

Auch wenn diese Arbeit thematisch Berührungspunkte mit der Diskussion um die Privatisierung von Staatsaufgaben aufweist, sollen in ihr nicht die Fragen nach der Privatisierungsfähigkeit oder dem Sinn und Zweck einer Aufgabenübertragung auf Private in der stationären Langzeitpflege aufgeworfen werden. Die vorliegende Untersuchung analysiert zwar eine Konstellation, in der der Staat den privaten Sektor zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben heranzieht. Ob der Staat die betreffende Aufgabe vormals aber selbst ausgeführt hat, ob es also zu einer Privatisierung im Sinne eines „outsourcing“ gekommen ist, ist für die hier beleuchteten Fragestellungen nicht von Bedeutung, weil diese rechtsvergleichende Untersuchung nicht als Entwicklungs- oder Tendenzvergleich⁶⁶ angelegt ist. Weil sich die aufgeworfenen Fragen andererseits aber mit einem Teilaspekt der Aufgabenprivatisierung, nämlich dem des „Privatisierungsfolgenrechts“⁶⁷, überschneiden, soll in der Grundlegung der Arbeit kurz auch der Zusammenhang zur Privatisierungsdiskussion hergestellt werden.

D. Methodik der Rechtsvergleichung und Auswahl der Vergleichsländer

I. Ziel und Gegenstand der Rechtsvergleichung

Die Arbeit verfolgt einen rechtsvergleichenden Ansatz. Dies nicht, weil der Autor das strenge Urteil von *Jhering* teilen würde, wonach die „zur Landesjurisprudenz degradiert[e]“⁶⁸ Rechtswissenschaft eine „demütigende, unwürdige Form für eine Wissenschaft“⁶⁹ sei, sondern weil er bezogen auf die vergleichende Jurisprudenz darin mit ihm übereinstimmt, daß „ihr Blick ein weiterer, ihr Urteil ein reiferes“⁷⁰ sind. Als Ziele⁷¹ der Rechtsvergleichung werden – wengleich in unterschiedlicher Rangfolge⁷² – Erkenntnisgewinn⁷³, also das bessere „Erfassen, Verstehen und Bewerten von Recht“⁷⁴,

66 Vgl. *Zacher*, Vorfragen, S. 31.

67 S. hierzu unten, S. 62.

68 *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Teil 1, S. 15.

69 *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Teil 1, S. 15; ähnlich *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 13: „Keine Wissenschaft kann es sich leisten, sich allein auf Erkenntnisse zu stützen, die innerhalb ihrer nationalen Grenzen produziert worden sind.“

70 *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Teil 1, S. 15.

71 Ausführlich zu den Funktionen speziell der funktionalen Methode der Rechtsvergleichung *Michaels*, *The Functional Method of Comparative Law*, S. 363 ff.; zur Kritik an der Frage nach den Zielen der Rechtsvergleichung im Bezug auf deren praktische Anwendungsmöglichkeiten vgl. *Sacco*, Rechtsvergleichung, S. 13 ff.

72 Zur „Gewichtung“ der Ziele vgl. *Graser*, Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit, S. 110 f.

73 Statt vieler *Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, S. 90; *Constantinesco*, Rechtsvergleichung, Bd. II, S. 334 f.; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 13. *Eichenhofer*, Sozialrechtsvergleichung, NZS 1997, S. 97; *Michaels*, *The Functional Method of Comparative Law*, S. 364 ff.; zur Interdependenz zwischen Rechtsvergleichung und Erkenntnisgewinn s. *Sacco*, Rechtsvergleichung, S. 21: „Die Vergleichung folgt der Kenntnis der Modelle. [...] Aber die vergleichen-

sowie die Anreicherung des „Vorrates an Lösungen“⁷⁵ für die rechtliche Bewältigung von Konflikten genannt. Beide Ziele hat – wie dargelegt – auch diese Arbeit. Denn obgleich sich das eingangs beschriebene Herausarbeiten und Analysieren eines Fundus an Steuerungsinstrumenten vordergründig allein auf die Anreicherung des Lösungsvorrates zu beziehen scheint, ist doch die dafür erforderliche systematisierende Untersuchung umgekehrt nicht ohne ein Erfassen und Verstehen des eigenen wie des fremden Rechts denkbar.⁷⁶

Gegenstand der Rechtsvergleichung ist der Vergleich gegenwärtig geltender nationaler⁷⁷ oder inter- und supranationaler⁷⁸ Rechte. Anders als der Makrovergleich, der sich mit den Rechtskreisen oder Rechtssystemen im Ganzen befaßt und sich deren wesentlichen Stilmerkmalen wie der geschichtlichen Entwicklung, der kennzeichnenden juristischen Denkweise, den Rechtsquellen, Interpretationsmethoden und Verfahrensweisen im Umgang mit dem Rechtsstoff sowie den Verfahren der Schlichtung und Entscheidung von Streitigkeiten widmet,⁷⁹ beschäftigt sich der Mikrovergleich mit einzelnen Rechtsinstituten oder Rechtsproblematiken, somit mit den Regeln, nach denen bestimmte Sachprobleme oder Interessenskonflikte in den zu vergleichenden Rechtsordnungen gelöst werden.⁸⁰

Die vorliegende Arbeit unterfällt demnach der Kategorie des Mikrovergleichs, weil sie Normen und Normkomplexe der deutschen und der englischen Rechtsordnung in Bezug auf das spezifische Sachproblem der staatlichen Verantwortung für die Erbringung stationärer Pflegesozialleistungen vergleicht. Daß dieses Sachproblem weit gefaßt ist, steht der getroffenen Einordnung nicht entgegen. Denn einerseits muß das genannte Sachproblem, um für den Vergleich handhabbar zu sein, ohnehin auf konkretere Einzelprobleme zurückgeführt werden. Und zum anderen sind die Grenzen zwischen Mikro-

den [...] Wissenschaften wissen [...], daß die Kenntnis der Modelle gerade durch die Vergleichung wächst.“

74 Zacher, Vorfragen, S. 22.

75 Vgl. Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, S. 14 und Rheinstein, Rechtsvergleichung, S. 26; vgl. auch – speziell zum Rechtsvergleich mit dem Gegenstand von Pflegebedürftigkeit und Behinderung im Recht der sozialen Sicherheit – Igl, Pflegebedürftigkeit, ZIAS 2003, S. 336 ff.

76 Zum Konnex zwischen der besseren Erkenntnis und der Anreicherung des Lösungsvorrates vgl. auch Zacher, Vorfragen, S. 22 f. sowie Graser, Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit, S. 111.

77 Auf nationale Rechtsordnungen beschränkt etwa Eichenhofer, Sozialrechtsvergleichung, NZS 1997, S. 97 f.

78 Allgemein zum Einbezug supra- oder internationalen Rechts in die Rechtsvergleichung vgl. etwa Zacher [Hrsg.], Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts. Dieser Einbezug kann nicht nur im Wege eines „vertikalen“, sondern auch im Rahmen eines „horizontalen“ Rechtsvergleichs erfolgen, vgl. Zacher, Horizontaler und vertikaler Sozialrechtsvergleich, S. 21, 26; zur beim Einbezug inter- und supranationalen Rechts in einen Vergleich bestehenden Gefahr der Verwechslung mit einer Überprüfen („testing“) der nationalen Rechtsordnung vor diesem Hintergrund vgl. Pieters, S. 727.

79 Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, S. 4, Ebert, Rechtsvergleichung, S. 23; vgl. auch Rheinstein, Rechtsvergleichung, S. 33; Eichenhofer, Sozialrechtsvergleichung, NZS 1997, S. 100; Zacher, Vorfragen, S. 26; Constantinesco, Rechtsvergleichung, Bd. II, S. 259.

80 Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, S. 4.

und Makrovergleichung keineswegs so strikt,⁸¹ wie es die Begriffe suggerieren: auch die Mikrovergleichung darf die Untersuchung konkreter Details eines Rechtssystems nicht als isolierte Gegebenheiten verstehen, sondern muß diese als Teil des jeweiligen Rechtssystems und vor dem jeweiligen nationalen rechtsdogmatischen Hintergrund⁸² betrachten. Ihre Bedeutung kann somit erst im Zusammenhang mit dem allgemeinen institutionellen Ambiente der ausländischen Rechtsordnung und den jeweiligen sozio-kulturellen Gegebenheiten erfasst werden.⁸³

II. Methodik der Rechtsvergleichung

Da die Rechtsvergleichung über die bloße, unverbundene Nebeneinanderstellung verschiedener Rechtsordnungen hinausgeht,⁸⁴ die für sich genommen noch keinen Erkenntnisgewinn bringt, bedarf sie zur Erreichung der mit ihr bezweckten Ziele einer spezifischen Methodik. Grundvoraussetzung für einen Erkenntnisgewinn ist die Vergleichbarkeit der zu vergleichenden Elemente.⁸⁵ Im Zentrum der Methodik des Rechtsvergleichs steht damit die Suche nach einem geeigneten *tertium comparationis*, also einer gemeinsamen, universalen Grundlage aller in die Vergleichung einzubeziehenden Rechtsnormen.⁸⁶ Dies führt zur Frage nach den Kriterien, die das im Mittelpunkt des Mikrorechtsvergleichs stehende gemeinsame Sachproblem erfüllen muß, damit es eine geeignete Vergleichsgrundlage bildet. Einigkeit herrscht darüber, daß das *tertium comparationis* so gestaltet sein muß, daß der vergleichende Blick nicht durch eine aus der eigenen Sprache und der Dogmatik und Systematik der eigenen Rechtsordnung resultierende Voreingenommenheit verstellt wird.⁸⁷ Hinsichtlich der Anforderungen an die Formulierung der Vergleichsgrundlage werden verschiedene Ansätze vorgeschlagen: es

81 So auch *Rheinstein*, Rechtsvergleichung, S. 31; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 5.

82 Zur aus der Rechtsbezügigkeit folgenden nationalen Prägung der Rechtsdogmatik s. *Becker*, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, S. 13.

83 *Rheinstein*, Rechtsvergleichung, S. 32; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 5; *Michaels*, The Functional Method of Comparative Law, S. 362, 365; vgl. auch *Graser*, Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit, S. 112.

84 So bereits *Zitelmann*, Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung, DJZ 1900, S. 329; die Rechtsvergleichung geht insbesondere auch über die Auslandsrechtskunde hinaus, vgl. *Maydell*, Die internationale Dimension des Sozialrechts, ZIAS 1987, S. 15 f.

85 *Salomon*, Grundlegung zur Rechtsphilosophie, S. 33: „Die Einheitlichkeit des Problems ist es, die deren Vergleichbarkeit gewährleistet. Rechtsvergleichung ist Vergleichung der Lösung eines einheitlichen Problems.“ Vgl. allgemein zur Frage nach der Vergleichbarkeit statt vieler etwa *Constantinesco*, Rechtsvergleichung, Bd. II, S. 68 ff.

86 *Ebert*, Rechtsvergleichung, S. 26; *Michaels*, The Functional Method of Comparative Law, S. 367 ff.

87 Vgl. statt vieler etwa *Großfeld*, Kernfragen, S. 106 ff.; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 33 f.; *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 13; *Sommermann*, DÖV 1999, S. 1018; *Zimmermann*, RabelsZ 65 (2001), S. 36; speziell zum Problem der Sprache bei der Rechtsvergleichung vgl. *Sacco*, Rechtsvergleichung, S. 33 ff., *Großfeld*, Macht und Ohnmacht, S. 179 ff., sowie – bezogen auf die Vergleichung öffentlichen Rechts – *Trantas*, Rechtsvergleichung, S. 77 ff.

wird gefordert, der Bezugspunkt für den Rechtsvergleich müsse „vorrechtlich“⁸⁸, „exogen“⁸⁹ oder „rein funktional gestellt“⁹⁰ sein. Diese Ansichten unterscheiden sich zwar darin, daß sie unterschiedliche Dinge betonen. Im Kern der Aussage widersprechen sie sich aber nicht. Die Forderung nach einer „exogenen“ Problemformulierung hebt hervor, daß ein außerhalb der Vergleichsrechtsordnungen liegender Blickwinkel eingenommen werden muß. Darunter ist eine Fragestellung zu verstehen, die von den konkreten Rechtsordnungen oder einer bestimmten Rechtssprache losgelöst formuliert ist. Diese strikte Position wird dann aber dahingehend aufgegeben, als zur Problemformulierung auch eine nicht in den Vergleich involvierte supra- oder internationale Rechtsordnung mit ihren Begrifflichkeiten herangezogen werden kann.⁹¹ Gleiches muß aber für die „vorrechtliche“ Problemformulierung gelten: bei dieser kommt es zwar vor allem darauf an, die Fragestellungen von juristischen Begrifflichkeiten zu entbinden, sie versteht darunter jedoch lediglich die „Formulierung eines vom positiven Recht der *vergleichenen* Rechtsordnungen ablösbaren, sachlich begrenzten Problems“⁹². Und schließlich bleibt auch der dem Funktionalitätsprinzip folgende Ansatz⁹³ nicht bei der – von ihm besonders betonten – Aussage stehen, daß „vergleichbar im Recht [...] nur [ist], was dieselbe Aufgabe, dieselbe Funktion erfüllt“⁹⁴, so daß das Sachproblem und nicht etwa dessen rechtliche Lösung die Vergleichsgrundlage bildet.⁹⁵ Als sogenannte „negative

88 Zacher, Vorfragen, S. 39, 41; Eichenhofer, Sozialrechtsvergleichung, NZS 1997, S. 99.

89 Pieters, Reflections, S. 725 ff.

90 Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, S. 33. Zum Funktionalitätsprinzip und zur funktionalen Rechtsvergleichung s. Esser, Grundsatz und Norm, S. 346 ff., 356 ff.; Ebert, Rechtsvergleichung, S. 26 ff.; Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, in: Zweigert/Puttfarcken [Hrsg.], Rechtsvergleichung, S. 88 f.; Rheinstein, Rechtsvergleichung, S. 25 ff. m.w.N.; Sommermann, DÖV 1999, S. 1023; Becker, Staat und autonome Träger im Sozialleistungsrecht, S. 33; ders., Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, S. 20; Michaels, The Functional Method of Comparative Law, S. 339 ff., 356 ff.

91 Pieters, Reflections, S. 726: „It was already stated that [...] exogenous means [...] detached from any concrete legal system [...] This statement now needs to be nuanced somewhat in order to leave open the possibility to compare the comparable (elements of) social security systems by defining the research object in terms of a higher or alternatively legal order. Starting from a (legal) system that is involved in the comparison is fundamentally wrong [...]. On the other hand, it is sometimes useful and sensible to compare [...] national social security law on the basis of a research object that is formulated in terms of a supranational or international legal instrument.“

92 Zacher, Vorfragen, S. 36 f.

93 Streng genommen ist zwischen verschiedenen Ausprägungen der funktionalen Methode der Rechtsvergleichung zu unterscheiden. S. hierzu ausführlich Michaels, The Functional Method of Comparative Law, S. 343 ff., der zwischen sieben unterschiedlichen *concepts of functionalisms* differenziert, derer sich die Rechtsvergleichung bedient.

94 Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, S. 33; vgl. auch Sommermann, S. 1023; Michaels, The Functional Method of Comparative Law, S. 356 ff., 363 spricht insoweit von „*equivalence functionalism*“ bzw. von „*functional equivalence*“.

95 Cappelletti, In Honor of John Merryman, S. 6: „The *tertium comparationis* for the legal comparativist is not the legal solution given to a problem of societal live. [...] What must be similar to provide the proper basis for valuable comparative research is only *the problem itself* that demands a solution in terms of law“; Michaels, The Functional Method of Comparative Law, S. 367: „in reality, as long as institutions are non-universal, only problems can play the role of a constant.“