

die für den Rechtsvergleich bedeutenden Aspekte beschreibt. Zweitens gewinnt die Arbeit hierdurch den Raum, um mit der gewichteten Darstellung des deutschen Systems gleichzeitig auch die vergleichende Auswertung zur englischen Rechtsordnung vornehmen und in den deutschen Länderbericht integrieren zu können. Auf diese Weise werden Redundanzen vermieden, die ein eigenes, den Länderberichten nachfolgendes Vergleichskapitel zwangsläufig in einem gewissen Umfang zur Folge hätte. Drittens ermöglicht diese Darstellung im fünften Kapitel einen Perspektivenwechsel, der die in den Länderberichten bereits gefundenen Vergleichsergebnisse aufgreifen und in einer Gesamtschau an die in der Grundlegung aufgeworfenen Fragestellungen zum Gewährleistungsstaat und dessen Steuerungsmeachnismen rückbinden kann.

IV. Auswahl der Vergleichsländer

Die vorliegende Arbeit stellt in einem Rechtsvergleich die englische und die deutsche Rechtsordnung gegenüber. Bestimmend für die Auswahl dieser beiden Jurisdiktio-nen waren primär die mit dem Vergleich verfolgten Erkenntnisziele.¹³⁰ Weil diese Ziele in unmittelbarem Zusammenhang mit der staatlichen Einflußnahme auf private Leis-tungserbringer in der stationären Langzeitpflege stehen, bestand das wichtigste Aus-wahlkriterium deshalb darin, daß in den Vergleichsrechtsordnungen Heimträger des privaten Sektors einen signifikanten Anteil an der Leistungserbringung haben.

Sowohl England als auch Deutschland erfüllen diese Bedingungen,¹³¹ zudem exis-tiert in beiden Rechtsordnungen noch eine gewisse Anzahl staatlich betriebener Pflege-heime, was zusätzlich die Möglichkeit zu Vergleichen mit der eigenhändigen Leis-tungserbringung eröffnet. Für die Auswahl Englands spricht im Übrigen, daß dieses Land bei der Privatisierung eine Vorreiterrolle spielte¹³² und die Tendenz zu „mehr Markt“ und „weniger Staat“ dort seit jeher besonders ausgeprägt ist.¹³³ Gerade in Eng-land ist daher ein hohes Maß an Interaktion zwischen beiden Sektoren zu erwarten.

Weil diese Untersuchung aber nicht nur Aussagen allgemein über die Erbringung sta-tionärer Pflegeleistungen durch Private treffen, sondern im speziellen auch Erkenntnisse über die staatliche Einflußnahme auf private Träger gewinnen soll, die solche Leistun-gen gerade *für* den Staat zur Erfüllung dessen sozialrechtlicher Pflichten erbringen, war es weiter erforderlich, daß die jeweiligen Rechtsordnungen entsprechende Sozialleis-tungen zumindest auch unter Rückgriff auf private Leistungserbringer anbieten. Wie im

130 Allgemein zu den Anforderungen an die Länderauswahl *Ebert*, Rechtsvergleichung, S. 143 ff., sowie speziell zur Zivilrechtsvergleichung *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 40 ff.

131 Dazu schon oben, S. 31.

132 *Moran*, British Regulatory State, S. 2 f. Dem Privatisierungsvolumen der Bundesrepublik Deutsch-land von 12 Mrd. DM zwischen 1979 und 1992 stehen in Großbritannien auf den gleichen Zeitraum bezogen Privatisierungserlöse in Höhe von 120 Mrd. DM gegenüber, vgl. *Schmidt*, Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen, ZGR 1996, S. 346.

133 *Schulte*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und freie Wohlfahrtspflege, ZIAS 1992, S. 201.

dritten und vierten Kapitel zu zeigen sein wird, erfüllen die hier verglichenen Systeme diese Kriterien.

Um ferner in der Lage zu sein, spezifische auf die Langzeitpflege zugeschnittene Daten, Statistiken und Steuerungsinstrumente zu ermitteln, war eine weitere Voraussetzung für die Eignung des betreffenden Landes als Vergleichsrechtsordnung, daß die Langzeitpflege dort als ein gegenüber der Gesundheitsversorgung im engeren Sinne abgrenzbarer Bereich verstanden wird. Dies trifft sowohl auf Deutschland zu, wo auch im Sozialleistungsrecht zwischen Kranken- und Pflegeleistungen unterschieden wird, als auch für England, wo zwischen *health and nursing care* einerseits und *social care* andererseits unterschieden wird.¹³⁴ Nur erstere stellen Leistungen des Nationalen Gesundheitsdienstes (*National Health Service – NHS*) dar, während die Erbringung der *social care* grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich der *local authorities* fällt.¹³⁵

Zwei Merkmale, die man bei der hier getroffenen Länderauswahl vordergründig für relevant halten könnte, scheiden mit Blick auf das Erkenntnisinteresse als geeignete Auswahlkriterien aus: Zum einen kann die Zugehörigkeit Deutschlands zum kontinentalen („*civil law*“) und die Englands zum anglo-amerikanischen („*common law*“) Rechtskreis¹³⁶ im Rahmen dieser Arbeit nicht von Relevanz sein,¹³⁷ weil die entsprechende Einteilung gewöhnlich nach zivilrechtlichen Kriterien erfolgt.¹³⁸ Für das öffentliche Recht, das in dieser Untersuchung eine maßgebliche Rolle spielt, ist sie demgegenüber nur begrenzt hilfreich,¹³⁹ was unter anderem an der unterschiedlichen Entwicklung ersichtlich ist, die England und die Vereinigten Staaten im Verfassungs- und Verwaltungsrecht genommen haben.¹⁴⁰ Zum anderen steht die Unterscheidung auch sonst in keinem relevanten Bezug zum Vergleichsgegenstand der Steuerung Privater bei deren Einschaltung in die Erfüllung staatlicher Aufgaben, so daß sie für das mit dieser Arbeit verfolgte Erkenntnisziel keine Rolle spielt.

Gleiches gilt für die nach gemeinsamen historischen Vorbildern vorgenommene Klassifizierung nach „Sozialrechtsfamilien“, die Deutschland als typischen Vertreter der Bismarck'schen Tradition und England als das typische „Beveridge-Land“ betrachtet. Diese Einteilung ist zu grobmaschig und zu vereinfachend,¹⁴¹ als daß sie für den hier unternommenen Mikrovergleich einen Einfluß auf die Auswahl der Vergleichsländer haben könnte. Die Tatsache, daß in England – anders als in Deutschland – Langzeit-

134 Zu den Begrifflichkeiten unten, S. 135 f.; 146 ff.

135 Ausführlich unten, S. 148 ff.

136 Zu den Rechtskreisen vgl. etwa *Rheinstein*, Rechtsvergleichung, S. 77 ff.

137 Bis 1920 wurde demgegenüber bestritten, daß das englische Recht mit dem Recht anderer Länder überhaupt verglichen werden könne. Dazu sowie zur grundsätzlichen Vergleichbarkeit von Ländern verschiedener Rechtskreise *Sacco*, S. 26 ff.

138 Vgl. *Pieters*, Reflections, S. 724; *Becker*, Staat und autonome Träger, S. 35 m.w.N.

139 Die Bedeutung der Rechtskreise für die Auswahl der Vergleichsländer generell in Frage stellend *Gutteridge*, Comparative Law, S. 74.

140 *Trantas*, Rechtsvergleichung, S. 71; zur fehlenden Möglichkeit, Sozialrechtsfamilien entsprechend den Zivilrechtsfamilien zu bilden vgl. auch *Zacher*, Vorfragen, S. 31.

141 *Zacher*, Vorfragen, S. 33; zur begrenzten Nutzbarkeit der Einteilung für einen Rechtsvergleich s. auch *Pieters*, Reflections, S. 724.

pflege nicht als Sozialversicherungsleistung erbracht wird, kann als (zumindest partiell) Kontrastprogramm¹⁴² allerdings einen zusätzlichen Erkenntnisgewinn hinsichtlich der möglichen Systemarchitekturen bringen.

Aufgrund der weitgefaßten Vergleichsgrundlage, die verschiedenste Instrumente unterschiedlicher Rechtsquellen im weit gefaßten Themenkontext der staatlichen Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege betrachtet und eine umfangreiche Recherche in den Vergleichsländern erfordert, beschränkt sich dieser Rechtsvergleich auf zwei Rechtsordnungen. Angesichts der Ähnlichkeiten bei der stationären Langzeitpflege in England, Schottland und Wales¹⁴³ wäre eine Einbeziehung der beiden letztgenannten Länder zwar durchaus denkbar gewesen. Da die entsprechenden Regelungen in verschiedenen nationalen Gesetzen und Richtlinien enthalten sind, hätte dies aber den Nachteil häufiger Parallelzitate mit sich gebracht, ohne – aufgrund der großen Übereinstimmungen – zu einen dem Aufwand entsprechenden Erkenntnisgewinn beizutragen. Wenngleich die Beschränkung auf zwei Vergleichsländer – jedenfalls theoretisch – zu einem begrenzteren „Vorrat an Lösungen“ führt als ein Mehrländervergleich,¹⁴⁴ darf nicht übersehen werden, daß diese Arbeit Erkenntnisziele verfolgt, die über die bloße Erweiterung von Lösungsansätzen für bestimmte Regelungsprobleme hinausgeht. Die intendierte Bewertung der Regulierungsmechanismen sowie die Aussagen zum Leitbild des Gewährleistungsstaates lassen sich in einem Vergleich von zwei Rechtsordnungen ebenso valide treffen wie nach einer Gegenüberstellung mehrerer Jurisdiktionen – oder mit *Lord Steyn* formuliert: „*The acquisition of ideas does not depend on a head count of legal systems.*“¹⁴⁵

142 Zur Bereitstellung eines ausreichenden Kontrastprogramms als Kriterium zur Auswahl der Vergleichsländer vgl. *Becker, Staat und autonome Träger*, S. 35 m.w.N.

143 Vgl. etwa *Thompson/Winfield/Simmons/Linney*, S. 12.

144 Für eine begrenzte Anzahl an Vergleichsländern aber grundsätzlich auch *Gutteridge*, S. 74.

145 *Lord Steyn* in *McFarlane v Tayside Health Board* [2000] AC 59, 81.