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/10.5771/9783845266299-17, am 12.10.2024, 06:34:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845266299-17, am 12.10.2024, 06:34:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845266299-17, am 12.10.2024, 06:34:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845266299-17, am 12.10.2024, 06:34:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845266299-17, am 12.10.2024, 06:34:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845266299-17, am 12.10.2024, 06:34:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845266299-17, am 12.10.2024, 06:34:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845266299-17, am 12.10.2024, 06:34:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845266299-17, am 12.10.2024, 06:34:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845266299-17, am 12.10.2024, 06:34:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845266299-17, am 12.10.2024, 06:34:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845266299-17, am 12.10.2024, 06:34:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845266299-17, am 12.10.2024, 06:34:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845266299-17, am 12.10.2024, 06:34:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845266299-17, am 12.10.2024, 06:34:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb