

C. Erkenntnisziele

Das allgemeinste Erkenntnisziel dieser Arbeit besteht darin, dem Leser neben dem deutschen vor allem auch das hierzu völlig unterschiedlich konzipierte englische System der sozialen Sicherheit im Bereich der stationären Langzeitpflege nahezubringen. Über diese Systemdarstellung hinaus soll der Themenkomplex unter einer ganz bestimmten Perspektive analysiert werden. Ausgangspunkt hierfür ist die Überlegung, daß sich der Staat trotz der Einbeziehung des privaten Sektors aufgrund der ihm gegenüber seinen Bürgern zukommenden sozialen Verantwortung keineswegs vollumfänglich aus den mit der Langzeitpflege zusammenhängenden Aufgabenfeldern zurückzieht. Die betreffenden Aufgaben bleiben in der Regel öffentliche⁵⁴, und der Gewährleistungsstaat stellt den Rahmen und die strukturierenden Vorgaben für Aufgabenwahrnehmung und Problemlösungen durch Private bereit,⁵⁵ indem er gezielt auf gesellschaftliche Abläufe einzuwirken, sie also zu „steuern“ oder zu „regulieren“ versucht.⁵⁶ Diese steuernde Einflußnahme des Staates auf Private, in der sich die staatliche Rolle im verantwortungsteilenden Zusammenwirken zwischen beiden Sektoren manifestiert, bildet den zentralen Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit. Aus der Perspektive des Staates als steuerndem Akteur verfolgt die Arbeit in einem Rechtsvergleich der stationären Langzeitpflegesysteme Englands und Deutschlands die folgenden Ziele:

Zunächst soll gewissermaßen ein Fundus verschiedenster Instrumente herausgearbeitet werden, mit denen der Staat den privaten Sektor steuert, wenn er ihn in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in der stationären Langzeitpflege einbezieht. Zu diesem Zweck werden nicht nur das für die Privaten verbindliche rechtliche Instrumentarium, sondern auch sonstige Maßnahmen, mit denen der Staat unmittelbar oder mittelbar bestimmte Ziele bezogen auf die Pflege in Heimen erreichen möchte, betrachtet. Die einzelnen Instrumente sollen dabei nach ihrer jeweiligen Zielsetzung systematisiert und – weil das komplexe Ineinandergreifen der Steuerungsprogramme nur in einer Zusammenschau erfaßt werden kann –⁵⁷ in ihrem Zusammenwirken mit anderen Mechanismen, also gewissermaßen als „Steuerungsbündel“⁵⁸, beschrieben werden. Eine besondere Fragestellung ergibt sich in diesem Zusammenhang aus dem Umstand, daß dem Heimaufenthalt zwar der meisten, aber eben gerade nicht aller Bewohner leistungsrechtlich eine Dreieckskonstellation zugrunde liegt: in aller Regel erbringen die Heimträger des privaten Sektors (Leistungserbringer) stationäre Langzeitpflegeleistungen für Heimbewohner

54 Zum Begriff der „öffentlichen Aufgaben“ unten, S. 57 ff.

55 Hoffmann-Riem, Wolfgang, Modernisierung von Recht und Justiz, S. 24.

56 Hoffmann-Riem, Wolfgang, Modernisierung von Recht und Justiz, S. 31.; näher zum hier verwendeten Begriff der „Steuerung“ unten, S. 95 ff.

57 So auch Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, S. 83.

58 Trute, Verantwortungsteilung, in: Schuppert [Hrsg.], Jenseits Privatisierung und „schlankem“ Staat S. 22, verwendet im Zusammenhang mit diesem „Steuerungsbündel“ den Begriff der „Regelungsstruktur“, mit dem er alle für die Regulierung eines bestimmten Aufgabenfeldes wichtigen Regelungsinstanzen und Regelungsinstrumente bezeichnet und damit – anders als hier – die staatliche Steuerungsperspektive verläßt.

(Leistungsempfänger), die hierauf gegenüber staatlichen Stellen (Leistungsträger) einen sozialrechtlichen Anspruch haben, dessen Erfüllung aber eben nicht eigenhändig, sondern durch Rückgriff auf den privaten Sektor erfolgt. Dieses Leistungserbringungs-dreieck bedingt gesteigerte Anforderungen an das steuernde Einwirken des Staates, weil dieser sicherstellen muß, daß nicht – wie aber bemängelt wird – „ein großer Graben zwischen dem Zugesagten und dem Erbrachten“⁵⁹ entsteht. Daneben gibt es jedoch auch einen Kreis von Bewohnern, die ihren Heimaufenthalt gänzlich in eigener Regie, also außerhalb des sozialrechtlichen Leistungsregimes finanzieren. Ungeachtet der fehlenden sozialrechtlichen Ansprüche wirkt der Staat jedoch auch mit Blick auf diese Personen steuernd auf die Heimbetreiber ein. Vor diesem Hintergrund soll die Arbeit bei der Darstellung der Steuerungsprogramme zugleich auch der Frage nachgehen, ob es hinsichtlich der eingesetzten Steuerungsinstrumente einen Unterschied macht, ob die stationäre Langzeitpflege als sozialrechtliche Leistung erbracht wird oder nicht, und wenn ja, in welchem Verhältnis die Instrumentarien aus „subjektiver Berechtigung“ versus „objektiver Ordnung“⁶⁰ zueinander stehen.

Der rechtsvergleichende Ansatz der Arbeit erfüllt in diesem Zusammenhang zwei Funktionen: zum einen soll er den Fundus der Steuerungsinstrumentarien erweitern, indem er zu den in Deutschland eingesetzten auch die hiervon teilweise abweichenden Steuerungskonzepte, die in England herangezogen werden, vorstellt. Zum anderen soll der Rechtsvergleich gerade auch in den Bereichen, in denen in einer der Rechtsordnungen ein „Steuerungsdefizit“ zu konstatieren ist, den Blick auf die jeweils andere Rechtsordnung ermöglichen um festzustellen, ob die Probleme mit den dort eingesetzten Instrumenten in gleicher Weise virulent werden. Hierbei ist jedoch auf zwei Einschränkungen hinzuweisen, die es im Kontext mit den „Steuerungsdefiziten“, also dem Zurückbleiben der erwarteten Ergebnisse hinter den sozialpolitischen Zielsetzungen, zu beachten gilt: zum einen kommt dem Staat bei der Festlegung der jeweiligen Sollzustände ein weiter Spielraum zu, so daß sich die Zielsetzungen in den beiden Vergleichsrechtsordnungen nicht immer decken. Zum anderen sind die Staaten allenfalls in einem sehr begrenzten Rahmen verpflichtet, bestimmte Steuerungsziele auch tatsächlich zu erzielen. Wenn insofern von „Steuerungsdefiziten“ die Rede ist, handelt es sich demnach in aller Regel nicht um rechtlich, sondern lediglich um empirisch festzustellende Defizite.

Weil Steuerung zudem nicht im Sinne linearer, monokausaler Zusammenhänge verstanden werden kann, sondern unter verschiedenen ungewissen Bedingungen mit dynamischen Rückkoppelungen in einem komplexen System abläuft,⁶¹ kann diese Arbeit mit der ihr zur Verfügung stehenden juristischen Methodik auch nicht der Steuerungseffektivität einzelner Instrumentarien im Einzelnen nachgehen oder gar die Steuerungswirklichkeit in ihrer Gesamtheit beleuchten.⁶² Solche mit Vollzug und Implementation

59 Zacher, Diskussionsbeitrag in VVDStRL 62, S. 349.

60 Vgl. Zacher, Vorfragen, S. 34.

61 Vgl. Hoffmann-Riem, Modernisierung von Recht und Justiz, S. 32.

62 Zu den Grenzen der juristischen Betrachtung siehe auch Hoffmann-Riem, Modernisierung von Recht und Justiz, S. 199; auch mit der Methodik des (funktionalen) Rechtsvergleichs lassen sich

von Normen und Maßnahmen zusammenhängende Fragestellungen müssen vielmehr von den empirisch arbeitenden Wissenschaften untersucht werden.⁶³ Freilich aber wird dort, wo Erkenntnisse insbesondere der soziologischen Wissenschaften über bestimmte Steuerungsinstrumente und -ziele vorliegen, zur Ergänzung der juristischen Systematisierung auf diese zurückgegriffen werden, hängt doch das „Erfassen, Verstehen und Bewerten von Sozialrecht [...] in relativ hohem Maß von den korrespondierenden und umgebenden Sozialstrukturen ab“⁶⁴. Die aufgeworfenen Fragestellungen bleiben nichtsdestotrotz genuin juristische, weil sie sich auf eine systematische Analyse des rechtlichen oder doch zumindest des in die rechtlichen Strukturen eingefügten Steuerungsinstrumentariums beziehen.

Ein weiteres Ziel der Arbeit besteht darin, die vom Staat zur Steuerung privater Akteure in der stationären Langzeitpflege eingesetzten Instrumentarien mit Blick auf ihre Wirkmechanismen und die ihnen zugrundeliegende Regulierungsmethodik zu untersuchen. Damit soll der Frage nachgegangen werden, inwiefern mit dem Wandel vom erfüllenden Wohlfahrtsstaat zum ermöglichenden, auf den Beitrag Privater zurückgreifenden Gewährleistungsstaat zugleich eine Abkehr von klassischen, hoheitlich-imperativen Regulierungsmechanismen verbunden ist, die sich auf die unmittelbare Geltungskraft und gegebenenfalls die zwangsweise Durchsetzbarkeit rechtlicher Ge- und Verbote stützen. Zu diesem Zweck wird die Arbeit untersuchen, in welchem Verhältnis „moderner“ Regulierungsansätze, mit denen auf das konstatierte „Steuerungsversagen des Staates“ reagiert werden sollte, zur traditionellen Regulierung im Sinne von „*command and control*“⁶⁵ stehen.

Schließlich soll die vorliegende Untersuchung zu einem genaueren Verständnis dessen beizutragen, was unter den Begriffen der *staatlichen Verantwortung* und der *Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten* im Allgemeinen zu verstehen ist und welche Aussagekraft dem in der aktuellen Diskussion des modernen Staatsverständnisses vielgebrauchten Leitbild des Gewährleistungsstaats zukommt. Hierzu geht die Arbeit der Frage nach, ob es bezogen auf die stationäre Langzeitpflege in Deutschland und England gerechtfertigt ist, von einem verantwortungsteilenden Zusammenwirken zwischen Staat und Privaten zu sprechen, worin sich insbesondere die staatliche Verantwortung in diesem Bereich ausdrückt und ob darüber hinaus das vielzitierte Leitbild des Gewährleistungsstaates eine zutreffende Beschreibung für die Rolle des Staates ist, die dieser im Langzeitpflegesystem einnimmt.

solche evaluierenden Aussagen über die Steuerungseffektivität nicht treffen, vgl. *Michaels*, The Functional Method of Comparative Law, S. 373 ff.; skeptisch hinsichtlich der Möglichkeit einer Effizienzbewertung speziell in der Sozialrechtsvergleichung auch *Becker*, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, S. 22 f.

63 Vgl. zur Implementationsforschung etwa *Hansmeyer/Mayntz/Derlien/Bohne*, Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1987; *Mayntz* [Hrsg.], Implementation politischer Programme, 1983. Zu Zielen und Methoden der Rezeptionsforschung vgl. *Hänlein*, Sozialrechtsvergleich als Rezeptionsforschung?, ZIAS 1998, S. 104 ff.

64 *Zacher*, Vorfragen, S. 29.

65 Dazu ausführlich unten, S. 113 f.

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

D. Methodik der Rechtsvergleichung und Auswahl der Vergleichsländer

I. Ziel und Gegenstand der Rechtsvergleichung

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

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

67 S. hierzu unten, S. 62.

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

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

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

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

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

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