

Einführung

Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht

Ulrich Becker

I. Einführung	12
II. Grundlegung	14
1. Zur Rechtsdogmatik	14
a) Funktion der Rechtsdogmatik	14
b) Rechtsdogmatik als rechtswissenschaftliche Aufgabe	17
2. Zur Rechtsvergleichung	19
a) Funktionalitätsprinzip und Sozialrechtsvergleich	20
b) Funktionalitätsprinzip und Rechtsdogmatik	24
III. Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Sozialrechtsdogmatik	26
1. Wechselbezüglichkeit I: Sozialrechtsdogmatik und rechtsordnungsinterner Vergleich	29
a) Das Sozialrecht als Referenzgebiet	30
b) Rückbindung an die allgemeinere Rechtsdogmatik	35
2. Wechselbezüglichkeit II: Sozialrechtsdogmatik und rechtsordnungsübergreifender Vergleich	37
a) Schwierigkeiten der Systembildung	37
b) Recht und seine Wirkungsbedingungen	39
IV. Ansätze für eine rechtsvergleichende Sozialrechtsdogmatik	48
1. Folgerungen für den Rechtsvergleich im allgemeinen	48
a) Erkenntnisziele	48
b) Anlage	49
2. Folgerungen für den Sozialrechtsvergleich	50
a) Grundsätze	50
b) Sozialrechtliche Rechtsverhältnisse als Ausgangspunkte	52
V. Abschließende Thesen	57

I. Einführung

1. Wenn die Sozialrechtsdogmatik als „notwendige Utopie“ bezeichnet wird,¹ so steckt darin zunächst die Feststellung einer fehlenden Verortung, also einer Lücke: Eine solche Dogmatik ist bis heute nicht oder jedenfalls nur unvollständig erarbeitet worden. Und das, obwohl gerade in letzter Zeit der Ruf nach ihr wieder laut geworden ist, wenn auch die Gründe dafür und die damit verbundenen Anliegen verschieden zu sein scheinen. *Hans F. Zacher*, von dem die eingangs zitierte Feststellung stammt, ist, nicht umsonst gerade in jüngster Zeit und als Ergebnis seiner jahrzehntelangen Beschäftigung mit dem positiven Recht – besser gesagt: als Ergebnis des schon weit gediehenen Versuchs dessen Systematisierung – auf der Suche nach dem Sozialrecht als „eine sich selbst tragende Ordnung“.² Bei anderen Autoren klingt vor allem die Besorgnis an, daß ein vor sich hin wucherndes Sozialrecht die gebotene Orientierung an verfassungsrechtlichen Vorgaben vermissen läßt,³ während das schon drei Jahrzehnte zuvor beklagte „dogmatische Defizit“ weniger als Problem des Sozialrechts denn mehr als eines der Leistungsverwaltung begriffen worden war.⁴

Wer sich auf neues und damit unsicheres Gelände begeben will, tut gut daran, mit einer Vergewisserung zu beginnen. Was unter Rechtsdogmatik verstanden werden soll, muß am Beginn der Überlegungen stehen. Man mag das für läßlich halten,⁵ zumal wenig Neues zu erwarten ist. Aber es geht hier um eine klare Zielsetzung, um die Fixierung des Ausgangspunktes für alle weiteren Schritte. Darauf kann schon angesichts der vielfachen und vielfältigen Beschäftigung mit der Rechtsdogmatik nicht verzichtet werden. Dazu kommt, daß die Dogmatik Überschneidungen mit anderen rechtswissenschaftlichen Leitbegriffen aufweist, insbesondere mit der rechtswissenschaftlichen Methodik. Vor allem aber hilft die begriffliche Klärung auch in anderer Hinsicht der Vergewisserung: Welche Erkenntnisgewinne läßt die Erforschung der Sozialrechtsdogmatik überhaupt erwarten? Das führt mitten hinein in grundlegende Fragen bis hin zum Sinn, aber auch der Wissenschaftlichkeit der Dogmatik, und insbesondere auch zu der

1 *Zacher*, Sozialrecht und Rechtsdogmatik, in: Engel/Möschel (Hrsg.), Recht und spontane Ordnung, FS für Mestmäcker zum 80. Geburtstag, Baden-Baden 2006, S. 529, 531.

2 *Zacher*, a.a.O., S. 529, 531. Ferner *ders.*, Entwicklung einer Dogmatik des Sozialrechts, in: Walle-rath (Hrsg.), Fiat iustitia. Recht als Aufgabe der Vernunft, FS für Krause zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, S. 3, 12; früher bereits *ders.*, Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung, DÖV 1970, S. 3 ff.

3 *Isensee*, „Bürgerversicherung“ im Koordinatensystem der Verfassung, NZS 2004, S. 393, 394 f.

4 *Bley*, Die rechtsdogmatische Konzeption des Allgemeinen Teils des Sozialgesetzbuchs, ZSR 1976, S. 69, 71, auch in Anknüpfung an *Bachof*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S. 193, 212 f.

5 So verzichtet *Pöcker*, Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik – Von der rationalistischen Rechtsvorstellung zu einer rechtstheoretisch angeleiteten Dogmatik des öffentlichen Rechts, Tübingen 2007, S. 7 ff., auf eine Begriffsbestimmung und greift direkt auf dogmatische Konstruktionen zu.

Frage, wie es um das Verhältnis des Rechts zu der sie regelnden Lebenswirklichkeit bestellt ist.

Die Rechtsdogmatik mit der Rechtsvergleichung zu verbinden, steigert die Schwierigkeiten, zumindest auf den ersten Blick. Ob man sich so der Utopie als wünschenswerter, aber offensichtlich für schwer realisierbar gehaltener Verortung annähern kann, ist fraglich. Denn bildlich gesprochen wird damit das ungewisse Gelände auf unsicheren Wegen beschritten. Dabei geht es nicht nur um die immer wieder aufflammenden methodologischen Diskussionen, denen sich die Rechtsvergleichung ausgesetzt sieht, sondern um das Verhältnis zwischen Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik im besonderen. Was auch immer unter Dogmatik zu verstehen ist: Diese bezieht sich, insofern besteht Einigkeit, auf das geltende Recht. Sie bezieht sich damit, jedenfalls soweit das Sozialrecht, und genauer gesagt: das Sozialleistungsrecht, Gegenstand der Betrachtung ist, im wesentlichen auf positives nationales Recht. Und auch die Rechtsdogmatik selbst ist – wiederum zumindest in großen Teilen – national geprägt. Diese Rechtsbezüglichkeit und die mit ihr verbundene nationale Einbettung des Vergleichsgegenstands kann die Vergleichbarkeit erschweren – wenn nicht gar die Rechtsvergleichung als „antidogmatische Methode“ eingeschätzt wird.⁶ Welchen Erkenntnisgewinn ausgerechnet der Rechtsvergleich für die Rechtsdogmatik mit sich bringen können soll, ist angesichts dessen eine offene Frage.

2. Den aufgeworfenen Fragen soll in drei Schritten nachgegangen werden. Die am Beginn stehende Grundlegung beschäftigt sich mit der Eigenart der Rechtsdogmatik und der rechtsvergleichenden Methode. Im Anschluß geht es um die zentralen Fragestellungen der hier behandelten Thematik: Was kann die Erforschung einer Sozialrechtsdogmatik erbringen? Und welche Gefahren sind mit ihr verbunden? In einem dritten Teil sollen mögliche Ansätze und Zugänge für eine rechtsvergleichende Sozialrechtsdogmatik vorgestellt werden.

6 *Zweigert*, Rechtsvergleichung, System und Dogmatik, in: *Bettermann/Zeuner* (Hrsg.), FS für Böttcher zum 70. Geburtstag, Berlin 1969, S. 443, 448.

II. Grundlegung

1. Zur Rechtsdogmatik

a) Funktion der Rechtsdogmatik

Klarheit über das, was mit Rechtsdogmatik gemeint sein soll, läßt sich über deren Zielsetzung gewinnen.⁷ Dogmatik will die Funktionsweise des Rechts erklären. In diesem Sinne zeichnet sie sich durch ihren Bezug auf die Rechtsanwendung wie auf das positive Recht aus. Ihr zentrales Anliegen ist es, Regeln für die Anwendbarkeit rechtlicher Vorschriften, ein „System von Sätzen“⁸ aufzustellen.⁹ Sie stellt „Handlungs- und Entscheidungsanleitungen“¹⁰ bereit, oder, in einer etwas anderen und allgemeineren Formulierung „Anweisungen zur Formulierung und Beantwortung von Fragen“¹¹. Daraus lassen sich eine Reihe weiterer Folgerungen ableiten.

Erstens ist ein wesentliches Mittel zur Gewinnung dogmatischer Aussagen die Ordnung und damit die Systematisierung¹² des Rechtsstoffs. Diese Ordnung besitzt durchaus eine eigenständige Funktion. Die Systematisierung des Rechts stellt eine zentrale rechtswissenschaftliche Aufgabe dar, weil sie den zunächst schlicht vorhandenen, den zu sammelnden, aber noch unstrukturierten Stoff des positiven Rechts, dessen Entstehung vielfältigen Interessen und nicht selten den eigenen Rationalitäten des politischen Prozesses folgt, in eine Beziehung zueinander setzt.¹³ Sie überschneidet sich stark mit der Dogmatik, ist mit dieser aber nicht ganz deckungsgleich. Einerseits können der Sys-

7 Vgl. zur Begriffsgeschichte *Herberger*, Dogmatik, Frankfurt a.M. 1981.

8 *Gusy*, „Wirklichkeit“ in der Rechtsdogmatik, JZ 1991, S. 213, 215.

9 *Bydlinski*, Gedanken über Rechtsdogmatik, in: Martinek (Hrsg.), Arbeitsrecht und soziale Grundrechte, FS für Floretta zum 60. Geburtstag, Wien 1983, S. 3.

10 *Robbers*, Zur Verteidigung einer Wertorientierung in der Rechtsdogmatik, in: Dreier (Hrsg.), Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts, Stuttgart 1990, S. 162, 164.

11 *Hassemer*, Gesetzesbindung und Methodenlehre, ZRP 2007, S. 213, 218; zu einer Unterscheidung von theoretischen und praktischen Aufgaben *Gusy* (Fußn. 8), JZ 1991, S. 213, 215. Ähnlich *Krawietz*, Rechtssystem und Rationalität in der juristischen Dogmatik, in: Aarnio u. a. (Hrsg.), Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation, Rechtstheorie Beih. 2, Berlin 1981, S. 299, 317.

12 Zu den Eigenschaften eines Systems, Ordnung und Einheit herzustellen *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl. Berlin 1983, S. 88 ff., 157 f.

13 Vgl. etwa zur Systembildung und Vermeidung von Widersprüchen *Robbers*, in: Dreier, Rechtspositivismus (Fußn. 10), S. 162, 170.

tematik zugleich rechtspraktische und rechtspolitische Aufgaben entnommen werden.¹⁴ Andererseits ist die Dogmatik zwar „systematische Rechtswissenschaft“¹⁵, erschöpft sich aber nicht völlig in einer Systematisierung. Sie bedient sich dieser, und sie ergänzt diese. Oder mit den Worten *Schmidt-Aßmanns*: Dogmatik ist „Systemnutzung und Systembildung zugleich“.¹⁶

Zweitens weist die Dogmatik in ihrer Regelmäßigkeit enge Bezüge zur Methodik auf. Denn auch die Methodik enthält die Regeln, die zur Auslegung und damit zur Anwendung des Rechts nötig sind. Dogmatik und Methodik teilen deshalb ebenfalls grundlegende Probleme. Gemeinsam sind ihnen die aus der Zirkularität des hermeneutischen Erkenntnisprozesses folgenden Schwierigkeiten, und gemeinsam sind ihnen die Unsicherheiten bei der Bestimmung des Verhältnisses zwischen dem Recht und den von ihm in Bezug genommenen oder überformten tatsächlichen Vorgängen. Dennoch läßt sich zumindest im Ansatz eine klare Trennung vornehmen. Während Methodik allgemeine Regeln aufstellt, die unabhängig von dem jeweils zu betrachtenden Recht und damit abstrakt sind, dient die Dogmatik dem Verständnis bestimmter rechtlicher Regelungen, sei es deren Gesamtheit oder eines nach geeigneten Kriterien festgelegten Ausschnitts.¹⁷

Das führt drittens zu dem Verhältnis zwischen positivem Recht und Dogmatik. *Wieacker* bezeichnete die Dogmatik als „kontingentes Gefüge von juristischen Sätzen und Regeln, die unabhängig vom Gesetz allgemeine Anerkennung und Befolgung beanspruchen.“¹⁸ Nähme man dies genau, stünde es in unauflösbarem Widerspruch zu der vorangegangenen Feststellung, nach der sich Dogmatik auf bestimmtes positives Recht bezieht.¹⁹ In der Tat geht es bei den zitierten Aussagen nicht um eine Beschreibung des Verhältnisses zwischen Gesetz und Dogmatik, sondern um die Hervorhebung einer Eigenheit der Dogmatik: Diese schafft nämlich ein eigenes Regelwerk, das sich im Sinne von Verallgemeinerungen vom positiven Recht abhebt und das positive Recht auf einer höheren Abstraktionsebene in sich aufnimmt.²⁰ Trotz der Abstraktion kann aber die

14 *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl. Berlin u. a. 2004, Kap. 1 Rdnr. 3, der die Systematik „als eine besondere Qualität des dogmatischen Denkens“ bezeichnet.

15 *L. Raiser*, Wozu Rechtsdogmatik?, DRiZ 1968, S. 98.

16 *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (Fußn. 14), Kap. 1 Rdnr. 5.

17 Zu dieser „Rechtslagenabhängigkeit“ der Dogmatik *Hassemer* (Fußn. 11), ZRP 2007, S. 213, 217.

18 *Wieacker*, Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: Bubner/Cramer/Wiehl (Hrsg.), Hermeneutik und Dialektik II, FS für Gadamer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1970, S. 311, 319. Dieser Satz hat wohl über die Vermittlung durch *Bachof* (Fußn. 4), VVDStRL 30 (1972), S. 192, 197, vor allem in öffentlich-rechtlich orientierten Arbeiten Einzug gehalten.

19 Vgl. auch *Robbers*, in: Dreier, Rechtspositivismus (Fußn. 10), S. 162.

20 *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart u. a. 1974, S. 18, hebt als Funktion der Dogmatik die „Einschränkung der Beliebigkeit von Variationen“ hervor, die sich aus einer zweiseitigen Variabilität ergeben, weil sich die Fälle nach den Normen, aber auch die Normanwendung nach den Fällen richten soll; er betrachtet sie als die „höchste und abstrakteste Ebene möglicher

Dogmatik nicht vom positiven Recht gelöst sein.²¹ So spricht auch *Bachof* von einem „ambivalenten Verhältnis“ zwischen Gesetz und Dogmatik.²² Gemeint ist damit, daß einerseits die Dogmatik ein gedankliches Gebäude ist, in das neue Gesetze einzupassen sind, weil nur so die systematische Verordnung des neuen Rechts gelingen und auch dessen Anwendbarkeit erleichtert werden kann. Andererseits kann das neue Recht Elemente enthalten, die zu einer Erweiterung oder doch Verfeinerung der Systematik führen müssen,²³ weil sonst die Dogmatik ihre Aufgabe, das Funktionieren des Rechts zu erklären, nicht mehr wahrnehmen könnte. Um im Bild zu bleiben: Es kann sein, daß das vorhandene Gebäude eines Anbaus bedarf oder ein Raum umzugestalten ist. Im Grunde genommen handelt es sich um ein hermeneutisches Problem, nämlich daß sich das Ganze nur aus seinen der Veränderung unterliegenden Teilen heraus erklären läßt – ein Problem, das nicht auflösbar, sondern nur beschreibbar und auf der Grundlage von Hypothesen anzugehen ist, so daß die zugrunde gelegten Prämissen zumindest nachvollzogen und überprüft werden können.²⁴ Bei der Einpassung der Teile in das Ganze hilft, wie auch bei der Auslegung von Rechtsvorschriften insgesamt, immerhin das schon von *Engisch* empfohlene „Hin- und Herwandern des Blicks“.²⁵

Vor diesem Hintergrund entfaltet die Dogmatik viertens und schließlich eine Entlastungsfunktion.²⁶ Das ist an sich eine Folge der Regelhaftigkeit, der Ordnungsbildung und der Abstraktheit der Dogmatik, wird allerdings oft und wegen ihrer Bedeutung zu recht als eigene Funktion genannt. Entlastet wird der Rechtsanwender, weil er sich bei der Auslegung des positiven Rechts auf dogmatische Regeln stützen kann, die er ihrerseits nicht zu begründen braucht. Das setzt natürlich voraus, daß diese im Grad ihrer Abstraktheit, nicht aber in der formalen Geltung über dem positiven Recht stehenden Regeln allgemein akzeptiert sind. Je niedriger die Akzeptanz einzelner Regeln ist oder je weniger akzeptierte Regeln bestehen, desto größer ist der Begründungsaufwand bei der Auslegung des Rechts. Die Entlastung wird auch dadurch herbeigeführt, daß Dogmatik bestimmte Argumente im juristischen Diskurs für unerheblich erklärt, was als Entlastung durch Ausschluß erscheint. In diesem Sinne trägt sie zur „Reduzierung von

Sinnbestimmung des Rechts im Rechtssystem selbst“ (a.a.O., S. 19). Damit wendet er sich zugleich gegen *Bachof* (Fußn. 4), VVDStRL 30 (1972), S. 245, 251, gegen eine Beschränkung auf die Ebene der Gesetzesanwendung, mit dem Argument, es gebe auch „gesetzesunspezifische Rechtsbegriffe“ (a.a.O., Fußn. 31, S. 80).

21 Vgl. auch *Selb*, Dogmen und Dogmatik, Dogmengeschichte und Dogmatikgeschichte in der Rechtswissenschaft, in: Canaris (Hrsg.), FS für Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983, S. 605, 610 ff.

22 *Bachof* (Fußn. 4), VVDStRL 30 (1972), S. 193, 239 (LS 3).

23 Näher dazu *Starck*, Rechtsdogmatik und Gesetzgebung im Verwaltungsrecht, in: Behrends/Henckel (Hrsg.), Gesetzgebung und Dogmatik, Göttingen 1989, S. 106, 113 f.

24 Vgl. *Alexy*, Juristische Interpretation, in: Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt a.M. 1995, S. 71, 76.

25 *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. Heidelberg 1963, S. 15.

26 *Bachof* (Fußn. 4), VVDStRL 30 (1972), S. 193, 198. Dazu auch mit der Verbindung zu einer „rationalisierenden Funktion“ *Brohm*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S. 245, 247 f.

Komplexität“²⁷ bei: Obwohl weitere Argumente mit der Lösung eines bestimmten Problems in einem sachlichen Zusammenhang stehen mögen, kann deren rechtliche Bedeutung ausgeschlossen werden.

b) Rechtsdogmatik als rechtswissenschaftliche Aufgabe

Die Erarbeitung der Rechtsdogmatik ist in Deutschland immer wieder als eine Kernaufgabe der Rechtswissenschaft bezeichnet worden.²⁸ Denn sie dient der Erklärung des Rechts; dabei bedient sie sich der Herausarbeitung von Zusammenhängen und damit einer Systematisierung, ohne die wissenschaftliche Erkenntnisse nicht zu gewinnen sind. Rechtsdogmatik ist als wissenschaftliches Konstrukt wegen des Bezugs auf das geltende Recht pragmatisch, und sie ist normativ, beschäftigt sich also ebenfalls wie das von ihr zu unterscheidende Recht selbst mit Sollensanforderungen. Sie ist, anders als früher zum Teil wegen einer gewissen Technizität angenommen, nicht frei von Wertungen. Und sie begnügt sich nicht alleine mit der Beobachtung der Rechtsanwendung. Die tatsächliche Anwendung des Rechts und die Wissenschaft von der richtigen Anwendung des Rechts sind insofern zweierlei. Zudem: Vieles was in der Praxis die Anwendung mitbestimmt – etwa die Arbeitsbelastung von Beamten und Richtern etc. – und was man deshalb unter dem Begriff Pragmatik,²⁹ vielleicht auch dem der „Programme und Routinen“ zusammenfassen könnte,³⁰ ist zwar wichtig, wenn die Wirkung von Recht verstanden werden soll, wird aber nicht unmittelbar vom Recht in Bezug genommen und liegt damit außerhalb der Dogmatik.³¹ Wo die Grenzen genau verlaufen, kann dabei zunächst dahinstehen.³²

Dogmatische Regeln lassen sich inhaltlich auf Prinzipien zurückführen,³³ die ihrerseits Aussagen über die Gestaltung der Lebenswirklichkeit treffen. Es handelt sich bei Prinzipien in diesem Sinne³⁴ um theoretische, nämlich um allgemeine Aussagen über

27 Luhmann, Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie, Frankfurt a.M. 1996, S. 12.

28 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. Berlin u. a. 1975, S. 215 ff., 221 ff.; ders., Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Berlin 1966, S. 12, 20 f.; Rütters, Rechtstheorie, 2. Aufl. München 2005, Rdnr. 314, 321 ff.

29 Vgl. hingegen zur Unterscheidung von semantischen und pragmatischen Argumenten bei der Auslegung Potacs, Auslegung im öffentlichen Recht, Baden-Baden 1994, S. 32 ff.

30 Hassemer (Fußn. 11), ZRP 2007, S. 213, 218 f.

31 Etwas anders aber und „informelle Programme“ in die Dogmatik einbeziehend Hassemer, Politik aus Karlsruhe?, JZ 2008, S. 9 f.

32 Vgl. dazu unten III. 2. b).

33 Ähnlich zur Zurückführung auf „abstraktere Institute“ Volkmann, Veränderungen der Grundrechtsdogmatik, JZ 2005, S. 261, 262.

34 Gemeint im Sinne der Abstraktion vom positiven Recht. Vgl. hingegen zu Prinzipien als besondere Art (positiver) Normen und als Optimierungsgebote Alexy, Theorie der Grundrechte, Frankfurt a.M. 1986, S. 72 ff. Vgl. auch v. Bogdandy, Europäische Prinzipienlehre, in: ders. (Hrsg.), Europäisches

eine Mehrzahl von Rechtsnormen.³⁵ Entsprechende Aussagen sind auf das positive Recht bezogen und induktiv zu gewinnen. Sie sind theoretisch, weil sie generalisieren, nicht aber weil sie sich auf Überlegungen stützen, die dem Recht vorgelagert und damit vom Recht gelöst wären.³⁶ Prinzipien taugen dann zur Systembildung, wenn sie in der Lage sind, Ordnung und Einheit herzustellen,³⁷ in diesem Sinne die Eigenheiten einer Rechtsmaterie abzubilden.³⁸ Daß deren vollständige Erfassung nicht nur schwierig ist, sondern die Systembildung allein die Rechtsfindung nicht völlig zu erklären vermag,³⁹ spricht weniger gegen den Ansatz⁴⁰ als mehr gegen die mit ihm verbundenen Erwartungen.⁴¹

Hier interessiert zunächst, wie überhaupt eine Ansammlung gesetzlicher Vorschriften systematisiert und damit geordnet werden kann. Dabei soll es an dieser Stelle nicht um Systembildung im allgemeinen und nicht um eine Außenabgrenzung einzelner juristischer Fächer, sondern nur um mögliche Ansätze zur inneren Strukturierung eines Rechtsgebietes gehen.⁴² Man könnte auch dafür Makro-, Meso- und Mikroebene unterscheiden.⁴³ Grundlegender ist aber die Differenzierung zwischen Inhalt und Institutionen⁴⁴, oder anders, aber ähnlich in klassischer Formulierung von „Rechtsinstitute[n] und Rechtsregeln“⁴⁵.

Materielle Prinzipien geben im Sozialrecht Aufschluß über Maß und Inhalt bestimmter Sozialleistungen. Als Leitlinie für eine systematische Zusammenfassung kann insbesondere deren Funktion dienen. Ord nende Wirkung kommt daneben im Verwaltungsrecht formellen Prinzipien zu. Diese beziehen sich auf das Verfahren sowie die Handlungs- und Organisationsformen. Der Einsatz bestimmter Handlungs- und Organisati-

Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin, Heidelberg u. a. 2003, S. 149, 156: „Prinzipien sind als Rechtssätze niedergelegte normative Strukturentscheidungen“.

35 Vgl. *Canaris*, Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 1993, S. 377, 386.

36 So auch *L. Raiser* (Fußn. 15), DRiZ 1968, S. 98.

37 *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff (Fußn. 12), S. 46 f.

38 Daß sie damit zugleich nicht nur beliebige Zusammenfassungen oder Umschreibungen des positiven Rechts sein dürfen, ist klar; vgl. auch *Bachof* (Fußn. 4), VVDStRL 30 (1972), S. 193, S. 225 ff., mit einer Unterscheidung von äußerem und innerem System sowie von hermeneutischen und dogmatischen Sinnfunktionen (S. 227).

39 So die Kritik von *Grimm*, AcP 171 (1971), S. 266, 267 f.

40 Jedenfalls dann, wenn die einheitsstiftende Funktion nach verschiedenen Ebenen und damit Graden der Generalität differenziert wird; vgl. auch die Kritik von *Herschel*, AuR 1970, S. 277, 278.

41 Vgl. dazu unten, III. 2.

42 Von „strukturierender Dogmatik“ sprechen auch *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, 7. Aufl. Berlin 1997, Rdnr. 403, insofern in Übereinstimmung mit den klassischen Ansätzen der Systematisierung, aber darauf hinweisend, daß der zu systematisierende Stoff nicht nur aus „Sprachdaten“, sondern auch aus „Realdaten“ bestehe.

43 So *Zacher* (Fußn. 2), DÖV 1970, S. 3, 8, 10 ff.

44 Zur Bedeutung von Strukturen *Esser*, Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 172 (1972), S. 97, 116.

45 *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840, S. 214.

onsformen steht zwar in einem engen Zusammenhang mit den Funktionen und damit den Inhalten staatlicher Interventionen, ist aber an diese nicht gebunden. Formelle Prinzipien treffen stattdessen Aussagen über die Frage, wie überhaupt rechtlich bedeutsam gehandelt werden kann. Sie bestimmen die Handlungsfähigkeit des Staates. Und sie spielen eine Rolle für die Abgrenzung verschiedener Aufgabengebiete. Sie sind damit zugleich wichtige Bestandteile für die Verknüpfung der allgemeinen Verwaltungsrechtsdogmatik mit der Sozialrechtsdogmatik.⁴⁶

2. Zur Rechtsvergleichung

Ausgehend vom dargestellten Ansatz stellt sich die Frage, ob und wie ein Rechtsvergleich – verstanden als Vergleich nationaler Rechtsordnungen – für den Gewinn von Erkenntnissen fruchtbar gemacht werden kann. Die derzeitigen Diskussionen um die rechtsvergleichende Methode, in deren Mittelpunkt weiterhin das Funktionalitätsprinzip steht, beschäftigen sich im Wesentlichen mit zwei verschiedenen Punkten: zum einen mit erkenntnistheoretischen Anforderungen, die in erster Linie das Auffinden des in einen Vergleich einzubeziehenden Gegenstandes, d.h. das Auffinden des relevanten Rechts, betreffen; zum anderen mit der Funktion und dem Funktionieren des Rechts überhaupt, womit die Ziele des Rechtsvergleichs angesprochen sind.⁴⁷ Beides ist zwar eng miteinander verflochten. So beeinflusst einerseits das Ziel die Methode,⁴⁸ wie es andererseits wenig Sinn macht, das erforschen zu wollen, was sich nicht erforschen läßt. Dennoch liegen beiden Fragen jeweils eigenständige Probleme zugrunde, die auseinander gehalten werden müssen.⁴⁹ Die ebenso eingängige wie grundlegende Unterschei-

46 Dazu unten, III. 1.

47 Zu letzteren unter Betonung der beschränkten Funktion der Rechtsvergleichung, was im Ergebnis auf die alte Feststellung hinausläuft, der Rechtsvergleich diene (nur) dem Kennenlernen verschiedener Lösungsansätze, *Voßkuhle*, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht – Vorüberlegungen zu einem differenziert-integrativen Methodenverständnis am Beispiel des Umweltrechts, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, Tübingen 2002, S. 171, 184 f. Weiterführende Überlegungen von einem „Standard Comparative Law“ zu einer „Comparative Legal Culture“ bei *Friedman*, Some Thoughts on Comparative Legal Culture, in: Clark (ed.), Comparative and Private International Law, Essays in Honor of Merryman, Berlin 1990, S. 49 ff.

48 Das ist gegenüber der Kritik von *Hoffmann-Riem*, Zwischenschritte zur Modernisierung der Rechtswissenschaft, JZ 2007, S. 645, 648 an nicht zureichend entwickelter Methodik im Verwaltungsrecht zu bedenken.

49 Zutreffend *Peters/Schwenke*, Comparative Law Beyond Post-Modernism, ICLQ Vol. 49 (2000), S. 800, 832 ff.

dung von Erfassen, Verstehen und Bewerten des Rechts⁵⁰ bringt das sehr treffend auf den Punkt.

a) Funktionalitätsprinzip und Sozialrechtsvergleich

Es ist zwar nicht zutreffend, daß der Rechtsvergleich im Zivilrecht eine längere Tradition besitzt als im Öffentlichen Recht. Bekanntlich hat gerade die deutsche Staats- und Verwaltungsrechtslehre im 19. Jahrhundert viel vom ausländischen Recht gelernt,⁵¹ auf *Montesquieu*⁵² und *Tocqueville*⁵³ muß gar nicht verwiesen werden. Allerdings haben sich die Gewichte im 20. Jahrhundert verschoben: Während nun im Öffentlichen Recht der Versuch unternommen wurde, die nationale Verfassungsordnung zu erkunden und zu verfeinern, ging es bei der Zivilrechtsvergleichung, die ohnehin mit dem Römischen Recht starke gemeinsame Wurzeln besaß und besitzt,⁵⁴ um die Rechtsvereinheitlichung oder doch zumindest um das Gemeinsame der national kodifizierten Zivilrechtsordnungen.⁵⁵ Dieses stärkere Engagement von Seiten des Zivilrechts kommt auch in der gegenwärtigen Methodendebatte⁵⁶ zum Ausdruck, die im übrigen weder eine Marotte noch auch nur eine Domäne der deutschen Rechtswissenschaft ist, sondern international geführt wird.⁵⁷ Denn diese Debatte ist spürbar gegen die zumindest vereinfachende Annahme, gesellschaftliche Entwicklungen und bzw. oder internationale Verflechtungen müßten zur Herausbildung eines gemeinsamen Rechts führen, gerichtet.⁵⁸ Sie ist insofern für das Sozialrecht interessant, als sie Brücken zu soziologischen Be-

50 Zacher, Vorfagen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung, in: ders. (Hrsg.), *Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs*, Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht Bd. 1, Berlin 1977, S. 21, 22.

51 Zu nennen sind vor allem die Arbeiten von *Rudolf von Gneist* (Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart in Vergleichung mit den Deutschen Verwaltungssystemen, Berlin 1883/1884), *Lorenz von Stein* (Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts. Mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England und Deutschland, Stuttgart 1870) und *Otto Mayer* (Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Straßburg 1886); dazu und zu weiteren Beispielen *Starck*, *Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, JZ 1997, S. 1021 ff.

52 *Montesquieu*, *De l'Esprit des Loix*, Genf 1748.

53 *Tocqueville*, *De la démocratie en Amérique*, Paris 1835-1840, sowie *ders.*, *L'ancien régime et la révolution*, Paris 1856.

54 Dazu *Zimmermann*, *Konturen eines europäischen Vertragsrechts*, JZ 1995, S. 477, 479 f.

55 Programmatisch *Rabel*, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht* 13 (1924), S. 278, 301.

56 Vgl. nur *Michaels*, *The Functional Method of Comparative Law*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, New York 2006, S. 339.

57 Vgl. zu den in Utah vorgestellten und diskutierten Beiträgen etwa *Kennedy*, *New Approaches to Comparative Law*, *Utah Law Review* 1997, S. 545, 546.

58 Vgl. zusammenfassend *Michaels*, *Im Westen nichts Neues?*, 100 Jahre Pariser Kongreß für Rechtsvergleichung – Gedanken anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans, *RabelsZ* 66 (2002), S. 97, 100 ff., 108.

trachtungen der Entwicklung oder Evolution des Rechts⁵⁹ schlägt und sich auch mit dem Einfluß unterschiedlicher Rechtskulturen auf das Verständnis und die Wirkung des von einer Rechtsordnung in eine andere übernommenen Rechts beschäftigt.⁶⁰ Wohl auch wegen ihrer Hintergründe dreht sich die Auseinandersetzung allerdings mehr um die Feststellung, daß gleichlautendes Recht wegen seiner Einbettung in einen konkreten gesellschaftlichen und kulturellen Kontext zu verschiedenen Ergebnissen führen kann,⁶¹ als um konkrete methodische Folgerungen aus diesem Befund.

Der Sozialrechtsvergleich seinerseits hat, das ist einzuräumen, bis heute wenige zielgerichtete Impulse für eine Theorie oder die Methodologie des Rechtsvergleichs gegeben. Aber sozialrechtsvergleichende Arbeiten haben vielfach praktisch die Forderungen nach Beachtung des Funktionalitätsprinzips eingelöst. Wenn in ihnen davon ausgegangen wird, daß Sozialrecht auf bestimmte soziale Bedarfe reagiert und Korrekturen der Abweichungen von einer als Norm eingestuften Lage bezweckt,⁶² beruht insbesondere die Erfassung des relevanten Rechts zumeist auf einer differenzierten sozialpolitischen Grundlage. Entsprechend angelegte Arbeiten sind deshalb in der Lage, auch unter Überschreitung der oftmals überbetonten Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Recht, also unabhängig von den jeweils gewählten Formen der sozialstaatlichen Intervention, die Komplexität sozialrechtlicher Regelungen aufzuzeigen und deren Zusammenspiel zu analysieren. Erinnert sei nur an die umfassende, von *Zacher* geleitete Studie des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht zur Alterssicherung im Rechtsvergleich.⁶³ Auf diese Weise lassen sich funktionale Äquivalenzen herausarbeiten,⁶⁴ ohne daß damit schon eine allgemeine (d.h. über den Gegenstand des Sozialrechts hinausgehende) Theorie für die Erklärung dieser Äquivalenzen verbunden sein müßte.⁶⁵ Und es läßt sich zeigen, gemessen an allgemeinen Regulie-

59 Dazu schon viel früher, insbesondere unter Bezugnahme auf *Luhmann*, Rechtssoziologie 1, Reinbek bei Hamburg 1972, S. 166 ff., 190 ff., *Kübler*, Rechtsvergleichung als Grundlagendisziplin der Rechtswissenschaft, JZ 1977, S. 113, 118. Vgl. zu einem systemtheoretisch inspirierten Ansatz einer Unterscheidung von Entwicklung und Evolution *Fögen*, Römische Rechtsgeschichten. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems, Göttingen 2002, S. 15 ff.

60 Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Tomandl*, Auf den Spuren der Evolution des Sozialrechts, VSSR 10 (1982), S. 213 ff.

61 So etwa *Legrand*, The Return of the Repressed: Moving Comparative Legal Studies Beyond Pleasure, Tulane Law Review 75 (2001), S. 1033, 1037 ff.

62 Dazu *Zacher*, Die Entwicklungsländer-Forschung in den ersten Jahrzehnten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht, ZIAS 2008, S. 1, 5 ff.

63 *Zacher* (Hrsg.), Alterssicherung im Rechtsvergleich, Baden-Baden 1991.

64 Dazu etwa *Scheiwe*, Was ist ein funktionales Äquivalent in der Rechtsvergleichung? Eine Diskussion an Hand von Beispielen aus dem Familien- und Sozialrecht, KritV 2000, S. 30, 34 ff.

65 Vgl. demgegenüber auch *Michaels*, in: Reimann/Zimmermann, The Oxford Handbook (Fußn. 56), S. 339, 356 ff.

rungsthesen⁶⁶ oder an übergeordneten normativen Aussagen, etwa zu Postulaten der Gerechtigkeit,⁶⁷ welche Eigenheiten verschiedene Typen von Sozialleistungssystemen aufweisen, selbst wenn sie vergleichbare (Sicherungs-)Ziele verfolgen. Auch kann umgekehrt die Entwicklung bestimmter Systeme Aufschluß darüber geben, ob und inwieweit Unterschiede zwischen den verfassungsrechtlichen Ordnungen, in die diese Systeme eingebettet sind, tatsächlich praktisch relevant werden.⁶⁸

Vielfach allerdings bleibt insbesondere die Bewertung des Rechtsvergleichs offen. Das ist natürlich schon der allgemeinen Schwierigkeit zu verdanken, daß in der Regel – jedenfalls dann, wenn nicht verschiedene horizontale Ordnungen an einem vertikalen Bezugspunkt gemessen werden sollen,⁶⁹ also etwa nationales Recht auf seine Vereinbarkeit mit europäischem Gemeinschaftsrecht oder internationalem Recht hin – ein normativer Maßstab für die Bewertung fehlt.⁷⁰ Diese Schwierigkeit ist auch im Sozialrechtsvergleich nicht ohne weiteres durch außerrechtliche Bewertungsmaßstäbe zu beheben. Es ist zwar behauptet worden, in „volkswirtschaftsnahen Rechtsbereichen, wie etwa dem Steuerrecht“ sei der Erfolg der „rechtlichen Rahmenordnung bezifferbar“. ⁷¹ Das müßte dann ähnlich für das Sozialrecht gelten. Auch hier gäbe die Messung der Wirksamkeit von Regelungen anhand konkreter Zahlen eine ebenso klare wie politisch erwünschte Vergleichsgrundlage ab. Jeder, der sich einmal etwas näher mit den genannten Rechtsmaterien befaßt hat, weiß aber, daß ein entsprechender Effizienzvergleich schon angesichts der angesprochenen Komplexität rechtlicher Lösungen sehr viel

66 Dazu jetzt die materialreiche Arbeit von *Blömeke*, Die Regulierung nicht-staatlicher Alterssicherung. Deutschland und Großbritannien im Vergleich unter Berücksichtigung von Staatstheorie, Verfassungs- und Europarecht, Berlin 2007.

67 Dazu beispielhaft *Kaempfe*, Die Systemfunktionen privater Altersvorsorge im Gesamtsystem sozialer Alterssicherung. Großbritannien, Deutschland und die Schweiz im Rechtsvergleich, Baden-Baden 2005.

68 Vgl. zu Rentenversicherungsreformen *Hamisch*, Der Schutz individueller Rechte bei Rentenreformen. Deutschland und Großbritannien im Vergleich, Baden-Baden 2001.

69 Die Bezeichnung als „vertikaler Rechtsvergleich“, so *Zacher*, in: ders., Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs (Fußn. 50), S. 21, 24, bringt als Gegenstück des „horizontalen Rechtsvergleichs“ unterschiedliche Bezugspunkte zum Ausdruck. Allerdings führt er schnell zu Mißverständnissen, weil inter- und supranationales Recht eigene Geltungsansprüche besitzen. Sie sind Teil der Rechtsordnung, setzen oft Vorgaben für den nationalen Gesetzgeber und liefern damit auch eigene Bewertungsmaßstäbe. Deshalb werden hier rechtsordnungsinterne und rechtsordnungsübergreifende Vergleiche unterschieden.

70 Weshalb zum Teil davon ausgegangen wird, die Bewertung sei nicht Teil des Rechtsvergleichs, einschränkend *Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung (1924), in: *Zweigert/Puttfarcken* (Hrsg.), Rechtsvergleichung, Darmstadt 1978, S. 85, 86; befürwortend *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. Tübingen 1996, S. 46 f.; differenzierend *Constantinesco*, Rechtsvergleichung, Bd. II, Köln, Berlin u. a. 1972, S. 323 ff.; *Ebert*, Rechtsvergleichung, Bern 1978, S. 161 ff.

71 So *Tschentscher*, Dialektische Rechtsvergleichung: Zur Methode der Komparatistik im öffentlichen Recht, JZ 2007, S. 807, 811.

schwerer getan als gesagt ist. Zumeist fehlt es an empirisch gesicherten Ergebnissen, die verlässlich Aufschluß über die Wirksamkeit bestimmter Regelungen geben könnten. Wer etwa mit Ökonomen über den Sinn des systemgebundenen Wettbewerbs im deutschen Krankenversicherungsrecht diskutiert, erfährt, daß zwar in Teilen Wissen über die Wirkungen einzelner Handlungsanreize existiert. Einige Zahlen liegen vor und lassen die Ableitung von Wirkungshypothesen zu.⁷² Häufiger aber ist das Zahlenmaterial nicht ausreichend. Und noch häufiger lassen sich keine ausreichend gesicherten Aussagen über Kausalzusammenhänge treffen. Solchen Zusammenhängen kann man sich oft nur modellhaft nähern. Um das genannte Beispiel aufzunehmen: Wie das Zusammenspiel zwischen Wahlmöglichkeiten auf der Angebotsseite, also zwischen verschiedenen Krankenkassen sowie zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung, und von Wahlmöglichkeiten auf der Nachfrageseite, d.h. bei der Auswahl von Leistungserbringern,⁷³ funktioniert, ist schon theoretisch wenig geklärt. Andere sozialrechtliche Regelungen enthalten zwar einfach zu benennende finanzielle Anreize. Wie diese wirken, ist aber nicht nur oft schwer zu bestimmen, weil einfache Ansätze zur Erklärung des menschlichen Handelns⁷⁴ ihre Überzeugungskraft verlieren,⁷⁵ sondern auch, weil entsprechende Regelungen nur selten isoliert betrachtet werden können. Ob zum Beispiel das neue Elterngeld in Deutschland⁷⁶ hilft, demographische Entwicklungen zu beeinflussen,⁷⁷ ist durch einen schnellen Blick auf die Entwicklung der Geburtenziffern nicht zu belegen.⁷⁸ Weil ein Vergleich mit anderen Ländern die im Hintergrund stehen-

72 Vgl. etwa *Becker*, Maßstäbe für den Wettbewerb unter den Kranken- und Pflegekassen, in: *Soziale Sicherheit und Wettbewerb*, SDRV 48 (2001), S. 7, 12 ff.

73 Vgl. dazu *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, Tübingen 2003.

74 Zum *homo oeconomicus* und zum 1958 von *Dahrendorf* (mit dem Untertitel: Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle, jetzt 16. Aufl. 2006) aus der Taufe gehobenen *homo sociologicus* nur *Mayntz*, Das Menschenbild in der Soziologie, in: Gerda Henkel Stiftung (Hrsg.), *Das Bild des Menschen in den Wissenschaften*, Münster 2002, S. 181, 185 ff., die auch auf die notwendige Ergänzung der Erklärung des menschlichen Verhaltens durch biologische und psychologische Ansätze hinweist (S. 181 f.).

75 Dabei geht es nicht darum, ökonomischen Anreizen gänzlich ihre Bedeutung abzusprechen, sondern darum zu erklären, wie diese Anreize im Zusammenspiel mit anderen, nicht über ökonomische Rationalitäten zu erklärenden Faktoren wirken, insbesondere unter welchen Voraussetzungen sie sich durchsetzen. Daß sie relevant sein können, zeigt das Sozialrecht immer wieder. Ein Beispiel aus jüngerer Zeit ist die Festlegung der Leistungsvoraussetzungen für das Arbeitslosengeld II im neu geschaffenen SGB II, die in der Praxis zur Begründung eigener Haushalte von Jugendlichen führte, was wiederum eine Änderung des SGB II erforderlich machte; vgl. den Diskussionsbeitrag von *Friehe*, in: Behrends/Schumann (Hrsg.), *Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht*, Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen n.F. Bd. 3, 2008, S. 84, 86.

76 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) v. 5.12.2006 (BGBl. I S. 2748).

77 Zu dieser Zielsetzung *Kaufmann*, Schrumpfende Gesellschaft. Vom Bevölkerungsrückgang und seinen Folgen, Frankfurt a.M. 2005, S. 161 ff.

78 Selbst der Vergleich von monatlichen Zahlen und die Einbeziehung der zeitlichen Verschiebung von Geburten im Lebensverlauf der Mütter erhellen das Bild nur schwach; vgl. auch *Neyer*, Eltern-

de institutionelle Vielfalt noch erhöht, macht er die Aufgabe der Wirksamkeitsforschung nicht unbedingt leichter.

b) Funktionalitätsprinzip und Rechtsdogmatik

So läßt zwar der funktional ausgerichtete Rechtsvergleich theoretisch eine Bewertung der gefundenen Lösungen mit Hilfe der Wirksamkeitsforschung zu, sein sozialpolitischer Ausgangspunkt tendiert durchaus zu einem sozialpolitischen Ergebnis. Jedoch ist die Gewinnung dieser Ergebnisse nicht nur praktisch schwierig. Sie läßt auch die Rolle des Rechts in den Hintergrund rücken. Das hängt zugegebenermaßen davon ab, wie diese Rolle aufgefaßt wird. Darauf wird zurückzukommen sein.⁷⁹ In jedem Fall stellt sich aber die Frage, ob nicht die aus der Funktionalität des Sozialrechts folgende Geeignetheit für den Rechtsvergleich zugleich eine Schwäche darstellt, die durch einen stärkeren Bezug auf rechtliche Aussagen und damit insbesondere auf die Rechtsdogmatik behoben werden kann.

Dabei geht es weniger um die Möglichkeiten, durch einen Rechtsvergleich unmittelbar Aussagen über die Auslegung bestehenden Rechts zu gewinnen. Und es geht nicht um die von *Häberle* betonte Rolle der Rechtsvergleichung als „fünfter Auslegungsmethode“,⁸⁰ jedenfalls wenn damit ein universell einsetzbares und eigenständiges Mittel für die Interpretation geltenden Rechts gemeint ist. Zwar liegt es auf der Hand, daß nicht immer schon die Rücksicht auf die Legitimationsbegründung des positiven Rechts einen Rückgriff auf rechtsvergleichende Erkenntnisse ausschließt.⁸¹ Das gilt etwa, wenn das auszulegende Recht selbst diese Möglichkeit explizit eröffnet, und ebenso dann, wenn der Gesetzgeber einen entsprechenden Willen geäußert hat. Entsprechende Ansätze wurden schon auf der Staatsrechtslehrertagung 1926 diskutiert.⁸² Es gilt insbesondere auch, wenn auf einer überstaatlichen Ebene geltendes Recht zu ermitteln ist: Zu denken ist etwa an die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Sinne des Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut oder an die allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Sinne von Art. 25 GG, wobei den genannten Vorschriften zugleich der Geltungsgrund für diese Grundsätze zu entnehmen ist. Parallel liegt der Fall der außervertraglichen Haftung der EG auf der

geld nur ein Teil in einem großen Puzzle – Sozialpolitik und ihr Effekt auf die Geburtenentwicklung in den nordischen Ländern, Demografische Forschung 2006, Nr. 2, S. 3 (<http://www.demografischeforschung.org/archiv/defo0602.pdf>).

79 Unten, III. 2. b).

80 *Häberle*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, JZ 1989, S. 913.

81 Vgl. dazu *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (Fußn. 70), S. 16 ff.

82 Vgl. *Nawiasky*, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1927), S. 25, 26 f., und die Beiträge hierzu von *Triepel*, S. 50, *Kaufmann*, S. 61, *Jelinek*, S. 59, a.a.O.

Grundlage des Art. 288 Abs. 2 EGV. Bekanntlich ist der EuGH darüber hinausgegangen, indem er – jedenfalls zunächst – ohne spezielle Rechtsgrundlage die Gemeinschaftsgrundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze⁸³ aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten⁸⁴ abgeleitet hat.⁸⁵

Die hier gemeinte Verbindung zwischen Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich ist demgegenüber weniger ambitioniert. Sie zielt nämlich nicht unmittelbar auf die Gewinnung von Auslegungsergebnissen. Sie ist aber zugleich umfassender. Denn sie ist nicht auf einzelne, einer vergleichenden Auslegung zugängliche Rechtsnormen bezogen. In ihrem Mittelpunkt soll vielmehr die Herausarbeitung der für die Anwendung des geltenden Rechts bestehenden inhaltlichen und strukturellen Prinzipien stehen. Dafür bedarf es, wie bereits ausgeführt wurde, ordnender Kriterien. Gerät dann aber nicht der Vergleich in einen Konflikt mit der Forderung, wonach der Rechtsvergleicher die „Ausgangsfrage [...] von allen dogmatischen Befangenheiten des eigenen Systems reinigen muß“⁸⁶? Auch im Sozialrecht wird mit Nachdruck vertreten, daß das einem Vergleich zugrundezulegende Ausgangsproblem außerrechtlich sein und von allen rechtlichen Anknüpfungen befreit werden müsse.⁸⁷ So richtig die Forderung nach einer neutralen Formulierung ist, so wenig trägt sie die Annahme, eine bestimmte Institution,⁸⁸ eine Handlungsform⁸⁹ oder gar ein Text⁹⁰ könnten nicht als Ausgangspunkt für einen Vergleich dienen. Im Gegenteil: Jedes Problem, für das Lösungsmöglichkeiten gesucht werden, wird in der Regel als solches erst durch die Beschäftigung mit einer bestimmten Rechtsordnung wahrgenommen.⁹¹ Wichtig ist nur, dieses Problem anschließend so

83 Grundl. EuGH v. 12.11.1969, Rs. 29/69 (Stauder), Slg. 1969, S. 419.

84 EuGH v. 17.12.1970, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Slg. 1970, S. 1125 Rdnr. 3.

85 Vgl. zur sehr knappen Begründungspraxis des EuGH *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl. Neuwied 2002, Art. 6 EUV, Rdnr. 34 und 39 mit Kritik an der „Methodentransparenz“; ähnlich *Beutler*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV, Bd. 1, 6. Aufl. Baden-Baden 2003, Art. 6 EU, Rdnr. 53, dessen Kritik die nicht ausreichende Legitimation umfaßt; relativierend hingegen *Halter*, Europarecht, Dogmatik im Kontext, 2. Aufl. Tübingen 2007, S. 524, nach dessen Ansicht dem EuGH „das Fehlen eines mit der deutschen Dogmatik vergleichbaren Systems zum Vorwurf“ gemacht wird.

86 *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (Fußn. 70), S. 34.

87 *Pieters*, Reflections on the Methodology of Social Security Law Comparison, in: Ruland/v. Maydell/Papier (Hrsg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats, FS für Zacher zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1998, S. 715, 726 ff.

88 Dazu *Zacher*, Vorfragen zu den Methoden des Sozialrechtsvergleichs, in: ders., Methodische Probleme der Sozialrechtsvergleichung (Fußn. 50), S. 21, 36 ff.

89 Vgl. zum Verwaltungsakt im deutsch-französischen Vergleich etwa *Starck* (Fußn. 51), JZ 1997, S. 1021, 1027. Dazu auch unten, Fußn. 220.

90 Vgl. *Sommermann*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, DÖV 1999, S. 1017, 1021 f.

91 Vgl. dazu grundl. *Esser* (Fußn. 44), AcP 172 (1972), S. 97, 103 ff., 110 ff.; für den Sozialrechtsvergleich *Graser*, Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit im föderalen Binnenmarkt?, Eine verfassungs-

zu formulieren, daß es von seiner positivrechtlichen Einbettung gelöst und auf eine abstraktere Ebene gehoben wird.⁹² Es geht also um nichts anderes als einen Induktionsschluß, wie er auch für die Verallgemeinerung jeder Hypothese gebraucht wird.⁹³ Hinter dem Beharren auf größtmögliche Abstraktion steht deshalb zumeist kein erkenntnistheoretisches, sondern ein anderes Anliegen, nämlich mit dem Vergleich ein möglichst weitgestecktes Ziel zu erreichen. Ebenfalls ungenau ist die Annahme, schon das Auffinden des Problems setze die Kenntnis möglichst vieler Rechtsordnungen voraus. Richtig ist, daß diese Kenntnis das Gespür für Probleme erleichtert. Vor allem aber ist sie wichtig für die Auswahl der Rechtsordnungen, die in einen Vergleich einbezogen werden sollen und natürlich auch für die Frage, ob ein Vergleich überhaupt das geeignete Mittel ist, um neue Erkenntnisse zu gewinnen.

Festzuhalten bleibt an dieser Stelle: Das Ziel und der Anstoß für die Formulierung eines Problems können auf die verschiedensten dogmatischen Fragen gerichtet sein, auch wenn diese zunächst dem nationalen Recht entstammen. Für das Auffinden des Vergleichsmaterials bedarf es der Rückführung auf ein gemeinsames Problem und damit der Übersetzung in ein dem Vergleich zugrundezulegendes Untersuchungsprogramm. Auch die Herausarbeitung von für die Systembildung tauglichen Prinzipien trägt funktionale Züge. Ob und wie diese Funktionalitäten zusammengeführt werden können, ist eine Frage, der im nächsten Schritt theoretisch nachgegangen werden soll.

III. Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Sozialrechtsdogmatik

Das „Recht von innen her verstehen“ zu wollen⁹⁴ und die Grundsätze herauszuarbeiten, die den „Antworten, die das Recht dem Leben gibt“⁹⁵, zugrundeliegen, kann nur in mehreren Schritten erfolgen. Zunächst bedarf es, ganz im Sinne der vorstehend erwähnten rechtsvergleichenden Ansätze, einer funktionalen Betrachtung. Sich Gedanken über die Antwortfunktion des Rechts zu machen, setzt voraus, die zugrundeliegende Nachfrage zu klären, also klarzustellen, welche Aufgabe das Recht lösen soll. Für das Sozialrecht formuliert kann die Frage lauten, warum der Staat soziale Leistungen gewährt oder warum er Einrichtungen vorhält und dazu gleiche Zugänge sichert. Das ist schon ein Ausschnitt aus einer übergeordneten Vorstellung der Ordnung einer politischen

und sozialrechtliche Untersuchung am Beispiel der Vereinigten Staaten von Amerika, Berlin 2001, S. 23 ff.

92 Beispiele dazu bei *Pieters*, in: Ruland/v. Maydell/Papier, FS Zacher (Fußn. 87), S. 715, 727 ff., und bei *Eichenhofer*, Einführung in die Sozialrechtsvergleichung, NZS 1997, S. 97, 99.

93 Dazu, daß ein solcher Schluß zwar nicht logisch, aber damit noch nicht fehlerhaft ist, *Canaris* (Fußn. 35), JZ 1993, S. 377, 383.

94 *Zacher*, in: Engel/Möschel, FS Mestmäcker (Fußn. 1), S. 529, 531.

95 *Zacher*, a.a.O., S. 529, 556.

Gemeinschaft und damit auch aus „dem Sozialen“⁹⁶: Denn die Fragestellungen gehen von bestimmten Grundfunktionen aus, und sie unterstellen das Vorhandensein bestimmter Einrichtungen, insbesondere einen handlungsfähigen Staat. Sie taugen aber als Ausgangspunkt, um auch diese Unterstellungen zu hinterfragen. Sie erlauben eine Stoffsammlung, um Vorstellungen über die Funktionen zu gewinnen, die dem Sozialrecht zugrundeliegen. Diese sind unmittelbar dem positiven Recht schon deshalb nicht oder nur unvollständig zu entnehmen, weil die Funktion einer bestimmten Regelung oft nicht klar, insbesondere mehrdeutig ist. Zudem muß die funktionelle Betrachtung, damit sie ordnende Wirkung hat, ihrerseits auf Annahmen beruhen, die zum Verständnis des Rechts beitragen können. Was ist das Prinzip, das der Regelungsnachfrage zugrundeliegt? Welche Regelungen müssen dementsprechend gemeinsam betrachtet werden? Wenn als Grundregel gelten soll, daß der Einzelne sich den Lebensunterhalt durch seine Arbeitskraft selbst verschafft,⁹⁷ wären etwa alle rechtlichen Regelungen, die nach Einbuße der Erwerbsfähigkeit einer Wiedereingliederung dienen,⁹⁸ zusammenfassend zu betrachten. Aufschluß über die zugrundeliegenden Fragestellungen wiederum geben die Vorstellungen über die Ordnung des menschlichen Zusammenlebens und die damit verbundenen Risiken, in diesem Sinne die Defizite, die erwartet werden, wenn rechtliche Normen zur Vermeidung dieser Risiken fehlen. Die Nähe dieser Überlegungen zu den Menschenrechten ist offensichtlich. Ob und wie aber das Recht reagiert, ist gerade im Sozialrecht in besonderem Maße abhängig von den in einer Gesellschaft herrschenden institutionellen und kulturellen Vorbedingungen.

Die Antworten, die das Sozialrecht als Reaktion auf bestimmte Defizite gibt, können also sehr unterschiedlich ausfallen. Das betrifft nicht nur das Niveau der sozialen Interventionen.⁹⁹ Es betrifft insbesondere auch die Ausgestaltung einzelner Leistungssysteme, d.h. von Regelungskomplexen, die einer oder mehreren konkreten sozialen Funktionen dienen.¹⁰⁰ Das zeigt sich besonders markant an der Gesundheitsversorgung, die

96 Vgl. zu einem umfassenderen Ansatz Zacher, Das „Soziale“ als Begriff des deutschen und europäischen Rechts, in: Das Soziale in der Alterssicherung, DRV-Schriften Bd. 66, Berlin 2006, S. 11 ff.

97 Zacher, Grundtypen des Sozialrechts, in: Fürst/Herzog/Umbach (Hrsg.), FS für Zeidler, Berlin u. a. 1987, S. 571ff.

98 Also unabhängig vom Leistungsgrund der kurzfristige wie langfristige Ausgleich einschließlich der Rückwirkung auf die soziale Sicherung selbst.

99 Das in der EU höchst unterschiedlich ist, wie etwa die vergleichende Betrachtung der Alterssicherungssysteme offenbart, vgl. nur den Überblick bei *European Commission*, Joint report on social protection and social inclusion 2007 – Social inclusion, Pensions, Healthcare and Long Term care, Brüssel 2008. Allerdings darf schon der Vergleichsansatz nicht zu eng gezogen werden. Insbesondere darf die Regulierung privatrechtlicher Sicherungen nicht außer Betracht bleiben, wenn Aufschluß über die Bedeutung einer öffentlichen Aufgabe der sozialen Sicherung gewonnen werden soll.

100 Vgl. aber auch zur Mehrdeutigkeit des Systembegriffs in diesem Zusammenhang Stolleis, System und Geschichtlichkeit des Sozialrechts, in: Becker/Kaufmann/v. Maydell/Schmähl/Zacher (Hrsg.),

selbst innerhalb der Europäischen Union nach ganz unterschiedlichen Grundmustern oder Modellen organisiert wird: Entweder als nationales Gesundheitssystem, also für alle Einwohner offen und steuerfinanziert, womit die Erforderlichkeit, Gesundheitseinrichtungen vorzuhalten und die Bevölkerung mit ihnen zu versorgen, also eine Funktion der klassischen Daseinsvorsorge,¹⁰¹ besonders gut zum Ausdruck kommt. Oder in Form der Sozialversicherung, die zumindest in Reinform nicht umfassend, sondern wegen ihrer Anknüpfung an eine Vorsorge selektiv ist und zudem zugleich eine eigene Ausgleichsfunktion besitzt.¹⁰² Die Grenzlinie zwischen den Modellen ist keineswegs immer klar zu ziehen¹⁰³ und zum Teil verwischt.¹⁰⁴ Sie verläuft im übrigen weder entlang einer groben sozialpolitischen Einteilung von Sozialmodellen¹⁰⁵ noch von Rechtskreisen¹⁰⁶.

Je nach Antwort unterscheiden sich auch die dem positiven Recht zugrundeliegenden Prinzipien. Um bei dem genannten Beispiel zu bleiben: Für die soziale Krankenversicherung spielt – zumindest möglicherweise – das Verhältnis zwischen Beitrag und Gesundheitsleistungen eine Rolle, für die nationalen Gesundheitsdienste – ebenfalls *a pri-*

Alterssicherung in Deutschland, FS für Ruland zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 2007, S. 123, 131.

- 101 Grndl. *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart 1938, S. 6; vgl. auch *ders.*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959, S. 22 ff. Vgl. aber zur Relativierung der Bedeutung dieses Begriffs nur *Becker*, EU-Beihilfenrecht und soziale Dienstleistungen, NZS 2007, S. 169 ff. m.w.N.
- 102 Die allerdings abhängig ist von der Ausgestaltung der Beitragsbemessung. So beruht der Vorschlag, feste Prämien statt einkommensbezogener Beiträge einzuführen, auf dem Gedanken, zwar nicht die individuellen Risiken zu berücksichtigen, aber im übrigen den sozialen Ausgleich in das Steuerrecht zu verschieben, vgl. nur Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen, Nachhaltige Finanzierung der Renten- und Krankenversicherung, Bonn 2004, S. 23 ff.
- 103 Vgl. zu den in Mittel- und Osteuropa existierenden Mischsysteme nur *Leienbach*, Zehn Jahre Transformationsprozeß in Mittel- und Osteuropa. Eine Bestandsaufnahme, in: v. Maydell/Nußberger (Hrsg.), Transformation von Systemen sozialer Sicherheit in Mittel- und Osteuropa. Bestandsaufnahme und kritische Analyse aus dem Blickwinkel der Rechtswissenschaft, Berlin 2000, S. 49, 52, 56; *Pitschas*, Die Bedeutung von Modellen für den Transformationsprozess, ebenda, S. 323, 333, 336.
- 104 Das gilt auch für die Finanzierung: So wird etwa der englische NHS auch durch Beiträge, wenn auch nur in relativ geringem Umfang, die französische Sozialversicherung auch durch eine steuerähnliche Abgabe und die deutsche Krankenversicherung auch durch staatliche Zuschüsse finanziert.
- 105 *Esping-Andersen*, The Three Worlds of Welfare Capitalism, Cambridge 1990. Obwohl *Esping-Andersen* selbst mittlerweile die Aussagekraft dieses Modells relativiert hat, erfreut es sich in sozialpolitischen Vergleichen zumindest als Ausgangspunkt nach wie vor ungebrochener Beliebtheit. Vgl. zu einer sozialpolitischen Einteilung europäischer Länder mit Differenzierungen *Obinger/Castles/Leibfried*, Introduction, in: dies. (eds.), Federalism and the Welfare State, Cambridge 2005, S. 1, 23 ff.
- 106 *David/Grasmann*, Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, 2. Aufl. München 1988.

ori – hingegen nicht.¹⁰⁷ Will man das Sozialrecht verstehen, führt damit kein Weg an der konkreten Ausgestaltung der Sozialleistungssysteme vorbei. Anders als zumindest in manchen Kernbereichen des Privatrechts¹⁰⁸ ist ein unmittelbarer Rückschluß von der Antwortfunktion auf die für die Antwort eingesetzten rechtlichen Prinzipien nicht möglich. Vielmehr existiert eine Zwischenebene. Auf ihr wird über die institutionelle Ausgestaltung entschieden. Diese Entscheidung ist nicht rechtlich, sondern politisch gesteuert. Ihr liegen zwar, wie vorstehend ausgeführt, normative Grundüberlegungen zugrunde. Sie selektiert aber zugleich wie ein Filter das konkret zum Einsatz kommende Recht. Damit ist zwar ein nur rechtlich ansetzender Rückschluß von der Ausgestaltungsebene auf die den Ausgangspunkt bildende Nachfrageebene wenig sinnvoll, aber es kann zumindest der Versuch unternommen werden, die Optionen für die politische Entscheidung auf der Zwischenebene anzugeben. Zugleich muß zunächst den Eigenheiten des Sozialrechts auf der Ausgestaltungsebene nachgegangen werden. Soll es nicht bei einem Sozialpolitikvergleich bleiben, ist die Betrachtung dieser Ebene für die Gewinnung von rechtsvergleichenden Erkenntnissen entscheidend. Funktionale Zusammenhänge bleiben erkenntnisleitend, sind aber auf zwei verschiedenen Stufen zu berücksichtigen. Das kann ein rechtsordnungsinterner Vergleich offenlegen: Er ermöglicht, ausgehend von den funktionalen Eigenheiten des Sozialrechts, die Herausarbeitung möglicher dogmatischer Eigenheiten (Binnenfunktionalität). Wenn die Untersuchung zugleich die Bedingungen für die Erfüllung der hinter dem Sozialrecht stehenden Funktionalität (Außenfunktionalität) und damit einen Durchgriff ermöglicht, erweist sich auch der rechtsordnungsübergreifende Vergleich als lohnend.

1. Wechselbezüglichkeit I: Sozialrechtsdogmatik und rechtsordnungsinterner Vergleich

Das Sozialrecht ist wie jedes Rechtsgebiet in eine Gesamtrechtsordnung eingebunden. Es muß in Zeiten moderner Verfassungsstaatlichkeit auch verfassungsrechtlichen Vorgaben genügen, ebenso in Zeiten der erneut zunehmenden Internationalisierung, d.h. der Zunahme grenzüberschreitender Lebensvorgänge, überstaatlichen Vorgaben. In der Europäischen Union ist damit insbesondere die Bindung an das europäische Gemein-

107 Wobei Beachtung verdient, daß einige Gesundheitsdienste nicht nur durch Steuern, sondern in relativ geringem Maße auch durch Beiträge finanziert werden.

108 Nämlich dort, wo es um die unmittelbare Ordnung des zwangsläufig aufeinander abzustimmenden Austauschverhaltens geht; vgl. *Kötz/Flessner*, Europäisches Vertragsrecht, Band I: Abschluß, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages. Die Beteiligung Dritter am Vertrag, Tübingen 1996, und in historisch-vergleichender Perspektive *Zimmermann*, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996. Spätestens wenn Recht institutionelle Voraussetzungen für die Regelung von Lebensvorgängen schaffen muß, wie etwa im Gesellschaftsrecht, wird der Zusammenhang zwischen Ausgangsproblem und rechtlicher Lösung ein mittelbarer.

schaftsrecht angesprochen, ohne aber die völkerrechtlichen Vorgaben übersehen zu dürfen. Den verschiedenen Regelungsebenen stehen Dogmatiken auf den jeweiligen Ebenen gegenüber. Wie schon das Verhältnis der Schichten oder Stufen des positiven Rechts ist in noch stärkerem Maße das Verhältnis dieser Dogmatiken zueinander, das dogmatische Mehrebenensystem insgesamt, nicht durch starre Hierarchien,¹⁰⁹ sondern durch Wechselbezüglichkeit geprägt.¹¹⁰ Das ist eine epistemologische Herausforderung für die Systematisierung.¹¹¹ Die Stufung ermöglicht und erfordert aber zugleich, zwei hinter der Systematisierung stehende Erkenntnisziele zu verfolgen: Zum einen, den Blick von unten nach oben richtend, das Sozialrecht als Referenzgebiet zur Erklärung der allgemeinen Dogmatik heranzuziehen, zum anderen, in umgekehrter Blickrichtung, das Maß der nötigen Rückbindung der Sozialrechtsdogmatik an die Verfassungs- und Gemeinschaftsrechtsdogmatik zu bestimmen. Beide Vergleiche ermöglichen – zunächst beschränkt auf eine bestimmte Rechtsordnung – zugleich, die Spezifika des Sozialrechts herauszuarbeiten.

a) Das Sozialrecht als Referenzgebiet

Zunächst soll es darum gehen, was die allgemeine Dogmatik aus den Besonderheiten des Sozialrechts lernen kann. Die Beschäftigung mit verschiedenen sozialrechtlichen Fragen legt in dieser Hinsicht einige Rückschlüsse nahe, die helfen können, die Bedeutung dogmatischer Leitbegriffe besser auszuleuchten und diese Begriffe stärker zu konturieren.

So dürfte sich die im Verlaufe der Zeit immer wieder einmal stärker betonte,¹¹² einmal stärker relativierte Unterscheidung¹¹³ zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung¹¹⁴ durchaus praktisch auswirken. Ein gutes Beispiel bietet die Verlagerung des Familienlastenausgleichs vom Sozialrecht in das Steuerrecht.¹¹⁵ Wer erwartet hätte, daß damit eine rigidere Handhabung einiger der gleich gebliebenen Voraussetzungen für die

109 Wenn auch eine der Dogmatik inhärente Hierarchie nicht nach dem jeweiligen Inhalt, sondern nur nach dem Grad der Abstraktion vom positiven Recht aufgebaut sein müßte, führt die Verwobenheit der Dogmatik mit dem positiven Recht doch zugleich zu einer mittelbar aus dem jeweiligen Geltungsanspruch der in Bezug genommenen Normen ableitbaren Hierarchisierung nach Gegenständen.

110 *Schmidt-Aßmann*, Zur Funktion des allgemeinen Verwaltungsrechts, DV 27 (1994), S. 137, 148; ebenso *Möllers*, § 3 Methoden, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, Methoden Maßstäbe Aufgaben Organisation, München 2006, S. 121, 148 ff., Rdnr. 30 ff.

111 Vgl. bereits oben, II 1. a).

112 *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd. 1, 9. Aufl. München 1966, S. 341.

113 *Bachof* (Fußn. 4), VVDStRL 30 (1972), S. 193, 213.

114 Skeptisch dazu allerdings gerade im Hinblick auf das Sozialrecht *Schnapp*, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DÖV 1986, S. 811.

115 § 31 EStG.

Leistung bzw. nun die Verschonung von der Belastung einhergehen würde, sah sich zumindest teilweise getäuscht.¹¹⁶ Ein aufschlußreiches Beispiel stellt die Anerkennung einer Ausbildung von Kindern im Ausland¹¹⁷ dar. In diesem Zusammenhang spielen die Kriterien zur Anerkennung von Auslandssprachkursen als Berufsausbildung¹¹⁸ eine entscheidende Rolle. Bei ihrer Auslegung erweisen sich die Finanzgerichte¹¹⁹ als großzügiger als die zuvor zur Entscheidung zuständigen Sozialgerichte¹²⁰. Vieles spricht dafür, daß sich dabei die hinter den jeweiligen Regelungen stehenden Konzeptionen auswirken: Während der Staat sozialrechtlich etwas gewährt – wenn auch auf der Grundlage einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung,¹²¹ die aber der gesetzlichen Konkretisierung bedarf –, so greift er bei der Besteuerung in eine grundrechtlich geschützte Freiheit ein und unterliegt den strengeren und individuell ausgerichteten Anforderungen an die Rechtfertigung dieses Eingriffs. Die tatsächliche Reichweite dieser Unterschiede verdient eine nähere Erforschung, die zugleich etwas über unterschiedliche Fachkulturen und pragmatische Anwendungsvoraussetzungen¹²² aussagen könnte.

Ein weiteres Beispiel betrifft eine grundsätzlichere Kategorisierung des Rechts, die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht. Sowohl die Ziehung der Grenzlinie als auch die Aussagekraft der jeweiligen Zuordnung sind über lange Zeit zweifelhaft geblieben. Hinter der Unterteilung stehen zwar typischerweise unterschiedlich angelegte Rechtsbeziehungen und dementsprechend verschiedene, diese Beziehungen ordnende Prinzipien, die Privatautonomie einerseits,¹²³ die hoheitliche Gewalt rechtfertigen

116 Vgl. auch *Felix*, Kindergeldrecht. Kommentar, München 2005, Einf. Rdnr. 12: „Mittlerweile bestehen deutliche Divergenzen zwischen finanz- und sozialgerichtlicher Rechtsprechung, die das Bestreben nach einheitlicher Handhabung des Kindergeldrechts erheblich erschweren dürften.“

117 §§ 62 I Nr. 1; 63 I 3 EStG, § 8, 9 AO (1977).

118 I. S. v. § 32 IV 1 Nr. 2 lit. a EStG.

119 Vgl. FG Nürnberg, Urt. v. 15.12.1997 - V 318/97; FG Thüringen, Urt. v. 21.10.1998, III 139/37; FG Brandenburg, EFG 1998, S. 1336; FG Hamburg, EFG 1998, S. 1014; FG Thüringen, DStRE 1998, S. 633; BFH, Urt. v. 9.6.1999 - VI R 24/99 (NV); FG Thüringen, EFG 1998, S. 954; BFH, NJWE-FER 1999, S. 310; FG Nürnberg, DStRE 1999, S. 345; BFH, NJW 1999, S. 3214; BFH, Urt. v. 9.6.1999 - VI R 4/99 (NV); FG Bremen, Urt. v. 24.2.2000 - 499114K 1; BFH, NV 2000, S. 25 (NV); BFH, NV 2006, S. 2256 (alle ohne Fundstelle zitierten Entscheidungen im Internet unter juris.de).

120 Vgl. BSG, Urt. v. 30.1.73, 7 RKg 28/70; LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 24.8.1993, L 1 Kg 83/93; BSG, Entscheidung v. 22.06.1994 - 10 RKg 30/93; BSG, NZS 1995, S. 189 (alle ohne Fundstelle zitierten Entscheidungen im Internet unter juris.de).

121 Nämlich von Art. 6 GG; vgl. dazu *Lehner*, Einkommenssteuerrecht und Sozialhilferecht – Bausteine zu einem Verfassungsrecht des sozialen Steuerstaates, Tübingen 1993, S. 307 ff.; *Pechstein*, Familiengerechtigkeit als Gestaltungsgebot für die staatliche Ordnung – Zur Abgrenzung von Eingriff und Leistung bei Maßnahmen des sog. Familienlastenausgleichs, Baden-Baden 1994, S. 140 ff.

122 Vgl. dazu oben, I. 1. a).

123 Vgl. *F. v. Hippel*, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik. Studien zur Rechtsmethode und zur Rechtskenntnis, Frankfurt a.M. 1964, S. 19.

tigende und zugleich beschränkende Gemeinwohlorientierung¹²⁴ andererseits. Jedoch sind die daraus abzuleitenden Folgen alles andere als klar. Alleine die – je nach Sichtweise und Entwicklung – mit einer Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder mit einer Privatisierung¹²⁵ angesprochenen Phänomene, insbesondere die Gewährleistungsverantwortung¹²⁶, lassen sich im Sozialrecht in vielfältiger und vielfacher Weise beobachten.¹²⁷ Schon immer war nämlich der Bedarfe deckende Staat auf ein Zusammenwirken mit Privaten angewiesen, er hat die ursprünglich bestehenden, der Unterstützung Bedürftiger dienenden gesellschaftlichen Beziehungen öffentlich-rechtlich überformt,¹²⁸ ohne aber die zentrale Aufgabe der Gewährung von Sach- und Dienstleistungen völlig in die eigene Hand zu nehmen.¹²⁹

Das Sozialrecht läßt nicht nur Aufschluß über das Zusammenwirken staatlicher und privater Akteure zu, sondern ermöglicht auch den unmittelbaren Vergleich zwischen dem Einsatz privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Regeln für die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe. Das ist dem Nebeneinander von sozialer und privater Pflegeversicherung zu verdanken.¹³⁰ Mit ihm konnte die in der Krankenversicherung bestehende Marktaufteilung auf die Pflegeversicherung erstreckt werden, allerdings auf Kosten der

124 Die zu einer Theorie der Herrschaftsformen führen kann, dazu *Lepsius*, Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?, Eine deutsche Perspektive: Von der Staatstheorie zur Theorie der Herrschaftsformen, EuGRZ 2004, S. 370, 376 ff.

125 Dazu nur *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe. Staatsaufgabendogmatik – Phänomenologie – Verfassungsrecht, Tübingen 1999.

126 Dazu *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung – Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, Tübingen 1998; *Franzius*, Gewährleistung im Recht. Vorüberlegungen zur rechtlichen Strukturierung privater Gemeinwohlbeiträge am Beispiel des Umweltschutzes, Berlin 2002, S. 2 ff.; *Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 266, 291 ff., 304 ff.

127 Vgl. den Diskussionsbeitrag von *Zacher* (Fußn. 126), VVDStRL 62 (2003), S. 336, 349 f. Vgl. aber auch *Schoch*, Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Verwaltungsrechtslehre und Staatsrechtslehre, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, DV Beih. 7, Berlin 2007, S. 177, 207 f.

128 Insbesondere hat die Errichtung von Sozialversicherungsträgern in Form von Selbstverwaltungseinrichtungen die Risikovorsorge weitgehend von der gesellschaftlichen in die staatliche Sphäre verschoben, vgl. dazu und zu der Kritik von *Wertenbruch* (Sozialversicherung?, in: Gitter/Thieme/Zacher (Hrsg.), Im Dienst des Sozialrechts, FS für Wannagat zum 65. Geburtstag, Köln u. a. 1981, S. 687, 701), die Sozialversicherungsträger hätten „für das Linsengericht einer von Staat abgeleiteten ‚Hoheitsgewalt‘ ... ihre gesellschaftliche Erstgeburt verleugnet“, *Becker*, Organisation und Selbstverwaltung der Sozialversicherung, in: v. Maydell/Ruland/Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 4. Aufl. Baden-Baden 2008, § 13 Rdnr. 3 f.

129 Und auch die rechtliche Verantwortung für die Sozialleistungsgewährung kann zumindest primär spezielle Einrichtungen treffen; vgl. zum Sicherstellungsauftrag der Kassenärztlichen Vereinigungen § 75 SGB V, wobei dieser Auftrag durch die zunehmenden unmittelbaren Vertragsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Ärzten in Frage gestellt wird.

130 Eingeführt durch das Pflegeversicherungsgesetz v. 26.05.1994 (BGBl. I, S. 1014, 2797).

weit an den Rand gedrängten Privatautonomie in der privaten Sicherung.¹³¹ Beide Versicherungen verfolgen eine weitgehend identische Zielsetzung, die durch gesetzliche Vorgaben abgesichert wird, ihre Ausgestaltung folgt aber einerseits sozialrechtlichen, andererseits versicherungsrechtlichen Vorschriften.¹³² Hier läßt sich nun beobachten, welche tatsächlichen Unterschiede mit der Anwendung des Verwaltungsverfahren- und des Vertragsrechts verbunden sind, etwa wenn es um die Korrektur von Einschätzungen oder die Berücksichtigung geänderter Verhältnisse geht.¹³³ Und einen weiteren Vergleich ermöglicht die gegenwärtige Konstruktion: Weil die Sozialgerichte auch über Angelegenheiten der privaten Pflegeversicherung entscheiden,¹³⁴ ließe sich fragen, ob es Unterschiede bei der Anwendung des Privatrechts zwischen Verwaltungs- und Zivilgerichten gibt.

Die Eigenheiten einer Rechtsmaterie spielen nicht nur nachvollziehend für die Gesetzesanwendung, sondern auch für die Gesetzgebung eine wichtige Rolle. Das zeigt ein Blick auf das Krankenversicherungsrecht. Hier hat der Gesetzgeber ganz grundsätzliche und weitreichende Änderungen durch den Einbau neuer Wahlmöglichkeiten vorgesehen. Das gilt zugunsten der Versicherten¹³⁵ und hat einen Wettbewerb zwischen den Krankenkassen zur Folge,¹³⁶ mittlerweile auch verstärkt zwischen Kassen und privaten Versicherungsunternehmen.¹³⁷ Wahlmöglichkeiten bestehen zugleich auch für die

131 Krit. dazu *Isensee*, Sozialversicherung über Privatversicherer – Rechtsprobleme der privaten Pflegeversicherung, in: Heinze/Schmitt (Hrsg.), FS für Gitter zum 65. Geburtstag, Wiesbaden 1995, S. 401, 406 f.

132 Woraus das BVerfG gefolgert hat, der Gesetzgeber habe sich auf unterschiedliche Kompetenzvorschriften stützen können, vgl. BVerfGE 103, 197, 217 ff. (zur Zulässigkeit der auf Art. 74 I Nr. 11 GG gestützten privaten Pflegeversicherung und auch zur Zulässigkeit einer „Volksversicherung“); 103, 271, 287 ff. (zum fehlenden Wahlrecht der privat Krankenversicherten).

133 Vgl. zur Einstufung der Leistungszusage als deklaratorisches Schuldanerkenntnis und zum weitgehenden Fehlen einer gerichtlichen Kontrolle des „Zweitgutachtens“ auf der Grundlage des § 64 VVG BSGE 88, 262 = SozR 3-3300 § 23 Nr. 5; BSGE 88, 268 = SozR 3-3300 § 23 Nr. 6; krit. zu dem letztgenannten Punkt *Bastian*, Die Rechtsnatur der Leistungszusage und die Bedeutung ärztlicher Feststellungen in der Privaten Pflegeversicherung, NZS 2004, S. 76, 80 ff.; dagegen wiederum BSG v. 22.7.2004, B 3 P 6/03 R; vgl. zur Änderung als Anlaß für eine neue Begutachtung auch BSG v. 23.7.2002, B 3 P 9/01 R. Keine Bindung entfaltet die Leistungszusage eines privaten Trägers für eine Pflegekasse im Fall des späteren Wechsels in die soziale Pflegeversicherung, vgl. BSG v. 13.5.2004, B 3 P 3/03 R (alle ohne Fundstelle zitierten Entscheidungen im Internet unter www.bsg.de).

134 Auf der Grundlage des § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG.

135 Mit dem Gesundheitsstrukturgesetz v. 21.12.1992 (BGBl. I, S. 2266, 2291).

136 Ausf. Überblick für die ersten Jahre bei *Becker*, Maßstäbe für den Wettbewerb unter den Kranken- und Pflegekassen, in: Soziale Sicherheit und Wettbewerb, SDSRV 48 (2001), S. 7 ff.

137 Auf der Grundlage des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz v. 26.3.2007 (BGBl. I, S. 378); vgl. dazu etwa *Isensee*, Wahltarif „Krankenhauskomfort“, NZS 2007, S. 449 ff.; *Kingreen*, Die Annäherung von gesetzlicher und privater Krankenversicherung aus europarechtlicher Perspektive, ErsK 2007, S. 112 f.; *ders.*, Soziale und private Krankenversicherung – Gemeinschaftsrechtliche Implikationen eines Annäherungsprozesses, ZESAR 2007, S. 139 ff.; *Axer*, Einbeziehung der PKV in die

Krankenkassen selbst, wenn diese nämlich Leistungen nachfragen: Das SGB V sieht zunehmend Spielräume für Einzelverträge vor, was zu einem Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern führt,¹³⁸ zum Teil vermittelt durch die Zugehörigkeit zu bestimmten Gruppen von Erbringern.¹³⁹ Dennoch besteht eine ganz offensichtliche Unsicherheit darüber, wie diese in das Leistungssystem eingebundenen Wettbewerbssituationen reguliert werden sollen.¹⁴⁰ Der EuGH hat sich zurückhaltend gezeigt¹⁴¹ und insofern dem Gesetzgeber die Beantwortung dieser Frage nicht abgenommen.¹⁴² Die Unsicherheit resultiert aus der Begegnung zweier unterschiedlicher Rechtsmaterien,¹⁴³ des Sozialrechts mit dem Wettbewerbsrecht. Berührungen zwischen diesen Materien sind verstärkt zu beobachten. Sie werden nicht nur von außen aus wirtschaftspolitischen Erwägungen an Sozialleistungssysteme herangetragen, sondern auch vom Gesetzgeber gezielt eingesetzt, ohne deshalb das Sozialrecht zu einem Wirtschaftsrecht¹⁴⁴ mutieren zu lassen.¹⁴⁵ Kern des Problems ist dementsprechend, ob und wie nach wie vor bestehende

GKV, Standard- und Basistarif als Gegenstand der Sicherstellung in der vertragsärztlichen Versorgung, MedR 2008, S. 482 ff.; *Huber*, Die Wahltarife im SGB V. Verfassungs- und unionsrechtliche Zulässigkeit, Berlin 2008.

- 138 Verstärkt durch das vorstehend genannte GKV-WSG; dazu die Beiträge in: Pitschas (Hrsg.), Gesetzliche Krankenversicherung und Wettbewerb. Auf dem Weg zu einer wirklichen Gesundheitsreform, Frankfurt a.M., Berlin u. a. 2008; ferner *Becker*, Das Wettbewerbsstärkungsgesetz – eine verfassungsrechtliche Bewertung, ZMGR 2007, S. 101 ff.; *Krogull*, Wettbewerbsstrukturen im Selbstverwaltungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung. Verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Vorgaben, Baden-Baden 2008, S. 63 ff. u. 133 ff.
- 139 Das ist jedenfalls derzeit die durch die sog. hausarztzentrierte Versorgung (§ 73b SGB V) herbeigeführte Situation, die Sonderverträge mit Hausärzten vorsieht und im Ergebnis wegen der damit verbundenen Verschiebungen in der Honoraraufteilung innerhalb der Kassenärztlichen Vereinigungen den zwangsweisen Zusammenschluß aller Vertragsärzte aufspaltet und damit die Funktion der Vereinigungen als Verhandlungspartner im Rahmen eines neokorporatistischen Arrangements untergräbt.
- 140 Das zeigt sich an den in den letzten Jahren erfolgten Änderungen des § 69 SGB V: vom völligen Ausschluß des Wettbewerbsrechts bis zur Anordnung dessen partieller Anwendbarkeit; vgl. dazu nur *Becker/Kingreen*, in: dies. (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung. Kommentar, München 2008, § 69 Rdnr. 40 ff.
- 141 Vgl. EuGH Rs. C-264/01 u.a. (AOK Bundesverb. u.a.), Slg. 2004, I-2493; Rs. C-205/03 (Fenin), Slg. 2006, I-6295: Danach sind soziale Tätigkeiten keine unternehmerischen, und die Nachfrage zur Deckung eines Bedarfs, der begründet wird aus einem sozialen Angebot, teilt die Qualifikation des Angebots.
- 142 Dazu *Becker*, Das Gemeinschaftsrecht, die deutschen Sozialleistungssysteme und die Debatten um deren Reform, in: ders./Boecken/Nußberger/Steinmeyer (Hrsg.), Reformen des deutschen Sozial- und Arbeitsrechts im Lichte supra- und internationaler Vorgaben, Baden-Baden 2005, S. 15, 23 ff.
- 143 Dazu *Kingreen*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des GKV-Modernisierungsgesetzes, MedR 2004, S. 188, 188 f.
- 144 Vgl. *Hänlein*, Sozialrecht als Wirtschaftsrecht?, NZS 2003, S. 617 ff.

Eigenheiten des Sozialrechts mit der Anwendung des Wettbewerbsrechts vereinbart werden können oder ob es zur Regulierung eines besonderen Sozialwettbewerbsrechts bedarf.

Für alle angesprochenen Beispiele gilt, daß die Methode, die der Erkenntnisgewinnung dient, die des Vergleichs ist. Vergleiche sind aber nicht nur auf einer horizontalen Ebene, sondern auch zwischen den Ebenen denkbar und sinnvoll. Insbesondere ist von Interesse, wieweit Eigenheiten einer speziellen Rechtsmaterie die Anwendung verfassungs- und auch gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften beeinflussen. Zu denken ist beispielsweise an den Gleichheitssatz, der, was die Bildung von Vergleichsgruppen angeht, etwa im Steuerrecht, aber auch im Sozialrecht eine bereichsspezifische Auslegung erfährt.¹⁴⁶

b) Rückbindung an die allgemeinere Rechtsdogmatik

Das zuletzt genannte Beispiel leitet über zu dem zweiten Punkt, nämlich der Rückbindung der Sozialrechtsdogmatik an die allgemeine Rechtsdogmatik. Dahinter verstecken sich zwei Phänomene. Zum einen das Verhältnis von besonderem zu allgemeinem Verwaltungsrecht, zum anderen das Verhältnis des Verwaltungs- zum Verfassungs- und auch zum Gemeinschaftsrecht. Hinter dem zuerst genannten Verhältnis steht nicht zugleich ein Rangverhältnis, vielmehr bezieht sich dieses ausschließlich auf unterschiedliche Abstraktionsgrade. Weil sich aber das besondere Recht, wenn auch in spezifischer Ausgestaltung, den allgemein in einer Rechtsordnung vorhandenen Mustern bedienen wird, insbesondere wenn es um Handlungs- und Organisationsformen geht, muß auch die allgemeine Verwaltungsrechtsdogmatik in einer Sozialrechtsdogmatik ihren Platz finden.¹⁴⁷ Da sie nicht an bestimmte Aufgabenbereiche gebunden ist,¹⁴⁸ kommen in ihr allgemeinere Prinzipien¹⁴⁹ zum Ausdruck, was die Ordnungsbildung und damit die Systematisierung erleichtert – wenn sie nicht gar „Sonderinteressen diszipliniert“¹⁵⁰, weil sie der materienspezifischen Dogmatik ein von konkreten Inhalten gelöstes Korsett zu geben vermag.

145 Dazu, daß die Krankenkassen auch nach dem GKV-WSG (vgl. Fußn. 137) soziale Tätigkeiten durchführen *Roth*, Rabattvereinbarungen zwischen Krankenkassen und Pharmaunternehmen, in: Felix (Hrsg.), Auswirkungen des GKV-WSG auf Versorgungsstruktur und Wettbewerbsordnung, Münster, Hamburg u.a. 2008, S. 111, 132 ff.

146 Vgl. BVerfGE 110, 412 (zum Kindergeld).

147 Dazu jetzt auch *Kingreen/Rixen*, Sozialrecht: Ein verwaltungsrechtliches Utopia?, DÖV 2008, S. 741 ff.; ferner die Beiträge von *Rixen*, *Kingreen*, *Wißmann* und *Hufen*, DV 42 (2009), H. 3 (S. 309 ff, 339 ff., 377 ff. und 405 ff.).

148 *Bachof* (Fußn. 4), VVDStRL 30 (1972), S. 193, 225.

149 *Canaris* (Fußn. 35), JZ 1993, S. 377, 382 ff.

150 So *Schmidt-Aßmann* (Fußn. 110), DV 27 (1994), S. 137, 146 f.

Das zweitgenannte Verhältnis ist zwar ebenfalls durch unterschiedliche Abstraktionsstufen geprägt, aber auch bei der Herausarbeitung einer Dogmatik darf der unterschiedliche Rang der jeweils in Bezug genommenen Normen nicht unberücksichtigt bleiben. Wo höherrangiges Recht Spielräume für materienspezifische Besonderheiten läßt, können sich die genannten funktionalen Eigenheiten entfalten. Wo aber höherrangiges Recht die Beachtung bestimmter Prinzipien verlangt, müssen sich auch besondere Funktionalitäten diesem Geltungsanspruch unterordnen.¹⁵¹ Das ist die eine Seite bzw. der Blick von der Spitze auf die Basis der Normenpyramide. Für die umgekehrte Blickrichtung kommt der Satz in den Sinn, wonach Verwaltungsrecht konkretisiertes Verfassungsrecht darstellt.¹⁵² Schon seit den Anfängen der Verwaltungsrechtswissenschaft ist bekannt, daß verfassungsrechtliche Vorgaben der Konkretisierung bedürfen und daß viele verwaltungsrechtliche Vorschriften Ausprägungen verfassungsrechtlicher Prinzipien sind.¹⁵³ Dennoch ist bei der in den letzten Jahren weit verbreiteten Bezeichnung der Konstitutionalisierung¹⁵⁴ große Vorsicht geboten. Denn mit ihr ist die Gefahr verbunden, einfaches Gesetzesrecht durch Hochzonung zu versteinern und damit politische Spielräume übermäßig zu verengen. Ein gutes Beispiel dafür bietet auf dem Gebiet des Sozialrechts die Einführung des SGB II.¹⁵⁵ Denn der weitgehend pauschalierten Grundsicherung für Arbeitsuchende¹⁵⁶ ist entgegengehalten worden, sie verstoße gegen das Individualisierungsprinzip und sei deshalb verfassungswidrig. Das genannte Prinzip war vom BVerwG aus den Regelungen des BSHG abgeleitet worden.¹⁵⁷ Es löst sich damit durch Abstraktion vom positiven Recht, gewinnt aber auf diese Weise keine

151 Dafür ließen sich im Sozialrecht unzählige Beispiele finden. Vgl. zu möglichen verfassungsrechtlichen Grenzen für die Reform der Krankenversicherung nur *Schräder*, Bürgerversicherung und Grundgesetz. Verfassungsrechtliche Grenzen der Ausweitung von Versicherungspflicht und Beitragsbemessungsgrundlage in der gesetzlichen Krankenversicherung, Baden-Baden 2008; *Pitschas*, Die Gesundheitsreform 2007 – Verfassungskonformer Einstieg in den Systemwechsel der GKV, GesR 2008, S. 64 ff. Jetzt auch grundsätzlich die Beiträge in v. *Arnault/Musil*, Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts, 2009.

152 *Werner*, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, S. 527.

153 Vgl. nur *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I, Leipzig 1895, S. 119.

154 Vgl. etwa *Schuppert/Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des „einfachen“ Rechts, Baden-Baden u. a. 2000.

155 Durch das Vierte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 24.12.2003 (BGBl. I, S. 2954). Vgl. dazu nur *Becker*, „Hartz IV“ und was sich dahinter verbirgt – Ziele, Inhalt und Bewertung des SGB II, in: Tomandl/Schrammel (Hrsg.), Sicherung von Grundbedürfnissen, Wien 2007, S. 23 ff.

156 Durch §§ 19 und 20 SGB II, während das frühere Sozialhilferecht laufende und einmalige Leistungen vorsah (§ 21 BSHG). Nach wie vor ergibt sich allerdings eine Individualisierung durch die Übernahme der Unterkunft- und Heizungskosten nach § 22 SGB II, während andere Rechtsordnungen, etwa die österreichische, entsprechende Differenzierungen nicht vorsehen.

157 Vgl. dazu *Rothkegel*, Die Strukturprinzipien des Sozialhilferechts. Bestand, Bedeutung und Bewertung, Baden-Baden 2000, S. 41 f.

Rechtsnormqualität; denn die höhere Abstraktionsstufe darf nicht mit einer höheren Stufe in der Normenhierarchie verwechselt werden.

2. Wechselbezüglichkeit II: Sozialrechtsdogmatik und rechtsordnungsübergreifender Vergleich

a) Schwierigkeiten der Systembildung

Die Warnung davor, den Gesetzgeber zu stark an sein vorangegangenes Handeln zu binden und die Einsicht, daß es möglich sein muß, bestehende Regelungen auch ganz grundsätzlich zu ändern, lassen ein erstes grundsätzliches Problem hervortreten, das mit dem Versuch der dogmatischen Durchdringung des Sozialrechts verbunden ist.

Auf dieses Problem hatte schon *Wieacker* hingewiesen. Er war der Meinung, daß dann, wenn „der Zusammenhang mit den sozialen Interessen so am Tage“ liegt wie „in weiten Bereichen der Rechtsanwendung durch die Exekutive und die Verwaltungs-, Arbeits- und Sozialgerichte [...] selbständige Dogmatik [...] eine bestimmende oder beherrschende Funktion kaum entwickelt“.¹⁵⁸ Auch wenn sich diese Feststellung unmittelbar auf eine Beeinflussung des Gesetzgebers durch die Rechtswissenschaft bezog: Ihr liegt der Umstand zugrunde, daß das positive Recht weniger nach Prinzipien als nach einer bestimmten Zwecksetzung ausgerichtet ist, es zudem oft kompromißhaften Charakter trägt, weil verschiedene Interessen ausgeglichen oder zumindest berücksichtigt werden müssen. Diese Beobachtung gilt gerade für das Sozialrecht, das sich durch seine Funktionalität auszeichnet.¹⁵⁹ Damit geht ein großer Änderungsbedarf einher, der wiederum dazu führt, daß immer neue Gesetze erlassen werden, deren bloße Erfassung alleine schon eine atemberaubende Aufgabe darstellt.

Hier droht also das, was mittlerweile selbst für das Privatrecht befürchtet worden ist,¹⁶⁰ daß nämlich der Versuch einer Systematisierung zum Scheitern verurteilt ist. Jedoch ist das Bild damit aus zwei Gründen zu schwarz gemalt. Zunächst dürfen schon die Erwartungen an die Systematisierung selbst nicht überspannt werden. Die Annahme, alles Recht habe eine natürliche Ordnung, ist überholt,¹⁶¹ sofern sie denn überhaupt

158 *Wieacker*, in: Bubner/Cramer/Wiehl, Hermeneutik und Dialektik II, FS Gadamer (Fußn. 18), S. 311, 316.

159 Vgl. dazu auch *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland. Ein Grundriß, Stuttgart 2003, S. 1, 53, 110 f., 321.

160 Vgl. die Beiträge von *Ernst*, Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, und *Fleischer*, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als wissenschaftliche Disziplin – Das Proprium der Rechtswissenschaft, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007, S. 3 ff. und 50 ff.

161 So *Reimann*, Die Propria der Rechtswissenschaft, in: Engel/Schön, Das Proprium (Fußn. 160), S. 87, 92.

jemals so vertreten wurde. Bereits *Savigny* mußte sich mit Partikularrechten beschäftigen, wenn er die Entstehung des Rechts auch nicht auf die „Willkühr eines Gesetzgebers“, sondern auf „Sitte und Volksglaube, dann die Jurisprudenz“ zurückführte.¹⁶² Seinem Volksgeist entspricht heute die nationale Rechtskultur, allerdings nicht mehr als Legitimitätsquelle, eine Vorstellung, die ebenfalls bereits im 19. Jahrhundert aufgegeben wurde.¹⁶³ Es kann deshalb bei einer Systematisierung von vornherein nicht mehr um die Einheit der Rechtsordnung,¹⁶⁴ sondern nur sehr viel beschränkter um die Herausarbeitung von Prinzipien und Institutionen gehen, die zudem nur bestimmten, gerade auch nach ihrer Zielsetzung voneinander unterscheidbaren Rechtmaterien gemeinsam sind.

Und auch die Feststellung, der Gesetzgeber regle immer mehr und nehme heute mehr als früher Systembrüche in Kauf,¹⁶⁵ ist kein Grund zur Resignation – auch wenn damit *Jherings* Feststellung, die Jurisprudenz „lasse sich nicht mehr durch die Geschichte in Verlegenheit setzen“,¹⁶⁶ zweifelhaft wird. Für die meisten gesetzgeberischen Aktivitäten gilt zunächst, daß sie ein bestehendes System, vielleicht auch nur ein Regelungsgeflecht fortentwickeln. Sie bauen auf Vorhandenem auf und bedienen sich bekannter Instrumente, und zwar schon deshalb, weil sonst die das Gesetz Vollziehenden kaum handlungsfähig wären, eine Implementierung nicht erwartet werden könnte. Dazu kommt die erwähnte verfassungsrechtliche Durchdringung des Gesetzesrechts, die dafür sorgt, daß sich Änderungen zumindest in einem gewissen Rahmen bewegen müssen. So waren zwar die nach dem SGB II errichteten Arbeitsgemeinschaften¹⁶⁷ tatsächlich organisationsrechtlich gesehen ein Novum, das allerdings an die Grenzen dieses Rahmens

162 *Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, S. 14.

163 Vgl. dazu *Brockmüller*, Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland, Baden-Baden 1997, S. 115 f., 121.

164 Dazu *Felix*, Einheit der Rechtsordnung. Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, Tübingen 1998; vgl. aber auch *Robbers*, in: Dreier, Rechtspositivismus (Fußn. 10), S. 162, 170.

165 *Reimann*, in: Engel/Schön, Das Proprium (Fußn. 160), S. 87, 93 f.

166 Weil „alle Grundformen oder Grundtypen der Rechtswelt entdeckt“ sein sollten, *Jhering*, Unsere Aufgabe, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 1, 1857, S. 1, 16.

167 § 44b SGB II; *Breitkreuz*, Die Leistungsträger nach dem SGB II im System des Sozialverwaltungsrechts, SGB 2005, S. 141 ff.; *Brosius-Gersdorf*, Hartz IV und die Grundsicherung für hilfebedürftige erwerbsfähige Arbeitssuchende – Public-Public-Partnership als Organisationsmodell für die Ausführung des SGB II, VSSR 2005, S. 335 ff.; *Ruge/Vorholz*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragestellungen bei der Arbeitsgemeinschaft nach § 44 b SGB II, DVBl. 2005, S. 403 ff.; *Blanke/Trümmer*, Die Bildung von Arbeitsgemeinschaften gemäß § 44b SGB II, Baden-Baden 2006.

geriet.¹⁶⁸ Wo aber der Gesetzgeber tatsächlich und zulässigerweise, in der Regel ganz bewußt, von bekannten Grundsätzen abweicht, bedarf es konsequenterweise der Anpassung der Dogmatik.¹⁶⁹ Aber selbst insofern liegt die These nahe, daß zwar inhaltliche Prinzipien betroffen sein können, institutionelle Strukturen jedoch in weitaus geringerem Maße. Im übrigen zählt die Herausarbeitung entsprechender Neuerungen ebenso zu den Aufgaben der Rechtswissenschaft wie die Aufstellung des Systems. Indem sie den Unterschied zwischen Anpassungen und Strukturreformen zu erklären hilft, erweitert sie nicht nur eine statische Betrachtung hin zu einer dynamischen, sondern gewinnt auch Anschluß an die sozialpolitischen Untersuchungen zur Entwicklung des Wohlfahrtsstaats.

b) *Recht und seine Wirkungsbedingungen*

Möglicherweise schwerer als der Einwand der Unmöglichkeit wiegt der Einwand der Nutzlosigkeit rechtsdogmatischer Arbeiten. Er ist im Grunde so alt wie die Rechtsdogmatik selbst, gewinnt aber im Zusammenhang mit der hier interessierenden internationalen Ausrichtung der Rechtswissenschaft besondere Bedeutung. Vor kurzem erst hat *Schlink* den „Abschied von der Dogmatik“ konstatiert und dies gerade auch mit anglo-amerikanischen Entscheidungsmustern begründet.¹⁷⁰

aa) In der deutschen rechtswissenschaftlichen Diskussion ist die Dogmatik schon früh ganz grundsätzlich kritisiert worden.¹⁷¹ Im Kern betrifft diese Kritik das Verhältnis zwischen Normativität und Faktizität oder zwischen Recht und Wirklichkeit. Je nach Grundpositionen auf der Seite der Befürworter und jener der Gegner variieren die Argumente. Klassisch geworden ist die Auseinandersetzung zwischen *Kelsen* und *Ehrlich*,¹⁷² bei der weit auseinanderliegende Ansätze für die Erklärung des Rechts aufeinandertrafen. Zum Teil wurde schon der Begriff der Dogmatik für verfehlt gehalten.¹⁷³

168 BVerfGE 119, 331; vgl. jetzt auch *Korioth*, Leistungsträgerschaft und Kostentragung bei der Grundsicherung für Arbeitssuchende (SGB II) – Aufgabenwahrnehmung aus „einer Hand“ zwischen reformiertem Grundgesetz und Bundesverfassungsgericht, DVBl. 2008, S. 812 ff.

169 Insofern ist der Gesetzgeber in der Lage, eine juristische Theorie zu falsifizieren, was zugleich den Anstoß für eine Verbesserung der Theorie geben kann, vgl. *Canaris* (Fußn. 35), JZ 1993, S. 377, 386, 388.

170 *Schlink*, Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel, JZ 2007, S. 157 ff.

171 Zusammenfassend schon *Bachof* (Fußn. 4), VVDStRL 30 (1972), S. 193, 199 ff.

172 Vgl. dazu *Lüderssen*, Einführung, in: *Kelsen/Ehrlich*, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft – Eine Kontroverse (1915/1917), in: *Juristische Zeitgeschichte*, Kleine Reihe, Bd. 7, Baden-Baden 2003, S. IV-XXI.

173 Vgl. *Meyer-Cording*, Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? Zum Selbstverständnis der Rechtswissenschaft, Tübingen 1973, S. 20 f., 46.

Radikaler hielt sie *Geiger* für gegenstandslos, weil sich jedenfalls die „wirklich herrschende Rechtsordnung“ erst aus ihrer tatsächlichen Handhabung ergebe.¹⁷⁴ Zum Teil traf die Kritik das Verständnis der Dogmatik. Erinnerung sei noch einmal an *Jhering*, der in seiner Wiener Antrittsvorlesung vor der „Flucht aus dem eigenen Denken“ warnte, und meinte, in der Dogmatik lauere der Positivismus und damit der „Todfeind der Jurisprudenz“.¹⁷⁵ Hinter diesen ganzen Debatten schimmerte immer auch, mehr oder weniger versteckt, die Schicksalsfrage einer ganzen Fachdisziplin hervor, nämlich die über die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz.¹⁷⁶

Zumindest einige der grundsätzlichen Fragestellungen dürfen als beantwortet gelten. Niemand wird mehr behaupten, daß die juristische Argumentation nicht auch auf die Einbeziehung allgemeiner praktischer Argumente angewiesen wäre.¹⁷⁷ Deshalb hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, daß in jeder Rechtsanwendung zugleich ein schöpferischer Akt liegt. Das schließt aber weder bereits die theoretische Annahme aus, Ziel der Auslegung müsse es sein, das vom Gesetzgeber (subjektiv oder objektiv) Gewollte zu treffen, so daß eine Auslegung richtig oder falsch sein kann,¹⁷⁸ die Dogmatik in diesem Sinne helfen soll, Recht zu erkennen, aber nicht zu gewinnen,¹⁷⁹ sofern diese nur den allerdings nicht überprüfbaren Idealfall beschreiben soll.¹⁸⁰ Noch klärt es, an welcher Stelle, in welchem Umfang und vor allem durch welchen Filter das Tatsächliche Eingang in die Rechtsanwendung finden darf. Aber es verbietet zumindest die Dogmatik ebenso wie die praktische Entscheidung von Rechtsfällen auf eine „rein logische Denktätigkeit“¹⁸¹ zu reduzieren.

Einen Schritt weiter geht die Forderung, die Rechtswissenschaft von einer „anwendungsbezogenen Interpretationswissenschaft hin zu einer rechtsetzungsorientierten

174 *Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Berlin u.a. 1964, S. 246.

175 *Jhering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?, Göttingen 1998, S. 51, 55.

176 Zu den damit verbundenen Fragen ausf. auch *Harenburg*, Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis, Wiesbaden 1986, mit dem Konzept einer „kritischen Rechtsdogmatik“ (S. 230 ff.).

177 *Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs (Fußn. 24), S. 71, 87 ff., mit der Unterscheidung von „institutionellen“ und „substantiellen“ Argumenten.

178 *Potacs*, Rechtsdogmatik als empirische Wissenschaft, Rechtstheorie 25 (1994), S. 191, 204 ff.; anders wohl *Esser* (Fußn. 44), AcP 172 (1972), S. 97, 129.

179 *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein, Tübingen 2006, S. 62 ff. Zu dieser Unterscheidung, zu unterschiedlichen Eigenrationalitäten des Rechts und der Rechtswissenschaft und gegen einen „methodologischen Integralismus“ S. 17, 28 ff.; dann S. 43 ff.

180 Vgl. zu der fiktiven Wirkung vor dem Hintergrund der Unterscheidung von Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff zuletzt *Ludwigs*, Regulierungsermessen als Herausforderung für das Verwaltungsrecht, JZ 2009, S. 290, 293 m.w.N.

181 So noch *Laband*, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Bd. 1, 2. Aufl. Freiburg i. B. 1888, S. XI; bereits gegen eine „schablonenhafte Anwendung des Rechts“ *Stier-Somlo*, Justiz und Verwaltung, in: Handb. der Politik, 1. Bd., 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1914, S. 315.

Handlungs- und Entscheidungswissenschaft“ weiterzuentwickeln.¹⁸² Auch sie ist jedenfalls in ihrem Kern alles andere als neu.¹⁸³ Sie betrifft zwar auf den ersten Blick weniger die Dogmatik, sofern diese wie oben als anwendungsorientiert verstanden wird. Jedoch sind die Berührungspunkte nicht zu übersehen. Denn hinter der mit neuem Nachdruck erhobenen Forderung steht ein funktionales Verständnis: Recht soll gestalten. Dem Recht als Steuerungsinstrument entspricht die Rechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, und diese ist nur wenig entfernt von der Implementations-¹⁸⁴ oder Wirkungsforschung¹⁸⁵. Soll aber die Implementierung untersucht werden, geht es gerade auch um die Rechtsanwendung – wenn auch eher in Form einer empirischen Betrachtung denn einer normativen Anleitung.

Besonders steifer Wind weht der Dogmatik auf internationalem Parkett entgegen, jedenfalls im angloamerikanischen Raum. Hier fehlt es nicht nur an einem vergleichbaren Begriff. Auch die *legal doctrine* wird als wenig weiterführendes Studienobjekt empfunden.¹⁸⁶ Selbst wenn es richtig ist, daß auch im angloamerikanischen Recht ein Bedarf an Systematisierung besteht, insofern auch Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich nicht in einem auflösbaren Widerspruch zueinander stünden:¹⁸⁷ Die meisten mit diesem Recht beschäftigten Forscher interessiert entweder eine Erklärung der tatsächlichen Bedeutung des Rechts oder dessen Entstehung bzw. Entwicklung. Das erklärt unter anderem den großen Erfolg von *law and economics*,¹⁸⁸ es erklärt im übrigen auch die insbesondere von US-amerikanischen Wissenschaftlern vorgebrachte Kritik an der überwiegenden Praxis und der mangelnden theoretischen Fundierung des Rechtsvergleichs¹⁸⁹ – die sich bezeichnenderweise sehr auf die Ziele und weniger auf metho-

182 Voßkuhle, § 1 Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders., Grundlagen des Verwaltungsrechts (Fußn. 110), S. 1, 18, Rdnr. 15. Vorher bereits Eidenmüller, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, JZ 1999, S. 53, 60: „von der Rechtsanwendungswissenschaft zur Rechtssetzungswissenschaft“.

183 Vgl. Hoffmann-Riem (Fußn. 48), JZ 2007, S. 645, 648, 650. Das Recht als Steuerungsinstrument hervorhebend, aber mit dem Versuch, den Befund in sehr traditioneller Weise in den Griff zu bekommen, Henke, Wandel der Dogmatik des öffentlichen Rechts, JZ 1992, S. 541, 546 f.

184 Grundl. Mayntz (Hrsg.), Implementation politischer Programme II. Ansätze zur Theoriebildung, Opladen 1983.

185 Vgl. Hellstern/Wollmann, Evaluierung und Evaluierungsforschung – ein Entwicklungsbericht, in: dies. (Hrsg.), Handbuch der Evaluierungsforschung, Bd. I, Opladen 1984, S. 17.

186 Vgl. Reimann, in: Engel/Schön, Das Proprium (Fußn. 160), S. 87, 96 f.

187 So Kötz, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, RabelsZ 54 (1990), S. 203, 206 ff.

188 Grundl. schon O. W. Holmes, The Path of the Law, Harvard Law Rev. 10 (1897), S. 457, 474; den Ansatz wesentlich ausbauend Posner, Economic Analysis of Law, Boston u. a. 1973 (7. Aufl. 2007); zur Verbreitung des Lehrbuch von Cooter/Ulen, Law and Economics, 5. Aufl. Reading, Menlo Park u. a. 2008; vgl. auch Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Aufl. Tübingen 2005.

189 Übersichtlich zusammenfassend Michaels, in: Reimann/Zimmermann, The Oxford Handbook (Fußn. 56), S. 339 ff., der seinerseits fordert, daß Funktionalisten auch die „non-legal answers to societal needs“ mit reflektieren müßten, was den Rechtsvergleich in einen umfassenden Steuer-

dische Fragen konzentriert.¹⁹⁰ Angesichts dieser Lage ist jüngst wieder einmal vorge schlagen worden, lieber ganz auf den Terminus Rechtsdogmatik zu verzichten, wenn die internationale Anschlußfähigkeit der deutschen Rechtswissenschaft gewahrt werden soll.¹⁹¹

bb) Sicher kann man über den Namen streiten, Dogmatik etwa „systematische Rechtswissenschaft“ nennen,¹⁹² aber das hilft in der Sache wenig weiter, schafft eher neue Unsicherheiten. Das Grundproblem bleibt: Recht kann zwar wertbildende oder symbolische Wirkung haben, seine Grenzen zu den sozialen Normen sind heute eher weniger klar als früher, es ist aber in seinem Wesen auf Durchsetzung angelegt, seine Inhalte werden durch Einrichtungen und Verfahren abgesichert. Dieser besonderen Funktion entsprechen die Eigenständigkeit des juristischen Diskurses und die Notwen digkeit, die Funktionsweise des Rechts durch eine auf diese Eigenheiten bezogene Wis senschaft zu erklären. Deshalb konzentriert sich ein Teil der Diskussion zu Recht weni ger auf die Notwendigkeit der Dogmatik als solche,¹⁹³ sondern mehr auf deren Be gründung,¹⁹⁴ vor allem aber auf deren Veränderung. Aus diesen Überlegungen folgen zwei Beschränkungen, die zu betonen und aus denen Folgen zu ziehen sind.

(1) Die erste Beschränkung ist der Dogmatik selbst immanent. Insbesondere die Be deutung des Systems darf nicht überschätzt werden. Zwar spricht die Entlastungsfunkti on der Dogmatik dafür, die allgemein abgeleiteten Prinzipien nicht in jedem Einzelfall begründen und die in ihnen liegenden Wertungen rechtfertigen zu müssen. Jedoch sind aus dem System weder axiologische Aussagen ableitbar¹⁹⁵ noch kann darauf verzichtet werden, die hinter ihnen stehenden Wertentscheidungen zu reflektieren, weil kein Sys tem so in sich geschlossen sein kann, daß es auf diese Entscheidungen nicht zurückgrei-

rungsvergleich führt; vgl. aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Frankenberg*, Kritische Verglei che – Versuch, die Rechtsvergleichung zu beleben, in: ders., *Autorität und Integration. Zur Gram matik von Recht und Verfassung*, Frankfurt a.M. 2003, S. 299 ff., mit dem Plädoyer nicht nur zur Überwindung des Etnozentrismus, sondern auch eines „Legozentrismus“ (S. 341 ff.).

190 Vgl. nur *Olsen*, *The Drama of Comparative Law*, *Utah Law Review* 259 (1997), S. 275 ff.

191 In diesem Sinne *Möllers*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, *Grundlagen des Ver waltungsrechts* (Fußn. 110), S. 121, 154 f., Rdnr. 35.

192 So *L. Raiser* (Fußn. 15), *DRiZ* 1968, S. 98, der aber zugleich die Bezeichnung für mißverständlich hält und deshalb letztendlich nicht empfiehlt.

193 Auch diese Empfehlungen sind nicht neu; vgl. zu der Forderung, „das öffentliche Recht von der politisch-philosophischen Staatslehre zu lösen, das Staats- und Verwaltungsrecht wieder zu Recht im überkommenen Sinn [...] zu machen“, *Henke* (Fußn. 183), *JZ* 1992, S. 541, 542.

194 Vgl. zur „Neuorientierung der Rechtsdogmatik“ im Sinne der Suche nach einer „neuen Sinnrefe renz“ *Pöcker*, *Stasis und Wandel* (Fußn. 5), S. 254; zum steuerwissenschaftlichen Ansatz S. 98 ff., wobei davon ausgegangen wird, daß herkömmlicher Dogmatik nach wie vor eine rationalisti sche Sinnreferenz zugrunde liegt, obwohl sich diese als nicht mehr haltbar erweist, S. 92 ff.

195 *Canaris*, *Systemdenken und Systembegriff* (Fußn. 12), S. 25 ff.

fen müßte. Dogmatik hat also eine heuristische Funktion.¹⁹⁶ Zudem beeinflussen auf das positive Recht bezogene Regeln oder Theorien die Interpretation einer Norm, indem sie diese in einen allgemeineren Zusammenhang einordnen.¹⁹⁷ Deshalb ist es unumgänglich, daß immer wieder die einer Ableitung von dogmatischen Regeln zugrundegelegten Annahmen und insbesondere die dahinter stehenden Wertungen offengelegt werden. Für das besondere Verwaltungsrecht und damit auch das Sozialrecht empfiehlt sich dabei eine Stufenfolge über die Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts, des Verfassungsrechts und des Gemeinschaftsrechts.

(2) Die zweite Beschränkung bezieht sich auf die Eigenheit des Rechts.¹⁹⁸ Indem Recht Folgen an bestimmte Voraussetzungen anknüpft, filtert es die Wirklichkeit.¹⁹⁹ Andererseits verliert es seine Wirksamkeit, wenn der Bezug zu der als relevant konstruierten Wirklichkeit verlorengeht oder verfehlt wird. Diese Wechselbezüglichkeit läßt sich auch durch die Zwischenschaltung eines Normbereichs kaum auflösen, wenn die Norm nicht in das Belieben des Rechtsanwenders gestellt werden soll.²⁰⁰ Es ist deshalb sinnvoll, ergänzend die Wirkungsbedingungen des Rechts in die Betrachtung mit einzubeziehen²⁰¹ und anzugeben, inwiefern diese bei Zugrundelegung der anerkannten Methoden für die Auslegung von Bedeutung sein können²⁰² oder aber – als rechtspolitische Folgerung – für eine Änderung einer Rechtsnorm sprechen.²⁰³ Dem liegt die Annahme zugrunde, daß eine gegenseitige Beeinflussung nicht völlig (auch nicht sys-

196 Vgl. dazu die Diskussion um das von *Esser* betonte Vorverständnis, *Esser* (Fußn. 44), AcP 172 (1972), S. 97, 101 ff.

197 *Canaris* (Fußn. 35), JZ 1993, S. 377, 378.

198 Vgl. zur „Eigengesetzlichkeit“ des Rechts *Engel*, Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen, JZ 2005, S. 581, 588 f.

199 Deshalb kann eine ökonomische Analyse nur von Bedeutung sein, wenn erklärt wird, warum die von ihr vorgeschlagene Lösung dem Recht entspricht, so *Canaris* (Fußn. 35), JZ 1993, S. 377, 384; im Ergebnis ähnlich trotz methodischer Kritik *Ladeur*, Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels. Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts, *RabelsZ* 64 (2000), S. 60, 61, 91 ff. Näher *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, Tübingen 1995, S. 4 ff.; *Grundmann*, Methodenpluralismus als Aufgabe. Zur Legalität von ökonomischen und rechtsethischen Argumenten in Auslegung und Rechtsanwendung, *RabelsZ* 61 (1997), S. 423 ff.

200 Vgl. dazu, aber mit weitreichenden Folgen, *Müller*, Juristische Methodik, 7. Aufl. Berlin 1997, S. 310, Rdnr. 468, S. 316 ff., Rdnr. 481 ff.; sein Ansatz hat die Schwäche, dem Anwender bei der Entscheidung über das Normprogramm die Auswahl des Normbereichs zu überlassen und damit die Sinnstiftung auf die Anwendungsebene zu verlagern.

201 Vgl. zur Notwendigkeit, bei der Rechtstatsachenforschung von einer dogmatischen Bestandsaufnahme auszugehen, *Dreher*, Grundlagen der sozialrechtlichen Rechtstatsachenforschung, VSSR 1990, S. 21, 25 ff. mit zahlreichen Beispielen für die Umsetzung (S. 29 ff.).

202 Dazu jetzt auch *van Aaken*, Funktionale Rechtswissenschaftstheorie für die gesamte Rechtswissenschaft, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Tübingen 2008, S. 79, 92 ff.

203 Zur „konstituierenden Bedeutung“ der „Wirklichkeit für die Normativität“ schon *Starck*, Empirie in der Rechtsdogmatik, JZ 1972, S. 609, 612, unter Bezugnahme auf *Heller*, Staatslehre, Leiden 1934, S. 220 f.

temtheoretisch) ausgeschlossen ist.²⁰⁴ Auf diese Weise gewinnt die Dogmatik Anschluß an die Steuerungswissenschaft,²⁰⁵ wie auch für die Verwaltungsrechtswissenschaft gefordert.²⁰⁶ Sie gewinnt gleichzeitig die Möglichkeit der Weiterentwicklung, weil die angesprochene Wechselbezüglichkeit erfordert, daß außerrechtliche Bezugspunkte dogmatisch reflektiert werden.²⁰⁷ Einbeziehung der Wirkungsbedingungen²⁰⁸ zielt also nicht auf eine Ersetzung der Dogmatik durch eine umfassende Folgenorientierung,²⁰⁹ sondern zunächst lediglich auf die Beachtung sowohl theoretischer Aussagen zur Verhaltenssteuerung wie auch entsprechender empirischer Erkenntnisse, soweit sie vorhanden sind. Ob daran Rechtsfolgen geknüpft werden, ist wiederum durch den rechtlichen Filter zu betrachten.²¹⁰ Wirkungsbedingungen meint damit weniger als eine umfassende Wirksamkeitsforschung.²¹¹ Denn es würde schon die disziplinär be-

204 Vgl. zu den Möglichkeiten und Grenzen einer Folgenorientierung *Luhmann*, Rechtssystem (Fußn. 20), S. 31 ff., immerhin mit der Annahme, es gebe einen „Bedarf für dogmatische Kriterien, die die Zukunftsverantwortung in Rechtsverhältnissen steuern.“ (S. 47), im Übrigen aber skeptisch gegenüber dem Ansatz, „Folgen als Kriterien für Recht und Unrecht“ zu verwenden (S. 48).

205 *Spiecker-Döhmman*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, DVBl. 2007, S. 1074.

206 *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (Fußn. 14), Kap. 1 Rdnr. 33 ff.

207 Daraus folgen die vielfältigen Überlegungen zu einer Weiterentwicklung der Dogmatik, vgl. etwa bezogen auf das Verwaltungsrecht unter dem Gesichtspunkt der Risikosteuerung *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, Tübingen 1994, S. 445 ff.; dazu auch *Lepsius*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, VVDStRL 63 (2004), S. 264 ff.

208 *Gusy* (Fußn. 8), JZ 1991, S. 213, 215, nennt das „Sätze über Wirklichkeit“. Vgl. zu Beispielen auch *Starck* (Fußn. 203), JZ 1972, S. 609, 613 f.

209 Gegen eine entsprechende „Preisgabe dogmatischer Selbststeuerung“ *Luhmann*, Rechtssystem (Fußn. 20), S. 48.

210 Dazu etwa auf dem Boden der herkömmlichen Methodik *Gusy* (Fußn. 8), JZ 1991, S. 213, 218 ff. Allerdings ist zu beachten, daß selbst dann, wenn eine Rechtsvorschrift zum Ausgangspunkt genommen wird, für die Bestimmung der relevanten Sachfragen nicht nur ein normatives Verständnis, sondern im Hinblick auf den Steuerungszweck der Norm auch ein Verständnis der tatsächlichen Wirkungszusammenhänge erforderlich ist, dazu *Hellwig*, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung: Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, Preprints of the MPI for Research on Collective Goods Bonn 2007/19, S. 17 f. Näher zu den grundsätzlichen Konstruktionen und dem Erfordernis, die erwartungssichernde Funktion des Rechts zu bewahren, *Ladeur* (Fußn. 199), *RabelsZ* 64 (2000), S. 60, 61, 78 ff., dessen Verweis auf die „kooperative Selbst- und Fremdbindung“ und auf Netzstrukturen (S. 89 f.) aber erst noch dogmatisch eingefangen werden müßte. *Ladeur* fordert die Entwicklung einer „Metadogmatik“, die „jenseits der bloßen Fallorientierung [...] Rechtsformen für eine experimentelle, auf Veränderung angelegte Gesellschaft als funktionale Äquivalente zu den regelorientierten Paradigmen des klassischen liberalen Rechts bereithält“ (S. 101).

211 Zumeist werden deshalb rechtspolitische Folgerungen und auch gesetzgeberische Anliegen nur auf die theoretische Annahme einer Wirksamkeit gestützt, vgl. dazu mit resignativem Unterton und der Folgerung, dies hindere die „dogmatische Jurisprudenz zur ‚Rechtswissenschaft‘ zu werden“, *Blankenburg*, Rechtssoziologie und Rechtswirksamkeitsforschung: Warum es so schwierig ist, die Wirk-

schränkte Forschung überfordern, alle nicht-rechtlichen Steuerungsinstrumente gleichermaßen, d.h. auch gleichgewichtig, in den Blick nehmen zu wollen.²¹² Und während die eigene Erhebung von Fakten im Sinne der Rechtstatsachenforschung²¹³ noch möglich erscheint,²¹⁴ lassen sich komplexe Steuerungszusammenhänge, wie sie gerade vielfach von sozialstaatlichen Interventionen ausgelöst werden, kaum befriedigend ohne tiefgehende theoretische Hintergründe, die Ableitung von Modellen und die Überprüfung durch umfangreiche Datenerhebungen aufklären.²¹⁵ Ohne die Mühseligkeiten interdisziplinären Forschens²¹⁶ sind dann wissenschaftliche Erkenntnisse nicht mehr zu gewinnen.

cc) Eine um ihre Wertungsgrundlagen und Funktionsbedingungen erweiterte Rechtsdogmatik sollte schließlich offen genug sein, um auch den Erfordernissen einer international ausgerichteten Rechtswissenschaft zu genügen. Das gilt natürlich für Länder, in denen ohnehin Dogmatik eine Rolle spielt, etwa Österreich und Italien. Wird der Stufenbau der Dogmatik berücksichtigt, dann lassen sich zudem in Ländern, die aufgrund ihrer Tradition und des vorhandenen institutionellen Gefüges weniger auf verfassungsrechtliche Vorgaben setzen, bei zunehmender Werthaltigkeit von Regeln, die in Deutschland oder Österreich noch dem Verfassungsrecht zu entnehmen wären, zumindest die Grenzen zu politischen Entscheidungen markieren. Gedacht ist dabei etwa an Frankreich oder die skandinavischen Länder. Schließlich lassen sich auch Bindungen durch vorangegangene Entscheidungen als Suche nach Entscheidungsregeln und damit als Dogmatik begreifen,²¹⁷ so daß durchaus Anknüpfungspunkte zum angelsächsischen

samkeit von Gesetzen zu erforschen, in: Schreckenberger/König/Zeh (Hrsg.), Gesetzgebungslehre. Grundlagen – Zugänge – Anwendungen, Stuttgart, Berlin u. a. 1986, S. 109, 119.

212 Vgl. aber auch *Michaels*, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook*, 2006 (Fußn. 56), S. 339, 346.

213 Vgl. insofern die ernüchternde Bestandsaufnahme von *Voßkuhle*, *Verwaltungsdogmatik und Rechtstatsachenforschung. Eine Problemskizze*, *VerwArch* 85 (1994), S. 567. Zu dem bisher einzigen größeren Projekt im Sozialrecht, das über Einzelfragen hinausführen sollte, Schuljin/Dreher (Hrsg.), *Sozialrechtliche Rechtstatsachenforschung – Probleme und Perspektiven*, Konstanz 1987.

214 Und erst recht die eigene Erfahrung, so zu Recht *Schön*, *Quellenforscher und Pragmatiker – ein Schlusswort*, in: Engel/Schön, *Das Proprium* (Fußn. 160), S. 313, 320, die methodisch vertretbar zumindest Anlaß zur weiteren Prüfung sein kann.

215 Nicht umsonst sieht sich die Rechtswissenschaft, die ohne das erforderliche Rüstzeug den Versuch einer eigenständigen Klärung unternimmt, der sozialwissenschaftlichen Kritik ausgesetzt; vgl. etwa *Hellwig*, *Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung: Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik*, Bonn 2007, S. 17, 28; vgl. auch *Eidenmüller* (Fußn. 182), *JZ* 1999, S. 53, 55 ff.

216 In diesem Sinne *Th. Raiser*, *Über die Beziehungen zwischen Rechtssoziologie und Rechtsdogmatik*, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Rechtssoziologie in der Deutschen Demokratischen Republik und in der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden 1990, S. 234 ff.

217 In diesem Sinne *Esser* (Fußn. 44), *AcP* 172 (1972), S. 97.

Recht bestehen.²¹⁸ Im übrigen ist es von großem Interesse, nachzuverfolgen, ob nicht die zunehmende verwaltungsrechtliche Gesetzgebung etwa in Großbritannien das Erfordernis einer Ableitung von Regeln und Prinzipien oder zumindest einer Systematisierung erhöht.²¹⁹ Das Sozialrecht besitzt auch in dieser Hinsicht ein Potential als fruchtbares Untersuchungsfeld.²²⁰

Daß es der Herausbildung dogmatischer Regeln auf einer übernationalen Ebene bedarf, wird durch den Prozeß der europäischen Integration eher bestätigt als widerlegt.²²¹ Ein gutes Beispiel ist die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten, die zunehmend das Sozial- und das Arbeitsrecht berührt.²²² Selbst durch ausführliches Studium der den Entscheidungen zugrundeliegenden Fallgestaltungen und deren Begründungen lassen sich verlässliche Prognosen über künftige Rechtsprechungsergebnisse kaum treffen. Zwar entspricht das einer frühen²²³ und vom *legal realism*²²⁴ aufgenommenen Einsicht, Gerichtsentscheidungen beruhen auf vielfältigen außerrechtlichen Faktoren und seien schon deshalb nicht voraussehbar. Jedoch taugt diese Aussage weder als Entschuldigung für methodische Beliebigkeiten noch läßt sie sich überhaupt verallgemeinern, sondern enthält höchstens Ansätze zur Erklärung möglicher Abweichungen von der Befolgung dogmatischer Regeln. Alles andere würde der erwartungs-

218 Aufschlußreich dafür sind systematisierende Untersuchungen, die zugleich das englische Recht mit einem Blick „von außen“ betrachten; vgl. etwa *S. Meier*, Irrtum und Zweckverfehlung (Mistake and Failure of Consideration). Die Rolle der unjust-Gründe bei rechtsgrundlosen Leistungen im englischen Recht, Tübingen 1999.

219 Zumal *Vogenauer* in seiner umfassenden Studie (Die Auslegung von Gesetzen in England und dem Kontinent, Bd. I u. II, Tübingen 2001) eindrucksvoll belegt hat, daß englische und kontinentale Gerichte bei der Gesetzesauslegung weitgehend gleich vorgehen.

220 Wobei es in mancher Hinsicht gerade die Unterschiede zwischen Rechtsordnungen erkennbar macht, so etwa bei der Betrachtung der Verträge, die zwischen einem Arbeitslosen und der Verwaltung zu Zwecken der Eingliederung geschlossen werden, dazu *Grienberger-Zingerle*, Kooperative Instrumente der Arbeitsverwaltungen in England und Deutschland - Eine rechtsvergleichende Untersuchung des jobseeker's agreement und der Eingliederungsvereinbarung im Zweiten und Dritten Buch Sozialgesetzbuch, Baden-Baden i.E. (vgl. auch unten, IV. 2. a)). Gerade hier wird auch deutlich, wie wenig das englische Verwaltungsrecht durch ein Denken in Handlungsformen geprägt wird, vgl. trotz Berücksichtigung von *Contracts* und *Governance* zur traditionellen, am Rechtsschutz orientierten Sicht nur das Lehrbuch von *Craig* (Administrative Law, 6. Aufl. London 2008).

221 In der Sache wie hier *Ruffert*, Was kann die deutsche Europarechtslehre von der Europarechtswissenschaft im europäischen Ausland lernen?, in: Schulze-Fielitz, Staatsrechtslehre als Wissenschaft (Fußn. 127), S. 253, 262.

222 EuGH v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 (Viking), Slg. 2007, I-10779; EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-341/05 (Laval), Slg. 2007, I-11767; EuGH v. 3.4.2008, Rs. C-346/06 (Rüffert), n.v.

223 Vgl. *O.W. Holmes*, (Fußn. 188), Harvard Law Review 10 (1897), S. 457, 457 f.

224 Vgl. dazu *Llewellyn*, Jurisprudence: Realism in Theory and Practice, Chicago 1962; *Cohen*, Transcendental Nonsense and the Functional Approach, Columbia Law Review 35 (1935), S. 814; *Frank*, Law and the Modern Mind, New York 1930; *Oliphant*, A Return to Stare Decisis, American Bar Association Journal 14 (1928), S. 71; *Rodell*, Goodbye to Law Review, Virginia Law Review 23 (1936), S. 38.

sichernden Funktion des Rechts nicht gerecht. Allerdings müssen die der Anwendung des Rechts zugrundezulegenden Regeln aus dem Normmaterial abgeleitet werden, und es kann der Erwartungssicherheit dienen, diese Regeln explizit zu benennen. Das gilt auch für das Beispiel des Verhältnisses zwischen Grundfreiheiten und nationalem Arbeits- und Sozialrecht. Hier können allgemeine Hinweise auf die Kompetenzverteilung einer künftigen Anwendung der Grundfreiheiten noch keine hinreichende Kontur verleihen. Aus dieser Verteilung lassen sich aber immerhin integrationspolitische Grundannahmen ableiten, die wertend eine Grundlage der Auslegung bilden können. In diesem Sinne ist die Schonung der nationalen Kompetenzen für das Sozial- und Arbeitsrecht eine Regel der gemeinschaftsverfassungsrechtlichen Dogmatik. Diese Regel muß aber bereichsspezifisch umformuliert werden können, um bei der Anwendung relevanter Rechtsvorschriften zu helfen. Ein allgemeiner Hinweis auf das Erfordernis, „kooperative Formen der Verknüpfung [...] von ‚Infrastrukturen‘ des Rechts zu finden“, oder auf die Chancen von Rechtspluralismus²²⁵ genügt dafür nicht, zumal einer angeblichen Offenheit der Zivilrechtsgesellschaft wenig Aussagekraft innewohnt, wenn es um die Frage geht, ob und wie mitgliedstaatliche Vorkehrungen zum Schutz bestimmter Personen aufrechterhalten werden können. Auch die Forderung nach einer grundlegenden Uminterpretation der Grundfreiheiten als Bestandteile einer Kollisionsordnung²²⁶ wird kaum wirkmächtig sein. Statt dessen ist es erfolgversprechender, auf dem Boden des ständig verwendeten Prüfungsansatzes zu klären, welche Anforderungen an das Vorliegen eines Eingriffs und welche Anforderungen an eine Rechtfertigung gestellt werden sollen. Insofern bedarf es etwa für die territoriale Erstreckung sozialer Rechte der Feststellung, daß darauf bezogene Eingriffe nur denkbar sind, wenn solche Rechte durch die Mitgliedstaaten gewährt werden.²²⁷ Im Rahmen der Rechtfertigung von Eingriffen durch den Schutz mitgliedstaatlicher Sicherungssysteme oder durch Arbeitnehmerrechte²²⁸ ist klarzustellen, daß die Mitgliedstaaten über das Schutzniveau und damit auch die Erforderlichkeit von Eingriffen entscheiden dürfen.²²⁹ Dem nationalen Gesetzgeber

225 So *Ladeur* (Fußn. 199), *RabelsZ* 64 (2000), S. 60, 99.

226 So *Joerges/Rödl*, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem „sozialen Defizit“ des Integrationsprojekts, ZERP-Diskussionspapier 2/2008.

227 Vgl. zur Entscheidung des EuGH v. 16.5.2006 in der Rs. C-372/04 (*Watts*, Slg. 2006, I-4325) *Bieback*, Neue Rechtsprechung des EuGH zur grenzüberschreitenden Beanspruchung von Gesundheitsleistungen, *ZESAR* 2006, S. 241; *Becker*, Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Sozialrecht, in: Müntefering/ders. (Hrsg.), 50 Jahre EU – 50 Jahre Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Arbeits- und Sozialrecht, Baden-Baden 2008, S. 95, 103 f.

228 Näher die Beiträge in Scholz/Becker (Hrsg.), Die Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH auf das Arbeitsrecht der EU-Mitgliedstaaten, Baden-Baden 2009; *Becker*, Anmerkung zu EuGH v. 3.4.2008, Rs. C-346/06 (Rüffert), *JZ* 2008, S. 891, 893.

229 Dazu *Becker*, Nationale Sozialleistungssysteme im europäischen Systemwettbewerb, in: ders./Schön (Hrsg.), Steuer- und Sozialstaat im europäischen Systemwettbewerb, 2006, S. 3, 25 ff.

muß dann konsequenterweise eine Einschätzungsprärogative zugestanden und die gerichtliche Kontrolle entsprechend reduziert werden.

IV. Ansätze für eine rechtsvergleichende Sozialrechtsdogmatik

1. Folgerungen für den Rechtsvergleich im allgemeinen

a) Erkenntnisziele

Der vorstehende Ausflug in das europäische Gemeinschaftsrecht zeigt beispielhaft, daß Rechtsdogmatik keineswegs eine nur nationale oder gar deutsche Angelegenheit ist. Ohne das weiter zu vertiefen, ist in zunächst allgemeinerer Form darauf zurückzukommen, wie sich Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich miteinander verbinden lassen. Etwas blumig ist die „Augen öffnende“ Rechtsvergleichung als „Gesellin der Rechtsdogmatik“ im Sinne eines „methodischen Partners im Streben nach sozialer Gerechtigkeit“²³⁰ bezeichnet worden. Wenn man nicht bei diesem allgemeinen Bild stehen bleiben möchte und wenn man zudem nicht nur an die Auslegung von Rechtsnormen denkt, die selbst auf vergleichende Erkenntnisse Bezug nehmen und diese in das Anwendungsprogramm unmittelbar inkorporieren – was kann dann der konkrete Mehrwert der Rechtsvergleichung für die Erforschung der Rechtsdogmatik sein? Drei Ziele sind zu nennen.

aa) Zunächst und anknüpfend an das zuletzt Gesagte kann es darum gehen, gemeinsame Prinzipien und Institute herauszuarbeiten, um in diesem Sinne länderübergreifend den Versuch zu unternehmen, die Eigenheiten des Sozialrechts – besser: zunächst des Sozialleistungsrechts – zu bestimmen. Dieser Versuch muß gegründet werden auf Hypothesen über die Prägung des positiven Rechts durch Grundsätze der nationalen Rechtsordnung einerseits und durch seine funktionellen Bezüge andererseits²³¹. Daß dies im übrigen nichts mit dem im Zivilrecht lange Zeit verfolgten Ziel der Rechtsvereinheitlichung zu tun hat, soll ausdrücklich betont werden.

bb) Zweitens ist denkbar, daß ganz im Sinne der klassischen Überlegungen zum Zweck der Rechtsvergleichung durch einen rechtsordnungsübergreifenden Vergleich auch Erkenntnisse über die eigene Dogmatik gewonnen werden können. Einmal mehr

230 Dölle, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung, RabelsZ 34 (1970), S. 403, 407.

231 Vgl. zu Prinzipien des deutschen Sozialrechts, verstanden als „Ordnungsgesichtspunkte ... der Sozialrechtsordnung“ Bley, Alternative Elementarprinzipien des Sozialleistungsrechts, ZSR 1978, S. 1 ff.

ist hier nicht an die teleologische Auslegung einer bestimmten Rechtsnorm gedacht, sondern an die Bildung dogmatischer Regeln, also an entsprechende theoretische Aussagen. Es liegt nahe, bei juristischen Theorien den offenen Anwendungsbezug durch die Bildung von Fallgruppen herzustellen. Dann müssen die Fallgruppen ähnlich sein, um systematische Schlüsse zu erlauben, und diese Ähnlichkeit kann durch die „Gemeinsamkeit des zu lösenden Problems konstituiert“ werden.²³² Hier treffen sich die Funktionalität einer anwendungsbezogenen Regelbildung und jene der rechtsvergleichenden Methode.

cc) Drittens kann einiges über fremde Rechtsdogmatiken, eventuell „systematische Rechtswissenschaften“, gelernt werden, und zwar sowohl über das Vorhandensein und die Bildung der Dogmatik wie über deren Stufung. Ausgegangen werden könnte insbesondere von den folgenden Fragen: (1) Werden systembildende und handlungsanleitende Regeln gebildet, wer tut dies auf welcher Grundlage? (2) Läßt sich diese Regelbildung sowohl auf allgemeiner wie rechtsmaterienspezifischer Ebene feststellen? (3) Beeinflussen sich verschiedene Ebenen der Dogmatik gegenseitig, vor allem: Wird eine Sozialrechtsdogmatik an eine allgemeine Verwaltungs- und eine Verfassungsrechtsdogmatik rückgebunden? (4) Finden Wertungen sowie Effizienz- und Folgenabschätzungen Eingang in die Regelbildung oder auch die konkrete Auslegung von Rechtsnormen, und wenn dies der Fall ist, welche allgemeinen Überlegungen stehen hinter einer solchen Bezugnahme des Rechts auf die durch das Recht konstruierte Wirklichkeit?

Der rechtsordnungsübergeifende Vergleich kann für die Beantwortung der genannten Fragen mit einem rechtsordnungsinternen verbunden werden,²³³ um damit sowohl die Eigenheiten des Sozialrechts klarer herauszuarbeiten als auch ein besseres Verständnis dafür zu gewinnen, welche Rolle die Dogmatik bzw. eine systematisierende Rechtswissenschaft in fremden Rechtsordnungen spielt.

b) Anlage

Wahrscheinlich bedarf eine auf die vorstehend genannten Ziele gerichtete Rechtsvergleichung auch eigener Zugänge. Sie muß jedenfalls die Ausrichtung auf die Rechtsdogmatik in ihrer Anlage reflektieren. Zwei Aspekte verdienen in diesem Zusammenhang eine Hervorhebung, die allerdings unterschiedliches Gewicht haben, je nachdem, ob einzelne, als gegeben unterstellte Eigenheiten des Sozialrechts oder die Systematisierung bestimmter Sozialrechtsbereiche Gegenstand einer Untersuchung sind.

232 Canaris (Fußn. 35), JZ 1993, S. 377, 380, der dieses Vorgehen im übertragenen Sinne als strukturalistische Theorie einordnet.

233 Vgl. dazu oben, III. 1.

Zunächst müßten bereits in der Grundlegung dogmatische Fragestellungen herausgearbeitet werden, deren Vorhandensein und Bedeutung anhand einer oder mehrerer fremder Rechtsordnungen überprüft werden könnten. Dabei ist es erforderlich, diese Regeln ihrerseits so funktional zu umschreiben, daß dies das Aufspüren von äquivalenten Regeln ermöglicht. Es muß allerdings betont werden, daß entsprechende Vorarbeiten dem Gewinn von Indikatoren für den eigentlichen Vergleich und auch für eine Bewertung dienen. Keinesfalls sollte aber in der Grundlegung auf eine gleichzeitige sozialpolitische Aufarbeitung der Problemstellung verzichtet werden. Diese bleibt für das Auffinden vergleichbarer Regelungen unerlässlich, und es besteht kein Grund dafür, in dieser Hinsicht die Vorteile, die die Funktionalität des Sozialrechts bietet,²³⁴ ungenutzt zu lassen.

Ferner müßte sich die Konzentration auf die Rechtsdogmatik in der Darstellung des ausländischen Rechts widerspiegeln. Das bezieht sich nicht nur auf die Herausarbeitung sozialrechtsspezifischer Regeln und Prinzipien. Vielmehr verlangt insbesondere das allgemeine Verwaltungsrecht im Sinne einer Kontrastierung und Rückbindung stärkere Beachtung. Allerdings ist nicht zu übersehen, daß sich vielfach die ausländische Dogmatik nicht ohne weiteres aus der Entscheidungspraxis und der Rechtswissenschaft ablesen läßt, weil sich dort entsprechende Ausführungen oder überhaupt ein entsprechendes Nachdenken gar nicht finden lassen werden. Es bedarf dann der eigenen Rekonstruktion durch den Rechtsvergleicher, verbunden mit der Schwierigkeit, die theoretischen Grundlagen und vor allem die Methodik für diese schöpferische Tätigkeit vor dem Hintergrund des eigenen Wissens und der eigenen Erfahrungen herauszubilden. Bei einem solchen Ansatz geht es zwangsläufig eher um ausländische Belege für eine übergreifende Dogmatik als um eine fremde Dogmatik, wobei es in jedem Fall erforderlich bleibt, die für die fremde Rechtsordnung gefundenen Ergebnisse im entsprechenden Land zur Überprüfung zu stellen und gegebenenfalls zu korrigieren.

2. Folgerungen für den Sozialrechtsvergleich

a) Grundsätze

Einzelnen Eigenheiten des Sozialrechts kann auf verschiedenen Ebenen und schrittweise nachgegangen werden. Entsprechende Untersuchungen entfalten ihren Wert vor allem im Vergleich mit allgemeinen Prinzipien und Instituten. Auf einer konstitutionellen Ebene läßt sich Aufschluß über das Verhältnis zwischen Staat und Individuum, politisch verfaßter Gemeinschaft und Gesellschaft, etwa über die Untersuchung folgender

234 Dazu oben II. 1. b).

Fragestellungen gewinnen: die Formen staatlicher Aufgabenwahrnehmung,²³⁵ für deren Konturierung die Erfahrungen des Sozialrechts mit dem sog. Gewährleistungsstaat²³⁶ reiches Anschauungsmaterial liefern; damit verwandt, aber noch grundlegender, die Bedeutung der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht bzw. deren Austauschbarkeit²³⁷ anhand des bereits angesprochenen Phänomens des Nebeneinanders von Versicherungsbehörden und Versicherungsunternehmen als Träger sozialer Vorsorge.²³⁸ Mit vergleichbarer Zielrichtung, aber konkreter auf einen Beitrag zur Rechtsquellenlehre und zu den Einsatzmöglichkeiten bestimmter Steuerungsinstrumente abstellend, sind Untersuchungen zum Verhältnis von Wettbewerb, staatlicher Regulierung und Selbstbindung der Beteiligten durch neokorporatistische Steuerung²³⁹ lohnend.²⁴⁰

Auf einer operationellen Ebene kann das Sozialrecht Beiträge zu rechtsdogmatischen Fragen, die mit bestimmten Handlungsformen²⁴¹ verbunden sind, liefern: Zu denken ist dabei an den Dauerverwaltungsakt²⁴², dessen Aufhebung aus gutem Grund im SGB X eine spezielle Regelung erfahren hat,²⁴³ aber grundsätzlich auch an vorläufig bindende Maßnahmen²⁴⁴ und damit an Untersuchungen über die partielle, abgeschichtete Re-

235 Vgl. dazu *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (Fußn. 14), Kap. 6 Rdnr. 80 ff.

236 Vgl. oben Fußn. 126.

237 Zu der Annahme der „wechselseitigen Auffangordnung“ *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 261, 271; vgl. auch die Beiträge von *Felix* (Die Rollenverteilung von öffentlichem und Privatrecht in der sozialen Sicherheit von heute, S. 91 ff.), und *Axer/Heinze* (Soziale Sicherheit vor neuen Grenzziehungen zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 111 ff.) in: Soziale Sicherheit durch öffentliches und Privatrecht, SDSRV 51 (2003).

238 Wobei der Austauschbarkeit rechtsstaatliche Grenzen gezogen sind, so zu Recht *Spiecker-Döhmman* (Fußn. 205), DVBl. 2007, S. 1074, 1082 f., die auch für die Leistungsverwaltung zu bestimmen sind. Vgl. jetzt zur Krankenversicherung auch *Pitschas*, Sozialrechtliche Regulierung des privatrechtlichen Versicherungswesens. Das Beispiel des „Basistarifs“ in der privaten Krankenversicherung, in: Kluth (Hrsg.), Wirtschaft – Verwaltung – Recht, FS für Stober, Köln 2008, S. 295 ff. m.w.N.

239 Dazu auch das Forschungsprojekt von *Schmehl/Wallrabenstein* (Hrsg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Bd. 1: Wettbewerb, Tübingen 2005; Bd. 2: Kooperation, Tübingen 2006; Bd. 3: Kontrolle, Tübingen 2007.

240 Vgl. *Becker*, Gesetzliche Krankenversicherung zwischen Markt und Regulierung, Reformen des Gesundheitssystems und ihre europäischen Perspektiven, JZ 1997, S. 534 ff.

241 Vgl. dazu die Beiträge in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. II. Informationsordnung Verwaltungsverfahren Handlungsformen, München 2008, Achter Teil: Handlungs- und Bewirkungsformen der öffentlichen Verwaltung, S. 883 ff.

242 Dazu *Manssen*, Der Begriff „Verwaltungsakt mit Dauerwirkung“ im SGB X, ZfSH/SGB 1991, S. 225 ff.; vgl. auch *Wehr*, Der Verwaltungsakt mit Dauerwirkung, BayVBl. 2007, S. 385 ff.

243 Durch § 48 SGB X.

244 Zu denken ist hier etwa an die §§ 42 und 43 SGB I, aber auch an besondere Regelungen wie etwa § 139 SGB VII.

duktion von Unsicherheit. Einen ebenso interessanten Anknüpfungspunkt bietet der Einsatz verwaltungsrechtlicher Verträge als kooperative Handlungsform²⁴⁵ zur Auswahl individuell zu gestaltender Leistungen,²⁴⁶ die gerade in der Arbeitsförderung neue Bedeutung gewinnen²⁴⁷ und zugleich die Grenzen von Zwang und Akzeptanz verwischen lassen und damit den gelockerten Rechtsschutz in Frage stellen. Von den Handlungsformen gelöst und auf das Entscheidungsprogramm bzw. die Kontrolle der daraus folgenden Ergebnisse bezogen, verspricht auch die Untersuchung von Ermessen und Beurteilungsspielräumen in der Sozialleistungsverwaltung Gewinn, weil viele der hier zur Entscheidung anstehenden Fragen, seien sie auf individuelle gesundheitliche Zustände, auf die Wirksamkeit von Arzneimitteln oder auf die Sicherheit der Versorgung bezogen, eine besondere, über die Rechtswissenschaft hinausreichende Fachkunde voraussetzen.

b) Sozialrechtliche Rechtsverhältnisse als Ausgangspunkte

aa) Letztlich können Einzelstudien, so notwendig sie sind, insbesondere weil die praktische Durchführbarkeit oft zu Beschränkungen zwingt, nur Bruchstücke eines Mosaiks liefern. Und zwar Bruchstücke auf der dahinter stehenden Suche nach den charakteristischen rechtlichen Eigenheiten, die das Sozialrecht nicht nur als eine Ansammlung von auf verschiedene Unterstützungs- und Sicherungsziele gerichteten Einzelgesetzen, als eine „weit auseinanderfallende [...] Vielzahl von Rechtsquellen“²⁴⁸, sondern als eine funktionale Einheit, als eine „Gesamtheit“²⁴⁹ erkennen lassen.²⁵⁰ Für diese Suche ist eine Vorstellung von dem letztlich hinter sozialstaatlichen Interventionen stehenden

245 Vgl. dazu nur *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (Fußn. 14), Kap. 6 Rdnr. 112 ff. Vgl. zu dem geplanten Kooperationsvertrag *Schmitz*, „Die Verträge sollen sicherer werden“ – Zur Novellierung der Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag, DVBl. 2005, S. 17 ff.; *Stelkens*, Kooperationsvertrag und Vertragsanpassungsansprüche: Zur Beabsichtigten Reform der §§ 54 ff. VwVfG, NWVBl. 2006, S. 1 ff.; ferner *Schröder*, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, Tübingen 2007, S. 303 ff.

246 Dazu auch *Spiecker-Döhmman* (Fußn. 205), DVBl. 2007, S. 1074, 1080.

247 Vgl. dazu *Becker*, in: Tomandl/Schrammel, Sicherung von Grundbedürfnissen (Fußn. 155), S. 23, 33 f.; näher *Eichenhofer/Westerveld*, Contractualism: A Legal Perspective, in: Sol/Westerveld (Hrsg.), Contractualism in Employment Services. A New Form of Welfare State Governance, Den Haag 2005, S. 21 ff.; vgl. auch die Beiträge in Eichhorst/Kaufmann/Konle-Seidl (Hrsg.), Bringing the Jobless Into Work? Experiences With Activation Schemes in Europe and the US, Berlin u.a. 2008.

248 *Wannagat*, Die Bedeutung des Allgemeinen Teils des Sozialgesetzbuchs für die Entwicklung des Sozialrechts, in: Müller (Hrsg.), Sozialrecht in Wissenschaft und Praxis, FS für Schieckel, Percha am Starnberger See 1978, S. 347.

249 *Zacher*, in: FS Mestmäcker (Fußn. 1), S. 529, 556.

250 Das „dogmatische Defizit“ des Sozialrechts wurde schon früher weniger als im Detail, sondern auf einer mittleren Ebene liegend gesehen, vgl. *Zacher*, Materialien zum SGB, Loseblatt, Percha 1974-1979, Einführung S. A 34; zust. *Bley* (Fußn. 4), ZSR 1976, S. 69, 71.

Ziel hilfreich: Ist dies die Herstellung von Gleichheit²⁵¹ oder von Freiheit²⁵²? Wie auch immer das eingeschätzt wird, eine entsprechende Vorstellung kommt nicht ohne Ableitung oder Begründung aus, muß also das positive Recht in den Blick nehmen und daraus das Material zur Stützung der Grundannahme gewinnen.

Ein möglicher Zwischenschritt auf diesem Weg stellt der Versuch dar, Grundprinzipien des Sozialrechts herauszuarbeiten.²⁵³ Ein jüngeres Projekt des Instituts beschäftigt sich mit dieser Aufgabe. Es widmet sich den folgenden Prinzipien: Solidarität, Eigenverantwortung, Schutz und Sicherheit,²⁵⁴ die natürlich rechtlich zu rekonstruieren sind und nicht beziehungslos zueinander stehen.

Der vorliegende Band knüpft statt dessen an den Begriff des Rechtsverhältnisses an. Dieser Begriff hatte schon vor einigen Jahrzehnten Karriere gemacht,²⁵⁵ war auch bezogen auf die Leistungsverwaltung Gegenstand einer Staatsrechtslehrertagung,²⁵⁶ seine Aussagekraft blieb aber immer umstritten²⁵⁷ und ist zum Teil – mit dem Vorwurf, es handle sich von allen angebotenen um das „inhaltsloseste Rechtsinstrument“²⁵⁸ – auf vehemente Ablehnung gestoßen. Das hindert seine Eignung für die Herausarbeitung sozialrechtlicher Prinzipien aber nicht.²⁵⁹ Ganz im Gegenteil: Es ist hier kein Anliegen, andere rechtsdogmatische Ansatzpunkte zu verdrängen. Ob etwa Rechtsverhältnisse „wichtiger und interessanter sind als der Verwaltungsakt“²⁶⁰, ist nicht entscheidend. Der vermeintliche Nachteil des Begriffs ist vielmehr sein Vorteil. Denn es handelt sich beim Rechtsverhältnis zwar um einen Rechtsbegriff, dieser ist aber formal und unspezi-

251 *Zacher*, Das soziale Staatsziel, in: Becker/Ruland, Abhandlungen zum Sozialrecht II, Heidelberg u.a. 2008, S. 3, 21, 28 ff., mit dem Hinweis: „aber nicht Gleichheit ohne Freiheit“, sondern „mehr Gleichheit in der Freiheit“, ebenda, S. 73.

252 Dazu neuerdings *Heinig*, Der Sozialstaat im Dienste der Freiheit. Zur Formel vom sozialen Staat in Art. 20 Abs. 1 GG, Tübingen 2008.

253 Zu diesem methodischen Ansatz auch *Flessner*, Juristische Methode und europäisches Privatrecht, JZ 2002, S. 14, 16 ff.

254 Vgl. Tätigkeitsbericht des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht 2006-2007, S. 22 ff.; zu dem letztgenannten Prinzip jetzt auch *Pitschas*, Frei – sozial – auch sicher? Sicherheit als Rechts- und Verfassungsprinzip im Wandel zur „neuen Staatlichkeit“, in: Magiera (Hrsg.), Verwaltungswissenschaft und Verwaltungspraxis in nationaler und transnationaler Perspektive, FS für Siedentopf zum 70. Geburtstag, Berlin 2008, S. 285 ff.

255 Vgl. *Bachof* (Fußn. 4), VVDStRL 30 (1972), S. 193, 231, und später etwa auch *Henke* (Fußn. 183), JZ 1992, S. 541, 542 f.

256 *Krause*, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, VVDStRL 45 (1987), S. 212 ff.; auch Gegenstand einer Sozialrechtstagung: vgl. Das Sozialrechtsverhältnis, SDSRV 18 (1980).

257 Vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (Fußn. 14), Kap. 6 Rdnr. 40 f.: Ergänzung der Formenlehre, krit. zur dogmatischen Funktion Rdnr. 44 f.

258 Diskussionsbeitrag von *Meyer*, VVDStRL 45 (1987), S. 250, 272.

259 Ähnlich wie hier mit überzeugender Begründung und weiteren Nachweisen zu den unterschiedlichen Positionen *Hase*, Das Verwaltungsrechtsverhältnis. Überlegungen zu einem Grundbegriff des Öffentlichen Rechts, DV 38 (2005), S. 453.

260 So *Bachof* (Fußn. 4), VVDStRL 30 (1972), S. 193, 231.

fisch: Er besagt als solcher nichts über die Begründung, den Inhalt oder die Dauer von rechtlichen Beziehungen. Er entfaltet statt dessen eine Bündelungswirkung, indem er einzelne Akteure und deren Handlungen in Beziehung zueinander setzt. Und er besitzt eine dynamische Komponente, die Entwicklungen einzubeziehen vermag.²⁶¹ Seine Weite erlaubt es, die mit der Gewährung von Sozialleistungen verbundenen Vorgänge zusammenzufassen,²⁶² und seine Offenheit erlaubt es, ihn für eine vergleichende Betrachtung einzusetzen. Natürlich erübrigt die Anknüpfung an Rechtsverhältnisse konsequenterweise nicht die Ableitung von Indikatoren, Kategorien oder Fallgruppen, die für die Gewinnung systembildender Prinzipien erforderlich ist.

bb) Eine ordnende Wirkung kommt der Unterscheidung von Rechtsverhältnissen nach Leistungssystemen und nach beteiligten Personen zu – und zwar deshalb, weil diese von prägenden funktionalen und institutionellen Aspekten ausgeht. Sie knüpft einerseits an die von *Zacher* entwickelte Binnensystematisierung von Sozialleistungssystemen an,²⁶³ also an eine bestimmte institutionelle Ausgestaltung von Sozialleistungssystemen, die nur in einem mittelbaren Zusammenhang zu deren Funktionen steht.²⁶⁴ Andererseits berücksichtigt sie den Umstand, daß Dienst- und mit einer Abstufung auch Sachleistungen von besonderer Bedeutung für die Realisierung der Sozialleistungsziele sind, oft aber nicht durch den Sozialleistungsträger selbst, sondern durch rechtlich eigenständige Dritte erbracht werden. M.a.W. sind die beiden ersten Rechtsverhältnisse, jedenfalls in ihrem Zentrum, Zwei-Personen-Verhältnisse mit unterschiedlichem Leistungsgrund, während das dritte Verhältnis ein Drei-Personen-Verhältnis darstellt. Dazu sollen an dieser Stelle einige Vorbemerkungen genügen.

(1) Das Vorsorgeverhältnis umfaßt nicht nur ein Leistungsverhältnis im Sinne eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses,²⁶⁵ sondern verknüpft diese Leistungen an

261 Dazu *Krause* (Fußn. 256), VVDStRL 45 (1987), S. 212, 213, 224 ff.

262 Vgl. zum Rechtsverhältnis als „analytischem Rahmen“ für „Regelungszusammenhänge“ und „Wirkungen der Regelungsstruktur“ *Trute*, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBl. 1996, S. 950, 952.

263 Vgl. nur *Zacher*, in: FS Zeidler (Fußn. 97), S. 571, 583 ff.

264 Was sich etwa an der Notwendigkeit einer Annahme „vorsorgeähnlicher“ Systeme zeigt. Die zur Abgrenzung benutzte Anknüpfung der sozialen Leistungen ist aber ausreichend abstrakt, um eine vergleichende Betrachtung zu erlauben. Rückschlüsse auf die Funktion ergeben sich vor allem durch die Zusammenhänge der Anknüpfung zum Finanzierungsmodus und in der Folge auch zur Verwaltungsorganisation, vgl. *Becker*, Staat und autonome Träger im Sozialleistungsrecht. Rechtsvergleichende Untersuchung der Risikoabsicherungssysteme in Deutschland, Frankreich, Italien und Großbritannien, Baden-Baden 1996, S. 83 ff.

265 Dazu *Bley* (Fußn. 4), ZSR 1976, S. 69, 85 ff. Zu den Grenzen der Parallelen zum Privatrecht *Schnapp* (Fußn. 114), DÖV 1986, S. 811, 815 f.

eine spezifische Vorgeschichte, insbesondere die Zahlung von Beiträgen^{266,267}. Damit gerät nicht nur das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung in den Blick,²⁶⁸ sondern auch etwa die Frage nach dritten Beitragsschuldnern und vor allem, bei einer zukunftsbezogenen Betrachtung, die rechtliche Sicherung vor den Risiken künftiger Veränderungen. Weil Vorsorgesysteme zugleich risikobezogen und selektiv sind,²⁶⁹ bedarf es einer Unterscheidung zwischen risikobezogenem und einkommensbezogenem finanziellen Ausgleich, weiterhin einer Unterscheidung danach, welche Ausgleichs sowohl bei Querschnitts- als auch bei Längsschnittsbetrachtung der Gemeinschaft der Vorsorgenden oder der Allgemeinheit aufzubürden sind.

(2) Im Gegensatz dazu setzen Hilfe- und Förderungssysteme typischerweise gerade nicht an einer Vorgeschichte an, sondern an aktuellen Bedarfssituationen. Die zeitliche Komponente spielt eine relativ geringe Rolle, der Leistungsgrund und die daraus folgende Steuerfinanzierung lassen weniger Individualisierung zu.²⁷⁰ Welche Aufgaben der Staat übernimmt, ist offener, wenn auch ein Kanon traditioneller Sozialleistungen besteht. Wie gerade die aktuelle Aktivierungsstrategie zeigt, ist aber eine Leistungsgewährung keineswegs von Verhaltenserwartungen unabhängig, wenn auch die Gegenseitigkeit abstrakter bestimmt²⁷¹ und eher in Obliegenheiten als in Pflichten der Berechtigten zum Ausdruck kommen dürfte.²⁷²

(3) Beide Arten von Sozialleistungssystemen enthalten eine Vielheit von Leistungserbringungsverhältnissen. Diesen ist gemeinsam, daß der Staat Verantwortung für die Leistungsgewährung übernimmt, diese aber nicht selbst ausführt. Erfüllungsverhältnis und Sozialleistungsverhältnis fallen auseinander, ein Beschaffungsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer tritt hinzu und verknüpft zugleich die anderen

266 Vgl. dazu Zacher (Hrsg.), Die Rolle des Beitrags in der sozialen Sicherung, Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht Bd. 4, Berlin 1980, insbesondere *ders.*, Vorbereitende Ausarbeitung, S. 23 ff.

267 Während die Trennung von Beitragsverhältnis einerseits und Leistungsverhältnis andererseits, so Richter, Sozialversicherungsrecht, Berlin 1931, S. 109 ff. und S. 128 ff., diese Zusammenhänge auseinanderreißt.

268 Dazu etwa Hase (Fußn. 259), DV 38 (2005), S. 453, 464 ff.; *ders.*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich. Eine Studie zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des deutschen Sozialversicherungsrechts, Tübingen 2000, S. 96 ff.; J. Becker, Transfergerechtigkeit und Verfassung: Die Finanzierung der Rentenversicherung im Steuer- und Abgabensystem und im Gefüge staatlicher Leistungen, Tübingen 2001, S. 77 ff.; abl. zur Gegenseitigkeit Schnapp (Fußn. 114), DÖV 1986, S. 811, 815 mit Fußn. 55.

269 Vgl. Zacher, in: FS Zeidler (Fußn. 97), S. 571, 583 f.

270 Ohne diese auszuschließen. Vgl. dazu die Konzeption des §§ 1, 3, 4 BEEG, dazu Buchner/Becker, Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, 8. Aufl. München 2008, BEEG Einf. Rdnr. 7 ff.; BEEG Vor §§ 1-14, Rdnr. 14, 47.

271 Zur Bedeutung der Menschenwürde in diesem Zusammenhang Wallerath, Zur Dogmatik eines Rechts auf Sicherung des Existenzminimums, JZ 2008, S. 157, 162 ff.

272 Vgl. dazu etwa Becker, in: Tomandl/Schrammel, Sicherung von Grundbedürfnissen (Fußn. 155), S. 23, 45 ff.

beiden Rechtsverhältnisse. Damit gehen die unmittelbare (Mit)Steuerung von Preis und Qualität im Gegenseitigkeitsverhältnis und in diesem Sinne eine unmittelbare, aber ebenso eine mittelbar durch Haftung rechtlich konstruierbare Verantwortungsbeziehung verloren. Es bedarf zusätzlicher Regulierung, die auch eine Sicherstellung der erforderlichen Infrastruktur umfaßt. Diese kann in einem sozialrechtlichen Gewährleistungsverhältnis zwischen staatlichen Trägern und Leistungserbringern vorgenommen werden, aber auch Verbraucherschutz- oder berufsrechtlichen Regelungen überlassen bleiben. Viel spricht dafür, daß verschiedene Ausgestaltungen des Sozialleistungsverhältnisses, insbesondere die Differenzierung von Sachleistung und Kostenerstattung, nicht unmittelbar eine bestimmte Ausgestaltung des Gewährleistungsverhältnisses zur Folge haben. In jedem Fall bedarf aber die Wechselbezüglichkeit der verschiedenen Rechtsverhältnisse im Leistungsdreieck²⁷³ näherer Bestimmung, ohne die sich außen anlagernden Regulierungen – etwa gegenüber Herstellern von und Vertriebsseinrichtungen für Arznei- und Hilfsmittel – aus dem Blick zu verlieren.

(4) Nicht entsprechend in die Ordnung der Sozialleistungen durch Rechtsverhältnisse paßt das Thema „Sozialleistungen und Familie“. Dabei ist zunächst zu denken an die von *Kahn-Freund* betonte Wechselbezüglichkeit von Unterhaltsrecht, Sozial- und Steuerrecht.²⁷⁴ Sie setzt ein Nebeneinander von familienrechtlichen und sozialrechtlichen Beziehungen voraus, bei der eine Verknüpfung darin bestehen kann, daß das Sozialrecht zivilrechtlich festgeschriebene Einstandspflichten aufnimmt.²⁷⁵ Aber die Verknüpfungen sind zugleich und darüber hinausgehend grundsätzlicherer Art. Die Familie ist Unterhaltsverband,²⁷⁶ wenn auch in der bürgerlichen Gesellschaft nicht mehr von „umfassender Wirksamkeit“.²⁷⁷ Wo gesellschaftliche Institutionen für den notwendigen Schutz sorgen können, ist staatliche Unterstützung subsidiär. Auf den durch die Familie gewährten Schutz kann sich aber der Wohlfahrtsstaat nicht mehr verlassen. Er interveniert in verschiedenen Formen bis hin zur pädagogischen Hilfestellung, und er fördert die Zuwendung zum Kind,²⁷⁸ nicht zuletzt um auch in Reaktion auf gesellschaftliche Veränderungen²⁷⁹ seine eigene Existenz zu sichern.²⁸⁰ Dabei muß er dem Wandel fa-

273 Vgl. zum Krankenversicherungsrecht die Typologie bei *Becker/Kingreen*, in: dies. (Hrsg.), SGB V, München 2008, § 69 Rdnr. 4 ff.

274 *Kahn-Freund*, *Comparative Law as an Academic Subject*, Oxford 1965, S. 22.

275 Vgl. näher *Scheiwe* (Fußn. 64), *KritV* 2000, S. 30, 31, 37 ff.

276 Vgl. *Zacher*, *Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung*, in: v. Maydell/Eichenhofer (Hrsg.), *Abhandlungen zum Sozialrecht*, Heidelberg 1993, S. 555 ff., 577 ff.

277 *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1821, § 238.

278 Dazu schon *Ruland*, *Familiärer Unterhalt und Leistungen der sozialen Sicherheit*, Berlin 1973.

279 Zum Teil wird angenommen, er habe diese insbesondere durch den Ausbau der Rentenversicherung selbst mitverursacht, vgl. *Sinn*, *Ist Deutschland noch zu retten?*, München 2003, S. 423; vgl. zu den beachtlichen Gegenargumenten *Fasshauer*, *Besteht ein Zusammenhang zwischen Alterssicherungssystemen und Geburtenrate?*, *DRV* 2006, 305 ff., 321.

280 Vgl. schon *Wingen*, *Bevölkerungsbewußte Familienpolitik, Grundlagen, Möglichkeiten und Grenzen*, Wien 2003. Zu älteren Wurzeln einer interventionistischen Ehe- und Bevölkerungspolitik

miliärer Strukturen und Rollen Rechnung tragen.²⁸¹ Das bezieht sich auf die Anerkennung neuer Formen des Zusammenlebens, insbesondere aber auch auf die Bedeutung eigenständiger Rechte von Kindern.²⁸² Auf diesen Wandel kann durch die Schaffung neuen Rechts, aber auch durch die Auslegung bestehenden Rechts reagiert werden. Seine Bewältigung ist auch eine Aufgabe der Dogmatik. Dabei sind das Sozialrecht und das Familienrecht aufeinander abzustimmen. Die dafür notwendige Grundlage ist ein horizontaler Vergleich zwischen beiden Rechtsgebieten.

V. Abschließende Thesen

1. Anliegen der Rechtsdogmatik ist es, Regeln für die Anwendbarkeit rechtlicher Vorschriften zu entwickeln. Ihr geht es zugleich um die Ordnung und damit die Systematisierung des Rechtsstoffs. Von der Methodik unterscheidet sie sich durch ihren inhaltlichen Bezug auf positives Recht. Durch Verallgemeinerungen hebt sie sich zugleich von diesem ab, muß aber dessen Veränderungen reflektieren. Durch Abstraktion und Speicherungswirkung dient sie der Entlastung des Rechtsanwenders.
2. Rechtsdogmatik ist pragmatisch und normativ. Ihre Regeln sind durch Systematisierung zu gewinnen. Das setzt die Erkenntnis der inneren Struktur des positiven Rechts voraus. Erforderlich ist die Herausarbeitung von (materiellen) Prinzipien, die geeignet sind, ordnungs- und einheitsstiftend zu sein. Angesichts der Ausdifferenzierung auch des Rechts müssen sie aber nicht die ganze Rechtsordnung erklären können. Vielmehr genügen als Ausgangspunkte Hypothesen über funktionale Zusammenhänge. Dem öffentlichen Recht verleihen zudem formale Prinzipien über das Verfahren sowie Handlungs- und Organisationsformen gemeinsame Strukturen.
3. Im Hintergrund der älteren Diskussion um die rechtsvergleichende Methode stand das Ziel der Rechtsvereinheitlichung. Die neuere Diskussion verfängt sich zu einem großen Teil in einer Gleichsetzung von Methode und Ziel. Beherzigt man die Trias von Erkennen, Verstehen und Bewerten (*Zacher*), so ist

Fuhrmann, Volksvermehrung als Staatsaufgabe?, Bevölkerungs- und Ehepolitik in der deutschen politischen und ökonomischen Theorie des 18. und 19. Jahrhunderts, Paderborn 2002. Jetzt *Kaufmann*, Schrumpfende Gesellschaft, Vom Bevölkerungsrückgang und seinen Folgen, Frankfurt a.M. 2005, S. 161 ff.

²⁸¹ Vgl. auch zur Verbindung ökonomischer Interessen mit Wahlfreiheiten *Becker*, Das neue Elterngeld, in: Bauer/Kort/Möllers/Sandmann, FS für Buchner, München 2009, S. 67 ff.

²⁸² Vgl. dazu *Zacher*, Elternrecht, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI Freiheitsrechte, Heidelberg 1989, S. 265, 297, Rdnr. 69 ff.

zu trennen zwischen dem hermeneutischen Problem des Auffindens vergleichbarer Rechtsnormen und dem der Aufarbeitung dieser Normen, die sich an der konkret verfolgten Zielsetzung zu orientieren hat.

4. Für das Auffinden der relevanten Rechtsnormen ist das Funktionalitätsprinzip nach wie vor eine geeignete Grundlage. Das gilt gerade für den Vergleich verschiedener Sozialrechtsordnungen, die durch ihre Funktionalität gekennzeichnet sind. Das Erfordernis, ein gemeinsames Problem zu formulieren, steht aber weder in einem Widerspruch zu institutionsbezogenen Ausgangspunkten noch überhaupt zu dem durch die Beschäftigung mit der eigenen Rechtsordnung geprägten Vorverständnis. Deshalb ist auch ein Ansetzen an dogmatischen Prinzipien möglich, sofern daraus ein offenes und funktionales Untersuchungsprogramm entwickelt werden kann.
5. Ein zentrales Ziel sozialrechtsdogmatischer Forschung ist das Erkennen der Eigengesetzlichkeiten des Sozialrechts. Diese ergeben sich aus den systembildenden Prinzipien, lassen sich als rechtmaterienspezifische Dogmatik aber erst konturieren durch Vergleiche mit anderen Bereichsdogmatiken.
6. Zugleich ist die Sozialrechtsdogmatik Teil einer gestuften Gesamtdogmatik und nimmt auch allgemeinere Prinzipien in sich auf. Sie prägt diese einerseits mit, bedarf aber andererseits der Rückbindung an die allgemeine Verwaltungsrechts-, die Verfassungsrechts- und die Gemeinschaftsrechtsdogmatik. Das ist Folge des Hierarchieverhältnisses zwischen den in Bezug genommenen Rechtsnormen, ohne dessen Anerkennung die allgemeineren Dogmatiken ihre ordnende Funktion verlieren würden.
7. Die Ausrichtung der sich ständig ändernden gesetzlichen Grundlagen des Sozialrechts auf gesellschafts- und wirtschaftspolitische Ziele erschwert die Systematisierungsaufgabe. Sie macht diese Aufgabe aber nicht unmöglich, weil der Gesetzgeber sich vielfach an vorhandenen Strukturen orientieren wird. Zudem betreffen grundlegende Änderungen nur einzelne Teile des Systems, und deren Nachverfolgung bedarf ebenfalls der rechtswissenschaftlichen Begleitung.
8. Wird die heuristische Funktion dogmatischer Regeln beachtet und werden die dahinter stehenden Wertungen und die Wirkungsbedingungen des Rechts einbezogen, läßt sich der Einwand, rechtsdogmatische Forschung sei international wenig anschlußfähig, entkräften. Daß ein Bedarf für eine stärker regelgeleitete Anwendung des Rechts gerade auch auf überstaatlicher Ebene besteht, zeigt die Notwendigkeit, den Prozeß der europäischen Integration nicht den Zufallsergebnissen einer einzelfallbezogenen Rechtsprechungstätigkeit zu überlassen.
9. Rechtsvergleichende Forschung zur Sozialrechtsdogmatik kann auf die Herausarbeitung gemeinsamer Prinzipien und Anwendungsregeln, auf die Erleichterung der Systematisierung des eigenen Sozialrechts sowie auf das Erkennen ausländischer dogmatischer Besonderheiten gerichtet sein.

10. Bei entsprechender Zielrichtung müssen bei der Konzipierung einzelner vergleichender Untersuchungen stärker als bisher dogmatische Fragestellungen herausgearbeitet werden, ohne daß deshalb auf die gleichzeitige Herausstellung des gemeinsamen Problems und die zu dessen Beschreibung geeigneten sozialpolitischen Indikatoren verzichtet werden sollte. Bei der Darstellung des ausländischen Rechts verdient der Stufenbau der Rechtsdogmatik besondere Beachtung.
11. Den Eigenheiten des Sozialrechts läßt sich rechtsvergleichend durch die Analyse von Prinzipien auf verschiedenen Ebenen nachgehen, von der Ordnung und Aufteilung der staatlichen und gesellschaftlichen Sphären bis hin zu den Einsatzmöglichkeiten bestimmter Handlungsformen.
12. Soll der Versuch unternommen werden, das Sozialrecht in seiner Gesamtheit zu erfassen, bedarf es weiter gespannter Ansätze. Dafür empfiehlt sich eine mittlere Ebene, die nicht direkt auf den letztendlichen Zweck aller Sozialleistungen, aber auch nicht nur auf Einzelaspekte abzielt, also induktives Vorgehen ebenso wie allgemeine Rückschlüsse erlaubt. Rechtsverhältnisse bieten einen geeigneten Analyserahmen, weil sie inhaltlich offen, bündelnd und dynamisch sind und sich nach wesentlichen funktionellen und institutionellen Aspekten, nämlich nach Leistungsgründen einerseits und den an ihnen beteiligten Personen oder Institutionen andererseits, aufspalten lassen.

