B. Grundlagenteil

I. Begriffe und Grundlagen

1. Begriffsklärung

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

a) Qualität

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

b) Qualitätsmanagement

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

c) Qualitätssicherung

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

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

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

---

62 *Reimer,* Qualitätssicherung, S. 114.

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

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

65 *Reimer,* Qualitätssicherung, S. 158.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

d) Häusliche Langzeitpflege

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

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

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

---

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

---

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

---

78 Vgl. §§ 46, 47 Niederösterreichisches Sozialhilfegesetz.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Abgrenzung professionelle und nichtprofessionelle Pflege

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

II. Vergleichsgrundlagen für die staatliche Qualitätssicherung

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

1. Grundlagen der Systematisierung

a) Der Qualitätskreislauf

aa) Der „klassische" Qualitätskreislauf

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

---

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

bb) Der Qualitätskreislauf für staatliche Maßnahmen

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

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

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

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

93 *Reimer,* Qualitätssicherung, S. 415.

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

cc) Wirkungen des Kreislaufes

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

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

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

---

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dd) Zuordnungskriterien

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

---

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

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

b) Leistungsrechtliche Grundsituationen

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

---

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Vier leistungsrechtliche Grundsituationen

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

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

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

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

bb) Folgen der leistungsrechtlichen Grundsituation

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

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

2. Vergleichskriterien

a) Motive für eine staatliche Qualitätssicherung

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

aa) Notwendigkeit eines Motives

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

(1) Subsidiaritätsprinzip

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

---

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

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

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

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

116 *Höffe,* SPSR 1997, S. 1, 9.

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

(2) Grundrechtseingriffe

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

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

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

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

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

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

123 Hier verlaufen derartige Grenzen jedenfalls zwischen organisierten Interessensgruppen.

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

---

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

---

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(3) Ergebnis

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

bb) Einzelne Motive

(1) Marktversagen

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

(a) Bestehen eines Marktes

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

---

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

(b) Einzelne Aspekte des Marktversagens

(aa) Aufgrund der Eigenschaften von Pflegeleistungen

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

---

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

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

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

150 *Reimer,* Qualitätssicherung, S. 51.

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

---

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

---

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

(bb) Aufgrund der Art der Erbringung

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

---

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

(cc) Gesamtbewertung

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

(dd) Berücksichtigung der Besonderheiten des Sozialleistungsmarktes

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

165 „Qualitativ“ hier im materiellen Sinne.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

(2) Rechtliche Interessen der am Pflegeprozess Beteiligten

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

(a) Pflegebedürftiger

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

(b) Unmittelbar Pflegender

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

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

(c) (Nichtpflegende) Angehörige und Lebenspartner

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

(d) Träger der Finanzierungslast

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

(e) Pflegedienst

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

---

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

(3) Funktionsfähigkeit der Systems der sozialen Sicherung bei Pflegebedürftigkeit

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

(4) Ergebnis

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

b) Steuerung der Pflegequalität

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

218 *Weiß,* DVBl. 2002, S. 1167f.

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

---

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

aa) Steuerungsziel

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

bb) Steuerungsmodi

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

---

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

---

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Instrumente der staatlichen Qualitätssicherung

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Die Art der Leistungserbringung

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

2. Instrumente innerhalb des Qualitätskreislaufes

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

a) Instrumente zur Entwicklung von Qualitätsanforderungen

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

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

---

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

b) Möglichkeiten zur Herstellung der Verbindlichkeit

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Umsetzung in der Praxis

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

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

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

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

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

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

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

260 Sie wirken dabei wie eine Checkliste.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

d) Überwachung

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

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

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

---

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

e) Reaktionen auf die Überwachungsergebnisse

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

aa) Sanktionen

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

bb) Transparenz

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

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

---

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

cc) Belohnungen

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

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

274 Was letztlich wieder zur Entwicklung messbarer Ergebnisanforderungen führt.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

f) Rechtsschutz

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

g) Herstellung eines Kreislaufes

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

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

3. Instrumente außerhalb des Qualitätskreislaufes

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

https://doi.org/10.5771/9783845266299-32, am 12.10.2024, 05:09:40
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb