

chen Verrichtungen in den Hintergrund tritt und gegenüber dem Wohnen ein nur untergeordnetes Gewicht einnimmt.¹⁶³ Werden in diesen Wohnformen Pflegeleistungen in Anspruch genommen, ist die Erbringung dieser Leistungen grundsätzlich dem Bereich der ambulanten Hilfe zuzurechnen, wenngleich manche Landesheimgesetze nun auch diese Formen in ihren Anwendungsbereich einbeziehen.¹⁶⁴

Gleichsam nicht zu den stationären Langzeitpflegeeinrichtungen werden Krankenhäuser, Hospize und Einrichtungen der medizinischen Rehabilitation gezählt, in denen zwar ebenfalls Pflegeleistungen erbracht werden, die jedoch gegenüber der medizinischen Versorgung eine nur untergeordnete Rolle spielen.¹⁶⁵ Ferner bleiben spezifische Behinderteneinrichtungen von der vorliegenden Untersuchung ausgenommen.

Innerhalb der Pflegeeinrichtungen wiederum wird sich diese Arbeit nur den vollstationären Einrichtungen widmen, die durch eine Unterbringung auf Dauer, also prospektiv betrachtet auf unbestimmte Zeit, gekennzeichnet sind. Teilstationäre Einrichtungen wie etwa Tages- oder Nachtpflegeeinrichtungen werden hingegen ausgeklammert. Auch Kurzzeitpflegeeinrichtungen – etwa zur Unterbringung Pflegebedürftiger bei Urlaub der Pflegeperson – sind entsprechend nicht Teil der Untersuchung.

Auch wenn die verschiedenen Einrichtungstypen vorstehend als funktional voneinander abgegrenzt beschrieben wurden, um den Untersuchungsgegenstand hinreichend bestimmen zu können, ist darauf hinzuweisen, daß die Grenzen sowohl innerhalb der stationären als auch zwischen den stationären und den nicht stationären Einrichtungstypen in der Praxis fließend sind.

B. Staat und Private

Diese Arbeit untersucht die in der stationären Langzeitpflege vorzufindende Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten. Den Ausgangspunkt der Untersuchung bildet daher die Unterscheidung zwischen staatlichen und privaten Akteuren, so daß die Begriffe „Staat“ und „Private“ einer genaueren Bestimmung bedürfen.¹⁶⁶ Denn zum einen ist die Abgrenzung zwischen dem staatlichen und dem privaten Sektor keineswegs so eindeutig, wie sie sich auf den ersten Blick darstellt. Und zum anderen ist das Verständnis dessen, was als Staat oder als Privater bezeichnet wird, in starkem Maße vom jeweiligen staatsrechtlichen Kontext abhängig, so daß eine rechtsvergleichende Arbeit, die in den Vergleichsgrundlagen vom jeweiligen nationalen Kontext losgelöste

163 Hierzu *Burmeister* u.a., Bayerisches Pflege- und Wohnqualitätsgesetz, Art. 2 Rn. 21 ff.

164 Vgl. etwa Art. 18 ff. des bayerischen Gesetzes zur Regelung der Pflege-, Betreuungs- und Wohnqualität im Alter und bei Behinderung vom 8. Juli 2008, GVBl. S. 346.

165 Zu den Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Institutionen des Gesundheitswesens und der Altenhilfe s. *Klie*, Heimaufsicht, S. 28 ff.

166 Zur Notwendigkeit der Klärung dieser Begriffe auch *Bachof*, Diskussionsbeitrag in VVDStRL 29 (1971), S. 249 f.

Begrifflichkeiten zu verwenden hat,¹⁶⁷ zunächst eine allen Vergleichsrechtsordnungen gemeinsame Begriffsdefinition zu entwickeln hat.

Mit „Staat“¹⁶⁸ soll im hier vorliegenden Zusammenhang ein von der Gesellschaft¹⁶⁹ abzugrenzendes¹⁷⁰ Gebilde gemeint sein. In Bezug genommen ist also der Staat im engeren Sinne einer institutionalisierten Herrschaft, nicht jedoch der Staat im weiteren Sinne eines umfassenden Gebildes des Gemeinwesens, das den Gesamtverband menschlichen Zusammenwirkens innerhalb des Staatsgebiets bezeichnet.¹⁷¹ Im Gegensatz dazu werden mit „Privaten“ diejenigen Rechtspersonen bezeichnet, die der vom Staat abzugrenzenden gesellschaftlichen Sphäre entstammen. Der Private ist ein „nicht-staatliches Subjekt in einer staatlichen Rechtsordnung.“¹⁷² Diese antithetische Gegenüberstellung von „Staat“ und „Privaten“ besagt freilich nichts über den Verlauf der Trennlinie zwischen beiden Akteuren. Die Kriterien für eine Abgrenzung sind indes nicht leicht zu bestimmen. Auch können sie nur im Kontext des mit der Unterscheidung intendierten Zwecks formuliert werden.

Eine rein *formale* Abgrenzung zwischen Staat und Privaten gestaltet sich zunächst deswegen schwierig, weil es „den Staat“ als einheitliche juristische Person nicht gibt. Was England anbelangt, versteht sich das Gemeinwesen nach dem dortigen Staatsverständnis schon deswegen nicht als eine juristische Person,¹⁷³ weil das Konzept des Staates im englischen Verfassungsrecht von allenfalls untergeordneter Bedeutung ist,¹⁷⁴

167 Zur Vorrechtlichkeit bzw. Exogenität siehe oben, S. 38 f.

168 Zur Geschichte des Wortes „Staat“ bzw. „State“ vgl. *Loughlin*, *The State, the Crown and the Law*, S. 41; *Ehmke*, „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, S. 27 f.

169 Der Begriff der Gesellschaft soll hier nicht dem weiten Sprachgebrauch der systemtheoretisch geprägten Soziologie folgend verstanden werden, die die Gesellschaft als das „Gesamte“ zwischenmenschlicher Beziehungen und den Staat als „Untersystem“ der Gesellschaft betrachtet (vgl. *Luhmann*, *Grundrechte als Institution*, S. 15 ff.).

170 Zum heute (wieder) vorherrschenden dualistischen Verständnis zwischen Staat und Gesellschaft vgl. etwa *Böckenförde*, *Unterscheidung*, S. 395 ff.; *Hesse*, *Bemerkungen*, S. 488 ff.; *Isensee*, *Dualismus*, S. 317, 320 ff.; *ders.*, *HdbStR* III, § 57 Rn. 12; *Rupp*, *HdbStR* II, § 31 Rn. 25 ff.; *Schmidt*, *Entscheidungsfreiheit*, *AöR* 101 (1976), S. 24 ff.; *Badura*, *Staatsrecht*, S. 5; *Depenheuer*, *VVDStRL* 55 (1996), S. 94 f.; *Burgi*, *Funktionale Privatisierung*, S. 22, 65; *Hermes*, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, S. 139 ff.; *Heintzen*, *Beteiligung Privater*, *VVDStRL* 62 (2003), S. 235 ff. Gegen die Identität von Staat und Gesellschaft auch *Hesse*, *Heutige Problematik von Staat und Gesellschaft*, S. 484 ff., 490, der das Verhältnis beider Sphären jedoch nicht als Nebeneinander, sondern den Staat aus systemtheoretischer Sicht als gesellschaftliches Handlungs(sub)system betrachtet; vgl. auch *ders.*, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, § 1 Rn. 11 f. Für eine monotonistische Auffassung vom Staatsverband hingegen *Häberle*, *Unmittelbare staatliche Parteienfinanzierung*, *JuS* 1967, S. 73 f.; *Ehmke*, „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, S. 42 ff., 46, der jedoch erkennt, daß der Dualismus zwischen Staat und Gesellschaft nicht notwendig eine strikte Trennung und Unverbundenheit beider Sphären bedeuten muß. Zur Kritik vgl. *Böckenförde*, *Staat und Gesellschaft*, S. 407 f.

171 Vgl. *BVerfGE* 20, 162, 174 f.; 69, 92, 111; *Isensee*, *HdbStR* III, § 57 Rn. 7; *Burgi*, *Funktionale Privatisierung*, S. 22.

172 *Heintzen*, *Beteiligung Privater*, *VVDStRL* 62 (2003), S. 231.

173 *Brunner*, *Land und Herrschaft*, S. 146, 154 f.

174 Vgl. *Loughlin*, *The State, the Crown and the Law*, S. 33, 48 einerseits und S. 38 ff. andererseits, wo *Loughlin* diesem Zustand ein Staatskonzept entgegenzustellen versucht; zum Fehlen der Konzeption

seine Rolle vielmehr vom Konzept der *Crown*¹⁷⁵ eingenommen wird.¹⁷⁶ Eine einheitliche Staatsgewalt, die den Staat als juristische Person repräsentieren würde, fehlt – nur die Krone, nicht aber der Staat kann verklagt werden.¹⁷⁷ Der im Zusammenhang mit dem Träger von Exekutiv-, Legislativ- und Judikativfunktionen gebräuchlichere Begriff „*Government*“¹⁷⁸ wird – als Gegenbegriff zur „*civil society*“ – als eine Verbindung institutioneller und personeller Instrumente aufgefaßt und ähnlich wie eine Treuhand (*trust*) verstanden.¹⁷⁹ England stellt sich daher als eine Gesellschaft ohne juristische Staatstradition dar.¹⁸⁰

Zwar trifft dieser Befund für Deutschland mit seinem durch die Verfassung geprägten Staatsverständnis¹⁸¹ nicht zu. Doch auch wenn beispielsweise die Bundesrepublik Deutschland als juristische Person¹⁸² des öffentlichen Rechts konzipiert ist, ist der Staat keineswegs mit dieser Rechtsperson gleichzusetzen. Seine Umschreibung ist vielmehr aufgrund des föderalen Konzepts sowie der Pluralisierung¹⁸³ der staatlichen Handlungsträger erschwert.¹⁸⁴ Insbesondere dem „Kultur- und Wohlfahrtsstaat“¹⁸⁵ entspricht ein durch Formen der mittelbaren Staatsverwaltung gekennzeichnetes, hoch differenziertes Verwaltungssystem,¹⁸⁶ in dem neben die ohne weiteres dem Staat zuzuord-

des Staates vgl. auch *Griffith*, *The Political Constitution*, MLR 42 (1979), S. 16, sowie – aus politikwissenschaftlicher Sicht – etwa *Easton*, *Political Theory*, Vol. 9, No. 3 (1981), S. 321 f.

175 Zum Konzept der *Crown* vgl. *Wade*, *The Crown, Ministers and Officials: Legal Status and Liability*, S. 23 f.; *Loughlin*, *The State, the Crown and the Law*, S. 36 ff.

176 *Loughlin*, *The State, the Crown and the Law*, S. 33.

177 *Brunner*, *Land und Herrschaft*, S. 155.

178 Der englische Ausdruck *government* beschreibt dabei ein Konzept, das weit über den engeren deutschen Begriff der „Regierung“ hinausgeht, vgl. *Dyson*, *State Tradition*, S. 209. *Central government* und *local government* werden dabei insbesondere nicht als in einem hierarchischen Verhältnis stehende Organe des „Staates“ verstanden, vgl. *ders.*, a.a.O., S. 272. Bisweilen wird *government* jedoch auch in einem engeren Sinne als Synonym für *ministry* verwendet und bezeichnet dann die Gesamtheit von etwa 100 Inhabern ministerieller Ämter, die vom Gesetz besonders genannt und – mit Ausnahme des *Lord Chancellor* – im *Second Schedule to the House of Commons Disqualifications Act 1975* (chapter 24) aufgelistet sind, s. *Phillips/Jackson/Leopold*, *Constitutional And Administrative Law*, Rn. 17-007.

179 *Ehmke*, „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, S. 25 m.w.N.

180 *Dyson*, *The State Tradition in Western Europe*, S. 4 f., 37, sowie *Trantas*, *Rechtsvergleichung*, S. 66, die England deswegen als „staatenlose Gesellschaft“ bezeichnen. Vgl. auch *Dyson*, *The State Tradition in Western Europe*, S. 43: „*Little or no attention is paid to state [...] as a legal institution with an inherent responsibility for regulating matters of public concern*“, sowie *Thompson*, *Whitehall's Cultural Revolution*, Web journal of Current Legal Issues, 1995, abrufbar unter <<http://webjcli.ncl.ac.uk/articles1/thomps1.html>>.

181 Vgl. nur Art. 20 Abs. 1 GG: „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.“

182 Grundlegend zum Verständnis des Staates als juristischer Person *Wolff*, *Organschaft und Juristische Person*, Erster Band: *Juristische Person und Staatsperson*, S. 232 ff.

183 Dazu beispielsweise *Trute*, *Verantwortungsteilung*, S. 29.

184 Vgl. *Hoffmann-Riem*, *Modernisierung von Recht und Justiz*, S. 23.

185 *Wagner*, *Grundlegung der politischen Oekonomie*, S. 888.

186 *Schuppert*, *Erfüllung öffentlicher Aufgaben*, S. 128.

nende¹⁸⁷ unmittelbare Staatsverwaltung eine Vielzahl verselbständigter Organisationseinheiten treten,¹⁸⁸ deren Qualifikation Schwierigkeiten bereitet. Entsprechendes gilt für den englischen Staat, der ebenfalls eine stark fragmentierte Struktur mit unterschiedlichen Rechtsträgern vorzuweisen hat.¹⁸⁹ Dabei sei nicht nur an die verschiedenen Kommunalbehörden (*local authorities*) gedacht, die über eine eigenständige und von der *Crown* abzugrenzende Rechtspersönlichkeit verfügen und denen als *statutory bodies* eigene, auf Gesetzesstatut beruhende Kompetenzen und Zuständigkeiten zukommen.¹⁹⁰ Neben ihnen existieren vielmehr weitere Formen rechtlich verselbständigter Verwaltungseinheiten – die angelsächsische Literatur etwa nennt „*Public Corporations*“ (öffentlich-rechtliche Einrichtungen, auf die insbesondere zur Verstaatlichung bestimmter Industriezweige zurückgegriffen wurde),¹⁹¹ „*Non Departmental Public Bodies*“ (von den Ministerien der Zentralregierung abgespaltene, nicht deren direkten Weisungen unterstellte öffentliche Stellen mit grundsätzlich eigener Rechtspersönlichkeit, die bestimmte ihnen zugewiesene öffentliche Aufgaben mit einem ihnen zugeteilten, eigenen Haushalt erfüllen, dabei aber trotzdem in einer – je nach Ausgestaltung – mehr oder weniger starken faktischen Abhängigkeit von den Ministerien stehen)¹⁹² oder „*fringe bodies*“¹⁹³ (mit diesem Ausdruck wurde die fehlende unmittelbare demokratische Legitimation dieser öffentlichen Aufgaben erfüllenden Einrichtungen betont).¹⁹⁴ Auf einer Skala mit den Endpunkten der unmittelbar staatlichen Organisation und der rein privaten Vereinigungen bilden diese Einrichtungen den Mittelbereich, der zugleich auch die Grenze zu den nicht mehr dem staatlichen Bereich zuzurechnenden Einheiten bildet. Wenn insofern also im Folgenden vom „Staat“ die Rede ist, so ist dieser Ausdruck stets als eine Bezeichnung zu verstehen, die die eben beschriebene Pluralität staatlicher Akteure umfaßt.

Stellt der Staat also keineswegs ein einheitliches juristisches Gebilde dar, so ist auch

187 Remmert, Private Dienstleistungen, S. 18.

188 Vgl. hierzu etwa Becker, Staat und autonome Träger, S. 38 ff., 47 ff.

189 Greenwood/Pyper/Wilson, New Public Administration in Britain, S. 14 f.

190 Zu Struktur, Kompetenzen und Zuständigkeiten der Kommunalbehörden s. Craig, Administrative Law, S. 170 ff.

191 S. Craig, Administrative Law, S. 116 ff.

192 Vgl. Cabinet Office, Public Bodies 2009, S. 5: „*body which has a role in the processes of national Government but is not a Government Department or part of one, and which accordingly operates to greater or lesser extent at arm's length from Ministers.*“ Die NDPBs werden zumeist von einem Direktorium geleitet, wenngleich letztlich die Minister der sponsoring departments dem Parlament gegenüber für die Handlungen der NDPBs politisch verantwortlich sind. Näher zu den NDPBs etwa Craig, Administrative Law, S. 97 ff., 102 ff.; Becker, Staat und autonome Träger, S. 50; NDPBs sind von den sog. „*Public Agencies*“ zu unterscheiden, die als Teil der Zentralregierung betrachtet werden, vgl. Craig, Administrative Law, S. 110.

193 Chester, Fringe Bodies, Quangos and All That, Public Administration 57 (1979), S. 54.

194 Aufgegeben wurde demgegenüber die etwa von Keeling, Beyond Ministerial Departments, Public Administration 54 (1976), S. 161 ff. oder Johnson, Quangos and the Structure of British Government, Public Administration 57 (1979), S. 379 ff. herangezogene, im Aussagewert aber begrenzte Unterscheidung in „*Quagos*“ (*quasi-governmental organisations*) und „*Quangos*“ (*quasi-non-governmental organisations*).

eine *formale* Abgrenzung dergestalt, den Staat als Summe aller öffentlich-rechtlich organisierten Rechtsträger zu betrachten und unter Privaten alle Einzelpersonen und juristischen Personen des Privatrechts zu verstehen, nicht zielführend. Dieser Ansatz greift schon aufgrund des Dualismus von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Organisationsformen von Verwaltungseinheiten zu kurz.¹⁹⁵ Denn einerseits steht es dem Staat angesichts der Freiheit in Bezug auf die Formenwahl¹⁹⁶ grundsätzlich frei, privatrechtlich organisierte Verwaltungsträger zu schaffen,¹⁹⁷ die nichtsdestotrotz der Sphäre des Staates zuzurechnen sind,¹⁹⁸ und andererseits existieren vereinzelt auch öffentlich-rechtlich organisierte Träger wie etwa die Kirchen,¹⁹⁹ deren Zuordnung zum Staat nicht überzeugen würde.

Aus rechtsvergleichender Perspektive kommt überdies hinzu, daß die Trennung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht in der britischen Verwaltungsrechtsdogmatik erst in den vergangenen Jahrzehnten einsetzte²⁰⁰ und bis heute nicht unumstritten ist.²⁰¹ Aufgrund der fehlenden Tradition des öffentlichen Rechts existiert in England bis heute kein festgefügtter Kanon öffentlich-rechtlicher Organisationstypen.²⁰² Denn trotz des Bestehens bestimmter Verfahrensarten, Rechtsmittel und verwaltungsrechtlicher Sondermaßstäbe untersucht die englische Rechtsprechung die Zuordnung eines handelnden Trägers zur öffentlichen Verwaltung letztlich nicht anhand bestimmter Organisationsformen. Sie knüpfte für die Frage nach dem Eingreifen staatlicher Sonderbindungen lange Zeit allein an die Herkunft der Handlungsermächtigung des betreffenden Trägers an.²⁰³ Inzwischen wird hingegen zunehmend auf das Vorliegen eines „*public element*“ in Gestalt der Ausübung staatlicher Funktionen und einer gewissen Anbindung des Trägers an den Staatsapparat durch eine – zumindest konkludente – Aufgabendelegation abgestellt.²⁰⁴ Auch wenn dahinter der Gedanke der Zugehörigkeit des Trägers zur öf-

-
- 195 So auch *Isensee*, Dualismus, S. 326. Die Organisationsform deswegen nur als Indikator für die Staatlichkeit einer Einrichtung heranziehend *Remmert*, Private Dienstleistungen, S. 19; generell zum Dualismus der Organisationsformen verselbständigter Verwaltungseinheiten s. *Gogos*, Verselbständigte Verwaltungseinheiten S. 27 ff.
- 196 Zu den Gründen für die Wahl der Privatrechtsform vgl. *Schuppert*, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 125 ff.
- 197 Zur Wahlfreiheit der Verwaltung bezüglich Handlungs- und Organisationsform vgl. aus der Rechtsprechung etwa BVerwGE 94, 229, 231 f.; aus der Literatur vgl. *Koch*, Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform, S. 24 ff., sowie ausführlich *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 64 ff. m.w.N.; kritisch zur Wahlfreiheit *Bull*, Formenwahl, S. 550 ff.
- 198 Vgl. *Remmert*, Private Dienstleistungen, S. 20; *Schuppert*, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 160.
- 199 *Schuppert*, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 187, und zu weiteren Beispielen S. 161 ff.
- 200 *Gogos*, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 89; ausführlich zu dieser Entwicklung s. *Cane*, Administrative Law, S. 11 ff.
- 201 Vgl. *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 133 f.; *Blumenwitz*, Einführung in das anglo-amerikanische Recht, S. 20; *Ridley*, DÖV 1995, S. 578.
- 202 *Harden*, PPLR 1992, S. 364: „*there is no clear distinction in Britain between public and private bodies*“; vgl. auch *Schuppert*, DÖV 1981, 155; *Becker*, Staat und autonome Träger, S. 51; *Gogos*, S. 90 ff.
- 203 *Gogos*, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 325.
- 204 Vgl. *R. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex p. Datafin plc* [1987] 1 All E.R. 564 (CA). S. auch *Gogos*, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 239 ff.

fentlichen Verwaltung gesehen werden kann,²⁰⁵ wurde bislang trotzdem keine institutionelle, an Organisationsformen orientierte Zuordnung entwickelt.

Eine *formale* Abgrenzung wäre schließlich auch für die Zielsetzung dieser Arbeit, das verantwortungsteilende Aufgabenerfüllung des Staates und Privater auf dem Gebiet der stationären Langzeitpflege zu untersuchen, nicht geeignet. Die steuernde Einflusnahme auf Private, durch die der Staat seine Verantwortung in diesem Bereich maßgeblich realisiert, wird allenfalls in der konkreten rechtlichen Ausgestaltung von der Rechtsform der jeweiligen Akteure beeinflusst. Der Konstituierung des Steuerungsbedarfs als solchem liegen jedoch davon zu unterscheidende *funktionale* Aspekte zugrunde, denen die Unterscheidung zwischen der Ausübung von Hoheitsgewalt auf der einen und der Inanspruchnahme individueller Freiheiten auf der anderen Seite zugrunde liegt. Dies wiederum spricht dafür, in der vorliegenden Arbeit eine funktionale anstatt einer formalen Abgrenzung zwischen staatlichen und privaten Trägern zu verwenden.²⁰⁶ Eine funktionale Bestimmung der Begrifflichkeiten stimmt zudem eher mit den Anforderungen der rechtsvergleichenden Methodik überein als eine Abgrenzung anhand formaler Kriterien, die in den Vergleichsländern unterschiedliche Inhalte aufweisen können.²⁰⁷ Weil das Gebilde „Staat“ in England keineswegs mit dem in Deutschland vorzufindenden identisch ist,²⁰⁸ ermöglicht erst eine funktionale Umschreibung einen einheitlichen, als Vergleichsgrundlage geeigneten Gebrauch des Staatsbegriffs.

Funktional betrachtet stellt sich der Staat als „Entscheidungs- und Machteinheit“²⁰⁹ dar. Er umfaßt „die Gesamtheit (und Pluralität) aller Akteure [...], die über eine durch Recht abgeleitete Handlungsmacht als Träger hoheitlicher Befugnisse verfügen, die ihnen [...] nicht im eigenen Interesse, sondern in Ausrichtung auf öffentliche Interessen (,Gemeinwohl‘) übertragen sind, und zwar über Befugnisse, die den sonstigen Akteuren so nicht offen stehen.“²¹⁰ Staatliche Organisationen sind damit nicht Ausdruck individueller Freiheit, sondern der Wahrnehmung zugewiesener Kompetenzen.²¹¹ So um-

205 Gogos, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 240.

206 Für eine funktionale Differenzierung zwischen Staat und Gesellschaft z.B. auch Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 11; Hermes, Infrastrukturverantwortung, S. 151 f.

207 Eine funktionale Interpretation liegt auch der Interpretation von Art. 6 des *Human Rights Act 1999* zugrunde, wenn es darum geht zu bestimmen, welche Einrichtungen als „*public authorities*“ im Sinne dieses *Acts* gelten, mit dem die Europäische Menschenrechtskonvention für das Vereinigte Königreich anwendbar gemacht wurde. Vgl. dazu *R v Leonard Cheshire Foundation* [2002] 2 All ER 936 (CA); *Poplar Housing v Donoghue* [2001] 4 All ER 604 (CA); *R (Johnson) v Havering London BC* [2007] EWCA Civ 26 (CA). Zu den Schwierigkeiten bei der Umsetzung des Gesetzes s. Klug, *The Human Rights Act, Public Law 1999*, S. 255 ff.

208 Zur Inkongruenz der Begriffe vgl. Isensee, Dualismus, S. 323.

209 Isensee, HbdStR III, § 57 Rn. 41; Burgi, Funktionale Privatisierung, S. 25; ähnlich Loughlin, *The State, the Crown and the Law*, S. 40: „The State [...] must be distinguished from society in general on the ground that one basic function of the State is to exercise its authority over society.“

210 Hoffmann-Riem, Governance, S. 204 f.; vgl. auch ders. Modernisierung, S. 24, sowie Rupp, HdbStR II, § 31 Rn. 30.

211 Burgi, Funktionale Privatisierung, S. 25; zum Kriterium der Kompetenzwahrnehmung s. auch Remmert, Private Dienstleistungen, S. 18 ff., 25 f., die dieses Kriterium allerdings zur Kennzeichnung einer Dienstleistung als „privat“ für ungeeignet hält.

schrieben ist der Staatsbegriff einerseits offen für die Zuordnung verselbständigter, privatrechtlicher Organisationsformen zum Staat, schließt andererseits aber die Zuordnung öffentlich-rechtlicher Träger zur gesellschaftlichen Sphäre im Einzelfall nicht aus. Der gesellschaftliche Bereich ist nach dieser funktionalen Differenzierung demgegenüber der durch individuelle und gruppenmäßige Selbstentfaltung, Selbstverantwortung und Selbstbestimmung charakterisierte Bereich.²¹²

Die Abgrenzung im konkreten Fall hat unter Heranziehung von Indizien im Wege einer Gesamtbetrachtung²¹³ zu erfolgen. Abzustellen ist dabei etwa auf die Abhängigkeit der betreffenden Einrichtung zu eindeutig als solchen zu qualifizierenden staatlichen Stellen,²¹⁴ etwa mit Blick auf Aufsichts- und Weisungsrechte²¹⁵ oder die Befähigung des in Rede stehenden Gebildes, selbst über seine Existenz zu entscheiden²¹⁶, über sein Eigentum zu disponieren sowie Personalentscheidungen ohne direkten staatlichen Einfluß zu treffen.²¹⁷

Oftmals wird neben dem öffentlichen und dem privaten Sektor noch der sog. „dritte Sektor“ genannt,²¹⁸ der in England als „voluntary sector“ bezeichnet wird.²¹⁹ Dieser Ausdruck bezieht sich auf gemeinnützige Organisationen, also solche, die eigenständig und unabhängig vom Staat verfaßt sind, unter privater Eigenverwaltung stehen, zu einem gewissen Grad von ehrenamtlichem Engagement profitieren und deren Tätigkeit auf die Erfüllung öffentlicher, oft sozialer Bedürfnisse zielt, ohne dabei auf Gewinnerzielung bedacht zu sein.²²⁰ Hierzu zählen in Deutschland beispielsweise die Wohl-

212 Rupp, HdbStR II, § 31 Rn. 26; Hermes, Infrastrukturverantwortung, S. 152.

213 Dazu Schuppert, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 187 ff., der einen aus formalen und funktionalen Kriterien gemischten Indizienkatalog vorschlägt. Eine Bewertung im Wege einer Gesamtbetrachtung nimmt auch Gogos, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 331 ff. vor, indem er auf die Ausstattung des Trägers mit obrigkeitlichen Befugnissen, die Erfüllung gemeinwohlbezogener Aufgaben, die Aufgabendelegation seitens der unmittelbaren Staatsverwaltung sowie das Kriterium der staatlichen Einflußnahmemöglichkeiten abstellt. Zu in der angelsächsischen Literatur diskutierten Unterscheidungsmerkmalen zwischen privaten und staatlichen Organisationen s. Rainey/Backoff/Levine, Comparing Public and Private Organizations, Public Administration Review 36 (1976), S. 233 ff.

214 Vgl. Becker, Staat und autonome Träger, S. 58; Schuppert, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 169 ff.; Gogos, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 337 ff.

215 Isensee, Dualismus, S. 327; Schuppert, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 169 f.; Gogos, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 340.

216 Leitet ein Verband sein Daseinsrecht hingegen von Individuen und nicht vom Staat ab, spricht dies gegen eine Zuordnung zum Staat, s. Isensee, Dualismus, S. 325. Eine ausschließlich staatliche Finanzierung einer Organisation kann hingegen für eine Zurechnung zum Staat sprechen, vgl. Burgi, Funktionale Privatisierung, S. 79.

217 Gogos, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 340; vgl. auch Burgi, Funktionale Privatisierung, S. 79.

218 Vgl. etwa Osborne/Gaebler, Reinventing Government, S. 43 ff.

219 Dazu etwa Kendall, The Voluntary Sector, S. 1 ff.; Lewis, The Voluntary Sector, The State and Social Work in Britain, S. 1 ff.

220 Osborne/Gaebler, Reinventing Government, S. 44; Kendall, The Voluntary Sector, S. 6.

fahrtsverbände.²²¹ Der Dritte Sektor ist – jedenfalls in der Terminologie dieser Arbeit – als Teil des privaten Sektors einzuordnen, der nicht auf diejenigen Träger beschränkt ist, die rein private Ziele verfolgen, sondern lediglich in Abgrenzung zur staatlichen Sphäre, die hoheitliche Funktionen ausübt, zu sehen ist.

Die konkrete Zuordnung eines Akteurs zur staatlichen oder zur gesellschaftlichen Ebene kann jedoch nur einzelfallbezogen²²² erfolgen. Soweit sich die Zuordnung einzelner Akteure der stationären Langzeitpflege in England oder Deutschland als nicht eindeutig erweist, wird in den Länderberichten eine Einordnung anhand der hier dargelegten Grundsätze erfolgen.

C. Verantwortungsteilung im Gewährleistungsstaat

Diese Arbeit untersucht verschiedene Aspekte der staatlichen Verantwortung in der stationären Langzeitpflege. Die Rolle des Staates im verantwortungsteilenden Koagieren staatlicher und privater Akteure hängt dabei wesentlich von der Ausgestaltung des Zusammenwirkens beider Sektoren in dem betreffenden Aufgabengebiet ab. Vor diesem Hintergrund soll zunächst kurz das allgemeine Kooperationspektrum zwischen Staat und Privaten, dabei insbesondere die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher und staatlicher Aufgaben, erläutert werden.

I. Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten

1. Private, öffentliche und staatliche Aufgaben

Die Ausführungen zur staatlichen Verantwortung und zur arbeitsteiligen Aufgabenerfüllung zwischen Staat und Privaten setzen zunächst die Klärung der Begriffe „private Aufgabe“, „öffentliche Aufgabe“ und „Staatsaufgabe“ voraus.

Überwiegend wird bei diesen Begrifflichkeiten danach differenziert, daß öffentliche

221 Damit werden üblicherweise die sechs in der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtsverbände zusammengeschlossenen Spitzenverbände der freien Wohlfahrtsverbände (Arbeiterwohlfahrt, Deutscher Caritasverband, Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband, Deutsches Rotes Kreuz, Diakonisches Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland und Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland) bezeichnet. Daneben existieren aber eine Vielzahl weiterer, nicht immer als Verband organisierter Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege wie beispielsweise die Deutsche Lebensretungsgesellschaft oder die Anonymen Alkoholiker. Zu Funktion und Bedeutung der freien Wohlfahrtspflege vgl. Goll, Wohlfahrtspflege, S. 23 ff. Freigemeinnützig sind alle nichtstaatlichen Träger, die planmäßig zum Wohl der Allgemeinheit und nicht des Erwerbs wegen pflegebedürftige Menschen betreuen, wobei die Mitgliedschaft in einem der sechs etablierten Spitzenverbänden unerheblich ist, s. Neumann, in: Schulzin [Hrsg.], HdbSV-PfIV, § 20 Rn. 25.

222 Zur Notwendigkeit der einzelfallbezogenen Abgrenzung vgl. Schuppert, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 187 f.