

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.“

Seite des Funktionalitätsprinzips⁹⁶ stellt der funktionale Ansatz ebenfalls Anforderungen an die Formulierung der Ausgangsfrage und fordert, „das zu untersuchende Problem [müsse] frei von den Systembegriffen der eigene Rechtsordnung formuliert werden.“⁹⁷

An der funktionalen Methode wurde in jüngerer Zeit Kritik laut.⁹⁸ Die Frage nach der Funktionalität setze stillschweigend die rationale Erkennbarkeit der Welt sowie die rationale Gestaltung der Gesellschaftsordnungen voraus, berücksichtige aber nicht hinlänglich, daß die genannten Zielvorgaben oftmals bloße Rhetorik seien und die wahren Ziele mitunter nicht genannt oder gar verschleiert würden. Statt dessen würden die Ziele aus eigener nationaler Sicht bestimmt.⁹⁹ Des weiteren wird Kritik an der Textbezogenheit („*textism*“) der bisherigen Rechtsvergleichung geübt, die die Einbettung der positiven Normen in das nationale Umfeld zu sehr außer Acht lasse.¹⁰⁰ Erforderlich sei vielmehr ein Kulturvergleich.¹⁰¹

Der Kritik ist zuzugeben, daß der isolierte Blick ins geschriebene Recht einen unvollständigen und mitunter verfälschten Einblick in eine fremde Rechtsordnung ergeben kann. Dies widerspricht jedoch nicht der funktionalen Fragestellung als solcher, sondern erfordert sie geradezu. Nur so ist zu vermeiden, daß einzelne rechtliche Regelungen in isolierter Betrachtung zum Vergleichsmaßstab gemacht werden. Auch ein rein textbezogener Ansatz kann beachtliche Ergebnisse erzielen, wenn er sich von einem naiven Textverständnis löst und die Einzelvorschriften im begrifflichen, systematischen und dogmatischen Zusammenhang des jeweiligen Rechtssystems erörtert.¹⁰² Bei der Frage, welche Instrumentarien in einzelnen Rechtsordnungen die vergleichsgegenständliche Funktion erfüllen, erfordert die funktionale Methode zudem keineswegs eine Fixierung auf das geschriebene, „harte“ Recht. Sie ist offen für „alles, was das Rechtsleben der herangezogenen Ordnung gestaltet oder mitgestaltet“¹⁰³, also auch für das „gelebte, praktizierte Recht“ („*law in action*“)¹⁰⁴, das von der Rechtsprechung geschaffene „Richterrecht“¹⁰⁵ und alle Arten von „weichen Rechtselementen“ („*soft law*“), denen zwar keine rechtliche Verbindlichkeit im eigentlichen Sinne, faktisch aber doch eine

96 Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 80.

97 Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, S. 33.

98 Vgl. Großfeld, Neue Rechtsvergleichung, S. 211, nach dem es nicht mehr „*en vogue*“ sei, „funktionale Schneisen“ zu schlagen; vgl. auch ausführlich Michaels, The Functional Method of Comparative Law, S. 339 ff.

99 Großfeld, Neue Rechtsvergleichung, S. 211 f.

100 Vgl. Großfeld, Neue Rechtsvergleichung, S. 213, 215 ff.

101 Großfeld, Neue Rechtsvergleichung, S. 213.

102 Sommermann, Rechtsvergleichung, DÖV 1999, S. 1022.

103 Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, S. 34; Zacher, Vorfragen, S. 32, spricht in diesem Zusammenhang vom „materiellen“ Vergleich, der alle Rechtsquellen unter „Hintanstellung“ ihrer Natur einbezieht.

104 Zum Spannungsverhältnis zwischen dem „*law in the books*“ und dem „*law in action*“ vgl. Pieters, Reflections, S. 721 ff.; zur Notwendigkeit der Einbeziehung in den Rechtsvergleich s. Eichenhofer, Sozialrechtsvergleich, NZS 1997, S. 99.

105 Hierzu etwa Müller, Richterrecht, 1986.

ähnliche Bindungswirkung zukommt.¹⁰⁶ Hierfür ist die Einbeziehung kultureller Hintergründe unerlässlich.¹⁰⁷

Erkennt man darüber hinaus dem Recht (jedenfalls für entwickelte Gesellschaften) eine gewisse Steuerungsfähigkeit zu, so ist auch die Frage nach den mit dem Recht verfolgten Zielen keineswegs die von den Kritikern vorgebrachte „Crux“¹⁰⁸ der funktionalen Methode. Sicherlich liegen nicht alle Ziele eines Gesetzes stets auf der Hand, insbesondere nicht die mittelbar verfolgten Zwecke, und auch können Instrumente mit „latenten“, d.h. unbekannten und unerwünschten Effekten verbunden sein.¹⁰⁹ Es ist jedoch überzogen, dem Gesetzgeber pauschal eine Verschleierung seiner Ziele vorzuwerfen, zumal Normen oftmals nicht isoliert, sondern in ihrem Regelungskomplex zum Vergleich stehen, der das Erkennen des für die Vergleichung entscheidenden objektiven Gesetzeszwecks erleichtert. Die Tatsache, daß dies nicht frei vom gesellschaftlichen Kontext geschehen kann, verlangt Umsicht bei der Feststellung der jeweiligen Gesetzesfunktion, macht die Eruierung des Zwecks aber keineswegs unmöglich. Schließlich ist der Rückgriff auf den objektiven Gesetzeszweck kein allein von der Rechtsvergleichung herangezogenes Hilfsmittel. Bei der Rechtsanwendung findet er sich im anerkannten, klassischen Auslegungskanon als teleologische Interpretation von Rechtsnormen wieder,¹¹⁰ und auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip rekurriert auf den Gesetzeszweck.¹¹¹

Weil die funktionalistische Methode von der Zivilrechtsvergleichung entwickelt wurde,¹¹² stellt sich allerdings die Frage, ob das Vergleichen des öffentlichen Rechts allgemein und des Sozialrechts¹¹³ im besonderen speziellen Regeln folgen muß. Dies ist für die vorliegende Arbeit von besonderer Bedeutung, weil sich das zu vergleichenden staatliche Steuerungsinstrumentarium aus verschiedenen einzelnen Mechanismen zusammensetzt, die – erkennt man die Existenz von *public law* mit der überwiegend vertretenen Auffassung auch für die englische Rechtsordnung an¹¹⁴ – sowohl dem Privatrecht als auch dem öffentlichen Recht entstammen. Auch wenn das öffentliche Recht und insbesondere das Sozialrecht durch Eigenheiten gekennzeichnet sind, die vor allem

106 Vgl. etwa *Ehrliche*, „Soft law“ - Aspekte einer neuen Rechtsquelle, NJW 1989, S. 1907.

107 *Michaels*, The Functional Method of Comparative Law, S. 364.

108 *Großfeld*, Neue Rechtsvergleichung, S. 212.

109 Vgl. *Michaels*, The Functional Method of Comparative Law, S. 352 f., ff.

110 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 149 ff., 153 ff.

111 Das Verhältnismäßigkeitsprinzip (*proportionality test*) spielte im englischen Recht bislang eine im Vergleich zur deutschen Rechtsordnung begrenzte Rolle, gewinnt jedoch insbesondere seit der Einführung des Human Rights Acts 1998 zunehmend an Bedeutung. Ausführlich hierzu *Craig*, Administrative Law, S. 622 ff.

112 Zur zivilistischen Ausrichtung vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 33 ff. sowie *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 74 f.; dies bedeutet jedoch nicht, daß der Rechtsvergleich im Zivilrecht eine längere Tradition besitzen würde als im Privatrecht, vgl. hierzu *Becker*, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, S. 20.

113 Zum Rechtsvergleich im Sozialrecht aus jüngster Zeit etwa *Becker*, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, S. 20 ff.

114 Hierzu sowie zur in der englischen Rechtsordnung vorherrschenden Skepsis gegenüber einem Sonderrecht des Staates *Grienberger/Zingerle*, Kooperative Instrumente, S. 80 ff.

die Betrachtung des jeweiligen außerrechtlichen Kontextes erfordern,¹¹⁵ so dürfte die eine spezifisch öffentlich-rechtliche komparative Methode schon aus sachlich-logischen Gründen nicht in Betracht kommen,¹¹⁶ weil sich die Methodik grundsätzlich nach der Logik des Vergleichens und den zu beantwortenden Fragestellungen bestimmt, nicht aber nach dem Vergleichsgegenstand. Die funktionale Methode findet daher auch beim Vergleich von Sozialrecht oder sonstigem öffentlichen Recht Anwendung.¹¹⁷ Die nicht immer klar zu zeichnende Grenzlinie zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht sowie die vielfach bestehende Austauschbarkeit der Rechtsformen bestätigen dieses Ergebnis.¹¹⁸

Alle genannten methodischen Ansätze verlangen, die Vergleichsgrundlage frei von Rechtsbegriffen der verglichenen Rechtsordnungen zu formulieren. Diese – methodisch richtige – Forderung nach einer neutralen Formulierung läßt allerdings nicht den Schluß zu, daß von einem nationalen Vorverständnis geprägte Anknüpfungspunkte wie etwa eine bestimmte Institution, eine Handlungsform oder auch ein Text keine tauglichen Ausgangspunkte für einen Rechtsvergleich darstellen könnten.¹¹⁹ Häufig wird gerade erst die Beschäftigung mit einer konkreten, zunächst im nationalen Rechtskontext betrachteten Fragestellung das Interesse an einem Rechtsvergleich auslösen. Um so wichtiger ist es allerdings, das betreffende Sachproblem anschließend seines positivrechtlichen Kontextes zu entheben.¹²⁰

Da das Erkenntnisinteresse dieser Arbeit auf die Herausarbeitung verschiedener Wahrnehmungsmodalitäten der staatlichen Verantwortung, dabei insbesondere auf die Evaluierung einzelner Steuerungsinstrumente gerichtet ist, auf die der Staat gegenüber privaten Akteuren in der stationären Langzeitpflege zurückgreift, kann bei allem Bemühen um eine Abstraktion von den rechtlichen Rahmenbedingungen eine im strengen Sinne „vorrechtliche“ Formulierung des *tertium comparationis* schon deswegen nicht gelingen, weil etwa Begriffe wie „Staat“ und „Private“ nicht losgelöst von den jeweiligen staatsrechtlichen Konzepten beschrieben werden können.¹²¹ Anders als die vorgenannten methodischen Grundsätze es suggerieren, bleibt ein Vergleich damit aber trotz-

115 Vgl. *Trantas*, Rechtsvergleichung, S. 72 ff.; *Bernhardt*, ZaöRV 24 (1964), S. 432 ff.; zur Bedeutung der jeweiligen Sozialstrukturen für sozialrechtliche Normen vgl. *Maydell*, ZIAS 1987, S. 17. Allgemein zu den Besonderheiten, die das öffentliche Recht als Vergleichsgegenstand mit sich bringt, *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 85 ff.; *Trantas*, Rechtsvergleichung, S. 63 ff.; zu den Eigenarten des Sozialrechtsvergleichs vgl. etwa *Zacher*, Vorfragen, S. 27 ff.

116 *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 85; *Mössner*, Rechtsvergleichung, AöR 99 (1974), S. 223 ff., 242.

117 *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 85; *Constantinesco*, Rechtsvergleichung, Bd. II, S. 66 ff.; *Sommermann*, DÖV 1999, S. 1023; *Markesinis*, S. 44; für den Sozialrechtsvergleich vgl. *Pieters*, Reflections, S. 725 f.

118 Zu restriktiv daher *Bernhardt*, ZaöRV 24 (1964), S. 436, der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht nur als Institutionenvergleich für möglich erachtet.

119 *Becker*, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, S. 25.

120 So auch *Becker*, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, S. 26.

121 Vgl., bezogen auf „Staat“ und „Gesellschaft“, *Rupp*, HdbStR II, § 31 Rn. 2; zur Unterstellung des Vorhandenseins eines handlungsfähigen Staates im Rechtsvergleich s. auch *Becker*, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, S. 26 f.

dem möglich. Denn ungeachtet der Frage, ob das Postulat einer vorrechtlichen Problemformulierung überhaupt erreichbar ist,¹²² kann aus erkenntnistheoretischer Sicht eine das Vergleichsergebnis verfälschende nationale Voreingenommenheit auch dann ausgeschlossen werden, wenn dem Vergleich zwar nationale rechtliche Konzepte zugrunde liegen, diese aber entweder in allen verglichenen Ländern einen identischen Inhalt haben (was aufgrund der Einbettung der Normen in den jeweiligen gesellschaftlichen Kontext ein sehr seltener und wohl nur bei einfachsten rechtlichen Gestaltungen möglicher Fall sein dürfte) oder wenn sich die Konzepte zwar unterscheiden, sie aber einen gemeinsamen Kernbereich aufweisen und es bei dem Vergleich nur auf diesen, nicht aber auch auf die konkrete, differierende Ausgestaltung des Randbereiches ankommt.¹²³ Geeignete Vergleichsgrundlage ist im letztgenannten Fall der „größte gemeinsame Nenner“ der zu vergleichenden Rechtsordnungen. Daß dieser mitunter einen rechtlichen Gehalt hat, stört solange nicht, als es sich um einen *gemeinsamen* Nenner handelt und somit das für die Erzielbarkeit von Ergebnissen oberste Gebot der Vergleichbarkeit gewahrt ist.

Der hermeneutische Zirkel, der auftritt, wenn zur Bestimmung des *tertium comparationis* bereits eine vergleichende Perspektive bezogen werden muß, widerspricht diesem Ansatz nicht. Dieses Dilemma resultiert nicht aus dem Rückgriff auf (auch) rechtliche Gemeinsamkeiten, sondern ist der Formulierung der Ausgangsfrage unabhängig davon stets in einem bestimmten Umfang immanent.¹²⁴ Im Übrigen erfordert die Entwicklung der Vergleichsgrundlage ein ähnliches „Hin- und Herwandern des Blickes“¹²⁵ bzw. „Hin- und Herschauens“¹²⁶, wenn ihr nur ein konkretes und begrenztes Sachproblem zugrunde liegt: „Der Weg kann vom Sozialproblem über seine Rechtsfrage zur rechtlichen Regelung führen. Und er kann von der rechtlichen Regelung zum Sozialproblem führen. [...] Jedoch vollzieht sich in der Wirklichkeit dieser Prozeß nicht allein in eine Richtung. Wie mancher andere juristische Denkprozeß auch vollzieht er sich im ‚Hin- und Herschauen‘. Das gilt sowohl für die beiden Seiten ‚Recht‘ und ‚Sozialproblem‘ als auch für die verschiedenen Rechtsordnungen.“¹²⁷

122 Kritisch dazu Graser, Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit, S. 114 f.; vgl. auch Eichenhofer, Sozialrechtsvergleichung, NZS 1997, S. 99: „In dem Maße, wie sich das Recht eines Problems gestaltend und bewältigend annimmt, wird das vorrechtliche Problem zum Rechtsproblem.“

123 Zur Eignung rechtlicher Gemeinsamkeiten als *tertium comparationis* s. auch Graser, Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit, S. 115 f.

124 Vgl. dazu auch Eichenhofer, Sozialrechtsvergleichung, NZS 1997, S. 98; s. auch Michaels, The Functional Method of Comparative Law, S. 369.

125 Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 15.

126 Zacher, Vorfragen, S. 40.

127 Zacher, Vorfragen, S. 39 f.

III. Gang der Arbeit und Asymmetrie des Rechtsvergleichs

Der Aufbau der Arbeit ist wesentlich durch die rechtvergleichende Methodik bestimmt. Das Erkenntnisinteresse ist auf die Herausarbeitung und Systematisierung derjenigen Instrumente gerichtet, mit denen die Staaten in den zu vergleichenden Jurisdiktionen Verantwortung im Zusammenhang mit der Erbringung stationärer Pflegeleistungen übernehmen. Da diese Vergleichsgrundlage jedoch nicht in einem eng umgrenzten spezifischen Sachproblem besteht, mit der staatlichen Verantwortung eine sehr abstrakte Basis hat, die sich unter anderem in der steuernden Einflußnahme auf private Leistungserbringer ausdrückt, bedarf es zunächst einer theoretischen Aufarbeitung. Deren Ziel wird es sein, die *tertia comparationis* möglichst umfassend und differenziert zu formulieren.¹²⁸

Den Beginn des zweiten Kapitels bildet aber zunächst eine Begriffsklärung, die dazu dient zu erläutern, was in dieser Arbeit unter den Begriffen „Staat“, „Private“, „Verantwortungsteilung“, „Steuerung“ und „stationäre Langzeitpflege“ verstanden wird. Dies ist neben der Präzisierung der Grundlage der Untersuchung auch deshalb erforderlich, weil diese Begrifflichkeiten für sich betrachtet weder „exogen“ sind noch das Erfordernis der „Vorrechtlichkeit“ erfüllen und deshalb hinsichtlich ihrer Geeignetheit als Vergleichsgrundlage einer kritischen Untersuchung auf den „größten gemeinsamen Nenner“ hin bedürfen.

Nach der Klärung der Begrifflichkeiten wird in der Grundlegung das „Vergleichsraster“ entwickelt, an dem sich die Darstellung und schließlich auch die vergleichende Auswertung der Rechtsordnungen orientiert. Um ferner die Analyse der in den Vergleichsrechtsordnungen eingesetzten Steuerungsinstrumente vorzubereiten, werden in der Grundlegung schließlich auch einige Klassifizierungsansätze vorgestellt, mit denen sich Regulierungsmechanismen unter dem Aspekt ihres Wirkmechanismus beschreiben lassen.

Dem dritten, vierten und fünften Kapitel liegt ein modernes, innovatives Verständnis einer rechtsvergleichenden Arbeit zugrunde. Die Darstellung verläßt das klassische Muster mehrerer parallel gestalteter Länderberichte, an das sich ein vergleichendes Kapitel¹²⁹ anschließt, in dreifacher Hinsicht. Erstens trägt die Arbeit dem Umstand Rechnung, daß das Recht der stationären Langzeitpflege in England wissenschaftlich bislang in einem deutlich geringeren Umfang erschlossen und aufbereitet ist als in Deutschland. Sie ist deshalb als „*asymmetrischer Rechtsvergleich*“ konzipiert und stellt dem Leser das englische Langzeitpflegesystem im dritten Kapitel – unter Rückgriff auf die in der Grundlegung entwickelte Systematik – mit einer großen Detailtiefe vor, während sie die in der juristischen Literatur bereits ausführlicher erörterte deutsche stationäre Langzeitpflege im vierten Kapitel nicht mehr umfassend, sondern sogleich mit einem Fokus auf

128 Zu diesem Erfordernis Zacher, Vorfragen, S. 40.

129 Ob die vergleichende Bewertung überhaupt notwendiger Bestandteil der Rechtsvergleichung ist, wird unterschiedlich beurteilt. Vgl. dazu Zweigert, Die kritische Wertung, S. 403 ff., sowie die Nachweise bei Becker, Autonome Träger, S. 35, Fn. 41.