

**Schriftenreihe
für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht**

Herausgegeben von Hans F. Zacher, München

Band 1

Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs

Colloquium der Projektgruppe für Internationales und
Vergleichendes Sozialrecht der Max-Planck-Gesellschaft

Herausgegeben von

Hans F. Zacher



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Redaktion : Dr. Bernd Schulte

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs:

Colloquium d. Projektgruppe für Internat. u. Vergleichendes Sozialrecht d. Max-Planck-Ges. Tutzing 1976 / hrsg. von Hans F. Zacher. — 1. Aufl.

— Berlin: Duncker und Humblot, 1977.

(Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht; Bd. 1)

ISBN 3-428-03870-3

NE: Zacher, Hans F. [Hrsg.]; Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften / Projektgruppe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht

Alle Rechte vorbehalten

© 1977 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1977 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 03870 3

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Hans F. Zacher:

Einleitung	7
------------------	---

Zweiter Teil: Vorbereitende Ausarbeitung

Hans F. Zacher:

Vorfragen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung	21
--	----

Dritter Teil: Colloquium

Das Programm des Colloquiums	75
------------------------------------	----

Jef van Langendonck:

Probleme und Problemlösungen des wissenschaftlichen Sozialrechtsvergleichs	77
Zusammenfassung	88
Summary	88
Diskussionsbericht (<i>Faude / Schulte</i>)	90

Bernd von Maydell:

Sozialrechtsvergleichung und internationales Sozialrecht (Kollisionsrecht/Konfliktsrecht)	97
Zusammenfassung	110
Summary	111
Diskussionsbericht (<i>Simons / Trenk-Hinterberger</i>)	113

Eugen Pusić:

Erfahrungen der internationalen Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Sozialarbeit und ihre Ergebnisse für die Ziele und Methoden des Sozialrechtsvergleichs	117
Zusammenfassung	130
Summary	131
Diskussionsbericht (<i>Faude / Trenk-Hinterberger</i>)	132

Wilhelm Wanders:

Was ergeben die Erfahrungen bei der internationalen Zusammenarbeit der Sozialversicherungen für die Frage der Vergleichbarkeit der nationalen Sozialrechtsordnungen?	137
Zusammenfassung	160
Summary	161
Diskussionsbericht (<i>Schulte / Simons</i>)	162

J. J. M. van der Ven:

Das rechtsvergleichende Forum der IAO	171
Zusammenfassung	187
Summary	187
Diskussionsbericht (<i>Igl / Schulte</i>)	188

Kurt Jantz:

Was ergeben die Erfahrungen bei der supranationalen Harmonisierung von Sozialrecht für einen Sozialrechtsvergleich?	195
Zusammenfassung	209
Summary	212
Diskussionsbericht (<i>Faude / Igl</i>)	215

Rudolf Echterhölter:

Was ergeben die Erfahrungen bei der sozialrechtlichen Beratung von Entwicklungsländern für die Methoden des Sozialrechtsvergleichs, insbesondere für den Vergleich zwischen Industrie- und Entwicklungsländern?	221
Zusammenfassung	231
Summary	232
Diskussionsbericht (<i>Igl / Simons</i>)	234

ERSTER TEIL

Einleitung

I. Die Projektgruppe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht

Mit diesem Bande tritt die Projektgruppe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht in der Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e. V. zum ersten Mal mit einer Veröffentlichung hervor. Darum ist es zweckmäßig, einige Informationen über die Projektgruppe voranzuschicken.

1. Daten

1972 regte der Präsident des Bundessozialgerichts, Professor Dr. *Georg Wannagat*, bei der Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e. V. an, ein Institut für Vergleichendes und Internationales Sozialrecht ins Leben zu rufen. Die Anhörung von Gutachtern aus dem In- und Ausland sowie die Beratungen innerhalb der Max-Planck-Gesellschaft bestätigten die Notwendigkeit, das ausländische und internationale Sozialrecht zum spezifischen Gegenstand einer Forschungseinrichtung der Max-Planck-Gesellschaft zu machen. Jedoch war man in den letztzuständigen Organen der Max-Planck-Gesellschaft der Überzeugung, daß ein neuer Forschungsgegenstand, der, wie die Sozialrechtsvergleichung und das internationale Sozialrecht, weder methodisch noch organisatorisch vorbildhaft geformt ist, nicht unmittelbar im Rahmen eines endgültig errichteten, groß angelegten Instituts — nach Maßgabe der herkömmlichen Max-Planck-Institute — aufgenommen werden soll. Vielmehr griff man, angelsächsischen Vorbildern (den sogenannten „units“) folgend, zu einer kleineren, befristeten Lösung. 1974 fiel in diesem Sinne die Entscheidung, eine Projektgruppe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht für zunächst fünf Jahre in München zu errichten. Das Jahr 1975 war dem personellen und sächlichen Aufbau dieser Projektgruppe gewidmet. Von 1976 bis 1980 läuft die eigentliche „Projektzeit“.

Aufbau und Leitung der Projektgruppe wurden Professor Dr. *Hans F. Zacher* übertragen, der diese Funktion grundsätzlich neben seiner Tätigkeit als Hochschullehrer an der Universität München wahrnimmt. Die Gruppe umfaßt fünf wissenschaftliche Mitarbeiter: *Michael Faude*, Dr. *Gerhard Igl*, Dr. *Bernd Schulte*, *Thomas Simons* und Dr. *Peter Trenk-Hinterberger*. Dazu besteht in begrenztem Umfang die Möglichkeit, daß an der Projektgruppe ausländische Wissenschaftler sowie Stipendiaten, Doktoranden und wissenschaftliche Hilfskräfte mitwirken. Die Ausstattung mit nicht-wissenschaftlichem Personal entspricht den sich daraus funktional ergebenden Anforderungen.

2. Das „Projekt“

Ziel der Projektgruppe kann es nicht sein, einen geschlossenen, regionalen und sachlichen Bereich des internationalen und ausländischen Sozialrechts mit dem Anspruch auf Vollständigkeit ermittelnd und vergleichend aufzuarbeiten. Vielmehr geht es gerade darum, durch exemplarische, schwerpunkartig konzentrierte Arbeiten Grundlagen für die Bestimmung der Ziele, Organisationsformen, Techniken und Methoden der weiteren Forschung auf dem Gebiet des internationalen und vergleichenden Sozialrechts, etwa im Rahmen eines künftigen Max-Planck-Instituts, zu finden.

Das Verfahren ist als in mehrfacher Hinsicht dialektisch gedacht. Da ist zunächst die Dialektik zwischen der konkret-exemplarischen Arbeit und den unmittelbaren Bemühungen um das Grundsätzliche. Die Arbeit muß in konkreten Schwerpunktbereichen ansetzen. Diese konkret-exemplarische Forschung bedarf jedoch der Steuerung und Kontrolle durch allgemeine und prinzipielle Überlegungen, sei es über zentrale Fragen des Wesens des Sozialrechts, sei es methodischer Art. Und sie müssen im Blick auf mögliche, nach der Aufgabe der Projektgruppe sogar notwendige prinzipielle Erträge für die Möglichkeiten und Erfordernisse der Forschung auf dem Gebiet des internationalen und vergleichenden Sozialrechts konzipiert und durchgeführt werden.

Innerhalb der konkret-exemplarischen Arbeit ist eine andere Dialektik zu beobachten. Einerseits müssen gewisse Länder und internationale Organisationen zur eher „flächigen“ Aufnahme und Beobachtung herausgegriffen werden. In beiderlei Hinsicht ist quantitative Askese oberstes Gebot. Nur eine umsichtige Beschränkung kann bei einem Team, das im Kern aus fünf wissenschaftlichen Mitarbeitern und dem Leiter besteht, überhaupt ein Erfolg erwartet werden. Die Kleinheit des Teams wiederum ist aber nicht nur die äußerliche Konsequenz der Projektgruppen-Lösung, sie entspricht ihr auch in der Sache. Die Neu-

artigkeit und entsprechende Schwierigkeit des Auftrages verlangt ein Maximum an Kooperation und Kontakt.

Zugleich aber besteht das Bedürfnis nach einer gewissen Breite, um den Forschungen hinreichend Anregungen zufließen zu lassen, vor allem auch um Probleme und Problemlösungen, Zustände und Entwicklungen, die hierzulande noch nicht deutlich oder artikuliert sind, in den Blick zu rücken. So ist es notwendig, Länder nicht nur aus dem Bereich der Europäischen Gemeinschaften und dem Kreis der ihnen ähnlichen Industrienationen, sondern auch aus den „sozialistischen“ Ländern Osteuropas und aus der „Dritten Welt“ einzubeziehen. In diesem Sinne konzentrieren sich die Arbeiten der Projektgruppe auf Algerien, Bundesrepublik Deutschland, Deutsche Demokratische Republik, Frankreich, Großbritannien, Italien, Kanada, Kenia, Mexiko, Peru und die Sowjetunion. Auch ist es notwendig, die einzelnen Sachthemen, die mit besonderem Schwergewicht für die einbezogenen nationalen Rechtsordnungen erörtert werden sollen, so auszuwählen, daß die Arbeit an ihnen Gegenstände, Techniken, Strukturen und Werte der nationalen Sozialrechtsordnungen vielseitig, verläßlich und weiterführend erschließt. Dies soll durch die Kombination der folgenden Einzelthemen erreicht werden:

- Das soziale Risiko des langfristigen Gebrechens
- Die soziale Sicherung von Autoren und Künstlern
- Die Rechtsstellung des Sozialarbeiters
- Die Kategorien des Verschuldens und der Verursachung als Voraussetzungen und Ausschlußgründe für sozialrechtliche Ansprüche und Pflichten
- Das Sprachproblem als sozialrechtliche Frage.

Von Anfang an stellte sich für die Konzeption der Projektgruppe die Frage der wissenschafts-disziplinären Zuordnung. Daß Sozialrecht in der Ganzheit der jeweiligen nationalen Rechtsordnung gesehen werden muß, ist ebenso offensichtlich wie die Notwendigkeit, Sozialrecht in den Zusammenhängen der sozialen Gegebenheiten, Normen und Tendenzen eines Landes zu sehen. Somit wäre es nicht nur schwierig, die Grenzen zwischen Sozialwissenschaften und Rechtswissenschaften aufrechtzuerhalten; vielmehr ist interdisziplinäre Kooperation notwendig. Um gefährlichen Dilettantismus und unfruchtbare Konflikte zu vermeiden, muß die Projektgruppe in sich aber primär juristisch arbeiten, während sie kompetente sozialwissenschaftliche Zu- und Mitarbeit von außen bezieht. Dabei verbietet der experimentelle personell, sachlich und zeitlich eng begrenzte Charakter der Projektgruppe einen definitiven institutionellen Rahmen solcher interdisziplinärer Zusammenarbeit zu fixieren.

3. „Sozialrecht“ — der Gegenstand des Projekts

a) Konkreter Ansatz — offenes Feld

Unter „Sozialrecht“ wird dabei als *Kern* und praktikabler Ansatz das *Recht der sozialen Sicherheit* verstanden: also Systeme der Vorsorge (insbesondere Sozialversicherung), der sozialen Entschädigung (Kriegsopferversorgung usw.), des besonderen sozialen Ausgleichs (wie Familienlastenausgleich) und des allgemeinen sozialen Ausgleichs (Sozialhilfe). Keinesfalls aber kann es dabei nur um monetäre Leistungen gehen. Gerade auch soziale Dienstleistungen müssen einbezogen werden. Um im internationalen Rahmen und rechtsvergleichend arbeiten zu können, darf sich die Projektgruppe aber auch nicht auf die institutionellen und gesetzgeberischen Einheiten beschränken, die etwa der deutschen Sozialversicherung, der deutschen Sozialhilfe usw. entsprechen. Vielmehr muß sie die sozialen Probleme aufsuchen und den Möglichkeiten, sie durch staatliche Leistungen, durch sonstige Umverteilungsprozesse, durch Organisationen, durch Dienstleistungen usw. zu lösen, nachgehen. Zwar hat sie das Recht zu erfassen und zu vergleichen und nicht etwa generell soziale Verhältnisse. Aber sie kann und darf nicht etwa nur Vorschriften, auch nicht Gesetze als solche vergleichen. In verschiedenen nationalen Rechtsordnungen und gesellschaftlichen Zusammenhängen sind einzelne Gesetze und erst recht einzelne Vorschriften in Geltungsbereich und Wirkungsweise viel zu unterschiedlich. So muß immer auch das Sprachproblem ermittelt werden, das vorausliegt. Dann können die Antworten, die das Recht auf die jeweilige soziale Herausforderung gibt oder zu geben sucht, besser, fruchtbarer miteinander verglichen werden.

Die Arbeit der Projektgruppe beruht also auf einem „*offenen*“ *Sozialrechtsbegriff*. Selbst wenn sie ihre Arbeiten ganz vom eigenen nationalen Standpunkt her definieren wollte, wäre das unvermeidlich, weil auch Recht und Rechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland keinen Sozialrechtsbegriff kennen, der Gegenstandsbereiche des Rechts rational, aus sich abgrenzen würde. Einen „*offenen*“ Sozialrechtsbegriff braucht die Projektgruppe aber auch deshalb, weil sie nur so einen gemeinsamen Gegenstand über die nationalen Rechtsgrenzen hinweg finden kann. Sie muß offen bleiben für den Sprachgebrauch und die Begriffswelt anderer Rechtsordnungen, vor allem aber auch für die Wahrnehmung vergleichbarer Sachzusammenhänge, die in anderen Rechtsordnungen rechtlich und begrifflich anders hervortreten als im deutschen Recht. Die Projektgruppe muß die „*Offenheit*“ des Sozialrechtsbegriffs als zum Wesen ihrer Aufgabe gehörend erkennen. Daß das eine Last für sie selbst und ihre Gesprächspartner ist, ist eine andere Frage.

b) *Versuche begrifflicher Klärung*

Da sich gerade das Problem des Sozialrechtsbegriffs immer wieder als eine zentrale Schwierigkeit der Verständigung über die Arbeit der Projektgruppe erweist, sei ihr noch ergänzend Aufmerksamkeit geschenkt. Der Verfasser dieser Zeilen hat kürzlich an anderer Stelle (Vierteljahresschrift für Sozialrecht, Bd. 4, 1976, S. 1 ff.) versucht, den Denkmöglichkeiten eines Sozialrechtsbegriffs nachzugehen. Er kommt dabei zu vier Ebenen der Bildung eines Sozialrechtsbegriffs.

(1) Der *pragmatische Sozialrechtsbegriff* addiert je nach Gesichtskreis, Gewohnheit und Bedürfnis gewisse Rechtsbereiche, die im positiven Recht je für sich wahrnehmbar ausgesondert sind und nach Namen oder Sache als „sozial“ erkennbar sind. In diesem Sinne ist im deutschen Sprachgebrauch „Sozialrecht“ sicher Sozialversicherungsrecht und Sozialhilferecht, meist auch Kriegsopferversorgung, Arbeitsförderung, Wohngeld, Familienlastenausgleich usw. Derzeit breitet sich in der Bundesrepublik Deutschland in diesem Sinne das Postulat aus: „Sozialrecht“ ist, was vom Sozialgesetzbuch erfaßt wird. Das wären Ausbildungsförderung, Arbeitsförderung, Sozialversicherung, soziale Entschädigung, Familienlastenausgleich, Wohngeld, Jugendwohlfahrt und Sozialhilfe.

Die meisten Antworten auf die Frage „Was ist Sozialrecht“ bewegen sich in dieser Ebene. Mit anderen Worten: sie addieren ein Rechtsgebiet mehr oder weniger. Dabei gibt es kein absolutes „Richtig“ oder „Falsch“. „Richtig“ oder „falsch“ kann ein solcher Sozialrechtsbegriff immer nur im Hinblick auf den besonderen Zweck sein, dem die Gruppierung von Rechtsbereichen unter dem Namen „Sozialrecht“ dienen soll. Solche Zwecke können etwa im Bereich der literarischen Darstellung, der Lehrplangestaltung, der Abgrenzung von Zuständigkeiten und der Formulierung von Aufgaben liegen. Dabei sind fast immer neben rationalen Argumenten auch subjektive, gewillkürte Entscheidungen möglich, nicht selten sogar unvermeidlich. Wird dies verdeckt und das Mögliche zum rational Notwendigen erklärt, erwächst die Gefahr von Mißverständnissen und Scheingefechten. Gleiches gilt dort, wo ein pragmatisch gebildeter Sozialrechtsbegriff auf mehr Zweckzusammenhänge erstreckt wird, als ihn rechtfertigen und als mit ihm vereinbar sind. Dies alles ändert nichts an der Legitimität, ja konkreten Notwendigkeit des pragmatischen Sozialrechtsbegriffs.

(2) Der *prinzipielle, sozialpolitische Sozialrechtsbegriff* versucht die ratio der pragmatischen Sozialrechtsbegriffe zu isolieren. Die sachliche Gemeinsamkeit, die Rechtsgebiete aufweisen, die als „Sozialrecht“ zusammengefaßt werden, ist die gesteigerte Intensität ihres sozialpoliti-

schen Gehalts. „Sozialrecht im sozialpolitischen Sinn“ ist demnach alles Recht, das von einer sozialpolitischen Aufgabe wesentlich bestimmt ist. Dabei kann „sozialpolitisch“ in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Verständnis von „sozialstaatlich“ verstanden werden: als Verwirklichung von Gleichheit und Freiheit in den unmittelbar oder mittelbar ökonomischen Lebensbedingungen durch Sicherung eines menschenwürdigen Daseins für alle, durch Abbau von Wohlstandsunterschieden sowie durch Aufhebung oder Kontrolle von Abhängigkeitsverhältnissen.

Die Abstraktheit dieses „sozialpolitischen Sozialrechtsbegriffs“ verleiht ihm innere Geschlossenheit und Notwendigkeit, macht ihn aber untauglich, Grenzfälle der Zuordnung zu entscheiden. Die sozialpolitische Prägung des Rechts ist in einem Sozialstaat, ja wohl in jedem modernen egalitären Gemeinwesen, wenn es sich auch nicht als Sozialstaat erklärt, allgegenwärtig. Der Grad der Dichte sozialpolitischer Prägung, an dem die Grenze zwischen „Sozialrecht“ und „Nicht-Sozialrecht“ verläuft, entzieht sich operationaler Definition. Seine Feststellung ist etwa auch abhängig von der quantitativen und qualitativen Relation zwischen sozialpolitisch determinierten Einzelregelungen und dem Rechtsgebiet, in das eingeordnet sie gesehen werden. Das schließt nicht aus, daß einzelne Rechtsgebiete — wie etwa das Sozialversicherungs- oder das Sozialhilferecht — eindeutig „Sozialrecht im sozialpolitischen Sinne“ sind.

Pragmatischer Sozialrechtsbegriff und sozialpolitischer Sozialrechtsbegriff stehen also in einem Verhältnis der Komplementarität. Der pragmatische Sozialrechtsbegriff leistet unter je konkreten Zwecksetzungen die definitive Hervorhebung von Rechtsgebieten als „Sozialrecht“, ohne dabei durch ein von der konkreten Zwecksetzung unabhängiges Sinnprinzip auch hinsichtlich jeder Einzelzuweisung gesteuert zu sein. Der sozialpolitische Sozialrechtsbegriff weist ein Sinnprinzip solcher Abgrenzung aus, ohne die Einzelzuweisung steuern zu können. Das Prinzip des sozialpolitischen Sozialrechtsbegriffs ist den pragmatischen Sozialrechtsbegriffen immanent, ohne sie erschöpfend erklären zu können. Die von pragmatischen Sozialrechtsbegriffen erfaßten Rechtsbereiche haben das sozialpolitische Prinzip gemeinsam — jedoch ist es ihnen nicht (notwendig) ausschließlich eigen.

Das wohl eindrucksvollste praktische Beispiel für mögliche Unterschiede zwischen dem pragmatischen und dem sozialpolitischen Sozialrechtsbegriff ist das Arbeitsrecht. Im sozialpolitischen Sinn ist Arbeitsrecht sicher „Sozialrecht“. Bei der Bildung pragmatischer Sozialrechtsbegriffe dagegen findet sich das Arbeitsrecht häufig vom „Sozialrecht“ ausgeklammert und ihm gegenüber gestellt. Selbst die Formel „Ar-

beits- und Sozialrecht“ bestätigt nur diese Trennung. In der Tat gibt es vom betroffenen Personenkreis, von den Ordnungsaufgaben und Techniken, von der Grobeinteilung in öffentliches und privates Recht her usw. zahlreiche Gründe, in pragmatische Sozialrechtsbegriffe das Arbeitsrecht nicht einzubeziehen. Die Anwendung des sozialpolitischen Sozialrechtsbegriffs dagegen kommt am „Sozialrecht“-Charakter des Arbeitsrechts nicht vorbei.

(3) Der Versuch einer mehr sachhaltigen Aussage darüber, was Sozialrecht ist, führt zum *positiven Sozialrechtsbegriff*. Vom sozialpolitischen Sozialrechtsbegriff her entspringt er der Frage: Wie sieht Recht aus, das vom sozialpolitischen Zweck geprägt ist? Vom pragmatischen Sozialrechtsbegriff her unterliegt er der empirischen Kontrolle durch die Frage: Welches Recht wird als „Sozialrecht“ bezeichnet? Als „positiv“ wird dieser Begriff hier benannt, weil er auf eine Aussage über den positiven Stand der Rechtsentwicklung zielt: Inwieweit kann Recht seinem Gegenstand nach von seinem sozialpolitischen Zweck geprägt sein, inwieweit ist es von seinem sozialpolitischen Zweck tatsächlich geprägt, und inwieweit ist dieser Zusammenhang zwischen Rechtsinhalt, Rechtsgestaltung und Sozialzweck bewußt?

Dieser Problemkreis ist bis jetzt nicht ausgelotet, deshalb kann ein positiver Sozialrechtsbegriff auch nur als *Arbeitshypothese* vorgelegt werden: „Sozialrecht“ ist die umfassende Ordnung der Erwartungen, die in der Gesellschaft hinsichtlich der wirtschaftlichen und dienstleistenden Sicherung und der annähernd egalitären Entfaltung der physischen und ökonomischen Existenz der einzelnen durch das Gemeinwesen bestehen, und der Erfüllung dieser Erwartungen. Eine weitere Auseinandersetzung mit diesem Begriff könnte vor allem genauere Sachstrukturen (z. B. Negation aktueller Not und Schutz gegen Wohlstandseinbrüche, Darstellung von Chancen und Entfaltungshilfen, weitergehend egalitäre Umverteilungsprozesse und institutionelle Gewährungen, Aufhebung und Kontrolle von Abhängigkeitsverhältnissen usw.) aufgreifen und negative Ausschlüsse (Abwehr von Gefährdungen durch die Politik der inneren und äußeren Sicherheit usw.) klären.

(4) Setzt man nun aber historisch vergleichend mit der Frage an, wofür das Wort „Sozialrecht“ nicht nur hier und jetzt, sondern seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts in verschiedenen Zeiten und Ländern gebraucht wird, so kommt man zu einem *verstehenden Sozialrechtsbegriff*. Sozialrecht in diesem Sinne ist ein polemischer Begriff, der auf eine — vermeintlich oder wirklich — bewältigte, neu aufgetretene Herausforderung an das Recht reagiert und Prinzipien oder Sachbereiche des Rechts benennt, die der Bewältigung dieser Herausforderung dienen. Dieser verstehende Sozialrechtsbegriff vermag etwa die Brücke zu

schlagen von dem Sprachgebrauch *Otto von Gierkes* und *Hermann Roeslers* (die im 19. Jahrhundert auf die Notwendigkeit, die vermehrte Begegnung von Menschen in Gesellschaften und Genossenschaften, Betrieben und Unternehmen rechtlich zu erfassen und einzuordnen, mit dem Postulat eines „Sozialrechts“ reagierten) über die „sozialrechtliche Schule“ der Nationalökonomie, über den Sprachgebrauch bei *Nußbaum*, *Sinzheimer* und *Radbruch* bis herauf zur Gegenwart, wo das Bedürfnis, die Gesamtheit der Sozialleistungen als „Sozialrecht“ darzustellen, zur Kodifikation im Sozialgesetzbuch führt. „Sozialrecht“ im pragmatischen, sozialpolitischen oder auch positiven Sinn ist für den verstehenden Sozialrechtsbegriff nur (zentrales) Beispiel — nicht mehr.

Was die Erfahrung bei der Sammlung pragmatischer Sozialrechtsbegriffe schon anzeigt, vertieft der Blick auf die Erfahrungen, auf denen der verstehende Sozialrechtsbegriff beruht; es dürfte schwer sein, im Recht ein vergleichbares Phänomen eines Wandernamens wie den des Sozialrechts zu finden. Wann und wo dieser Begriff einsetzt, läßt vielfache Rückschlüsse zu auf Abhängigkeiten zwischen der Rechtsentwicklung, den sozialen Veränderungen, den eigentümlichen Weisen einer Gesellschaft, eines politischen Systems und einer Rechtsordnung, solche Veränderungen wahrzunehmen und auf sie zu reagieren, den tatsächlichen Reaktionen und ihrer Bewußtheit. Für die rechtsgeschichtliche Betrachtung fällt zudem ins Gewicht, wie hier eine neue Strukturierung des Rechts (erst) möglich zu werden scheint, nachdem der vieldeutige Begriff „sozial“ wissenschaftlich und politisch aktuell und interessant geworden ist; denn erst von der Mitte des 19. Jahrhunderts an entstehen Name und Kategorie des „Sozialrechts“.

Eine Erläuterung dessen, was mit den skizzierten Sozialrechtsbegriffen gemeint ist, kann ein Blick auf den Begriff und die Sache der *sozialen Sicherheit* geben. Soziale Sicherheit ist zunächst Schutz gegen elementare Not und (in Grenzen darüber hinaus auch) gegen Wohlstandseinbrüche. Die Technik der sozialen Sicherung hat sich weitgehend an typischen Notsituationen orientiert: Krankheit, Mutterschaft, Arbeitsunfall, Berufskrankheit, Invalidität, Alter, Verlust des Ernährers, Arbeitslosigkeit. Und daher vermittelt der Risikobegriff der sozialen Sicherheit elementare Gemeinsamkeiten mit der Sozialversicherung. Indem andere Systeme sozialer Vorsorge, sozialer Entschädigungen und sozialen Ausgleichs aber gleichen Zwecken dienen, gehören auch sie zur sozialen Sicherung. Problematisch sind dagegen andere Grenzen: der Umschlag von der negativen Gefahrenabwehr zur positiven Entfaltungshilfe; die Sicherung sozial wichtiger Lebensumstände gegenüber anderen Privaten (z. B. des Arbeitsplatzes durch das Arbeitsrecht, der Wohnung durch das Wohnungsrecht, oder allgemeiner der Unversehrtheit der Lebensverhältnisse durch das Schadenersatzrecht); und der

Chance individueller oder kollektiver Vorsorge außerhalb öffentlicher Systeme (z. B. der Vermögensbildung oder Privatversicherung). Diese Fragen können und sollen hier nicht weiter vertieft werden.

Die Hinweise genügen vielmehr, um zunächst auf eine Analogie zur sozialrechtlichen Begriffsbildung aufmerksam zu machen. Auch für den Begriff der sozialen Sicherheit ist es möglich, einen *pragmatischen* Begriff zu bilden. Er könnte etwa Sozialversicherungsrecht (vielleicht auch Beamtenversorgung), Kriegsopferversorgung und anderes soziales Entschädigungsrecht, allgemeine Ausgleichssysteme (Sozialhilfe) und besondere Ausgleichssysteme — jedenfalls wenn sie „negativ“ schützender Natur sind (Familienlastenausgleich, Wohngeld) und nicht primär „positiv“ entfaltenden Charakter haben (wie Ausbildungsförderung und Berufsförderung) — umfassen. Es erscheint sinnvoll und es geschieht auch, unter dem Namen der „sozialen Sicherung“ Rechtsgebiete zusammenzufassen, die wesentlich dazu bestimmt sind, gegen Not und Wohlstandseinbrüche durch öffentliche Leistungen zu schützen. Daneben wäre es aber auch möglich, analog zum sozialpolitischen Sozialrechtsbegriff einen *prinzipiellen Begriff* der „sozialen Sicherheit“ (des „Rechts der sozialen Sicherheit“) zu entwickeln. Er müßte generell definieren, was das Spezifische von „sozialer Sicherheit“ ist. Seine Fähigkeit, konkrete Abgrenzungen zu steuern, wäre — analog zum sozialpolitischen Sozialrechtsbegriff — gering, wo die Prägung eines Rechtsgebietes durch den Zweck „sozialer Sicherung“ an Intensität verliert. Schließlich könnte von hierher auch ein *positiver Begriff* der „sozialen Sicherheit“ gedacht werden. Ein historisch verstehender Begriff der „sozialen Sicherheit“ dagegen wäre nicht — jedenfalls nicht mit der Tragweite des historisch verstehenden Sozialrechtsbegriffs — möglich.

Was über den Begriff der „sozialen Sicherheit“ angedeutet werden konnte, genügt ferner, um das inhaltliche Verhältnis zum Sozialrechtsbegriff grob zu umreißen. Auf der prinzipiellen Ebene des sozialpolitischen Sozialrechtsbegriffs muß vermutet werden, daß ein analoger Begriff des „Rechts der sozialen Sicherheit“ enger wäre. Die sozialstaatliche Aufgabe der Sozialpolitik ist weiter, als soziale Sicherheit sein kann. Sozialpolitik kann und muß mehr tun als soziale Sicherheit herstellen. Das legt auch für die pragmatische Begriffsbildung nahe, daß „Recht der sozialen Sicherheit“ immer enger zu fassen als das „Sozialrecht“. Schon sprachlich wäre es verwirrend, den spezielleren Namen für das weitere Phänomen zu verwenden. Gleichwohl entspricht es der Eigenart der pragmatischen Begriffsbildung, daß im Einzelfall unter bestimmten Zwecksetzungen und von bestimmten Standpunkten her ein Begriff des „Rechts der sozialen Sicherheit“ weiter sein kann als ein „Sozialrechts“-Begriff. Die Arbeiten der Projektgruppe freilich

setzen gerade bei der konkreten Abgrenzung voraus, daß „Recht der sozialen Sicherheit“ enger ist als „Sozialrecht“.

c) Noch einmal: Die Notwendigkeit, offen zu sein

Diese Überlegungen rechtfertigen und bestätigen die Vorsicht, Sozialrechtsvergleichung nicht aufgrund eines definitorisch geschlossenen Sozialrechtsbegriffs zu betreiben. Definitorische Geschlossenheit könnte nur von einem pragmatischen Sozialrechtsbegriff erwartet werden. Gerade ein pragmatischer Sozialrechtsbegriff ist aber durch seine teleologische und objektive Konkretheit ungeeignet, die Verschiedenheiten zwischen nationalen Rechtsordnungen zu überbrücken. Im Gegenteil: So wie Rechtsvergleichung immer ein Zurücktreten hinter die positivrechtliche Regelung erfordert, um vom Sprachproblem, von der Ordnungsnachfrage her an die zu vergleichenden Rechte heranzutreten, so erfordert Sozialrechtsvergleichung auch ein Zurücktreten hinter den pragmatisch gewillkürten Sozialrechtsbegriff, um vom gemeinsamen Problem des Sozialrechts, der sozialpolitischen Herausforderung an das Recht her an die verschiedenen nationalen Rechtsordnungen heranzutreten.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, daß die Aufgabe der Projektgruppe nicht nur die Sozialrechtsvergleichung, sondern auch das internationale Sozialrecht ist. Auch die Frage nach dem internationalen Sozialrecht kann nicht von einem konkreten nationalen Sozialrechtsbegriff her gestellt werden; und sie darf sich nicht auf den gewillkürt abgegrenzten Bereich eines pragmatischen internationalen Sozialrechtsbegriffs beschränken.

II. Das Colloquium

1. Der Grundgedanke der Colloquien

Wie schon oben bemerkt, ist der konkret-exemplarische Ansatz der Arbeit der Projektgruppe von vorneherein in einen dialektischen Zusammenhang mit der Frage nach allgemeinen Prinzipien des internationalen und vergleichenden Sozialrechts und der Forschungsarbeit auf diesem Felde gestellt. Es bot sich an, gleichsam kontrapunktisch zur Kontinuität der konkret-exemplarischen Arbeit den prinzipielleren, allgemeineren Fragen in der Konzentration eines Colloquiums nachzugehen. Deshalb gehört zum „Projekt“ von vorneherein das Vorhaben, jährlich ein Colloquium zu veranstalten. Freilich ist nicht nur die Dialektik von konkret-exemplarischer und prinzipieller Fragestellung maßgeblich für dieses Vorhaben gewesen. Vielmehr dienen die Colloquien

auch der Öffnung der Projektgruppe auf einen größeren Kreis hin. Die Möglichkeit, daß die Mitglieder der Projektgruppe im Rahmen eines Colloquiums einem größeren Kreis von Experten begegnen, stellt einen gewissen Ausgleich gegenüber der Kleinheit der Projektgruppe dar. Die Colloquien dienen so der Innovation und der Selbstkontrolle der Projektgruppe. Schließlich aber ist es für die Projektgruppe auch nötig, „externe“ Experten an ihren Arbeiten zu interessieren. Und auch darin liegt einer der Zwecke der Colloquien.

Um alle diese Zwecke zum Tragen zu bringen, erschien es notwendig, das Colloquium geschlossen zu halten: es auf einen Gesprächskreis zu erstrecken, der groß genug ist, um der Projektgruppe hinreichend Sachkunde und Kontrolle, vor allem ein Spektrum verschiedener Standpunkte und Erfahrungen zuzuführen, der aber noch klein genug ist, um wirkliche Begegnung und Austausch zwischen allen Teilnehmern zu gewährleisten. Vermieden werden sollte auch die Fluktuation der Teilnehmer, um so dem Samen wechselseitiger Gesprächsbereitschaft eine hinreichende Chance zu geben, im Verlauf des Colloquiums aufzugehen.

Das erste der geplanten Colloquien, über das hier berichtet wird, hat so in einem Kreis von 30 Teilnehmern vom 6. bis 9. Juli 1976 im Rahmen der Akademie für Politische Bildung in Tutzing stattgefunden. Allen Teilnehmern sei an dieser Stelle für die Kontinuität ihrer Teilnahme und ihre aktive und passive Gesprächsbereitschaft gedankt, welche die Konzeption des Colloquiums in einem Maße verwirklichte, das kaum erhofft werden konnte. Gedankt sei an dieser Stelle auch der Akademie für Politische Bildung in Tutzing, die dem Colloquium einen ausgezeichneten äußeren Rahmen gab.

2. Die konkrete Sachkonzeption des Colloquiums

Unter den allgemeinen und prinzipiellen Fragen, die sich als dialektisches Gegenstück zu dem konkret-exemplarischen Ansatz denken ließen, erwies sich von vorneherein die Frage nach den Methoden des Sozialrechtsvergleichs als besonders wichtig. Was übrigens zunächst nur eine Arbeitshypothese des Leiters der Projektgruppe war, bestätigte sich, als im Frühjahr 1976 die wissenschaftlichen Mitarbeiter der Projektgruppe ans Werk gingen. Fragen der Methode drängten sich zunächst in den Vordergrund der Diskussionen.

Der Frage nach einer Methode der Sozialrechtsvergleichung nachzugehen, schien nun von zwei grundsätzlich verschiedenen Positionen her möglich. Die eine Position wäre die gewesen, nach den bewährten Methoden geübter Rechtsvergleichung vor allem des Privatrechts, des

Verfassungs- und Verwaltungsrechts und des Strafrechts zu fragen. Die andere Position ist die, das vorhandene Potential praktizierter spezieller Sozialrechtsvergleichung zu nutzen. Die Frage nach den Kenntnissen und Erfahrungen entwickelter Zweige der Rechtsvergleichung versprach, als Prinzip eines Colloquiums, mehr Ertrag für grundsätzliche Einsichten in die Rechtsvergleichung, aber geringere Hilfe, um die konkreten Probleme der sozialrechtsvergleichenden Arbeit zu meistern. Die zweite Frage nach den vorliegenden speziellen rechtsvergleichenden Erfahrungen, als Prinzip eines Colloquiums zugrunde gelegt, implizierte das Risiko einer größeren Distanz zu allgemeinen Einsichten rechtsvergleichender Methode, versprach aber um so mehr verlässliche Auskünfte über den Bestand an sozialrechtsvergleichender Erfahrung und Methode und Impulse für die konkreten Arbeiten der Projektgruppe. Bei der Auswahl zwischen diesen beiden Standpunkten wurden u. a. noch folgende Erwägungen berücksichtigt. Zunächst einmal schien der Vorrat an allgemeiner rechtsvergleichender Methode literarisch leichter zugänglich als der Vorrat an speziell sozialrechtsvergleichender Methode. Für den Nachholbedarf hier war also ein Colloquium wichtiger als für den Informationsbedarf dort. Ferner erschien es als ein mögliches Korrektiv für den relativ uneinheitlichen sozialrechtlichen und sozialrechtsvergleichenden Erfahrungsstand der Mitglieder der jungen Projektgruppe, speziell im sozialrechtlichen Gegenstandsbereich lernen und fragen zu können.

Wie nun der Kreis der Referenten und Referate zusammengesetzt war, ist aus der Liste der Themen und Referenten unschwer ersichtlich. Jedoch muß erwähnt werden, daß nicht nur die Standpunkte und Erfahrungen der Referenten eingebracht werden sollten, daß vielmehr gerade auch die zusätzlich eingeladenen Gesprächsteilnehmer eine Ergänzung darstellen sollten. Von ihnen wurde erwartet, daß sie andere Bereiche der Rechtsvergleichung, verschiedene sozialwissenschaftliche Disziplinen und Erfahrungen, internationale sozialpolitische Organisationen und internationale Sozialarbeit repräsentieren. So hatte fast jeder Gesprächsteilnehmer — außer den Mitgliedern der Projektgruppe — eine nur ihm eigentümliche Kompetenz. Am Rande muß freilich erwähnt werden, daß einige weitere Einladungen aus verschiedenen Gründen der Verhinderung nicht angenommen werden konnten.

Eine besondere Aufgabe im Rahmen des Colloquiums hat Dr. *Reinhard Wieczorek*, Richter am Arbeitsgericht München, übernommen. Er hat alle Diskussionen geleitet. Dabei hat er nicht nur in einem technischen Sinn die Arbeiten des Colloquiums gefördert, sondern auch in der Sache Wesentliches beigetragen.

Diese Einleitung ist nicht der Ort, ein Ergebnis zu resumieren. Zu den Erfolgen des Colloquiums zählt, daß die Projektgruppe über die Pro-

bleme sozialrechtsvergleichender Arbeit weitaus Differenzierteres und Konkreteres weiß als vorher. Zu den Erfolgen zählt weiter, daß die Projektgruppe ein wesentliches Stück vorangekommen ist in dem Bemühen nach einer Bestandsaufnahme dessen, was an Methoden der Sozialrechtsvergleichung bekannt ist, oder jedenfalls praktiziert wird. Die Fülle der Informationen und Anregungen, die das Colloquium darüber hinaus für sozialrechtliche und rechtsvergleichende Arbeit öffentlich nicht nur bei den Mitgliedern der Projektgruppe, sondern bei allen Teilnehmern hinterlassen hat, darf hoch veranschlagt werden. Auf der anderen Seite der Bilanz steht freilich, daß zu den Annahmen, die durch das Colloquium veranlaßt oder bestätigt wurden, nach wie vor ein Defizit an methodischen Zugängen und Hilfen zur sozialrechtsvergleichenden Arbeit zählt. In nicht unerheblichem Maße ist das Ergebnis des Colloquiums für die Projektgruppe eine Art „Negativtest“. Aber auch das hilft der Projektgruppe und damit der Erfüllung der Aufgabe, die ihr gestellt ist.

III. Dieser Band

Dieser Band soll Auskunft geben über dieses Colloquium. Um die Probleme, die der Projektgruppe vor Augen standen und stehen und mit denen sie an das Colloquium herangetreten ist, darzustellen, ist es aber auch notwendig, die Überlegungen mitzuteilen, die der Autor dieser Zeilen den Teilnehmern des Colloquiums als „Vorfragen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung“ unterbreitet hat.

Als optimaler Weg, neben den Referaten auch den Inhalt der Diskussion für den Leser zu erschließen, erschien eine sachliche Zusammenfassung der Diskussionen zu den einzelnen Referaten. Die Aufgabe, die Diskussionsberichte zu verfassen, haben die hauptamtlichen wissenschaftlichen Mitarbeiter der Projektgruppe untereinander aufgeteilt.

Die Gesamtedaktion hat Dr. *Bernd Schulte*, Mitarbeiter der Projektgruppe, übernommen, dem hierfür ganz besonders gedankt sei.

Hans F. Zacher

ZWEITER TEIL

Vorbereitende Ausarbeitung

Vorfragen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung

Von Hans F. Zacher

VORBEMERKUNG

Sozialrechtsvergleichung wurde bisher zwar schon praktiziert, aber kaum grundlegend, insbesondere methodisch reflektiert. Die folgenden Erwägungen sind ein erster Versuch, die sich stellenden Probleme zu skizzieren. Im Hinblick auf die Aufgabenstellung der Projektgruppe haben sie auf kurze und mittlere Sicht die Bedeutung, die Kooperation der konkreten Arbeiten in der Projektgruppe allgemein-theoretisch zu ergänzen. Sie sollen insbesondere die Durchführung der konkreten Arbeiten erleichtern, verbessern und koordinieren. Zugleich sind sie der Bewährung durch den Erweis der Tauglichkeit im Rahmen der konkreten Arbeiten ausgesetzt. Das kann zu ihrer Entwicklung führen, möglicherweise aber auch ganz oder teilweise zu ihrer Falsifikation. Jedenfalls sollen die konkreten Arbeiten der Projektgruppe von vornherein in Auseinandersetzung mit möglichen Vorstellungen einer allgemeinen Theorie der Sozialrechtsvergleichung erfolgen, so wie die Möglichkeit der Entwicklung einer solchen allgemeinen Theorie in der Auseinandersetzung mit konkreten Aufgabenstellungen erfolgen soll.

Jedoch kann, um Mißverständnisse zu vermeiden, der *hypothetische, provisorische und vor allem auch fragmentarische*, weitgehend nur programmatische Charakter aller dieser Überlegungen nicht genügend betont werden.

A. ALLGEMEINE AUSGANGSPUNKTE

I. Zum Rechtsvergleich

1. Allgemeine Zwecke des Rechtsvergleichs

Rechtsvergleich dient dem besseren *Erfassen, Verstehen und Bewerten von Recht*¹. Das Aufsuchen vergleichbarer Probleme und Problemlösungen in verschiedenen Rechtsordnungen läßt im Sinne einer „Differentialdiagnose“ sowohl die Eigenart der jeweiligen Lösung als auch insgesamt die Strukturen des Problems und der Regelung schärfer und reicher hervortreten.

Das ergibt einen größeren Vorrat an vorrechtlichen und rechtlichen Erwägungen zur Zielsetzung, Gestaltung und Bewertung des jeweils *eigenen Rechts*. Der entsprechende Dienst kann im Austausch auch dem *fremden Recht* geleistet werden. In diesem Zusammenhang versteht sich der Rechtsvergleicher oft als „Importeur“ oder — seltener — als „Exporteur“ der „besseren“ Lösung. Jedoch ist die Gefahr, daß dabei das Werturteil „besser“ ein Vorurteil sein kann, groß.

Die Hilfe, die Rechtsvergleichung für das bessere Erfassen, Verstehen und Bewerten von Recht leisten kann, kann sich *rechtspolitisch* (gesetzgeberisch), aber auch *rechtsdogmatisch* (insbesondere in Bezug auf die Systembildung) sowie *rechtsanwendend* und *exegetisch* (vor allem weil Konkretisierung von Recht immer auch Rechtspolitik sein kann) auswirken.

Vielleicht ist es nützlich, den hier vertretenen Standpunkt noch in folgender Richtung zu verdeutlichen. In einzelnen Disziplinen der Rechtsvergleichung finden sich der rechtspolitische Zweck der Rechtsvergleichung (die Hilfe für den Gesetzgeber, der auf der Suche nach der besten, adäquatesten oder auch nur politisch „verkäuflichsten“ Lösung ist) oder auch der rechtsanwendende Bezug der Rechtsvergleichung (z. B. die Hilfe für den Richter, der seine Entscheidung unter Berücksichtigung ausländischer Erfahrungen und Problemlösungen trifft) mitunter isoliert hervorgehoben. Dazu werden andere Zwecke genannt, wie die Findung und Gestaltung von Völkerrecht oder die internationale Rechtsvereinheitlichung. Diese „Nützlichkeiten“ der Rechtsvergleichung sollen hier nicht in Abrede gestellt werden. Jedoch muß klar gestellt werden, daß sie den ersten und allgemeinsten Zweck der Rechtsvergleichung, das bessere Erfassen, Verstehen und Bewerten von Recht — oder anders ausgedrückt — das reichere und differenziertere Wissen über Probleme und Lösungen, voraussetzen. Die Frage, ob es die

¹ Siehe auch zu Anm. 28 und 39.

aufgezeigten „Nützlichkeiten“ der Rechtsvergleichung sind, welche die Verfolgung jenes ersten und allgemeinen Zwecks der Rechtsvergleichung rechtfertigen, oder ob dieser seine Rechtfertigung unabhängig von jenen finalen „Nützlichkeiten“ in sich trägt, mag hier offen bleiben. (Der Verfasser glaubt letzteres.) Wesentlich aber ist, daß die besagten „Nützlichkeiten“ der Rechtsvergleichung die in sie gesetzten Erwartungen nicht erfüllen können, wenn sie nicht unter Vermittlung allgemeiner Verbesserung, Anreicherung und Differenzierung, der Problem- und Lösungserfahrung verfolgt werden. Das bessere Erfassen, Verstehen und Bewerten von Recht „an sich“ ist der allein verlässliche Rahmen, in dem sich dann der rechtsvergleichende Teilvorgang der Hereinnahme verschiedener nationaler Meinungen und Problemlösungen in generelle oder konkrete nationale oder internationale Rechtsgewinnungsvorgänge vollziehen kann. Wo dieser „Filter“ fehlt, wo also nationale Lösungen isoliert wahrgenommen und bewertet werden, droht die Gefahr von Kurzschlüssen. Andererseits freilich sind die praktischen „Nützlichkeiten“ der Rechtsvergleichung nicht nur eine Rechtfertigung und Bewährung allgemeiner rechtsvergleichender Arbeit, sondern auch ein Stimulanz für sie und schließlich eine Erfolgskontrolle.

Im übrigen hängt das Verhältnis zwischen dem ersten und allgemeinen Zweck der Rechtsvergleichung — dem besseren Erfassen, Verstehen und Bewerten von Recht — und der konkreten, „importierenden“ Nachfrage nach jeweils anderen nationalen Lösungen auch vom technischen und theoretischen Stand einer Rechtsordnung ab. Eine wenig entwickelte und auch theoretisch wenig kritisch relativierte Rechtsordnung, die sich akuten Regelungsbedürfnissen gegenüber sieht, muß u. U. ihren Innovationsbedarf mit „Rechtsimporten“ befriedigen, ohne die Entwicklung allgemeiner, selbstzweckhafter Rechtsvergleichung abwarten zu können. Darin liegt ebenso eine Erklärung für den Wandel in der Rechtfertigung der Rechtsvergleichung, der sich im Lauf der Zeit in den entwickelten Ländern vollzogen hat, wie auch ein Hinweis auf die besondere Bedeutung, die Rechtsvergleichung derzeit für Entwicklungsländer haben kann. Gleichwohl wird damit das, was über das Verhältnis des allgemeinen Zwecks der Rechtsvergleichung zu ihren „Nützlichkeiten“ gesagt wurde, nicht falsch. Zielt Rechtsvergleichung auf reichere und differenziertere Problem- und Lösungskennntnis, so ist damit aber auch die *Dialektik zwischen* vorrechtlicher und rechtlicher Problemfindung, -formulierung und -lösung angesprochen². Soziale Probleme, (etwa im politischen Feld, in der öffentlichen Meinung usw. artikuliert) tendieren auf rechtliche Lösungen, weil das Recht zu den hervorragenden Instrumenten, soziale Probleme zu lösen, gehört. Des-

² Siehe auch zu Anm. 14, 15 und 17.

gleichen können aus rechtlichen Regelungen soziale Probleme abgelesen werden. Das Recht konstituiert aber auch dort soziale Probleme, wo sie ohne einschlägige rechtliche Gestaltung nicht oder wesentlich anders bestünden; und es erinnert an Probleme, deren rechtlicher Reflex die soziale Provokation überdauert hat. Daraus ergibt sich, daß Rechtsvergleichung auch einen *Ertrag für die sozialwissenschaftliche Erörterung von Problemen* erbringen kann. Auf die Notwendigkeit vorrechtlicher Problemformulierung durch Sozialwissenschaften (oder quasi-sozialwissenschaftliche Hypothesen) eventuell auch mit Hilfe anderer Sachwissenschaften wird demgegenüber später noch zurückzukommen sein³.

**2. Zusätzliche Bezugs Ebenen: Rechtsbegegnung,
internationales und supranationales Recht — horizontaler
und vertikaler Rechtsvergleich⁴**

a) Rechtsvergleichung leistet einen Beitrag zur Konfliktlösung bei der *Begegnung* (im Konflikt) *nationaler Rechte* (insbesondere im Bereich der *Kollisionsnormen* jeweils nationaler Provenienz wie z. B. der Normen des Internationalen Privatrechts oder „Internationalen“ Sozialversicherungsrechts). Anwendung von Kollisionsrecht ist in gewisser Hinsicht immer Rechtsvergleichung. Und Entwicklung und Anwendung von Kollisionsnormen muß mehr oder minder Erträge für die Rechtsvergleichung abwerfen.

Ähnliches gilt für das *Fremdenrecht*. Die Tragweite von — neu zu setzendem oder konkret anzuwendendem — fremden Recht (z. B. Aufenthaltsrecht oder Auslieferungsrecht) kann weitgehend nur durch Rechtsvergleichung ermittelt werden.

b) Auch *internationale Standardisierung* von Recht setzt Rechtsvergleichung voraus, andernfalls geht sie das Risiko der Unverträglichkeit mit den betroffenen nationalen Rechten ein. Insbesondere ist die Kontrolle der Einhaltung internationaler Rechtsstandards mit dem Problem verbunden, daß ein gleichartiger Regelungsanschein einer unterschiedlichen Regelungswirklichkeit entspricht, während ein unterschiedlicher Regelungsanschein einer gleichartigen Regelungswirklichkeit entsprechen kann. Dies ist nur ein Beispiel dafür, daß die Anwendung internationaler Rechtsnormen, die sich auf Inhalte nationalen Rechts beziehen (z. B. im Urheberrecht und im gewerblichen Rechtsschutz), Rechtsvergleichung voraussetzt und Erträge für die Rechtsvergleichung abwerfen kann.

³ Siehe auch zu Anm. 18 und 28.

⁴ Siehe auch zu Anm. 6, 12, 16, 33, 36, 38.

c) In besonderer Weise gilt das zu a) und b) Gesagte, wenn *internationale Standardisierung* und *Begegnung nationaler Rechtsordnungen* sich verbinden. Das ist etwa der Fall, wenn kollisions- oder fremdenrechtliche Normen international vereinbart werden. Dabei ist es für die Reichweite der Rechtsvergleichung naturgemäß von Bedeutung, ob es sich um bilaterale oder multilaterale Instrumente handelt.

d) In eng verwandter, gleichwohl aber besonders differenzierter Weise tritt diese Problematik in der *Konkurrenz* und im *Konflikt* von *nationalem* und *supranationalem* Recht zutage. Besonders zu erwähnen ist dabei der Bereich der *supranationalen Harmonisierung*, dessen Ähnlichkeiten zur internationalen Standardisierung nationalen Rechts ebenso groß erscheinen wie die Unterschiede hierzu.

e) Auf sehr vereinfachende (und deshalb gefährliche Weise) kann die zu b), c) und d) skizzierte Problematik so ausgedrückt werden, daß *horizontale Rechtsvergleichung* (zwischen nationalen Rechtsordnungen) und *vertikale Rechtsvergleichung* (zwischen internationalem/supranationalem Recht und nationalem Recht) einander ergänzen.

Für weitere Untersuchungen vorzumerken ist, daß das Gegensatzpaar von horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung überlagert wird von einem anderen Gegensatzpaar, das grob hier so umschrieben werden soll: „Regelungsrecht“ versus „Programmrecht“. Gemeint ist mit „Regelungsrecht“ alles Recht, das Lebensverhältnisse unmittelbar regelt, mit „Programmrecht“ dagegen Recht, das seinerseits „Regelungsrecht“ steuert (anregt, begrenzt). Im nationalen Recht findet sich dieses Spannungsverhältnis häufig zwischen Verfassungsrecht (als „Programmrecht“) und einfachem Gesetzesrecht (als „Regelungsrecht“). Im nationalen Recht der Bundesrepublik Deutschland kommt „Programmrecht“ vor allem auch im Bundesrahmenrecht vor. Supranationales Recht kennt typisches „Programmrecht“ in den Richtlinien und Empfehlungen. Internationale Konventionen — wie etwa die Übereinkommen der internationalen Arbeitsorganisation und des Europarates — sind weitgehend „Programmrecht“. „Programmrecht“ und „Regelungsrecht“ miteinander zu vergleichen, ist etwas anderes als „Regelungsrecht“ mit „Regelungsrecht“ zu vergleichen. Insofern besteht die Möglichkeit, daß durch dieses Vergleichs- und Gegensatzpaar der Gegensatz zwischen horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung relativiert wird.

Die Eigentümlichkeiten des *supranationalen* Rechts bedürfen im übrigen besonderer Erörterung und Berücksichtigung. Darauf kann hier nur hingewiesen werden.

3. Rechtsvergleich und Auslandsrechtskunde

Schon in diesem Zusammenhang stellt sich vielleicht auch die Frage nach dem Verhältnis zwischen Auslandsrechtskunde und Rechtsvergleich. Auslandsrechtskunde ist janusköpfig. Einerseits ist sie Auslandskunde. Für den Rechtsvergleich andererseits ist sie Voraussetzung oder Ergebnis. Im Regelfall des Rechtsvergleichs, der einzelne Institute, Normen, Regelungskomplexe usw. vergleicht, ist Auslandsrechtskunde eine Hilfe zum Auffinden und Verstehen des zu vergleichenden ausländischen Rechts (Auslandsrechtskunde als Voraussetzung des Rechtsvergleichs). Je weiter Rechtsvergleich zum Gesamtsrechtsvergleich ausgreift, desto mehr nähern Auslandsrechtskunde und Rechtsvergleich sich einander (Auslandsrechtskunde als Ziel und endliches Ergebnis des Rechtsvergleichs).

Methodisch ist Auslandsrechtskunde vermutlich in einem — mitunter nicht wahrgenommenen oder wahrnehmbaren — Mindestmaß immer auch Rechtsvergleich. Auslandskunde heißt ja, die ausländischen Verhältnisse von einem anderen als dem dem erschlossenen Land eigenen nationalen Standort her faßbar und verständlich werden zu lassen. Auslandsrechtskunde heißt daher auch, Zugänge zum ausländischen Recht so zu erschließen, daß es von außen her erfaßt und verstanden werden kann. In dem Maße, in dem sich Auslandsrechtskunde an Adressaten eines gemeinsamen nationalen Standortes wendet, bedeutet das schließlich, ihnen den Zugang zum ausländischen Recht vom eigenen Recht her zu ermöglichen. Als Beispiel möge dienen, daß eine Vorlesung „Einführung in das französische Recht“ für deutsche Studenten zweckgerecht anders gehalten werden müßte, als etwa für sowjetrussische Studenten. Jedenfalls wird hier die Verwandtschaft zum Rechtsvergleich sichtbar, die im Kern aber schon in jedem Versuch liegt, eine Rechtsordnung nicht nur in sich, sondern „nach außen“ darzustellen und zu erklären.

Eine besondere Verbindung zwischen Auslandsrechtskunde und Rechtsvergleich bildet der Makrovergleich: die Grobordnung ausländischer Rechte durch *Zuordnung zu Rechtsfamilien* (nach Geschichte, Stilelementen oder dgl.⁵). Sie hilft der Auslandsrechtskunde durch Vororientierung (wie etwa der Auslandskunde sonst durch Grobeinteilungen in tropische und subtropische Länder, in industrielle und vorindustrielle Länder oder dgl. geholfen wird). Und sie hilft dem Mikrorechtsvergleich durch die Verweisung auf mögliche Sinnzusammenhänge, Analogien mit schon erschlossenen Rechten usw. Somit tritt neben den Austausch „Auslandsrechtskunde — konkreter Rechtsvergleich“ der

⁵ Siehe auch zu Anm. 9, 30 und 31.

multiple Austausch „Auslandsrechtskunde — Grobordnung von Auslandsrechten — konkreter Rechtsvergleich“.

Im einzelnen ist hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Auslandsrechtskunde, Rechtsvergleich und Anwendung ausländischen Rechts manches unklar. Verweist z. B. eine Norm des deutschen internationalen Privatrechts auf britisches Recht, so mag von dem einen oder anderen Verständnis her der Vorgang des Ausschutzens und Anwendens britischen Rechts ganz oder teilweise als Auslandsrechtskunde oder Rechtsvergleichung oder als keines von beiden, nämlich schlicht als Anwendung ausländischen Rechts qualifiziert werden. Das kann und braucht hier nicht vertieft zu werden. Der unbestrittene Bereich der Auslandsrechtskunde ist die Information über ausländisches Recht. Darauf beruhen die vorstehenden Überlegungen.

II. Generelle Eigenarten des Sozialrechtsvergleichs

1. Sozialrecht, Gleichheit und Freiheit: internationale und supranationale Angleichung

a) Zu den wichtigsten Impulsen des Sozialrechtsvergleichs (bisher weitgehend in einem vorwissenschaftlichen und sozialpolitischen Sinn) zählt der elementare *Gleichheits-* und *Gerechtigkeitsbezug* des Sozialrechts. Zielt Sozialrecht darauf, Ungleichheiten abzubauen, so gilt das sowohl als national-interne Tendenz als auch für die internationalen Ungleichheiten. Der Gleichheits- und Gerechtigkeitsbezug des Sozialrechts drängt so etwa dazu, daß „bessere“ ausländische Regelungen zu einem sozialrechtspolitischen Argument im Inland werden. Andererseits besteht ein Bedürfnis, die jeweils als „besser“ („fortschrittlicher“) geltenden Sozialrechtsordnungen auf die jeweils „schlechteren“ Länder auszubreiten. Der Sozialrechtsvergleich ist deshalb auch in besonderer Weise in Versuchung und Verdacht des „Imports“ und des „Exports“.

Das Sozialrecht ist wegen seiner internationalen Gleichheitstendenz *in besonderem Maße* ein klassisches Feld *multilateraler internationaler Konventionen* (insbesondere die Tradition der ILO; auch die starke soziale Aktivität des Europarates; immer vielfältiger auch die Vereinten Nationen).

Auch im *supranationalen* Rahmen ist ohne ein *Mindestmaß sozialer Gleichheit* nicht auszukommen. Jedoch ist es hier besonders schwierig, zwischen einer Angleichung mit dem unmittelbaren Ziel sozialer Gleichheit, einer Justierung der ökonomischen Bedingungen und einer Standardisierung im Interesse der Freizügigkeit zu unterscheiden.

b) Sozialrecht bestimmt die *Befindlichkeit* des Menschen in *seiner nationalen Rechts- und Sozialgemeinschaft* — häufig mehr als etwa Privatrecht und Strafrecht, zumindest aber ebenbürtig mit diesen. Die Herstellung einheitlicher Lebensräume (Europa, Europäische Gemeinschaften, Bundesstaaten usw.) ist ohne die Angleichung der sozialrechtlichen Bedingungen des Lebens nicht mehr denkbar. Und die Entwicklung des europäischen Wirtschaftsraumes hat gezeigt, daß die Vereinheitlichung von Wirtschaftsräumen die Harmonisierung des Sozialrechts unter „Zugzwang“ setzen kann.

Insbesondere *Möglichkeit, Wirkung und Bewertung* des dauernden oder vorübergehenden *Wechsels* der nationalen Lebensgemeinschaft (auch schon i. S. der territorialen Grenzüberschreitung, des Wechsels des Aufenthaltsortes oder des Wohnsitzes usw.) hängen weitgehend davon ab, wie offen die nationalen Sozialrechtsordnungen für den Wechsel sind oder welche Hemmnisse sie diesem Wechsel entgegensetzen. So wird etwa die Realität des Grundrechts der Freizügigkeit von seiner sozialrechtlichen *Ambiance* wesentlich bestimmt. Und der Abbau sozialrechtlicher Hemmnisse für den Fall der Grenzüberschreitung, der temporären Wanderung oder der dauernden Ein- oder Auswanderung wird zu einem Prüfstein der Integration zwischen- und überstaatlicher Einheiten.

Hierin steckt etwa der Hauptzweck der *harmonisierenden, standardisierenden und sonstwie vereinheitlichenden und angleichenden Aktivitäten* der Europäischen Gemeinschaften auf dem Gebiet des Sozialrechts. Hierin ist auch ein wesentlicher Zweck der sozialrechtlichen Aktivitäten des Europarats — in Richtung auf eine soziale Einheit Europa — zu sehen.

c) Alles in allem sind so auf dem Gebiet des Sozialrechtsvergleichs die *Bezugsebenen des (bi- und multilateralen) internationalen und des supranationalen Rechts von besonderer Bedeutung*. Zugleich ist zu sehen, daß das *Nebeneinander von „horizontalem“ und „vertikalem“* Rechtsvergleich für den Sozialrechtsvergleich in besonderem Maße typisch ist⁶.

2. Die Relevanz der sozialen Schichtungen

Indem Sozialrecht auf soziale Gleichheit zielt, muß es soziale Ungleichheiten aufgreifen. Um eine praktikable Rechtsordnung zu ergeben, muß es dabei weitgehend typisierend verfahren. Somit hat Sozialrecht sozialen Schichtungen zu entsprechen. Es ist insofern nach dem Grad der Adäquanz von Regelungen und Sozialstruktur zu bewerten.

⁶ Siehe auch zu Anm. 4, 12, 16, 33, 36 und 38.

Und es verfestigt, ja konstituiert möglicherweise selbst soziale Schichtungen.

Neben diesen *bewußten und gezielten Zusammenhängen* gibt es auch die *unbewußten und nicht gezielten Zusammenhänge* zwischen sozialrechtlichen Strukturen und Sozialstrukturen. Sie können die Effektivität des Sozialrechts eingrenzen. Das gilt etwa für Zusammenhänge zwischen Sozialrecht und Information, Sozialrecht und Bildung, Sozialrecht und Beschäftigungsverhältnissen. So kann etwa ein auf Arbeitnehmer und Industriegesellschaft zugeschnittenes Sozialrecht Landwirte, oder ein auf die individualistische (maximal in Kleinfamilien gruppierte) Gesellschaft zugeschnittenes Sozialrecht Menschen in Großgemeinschaften (insbesondere Großfamilien) nicht gleichermaßen erreichen.

Erfassen, Verstehen und Bewerten von Sozialrecht hängt deshalb in relativ hohem Maß von den *korrespondierenden und umgebenden Sozialstrukturen* ab. Deshalb ist auch das, was meist zu einfach mit „Entwicklungsunterschieden“ bezeichnet wird, von besonderer und befruchtender sowie belastender Bedeutung für den Sozialrechtsvergleich.

So zielt etwa die „Sprachenfrage als soziale Frage“ dahin, inwieweit Sprachdifferenzen sozialer Berücksichtigung bedürfen, inwieweit das Sozialrecht diesen Notwendigkeiten entspricht, und inwieweit es defizitär ist, indem es Sprachdifferenzen vernachlässigt oder gar ihre negativen Wirkungen vertieft.

3. Die stetige Bewegung des Sozialrechts

Sozialrecht ist in den modernen Staaten — weit über den Prozeßcharakter jeden Rechts hinaus — tendenziell *stets sich änderndes Recht*. Das kommt vom Nachholbedarf der Gleichheit in der (Rechts-)Geschichte. Es kommt von der stetigen Veränderung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse. Es kommt vor allem von der Relativität der Ungleichheit und damit der Unmöglichkeit endgültig befriedigender Gleichheit, die zu immer neuen Korrekturen führt. Es kommt von der potentiellen Unendlichkeit sozialer Forderungen, die immer wieder zu neuen notwendigerweise nur „vorläufigen“ Maßnahmen weiterer Erfüllung treibt. Es kommt auch davon, daß in den meisten nationalen Gesellschaften divergierende sozialpolitische Forderungen einander ausschließen, wodurch eine Politik intendiert ist, die Illusion allseitiger Erfüllung durch je partikulare Entsprechungen aufrecht zu erhalten. Und es kommt von der Idee der Herrschaft in einer Weltgesellschaft, die (verbal oder in der Sache) nur als Herrschaft (durch und/oder) für das Volk gerechtfertigt werden kann. Die Rechtfertigung für das Volk

geschieht durch möglichst spürbare, möglichst wahrnehmbare und subjektiv bewertbare (insbesondere gruppenbezogene), wiederum also tendenziell partikulare sozialpolitische Schritte.

Dieses dynamische Wesen des Sozialrechts schließt nicht aus, daß ihm eine „konservative“ Grundströmung entgegenwirkt. Sie hat vor allem zwei Gründe. Der eine ist schlicht die Richtigkeit (Adäquanz) von Lösungen. Gewisse sozialpolitische Lösungen können unter den gegebenen Verhältnissen nicht verändert werden, ohne schlechter zu funktionieren oder sich schlechter auszuwirken. Oder in der Gegenrichtung ausgedrückt: gewisse sozialpolitische Lösungen können entweder schlechthin oder unter den gegebenen Verhältnissen nicht weiter verbessert werden. Der andere Grund der „konservativen“ Grundströmung ist das Beharrungsvermögen von Besitzständen. Solche Besitzstände ergeben sich z. B. aus subjektiven Erwartungen (z. B. Rentenanswartschaft), nicht minder hartnäckig, aus dem Bestand von Organisationen und Institutionen (wie typisch in der Organisationsstruktur der deutschen Sozialversicherung). Letztlich determinieren die Kräfte der Beharrung aber nur die möglichen Bereiche und Richtungen von Veränderungen, nicht dagegen hemmen sie die Veränderungen an sich.

Daß diese *permanente Bewegung der nationalen Sozial(rechts)ordnungen Rechtsvergleichung besonders schwierig* werden läßt, ist evident. Darauf wird unten — im Hinblick auf den Gedanken des *Tendenzvergleichs* — zurückzukommen sein⁷.

Diese permanente Bewegung läßt Rechtsvergleich *aber auch besonders notwendig* erscheinen. Je differenzierter Sozialrechtsentwicklungen und -strukturen erkannt werden, desto besser ist das gesamte „Arsenal“ möglicher Maßnahmen und Änderungen zu erfassen, desto leichter fällt es schließlich, einzelne Maßnahmen zu relativieren und einzuordnen. Verbesserte Problemkenntnis aus dem Rechtsvergleich kann so zu einer — oft unentbehrlichen — Hilfe für die nationale (insbesondere für eine systematische) Theoriebildung werden, die durch ein Übermaß an Änderungen im nationalen Raum außerordentlich erschwert ist.

4. Sozialrecht als junges Recht

Das Sozialrecht, wie es heute existiert, hängt eng mit dem Entstehen einer modernen, industriellen, von der Polarität zwischen Individuum und Kleinfamilie einerseits und Masse und Staat andererseits geprägten Gesellschaft zusammen. Weitgehend überschreitet es die jeweiligen nationalen Rechtstraditionen. Andererseits ist Sozialrecht doch in

⁷ Siehe auch zu Anm. 8, 27, 34, 37.

die nationale Rechtsgeschichte eingebunden: z. B. durch den Bestand an Rechtsinstitutionen, auf die bei der Gestaltung des Sozialrechts zurückgegriffen wurde oder die das Sozialrecht umgeben. Wichtig ist nicht zuletzt der Unterschied in der Rechtstradition zwischen Gesetzesrecht und Richterrecht. Das nimmt der allgemeinen Rechtsgeschichte die Kraft unmittelbarer Bildung von *Sozialrechtsfamilien* (wie sie für die Privatrechtsvergleiche weitgehend anerkannt ist), ohne die Vernachlässigung der allgemeinen oder der Sozialrechtsgeschichte zu gestatten.

Der „lange Atem“ der allgemeinen Rechtsgeschichte spielt — anders als etwa in der Privatrechtsgeschichte — eine eher mittelbare (deshalb nicht unwesentliche) Rolle. Dagegen ist die jüngere Rechtsgeschichte auf dem Gebiet des Sozialrechts in aller Regel lebhafter als die etwa im Privat- oder Strafrecht. Mitunter erscheint im Sozialrecht die Entwicklungsdimension als solche leichter wahrnehmbar zu sein als die statische, was im Rechtsvergleich sich in der Neigung zum *Entwicklungsvergleich (Tendenzvergleich)* zeigt⁸.

Schließlich aber hat sich gezeigt, daß das *Altern* von Sozialrechtsordnungen in sich eigene Entwicklungsgesetzmäßigkeiten (z. B. hinsichtlich der von Systemen sozialer Sicherung erfaßten Personenkreise) zur Geltung bringt.

5. Das Theorie-, insbesondere Systemdefizit des Sozialrechts

Das dogmatische Defizit des Sozialrechts ist weit verbreitet. Es hat verschiedene schon genannte Gründe: insbesondere die „Jugend“ des Sozialrechts und seine ständige Bewegtheit. Dazu kommt etwa seine starke politische Aktualität (die sich der Rationalisierung zugunsten der situationsbedingten Artikulierung widersetzt). Diese Zusammenhänge äußern sich auch in der *Analogie zwischen dem Systemdefizit der Wissenschaft von der Sozialpolitik, dem Systemdefizit des Sozialrechts sowie in der Parallelität zwischen der Wissenschaftsfeindlichkeit der Sozialpolitik und der Systemschwäche der Wissenschaft von der Sozialpolitik.*

Das dogmatische Defizit des Sozialrechts ist in bezug auf den Rechtsvergleich ambivalent. Einerseits *erschwert* es den *Sozialrechtsvergleich*. Andererseits aber *macht es den Zuwachs an Erfahrung* möglicher Problem- und Lösungsstrukturen und Entwicklungen, den Rechtsvergleich einbringen kann, *besonders wichtig*. Diese Ambivalenz gilt für alle drei Zweckelemente des Rechtsvergleichs: Erfassen, Verstehen und Bewerten von Recht.

⁸ Siehe auch zu Anm. 7, 27, 34, 37.

6. Der Rechtsquellenprung

Die Quellenproblematik beim Rechtsvergleich ist, jedenfalls in dem von deutschen Rechtsvergleichern bisher ausgefüllten Rahmen, weitgehend *bereichsspezifisch*.

Im *Privatrecht* sind die Verhältnisse scheinbar auf die Alternative reduziert: Gesetzesrecht und Richterrecht. Die normative Ausfüllung autonomer Räume (durch Gesellschaftsverträge, Organisationsstatuten, Vertragsmuster usw.) wird dort vielfach als Bereich der „Rechtstatsachen“ angesehen, obwohl sich hier zumindest Bewertungsänderungen abzeichnen.

Die *Strafrechtsvergleichung* kann — jedenfalls hinsichtlich der Straftatbestände — vom Primat des Gesetzesrechts ausgehen.

Im *öffentlichen* Recht hat es der Verfassungsvergleich mit „Verfassungen“ sehr verschiedener Art zu tun. Im übrigen Vergleich des öffentlichen Rechts, d. h. vor allem im Vergleich des Verwaltungsrechts, stellt sich die Frage, ob dem „materiellen“ Vergleich unter Hintanstellung der Natur der Rechtsquellen (Gesetzesrecht, Satzungsrecht, Verordnungsrecht, Verwaltungsvorschriften, Richterrecht und Rechtsgewohnheiten) oder dem „formellen“ Vergleich (z. B. nur von Gesetzesrecht) der Vorzug gegeben werden solle. Dem entspricht entfernt etwa die Polarität zwischen maximaler sachlicher Richtigkeit und maximaler formaler Verlässlichkeit.

Die Situation im *Sozialrecht* ist zunächst der verwaltungsrechtlichen verwandt — wobei von vornherein eine besondere Vielfalt an autonomem Recht, an Anstaltsordnungen, von Förderungsrichtlinien, von Regulativen der Mittelvergabe und Bewirtschaftung, von Berufsordnungen, von Ausbildungsrichtlinien und von Instrumenten inneradministrativer Steuerung usw. auffällt. Sie wird aber zusätzlich dadurch kompliziert, daß weitgehend Privatrecht eintritt: Statute von Wohltätigkeitsorganisationen, allgemeine Aufnahme- und Benutzungsbedingungen von Heimen, Krankenhäusern usw., Versicherungsbedingungen, Statute von Gewerkschaften und Berufsverbänden usw. Die Quellensubstanz des Sozialrechts ist also wohl differenzierter und komplexer als in jedem anderen Rechtsgebiet. Und Zäsuren zwischen „Recht“ und „Rechtstatsachen“ sind sachlich kaum überzeugend. Werden sie dennoch vorgenommen, so kann zudem eine umfassende Ermittlung von Problemlösungen nicht darauf verzichten, „Rechtstatsachen“ wie inner-administrative Vorschriften oder interne Normen sozial aktiver Organisationen einzubeziehen.

Diese Schwierigkeit ist zu trennen von der anderen und noch zu erörternden, sozialrechtliche Probleme vorrechtlich zu formulieren.

Jedoch ist nicht zu verkennen, daß — zusätzlich — diese zweimalige unvermeidliche Polarität von „Recht“ und „Nicht-Recht“ im Sozialrechtsvergleich zu eigentümlichen Schwierigkeiten führen kann.

7. Die Ermittlung von „Rechtsfamilien“⁹

Privatrechtsvergleichung bedient sich — insbesondere im Makrovergleich — des Hilfsmittels der „Familienbildung“. Sie erleichtert einerseits den Rechtsvergleich, insbesondere das Verstehen von Recht, weil Erfahrungen eines Rechts in verwandten Rechten nutzbar gemacht werden können. Zugleich ist die Familienbildung selbst wieder ein Ergebnis des Rechtsvergleichs. Man könnte — wie schon bemerkt — von einem dialektischen Verhältnis zwischen der generellen Gruppenzuordnung von Rechtsordnungen und der konkreteren rechtsvergleichenden Arbeit sprechen.

Im folgenden sei nur von der spezielleren Problematik sozialrechtlicher „Familienbildung“ und „Stilmerkmale“ gesprochen. Die Frage, in welchem Maße die „Familien- oder Stilmerkmale“ einer Gesamtrechtsordnung auf das Sozialrecht durchschlagen, kann dabei nur durch konkrete Beispiele (z. B. Sozialrecht in Common-Law-Ländern) angesprochen werden. Übrigens ist nicht nur denkbar, daß die „Familien- und Stilmerkmale“ einer Gesamtrechtsordnung das Sozialrecht prägen. Möglich ist auch, daß gerade die Entwicklung des Sozialrechts Eigenarten einer Gesamtrechtsordnung verändert. Daß Sozialrecht weitgehend nur vom Gesetzgeber durch geschriebenes Recht geregelt werden kann, kann z. B. gerade das Verhältnis von Richterrecht und Gesetzesrecht in einem Land verändern.

Rechtsvergleichende Familienbildung knüpft zumeist an Traditionen oder an „Stilelemente“ an. Unter beiden Aspekten ist nun Familienbildung im Sozialrecht besonders erschwert. Was die *Tradition* anlangt, schlägt wieder die „Jugend“ des Sozialrechts zu Buche; während andererseits gerade die *Ambiance* der weiteren Rechtsordnung, deren Teil das Sozialrecht ist, durch ihre Tradition das Sozialrecht mitprägt. Immerhin erscheint es nicht ausgeschlossen, gerade innerhalb des modernen Sozialrechts „Familien“ von nationalen Sozialrechten zu unterscheiden, die durch *gemeinsame historische Vorbilder* ausgezeichnet sind. So gibt es sicher so etwas wie „Bismarck-Länder“ und „Beveridge-Länder“. Doch ist darüber — über Schlagworte oder doch allzu Vereinfachendes hinaus — offenbar nichts Gültiges erforscht.

Über *Stilelemente* der Sozialrechtsordnungen findet sich ebenfalls kein Konsens, nicht einmal eine hinreichend umfassende Diskussions-

⁹ Siehe auch zu Anm. 5, 30 und 31.

erfahrung. Das ist eine Folge der „Jugend“ des Sozialrechtsvergleichs selbst. Es hängt aber auch wieder mit dem dogmatischen Defizit des Sozialrechts und dem Systemdefizit der Wissenschaft von der Sozialpolitik zusammen.

Als *Hypothesen* solcher *Stilelemente* seien — höchst vorläufig — hier skizziert:

- der Rahmen der *sozialökonomischen Entwicklung*: z. B. Sozialrecht unter vorindustriellen, industriellen oder postindustriellen Bedingungen; Sozialrecht für eine nicht urbanisierte, urbanisierte oder teilweise urbanisierte Bevölkerung;
- der *sozialpolitische* (vielfacher Differenzierung bedürftige) Rahmen¹⁰: z. B. subsidiäre (primäre) Sozialpolitik (im Sinne von Hilfe gegen Not) und institutionelle (sekundäre) Sozialpolitik (im Sinne von permanenten Vorkehrungen und deren eigengesetzlicher Entwicklung in Richtung auf Egalität, Chancengleichheit, Sicherstellung von sozialen Standards und Sicherstellung der Befriedigung von Bedarfen, Sicherung des Lebensstandards und Wahrung sonstiger Besitzstände versus Bekämpfung von Not oder Herstellung von Gerechtigkeit; einheitliches oder gegliedertes System sozialer Sicherheit; auf Allgemeinheit oder besondere Gruppen zielendes Sozialrecht; Primat der monetären oder der Sach- und Dienstleistungen; Primat der Einkommensleistungen oder der Befriedigung von Sonderbedarfen (medizinische Versorgung, Wohnung, Ausbildung usw.);
- der Rahmen der *Rechtsordnung*¹¹: z. B. Sozialrecht im Gesetzesrecht oder im Richterrecht (common law); Grad der Verrechtlichung der Sozialpolitik durch Vorschriften und/oder gerichtlichen Schutz; subjektive Berechtigung versus „objektive“ Ordnung („objektive“ Anordnung und Erbringung von Leistungen);
- der *international- und der supranationalrechtliche Rahmen*¹²: z. B. im Sinne einer Familie der EG-Länder, der Europarats-Länder oder der ILO-Länder;
- der Rahmen der *Rechtswerte*¹¹: Priorität von Individuum und Freiheit oder Priorität von Kollektiv und „Gemeinwesen“; Effektivität (Aktualität, Elastizität, Verfügbarkeit) versus Rechtssicherheit; Anerkennung von Rechtsgütern wie individuelle Autonomie, Privatheit, Familie, Vereinigungsfreiheit, gesellschaftliche soziale Aktivität (kollektive Selbsthilfe, altruistische Fremdhilfe) usw.; Entwick-

¹⁰ Siehe auch zu Anm. 25 und 29.

¹¹ Siehe auch zu Anm. 26 und 32.

¹² Siehe auch zu Anm. 4, 6, 16, 33, 36 und 38.

lung spezifischer Sozialrechtsgüter wie individuell erreichter Lebensstandard oder soziale Sicherheit.

- die Aufgabenverteilung zwischen *Staat und Gesellschaft* („Gesellschaft“ weitgehend verstanden i. S. von Organisationen wie Wohltätigkeitsverbänden, Gewerkschaften usw.): z. B. Basissicherung beim Staat, Zusatzsicherung bei der Gesellschaft; Vorsorge und Gesundheitsdienst beim Staat, Sozialarbeit bei der Gesellschaft; Ordnung beim Staat, (Initiative und) Realisierung bei der Gesellschaft;
- die Akzentuierung von *Norm, Leistung und Institution*¹¹: z. B. norm(tatbestands- und rechtsfolge-, insbesondere anspruchs-)orientiertes (und also sowohl einer gesellschaftlichen Nachfrage nach normativer Rechtszusage entsprechendes, aber auch Rechtsgehorsam voraussetzendes oder doch erforderndes) Sozialrecht versus leistungsorientiertes (Leistungen ermöglichendes, auf Leistungserbringung vertrauendes) oder an leistungserbringenden Institutionen (Organisationen) orientiertes — „aktionistisches“ — Sozialrecht.

Ergänzend kommen weitere der unten skizzierten *Zugänge zur Problemformulierung* und *Verstehens- und Bewertungskategorien* als Stilelemente in Betracht.

Schließlich wird für eine „Familienbildung“ auf eine *Kombinatorik verwandter* oder doch *vertraglicher Stilelemente* zu achten sein.

Insgesamt wird gerade der Frage nach leistungsfähigen Stilelementen und „Sozialrechtsfamilien“ große Bedeutung zukommen.

8. Die nicht-juristische Artikulation der sozialrechtlichen Probleme

Schließlich zählt zu den Besonderheiten des Sozialrechtsvergleichs, daß die Sachprobleme des Sozialrechts mehr als in anderen Rechtsbereichen im nicht-juristischen Schrifttum artikuliert sind.

Sozialrecht ist dank seiner Bedeutung und seiner Bewegtheit mehr als viele andere Rechtsgebiete „politisches“ Recht. Bestehendes und künftiges Recht wird in hohem Maße politisch (sozialpolitisch, sozialrechtspolitisch) diskutiert. Die juristischen Implikationen der Probleme und die juristischen Techniken seiner Lösung spielen dabei im einzelnen eine sehr unterschiedliche Rolle — bis zur völligen Vernachlässigung. Das ist ein wesentlicher Unterschied vor allem zum Privatrechtsvergleich, der lange Zeit von politischem, auch rechtspolitischem Denken wenig wußte und auch wenig wissen mußte. Der Strafrechtsvergleich ist zwar gerade in der letzten Zeit verstärkt in eine kriminalpolitische Ambiance geraten. Jedoch ist, soweit die spezifischen Garan-

ten der Legalität und der Rechtssicherheit im Strafrecht Anerkennung finden, doch die Polarität zwischen Rechtspolitik und positivem Strafrecht konstitutiv für die Probleme geblieben. Selbst im Verfassungsvergleich liegen die Probleme um Nuancen anders als im Sozialrecht. Zwar ist Verfassungsrecht genuin politisches Recht. Aber gerade der Kontrast zwischen normativen Verfassungen und „tatsächlichen“ Verfassungen nötigt dazu, Recht und Politik auf eigentümliche Weise zu trennen. Sozialpolitik (Sozialrechtspolitik) sieht sich einer — der Situation im Strafrechtsvergleich oder im Verfassungsvergleich ähnlichen — Polarität von „Recht“ und „Politik“ nicht ausgesetzt. Die Situation wird nun aber weiter gekennzeichnet dadurch, daß das Sozialrecht selbst systematisch-dogmatisch defizitär ist, so daß sich Auskünfte und Zwecke, Maximen, Wertvorstellungen, aber auch Problemdiagnosen selbst und gerade in bezug auf rechtliche Regelungen häufig im (*wissenschaftlichen und nicht-wissenschaftlichen*) sozialpolitischen Schrifttum finden.

Diese Eigenart der Artikulation der Probleme und Prinzipien findet sich dort intensiviert, wo sich Sozialpolitik primär über Leistungen und Institutionen realisiert. Was in einem norm- und anspruchsorientierten Sozialrechtssystem mehr oder minder doch in der sozialrechtlichen Literatur gesucht werden kann, muß in einem leistungs- und institutionsorientiertem System primär in der Beschreibung der persönlichen Funktionen (z. B. Sozialarbeiter) oder der Institutionen (z. B. Gesundheitsdienst, social administration), die die Leistungen erbringen, oder in Handlungsanweisungen für diese Funktionen und Institutionen oder auch in Beiträgen zur Bewertung und Reform solcher Funktionen und Institutionen gesucht werden¹³.

B. DIE VERGLEICHSBILDUNG

I. Die Notwendigkeit konkreter Problemformulierung¹⁴

Rechtsvergleichung geschieht gemeinhin unter — ausgewiesener oder nicht ausgewiesener, bewußter oder nicht bewußter — Formulierung eines vom positiven Recht der verglichenen Rechtsordnungen ablös-

¹³ Zur Terminologie hinsichtlich der verschiedenen in Betracht kommenden sozialen Rollen sei folgendes bemerkt. „Passivrollen“ der sozial Bedürftigen und Betreuten und entsprechend Berechtigten wurden als „Positionen“ („Subjektpositionen“) bezeichnet (s. zu Anm. 20). „Aktivrollen“ z. B. von Sozialarbeitern werden als „Funktionen“ bezeichnet (s. zu Anm. 21). Für spezifisch und unmittelbar sozial verpflichtete Private (z. B. Arbeitgeber, Vermieter, Unterhaltsverpflichtete) wurde ein besonderer Begriff nicht eingeführt. Aber für den Bezug von Subjekten zum Sozialrecht insgesamt wurde der Sammelbegriff der (subjektiven) *Betroffenheit* gewählt (s. zu Anm. 22).

¹⁴ Siehe auch zu Anm. 2, 15 und 17.

baren, sachlich begrenzten Problems (formuliert auch als: Ordnungsbedürfnis, Rechtsnachfrage, Funktion, Konflikt usw.).

Daß Rechtsvergleich eines von der nationalen, positiven Rechtsordnung ablösbaren, aber auch aus der jeweiligen Gesamtrechtsordnung als Teil ausscheidbaren Problems als Bezugspunkt bedarf, sei hier als Annahme zugrunde gelegt. Zu ihrer Erläuterung diene zunächst, daß diese Hypothese jedenfalls durch zwei Gegenvorstellungen nicht falsifiziert wird: nämlich durch die Alternative eines Gesamtrechtsvergleichs und durch die Alternative eines nominalistischen Vergleichs. Sodann wird sich diese Annahme durch die Erwägungen zur sozialrechts-spezifischen Verwirklichung des Konzepts zu bewähren haben.

1. Die Alternative des Gesamtrechtsvergleichs

Ein Gesamtrechtsvergleich würde zunächst voraussetzen, daß das Vorverständnis über die Summe dessen, was Recht ist, gleich oder vergleichbar gemacht ist. Aber selbst dann ist noch nicht gewährleistet, daß die Rechtsinhalte miteinander verglichen werden können. Dazu bedarf es gleicher oder den Vergleich ermöglichender Strukturen. Daß die — auch ohne von außen her problematisierende Nachfrage — wahrnehmbaren Rechtsstrukturen solchermaßen gleich sind, daß es einer problemorientierten aufgliedernden Fragestellung an das Recht nicht mehr bedarf, um strukturelle Vergleichselemente zu ermitteln, würde eine Übereinstimmung der verglichenen Rechte voraussetzen, die in der Regel den Rechtsvergleich uninteressant, wenn nicht gegenstandslos machen würde. Ein Gesamtrechtsvergleich ist daher in gewissem Sinne immer nur (auch) als eine Summe von Teilrechtsvergleichen denkbar: als eine Annäherung an einen Gesamtrechtsvergleich durch die dialektische Annäherung einer Summe prinzipieller Vergleiche an eine Summe von konkreten Rechtsvergleichen.

Speziell für den Sozialrechtsvergleich ist die Alternative des Gesamtrechtsvergleichs ohnedies unbehelflich. Daß mehrere miteinander verglichene Gesamtrechtsordnungen übereinstimmende Teile als „Sozialrecht“ erkennbar und abgrenzbar erscheinen ließen, widerspricht schon jedem Anschein. Bezeichnung und Verständnis von „Sozialrecht“ sind extrem problemorientiert und historisch konkret. Der Vollständigkeit halber sei hierzu angemerkt, daß deshalb auch die Idee eines „Gesamt-Sozialrechts“-Vergleichs die konkrete Problemformulierung nicht vermeiden oder ersparen kann, daß sie vielmehr gerade auf die Notwendigkeit der konkreten Problemformulierung des Sozialrechts hinführt.

2. Die nominalistische Alternative

Die nominalistische Alternative des Rechtsvergleichs würde darin bestehen, daß *gleich (gleichartig) benannte Maßnahmen, Regelungen, Rechtsinstitute usw. untereinander verglichen* werden. Dabei kann tatsächliches Geschehen (Ist) oder können Rechtsnormen (Soll) miteinander verglichen werden. Der Vergleich kann sich z. B. bei Leistungen auf die Regelung des Grundes beschränken, oder auch die Höhe einbeziehen oder sich gar auf die Höhe beschränken. Bei Einbezug der Höhe kann wieder zwischen einem extremen Nominalismus (in absoluten Beträgen) und relativen Angaben (Währungsrelationen, Bedarfsrelationen, Beitrags-Leistungs-Relationen usw.) unterschieden werden.

Je vordergründiger ein solcher nominalistischer Vergleich ist, desto weniger stellt er *Begriffsprobleme*. Im Extremfall darf er keine Begriffsprobleme stellen, um nicht durch die Sachunterschiede „hinter“ gleichem Namen irritiert zu werden. Wo jedoch vom nominalistischen Prinzip abgewichen wird, stellt sich die Begriffsfrage. Die kategoriale Zusammenfassung gleichartiger Phänomene aus Bereichen mit unterschiedlichen Systemen und Begriffen setzt eigenständige Definitionen und letztlich Systembildung voraus.

Schon diese Überlegungen zeigen, daß ein nominalistischer Rechtsvergleich nicht nur keine Gewähr bieten kann, daß sachlich kongruente Regelungen verglichen werden, sondern daß sogar eine *große Wahrscheinlichkeit* besteht, daß *sachlich Inkongruentes* verglichen wird.

Gleichwohl ist es gerade für den Sozialrechtsvergleich notwendig, den nominalistischen Zugang zum Rechtsvergleich sowohl in die Erwägungen als auch in die Praxis einzubeziehen.

- Zunächst einmal ist der nominalistische Rechtsvergleich ein verbreitetes Phänomen des Sozialpolitik- und Sozialrechtsvergleichs (z. B. der Vergleich zwischen Renten in mehreren Ländern, der Vergleich des „Kindergeldes“ in mehreren Ländern usw.).
- Angesichts des Anfangsstadiums des Sozialrechtsvergleichs ist der nominalistische Zugang weitgehend aber auch ein wichtiger Schlüssel, um auf vergleichbare Regelungen vergleichbarer Probleme in mehreren Sozialrechtsordnungen zu stoßen. Wichtig ist in diesem Falle nur, den nominalistischen Ansatz von vorneherein für die sachliche Korrektur offen zu halten (z. B. bei der Aufschließung fremden Rechts unter dem Stichwort „Sozialarbeiter“ von vorneherein auf die komplementären Berufe, Funktionen und Institutionen zu achten).
- Ausgehend von der Hypothese, daß Begriffe wie „Sozialrecht“, Recht der „sozialen Sicherheit“, „Sozialversicherung“, „Sozialhilfe“,

„soziale Entschädigung“ usw. Antworten des Rechts auf im 19. oder 20. Jahrhundert erwachsene oder wesentlich neu beantwortete sozialpolitische Herausforderungen benennen, kann der nominalistische Zugang auch Aufschlüsse über Bestand und Struktur des Sozialrechts und über sein Verhältnis zur jeweiligen Gesamtrechtsordnung geben.

II. Sachproblem und rechtliche Regelung¹⁵

1. Allgemein

Die Ablösung eines Regelungsproblems als Bezugspunkt des Rechtsvergleichs von der jeweiligen positiven Rechtsordnung stellt vor vielfältige, schwierige Fragen des Verhältnisses einer vorrechtlichen Problemformulierung zur positiven rechtlichen Regelung.

Damit ein Sozialproblem Bezugspunkt eines Rechtsvergleichs sein kann, ist (1) *zumindest* notwendig, daß es einer *rechtlichen Lösung zugänglich* ist. Die Rechtsorientierung eines Sozialproblems kann (2) *darüber hinaus* in einer gewissen *Ordnungsnachfrage* (einem Ordnungsbedürfnis) bestehen, mit anderen Worten: Das Sozialproblem kann eine Tendenz zur rechtlichen Lösung aufweisen. Ist (3) *eine rechtliche Ordnung* gegeben, so wird die Frage nach der Ordnungsmöglichkeit irrelevant. Für den Rechtsvergleich ist zumindest ein Indiz für eine Ordnungsnachfrage gegeben.

In der Gegenrichtung, nämlich von einer rechtlichen Regelung her gefragt, *indiziert eine rechtliche Regelung* im allgemeinen *eine Ordnungsnachfrage*. *Jedenfalls* kann eine *rechtliche Regelung* — wenn sie nicht obsolet ist — ein *Sozialproblem* („sozial“ hier im weiteren Sinne von „gesellschaftlich“) *konstituieren*. Selbst der Fall, daß ein soziales Problem gar nicht bestünde, wenn es nicht durch eine unnötige, etwa historisch überkommene rechtliche Regelung bedingt wäre, muß in Betracht gezogen werden. Insgesamt läßt sich damit folgende *Skala* denken: Sozialproblem — Sozialproblem mit Rechtsnachfrage — rechtliche Regelung (als Problemlösung und/oder Problemkonstitution). Der Rechtsvergleich beschränkt sich auf die letzten beiden Elemente. Das Sozialproblem für sich kann allenfalls eine mittelbare Hilfsfunktion beim Aufsuchen von Rechtsnachfrage und Rechtsregelung haben.

In diesem Sinne gibt es grundsätzlich folgende gedanklichen und praktischen Zugänge zum Rechtsvergleich:

— Der Weg kann *vom Sozialproblem* über seine Rechtsnachfrage zur rechtlichen Regelung führen. Und er kann *von der rechtlichen Regelung zum Sozialproblem* führen.

¹⁵ Siehe auch zu Anm. 2, 14 und 17.

- *Im Rechtsvergleich kann dabei von einem „einheitlichen“ vorrechtlichen Sozialproblem mit Regelungsnachfrage her bei den verschiedenen verglichenen Rechten nach der rechtlichen Lösung gefragt werden. Es kann aber auch von der rechtlichen Regelung auf das Sozialproblem geschlossen und seiner Lösung im anderen Recht (in den anderen verglichenen Rechten) nachgefragt werden. (Dieser Weg ist wohl dann eine Sackgasse, wenn eine rechtliche Regelung durch kein Sozialproblem provoziert ist, sondern wenn nur sie ihrerseits ein Sozialproblem konstituiert).*

Jedoch vollzieht sich in der Wirklichkeit dieser Prozeß nicht allein in eine Richtung. Wie mancher andere juristische Denkprozeß auch vollzieht er sich im „*Hin- und Herschauen*“. Das gilt sowohl für die beiden Seiten „Recht“ und „Sozialproblem“ als auch für die verschiedenen Rechtsordnungen. Ob es sich dabei empfiehlt, einen ersten Schwerpunkt in *einem* nationalen Bereich zu setzen, oder von den gemeinsamen Erfahrungen in *mehreren* nationalen Bereichen heranzugehen, hängt ebenso von Objekt, Subjekt und Situation der Forschungsarbeit ab, wie die Antwort auf die andere Frage, ob ein „erster Einstieg“ im positiven Recht oder in den sozialen Problemen gesucht werden soll. Wie immer die Anfänge genommen werden und die Arbeitsschritte eingeteilt werden: Anfängliche Schwerpunkte sind ebenso notwendig wie das allmähliche, die Problemsicht differenzierende und anreichernde Aufsteigen zu einer vorrechtlichen Problemformulierung, von der her die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der nationalen Regelungen und die spezifischen nationalen Aspekte des Sachproblems erfaßt und verstanden und möglicherweise auch bewertet werden können. Dieses Endziel — einer umfassenden, maximal differenzierten Formulierung des Problems und einer daran orientierten vergleichenden und vergleichbaren Darstellung der positiven rechtlichen Lösungen — muß freilich auch jeden engeren rechtlichen oder vorrechtlichen Ansatz von vornherein mit determinieren.

2. Unter Beteiligung höherrangigen Rechts¹⁶

Die Fähigkeit des Rechts, Sozialprobleme zu konstituieren, erhält für den Rechtsvergleich dort eine neue Qualität, wo *übergeordnetes Recht* gemeinsamen *Sachproblemen* für mehrere Rechtsordnungen *gemeinsamen normativen Ausdruck* gibt.

Wie schon eben angedeutet, spaltet sich der Denkvorgang dort, wo übergeordnete Rechtsquellen übereinstimmende Problemlösungen in verschiedenen Rechtsordnungen fordern. Einerseits entsteht die Mög-

¹⁶ Siehe auch zu Anm. 4, 6, 12, 33, 36 und 38.

lichkeit, das nationale Recht an dem internationalen (supranationalen) Recht zu messen (vertikaler Vergleich). Die Parallelität dieses Vorgangs für mehrere zu vergleichende Rechte beinhaltet für sich ein Mindestmaß an Rechtsvergleich auch zwischen ihnen (also an horizontalem Vergleich).

Andererseits besteht nach wie vor die Möglichkeit des Rechtsvergleichs „unmittelbar“ zwischen den nationalen Rechten (horizontaler Vergleich). Dann kann jedoch nicht außer Betracht bleiben, daß das gemeinsame Sachproblem vorgeprägt ist durch die Regelung des übernationalen Rechts. Daß angesichts der großen Bedeutung übernationalen Rechts im Sozialrecht dies zumindest quantitativ ein spezifisch sozialrechtsvergleichendes Problem ist, wurde schon betont.

III. Zur Findung und Formulierung des vorrechtlichen Problems: das Heraustreten aus dem Juristischen¹⁷

1. Allgemeines zur Aufgabe

Bei aller Bedeutung der rechtlichen Lösung für Bestand und Formulierung eines sozialen Problems darf nicht verkannt werden, daß eine reine „rechtsinterne“ Problemkonstellation nicht den Regelfall international vergleichbarer Rechtsprobleme bildet. Das gilt insbesondere für das Sozialrecht als eine Antwort des Rechts auf sozialpolitische Herausforderungen. Somit besteht prinzipiell die Notwendigkeit, die vorrechtliche (wenn auch nicht auf eine rechtliche Lösung zielende) Problematik zu finden und zu formulieren. Das heißt: Es ist zu versuchen, — in einem logisch untechnischen Sinn — den „Schluß“ von den rechtlichen Lösungen auf die Sachproblematik zu ziehen oder — je nach den Umständen — auch statt dieses „Schlusses“ die Sachproblematik vorrechtlich zu finden und zu formulieren.

Daß dabei „Recht“ und „Sache“ einander nicht isoliert gegenübergestellt werden können, und daß „Recht“ und „Sache“ in einem Prozeß des Hin- und Herschauens aufeinander zugeführt werden müssen, wurde schon bemerkt. Jedoch ist es notwendig, noch etwas mehr über die besonderen Probleme zu sagen, die mit diesem — je nach dem Standort — Ausgriff auf die „Sache“ oder mit dieser „Hereinnahme“ der Sache verbunden sind. Daß dies nicht vollständig geschehen kann, ist offensichtlich.

Eine beträchtliche begriffliche Schwierigkeit besteht schon darin, das, was dabei zu geschehen hat, zu benennen. Mit der soziologischen

¹⁷ Siehe auch zu Anm. 2, 14 und 15.

Manier, „Probleme“ in „Konflikte“ umzubenennen, ist wenig genützt. In der Sache geht es etwa darum,

- soziale (individualmenschliche und gesellschaftliche) Situationen,
- die Wertungen, die diese Situationen konstituieren,
- die Sachgesetzmäßigkeiten, die diesen Situationen vorausliegen, ihnen immanent sind, ihre Entwicklung ebenso determinieren wie ihre Steuerbarkeit,
- die ihnen entsprechenden subjektiven Betroffenheiten und die involvierten und weitgehend auch konstitutiven Interessen aufzunehmen,
- ebenso aber die menschlichen, institutionellen, technischen, ökonomischen Potentiale, Prämissen und Wirkungen der Problemlösungen zu erfassen.

Letztlich ist jedes *Sozialproblem hinsichtlich seiner Verflochtenheit und seiner Variabilität unendlich*. Mit anderen Worten: Die *Problemformulierung verlangt* bei aller Gewissenhaftigkeit der Rationalisierung und bei allem Vorbehalt der Offenheit für auch noch wichtiges gewillkürtes — wenn auch bedachtes und legitimiertes — *Außer-Betracht-Lassen*; und sie ist unvermeidlich auch durch unbewußtes Nichtfür-relevant-Halten bestimmt.

2. Eine Alternative: sachstruktureller und politisch-institutioneller Ansatz

Gerade wegen der potentiellen Unendlichkeit der aufzusuchenden und zu formulierenden Sozialprobleme muß darüber nachgedacht werden, ob sich der Zugriff auf die Vielfalt sozialer Gegebenheiten, Wertungen, Maßnahmen usw. *typisieren* läßt. In diesem Sinne seien hier zwei Ansätze zur Diskussion gestellt:

- der sachstrukturelle Ansatz, der aus dem Erfahrungsgut sozialpolitischer Problematik von den sozialen Situationen und Zwecken her fragt, z. B. mit der Frage: Was geschieht für Arbeitnehmer (Personengruppen) im Falle der Krankheit (Risiko), um ihnen die nötige Behandlung (Bedarf + Leistungstyp) und Schutz gegen den Einkommensausfall (ebenfalls Bedarf + Leistungstyp) zu sichern? Von wem wird was vorgekehrt und geleistet (Organisationsfrage)?
- der *positives Wollen und Werten aufsuchende* (politisch-institutionelle) *Ansatz*, der primär von Entscheidungen des Gemeinwesens und/oder maßgeblichen oder doch nicht zu übersehenden Meinungen in der Gesellschaft auf Probleme und Lösungsnotwendigkeiten schließt. Dieser Ansatz trägt vor allem der Erkenntnis Rechnung,

daß es im Sozialrecht wie anderswo die „Natur der Sache“ allein aus der „Sache“ und den „Wertungen“, die an sie herangetragen werden, gleichermaßen konstituiert wird. Einen ersten Zugang zur Problemformulierung von den „Wertungen“ her zu nehmen, erscheint deshalb nicht weniger legitim, als die „Sachstrukturen“ aufzusuchen.

Auch hier geht es jedoch wieder nur um den Akzent des Anfangs. Letztlich sind „Sache“ und „soziales Bewußtsein“ aufeinander zugeordnet. Und die Problemformulierung muß beides aufnehmen.

3. Zur disziplinierten Kompetenz¹⁸

In jedem Falle können *Sozialwissenschaften und andere einschlägige Sachwissenschaften* hilfreich sein, um das vorrechtliche Problem zu formulieren. Letzteres wird aber eher für den sachstrukturellen Ansatz von Bedeutung sein, als für den bewußtseinsorientierten. Freilich können gerade auch beim bewußtseinsorientierten Ansatz nichtjuristische Wissenschaften eine wertvolle Hilfe sein: einerseits, indem sie das gesellschaftliche Bewußtsein ermitteln (Demoskopie, Ermittlung sozialer Indikatoren); andererseits, indem sie das gesellschaftliche Bewußtsein widerspiegeln (wie das vor allem in der Sozialpolitik, in der Politikwissenschaft usw. der Fall sein kann). Die Heranziehung von Sozial- und anderen Sachwissenschaften (allgemeine Soziologie, spezielle Soziologien, Politikwissenschaft, Finanzwissenschaft, Ökonomie, Medizin, Psychologie usw.), insbesondere die Heranziehung der Wissenschaft von der Sozialpolitik, gehört zu den entscheidenden Fragen des Sozialrechtsvergleichs. Die einschlägigen Sachwissenschaften helfen zunächst, die Probleme zu sehen. Für eine genauere Aufnahme der Sachproblematik (Situationen, Sachgesetzmäßigkeiten, Techniken und Potentiale der Problemlösung usw.) ist ihre Hilfe unerlässlich.

Jedoch kann eine völlige Rationalisierung der Findung und Formulierung der Sachprobleme auch von den kompetenten Sachwissenschaften nicht erwartet werden. Die wichtigsten Gründe dafür sind folgende:

- Die potentielle Unendlichkeit der Verstrickung und Variabilität sozialer Sachprobleme stellt sich auch für die Sachwissenschaften.
- Grundsätzlich sind für die Aufnahme und Darstellung eines Sozialproblems mehrere Sachwissenschaften notwendig, deren interdisziplinäre Kooperation ihrerseits Rationalitätsverluste bedingen kann. Das gilt auch für die Wissenschaft von der Sozialpolitik, die zwar zur allgemeinsten sozialwissenschaftlichen Formulierung sozialer

¹⁸ Siehe auch zu Anm. 3 und 28.

Probleme berufen ist, die ihrerseits aber zur Problemaufnahme weitgehend auf speziellere Sachwissenschaften angewiesen ist.

- Für den Rechtsvergleich entzieht sich vor allem die Begegnung von Recht und sozialer Problematik (i. S. der Rechtsgerichtetheit — der Ordnungsnachfrage der sozialen Problematik und ihrer Befriedigung —, aber auch im Sinne der Problemkonstitution durch das Recht) der Letztkompetenz nichtjuristischer Sachwissenschaften.

So sieht sich der Rechtsvergleicher letztlich bei aller intensiven Nachfrage nach sachwissenschaftlichen Vorgaben, Hilfen und Anleitungen und bei aller juristisch-methodischer Redlichkeit in der Begegnung von Rechts- und Sachwissenschaft sowie in der Begegnung von rechtlicher und sozialer Problematik auf sein „*iudicium*“ verwiesen.

IV. Einzelne Ansätze

1. Vorbemerkung

Für den Sozialrechtsvergleich wird es vor allem wichtig sein, typische Möglichkeiten solcher Problemformulierung zu ermitteln. Dabei muß von vornherein in Rechnung gestellt werden, daß die Typisierung eine dienende Funktion hat. Sie kann Hilfen geben, um anhand gegebener Erfahrungen die Problemfindung und -formulierung zu erleichtern. Sie darf jedoch nicht dazu führen, daß die Typen der Problemkonstitution Selbstzweck werden. Vielmehr muß die Typisierung stets offen sein für die Korrektur durch neue, bessere Wahrnehmung der Zusammenhänge und für neue Entwicklungen.

Andererseits kann von der Entwicklung von Typen der sozialrechtlichen Problemkonstitution ein Beitrag zur Entwicklung einer „Allgemeinen Sozialrechtslehre“ erwartet werden.

Jedoch ist all das, was hierzu im folgenden gesagt werden kann, *in besonderem Maße vorläufig und hypothetisch*. Weitgehend können nur Denkmöglichkeiten und Arbeitsvorhaben skizziert werden.

Beim gegenwärtigen Stand der Überlegungen könnten die zunächst für möglich gehaltenen und zur Diskussion zu stellenden Ansätze gruppiert werden wie folgt:

- *konkrete* Ansätze (typische soziale Lagen, soziale Institutionen und Funktionen, Gruppen, Maßnahmen und Leistungen) und *generelle* Ansätze (allgemeine Ziele, sozialpolitische und juristische Prinzipien und Wertungen);
- *primäre* Ansätze (typische soziale Lagen, Institutionen und Funktionen, aber auch soziale Ziele und Werte) und *sekundäre* Ansätze

(betroffene Gruppen, Maßnahmen und Leistungen). Maßnahmen und Leistungen sind offenkundig sekundär, indem sie entweder eine Reaktion auf eine typische soziale Lage darstellen oder aus dem Auftrag einer Institution hervorgehen. Betroffene Gruppen sind insofern ein sekundärer Ansatz, als sie sozialpolitisch nur relevant sein können, wenn ihnen eine typische soziale Lage gemeinsam ist. Im Regelfall hat die typische soziale Lage allgemeinere Natur, während gruppenspezifische Elemente das „Ob“ und „Wie“ der sozialpolitischen Reaktion bestimmen.

Im Folgenden wird der Unterscheidung zwischen primären und sekundären Ansätzen — jedenfalls gliederungstechnisch — der Vorrang gegeben.

2. Typische soziale Lagen

a) Die „objektiven“ typischen sozialen Lagen

Typische soziale Lagen (z. B. Krankheit, Arbeitslosigkeit) sind vermutlich die leistungsfähigste Kategorie der Problembildung. Das gilt jedenfalls vom deutschen Standort aus wegen der tatbestandlich-normativen Orientierung des deutschen Sozialrechts. Auf lange Sicht wird vermutlich aber diese Kategorie auch den leistungsfähigsten Ansatz für die Gestaltung des Sozialrechts überhaupt, für seine internationale Ordnung und für den Rechtsvergleich darstellen.

aa) Zur Struktur „typischer sozialer Lagen“

Den folgenden Überlegungen ist eine historische Bemerkung vorzuschicken — nicht weil hier einseitig historische Spuren verfolgt werden sollen, sondern weil ein Blick auf die Geschichte möglicherweise das Verständnis der zu entwickelnden Probleme erleichtert. Als in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die Sozialversicherung entwickelt wurde, wurde der atypischen Armut, die der öffentlichen Fürsorge und der öffentlichen Wohltätigkeit anvertraut blieb, das typisierbare Sozialproblem gegenübergestellt. Der Gedanke kollektiver sozialer Sicherung verwies auf die Techniken des Versicherungsrechts und somit auf die Prämisse des versicherbaren Risikos. Der Einstieg der Politik sozialer Sicherung über die Risiken Krankheit, Arbeitsunfall, Invalidität, Alter und Tod unter Zurücklassung Unterhaltsberechtigter ist bekannt. Später fügte die Sozialpolitik nicht nur neue „Risiken“ hinzu, die den klassischen Vorstellungen eines versicherungstechnischen Risikobegriffs nicht mehr entsprachen (Beispiele dafür insbesondere Arbeitslosigkeit und Kinderreichtum). Man überwand auf vielfache Weise das anfängliche Prinzip, nur gegen den Einbruch der sozialen Biographie zu sichern, der vordem Gegenstand kollektiver Vorsorge sein

konnte. Man überschritt diese Linie sowohl in Richtung auf den a-priorischen Nachteil (z. B. das angeborene Leiden) als auch in Richtung auf die Unmöglichkeit kollektiver Vorsorge im Stile der Versicherung (z. B. gegen den Kriegsfall). Eine weitere Phase setzte ein, indem man sich über die Abwehr von Not hinaus zunächst der Vorkehrung gegen Not (z. B. Vorsorge gegen Krankheiten) und schließlich der positiven Förderung (der Entfaltungshilfe) zuwandte. Dies sind auch die Entwicklungen, die eine Konvergenz nicht nur der Sozialversicherung mit den sozialen Entschädigungssystemen (vor allem der Kriegsopferversorgung) ermöglichten, sondern auch die typisierende Differenzierung der Ausgleichssysteme (Fürsorge). Weitgehend ist dies auch der Rahmen, in dem sich Sozialversicherung zur sozialen Sicherung weitete. Geblieben ist die tatbestandliche Typisierung als Voraussetzung rechtlicher Absicherung der Maßnahmen sozialen Schutzes und sozialer Förderung.

Das Folgende stellt, soweit zu sehen, einen ersten Versuch dar, den Befund, den diese Entwicklung hervorgebracht hat, zu rubrizieren. Für ihn muß daher in besonderem Maße um Nachsicht gebeten werden.

aaa) *Das soziale Risiko*

Den Kernbereich typischer sozialer Lagen, die eine rechtliche Regelung gefunden haben oder auf eine solche hin doch gedacht werden können, bilden die „*sozialen Risiken*“. Sie stellen eine institutionelle Bündelung von sozialer Provokation und politisch-rechtlicher Antwort dar. Rechtstechnisch ergeben sie Tatbestände, an die Rechtsfolgen sozialen Charakters geknüpft werden können. Insofern besteht eine Affinität zwischen diesem Ansatz und dem Stilmerkmal der Normintensität (Tatbestands- und Rechtsfolgeintensität) von Sozialrecht.

Dabei ist von folgender Struktur auszugehen. Ein soziales Risiko geht von einer positiven sozialen *Erwartung* (z. B. der Erwerbsfähigkeit) aus, die durch ein *Ereignis* (z. B. Krankheit, Invalidität) *enttäuscht* wird. Die soziale Absicherung eines Risikos bedeutet die Zusage und Verwirklichung der *Kompensation* dieses Nachteils. Bedeutsam ist nun, daß keine Sozialrechtsordnung alle Erwartungen und alle schädlichen Ereignisse in dieser Weise aufgreift und kompensiert. Vielmehr vollzieht sich hier ein kritischer Prozeß der Selektion. Die Wichtigkeit von Erwartungen und die Schädlichkeit von Ereignissen, aber auch deren Versicherbarkeit (Vorsorgefähigkeit) oder die Gemeinverantwortung für sie (als Legitimation sozialer Entschädigung) bedingt die Kompensation. Die rechtliche Bewertung von Erwartungen und Ereignissen, insbesondere die Zusage der Kompensation, begründet oder intensiviert auch ihrerseits wieder Erwartungen.

Aus dieser selektiven, schließlich konzentrierenden Dialektik von sozialen Erscheinungen, sozialer Anerkennung und Hilfe und rechtlicher Ordnung haben sich z. B. die *klassischen Risiken* der Krankheit, der Mutterschaft, des Unfalls, der Invalidität, des Alters¹⁹, des Todes unter Zurücklassung Unterhaltsberechtigter und der Arbeitslosigkeit herausgebildet. Sie sind keine absolute „Naturnotwendigkeit“, und sicher ist das auch nicht ihr Katalog als solcher. Das zeigt sich aus der Aufnahme *neuer Risiken* wie z. B. des Konkursausfalles oder „sekundärer Risiken“ wie der Vorsorgeunfähigkeit Behinderter („sekundär“, weil sie ihren Sinn von der Existenz „primärer“ Systeme beziehen). Es zeigt sich auch darin, daß klassische Risiken wieder *wegfallen* oder *neu gruppiert* werden können (z. B. das Aufgehen des Arbeitsunfalls in die soziale Sicherung gegen Krankheit und Invalidität; die geschlossene Regelung des Risikos des Straßenverkehrsunfalls).

bbb) *Die typischen sozialen Notlagen*

Sind soziale Risiken zunächst Einbrüche in der sozialen Biographie, so drängt gleichheitliche Sozialpolitik danach, die Fälle gleich zu behandeln, die von vornherein unter einer *analogen sozialen Not* leiden. Das einfachste Beispiel ist die Gleichstellung von Geburt an Behinderter mit Behinderten, die durch Unfall, Kriegsereignis oder dergleichen geschädigt wurden. Von dieser Ausweitung an ist zu überlegen, von „*typischen sozialen Notlagen*“ zu sprechen. Jedenfalls darf der Begriff „Risiken“ von dieser Grenze an nicht mehr ohne weiteres als etwas gebraucht werden, wogegen Vorsorge (im Kern: Versicherung) möglich ist.

ccc) *Die Situation sozialer Förderung*

Gehen „soziales Risiko“ und „typische soziale Notlage“ im eben erwähnten Sinn noch davon aus, daß die soziale Lage, der entgegengetreten werden soll, eine Normabweichung „nach unten“ entweder im individuellen Leben (intertemporal) oder im sozialen Vergleich (interpersonal) ist, so geht entwickelte Sozialpolitik mehr und mehr dazu über, die Ziele zu steigern. Sozialpolitik wird zur Vermittlung zwischen der gegebenen individuellen oder generellen sozialen Situation und „höheren“ Zielen, welche die Gesellschaft oder das Gemeinwesen steckt oder doch akzeptiert. Beispiele dieser Art finden sich vor allem im Bereich der Bildungs-, Ausbildungs- und Berufsförderung. Der soziale Tatbe-

¹⁹ Die spezifische Komplikation des „Risikos“ des Alters als einer typisierten Invalidität mit der Unsicherheit des Erlebens und der Wahrscheinlichkeit negativer Einkommensentwicklung im Falle des Erlebens, der normativen Gewolltheit der Kompensation von Arbeitseinkommen durch Sozialeinkommen usw. kann hier wie im folgenden nicht genauer analysiert und berücksichtigt werden.

stand besteht darin, daß das soziale Ziel individuell noch nicht erreicht ist und erreichbar erscheint. Die *Situation* ist *Anlaß* zur Förderung (*Entfaltungshilfe*).

ddd) Zusammenfassung

Somit ist es vielleicht möglich, zwischen folgenden „typischen sozialen Lagen“ zu unterscheiden:

- „*soziales Risiko im engeren Sinne*“
- „*soziale Notlage*“ („*soziales Risiko im weiteren Sinne*“)
- oder „*Situation sozialer Förderung*“.

Gemeinsam ist allen diesen Stufen typischer sozialer Situationen, daß hier *Lebenstatbestände typisierend selektiert und normiert und mit ebenso typisierten sozial kompensierenden oder fördernden Maßnahmen* (Rechtsfolgen) *verbunden* werden. Durch diesen Verbund von typischem Tatbestand und typischen Maßnahmen wird ebenso sozialen Wertungen, Erwartungen und Verhaltensweisen entsprochen, wie soziale Wertungen, Erwartungen und Verhaltensweisen beeinflusst, gesteuert, möglicherweise konstituiert werden.

bb) Zum Systembezug „typischer sozialer Lagen“

Zwischen diesen Stufen „typischer sozialer Lagen“ und der Frage der *Vorsorgefähigkeit* besteht eine gewisse Parallelität. *Vorsorgefähigkeit* ist im Kern *Versicherbarkeit*. Das bedeutet *Zufälligkeit* und *Schätzbarkeit* eines Bedarfes; *Beteiligung* der zu Sichernden an der *Aufbringung* der Mittel zur *Deckung* dieses Bedarfes; *gesonderte Verwaltung* dieser Mittel. Nach deutschem Muster heißt das etwa: *Beiträge* und *Selbstverwaltung* durch *Körperschaften* oder *Anstalten*. Begriff und Sache der „*Vorsorge*“ haben sich in allen diesen Merkmalen als *elastisch* erwiesen: hinsichtlich der *Zufälligkeit*, der *Schätzbarkeit*, des *Beitrages* (der *kollektiven Mittelaufbringung*), der *Vermögenssondierung* (*Eintreten* des Staatshaushalts). Ohne daß hier alle Einzelheiten geklärt und dargestellt werden können, kann „*Vorsorge*“ als ein *Gefüge konzentrischer Kreise* gedacht werden, deren *innerster „Versicherung“* umfaßt, während der *nächstfolgende* das umschließt, was in der *Vorstellungswelt* des deutschen Sozialrechts *Sozialversicherung* und *dienstrechtliche Versorgung* der Beamten, Richter und Soldaten heißt, während der *äußere* das umfassen könnte, was zwar „*soziale Sicherheit*“ im Sinne der einschlägigen Konventionen der ILO und des Europarats ist, ohne *Versicherung*, *Sozialversicherung* oder *dienstrechtliche Versorgung* zu sein. Als das *wesentliche* der *Vorsorge* erweist sich dabei, daß sie gegen *sozial negative Ereignisse* und deren Folgen dergestalt

schützt, daß die unsichere Erwartung des Ausbleibens negativer Entwicklungen durch die Erwartung der Kompensation negativer Entwicklungen komplementiert wird. Und der äußerste Rahmen ist dort erreicht, wo gegen negative Gegebenheiten in gleicher Weise vorgekehrt wird wie gegen negative Ereignisse und Entwicklungen. In diesem „weiteren Sinne“ von „Vorsorge“ sind nicht nur „soziale Risiken im engeren Sinne“, sondern analog auch „soziale Notlagen“ „vorsorgefähig“. Dagegen scheidet die Kategorie der Vorsorge im Bereich der sozialen Förderung (der Entfaltungshilfen) primär aus. Jedoch können — wie etwa bei der Rehabilitation — Entfaltungshilfen wieder zum Zwecke der Kompensation nachteiliger Entwicklungen angeboten werden.

Eine elementare Entsprechung zur Struktur des sozialen Risikos findet sich auch in den kausal definierten Systemen sozialer Sicherung (wie z. B. der Unfallversicherung). Die kausale Zurechnung der Verantwortung für das Ereignis wird zum Gestaltprinzip des Systems. Besonders intensiv ist die Entsprechung in Systemen sozialer Entschädigung (wie vor allem der Kriegsopferversorgung). Kausale Zurechnung des Ereignisses und der Kompensationspflicht an das Gemeinwesen konstituieren diese Systeme.

Dagegen wird das Element des „Risikos im engeren Sinne“ für Systeme sozialer Ausgleichs und sozialer Förderung (die sich weder als kollektive Vorsorge, noch als soziale Entschädigung aus Verantwortung des Gemeinwesens für ein schädliches Ereignis darstellen) unwichtig; ja, Ausgleichs- und Förderungssysteme negieren sogar die historische Rückrechnung des sozialen Bedarfes, wie sie die Anknüpfung an das soziale Risiko impliziert. Sie knüpfen an die „soziale Notlage“ und an die „Situation sozialer Förderung“ an. Systeme sozialer Ausgleichs und sozialer Förderung konkurrieren aber insofern auch mit Systemen sozialer Vorsorge und sozialer Entschädigung. Wenn sie soziale Bedarfe, wie sie in den Denkkategorien des sozialen Risikos aus der durch das schädliche Ereignis enttäuschenden Erwartung erwachsen, unmittelbar und ohne eine solche historische Rückfrage anerkennen und ausgleichen, „überholen“ sie final die „kausalen“ Systeme sozialer Entschädigung und die „kausal-finalen“ Systeme sozialer Vorsorge. Systeme sozialer Ausgleichs und sozialer Förderung gehen dabei aber weitgehend ähnlich typisierend vor wie Systeme der Vorsorge und der sozialen Entschädigung. Sie greifen typische soziale Lagen auf und knüpfen an sie die Rechtsfolge der Befriedigung des entsprechenden sozialen Bedarfes (z. B. Familienleistungen, Wohnungsleistungen, Ausbildungsleistungen usw.). Nicht selten entsprechen dabei die „typischen sozialen Situationen“ denen der klassischen sozialen Risiken (so z. B. im Bereich der medizinischen Versorgung, der Altershilfe usw.). Die Frage, wann

und inwieweit in solchen Fällen „soziales Risiko“ oder „soziale Notlage“ den Anknüpfungspunkt geben und eine echte Lösung der sozialen Vorsorge oder des sozialen Ausgleichs gewählt ist, muß hier offen bleiben. Es geht hier nur darum, die Möglichkeiten der Differenzierung des Ansatzes der „typischen sozialen Situation“ anzudeuten.

cc) Die Relativität und „Typik“ der sozialen Lagen

Mit dem eben Gesagten verbindet sich eine weitere sozialrechtstheoretische Einsicht. Wie alles Recht ist auch das Sozialrecht gezwungen zu *typisieren* und *Komplexe von Tatbeständen und Rechtsfolgen* zu bilden. Die Tendenz hierzu ist besonders stark in tatbestandlich-normativen Sozialrechtssystemen (weil hier nicht untersucht werden kann, ob die generelle Neigung zu tatbestandlich-normativer Orientierung oder die typisierende Sozialrechtsentwicklung primär sein können oder sind). Das typisierende Ausprägen von Komplexen von Tatbeständen und Rechtsfolgen entspricht zudem Wesensgesetzen der Sozialpolitik: z. B. daß soziale Maßnahmen und Ordnungen gruppenbezogen spürbar sein sollen. Daraus erwächst aber die Spannung zu dem Meer der atypischen Fälle sozialen Ungenügens und Bedarfes. Das Nebeneinander von primären, aber typisierenden Systemen (Sozialversicherung) und subsidiären Auffangsystemen (Sozialhilfe) oder sozialen Diensten beweist dies ebenso wie die Dialektik zwischen „institutioneller Sozialpolitik“ und dem periodisch neu auftretenden Bewußtsein ihres Ungenügens gegenüber der „Armut“ schlechthin, die in ihrer Atypik und Amorphität ihrerseits dem Rechtsvergleich vermutlich nicht als soziale Lage zugrunde gelegt werden kann. Von daher werden zunächst zwei Probleme sichtbar:

- Der Ansatz der *typischen sozialen Lagen* kann Sozialrecht *nicht* erschöpfend erschließen. Wegen seiner eigentümlichen Begrenztheit ist es wichtig, daneben den *institutionell-funktionellen* Ansatz und den *prinzipiellen* Ansatz komplementär und korrigierend bereitzuhalten. Wie das Gemeinwesen soziale Not bewältigt, die von den rechtlich ausgeprägten typischen sozialen Lagen nicht erfaßt wird, kann vom institutionell-funktionellen Ansatz her durch die Frage nach dem (fremd- oder selbstbestimmten) Aufgabenkreis sozialer Institutionen und Organisationen oder auch individueller Sozialfunktionen erfahren werden. Vom prinzipiellen Ansatz her wäre das umfassendste Korrektiv die Frage nach der Erfüllung des Sozialauftrags des Rechts (des Sozialstaatsprinzips). Jedoch ist diese Frage ihrerseits zu allgemein und die mögliche Antwort deshalb nicht verläßlich genug. Ist von irgendeinem universalen sozialrechtlichen Standpunkt her also der Ansatz der typischen sozialen Lage immer fragmentarisch, so muß andererseits aber festgehalten werden, daß

gerade seine Begrenztheit den Ansatz der *typischen sozialen Lagen für den Rechtsvergleich besonders nützlich* macht.

- Wie sich das Sozialrecht auf die konkurrierenden Ziele adäquater und effektiver Typisierung und umfassender, lückenloser sozialer Wirksamkeit einläßt und einrichtet, kann ein *Stilmerkmal* des Sozialrechts sein. Denkbar ist sowohl die Spannung zwischen typisierenden und komplementär-generalklauselhaften Elementen ein- und derselben normativen Sozialrechtsordnung als auch — und praktisch bedeutsamer — die Spannung zwischen tatbestandlich-normativer Typisierung und aktionistischer institutioneller Ergänzung.

dd) Tatbestände — Folgen — Institutionen und Techniken

Eine weitere Erläuterung ist hinsichtlich des Verhältnisses von Tatbeständen und Folgen sowie der dazwischen vermittelnden „Systeme“ geboten. Die wechselseitige *Bedingtheit von Tatbeständen und Folgen ist komplex*. Vermittelt durch die verfolgten Wertungen und Zwecke beeinflussen ebenso die Tatbestände die Folgen wie die Folgen die Tatbestände. Soziale Lagen führen zur Frage nach der gebotenen und möglichen Hilfe und soziale Hilfen führen zur Verbindung von sozialen Lagen, denen sie gemäß sind. Eigenart und Entwicklung der Sozialpolitik führen nun aber dazu, daß Notlagen und Maßnahmen einander nicht rein „normativ“ entsprechen, d. h. nicht so, als ob die Norm an den Tatbestand der sozialen Lage unvermittelt die gewünschte Maßnahme knüpfen könnte. Vielmehr ist die *Technik der Realisation* der Rechtsfolgen *sowohl sachlich als auch historisch von großer Bedeutung*: z. B. ob man gegen Krankheit mittels eines beitragsgespeisten, finanziell verselbständigten Systems kollektiver Vorsorge vorgeht, welches die Behandlungs- und Pflegekostenlast (durch unmittelbare Sach- und Dienstleistung oder durch Geldleistung) ebenso abdeckt wie das Risiko des (kurz- und mittelfristigen) Einkommensverlustes; oder ob man das Behandlungs- und Pflegekostenrisiko Gesundheitsdienst und Krankenhauswesen überträgt und gegen das Risiko des (kurz- und mittelfristigen) Einkommensverlustes die allgemeinen Vorsorgeeinrichtungen gegen die (langfristige) Invalidität mit sorgen läßt, es dem Arbeitgeber auflädt oder es ungesichert läßt. Solche Entscheidungen beeinflussen die Definition der Personenkreise, die sachliche Fassung der Tatbestände, die Finanzierung, die Art, die Höhe und die Kombinatorik der Leistungen sowie institutionelle und verfahrenstechnische Gestaltungen. Dabei spricht die Erfahrung dafür, daß gleichartige Notlagen und gleichartige Leistungen in ein- und demselben nationalen System mehr oder weniger zahlreichen und erklärlichen Subsystemen der Realisation anvertraut sind.

Speziell von dem Anliegen des Sozialrechts und des Sozialrechtsvergleichs her kommt diesen Institutionen und Techniken der Realisation sogar gesteigerte Bedeutung zu, weil sie die rechtlichen Zusammenhänge bedingen oder doch mitbedingen. Somit ist von folgenden *Arbeitsregeln* auszugehen:

- Die *typischen sozialen Lagen* sind in ihrem *Wechselbezug zu den Maßnahmen zu ihrer Bewältigung* zu sehen. Diese können zunächst als Indikatoren für typische soziale Lagen dienen; aber sie können auch die positive Definition der sozialen Lage mitbedingen und so zu ihrer Erklärung beitragen. Vor allem aber sind sie das elementare Gegenstück zur sozialen Lage: soziale Lage — Abhilfe — relatives soziales Optimum. Wegen dieses Verhältnisses kann es komplementär und korrigierend notwendig sein, den *Problemansatz der Maßnahme oder der Leistung* zu wählen.
- *Soziale Notlage und soziale Hilfe* sind interdependent von den *Institutionen und Techniken der Realisation* der Hilfen geprägt. Damit ergibt sich ein Problem der austauschbaren Priorität: wird der Gesamtzusammenhang von Tatbestand, von der Folge oder von der Realisation determiniert? Die Frage kann in einem historisch-politischen Sinn unaufklärbar sein. Sie kann in einem forschungspraktischen Sinn für jeden der drei Zugänge zu entscheiden sein. Und darum ist es auch notwendig, neben der Frage nach der sozialen Situation auch die Fragen nach den *Leistungen* und den *Institutionen und Funktionen als Ansatz der Problemformulierung* verfügbar zu haben. Aber im Sinne sachlogischer Abfolge wird doch das Hintereinander von Tatbestand, Folge und Realisation primär.

Im Sinne des Vorstehenden wäre aber auch noch genauer zu prüfen, inwieweit von den Folgen, sowie von den Institutionen und Techniken der Realisation her schon Unterscheidungen auch der typischen sozialen Situation möglich sind.

- Ohnedies ist von der sozialen Situation her zu fragen, welche Möglichkeiten der sozialen Besserung bestehen. Diese Frage von der Situation her und die Frage nach den (sozialrechtlich) vorgesehenen und also die Situation prägenden Maßnahmen sind zwei Seiten ein- und derselben Medaille. In diesem Sinn kann z. B. von einkommensbezogenen, spezifisch bedarfsbezogenen und (Einkommensausfall und Spezialbedarfe umfassenden) komplexen sozialen Lagen gesprochen werden.
- Andere Differenzierungen können von den Teilsystemen ausgehen, nach denen Maßnahmen bemessen und bewirkt werden. Solchen Differenzierungen muß die Wesensbestimmung der Teilsysteme vorausgehen. Ausgehend von der Dreiteilung in Vorsorge-, Entschä-

digungs- und Ausgleichssysteme kann davon ausgegangen werden, daß allgemeine Ausgleichs- und Förderungssysteme prinzipiell alle sozialen Lagen aufgreifen können. Kausal definierte Systeme (Kriegsopferversorgung, Regimefolgesysteme, Unfallsicherung usw.) selektieren auch die soziale Situation primär nicht nach ihrem „Inhalt“ und nicht nach den möglichen Konsequenzen der Abhilfe, sondern eben nach kausalen Aspekten. Am engsten sind die Grenzen „vorsorgefähiger“ sozialer Lagen. Sie werden um so enger, je strenger die Begriffsdefinition der „Vorsorge“ die Garantie der Kompensation negativer Entwicklungen an die „Versicherbarkeit“ (typischer, zufälliger und schätzbarer Bedarf, kollektives Aufkommen durch die Bedrohten, Sonderung des Fonds) des Risikos knüpft.

ee) Die komplex-institutionelle Eigenart
typischer sozialer Lagen, insbesondere
„klassischer“ sozialer Risiken

Typisierung und institutionelle Bündelung von Tatbeständen und Rechtsfolgen sowie von Institutionen und Techniken der Realisation führen zu einer sowohl sozialpolitisch und -psychisch als auch rechtspolitisch und -dogmatisch wirkenden Konzentration. Man kann — wie schon angedeutet — von einem noch näher zu untersuchenden dialektischen Prozeß von sozialer und rechtlicher Bewertung, Erwartung und Gewährleistung ausgehen. Diese Konzentration tritt etwa hervor in den „klassischen“ Risiken der Krankheit, der Mutterschaft, des Arbeitsunfalles, der Invalidität, des Alters, des Todes unter Hinterlassung Unterhaltsberechtigter, und der Arbeitslosigkeit.

Der hohe Grad an Positivität und damit auch an nationaler Individualität — konstituiert durch rechtsnormative Typisierung, Formulierung der Tatbestände, Anordnung der Folgen und Gestaltung und Verwirklichung der Institutionen und Techniken in ihrer letztlich nicht auslotbaren wechselseitigen Bedingtheit — zwingt aber gerade hierbei zu besonderer Sorgfalt bei der Formulierung des vorrechtlichen Problems als eines Bezugsobjekts für den Vergleich verschiedener Rechtsordnungen. Die Schwierigkeit, das Wesentliche, Verallgemeinerbare bei der „Reduktion“ der Phänomene auf das vorrechtliche Sachproblem vom Unwesentlichen, Individuellen (nicht Wiederholbaren) zu trennen, ist ebenso groß wie die Gefahr, bei der Anfrage an das je andere Sozialrecht, das dort Unwesentliche, Individuelle (nicht Wiederholbare) zu verkennen. Um auf schon oben Gesagtes zurückzukommen: es besteht die Gefahr, einen nominalistischen Ansatz für einen sachproblematischen zu halten.

Darum kann es auch zweckmäßig sein, eine soziale Lage zum Ausgangspunkt zu machen die zwar der Wert- und Ordnungswelt der So-

zialrechtsordnungen nicht fremd ist, die gleichwohl aber nicht durch jenen sozialrechtlichen Konzentrations- und Institutionalisierungsprozeß absorbiert sind, dem die „klassischen“ Risiken unterlagen. In diesem Sinne verläuft etwa das Thema der „langfristigen Gebrechlichkeit“ vor und zwischen den „klassischen“ Risiken. Und mehr noch ist das Thema der „Sprachenfrage als soziale Frage“ den bisher ausgemünzten Soziallagen vorgelagert.

*b) Die Subjektivierung typischer sozialer Lagen —
soziale Gruppen als Ansatz*

Im Einzelfall kann dem objektiv-tatbestandlichen Ansatz (Krankheit, Arbeitslosigkeit usw.) ein subjektiv-personaler Ansatz (Behinderter, Kriegsoffer, Mutter usw.) vorzuziehen sein. Vor allem im Hinblick auf die vorrechtliche Problemformulierung kann die Alternative zwischen der Artikulation von Situationen und der Artikulation von subjekttypischen Positionen zu erwägen sein²⁰. In der sozialpolitischen (sozialrechtlichen) Entwicklung haben Regelungen aber vielfach nicht an die soziale Situation und unmittelbar an die situationsbestimmte Rolle angeknüpft. Vielmehr haben gewisse *Gruppen* als solche sozialpolitische (sozialrechtliche) Berücksichtigung gefunden. Der „Arbeitnehmer“ wurde sogar zu der Leitlinie der Entwicklung sozialer Sicherung. Umgekehrt erweisen sich mitunter bestimmte Gruppen als solche als sozial vernachlässigt und also — zumindest objektiv — als Nachfrager nach Sozialpolitik und Sozialrecht. In diesen Fällen muß auch der Rechtsvergleich diese Gruppen als solche in Betracht ziehen.

Dabei wird sich in der Regel erweisen, daß sich die Gruppe in einer besonderen sozialen Situation befindet. So sind eben die Probleme der sozialen Sicherung von Landwirten, Selbständigen, Künstlern und Autoren und dgl. nicht identisch mit den Problemen der sozialen Sicherung von Arbeitnehmern. Im äußersten Fall kann eine spezifische soziale Situation einer Gruppe auch durch ihre historisch-politisch bedingte Privilegierung oder Vernachlässigung entstanden sein.

Im Regelfall wird deshalb sowohl bei Rollen als auch bei Gruppen der subjektive Zugang eine Art technischer Erleichterung darstellen. Letztlich wird aber fast immer eine rollen- oder gruppenspezifische soziale Situation ermittelt werden können oder müssen. Genauer: es werden in der Regel analog zu den sonst bekannten „typischen sozialen Lagen“ entsprechende soziale Situationen zu ermitteln sein.

²⁰ Siehe Anm. 13.

c) Maßnahmen, insbesondere Leistungen

Soziale Maßnahmen, insbesondere soziale Leistungen, stellen — sozialpolitisch betrachtet — Antworten auf soziale Herausforderungen (soziale Situationen) dar und ebenso — sozialrechtlich betrachtet — Rechtsfolgen in Anknüpfung an sozialrechtliche Tatbestände. Jedoch kann es ausnahmsweise notwendig sein, den Vergleich zunächst bei den Leistungen anzusetzen. Das ist etwa dann der Fall, wenn die sozialen Situationen, auf welche mit den Leistungen reagiert wird, im besonderen Maße diffus sind, während die Leistungen (sozialpolitisch und/oder sozialrechtlich) eine eher geschlossene Ausprägung gefunden haben. In Frage kommt auch, daß die Normierung der sozialen Situation in besonderer Weise von der entsprechenden Leistung determiniert ist. Letztlich kann der Ansatz von den Leistungen her auch eine Korrektur der Blickverengung bewirken, die mit der Typik sozialer Situationen verbunden ist.

Sowohl in dem einen wie in dem anderen Zusammenhang kann etwa unterschieden werden zwischen:

- Geldleistungen, Sachleistungen, Dienstleistungen (auch evtl. Geldleistungen, die in Richtung auf Sach- und Dienstleistungen zweckgebunden sind)
- Einzelleistungen und entsprechende Fortsetzungsleistungen (z. B. Renten)
- spezielle Leistungen (z. B. Wohngeld) und komplexe Leistungen (z. B. gegen Sprach- oder Bildungsnachteile, gegen soziale Eingliederungshemmungen, Rehabilitation)
- unmittelbare Leistungen und institutionelle Leistungen (durch Bereitstellung von Krankenhäusern, Pflegestätten, Ausbildungsstätten)
- öffentliche Leistungen und Leistungen Privater (Arbeitgeber, Familie usw.)
- wohl besonders bedeutsam nach Zweck- und Sachzusammenhängen (zwischen medizinischen, pflegerischen, pädagogischen, ausbildenden, betreuenden usw. Leistungen).

3. Institutionen und Funktionen²¹

Das elementare Gegenstück zu den sozialen Situationen — als primärer Kategorie der Problemformulierung — sind die aktiven sozialen Institutionen und Funktionen. Dieser Ansatz ist freilich in besonderem Maße vielfältig und wenig vorgebildet.

²¹ Siehe Anm. 13.

a) Zum Gegenstand des Ansatzes

Die Erscheinungen, die für diesen Ansatz in Betracht kommen können, können hier zunächst nur durch einige Unterscheidungen angedeutet werden:

- *Organisationen* (z. B. Gesundheitsdienste) und individuelle *Funktionen* (z. B. Sozialarbeiter);
- *staatliche* und quasi-staatliche (kommunale usw.) und *gesellschaftliche* Organisationen und Funktionäre; u. U. auch öffentliche und private Funktionen und Träger;
- *allgemeinzuständige* Organisationen (Kommunen), *mehrfachzuständige* Organisationen (z. B. Gewerkschaften), *spezielle* Organisationen (z. B. Sozialversicherungsträger, Wohltätigkeitsverbände); *systemtypische* Organisationen (z. B. Sozialversicherungsträger), *systemunspezifische*, aber notwendige Träger (z. B. Kommunen) und *ergänzende* Organisationen (z. B. freie Wohlfahrtsverbände neben einem umfassenden öffentlichen Apparat) usw.

Dazu kommt das Problem sonstiger Betroffenheiten²² im Zusammenhang mit Schutz-, Ausgleichs- und Verantwortlichkeitsregelungen, die durch *Inpflichtnahme gesellschaftlicher (privater) Elemente* entstehen: z. B. im Familienrecht, im Arbeitsrecht (zu Lasten des Unternehmens, des Betriebs usw.), im Verbraucherschutzrecht, im Mietrecht. Dabei entstehen vielfach *Übergangerscheinungen* zu den vorher skizzierten Phänomenen, so wenn der Betrieb (das Unternehmen) Träger von sozialen Sicherungsfunktionen ist, oder wenn Private sich in sozialen Funktionen (Nachbarschaftshilfe, Genossenschaften) begreifen.

b) Zur Bedeutung des Ansatzes

Der Ansatz der Institutionen und aktiven Rollen kann alternativ oder kumulativ (komplementär) zu dem Ansatz der typischen sozialen Situationen gewählt werden.

Der alternative Ansatz kann seinen Grund in positiven Gegebenheiten haben. Wie schon vermerkt, besteht ein *elementarer Stilunterschied* zwischen einer Sozialpolitik und einem Sozialrecht, die das primäre Anliegen der Positivierung und Regulierung sozialer Situationen sehen, und einer Sozialpolitik und einem Sozialrecht, die das primäre Anliegen in der Existenz und Wirksamkeit (Schaffung, Freisetzung, Disziplinierung, Förderung usw.) sozialer Agenturen sehen. In diesem Fall muß erprobt werden, ob es eher möglich ist, einen gemeinsamen Nenner von dem Vergleich dieser Agenturen, ihrer Aufgaben und Wirkungs-

²² Siehe Anm. 13.

weisen her zu finden, um von da her zu den bewältigten sozialen Situationen voranzuschreiten, oder ob es besser ist, gleichwohl auch „hinter“ diesen Agenturen nach deren Aufgaben und damit nach den von ihnen getroffenen sozialen Situationen zu fragen.

Der Ansatz der Institutionen und Funktionen kann aber auch auf folgende Weise komplementär zum Ansatz der typischen sozialen Situationen gesehen werden. Soziale Institutionen können imstande sein, *nicht normierten, nicht „anerkannten“* und also typisierten sozialen *Situationen nachzugehen* und abzuhelpen. Ein ausschließlich oder doch primär tatbestandlich-normativ orientiertes System stellt mehr oder minder die normative typisierende „Anerkennung“ einer sozialen Situation vor deren Bewältigung. In entwickelten sozialrechtlichen Systemen kommt *sozialen Agenturen* (wie z. B. Wohltätigkeitsverbänden) insofern zumindest eine *Komplementär- und Innovationsfunktion* zu. Ihr nachzugehen kann selbst bei prinzipiell tatbestandlich-normativem Ansatz in typischen sozialen Situationen einen „Mehrwert“ an Erkenntnis erbringen. Die Probleme und Konflikte, die spezifisch von den Institutionen und Funktionen her sichtbar werden, können möglicherweise vom Ansatz der sozialen Situation allein her nicht voll gesehen werden.

c) Exkurs: System-Ansatz²³?

Schon im Zusammenhang mit dem Ansatz der sozialen Situation und mit seiner sekundären Ausprägung, dem Ansatz der sozialen Leistung und Maßnahme, lag immer wieder die Frage nahe, inwieweit komplexe sozialrechtliche Systeme als solche — wie z. B. die Sozialversicherung — zum Ansatz vorrechtlicher Problemformulierungen gemacht werden können. Vor allem die nicht zu übersehende Bedeutung, die den Techniken und Institutionen der realisierenden Verbindung von typischer sozialer Situation und abhelfender sozialer Leistung zukommt, drängt dazu, die komplexe Verbindung von Techniken, Institutionen und Potentialen als Zugang zu wählen, von dem her aus die abgedeckten sozialen Situationen und die erbrachten sozialen Leistungen erschlossen und einbezogen werden können. Hier, wo die Institutionen und Funktionen zum primären Ansatzpunkt gemacht werden, fragt sich erneut, inwieweit nicht funktionale Systeme als solche zum Gegenstand des Rechtsvergleichs gemacht werden können.

Wenn diese Frage gestellt wird, so setzt sie nicht voraus, daß eine klare Scheidung zwischen diesem Systemansatz und dem „institutionellen und funktionellen Ansatz“ überhaupt möglich ist. Ebenso wenig setzt sie voraus, daß eine klare Trennung zwischen dem „Systemansatz“ und dem „Ansatz der typischen sozialen Situation“ (der ja die Maß-

²³ Siehe Anm. 35.

nahmen und Leistungen der Abhilfe einschließt), durchführbar ist. Vielmehr geht es um den Akzent. Während sowohl der Ansatz der „typischen sozialen Situation“ als auch der Ansatz der „sozialen Institution und Funktion“ versuchen, den Zugang zur Problemformulierung über ein relativ einfaches, in sich geschlossenes Objekt zu nehmen und dafür den Preis einer gewissen (anfänglichen) Einseitigkeit zahlen, zielt der Systemansatz auf einen von vornherein hochgradig komplexen Gegenstand. Der Systemansatz muß — geht man einmal von den bisher zugrunde gelegten „Versatzstücken“ aus — soziale Situation, Maßnahme und Leistung der Abhilfe, Institutionen und Funktionen sowie Techniken und Potentiale von vornherein gleichermaßen einbeziehen, gleichermaßen ernstnehmen und gleichermaßen für bestimmend halten. Damit wird der Gegenstand der Erörterung von vornherein in hohem Maße individualisiert. Ein auf dieser Grundlage versuchter Vergleich setzt ein hohes Maß an Ähnlichkeit der zu vergleichenden Erscheinungen im jeweils anderen Recht voraus. Um schließlich Gemeinsamkeiten und Unterschiede herausarbeiten zu können, wird es sekundär dann doch notwendig sein, die „Versatzstücke“ zu isolieren.

Damit kann hier kein endgültiges Wort über die Tauglichkeit eines „Systemansatzes“ gesprochen werden. Er muß hier als Problem genannt aber auch offen gelassen werden²⁴.

4. Prinzipien und Werte

a) Beispiele

Ein wesentlich anderer Zugang zur Problemfindung und -formulierung ist von Prinzipien und Werten her denkbar. Dabei kann es sich handeln um:

- *primär sozialpolitische Grundsätze*²⁵: Existenzminimum, Abwesenheit von Not, Gleichheit, Sicherheit, Emanzipation, Selbstverwirklichung, Entfaltung, Erwerbschance, Leistungspflicht und Leistungschance, Chance sich etwas zu „erwerben“, individuelle und kollektive Vorsorge, Versicherungsprinzip, Subsidiarität, Solidarität, soziale Planung usw.;
- *primär rechtliche Werte und Prinzipien*²⁶: subjektive Berechtigung, individuelle Autonomie (Freiheit), körperliche Integrität, Privat-

²⁴ Nur angemerkt werden kann hier die Alternative zwischen dem Vergleich von *Makrosystemen* und *Mikrosystemen*. Der Text zielt im wesentlichen auf den Vergleich von Makrosystemen. Mikrosysteme (z. B. das Sozialversicherungsverhältnis) erscheinen eher anderen Ansätzen zuordbar.

²⁵ Siehe auch Anm. 10 und 29.

²⁶ Siehe auch zu Anm. 11 und 32.

heit, Eigentum und Rechte auf Anteile am Allgemeinen, Selbst- und Fremdverantwortung (negativ: Verschulden), Verursachung als Kriterium der Zurechnung von Risiken, Rechtssicherheit, Vertrauensschutz, gerichtlicher Rechtsschutz, Selbstverwaltung usw.

b) Möglichkeiten der Durchführung

Der Grad, in dem dieser Ansatz zu einem *sachhaltigen* Rechtsvergleich führen kann, ist offenbar unterschiedlich. Zunächst ist offensichtlich, daß sich die Alternative „Nominalismus“ oder „materieller Zugang“ gerade auch hier stellt. Indem solche Prinzipien definiert werden müssen, schließen sie also mit einer gewissen Notwendigkeit Sachprobleme in die Erörterung ein. Indem schließlich solche Prinzipien in ihrer Wirksamkeit untersucht werden, wird der Zusammenhang zwischen „Prinzip und Wirklichkeit“ noch deutlicher. Schließlich kann vom Prinzip her direkt nach der Verwirklichung gefragt werden und das Prinzip als eine Leitlinie genommen werden, um die konkreten Sozialrechtssysteme zu durchleuchten.

Allerdings wird spätestens hier die Notwendigkeit entstehen, ein Mindestmaß an Problemaufnahme von der Bewältigung der sozialen Situationen und/oder von den Institutionen und Funktionen vorausgehen zu lassen. Hier liegt der Übergang zur *sekundären, ergänzenden Verwendung* dieses Ansatzes. Ausgehend von grundsätzlichen Einsichten in die verglichenen Sozialrechtsordnungen kann die Verfolgung eines Prinzips (wie z. B. das der Verursachung oder des Verschuldens) hinsichtlich seiner Ausgestaltung und seiner Relevanz zu einem vertieften Verständnis der Systemzusammenhänge und der involvierten Werte führen.

Im einzelnen ist eine generelle Antwort für die Möglichkeiten des prinzipiellen Ansatzes kaum möglich. Es gibt *primäre* Prinzipien (z. B. das des Zieles des Existenzminimums, der Abwesenheit von Not, der Gleichheit usw.) und *sekundäre* eher „technische“ Prinzipien (z. B. Vertrauensschutz, gerichtlicher Rechtsschutz, Selbstverwaltung). *Primäre* Prinzipien können Maßstäbe abgeben, um die generellen Ziele einer Sozialpolitik und eines Sozialrechts damit zu vergleichen, in welcher Weise typische soziale Lagen normiert und reguliert sind und/oder in welcher Weise soziale Institutionen die sozialen Probleme angehen und meistern. Sie geben gewissermaßen die Möglichkeit des Verstehens und der Bewertung des Besonderen vom Allgemeinen her — man könnte auch sagen: einer Betrachtung der positiven Gegebenheiten von einem außerhalb liegenden Standort aus. *Primäre* Prinzipien haben zugleich aber den Nachteil zu großer Allgemeinheit und Abstraktion. Ihre Interpretation führt deshalb schließlich doch wieder an die positiven

Gegebenheiten heran, oder sie impliziert Alternativen zu diesen Gegebenheiten (die möglicherweise subjektiv vom Interpretieren gewillkürt sind). *Sekundäre* Prinzipien dagegen setzen Gestaltelemente voraus (z. B. ein gegliedertes System sozialer Sicherung: etwa kausal-final, kausal und final definierte Systeme, oder kollektive Vorsorgesysteme versus staatliche Ausgleichs- und Förderungssysteme usw.). Sie sind von diesen Vorgaben abhängig. Sie sind aber von vornherein präziser. Und sie erlauben ein besseres Verstehen und Bewerten der größeren Systemzusammenhänge und der Regelungen, die ihnen vorgegeben und denen sie immanent sind.

c) *Der Tendenzvergleich*²⁷

Eine besonders schwierige Frage, die hier zunächst offen bleiben muß, ist die nach Wesen und Möglichkeiten des Tendenzvergleichs. Er nimmt in der Praxis des Sozialrechtsvergleichs einen besonders breiten Raum ein. Was dabei im einzelnen geschieht, ist jedoch sehr unterschiedlich. Zum Teil werden Entwicklungen einzelner Elemente (soziale Lagen, Leistungen, Institutionen usw.) historisch oder/und prognostisch registriert. In diesem Fall handelt es sich darum, daß der Vergleich anhand sozialer Lagen, sozialer Leistungen, sozialer Institutionen und Funktionen usw. um eine dynamische (historische/prognostische) Dimension bereichert und möglicherweise auf sie konzentriert wird. Zum Teil wird die Veränderung leitender Prinzipien registriert. Dann geschieht Analoges hinsichtlich des Vergleichs nach Maßgabe des prinzipiellen Ansatzes. Zum Teil wiederum handelt es sich darum, daß leitende Prinzipien vorangestellt werden, auf die sich typische soziale Situationen, Maßnahmen, Leistungen, Institutionen und Funktionen zubewegen. In diesem Falle ist der Tendenzvergleich eine spezifische Ausprägung des „prinzipiellen Ansatzes“ in dem hier spezifisch gemeinten Sinn. Denkbar ist schließlich auch noch, daß die Entwicklung als eine besondere Kategorie des Verstehens der verglichenen Rechtsbestände herangezogen wird.

Dies alles bedarf noch besonderer Untersuchung. Die Untersuchung ist dringlich. Das ergibt sich aus der Häufigkeit von Tendenzvergleichen im Sozialrecht. Die Notwendigkeit von Tendenzvergleichen ergibt sich auch aus der Tendenz des Sozialrechts zu rascher Veränderung. Jedoch kann diese Dringlichkeit nichts daran ändern, daß der Versuch einer differenzierenden Darstellung und Beurteilung in diesem Rahmen vor-schnell wäre. Nur am Rande sei bemerkt, daß als ein Vorzug des Tendenzvergleichs häufig der dadurch mögliche Verzicht auf das — im Sozialrecht so lästige — Detail genannt wird. Daß damit der Sozialrechts-

²⁷ Siehe auch zu Anm. 7, 8, 34 und 37.

vergleich aber auch eine wichtige immanente Kontrolle verliert, ist offensichtlich.

V. Kategorien des Verstehens und des Bewertens²⁸

1. Vorbemerkung

Wenn eingangs als Ziel des Rechtsvergleichs das bessere Erfassen, Verstehen und Bewerten von Recht angegeben wurde, so gilt auch für die Problemformulierung und für den Lösungsvergleich, daß nicht nur Tatbestände und Regelungen aufgenommen werden können, sondern von vornherein Kategorien des Verstehens und des Bewertens mit erschlossen werden müssen. Dabei sind im Prinzip zwei Wege denkbar. Man kann versuchen, von einem einmal formulierten positiven (sach- und rechtsproblematischen) Ansatzpunkt aus die Zusammenhänge des Verstehens und des Bewertens aufzusuchen. Der Versuch, diese Zusammenhänge zu erschöpfen, wäre freilich eitel. Die Verstrickung der Phänomene in mögliche Bezugssysteme ist potentiell unendlich. Hier sind je konkrete Kriterien der Wichtigkeit und Ergiebigkeit, möglicherweise auch der „Machbarkeit“ zu entwickeln, zu handhaben und nach Möglichkeit offen zu legen. Der andere der beiden Wege ist, zu versuchen, anhand von Leitlinien möglichen Verstehens oder Bewertens her — selektiv — die Probleme vorzuordnen und die Phänomene spezifisch zu befragen.

Im einzelnen handelt es sich dabei um schwierige Fragen der Interpretation des Verstehens sozialer, insbesondere rechtlicher Phänomene. Die sozialrechtsvergleichende Arbeit sollte sich insofern so wenig als möglich mit methodentheoretischen Untersuchungen und Entscheidungen (und damit evtl. auch Einseitigkeiten und Fehlhaltungen) belasten. Vielmehr wird es geboten sein, pragmatisch zu verfahren, dabei aber die Zusammenhänge des Verstehens und Bewertens bewußt — und evtl. bewußt auswählend — zu verfolgen.

2. Einzelne Bereiche

Im folgenden können nur einzelne Merkposten notiert werden.

a) *Der sozialpolitische Bezugsrahmen*²⁹

Sozialrecht muß primär von seinen sozialpolitischen Voraussetzungen und Zielsetzungen her verstanden und bewertet werden. Gerade diese Kategorien sind so spezifisch, daß sie hier nicht ausgebreitet werden

²⁸ Siehe auch zu Anm. 1, 3, 18 und 39.

²⁹ Siehe auch zu Anm. 10 und 25.

können. Vielmehr kann hier nur auf das verwiesen werden, was schon oben unter dem Aspekt der *Stilmerkmale*³⁰ und des *prinzipiellen Ansatzes* zu möglichen sozialpolitischen Kategorien des Verstehens und der Bewertung gesagt wurde.

b) *Juristische Ambiance*

Die Rechtsordnung, der das Sozialrecht angehört, kann wichtige Kriterien sowohl für das Verstehen als auch für die Bewertung des Sozialrechts abgeben.

Das gilt zunächst für das nationale, supranationale und internationale *positive Recht* in seiner Gesamtheit und potentiell für alle seine Einzelregelungen.

Wie schon unter den *Stilmerkmalen*³¹ des Sozialrechts hervorgehoben, spielt der *allgemeine Charakter* der Gesamtrechtsordnung eine bestimmende Rolle auch für das Sozialrecht: die Einbettung in ein common law-System, ein Gesetzesrechtssystem, ein verfassungsstaatliches System; die Gewährleistung subjektiver Rechte evtl. durch gerichtlichen Rechtsschutz usw.

Andererseits spielen zentrale juristische *Prinzipien*³² (wie teils oben schon unter dem Gesichtspunkt der Stilmerkmale, teils soeben unter dem Gesichtspunkt zentraler Prinzipien als Problemansatz erwähnt) eine Rolle als Kriterien der Deutung und der Bewertung sozialrechtlicher Systeme.

Hinzu kommt aber die Inanspruchnahme des Rechts zwischen *geschriebenem, judiziertem, literarisch bekundetem Recht* und „*lebendem Recht*“, der Vergleich zwischen *allgemeiner Rechtskultur* und *Subkultur* unter Bedingungen der Abhängigkeit, der Armut usw., die unterschiedliche *Reichweite des Rechts*, Zäsuren des Rechtsgehorsams und der Erzwingbarkeit von Recht usw. Diese Hinweise gehen zunächst vom nationalen Recht aus.

Ein anderer Rahmen des Verstehens und Bewertens wird betreten, wenn Normen des *supranationalen* und *internationalen* Rechts infrage stehen³³. Die *Ambiance* weitet sich aus auf die erfaßten und betroffenen nationalen Rechtsordnungen. Die Funktion des Rechts ist durch das Gegenüber von nationalem und internationalem bzw. supranationalem Recht bestimmt. Und Zustandekommen und Verwirklichung des internationalen/supranationalen Rechts sind von den besonderen Bedingun-

³⁰ Siehe auch zu Anm. 5, 9 und 31.

³¹ Siehe auch zu Anm. 5, 9 und 30.

³² Siehe auch zu Anm. 11 und 26.

³³ Siehe auch zu Anm. 4, 6, 12, 16, 36 und 38.

gen internationaler Übereinkommen, internationaler Organisationen und supranationaler Gemeinschaften her zu beurteilen.

c) Allgemeine politische Ambiance

Sowohl zum Verständnis als auch zur Bewertung von Sozialrecht kann sein Standort in totalitären oder freiheitlichen und pluralistischen, autoritären oder demokratischen, etatistischen oder gesellschaftsorientierten, kollektivistischen oder individualorientierten politischen Systemen beitragen.

d) Die demographische und gesellschaftliche Ambiance

Analoges gilt für die endlose Vielfalt gesellschaftlicher Gegebenheiten und Strukturen: Bevölkerungszahlen, Bevölkerungsdichte, Bevölkerungsstrukturen (Alter, Erwerbstätigkeit usw.), Bevölkerungsverteilung; der Grad der Verstädterung und Industrialisierung; Zuschnitt und Bedeutung der Familie, des Betriebs und des Unternehmens (für den Arbeitnehmer), der örtlichen Lebensgemeinschaften (Dörfer, Straßen usw.), Kasten, Klassen und sonstige Schichtungen, religiöse, ideologische, sprachliche Gruppierungen, regionale Unterschiede usw.

e) Die sozio-kulturelle Ambiance

Die im Zusammenhang der gesellschaftlichen Ambiance schon anvisierten zivilisatorischen, kulturellen, religiösen und ideologischen Elemente einer Gesellschaft können als eigenständige Kategorien des Verstehens und des Bewertens herangezogen und ausgebaut werden. Daß sie in besonderer Weise mit nahezu allen anderen Kategorien verflochten sind, ist offensichtlich.

f) Die informatorische Ambiance

Ein spezieller Bereich ist die informatorische Ambiance des Sozialrechts: wie wird es für wen wahrnehmbar? Sozialrecht lebt gewiß anders in einer alphabetischen oder einer analphabetischen Gesellschaft, in einer Gesellschaft mit entwickeltem Mediensystem oder ohne ein solches. Sozialrecht erreicht vor allem auch innerhalb ein- und derselben Gesellschaft die Alphabeten und sonst Informierten besser als die Analphabeten und sonstwie Nicht-Informierten. Hierin steckt ein elementares Problem. Sozialrecht muß in der Bevölkerung „nach unten“ dringen. „Unten“ sind die schlechter Informierten. Sozialrecht ist aber — wie jedes Recht —, um gelten zu können, auf Information angewiesen.

g) *Ökonomische Bedingungen und Wertungen*

Von größter Vielfalt sind die ökonomischen Zusammenhänge.

Weitgehend unaufgeklärt ist schon das *Verhältnis zwischen der ökonomischen Natur der Sozialprobleme und der Möglichkeit nichtökonomischer Sozialprobleme und nichtökonomischer Lösungen*. Probleme des sozialen Ausschlusses z. B. sind dem Grunde nach weitgehend nichtökonomischer Natur, und hinsichtlich ihrer Lösung jedenfalls öfter als gemeinhin angenommen wird. Auch Bildungsprobleme werden pervertiert, wenn sie primär als Probleme ökonomischer Chancengleichheit gesehen werden. Ökonomische Lösungen sind prinzipiell leichter verfügbar als nichtökonomische. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß Sozialpolitik primär mit ökonomischen Wertungen und Mitteln arbeitet. Vor allem ist die ökonomische Wirksamkeit der Sozialpolitik bedeutsam.

Soweit nun ökonomische Zusammenhänge für die Sozialpolitik und das Sozialrecht bedeutsam sind, ergeben sich in größter Vielzahl *ökonomische Prämissen und Konsequenzen von Sozialpolitik und Sozialrecht*: Verteilungs- und Umverteilungswirkung der sozialpolitischen Systeme, Möglichkeiten der Umverteilung im Verhältnis zum Sozialprodukt, Sozialpolitik als wirtschaftspolitische Intervention (z. B. anti-zyklische Wirkung, wirtschaftliche Tragweite der Disposition über soziale Fonds; Relation zwischen Währungsstabilität und Währungsverfall auf der einen Seite und sozialer Sicherung auf der anderen; ökonomische Möglichkeiten „sozialer Sicherung“ außerhalb der öffentlichen Systeme durch Sparen, Vermögensbildung, Privatversicherung; scheinbar überholt, aber für die Entwicklungsländer aktuell, etwa die Zäsur zwischen Natural- und Geldwirtschaft als Gestaltelement sozialer Sicherung und Umverteilung — um nur einiges zu nennen.

h) *Finanzwissenschaftliche Studien*

Ohne daß sie von den vorigen (und auch von den nachstehend skizzierten) Zusammenhängen gesondert werden könnten, seien hier auch noch weitere finanzwirtschaftliche Zusammenhänge genannt. So steht etwa die Beteiligung der gesicherten (zu sichernden) Personen an der Aufbringung der Mittel des Vorsorgesystems sowohl in dem Zeichen der Begründung von Interessen und des Erwerbs von Anteilen als auch unter dem Zeichen der Differenzierung der finanzwirtschaftlichen Zurechnungs- und Entscheidungsprozesse. Auf der anderen Seite bedeutet die Aufbringung der Mittel für die soziale Sicherheit allein über den Staatshaushalt (mit oder ohne eine besondere allgemeine Abgabe) zwar größere Flexibilität, aber auch eine konzentrierte Belastung der zentralen haushaltstechnischen Entscheidungsprozesse.

Zahlreiche Probleme stehen im Zusammenhang mit der haushaltsrechtlichen, finanz-, wirtschafts- und geldpolitischen Koordination von Staatshaushalten und sozialen Parafisci.

i) Sozialrecht und Arbeitswelt

Von größter Tragweite und Differenziertheit sind die Zusammenhänge zwischen Sozialrecht (Sozialpolitik) und Arbeitswelt (im weitesten Sinne, nicht nur dem der abhängigen Arbeit). Auch sie können freilich nicht klar von den übrigen Bezugfeldern geschieden werden.

Die zentrale Bedeutung, die der Ausdehnung des industriellen Sektors, der Arbeitnehmerquote und der Frauenarbeitsquote für die Entwicklung der Systeme sozialer Sicherung zukommt, ist bekannt.

Weniger bewußt, weil selbstverständlich, ist die Rolle, die der Bejahung des Prinzips des Einkommens durch eigene Leistung und der Selbstverwirklichung durch eigene Leistung zukommt. Es steuert — im Sinne von Regel und Ausnahme oder im Sinne der Definition des Ersatzes durch das Ersetzte — weitgehend auch Regelungen für die Gruppen, denen, wie etwa Schwerbehinderten, die Verwirklichung des Prinzips a priori nicht angesonnen werden kann. Wird dieses Prinzip nicht mehr bejaht, so verlieren die gängigen Regulative der Risiken des Einkommensverlusts und die Sicherungen gegen die manipulierte Inanspruchnahme von Sozialleistungen weitgehend den Sinn und Wirksamkeit. Auf der anderen Seite ist die Selbstverwirklichung durch Leistung Sinnprinzip der Rehabilitation. Kaum geringere Bedeutung hat die Differenzierung und Entfaltung des Leistungsprinzips durch den Lohnanreiz. Zahlreiche sozialrechtliche Regelungen verlieren ihren Sinn, ja werden pervertiert, wenn die Möglichkeit von Einkommenszuwachs und die Angst vor Einkommensminderung keinen Leistungsanreiz mehr darstellen.

Das Prinzip der Selbsterhaltung durch Arbeit vorausgesetzt, wird die Möglichkeit der Arbeit zu einem sozialen Gut. Von da her bezieht nicht nur die Sicherung gegen die Arbeitslosigkeit ihre Bedeutung. Vielmehr kann im Falle der Knappheit dieses Gutes die Ausgestaltung der sozialen Sicherung zu einem Instrument der Beschäftigungspolitik werden (z. B. indem sie den Rückzug aus dem Arbeitsleben begünstigt). Andererseits schafft ein realisiertes „Recht auf Arbeit“ weitgehend andere Bedingungen für die Techniken der sozialen Sicherung als ein System, in dem das Risiko der „Arbeitslosigkeit“ (in einem weiteren untechnischen Sinn) höher ist.

Wo, wie und in welchem Verband gearbeitet werden kann, ist eine wichtige Bedingung der Ausgestaltung sozialer Sicherheit. Arbeit im agrarischen oder vorindustriell-städtischen Großfamilien- und Gesinde-

verband schafft andere soziale Gefährdungen und Kompensationen als individualistische, industrielle Arbeitswelt. Die Art der Diversifikation von Arbeitsgelegenheit und die Streuung der verschiedenen Arten ist — neben der objektiven Begrenztheit der Mittel und neben der Vermischung von Natural- und Geldwirtschaft — eine der wesentlichen Schwierigkeiten der Sozialpolitik in den Entwicklungsländern.

Soziale Sicherung ist weithin orientiert an der Lohn-Zeit-Relation des industriellen Arbeitslebens. Damit entstehen Probleme, Einkommen dort zu sichern, wo etwa eine ausgeprägte Lohn-Leistung-Relation besteht: z. B. bei individuell arbeitenden Selbständigen (Autoren usw.), oder wo eine schwer auflösbare Verbindung von „Unternehmerrente“ und individueller Leistung gegeben ist (wie möglicherweise bei Landwirten, bei freiberuflich Tätigen usw.).

k) Technische Ambiance

Schließlich sind auch noch die Umstände zu nennen, unter denen Sozialrecht sich technisch zu verwirklichen hat. In Betracht zu ziehen sind Fragen der Größenordnung und der notwendigen personellen und technischen Apparate. Nicht unwesentliche Rückwirkungen sind z. B. auf das Sozialrecht vom Einsatz elektronischer Datenverarbeitung ausgegangen.

l) Natürliche Umwelt

Einen besonderen Stellenwert für das Verstehen und Bewerten von Recht hat seit jeher das Klima. Nicht nur der Zusammenhang mit den wirtschaftlichen und arbeitstechnischen Gegebenheiten ist offensichtlich. Offenbar steuern klimatische Bedingungen auch soziokulturelle Entwicklungen. Auch bestehen Wechselbeziehungen zwischen der technischen Ambiance und den klimatischen Verhältnissen.

Jedoch ist es notwendig, diesen Gesichtspunkt auszuweiten und die gesamte natürliche Umwelt als bedingenden Faktor auch für die soziale und rechtliche Entwicklung in Betracht zu ziehen.

3. Die historische Dimension des Verstehens

Eine ganz andere Dimension des Verstehens eröffnet die historische Sicht auf die Phänomene. Dabei ist wiederum sowohl an die engere Sozialrechtsgeschichte (Sozialpolitikgeschichte) als auch an den weiteren Zusammenhang etwa der Rechtsgeschichte oder der Wirtschafts- und Sozialgeschichte oder eben der allgemeinen Geschichte zu denken. Dabei hat nicht nur das Sozialrecht selbst diese sich weitenden Bezugs-

kreise seiner eigenen Geschichte, der Rechtsgeschichte, der Sozialgeschichte und der allgemeinen Geschichte. Auch jede einzelne Kategorie des Verstehens kann selbst historisch gesehen und in ihr nähere historische Zusammenhänge gestellt werden. Das macht die historische Dimension ebenso umfassend bedeutsam, wie es die Herauslösung einzelner historischer Aspekte gefährlich erscheinen läßt.

Einmal mehr ist hier an das offene Problem des Tendenzvergleichs zu erinnern³⁴. Im Vorstellungsbereich des Tendenzvergleichs scheint die Möglichkeit sich abzuzeichnen, daß die Geschichte statt zum Medium der Erklärung der Phänomene zum Gegenstand ihres Vergleichs wird. Sowohl diese Polarität (Medium oder Objekt!) selbst als auch die eigentümlichen Schwierigkeiten der Herausarbeitung einer zur Tendenz komprimierten Geschichte können hier nur als Problem genannt werden.

4. Ergänzende Bemerkungen

Erfassen, Verstehen und Bewerten des Rechts bedingt sich wechselseitig. Das heißt, daß der Prozeß der Ermittlung und Auswertung *nicht nach Kategorien des Erfassens, Verstehens und Bewertens getrennt* werden kann. Das wiederum schließt nicht aus, *schwerpunktartig* die Darstellung des Rechts, die erschlossenen Zusammenhänge, aus denen es zu verstehen ist, und die Kategorien, die seiner Bewertung zugrunde liegen, auszuweisen.

Wichtig ist jedoch, daß die *Gleichheit des Gegenstandes* gewahrt bleibt. So wie Erfassen, Verstehen und Bewerten von Recht ein interdependenten Prozeß ist, so muß beim Rechtsvergleich auch die vorrechtliche Findung und Formulierung des Problems gleichermaßen allgemein sein. So darf etwa nicht der „Stoff“ des Erfassens aus verschiedenen nationalen Rechten genommen werden, während die Werthorizonte nur einer der beteiligten Rechtsordnungen entnommen werden. Vielmehr ist es notwendig, in einem Prozeß des Hin- und Herschauens sowohl den positiven Rechtsstoff als auch die Elemente des Verstehens als auch die Kategorien der Bewertung — als mögliche Kategorien der Bewertung — allen beteiligten Rechtsordnungen zu entnehmen.

Dabei ist von vornherein in Rechnung zu stellen, daß möglicherweise den verschiedenen nationalen Regelungen auch und gerade verschiedene Maximen der Bewertung entsprechen. Das bedeutet auch, daß die Problemformulierung offen und flexibel genug sein muß, um eine solchermaßen gestaffelte Vielfalt aufzunehmen.

Eine wieder andere Frage ist, ob *nach* diesem Prozeß gewissen Kategorien der Bewertung der subjektive (wenn auch begründbare) Vorzug

³⁴ Siehe auch zu Anm. 7, 8, 27 und 37.

des Beobachters gegeben wird, so daß er schließlich diese Kategorie der Bewertung an die verglichenen Rechtsordnungen anlegt.

C. ZUR DURCHFÜHRUNG DES RECHTSVERGLEICHS

I. Die Auswahl des Gegenstandes

1. Die sachliche Abgrenzung

Zur sachlichen Abgrenzung eines möglichen Sozialrechtsvergleichs ist zunächst auf das unter B. Aufgeführte zu verweisen. Möglich ist jeder Gegenstand, für den sich eine vorrechtliche Problemformulierung finden läßt.

Dabei können die erwähnten Ansätze (typische soziale Lage, auch als subjekttypische Position oder typische soziale Gruppenlage, soziale Maßnahmen, insbesondere Leistungen; soziale Institutionen und Funktionen; sozialpolitische und rechtliche Prinzipien) möglicherweise variiert werden:

- Im Sinne exemplarischer Problemverengung: etwa durch die Annahme exemplarischer Sozialrechtsfälle (z. B. Tod eines Familienvaters mit vier Kindern in gewisser beruflicher Stellung bei gewissem Alter usw.). Dabei ist jedoch zu beachten, daß die Selektion von tatsächlichen Umständen bei der Konstitution eines Rechtsfalles immer auch rechtsabhängig ist. Die exemplarische Auswahl von Rechtsfällen macht also ein weiteres Ausgreifen im Sinne der umschriebenen allgemeineren Ansätze (vor allem im Sinne der typischen sozialen Lage) nicht schlechthin entbehrlich.
- Die Ausweitung zu (vor allem territorial) umfassenden Vergleichen von typischen sozialen Situationen, von für sie vorgesehenen Maßnahmen (Leistungen) und evtl. auch von insofern wirksamen Institutionen und Funktionen. Jedoch ist damit die Alternative zwischen aufwendiger Differenzierung oder extremer Verdünnung der Aussage (möglicherweise auch in Richtung auf den nominalistischen Zugang) verbunden. In der Regel erwachsen daraus — meist tabellarische — Grobvergleiche, die ihrerseits dem Rechtsvergleich als Hilfsmittel dienen können, ohne selbst Rechtsvergleich darzustellen.
- Eine „mittlere Lösung“ scheint der Versuch darzustellen, vergleichbare Teilsysteme (etwa zur sozialen Sicherung im Krankheitsfall, zur Sicherung gegen Arbeitslosigkeit und dgl.) herauszugreifen. Eine besondere Spannung besteht in diesem Fall zwischen der komplexen

Verbindung gleicher und ungleicher Elemente und dem übermäßigen Anschein der Gleichartigkeit, der von einem solchen Vergleich vorausgesetzt oder erzeugt wird. Hier ist dem Ausweis über Gleiches und Ungleiches größte Aufmerksamkeit zu widmen. Auf diese besondere Problematik wurde oben bereits aufmerksam gemacht³⁵.

2. Die einbezogenen Rechtsordnungen³⁶

Für das Ausgreifen des Rechtsvergleichs ist zunächst wieder auf die Unterscheidung zwischen dem horizontalen und dem vertikalen Rechtsvergleich zurückzukommen.

Im rein *horizontalen* Rechtsvergleich können zwei oder mehr nationale (oder auch internationale) Rechtsordnungen miteinander verglichen werden. Dabei ergeben sich Besonderheiten, wenn diese nationalen Rechtsordnungen gemeinsamen Rechtsfamilien angehören oder die Rechtsordnungen — insbesondere die Sozialrechtsordnungen — sonstwie durch gemeinsame Stilmerkmale, durch soziale, ökonomische, politische oder ähnliche Gemeinsamkeiten verbunden sind. Ebenso ergeben sich — in der Gegenrichtung — Besonderheiten, wo wesentliche Unterschiede bestehen. Alles in allem vollzieht sich etwa der Rechtsvergleich zwischen zwei Ländern, die den Europäischen Gemeinschaften angehören, unter wesentlich anderen Bedingungen als der Rechtsvergleich zwischen der Bundesrepublik Deutschland und einem Entwicklungsland, oder auch der Rechtsvergleich zwischen der Bundesrepublik Deutschland und einem kommunistischen Staat.

Der *vertikale* Rechtsvergleich steht im Vergleich einer oder mehrerer nationaler Rechtsordnungen mit dem (gemeinsam) übergeordneten internationalen und supranationalen Recht. Jedoch kann dieser vertikale Rechtsvergleich immer auch ein besonderes Sinnprinzip für den Vergleich der nationalen Rechtsordnungen untereinander sein. Es handelt sich dann um eine *Verbindung von horizontalem und vertikalem Rechtsvergleich*.

3. Die Zeitdimension

a) Vorbemerkung — Rechtsgeschichte als Rechtsvergleich

Angesichts der Bewegtheit des Sozialrechts, aber auch angesichts der Entwicklungsabhängigkeit des Sozialrechts kommt der Zeitdimension, in der der Rechtsvergleich angelegt wird, eine große Bedeutung zu.

³⁵ Siehe auch zu Anm. 23.

³⁶ Siehe auch zu Anm. 4, 6, 12, 16, 33 und 38.

Dazu ist vorweg zu sagen, daß Rechtsgeschichte in sich immer auch ein Fall des Rechtsvergleichs ist: Vergleich des Rechts in verschiedenen Epochen.

Jedoch ist von der Rechtsgeschichte (Sozialrechtsgeschichte) innerhalb ein- und derselben Rechtsordnung hier abzusehen. Davon ausgehend lassen sich folgende Möglichkeiten unterscheiden:

b) *Vergleich von Rechtsbeständen*

Der Zeitansatz mehrerer untereinander zu vergleichender mehr oder minder statisch gedachter Rechtsbestände kann wie folgt variieren:

- er kann auf der Grundlage schlichter Gleichzeitigkeit vorgenommen werden (z. B. Bestandsaufnahme über Systeme sozialer Sicherheit in den Europäischen Gemeinschaften oder auf der ganzen Welt). Dieser Ansatz ist vielfach unentbehrlich oder doch allein möglich, aber wegen der Unterschiede und des raschen Wechsels besonders problematisch.
- *Der Vergleich entsprechender Stadien* nach Maßgabe der allgemeinen sozialen Entwicklung, der sozialrechtlichen Entwicklung usw. Hier besteht die entscheidende Schwierigkeit in der sachgerechten Ermittlung. Dieser Vergleich stellt deshalb ein außerordentliches Wagnis dar. So berechtigt es ist, ihn als Möglichkeit zu denken, so begrenzt sind die Möglichkeiten überzeugender Realisation.

c) *Der Vergleich von Entwicklungen*³⁷

Der Entwicklungsvergleich ist zunächst auf die Vergangenheit gerichtet (*historischer Vergleich*). Dabei ist es wieder denkbar, schlicht *gleichzeitige* Epochen zum Vergleich heranzuziehen oder *entsprechende* Stadien. Und hier mag es sogar eher — als beim statischen Vergleich — naheliegen, den letzteren Weg zu gehen.

Wie schon mehrfach erwähnt, erscheint es denkbar und wird es weitgehend praktiziert, die beobachteten geschichtlichen Entwicklungen zu *Entwicklungstendenzen* zu komprimieren. Von da her wird der Versuch eines Tendenzvergleichs unternommen, Bestandsermittlung und Tendenzbeobachtung scheinen schließlich auch die Voraussage künftiger Entwicklungen zu ermöglichen (*Prognose*). Die geschichtliche Betrachtung schlägt um in Futurologie. Diese Verbindung ist für die Tendenzvergleiche weithin typisch: aus der Geschichte heraus auf die „Startrampe“ der Gegenwart und dann extrapolierend vorstoßen in die Zukunft! Daß angesichts der elementaren Bedeutung des Sozialrechts

³⁷ Siehe auch zu Anm. 7, 8, 27, 34.

für den Menschen und der Veränderungsträchtigkeit des Sozialrechts gerade die Prognose von besonderem Interesse wäre, ist offensichtlich. Auf die Vergleichsdimension überführt zeigt sich die Möglichkeit einer *vergleichenden Prognose*. Sie könnte etwa für Strategie in der Harmonisierung bedeutsam sein. Nicht weniger aber könnte sie der nationalen Sozialpolitik helfen, das Kalkül des internationalen Vergleichs zu meistern.

Abgesehen von der vergleichenden Geschichte des Sozialrechts im zuerst erwähnten Sinne erscheinen diese Verfahren aber auch in besonderem Maße problematisch und ungesichert. Schon der Tendenzvergleich ist nach Gegenstand und Methode noch zu ungeklärt, als daß er hier weiter erörtert werden könnte. Vor allem ist die Einschätzung von Entwicklungslinien und -determinanten als wesentlich oder unwesentlich sehr arbiträr. Noch mehr gilt dies für die Prognose. Für sie kommt die Schwierigkeit hinzu, daß es sich wohl nur selten um spezifisch *sozialrechtliche* Prognosen handeln kann. Diese Bedenken schließen nicht aus, daß auf diesem Felde weiter experimentiert wird. Und sie wollen nichts dagegen sagen, daß über diese Fragen weiter nachzudenken ist.

II. Gegenstände, Quellen und Verfahren der Ermittlungen

1. Zum Gegenstand

Hinsichtlich des Gegenstandes ist zu unterscheiden zwischen der Ermittlung des *Rechts* und der Ermittlung der tatsächlichen Verhältnisse (die rechtlich strukturiert sein können), einschließlich der Sachgesetzlichkeiten, die diese bestimmen. Die Ermittlung tatsächlicher Verhältnisse entzieht sich einer spezifischen Methode.

Hinsichtlich der Ermittlung des *Rechts* ist zu unterscheiden zwischen der Ermittlung des „geschriebenen Rechts“ im engeren Sinne als Gesetzesrecht, dem „geschriebenen Recht“ im weiteren Sinne als Summe von Gesetzesrecht, Judikatur und Schrifttum, und den Rechtstatsachen, der Wirklichkeit des Rechts. Der in der Rechtsvergleichung übliche Begriff des „living law“ ist nicht eindeutig. Offenbar wird er teils in dem Sinne des „geschriebenen Rechts“ im weiteren Sinne verstanden, teils aber auch im Sinne der Konfrontation des „geschriebenen Rechts“ im weiteren Sinne mit den Rechtstatsachen. Jedenfalls für das Sozialrecht scheint das Ausgreifen in die Rechtstatsachen notwendig zu sein.

2. Zum Vorgehen

Jedoch ist ganz offensichtlich, daß dieses Ausgreifen mit extremen Gefahren der Unvollständigkeit und der Unrichtigkeit belastet ist. Insofern wird das „*geschriebene Recht*“ im weiteren Sinne stets die *Grundlage* der Arbeit bleiben müssen. Das Ausgreifen in die *Rechtstatsachen* bedarf besonderer Absicherung und Offenlegung. Ungesicherte Informationen sollten nicht außer Betracht gelassen, aber als solche bezeichnet werden.

Für die Ermittlung des „living law“ in dem bezeichneten zurückhaltenden Sinne kommen im einzelnen in Betracht:

- Abkommen, Gesetze, Entscheidungen und/oder
- Literatur (welche? nur juristische; auch nicht-juristische wissenschaftliche Literatur; oder auch Presse u. ä.)
und/oder
- Befragung (wessen? — mit wie gestalteten Fragen?)
und/oder
- persönliche Beobachtungen und Erfahrungen.

Auch insofern ist weder die Beschränkung der Arbeit auf Gesetzestexte, Literatur und dgl. zweckmäßig, noch die unreflektierte Übernahme der Ergebnisse von Interviews, von allgemeinen Befragungen und eigenen Erfahrungen. Geboten ist vielmehr, neben den Texten auch weitere Informationen auszuwerten. Und dabei ist aber doch die gesteigerte Gefahr der Teilhaftigkeit und Unrichtigkeit stets mit zu bedenken. Wichtig ist vor allem auch der entsprechende Ausweis bei der Auswertung und Darstellung der Ergebnisse.

III. Darstellung — Ergebnisse

1. Allgemeine Aspekte

Im sozialrechtlichen Schrifttum sind bisher zwei Typen rechtsvergleichender Darstellung weit verbreitet:

- die nicht-koordinierte Addition von je systeminternen Berichten über nationale Rechtsordnungen und
- die Auftragung nationaler Angaben auf meist wenig aussagekräftige, zu allgemeine vergleichende Rubriken.

Beide Methoden sind letztlich nicht hinreichend ergiebig.

Anzustreben ist eine von der Sachproblematik her determinierte, gegliederte Darstellung. Dabei ist eine offene Frage, ob es zweckmäßig ist,

- die sachproblematistische Systembildung oder
- die nationalen Rechtsordnungen

als Gliederungsmaximen dominieren zu lassen.

2. Gliederungsvarianten

Keines der beiden Prinzipien kann vermutlich rein durchgehalten werden. Wollte man einen Versuch *primär nach nationalen Systemen* darstellen, so müßte die Umschreibung und Auffächerung des vorrechtlichen Problems und dessen Ordnungsfrage vorher dargestellt werden. Damit ergibt sich in etwa eine *Dreiteilung*: nach einer differenzierenden *Problemdarstellung* die Wiedergabe der Problemlösungen *nationalen Rechts* und schließlich wohl eine zusammenfassende Würdigung dieser nationalrechtlichen Ergebnisse. Wollte man die *gemeinsamen Sachkategorien dominieren* lassen, so müßte eher die Einführung in die wesentlichen Zusammenhänge der *nationalen Rechtsordnungen vorausgehen*. Und ein abschließender Teil müßte wohl wiederum die inmitten stehende *gemeinsame Systemdarstellung* in einer *Reflexion der nationalrechtlichen Zusammenhänge* verorten. Mit anderen Worten ausgedrückt, geht es um folgendes. Immer das Element (Sachproblem oder nationale Rechtsordnung), das die Darstellung eröffnet, kann zunächst nur vorläufig und vorsichtig erschließend behandelt werden. Sonst müßte zuviel vom anderen Element im ungeeigneten Zusammenhang vorweggenommen werden. Das aber läßt das Bedürfnis offen, nach Erörterung des anderen Elements die Ansätze des „Erörterungselements“ fortzuführen.

Soweit in eine Untersuchung außer nationalen Rechten auch *internationales (supranationales) Recht*³⁸ einbezogen ist, stellt sich die Frage, ob das internationale (supranationale) Recht parallel zu den nationalen Rechtsordnungen behandelt werden soll oder eher als ein gemeinsames Element. In diesem Falle wäre etwa folgende Abfolge denkbar: Problemformulierung — internationales Recht (supranationales Recht) — nationale Rechte — Zusammenführung. Oder auch: internationales Recht (supranationales Recht) als Provokation — gemeinsames Sachproblem der nationalen Rechte (unter Vorgabe der internationalen/supranationalen Provokation) — nationale Rechtsordnungen — Zusammenführung. In wieder anderer Betrachtungsweise könnte auch so verfahren werden: gemeinsames Sachproblem — nationale Rechtsordnungen — internationale/supranationale Steuerung — Zusammenführung.

³⁸ Siehe auch zu Anm. 4, 6, 12, 16, 33, 36.

3. Zielbedingte Besonderheiten³⁹

Die bisherigen Überlegungen gehen davon aus, daß die Elemente des Erfassens, des Verstehens und des Bewertens in ihrer Verflochtenheit belassen werden sollen. Nun kann es aber das besondere Ziel einer Arbeit sein, etwa eine besondere Kategorie des Verstehens (z. B. die Umverteilungswirkung eines Regelungskomplexes oder seine Abhängigkeit von gewissen Bedingungen der Arbeitswelt) in besonderer Weise zu verfolgen. Ebenso kann es möglich sein, daß nicht nur die Maximen der Bewertung, die in den nationalen Rechten angetroffen werden, aufgenommen werden, sondern daß — aus dem angetroffenen Vorrat heraus oder unabhängig davon — gemeinsame einheitliche Maximen der Bewertung angelegt werden sollen.

Schließlich ist eine weit verbreitete Vorstellung, daß der Rechtsvergleich die Ermittlung einer „bestmöglichen Lösung“ erlaube. Dabei kann es sich um eine der angetroffenen nationalen (internationalen/supranationalen) Lösungen handeln, oder auch um die Zusammenfügung von Elementen verschiedener nationaler Lösungen, oder auch um die Fortentwicklung der angetroffenen nationalen Lösungen.

In jedem dieser Fälle ist zunächst einmal die Klarstellung der Besonderheit (z. B. der „Einseitigkeit“ des Verstehens oder der Anwendung von Bewertungsmaximen über ihre positivrechtliche Immanenz hinaus oder der Ermittlung einer Ideallösung) notwendig. Dabei wird die selektive Betonung einzelner Kategorien des Verstehens wohl weniger Probleme der Redlichkeit aufwerfen als die Unterscheidung zwischen vorgefundenen und auf ihren eigenen Geltungsbereich projizierten Bewertungsmaßstäben und darüber hinaus mit einem allgemeineren Anspruch entwickelten Bewertungsmaßstäben. Die Entwicklung einer „Ideallösung“ ihrerseits ist wohl weitgehend eine Funktion der Entwicklung solcher allgemeineren Bewertungsmaßstäbe. Denkbar ist freilich auch der Fall, daß etwa nationale Bewertungsmaßstäbe in Widerspruch oder doch Spannung zu den „eigenen“ nationalen Lösungen stehen, während fremde Lösungen ihnen eher gemäß erscheinen. Jedoch handelt es sich dabei vermutlich im Regelfall um die Kollision von Prinzipien des jeweiligen nationalen Rechts. Sie muß aufgenommen werden, und ihre Auflösung in einer anderen Richtung als der des geltenden Rechts muß ausgewiesen werden.

Welche Konsequenzen sich aus solchen Komplikationen und Ausweitungen für die Gliederung ergeben, entzieht sich einer allgemeinen Programmatik. Generell wichtig ist nur, daß die Gliederung Raum für die gebotenen Unterscheidungen und Klarstellungen schafft.

³⁹ Siehe auch zu Anm. 1 und 28.