

Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht

ZIAS

1/2022

36. Jahrgang
Seiten 1–175

Aus dem Inhalt

**40 Jahre Max-Planck-Institut für
Sozialrecht und Sozialpolitik, München
Band 1**



286202612201



C.F. Müller

Abhandlungen

Anfänge und Entwicklung des Instituts

40 Jahre Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik <i>von Ulrich Becker, München</i>	1
Auf der Suche nach dem Internationalen Sozialrecht <i>von Eberhard Eichenhofer, Berlin</i>	5
Von der Projektgruppe zum Institut - was bleibt davon in der Welt des Rechts? Zu den Prägungen eines Lebens in der Rechtswissenschaft? <i>Von Gerhard Igl, Kiel</i>	12
Soziale Sicherheit in Entwicklungsländern – ein Rückblick <i>von Maximilian Fuchs, Regensburg</i>	27
Zur miterlebten und ein wenig mitgestalteten 40jährigen Geschichte des MPI für Sozialrecht und Sozialpolitik <i>Von Franz Ruland, München</i>	39
Das Leistungserbringungsrecht als Thema der Sozialrechtswissenschaft und das MPI für Sozialrecht <i>Von Andreas Hänlein, Kassel</i>	52
Die Verantwortung des Arbeitgebers für den sozialen Schutz <i>Von Olga Chesalina, München</i>	58

Ausländisches Sozialrecht

Anmerkungen zur Armutsbekämpfung in der VR China <i>Von Barbara Darimont, Ludwigshafen</i>	64
Herausforderungen für das Recht der Sozialleistungen für indigene Völker in Lateinamerika <i>Von Lorena Ossio, La Paz</i>	71

Rechtsordnungsübergreifender Vergleich

Rechtstransfer: Über eine praxisgeleitete Theorie hin zu einer theoriegeleiteten Praxis? <i>Von Alexander Graser, Regensburg</i>	78
Pursuit of gainful employment during sick leave and entitlement to sickness benefit – a German-Polish comparison <i>Von Ariel Przybyłowicz, Wrocław</i>	83

Internationales und Europäisches Sozialrecht

Die Abgrenzung zwischen Sozialer Sicherheit und Sozialhilfe im Recht der Europäischen Union <i>Von Christina Sánchez-Rodas Navarro, Sevilla</i>	90
Perspectivas del Derecho Internacional de la Seguridad Social frente a la migración <i>Von Gabriela Mendizábal Bermúdez, Cuernavaca</i>	108
Zu der Europäisierung der Definition der Leistung bei Pflegebedürftigkeit <i>Von Eryk Lach, Poznan</i>	115
Advancing migrant workers' social protection: A critical evaluation of bilateralism <i>Von Marius Olivier, Perth</i>	122

Modernisierung des Sozialrechts

Solidarity and self-responsibility as pivotal elements of social security <i>Von Grega Srban, Ljubljana</i>	145
Von Kulturbeuteln und Haftungsfragen in der gesetzlichen Unfallversicherung <i>Von Joachim Breuer, Lübeck</i>	153
Die soziale Mindestsicherung in der sozio-ökologischen Transformation <i>Von Ute Kötter, München</i>	157
„Unvollständige Familien“ – Familienformen im Wandel als Gegenstand sozialrechtlicher Forschung <i>Von Eva Hohmerlein, München</i>	165
Autorenverzeichnis ZIAS 1/2022	173

**40 Jahre Max-Planck-Institut
für Sozialrecht und Sozialpolitik**



Rechtstransfer: Über eine praxisgeleitete Theorie hin zu einer theoriegeleiteten Praxis?

A. Ein bedeutsames, aber unterbelichtetes Feld

Wer neues Recht setzt, tut gut daran, sich im Fundus des Bekannten umzusehen. Dieser Fundus ist groß. Neben Gestaltungsoptionen enthält er potenziell auch Wirkungserfahrungen und anderes Kontextwissen. Gespeist wird der Fundus aus allem, was die Rechtsgeschichte über vergangene und die Rechtsvergleichung über gegenwärtige Ordnungen zu sagen haben. Ständig kommt neues Wissen hinzu, mehr wohl, als verloren wird. Also wächst der Fundus, und auch die Zugänglichkeit solchen Wissens dürfte sich stetig verbessern in einer zunehmend vernetzten Welt.

Angesichts dessen sollten Rechtstransfers – weit verstanden als Vorgänge, bei denen die Entstehung von Normen in einer bestimmten Ordnung beeinflusst wird von der Kenntnis bereits bestehender ähnlicher Normen in einer anderen – schon seit jeher verbreitet und inzwischen geradezu ubiquitär sein. Dem entspricht es, wenn Alan Watson schon vor einem halben Jahrhundert postulierte, dass Fortschritt im Recht im Wesentlichen auf solche Transfers zurückgehe,¹ und wenn Thomas Duve seinem Forschungsprogramm explizit ein Verständnis der Rechtsgeschichte als eines „fortwährenden Prozesses diachroner und synchroner ‚Übersetzung‘“ zugrunde legt.²

Auch wenn Rechtstransfers seit langem Thema wissenschaftlicher Auseinandersetzungen sind und spätestens seit der Zeit, aus der auch Watsons Äußerung stammt, ein kontinuierlicher Fachdiskurs hierüber geführt wird, so hat das Phänomen doch insgesamt, gemessen an seiner Bedeutung, erstaunlich wenig Beachtung erfahren. Wer sich etwa mit der Veränderung, Entwicklung oder Evolution des Rechts befasst, kommt, so sollte man meinen, kaum aus, ohne Rechtstransfers als Faktor zu berücksichtigen. Ansätze, die ihn einbeziehen, findet man dennoch selten.³ Vielleicht steht es der Erkenntnis solcher Beeinflussung des Neuen durch das bereits Bestehende im Weg, wenn das Recht – entsprechend gängiger demokratischer Idealisierungen – als ein in Ausübung kollektiver Autonomie und mithin frei gesetztes aufgefasst wird. Allzu leicht kann so das normative Ideal zur auch analytisch unhintergehbaren Prämisse überhöht werden.

1 Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, 1974; ähnlich auch Rodolfo Sacco, Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law, American Journal of Comparative Law 39 (1991), S. 1 ff., 4, der Transfers bezeichnet als „the wheels that keep legal progress rolling“.

2 Wörtlich: „the intention to consider legal history as a constant diachronic and synchronic process of ‘translation’“ (Hervorhebung im Original); vgl. Duve, European Legal History – Concepts, Methods, Challenges, S. 29 ff., 32, in: ders. (Hrsg.), Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches, 2014.

3 Eine Ausnahme bildet der frühe, freilich auch eher skizzenhafte Theorieansatz von Alan Watson, Comparative Law and Legal Change, The Cambridge Law Journal, 37, (1978), S. 313 ff.; vgl. dazu in jüngster Zeit im Rahmen eines breiteren Konzepts auch Liam McHugh-Russel, Limits of Legal Evolution: Knowledge and Normativity in Theories of Legal Change, 2019.

Auch wenn man diese relative Missachtung von Rechtstransfers schon in theoretischen Perspektiven auf das Recht als Manko empfinden mag, so ist in der Praxis die geringe Durchdringung des Themas noch deutlich stärker spürbar. Zwar wird häufig ganz gezielt auf Rechtstransfers gesetzt, wenn es um einzelne Reformen oder auch tiefgreifende Transformationen geht. Zugleich jedoch liest man allenthalben von gescheiterten Transfers, und es besteht eine entsprechend große Unsicherheit hinsichtlich der Bedingungen, unter denen sie gelingen können. Offenbar fehlt es nicht nur an Beachtung für das Phänomen der Rechtstransfers, sondern auch an verwertbarem Wissen darüber.

B. Das Wissen über Rechtstransfers

Diesen Befund gilt es zu differenzieren. Es ist keineswegs so, dass die einschlägige Literatur bislang keine Erträge gebracht hätte.⁴

So ist zunächst bereits die Rechtsvergleichung, die nicht umsonst gemeinhin als Mutterdisziplin der Rechtstransferforschung gilt,⁵ zu einem großen Teil darauf ausgerichtet, Rechtstransfers vorzubereiten. Was schließlich sollte sonst gemeint sein mit „Lösungsimport“, einem der klassischen Ziele der Rechtsvergleichung?⁶ Freilich geht es dabei meist lediglich darum, normative Gestaltungen, die in einer Ordnung identifiziert und idealiter auch in ihrem sozialen Wirkungskontext untersucht wurden, einer anderen Ordnung als Reformoptionen anzudienen. Naturgemäß gehen jedenfalls akademische Arbeiten selten darüber hinaus, bleiben also buchstäblich dort stehen, wo der Transfer begänne.

Die eigentliche Rechtstransferliteratur hat demgegenüber zunächst eine stark terminologische Dimension. Man versucht, den Gegenstand auf einen passenden Begriff zu bringen. Zuweilen ist das bemerkenswert kontrovers, aber jedenfalls auch erfreulich facettenreich: Diffusion, Replikation, Rezeption, Translation, Transplantation, Zirkulation – die im Umlauf befindlichen Varianten betonen unterschiedliche, aber doch jeweils durchaus hervorhebenswerte Merkmale des Betrachtungsgegenstands.⁷ Regelmäßig wird dabei auch das Prozesshafte unterstrichen, also die Bedeutung all dessen, was dem Akt des In-Geltung-Setzens transferierten Rechts vorausgeht und nachfolgt. Da ist dann etwa von Appropriation, Irritation und Adaption die Rede – und allgemeiner von den Wechselwirkungen der neue(n) Norm(en) mit ihrem Umfeld, wobei je nach Blickwinkel politische,

4 Im Hinblick auf seinen beschränkten Umfang kann der vorliegende Beitrag nur mit selektiven Nachweisen arbeiten. Für eine zwar auch nicht vollständige, aber doch deutlich umfassendere Skizze des Forschungsstandes sei verwiesen auf Graser, *Rechtstransfer: Begriffe, Kontexte und Deutungen – Ein kartographischer Versuch*; in: Hekimler (Hrsg.), *Festschrift für Otto Kaufman*, Istanbul 2021.

5 Dieser Zuordnung entsprechend findet sich etwa die lesenswerte Bestandsaufnahme von Michele Graziadei, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2007, S. 444 ff.

6 Für eine sehr differenzierte Darstellung zu den diesem und weiteren Zielen vgl. Uwe Kischel, *Rechtsvergleichung*, 2015, S. 47 ff.

7 Darstellend und m. w. N. Graser (Fn. 4); kritisch zur eingesetzten Metaphorik etwa Lena Foljanty, *Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor*, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 2015, S. 89 ff.; auch Duve (Fn. 2), S. 58 f., beklagt, dass manche der eingesetzten Begriffe zwar Erklärung verheißen, aber dann doch nur Beschreibung leisten würden.

soziale und ökonomische Rahmenbedingungen, Institutionen oder Akteure im Mittelpunkt stehen. In der Zusammenschau ergibt sich aus diesen Betrachtungen ein höchst differenziertes Instrumentarium, um Rechtstransfers nuanciert wahrzunehmen.

Dessen Anwendung freilich ist anforderungsreich, was sowohl Betrachtungszeitraum und -tiefe, als auch die Vielfalt disziplinärer und methodischer Zugriffe angeht. In Untersuchungen einzelner Rechtstransfers wird das vorhandene konzeptionelle Spektrum deswegen nur selten ausgeschöpft. Solche Untersuchungen machen im Übrigen einen beträchtlichen Anteil der Rechtstransferliteratur aus. Auch wenn das Gros der Transfers unbeachtet, vielleicht sogar unbemerkt, jedenfalls aber unbeschrieben bleibt, sind doch schon viele Transfers eingehend untersucht worden. Meist sind es nicht die kleinen, diffusen Beeinflussungen durch „fremde“ Normen, denen nachgespürt wird, sondern jene, bei denen planmäßig klar umgrenzte Normenkomplexe transferiert wurden. Auch sind die Transfers, über die geschrieben wird, oft Teil umfassender Transformationsprozesse – etwa in Nachkriegskonstellationen, im Bereich der Entwicklungspolitik oder bei tiefgreifenden Systemwechseln wie der postsozialistischen Transformation. Man kann aus diesen Betrachtungen zunächst natürlich viel über die Kontextabhängigkeit speziell des betrachteten Transfers lernen, und allgemeiner über die Vieltätigkeit solcher Prozesse. Nicht selten werden in solchen Beiträgen überdies Schlüsse gezogen darüber, wie der Gegenstand terminologisch adäquat zu erfassen ist und welche Faktoren maßgeblich und deswegen in Betrachtungen einzu beziehen sind. Darüber hinaus gehende erklärende Ambitionen werden in solchen zumeist als Studien einzelner Fälle konzipierten Beiträgen allerdings selten verfolgt.

Ein wiederkehrendes Thema der Literatur sind ferner Rechtstransfers, die in dem Sinne „fehlgeschlagen“ sind,⁸ dass sie im Ergebnis nicht den Erwartungen maßgeblich beteiligter Akteure entsprechen. Gerade solche Beispiele wären dazu angetan, dem Bedürfnis der Praxis nach Anleitung nachzukommen.⁹ Ähnliches gilt für die zuweilen publizierten Erfahrungsberichte zentraler Akteure des Rechtstransfers,¹⁰ wobei es darin natürlich regelmäßig keinen entsprechenden Fokus auf Negativbeispiele zu verzeichnen gibt. Freilich wird auch in solchen Beiträgen der Frage nach Wirkungen und Wirkungsbedingungen von Rechtstransfers ganz überwiegend in allenfalls anekdotischer Form nachgegangen.

Dass hierüber auch einmal allgemeinere Aussagen getroffen oder auch nur angestrebt würden, bleibt die Ausnahme. Ein Beispiel ist Pierre Legrands vielzitierte

8 Exemplarisch Ahmad Alshorbagy, On the Failure of a Legal Transplant: The Case of Egyptian Takeover Law, *Indiana International and Comparative Law Review* 22, (2012), S. 237 ff.

9 Mit einer Systematisierung der Grade an Vorkehrungen gegen solches Scheitern Ádám Fuglinszky, Legal Transplants: Snapshots of the State of the Art and a Case Study from Central Europe – Post Transplantation-adjustment of Contractual Liability in the New Hungarian Civil Code, *European Review of Contract Law*, 16 (2020), S. 267 ff.; für einen weiteren systematisierenden Ansatz vgl. John Jupp, Legal Transplants as Tools for Post-Conflict Criminal Law Reform: Justification and Evaluation, in: *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 3 (2014), S. 381 ff.

10 Exemplarisch etwa Rolf Knieper, Möglichkeit und Grenzen der Verpflanzbarkeit von Recht: Juristische Zusammenarbeit aus der Sicht eines Beraters, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 72 (2008), S. 88 ff.

These von der Unmöglichkeit jeglichen Transfers¹¹ – eine ebenso hellsichtige wie theoretisch fundierte Beobachtung, deren Nutzen sich freilich in der Provokation gegenüber allzu naiven Übertragungshoffnungen erschöpft. Etwas weniger kategorisch, aber noch immer von hohem Abstraktionsgrad sind jene Spekulationen über mehr oder weniger transfergeneigte Rechtsgebiete, die Otto Kahn-Freund bereits Anfang der Siebzigerjahre angestellt hat.¹² Seither wurde dieser Gedanke zwar hin und wieder aufgenommen und um weitere Spekulationen ergänzt,¹³ aber doch nie zur Grundlage gründlicher Untersuchungen gemacht.

Nun gehört es traditionell auch nicht zu den Zielen juristischer Literatur, derlei Hypothesen systematisch zu testen oder auch nur testbare Hypothesen zu formulieren. Und so sind die relativ wenigen dahingehenden Impulse in der Rechtstransferliteratur aus anderen Disziplinen hervorgegangen, die auch mit quantitativen Methoden und großen Fallzahlen operieren. In der einschlägigen Literatur hat insofern vor allem jener Zusammenhang großes Interesse auf sich gezogen, der bestehen könnte zwischen einerseits dem Gelingen von Rechtstransfers und andererseits der Zugehörigkeit einer Rechtsordnung zu bestimmten Rechtskreisen – oder „Legal Origins“, um in der ursprünglichen Diktion zu bleiben.¹⁴ Inwieweit hier aber tatsächlich Korrelationen bestehen und wie sie sich gegebenenfalls erklären, wird höchst kontrovers diskutiert.¹⁵ Das dürfte vor allem mit der enormen Flughöhe dieser Betrachtungen zu tun haben, von der aus sich womöglich nur allzu allgemeine Aussagen treffen lassen.

C. Richtungen künftiger Rechtstransferforschung

Die in der Praxis allgegenwärtigen Rechtstransfers sind bislang noch kaum theoretisiert. Um solche Orientierung zu bieten, hätte die Rechtstransferforschung noch einige Schritte vor sich. Wie die vorangegangene Skizze gezeigt hat, ist das bestehende Wissen einerseits in dem Sinne „zu theoretisch“, als die hohe konzeptionelle Differenziertheit der Diskussion bisher zu selten in empirischen Studien fruchtbar gemacht worden ist. Dafür bedürfte es, wie gesehen, weit ausgreifender Fallstudien, die unterschiedliche disziplinäre Perspektiven und methodische Ansätze kombinieren, und zwar mit dem Ziel, nicht nur zu immer größerer begrifflicher Nuanciertheit aufzusteigen, sondern vor allem auch Gesetzmäßigkeiten zu identifizieren. Denn unser Wissen über Rechtstransfers müsste andererseits auch

11 The Impossibility of “Legal Transplants”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4 (1997), S. 111 ff.

12 On Uses and Misuses of Comparative Law, *The Modern Law Review*, 37 (1974), S. 1 ff.

13 Zum Verfassungsrecht etwa Angelika Nußberger, Verfassungsrechtstransfer von West nach Ost: Illusion, Desillusion, in: *Osteuropa*, Vol. 60, 2010, S. 81 ff.

14 Grundlegend zur sog. „Legal Origins Thesis“ Rafael La Porta et al., Law and Finance, in: *Journal of Political Economy*, 106 (1998), S. 1113 ff.

15 Zur weiteren Diskussion vgl. statt vieler zunächst die methodisch ähnlich abgeleiteten (Gegen-)Thesen von Katharina Pistor et al., Economic Development, Legality, and the Transplant Effect, in: *European Economic Review*, 47, (2003), S. 165 ff.; sodann aus Perspektive der Rechtsvergleichung Ralf Michaels, Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law, *American Journal of Comparative Law*, 57 (2009), S. 765 ff.; sowie die relativierende (Selbst-)Reflektion von Rafael La Porta et al., The Economic Consequences of Legal Origins, *Journal of Economic Literature*, 46 (2008), S. 285 ff.

dringend „theoretischer“ werden, nämlich in dem Sinne, dass über die Deskription hinaus kausale Zusammenhänge immerhin hypothetisch postuliert und idealiter dann auch verifiziert werden sollten. Um solche Hypothesen zu generieren, bieten sich neben Fallstudien der genannten Art auch Vergleiche zumal solcher Transferprozesse an, die weitgehende Ähnlichkeiten aufweisen und so die Isolation einzelner Wirkmechanismen erlauben. Darüber hinaus haben natürlich auch large-n-Ansätze ihre Berechtigung – und vermutlich umso größere Ertragschancen, wenn sie aus der rechtswissenschaftlichen Transferforschung gewonnene Thesen aufgreifen können oder doch zumindest unter Einbezug der Kenntnisse auch des juristischen Mikrokosmos entwickelt werden.

Kurz: Die Rechtstransferforschung könnte sich, jedenfalls soweit es um ihren rechtswissenschaftlichen Strang geht, um eine stärker empirische Befassung mit ihrem Gegenstand bemühen. Dafür müsste sie sich den anderen Sozialwissenschaften sowie deren Methoden öffnen – freilich ohne ihnen das Feld gänzlich zu überlassen.¹⁶ Eine in diesem Sinne praxisgeleitete Theorie könnte womöglich nicht nur unser Wissen mehren, sondern auch den Weg zu einer theoriegeleiteten Praxis eröffnen.

Die hier formulierten Forschungsdesiderate bestehen nicht zuletzt auch speziell im Sozialrecht. Transfers gibt es auch in diesem Bereich viele, aber erzählt wird davon kaum. Das mit der vorliegenden Ausgabe der ZIAS gefeierte Max-Planck-Institut ist in seinen inzwischen über vier Jahrzehnten sozialrechtlicher Forschung selbst Teil vieler „Rechtstransfergeschichten“ geworden: Zahllose ausländische Wissenschaftler:innen haben in rezeptionsvorbereitender Absicht am MPI geforscht; immer wieder waren umgekehrt Mitarbeitende des Instituts im Ausland beratend in Reformprozesse eingebunden, besonders im Kontext der postsozialistischen Transformation und der fachlichen Begleitung von der Rechtsanpassungen in EU-Beitrittsstaaten. Vielleicht ergibt es sich ja, dass dieser Schatz einmal gehoben und die Erfahrungen auch für die Rechtstransferforschung fruchtbar gemacht werden können.

16 Mit ähnlichem Tenor Michaels, *ibid.*