

Erstes Kapitel: Einleitung

A. Einführung

„Die Nachfrage nach Schwarzwälder Kirschtorte, koffeinfreiem Kaffee und Wellnessbädern boomt“¹. Man mag über Sinn oder Unsinn einer derartigen Beschreibung der Zukunft Deutschlands geteilter Meinung sein. Eine Aussage ist jedoch klar, auch wenn sie hier nicht mit der fast schon üblichen negativen Konnotation² vorgetragen wurde: die deutsche Gesellschaft altert. Schätzungen der *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD) zufolge wird in Deutschland der Bevölkerungsanteil derjenigen Personen, die 65 Jahre oder älter sind, bis im Jahr 2030 von 20,4 % (2010) auf 27,8 % angestiegen sein.³ Dieser erwartete Anstieg von über 36 % in den nächsten 20 Jahren ist kein national begrenztes Phänomen.⁴ Der für den gleichen Zeitraum für die 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union prognostizierte Anstieg beträgt ca. 39,4 %, ⁵ im Vereinigten Königreich beträgt er immerhin 32,7 %.⁶ Noch drastischer ist die prognostizierte Entwicklung der hochaltrigen Bevölkerung. Der Anteil der über 80-Jährigen an der Gesamtbevölkerung der Europäischen Union soll im Zeitraum von 2008 bis 2030 sogar um mehr als 56 % zunehmen,⁷ für Deutschland liegt die erwartete Zuwachsrate in diesem Zeitraum mit ca. 58 % nochmals leicht höher.⁸ Für das Vereinigte Königreich sehen Prognosen einen Zuwachs der Personen mit einem Alter von 85 oder mehr Lebensjahren von heute 1,3 Mio. (2008) auf 3,3 Mio. im Jahr 2033 voraus⁹ – eine Zunahme um annähernd 154 %.

1 *Sinn*, Ist Deutschland noch zu retten?, S. 392.

2 Der Sprachjargon variiert von der „Überalterung“ der Gesellschaft (vgl. etwa *Daric/Girard*, Vieillessement de la population et prolongation de la vie active, 1948, *Kaufmann*, Die Überalterung, 1960, oder – aus neuerer Zeit – *Herbert-Quandt-Stiftung* [Hrsg.], Gesellschaft ohne Zukunft? Bevölkerungsrückgang und Überalterung als politische Herausforderung, 2004) bis hin zu ihrer „Vergreisung“ (vgl. etwa *Gallon*, Vergreisung als Grund, um die Rente zu senken?, in: Soziale Sicherheit, Band 46 (1997), S. 286 ff.); vgl. zu dieser „Bedrohungsperspektive“ auch *Becker*, Die alternde Gesellschaft, JZ 2004, S. 929 m.w.N.; ausführlich zur Wahrnehmung des Alters aus verschiedenen gesellschaftlichen Perspektiven sowie zur Altersdiskriminierung und deren geschichtlicher Entwicklung *Bytheway*, Ageism, S. 1 ff.

3 *OECD*, OECD Factbook 2010, S. 17. Zur deutschen Bevölkerungsentwicklung vgl. auch *Kaufmann*, Schrumpfende Gesellschaft, S. 39 ff.

4 Zur Alterung der Bevölkerung als globalem Phänomen vgl. *Pohlmann*, Ageing, S. 1 ff., 6.

5 *OECD*, OECD Factbook 2010, S. 17.

6 *OECD*, OECD Factbook 2010, S. 17.

7 Vgl. *Europäische Kommission/Eurostat*, The Social Situation in the European Union 2009, S. 185.

8 *Statistisches Bundesamt*, Bevölkerung Deutschlands bis 2060, S. 45 (Tabelle 7).

9 *Office for National Statistics*, National population projections, 2008-based, S. 3 (Tabelle 4).

Diese Vorhersagen basieren im Wesentlichen auf der deutlich gestiegenen Lebenserwartung¹⁰ und einem signifikanten Rückgang der Geburtenrate.¹¹ Doch während über die Gründe hierfür noch weitgehend Einigkeit herrscht – an prominentester Stelle stehen wohl der medizinisch-technische Fortschritt einerseits und die mit der Emanzipation der Frau einhergehende gezielte Geburtenkontrolle andererseits –, lassen sich die möglichen Folgen für die Gesellschaft heute bestenfalls erahnen.¹² Die Implikationen für die Wirtschaft, die Arbeitsmärkte und die sozialen Sicherungssysteme sind jedenfalls höchst komplex und vielschichtig.

So unsicher die möglichen Folgen der Änderung in der demographischen Entwicklung aber sind, in einem Bereich werden sie sich in besonders unmittelbarer Weise niederschlagen: der Altenpflege. Das Risiko der Pflegebedürftigkeit erhöht sich wie kaum ein anderes soziales Risiko mit zunehmendem Lebensalter. Beträgt die Prävalenz in der Bevölkerung derzeit bei den unter 60-jährigen nur 0,6 %, so sind von den 60 bis 80-jährigen schon ca. 3,9 %, von den über 80-jährigen rund 28,3 % und in der Altersgruppe ab 90 Jahren sogar über 60 % pflegebedürftig.¹³ Die gesellschaftlichen Herausforderungen, die die zunehmende Zahl Pflegebedürftiger mit sich bringt, werden durch zwei weitere Trends vergrößert: zum einen durch die Tatsache, daß – bedingt mitunter durch gestiegene Trennungs- und Scheidungsraten – immer mehr ältere Menschen alleine wohnen und zum anderen dadurch, daß der kontinuierliche Anstieg der Beschäftigungsquote von Frauen die Verfügbarkeit „informeller Pflege“, also der Pflege durch die im sozialen Unterstützungsnetzwerk vorhandenen nichtberuflichen Helfer wie insbesondere Ehegatten bzw. Lebenspartner und Kinder, vermindern.¹⁴

Die Herausforderungen, die sich hieraus ergeben, betreffen jedoch nicht allein die individuelle Verantwortung für die Lebensqualität im Alter. Ebenso gefordert sind solidarisches gesellschaftliches Handeln sowie Maßnahmen der Daseinsvorsorge seitens der

10 Zur Entwicklung der Lebenserwartung in Deutschland vgl. *Statistisches Bundesamt*, Bevölkerung Deutschlands bis 2060, S. 45 (Tabelle 7), S. 29 ff.

11 Zur Alterung der Bevölkerung „von beiden Enden“ vgl. *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, Fünfter Bericht zur Lage der älteren Generation, S. 35 ff.; zu den Kennzeichen einer alternden Gesellschaft vgl. auch *Becker*, Die alternde Gesellschaft, JZ 2004, S. 930.

12 Mögliche Implikationen sind etwa behandelt im Schlußbericht der Enquête-Kommission „Demographischer Wandel – Herausforderungen unserer älter werdenden Gesellschaft an den Einzelnen und die Politik“, BT-Drs. 14/8800. Vgl. auch *Birg*, Dynamik der demographischen Alterung und Bevölkerungsschrumpfung. Wirtschaftliche und gesellschaftliche Auswirkungen in Deutschland, in: *Herbert-Quandt-Stiftung* [Hrsg.], Gesellschaft ohne Zukunft? Bevölkerungsrückgang und Überalterung als politische Herausforderung, S. 12, 14 ff.

13 Bezogen auf die Kriterien des § 14 SGB XI (Sozialgesetzbuch Elftes Buch - Soziale Pflegeversicherung, G. v. 26. Mai 1994, BGBl. I S. 1014, zuletzt geändert durch G. vom 17. Dezember 2008, BGBl. I S. 2586). Zu den Zahlen vgl. *Bundesministerium für Gesundheit und soziale Sicherung*, Vierter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung, S. 59, sowie *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, Vierter Altenbericht zur Lage der älteren Generation in der Bundesrepublik Deutschland, S. 250. Zum Ansteigen des Risikos der Pflegebedürftigkeit mit zunehmendem Alter vgl. *Baltes/Smith*, New Frontiers in the Future of Aging, *Gerontology* 49 (2003), S. 123 ff.

14 Dazu *Kendall*, The Voluntary Sector, S. 159.

Sozialstaaten. Diese sind sich ihrer sozialen Verantwortung bewußt, wissen aber zugleich um die Notwendigkeit der Anpassung ihrer Sozialschutzsysteme an die sich ändernden gesellschaftlichen Rahmenbedingungen. Als der Europäische Rat in Lissabon das strategische Ziel der Europäischen Union festlegte, „die Union zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu machen, einem Wirtschaftsraum, der fähig ist, ein dauerhaftes Wirtschaftswachstum mit mehr und besseren Arbeitsplätzen und einem größeren sozialen Zusammenhalt zu erzielen“¹⁵, hob der Rat nicht nur die Bedeutung des Sozialschutzes für die globale sozioökonomische Politik hervor. Er betonte zugleich das Erfordernis einer verstärkten Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten mit dem Ziel, die Sozialschutzsysteme angesichts einer alternden Bevölkerung auch langfristig aufrechterhalten zu können.¹⁶ In einer Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften von 2001 über die Zukunft des Gesundheitswesens und der Altenpflege¹⁷ wurde die soziale Dimension der Lissabonner Strategie weiterentwickelt und drei Langzeitziele formuliert, die von den Mitgliedstaaten mittels der „Offenen Methode der Koordinierung“¹⁸ (OMK) umgesetzt werden sollen. Um den mit der Alterung der Gesellschaft verbundenen Problemen zu begegnen, sollen die Zugänglichkeit, die Qualität sowie die langfristige Finanzierbarkeit des Gesundheitswesens und der Altenpflege gesichert werden.¹⁹

Schenkt man allerdings Stimmen Glauben, die angesichts der nur begrenzten Ressourcen moderner Staaten von „Staatsversagen“²⁰, vom „entzauberten“²¹ oder „über-

15 Schlußfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Lissabon, 23. und 24. März 2000, Nr. 5, abrufbar unter <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/de/ec/00100-r1.d0.htm>.

16 Schlußfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Lissabon, 23. und 24. März 2000, Nr. 31, abrufbar unter <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/de/ec/00100-r1.d0.htm>.

17 Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 5. Dezember 2001 über „Die Zukunft des Gesundheitswesens und der Altenpflege: Zugänglichkeit, Qualität und langfristige Finanzierbarkeit sichern“, KOM (2001) 723 endg.

18 Schlußfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Lissabon, 23. und 24. März 2000, Nr. 37, abrufbar unter <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/de/ec/00100-r1.d0.htm>; vgl. auch Mitteilungen der Kommission „Stärkung der sozialen Dimension der Lissabonner Strategie: Straffung der offenen Koordinierung im Bereich Sozialschutz“, KOM (2003) 261 endg./2; „Modernisierung des Sozialschutzes für die Entwicklung einer hochwertigen, zugänglichen und zukunftsfähigen Gesundheitsversorgung und Langzeitpflege: Unterstützung der einzelstaatlichen Strategien durch die ‚Offene Koordinierungsmethode‘“, KOM (2004) 304 endg.; mit der Kommissionsmitteilung „Ein erneuertes Engagement für ein soziales Europa: Verstärkung der offenen Koordinierungsmethode für Sozialschutz und soziale Eingliederung“, KOM (2008) 418 endg., wurde die offene Koordinierungsmethode in den Bereichen Sozialschutz und soziale Eingliederung nochmals überarbeitet und gestärkt. Allgemein zur OMK *Zeitlin/Pochet* [Hrsg.], *The Open Method of Co-ordination in Action*, S. 17 ff.; *Schulte*, Die „Methode der offenen Koordinierung“ ZSR 2002, S. 1 ff.; *Berghman/Okma*, *The Method of Open Coordination*, *European Journal of Social Security* 4 (2002), S. 331 ff.; *Angele*, Die offene Methode der Koordinierung, ZESAR 2003, S. 444 ff.; *Bode-wig/Voß*, Die „offene Methode der Koordinierung“ in der Europäischen Union, *EuR* 2003, S. 310 ff.

19 KOM (2001) 723 endg., S. 11 ff.

20 Vgl. *Jänicke*, *Staatsversagen*, 1987; *Arnim*, *Staatsversagen*, in: Bundeszentrale für Politische Bildung [Hrsg.], *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Bd. 37 (1987), S. 17 ff.

forderten Staat²², von der „Krise staatlicher Regulierung“²³ oder vom „Sozialstaat in der Krise“²⁴ sprechen, so stellt sich die Frage, ob Sozialstaaten wie etwa der deutsche den Herausforderungen gewachsen sind, die die Aufrechterhaltung ihrer Sozialschutzsysteme an sie stellt. Jedoch hat sich nicht nur die Rolle des Staates angesichts ständig zunehmender und komplexer werdender Aufgaben verändert, sondern mit ihr auch seine Handlungs- und Organisationsformen sowie Art und Maß der staatlichen Verantwortung im Verhältnis zu anderen Akteuren und zu den von seinem Tätigwerden Betroffenen.²⁵ Sehen sich die Staaten gerade auch im Bereich der Sozialgestaltung einerseits zwar einem hochkomplexen Anforderungsprofil gegenüber,²⁶ so sind sie andererseits doch nicht die alleinigen Akteure, wenn es darum geht, diesem Profil zu entsprechen. Längst beziehen die Staaten – gerade wenn sie tatsächlich an der Grenze ihrer Belastbarkeit agieren – bei der Verwirklichung öffentlicher Interessen auch Private ein, um sich auf diese Weise zum einen selbst zu entlasten und zum anderen das Problemlösungspotential der Gesellschaft nutzbar zu machen.²⁷ Mag die Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben inzwischen zur Alltäglichkeit geworden sein,²⁸ wie nicht zuletzt der Erlaß des Gesetzes zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen der Öffentlich Privaten Partnerschaften (ÖPP-Beschleunigungsgesetz) belegt,²⁹ so gewinnt das verantwortungsteilende Koagieren von öffentlichem und privatem Sektor angesichts der mit der Alterung der Gesellschaft verbundenen Herausforderungen gerade im Bereich der Altenpflege eine besondere Aktualität.

Will aber der Staat seiner sozialen Verantwortung im Bereich der Altenpflege nachkommen und bedient er sich hierbei – wie etwa in Deutschland oder in England³⁰ –

21 *Willke*, Entzauberung des Staates, 1983.

22 *Herzog*, Der überforderte Staat, in: Badura/Scholz [Hrsg.], Wege und Verfahren des Verfassungslebens, S. 15 ff.; *Ellwein/Hesse*, Der überforderte Staat, S. 29, 89; *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, S. 15 f.

23 *Mayntz*, Regulative Politik in der Krise?, in: Matthes [Hrsg.], Sozialer Wandel in Westeuropa, S. 55 ff.; *Treiber*, Regulative Politik in der Krise?, in: ders. [Hrsg.], Vollzugskosten des Rechtsstaats, S. 189 ff.; *Teubner*, Das regulatorische Trilemma, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 13 (1984), S. 120 f.; vgl. auch *Offe*, Rationalitätskriterien und Funktionsprobleme des politisch-administrativen Handelns, Leviathan 1974, S. 333 ff.; *Beck*, Risikogesellschaft, S. 306 ff.; *Wolf*, Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft, Leviathan 1987, S. 357 ff.

24 *Dierkes/Zimmermann* [Hrsg.], Sozialstaat in der Krise, 1996.

25 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 6.

26 Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 6.

27 *Vosskuhle*, Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 268.

28 *Heintzen*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 268; zur Einschaltung Privater vor dem Hintergrund der Verschuldung der öffentlichen Haushalte *Henneke*, Öffentliches Finanzwesen, S. 212 f.

29 Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen der Öffentlich Privaten Partnerschaften vom 1. September 2005, BGBl. I S. 2676. Zu diesem Gesetz etwa *Müller*, Kommunalrechtliche Grenzen beim Sale-and-lease-back, S. 2 f., 115, 122.

30 Zu Einzelheiten der Leistungserbringung s. unten, S. 189 ff., 410 ff.

Privater, ist er weiterhin gefordert, eine adäquate Aufgabenerfüllung zu gewährleisten. Wird der erfüllende Wohlfahrtsstaat überlagert und zum Teil ersetzt durch einen ermöglichenden Gewährleistungsstaat³¹, wandelt sich seine Funktion also graduell von einem „Providing“ zu einem „Enabling“³², so trägt er anstelle einer „Erfüllungsverantwortung“ eine „Gewährleistungsverantwortung“³³. Aber wird der Staat dieser Verantwortung gerecht? Seit langem berichtet die Presse von Pflegeskandalen – angefangen von Meldungen über das Versagen der staatlichen Heimaufsicht³⁴ und die „Not in den Heimen“³⁵ bis hin zur Berichterstattung über den „Todespfleger von Sonthofen“³⁶. Fälle mit Stürzen von Heimbewohnern mit zum Teil tödlichem Ausgang beschäftigen die Gerichte³⁷, der Bundestag kritisiert „unerträgliche Mißstände“³⁸, und die juristische Literatur weist auf ein ungelöstes Pflegeproblem hin.³⁹ All dies läßt Zweifel an der Effektivität der staatlichen Einflußnahme auf den privaten Sektor aufkommen. Kommt nicht dem Staat eine „Gewährleistungsverantwortung“ für die stationäre Langzeitpflege zu und wenn ja, was ist ihr Inhalt und wie kommt der Staat ihr nach? Für welche Pflegestandards auf einer Skala zwischen einer „Sauber-satt-trocken-Pflege“ einerseits und einer optimalen Pflege nach „Wellness-Hotel-Standard“ andererseits übernimmt der Staat die Verantwortung und mit welchen Instrumenten gewährleistet er, daß die Leistungserbringung, die weitgehend durch private Dritte erfolgt, die intendierte Qualität aufweist?

B. Eingrenzung

Den Gegenstand dieser Arbeit bildet ein Ausschnitt aus dem breiten Spektrum der Heranziehung Privater zur Erbringung von Leistungen mit einem funktionalen Bezug zu staatlichen Aufgaben, nämlich die Einbeziehung des privaten Sektors in die Erbringung

31 Zum Leitbild des „Gewährleistungsstaats“ unten, S. 92 ff.

32 *Gilbert/Gilbert*, The Enabling State, 1989; *Gilbert*, The Enabling State, 2005; *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, S. 24.

33 Vgl. etwa *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, S. 15 ff.

34 So etwa im Artikel „Pflege-Mängel in Deutschland: Hunderttausende Alte müssen hungern“ vom 14. Juni 2006, Spiegel Online, abrufbar unter <<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,421440,00.html>>; S. auch den Spiegel-Report „Da verliert der Mensch seinen Schatzen“, Der Spiegel 1988, S. 104 ff.

35 SZ vom 15. Juli 2005, S. 1.

36 Stern.de vom 20. November 2006, abrufbar unter <<http://www.stern.de/panorama/todespfleger-von-sonthofen-getoetet-wie-am-fliessband-576753.html>>.

37 Etwa BGH, Urt. v. 14. Juli 2005, Az. III ZR 391/04 sowie BGH, Urt. v. 28. April 2005, Az. III ZR 399/04.

38 BT-Drs. 14/5395, S. 1.

39 *Zacher*, Diskussionsbeitrag in VVDStRL 62, S. 350. Vgl. auch *Vincent-Jones*, Citizen Redress in Public Contracting for Human Services, The Modern Law Review, vol. 68 (2005), S. 923, der von „severe economic difficulties and governance problems afflicting the nursing and residential care sectors“ spricht.