

# FÜR EINE MENSCHENWÜRDIGE PFLEGE

## ZUR VERFASSUNGSBESCHWERDE DES SOZIALVERBANDES VDK

**I**m April 2014 kündigte der Sozialverband VdK an, im Wege einer Verfassungsbeschwerde den Gesetzgeber zu Maßnahmen zu zwingen, den seit Jahren beanstandeten Pflegenotstand in Deutschland zu bekämpfen. Damit wird ein ungewohnter Weg innerhalb der Verfassungsgerichtsbarkeit eingeschlagen.

Der Pflegenotstand ist mit Blick auf die Zustände im Bereich von Pflegeleistungen zu einem festen Begriff innerhalb der politischen Diskussion geworden. In regelmäßigen Abständen dominiert er die öffentliche Berichterstattung. So haben etwa die Enthüllungen von Günter Wallraff vom Mai 2014 zur Kündigung eines Pflegedienstes durch den Berliner Sozialsenator geführt.<sup>1</sup> Was allerdings alles unter den Begriff des Pflegenotstandes gefasst wird, ist unklar. Er scheint als Synonym für jegliche Missstände im Bereich der Pflege zu dienen. Im Kern geht es dabei wohl um einen chronischen Personalmangel innerhalb der Pflegeberufe und die fortdauernde Unterfinanzierung von Pflegeleistungen. Jedoch erschöpft sich der Begriff darin nicht. Vielmehr werden in diesem Zusammenhang auch die bekannt gewordenen Missbrauchsfälle und die häufig prekären Beschäftigungsverhältnisse genannt. Der Gesellschaft kommt eine besondere Verantwortung zu, den Problemen auf den Grund zu gehen und Maßnahmen zu ergreifen, bestehende Missstände anzugehen, besonders wenn der würdige Umgang mit und die körperliche Unversehrtheit von pflegebedürftigen und teils hilflosen Menschen in Streit steht.

Aber auch Personen, die etwa Angehörige selber pflegen, wissen um die Bedeutung der Pflegeversicherung und ihrer Defizite. Da hilft es auch nicht, dass § 2 Abs. 1 Satz 2 Elftes Buch des Sozialgesetzbuches (SGB XI) vorschreibt, dass die Leistungen der Pflegeversicherung den Pflegebedürftigen helfen sollen, „ein möglichst selbständiges und selbstbestimmtes Leben zu führen, das der Würde des Menschen entspricht“.

### Sozialverband VdK fordert „große Pflegereform“

Überraschenderweise kritisiert der Sozialverband VdK nicht mehr nur die teils verheerenden Zustände in der Pflege, sondern kündigte gleichsam an, die Gesetzgebung zwingen zu wollen, die Probleme in die Hand zu nehmen. Schon im März 2014 hat er zusammen mit der Deutschen Alzheimer Gesellschaft die Kampagne „Große

Pflegereform jetzt!“ ins Leben gerufen. Mit einer Petition wird der Bundestag aufgefordert, die Pflegeversicherung „auf der Grundlage eines neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs“ umfassend zu reformieren.<sup>2</sup> Damit soll insbesondere eine stärkere Berücksichtigung von Demenzerkrankungen bei der Feststellung der Pflegebedürftigkeit erreicht werden, denn an Demenz leidende Menschen würden allzu häufig von der Pflegeversicherung nicht umfasst. Aktuell ist gemäß § 14 Abs. 1 SGB XI pflegebedürftig, wer „wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens auf Dauer [...] in erheblichem oder höherem Maße der Hilfe“ bedarf. In § 14 Abs. 4 SGB XI sind die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Sinne des § 14 Abs. 1 SGB XI abschließend aufgezählt, aus den Bereichen Körperpflege, Ernährung, Mobilität und hauswirtschaftliche Versorgung. Der Grad der Pflegebedürftigkeit wird dabei in drei Stufen (§ 15 Abs. 1 SGB XI) eingeteilt. Je höher die Pflegestufe, desto höher ist auch der Pflegeaufwand und desto höhere Leistungen werden aus der Pflegeversicherung gewährt.

Allerdings ist die Pflegeversicherung schon von der Konzeption her nicht darauf angelegt, sämtliche Kosten zu decken. Leiden aber insbesondere ältere Menschen ausschließlich an Demenz, weisen also sonst keinerlei körperlichen Einschränkungen auf, so liegt nicht einmal die Pflegestufe I (erhebliche Pflegebedürftigkeit) vor, mit der Folge, dass seit Anfang 2013 nur geringe Leistungen, die sogenannte Pflegestufe 0, aus der Pflegeversicherung gewährt werden und pflegende Angehörige keine Rentenansprüche erhalten, obwohl Demenzkranke in der Mehrzahl der Fälle auf die Hilfe bzw. Anleitung Anderer angewiesen sind. Hier will der Sozialverband VdK ansetzen. Die Petition, der sich mehr als 150.000 Menschen angeschlossen haben, befindet sich derzeit in der parlamentarischen Prüfung. Ende April 2014 folgte sodann die Ankündigung, notfalls die Pflegereform im Wege einer Verfassungsbeschwerde durchsetzen zu wollen, sollte der Gesetzgeber nicht endlich tätig werden.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Vgl. Sozialgericht Berlin, Beschluss vom 08.07.2014, Az.: S 212 SO 1647/14 ER.

<sup>2</sup> Petition 50389 vom 03.03.2014, [https://epetitionen.bundestag.de/content/petitionen/\\_2014/\\_03/\\_03/Petition\\_50389.html](https://epetitionen.bundestag.de/content/petitionen/_2014/_03/_03/Petition_50389.html) (Stand: 23.07.2014).

<sup>3</sup> Heribert Prantl, Verfassungsklage auf ein würdiges Altern, Süddeutsche.de, 24.04.2014, <http://sz.de/1.1942750> (Stand: 30.04.2014).

### Die schwarz-rote „Pflege-Verschleppungspolitik“

Zwar hatte bereits die schwarz-gelbe Bundesregierung im Oktober 2012 mit dem Pflege-Neuausrichtungsgesetz (PNG) den Weg für eine stärkere Förderung von demenziell Erkrankten eingeschlagen. Eine grundlegende Reform des Pflegeversicherungsrechts blieb indes aus. Insbesondere blieb die Regierungskoalition eine Reform des Pflegebedürftigkeitsbegriffs schuldig.<sup>4</sup> Auch weiterhin richtet sich die Pflegebedürftigkeit in erster Linie nach der Möglichkeit der Verrichtung alltäglicher, zumeist körperlicher Tätigkeiten. Überdies wurde auf Drängen der FDP mit dem PNG der Einstieg in die private Pflege-Zusatzversicherung eingeschlagen (sog. „Pflege-Bahr“). CDU/CSU und SPD haben in ihrem Koalitionsvertrag 2013 indes vollmundig versprochen, „den neuen Pflegebedürftigkeitsbegriff auf der Grundlage der Empfehlungen des Expertenbeirates in dieser Legislaturperiode so schnell wie möglich einführen“ zu wollen.<sup>5</sup>

Bereits 2009 hatte der „Beirat zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs“ empfohlen, den Pflegebedürftigkeitsbegriff zu ändern und ein „neues Begutachtungsassessment“ einzuführen. Nach dessen Formulierungsvorschlag für § 14 SGB XI sollen Personen pflegebedürftig sein, „die nach näherer Bestimmung [...] Beeinträchtigungen der Selbständigkeit oder Fähigkeitsstörungen aufweisen und deshalb der Hilfe durch andere bedürfen“.<sup>6</sup> Zuletzt hatte sich der „Expertenbeirat“ 2013 für eine dahingehende Reform ausgesprochen und konkrete Vorschläge unterbreitet.<sup>7</sup> Bestandteil dieser Empfehlungen ist der Wechsel von den bislang bestehenden drei Pflegestufen zu fünf Pflegegraden, um die Leistungen differenzierter auf die unterschiedlichen Bedürfnisse abzustimmen. Statt diese Empfehlungen umfänglich umzusetzen, verkündete der Gesundheitsminister Hermann Gröhe hingegen, er habe „dem Spitzenverband der Pflegekassen [...] ‚grünes Licht‘ für den Start einer Erprobungsphase für die umfassende Umsetzung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs gegeben“.<sup>8</sup> Darin sieht die VdK-Präsidentin Ulrike Mascher eine „Pflege-Verschleppungspolitik“. Die Probleme sind somit zur Genüge analysiert.

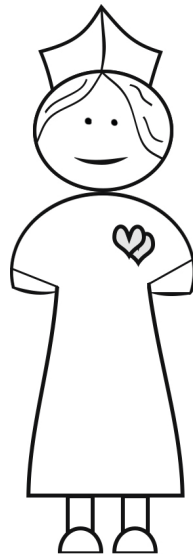
Es bedarf daher keiner Erprobung, sondern endlich einer Umsetzung. Das im Oktober 2014 vom Bundestag beschlossene 1. Pflegestärkungsgesetz (5. SGB XI-Änderungsgesetz) verspricht zwar eine teilweise – insbesondere finanzielle – Verbesserungen an einigen Stellen. Aber hier wurde die Reform des Pflegebedürftigkeitsbegriffs ausgeklammert und auf einen späteren Zeitpunkt verschoben.

### Die Zahl der Pflegebedürftigen nimmt weiter zu

Im Dezember 2011 waren 2,5 Millionen Menschen pflegebedürftig im Sinne des SGB XI; zwei Drittel von ihnen wurden – in der Regel allein durch Angehörige – zu Hause versorgt. Dabei ist die Anzahl der Pflegebedürftigen in den letzten Jahren stetig gestiegen. Von 1999 bis 2011 hat die Zahl der sowohl in Heimen vollstationär Versorgten, als auch der ambulant Versorgten um über 30 % zugenommen.<sup>9</sup> Menschen der geburtenstarken Jahrgänge werden immer älter. So verwundert es nicht, dass selbst beim Zugrundelegen von sinkenden Pflegequoten die Zahl der pflegebedürftigen Menschen steigen wird,<sup>10</sup> besonders wenn bei einer Reform des Pflegebedürftigkeitsbegriffs mehr Menschen darunter fallen als heute. Gleichzeitig vereinsamen immer mehr ältere Menschen; auch wird von heutigen Arbeitnehmer\*innen immer mehr Flexibilität verlangt. Fraglich ist, inwieweit zukünftig die Mehrheit der pflegebedürftigen Menschen von ihren Angehörigen gepflegt werden kann. Es ist damit zu rechnen, dass die Nachfrage nach professionellen Pflegekräften immer größer wird.

Während aber die Zahl der Pflegebedürftigen weiter steigt, fehlt es an einem entsprechend prognostizierten Anstieg der im Pflegebereich Erwerbstätigen. Ohne Zuwanderung von Arbeitskräften wird die demografische Entwicklung diese Diskrepanz noch erhöhen.<sup>11</sup> Aber schon heute ist die Situation der in der Pflegebranche Beschäftigten bedenklich. Zwar sind die in der Pflege Tätigen mit ihrer Arbeit überwiegend zufrieden, zeigen sich aber zugleich

unzufrieden mit ihrer Bezahlung und gaben an, dass sie ihre Arbeit als stressig empfinden.<sup>12</sup> Der durchschnittliche Bruttomonatslohn von gelernten Altenpfleger\*innen liegt bei 38 Wochenstunden bei 2.188 Euro; der von Altenpflegehelfer\*innen liegt mit 1.887 Euro noch deutlich darunter.<sup>13</sup> Hinzu kommt, dass sowohl in der ambulanten (70 %) als auch in der stationären (61 %) Pflege die Mehrheit der Pflegekräfte teilzeitbeschäftigt und weiblich (über 80 %) ist.<sup>14</sup> Mit 23,4 % (Altenpfleger\*innen) bzw. 32 % (Altenpflegehelfer\*innen) ist der Anteil der Befristungen in der Altenpflege im Vergleich zu anderen Pflegeberufen zudem deutlich höher.<sup>15</sup> Somit stellt sich die teils prekäre Beschäftigungssituation in der (Alten-)Pflegebranche auch als ein geschlechterpolitisches Problem dar. Hinzu tritt ein weiteres Phänomen: der sogenannte „Graue Pflegemarkt“. Gerade im Bereich der häuslichen Pflege können oder wollen sich Angehörige nicht rund um die Uhr um ihre pflegebedürftigen Verwandten kümmern. In diesen Fällen wird meist aus finanziellen Gründen auf die „billigere“ Arbeitskraft von überwiegend ausländischen, insbesondere osteuropäischen Frauen zurückgegriffen.



Dabei bewegen sich die Beteiligten häufig im Bereich der Illegalität, da es sich in den meisten Fällen schlicht um Schwarzarbeit handelt. Auch wenn seit 2011 bzw. 2014 die Arbeitnehmer\*innenfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit für nahezu alle osteuropäischen EU-Mitglieder gilt, bleiben arbeits-, sozial- und steuerrechtliche Probleme, wie etwa solche einer Scheinselbständigkeit.<sup>16</sup> Es besteht in zweierlei Hinsicht ein Dilemma: Pflegebedürftige bzw. ihre Angehörigen sind auf solche Arbeitskräfte angewiesen und begeben sich damit auf den Weg der Hinterziehung von Steuern und Sozialabgaben. Die Beschäftigten hingegen „verzichten“ mangels regulären Arbeitsverhältnisses auf ihre Arbeitnehmer\*innenrechte.

### Pflegekräfte arbeiten unter hohem Zeitdruck

Dass die Arbeit als überwiegend stressig empfunden wird, kommt nicht von ungefähr. Ob in Pflegeheimen oder im ambulanten Pflegedienst sehen sich die Mitarbeiter\*innen teils strengen Zeitvorgaben für die Verrichtung ihrer Tätigkeiten ausgesetzt.<sup>17</sup>

Die Vergütung in der ambulanten Pflege – von der zusätzlichen Vergütung aus der Krankenversicherung und der Sozialhilfe abgesehen – richtet sich in erster Linie nach § 89 SGB XI. Danach muss die Vergütung leistungsgerecht sein und dem Pflegedienst bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen, seine Aufwendungen zu finanzieren und seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen. Aus diesem Grund werden zwischen den Trägern der Pflegedienste und den Pflegekassen Vergütungsvereinbarungen getroffen. In der Regel werden hierzu bestimmte Leistungen in sogenannten Leistungskomplexen zusammengefasst. So gehört etwa zur „Großen Morgentoilette“ das Entkleiden, Duschen, Haarewaschen, die Hautpflege, Rasur, Mundpflege, das Anlegen von Körperersatzstücken und das Ankleiden. Für diesen Leistungskomplex zahlt die Pflegeversicherung mit regionalen Unterschieden in der Regel nicht mehr als 20 Euro. Nach dieser pauschalen Berechnung kommt es also mithin nicht darauf an, wie viel Zeit die Tätigkeit tatsächlich in Anspruch genommen hat. Kommt jetzt auch noch die Gewinnerzielungsabsicht von privaten Pflegediensten hinzu, so lässt sich ausmalen, dass dies zusätzlich den Zeitdruck erhöht oder auf Kosten der Entlohnung von Pflegekräften geht. In beiden Fällen sind die Pflegekräfte die Leidtragenden. Sehen sich diese dann auch noch der Parkplatzsuche oder einem Stau ausgesetzt, wächst der Druck umso mehr. Mit dem PNG wurde indes in § 89 Abs. 3 SGB XI die Möglichkeit geschaffen, die Vergütung auch nach Zeitaufwand zu bemessen.

In der Praxis ist die Bemessung nach Leistungskomplexen aber weiterhin vorherrschend, da es an einer entsprechenden Vergütungsvereinbarung nach Zeitaufwand zwischen Trägern der Pflegedienste und den Pflegekassen bislang mangelt. Aber auch in den Pflegeheimen sehen sich Pflegekräfte einem Betreuungsschlüssel ausgesetzt, der es ihnen nicht ermöglicht, sich die eigentlich nötige Zeit für die Pflegebedürftigen zu nehmen. Da werden dann mal statt einer vollständigen Waschung kurzerhand Tricks angewendet, damit eine Person sauber und gepflegt wirkt.<sup>18</sup> Insbesondere für das persönliche Gespräch bleibt da keine Zeit. Passieren dann auch noch unvorhergesehene Ereignisse, kann dies den ohnehin straffen Zeitplan völlig aus dem Takt bringen.<sup>19</sup> Die Folge ist allzu oft Unzufriedenheit und Stress.

### Pflichtdienste sind keine Lösung

Neben diesem ständigen Zeitdruck werden die Arbeitsbedingungen zusätzlich durch einen hohen Anteil von Schicht-, Nacht- und

Wochenendarbeit erschwert.<sup>20</sup> Unter diesen Bedingungen wird den Pflegekräften schon einiges abverlangt. Schon früher wurde daher in regelmäßigen Abständen die Einführung eines sozialen Pflichtjahres sowohl für Männer als auch für Frauen gefordert. Mit der Aussetzung der Wehrpflicht und damit auch dem Wegfall des Zivildienstes sind auch noch die letzten „billigen“ Arbeitskräfte weggefallen.

Da war es absehbar, dass von etlichen Seiten die Forderung nach einem Pflichtdienst wieder aufgefrischt wird.<sup>21</sup> Dabei wäre die Einführung eines Pflichtdienstes nicht nur aus politischen und wirtschaftlichen Gründen fragwürdig, sondern zudem mit dem Verfassungs- und Völkerrecht nicht zu vereinbaren. Einerseits würde ein Pflichtdienst das Lohndumping unter den Pflegekräften – insbesondere unter den Pflegehelfer\*innen – nur noch verstärken, da sowohl Pflegedienste als auch Heime versucht sein könnten, sowieso schon schlecht bezahlte Tätigkeiten gegen noch günstigere Pflichtdienst-

<sup>4</sup> Siehe aber die Anträge der Opposition, Bundestagsdrucksachen 17/2480, 17/9393, 17/9566.

<sup>5</sup> Deutschlands Zukunft gestalten. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, 2013, 59.

<sup>6</sup> Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Bericht des Beirats zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs, 2009, 70 ff., 85 ff.

<sup>7</sup> Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Bericht des Expertenbeirats zur konkreten Ausgestaltung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs, 2013, 20 ff.

<sup>8</sup> Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Pressemitteilung Nr. 21 vom 08.04.2014.

<sup>9</sup> Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Pflegestatistik 2011, Pflege im Rahmen der Pflegeversicherung Deutschlandergebnisse, 2013, 7 ff.

<sup>10</sup> Vgl. Statistische Ämter des Bundes und der Länder (Hrsg.), Demografischer Wandel in Deutschland, Heft 2: Auswirkungen auf Krankenhausbehandlungen und Pflegebedürftige im Bund und in den Ländern, 2010, 26 ff.

<sup>11</sup> Vgl. Anja Afentakis / Tobias Maier, Projektionen des Personalbedarfs und -angebots in Pflegeberufen bis 2025, in: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Wirtschaft und Statistik, 2010, 990 ff.

<sup>12</sup> Reinhard Bispinck / Heiner Dribbusch / Fikret Öz / Evelyn Stoll, Projekt Lohnspiegel.de, Arbeitspapier 21/2013: Einkommens- und Arbeitsbedingungen in Pflegeberufen, 2013, 24 ff.

<sup>13</sup> Ebenda, 6.

<sup>14</sup> Statistisches Bundesamt (Fn. 9), 10 ff., 16 ff.

<sup>15</sup> Bispinck u.a. (Fn. 12), 19 f.

<sup>16</sup> Vgl. Anne Körner, Pflegekräfte aus Osteuropa – Licht ins Dunkel der Schwarzarbeit?, Neue Zeitschrift für Sozialrecht, 2011, 370-374.

<sup>17</sup> Vgl. Friederike Lübke, Pflegedienst: Vier Minuten für Heinz, ZEIT Campus Beileger, 01/2014, <http://www.zeit.de/campus/2014/01/pflegedienst-durchgetaktet> (Stand: 13.05.2014).

<sup>18</sup> Vgl. Heinisch 2008, 36.

<sup>19</sup> Vgl. Bundeskonferenz der Pflegeorganisationen (Hrsg.), Brennpunkt Pflege, Zur Situation der beruflichen Pflege in Deutschland, 2005, 7 ff.

<sup>20</sup> Anja Afentakis / Karin Böhm, Gesundheitsberichterstattung des Bundes, Heft 46: Beschäftigte im Gesundheitswesen, 2009, 29 f.

<sup>21</sup> So z.B. vom Deutschen Städte- und Gemeindebund; Dietmar Neuerer, Wehrreform: Kommunen fordern zivilen Pflichtdienst, handelsblatt.com, 24.08.2010, <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/wehrreform-kommunen-fordern-zivilen-pflichtdienst-seite-all/3522462-all.html> (Stand: 13.05.2014).

leistende auszutauschen; ganz abgesehen davon, dass ein Pflichtdienst auch volkswirtschaftlich unsinnig wäre und einer Dequalifizierung sozialer bzw. pflegerischer Dienste gleichkäme.<sup>22</sup>

Aber auch aus rechtlicher Sicht wäre ein Pflichtdienst weder mit dem Zwangsarbeitsverbot des Art. 12 Abs. 2 Grundgesetz (GG) noch mit Art. 4 Abs. 2 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und Art. 8 Abs. 3 Buchst. a Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vereinbar. Mit dem Zwangsarbeitsverbot des Art. 12 Abs. 2 GG sollte gerade vor dem Hintergrund des nationalsozialistischen Reichsarbeitsdienstes die Herabwürdigung der menschlichen Persönlichkeit ausgeschlossen werden.<sup>23</sup> Möglich bleiben sollten einzig schon damals herkömmliche Dienstleistungspflichten, wie die Feuerwehrdienstpflicht, nicht dagegen ein allgemeiner sozialer Pflichtdienst. Selbst wenn die verfassungsrechtlichen Hürden beseitigt würden, würde sich Deutschland mit der Einführung eines sozialen Pflichtdienstes völkerrechtswidrig verhalten.<sup>24</sup>

Vielmehr scheint der Ausbau von Freiwilligendiensten aus demokratischer Sicht der richtige Weg, solange nicht die Arbeitskraft der Freiwilligen, sondern der Erfahrungsgewinn im sozialen Umgang mit pflegebedürftigen Menschen im Vordergrund steht, zumal die Nachfrage nach Freiwilligendienstplätzen ungebrochen ist. Der Pflegegenotstand kann jedenfalls weder durch Pflicht- noch durch Freiwilligendienste bekämpft werden.

#### Pflegebedürftige sind oftmals die Leidtragenden

Ist der Zeitdruck hoch, die Personaldecke hingegen gering, dann ist eine adäquate Versorgung der Pflegebedürftigen nicht gewährleistet. Kann es da noch verwundern, dass die Versuchung groß ist, sich die Arbeit auf jede nur erdenkliche Art zu erleichtern? Allzu häufig gehen solche „Arbeits erleichterungen“ zu Lasten der Pflegebedürftigen. Da werden schwierige Heimbewohner\*innen gerne mit Psychopharmaka ruhiggestellt, statt Toilettengänge zu machen, gleich Windeln angelegt oder „zu mobile“ Personen der Einfachheit halber fixiert.<sup>25</sup> So kam auch eine 2006 vom Deutschen Institut für Menschenrechte durchgeführte Studie zu dem Ergebnis, dass „eine flächendeckende menschenwürdige Grundversorgung von Pflegebedürftigen nicht gewährleistet“ sei.<sup>26</sup> Keineswegs

liegt die Verantwortung für diese Missstände einzig bei den jeweiligen Pflegekräften. Vielmehr sind es Symptome eines Systems, das mit Lohndumping und der Furcht vor dem Arbeitsplatzverlust spielt. Wollen Pflegekräfte diese Situation hingegen öffentlich machen, droht ihnen die Kündigung, wie im Fall von Brigitte Heinisch. Heinisch war als Altenpflegerin in einem Pflegeheim des Berliner Unternehmens Vivantes, dessen alleiniger Anteilseigner das Land Berlin ist, angestellt. Sie wollte nicht länger dabei zusehen, wie Bewohner\*innen aufgrund fehlenden Personals bis nachmittags in ihrem Kot und Urin

liegen müssen, gleichzeitig aber in die Pflegedokumentation Leistungen eingetragen werden sollten, die nie erbracht wurden. Sie sah darin eine Täuschung gegenüber dem Leistungsträger, da eine ausreichende Versorgung suggeriert werde, die aber tatsächlich nicht gegeben war.

Da ihr Arbeitgeber trotz Überlastungsanzeige (§ 16 Arbeitsschutzgesetz) und anwaltlichen Schreiben zu keiner Abhilfe bereit war, hat Heinisch Strafanzeige wegen Betruges und Nötigung erstattet und wurde daraufhin letztlich gekündigt. Diese Kündigung wurde selbst vom Bundesarbeitsgericht (BAG) bestätigt.<sup>27</sup> Die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen. Erst der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) sah hierin einen Verstoß gegen die Freiheit der Meinungsäußerung aus Art. 10 EMRK und hat Deutschland dementsprechend verurteilt und gleichsam die Rechte von Whistleblower gestärkt.<sup>28</sup>

#### Erfolg einer Verfassungsbeschwerde ungewiss

Nach alledem besteht unstreitig dringender Reformbedarf im Bereich der Pflege. Ob aber die vom Sozialverband VdK angesprochene Verfassungsbeschwerde eine Möglichkeit ist, diese Reform zu erzwingen, ist aus rechtlicher Sicht ein ungewisses Unterfangen. Es wird nicht wie üblich die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes geltend gemacht, sondern der Umstand, dass die gesetzlichen Regelungen nicht ausreichen

und der Gesetzgeber aus verfassungsrechtlichen Gründen verpflichtet sein soll, diesen Umstand zu beseitigen. Da Popularklagen jedenfalls vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) unzulässig sind, wird die Annullierung des Sozialverbandes VdK dahingehend verstanden werden müssen, dass entsprechende „Musterklagen“ von (potentiell) betroffenen Personen unterstützt werden sollen. Erforderlich wäre aber ein entsprechendes Leistungsrecht jeder bzw. jedes Einzelnen, das sich unmittelbar aus den Grundrechten ergeben müsste.

Nach traditionellem Grundrechtsverständnis sind Grundrechte hingegen Abwehrrechte gegenüber dem Staat, die einen verfassungsmäßig garantierten Freiraum vor staatlichen

Eingriffen gewährleisten sollen. Gleichwohl ist anerkannt, dass sich aus Grundrechten auch staatliche Schutzpflichten und Teilhaberechte ergeben können.<sup>29</sup> Dies gilt in besonderem Maße für die Menschenwürde aus Art. 1 GG und das Recht auf körperlicher Unversehrtheit aus Art. 2 GG. Die Bejahung von Schutzpflichten muss aber nicht zwangsläufig bedeuten, dass Einzelne auch ein Tätigwerden des Gesetzgebers vor dem BVerfG einklagen können. Insbesondere hat der Gesetzgeber bei der Erfüllung von Schutzpflichten einen weiten Gestaltungsspielraum. Insoweit hat das BVerfG bereits entschieden,







Foto: Tatjana Seitz / CC-Lizenz: by-sa

dass kein Gleichheitsverstoß darin zu sehen ist, wenn der Pflegebedürftigkeitsbegriff demenzielle Fähigkeitsstörungen nicht bzw. nur unzureichend erfasse.<sup>30</sup> Aber auch ein Vorgehen gegen die skizzierten Missstände im Wege einer Verfassungsbeschwerde erscheint zweifelhaft. Zwar kommt auch nach der Rechtsprechung des BVerfG ein gesetzgeberisches Unterlassen als Beschwerdegegenstand in Betracht, doch vermögen auch nach dieser Rechtsprechung gesetzgeberische (Schutz-)Pflichten nur in begrenzten Ausnahmen subjektiv einklagbare Rechte zu begründen, insbesondere nur dann, wenn eine Maßnahme *evident* unzureichend ist.<sup>31</sup> Ein solcher Nachweis dürfte nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereiten. Sollen dann auch noch ganz bestimmte Maßnahmen erreicht werden, müssten sich die Schutzpflichten derart konkretisieren, dass keine andere Lösung denkbar wäre, was nur schwer vorstellbar ist.

#### Politischer Wille ist erforderlich

Für ein einklagbares Recht auf menschenwürdige Pflege hat sich jedoch jüngst Susanne Moritz ausgesprochen und damit große Beachtung, aber auch ebenso große Kritik gefunden. So wird insbesondere der Vorwurf erhoben, dass es schon an einer Untätigkeit des Gesetzgebers fehle und folglich auch keine Schutzpflichten verletzt seien.<sup>32</sup>

Es ist klar, dass Verfassungsbeschwerden sehr langwierige Angelegenheiten sein können. Das Vorhaben des Sozialverbandes VdK sollte daher nicht überbewertet werden. Vielmehr ist endlich der politische Wille erforderlich, das Pflegesystem grundlegend zu überdenken. Es ist mit Blick auf die Gewaltenteilung ohnehin schon bedenklich, dass immer häufiger Karlsruhe den Takt vorgibt. Es ließe sich bereits die grundsätzliche Frage stellen, ob die Pflegeversicherung nicht schon selbst Teil des Problems ist. Inwiefern kann überhaupt ein beitragsfinanziertes System eine menschenwürdige Pflege gewährleisten?

Wäre nicht unter Umständen ein steuerfinanziertes Modell das bessere? Auch ist fraglich, inwiefern eine Trennung zwischen Pflege- und Krankenversicherung zweckmäßig ist. So oder so muss die Würde der Pflegebedürftigen wieder in den Mittelpunkt der Debatte rücken. Es darf nicht sein, dass Menschen vor sich hin vegetieren müssen und Pflege lediglich einen technischen Vorgang darstellt. Dies bedarf aber eines kostendeckenden Systems, das auch Zeit für persönliche Gespräche und Zuwendung abdeckt. Dies muss auch mit einer deutlichen Attraktivitätssteigerung des Pflegeberufs einhergehen. Bleibt die Pflege indessen eine schlecht bezahlte und zermürbende Tätigkeit, kann der Pflegenotstand auch weiterhin nur beklagt anstatt behoben werden.

**Marco Penz studiert Jura in Bonn; er hat Zivildienst in einem Altenpflegeheim geleistet und 2009 eine Petition mit dem Thema „Wehrpflicht aussetzen, Freiwilligendienste fördern“ beim Bundestag eingereicht.**

Weiterführende Literatur:

**Susanne Moritz**, Staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen, 2013.

**Brigitte Heinisch**, Satt und sauber?, Eine Altenpflegerin kämpft gegen den Pflegenotstand, 2008.

**Carl Fussek / Sven Loerzer**, Alt und abgeschoben, Der Pflegenotstand und die Würde des Menschen, 2005.

<sup>22</sup> Vgl. Karin Beher u.a., Zivildienst und Arbeitsmarkt, 2002, 233.

<sup>23</sup> BVerfG, Beschluss vom 13.01.1987, Az.: 2 BvR 209/84, BVerfGE 74, 102 ff. (116).

<sup>24</sup> Vgl. Peter Dreist, Darf eine allgemeine Dienstpflicht die Wehrpflicht ersetzen?, Unterrichtsblätter für die Bundeswehrverwaltung, 2003, 441-447.

<sup>25</sup> Dazu Fussek / Loerzer 2005, 62 ff., 96 ff.

<sup>26</sup> Valentin Aichele / Jakob Schneider, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, 2. Aufl., 2006, 38.

<sup>27</sup> BAG, Beschluss vom 06.06.2007, Az.: 4 AZN 487/06; zuvor Landesarbeitsgericht Berlin, Urteil vom 28.03.2006, Az.: 7 Sa 1884/05.

<sup>28</sup> EGMR, Urteil vom 21.07.2011, Az.: 28274/08 (Heinisch/Deutschland); vgl. auch Dieter Deiseroth, Stärkung von Zivilcourage zur Verbesserung der Qualität der stationären Pflege, Zeitschrift für Rechtspolitik, 2007, 25-28 (27 f.).

<sup>29</sup> Vgl. dazu Konrad Hesse, in: Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans-Jochen Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1995, § 5 Randnummer (Rn.) 28 ff.

<sup>30</sup> BVerfG, Beschluss vom 22.05.2003, Az.: 1 BvR 1077/00.

<sup>31</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 14.01.1981, Az.: 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54 ff. (81); Klaus Schlaich / Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl., 2012, Rn. 229.

<sup>32</sup> Edna Rasch, Zuviel des Guten – zur Bedeutung grundrechtlicher Schutzpflichten im politischen Diskurs, Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, 2014, 145-149 (147 f.).