

III. Gang der Arbeit und Asymmetrie des Rechtsvergleichs

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

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

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

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

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

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

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 Steuerungsmechanismen 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 Jurisdiktionen waren primär die mit dem Vergleich verfolgten Erkenntnisziele.¹³⁰ Weil diese Ziele in unmittelbarem Zusammenhang mit der staatlichen Einflußnahme auf private Leistungserbringer in der stationären Langzeitpflege stehen, bestand das wichtigste Auswahlkriterium 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 existiert in beiden Rechtsordnungen noch eine gewisse Anzahl staatlich betriebener Pflegeheime, was zusätzlich die Möglichkeit zu Vergleichen mit der eigenhändigen Leistungserbringung 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 England ist daher ein hohes Maß an Interaktion zwischen beiden Sektoren zu erwarten.

Weil diese Untersuchung aber nicht nur Aussagen allgemein über die Erbringung stationärer Pflegeleistungen durch Private treffen, sondern im speziellen auch Erkenntnisse über die staatliche Einflußnahme auf private Träger gewinnen soll, die solche Leistungen gerade *für* den Staat zur Erfüllung dessen sozialrechtlicher Pflichten erbringen, war es weiter erforderlich, daß die jeweiligen Rechtsordnungen entsprechende Sozialleistungen 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 Deutschland 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.