

Zweiter Abschnitt

Pflege

Kompetenzverteilung und Finanzierungsverantwortung zwischen Bund, Ländern, Kommunen und Sozialverwaltungsträgern im Bereich der Pflege*

I. Einleitung

„(1) Die pflegerische Versorgung der Bevölkerung ist eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe. (2) Die Länder, die Kommunen, die Pflegeeinrichtungen und die Pflegekassen wirken unter Beteiligung des Medizinischen Dienstes eng zusammen, um eine leistungsfähige, regional gegliederte, ortsnahe und aufeinander abgestimmte ambulante und stationäre pflegerische Versorgung der Bevölkerung zu gewährleisten ...“

Das ist nicht ein Abschnitt aus einem Lehrbuch über Sozialrecht oder Pflegeversicherung, sondern Gesetzeswortlaut (§ 8 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 SGB XI). Man mag solch programmatisch-finale Gesetzgebungstechnik nicht schätzen¹; hier kommt jedoch dasjenige relativ klar zum Ausdruck, was man – wäre der Begriff nicht so gefährlich und so missbraucht – einen „ganzheitlichen“ Ansatz im Bereich der Pflege nennen könnte. In Erinnerung gerufen wird zunächst die Tatsache, dass der Sachbereich „Pflege“ nicht allein durch staatliche Aufgabenerfüllung zu bewältigen ist, sondern dass die Gesellschaft nach wie vor unmittelbar eingebunden ist². Darüber hinaus werden die verschiedenen staatlichen Ebenen angesprochen, im Bundesgesetz vor allem Länder und Kommunen, die nicht nur ausdrücklich erwähnt sind, sondern durch Ziele wie „regional gegliederte“ und „ortsnahe“ Versorgung inhaltlich adressiert werden. Die komplexe Kompetenzstruktur im Bereich der Pflege kommt so in einer Norm des einfachen Rechts zur Anschauung.

* Für wertvolle Hinweise und Unterstützung danke ich Herrn Prof. Dr. *Ansgar Hense*, Bonn/Dresden.

1 *Hense*, Soziale Infrastruktur im Gesundheitswesen – der stationäre Sektor (am Beispiel Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen), in: *Fehling/Ruffert* (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010, § 16 Rn. 48: „kryptisch“.

2 *Behrend*, in: *Udsching* (Hrsg.), *SGB XI*, 3. Aufl. 2010, § 8 Rn. 2: „Appell an die Gesamtbevölkerung“.

„Pflege“ verstehe ich für mein Referat als Chiffre für ein Sachproblem, das dann teilweise durch Rechtsbegriffe konkretisiert wird: die Alterung der Bevölkerung und der dadurch hervorgerufene Bedarf an Hilfen im weitesten Sinn. Davon ist der technische Pflegebegriff als Gesetzesbegriff, wie er sich insbesondere im SGB XI findet, abzugrenzen. Dieser sozialrechtliche Pflegebegriff stellt nur eine Teilmenge des umfassenderen Problems dar. Diese Differenzierung wird gerade in dem mir aufgegebenen Kontext der Kompetenzstruktur im Bereich der Pflege unter Einbeziehung der Kommunen von Bedeutung sein. Die amtliche Pflegestatistik erfasst nur Personen, die Leistungen nach dem SGB XI erhalten. Der zentrale Begriff im Rahmen der Pflegeversicherung ist hier die Pflegebedürftigkeit, die sich als Versicherungsfall, d. h. als leistungsauslösendes Risiko darstellt³; der Begriff entspricht mit Modifikationen in der Sache den entsprechenden Kategorien in anderen Gesetzen⁴. Nach § 14 Abs. 1 SGB XI sind pflegebedürftig „Personen, die wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens auf Dauer, voraussichtlich für mindestens sechs Monate, in erheblichem oder höherem Maße ... der Pflege bedürfen“. Diese alltäglichen Verrichtungen werden im Gesetz ebenfalls mit Hilfe der Oberkategorien der Körperpflege, der Ernährung, der Mobilität und der hauswirtschaftlichen Versorgung umschrieben (§ 14 Abs. 4 SGB XI). Das Gesetz verfolgt damit einen zweigliedrigen Pflegebegriff, der ein individuelles Defizit mit kompensierender Hilfe kombiniert. Als drittes Element könnte man die Kausalität durch Krankheit, Behinderung oder Unfall hinzufügen. Der Grad der Pflegebedürftigkeit wird dann für die Zwecke der Pflegeversicherung in drei Stufen abgestuft (§ 15 SGB XI): Die „erheblich Pflegebedürftigen“, die durch Angehörige versorgt werden, die „Schwerpflegebedürftigen“, die zusätzlich durch ambulante Pflegedienste versorgt werden, und die „Schwerstpflegebedürftigen“, die in Heimen versorgt werden⁵.

Kompetenzrechtliche Fragen im Bereich der Pflege bleiben ohne einen Realbefund nicht nur unanschaulich⁶, sondern letztlich sinnlos. Pflegebe-

3 Muckel/Ogorek, Sozialrecht, 4. Aufl. 2011, § 9 Rn. 20.

4 Igl, Pflegeversicherung, in: von Maydell/Ruland/Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 4. Aufl. 2008, § 18 Rn. 49. Weitgehend identisch § 61 Abs. 1 SGB XII für den Bereich der Sozialhilfe; die Unterschiede zu anderen rechtlichen Regelungen betonend *Udsching*, in: ders. (Hrsg.), SGB XI, 3. Aufl. 2010, § 14 Rn. 2.

5 Muckel/Ogorek, Sozialrecht (Fn. 3), § 9 Rn. 23 ff.

6 Fuchs/Preis, Sozialversicherungsrecht, 2005, S. 353 ff.; Igl, Pflegeversicherung (Fn. 4), Rn. 2 f.; Blaumeiser/Blunck/Klie/Pfundstein/Wappelshammer, Handbuch kommunale Altenplanung, 2002, S. 55 ff.; vgl. auch die ungewöhnlich ausführlichen tatsächlichen Schilderungen in BVerfGE 106, 62 (67 – 85) – Altenpflege.

dürftigkeit ist vorrangig ein Problem älterer Menschen. Nur 17 % der Pflegebedürftigen befinden sich nicht im Seniorenalter⁷. Ende 2007 waren in Deutschland 2,25 Mio. Menschen pflegebedürftig im Sinne der oben dargelegten Definition des SGB XI. Der Frauenanteil ist mit 68 % weit überdurchschnittlich. 68 % der Pflegebedürftigen wurden durch Angehörige zu Hause versorgt, wobei zwei Drittel von ihnen ohne weitere externe Hilfe auskamen (= Pflegestufe I). 32 % der Pflegebedürftigen waren in Heimen untergebracht. Die Zahl ist stetig angestiegen. Zugleich ist ein Trend zur Professionalisierung der Pflege zu beobachten, d. h. der Einsatz ambulanter Pflegedienste und die Heimunterbringung (Zunahme zwischen 1999 und 2007 um 21 bzw. 24 %), während die Pflege allein durch Angehörige stagniert. Darin zeigt sich, dass die familiensoziologischen Möglichkeiten der häuslichen Pflege zurückgehen⁸ – ein Trend, der sich fortsetzen wird. Auch regionale Unterschiede dürfen nicht verschwiegen werden⁹: So ist der stärkste Anstieg an Pflegebedürftigen in den überalterten, ländlich und strukturschwach geprägten Ländern Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern zu verzeichnen. Auch die Relation zwischen häuslicher Pflege und Heimunterbringungen zeigt deutliche Abweichungen zwischen Ländern und Regionen.

Die demographische Entwicklung wird unmittelbare Auswirkungen auf den Bereich der Pflege haben. Während der Anteil der über 60-jährigen 2009 etwa 26 % der Gesamtbevölkerung betrug, steigt er 2020 auf 31 %, 2030 auf 37 % und bei einer Extrapolation der statistischen Ämter des Bundes und der Länder für 2050 auf 40 % der Gesamtbevölkerung, wobei eine noch stärkere Zunahme der sog. Hochbetagten zu erwarten ist¹⁰. „Aufgrund der beschriebenen demografischen Alterung ist in den kommenden Jahrzehnten trotz insgesamt rückläufiger Bevölkerungszahl mit einem Anstieg der Pflegebedürftigen ... zu rechnen.“¹¹ Die statistischen Ämter verfolgen hier zwei Szenarien: Das sog. Status-quo-Szenario überträgt die aktuellen Pflegequoten auf die zukünftige Bevölkerungsstruktur, geht mithin von konstanten Pflegequoten aus. Demgegenüber werden der mögliche medizinisch-technische Fortschritt sowie eine gesündere Lebens-

7 D. h. sind unter 65 Jahren alt, Statistische Ämter des Bundes und der Länder, Demografischer Wandel in Deutschland, Heft 2: Auswirkungen auf Krankenhausbehandlungen und Pflegebedürftige im Bund und in den Ländern, 2010, S. 21. Auch die weiteren Daten sind dieser Publikation entnommen.

8 Zusammenfassung der dafür verantwortlichen Faktoren bei *Igl*, Pflegeversicherung (Fn. 4), Rn. 27.

9 Allgemein zu regionalen Disparitäten des demographischen Wandels und rechtlichen Konsequenzen daraus *Kluth*, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), S. 246 (275 ff.).

10 Eigene Berechnung aufgrund des Materials in Statistische Ämter (Fn. 7), S. 5f.

11 Ebd., S. 5.

weise als das Pflegerisiko vermindernde Faktoren in einem „Szenario sinkende Pflegequote“ mitextrapoliert. Nach dem konservativeren Modell steigt die Zahl der Pflegebedürftigen von 2,25 Mio. auf 2,9 Mio. 2020 und 3,37 Mio. 2030, was Steigerungen um 29 % bis 2020 und 50 % bis 2030 bedeutet. Der Anteil der Pflegebedürftigen an der Gesamtbevölkerung steigt damit von zurzeit 2,7 % auf 4,4 % 2030. Impliziert ist eine Zunahme der pflegebedürftigen Hochbetagten. Die regionale Differenzierung der Zunahme wird sich eher noch verschärfen, so dass die strukturschwachen, überalterten und dünn besiedelten Ostländer besonders betroffen sein werden. Nach dem Szenario „sinkende Pflegequoten“ verbliebe die Steigerung bei 21 % (2020) bzw. 33 % bis 2030, die Quoten betrügen 3,4 % bzw. 3,9 %.

Zur Strukturierung des Themas sind schließlich noch zentrale sozialrechtliche Unterscheidungen einzuführen. Auch hier beginne ich mit einem Gesetzeszitat: „Die Pflegeversicherung soll mit ihren Leistungen vorrangig die häusliche Pflege und die Pflegebereitschaft der Angehörigen und Nachbarn unterstützen, damit die Pflegebedürftigen möglichst lange in ihrer häuslichen Umgebung bleiben können. Leistungen der teilstationären Pflege und der Kurzzeitpflege gehen den Leistungen der vollstationären Pflege vor.“ (§ 3 SGB XI). Dieser Programmsatz „ambulant vor stationär“ ist in unterschiedlichen Finanzierungsverantwortungen, Förderarten und Vergütungssystemen begründet¹². Stationäre Pflegeheime sind wesentlich kostspieliger als ambulante Versorgungsformen. Daraus resultiert eine Tendenz zur Ambulantisierung im Sektor sozialer Dienstleistungen. „Damit soll die weitreichende Dominanz des stationären Versorgungssektors und die darin liegende Tendenz zur Hospitalisierung aufgebrochen und zugunsten ambulanter Versorgungsformen verändert werden.“¹³ Dies galt und gilt in besonderem Maße für den Pflegesektor: „Die Einführung der Pflegeversicherung ließ die Zahl der ambulanten Pflegedienste sprunghaft ansteigen. Das Pflege-Weiterentwicklungsgesetz 2008 soll diese Tendenz stärken. Im Übrigen verflüssigen sich im Pflegesektor die Grenzen zwischen ambulant und stationär nicht in einem gleichen, sondern eher in einem anderen Maße als im stationären Krankenhaussektor. Ist die stationäre Behandlung im Krankheitsfall eher akut und zeitlich begrenzt, so zielt die Pflege auf ein Dauergeschehen ab.“¹⁴ Schon die Gesetzesbegründung zu § 3 SGB XI hob zudem hervor, dass es dem Wunsch der meisten alten Menschen entspreche, so lange wie möglich

12 Hense (Fn. 1), Rn. 13; zur ambulanten Versorgung insgesamt *Schuler-Harms*, Soziale Infrastruktur im Gesundheitswesen – der ambulante Sektor, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 15.

13 Hense (Fn. 1), Rn. 14.

14 Hense (Fn. 1), Rn. 19.

in vertrauter Umgebung zu bleiben¹⁵. Die Regel „ambulant vor stationär“ verwirklicht im Bereich der Pflege eine – zudem dem verfassungsrechtlichen Selbstbestimmungsrecht korrespondierende – besondere Ausprägung von Subsidiaritätsdenken (vgl. § 2 SGB XI)¹⁶. In der Sache wird dies auch durch die soziale Absicherung der Pflegepersonen in der gesetzlichen Renten- und Unfallversicherung verwirklicht (§§ 19, 44 ff. SGB XI)¹⁷.

Im Folgenden wird zwischen der Pflegeinfrastruktur (unter II.) einerseits und den Pflegeleistungen andererseits (unter III.) unterschieden. Diese Unterscheidung beruht zunächst auf dem sozialrechtlichen Beziehungsdreieck mit den drei Akteuren versicherter bzw. betroffener Personenkreis, Pflegekasse sowie Pflegeheime und ambulante Pflegehilfen¹⁸. Den Sozialleistungsanspruch der Pflegeversicherung erfüllt diese nicht selbst, gesonderte Leistungserbringer treten auf den Plan, die wiederum mit der Versicherung abrechnen: Nach dem Sachleistungsprinzip erfüllt die Pflegekasse ihre Verpflichtung gegenüber dem versicherten Personenkreis mit Hilfe von Leistungsträgern¹⁹. Neben dieser v. a. durch die deutsche Konstruktion der Sozialversicherung bedingten Unterscheidung spiegelt sich in der Differenzierung zwischen Pflegeinfrastruktur und Pflegeleistungen auch die Kompetenzstruktur des deutschen Föderalismus wider: Nur die Sozialversicherungen als solche fallen in die Bundeskompetenz, die konkreten Einrichtungen – dies gilt entsprechend für Krankenhäuser u. Ä. – verbleiben in der Landeskompetenz. Was deklaratorisch in den §§ 9 und 10 SGB XI aufgenommen wird, ergibt sich bereits aus der Struktur der Gesetzgebungskompetenzen nach dem Grundgesetz²⁰. Treffend wird daher von *Ansgar Hense* und *Birgit Schmidt am Busch* hinsichtlich des Pflege- bzw. Gesundheitsbereichs von einem „Mehrebenenrecht“ gesprochen: Bundesgesetzliche Vorgaben im SGB XI werden durch die Landes-

15 Vgl. *Udsching*, in: ders. (Hrsg.), SGB XI, 3. Aufl. 2010, § 3 Rn. 2; *Igl*, Pflegeversicherung (Fn. 4), Rn. 24; *Muckel/Ogorek* (Fn. 3), § 9 Rn. 17.

16 Allgemein zur fortbestehenden Bedeutung des Subsidiaritätsgedankens als „Leitidee der Sozialrechtsgestaltung“ *Butzer*, Fremdleistungen in der Sozialversicherung, 2001, S. 455 ff.; ferner *Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008, S. 547 ff.; zur Abgrenzung öffentlicher und freier Träger im Sozialrecht bereits BVerfGE 22, 180 (204); Mahnung zur Vorsicht beim Einsatz des Subsidiaritätsprinzips *als Rechtsargument* bei *Waldhoff*, Das Subsidiaritätsprinzip zwischen Ordnungsprinzip der katholischen Soziallehre und rechtlicher Verwertbarkeit, in: Rauscher (Hrsg.), Verantwortung in einer komplexen Gesellschaft / Responsibility: Recognition and Limits, 2010, S. 85 (94 ff.).

17 Näher *Igl* (Fn. 4), Rn. 25, 79 ff.

18 Vgl. *Hense* (Fn. 1), Rn. 2.

19 *Hense* (Fn. 1), Rn. 2; *Schuler-Harms* (Fn. 12), Rn. 45 ff.

20 BSGE 96, 28 (35).

pflegegesetze konkretisiert, ggf. auch nuanciert²¹; die kommunale Ebene kommt hinzu, die europäische Ebene ist hier zu vernachlässigen²². Kompetenzprobleme hinsichtlich des Berufs des Altenpflegers bleiben außer Betracht²³.

II. Pflegeinfrastruktur

„Die Pflegeversicherung baut kein neues soziales Dienstleistungssystem auf, sondern stützt sich, wie in der sozialen Marktwirtschaft üblich, auf die privaten Marktsubjekte (Leistungsanbieter), mit denen zur Erbringung der sozialen Dienstleistungen Verträge geschlossen werden.“²⁴ Gerade im Bereich der stationären Pflegeeinrichtungen ist ein begriffliches Wirrwarr zu konstatieren. Während das SGB XI in § 71 Gesetzesbegriffe für Pflegedienste (ambulanten Pflegeeinrichtungen) und Pflegeheime (stationäre Pflegeeinrichtungen) bringt²⁵, hat der Deutsche Verein für die öffentliche und private Fürsorge eine Art Nomenklatur auf diesem Bereich entwickelt, die freilich mehr typologischen und statistischen als rechtlichen Wert aufweist. Danach werden neben Altentagesstätten, Tagesheimen, Altenwohnheimen, Altenheimen und Altenpflegeheimen auch Altenwohnstifte, Betreutes Wohnen und Hospize anerkannt bzw. systematisiert²⁶.

21 Hense (Fn. 1), Rn. 25, 47 unter Rückgriff auf Schmidt am Busch, Die Gesundheitsversicherung im Mehrebenensystem, 2007, u. a. S. 236 ff.

22 Dies gilt für den hier allein interessierenden reinen Kompetenzbereich; in der Frage nach Privatisierungsforderungen, nach Marktelementen im Pflegesektor sieht dies anders aus, vgl. nur Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht am Beispiel des Leistungserbringungsrechts der gesetzlichen Krankenversicherung, 2005; zum „Wettbewerbsziel“ im Bereich stationärer Einrichtungen Hense (Fn. 1), Rn. 54 ff., 81 ff. mit Unterschieden zwischen Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen.

23 Dazu die „Altenpflegeentscheidung“ BVerfGE 106, 62.

24 Igl, Die soziale Pflegeversicherung, NJW 1994, S. 3185 (3186); ders., Pflegeversicherung (Fn. 4), Rn. 36.

25 „(1) Ambulante Pflegeeinrichtungen (Pflegedienste) im Sinne dieses Buches sind selbständig wirtschaftende Einrichtungen, die unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegefachkraft Pflegebedürftige in ihrer Wohnung pflegen und hauswirtschaftlich versorgen. (2) Stationäre Pflegeeinrichtungen (Pflegeheime) im Sinne dieses Buches sind selbständig wirtschaftende Einrichtungen, in denen Pflegebedürftige: 1. Unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegefachkraft gepflegt werden, 2. ganztägig (vollstationär) oder nur tagsüber oder nur nachts (teilstationär) untergebracht und verpflegt werden können.“

26 Vgl. Hense (Fn. 1), Rn. 24; vgl. auch Schäfer/Voland/von Strenge, „Gepflegte Investitionen“. Der rechtliche Rahmen für Errichtung, Betrieb und Finanzierung von Pflegeheimen, NZS 2008, 570.

Der sozialstaatliche Versorgungsauftrag im Bereich der Pflege konkretisiert sich zunächst darin, für eine entsprechende soziale Infrastruktur zu sorgen. Diese ist nicht netzgebunden, sondern punktförmig („Punktinfrastuktur“)²⁷. Das SGB XI gibt hier nur Zielvorgaben, die der Verknüpfung mit den inhaltlichen Regelungen des Pflegeversicherungsrechts dienen. Die Landespflegegesetze füllen den kompetentiellen Rahmen der Länder durchaus verschieden und alles andere als einheitlich aus²⁸.

„Es gehört zu den historisch-genetischen Spezifika der stationären sozialen Infrastruktureinrichtungen in Deutschland, dass sie weder staatsmonopolistisch noch rein marktwirtschaftlich organisiert sind. Träger von ... Pflegeeinrichtungen waren über lange Zeit vorrangig die christlichen Kirchen; den Kirchen kommt damit im sog. Dritten Sektor eine Vorreiterrolle ebenso wie eine Sonderstellung zu.“²⁹ Später setzte eine begrenzte Kommunalisierung ein. Stationäre soziale Dienstleistungen werden mithin schon immer sowohl aus der Gesellschaft heraus als auch vom Staat i. w. S. erbracht. Dieses sog. wohlfahrtspluralistische Modell kennzeichnet unseren Bereich bis heute. Diese Ausgangssituation ist im SGB XI in ein normatives Programm des Außenpluralismus und der Subsidiarität überführt worden. So fordert § 11 Abs. 2 SGB XI: „Bei der Durchführung dieses Buches sind die Vielfalt der Träger von Pflegeeinrichtungen zu wahren sowie deren Selbständigkeit, Selbstverständnis und Unabhängigkeit zu achten. Dem Auftrag kirchlicher und sonstiger Träger der freien Wohlfahrtspflege, kranke, gebrechliche und pflegebedürftige Menschen zu pflegen, zu betreuen, zu trösten und sie im Sterben zu begleiten, ist Rechnung zu tragen. Freigemeinnützige und private Träger haben Vorrang gegenüber öffentlichen Trägern.“ Das wird für den sog. Sicherstellungsauftrag in § 69 Satz 3 desselben Gesetzes wiederholt.

Für unsere Fragestellung zentral ist die genaue Kompetenzabgrenzung hinsichtlich der Pflegeinfrastruktur zwischen Bund und Ländern. Das SGB XI kann hier nur deklaratorisch feststellen, was laut den Art. 70 ff., 83 ff. und 104a GG ff. ohnehin gilt³⁰. Da das Grundgesetz keine Regelungen zur Pflegeinfrastruktur trifft, greift die Vermutungsregel des Art. 30 GG. § 9 Satz 1 und Satz 2 Halbsatz 1 SGB XI sagt vor diesem Hintergrund Folgendes aus: „Die Länder sind verantwortlich für die Vorhaltung einer leistungsfähigen, zahlenmäßig ausreichenden und wirtschaftlichen pflegerischen Versorgungsstruktur. Das Nähere zur Planung und zur Förderung

27 Hense (Fn. 1), Rn. 4.

28 Vgl. etwa Staegemann, Investitionsförderung in der Pflegeversicherung, 2003, S. 137 ff.; Pfundstein, Möglichkeiten und Grenzen der Infrastrukturplanung – die Planungskonzepte der Länder, in: Klie (Hrsg.), Fürs Alter planen, 2002, S. 17 ff.

29 Hense (Fn. 1), Rn. 5; Schuler-Harms (Fn. 12), Rn. 41 f.

30 Behrend, in: Udsching (Hrsg.), SGB XI, 3. Aufl. 2010, § 9 Rn. 2.

der Pflegeeinrichtungen wird durch Landesrecht bestimmt; ...“ Sämtliche Länder haben Landespflegegesetze erlassen³¹. Die Verwaltungs- hängen auch hier wiederum mit den Finanzierungskompetenzen zusammen. Ursprünglich, d. h. vor der Einführung der Pflegeversicherung, war die Infrastrukturverantwortung für Altenpflegeeinrichtungen nicht explizit normiert. Sie fiel in die Residualkompetenz der Kommunen als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft und genoss den Schutz des Art. 28 Abs. 2 GG. Eine Besonderheit des Pflegeversicherungsgesetzes von 1994 bestand darin, dass dieses ursprünglich ungewöhnlich deutlich in die Sozialinfrastrukturverantwortung eingreifen sollte und die ursprüngliche Zuständigkeitsordnung nachhaltig verändert hätte³². Nach dem ursprünglich geplanten monistischen Finanzierungsmodell der Pflegeversicherung wären Investitionen und laufende Betriebskosten gleich behandelt worden, die beide über den Vergütungs- bzw. Pflegesatz abgedeckt werden sollten; dieser Satz sollte durch einen Bundeszuschuss gedrückt werden, der wiederum indirekt aus den eingesparten Sozialhilfemitteln der Länder refinanziert werden sollte³³. Dies wäre nur über eine Neuverteilung des Umsatzsteuerertrags zwischen Bund und Ländern möglich gewesen (Art. 106 Abs. 3 und 4 GG i. V. m. FAG). Den Ländern wäre lediglich die Koordinierung für die Vorhaltung der Pflegeinfrastruktur verblieben³⁴. Die Länder haben die aus ihrer Sicht föderalen Gefahren im Gesetzgebungsverfahren – wenn auch sehr spät – erkannt und über den Bundesrat das geltende dualistische Finanzierungskonzept erzwungen. Gemäß der alten Weisheit „wer zahlt, schafft an“ wären ihnen entscheidende Einfluss- und Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Pflegeinfrastruktur verloren gegangen, wäre diese vom Bund finanziert und damit zumin-

31 Zusammenstellungen und Überblicke bei *Marschner*, Der Stand der landesrechtlichen Umsetzung des Pflegeversicherungsgesetzes, NVwZ 1996, 142; *Danner*, Die Investitionsregelungen der Länder, Altenheim 2/98, S. 22; *Eifert/Krämer/Roth/Rothgang*, Die Umsetzung der Pflegeversicherung in den Ländern im Vergleich, NDV 1999, S. 259; *Winter*, Die Ausgestaltung von Planungs- und Förderungskompetenzen nach § 9 SGB XI, 2003, S. 94 ff.; *Behrend*, in: Udsching (Hrsg.), SGB XI, 3. Aufl. 2010, § 9 Rn. 7; Bewertung bei *Hense* (Fn. 1), Rn. 50 ff.; zur Pflege- und Altenpolitik der Länder in ihrer Unterschiedlichkeit in der Entwicklung ausführlich *Schölkopf*, Altenpflegepolitik in der Bundesrepublik: Zwischen Bedarfsdeckung und Marginalisierung, Diss. rer. soc. Konstanz 1999; *ders.*, Trends in der Alten(pflege)politik der Bundesländer, in: Klie/Buhl/Entzian/Schmidt (Hrsg.), Das Pflegewesen und die Pflegebedürftigen, 2002, S. 13 ff.; vgl. auch Vierter Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung, BT-DrS 16/7772, S. 46.

32 Vgl. *Igl*, Die soziale Pflegeversicherung, NJW 1994, S. 3185 (3186).

33 Vgl. *Klie*, in: *ders./Krahmer* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch XI. Lehr- und Praxiskommentar, 3. Aufl. 2009, § 1 Rn. 12; *Schütze*, in: Udsching (Hrsg.), SGB XI, 3. Aufl. 2010, Vor § § 82 bis 91 Rn. 4.

34 *Höfer/Krahmer*, in: *Klie/Krahmer* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch XI. Lehr- und Praxiskommentar, 3. Aufl. 2009, § 9 Rn. 3.

dest mittelbar auch geplant und gesteuert worden³⁵. Durch das Verbleiben der Investitionskosten hinsichtlich der Pflegeeinrichtungen bei den Ländern können diese weiterhin die Planung und Förderung von Altenheimen und ambulanten Stationen steuern³⁶. Die Entstehungsgeschichte von § 9 SGB XI verdeutlicht damit den Interessengegensatz zwischen Bund und Ländern im Sozialbereich³⁷.

Das damit installierte duale Finanzierungssystem mit der Trennung von Betriebs- und Investitionskosten³⁸ – Pflegeleistungen über die sozialen Sicherungssysteme des Bundes, Pflegeinvestitionen durch Landeszuschüsse – ist freilich durch die Regelung des § 9 aufgeweicht. Denn anders als im Krankenhausrecht (§ 8 KHG) ist durch § 9 Satz 3 SGB XI kein zwingender Förderungsauftrag für die Länder normiert – der Hinweis auf die durch die Einführung der Pflegeversicherung tendenziell sinkenden Sozialhilfesaufwendungen für Pflegebedürftige kann wiederum aus finanzverfassungsrechtlichen Gründen mehr politisch-illustrative als rechtlich verpflichtende Bedeutung haben³⁹. Weil insofern hinsichtlich der Investitionskosten für die Pflegeeinrichtungen eine Lücke bleiben kann, es sich um eine „pseudo- oder unechte Einrichtungsfinanzierung“ handelt⁴⁰, erlauben es §§ 9 Satz 2 Halbsatz 2, 82 SGB XI, in gewissem Umfang die Umlage solcher Kosten⁴¹. Durch Novelle des Pflegeversicherungsrechts durch das Pflege-Weiterentwicklungsgesetz von 2008 gilt – in Abänderung einer sozialgerichtlichen Rechtsprechung – nun auch das Pflegewohngeld der Länder als Förderung in diesem Sinne⁴²; damit ist nicht nur die Objektförderung, d. h. Zuschüsse an die Pflegeheime direkt, sondern auch die Subjektförderung, d. h. der Bewohner derartiger Einrichtungen als öffentliche Förderung anerkannt mit der Folge, dass die

35 Allgemein zu den föderalen Einflussmöglichkeiten über die Finanzierungszuständigkeit *Prokisch*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand des Gesamtwerks: 156. Lfg. Februar 2012, Art. 104a Rn. 34ff.

36 Höfer/Krahmer, in: Klie/Krahmer (Hrsg.), Sozialgesetzbuch XI. Lehr- und Praxiskommentar, 3. Aufl. 2009, § 9 Rn. 3.

37 Behrend, in: Udsching (Hrsg.), SGB XI, 3. Aufl. 2010, § 9 Rn. 3.

38 Allgemein dazu *Hense* (Fn. 1), Rn. 86ff.

39 Ähnlich *Schütze*, in: Udsching (Hrsg.), SGB XI, 3. Aufl. 2010, Vor §§ 82 bis 91 Rn. 4; *Behrend*, ebd., § 9 Rn. 6; *Hense* (Fn. 1), Rn. 115.

40 *Hense* (Fn. 1), Rn. 115 in Anlehnung an *Winter* (Fn. 31), S. 75; das ist ein Unterschied zu dem auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG beruhenden Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG).

41 *Griep/Renn*, Wer bezahlt die Investitionskosten im Pflegeheim?, *PflegeRecht* 5/99, S. 104, 131.

42 Zu den Auswirkungen dieses Gesetzes auf die Struktur von Pflegeheimen im Übrigen *Freiherr von und zu Franckenstein*, Pflegereform 2008 – Auswirkungen auf den Pachtzins für Pflegeheime? *NZS* 2009, 194 (196ff.).