

C. Methodik und Gang der Untersuchung

I. Methodik

Um das Recht der Sozialen Sicherheit in Portugal und den in ihm zum Ausdruck kommenden Einfluss der Verfassung bestmöglich erfassen zu können, muss zunächst die Methodik der Untersuchung festgelegt werden. Diese wiederum wird maßgeblich durch den Rahmen bzw. Gegenstand der Untersuchung bestimmt. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Beantwortung einer rein auslandsrechtlichen Fragestellung. Es handelt sich somit um Auslandsrechtskunde und nicht um Rechtsvergleichung, weil die portugiesische nicht mit einer anderen Rechtsordnung verglichen, sondern lediglich ihrerseits umfassend analysiert wird. Auslandsrechtskunde und Rechtsvergleich weisen zwar zwei unterschiedliche Gegenstände auf, weil sich der Rechtsvergleich anders als die Auslandsrechtskunde nicht nur auf eine Rechtsordnung beschränkt, sondern verschiedene Rechtsordnungen untersucht und diese miteinander vergleicht. Die Auslandsrechtskunde bildet andererseits jedoch die Vorstufe jedes Rechtsvergleichs, weil Voraussetzung des eigentlichen Vergleichs die eingehende Untersuchung des ausländischen Rechts ist. Während eine vergleichende Arbeit ohne vorherige auslandsrechtliche Untersuchungen somit nicht möglich ist, kann das ausländische Recht sowohl isoliert als auch im Vorfeld eines späteren Vergleichs analysiert werden.²⁹

Für rechtsvergleichende Untersuchungen hat sich eine zwar mit unterschiedlichen Schlagworten bezeichnete, aber doch im Kern allgemein akzeptierte Methodik entwickelt, deren zentrale Aussage darin besteht, dass zu Beginn des Vergleichs eine vorrechtliche Fragestellung³⁰, ein exogener Ansatzpunkt³¹ oder ein *tertium comparationis*³² festzulegen ist, um ausgehend davon die verschiedenen Rechtsordnungen erfassen und schließlich miteinander vergleichen zu können. Diese Abstraktion des Problems von der Lösung ist erforderlich, um die in den verschiedenen Rechtsordnungen zum Ausdruck kommenden Lösungen von einem gemeinsamen Standpunkt aus vergleichen zu können.³³ Soweit eine auslandsrechtliche Untersuchung der Vorbereitung eines Rechtsvergleichs dient, muss diese Methodik ebenfalls zur Anwendung kommen, weil andernfalls der spätere Vergleich nicht möglich wäre. Eine eigenständige auslandsrecht-

29 Vgl. eingehend zu dem Zusammenhang zwischen Auslandsrechtskunde und Rechtsvergleich Constantinesco, Die rechtsvergleichende Methode, S. 139 – 149.

30 Zacher, in: ders., Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs, S. 41 – 44.

31 Pieters, in: Ruland/Maydell/Papier, Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats, FS für Hans F. Zacher, S. 725 – 731.

32 Ebert, Rechtsvergleichung, S. 26 – 30. Vgl. zum Funktionalitätsprinzip auch Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33 – 35 und Becker, Staat und autonome Träger im Sozialleistungsrecht, S. 33.

33 Gem. Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33, muss Ausgangspunkt für den Vergleich verschiedener Problemlösungen nicht eine der Lösungen, sondern das Problem selbst sein.

liche Untersuchung hingegen scheint keiner Abstraktion zu bedürfen, weil lediglich eine auch aus sich selbst heraus erklärbare Rechtsordnung analysiert wird. Insoweit ist jedoch zu beachten, dass Gegenstand der Auslandsrechtskunde stets die Analyse und Bewertung einer aus Sicht des Leserkreises fremden Rechtsordnung ist. Diesem Leserkreis sind die Begriffe und Kategorien der fremden Rechtsordnung unbekannt. Eine Abstraktion der analysierten Rechtsordnung von den ihr immanenten Begriffen und Kategorien ist daher auch hier zwingend erforderlich.³⁴ Dies gilt umso mehr als bei der Lektüre einer auslandsrechtlichen Untersuchung unwillkürlich stets ein Vergleich mit der eigenen Rechtsordnung erfolgt. Zudem erfordern auch einfache sprachliche Erwägungen die Abstraktion. So kann eine fremde Rechtsordnung nicht mit den Begriffen der eigenen Rechtsordnung erfasst werden, weil hierdurch das fremde Rechts in die vorgegebene Schablone des eigenen Rechts³⁵ gezwungen würde. Die Begriffe des eigenen Systems und somit der eigenen Lösung würden dem fremden Recht und der dort gefundenen Lösung jedoch nicht gerecht. Zwar bietet sich bei der reinen Auslandsrechtskunde anders als beim Rechtsvergleich als Alternative die Verwendung der dem fremden System immanenten Begriffe an. Denn mit diesen systemimmanenten Begriffen ließe sich die Rechtsordnung zutreffend und abschließend erfassen. Die Begriffe der fremden Rechtsordnung wären jedoch wiederum nicht geeignet, um dem Leser das für ihn fremde System verständlich zu machen. Doch auch unabhängig von begrifflichen und sprachlichen Erwägungen ist es auch im Rahmen der isolierten Auslandsrechtskunde erforderlich, die gefundenen Lösungen von den zugrunde liegenden Problemen zu abstrahieren, soweit die vorhandenen Lösungen bewertet und analysiert werden sollen.³⁶ Denn nur durch diese Abstraktion lassen sich die strukturbildenden Aspekte des Systems abschließend erfassen und hierauf aufbauend die gefundenen Lösungen bewerten. Auch bei der isolierten Auslandsrechtskunde müssen also die behandelten Probleme von ihren in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommenden Lösungen abstrahiert werden, indem bestimmt wird, auf welche Fragestellungen und Probleme die zu untersuchende Rechtsordnung versucht, eine Antwort zu geben. Für die vorliegende Arbeit folgt daraus, dass sowohl bei der Analyse des Systems der Sozialen Sicherheit als auch bei der verfassungsrechtlichen Grundlagen zunächst die in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommenden Lösungen von den ihnen zugrunde liegenden Problemen abstrahiert werden, indem die grundlegenden Begriffe definiert und die davon erfassten Rechtsbereiche systematisiert werden.

Noch in einem weiteren Punkt ist eine Parallele zum Rechtsvergleich zu ziehen. Ebenso wie bei diesem sollte auch bei der isolierten Auslandsrechtskunde eine Flankierung der rechtlichen Untersuchung mit einer Darstellung der außerrechtlichen Hinter-

34 *Constantinesco*, Die rechtsvergleichende Methode, S. 140.

35 *Pieters*, in: *Ruland/Maydell/Papier*, Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats, FS für Hans F. Zacher, S. 729f.

36 Vgl. zu diesem Ziel der Rechtsvergleichung *Zacher*, in: *ders.*, Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs, S. 22 sowie *Graser*, Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit, S. 110f.

gründe erfolgen.³⁷ Denn wie insbesondere das bereits erwähnte Beispiel der portugiesischen Verfassung belegt,³⁸ sind rechtliche Entwicklungen isoliert betrachtet oft nicht aus sich heraus verständlich. Sie bedürfen vielmehr der Einbettung in den historischen und sozioökonomischen Zusammenhang. Erst durch die Erfassung der außerrechtlichen Bedingungen lässt sich ein Gesamtbild des Systems zeichnen. Zwar können diese außerrechtlichen Faktoren ihrerseits nicht mit juristischen Mitteln auf ihre Wirkung hin untersucht werden, ihre zumindest grundlegende Kenntnis ist aber erforderlich für die gewinnbringende Analyse der rechtlichen Faktoren. Anders als bei rein inländischen Untersuchungen kann insoweit bei den Lesern auch kein maßgeblicher Kenntnisstand vorausgesetzt werden. Ebenfalls im Rahmen der Grundlegung sind daher die historischen und sozioökonomischen Rahmenbedingungen darzustellen.

II. Gang der Untersuchung

Der Gang der Untersuchung wird seinerseits maßgeblich durch die soeben dargestellten methodischen Grundsätze bestimmt. Auch insoweit ergeben sich daher Parallelen zur rechtsvergleichenden Untersuchung. Zwar werden nicht zwei Rechtsordnungen verglichen, also die sie verbindenden bzw. trennenden Aspekte herausgearbeitet. Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist aber die Untersuchung zweier Teile einer ausländischen Rechtsordnung und des Zusammenhangs zwischen diesen beiden. Während beim Rechtsvergleich zunächst in der Regel im Rahmen von sog. Länderberichten die Rechtsordnungen der untersuchten Länder zu analysieren sind, bevor im Rahmen des eigentlichen Vergleichs die sie verbindenden bzw. trennenden Aspekte herausgearbeitet werden, müssen vorliegend zunächst die beiden Elemente der portugiesischen Rechtsordnung analysiert werden. Erst im Anschluss daran kann der Zusammenhang zwischen diesen beiden Teilen näher beleuchtet werden. Dabei wird anders als beim Rechtsvergleich untersucht, ob und in welcher Form einer der zuvor analysierten Teile der Rechtsordnung eine bestimmende Wirkung auf den anderen Teil ausübt. Die Untersuchung besteht demzufolge im Wesentlichen aus einer Analyse des Systems der Sozialen Sicherheit, einer ebensolchen der verfassungsrechtlichen Grundlagen dieses Systems und schließlich einer Auswertung, die die bestimmende Wirkung der Verfassung auf die Soziale Sicherheit zu ergründen versucht.

Ausgehend von der Grundaufteilung in zwei weitgehend getrennte Hauptteile und einer Zusammenführung dieser Hauptteile in der Auswertung, ist es grundsätzlich unerheblich, ob zunächst die verfassungsrechtlichen Grundlagen oder aber das System der Sozialen Sicherheit analysiert werden. Es ist jedoch zu beachten, dass die Untersuchung des Zusammenhangs zwischen diesen beiden Teilen nur eines von zwei grundsätzlich gleichberechtigten Zielen der Arbeit ist. Ebenso große Bedeutung kommt der umfassenden

37 Pieters, in: *Ruland/Maydell/Papier*, Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats, FS für Hans F. Zacher, S. 716 – 721.

38 Die Verfassung gilt als Produkt der Revolution, vgl. oben S. 24.