

Fälle nur als ergänzende Hilfe geleistet wird. Wird sie mangels berücksichtigungsfähiger eigener finanzieller Mittel des Pflegebedürftigen als alleinige Hilfe in voller Höhe geleistet, dürften die Hilfeleistungen den Umfang der in England geleisteten *standard fees* angesichts der oben genannten<sup>2327</sup> Höhe der Heimbühren und Investitionskosten aufgrund des sozialhilferechtlichen Bedarfsdeckungsgrundsatzes in den meisten Fällen überschreiten.

## V. Leistungsvoraussetzungen

### 1. Leistungsvoraussetzungen nach dem Recht der sozialen Pflegeversicherung

Neben den persönlichen Leistungsvoraussetzungen der Versicherteneigenschaft<sup>2328</sup> und grundsätzlich auch der Mitgliedschaft<sup>2329</sup> der betreffenden Person in der sozialen Pflegeversicherung bildet der Eintritt des Versicherungsfalls „Pflegebedürftigkeit“ die zentrale Voraussetzung für einen Anspruch auf stationäre Pflegeleistungen nach § 43 SGB XI.<sup>2330</sup> Der Pflegebedürftigkeitsbegriff<sup>2331</sup> ist – anders als in der insoweit rudimentären Regelung der s. 21 NAA 1948 – in den §§ 14 f. SGB XI ausführlich geregelt. Danach ist pflegebedürftig, wer wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens auf Dauer in erheblichem oder höherem Maße der Hilfe bedarf. Die in Betracht kommenden Krankheiten oder Behinderungen sind in § 14 Abs. 2 SGB XI genannt, die relevanten Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens sind in § 14 Abs. 4 Nr. 1-3 SGB XI (Grundpflege) und in § 14 Abs. 4 Nr. 4 SGB XI (hauswirtschaftliche Versorgung) beschrieben. Ob der Hilfebedarf den für die Feststellung der Pflegebedürftigkeit relevanten Umfang erreicht, ist anhand der Häufigkeit der Hilfe bei der Grundpflege und des dafür benötigten Zeitaufwands zu beurteilen. Hierbei werden auch verrichtungsbezogene krankheitsspezifische Hilfeleistungen der Behandlungspflege berücksichtigt (§ 15 Abs. 3 S. 2 SGB XI). Dies sind Maßnahmen der Behandlungspflege, bei denen sich der behandlungspflegerische Hilfebedarf als untrennbarer Bestandteil einer Katalogverrichtung nach § 14 Abs. 4 SGB XI darstellt oder die mit einer solchen Verrichtung in einem unmittelbaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhang stehen, § 15 Abs. 3 S. 3 SGB XI.<sup>2332</sup>

---

2327 Näher dazu oben, S. 389.

2328 Vgl. § 33 Abs. 1 S. 1 SGB XI; zum Kreis der Versicherungspflichtigen s. oben, S. 391.

2329 Vgl. §§ 33 Abs. 2 S. 1, 35, 49 SGB XI. Nicht erforderlich ist ein Mitgliedschaftsverhältnis etwa für Familienversicherte, §§ 33 Abs. 2 S. 1, 25 SGB XI.

2330 Zu weiteren Voraussetzungen, etwa Antragstellung und Wartezeit, s. § 33 SGB XI.

2331 Zum Pflegebedürftigkeitsbegriff ausführlich *Igl*, Pflegebedürftigkeit, Pflege und Pflegebedarf im rechtlichen Verständnis, RsDE 66 (2008), S. 6 ff.

2332 So – vor Inkrafttreten von § 15 Abs. 3 SGB XI – in ständiger Rechtsprechung schon BSG, SozR 3-3300 § 14 Nr. 7; SozR 3-3300 § 14 Nr. 9; SozR 3-3300 § 14 Nr. 15.

Der zeitliche Umfang und die Häufigkeit der benötigten Hilfeleistungen entscheiden über die Zuordnung zu den Pflegestufen I (erhebliche Pflegebedürftigkeit), II (schwere Pflegebedürftigkeit) oder III (schwerste Pflegebedürftigkeit). Der jeweils benötigte Mindestumfang ist in § 15 Abs. 1, 3 SGB XI festgelegt. Pflegebedürftige der Pflegestufe III, die einen außergewöhnlich hohen Pflegebedarf aufweisen, können unter bestimmten Voraussetzungen als „Härtefälle“ (§ 43 Abs. 3 SGB XI) eingestuft werden. Erreicht der Hilfebedarf das für Pflegestufe I erforderliche Ausmaß nicht, liegt eine einfache Pflegebedürftigkeit (sog. „Pflegestufe 0“) vor, die keine relevante Pflegebedürftigkeit im Sinne des SGB XI bildet.

Der verrichtungsbezogene Begriff der Pflegebedürftigkeit ist vor allem dahingehend in Kritik geraten, daß er wesentliche Aspekte wie etwa Kommunikation und soziale Teilhabe ausblende, den bloßen Beaufsichtigungsbedarf nicht erfassen könne<sup>2333</sup> und dadurch Personen wie etwa Demenzkranke benachteilige, deren primärer Bedarf in der sozialen Betreuung liege.<sup>2334</sup> Die Defizitorientiertheit des § 14 SGB XI lasse zudem die individuellen, familiären und anderen sozialen Selbsthilfe- und Hilfepotentiale weitgehend unbeachtet.<sup>2335</sup> Vor diesem Hintergrund wurde vom BMG im Oktober 2006 ein Beirat zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs einberufen, der im Januar 2009 einen Vorschlag für einen neuen Pflegebedürftigkeitsbegriff und das damit verbundene Begutachtungsverfahren vorlegte.<sup>2336</sup> Wesentlicher Inhalt der vorgeschlagenen Änderungen ist, daß für die neue Pflegebedürftigkeitsdefinition<sup>2337</sup> nicht länger der zeitliche Umfang und die Häufigkeit der Hilfeleistungen maßgebend sein soll. Um die Einführung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs auf den Hilfebedarf bei den Alltagsverrichtungen zu vermeiden, solle statt dessen allein auf den Grad der Selbstständigkeit bzw.

---

2333 Weil das SGB XI die Feststellung der Leistungsvoraussetzung „Pflegebedürftigkeit“ dogmatisch vom Umfang und Inhalt der Leistungen trennt, ändert sich nach richtigem Verständnis auch dadurch nichts an der strengen Verrichtungsbezogenheit der Ermittlung der Pflegebedürftigkeit, daß im Rahmen der stationären Pflege nach § 43 Abs. 2 S. 1 SGB XI auch Aufwendungen für die soziale Betreuung von den Leistungen der sozialen Pflegeversicherung umfaßt sind und daß durch das Pflegeleistungsgänzungsgesetz (Gesetz v. 14. Dezember 2001, BGBl. I S. 3728) mit den §§ 45a ff. SGB XI zusätzliche Leistungen für Personen mit einem erheblichen allgemeinen Betreuungsbedarf in das Leistungsrecht der sozialen Pflegeversicherung aufgenommen wurden.

2334 Dazu etwa *Wagner*, in Hauck/Nofz [Hrsg.], SGB XI, K § 14 Rn 62 f.; *Klie*, in: Klie/Krahmer [Hrsg.], SGB XI, vor §§ 14-19, Rn. 6 ff.; *Igl*, Pflegebedürftigkeit, Pflege und Pflegebedarf im rechtlichen Verständnis, RsDE 66 (2008), S. 24 f.; *Welti*, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2007, S. 44 f.; vgl. auch *Bundesministerium für Gesundheit*, Bericht des Beirats zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs, S. 11 f., 41 f.; das BVerfG hält die Ausgestaltung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs in § 14 SGB XI jedoch für verfassungsgemäß (BVerfG, Beschuß vom 22. Mai 2003, Az. 1 BvR 452/99 und 1 BvR 1077/00, SozR 4-3300 § 14 Nr. 1). Mit Kritik an diesem Beschuß insb. *Baumeister*, Verfassungswidrige Ungleichbehandlung dementer Menschen im Recht der sozialen Pflegeversicherung, NZS 2004, S. 191 ff.

2335 *Welti*, Von der Pflege zur Teilhabe Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2007, S. 38, 40.

2336 *Bundesministerium für Gesundheit*, Bericht des Beirats zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs, 2009.

2337 Für einen Formulierungsvorschlag für eine Neufassung von §§ 14 f SGB XI s. *Bundesministerium für Gesundheit*, Bericht des Beirats zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs, S. 85 ff.

den Verlust an Selbstständigkeit bei der Durchführung bestimmter Aktivitäten oder der Gestaltung einzelner Lebensbereiche abgestellt werden. Die sechs Module, mit denen hiernach der Grad der individuellen Beeinträchtigung ermittelt werden soll, betreffen die Mobilität, die kognitiven und kommunikativen Fähigkeiten, die Verhaltensweisen und psychischen Problemlagen, die Selbstversorgung, den Umgang mit krankheits- und therapiebedingten Anforderungen und Belastungen sowie die Gestaltung des Alltagslebens und der sozialen Kontakte.<sup>2338</sup> Die Ergebnisse für die jeweiligen Module sollen dann zu einem Gesamtergebnis zusammengeführt werden, das bei einer festgestellten Pflegebedürftigkeit deren Grad auf einer Skala von fünf Bedarfsgraden ausdrückt.<sup>2339</sup> Nach dieser Zuordnung wiederum soll sich die Höhe der Leistungen bestimmen.<sup>2340</sup> Mittlerweile wurde vom BMG eine Umsetzungsstudie erbeten, die den Verantwortlichen Empfehlungen zur Implementation der Vorschläge unterbreiten soll.

Ob die Pflegebedürftigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind und welche Pflegebedürftigkeitsstufe vorliegt, begutachtet nach § 18 SGB XI der Medizinische Dienst der Krankenversicherung (MDK) im Auftrag der Pflegekassen. Dabei stützt er sich auf die von den Spitzenverbänden der Pflegekassen zur Präzisierung der gesetzlichen Regelungen beschlossenen Pflegebedürftigkeitsrichtlinien<sup>2341</sup>, Begutachtungsrichtlinien<sup>2342</sup> und Härtefallrichtlinien<sup>2343</sup>. Diese nur verwaltungsintern geltenden Verwaltungsvorschriften<sup>2344</sup> sollen eine bundesweit einheitliche Einstufungspraxis fördern, vgl. § 17 Abs. 1 SGB XI. Die durchschnittliche Begutachtungsdauer im stationären Bereich lag 2006 bei 30,9 Tagen.<sup>2345</sup> Basierend auf den Prüfungen gibt der MDK Einstufungsempfehlungen ab, die rechtlich als sachverständige Gutachten zu qualifizieren sind.<sup>2346</sup> Die im Verhältnis zum Versicherten relevante Entscheidung über das Vorliegen der Pflegebedürf-

---

2338 Vgl. hierzu *Bundesministerium für Gesundheit*, Bericht des Beirats zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs, S. 36 f.; die beiden weiteren Module „außerhäusliche Aktivitäten“ und „Haushaltsführung“ gehen nicht in die Ermittlung des Grads der Pflegebedürftigkeit ein, sondern dienen der gesonderten Beschreibung der Hilfebedürftigkeit. Die pflegerelevanten Inhalte dieser beiden Module sind bereits in den sechs anderen enthalten.

2339 Ausführlich *Bundesministerium für Gesundheit*, Bericht des Beirats zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs, S. 37 ff.

2340 *Bundesministerium für Gesundheit*, Bericht des Beirats zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs, S. 48.

2341 Richtlinien der Spitzenverbände der Pflegekassen über die Abgrenzung der Merkmale der Pflegebedürftigkeit und der Pflegestufen sowie zum Verfahren der Feststellung der Pflegebedürftigkeit vom 7.11.1994 in der Fassung des Beschlusses vom 11. Mai 2006.

2342 Richtlinien der Spitzenverbände der Pflegekassen zur Begutachtung von Pflegebedürftigkeit nach dem XI. Buch des Sozialgesetzbuches vom 21. März 1997 in der Fassung des Beschlusses vom 11. Mai 2006.

2343 Richtlinien der Spitzenverbände der Pflegekassen zur Anwendung der Härtefallregelungen vom 10. Juli 1995 in der Fassung des Beschlusses vom 28.10.2005; zur Rechtswidrigkeit der Härtefallrichtlinien in der Fassung vom 3. Juli 1996, die die gesetzlich vorgegebenen Quoten von 3 % im häuslichen und 5 % im stationären Bereich (§§ 36 Abs. 4 S. 2, 43 Abs. 3 S. 2 SGB XI) nicht ausschöpfen, BSG, Urt. v. 30. Oktober 2001, SozR 3-3300 § 36 Nr. 3.

2344 Vgl. *Udsching*, SGB XI, § 17 Rn. 4.

2345 *Bundesministerium für Gesundheit*, Die Entwicklung der Pflegeversicherung. Vierter Bericht, S. 25.

2346 Vgl. statt vieler etwa *Udsching*, SGB XI, § 18 Rn. 3.

tigkeit trifft – unter maßgeblicher Berücksichtigung der gutachtlichen Überprüfung durch den MDK – die Pflegekasse durch einen Verwaltungsakt.<sup>2347</sup>

Von den ca. 671.000 Personen, die Ende 2007 vollstationäre Dauerpflegeleistungen nach dem SGB XI bezogen, waren ca. 35,1 % der Pflegestufe I, 42,4 % der Pflegestufe II und 21,1 % der Pflegestufe III (3,5 % davon bzw. 0,3 % insgesamt als „Härtefälle“ eingestuft) zugeordnet.<sup>2348</sup>

Über die genannten Pflegebedürftigkeitsvoraussetzungen hinaus besteht ein Anspruch auf Pflege in vollstationären Einrichtungen gem. § 43 Abs. 1 SGB XI nur dann, wenn weder eine häusliche noch eine teilstationäre Pflege in Betracht kommt. Diese Vorschrift korrespondiert mit § 3 SGB XI, der ausdrücklich einen Nachrang vollstationärer Angebote anordnet und bestimmt, daß die Pflegeversicherung vorrangig die häusliche Pflege und die Pflegebereitschaft der Angehörigen und Nachbarn unterstützen soll. Hierdurch sollen Pflegebedürftige möglichst lange in ihrer häuslichen Umgebung belassen werden können.

## 2. Sozialhilferechtliche Leistungsvoraussetzungen

Als Leistung eines Fürsorgesystems setzt die sozialhilferechtliche Hilfe zur Pflege zunächst voraus, daß es der betreffenden Person, ihrem nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Ehepartner oder, wenn sie minderjährig und unverheiratet ist, auch den Eltern nicht zuzumuten ist, die erforderlichen Mittel aus dem eigenen Einkommen und Vermögen aufzubringen, § 19 Abs. 3 SGB XII. Die Einzelheiten und insbesondere die Grenzen der Einsatzpflicht finden sich in den §§ 82 ff. SGB XII. Gem. § 18 SGB XII ist die Hilfe zur Pflege eine antragsunabhängige Leistung. Wie englische Kommunen in Bezug auf Leistungen der *social care* müssen auch die Sozialhilfeträger von Amts wegen tätig werden, wenn hinreichende Anhaltspunkte für das Bestehen eines Leistungsanspruchs bei einer bestimmten Person bekannt werden.<sup>2349</sup>

Die bedarfsbezogenen Leistungsvoraussetzungen sind in § 61 SGB XII geregelt. § 61 Abs. 1 S. 1 SGB XII orientiert sich hierfür an §§ 14 f. SGB XI, zudem sind die Sozialhilfeträger gem. § 62 SGB XII an die Pflegebedürftigkeitsentscheidungen der Pflegekassen gebunden. Der enge Bezug zum Pflegebedürftigkeitsbegriff des Pflegeversicherungsrechts wird jedoch zum einen insoweit durchbrochen, als der Hilfebedarf neben den in § 61 Abs. 3 Nr. 1-3 SGB XII genannten Gründen auch auf „anderen Krankheiten oder Behinderungen“ beruhen kann, § 61 Abs. 3 Nr. 4 SGB XII. Zum anderen ist Hilfe zur Pflege nach § 61 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 SGB XII auch für diejenigen zu leisten, deren Hilfebedarf unterhalb eines erheblichen Pflegebedarfs liegt. Bei der Hilfe zur Pflege

---

2347 Trenck-Hinterberger, in: Wannagat [Hrsg.], Sozialgesetzbuch, § 18 SGB XI Rn. 6.

2348 Bei weiteren 1,4 % der Leistungsbezieher stand die Zuordnung zu einer Pflegestufe zum betreffenden Zeitpunkt noch aus. Vgl. Statistisches Bundesamt, Pflegestatistik 2007. Deutschlandergebnisse, S. 22 (Tabelle 3.4).

2349 Vgl. Neumann, in: Hauck/Nofz, SGB XII, K § 18 Rn. 6; Dauber, in: Mergler/Zink, SGB XII, § 18 Rn. 12 f.

setzt ein Anspruch daher bereits ab der sogenannten „Pflegestufe 0“ ein.<sup>2350</sup> Ferner kann sich der relevante Hilfebedarf auch auf andere als die in § 61 Abs. 5 SGB XII genannten Verrichtungen beziehen. Die Öffnungsklausel des § 61 Abs. 1 S. 2 SGB XII verdeutlicht, daß die sozialhilferechtlichen Pflegeleistungen auf dem Bedarfsdeckungsprinzip beruhen und sich insofern von den gedeckelten Grundsicherungsleistungen der Pflegeversicherung unterscheiden.<sup>2351</sup>

Auch für das Sozialhilferecht ist der grundsätzliche Vorrang von ambulanten und teilstationären vor (voll)stationären Leistungen ausdrücklich im Gesetz verankert, § 13 Abs. 2 SGB XII. Die Regelungen korrespondieren mit der Einschränkung des Wunschrrechts in § 9 Abs. 2 SGB XII, wonach einem Wunsch des Leistungsberechtigten nach einer (teil-)stationären Unterbringung nur dann entsprochen werden soll, wenn der Bedarf nicht anders gedeckt werden kann. Das Vorrangprinzip gilt umso mehr, wenn lediglich die Voraussetzungen des sozialhilferechtlichen, nicht aber zugleich auch die des pflegeversicherungsrechtlichen Pflegebedürftigkeitsbegriffs erfüllt sind. Ein Anspruch auf Hilfe zur Pflege kann in diese Fällen nur aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls erforderlich sein (§ 61 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 SGB XII), etwa wenn aufgrund psychischer Einschränkungen, einer demenziellen Veränderung oder eines nicht ausreichenden sozialen Netzwerks die Pflegebedürftigkeit in der eigenen Häuslichkeit nicht bewältigt werden kann.<sup>2352</sup> Dem Vorrang niedrigschwelliger Angebote entsprechend wurden zuletzt mit dem Pflege-Weiterentwicklungsgesetz<sup>2353</sup> die Leistungen zur Tages- und Nachtpflege verbessert sowie Prävention und Rehabilitation in der Pflege gestärkt.<sup>2354</sup>

### 3. Vergleichende Zusammenfassung

Vergleicht man die soeben beschriebenen Leistungsvoraussetzungen des SGB XI und SGB XII mit denen von s. 21(1) NAA 1948, fällt zunächst auf, daß der Begriff der Pflegebedürftigkeit im SGB XI sehr detailliert beschrieben ist. Dies trägt – in Kombination mit den ausführlichen Richtlinien der Spitzenverbände – zu einer bundesweit konsistenten Verwaltungspraxis und somit zu einheitlichen Zugangsvoraussetzungen zu Pflegesozialleistungen bei. Aufgrund der grundsätzlichen Anlehnung des sozialhilferechtlichen an den pflegeversicherungsrechtlichen Pflegebedürftigkeitsbegriff sowie

---

2350 Ungeklärt ist allerdings die untere Schwelle, ab der Ansprüche auf Hilfen zur Pflege einsetzen können. Besondere Relevanz dürfte dies indes v.a. bei ambulanten Diensten haben. Erforderlich ist aber in jedem Fall ein pflegerischer Bedarf, ein allein auf hauswirtschaftliche oder soziale Unterstützung gerichteter Hilfebedarf reicht nicht aus: *Klie*, in: Hauck/Nofz, SGB XII, K § 61 Rn. 4.

2351 *Wahrendorf*, in: Grube/Wahrendorf, SGB XII, § 16 Rn. 12.

2352 *Klie*, in: Hauck/Nofz, SGB XII, K § 61 Rn. 7.

2353 Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung (Pflege-Weiterentwicklungsgesetz) v. 28. Mai 2008, BGBl. I S. 874. Für einen Überblick über die Neuerungen s. *Igl*, Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung, NJW 2008, S. 2214 ff.

2354 Dazu etwa von *Schwanenflügel*, in: Möwisch/Ruser/von Schwanenflügel [Hrsg.], Pflegereform 2008, S. 5 ff., 30 ff.; *Linke/Linke*, Reform der Pflegeversicherung, S. 26.

angesichts der Bindungswirkung der diesbezüglichen Entscheidungen der Pflegekassen gilt dies in sehr ähnlicher Weise auch für die Hilfen zur Pflege nach dem SGB XII.

Die Rechtslage in England bildet hierzu einen deutlichen Kontrast.<sup>2355</sup> Die Leistungsvoraussetzungen sind in s. 21(1) NAA 1948 lediglich mit unbestimmten Rechtsbegriffen („*in need of care and attention*“) beschrieben. Eine Konkretisierung der Voraussetzungen findet erst dezentral auf kommunaler Ebene durch die jeweiligen Auswahlkriterien statt. Auch wenn es hierfür nationale Rahmenvorgaben und Verwaltungsanweisungen gibt, variieren die Bedingungen, unter denen die einzelnen Kommunen in England stationäre Langzeitpflegeleistungen anbieten, erheblich. Der Zugang zu stationären Langzeitpflegeleistungen hängt in England daher maßgeblich auch vom jeweiligen Wohnort des Betreffenden ab, was – bislang erfolglos – als „postcode lottery“ kritisiert wurde.

Die Detailtiefe der Normierung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs in Deutschland erlaubt den Betroffenen eine gewisse Vorhersehbarkeit ihrer Ansprüche. Dies ist in England nicht in gleicher Weise der Fall, was zum einen damit zusammenhängt, daß sich auch die kommunalen Auswahlkriterien einer sehr interpretationsbedürftigen Begrifflichkeit bedienen. Zum anderen trägt zur fehlenden Vorhersehbarkeit auch die fehlende subjektiv-rechtliche Prägung von s. 21(1) NAA 1948 bei, die den lokalen Behörden einen weiten Ermessensspielraum im Umgang mit der *target duty* des s. 21(1) NAA 1948 beläßt. Aufgrund des Fehlens eines Prüfprogramms, das mit der Ermessensfehlerlehre des deutschen Verwaltungs(prozeß)rechts oder der vollumfänglichen Überprüfbarkeit unbestimmter Rechtsbegriffe vergleichbar wäre, lassen sich die Entscheidungen der englischen Kommunen zudem auch vor Gericht nur eingeschränkt nachprüfen. Wie zutreffend die Aussage ist, „*welfare rights*“ im Sinne eines subjektiven Rechts auf bestimmte Sozialleistungen und das weite Ermessen der Verwaltung stünden in England nach wie vor in einem „umgekehrt reziproken“ Verhältnis,<sup>2356</sup> an dem grundsätzlich weder die Installation von Ombudsmännern noch verschiedenste Richtlinien etwas ändern könnten, zeigt sich daran, daß die englischen Kommunen trotz des Erlasses von *National Service Frameworks* und der *FACS*-Richtlinien ihr Ermessen bei der Aufstellung und der Anwendung von Auswahlkriterien dazu nutzen, das Leistungsangebot in erheblichem Umfang zu rationieren („*rationing by discretion*“).<sup>2357</sup> Hierzu bilden sowohl das deutsche Pflegeversicherungsrecht als auch die sozialhilferechtliche Hilfe zur Pflege, deren subjektiv-rechtlicher Charakter gerade in Abgrenzung zur früheren Armenunterstützung<sup>2358</sup> durch § 17 SGB XII nochmals ausdrücklich festgestellt wird, einen deutlichen Gegensatz.

Inhaltlich orientieren sich in England die in der *FACS-guidance* enthaltenen Rahmenvorgaben für die Aufstellung der über den Zugang zu Pflegeleistungen entscheidenden kommunalen Auswahlkriterien zwar auch an der Beeinträchtigung individueller

---

2355 Vgl. auch *Gudat*, S. 49, die von der „Interpretationsoffenheit“ des englischen Rechts spricht.

2356 *Adler/Asquith*, Discretion and Power, S. 12; vgl. auch *Harris*, Welfare State, S. 35 ff.

2357 *Commission for Social Care Inspection*, The State of Social Care in England 2006-07, S. 134 ff.

2358 *Neumann*, in: Hauck/Nofz, SGB XII, § 17 Rn. 3.

Fähigkeiten und Fertigkeiten. Im Unterschied zum deutschen Recht sind diese aber weiter gefaßt. Sie gehen insbesondere über den engen Bezug zu den Verrichtungen der Grundpflege hinaus und stellen beispielsweise auch auf die Fähigkeit zur Ausübung sozialer Rollen und zur Aufrechterhaltung sozialer Beziehungen ab. Die Entscheidung über die Leistungsgewährung weist in England zudem stärkere prognostische Elemente auf, indem bei der Begutachtung des pflegerischen Bedarfs insbesondere danach entschieden wird, wie sich ein Fehlen von Unterstützungsleistungen auf die künftige Entwicklung der betreffenden Person auswirken würde. Das Fehlen formaler Mindestgrenzen im Hinblick auf den erforderlichen zeitlichen Umfang des pflegerischen Bedarfs trägt weiter zu einer gewissen Flexibilität bei der Anspruchsgewährung bei, macht die Entscheidung über die Anspruchsgewährung aber andererseits weniger leicht prognostizierbar. Zudem wirkt sich das Fehlen eines gesetzlich vorgegebenen Mindestbedarfs für Pflegeleistungen in der Praxis jedenfalls bei stationären Leistungen insofern nicht aus, als die Kommunen ihrerseits durch rigide Auswahlkriterien hohe Bedarfsschwellen ansetzen.

Der im deutschen Recht ausdrücklich im Gesetz verankerte Grundsatz des Vorrangs ambulanter vor stationären Hilfen findet sich bei s. 21(1) NAA 1948 zwar nicht in einer vergleichbar expliziten Weise. Er läßt sich aber einigen neueren politischen Strategiepapieren entnehmen,<sup>2359</sup> die den Zugang gerade zu niedrigschwlligen Pflegeangeboten verbessern möchten. Durch die Praxis vieler englischer Kommunen, in ihren Auswahlkriterien beim Leistungszugang Personen mit einem höheren Hilfebedarf Vorrang gegenüber Personen mit einem geringeren Bedarf einzuräumen und Leistungsangebote unterhalb der stationären Pflege in breitem Umfang zu streichen, werden die politischen Zielsetzungen allerdings konterkariert. Während in Deutschland in den letzten Jahren der Anteil der Pflegebedürftigen gerade in Pflegestufe I zunahm,<sup>2360</sup> konzentrieren viele englische Kommunen die Hilfeleistungen immer noch sehr stark auf diejenigen, die den dringendsten Bedarf an Pflegeleistungen haben, während sie niedrigschwellige Angebote streichen.

## *VI. Leistungserbringung*

### *1. Leistungserbringung in der sozialen Pflegeversicherung*

#### a. Allgemeines

Im Gegensatz zu den englischen Kommunen ist es den deutschen Pflegekassen nicht gestattet, den Sachleistungsanspruchs<sup>2361</sup> auf stationäre Pflegeleistungen durch kassen-

---

2359 S. oben, Fn. 1152.

2360 Vgl. *Bundesministerium für Gesundheit*, Die Entwicklung der Pflegeversicherung. Vierter Bericht, S. 17, 111 (Grafik 3).

2361 Dazu etwa *Schulin*, Die soziale Pflegeversicherung des SGB IX, NZS 1994, S. 442.