

dards, deren unmittelbare Verbindlichkeit nach ihrer Veröffentlichung im Bundesanzeiger künftig auf der gesetzlichen Anordnung des § 113a SGB XI beruhen wird.²⁹²⁰ Ein anderes Beispiel bilden Befugnisse, die den Landesverbänden der Pflegekassen bei der Prüfung von Einrichtungen sowie erforderlichenfalls beim Einschreiten gegen Pflegemängel zustehen. Obgleich diese behördlichen Kompetenzen im Leistungserbringungsrecht des SGB XI verortet sind, ähneln sie großteils den ordnungsrechtlichen Instrumentarien des Heimaufsichtsrechts.²⁹²¹

Die Dominanz klassischer *command and control*-Instrumente wird noch deutlicher, wenn man neben dem Heimaufsichtsrecht auch das für den Betrieb von Pflegeeinrichtungen in beiden Vergleichsrechtsordnungen gleichermaßen relevante allgemeine Ordnungsrecht (wie etwas das Feuersicherheits-, das Arbeitssicherheits- oder das Lebensmittelhygienerecht) in die Betrachtung einbezieht.²⁹²² Letztlich finden sich selbst dort, wo grundsätzlich mit persuasiven und informationsbasierten Maßnahmen Einfluß auf den Pflegesektor ausgeübt wird, zwingende Veröffentlichungs- und Informationspflichten.²⁹²³ Obwohl sich diese Mechanismen für die Pflegebedürftigen durchaus als moderne Steuerungsformen darstellen, liegt ihnen aus Sicht der Heimbetreiber bei genauerer Betrachtung gleichfalls traditionelles „hartes Recht“ in Form hoheitlich-imperativer Veröffentlichungs- und Dokumentationsvorschriften zugrunde. Die Aufzählung ließe sich um viele weitere Ge- und Verbote für die an der Leistungserbringung Beteiligten ergänzen, zu denen in jüngster Zeit beispielsweise auch noch die gesetzlichen Mindestlöhne im Pflegesektor hinzu getreten sind.

II. „Moderne“ Steuerungsmechanismen als Ergänzung des hoheitlich-imperativen Instrumentariums

Freilich hat die Untersuchung der Vergleichsrechtsordnungen auch ergeben, daß bei der Qualitätssteuerung zugleich andere, vermeintlich „modernere“ Regulierungsansätze zur Anwendung kommen. Als Beispiel lassen sich etwa die Förderung des Qualitätswettbewerbs zwischen den stationären Einrichtungen durch die Gewährung bestimmter „Verbraucherinformationen“ an Pflegebedürftige, die Unterstützung des Eigenengagements der Heimbewohner zur Beseitigung von Pflegedefiziten sowie der Einsatz von Selbstregulierungselementen wie z.B. im Rahmen des internen Qualitätsmanagements sowie persuasive Ansätze wie Beratungs- und Informationsangebote an Leistungserbringer nennen. Diesen Instrumenten fehlt es allerdings ganz überwiegend an einer gewissen Eigenständigkeit und Unabhängigkeit von den hoheitlich-imperativen Steuerungsformen. Die meisten dieser Steuerungsansätze stellen statt dessen vielmehr Ergänzungen zu den hoheitlich-imperativen Ge- und Verboten dar. Hintergrund hierfür ist, daß die „modernen“ Steuerungsinstrumente – wie die Länderberichte gezeigt haben –

2920 Dazu oben, S. 479.

2921 Vgl. oben, S. 467.

2922 Vgl. nur S. 275 ff., 453 ff.

2923 S. etwa oben, S. 352 f., 504 f.

hinsichtlich der Pflegequalität in aller Regel keine eigenständigen inhaltlichen Standards setzen. Sie greifen daher vielfach auf die Vorgaben der hoheitlich-imperativen Regulierung zurück und unterstützen deren Implementierung mit Wirkmechanismen, die sich von der normativen Verbindlichkeit, d.h. der unmittelbaren und zwingenden Geltung traditioneller gesetzlicher Anordnungen unterscheiden. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die betreffenden Instrumente auf den Vorgaben des zwingenden Rechts aufbauen, in England etwa des CSA 2000 bzw. HSCA 2008-Regimes und in Deutschland auf den Anforderungen der Heimgesetze oder den mit unmittelbarer Geltungskraft zu versehenden Expertenstandards. Dies verdeutlichen etwa die „*star ratings*“ in England oder die Pflegenoten für Einrichtungen in Deutschland, die letztlich die Einhaltung bestimmter heimrechtlicher Vorgaben in relativ leicht verständliche Verbraucherinformationen „übersetzen“, um hierdurch Pflegebedürftigen eine Auswahl der Einrichtung nach Qualitätsgesichtspunkten zu erleichtern und so den Qualitätswettbewerb unter den Heimen zu stärken. Ein anderes Beispiel, das ebenfalls in beiden Rechtsordnungen vorgefunden wurde, bildet die Errichtung leicht zugänglicher Beschwerdeverfahren, die nicht zuletzt auch den aufsichtsrechtlichen Standards zur Geltung verhelfen soll.

Gleiches trifft etwa für die persuasiven, „aufklärenden“ Techniken der informationsbasierten Steuerung zu. Diese Instrumente bezwecken, die an der Pflege beteiligten Akteure mit den gesetzlichen Anforderungen vertraut zu machen und eine gute fachliche Praxis zur Einhaltung dieser Vorgaben aufzuzeigen, um so ihre Befolgung zu steigern.

Den in den Länderberichten im Einzelnen beschriebenen „modernen“ Steuerungsinstrumenten kommt somit sowohl in England als auch in Deutschland im Verhältnis zur *command and control*-Regulierung primär eine lediglich ergänzende Funktion zu. Eine Ausnahme hiervon bilden allerdings die kooperativen Mechanismen, deren Rolle sich etwas differenzierter darstellt. Während dieses vor allem im Leistungserbringungsrecht verortete Instrumentarium in England gesetzlich nur rudimentär ausgestaltet ist und in der Praxis – jedenfalls bei der Mehrzahl der Kommunen – neben dem Heimaufsichtsrecht keine eigenständige Funktion hinsichtlich der Qualitätssteuerung erfährt, stellt sich die Situation im deutschen Leistungserbringungsrecht völlig anders dar. Die detaillierten gesetzlichen Rahmenvorgaben insbesondere des SGB XI sowie die Einbindung der Leistungserbringung in ein mehrstufiges Vertragssystem, das auf den korporatistischen Strukturen der Leistungsträger- und zu einem gewissen Grad auch der Leistungserbringerseite aufbaut, führen zu einer relativ hohen Regulierungsdichte mit originären, d.h. nicht unmittelbar dem Heimaufsichtsrecht entstammenden Qualitätsanforderungen. Im Gegensatz zum englischen System bilden die kooperativen Mechanismen des deutschen Leistungserbringungsrechts daher eine eigenständige Säule des Pflegeregulierungsrechts.

III. Erklärungsansätze für das Überwiegen hoheitlich-imperativer Steuerungsinstrumente

Gerade in Bezug auf den Gewährleistungsstaat erscheint die zentrale Bedeutung, die der klassischen *command and control*-Steuerung bei der Qualitätssicherung insgesamt betrachtet nach wie vor zukommt, durchaus überraschend. Hatten doch mit dem gewandelten Rollenverständnis des Staates vom erfüllenden Wohlfahrtsstaat zum ermöglichenden Gewährleistungsstaat²⁹²⁴, das das Bedürfnis nach einer staatlichen Regulierung der verantwortungsteilenden Aufgabenwahrnehmung mit sich brachte, intensive wissenschaftliche Bemühungen eingesetzt, um dem befürchteten staatlichen Steuerungsversagen²⁹²⁵ entgegenzutreten und die vor allem mit der hoheitlich-regulativen Normierung in Verbindung gebrachten Befolungsdefizite zu verringern. Weil die Implementationsforschung eine restriktive Verhaltensnormierung nicht für geeignet hielt, um die Potentiale des privaten Sektors bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben nutzbar zu machen,²⁹²⁶ wuchs die Suche nach „modernerer“ Steuerungsformen.²⁹²⁷ Insbesondere im Wirtschaftsregulierungsrecht wurde als Reaktion auf die als über Gebühr legalistisch empfundene, auf Befehl und Zwang basierende Regulierung eine Weiterentwicklung von Zwang zu Kooperation, von Sanktionierung zu Anreizen, Überzeugung und Belohnung sowie von der Steuerung durch Ge- und Verbote hin zu Wettbewerbsmechanismen propagiert.²⁹²⁸

Vor diesem Hintergrund wirkt der schwerpunktmäßige Einsatz des hoheitlich-imperativen Steuerungsinstrumentariums im deutschen und englischen Regulierungsrecht auf den ersten Blick etwas überkommen. Im Folgenden sollen daher mögliche Erklärungsansätze dafür geliefert werden, warum die zentrale Stellung des heimaufsichtlichen *command and control*-Regimes trotz der Existenz vermeintlich „modernerer“ Steuerungsansätze nichtsdestotrotz gerade in der stationären Langzeitpflege nach wie vor gerechtfertigt ist. Dabei werden zum einen Besonderheiten des stationären Langzeitpflegesektors gegenüber anderen Wirtschaftsbereichen aufgezeigt, die gegen eine Ablösung der hierarchisch-imperativen Ge- und Verbotssteuerung durch „modernere“ Steuerungsinstrumente sprechen. Zum anderen deutet nach der genaueren Betrachtung der englischen und deutschen Heimaufsichtsregime in den Länderberichten einiges darauf hin, daß auch die Kritik, die der Konditionalsteuerung durch Ge- und Verbote typischerweise entgegengebracht wird, auf die *command and control*-Mechanismen der stationären Langzeitpflege jedenfalls nicht uneingeschränkt zutrifft.

2924 Dazu ausführlich oben, S. 92 ff.

2925 S. 103 f.

2926 Näher oben, S. 105.

2927 Hierzu oben, S. 106 ff.; vgl. auch Voigt, Recht als Instrument, S. 139 ff.

2928 Braithwaite, Rewards and Regulation, Journal of Law and Society 29 (2002), S. 13.