechtlicher Akteneinsichtsansprüche von Patienten und Pflegeheimbewohnern gegen Ärzte, Kliniken und Pflegeheime, VersR 2011, S. 194–198.

Schuppert, Gunnar Folke, Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 761–770.

Schuppert, Gunnar Folke, Der Gewährleistungsstaat – modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit, in: *Ders.* (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2005, S. 11 – 52.

Schuppert, Gunnar Folke, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: *Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Vosskuhle, Andreas* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2006, S. 995–1081.

Schuppert, Gunnar Folke, Governance - auf der Suche nach Konturen eines "anerkannt uneindeutigen Begriffes", in: *Schuppert, Gunnar Folke* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, 2008, S. 13–40.

Schuster, Dietmar, Soziale Dienste in Österreich, ÖZPR 2012, S. 174–177.

Schütte, Wolfgang, Integration der Laienpflege und Anreiz zur Laienpflege: Familiengerechte Dienstleistungen im SGB XI, in: *Bieback, Karl-Jürgen* (Hrsg.), Die Reform der Pflegeversicherung 2008, 2009, S. 83–114.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schütze, Bernd, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Pflegequalitätsberichterstattung nach § 115 Abs. 1a SGB XI, KrV 2012, S. 14–19.

Schwabe, Jürgen, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 2. Auflage, 1977.

Schwamberger, Helmut, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz, Textausgabe mit Anmerkungen, 2004.

Schwamberger, Helmut/Biechl, Helmut, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - Kurzkommentar, 6.Auflage, 2011.

Schwarz, Walter/Löschnigg, Günther, Arbeitsrecht, 10. Auflage, 2003.

Schwimann, Michael (Hrsg.), Praxiskommentar zum ABGB, Band 4, 2. Halbband, 1988.

Schwimann, Michael (Hrsg.), Praxiskommentar zum ABGB, Band 7, 2. Auflage, 1997.

Seewald, Otfried, Probleme bei der Investitionsförderung von Pflegediensten, VSSR 2001, S. 189–221.

Seiler, Christian, Das Steuerrecht als Ausgangspunkt aktueller Fortentwicklung der Gleichheitsdogmatik, JZ 2004, S. 481–487.

Seiler, Stefan, Strafprozessrecht, 12. Auflage, 2012.

Senge, Lothar (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Recht der Ordnungswidrigkeiten, 3. Auflage, 2006.

Simon, Alfons/Busse, Jürgen (Hrsg.), Bayerische Bauordnung, Band 1, 112. Ergänzungslieferung, Mai 2013.

Simon, Sven, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht, 2009.

Sommermann, Karl-Peter, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, DÖV 1999, S. 1017–1029.

Sonntag, Martin (Hrsg.), ASVG Jahreskommentar, 2. Auflage, 2011.

Spellbrink, Wolfgang, Der Schutz von Pflegepersonen in der gesetzlichen Unfallversicherung nach § 2 Abs. 1 Nr. 17 SGB VII, Sozialrecht aktuell 2013, S. 59–63.

Spieker genannt Döhmann, Indra, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischen dogmatischen Verständnis, DVBl. 2007, S. 1074–1083.

Spitzenverband der Pflegekassen, Evaluation der Pflegeberatung nach § 7a Abs. 7 Satz 1 SGB XI, 2011, https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/pflegeversicherung/beratung_und_betreuung/pflegeberatung/Evaluation_der_Pflegeberatung_Dezember_2011__7a_Abs_SGB_XI.pdf (besucht am 30.06.2015).

Starck, Christian, Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen Lebens, JZ 1993, S. 816-822.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Steinbauer, Irma, Qualitätssicherung in der häuslichen Pflege, SozSich (Österreich) 2005, S. 290–291.

Steinbauer, Irma/Biringer, Erwin, Qualitätssicherung in der häuslichen Pflege - erste Erfahrungen mit neuen Qualitätsindikatoren, ÖZPR 2012, S. 108–111.

Stelkens, Paul/Bonk, Hans Joachim/Sachs, Michael (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Auflage, 2008.

Stellamor, Kurt/Steiner, Johannes Wolfgang, Handbuch des österreichischen Arztrechts, Band 1, 1999.

Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, 1988.

Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994.

Stöckl, Eva, Zukunft Angehörigenpflege - notwendige Reformen zur Stärkung der Position pflegender Angehöriger, ÖZPR 2011, S. 140–143.

Störring, Lars Peter, Das Untermaßverbot in der Diskussion, 2009.

Sütterlin, Sabine/Hoßmann, Iris/Klingholz, Reiner, Demenz-Report, Wie sich die Regionen in Deutschland, Österreich und der Schweiz auf die Alterung der Gesellschaft vorbereiten können, 2011, http://www.berlin-institut.org/fileadmin/user_upload/Demenz/Demenz_online.pdf (besucht am 30.06.2015).

Tálos, Emmerich, Der geforderte Wohlfahrtsstaat - eine Einleitung, in: *Tálos, Emmerich* (Hrsg.), Der geforderte Wohlfahrtsstaat, 1992, S. 7–15.

Tálos, Emmerich/Wörister, Karl, Soziale Sicherung im Sozialstaat Österreich, 1994.

Teumer, Jörg, Der Vergütungsanspruch als Schaden bei der Schlechterfüllung von Dienstverträgen, VersR 2009, S. 333–336.

Teumer, Jörg/Stamm, Sina, Rückzahlungsanspruch bei Ausbleiben des gewünschten Behandlungserfolgs kosmetischer Behandlungen am Beispiel der dauerhaften Haarentfernung durch Photoepilation, VersR 2008, S. 174–179.

Theobald, Hildegard, Pflegepolitiken, Fürsorgearrangements und Migration in Europa, in: *Larsen, Christa/Joost, Angela/Heid, Sabine* (Hrsg.), Illegale Beschäftigung in Europa, 2009, S. 28–38.

Theuerkauf, Klaus, Eine Note für die „Pflege-Noten" – Ein Zwischenzeugnis für die Transparenzberichterstattung, MedR 2011, S. 265–270.

Theuerkauf, Klaus, Zivilrechliche Verbindlichkeit von Expertenstandards in der Pflege, MedR 2011, S. 72–77.

Thienel, Rudolf, Verwaltungsverfahrensrecht, 4. Auflage, 2006.

Thole, Larissa, Das Patientenrechtegesetz - Ziele der Politik, MedR 2013, S. 145–149.

Thurn, Peter, Das Patientenrechtsgesetz - Sicht der Rechtsprechung, MedR 2013, S. 153–157.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Timischl, Wolfgang, Qualitätssicherung, Statistische Methoden, 3. Auflage, 2007.

Töller, Annette Elisabeth, Kooperation im Schatten der Hierarchie, Dilemmata des Verhandelns zwischen Staat und Wirtschaft, in: *Schuppert, Gunnar Folke* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, 2008, S. 282–312.

Tomandl, Theodor, Sozialrecht, 6. Auflage, 2009.

Trute, Hans-Heinrich/Kühlers, Doris/Pilniok, Arne, Governance als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analysekonzept, in: *Schuppert, Gunnar Folke* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, 2008, S. 173–189.

Udsching, Peter, Schnittstellen von Kranken- und Pflegeversicherung, in: *Wulffen, Matthias von/Krasney, Otto Ernst* (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 691–708.

Udsching, Peter (Hrsg.), SGB XI, Soziale Pflegeversicherung, 4. Auflage, 2015.

Vogler, Gertrude, Qualitätssicherung in der häuslichen Pflege, SozSich (Österreich) 2007, S. 140–141.

Voigt, Rüdiger, Der kooperative Staat: Auf der Suche nach einem neuen Steuerungsmodus, in: *Voigt, Rüdiger* (Hrsg.), Der kooperative Staat, 1995, S. 33–92.

Volk, Michaela, Individualprinzip versus Sozialprinzip, Eine ordnungstheoretische und ordnungspolitische Untersuchung anhand der Stellung der gesetzlichen Krankenversicherung in der sozialen Marktwirtschaft, 1989.

Voßkuhle, Andreas, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62, 2002, S. 266–328.

Wagner, Regine/Knittel, Stefan (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung Pflegeversicherung, 78. Ergänzungslieferung, 2012.

Wahren, Heinz-Kurt E., Das lernende Unternehmen, Theorie und Praxis des organisationalen Lernens, 1996.

Wallner, Stefan, Eine Zukunft der Pflege und Betreuung in Österreich, in: *Pfeil, Walter* (Hrsg.), Die Zukunft der Pflege und Betreuung in Österreich, 2007, S. 51–64.

Walser, Christina, Rechtlicher Rahmen der Qualitätssicherung in der Pflege in den Niederlanden, RsDE 70, S. 35–46.

Walter, Robert/Mayer, Heinz, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 9. Auflage, 2000.

Wank, Rolf, Die Auslegung von Gesetzen, 2011.

Wasem, Jürgen/Kleinow, Ralf, Grundlegende Probleme und Zukunftsfragen der Qualitätssicherung, in: *Igl, Gerhard* (Hrsg.), Recht und Realität der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen, 2002, S. 136–143.

Wasem, Jürgen/Staudt, Susanne, Wie muss Wettbewerb weiter ausgestaltet werden?, VSSR 2012, S. 201–212.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Weber, Max, Wissenschaftslehre, 6. Auflage, 1985.

Weber, Max, Der Sinn der »Wertfreiheit« der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften (1917), in: *Weber, Max* (Hrsg.), Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1988, S. 489–540.

Weber, Sebastian, "Verbraucherschutz" bei Verträgen über Wohnraum in Verbindung mit Pflege- und Betreuungsleistungen, Das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WBVG), NZM 2010, S. 337–343.

Weber, Sebastian, Investitionskosten für Pflegeeinrichtungen - zur Neuregelung des § 82 SGB XI, NZS 2013, S. 406–410.

Wegmann, Henning, Die Veröffentlichung von Pflege-Transparenzberichten aus verfassungsrechtlicher Perspektive, SGb 2011, S. 80–83.

Weidner, Frank/Laag, Ursula/Brühl, Albert, Wissenschaftliche Evaluation zur Beurteilung der Pflege-Transparenzvereinbarungen für den ambulanten (PTVA) und stationären (PTVS) Bereich, 2011, https://fachinformationen.diakonie-wissen.de/node/2773 (besucht am 30.06.2015).

Weigert, Johann, Der Weg zum leistungsstarken Qualitätsmanagement, Ein praktischer Leitfaden für die ambulante, teil- und vollstationäre Pflege, 2004.

Weiß, Wolfgang, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, DVBl. 2002, S. 1167–1182.

Weiss-Faßbinder, Susanne/Lust, Alexandra, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, 2006.

Weiss-Faßbinder, Susanne/Lust, Alexandra, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, 6. Auflage, 2009.

Wendt, Wolf Rainer, Im Wohlfahrtsmix mit den Sorgenden arbeiten: Humanressourcen, die nicht übersehen werden sollten, in: *Bassarak, Herbert/Noll, Sebastian* (Hrsg.), Personal im Sozialmanagement, S. 197-209.

Welti, Felix, Rechtlicher Rahmen der Qualitätssicherung in der medizinischen Rehabilitation, in: *Igl, Gerhard* (Hrsg.), Recht und Realität der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen, 2002, S. 42–53.

Wetscherek, Ewals/Proksch, Felix, Handbuch für das Sozialgerichtsverfahren, 2000.

Wielinger, Gerhart, Bedingungen der Vollziehbarkeit von Gesetzen, in: *Winkler, Günther/Antoniolli, Walter* (Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, 1982, S. 154–166.

Wild, Monika, Ambulante Pflege und Betreuung in Österreich, in: *Kollak, Ingid* (Hrsg.), Internationale Modelle häuslicher Pflege, 2001, S. 35–49.

Winter, Juliane, Die Ausgestaltung von Planungs- und Förderungskompetenzen nach § 9 SGB XI, 2003.

Wulffen, Matthias von (Hrsg.), SGB X, Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz, 8. Auflage, 2014.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Wyduckel, Dieter, Subsidiarität und Souveränität als Prinzipien, in: *Blickle, Peter/Hüglin, Thomas O./Wyduckel, Dieter* (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft, Genese, Geltungsgrundlagen und Perspektiven an der Schwelle des dritten Jahrtausends, 2002, S. 537–562.

Zacher, Hans Friedrich, Vorbereitende Ausarbeitung, Vorfragen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung, in: *Zacher, Hans Friedrich* (Hrsg.), Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs. (1.) Colloquium d. Projektgruppe f. Internat. u. Vergl. Sozialrecht d. Max-Planck-Gesellschaft, Tutzing 1976, 1977, S. 21–74.

Zacher, Hans Friedrich, Einführung in das Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage, 1983.

Zacher, Hans Friedrich, Grundtypen des Sozialrechts, in: *Fürst, Walther/Herzog, Roman/Umbach, Dieter C.* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 1, 1987, S. 571–595.

Zacher, Hans Friedrich, Erhaltung und Verteilung natürlicher Gemeinschaftsgüter, in: *Badura, Peter/Scholz, Ruppert* (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 107–118.

Zacher, Johannes, Wirtschaftlichkeit in der Pflege, 2003.

Zellenberg, Ulrich, Wirtschaftsförderung, in: *Pürgy, Erich* (Hrsg.), Das Recht der Länder, Band II/1, Landesverwaltungsrecht, 2012, S. 831–861.

Zimmermann, Christian, Der Gemeinsame Bundesausschuss, 2011.

Zippelius, Reinhold, Rechtsphilosophie, 6. Auflage, 2011.

Zollondz, Hans-Dieter, Grundlagen Qualitätsmanagement, Einführung in Geschichte, Begriffe, Systeme und Konzepte, 2. Auflage, 2009.

Zweigert, Konrad/Kötz, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung, Auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Auflage, 1996.

https://doi.org/10.5771/9783845266299 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY