ISSN 0930-861X

Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht

ZIAS 2018 Heft 2

ZIAS

2/2018
32. Jahrgang
Seiten 97–248

Zum Gedenken an Bernd Baron von Maydell

C.F. Müller

Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS)

Heft 2, 32. Jahrgang 2018, Seiten 97–248

Abhandlungen

Zum Gedenken an Bernd Baron von Maydell
Von Ulrich Becker, München 97

Bernd Baron von Maydell – Der Professor, der Zeit, Raum und unsere Leben prägte
Von Nada Bodiroga-Vukobrat, Rijeka † 102

Die Sozialversicherung als Sprengsatz der Demokratie: Greift das Bundesverfassungsgericht ein?
Von Jürgen Borchert, Berlin 106

Arbeitsrechtliche Fragen der Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen in Inklusionsbetrieben
Von Mario Eylert, Erfurt 115

Armutspolitik à la mode – Von Entgrenzungsängsten und Arbeitsanreizen, Fürsorgewürdigkeit und Automatisierungsträumen
Von Alexander Graser, Regensburg 126

Immer noch und immer wieder – Streit um den Status von DRK-Krankenschwestern – Überlegungen nach der Lektüre einer Entscheidungsanmerkung Bernd von Maydells
Von Andreas Hänlein, Kassel 136

Alterssicherung von Frauen und Gender Pension Gap in Deutschland
Von Eva Maria Hohnerlein, München 143

Einige Randbemerkungen zum neuen polnischen Gesetz für Hochschulwesen und Wissenschaft
Von Urszula Jackowiak, Gdańsk 156

Soziale Sicherung für Arbeitsimmigranten: Besteht eine Notwendigkeit neuer Regeln für die geltenden Rechtsvorschriften?
Von Yves Jorens, Gent 160

Sozialstaat reloaded – Der Wandel von Sozial- und Gesundheitsrecht im Lichte internationaler Entwicklungen
Franz Knieps, Berlin 172

Die Zukunft der Sozialhilfe zwischen letztem Auffangnetz, Workfare und bedingungslosem Grundeinkommen – Fragen an den Rechtsvergleich
Ute Kötter, München 184

Arbeits- und Sozialrecht zusammen gedacht: Zur Notwendigkeit, beide Rechtsgebiete stärker miteinander zu verbinden
Ralf Kreikebohm, Braunschweig 196

Pflegeversicherung in Japan
Von Miyoko Motozawa, Tsukuba 205

Von Versailles über Genf nach Straßburg – Sozialstandards als Menschenrechtsgarantien
Von Angelika Nußberger 215

Zwischen Sozialrecht, Privatrecht und europäischem Recht – Ausländische Anwartschaften im Versorgungsausgleich am Beispiel griechischer Altersrenten
Von Hans-Joachim Reinhard, Fulda 227

Gedanken zur Bestimmung des anwendbaren Rechts im europäischen Arbeitsrecht und im europäischen Sozialrecht
Von Heinz-Dietrich Steinmeyer, Münster 239

Mitarbeiter des Heftes 248

(Fortsetzung auf der dritten Umschlagseite)

Zum Gedenken an
Bernd Baron von Maydell

*** 19. Juli 1934**

† 3. Mai 2018

I.

Es war Ende 1971, als sich *Bernd von Maydell* an der Universität Bonn habilitierte – und zwar für die Fächer Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Recht der sozialen Sicherheit. Nachdem er seinen Vortrag vor der Fakultät zu einem sozialrechtlichen Thema gehalten hatte, wurde er von einem Kollegen, der in der Republik hohes Ansehen genoss, mit durchaus ernster Stimme gefragt. „So, Sie wollen sich also dem Sozialrecht widmen? Warum wollen Sie auf einem Esel reiten, wenn Sie auch auf einem Pferd unterwegs sein können?“ *Bernd von Maydell* wäre die Antwort auf die Frage leicht gefallen. Er war nicht nur völlig frei von Allüren und Vorurteilen. Er beschäftigte sich auch aus voller Überzeugung mit dem Sozialrecht, in gewisser Weise gerade deshalb, weil es etwas näher am Boden zu sein scheint. Er verstand das Sozialrecht immer als ein Recht mit besonderer Funktion, ein Recht, dessen Ziel es ist, Antworten auf soziale Fragen zu geben, Zusammenleben wie Freiheitsentfaltung zu ermöglichen und Zugehörigkeiten mit zu prägen. Dieses besondere Interesse *Bernd von Maydells* dürfte nicht zuletzt durch seinen biografischen Hintergrund gespeist worden sein. Aus altem baltischen Adel stammend, wurde seine Familie vom Krieg und von den politischen Umwälzungen, die in seiner Kindheit in Osteuropa stattfanden, stark getroffen und gleich zweimal Richtung Westen getrieben: zunächst 1939 nach Posen und dann, 1945 und nur wenige Jahre nach seiner Einschulung, nach Hessen.

Bernd von Maydell machte es sich also zur Aufgabe, das tatsächlich manchmal etwas störrische Sozialrecht zu zähmen und ganz grundlegend zu erforschen. Er tat das zunächst an der Freien Universität Berlin, wo er bis 1981 einen Lehrstuhl für Sozialrecht innehatte, und später an seiner *Alma mater* in Bonn, zu der er 1981 zurückgekehrt war als Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und das Recht der sozialen Sicherheit. 1992 wurde er zum Wissenschaftlichen Mitglied der Max-Planck-Gesellschaft berufen und übernahm das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht. Es war damals – wie im Übrigen noch bis 2011 und seiner Umbenennung in Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik – ein „Ein-Direktoren-Haus". In einem solchen Haus prägt ein neuer Direktor eine ganze Phase des Instituts. *Bernd von Maydell* setzte neue Akzente, wie er sich ohnehin in vielerlei Hinsicht von seinem Vorgänger, dem Gründungsdirektor *Hans Zacher*, unterschied. Das betraf den fachlichen Hintergrund, aber auch die Arbeitsweise und die Ziele der wissenschaftlichen Forschung.

II.

Prägend für *Bernd von Maydells* fruchtbare wissenschaftliche Tätigkeit waren über einen Zeitraum von vielen Jahren hinweg und ungeachtet der großen Breite seines Werkes vor allem zwei Schwerpunkte und Interessen.

1. Erstens hatte *Bernd von Maydell* bereits zu Beginn seiner wissenschaftlichen Karriere begonnen, die internationale und europäische Dimension des Sozialrechts in seine Arbeit einzubeziehen und besonders zu betonen. Pionierarbeiten betrafen etwa die Koordinierung europäischer Sicherungssysteme in Europa und die Bedeutung völkerrechtlicher Vorgaben für die Ausgestaltung dieser Systeme.

Auf diese Weise beschäftigte er sich schon sehr früh und in Zeiten, in denen die deutsche Rechtswissenschaft noch ganz auf die Erforschung der nationalen Rechtsordnung ausgerichtet war, mit dem Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft bzw. später der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union ebenso wie mit dem Sozialvölkerrecht. Er gehörte zu den ersten Arbeits- und Sozialrechtlern, die den Einfluss der europäischen Integration wahrnahmen und insbesondere verstanden, welche Wirkung in einem sich bildenden Binnenmarkt die europäischen Grundfreiheiten auf das nationale Recht entfalten können. *Von Maydell* suchte zur Erforschung der Entwicklung von Anfang an auch den Austausch mit Wissenschaftlern aus anderen Ländern und arbeitete an der Etablierung von Netzwerken, und zwar lange bevor Networking zu einem Ziel europäischer Forschungsförderung werden konnte, lange bevor erste Schritte unternommen wurden, um das europäische Recht zumindest schrittweise in die Juristenausbildung einzubeziehen, und auch lange bevor der Wissenschaftsrat die deutsche Rechtswissenschaft mahnte, stärker internationale Dimensionen in ihre Tätigkeiten einzubeziehen.

Zugleich blieb *Bernd von Maydell* aber auch in der deutschen Arbeits- und Sozialrechtswissenschaft präsent. Er beherzigte den wichtigen, jedoch in der Praxis sehr schwer einzuhaltenden Grundsatz, dass auswärts nur punkten kann, wer auch in den Heimspielen brilliert und sich dort seine Substanz erarbeitet. Er begleitete intensiv den Prozess der Kodifizierung des deutschen Sozialrechts, entwickelte die dogmatischen Grundlagen seiner Fächer durch zahlreiche Aufsätze wie Kommentierungen unterschiedlicher Gesetze fort und entfaltete eine breit angelegte Vortrags- und Beratungstätigkeit. Das von ihm mitkonzipierte und mitherausgegebene Sozialrechtshandbuch bezeugt seine Fähigkeit, das Sozialrecht in seinen vielfältigen Erscheinungsformen und seinen interdisziplinären Bezügen zu überblicken, und dabei nicht nur fachlich Zusammengehörendes, sondern ebenso einen Kreis hochrangiger Autoren aus Wissenschaft und Praxis zusammenzuführen. Zu vielen aktuellen Rechtsfragen hat *Bernd von Maydell* zudem Lösungsvorschläge unterbreitet, immer auf der Grundlage nüchterner Analysen, eines fundierten und bewundernswert breiten Wissens, genauer Aufarbeitung des Kenntnisstands und guten Gespürs für die Möglichkeiten der Weiterentwicklung.

2. Zweitens war *von Maydell* in besonderem Maße bemüht, rechtswissenschaftliche Grundlagenarbeit für die Praxis nutzbar zu machen. Er wollte den Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis fördern, und zwar auch in diesem Zusammenhang nach Möglichkeit über nationale Grenzen hinweg.

Dementsprechend wichtig und erkenntnisvermittelnd war ihm seine Mitgliedschaft in der Expertenkommission der Internationalen Arbeitsorganisation, einer Kommission, die eine wichtige Rolle bei der Überwachung internationaler Standards des Arbeits- und Sozialrechts spielt. *Bernd von Maydell* gehörte ihr seit 1983 bis fast zu seiner Emeritierung an.

Aber auch an anderer Stelle widmete er sich der Vermittlung zwischen Wissenschaft und Praxis und dem wissenschaftlichen Austausch über den Tellerrand der nationalen Rechtsordnung hinaus, insbesondere als Mitglied der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentags, als Mitglied des Vorstands der Gesellschaft für Rechtsvergleichung und als Vorsitzender der Deutschen Sektion der Internationalen Gesellschaft für das Recht der Arbeit und der sozialen Sicherheit, ebenso als Abteilungsvorstand für das Sozialversicherungsrecht im Deutschen Verein für Versicherungswissenschaft und als stellvertretender Vorsitzender der Gesellschaft für Versicherungswissenschaft und -gestaltung.

3. Dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht brachte die Direktorenzeit *Bernd von Maydells* vor allem eine inhaltliche und räumliche Ausweitung der internationalen Aktivitäten. Zugleich widmeten sich die Institutsprojekte auf der Grundlage langjähriger Expertise neuen Entwicklungen und Herausforderungen, die sich in den 1990er Jahren als Folgen politischer Umbrüche wie gesellschaftlicher Veränderungen stellten.

Ein Schwerpunkt seiner Forschung lag auf der wissenschaftlichen Begleitung der Transformation mittel- und osteuropäischer Staaten, deren Sozialstaatlichkeit nach dem Fall der Berliner Mauer neu begründet und aufgebaut werden musste. Hier war es erforderlich, Lösungen für dringende sozialpolitische Anliegen theoretisch fundiert und vor dem Hintergrund verschiedener, durch ganz unterschiedliche Grundvorstellungen geprägter Phasen der historischen Entwicklungen herauszuarbeiten, immer zugleich mit Blick auf den international erreichten Stand der Erkenntnisse, die Einbindung in den europäischen Zusammenhang und das in den betroffenen Ländern Umsetzbare. Mehrere Projekte, deren Ergebnisse in Form von Monographien veröffentlicht worden sind, beschäftigten sich mit den dadurch aufgeworfenen Fragen. *Bernd von Maydell* beließ es aber nicht bei einer wissenschaftlichen Beschäftigung. Er war vielmehr als Berater vor Ort tätig und stellte seine Expertise verschiedenen Regierungen und internationalen Organisationen zur Verfügung. Dass ihm das ein besonderes persönliches Anliegen war, ist sicher auch biographisch bedingt. Ausdruck der Anerkennung für sein großes Engagement und der ihm entgegengebrachten Wertschätzung ist die Ehrendoktorwürde, die ihm 2013 von der Universität Danzig verliehen worden ist.

Ein weiterer Schwerpunkt der von *Bernd von Maydell* am Institut verfolgten Aktivitäten betraf die Zusammenarbeit mit japanischen Wissenschaftlern und Praktikern in Zeiten großer Sozialrechtsreformen. Sie erlaubte einen Einblick in die Bedeutung unterschiedlicher Rechtskulturen für die Anlage der jeweiligen Sozialstaatlichkeit, etwa am Beispiel des Familienrechts und der Familienförderung oder bei der Untersuchung der rechtlichen Stellung und sozialen Unterstützung von Menschen mit Behinderungen. Solche Einblicke waren vor allem deshalb möglich, weil *Bernd von Maydell* einen intensiven Austausch von Wissen und Erfahrungen mit großem Einsatz über lange Jahre pflegte. Die Kooperation erlaubte es zugleich, vergleichende Erkenntnisse für praktische Zwecke fruchtbar zu machen. So wurde von Seiten des Instituts die Entwicklung der japanischen Pflegeversicherung, die vor allem in ihrer Einführungsphase auf das ebenfalls noch sehr junge deutsche Vorbild stark Bezug nahm, intensiv wissenschaftlich und beratend begleitet. Insgesamt war auch dieser Austausch breit angelegt und bezog eine Reihe von weiteren, etwa das Krankenversicherungsrecht betreffenden Fragen ein. *Bernd von Maydells* Tätigkeit und die von ihm erzielten Ergebnisse wurden nicht zuletzt in Japan hoch geschätzt und durch die Verleihung des japanischen Ordens des Heiligen Schatzes gewürdigt.

III.

Bernd von Maydell war nicht nur ein hervorragender Wissenschaftler. Er war zugleich ein toleranter, sozial engagierter, um das Wohl seiner Mitmenschen besorgter Ratgeber – und er war ganz offensichtlich ein äußerst beliebter wissenschaftlicher Lehrer. Seine Schüler besetzen in Deutschland und ebenso

auf internationaler Ebene bis heute viele wichtige Schaltstellen des Arbeits- und Sozialrechts – das kann an dieser Stelle von einem, der nicht selbst zu diesem Kreis gehört, ganz unvoreingenommen hervorgehoben werden. Sie tun das, die Anlage der *von Maydell*'schen Aktivitäten widerspiegelnd, in allen Bereichen und mit verschiedensten Funktionen: auf Lehrstühlen, als Abteilungsleiter in Ministerien, als Vorstände und Geschäftsführer von Sozialversicherungsträgern, als Richter(innen) am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, am Bundesarbeitsgericht und am Bundessozialgericht sowie als Präsidenten von deutschland- wie weltweit tätigen Verbänden.

So ist zweifellos eines der bleibenden und ganz besonderen Verdienste *Bernd von Maydells*, dass der „sozialrechtliche Esel" nicht nur an Anmut und Ansehen gewonnen hat, sondern dass er heute auch so häufig und gekonnt geritten wird wie niemals zuvor.

Ulrich Becker

Nada Bodiroga-Vukobrat †, Rijeka

Bernd Baron von Maydell – Der Professor, der Zeit, Raum und unsere Leben prägte

Es gibt Augenblicke im Leben, die geschehen, obwohl man dachte, sie würden nie kommen. Wenn jemand stirbt, den man liebt und achtet, dann verliert man ein Stück von sich selbst. So war es auch mit dem Hinscheiden eines jener Menschen, die – neben meinen verstorbenen Eltern – mein berufliches Leben entscheidend prägten.

Professor Maydell war mein moralisches, intellektuelles und menschliches Vorbild. Ich wurde in Mostar, Bosnien-Herzegowina, geboren. In Deutschland kam ich nach Mainz zu Professor Konzen und seinem damaligen Mitarbeiter, dem heute in Würzburg beheimateten Prof. Weber. In meiner Heimat wütete zu jener Zeit Krieg, Zerstörung und Aggression. Als ich mit Professor Konzen über diese Themen sprach, erfuhr ich von ihm, dass es in Deutschland eine Person gebe, die sich für soziale Fragen interessiere, nämlich Prof. Bernd von Maydell, den Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht in München.

Die Bekanntschaft mit Professor von Maydell entwickelte sich mit den Jahren zu einem besonderen, menschlichen und professionellen Verhältnis, denn Professor von Maydell mochte die Menschen und glaubte an menschliche Güte und Würde.

Ich habe es seiner Menschlichkeit, Güte und seiner Unterstützung zu verdanken, dass ich heute Universitätsprofessorin bin. Der Aufenthalt am Max-Planck-Institut war Chance und Wendepunkt, der meine wissenschaftliche Karriere erst möglich machte. Schon unsere erste Begegnung war geprägt von tiefem menschlichem Verständnis. Ich kam nicht nur in den Genuss eines Stipendiums der Max-Planck-Gesellschaft, er gab mir auch den Glauben an die Menschen, die Menschlichkeit, Freundschaft und den Glauben an die Idee der Sozialrechte und die Bedeutung des Sozialstaats zurück. Am Institut wurde ich von Frau Dr. Eva Maria Hohnerlein und Christiane Hensel besonders freundlich und gütig aufgenommen.

Professor von Maydell öffnete mir seine Seele, nahm mich in seine Privatsphäre auf und leitete eine große Freundschaft ein. Darin spielte seine gesamte Familie mit Frau Christamaria, Tochter Renate und den Söhnen Boris und Olaf eine große Rolle.

Der Aufenthalt am MPI bedeutete für mich einen menschlichen und wissenschaftlichen Neuanfang und großen Fortschritt. Eine besondere Qualität erhielt unsere Beziehung aufgrund meiner bereits seit 15 Jahren andauernden lebensbedrohlichen Krankheit. Jedes einzelne unserer Gespräche bedeutete menschliche, freundschaftliche, zutiefst aufrichtige und warmherzige Unter-

---

† Die Verfasserin verstarb am 21. März 2019 im Alter von 59 Jahren. Dieser Beitrag ist ihre letzte Publikation.

stützung. Der Aufenthalt am MPI ermöglichte mir gute Arbeitsbedingungen, geistige Entfaltung und die Freundschaft und Zusammenarbeit mit Prof. Bernd von Maydell.

Wenn ich ungewöhnliche Ideen hatte, pflegte Bernd zu sagen: „Denk drüber nach, es ginge auch so …“, und war mir stets ein treuer Berater. Nach dem Fall der Mauer war es Professor von Maydell klar, dass die Länder Mittel- und Osteuropas Probleme mit den Sozialrechten haben würden.

„Die Probleme und Kosten der wirtschaftlichen Wende schwinden, aber die Unzufriedenheit über die politischen Prozesse der politischen Demokratisierung wachsen. Eine breite Mehrheit der Bürger ist enttäuscht, dass ihnen die neu entstandenen Demokratien nicht das bieten, was sie erwartet hatten. Die politischen Eliten sind sich häufig nicht der Grenzen der Tragbarkeit des gesamten Systems bewusst und müssen daher die Reformen in diesem Bereich aufweichen, um soziale Spannungen oder gar Unruhen zu vermeiden. Betrachten wir die sozialen Sicherheitssysteme in diesem Kontext, so ist eine der Funktionen der sozialen Sicherheit gerade der Abbau der Prekarität für die Mitglieder einer Gesellschaft sowie die Abmilderung möglicher negativer Folgen für den Einzelnen. Soziale Sicherheit ist ein Faktor einer Gesellschaft im Wandel, d. h. es handelt sich nur um einen von vielen Bereichen der Transformation (beispielsweise neben der Privatisierung staatlicher Unternehmen, der Einführung der Marktwirtschaft, der Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit u. ä.). Die Reform der Systeme der sozialen Sicherheit, insbesondere der Renten- und Krankenversicherung muss so durchgeführt werden, dass sie sich umfassend in den Rahmen der Marktwirtschaft einfügt, der Wirtschaftsordnung gewissermaßen als Stütze dient und die Transformationsprozesse beschleunigt. Ebenso kann sie als Stabilitätsfaktor und Faktor zur Abdämpfung bestehender Unsicherheiten betrachtet werden.“[1]

Nach meiner Rückkehr in die junge unabhängige Republik Kroatien gab er mir mit seinem Namen und Ansehen Rückhalt und Unterstützung für die Idee, dem Lehrstuhl für Europäisches, Öffentliches und Sozialrecht eine europäische Dimension zu verleihen. Ohne Bernd von Maydell und seine Wärme und Güte, ohne sein Wissen und seinen Glauben an die Menschen wäre das nicht möglich gewesen. Er ermutigte mich, die Veranstaltung von Konferenzen in Angriff zu nehmen, wissenschaftliche Tagungsbände zu veröffentlichen und den Lehrstuhl weltoffen auszurichten. Wie ein guter Geist war er dabei stets an meiner Seite.

Die langen Abendgespräche entließen mich beruhigt und im Vertrauen auf das sichere Wissen und die Freundschaft meines persönlichen Schutzengels namens Bernd. Ich konnte ihn zu jeder Tages- und Nachtzeit anrufen und mit

---

1 Bodiroga-Vukobrat, N., Posebnosti reforme socijalne sigurnosti u tranzicijskim zemljama u svjetlu europskih integracija, in: Mirovinsko i zdravstveno osiguranje – nacionalne (re)forme u kontekstu europskih integracija, (Besonderheiten der Reform der sozialen Sicherheit in Transitionsländern im Lichte der europäischen Integration, In: Alterssicherung und Gesundheitswesen – nationale (Re)formen im Kontext europäischer Integration), Hg. Bernd von Maydell, Nada Bodiroga-Vukobrat, Rijeka: Digital Point, 2003., S. 133–141.

ihm Fachthemen und -literatur besprechen, aber auch meine Ängste. Seiner Beratungstätigkeit, vor allem zugunsten der Universität Rijeka, kam er unermüdlich nach.

Das Münchener MPI wurde unter Direktor Bernd von Maydell zu dem Ort, an dem man zuerst begriffen hatte, dass die Soziale Frage in den postkommunistischen Ländern zu einem „neuralgischen Punkt" werden sollte. Die Reform des Systems der sozialen Sicherung führte in den Transformationsländern zu Polemiken, aber auch zu Kompromisslösungen. Darüber hinaus war diese Reform, vor allem die der Renten- und der Krankenversicherung, aufgrund der Wende von einer durch das Fehlen des Basissystems bedingten Instabilität geprägt. Es gilt hervorzuheben, dass einzelne Autoren über die Sozialpolitik in den Transformationsländern als einem „Tal der Tränen" sprechen.[2] Andere wiederum bezeichnen die Verluste im Transformationsprozess als „political economy of patience".[3] Wie Millard treffend erkennt, gibt es Gewinner und Verlierer der Transformation. Ein Teil der Bevölkerung verarmt und lebt immer schlechter. Spezifische „Verlierergruppen" und Opfer der Transformation sind die Rentner, die Arbeitslosen und vor allem die über 45-Jährigen (Langzeitarbeitslose).[4]

Professor von Maydell war der Inbegriff der Güte, er liebte die Menschen, egal woher sie kamen. Er besaß die Fähigkeit des Zuhörens und teilte sein Wissen, seine intellektuelle Ausrichtung selbstlos mit dem Anderen, und er war stets bemüht, die beste Lösung zu finden. Freunde, heißt es, sind Gottes Segen. Es sei mir vergönnt zu sagen, Professor Bernd von Maydell war mir mehr als ein Freund – er war geistige Inspiration und überaus menschlicher, emotionaler Rückhalt. Seit er nicht mehr da ist, herrscht Leere, fehlen die Gespräche.

Zahlreiche Lehrstühle in Europa werden von seinen ehemaligen Doktoranden und Stipendiaten der Max-Planck-Gesellschaft geführt. Ohne die Unterstützung des MPI und der wundervollen Menschen, die dort tätig sind, wäre ich heute wohl nicht Ordinaria an der Juristischen Fakultät in Rijeka, Leiterin des Jean Monnet – Inter-University Centre of Excellence Opatija sowie des Postgraduiertenstudiums für Europäisches Recht und Sozialrecht. Dank einer weisen Politik in den neunziger Jahren konnte das Institut einen erfolgreichen Kern von Nachwuchswissenschaftlern heranbilden, der heute für Sachverständigengutachten im EU-Recht gefragt ist und die Zusammenarbeit mit dem MPI in München weiter pflegt.

Ohne falsche Sentimentalität darf ich sagen:

Es war mein Privileg, dem Menschen, der mein Leben professionell und menschlich prägte, beruflich und freundschaftlich verbunden zu sein.

---

2 Vgl. Dahrendorf, R., Politik, Wirtschaftt und Freiheit, Zeitschrift *Transit – Europäische Revue*, Nr. 1., 1990, S. 41.

3 Giesler, F. Transformation und Kooperation, Nomos, 1995, S. 87.

4 Millard, F., The Plight of the Elderly in Poland, in: Community Deveplopment Journal, Nr. 2., Vol. 28, 1993, S. 108–119.

Ich danke Ihnen, mein lieber Professor, dass mir die Ehre zuteil wurde, Wissen, Güte und die Schönheit intellektueller Gespräche bei Ihnen kennenzulernen, dass Sie 25 Jahre lang Teil meines und des Lebens meiner Familie waren. Danke für die Zeit, die ich mit Ihnen gemeinsam verbringen durfte.

Sie sind fort und leben weiter in unserem Gedenken, in unserer Arbeit, in den Fundamenten des Wissens, der Kollegialität und Zusammenarbeit, die Sie bei all jenen gelegt haben, denen es vergönnt war, mit Ihnen zu arbeiten und Zeit, Glück, sowie die Zukunftsvisionen einer neuen europäischen Architektur und neuer europäischer Werte zu teilen. Ihre Wärme, die Forschung im Bereich des europäischen Sozialrechts hat uns allen neue Impulse verliehen.

Danke, dass Sie Teil meines Lebens waren.

Im Rahmen der Edition „Globalisierung und Europäisierung“ im Springer Verlag erscheint (demnächst) der Professor Bernd Baron von Maydell gewidmete Band „Comprehensive Approach to Personalized Medicine – Medical, Legal and Economic Implications for Healthcare Systems“. Es ist unser Geschenk an einen großen Menschen, der Grenzen verschob und eine neue, schönere Welt schuf.

Ich schätze mich glücklich, dass ich daran Teil haben durfte. Unser letztes Telefongespräch endete mit dem Satz:

„Liebe Nada, was machen wir denn Gemeinsames im nächsten Jahr?“ Und ich sagte, wir machen etwas Außergewöhnliches, und jetzt sage ich, Sie fehlen mir, Sie außergewöhnlicher Mensch!

Jürgen Borchert, Berlin

Die Sozialversicherung als Sprengsatz der Demokratie: Greift das Bundesverfassungsgericht ein?

Inhaltsübersicht

A. Von der „Kaiserlichen Botschaft“ bis zum Zweiten Weltkrieg
B. „Existenzsicherheit in der industriellen Gesellschaft“
C. Der Aufstieg des „Wirtschaftswunder-Sozialstaats“ – und sein Fall
D. Erosion der Finanzierungsgrundlagen
E. Die Sozialversicherung als Motor der sozialen Spaltung und Grenzlinie der Zwei-Klassen-Gesellschaft
F. Das Rätsel der doppelten Kinderarmut- und seine Lösung
G. Statt vor Notlagen zu schützen, „produziert“ die Sozialversicherung sie!
H. Sozialstaat und Demokratie: Die „siamesischen Zwillinge“ und das Doppelgrab
I. Das Bundesverfassungsgericht am Zuge!

Der Abbau von Existenzängsten war von Anfang an das Ziel des deutschen Sozialstaats. Erst recht war man nach dem Zweiten Weltkrieg genauestens darüber im Bilde, was dem Extremismus zuvor Tür und Tor geöffnet hatte. Heute ist seine Neuordnung erneut überfällig. Denn der „Wirtschaftswunder-Sozialstaat“ ist aufgrund exo- wie endogener Ursachen längst gescheitert. Statt von oben nach unten umzuverteilen, bewirkt sein zentrales Aggregat „Sozialversicherung“ zunehmend das Gegenteil. Die Risiken und Notlagen, vor denen sie schützen soll, produziert die Sozialversicherung zunehmend selbst. Die daraus erwachsenden Existenzängste bedrohen die Demokratie.

A. Von der „Kaiserlichen Botschaft“ bis zum Zweiten Weltkrieg

1881–1889 ins Leben gerufen, um „die Heilung der sozialen Schäden nicht ausschließlich im Wege der Repression sozialdemokratischer Ausschreitungen, sondern gleichmäßig auf dem der positiven Förderung des Wohles der Arbeiter zu suchen“,[1] war die Sozialversicherung anfangs als Unterstützung für die Kleinfamilien der Industriearbeiter gedacht, die mit der Unterstützung ihrer Mitglieder überfordert waren. Die Risiken waren begrenzt, die Beiträge niedrig, der Reichszuschuss hoch, der „Arbeitgeberbeitrag“ anfangs ein echtes Opfer der Unternehmen. Dicht auf dem Fuße folgte dieser Reform 1891 die progressive Einkommensteuer. Die so in Gang gesetzte Umverteilung von oben nach unten verbesserte die Kaufkraftverteilung, führte zu einem selbsttragenden Aufschwung mit Lohnerhöhungen und befriedete die sozialen Konflikte. Aus der 10-Prozent-Minderheit der Industriearbeiter wurde bis zur

1 So die „Kaiserliche Botschaft“ vom 17.11.1881.

Mitte des 20. Jahrhunderts eine 80-Prozent-Mehrheit der Arbeitnehmer.[2] Der „Arbeitgeberbeitrag" mutierte zum vorenthaltenen Lohn[3] und den Reichszuschuss finanzierten die Arbeitnehmer über Verbrauchs- und Lohnsteuern zunehmend selbst.

B. „Existenzsicherheit in der industriellen Gesellschaft"

Eine Zäsur markierte der Zweite Weltkrieg, der die familiäre Basis des Systems zerstörte: Schätzungsweise vier Millionen Söhne und Ernährer waren gefallen, hunderttausende Wohnungen zerbombt, Millionen vertrieben, die Kapitaldeckung der Rentenversicherung fast vernichtet. In dieser Situation war das 1955 veröffentlichte Konzept „Existenzsicherheit in der industriellen Gesellschaft" des Mathematikers und Volkswirts Wilfrid Schreiber genial, anstelle der Millionen zerbrochenen Kleinfamilien eine soziale Großfamilie zu formen.[4] Die Altenversorgung und die Kinderversorgung sollten durch *„Generationenverträge zwischen den jeweils zwei Generationen der Erwerbstätigen einerseits und Kindern bzw. Alten andererseits"* per Umlagefinanzierung „sozialisiert" und dabei alle Erwerbstätigen einbezogen werden.[5] Die „Gaukelspiele" des Bundeszuschusses wie des Arbeitgeberbeitrages lehnte Schreiber ab. Mit dem tonangebenden Soziologen und Volkswirt Gerhard Mackenroth sah er das große neue Verteilungsproblem nicht mehr zwischen den Klassen, sondern innerhalb jeder Schicht bei den Familien: Weil nämlich die Löhne als Markteinkommen unweigerlich individualistisch verengt und blind für die Frage seien, wie viele Haushaltsangehörige zu versorgen sind, müsse der neue Umverteilungsfokus auf Familien einerseits und die „familienmäßig Ungebundenen" andererseits gerichtet werden; hier bedürfe es *„einer ganz großen Einkommensumschichtung"*.[6]

Gegen den erbitterten Widerstand Schreibers und seiner Mitstreiter setzten Kanzler Adenauer und die CDU im Wahljahr 1957 jedoch eine Rentenreform durch, bei welcher die Ruheständler die Gewinner und Familien die Verlierer wurden. Erstere erlebten ein „Sterntalermärchen", weil sie über Nacht lohnersetzende und lebensstandardsichernde Renten erhielten, ohne jemals auch nur einen Beitrag in das neue System gezahlt zu haben. Leidtragende wurden die

---

2 Zu dieser Entwicklung siehe von Maydell, Bernd, Der Wandel des Sozialversicherungssystems im allgemeinen Rechtssystem in den letzten 100 Jahren, in: Die Sozialgerichtsbarkeit 1981,413 ff.; Borchert, Jürgen, Renten vor dem Absturz, Ffm 1994, S. 41 ff.

3 Vgl. van Langendonck, Jef, Der Unsinn des Arbeitgeberbeitrags, in Winfried Boecken, Franz Ruland und Heinz-Dietrich Steinmeyer (Hg.): Sozialrecht und Sozialpolitik in Deutschland und Europa. Festschrift für Bernd Baron von Maydell, Neuwied 2002, S. 787 ff; Kirchhof, Ferdinand, Finanzierungsinstrumente des Sozialstaats, in: Mellinghoff (Hg.), Steuern im Sozialstaat (2006), S. 44: „Der Arbeitgeberanteil an den Beiträgen ist ökonomisch und rechtlich ein Lohnbestandteil des Arbeitnehmers; dies ergibt sich z. B. aus der Befreiung der Arbeitgeberbeträge von der Steuer in § 3 Nr. 62 EStG."

4 Bonn 1955, – https://de.wikipedia.org/wiki/Wilfrid_Schreiber#cite_note-1.

5 A. a. O., S. 29: *„Vollmitglied der Rentenkasse des deutschen Volkes ist kraft Gesetzes jeder Bürger der Deutschen Bundesrepublik, der – als Arbeitnehmer oder Selbständiger – Arbeitseinkommen erzielt."*

6 Gerhard Mackenroth, Die Reform der Sozialpolitik durch einen deutschen Sozialplan in: Böttcher, Erik (Hg.), Sozialpolitik und Sozialreform, Tübingen 1957, S. 43 ff. (60 f.); ebenso Schreiber, a. a. O. (Fn. 4), S. 8.

Familien: Um die Beitragszahler nicht zu überfordern, amputierte Adenauer die „Kindheits- und Jugendrente“. Die Beschränkung auf die Arbeitnehmerschaft, die Lohnbasierung, der Bundeszuschuss, der Arbeitgeberbeitrag und die Versicherungsterminologie blieben entgegen Schreiber, der totale Transparenz für entscheidend hielt, beibehalten.

Damit war die Versorgung der Ruheständler sozialisiert, die Kinderlasten jedoch mussten weiter privat getragen werden, obwohl im neuen System die einzige Vorsorge der sozialen Alterssicherung – ob in der Renten –, Kranken – oder Pflegeversicherung – im Aufziehen der Kindergeneration bestand. Etabliert wurde so ein System der „Transferausbeutung der Familien“[7]: Eltern mussten fortan auf ihre Privatkosten die Altersvorsorge für ihre kinderlosen Generationsteilnehmer „auf die Beine stellen“. Vergebens warnten Schreiber und seine Mitstreiter, dass diese asymmetrische Verteilungsordnung Familien überfordern, die Geburtenrate einbrechen und das gesamte System kollabieren werde.[8]

C. Der Aufstieg des „Wirtschaftswunder-Sozialstaats“ – und sein Fall

Die schweren Mängel des Systems blieben lange Zeit verborgen, denn noch war der Anteil der Familien hoch, derjenige der Rentner wie der Kinderlosen (einschließlich der Eltern erwachsener Kinder) klein und die Beitragslasten niedrig. Der Erfolg der Sozialen Marktwirtschaft mit dem „Wirtschaftswunder“, welches das Trümmerland Deutschland (West) mit 20 Millionen Kriegsversehrten, Ausgebombten, Vertriebenen, Witwen und Waisen binnen 10 Jahren wieder an die Spitze der Weltwirtschaft trug, überstrahlte alles. Es wurde zugleich zum Beweis der wirtschaftlichen Dynamik, welche die Begrenzung der Einkommens- und Vermögenskonzentration durch einen „Fiskalsozialismus“ freisetzt: Zwischen 1948 und 1953 lag der Spitzensteuersatz der Einkommensteuer bei sagenhaften 95 Prozent, ab 1953 bei 80 Prozent! Im Nachkriegsdeutschland war die Lektion angekommen, dass massenhafte Existenzängste die Kehrseite von Riesenvermögen sind und dem Extremismus Tür und Tor öffnen.[9] Fundamente des Sozialstaats waren der Nationalstaat und die Nationalökonomie, – also die territoriale Einheit von Volk, Staat und Wirtschaft. In der „Deutschland AG“ waren die Einzel – wie Gemeinschaftsinteressen von Banken, Großkonzernen, Mittelstand und Gewerkschaften auf kunstvolle Weise verflochten. Letztere sorgten mit ihrem hohen Organisationsgrad und ihrem Angebotsmonopol für Arbeitskräfte für ein hohes, stetig wachsendes Lohnniveau. Dies beflügelte den Hub und Schub der Wirtschaftsaggregate auf der Nachfrageseite. Ferner beinhaltete der durch den sog. Korporatismus erzielte soziale Friede einen großen Standortvorteil gegenüber

7 Suhr, Dieter, Transferrechtliche Ausbeutung und verfassungsrechtlicher Schutz von Familien, Müttern und Kindern, in: Der Staat, 29/1990, S. 69 ff.

8 Dazu im Einzelnen Borchert, Jürgen, Renten vor dem Absturz, Ffm. 1994, S. 50 ff.; ders., Sozialstaatsdämmerung, München 2014, S. 52 ff. (jeweils m. w. N.).

9 Dazu Borchert, a. a. O. (2014), S. 161 ff. (m. w. N.).

dem unruhigeren Ausland auf dem Weltmarkt. Endlich garantierte der Nationalstaat per se quasi automatisch die Abschottung des Arbeitsmarktes gegenüber unorganisierten, anspruchsloseren Einwanderern und beschränkte damit auch die soziale Teilhabe auf die Angehörigen der Nation.

Diese Strukturen sind Geschichte: Die Revolution der modernen Verkehrs- und Kommunikationsmittel hat die Binnenmarkt- zur Weltmarktproduktion gemacht; das gilt vor allem für die Finanzdienstleistungen. Die Hauptakteure der Realweltwirtschaft sind nicht mehr die einzelnen Volkswirtschaften, sondern die ca. 44 000 transnationalen Konzerne, die zwei Drittel des Welthandels abwickeln, rund 50 Prozent davon im konzerninternen Warenverkehr (statt „made in Germany" nun „made by Siemens"). Sie folgen nach dem Shareholder-Value-Prinzip keinerlei nationaler Verbindlichkeit mehr, sondern allein der Maximierung der Kapitalverwertung.

Die technologischen Entwicklungen, allen voran das Internet, tun ein Übriges. Homebanking und Crowdworking zeigen, wie die räumlichen und sozialen Grenzen für Dienstleistungen verschwinden und sich mit den bestehenden Regeln weder arbeitsrechtlich noch sozialrechtlich in den Griff bekommen lassen.[10] Der Betrieb als Ort der Produktion wie der Klassengegensätze verschwindet und dies bedingt eine zunehmende Schwächung der Gewerkschaften; das ortsgebundene Humankapital verliert immer mehr Arbeitsplätze vor der Haustür und seine mühsam erkämpften Rechte.

D. Erosion der Finanzierungsgrundlagen

Im Zuge dieser Entwicklung kommt es zur Ent-Territorialisierung und damit der Entnationalisierung der meisten relevanten Strukturen, die dann auch außerhalb der Reichweite nationaler Politik liegen. Die Europäisierung potenziert die Wirkungen der Globalisierung; denn die Verantwortung für die Geld-, Zins- und Währungspolitik – und damit für die traditionell wichtigsten Instrumente zum Schutze des heimischen Arbeitsmarkts – liegt nun bei der EZB. Die Geld- und Fiskalhoheit als die zentralen Instrumente der Konjunkturlenkung fallen auseinander; globale Geldwirtschaft und nationale Sozialpolitik prallen aufeinander. Während die nationalstaatliche Kooperation hinsichtlich Kaufkraftverteilung und Geldkreislauf eingespielt war, fehlt es an der entsprechenden globalen wirtschafts- und währungspolitischen Kooperation. Ohne verbindliche internationale Spielregeln hinsichtlich der realen und monetären Kreisläufe lassen sich die Durchsetzung nationaler Beschäftigungsziele und der Ausbau solidarischer Sicherungssysteme aber nicht (mehr) erreichen. Die neuen Strukturen der Ökonomie stehen damit in diametralem Gegensatz zu dem Sozialstaat alter Prägung.[11]

---

10 Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Forschungsbericht 490, Sozialversicherungsrechtliche Einordnung neuer Beschäftigungsformen mit Schwerpunkt Plattform-bzw. Gig-Ökonomie, Juli 2017.

11 Wilhelm Hankel: „Die ökonomischen Konsequenzen des Euro", in Wilhelm Hankel, Karl Albrecht Schachtschneider und Joachim Starbatty (Hg.): Der Ökonom als Politiker. Festschrift für Wilhelm Nölling, Stuttgart 2003, S. 385 ff. (392).

Wie sich die für die „Soziale Marktwirtschaft“ prägende Koppelung wirtschaftlicher Freiheit an soziale Verantwortung verflüchtigt und welche Konsequenzen diese strukturellen Veränderungen für die nationale Ordnung sozialer Verantwortlichkeiten mit sich bringen, zeigen die tektonischen Verschiebungen zwischen der seit 1975/1981 von etwa 75 bis heute auf nur noch rund 66 Prozent gesunkenen Lohnquote und dem korrespondierenden Anstieg bei den Kapitalgewinnen. Diese beleuchten zugleich die Erosion der Finanzierungsgrundlagen der lohnbasierten Sozialversicherung.[12]

E. Die Sozialversicherung als Motor der sozialen Spaltung und Grenzlinie der Zwei-Klassen-Gesellschaft

Zu den exogenen Ursachen sozialstaatlichen Scheiterns treten tiefgreifende Veränderungen der fiskalischen und parafiskalischen Lastenverteilung zwischen der Masse der sozialversicherten Arbeitnehmer und den anderen gesellschaftlichen Gruppen sowie endogene Verteilungsfehler der Sozialversicherung noch hinzu. Während der Spitzensteuersatz zwischen 1955 bis heute von 80 Prozent auf 45 Prozent sank und die veranlagte Einkommensteuer Ende der 1990er-Jahre schließlich zur Marginalsteuer verkam, avancierten die Lohn- und Umsatzsteuern zu den Haupteinnahmequellen des Fiskus mit einem Anteil von fast 70 Prozent. Gleichzeitig verdoppelten sich die Sozialbeiträge (inkl. der „Arbeitgeberbeiträge“) von rund 20 auf 40 Prozent und überholte das Volumen der Sozialbeiträge bald schon das der Einkommensteuer. Rechnet man die indirekten Steuern und das Aufkommen aus Sozialbeiträgen zusammen, finanzieren sich die öffentlichen Hände in Deutschland heute zu über 70 Prozent aus Abgaben mit „regressiver“ Wirkung, d. h. vor allem zulasten der Einkommensschwächeren.[13] Kapitalerträge hingegen werden lediglich mit einem Satz von 25 Prozent zur Kasse gebeten. Hinzu kommt, was regelmäßig übersehen wird, die in den letzten vier Jahrzehnten stark gestiegene Staatsverschuldung auf zwischenzeitlich rund 2,1 Billionen Euro (= etwa 6 Bundeshaushalte), die implizit – gemessen an Art. 115 GG – eine entsprechende Steuererleichterung für die besonders leistungsfähigen Steuerzahler beinhaltet. M. a. W.: Die staatliche Umverteilung von unten nach oben ist etwa dreimal so stark wie umgekehrt.

Infolge dieser Veränderungen wächst die Kluft nicht nur zwischen den Beitragszahlern und den Sozialversicherungsfreien, sondern infolge der Beitragsbemessungsgrenzen zugleich innerhalb der Sozialversicherten zwischen denen mit unterdurchschnittlichem und jenen mit überdurchschnittlichem Verdienst. Vor den fatalen Folgen der linear-proportionalen und durch Bei-

12 Zum Raubbau am Humankapital als Ursache des gegenwärtigen Wirtschaftsbooms siehe Borchert, Der „Wiesbadener Entwurf“ einer familienpolitischen Strukturreform des Sozialstaats, in: Hess. Staatskanzlei (Hg.), Die Familienpolitik muss neue Wege gehen!, Wiesbaden 2003, S. 138 ff.; zur Kehrseite: Vierter Tragfähigkeitsbericht der Bundesregierung, Berlin 2016.

13 Dazu detailliert Borchert, Jürgen, Sozialstaatsdämmerung, München 2014, S. 117 ff.

tragsbemessungsgrenzen limitierten Sozialbeiträge, die mit ihrer „regressiven Wirkung" dem Sozialstaatsgebot Hohn sprächen, warnten unisono Gewerkschafter[14] und Spitzenfunktionäre der Sozialversicherung[15]; Franz-Xaver Kaufmann wies auf das durch die regressive Lohnbelastung der Sozialversicherung induzierte „Zentralproblem" der Freisetzung „suboptimaler Arbeitskräfte" hin.[16] Wegen der Beitragsbemessungsgrenzen nimmt die Grenzbelastung aus Steuern und Sozialabgaben mit steigenden Einkommen ab, weshalb die Spreizung zwischen Oben und Unten wegen des riesigen Volumens der Sozialbeiträge zwangsläufig stark und mit wachsender Beitragsbelastung immer schneller zunimmt: Beispielsweise liegt die effektive Grenzbelastung eines Ehepaares mit zwei Kindern, bei dem nur ein Ehepartner verdient, bei einem Bruttoeinkommen von 40 000 Euro bei ca. 45 Prozent, während sie bei einem Bruttoeinkommen von 90 000 Euro und gleicher Haushaltskonstellation bei 35 Prozent endet![17] Ob diese Effekte durch die Bundeszuschüsse in die Sozialversicherungen von über 100 Mrd. Euro abgemildert oder womöglich sogar verstärkt werden, ist wegen des heterogenen Steuermix mit einem Übergewicht bei Verbrauchsteuern kaum eindeutig zu beantworten.[18]

F. Das Rätsel der doppelten Kinderarmut- und seine Lösung

Besonders hart treffen diese Verteilungsfehler Arbeitnehmerfamilien, denn ihre Einkommen liegen im horizontalen Vergleich pro-Kopf stets unter denen der Unterhaltsfreien. Wegen der „individualistisch verengten" Löhne und der nicht nach Unterhaltslasten differenzierenden Beiträge wirkt jede Beitragserhöhung bei ihnen, bezogen auf das nach Deckung des Existenzminimums frei verfügbare Einkommen, zudem je nach Kinderzahl mit dem „Faktor K" multiplikativ. Die Steigerung des Anteils armer Kinder auf das Sechzehnfache[19] – trotz einer Halbierung der jährlichen Geburtenzahl von 1,35 Mio. in 1964 auf heute nur noch rund 780 000 Geburten – geht vor allem auf das Konto des Beitragssatzanstiegs von rund 20 auf 40 Prozent. Inzwischen unterschrei-

14 Auerbach, Walter, Zusammenhänge – Illusion und Wirklichkeit der sozialen Sicherheit, in: Theorie und Praxis der Gewerkschaften, 2. Aufl., europäische Verlagsanstalt Frankfurt am Main 1969, Seite 38.

15 Ruland, Franz, DRV 1/1995, S. 28 ff.: „Aus diesem Unterschied zwischen einheitlichem Beitragssatz und progressiven Steuersatz folgt, dass eine Beitragsfinanzierung sozialer Lasten vor allem die begünstigt, die hohe Einkommen haben … Doppelt begünstigt sind die, deren Einkommen oder dessen Spitzenbetrag überhaupt nicht beitragspflichtig ist. Daher ist die immer wieder anzutreffende Feststellung, dass Besserverdienende infolge eines sozialen Ausgleichs in der Rentenversicherung stärker herangezogen würden, unzutreffend … Das Sozialversicherungsrecht steht nicht außerhalb der Grundrechtsgeltung. Daher kann nicht schon die Qualifikation einer Abgabe als Sozialversicherungsbeitrag ausreichen, um die Durchbrechung des Prinzips der Lastengleichheit zu rechtfertigen."

16 Herausforderungen des Sozialstaats, Ffm 1997, S. 92 ff.; siehe auch Walwei, Ulrich/Zika, Gerd, Arbeitsmarktwirkungen einer Senkung der Sozialabgaben, Sozialer Fortschritt 4/2005, S. 77 ff.

17 Andreas Peichl et al., Grenzbelastungen im Steuer-, Abgaben- und Transfersystem. Fehlanreize, Reformoptionen und ihre Wirkungen auf inklusives Wachstum, Gütersloh 2017, S. 4; dazu Brinkmann, Bastian, „Die Sozialabgaben bevorzugen die Reichen", Süddeutsche Zeitung v. 29.08.2018.

18 Dazu Borchert, a. a. O. (Fn. 13), S. 109 f.

19 Von jedem 75. auf jedes vierte Kind; laut jüngsten Analysen des Kinderschutzbundes sind von 13,1 Mio. Kindern sogar rund 4,4 Mio. unterversorgt.

tet bereits die vierköpfige Familie mit Durchschnittseinkommen (35 000 € brutto p. a.) trotz 4656 Euro Kindergeld/Jahr das Existenzminimum netto um rund 2000 Euro.[20] Massive Beschädigungen der Bildungsfähigkeit und der Gesundheit des Nachwuchses, Facharbeitermangel und Produktivitätseinbußen sind die Folgen.[21] Gleichzeitig verstärkt die „Unterjüngung" infolge der Geburtenarmut weitere Wechselwirkungen wie das kollektive Altern, das Beitrags- und/oder Steuererhöhungen erzwingt.[22]

G. Statt vor Notlagen zu schützen, „produziert" die Sozialversicherung sie!

Auf das Konto der Sozialbeiträge gehen noch weitere Risiken und Notlagen wie v. a. Altersarmut[23] und „Wohnungsnot": Denn die Belastung mit Sozialabgaben führt dort, wo der große ungedeckte Bedarf besteht, bei sozialversicherten Familien, zur relativen Einkommensarmut, während für Singles und Senioren meist das Gegenteil, nämlich Einkommensüberschüsse bei geringerem oder gar gedecktem Bedarf, zu konstatieren sind. Die Folge sind Verdrängungseffekte, insbesondere für junge Familien und v. a. auf dem Wohnungsmarkt. Denn dieser reagiert als nicht-flexibler Gütermarkt auf die steigenden Anteile einkommensstarker Unterhaltsfreier (inkl. der Eltern erwachsener Kinder!) mit Preissteigerungen. Das Wohnungsproblem ist kein Mangel-, sondern ein Verteilungsproblem, [24] welches primär aus der Zunahme der Single-Haushalte und dem Anstieg der Wohnfläche mit höherem Alter resultiert.[25] Hierfür setzt aber die Sozialversicherung mit ihrer Umverteilung von Unten nach Oben, von Jung zu Alt und von Familien zu Unterhaltsfreien die mit Abstand wirksamste Ursache. Zwischen Sozialversicherungspflicht und -freiheit verläuft die Grenze einer Zwei-Klassen-Gesellschaft.

Weil die Sozialversicherung an der Arbeit im Inland anknüpft, ist sie zugleich „national bis auf die Knochen", grenzt „die Fremden" aus, liefert dem emotionalen Fremdenhass so unfreiwillig die Abweisungsargumente und steht damit quer zu den unaufhaltsamen Trends, aber auch den politischen Erfordernissen unserer Zeit.[26]

---

20 Vgl. „Horizontaler Vergleich 2018" www.deutscher-familienverband.de/publikationen/fachinformationen/.

21 Borchert, a. a. O. (Fn. 12) – passim.

22 Zur Belastung v. a. der jüngeren Beitragszahler und Familien durch steigende Sozialbeiträge siehe Pimpertz/Beznoska (IW), Nettoeinkommenseffekte steigender Beitragssätze zur Sozialversicherung, Köln, Mai 2017.

23 Dazu siehe Borchert, J., Wer Kinderarmut sät, wird Altersarmut ernten, in: Blätter für deutsche und internationale Politik, 7/17, S. 87 ff.

24 Lt. Stat BA v. 28.07.2018 ist der Wohnraumkonsum pro Kopf von 36,8 m^2 (1990) auf 46,5 m^2 (2016) gestiegen.

25 Pressemitteilung des Umweltbundesamts vom 27.07.2018 https://www.umweltbundesamt.de/daten/private-haushalte-konsum/wohnen.

26 Hankel, Wilhelm, Sozialstaat und Nationalismus, in Wiegand (Hg), Sozialstaat am Ende?, Wiesbaden 1994, S. 58 f.

H. Sozialstaat und Demokratie: Die „siamesischen Zwillinge“ und das Doppelgrab

Aufgrund der exogenen Einflüsse und ihrer endogenen Verteilungsfehler erzeugt die Sozialversicherung so wachsende Ungleichheit, Unsicherheit und Existenzängste. Die Politik hat die Lektionen der Geschichte offenbar vergessen und seit mindestens drei Jahrzehnten die Anpassung an die radikal veränderten Bedingungen versäumt. Wenn allenthalben der Abstieg der Mittelschicht beklagt wird, muss der Fokus auf die Sozialversicherung gerichtet werden, welche v. a. die hart arbeitenden Durchschnittsfamilien durch ihre Überlast finanziell erdrosselt und regelrecht deklassiert. Mit deren Niedergang ist zugleich der der Volksparteien sowie das Erstarken des Extremismus vorprogrammiert, droht das Ende der Demokratie. Denn Sozialstaat und Demokratie sind „siamesische Zwillinge. Stirbt einer, brauchen wir ein Doppelgrab!“ (Heribert Prantl). Was Not tut, ist ein die Gesellschaft wieder vereinendes Universalsystem.[27] Doch dafür stehen die Chancen schlecht. Denn auch für die Bevölkerungsentwicklung bestätigt sich die Richtigkeit des sog. „Kapp-Theorems“, dass durch fehlgeleitete soziale Prozesse, in diesem Falle durch die 1957 „vermurkste“ Sozialversicherung, Schieflagen ausgelöst werden, die Gesellschaften stets in Richtung des ersten Impulses weitertreiben und im schlimmsten Falle ihr Gleichgewicht verlieren lassen.[28] Im Ergebnis können partikularistisch organisierte Demokratien gerade deshalb scheitern, weil in ihnen die allgemeinsten gesellschaftlichen Interessen keinen Patron für ihre Durchsetzung finden, – ja mehr noch: Der Verwirklichung gesamtgesellschaftlicher Interessen stehen umso mehr organisierte Einzelinteressen entgegen, je grundlegender sie sind.[29]

I. Das Bundesverfassungsgericht am Zuge!

Nach Lage der Dinge kann nur noch das Bundesverfassungsgericht zur „Rettung in letzter Sekunde“ einschreiten. Mit dem Urteil zur Gesetzlichen Rentenversicherung vom 07.07.1992[30] und zur sozialen Pflegeversicherung vom 03.04.2001[31] hat es bereits Bekanntschaft mit den Verteilungsproblemen der Sozialversicherung speziell für Familien gemacht und hat den Gleichheitssatz über das Nachteilsverbot des Art. 6 Abs. 1 GG scharf gestellt.[32] Was noch der Entdeckung harrt, ist die Tatsache, dass die Probleme bei den Familien nur die Kumulation und Kulminierung der allgemeinen Verteilungsprobleme dieses Systems sind.

---

27 Z. B. eine universale BürgerFAIRsicherung, dazu Borchert, a. a. O. (Fn. 13), S. 217 ff.
28 William Kapp, Soziale Kosten der Marktwirtschaft, Frankfurt a. M. 1988, S. 19 f.
29 Das sog. „Forsthoff’sche Paradoxon“, Ernst Forsthoff, Der Staat in der Industriegesellschaft, München 1971, S. 25 f.
30 „Trümmerfrauen“, 1 BvR 50/87 = BVerfGE 87, 1.
31 „Pflege II“ – 1 BvR 1629/94= BVerfGE 103, 242.
32 Kingreen, Thorsten, Bestand und Reform des Familienleistungsausgleichs in der Sozialversicherung, SDSRV 57 (2008), 71 ff.; Lenze, Anne, Staatsbürgerversicherung und Verfassung, 2005, S. 30 ff.

Weil der Gesetzgeber die Verfassungsaufträge aus 1992 und 2001 nicht erfüllt hat, haben Familienverbände zum „Elternaufstand" auf den Rechtsweg nach Karlsruhe aufgerufen. Tausende sozialversicherte Familien sind dem gefolgt.[33] Ihr Ziel ist die Einführung von Freibeträgen in den Beitragstarif der Sozialversicherung analog zur Einkommensteuer.[34] Das Bundessozialgericht hat sich dem Anliegen in durchaus fragwürdiger Weise entgegengestellt.[35] Hinsichtlich der vollkommen neuen verfassungsrechtlichen Problematik, welche der kapitalgedeckte Pflegevorsorgefonds seit 2015 aufwirft,[36] hat es sich völlig verweigert.[37] Für diesen sollen bis Ende 2033 jährlich 0,1 Prozent der Beitragssumme des Vorjahres angelegt und ab 2035 bis zum Jahr 2054 zur Dämpfung des demographisch bedingten Beitragssatzanstiegs entspart werden. Trotz ihrer geringeren Verantwortung für die „Unterjüngung" zahlen Eltern denselben Beitragsatz. Weder dies noch die Tatsache, dass im Bereich der Sozialversicherung gewichtige prinzipielle Gründe gegen Kapitaldeckung sprechen[38] und der Vorsorgefonds zudem ersichtlich sinn- und zweckwidrig konzipiert ist,[39] hielt das BSG für „grundsätzlich". Anderer Auffassung ist aber offensichtlich das Bundesverfassungsgericht: Inzwischen wurden nämlich zu zwei Verfassungsbeschwerden betreffend die Renten- und Pflegeversicherung und einem Vorlagebeschluss des Sozialgerichts Freiburg betreffend die Pflegeversicherung die Legislative und Exekutive angehört.[40] Wenn nicht alles täuscht, steht also eine weitreichende Entscheidung für den Sozialstaat wie für die Demokratie gleichermaßen bevor.

---

33 Alle Details sowie die wichtigsten Verfahrensschriftsätze unter www.elternklagen.de – dort insbesondere unter „Beitragsgerechtigkeit" – „Klagen vor Gericht".

34 §§ 31, 32 Abs. 6 EStG.

35 So kritisiert die Staatsrechtlerin Anne Lenze, NZS 2007, Kindererziehung als generativer Beitrag in der gesetzlichen Rentenversicherung – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BSG vom 5. Juli 2006, NZS 2006, 407 (408) das Urteil vom 05.07.2006 – B 12 KR 20/04 R – als „wissenschaftlich unredlich"; methodische Fehler, empirische Defizite sowie weitgehende Unschlüssigkeit attestiert ihr Kollege Christian Seiler, Richterlicher Eigensinn im Sozialversicherungsrecht, NZS 2016, S. 641 ff., in seiner Analyse des Urteils vom 30.09.2015 – B 12 KR 15/12 R; siehe ferner die detaillierte Kritik in den Verfassungsbeschwerden, die unter www.elternklagen.de veröffentlicht sind (wie Fn. 33).

36 §§ 131 ff. SGB XI.

37 Beschluss vom 10.10.2017 – B 12 KR 1 19/16 B.

38 Dazu Borchert, Fragen zur Finanzierung der gesetzlichen Rentenversicherung, in: Boecken/Hänlein/Kruse/Steinmeyer (Hg.), Öffentliche und private Sicherung gegen soziale Risiken, Baden-Baden 2000, S. 130 ff. (Sammelband zu Ehren des 65. Geburtstags Bernd von Maydells)

39 Rothgang, Heinz, Fehlkonzipierter Vorsorgefonds, Wirtschaftsdienst 5/2014, S. 310.

40 1 BvR 2824/17; 1 BvR 717/16; 1 BvL 3/18.

Mario Eylert, Erfurt

Arbeitsrechtliche Fragen der Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen in Inklusionsbetrieben

Inhaltsübersicht

A. Einleitung
B. Die besonderen Strukturen von Inklusionsbetrieben
C. Arbeitsrechtliche Besonderheiten bei einer Beschäftigung schwerbehinderter Menschen in Inklusionsbetrieben?
  I. Arbeitnehmerstatus
  II. Grundsätzliche Anwendbarkeit der arbeitsrechtlichen Regelungen
  III. Arbeitsrechtliche Besonderheiten bei der Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen in Inklusionsbetrieben
D. Fazit

A. Einleitung

Trotz des boomenden allgemeinen Arbeitsmarktes finden Menschen, die mit ihren behinderungsbedingten Einschränkungen nicht dem üblichen, „klassischen" Stellenprofil von Unternehmen des allgemeinen Arbeitsmarkts entsprechen, nach wie vor nur schwer eine Arbeitsstelle. Das gilt vor allem für Menschen mit Behinderung, die bei ihrer Tätigkeit gewisse „Freiräume" oder spezielle Unterstützungen und Assistenzen vor oder während der Tätigkeit bedürfen. Die wirtschaftlich nach den Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarkts agierenden Inklusionsbetriebe sollen mit ihrer Mischung von behinderten und nichtbehinderten Beschäftigten helfen, diese „Lücke" zu schließen und behinderten Menschen eine Perspektive geben.

Inklusionsbetriebe – früher im Gesetz als Integrationsprojekte bezeichnet (vgl. § 132 SGB IX a. F.)[1] – sind Unternehmen oder unternehmensinterne oder von öffentlichen Arbeitgebern geführte Betriebe oder Abteilungen zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt (§ 215 SGB IX). Sie, die an der Schnittstelle von Sozial- und Arbeitsrecht angesiedelt sind, sind verbreiteter als man gemeinhin denkt. Die Zahl der Betriebe ist im Jahr 2017 auf insgesamt 895 mit insgesamt über 27 700 beschäftigten Menschen angestiegen. Davon waren rund 13 000 schwerbehinderte Menschen, von denen ca. 11 500 zu der besonderen Zielgruppe nach § 215 Abs. 2 SGB IX gehörten.[2] Die Einsatz- und Beschäftigungsmöglichkeiten sind vielfältig, das Spektrum der Tätigkeitsfelder ist weit,[3] wobei Tätigkeiten im Handel und der Gastronomie sowie der Hauswirtschaft im Vordergrund stehen.

---

1 Zur Gesetzeshistorie: Dau/Düwell/Joussen-*Deusch*: Sozialgesetzbuch IX, 5. Auflage, 2019, im Folgenden: LPK-SGB IX-*Deusch*, § 215 Rn. 7 ff.

2 Jahresbericht der Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen (BIH) für 2017/2018, S. 10.

3 *Labruier/Bader*, SozSich 2018,310,313; LPK-SGB IX-*Deusch*, § 215 Rn. 6.

Gleichwohl standen und stehen die Inklusionsbetriebe nicht im Fokus der rechtlichen – und schon gar nicht der arbeitsrechtlichen – Diskussion.[4] Obwohl die Frage auf der Hand liegt, ob es für die Beschäftigungsverhältnisse von schwerbehinderten Menschen in diesen besonderen betrieblichen Einrichtungen zu beachtende **arbeitsrechtliche** Besonderheiten[5] gibt, werden solche Fragen im Schrifttum kaum thematisiert.[6] Auch sind sie – wie eine juris-Recherche zeigt – selten Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen. So hat sich die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung vor allem mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Umwandlung eines Wirtschaftsbetriebs in einen Inklusionsbetrieb ein Betriebsübergang i. S. d. § 613a BGB ist. In dem Fall des LAG Berlin-Brandenburgs[7] hat die 26. Kammer einen Betriebsübergang verneint, weil mit der Übertragung des Hotel- und Restaurantbetriebs auf ein Integrationsunternehmen, das nunmehr den Restaurant- und Hotelbetrieb ohne Gewinnerzielungsabsicht bei Beschäftigung von behinderten Menschen und deren Förderung und Betreuung betriebe, eine grundlegende Änderung des Betriebszwecks erfolge und die bisherige betriebliche Identität nicht erhalten worden sei. Der Wechsel von einem kommerziellen, auf Gewinnerzielung ausgerichteten Betriebszweck hin zu einem nichtkommerziellen Inklusionsbetrieb verändere die Betriebsabläufe umfassend; die geänderte Arbeitsorganisation führe zu einer anderen betrieblichen Identität.

B. Die besonderen Strukturen von Inklusionsbetrieben

Die §§ 215 bis 218 SGB IX erwähnen die Inklusionsbetriebe und gestalten sie in Ansätzen aus. § 215 Abs. 1 SGB IX versucht mit einer nicht unproblematischen Begriffsbestimmung, in der die Begriffe Unternehmen, Betrieb oder (Betriebs-)Abteilung wahllos nebeneinander genannt werden,[8] zu umschreiben, was ein Inklusionsbetrieb i. S. d. Gesetzes ist. Hiernach sind Inklusionsbetriebe rechtlich und wirtschaftlich selbständige Unternehmen oder unternehmensinterne oder von öffentlichen Arbeitgebern i. S. d. § 154 Abs. 2

---

4 Die Kommentierungen zu §§ 215 SGB IX ff. befassen sich mit arbeitsrechtlichen Fragen zumeist gar nicht; vgl. bspw. die Kommentierung von *Deutsch*, in LPK-SGB IX oder von Maaßen/Hohner, in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, 4. Aufl., 2018 zu §§ 215 ff.

5 Die besonderen sozial- und steuerrechtliche Besonderheiten (zu den steuerrechtlichen Besonderheiten bspw.: *Leisner*, DB 2007, 1047 ff.; *Berg/Schnabelrauch*, UR 2018, 225 ff.) sollen hier nicht weiter vertieft werden; die Inklusionsbetriebe erhalten – im Gegensatz zu anderen Unternehmen des allgemeinen Arbeitsmarkts – nach einer Anerkennung und Genehmigung Förderungen aus der Ausgleichsabgabe durch das regional zuständige Integrationsamt zum Ausgleich ihrer besonderen Belastungen nach §§ 216, 217 SGB IX (zu dieser Förderung: *Griese*, ZfA 2018, 44, 59 ff.). Im Jahr 2017 haben die Integrationsämter die Inklusionsbetriebe mit über 92 Mio. EURO unterstützt, vgl. Fn. 2: Jahresbericht BIH, S. 10.

6 Einzige Ausnahme, die eingehende Darstellung von *Griese*, ZfA 2018, 44 ff.

7 LAG Berlin-Brandenburg v. 04.03.2010 – 26 Sa 2407/09 – NZA-RR 2011, 13 ff; siehe auch: Hess. LAG v. 15.07.2015 – 12 Sa 356/13 – (juris) zur Frage eines (im Ergebnis abgelehnten) Betriebsübergangs eines „Grafik-Design-Betriebs" einer „Integrations GmbH" (einem Inklusionsbetrieb) in eine Werkstatt für Behinderte.

8 *Griese*, ZfA 2018,44,46 nennt die „Oberbegriffsbildung" zu Recht „konfus".

SGB IX geführte Betriebe und Abteilungen zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt, deren Teilhabe an einer sonstigen Beschäftigung auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt aufgrund von Art oder Schwere der Behinderung (oder wegen sonstiger Umstände) voraussichtlich trotz Ausschöpfens aller Förderungsmöglichkeiten und des Einsatzes von Integrationsfachdiensten auf besondere Schwierigkeiten stößt. Nach § 216 Abs. 1 SGB IX besteht die Aufgabe der Inklusionsbetriebe vor allem darin, den schwerbehinderten Menschen Beschäftigung, Maßnahmen der betrieblichen Gesundheitsförderung und eine arbeitsbegleitende Betreuung und – soweit erforderlich – auch Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung oder Gelegenheit zur Teilnahme an entsprechenden außerbetrieblichen Maßnahmen und Unterstützung bei der Vermittlung in eine sonstige Beschäftigung in einem Betrieb oder einer Dienststelle auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt sowie geeignete Maßnahmen zur Vorbereitung auf eine Beschäftigung in einem Inklusionsbetrieb anzubieten.

Damit zielt das Gesetz auf eine Beschäftigung und Integration der schwerbehinderten Menschen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt ab. Die auf Dauer angelegten Inklusionsbetriebe, die nicht förmlich[9] anerkannt werden müssen, sind nach § 215 Abs. 1 SGB IX Teil des allgemeinen Arbeitsmarkts. Es ist gerade deren Zweck, schwerbehinderten Menschen eine Teilhabe auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt zu verschaffen. Sie sollen vorzugsweise besonders gehandicapten schwerbehinderten Menschen zugute kommen.[10] Gleichzeitig weist das Gesetz den Inklusionsbetrieben aber als obligatorische[11] Aufgaben nicht nur eine – einfache – Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt zu, sondern will, dass sie darüber hinaus auch weitergehende gesundheitsfördernde und arbeitsbegleitende Maßnahmen übernehmen und erfüllen. Hinzu kommt, dass bei der Beschäftigung der schwerbehinderten Menschen ein hoher Betreuungs- und Unterstützungsaufwand anfällt, der von der Art der Behinderung und der auszuübenden Tätigkeit abhängig ist. Dieser Umstand weist den Inklusionsbetrieben damit im Vergleich zu anderen Betrieben des allgemeinen Arbeitsmarkts weitere Aufgaben zu, die ihr Verhältnis zu den bei ihnen tätigen schwerbehinderten Menschen prägen. Dies gilt umso mehr, als die schwerbehinderten Menschen oft eine geistige oder seelische Behinderung oder schwere Körper-, Sinnes- und Mehrfachbehinderungen aufweisen, die sich im (allgemeinen) Arbeitsleben besonders nachteilig auswirken und allein oder zusammen mit weiteren vermittlungshemmenden Umständen die Teilhabe am allgemeinen Arbeitsmarkt außerhalb eines Inklusionsbetriebs erschweren oder mindern würden (§ 215 Abs. 2 Nr. 1 SGB IX).[12]

---

9 *Griese*, ZfA 2018, 44, 47; zu der Anerkennungspraxis: LPK-SGB IX-*Deusch*, § 215 Rn. 15 m. w. H.
10 *Griese*, ZfA 2018, 44, 47.
11 *Griese*, ZfA 2018, 44, 49.
12 *Griese*, ZfA 2018, 44, 48; *Labruier/Bader*, SozSich 2018, 310, 312.

Inklusionsbetriebe haben damit eine „Zwitterstellung", die sie vor große Herausforderungen stellen:[13] Einerseits sollen sie eine Beschäftigungsinklusion auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt organisieren, andererseits sollen sie auch ein marktfähiges Produkt anbieten. Sie sind damit zwischen einem typischen Wirtschaftsunternehmen und den Werkstätten für Behinderte einzuordnen.[14]

Dementsprechend ist eine Beschäftigung der schwerbehinderten Menschen in einem Inklusionsbetrieb vor allem dadurch gekennzeichnet, dass sie in den angebotenen Integrationsprojekten nicht nur „beschäftigt" werden, sondern ihnen vielmehr auch eine arbeitsbegleitende Betreuung oder Assistenz sowie ggf. auch Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung oder Gelegenheit zur Teilnahme an entsprechenden außerbetrieblichen Maßnahmen angeboten werden müssen.[15] Qualifizierungsmaßnahmen und Unterstützungsangebote, bspw. ein (flankierendes) Coaching bei „Autismus" oder die Begleitung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses, gehören deshalb heute zum erforderlichen Angebot von Inklusionsbetrieben. Dabei sollte der persönliche Unterstützungsbedarf im Vordergrund stehen.[16]

Diese Umstände verdeutlichen, dass die Beschäftigungsverhältnisse in den Inklusionsbetrieben spezifisch sind. Sie weisen ohne Zweifel reale Besonderheiten gegenüber einem „Normalarbeitsverhältnis"[17] auf und zwar nicht nur, weil sie den in ihnen tätigen schwerbehinderten Menschen den fünftägigen Zusatzurlaub nach § 208 SGB IX gewähren müssen.[18] Hinzu kommt, was allgemein konstatiert wird, dass zumeist eine behinderungsbedingte Einschränkung der Arbeitsleistung von den schwerbehinderten Menschen in Inklusionsbetrieben vorliegen wird.[19]

Weiter verlangt § 215 Abs. 3 SGB IX, dass mindestens 30 Prozent – und regelmäßig nicht mehr als 50 % – der Beschäftigten eines Inklusionsbetriebs schwerbehinderte Menschen i. S. d. Abs. 1 (besser Abs. 2) sein müssen. Gerade in der gesetzlich geforderten, notwendigen Zusammenarbeit von nichtbehinderten und schwerbehinderten Menschen, die dem Grundanliegen der Inklusion in der Arbeitswelt entspricht, liegt die spezifische Besonderheit der Inklusionsbetriebe. Die genannte Quote zeigt plastisch, dass die Inklusionsbetriebe „Wirtschaftsbetriebe mit besonderer Zielsetzung" sind.[20]

---

13 So zutreffend: *Hohner,* SoZSich 2018, 305, 310.
14 *Hohner*, SozSich 2018, 305, 307.
15 *Griese*, ZfA 2018, 44, 46.
16 *Labruier/Bader*, SozSich 2018, 310, 312.
17 Zum Begriff des Normalarbeitsverhältnisses (= ein unbefristetes, abhängiges Beschäftigungsverhältnis mit mindestens 21 Wochenstunden – Statistisches Bundesamt unter http://www.destatistik.de), s. a.: BAG v. 27.10.2010 – 7 AZR 485/09 (A) – Rn. 14, BAGE 136, 93; v. 21.09.2011 – 5 AZR 629/10 – Rn. 32
18 Zum Zusatzurlaub nach § 205 SGB IX allgemein: ErfK/Rolfs, 18. Aufl., 2018, SGB IX § 208 Rn. 1 ff.
19 *Labruier/Bader*, SozSich 2018, 310, 312.
20 LPK-SGB IX-*Deusch*, § 215 Rn. 17.

C. Arbeitsrechtliche Besonderheiten bei einer Beschäftigung schwerbehinderter Menschen in Inklusionsbetrieben?

Es bleibt die zentrale Frage, ob diese speziellen Betriebe aufgrund ihrer besonderen Aufgabenstellung und Mitarbeiterschaft, arbeitsrechtliche Besonderheiten aufweisen – wie bspw. die Werkstätten für Behinderte[21] – oder die allgemeinen arbeitsrechtlichen Regelungen einschränkungslos Anwendung finden können.

Anders als bei einer Tätigkeit von Schwerbehinderten in den Werkstätten für Behinderte handelt es sich bei der Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen in einem Inklusionsbetrieb der Sache nach um eine vom Schwerbehindertenrecht mitgeregelte, reguläre Form der Beschäftigung, die rechtlich dem allgemeinen Arbeitsmarkt zugeordnet ist.[22] Nach herrschender Ansicht sollen deshalb „**keine arbeitsrechtlichen Besonderheiten**“ gelten.[23]

An dieser pauschalen Bewertung sind erhebliche Zweifel angebracht. Schon die gesetzliche Beschreibung der Inklusionsbetriebe deutet darauf hin, dass nicht nur die Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt auf besondere Schwierigkeiten stößt, sondern auch, dass deren Beschäftigung in einem Inklusionsbetrieb zahlreiche Besonderheiten aufweisen muss und aufweist (Schwerbehindertenquote, Aufgabenstellung). Es liegt deshalb nahe, näher zu beleuchten, ob die Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen im Inklusionsbetrieb solche Besonderheiten aufweist, die bei der Anwendung der individual- und kollektivrechtlichen Regelungen zu berücksichtigen sind. Oder anders gefragt: Müssen für solche Beschäftigungsverhältnisse nicht besondere, angepasste Regelungen gelten oder reichen die Regelungen des Sozial- und Steuerrechts für Inklusionsbetriebe aus, um mögliche Anwendungsprobleme, die sich aus dem anwendbaren Arbeitsrecht ergeben, hinreichend auszubalancieren?

I. Arbeitnehmerstatus

Anders als schwerbehinderte Menschen in den Werkstätten für Behinderte[24] sind die schwerbehinderten Menschen in Inklusionsbetrieben grundsätzlich **Arbeitnehmer**.[25] Sie werden im Rahmen von Integrationsprojekten nicht nur auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt tätig. Ihre Tätigkeit entspricht auch den

21 Hierzu bereits früh: *von Maydell/Eylert*, RdA 1981, 148, 151 ff.
22 Griese, ZfA 2018, 44, 46.
23 Kreitner/*Poeche*, Personalhandbuch 2018, 25. Aufl., 2018, „Teilhabe und Inklusion“ (402) Rn. 5
24 Vgl. § 221 Abs. 1 SGB IX; siehe zuletzt bspw. LAG Schleswig-Holstein v. 11.01.2016 – 1 Sa 224/15 – R. 32 ff., NZA-RR 2016, 291.
25 Griese, ZfA 2018, 44, 46 und 50; Kreitner/Luthe, JurisPraxisKommentar-SGB IX. 2. Aufl., 2015, im Folgenden: jurisPK-SGB IX/*Griese*, § 132 Rn. 5 und 25 f.; Riechert/Nimmerjahn, 2. Aufl. 2017, § 22 MiLog Rn. 17; Kreitner/*Poeche*, a. a. O., Teilhabe und Inklusion, Rn. 5; LAG Scleswig-Holstein v. 11.01.2016 – 1 Sa 224/15 – NZA-RR 2016, 291; zu Ausnahmen, jurisPK-SGB IX/*Griese*, a. a. O., § 132 Rn. 26; Maaßen, in: Feldes/Kothe/Stevens-Bartol, SGB IX, 5. Aufl. 2015; § 132 SGB IX Rn. 3: für den Fall, dass der schwerbehinderte Mensch lediglich „Rehabilitand“ ist und an einer vorbereitenden Maßnahme teilnimmt.

vom Gesetz in § 611a Abs. 1 BGB genannten Kriterien einer weisungsgebundenen, fremdbestimmten Tätigkeit. Sie unterscheidet sich in der Sache nicht von den Tätigkeiten der nichtbehinderten Beschäftigten.

II. Grundsätzliche Anwendbarkeit der arbeitsrechtlichen Regelungen

Bejaht man die Arbeitnehmereigenschaft gelten die arbeitsrechtlichen Regelungen grundsätzlich in vollem Umfang[26], es sei denn es bestehen ausdrücklich gesetzliche Ausnahmeregelungen, was bei den Inklusionsbetrieben nicht der Fall ist.

III. Arbeitsrechtliche Besonderheiten bei der Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen in Inklusionsbetrieben

Allerdings können und müssen die Besonderheiten der Arbeitsverhältnisse der schwerbehinderten Menschen in den Inklusionsbetrieben bei der Ausgestaltung der arbeitsvertraglichen Haupt- und Nebenleistungspflichten sowie der Anwendung der arbeitsrechtlichen Generalklauseln im Einzelfall Beachtung finden. Denn die konkreten Pflichtenstrukturen in den einzelnen Arbeitsverhältnissen unterscheiden sich erheblich und hängen von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit (§ 611a Abs. 1 Satz 4 BGB) ab. Dies soll anhand einiger ausgewählter Beispiele verdeutlicht werden.

aa) Der schwerbehinderte Mensch ist verpflichtet, die von ihm im Arbeitsvertrag versprochene **Arbeitsleistung**, so gut er es kann, zu erbringen.[27] Ist die Arbeitsleistung im Vertrag, wie meistens, der Menge und Qualität nach nicht oder nicht näher beschrieben, so richtet sich der Inhalt des Leistungsversprechens zum einen nach dem vom Arbeitgeber durch Ausübung des Direktionsrechts festzulegenden Arbeitsinhalt und zum anderen nach dem persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen des Arbeitnehmers[28]. Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann. Die Leistungspflicht ist nicht starr, sondern dynamisch und orientiert sich an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers. Es gilt schon deshalb kein objektiver Maßstab, weil der Arbeitsvertrag als Dienstvertrag keine „Erfolgshaftung" des Arbeitnehmers kennt. Der Arbeitnehmer schuldet nur das „Wirken" und nicht „das Werk".

Allerdings ist der schwerbehinderte Arbeitnehmer bei einer Tätigkeit im Inklusionsbetrieb verpflichtet, an den ihm angebotenen Qualifizierungs- und Unterstützungsmaßnahmen teilzunehmen. Die Teilnahmeverpflichtung ist m. E. Teil seiner geschuldeten Hauptleistungspflicht.

bb) Wie sich aus § 611a Abs. 1 BGB ergibt, gehört zu den wesentlichen Strukturmerkmalen eines Arbeitsverhältnisses das **Direktionsrecht** des Arbeitgebers. Dieses gilt naturgemäß auch für die Arbeitsverhältnisse der schwerbe-

---

26 Griese: ZfA 2018, 44, 47 und 51; jurisPK-SGB IX/*Griese*: a. a. O., § 132 Rn. 5 und 24.
27 Zum Ganzen: BAG v. 11.12.2003 – 2 AZR 667/02 –, BAGE 109, 87, 92 ff.
28 ErfK/*Preis*, BGB § 611a Rn. 643 ff.

hinderten Menschen in einem Inklusionsbetrieb. Bei der Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitsgebers sind allerdings die Eigenart dieses Arbeitsverhältnisses und die sich daraus ergebenden spezifischen Besonderheiten nach § 611a Abs. 1 BGB, § 106 GewO i. V. m. § 315 BGB zu berücksichtigen. So ist nicht nur auf die spezifische Behinderung beim Einsatz des schwerbehinderten Menschen Rücksicht zu nehmen, sondern sind vor allem im Rahmen des § 241 Abs. 2 BGB (Rücksichtnahme auf die Interessen der anderen – hier schwerbehinderten – Vertragspartei) dessen besonderen Befindlichkeiten zu beachten. So ist bspw. bei einer Umsetzung intensiver als sonst zu prüfen, ob ein Einsatz des schwerbehinderten Menschen seinem Leistungsvermögen und seinen notwendigen Begleitbedingungen entspricht.

cc) Im diesem Zusammenhang gewinnt eine weitere Besonderheit bei der Beschäftigung der schwerbehinderten Menschen an Bedeutung. Nach § 207 SGB IX werden schwerbehinderte Menschen – und damit bis zur Hälfte der Belegschaft – auf ihr Verlangen von einer **Mehrarbeit** i. S. d. § 3 ArbZG[29] freigestellt, um sie vor einer Überbeanspruchung zu schützen. Die gesetzliche Regelung beschränkt die sonst übliche – zumindest wenn kein Betriebsrat besteht – einfache Möglichkeit, Mehrarbeit mittels arbeitsrechtlicher Weisung anzuordnen. Zwar sieht § 207 SGB IX kein gesetzliches Mehrarbeitsverbot vor.[30] Der schwerbehinderte Mensch kann aber die Mehrarbeit ohne Weiteres und ohne Begründung ablehnen. Anders als nicht schwerbehinderte Arbeitnehmer kann er deshalb nicht gegen seinen Willen zu Mehrarbeit herangezogen werden.

dd) Für die andere Hauptleistungspflicht, die Arbeitsvergütung, gelten keine Besonderheiten. Solange keine tariflichen Regelung nach §§ 3, 4 TVG gilt, bestimmt das im Prinzip frei ausgehandelte Entgelt die Gegenleistung (Grundsatz der Privatautonomie). Zumeist werden die Arbeitsverträge aber eine Verweisung auf bestimmte Tarifverträge, oft auf die Tarifwerke des öffentlichen Dienstes, enthalten. Dann finden die entsprechenden tariflichen Regelungen als Bestandteil des Arbeitsvertrags in dem Arbeitsverhältnis mit dem schwerbehinderten Menschen Anwendung.

Sollten keine tariflichen Vergütungsregelungen gelten oder Anwendung finden, gilt für die Entlohnung im Allgemeinen, dass sie weder sittenwidrig nach § 138 Abs. 1 BGB, noch geringer als der gesetzliche **Mindestlohn** sein darf. Insbesondere die Untergrenzen des Mindestlohngesetzes dürfen nicht unterschritten werden. Dies gilt auch für die schwerbehinderten Menschen bei einer Tätigkeit in einem Inklusionsbetrieb. Der gesetzliche Mindestlohn von zur Zeit € 9,19 steht allen in der Bundesrepublik Deutschland tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer über 18 Jahre nach § 1 Abs. 1 i. V. m. § 22 Abs. 1 Satz 1 MiLoG zu. Das Mindestlohngesetz kennt keine Ausnahmen für schwerbehinderte Arbeitnehmer im Allgemeinen oder bei einer Beschäftigung in einem Inklusionsbetrieb.[31] Auch bei der Umsetzung der gesetzlichen Vor-

29 Einschließlich etwaiger Bereitschaftsdienste, BAG 21.11.2006 – 9 AZR 176/06 – NZA 2007, 446.
30 ErfK/Rolfs, SGB IX § 207 Rn. 1.
31 Differenzierter für die WfB: LAG Schleswig-Holstein v. 11.01.2016 – 1 Sa 224/15 – juris.

gaben ergeben sich keine Besonderheiten. Nach § 3 Satz 1 MiLoG kann der gesetzliche Mindestlohnanspruch bspw. nicht durch Ausschlussfristen eingeschränkt werden kann.[32] Auch sind Bereitschaftszeiten, wenn sie in Inklusionsbetrieben anfallen,[33] mindestlohnpflichtig.[34] Der zu zahlende Mindestlohn bildet auch die Basis für eine Berechnung verschiedener Entgeltzuschläge (bspw. den Nachtzuschlag nach dem ArbZG) oder für den gesetzlichen Anspruch auf Entgeltfortzahlung.[35]

ee) Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob im Hinblick auf die erbrachte Arbeitsleistung bei der Vergütung differenziert werden kann. Die Besonderheit bei der Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen in Inklusionsbetrieben besteht u. a. darin, dass sie zwar regelmäßig eine verwertbare, aber nicht unbedingt die auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt erwartete „100%ige Leistung" aufgrund ihrer Behinderung erbringen können. Bestehen real messbare Leistungsunterschiede, so können diese bei der Struktur und Höhe der Vergütung berücksichtigt werden. Allerdings darf die unterschiedliche – vertragliche oder tarifvertragliche – Regelung der Vergütung nicht lediglich daran anknüpfen, dass die Tätigkeit und/oder Arbeitsleistung von einem nichtbehinderten oder einem schwerbehinderten Mitarbeiter erbracht wird. Eine Anknüpfung lediglich an den „Behindertenstatus" würde den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzen und vor allem die Vorgaben des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) nicht ausreichend berücksichtigen. Nach §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG sind Benachteiligungen, insbesondere bei den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts, aus Gründen der Behinderung zu verhindern oder zu beseitigen. Nach § 7 Abs. 1 AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen einer Behinderung benachteiligt werden; Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen, sind unwirksam (§ 7 Abs. 2 AGG). Dementsprechend hat das BAG in einer Entscheidung v. 21.06.2011[36] entschieden, dass eine Ungleichbehandlung bei der Vergütung nicht allein mit der Begründung gerechtfertigt werden könne, der Arbeitnehmer sei als schwerbehinderter Mitarbeiter in einem Integrationsbetrieb tätig. Eine pauschalierte vertraglichen Regelung,[37] die für einen behinderten Mitarbeiter nur 80 % der Vergütung eines nichtbehinderten Mitarbeiters bei gleicher Tätigkeit vorsieht, ist deshalb nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. Der Wert der Arbeitsleistung kann und darf nicht davon abhängen, ob sie von einem schwerbehinderten oder einem nichtbehinderten Arbeitnehmer erbracht worden ist.[38] Hinzu kommt, dass nach den Regelungen

32 BAG v. 20.06.2018 – 5 AZR 377/17 – NZA 2018, 1494; v. 18.09.2018 – 9 AZR 162/18 – NZA 2018, 1619.
33 Vgl. die Darstellung der Tätigkeiten in Labruier/Bader, „Die ProjektRouter gGmbH – ein etwas anderer Inklusionsbetrieb", in: SozSich 2018, 310 ff.
34 BAG v. 29.06.2016 – 5 AZR 716/15 – NZA 2016,1332; v. 19.11.2014 – 5 AZR 1101/12 – BAGE 150, 82.
35 BAG v. 20.09.2017 – 10 AZR 171/16 – NZA 2018, 53.
36 BAG v. 21.06.2011 – 9 AZR 226/10 – AP AVR-Caritasverband § 3 Nr. 1.
37 Im Entscheidungsfall die „Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes (AVR); zur Rechtsqualität der AVRs.
38 Griese, ZfA 2018, 44, 52.

des § 8 Abs. 2 AGG die Vereinbarung einer geringeren Vergütung für gleiche oder gleichwertige Arbeit auch nicht damit gerechtfertigt werden kann, dass wegen der Behinderung besondere Schutzvorschriften (u. a. Mehraufwendungen für Mehrurlaub oder im Inklusionsbetrieb wegen umfangreicher Assistenzen) gelten.

Gleichwohl besteht aber kein umfassendes Differenzierungsverbot in Vergütungsfragen. Das gilt zunächst für mögliche tarifliche Regelungen. Tarifverträge können, müssen aber nicht die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter in Inklusionsbetrieben regeln. Ob die Tarifvertragsparteien solche Arbeitsverhältnisse tarifieren wollen, hängt ganz entscheidend davon ab, ob die den Tarifvertrag abschließende Gewerkschaft genügend Mitglieder in diesem Bereich hat. Ein Tarifvertrag kann bspw. die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter in Inklusionsbetrieben aus dem persönlichen oder fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags ausnehmen.[39] Auch können die Tarifvertragsparteien für die unterschiedlichen Tätigkeiten unterschiedliche Vergütungsgruppen und auch unterschiedliche Zulagen regeln, die bspw. an unterschiedliche Aus- und Vorbildungen, Qualifizierungen oder Berufserfahrungen anknüpfen. Die Tarifautonomie ermöglicht es den Tarifpartnern, diskriminierungsfreie, also nicht an die Behinderung anknüpfende, Tarifstrukturen autonom festzulegen.

Sowohl die Tarifvertrags- als auch die Arbeitsvertragsparteien können also differenzierte Entgeltzahlungen bspw. an die „Leistungen" der Arbeitnehmer anknüpfen. So können bspw. leistungsbezogene Vergütungsbestandteile vereinbart werden, die in der Sache dazu führen können, dass die reale Vergütung zwischen den schwerbehinderten und den nichtbehinderten Arbeitnehmern aufgrund der unterschiedlich zu vergütenden Leistungen (z. B. der Menge der hergestellten Speisen oder der Anzahl der betreuten Kunden) unterschiedlich hoch ist.[40] In der Anwendungspraxis kann in diesen Fällen dem schwerbehinderten Menschen aber die Beweislastregelung des § 22 AGG zugutekommen. Hiernach muss er nur Indizien darlegen (und ggf. beweisen), die eine Benachteiligung wegen seiner Behinderung vermuten lassen. Ist dies der Fall, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorgelegen hat.[41]

ff) Im Hinblick auf mögliche Kündigungssachverhalte bestehen nur geringe Besonderheiten. Wie in jedem Arbeitsverhältnis mit einem Schwerbehinderten, bedarf dessen **Kündigung** nach Erfüllung der Wartezeit des § 173 SGB IX der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes (§§ 168 ff. SGB IX) und ggf. der Beteiligung von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung (§ 178 Abs. 2 SGB IX).

---

39 BAG v. 18.06.1997 – 5 AZR 259/96 – BB 1997, 2378 (ABM-Beschäftigte); v. 30.08.2000 – 4 AZR 563/99 – BAGE 95, 277 (Werkstudenten); v. 27.05.2004 – 6 AZR 129/03 – BAGE 111, 8 (Lektoren).

40 Griese, ZfA 2018, 44, 51.

41 Siehe hierzu zusammenfassend: ErfK/*Schlachter*, AGG § 22 Rn. 1 ff.

Bei den Kündigungsgründen ist, soweit das Arbeitsverhältnis vom KSchG erfasst wird (§§ 1 Abs. 1, 23 KSchG), die oben skizzierte Pflichtenstruktur zu berücksichtigen. Bleibt bspw. die Arbeitsleistung des schwerbehinderten Menschen aufgrund seiner Behinderung hinter der Leistung vergleichbarer, nichtbehinderter Arbeitnehmer zurück, kann dieser Umstand allein keine sog. „low-performer-Kündigung" aus personen- oder verhaltensbedingten Gründen sozial rechtfertigen. Kündigungen wegen „Minderleistungen" erscheinen im Rahmen der Arbeitsverhältnisse von schwerbehinderten Menschen in Inklusionsbetrieben der Sache nach ausgeschlossen. Auch bei den sog. krankheitsbedingten Kündigungen wird man nicht ohne Weiteres den allgemein anerkannten Prüfungsmaßstab[42] heranziehen können.

Dennoch sind auch bei der Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen in Inklusionsbetrieben Kündigungsgründe i. S. d. § 1 Abs. 2 KSchG denkbar, die insbesondere eine ordentliche Kündigung sozial rechtfertigen können. In Betracht kommen vor allem – nach Abmahnung – verhaltensbedingte Kündigungsgründe aufgrund erheblicher Vertragspflichtverletzungen. Dabei wird es sich zumeist um nicht spezifische Pflichtverletzungen handeln, die mit den Besonderheiten der Arbeitsverhältnisse in einem Inklusionsbetrieb zusammenhängen (bspw. Arbeitsverweigerungen, Verspätungen, Diebstähle etc.). Auf einen besonderen Aspekt ist in dem Zusammenhang allerdings hinzuweisen. Eine erhebliche, zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führende Pflichtverletzung kann auch darin liegen, dass sich der schwerbehinderte Arbeitnehmer weigert, an bestimmten Qualifizierungsmaßnahmen teilzunehmen oder sie zu „boykottieren". Da die Bereitschaft zur Teilnahme an solchen begleitenden Maßnahmen integraler Bestandteil dieses Arbeitsverhältnisses ist, kann in der wiederholten Weigerung, an ihnen mitzuwirken, ein erhebliche Vertragspflichtverletzung liegen.

Abschließend sei noch auf ein allgemeines Problem bei einer betriebsbedingten Kündigung i. S. d. § 1 Abs. 2 und 3 KSchG hingewiesen. Wird bspw. eine Abteilung eines Integrationsbetrieb geschlossen, so wird i. d. R. ein betriebsbedingter Grund zur Kündigung der davon betroffenen Arbeitsverhältnisse vorliegen. Bei der Frage, „wen es trifft", also bei einer vorzunehmenden Sozialauswahl, besteht schon die Schwierigkeit darin, den Auswahlkreis, also die zu vergleichenden Arbeitnehmer i. S. d. § 1 Abs. 3 KSchG zu bestimmen. Aufgrund der Besonderheiten der Integrationsbetriebe scheidet m. E. es aus, vorab „alle" Schwerbehinderten aus der Sozialauswahl herauszunehmen.[43]

---

42 Zusammenfassend: ErfK/*Oetker*, KSchG § 1 Rn. 110; *Schwarze*/*Eylert*/*Schrader*, KSchG, 2011, § 1 Rn. 91 ff.

43 So aber LAG Rheinland-Pfalz v. 04.08.2005 – 4 Sa 412/05 – AE 2006, 117.

D. Fazit

Das gesamte Arbeitsrecht findet auf die Inklusionsbetriebe und alle ihre Mitarbeiter ohne Ausnahme oder gesetzliche Sonderregelungen Anwendung. Zusätzliche reale Erschwernisse und Mehrkosten, die in den Inklusionsbetrieben aufgrund ihrer Struktur regelmäßig anfallen, können durch die sozial- und steuerrechtlichen Begleitregelungen aufgefangen werden. Die gleichwohl bestehenden realen Besonderheiten bei der Durchführung der Arbeitsverhältnisse von schwerbehinderten Menschen in diesen Betrieben können aber hinreichend im Rahmen des Pflichtengefüges dieser Arbeitsverhältnisse berücksichtigt werden. Es bedarf in der Tat keiner weiteren gesetzlichen Ausgestaltung.

Alexander Graser, Regensburg*

Armutspolitik à la mode – Von Entgrenzungsängsten und Arbeitsanreizen, Fürsorgewürdigkeit und Automatisierungsträumen

Inhaltsübersicht

A. Armut – ein neuentdecktes Problem
B. Grundeinkommen – Panazee aus der Konserve
C. Ausgangspunkt – würdebasierte Bedarfsethik
D. Entgrenzung – Zugehörigkeitspolitik im Fürsorgerecht
E. Altersarmut – Humanität gegenüber Alt (und Jung)
F. Workfare – Rosskur mit unklarer Indikation
G. Teilhabe – neues Paradigma für manche
H. Binnendifferenzierung – von Würde zu Würdigkeit
I. Fortschritt – eine Schimäre

Als ich Bernd von Maydell vor gut zwanzig Jahren kennen lernte, war er älter als ich heute und hatte von der Sozialpolitik schon mehr gesehen, als ich es wohl je werde. Seine Skepsis gegenüber dem jeweils vorherrschenden Zeitgeist hat unsere Gespräche oft geprägt. Mit den Jahren kann ich sie immer besser nachempfinden.

A. Armut – ein neuentdecktes Problem

Anfang des Jahres 2018 entbrannte in Deutschland eine breite öffentliche Debatte um die Armutspolitik. Aufgekommen war sie eher unvermittelt. Nicht dass es keinen Anlass gäbe, dieses Thema zu diskutieren. Das Problem ist durchaus real und auch nicht neu. Nur hatte es bislang kaum einmal solche Aufmerksamkeit erfahren.

Der Auslöser der Kontroverse kam – wie so oft dieser Tage – aus der Migrationspolitik. Die Tafel in Essen hatte öffentlich angekündigt, Migranten vorübergehend von ihrer Lebensmittelausgabe auszuschließen.[1] Die politischen Reaktionen waren heftig. Zunächst ging es naheliegender Weise um die Legitimität der Unterscheidung zwischen einheimischen und fremden Bedürftigen. Aber zusehends rückte in den Fokus der Empörung, dass derlei existentiell anmutende Verteilungskonflikte in Deutschland überhaupt aufkommen können. Der zuständige Minister, gerade frisch ins Amt gekommen, sah sich

---

* Der Autor hat unter Bernd von Maydell zwischen 1997 und 2002 am Max-Planck-Institut für Sozialrecht gearbeitet und bei ihm promoviert. Der Verfasser dankt Nina Kerstensteiner und Franziska Mitterer für Recherchen und Anregungen zu diesem Text. Für die Gelegenheit, die hier vorgestellten Thesen kritisch zu erörtern, gilt sein besonderer Dank Jeroen Dewulf und den Teilnehmern seines Seminars am Institute for European Studies an der UC Berkeley.

1 Vgl. die Meldung „Kritik an Essener Tafel nach Aufnahmestopp“ vom 23.02.2018; www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-02/essen-essener-tafel-aufnahmestopp-migranten-deutschland (diese und alle weiteren websites zuletzt eingesehen am 08.11.2018).

veranlasst zu betonen, dass Hartz IV keineswegs Armut bedeute, sondern die deutsche Antwort darauf sei.[2] Prompt wurde er von einer breiten Kampagne eingeladen, es doch einmal einen Monat lang selbst auszuprobieren[3] – wovon er dann aber dem Vernehmen nach doch lieber Abstand genommen hat.

Das Strohfeuer medialer Aufmerksamkeit ist natürlich längst wieder verloschen. Aber in der Politik glüht das Thema noch nach: Die unterschiedlichsten Vorschläge für Aufbesserungen der deutschen Fürsorgeleistungen sind seither hervorgeholt worden – von einer großzügigeren Leistungsbemessung für Bedürftige höheren Alters[4] über verbesserte Maßnahmen gegen Langzeitarbeitslosigkeit[5] bis hin zur Einführung eines bedingungslosen Grundeinkommens,[6] um das Problem mit einem Streich über alle Lebenslagen und Regelungsregime hinweg zu lösen.

B. Grundeinkommen – Panazee aus der Konserve

Gerade diese Idee eines Grundeinkommens hat in den letzten Jahren eine Renaissance erlebt. Bis in die Siebzigerjahre war der Gedanke in den etablierten Wohlfahrtsstaaten verbreitet gewesen, danach lange Zeit allenfalls noch in abgewandelter Form im Entwicklungsländerkontext ein Thema.[7] Aber seit einigen Jahren ist er wieder da, und keineswegs nur in (mehr oder weniger) akademischen Publikationen mit sozialutopischer Färbung.[8] Die Finnen haben hierzu kürzlich ein breit angelegtes Experiment,[9] die Schweizer gar ein Referendum organisiert,[10] und nach Deutschland war die Welle ebenfalls schon geschwappt, bevor die Ehrenamtlichen von der Essener Tafel der Armutspolitik unverhofft ein paar Wochen im Brennpunkt der sozialpolitischen Diskus-

2 Vgl. dazu das Interview von Gaugele/Neumann/Quoos, Jens Spahn: „Hartz IV bedeutet nicht Armut“, in www.morgenpost.de/politik/article213680109/Hartz-IV-bedeutet-nicht-Armut.html.

3 Organisiert über die website change.org wurde Spahn im Rahmen dieser Kampagne binnen kurzer Zeit von über 200 000 Unterstützern aufgefordert, einen Monat lang mit 416 € auszukommen, vgl. www.change.org/p/lieber-jensspahn-leben-sie-f%C3%BCr-einen-monat-vom-hartziv-grundregelsatz-spahn-armut-hartziv.

4 So hat der Sozialverband VDK seither wiederholt gefordert, statt der im Koalitionsvertrag des Jahres 2018 angekündigten Grundrente lieber in der Grundsicherung einen Freibetrag für Rentenerhöhungen vorzusehen; vgl. dazu etwa www.vdk.de/deutschland/pages/presse/pressemitteilungen_statements/statement/75072/statt_grundrente_vdk_will_freibetrag_fuer_die_rente_in_der_grundsicherung.

5 Vgl. dazu das Ende 2018 bereits kurz vor dem Erlass befindliche sog. Teilhabechancen- bzw. 10. SGB II-Änderungsgesetz; auch der Vorschlag eines solidarischen Grundeinkommens zielt, der Bezeichnung zum Trotz, vor allem diese Gruppe an; vgl. dazu Müller: Das Geld ist da, www.faz.net/aktuell/politik/inland/michael-mueller-fuer-solidarisches-grundeinkommen-15522735.html über den entsprechenden Vorstoß von Berlins Regierendem Bürgermeister.

6 Vor allem im linken Flügel der SPD scheint dieser Gedanke seither Aufwind zu haben; vgl. etwa Neumann, Wie Simone Lange an die Spitze der SPD gelangen will, www.morgenpost.de/politik/article213821491/Wie-Simone-Lange-an-die-Spitze-der-SPD-gelangen-will.html.

7 Einen breiten internationalen Überblick über die Entwicklung der Diskussionen in unterschiedlichen Regionen der Welt bieten Murray/Pateman, Basic Income – Horizons of Reform, 2012.

8 Vgl. Werner/Lauer, Einkommen für alle, 2017; Häni/Kovce, Was fehlt, wenn alles da ist?, 2015; Straubhaar, Radikal gerecht, 2017; Standing, Basic Income, 2017; van Parijs/Vanderborght, Basic Income, 2017.

9 Ausführlich zum finnischen Experiment Kela, From idea to experiment: Report on universal basic income experiment in Finland, Working papers 106/2016, helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/167728/WorkingPapers106.pdf.

10 Für detaillierte Informationen vgl. www.grundeinkommen.ch/.

sionen bescherten. Auch im Bundestagswahlkampf des Jahres 2017 war der Vorschlag eines Grundeinkommens schon durchaus populär gewesen.

Konjunktur hat das Konzept wohl vor allem aufgrund der aktuell viel thematisierten Beobachtung zunehmender Automatisierung.[11] Wo Algorithmen und Roboter die Arbeit übernehmen, geht sie den Menschen womöglich eines Tages aus. Ernähren sollte man letztere dann aber trotzdem noch und also den maschinengenerierten Wohlstand so (um)verteilen, dass alle (wenigstens) genug zum Leben bekommen. Attraktiv ist die Idee eines Grundeinkommens freilich noch aus weiteren Gründen: Den einen verheißt es die lang ersehnte Emanzipation von den Abhängigkeiten der Lohnarbeit, den anderen die überfällige Verschlankung eines wuchernden Wohlfahrtsstaats. So fand das Konzept denn auch seinen Weg in die Bundestagswahlprogramme von DIE LINKE und FDP.[12]

Angesichts der gegenwärtigen Popularität dieser alten, neuen Idee gerät fast aus dem Blick, dass es in der jüngeren Vergangenheit ganz andere Orientierungen gewesen sind, welche die Entwicklung des deutschen Fürsorgerechts bestimmt haben. Tatsächlich hat es im letzten Vierteljahrhundert in diesem Bereich eine ganze Reihe bemerkenswerter Veränderungen gegeben – jede mit ihrer eigenen, speziellen Geschichte, aber alle zusammen doch auch mit einer gemeinsamen Richtung. Im Wesentlichen war dies ein Prozess funktionaler Differenzierung, der gerade dadurch das vorherige System in dessen Universalitätsanspruch fundamental in Frage gestellt – und inzwischen wohl auch bereits transformiert – hat.

C. Ausgangspunkt – würdebasierte Bedarfsethik

Jeder bekommt, was er braucht, und zwar schon deswegen, weil er es braucht. Das Fürsorgerecht der Bundesrepublik war traditionell geprägt von einer simplen Universalität. Schon früh galt die staatliche Gewährung eines Existenzminimums als Gebot der Menschenwürdegarantie, einfachgesetzlich verwirklicht in einem subjektiv-öffentlichen Recht.[13] Die Bedürftigkeit war zugleich Voraussetzung und Maß der Leistung. Weitere Differenzierungen gab es kaum. Ob einheimisch oder fremd, alt und jung, arbeitsfähig oder nicht – das Auffangnetz war dasselbe: streng subsidiär, auf den individuellen Bedarf ausgerichtet, dabei dennoch stark reglementiert und vor allem pauschaliert.

---

11 Viel beachtet dazu etwa die Studie von Frey/Osborne, The future of employment: How succeptible are jobs to computerisation?, 2013, www.oxfordmartin.ox.ac.uk/publications/view/1314; relativierend Arntz/Gregory/Zierahn, Revisiting the risk of automation, Economic Letters, Volume 159 (2017), S. 157 ff.

12 Wenngleich jeweils mit parteitypischer Färbung: Bei der FDP hieß das Konzept Bürgergeld und sollte dann doch noch verstärkte Arbeitsanreize enthalten (FDP Wahlprog. S. 65 ff.); DIE LINKE hat zwar vorher und nachher Konzepte und Beschlüsse zum bedingungslosen Grundeinkommen produziert, konnte sich zur Bundestagswahl aber nur darauf verständigen, die „kontroversen Diskussionen weiter (zu) führen“ (DIE LINKE Wahlprog. S. 26).

13 So bereits BVerwGE 1, 159; grundlegend inzwischen BVerfGE 125, 175.

Statisch war das System nie. Und so gibt es ihn eigentlich auch nicht, jenen status quo ante, der den – mithin fiktiven – Ausgangspunkt der nachfolgend skizzierten Entwicklung markiert. Trotzdem erscheint im Nachhinein der Wandel zusammenzufallen mit der wohl größten Zäsur der europäischen Nachkriegsgeschichte, dem Fall des eisernen Vorhangs.

D. Entgrenzung – Zugehörigkeitspolitik im Fürsorgerecht

Die so genannte „Wende" des Jahres 1989 brachte in Deutschland tatsächlich viele Neuerungen. Innenpolitisch bestimmte fortan die Wiedervereinigung das Geschehen, außenpolitisch stand die Neuordnung des nun nicht mehr zu Blöcken gefrorenen Europas an. Es herrschten turbulente Zeiten, in denen man – zunächst eher nebenbei – auch einen starken Anstieg der Zuwanderungszahlen verzeichnete: Russlanddeutsche, deren Emigration nun leichter wurde, Bürgerkriegsflüchtlinge aus dem implodierenden Jugoslawien, daneben Asylbewerber unterschiedlicher Provenienz.[14] Die weitere Entwicklung ist bekannt: Rechte Parteien hatten Zulauf, die Ausländerfeindlichkeit wuchs und gipfelte in Pogromen und brennenden Asylunterkünften, die Politik reagierte, indem sie das Grundrecht auf Asyl beschnitt und für jene Fremden, die offenbar wenig willkommen waren, im Zuge dessen auch ein neues, restriktiveres Fürsorgerecht schuf.

Die zentralen Bausteine des im Jahr 1993 in Kraft getretenen Asylbewerberleistungsgesetzes[15] waren eine weitgehende Umstellung von Geld- auf Sachleistungen, eine Beschränkung der Gesundheitsversorgung auf akute Beschwerden und strengere Regeln zur Einbringung von eigenem Vermögen und Einkommen. Das Kalkül dahinter war auf den ersten Blick durchaus nachvollziehbar. Knappere Leistungen könnten Kosten reduzieren sowie ein Signal aussenden, mit dem sich weitere Migration vielleicht würde eindämmen lassen und der Unmut in Teilen der eigenen Bevölkerung dämpfen.

Bis heute ist allerdings offen, ob irgendeines der Ziele tatsächlich auf diese Weise erreichbar ist. Die beschränkten Leistungen scheinen manchmal in der Umsetzung aufwändiger als unbeschränkte, die Relevanz von Mindestsicherungsleistungen als migrationspolitischem „Pullfaktor" ist ungeklärt, und ob symbolische Ausgrenzung ein wirksames Mittel gegen ausländerfeindliche Ressentiments sein kann, scheint auch in der aktuellen asylpolitischen Debatte noch uneinheitlich beurteilt zu werden.

Nach einer fast zwanzigjährigen Phase der Abkühlung ist das Thema Migration seit ein paar Jahren wieder ganz oben auf der politischen Agenda – und das Asylbewerberleistungsgesetz auch wieder im Fokus der Debatten. Gerade in den letzten Jahren wurde das Gesetz wiederholt geändert. Die Instrumente jedoch haben überdauert, ungeachtet der angedeuteten Zweifel. Festzuhalten

14 Vgl. dazu Bade/Oltmer, Flucht und Asyl seit 1990, verfügbar unter www.bpb.de/gesellschaft/migration/dossier-migration-ALT/56443/flucht-und-asyl-seit-1990.

15 Gesetz zur Neuregelung der Leistungen an Asylbewerber vom 30.06.1993, BGBl I, S. 1074.

bleibt, dass mit dem Asylbewerberleistungsgesetz eine eigenständige Auskoppelung aus dem vormals unitarischen deutschen Fürsorgerecht erfolgt ist, die seither einem weitgehend separaten Entwicklungspfad folgt.

E. Altersarmut – Humanität gegenüber Alt (und Jung)

Die nächste größere Reform des Fürsorgerechts vollzog sich knapp zehn Jahre später. Sie kam in Gestalt des „Gesetzes über eine bedarfsorientierte Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung“[16] daher und adressierte ein Problem, das im Gegensatz zum vorigen eher hausgemacht erscheint. Im Kern ging es um Altersarmut. Gegenwärtig klingt das nur allzu vertraut, wurde zu jener Zeit aber noch unter anderen Vorzeichen diskutiert. Während heute angesichts der fortgeschrittenen Absenkung des Rentenniveaus zu befürchten steht, dass die Altersarmut deutlich ansteigt,[17] war davon damals noch kaum die Rede. Gegenstand der Reform war seinerzeit vielmehr das, was man – markant, aber nur partiell treffend – als „verschämte Altersarmut“[18] bezeichnete: Viele ältere Menschen nahmen die ihnen zustehenden staatlichen Mindestsicherungsleistungen nicht in Anspruch, teils wohl tatsächlich aus Scham, teils aber auch, weil der Sozialhilfeträger sonst auf die unterhaltspflichtigen Kinder der Leistungsempfänger Rückgriff zu nehmen drohte.

Die Antwort durch das Grundsicherungsgesetz war durchaus stimmig: Wieder schuf man ein gesondertes Gesetz, sprach statt von Sozialhilfe nun von Grundsicherung und pauschalierte die Leistungen für den neu definierten Empfängerkreis, dem ersten Anschein nach sogar mit einer Spur Großzügigkeit. Vor allem aber sorgte man dafür, dass der Regress nur mehr bei solchen Kindern verarmter Eltern in Frage kommt, denen es finanziell kaum wehtun würde.

Dieser Besserstellung der herausgegriffenen Gruppe von Bedürftigen scheint im Rückblick allerdings weniger Nachhaltigkeit beschieden gewesen zu sein als der zuvor skizzierten Schlechterstellung bestimmter Migranten. Vor allem mit der Pauschalierung hatte es in der Praxis Schwierigkeiten gegeben, und so kehrte das Gesetz keine zwei Jahre nach seinem Inkrafttreten in den Schoß der fürsorgerechtlichen Mutterkodifikation zurück.[19] Geblieben ist – neben ein paar kleineren Vergünstigungen, insbesondere bei der Leistungsgewährung – vor allem der Schutz vor dem Rückgriff des Staates bei jenen, die dem Leistungsempfänger Unterhalt schulden würden.[20]

---

16 Gesetz über eine bedarfsorientierte Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung vom 26.06.2001, BGBl. I S. 1310.

17 Für Prognosen zur mittelfristigen Entwicklung vgl. Haan et al., Entwicklung der Altersarmut bis 2036, Gütersloh 2017.

18 Der Begriff hat heute noch einen Eintrag im Rentenlexikon des BMAS: www.bmas.de/DE/Themen/Rente/Rentenlexikon/A/altersarmut-verschaemte.html.

19 Gesetz zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch vom 27.12.2003, BGBl. I S. 3022.

20 § 43 Abs. 5 SGB XII.

Im Effekt ist diese Änderung zwar keineswegs gering zu schätzen. Sie bedeutete eine spürbare Verbesserung jedenfalls für die nächstjüngere, also die „Sandwich"-Generation, in zweiter Linie gewiss auch für die älteren Leistungsempfänger. Allzu viel Aufsehen hat sie trotzdem nicht erregt, schon damals nicht, und heute, mit einigen Jahren Abstand, ist man erst recht versucht, sie als Schattenreform zu bezeichnen. Zum einen dürfte das mit der alsbaldigen Wiedereingliederung der Neuregelungen ins allgemeine Fürsorgerecht zu tun haben. Zum anderen liegt es aber sicher auch daran, dass sich kurz danach jene Reform anschloss, die bis heute alle Aufmerksamkeit bindet.

F. Workfare – Rosskur mit unklarer Indikation

Anfang 2005 trat, als letzter Teil des Hartz-Pakets und wohl größtes Vermächtnis der Regierung Schröder, das Zweite Buch des Sozialgesetzbuches in Kraft.[21] Geschaffen wurde damit eine „Grundsicherung für Arbeitssuchende". Der Sache nach hatte es eine solche Sicherung freilich schon vorher gegeben, in Gestalt von Leistungen entweder der an das Arbeitslosengeld angeschlossenen Arbeitslosenhilfe oder des allgemeinen Fürsorgerechts.

Neu war, dass man die Empfänger nicht mehr nur materiell absichern wollte und dadurch riskieren, womöglich auch deren Fürsorgeabhängigkeit zu nähren. Stattdessen sollte nun „aktiviert" werden. Fördern und fordern, so lautete der Slogan, unter dem eine neu aufgestellte Arbeitsvermittlung, knappere Leistungen, striktere Arbeitsanforderungen und ein breites Arsenal an Durchsetzungsinstrumenten eingeführt wurden.

Adressaten dieser neuen Regelung waren konsequenterweise alle erwerbsfähigen Bedürftigen. Die so herausgegriffene Gruppe war dementsprechend deutlich größer als jene, die bei den vorangegangenen Fürsorgereformen (jedenfalls zunächst) mit einer neuen Kodifikation bedacht worden waren. Nicht umsonst ist Hartz-IV inzwischen zum umgangssprachlichen Synonym für Fürsorgeleistungen geworden, obwohl das SGB II systematisch weiterhin ein Spezialgesetz zum allgemeinen Sozialhilferecht des SGB XII darstellt.

Wie um kaum eine andere sozialpolitische Neuerung in der Geschichte der Bundesrepublik ist um die Hartz-Reform gestritten worden, schon weit im Vorfeld und auch heute noch. Mit fast jeder ihrer Komponenten hat sich das Bundesverfassungsgericht beschäftigen müssen, von der neugeordneten Arbeitsmarktverwaltung über das Leistungsniveau bis hin zum Sanktionensystem.[22] Auch der Gesetzgeber sah sich immer wieder veranlasst nachzusteuern – nicht zuletzt in Form des Mindestlohngesetzes,[23] eines beachtlichen Novums in der deutschen Arbeitsmarktpolitik, dessen es aber bedurfte, damit die strengen Arbeitsanforderungen nicht weiterhin zu ausbeuterischen Praktiken im untersten Lohnsegment führen. Selbst die Parteienlandschaft weist noch die

21 Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003, BGBl. I S. 2954.
22 BVerfGE 119, 331; BVerfGE 125, 175; sowie die Vorlage des SG Gotha zum BVerfG, Az. S 15 AS 5157/14.
23 Erlassen als Teil des Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie vom 11.08.2014, BGBl. I S. 1348.

Spuren dieser rot-grünen Reform auf. Jedenfalls die Sozialdemokratie ringt noch immer um die Bewältigung dieser ihrer besonderen Vergangenheit.[24]

Angesichts der bis in die Gegenwart reichenden Konfliktlinien wird es kaum erstaunen, dass eine Bewertung noch schwerfällt. Von Schwarz bis Weiß ist noch immer alles im Angebot: War es die schmerzliche, aber eben doch nötige Rosskur, mit der ein verkrustetes deutsches Fürsorgewesen fit gemacht wurde für den immer globaleren Wettbewerb um effiziente Arbeitsmärkte? Oder wurde man irrgeleitet von neoliberalen Workfare-Propheten, deren Sirenengesang in den Neunzigern die konstante Hintergrundmusik aller sozialpolitischen Diskussionen abgab?[25] Der Festlegung auf einen der unzähligen Grautöne dazwischen bedarf es hier nicht. Rückblickend beeindrucken jedenfalls die Intensität der Problemwahrnehmung und das offenbar völlig ungebrochene Vertrauen in die neuen Instrumente. In der deutschen Sozialpolitik geht es sonst moderater zu.

G. Teilhabe – neues Paradigma für manche

Die bis dato letzte bemerkenswerte Reform des Fürsorgerechts kam erneut ein gutes Jahrzehnt später und ist mithin noch vergleichsweise frisch. Ende 2016 gab es weitreichende Neuerungen im Recht für Menschen mit Behinderung,[26] im Zuge derer auch die einschlägigen Regeln der Mindestsicherung angepasst wurden. Namentlich wurde ein neues Regime geschaffen für die Leistungen der sogenannten Eingliederungshilfe.

Deren systematische Verortung im Sozialhilferecht war lange schon beklagt worden, führte sie bislang doch dazu, dass besondere Bedarfe von Menschen mit Behinderung zwar aus Steuermitteln gedeckt werden konnten, aber doch erst, wie im Fürsorgebereich üblich, nachdem die Empfänger andere Finanzierungsquellen erschöpft hatten. Vermögen und Einkommen der Betroffenen mussten bis an die Armutsgrenze hinab aufgebraucht werden. Wer also zur Kompensation seiner Behinderung teurer Hilfen bedarf, konnte sich auch bei ansonsten normaler oder sogar besonders erfolgreicher Beteiligung am Erwerbsleben kaum aus der Armut befreien. Und weil überdies gegebenenfalls auch die finanziellen Mittel der mit den Betroffenen zusammen Lebenden in die Bedürftigkeitsberechnung einbezogen wurden, waren Menschen mit Behinderung auch in dieser Hinsicht stark eingeschränkt.

Mit der Reform wurde nun ein paradigmatischer Wechsel vollzogen. Es wurde eine Art mittleres Wohlstandsniveau definiert, das an die Stelle der im Fürsorgerecht üblichen Grenzen tritt und unterhalb dessen die staatlichen Leistungen ohne Rücksicht auf die eigene Leistungsfähigkeit der Betroffe-

---

24 Für die jüngste Verlautbarung zum Thema vgl. die Meldung von Anfang November 2018: www.deutschlandfunk.de/spd-parteivize-stegner-hartz-iv-hat-ausgedient.1939.de.html?drn:news_id=942090.

25 Für eine Schilderung aus jener Zeit vgl. Graser, From the Hammock onto the Trampoline: Workfare Policies in the U. S. and their Reception in Germany, in: German Law Journal 4 (2003), S. 201 ff.

26 Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen vom 23.12.2016, BGBl. I S. 3234.

nen gewährt werden. Das ist eine erhebliche Verbesserung, wenn auch nur für eine relativ kleine Gruppe von Betroffenen. Nicht wenige hätten sich im Rahmen der Reform eine entsprechende Großzügigkeit des Staates auch beim Zuschnitt der Hilfsangebote für jene gewünscht, für die eine so ertragreiche Beteiligung am Erwerbsleben ohnehin kein Thema ist.[27] Aber das steht auf einem anderen Blatt.

H. Binnendifferenzierung – von Würde zu Würdigkeit

Bis hierhin also der Schnelldurchgang durch das vergangene Vierteljahrhundert deutscher Fürsorgepolitik. Dass der Staat unablässig sein Füllhorn über den Bedürftigen ausgeschüttet hätte, kann man nicht behaupten. Es ist aber auch deutlich geworden, dass es nicht durchweg um Sozialabbau gegangen ist – obschon diese Tendenz in der Wahrnehmung und wohl auch in der Realität überwiegen dürfte. In beider Hinsicht stellen die Hartz-Reformen einfach alles andere in den Schatten.

Zugegebenermaßen ist das, was hier präsentiert wurde, allenfalls ein Holzschnitt. Es gab noch viele weitere Änderungen, und über jede erwähnte Reform, ihre Entstehungsgeschichten, Motive und Wirkungen könnte man noch weit mehr sagen. Das Bild fiele dann ungleich differenzierter aus, und die Ambivalenzen nähmen weiter zu. Allerdings ist auch die hier vorgestellte bloß grobe Skizze bereits unterschiedlichen Lesarten zugänglich.

Zunächst lässt sie sich als Erzählung von regulativer Evolution auffassen – und vielleicht auch von Fortschritt. Ohne Frage hat das deutsche Fürsorgerecht im betrachteten Zeitraum eine beachtliche Binnendifferenzierung erfahren. Aus dem Monolithen ist eine komplexe Skulptur entstanden. War die gesetzliche Abbildung der Empfängergruppe zunächst kaum konturiert – man adressierte schlicht die Bedürftigen –, so treten jene Differenzierungen, deren Genese hier nachgezeichnet wurde, inzwischen stark hervor: Aufenthaltsstatus, Alter, Erwerbsfähigkeit und Behinderung.

Besonders akzentuiert erscheinen sie, wenn sie mittels neuer, separater Gesetzeswerke umgesetzt wurden. Das ist zunächst wohl eine Frage der Wahrnehmung. Davon zeugt bereits der Sprachgebrauch: Es bekommen nicht mehr alle „Sozialhilfe“, sondern die einen nunmehr „Hartz-IV“, die anderen „Asylbewerberleistungen“. Dahinter stehen aber natürlich auch sachliche Unterschiede. Mitunter sind diese zwar, gerade am Anfang, gar nicht so groß. Zudem sind die neuen Kodifikationen im Fürsorgerecht nicht immer vollends selbständig, sondern bleiben mit dem Muttergesetz in mancher Hinsicht verbunden. So finden etwa für die Leistungen nach dem SGB II weiterhin diesel-

27 Für einen Überblick über die vielfältige Kritik an der Reform vgl. die Stellungnahmen zum Gesetzentwurf vonseiten des Sozialverbands VdK, www.vdk.de/deutschland/pages/themen/72953/vdk-stellungnahme_zum_entwurf_bundesteilhabegesetz, sowie des Paritätischen Gesamtverbands, www.der-paritaetische.de/fileadmin/user_upload/Schwerpunkte/Bundesteilhabegesetz/doc/20161118_Paritaet_Stn_BTHG_Bew_BR_final.pdf.

ben Regelsätze Anwendung, die im SGB XII gelten. Und auch die Auffangnorm des § 73 SGB XII wird weiterhin ebenso im Hartz-IV-Kontext verwendet, um manches Loch zu stopfen.[28]

Soweit jedoch die Trennung zwischen den Regelungsregimen reicht, nehmen die gesetzlichen Ableger eine eigene Entwicklung. Sie werden von unterschiedlichen Stellen vollzogen, in unterschiedlichen Gerichtsverfahren fortentwickelt und auch vom Gesetzgeber separat reformiert – oder, nicht minder bedeutsam, von Reformen ausgespart. Das Beispiel der Asylbewerberleistungen zeigt dies deutlich. So wurde der Effekt, den deren Auskoppelung aus dem übrigen Fürsorgerecht hatte, dadurch wesentlich verschärft, dass man über fast zwei Jahrzehnte hinweg davon absah, das Leistungsniveau anzupassen, bis das Bundesverfassungsgericht unter anderem dies im Jahr 2012 beanstandete.[29] Offenbar wird man, einmal separiert, auch leichter „vergessen". Und auch die Umkehrung kann stimmen. Denn indem das Bundesverfassungsgericht in besagter Entscheidung übergangsweise die Anwendung der im übrigen Fürsorgerecht geltenden Regelsätze anordnete, bescherte es den Asylbewerbern eine unerwartet lange Zeit staatlicher Großzügigkeit. Es dauerte drei Jahre, bis der Gesetzgeber 2015 eine Erneuerung des Asylbewerberleistungsgesetzes zustande brachte und die Leistungen wieder zurückstutzte.[30]

Zurück zur These einer fortschreitenden Binnendifferenzierung: Die Unterscheidungen hatten, einmal getroffen, ganz überwiegend auch Bestand und markierten, soweit sie reichten, den Beginn neuer, eigenständiger Entwicklungspfade. In der Folge sind jeweils eigene Regelungsregime entstanden, die jedenfalls genauer zugeschnitten werden konnten – auf die Bedürfnisse der betroffenen Adressatengruppen oder auch auf die Zielsetzungen, welche die Politik mit ihnen verfolgt. So oder so lässt sich wenig dagegen einwenden. Jedenfalls solange sich der Verwaltungsaufwand in Grenzen hält, sind differenziertere, passgenauere Gesetze für sich genommen wohl von Vorteil.

Speziell im Fall des deutschen Fürsorgerechts ging die Differenzierung freilich Hand in Hand mit einer fortschreitenden „Ent-Universalisierung". Für ein System, dessen normative Fundierung traditionell in der Menschenwürde gesucht wird, kann gerade dieser Übergang eine besondere Qualität haben. Denn was immer Menschenwürde genau heißen mag, Universalität ist ein bestimmendes Begriffsmerkmal. Zwar wurde der Universalitätsanspruch im Fürsorgerecht nicht vollends aufgegeben. Auch im gegenwärtigen, differenzierten System wird schließlich niemand zur Gänze von den Leistungen ausgeschlossen. Vielmehr hat das System sich einen Sockel bewahrt, der weiterhin plausibel als würdebasiert interpretiert werden kann. Aber da ober-

28 Ein aktuelles Beispiel sind die oft horrenden Kosten für die Beschaffung von Passersatzpapieren für Leistungsempfänger anderer als deutscher Staatsangehörigkeit; vgl. dazu das noch nicht abgeschlossene Verfahren vor dem BSG (B 4 AS 33/17 R).

29 BVerfGE 132, 134.

30 Gesetz zur Änderung des AsylbLG und des SGG vom 10.12.2014, BGBl. I S. 2187.

halb dessen die Leistungsinhalte und -bedingungen inzwischen von Gruppe zu Gruppe variieren, sind neben die Würde neue den Anspruch gestaltende Erwägungen getreten. Welche dies im Einzelnen sind, erschließt sich aus jenen komplexen Funktionslogiken des jeweiligen Teilbereichs, wie sie oben immerhin angedeutet werden konnten. Zweifellos kann es dabei auch um ganz pragmatische Erwägungen gehen, etwa wie man die Scham bestimmter Leistungsadressaten umgeht oder die Arbeitsvermittlung effizienter gestaltet. Aber allein damit lässt sich die entstandene Struktur kaum erklären. Allzu nahe liegt die Deutung, dass dabei auch eine Rolle spielt, wer die staatliche Fürsorge mehr verdient und wer weniger: hier diejenigen, die für sich selber sorgen könnten und denen deswegen mehr Härte widerfahren soll, dort diejenigen, die eigentlich „nichts dafür können" und insofern mehr Milde erfahren – und ganz am Rand noch jene, die gar nicht dazu gehören und nach Möglichkeit auch wieder gehen sollten.

Anders als in den USA, wo der Begriff der „deserving poor"[31] seit langem etabliert ist, wird hierzulande noch kaum einmal offen mit der Kategorie der Fürsorgewürdigkeit argumentiert. Mit der funktionalen Differenzierung, die das deutsche Recht in diesem Bereich in den letzten Jahrzehnten erfahren hat, rückt diese Kategorie aber unversehens in den Vordergrund. Sollte dies das Symptom eines moralischen Wandels sein, so hätte er sich bemerkenswert inkrementell vollzogen, und ohne wirklich expliziert worden zu sein. Aber vielleicht ist er auch (schon) gar nicht (mehr) gewollt.

I. Fortschritt – eine Schimäre

Kehren wir nochmals zurück zum Ausgangspunkt: Wenn heute ernsthaft erwogen wird, ein bedingungsloses Grundeinkommen einzuführen, mag dies so berechtigt sein wie je. Aber es entbehrt doch nicht einer gewissen Ironie. Denn vor allem ist es ja die Universalität, welche die da propagierten Modelle auszeichnet. Insofern war das deutsche Fürsorgerecht diesem Konzept in den vergangenen 25 Jahren nicht mehr so nahe wie damals, als die hier geschilderte Kaskade von Reformen ihren Anfang nahm. Offenbar kann man dem Fortschritt stets auf den Fersen sein – und doch im Kreis laufen.

31 Für eine kritische Auseinandersetzung vgl. Egan, The Deserving Rich and the Deserving Poor, New York Times vom 15.12.2017, www.nytimes.com/2017/12/15/opinion/class-rich-poor-americans.html.

Andreas Hänlein, Kassel

Immer noch und immer wieder – Streit um den Status von DRK-Krankenschwestern – Überlegungen nach der Lektüre einer Entscheidungsanmerkung Bernd von Maydells

Inhaltsübersicht

A. Einleitung
B. Die Position Bernd von Maydells zum Status der DRK-Krankenschwestern
  I. Der Beschluss des BVerwG v. 29.04.1966
  II. Die Stellungnahme Bernd von Maydells zum Beschluss des BVerwG
C. Wandel der höchstrichterlichen Rechtsprechung
  I. Der Beschluss des BVerwG v. 27.08.1997 zur Mitbestimmung bei Einstellung von DRK-Schwestern
  II. Der Beschluss des BAG v. 21.02.2017 zur Mitbestimmung bei Einstellung von DRK-Schwestern
D. Die Reaktion des Gesetzgebers auf die neue Rechtsprechung des BAG
  I. Die Änderung des DRK-Gesetzes vom Juli 2017
  II. Europarechtswidrigkeit der unbegrenzten Gestellungsdauer?
  III. Unvollständige Integration der DRK-Krankenschwestern in die betriebliche Mitbestimmung der Einsatzkrankenhäuser
E. Zur Bedeutung der Stellungnahme Bernd von Maydells aus heutiger Sicht

A. Einleitung

Viele tausend Schwestern des Deutschen Roten Kreuzes arbeiten noch heute in deutschen Krankenhäusern in der Krankenpflege[1]. Sie tun dies meist auf der Grundlage sogenannter Gestellungsverträge zwischen ihrer jeweiligen Schwesternschaft und dem Krankenhausträger. Der arbeitsrechtliche Status der DRK-Schwestern ist seit Jahrzehnten hochumstritten[2]. Ein Aspekt dieser komplexen Problematik betrifft die Frage, ob solche Schwestern, die aufgrund von Gestellungsverträgen dauerhaft in Krankenhäusern arbeiten, in Bezug auf die innerbetriebliche Mitbestimmung beim Träger des Krankenhauses wie „echte" Arbeitnehmer des Krankenhauses zu berücksichtigen sind. Vor über 50 Jahren hat sich Bernd von Maydell zu diesem Problem streitbar positioniert. Es lohnt sich, an diese Positionierung zu erinnern und vor diesem Hintergrund die gegenwärtige Rechtslage kritisch zu überdenken.

---

1 Nach Angaben des Deutschen Roten Kreuzes aus dem Jahr 2017 haben die 33 Rotkreuzschwesternschaften 25 000 Mitglieder, vgl. BT-Drs. 18/12584, S. 14 f.

2 Vgl. Reichelt, Die arbeitsrechtliche Stellung der Rote-Kreuz-Schwestern, 2000; Schmitt, Leiharbeit durch Rotkreuzschwestern? Zulässigkeit und Grenzen mitgliedschaftlicher Arbeitspflichten, ZESAR 2017, S. 167 (168 f.).

B. Die Position Bernd von Maydells zum Status der DRK-Krankenschwestern

Die Stellungnahme Bernd von Maydells findet sich in einer Anmerkung zu einem Beschluss des BVerwG aus dem Jahr 1966.

I. Der Beschluss des BVerwG v. 29.04.1966[3]

Im Fall des BVerwG hatte sich das Personal dreier Kreiskrankenhäuser in Baden-Württemberg um die Errichtung eines Gesamtpersonalrats für die drei Krankenhäuser und das Landratsamt des Kreises bemüht. Es war damals fraglich, ob die hierfür erforderliche Zustimmung von mindestens 75 % der betroffenen Mitarbeiter gegeben war. Dies wäre nach dem baden-württembergischen Personalvertretungsgesetz nur dann der Fall gewesen, wenn die in den Krankenhäusern des Landkreises tätigen DRK-Schwestern als „Bedienstete" dieser Krankenhäuser anzusehen gewesen wären. Das BVerwG entschied jedoch, die von einer Schwesternschaft des Roten Kreuzes einem Kreiskrankenhaus zur Verfügung gestellten Schwestern seien keine Bedienstete des Kreises im Sinne der einschlägigen Regelung des baden-württembergischen Personalvertretungsgesetzes. Damit war die Bildung eines Gesamtpersonalrats am Widerstand der Mitarbeiter des Landratsamts gescheitert.

II. Die Stellungnahme Bernd von Maydells zum Beschluss des BVerwG

Gegen diesen Beschluss hat Bernd von Maydell, damals wissenschaftlicher Assistent an der Universität Bonn, in einer Anmerkung sehr deutlich Stellung bezogen[4]. Und er hat an dieser Stellungnahme auch festgehalten, als seine Kritik von einem ehemaligen Richter des zuständigen Senats des BVerwG, ebenfalls recht deutlich, zurückgewiesen worden war[5]. Von Maydell zufolge kam es für die Einordnung der von ihrer Schwesternschaft den Krankenhäusern zur Verfügung gestellten Schwestern als Bedienstete im Sinne des Personalvertretungsrechts allein darauf an, ob diese in den Krankenhausbetrieb eingegliedert waren, nicht jedoch – und so hatte die Argumentation des BVerwG eingesetzt – auch darauf, dass sie mit dem Krankenhausträger einen Arbeitsvertrag geschlossen hatten[6]. Und von Maydell legte eingehend dar, dass die von einer Schwesternschaft einem Krankenhaus zur Verfügung gestellten Schwestern in den Krankenhausbetrieb eingegliedert würden. Er betonte dabei, dass die Krankenschwestern in medizinischen Angelegenheiten den Ärzten und in Verwaltungs- und Wirtschaftsfragen dem Verwaltungsleiter

3 BVerwG, Beschluss v. 29.04.1966 – VII P 16.64, BVerwGE 24, 76 ff. = Buchholz, 238.31 § 3 PersVG Baden-Württemberg Nr. 1 = ArbuR 1967, S. 223 f.

4 Von Maydell, Können Rote-Kreuz-Schwestern Bedienstete im Sinne des Personalvertretungsgesetzes sein? (zum Beschluß des Bundesverwaltungsgerichts vom 29.04.1966 – VII P 16.64), ArbuR 1967, S. 202 ff.

5 Boerckel, Zur Frage der personalvertretungsrechtlichen Stellung der Rote-Kreuz-Schwestern I, ArbuR 1967, S. 295 f.; dazu von Maydell, Zur Frage der personalvertretungsrechtlichen Stellung der Rote-Kreuz-Schwestern II, ArbuR 1967, S. 296 f.

6 Von Maydell, ArbuR 1967, S. 202 f.

unterstünden[7]. Von Maydell widerlegte auch das ergänzende, auf das BAG[8] bezugnehmende Hilfsargument des BVerwG, dass die Schwestern auch wegen der karitativen Beweggründe ihrer Tätigkeit nach dem Gesetz nicht in den Kreis der Bediensteten der Krankenhäuser einbezogen seien. Demgegenüber verwies von Maydell auf das damals in Werbeanzeigen veröffentlichte Selbstverständnis der DRK-Schwesternschaften, dass nämlich ein „zeitgemäßes Gehalt und geregelte Arbeit der DRK-Schwester ein Leben wie jeder anderen berufstätigen Frau“ ermöglichten[9].

C. Wandel der höchstrichterlichen Rechtsprechung

I. Der Beschluss des BVerwG v. 27.08.1997 zur Mitbestimmung bei Einstellung von DRK-Schwestern

Gut dreißig Jahre später begannen sich die Wertungen der Rechtsprechung zu ändern, und zwar zunächst aus Anlass der Frage, ob der Personalrat eines Krankenhauses bei der „Einstellung“ von DRK-Schwestern ein Mitbestimmungsrecht hat, wenn solche Schwestern von ihrer Schwesternschaft auf der Grundlage eines Gestellungsvertrages in das Krankenhaus entsandt werden sollen. In einem personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren hat das BVerwG 1997 ein Mitbestimmungsrecht des Personalrats der Klinik angenommen[10]. Die Argumente des Gerichts für dieses Ergebnis ähneln teilweise denen, die von Maydell 1967 zum damaligen Rechtsstreit entwickelt hatte, auch wenn dieser eine anders gelagerte Fallkonstellation betroffen hatte: Eine „Einstellung“ einer in ein Krankenhaus entsandten DRK-Schwester anzunehmen, scheitere nicht daran, dass diese keinen zweiseitigen Arbeitsvertrag mit dem Krankenhausträger als Dienstherr abschließe[11]. Der Mitbestimmungstatbestand der Einstellung erfordere vielmehr neben der tatsächlichen Eingliederung in den Krankenhausbetrieb – lediglich – ein beamten- oder arbeitsrechtliches Band zu dem öffentlichen Dienstherrn, das zumindest partielle Arbeitgeberfunktionen des Krankenhauses im Verhältnis zu den dienstleistenden Arbeitnehmern begründe[12]. In eben solcher Weise seien die in den Kliniken öffentlicher Krankenhausträger tätigen DRK-Schwestern mit dem Krankenhausträger als öffentlichem Dienstherren verbunden, denn sie seien „in vollem Umfang“ den Weisungen des Krankenhauses unterworfen, und zwar neuerdings auch einer vom Krankenhausträger eingesetzten Pflegedienstleitung[13]. In einem obiter dictum verwarf das BVerwG überdies auch die Auffassung,

7 Von Maydell, ArbuR 1967, S. 202 (203 f.).
8 BAG, Urt. v. 18.02.1956, 2 AZR 294/54, BAGE 2, 289 ff.
9 Von Maydell, ArbuR 1967, S. 202 (204 f.; auf S. 204 das Zitat aus einer DRK-Zeitungsanzeige)
10 BVerwG, Beschluss v. 27.08.1997, 6 P 7/95, AP Nr. 4 zu § 77 LPVG Hessen.
11 BVerwG, ebd., Rn. 19.
12 BVerwG, ebd., Rn. 14.
13 BVerwG, ebd., Rn. 22.

die Pflegetätigkeit der DRK-Schwestern sei vorwiegend durch Beweggründe karitativer Art bestimmt[14].

II. Der Beschluss des BAG v. 21.02.2017 zur Mitbestimmung bei Einstellung von DRK-Schwestern

Die parallele Problematik aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht war 20 Jahre später Gegenstand des aufsehenerregenden Verfahrens des BAG betreffend die Ruhrlandklinik in Essen. In diesem Verfahren hatte das BAG zunächst den EuGH angerufen[15] und nach dessen Urteil im Jahr 2016[16] dann im Jahr 2017 abschließend entschieden[17]. In dem diesem Verfahren zugrundeliegenden Fall hatte der Betriebsrat der privatrechtlich verfassten Klinik ein Mitbestimmungsrecht geltend gemacht, als Mitglieder einer DRK-Schwesternschaft auf der Grundlage eines Gestellungsvertrages dauerhaft dort eingesetzt werden sollten. Wegen der Dauerhaftigkeit des geplanten Einsatzes hielt der Betriebsrat die geplante Maßnahme für gesetzeswidrig und verweigerte deshalb seine Zustimmung. Dass in einer solchen Konstellation ein Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG besteht, stellte das BAG in wenigen Zeilen fest: Bei dem geplanten Einsatz der betroffenen DRK-Schwester handele es sich um eine zustimmungspflichtige Einstellung, denn die Schwestern würden in den Krankenhausbetrieb eingegliedert und die Betreiberin des Krankenhauses übe ihnen gegenüber auf der Grundlage des Gestellungsvertrages die für ein Arbeitsverhältnis typischen Weisungsbefugnisse aus[18].

Allerdings war es weniger diese Feststellung, die Aufsehen erregte, als die weitere Aussage des Beschlusses, dass nämlich der Einsatz der DRK-Schwestern aufgrund seiner geplanten Dauerhaftigkeit als Verstoß gegen das AÜG und deshalb als gesetzeswidrig anzusehen sei, mit der Folge, dass der Betriebsrat mit Recht seine Zustimmung zu dem geplanten Einsatz verweigert habe[19]. Nach früherer Rechtsprechung war das AÜG auf die Gestellung von DRK-Schwestern nicht anzuwenden gewesen, u.a. weil sie nach Auffassung des BAG nicht als Arbeitnehmerinnen der als Verleiherin in Betracht kommenden Schwesternschaft anzusehen sind[20]. Nunmehr hatte allerdings der EuGH auf die Vorlage des BAG hin entschieden, dass DRK-Schwestern wie im Fall der Ruhrlandklinik in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit fallen, wenn sie im Verhältnis zu ihrer Schwesternschaft ge-

14 BVerwG, ebd., Rn. 25.
15 BAG, Vorlagebeschluss v. 17.3.2015, 1 ABR 62/12 [A], BAGE 151, 131.
16 EuGH, Urteil v. 17.11.2016, Rs. C-216/15 (Ruhrlandklinik); dazu Anmerkung von Ulrici, jurisPR-ArbR 1/2017 Anm. 1 sub D II; außerdem Schmitt, ZESAR 2017, S. 167 (170 ff.).
17 BAG, Beschluss v. 21.02.2017, 1 ABR 62/12, BAGE 158, 121; dazu Anmerkung von Joussen, ZESAR 2017, S. 401 ff.
18 BAG, Beschluss v. 21.02.2017, 1 ABR 62/12, BAGE 158, 121 (126), Rn. 17 unter Hinweis auf BAG, Beschluss v. 08.11.2016, 1 ABR 57/14, Rn. 14 f.
19 BAG, Beschluss v. 21.02.2017, 1 ABR 62/12, BAGE 158, 121 (127 ff.), Rn. 22 f.
20 BAG, Vorlagebeschluss v. 17.03.2015, 1 ABR 62/12 [A], BAGE 151, 131 (135), Rn. 12, und BAG, Beschluss v. 21.02.2017, 1 ABR 62/12, BAGE 158, 121 (127 f.), Rn. 26.

schützt sind wie Arbeitnehmer[21]. Diese Voraussetzung ist nach Auffassung des BAG gegeben[22]; deshalb hat es das AÜG europarechtskonform in dem Sinne ausgelegt, dass das Gesetz auch auf die aufgrund von Gestellungsverträgen in Krankenhäusern eingesetzten DRK-Schwestern anzuwenden ist, auch wenn diese nach nationalem Recht – (aus Sicht des BAG) – nicht als Arbeitnehmerinnen anzusehen sind[23].

D. Die Reaktion des Gesetzgebers auf die neue Rechtsprechung des BAG

I. Die Änderung des DRK-Gesetzes vom Juli 2017

Bereits am Tag vor der abschließenden Entscheidung des BAG im Verfahren der Ruhrlandklinik hatten sich die damalige Bundesministerin für Arbeit und Soziales Nahles und der Präsident des Deutschen Roten Kreuzes Seiters auf eine Ergänzung des DRK-Gesetzes verständigt, die die unbefristete Gestellung von Mitgliedern der DRK-Schwesternschaften weiterhin ermöglichen sollte[24]. Eine Regelung in diesem Sinne wurde alsbald in ein laufendes Gesetzgebungsverfahren eingespeist[25] und ist am 25.07.2017 in Kraft getreten[26]. Sie findet sich in § 2 Abs. 4 des DRK-Gesetzes und lautet wie folgt: „Für die Gestellung von Mitgliedern einer Schwesternschaft vom Deutschen Roten Kreuz gilt das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz mit der Maßgabe, dass § 1 Absatz 1 S. 4 und Absatz 1b des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht anwendbar ist."

II. Europarechtswidrigkeit der unbegrenzten Gestellungsdauer?

Nach der neuen Vorschrift können also DRK-Schwestern auch weiterhin und abweichend von der sonst maßgeblichen Regelung des AÜG dauerhaft in der Krankenpflege der Krankenhäuser eingesetzt werden, mit denen die Schwesternschaften Gestellungsverträge geschlossen haben. Im Gesetzgebungsverfahren ist diese Ausnahme für die Rot-Kreuz-Schwestern als unvereinbar mit der Richtlinie 2008/104/EG über Leiarbeit angesehen worden[27]. In der Literatur ist diese Frage freilich umstritten[28]. Für ein europäisches Verbot dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung könnte sprechen, dass in der Richtlinie verschiedentlich davon die Rede ist, dass Leiharbeitnehmer „vorüber-

21 EuGH, Urt. v. 17.11.2016, Rs. C-216/15, Rn. 36–42.
22 BAG, Beschluss v. 21.02.2017, 1 ABR 62/12, BAGE 158, 121 (133 ff.), Rn. 40 ff.
23 BAG, Beschluss v. 21.02.2017, 1 ABR 62/12, BAGE 158, 121 (129 ff.), Rn. 28 ff.
24 Pressemitteilung des BMAS v. 20.02.2012, veröffentlicht auf der Website des Ministeriums, zuletzt abgerufen am 25.09.2018.
25 Vgl. die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales zum Rentenüberleitungs-Abschlussgesetz v. 31.05.2017, BT-Drs. 18/12584, S. 8 (Nr. 2).
26 Art. 9a und Art. 12 Abs. 2 des Rentenüberleitungs-Abschlussgesetzes v. 17.07.2017, BGBl. I S. 2575.
27 So die Stellungnahmen von ver.di und der Sachverständigen Bäumler-Schlackmann und Reichel vor dem Ausschuss für Arbeit und Soziales, vgl. BT-Drs. 18/12585, S. 13 und 17 f.
28 Zum Streitstand Rebhahn/Schörghofer in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EuArbR, 2. Aufl. 2018, 620 RL 2008/104/EG, Art. 1, Rn. 13–19.

gehend“ im entleihenden Unternehmen arbeiten (z. B. Art. 3 Abs. 1 lit. c)[29]. Eine ausdrückliche Verbotsvorschrift findet sich jedoch in den Kapiteln der Richtlinie, die den Mitgliedstaaten Regelungsaufträge erteilen (v. a. Art. 5 ff.), nicht. Vielmehr ist von Verboten im Zusammenhang mit der Leiharbeit nur in der Form die Rede, dass sie von den Mitgliedstaaten ausgehen können, dann aber besonderer Rechtfertigung bedürfen (Art. 4). Deshalb lässt sich ein europäisches Verbot dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung wohl kaum begründen[30].

III. Unvollständige Integration der DRK-Krankenschwestern in die betriebliche Mitbestimmung der Einsatzkrankenhäuser

Die neue Vorschrift des DRK-Gesetzes besagt – so die Gesetzesbegründung – außerdem, dass im Übrigen alle Schutzvorschriften des AÜG anwendbar sind; es heisst dort dann weiter: „Ebenso gelten die entsprechenden Regelungen zur betrieblichen Mitbestimmung im Entleiherbetrieb“[31]. Diese Aussage bezieht sich darauf, dass das nunmehr auch auf die DRK-Schwestern anzuwendende AÜG eine gewisse Berücksichtigung überlassener Arbeitnehmer in der Betriebsverfassung des Entleiherbetriebs vorsieht: Überlassene Arbeitnehmer sind berechtigt an den Sprechstunden der Arbeitnehmervertretungen teilzunehmen (§ 14 Abs. 2 S. 2 AÜG). Die meisten Regelungen des zweiten Abschnitts des vierten Teils des BetrVG über individuelle Mitwirkungs- und Beschwerderechte der Arbeitnehmer gelten im Entleiherbetrieb auch für überlassene Arbeitnehmer (§ 14 Abs. 2 S. 3 AÜG) und die Leiharbeiter werden im Zusammenhang mit bestimmten „Schwellenwerten“ berücksichtigt (§ 14 Abs. 2 S. 4 AÜG). Außerdem ist die Arbeitnehmervertretung vor Übernahme eines Leiharbeitnehmers zu beteiligen. All diese Regelungen gelten in gleicher Weise auch bei der Anwendung des BPersVG (§ 14 Abs. 4 AÜG). Schließlich wird im Hinblick auf die Betriebsratswahl ausdrücklich gesagt, dass Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb nicht wählbar sind (§ 14 Abs. 2 S. 1 AÜG). Das aktive Wahlrecht u. a. der Leiharbeiter hingegen ist Thema des § 7 S. 2 BetrVG, der Arbeitnehmern, die einem Arbeitgeber von einem anderen Arbeitgeber für mehr als drei Monate überlassen werden, das aktive Wahlrecht bei der Betriebsratswahl einräumt. Diese im Jahr 2001 eingeführte Regelung[32] soll, wie es in der Gesetzesbegründung heißt, „insbesondere Leiharbeitnehmern im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zugute kommen“[33].

Erstaunlicherweise nimmt die neue Vorschrift des DRK-Gesetzes auf die Regelung des BetrVG zum aktiven Wahlrecht der Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb nicht Bezug. Es mag sein, dass man bei der überhasteten Novel-

---

29 So etwa Düwell, Die vorübergehende Überlassung im Ersten AÜG-Änderungsgesetz, ZESAR 2011, S. 449 (450).

30 Ebenso Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., 2017, S. 166, Rn. 54; ferner Ulrici, jurisPR-ArbR 1/2017 Anm. 1 sub D II.

31 BT-Drs. 18/12584, S. 20.

32 Art. 1 Nr. 7 des BetrVerf-ReformG v. 23.07.2001, BGBl. I, 1852; dazu BT-Drs. 14/5741, S. 28 und 36.

33 BT-Drs. 14/5741, S. 36.

lierung des DRK-Gesetzes einen Hinweis auf § 7 S. 2 BetrVG schlicht vergessen hat. Sollte das zutreffen, läge es nahe, § 2 Abs. 4 DRKG insoweit als lückenhaft anzusehen und die Lücke durch Anwendung des § 7 S. 2 BetrVG auf DRK-Schwestern in den Vertragskrankenhäusern des Deutschen Roten Kreuzes zu schließen. Dieses Ergebnis lässt sich im Übrigen angesichts der zitierten Stelle aus der Gesetzesbegründung wohl auch durch schlichte Auslegung des § 7 S. 2 BetrVG gewinnen, denn als Arbeitnehmer jedenfalls im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsrechts sind die DRK-Schwestern ja nun unzweifelhaft anzusehen[34].

Selbst wenn man aber den DRK-Schwestern im Wege der Gesetzesauslegung das aktive Wahlrecht bei den Betriebsratswahlen in den Krankenhäusern gewährt, in denen sie arbeiten, stellt sich doch die noch grundsätzlichere Frage, ob die lediglich partielle Integration in die Betriebsverfassung, die AÜG und BetrVG vorsehen, der Rolle der DRK-Schwestern in den Krankenhäusern gerecht wird. Da sie dauerhaft in den Betrieb der Krankenhäuser eingegliedert sind, ist m. E. nicht nachzuvollziehen, weshalb sie in betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht nicht vollständig den anderen dauerhaft im Krankenhaus beschäftigten Arbeitnehmern gleichgestellt werden. In Bezug auf das passive Wahlrecht wäre es deshalb m.E. sinnvoll, den neuen § 2 Abs. 4 DRKG dahingehend zu ergänzen, dass auch § 14 Abs. 2 S. 1 AÜG auf überlassene DRK-Schwestern nicht anzuwenden ist.

E. Zur Bedeutung der Stellungnahme Bernd von Maydells aus heutiger Sicht

Der rechtspolitische Impetus der Stellungnahme von Maydells aus dem Jahr 1967 war, wie sich gezeigt hat, zukunftsträchtig. Heute werden DRK-Schwestern, die aufgrund von Gestellungsverträgen in Krankenhäusern arbeiten, in diesen Krankenhäusern zumindest partiell betriebsverfassungs- oder personalvertretungsrechtlich berücksichtigt. Abgesehen davon ist dieser frühe Text von Maydells auch deshalb aufschlussreich, weil er erkennen lässt, dass dem Autor die Gleichberechtigung berufstätiger Frauen ein Anliegen war. Dieses Anliegen hat Bernd von Maydell später vor allem aus sozialrechtlicher Sicht immer wieder aufgegriffen.

34 In diesem Sinne Homburg in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 7 Rn. 26–28.

Eva Maria Hohnerlein, München

Alterssicherung von Frauen und Gender Pension Gap in Deutschland

Inhaltsübersicht

A. Der Gender Pension Gap
  I. Gender Gaps in Europa
  II. Der Gender Pension Gap in Deutschland
B. Maßnahmen zum Abbau der geschlechtsspezifischen Rentenlücke
  I. Erwerbsarbeit
  II. Rentenrechtliche Ansätze zur Anerkennung von Kindererziehung
  III. Rentenrechtliche Anerkennung für Pflegezeiten
C. Perspektiven

Herr Prof. von Maydell war nicht nur wissenschaftlich an familienpolitischen Themen interessiert, er war auch selbst ein familienverbundener und familienorientierter Mensch. Diese Orientierung beschränkte sich nicht auf seine eigene Familie, in der er in den letzten Jahren sein Leben als begeisterter Großvater genießen durfte. Sie zeigte sich auch darin, wie er auf soziale und familiäre Belange seiner Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einging. Ich hatte das Glück, Herrn von Maydell in sehr unterschiedlichen Rollen kennenzulernen: als wissenschaftliche Referentin und Betriebsrätin am Institut, als Mitautorin von Gutachten, Mitherausgeberin eines Tagungsbandes sowie einige Male als Mitreisende zu internationalen Konferenzen. Was auch immer der Anlass einer Begegnung war: Der Kontakt war unkompliziert und entspannt, von Wohlwollen und Wertschätzung geprägt. Dafür bin ich ihm sehr dankbar.

Im Rahmen seiner familienpolitischen Agenda befasste sich Herr von Maydell wiederholt mit Fragen der Alterssicherung von Frauen und dem Familienlastenausgleich in der gesetzlichen Rentenversicherung. So erstattete er gemeinsam mit der Verfasserin im Sommer 1996 ein Rechtsgutachten im Auftrag des BMAS zum Thema „Rentenversicherung und Familienlastenausgleich. Verfassungsrechtlicher Rahmen und sachgerechte Ausgestaltung." Dabei ging es um eine Bestandsaufnahme und Bewertung der seit 1991 entwickelten Reformvorschläge zum Familienlastenausgleich in der gesetzlichen Rentenversicherung und um Vorschläge für eine sachgerechte Ausgestaltung eines Ausgleichs von durch Kindererziehung bedingten Nachteilen in der Alterssicherung. Schon damals bestand ein erheblicher Abstand zwischen den durchschnittlichen Versichertenrenten von Männern und Frauen, insbesondere in den westlichen Bundesländern. Seinerzeit wurden zwei – bis heute aktuelle – Ansätze zur Verringerung der Rentenlücke propagiert: In erster Linie sollten Probleme der Alterssicherung von Frauen über eine Ausweitung ihrer Erwerbstätigkeit gelöst werden. Daneben sollten Sicherungslücken nach familienbedingter Einschränkung oder Unterbrechung der Erwerbstätigkeit

durch flankierende Maßnahmen innerhalb des Rentensystems kompensiert werden, insbesondere durch die rentenrechtliche Anerkennung von Kindererziehungszeiten.[1] Hintergrund war die Überlegung, dass in stark erwerbszentrierten Alterssicherungssystemen wie der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung eine geringere Arbeitsmarktbeteiligung von Frauen im Zusammenhang mit familiären Aufgaben – nicht zuletzt auch im Hinblick auf fehlende Infrastrukturen zur Kinderbetreuung – zu langfristigen Verdiensteinbußen während der Erwerbsphase führen, die sich später nachteilig im Renteneinkommen niederschlagen.

Nun ist zwar die Erwerbsbeteiligung von Frauen in den letzten Dekaden deutlich gestiegen und auch die rentenrechtliche Anerkennung gesellschaftlich notwendiger „Familienzeiten" ist ausgebaut worden. Neben Kindererziehungszeiten können nun auch bestimmte Zeiten der nicht erwerbsmäßigen Angehörigenpflege die Rentenanwartschaften erhöhen. Doch was ergibt sich daraus für das Gefälle zwischen dem Niveau eigener Altersrentenansprüche von Frauen und Männern? Wo steht Deutschland heute beim Gender Pension Gap, inwieweit haben sich die Chancen von Frauen auf eine eigenständige und angemessene Absicherung im höheren Alter in Deutschland in der gesetzlichen Rentenversicherung verbessert und was sind die weiteren Perspektiven, um bestehende Lücken abzubauen oder zu schließen?

A. Der Gender Pension Gap

Bis heute sind die eigenen Rentenansprüche von Frauen in allen EU-Ländern niedriger als die von Männern. Diese ungleiche Verteilung von eigenen Rentenansprüchen zwischen Männern und Frauen wird als Gender Pension Gap bezeichnet.[2] Es handelt sich um einen Indikator, der die prozentuale Differenz der durchschnittlichen persönlichen Alterssicherungseinkommen von Frauen gegenüber denen von Männern ausdrückt.[3] Aus gleichstellungspolitischer Sicht geht es um die ungleiche Verteilung der Chancen auf eine hinreichende ökonomische Eigenständigkeit im Rentenalter. Ein Teil der allein lebenden Frauen im höheren Rentenalter ist bei niedrigen Rentenansprüchen auch eher als Männer mit dem Risiko von Altersarmut konfrontiert. In erwerbszentrierten Alterssicherungssystemen reflektiert der Abstand in den eigenen Rentenansprüchen akkumulierte Ungleichheiten in den Erwerbsbiographien im Lebensverlauf, die mit unterschiedlichen Ge-

1 Die Sicherungslücken durch Angehörigenpflege war nicht Gegenstand des Gutachtens.

2 Zum Ausmaß der Ungleichheit in den Einkommenschancen im Alter vgl. European Institute for Gender Equality (EIGE), Gender gap in pensions in the EU. Research note for the Latvian Presidency, Vilnius 2015.

3 In verschiedenen Publikationen wird der Begriff des Gender Pension Gap auch auf das gesamte Alterseinkommen bezogen, vgl. Flory (2011) Gender Pension Gap. Entwicklung eines Indikators für faire Einkommensperspektiven, BMFSFJ; Grabka, Jotzo, Rasner und Westermeier, DIW-Wochenbericht Nr. 5/2017, S. 87–96; Haan, Hammerschmid, Rowold, Gender gaps in pensions and health, DIW Economic Bulletin 43/2017, S. 436–442.

schlechterrollen sowie mit den früher geltenden rentenrechtlichen Regelungen zusammenhängen.[4]

Der Gender Pension Gap ist so einerseits das Ergebnis verschiedenster Ungleichheiten während der Erwerbsphase, wie insbesondere biographische Einschnitte durch Mutterschaft, Beschäftigung auf segregierten Arbeitsmärkten, oder stereotype Rollenmuster zur Arbeitsteilung in Familie und Beruf. Andererseits enthalten die Rentensysteme je nach Ausgestaltung auch Stellschrauben, die bestimmte Lücken in der Alterssicherung abmildern oder aber verstärken. Insofern ist der Gender Pension Gap auch Ausdruck einer unterschiedlichen Anerkennung der „Lebensleistungen von Frauen und Männern" durch die Rentensysteme. Erwerbsbezogene Rentensysteme basieren auf der Idee einer vollzeitigen, lebenslangen Arbeitsmarktteilhabe entsprechend des Modells eines (zumeist männlichen) Familienernährers. Wenn Frauen diesem Leitbild nicht entsprechen, indem sie ihre Arbeitsmarktpartizipation reduzieren, im Vergleich zu Männer weniger Stunden in der Woche und weniger Jahre arbeiten, so verringern sie gleichzeitig auch ihre Rentenansprüche. Unter bestimmten Voraussetzungen können sie zwar abgeleitete Ansprüche im Familienkontext durch Hinterbliebenenleistungen erwerben. Diese Form der Absicherung ist allerdings qualitativ nicht vergleichbar mit eigenen Rentenansprüchen.

I. Gender Gaps in Europa

Der unterschiedliche Zugang von Frauen und Männern zu ökonomischen Ressourcen im Alter wird durch verschiedene Faktoren bestimmt:

Frauen in Europa verdienen im Schnitt rund 16 % weniger als Männer, bezogen auf den durchschnittlichen Bruttostundenlohn.[5] Dabei beträgt die Schwankungsbreite etwa 20 Prozentpunkte: Die Lohndifferenz (Gender Pay Gap) reicht von unter 6 % (Italien, Luxemburg, Rumänien) bis zu 27 % (Estland). Deutschland steht hier an drittletzter Stelle und schneidet mit einer Lohndifferenz von etwa 21 % (2016) vergleichsweise schlecht ab: 23 % in den alten und 7 % in den neuen Bundesländern. Im europäischen Vergleich gehört Deutschland somit zu den Schlusslichtern.[6] Der Verdienstunterschied hat sich seit 2005 nur unwesentlich verringert. Selbst wenn strukturelle Faktoren und erwerbsbiographische Unterschiede herausgerechnet werden, beträgt der Abstand nach Daten des statistischen Bundesamts noch sechs Prozent (Neue Bundesländer sieben Prozent).[7]

---

4 Zu den Faktoren, die die weitere Entwicklung des gender pension gap in Europa beeinflussen, vgl. European Parliament, Directorate – General for Internal Policies, Gender Gap in Pensions: Looking ahead, Study for the FEMM Committee, 2017.

5 Stand 2016. Vgl. EU Commission, Pension Adequacy Report (PAR) 2018, Vol. 1, S. 74.

6 Im Zeitraum 2008–2015 ist die Lohndifferenz immerhin um 0,8 Prozentpunkte zurückgegangen. In den stark von der globalen Finanzkrise betroffenen Staaten hat sich der Abstand wieder vergrößert (Italien, Slowenien, Ungarn, Malta, Irland, Bulgarien, Lettland, besonders stark in Portugal), vgl. European Commission, PAR 2018. Vol. 1, 2018, S. 73–74.

7 Deutscher Bundestag, Drs. 18/13119, 14.07.2017, S. 3.

Die Situation für Frauen verschlechtert sich zumeist erheblich, wenn man den Blick auf die persönlichen Altersrentenansprüche richtet: Frauen leben zwar länger als Männer[8], aber ihre Rente fällt im Durchschnitt der EU-28-Länder um etwa **37 % niedriger** aus als die Rente für Männer. Die Variationsbreite zwischen den Ländern ist erheblich. Sie reichte 2016 für die Altersgruppe 65–79 von nur 1,8 % in Estland zu einem sehr starken Gefälle von bis zu 48,7 % in Zypern.[9]

Zwar haben die Unterschiede im Gender Pension Gap für die Rentenbezieher im Alter 65–79 im EU-Raum zwischen 2009 und 2016 etwas (um knapp 4 Prozentpunkte) abgenommen. Bis heute weisen jedoch alle EU-Staaten ein geschlechtsspezifisches Rentengefälle zum Nachteil von Frauen auf, selbst Länder mit Spitzenwerten beim allgemeinen Gleichstellungsindex.[10] Ursächlich sind insbesondere die geschlechtsspezifischen Rollenzuschreibungen bei der Verteilung von bezahlter Erwerbsarbeit und unbezahlter Fürsorgearbeit in der Familie in der aktuellen Rentnergeneration[11]. Diese ungleiche Verteilung setzt sich bis heute fort: Frauen sind weniger Jahre versicherungspflichtig beschäftigt und arbeiten häufiger in Teilzeit. Sie arbeiten im Durchschnitt der EU-Mitgliedstaaten 4,9 Jahre weniger in Vollzeitbeschäftigung als Männer; sie verbringen umgekehrt etwa 5 Jahre mehr in familiärer Fürsorgearbeit und dementsprechend niedriger ist die Gesamtdauer ihrer Erwerbsphase. Die Unterschiede in der Dauer der Erwerbsphase beeinflussen in Zukunft stärker als früher das Rentenniveau und damit das geschlechtsspezifische Rentengefälle, insbesondere wegen der Reformtendenzen der gesetzlichen Rentenversicherung in vielen Ländern, die eine enge Verknüpfung von Beiträgen und Leistungen hergestellt und das Äquivalenzprinzip gestärkt haben. Auch bei der Gesamtdauer der Erwerbsphase von Frauen zeigen sich große Unterschiede zwischen den EU-Staaten, wobei Deutschland ausnahmsweise etwas bessere Werte aufweist als der EU-Durchschnitt.[12]

Bleiben Frauen wegen Kindererziehung oder Pflege längere Zeit dem Arbeitsmarkt fern, so haben sie beim späteren Wiedereinstieg in der Regel geringere Verdienst- und Aufstiegsmöglichkeiten. Darüber hinaus sind die Erwerbschancen für Frauen oft auch durch strukturelle Benachteiligungen auf dem Arbeitsmarkt beeinträchtigt: Frauen sind überrepräsentiert in bestimmten Niedriglohnsegmenten des Arbeitsmarktes (Dienstleistungssektor) und unter-

8 Im Zeitraum 2015–2020 wurde in den OECD-Ländern eine Lebenserwartung für Frauen im Alter 65 von weiteren 21,3 Jahren projiziert, die bis 2060–2065 auf 25,5 Jahre ansteigen soll. OECD, Pensions at a Glance 2017. OECD and G20 Indicators, S. 120–121. Allerdings gibt es inzwischen Anzeichen, dass in einigen Ländern die Lebenserwartung langsamer steigt als prognostiziert.

9 EU Commission, PAR 2018, Vol. 1, S. 69, Abb. 37. In einigen EU-Staaten hat der Gender Pension Gap nach der globalen Wirtschaftskrise zugenommen (so in Italien, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Spanien, Tschechische Republik, Zypern).

10 Wo das Rentenniveau in absoluten Werten gering ausfällt, ist auch der Gender Pensions Gap geringer, etwa in Estland.

11 Neben den einkommensbezogenen Indikatoren werden unter den Zielen für Gleichstellungspolitik auch Unterschiede in der wöchentlichen Arbeitszeit (Gender Time Gap) und die Zeitverwendung für unbezahlte Care-Arbeit (Gender Care Gap) thematisiert. Vgl. Deutscher Bundestag, Drs. 18/12840, S. 9.

12 EU-Kommission, a. a. O., S. 75, Abb. 42.

repräsentiert in den gut bezahlten IT- und Technologiebranchen. Im Lebensverlauf kumulieren sich die Auswirkungen verschiedener negativer Faktoren, vor allem für Mütter, die sich dann auch in der Alterssicherung auswirken. Dies zeigt sich gerade in Ländern wie Deutschland, deren Rentensystem dem Äquivalenzprinzip ein großes Gewicht beimisst.

II. Der Gender Pension Gap in Deutschland

Die gesetzliche Rentenversicherung ist das mit Abstand wichtigste Alterssicherungssystem in Deutschland: 90 Prozent aller 65-Jährigen und Älteren in Deutschland erhalten eine eigene Rente aus diesem System, das durch eine starke Erwerbszentrierung und eine besonders enge Verknüpfung von Beitrag und Leistungen charakterisiert ist.[13]

Der aktuelle Gender Pension Gap in den eigenen Altersrentenansprüchen der gesetzlichen Rentenversicherung für die Altersgruppe 65–79 Jahre betrug 2016 rund 42 Prozent (2015 noch 45 %).[14] Auch bei diesem gleichstellungspolitisch relevanten Indikator schneidet Deutschland im europäischen Vergleich schlecht ab und steht an fünftletzter Stelle (nach Zypern, den Niederlanden, Malta und Luxemburg).[15]

Allerdings ist der Befund differenziert zu betrachten. Am stärksten fällt der Unterschied im durchschnittlichen Zahlbetrag für Altersrenten in den alten Bundesländern aus: Er betrug im Rentenbestand 2016 für Männer 1078 € gegenüber 606 € für Frauen. Im Rentenzugang 2016 hat sich die Differenz auf etwa 38 % verringert.[16] Im Beitrittsgebiet sind die Unterschiede erheblich geringer: Der Abstand beträgt 277 € bei den Bestandsrenten, 102 € bei den Neurenten.[17] Im Zeitraum 1995–2016 ist hier der Wert von 33 % auf nur 5 % gesunken. Dies hängt mit dem unterschiedlichen Erwerbsverhalten von Frauen mit und ohne Kinder im Beitrittsgebiet ab, welches das geschlechtsspezifische Rentengefälle im Osten abmildert, wobei jedoch auch die durch Arbeitslosigkeit durchbrochenen Erwerbskarrieren von Männern nach der Wiedervereinigung zu einer Abflachung der Unterschiede beitragen dürften. Die Unterschiede in den Alterseinkommen bestehen keineswegs nur zwischen den Geschlechtern, sondern auch innerhalb der Gruppe der Frauen selbst. Sozialwissenschaftliche Analysen haben gezeigt, dass Mütter – die also mit deutlich höherer Wahrscheinlichkeit familiär bedingte Auszeiten oder Arbeits-

13 Zu den Determinanten der Alterssicherung von Frauen in Deutschland vgl. auch Hohnerlein, Eigenständige und abgeleitete soziale Sicherung der Frauen in Deutschland vor und nach der Rentenreform von 2001, in: Japanisch-Deutsches Zentrum Berlin (Hg.), Symposium Reform der sozialen Sicherungssysteme in Japan und Deutschland, 18.–19. September 2001, jdzb documentation Band 3, 2003, S. 143–173.

14 Bundestags-Drs. 18/13119 vom 14.7.2017.

15 EU Commission, PAR 2018, Vol. 1, S. 69, Abb. 37 (auf der Basis von SILC-Daten). Nach den SHARE-Umfrage-Daten für 2015 fällt der Gender Pension Gap für Deutschland zwar mit 36,4 % für alle Rentner im Alter 65+ etwas niedriger aus als nach den SILC-Daten, aber auch hiernach belegt Deutschland nur einen schlechten vorletzten Platz.

16 Deutsche Rentenversicherung Bund 2017, S. 123–124.

17 Statistik der Deutschen Rentenversicherung Bund, Aktuelle Werte zum 31.12.2016.

zeitreduktion aufweisen – häufig gegenüber Frauen ohne Kinder schlechter gestellt sind.[18]

Auch der Familienstand wirkt sich aus: Bei den eigenen Altersrenten im Rentenbestand verheirateter und verwitweter Frauen findet man in Deutschland ein durchschnittlich stärkeres Rentengefälle als bei geschiedenen oder ledigen Frauen. Aus der Datenanalyse ASID 2015 ergab sich, dass der Gender Pension Gap in Westdeutschland bei Geschiedenen nur 13 % beträgt gegenüber 64 % bei den Verheirateten und 62 % bei den Verwitweten.[19] Allerdings ist die Interpretation der Befunde oft schwierig: Eine große Lücke lässt keinen Rückschluss auf den Wohlstand im Alter oder die Gefahr von Altersarmut zu, da weder der Haushaltskontext noch etwaige Hinterbliebenenleistungen berücksichtigt werden. Dies gilt auch umgekehrt für eine geringe Differenz: Sinken die durchschnittlichen Altersrenteneinkommen der Männer – z. B. im Zuge von längeren Phasen der Arbeitslosigkeit oder nach einem Versorgungsausgleich – so würde sich die Lücke verringern, ohne dass sich die Situation für die Frauen verbessert.

Noch größer ist der Gender Pension Gap, wenn man neben der gesetzlichen Rentenversicherung auch die Betriebliche Altersversorgung und die private Altersvorsorge betrachtet. Bezogen auf alle eigenständigen Alterssicherungsleistungen nennt der Alterssicherungsbericht der Bundesregierung für 2015[20] eine Gesamtlücke in den eigenständigen Alterssicherungsleistungen von 53 % zum Nachteil von Frauen (58 % in Westdeutschland gegenüber 28 % in Ostdeutschland). In der betrieblichen Altersversorgung werden erwerbsbedingte Ungleichheiten zwischen Männern und Frauen seit jeher verstärkt. Der Gender Pension Gap im Rentenniveau betrug hier 60 % in der Privatwirtschaft und 37 % in der obligatorischen Zusatzversicherung des öffentlichen Dienstes (2015), wobei in Ostdeutschland Betriebsrentenansprüche in der Privatwirtschaft insgesamt wenig verbreitet sind.[21] Bei der privaten Altersvorsorge als dritter Säule durch sog. Riesterrenten fällt die Rentenlücke mit 14 % vergleichsweise niedrig aus, da bei Frauen wegen der Kinderzulagen die Gesamtzulagen insgesamt höher ausfallen als bei Männern.

---

18 Sog. *mother pension gap*. Vgl. dazu Möhring, Is there a motherhood penalty in retirement income in Europe? The role of lifecourse and institutional characteristics, in: Ageing and Society 38(2018), 2560–2589.

19 In Ostdeutschland sind die Auswirkungen des Familienstands auf die Rentenlücke geringer: Sie betragen 35 % bei den Geschiedenen, 29 % bei den verheirateten und lediglich 6% bei den Geschiedenen/Getrennt lebenden Frauen. Vgl. Deutscher Bundestag, Drs. 18/13119, S. 4. Speziell zum Einfluss des Versorgungsausgleichs auf die Rentenanwartschaften von Frauen im alten Bundesgebiet (Verbesserung um etwa 20 %) vgl. Kreyenfeld, Mika und Radenacker, Der Gender Pension Gap in Ost- und Westdeutschland: Welchen Einfluss hat eine Scheidung auf die Alterssicherung, in: Sozialer Fortschritt 67(2018), 8/9, 973–996. Allerdings ist damit das Risiko der Altersarmut nicht gebannt: Vgl. Klammer, Alterssicherung von Frauen revisited – aktuelle Entwicklungen und zukünftige Perspektiven, Sozialer Fortschritt, 66(2017), 359–375 (365).

20 BMAS, Ergänzender Bericht zum Rentenversicherungsbericht 2016 gemäß § 154 Abs. 2 SGB VI (Alterssicherungsbericht 2016).

21 BT-Drs. 18/13119, S. 2. Zu den Hintergründen für die Benachteiligung von Frauen in der betrieblichen Altersversorgung vgl. Klammer, Sozialer Fortschritt 2017, S. 362.

Nicht nur in Europa, auch in Deutschland ist das geschlechtsspezifische Rentengefälle in den Alterssicherungssystemen in den Fokus gleichstellungspolitischer Debatten gerückt und war Gegenstand von Empfehlungen der Sachverständigenkommission zum Ersten Gleichstellungsbericht (2011) sowie erneut zum Zweiten Gleichstellungsbericht von 2017[22]. Es geht um eine gendergerechte Verteilung der Renten an Frauen und Männer und um faire Einkommensperspektiven im Alter, die dem verfassungsrechtlichen Postulat einer tatsächlichen Gleichstellung Rechnung tragen.

B. Maßnahmen zum Abbau der geschlechtsspezifischen Rentenlücke

Die schlechten Werte Deutschlands beim Gender Pension Gap im europäischen Vergleich lösten kritische Kommentare auf EU-Ebene aus. Allerdings unterscheiden sich die von den EU-Organen vorgeschlagenen Lösungsansätze: Während die EU Kommission eine verbesserte rentenrechtliche Anerkennung von sozial bedingten Lücken im Erwerbsverlauf propagiert, betont das Europäische Parlament v. a. den Ausbau der Erwerbsarbeit von Frauen, um den Gender Pension Gap zu schließen.

I. Erwerbsarbeit

Bei den erwerbsbiographischen Einflussfaktoren zeichnet sich in Deutschland einerseits eine positive Entwicklung für die jüngeren Geburtskohorten ab, da sich die weibliche Erwerbstätigenquote in Deutschland in der Dekade 2007–2017 von 63,2 % auf 71,5 % deutlich erhöht hat.[23] Die Erwerbsbeteiligung unter Frauen mit Familienpflichten wurde durch diverse familienpolitische Maßnahmen der letzten Dekade unterstützt, insbes. durch den Ausbau der Kindertagesbetreuung.[24]

Allerdings ist die Erwerbsquote von Frauen bislang nicht nur unter der männlichen Erwerbsquote geblieben, die im gleichen Zeitraum von 74,7 auf 78,9 % anstieg, sondern auch unter der im Rahmen der europäischen Beschäf-

22 Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.) Neue Wege – Gleiche Chancen. Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf. Gutachten der Sachverständigenkommission an das BMFSFJ für den ersten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, 2011; Zweiter Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, 2017, Deutscher Bundestag, Drs. 18/12840 vom 21.06.2017.

23 Zur Entwicklung der Erwerbstätigenquoten von Männer und Frauen in ausgewählten EU-Ländern vgl. IAQ, Sozialpolitik aktuell.de, mit Daten aus Eurostat (2018): Arbeitskräfteerhebung der Europäischen Union.

24 Vgl. Hohnerlein, Unterhalts- und Betreuungsleistungen für Kinder in Deutschland. In: Die „dritte Generation“. Rechte und Förderung von Kindern in Deutschland, Frankreich, Italien und Schweden. Ulrich Becker/Eva Maria Hohnerlein/Otto Kaufmann/Sebastian Weber, Baden-Baden: Nomos, 2014. S. 71 ff.; zu den weiteren Maßnahmen zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie gehören die grundlegenden Reformen des Elterngeldrechts von 2007, das Pflegezeitgesetz von 2008 sowie das Gesetz zur besseren Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf von 2014. Vgl. zu diesem familienpolitischen Komplex Becker, Familienpolitik durch Sozialrecht – auch ein Beitrag zum Wandel des Sollens und des Seins, in: Hilbig-Lugani et alii (Hg.) Zwischenbilanz. Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag, 2015, S. 3–15.

tigungsstrategie angepeilten Zielmarke, die von ursprünglich 60 % auf 75 % für Männer und Frauen im Erwerbsalter (20–64 Jahre) angehoben wurde.

Außerdem ist die Erwerbsintensität von Frauen nach wie vor durch teilzeitige Beschäftigung geprägt, die auch längere Phasen mit geringfügiger Beschäftigung umfassen kann. Dies ist einerseits den immer noch lückenhaften Angeboten für die Kindertagesbetreuung von ausreichender Qualität geschuldet, andererseits auch familiären Rücksichtnahmen oder persönlichen Präferenzen. Da sich bislang keine Abkehr von dieser Entwicklung im Umfang der Erwerbstätigkeit erkennen lässt, ist unter diesem Aspekt auch nicht mit einem baldigen Verschwinden des Gender Pension Gap in Deutschland zu rechnen. Als Strategie zum Abbau der Sicherungslücken durch familiäre Fürsorgearbeit stehen gezielte rentenrechtliche Maßnahmen zur Anrechnung von „Familienzeiten" im Vordergrund.[25]

II. Rentenrechtliche Ansätze zur Anerkennung von Kindererziehung

Bei der rentenrechtlichen Anerkennung von Phasen der Kindererziehung hat Deutschland im Lauf der Jahre vergleichsweise großzügige Regelungen eingeführt.[26]

Erstmals ab Januar 1986 wurden Zeiten der Kindererziehung in begrenztem Umfang im ersten Lebensjahr eines Kindes (nach Ablauf des Geburtsmonats) einer versicherungspflichtigen entgeltlichen Beschäftigung gleichgestellt.[27] Für Geburten ab 1992 erhöhte sich die Anerkennung auf insgesamt 36 Monate nach Ablauf des Geburtsmonats.[28]

Die Bewertung der Pflichtbeitragszeit war ursprünglich der Höhe nach begrenzt auf 75 % des Durchschnittsverdienstes aller Versicherten. Eine führende Arbeitsrechtswissenschaftlerin hielt diese Begrenzung für angemessen, da sie wertmäßig dem Durchschnittsverdienst aller Frauen entsprach.[29] Allerdings fand die rentenrechtliche Anerkennung auch nur statt, wenn nicht gleichzeitig beitragsbasierte Versicherungszeiten vorlagen. Eine additive An-

---

25 Andere EU-Staaten bewirken einen Abbau der Rentenlücke in der gesetzlichen Alterssicherung durch andere Konzepte, wie etwa Grund- oder Mindestrenten. Zu einem Vergleich der rentenrechtlichen Anerkennung von Kindererziehung in Ländern mit Grundrentensystem (Dänemark, Niederlande) und Ländern mit einem Sozialversicherungssystem (Deutschland, Italien, Österreich, Schweden) vgl. Blank, Blum, Kindererziehungszeiten in der Alterssicherung. Ein Vergleich sechs europäischer Länder. WSI-Working Paper Nr. 209, Februar 2017.

26 Bei der Großzügigkeit ist die mögliche Höchstdauer von der Bewertung der Anerkennungszeiten zu unterscheiden. Zu den Auswirkungen familienbedingter Erwerbsunterbrechungen wegen Kindererziehung vgl. Heien, Frommert, Loose, Unterschiede in den Kindererziehungsphasen von Frauen und ihre Einfluss auf die Alterssicherung. Ergebnisse einer Sonderauswertung der AVID 2005, Deutsche Rentenversicherung 4/2012, S. 233 ff.

27 HEZG vom 11.07.1985. Der Ausschluss von älteren Frauen mit Geburtsdatum vor dem 01.01.1921 wurde nachträglich über ein Sondergesetz (Kindererziehungsleistungsgesetz, KLG) korrigiert. Nach diesem Gesetz konnte diesen Müttern ein entsprechender Rentenzuschlag schrittweise ab dem 01.10.1987 ausgezahlt werden.

28 Die unterschiedliche Dauer der Anerkennung vor und nach einem bestimmten Stichtag wurde verfassungsgerichtlich nicht beanstandet.

29 Dass dieses Argument gerade von einer Frau vorgebracht wurde, stieß bei Herrn von Maydell auf einiges Befremden.

rechnung neben Pflichtbeitragszeiten aus einer Erwerbstätigkeit oder neben freiwilligen Beiträgen war nicht vorgesehen. Diese Einschränkung erklärte das BVerfG 1996 wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG für verfassungswidrig.[30] Infolgedessen führte der Gesetzgeber später eine additive Anrechnung bis zur jeweils geltenden Beitragsbemessungsgrenze ein. Die Begrenzung der Anerkennung auf 75 % des Durchschnittsverdienst aller Versicherten hielt das Bundesverfassungsgericht zwar nicht für verfassungswidrig, es formulierte jedoch eine Verpflichtung an den Gesetzgeber, „den Mangel des Rentenversicherungssystems, der in den durch Kinderziehung bedingten Nachteilen bei der Altersversorgung liegt, wegen der bestandssichernden Wirkung der Kindererziehung speziell auch für die Rentenversicherung in weiterem Umfang als bisher auszugleichen."[31] Hierauf stockte der Gesetzgeber die rentenrechtliche Anerkennung auf 100 % des Durchschnittsverdienstes aller Versicherten auf.

Weitere Verbesserungen folgten mit der bescheidenen Aufwertung von Berücksichtigungszeiten im Zuge der Rentenreform 2001. Dabei profitieren Mütter oder Väter bis zum vollendeten 10. Lebensjahr des jüngsten Kindes zusätzlich zur Ausübung einer Teilzeitarbeit oder einer unterdurchschnittlich entlohnten Tätigkeit von einer Aufwertung ihrer Anwartschaften. Diese Aufwertung findet auch statt, wenn zwei Kinder unter 10 Jahren ohne gleichzeitige Teilzeitarbeit erzogen werden. Nach langem Stillstand entschied sich der Gesetzgeber erst wieder mit der Reform zur sog. „Mütterente I" ab Juli 2014[32] zur Anerkennung von zusätzlichen Kindererziehungszeiten. Damit wird für vor 1992 geborene Kinder die anrechnungsfähige Kindererziehungszeit von einem Jahr auf zwei Jahre verlängert, was zu einer Erhöhung von einem Rentenpunkt führt.[33] Diese Maßnahme sollte v. a. die Gerechtigkeitslücke bei der Anerkennung von Kindererziehungszeiten je nach Geburtstermin verringern.

In einem zweiten Schritt wurde beschlossen, mit der Mütterrente II ab Januar 2019 die Ungleichbehandlung weiter zu reduzieren: Ursprünglich war geplant, weitere 12 Erziehungsmonate (bewertet mit einem zusätzlichen Rentenpunkt) nur zugunsten von Elternteilen mit mehr als zwei Kindern anzuerkennen. Nach dem endgültigen Gesetzentwurf vom 01.10.2018 sollen alle Mütter und Väter von der Ausweitung profitieren, unabhängig von der Zahl der vor 1992 geborenen Kinder. Jedoch werden nur 6 Monate an zusätzlicher Kindererziehungszeit anerkannt, was einen halben Rentenpunkt entspricht.[34]

---

30 BVerfG, Urteil vom 12.03.1996, BVerfGE 94, 241–267.

31 BVerfG, Urteil vom 07.07.1992, BVerfGE 87, 1 ff. (35).

32 Art. 249 SGB VI i. d. F. durch das Gesetz über Leistungsverbesserungen in der gesetzlichen Rentenversicherung vom 23.06.2014, BGBl. I 2014, S 787.

33 Dies entspricht einem monatlichen Rentenzuschlag von ca. 32 € in Westdeutschland und 31 € in Ostdeutschland (2018). Von der Aufstockung können allerdings die einkommensschwächsten Rentnerinnen nicht profitieren, da der Zuschlag voll auf die Grundsicherung angerechnet wird.

34 Gesetz über Leistungsverbesserungen und Stabilisierung in der gesetzlichen Rentenversicherung vom 08.11.2018, vgl. dazu Deutscher Bundestag, Drs. 19/4668 vom 01.10.2018.

Ab 2019 erhalten damit Mütter oder Väter für ein vor 1992 geborenes Kind insgesamt 2,5 Entgeltpunkte[35] in der Rentenversicherung gutgeschrieben.[36]

III. Rentenrechtliche Anerkennung für Pflegezeiten

Im Vergleich zur Anerkennung von Kindererziehungszeiten im Rentenrecht kam es erst mit großer zeitlicher Verzögerung auch zur Anerkennung von Pflegezeiten.[37] Der Umfang der rentenrechtlichen Honorierung von nicht erwerbsmäßiger Pflege fiel deutlich bescheidener aus als im Fall von Kindererziehung. Trotz einiger Verbesserungen im Zeitverlauf ist bis heute eine signifikante Ungleichbehandlung von Kindererziehung und Pflege zu konstatieren[38]. Pflegetätigkeiten werden in der Rentenversicherung in wesentlich geringerem Umfang berücksichtigt als Zeiten der Kindererziehung.

Seit Einführung der gesetzlichen Pflegeversicherung in Deutschland besteht für nicht erwerbsmäßig tätige Pflegepersonen eine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung. Dabei richten sich die Beiträge zur Rentenversicherung nach dem pflegerischen und zeitlichen Aufwand der Pflegeperson. Bis 2016 wurden je nach Pflegestufe Verdienste von ca. 700 € bis maximal ca. 2100 € zugrunde gelegt. Selbst bei schwerster Pflegebedürftigkeit in der höchsten Pflegestufe III wurden damals für einen Pflegeaufwand von mindestens 28 Stunden pro Woche nur 0,8 Entgeltpunkte pro Jahr gutgeschrieben. Daraus ergab sich ein monatlicher Rentenanspruch von maximal 20,83 € (West) und 18,30 € (Ost). In der Praxis fanden nicht professionelle Pflegetätigkeiten aber zumeist in den niedrigeren Pflegestufen I oder II statt. In der Pflegestufe I wurden hierfür bei einem zeitlichen Aufwand von 28 Wochenstunden nur 0,26 Entgeltpunkte anerkannt: das erhöhte die monatliche Rente um ca. 7,42 € (West) bzw. um 6,83 € (Ost).[39]

Mit Inkrafttreten des Pflegestärkungsgesetzes II im Januar 2017 stieg der pflegebezogene Rentenanspruch je nach Pflegegrad und Pflegeleistung. Am meisten – um 30,90 € (2018) erhöht sich die monatliche Rente für ein Jahr Pflege, wenn die pflegebedürftige Person in Pflegegrad 5 eingruppiert ist, in Westdeutschland gepflegt wird und ausschließlich Pflegegeld bezieht, am wenigsten – nur um 5,57 € – wenn nur Pflegegrad 2 vorliegt, im Osten gepflegt wird und ausschließlich Pflegesachleistungen bezogen werden. Eine

35 Ein Rentenpunkt wird ab Juli 2019 in Westdeutschland mit knapp 33 €, in Ostdeutschland mit knapp 32 € gewertet. Auch diese Verbesserung wirkt sich nicht aus bei Rentnerinnen, die auf Grundsicherung angewiesen sind.

36 Die Ungleichbehandlung ist somit noch nicht ganz beseitigt, da für ein nach 1992 geborenes Kind jeweils drei Kindererziehungsjahre angerechnet werden. Das Bundessozialgericht hielt diese Differenzierung nicht für verfassungswidrig, vgl. BSG 11.10.2018, B 13 R 34/17 R.

37 Zwischen 1992 bis 31.03.1995 bestand die Möglichkeit, für Zeiten der nicht erwerbsmäßigen Pflege Ansprüche durch freiwillige Beitragszahlungen an die gesetzliche Rentenversicherung zu erwerben (Pflegeberücksichtigungszeiten).

38 Klammer, Sozialer Fortschritt (SF) 2017, S. 368 ff.

39 In der Pflegestufe II konnte eine Pflegeperson einen Rentenanspruch von monatlich 9,89 € (ab 14 Std. Pflege) bzw. 14,83 € (ab 21 Std. Pflege) in Westdeutschland erwerben (2015), vgl. Czaplicki, Pflege zahlt sich aus – Der Beitrag nicht erwerbsmäßiger Pflege zur Alterssicherung, SF 5/2016, S. 105–112.

rentenrechtliche Anrechnung ist an folgende Voraussetzungen gebunden: Die pflegebedürftige Person muss einen Pflegegrad von 2 bis 5 haben; die Pflege muss mindestens 10 Stunden pro Woche an mindestens 2 Tagen und in häuslicher Umgebung stattfinden. Anders als bei Kindererziehung werden keine Beiträge gezahlt, wenn die Pflegeperson neben der Pflegetätigkeit mehr als 30 Stunden erwerbstätig ist. Nach der Statistik der Rentenversicherung dauern die meisten Pflegeepisoden weniger als drei Jahre, woraus die Pflegepersonen im Durchschnitt 1,56 Entgeltpunkte erzielen. Bei einer 10-jährigen Pflegezeit kann die Rente nach dem aktuellen Rentenwert auch um über 100 € steigen. Eine angemessene Alterssicherung ist hierdurch freilich nicht zu erreichen.

Bis vor kurzem entfiel die Anrechnung von Pflegezeiten, sobald eine Pflegeperson das gesetzliche Rentenalter erreichte, unabhängig davon, wie lange die Pflegetätigkeit danach noch dauerte. Seit 2017 bot das sog. Flexirentengesetz[40] eine vom Gesetzgeber nicht geplante Möglichkeit zur Anrechnung von Pflegezeiten nach dem Rentenzugang: Bis Ende 2016 führte der Bezug einer Vollrente wegen Alters zur Versicherungsfreiheit in der Rentenversicherung. Seit 2017 knüpft die Versicherungsfreiheit an den Bezug einer Altersvollrente an. Es reicht damit aus, auf einen minimalen Anteil der Rente zu verzichten, um – zum Beispiel mit der Teilrente von 99 % – als Pflegeperson weiter versicherungspflichtig zu sein und Rentenanwartschaften zu erwerben.[41] Vorteilhaft ist dabei auch, dass die Anwartschaften aus der Pflegetätigkeit nach Erreichen der Regelaltersgrenze mit einem monatlichen Zuschlag von 0,5% höher bewertet werden. Damit können pflegende Angehörige bei Bezug einer nur geringfügig reduzierten Altersrente ihren Rentenanspruch weiter erhöhen.[42] Das zuständige Ministerium will in Zukunft diese Möglichkeit unterbinden.[43] Dies wäre ein Rückschritt und würde den Aufbau zusätzlicher Rentenansprüche durch Pflegetätigkeiten weiter beeinträchtigen. Pflege im Rentenalter würde damit grundsätzlich anders behandelt als Erwerbstätigkeit im Rentenalter, was im Hinblick auf das gleichstellungspolitische Anliegen, den Gender Pension Gap zu reduzieren, nicht sachgerecht ist.

C. Perspektiven

Der aktuelle Gender Gap in den durchschnittlichen Rentenbeträgen spiegelt die vergangenen Erwerbsbiographien der jetzigen Rentnerinnen und die für frühere Generationen geltenden rentenrechtlichen Regelungen wieder. Er lässt damit keine unmittelbaren Rückschlüsse darauf zu, wie sich nachfolgende

40 Gesetz zur Flexibilisierung des Übergangs vom Erwerbsleben in den Ruhestand und zur Stärkung von Prävention und Rehabilitation im Erwerbsleben vom 08.12.2016, BGBl. I S. 2838.

41 Die Rente wird jährlich zum 01.07. eines Jahres mit den zusätzlichen Beiträgen neu berechnet.

42 Vgl. Czaplicki, Espeter, Keck, Pflegezeiten in der Rentenversicherung, RVaktuell 3/2018, S. 39–45.

43 Nakielski, Pflegende Rentner/innen: Die Pflege muss auch bei ihnen für die Rente zählen, Soziale Sicherheit 2018, S. 344.

Änderungen sowohl im Erwerbsverhalten als auch im Rentensystem auswirken und inwieweit sie die Ungleichheiten im Renteneinkommen zu beseitigen vermögen.

Die Entwicklung der Erwerbsquoten von Frauen und insbes. von Müttern in den europäischen Ländern mit einem hohen Gleichstellungsindex (etwa Schweden, Dänemark und Finnland)[44] lassen nicht erwarten, dass in Deutschland Unterschiede im Erwerbsverhalten zwischen Männern und Frauen rasch verschwinden werden. Zum einen gibt es für Frauen in Teilzeitarbeit nur unter sehr spezifischen Voraussetzungen einen Anspruch auf Rückkehr in Vollzeittätigkeit: Die Möglichkeit besteht bis Ende 2018 nur bei Elternzeit, Pflegezeit oder Familienpflegezeit. Ab Januar 2019 können befristete Teilzeitarbeit mit Rückkehrrecht vereinbart werden (sog. Brückenteilzeit), wobei der Rechtsanspruch auf Beschäftigte in größeren Betrieben mit mehr als 45 Arbeitnehmern beschränkt ist.[45] Vor allem aber fehlt es insbesondere in den Ballungsräumen immer noch an ausreichenden und bezahlbaren Angeboten zur Kinderbetreuung wie auch zur Tagespflege von hoher Qualität. Schließlich sind die Arbeitsmarktchancen nach familiär bedingten Pausen oft vermindert: Zum einen erfordert der schnelle technische Wandel einen beträchtlichen Aufwand an Weiter- und Fortbildung, zum anderen sind die Arbeitsmarktchancen im höheren Erwerbsalter häufig beschränkt, besonders nach Pflegezeiten.[46]

Bei den rentenrechtlichen Ansätzen zur Anerkennung von Erziehungs- und Pflegezeiten hat Deutschland zahlreiche Regelungen implementiert, die zu einem weiteren Abbau des Gender Pension Gap beitragen werden. Allerdings ist die gegenwärtige Rechtslage von verschiedenen Inkonsistenzen geprägt, die im Zuge weiterer Verbesserungen beseitigt werden sollten. Bei den Kinderberücksichtigungszeiten ist die beschränkte Anerkennung – maximal bis zum Durchschnittsverdienst aller Versicherten – nicht gerechtfertigt, wenn es um eine der Lebensleistung von Erziehenden angemessene Anerkennung geht. Wie schon bei den Kindererziehungszeiten wäre eine stärkere additive Anerkennung bis zur Beitragsbemessungsgrenze wünschenswert.

Besonders im Fall der nichterwerbsmäßigen Pflege sind Nachbesserungen erforderlich, um Einbußen an Altersvorsorge bei der Übernahme von Pflegetätigkeiten auszuschließen. Dieses Regelungsfeld ist im europäischen Vergleich noch nicht besonders entwickelt. Es scheint jedoch notwendig, die bisherigen Anstrengungen in Deutschland zu verstärken und vor allem die Differenzierungen bei der rentenrechtlichen Anerkennung im Vergleich zur Kindererziehung zu beseitigen. Schließlich wäre es im Sinne der Gleichwertigkeit von

---

44 Der Gleichstellungsindex wird vom Europäischen Institut für Gleichstellungsfragen (EIGE), einer Agentur der Europäischen Union, ermittelt. Der Index wird als Wert zwischen 1 und 100 angegeben, wobei 100 für die Idealsituation einer geschlechtergerechten Gesellschaft steht. Der Index wurde 2013, 2015 und 2017 veröffentlicht. Deutschland lag 2015 knapp unter dem europäischen Durchschnitt und rangierte mit Platz 12 im europäischen Mittelfeld.

45 Auch für größere Betriebe gibt es Zumutbarkeitsgrenzen. Vgl. zur Neuregelung § 9a Teilzeit- und Befristungsgesetz.

46 Keck, Was kommt nach der Pflege? SF 5/2016, S. 112–119.

Care-arbeit mit Erwerbsarbeit notwendig, eine reguläre Möglichkeit zum Erwerb von zusätzlichen Rentenansprüchen durch Pflege auch jenseits des Rentenalters bereit zu stellen.

Ein hoher Gender Pension Gap ist nicht automatisch mit einer prekären Einkommenslage von Frauen im Alter gleichzusetzen, weil er andere Formen der Einkommenssicherung im Alter nicht berücksichtigt, wie Absicherung im Unterhaltsverband, über Hinterbliebenenleistungen oder andere Versorgungssysteme. Gleichwohl spiegelt der Index eine Schieflage in den Chancen zum Aufbau einer eigenständigen angemessenen Alterssicherung wider. Er zeigt, in welchem Ausmaß das Ziel der Herstellung gleicher Chancen auf eine geschlechtergerechte Verteilung der Einkommen im Alter bislang verfehlt wird. Den persönlichen Lebensleistungen von Frauen und Männern trägt das deutsche Rentensystem nur bedingt Rechnung. Die bisherigen Verbesserungen bei der rentenrechtlichen Anerkennung von familiären Care-Zeiten werden zwar bei künftigen Rentnerinnen zu einer weiteren Verringerung im Rentengefälle zwischen Männer und Frauen in Deutschland beitragen. Allerdings werden sie voraussichtlich nicht ausreichen, um ein angemessenes Sicherungsniveau im Alter zu gewährleisten. Solange das Rentensystem der bisherigen Logik eines vollständigen und vollzeitigen Erwerbsverlaufs folgt, wird der Gender Pension Gap nicht verschwinden, denn die bisherigen Maßnahmen innerhalb des Rentensystems sind nicht geeignet, strukturelle Benachteiligungen von Frauen im Arbeitsmarkt und in den sozialstaatlichen Arrangements auszugleichen.

Urszula Jackowiak, Gdańsk

Einige Randbemerkungen zum neuen polnischen Gesetz für Hochschulwesen und Wissenschaft

Prof. Dr. habil. Baron Bernd von Maydell befasste sich professionell mit dem Recht für Sozialwesen und dem Arbeitsrecht. Seine enormen wissenschaftlichen Errungenschaften[1] weisen oft, neben den sachlichen Analysen, Gedanken auf, welche die Unterstützung der Menschen betreffen, besonders derjenigen, die ökonomisch oder sozial schwächer sind.

Es ist allgemein bekannt, dass zu den Gestaltungselementen des sozialen Status des Menschen ein gewisses Niveau seiner Ausbildung gehört. Unter anderem hat Professor von Maydell einen hohen Wert dem Unterrichtsprozess zugeschrieben, sowohl demjenigen, der im Rahmen der Universitätsvorträge realisiert wurde, als auch im Rahmen von Konferenzauftritten.

Im Zusammenhang mit diesem Bereich der Aktivität von Professor von Maydell möchte ich ein paar allgemeine Bemerkungen zum neuesten polnischen Gesetz für das Hochschulwesen und die Wissenschaft vorstellen.[2] Das Gesetz gilt ab dem 1. Oktober 2018.

Es ist ein umfangreicher normativer Akt mit 470 Artikeln, denen eine Präambel vorangeht, in der u.a. festgestellt wird „… dass das Streben nach Erkennen der Wahrheit und die Übermittlung des Wissens von Generation zu Generation eine besonders edle Aktivität des Menschen ist …“ und dass „… jeder Gelehrte für die Qualität und Redlichkeit der von ihm geführten Untersuchungen die Verantwortung trägt …“

Der hier besprochene normative Akt führt eine Typologie der Hochschulen ein, wobei der Ausgangspunkt nach verschiedenen Kriterien aufgebaut ist. So werden z.B. nach dem Kriterium der Art des Hochschulgründers diese in öffentliche und nichtöffentliche Hochschulen unterteilt, nach dem Kriterium der Art der wissenschaftlichen und didaktischen Tätigkeit – in akademische oder beruflich orientierte[3] Hochschulen, wobei von den darauffolgenden Anweisungen detailliert die Kompetenzen und Aufgaben dieser Hochschulen beschrieben werden.

Das dritte Kapitel[4] definiert synthetisch die Rechte und Pflichten der Studenten und – ab dem Art. 112 – der Mitarbeiter der Hochschulen.

Zwecks Realisierung von wissenschaftlichen Aufgaben sensu largo lässt das Gesetz eine Gründung von Föderationen zu, wobei deren Finanzierung genau bezeichnet wird.[5]

---

1 Diese umfassen ca. 415 Publikationen.
2 Gesetzbuch 2018 Pos. 1668 im Folgenden bezeichnet als Gesetz.
3 Art. 13 und 14 des Gesetzes.
4 Ab Art. 83 des Gesetzes.
5 Art. 165 u. a. des Gesetzes.

Der fünfte Teil[6] wurde der Verleihung von Grad und Titel des Professors im Hochschulsystem gewidmet.

Das, was meiner Ansicht nach, einer Hervorhebung verdient, ist die, in den nachfolgenden Anordnungen[7] eingeführte Regelung der Formen der Ausbildung von Doktoranden im Rahmen sog. Doktorandenschulen mit genauer Beschreibung der Regel ihres Funktionierens.

Es muss noch unterstrichen werden, dass der dritte Teil[8] die Prinzipien regelt, nach welchen die Verleihung des Grades des habilitierten Doktors und des Professors geordnet wird.

Der VII. Teil umfasst die disziplinäre Verantwortlichkeit der Hochschullehrer[9], der Studenten[10] und der Doktoranden[11].

Ein gesonderter Teil VIII betrifft alle Probleme, die mit der der Ausbildung von Ausländern verbunden sind.[12] Die nächsten Anordnungen (Art. 469 des Gesetzes) betreffen die verwaltungs – organisatorischen Probleme.

Die oben vorgestellten Bemerkungen sind nur als Information zu verstehen, die in telegrafischer Kürze die vom Gesetzgeber angenommenen Lösungen vorstellt. Im Allgemeinen gesagt, geht das Gesetz in Richtung totaler Regelung der ganzen, mit der Ausbildung auf der Hochschulebene verbundenen Problematik.

Wie jeder neue normative Akt, der noch keiner Verifizierung in der Praxis unterlag, ist sein Wert sehr schwer objektiv einzuschätzen. Sicher sind neben positiven Aspekten auch negative zu entdecken.

Dem polnischen wissenschaftlichen Milieu war es seit einigen Jahren klar, dass eine Reform des Hochschulsystems notwendig ist, da die Funktionierungsnormen dieses Fragments des gesellschaftlichen Wirkens im wesentlichen Teil den Welttrends anzupassen sind. Die Erscheinung der sog internationalen Übersichtlichkeit hat einen vielschichtigen Einfluss darauf, wie die Aufgaben der Wissenschaft und der Ausbildung verstanden werden und im Rahmen dessen auf die Richtung der Reform. Im Laufe des Gesetzgebungsprozesses wurden u. a. Vergleichsdaten ins Auge gefasst, die den positiven Mustern aus anderen Ländern entnommen wurden.[13]

Das neue polnische Hochschulwesengesetz soll, unter dem Einfluss der Welttendenzen, insbesondere aber der europäischen Trends, zur Veränderung des traditionellen Models führen, dessen Merkmal ist, dass ein großer Bereich der akademischen Freiheit einzubüßen ist u. a. im Verzicht auf die freie Verfü-

6 Ab Art. 177 des Gesetzes.
7 Ab Art. 185 u. w. des Gesetzes.
8 Ab Art. 218 des Gesetzes.
9 Ab Art. 275 des Gesetzes.
10 Ab Art. 307 des Gesetzes.
11 Ab Art. 322 des Gesetzes.
12 Ab Art. 323 des Gesetzes.
13 M. Kwiek: Changing higher education policies:From the deinstitutionalization to the reinstitualization of the research mission in Polish universities. Science and Public Policy 2012 Heft 35 S. 642–654.

gung über die eigene, individuelle Zeit durch die Wissenschaftler. Diese freie Verfügung über die Zeit soll eingeschränkt werden. Was die wissenschaftlichen Untersuchungen anbetrifft, wird starker Druck auf ihre Anwendungsorientierung gelegt und ihre starke kommerzielle Färbung. Die berufliche Stabilität wird vermindert und der freie Zeitraum, wie oben unterstrichen, gekürzt.

Wie man den, in diesem Bereich geführten Untersuchungen entnehmen kann, wird man sich diesen neuen Bedingungen nicht nur Polen, sondern auch ganz Europa nur schwer anpassen können.[14]

Das hier besprochene Gesetz wird in der Epoche international vergleichbarer Daten funktionieren. Daher wird unbedingt ein Verwaltungssystem für die Wissenschaft eingeführt werden müssen im Einklang mit dem Paradigma des globalen Denkens. Das bedeutet einen teilweisen Verlust der Stärke des bisherigen akademischen Paradigmas.

In der Gestaltung der im Gesetz enthaltenen Lösungen wurden auch Elemente des Aufbaus eines wissenschaftlichen Prestiges in Betracht genommen. In diesem Prozess spielen die internationalen Vergleichsdaten[15] eine bedeutende Rolle.

Im Legislationsprozess hat das Auftauchen der Epoche der internationalen Vergleichsdaten eine enorm große Rolle gespielt. Die akademische wissenschaftliche Welt wurde messbar. Eine neue Kraft gewann das globale Paradigma in Überlegungen zur Rolle der Universitäten und der Verwaltung des wissenschaftlichen Systems.[16]

Wenn man die im Gesetz aufgenommenen juristischen Lösungen analysiert, wird es klar, dass sie innerhalb von Perioden entstanden sind, in denen verschiedene Paradigmen funktioniert haben. Einerseits das traditionelle akademische Paradigma, mit traditionellem Blick auf das Funktionieren der akademischen Gemeinschaft und den Regeln der bisherigen Verwaltung. Andererseits dagegen tritt ein globales Paradigma ein, welches auf die Richtungen der modernen Reformen hinweist. Im Endeffekt gehen die, vom Gesetzgeber unternommenen Reformen in Richtung der Professionalisierung der akademischen Institutionen. Die sollen, unter dem Einfluss vom inneren und äußeren Anstoß, in gut verwaltete Organisationen mit klaren Entwicklungsstrategien und klar definierten weltweiten Missionen umgestaltet werden.[17]

---

14 M. Kwiek: Die Universität in der Umwandlungsepoche.Die Institutionen und die wissenschaftliche Kader unter den Bedingungen der wachsenden Konkurrenz, PWN Warszawa 2015.

15 M. Zylicz: Gründung der Qualitätskultur. Wissenschaft und das Hochschulwesen, Heft 2 2017 (S. 41–58).

16 D. Antonowicz: Zwischen der Kraft der globalen Prozesse und der lokalen Tradition. Wissenschaftlicher Verlag der Mikołaj-Kopernik-Universität, 2015; A. Dziedziczak-Foltyn: Die Hochschulreform in Polen in öffentlicher Debatte. Die Bilance der Diskussion über die Universitäten (1990–2015), Łódź, Verlag der Universität Łódź 2017.

17 Ł. Sułkowski: Die akademische Kultur. Ende einer Utopie. Wydawnictwo Naukowe PWN Warszawa 2016 J. Woźnicki: Das Postulat eines selektiven Charakters der Deregulierung im Hochschulwesen. Nauka i Szkolnictwo Wyższe, Heft 2 2017 Seiten 91–106; K. Szadkowski: Die Univerität als allgemeines Gut, PWN Warszawa 2015.

Das Streben nach einer möglichst vollkommenen und perfekten Gestaltung der modernen juristischen Lösungen, die mit den weltweiten Trends im Einklang wären, hat Ausdruck nicht nur in dem oben besprochenen Gesetz gefunden, aber auch in den, vom Minister für das Hochschulwesen und Wissenschaft herausgegebenen Ausführungsbestimmungen. Als Beispiel sollten hier nur die Verordnung betreffs der Nostrifizierung der wissenschaftlichen Grade,[18] die Verordnung betreffs der disziplinären Verantwortung der wissenschaftlichen Mitarbeiter[19] und die Verordnung betreffs der Doktordiplome, der Habilitationsdiplome und der Doktorandenausweise, genannt werden.[20]

Inwiefern es dem Gesetzesgeber gelungen ist in dem Gesetz diesen aktuellen, modernen Erwartungen entgegen zu kommen, wird erst die Praxis zeigen.

18 Gesetzbuch vom J. 2018 Pos. 1877.
19 Gesetzbuch vom J. 2018 Pos. 1843.
20 Gesetzbuch vom J. 2018 Pos. 1837.

Yves Jorens, Gent

Soziale Sicherung für Arbeitsimmigranten: Besteht eine Notwendigkeit neuer Regeln für die geltenden Rechtsvorschriften?

Inhaltsübersicht

A. Die realen Konfliktregeln
B. Herausforderungen für die Konfliktregeln
C. Auswirkungen der Verordnungen
D. Abschließende Bemerkung

Für Bernd von Maydell waren zwei Themen sehr wichtig: soziale Sicherheit und die Frage der Konfliktregeln.

Wir haben uns dazu entschieden, beide miteinander zu verbinden und die Frage der Konfliktregeln im Bereich der sozialen Sicherung für Arbeitsimmigranten zu untersuchen. Welche Regeln der sozialen Sicherung sollten für Arbeitsimmigranten gelten? Die Festlegung der geltenden Rechtsvorschriften gehört zu den grundlegenden Prinzipien der sozialen Sicherung für Arbeitsimmigranten. Das Ziel dabei ist, jeden Zweifel daran zu vermeiden, welches spezifische Recht den Sozialschutz des Arbeitsimmigranten regelt.

Seit Gründung der Europäischen Union gab es die Option, den Arbeitsort, das Lex Loci Laboris, als Kriterium für die Definition der geltenden Rechtsvorschriften zu wählen. Rechtliche und auch praktische Argumente lagen dieser Entscheidung zugrunde. Die Idee dahinter war, die Sozialversicherungsrechte des Migranten eindeutig mit dem Rechtssystem des Landes zu verbinden, mit dem er/sie in seinem/ihrem Alltagsleben am stärksten verbunden ist. In dem Jahr, in dem wir 60 Jahre Europäische Koordinierung und 50 Jahre Freizügigkeit feiern, ist es unserer Ansicht nach Zeit, einmal über dieses wichtige Prinzip des europäischen Sozialversicherungsrechts nachzudenken. Passen diese Regeln immer noch zur aktuellen Situation? Oder sollten wir über ein paar Änderungen nachdenken? Und wenn wir etwas ändern, reicht eine rein kosmetische Anpassung der Konfliktregeln aus oder besteht die Notwendigkeit, die tatsächlichen Regeln weiter grundsätzlich zu ändern und warum sollten wir das?[1]

---

1 Siehe Jorens, Y. (ed.), Lhernould, J.-P. (ed.), Fillon, J.-C., Roberts, S. and Spiegel, B. „Think Tank Report 2008 – Towards a new framework for applicable legislation. New forms of mobility, coordination principles and rules of conflict – Project trESS, (Training and Reporting on European Social Security), European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Brussels, 2008, 34 S.; Jorens, Y., „Zu neuen Regeln für die Festlegung der geltenden Gesetzgebung" in 50 Jahre Koordinierung der sozialen Sicherheit: die Vergangenheit, die Gegenwart und die Zukunft, European Commission, Official Publications, Luxembourg, 2010, 175–193; Jorens, Y. (ed), Spiegel, B., (ed), Fillon, J.-C. and Strban, G., „Think Tank report 2013: Key challenges for the social security coordination in the perspective of 2020", Project trESS (Training and Reporting on European Social Security), European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Brussels, 2013, 64 S.

A. Die realen Konfliktregeln

Die Koordinierungsverordnungen sind ein Instrument, mit dem die Freizügigkeit von Arbeitskräften gewährleistet werden soll. Aber für wen wurden diese Koordinierungsverordnungen verfasst? Wen sollten sie schützen?

Wie die Präambel zur Verordnung (EG) Nr. 883/2004 klar und deutlich feststellt: „Die Regeln für die Koordinierung der nationalen Sozialversicherungssysteme fallen unter den Rahmen der Freizügigkeit der Personen und sollten dazu beitragen, ihren Lebensstandard und ihre Arbeitsbedingungen zu verbessern."

Die Interessen der Arbeitskräfte nehmen eine zentrale Stelle im Koordinierungsrahmen ein. Aber sie sind nicht die einzigen: Der EuGH erklärte, dass nicht nur die Arbeitskraft diesem Staat unterliegt, sondern auch der Arbeitgeber, und die Tatsache, dass der Arbeitgeber in seinem Niederlassungsstaat weniger Beiträge zahlen sollte, ist irrelevant (Fall C-8/75 Le Football Club d'Andlau [1975] ECR 739). Wo eine Arbeitskraft versichert ist, beeinflusst demzufolge auch die Situation des Arbeitgebers. Insbesondere im Hinblick auf die Kollisionsnormen zur Bestimmung der anwendbaren Rechtsvorschriften, die auch mit dem freien Dienstleistungsverkehr zu tun haben und als solche im Interesse des Arbeitgebers sind, erklärt der EuGH, dass Paragraph 13 (1) (a) der Verordnung Nr. 3 darauf abzielt, die Hindernisse zu überwinden, die wahrscheinlich die Freizügigkeit der Arbeitskräfte behindern, und die gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung zu fördern und gleichzeitig administrative Schwierigkeiten für Arbeitskräfte, Unternehmungen und Sozialversicherungsverbände zu verhindern (siehe Fall C-35/70 Manpower [1970] ECR 1263, Absatz 10; später bestätigt in beispielsweise Fall C-202/97 Fitzwilliam [2000] ECR 883, Absatz 28; und Fall C-404/98 Plum [2000] ECR 9379, Absatz 19. So werden die Konfliktregeln nicht nur im Interesse der Arbeitnehmer, sondern auch des Arbeitgebers und der Sozialversicherungsträger eingeführt. Eine mögliche Überprüfung des gültigen gesetzlichen Rahmens sollte deshalb nicht die Rolle und Beteiligung dieser drei Parteien (Arbeitskraft, Arbeitgeber und Verwaltung) aus dem Blick verlieren und die richtige Balance zwischen den Interessen dieser drei Parteien finden. Die Interessen dieser drei Parteien sind allerdings unterschiedlich und widersprechen sich manchmal. Dies ist die Vorstellung, dass die Balance der Interessen die geltende Legalisierung bestimmen sollte.

B. Herausforderungen für die Konfliktregeln

Die Freizügigkeit von Personen gehört zu den Grundrechten und zentralen Pfeilern der europäischen Struktur. Der Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer durchlief jedoch einen Prozess der Vertiefung und des Ausbaus und erweiterte seinen Geltungsbereich kontinuierlich. Der Gastarbeiter von vor 60 Jahren entspricht nicht mehr dem Arbeitsmigranten von heute. Die Art der Migration und die neuen Arbeitsmuster innerhalb eines immer fle-

xibleren Arbeitsmarkts haben zu neuen Formen der Mobilität geführt, die zweifellos auch die Prinzipien des aktuellen Koordinierungsrahmens vor Probleme stellen werden. Jahrzehntelang hat eine tiefgreifende Entwicklung hin zur Globalisierung zunehmend offener Märkte und wachsender gegenseitiger wirtschaftlicher Abhängigkeiten stattgefunden. Multinationale Unternehmen spielen dabei eine strukturelle Rolle, und der wachsende Wettbewerb nimmt zu, sowohl zwischen den Gebieten als auch zwischen Produkten und Dienstleistungen. Unternehmen suchen nach den Produktionsstandorten, die die besten wirtschaftlichen Voraussetzungen bieten. Die neuen Zwänge der Globalisierung veranlassen die multinationalen Unternehmen dazu, sich wieder auf ihr Know-how oder ihr Kerngeschäft zu konzentrieren und sich für verschiedene Komponenten, Dienstleistungen und ergänzende Funktionen an kompetente Lieferanten, Subunternehmer oder Partner zu wenden. Produktionsabläufe nehmen immer mehr die Form internationaler Netzwerke aus spezialisierten Einheiten an. Outsourcing ist fast schon zu einem regelrechten Zwang für Unternehmen geworden, was entweder zu integrierten Netzwerken von multinationalen Unternehmen oder dauerhaften und vertraglichen Zweckverbänden von rechtlich unabhängigen spezialisierten Zulieferern führt. Diese kennzeichnen sich durch gemeinsame Zwänge bei der Suche nach minimalen Kosten, durch besseres Know-how, durch Zugang zu strategischen Ressourcen, durch Flexibilität und Risikoteilung und unterliegen den Bedingungen eines harten Wettbewerbs zwischen und innerhalb dieser Netze.

Die Suche nach dem besten Kosten-Einnahmen-Verhältnis und die Notwendigkeit, sich ständig an technologische Entwicklungen, den Wettbewerb und die Verfügbarkeit von Produktionsfaktoren anzupassen, bringen diese Unternehmensnetzwerke dazu, eine Strategie einzuführen, um ihr Humankapital auf zwei Ebenen zu managen:

– die Lokalisierung von Humanressourcen in Abhängigkeit von ihrer Verfügbarkeit am Standort und ihren Lohn-, Sozial- und Steuerkosten sowie der Verfügbarkeit und den Kosten anderer Produktionsfaktoren (Kapital, Rohstoffe, Energie, Verkehr, Joint-Venture-Angebote usw.);
– Aber auch die Internationalisierung eines Teils der Humanressourcen für Produktionsbedürfnisse und ihre Mobilität, in Abhängigkeit von den Qualifikationen der betroffenen Arbeitskräfte und ihren jeweiligen Kosten.

Diese zweite Ebene zeigt sich in mehreren Entwicklungen. Erstens lässt sie sich an der Entwicklung der Mobilität von Führungskräften und hochqualifizierten Mitarbeitern innerhalb einer Gruppe erkennen. Zweitens zeigt sie sich darin, dass immer mehr Mitarbeiter entsandt werden – angeregt oder gefordert durch die erhebliche Zunahme des internationalen Dienstleistungsangebots, die wiederum auf die Globalisierung zurückzuführen ist. Schließlich zeigt sich dies bei der Suche nach der flexibelsten und kostengünstigsten sozialen und steuerlichen Verbindung in Kombination mit dem Sozialschutz von Unternehmen oder Gruppen (Pensionsfonds, Versicherungsgruppen usw.), die es den Unternehmensnetzwerken ermöglicht, die Unterschiede im

nationalen Schutz auszugleichen und ihren mobilen Arbeitnehmern einen Schutz zu bieten, der insgesamt als attraktiv und loyalitätsfördernd angesehen wird.

Die Globalisierung steigert ferner die geographische Mobilität der Arbeitskräfte, die häufiger die Arbeitgeber wechseln müssen, was zu einem Umzug innerhalb einer Region, eines Staats oder sogar von einem Staat zum anderen führen kann, oder der Einrichtung eines weiteren Wohnsitzes zusätzlich zum üblichen Aufenthaltsort. Heutzutage gibt es eine größere Vielfalt der verschiedenen Arten von Arbeitsmigranten innerhalb des gesamteuropäischen Arbeitsmarktes. In ihren Strategien für ihre Beteiligung an der Globalisierung oder eben auch für ihren Widerstand dagegen streben die Unternehmen größere Flexibilität innerhalb ihrer Personaleinsatzplanung an, indem sie in steigendem Maße befristete Verträge, Zeitarbeitsverträge und Serviceverträge mit anderen Unternehmen nutzen, die ihre Arbeitskräfte entsenden, um Dienstleistungen zu erbringen (Outsourcing von Arbeiten). Diese wachsende Arbeitsplatzunsicherheit für einen Teil der Arbeitskräfte zwingt ihnen folgerichtig eine größere Mobilität auf.

Somit führt die Existenz von Unternehmensnetzwerken zu Mobilität innerhalb des Netzwerks oder des Konzerns. Darüber hinaus sorgt sie für Dreiecksverhältnisse, die sich oft dadurch charakterisieren, dass es zwei parallele Arbeitsverträge gibt. Ab einem gewissen Zeitpunkt im Laufe ihrer Karriere innerhalb des Netzwerks haben Angestellte anscheinend mannigfaltige Verbindungen zu verschiedenen Unternehmen; ihr Karrieremuster zwingt sie dazu, von einem Netzwerkmitglied zum nächsten zu wandern. Dieses Konzept der Vernetzung könnte auch das Entsenden abdecken. Das Entsenden wird als ein Spiel mit meist drei Spielern definiert (einschließlich der Arbeitskraft; der Arbeitgeber-Dienstleister; sowie das Unternehmen der temporären Aktivität, der Käufer der Dienstleistungen), aber in den Koordinierungsverordnungen wird es als statische und besondere Situation dargestellt. Die Wirklichkeit zeigt, dass viele Unternehmen, die Arbeitskräfte entsandt haben, dies nicht nur einmal getan haben und auch nicht nur einen einzigen Mitarbeiter.

Die Freiheit der Arbeitskräfte ist ebenfalls zu einem Grundprinzip geworden. Ursprünglich dafür gedacht, Arbeitskräftemängel zu überbrücken, hat die Freiheit der Arbeitskräfte nicht nur zum Aufstieg eines neuen, breiten Arbeitsmarktes geführt, sondern ist auch zu einem individuellen Grundrecht geworden. Eine individuelle, rechtebasierte Perspektive ersetzte die ursprüngliche Arbeitsmarktperspektive. Europa ist zu einem Gebiet geworden, in dem jeder Bürger und jede Bürgerin, ungeachtet seines oder ihres beruflichen Status, sein oder ihr Recht auf Freizügigkeit nutzen kann, und dies auch ungeachtet des Ziels, ob es jetzt um bessere Arbeitsbedingungen geht, um das Klima oder die eigene Zufriedenheit. Die wachsenden Möglichkeiten des EU-Rechts für Patienten, sich nach einer besseren medizinischen Behandlung umzusehen, aber auch die Mobilität durch den Tourismus und die billigeren Reisemöglichkeiten werden zu einer weiteren Modifizierung der traditionellen Arbeits-

migration beitragen. Die Migration wirtschaftlich inaktiver Personen kann nicht ausschließen, dass Situationen entstehen, wo die Freizügigkeit hauptsächlich von dem Wunsch inspiriert wird, die eigene soziale Absicherung durch den Erwerb von Leistungen zu verbessern.

Der EuGH hat außerdem betont, dass die Koordinierungsverordnungen für die Menschen nicht mehr die einzige Möglichkeit sind, um Sozialleistungen und -rechte zu erhalten. Das direkte Vertrauen der Menschen in die allgemeinen Grundsätze des EU-Primärrechts für die Bekämpfung möglicher Einschränkungen ihrer Grundrechte, die nicht nur das Ergebnis nationaler Vorschriften sind, sondern manchmal auch aus der Anwendung der EU-Koordinierungsverordnungen resultieren, führt zu einer wachsenden Zahl von Sozialversicherungsrechten.

Wann auch immer die Anpassung der Regeln an diese neuen Herausforderungen erfolgt, ist es erforderlich, diese Regeln vor dem Hintergrund des EU-Primärrechts zu prüfen.

Der neue Konformitätstest bedeutet, dass jede Regel anhand des Allgemeinen Freizügigkeitstests beurteilt wird. Europäische Bürgerinnen und Bürger werden in steigendem Maße nationale Gesetzgeber in Frage stellen, ebenso wie die europäischen Koordinierungsverordnungen, und sie mit den Grundprinzipien des EU-Rechts und dessen Verhältnismäßigkeitsprüfung konfrontieren. Migranten erleben eine Öffnung und Erweiterung ihrer Sozialrechte, da die Koordinierungsverordnungen den Boden für ihre europäischen Rechte bilden und die direkte Verankerung im Primärrecht der EU eine neue Obergrenze bietet. Die Betonung dieser Fundamentalisierung des EU-Primärrechts hat auch dazu geführt, dass der Mitgliedsstaat eine wichtige neue Rolle spielt, der nicht der zuständige Staat gemäß Verordnung (EG) Nr. 883/2004 (die Fälle *Bosmann* (C-352/06) und *Hudzinski und Wawrzyniak* (C-611/10 und C-612/10)) ist. Dieser Staat könnte jetzt unter bestimmten Umständen dazu verpflichtet sein, Sozialleistungen zu gewähren, was der sozialen Absicherung von Migranten eine weitere Ebene hinzufügt. Nicht nur ist der nach den Koordinierungsverordnungen zuständige Mitgliedsstaat dazu verpflichtet, Sozialschutz zu gewähren, sondern auch die Migranten können sich darauf verlassen, dass sie Zugang zum Sozialversicherungssystem des nicht zuständigen Staates erhalten, und zwar auf der Grundlage eines vom Richter geschaffenen Systems des Sozialschutzes, das die Verhältnismäßigkeitsprüfung des EU-Primärrechts anwendet.

Da es erforderlich ist, die Regeln der Freizügigkeit der Arbeitskräfte mit den internationalen Marktgrundsätzen und der europäischen Unionsbürgerschaft zu kombinieren, um die Interessen der verschiedenen Interessenvertreter der Koordinierungsverordnungen – Angestellte, Arbeitgeber und nationale Sozialversicherungsträger – besser auszubalancieren, sollten zukünftige Änderungen der Koordinierungsverordnungen und der Kollisionsnormen unter Beachtung ihrer Konformität mit diesen allgemeinen Grundsätzen des EU-Rechts betrachtet werden.

Diese neue Öffnung der Sozialversicherungsrechte hat zu neuen Grenzen der europäischen Solidarität geführt, und beruht auf der Gewissheit, dass der Antragsteller eine ausreichende Verbindung zum Arbeitsmarkt, zum Sozialversicherungssystem oder zur Gesellschaft des Mitgliedsstaats insgesamt hat. Es kann natürlich nicht ausgeschlossen werden, dass diese Theorie einer echten Verbindung weiter in das System der Verordnung einsickert und die aktuellen, schon lange bestehenden Grundparameter der bestehenden Koordinierungsverordnungen in Frage stellt.

Dieser Ansatz könnte zu einem neuen Verständnis der derzeitigen Grundprinzipien der Konfliktregeln (wie etwa ihrem obligatorischen und neutralen Charakter sowie den Prinzipien der Exklusivität und ihrem starken Charakter) führen und erfordert daher mehr als eine bloße kosmetische Anpassung dieser Regeln.

C. Auswirkungen der Verordnungen

Als Reaktion auf die bestehenden Herausforderungen könnte dieses System der Bestimmung des geltenden Rechts einer Reihe von Änderungen unterworfen werden:

- Die in der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17. Juni 2008 (Rom I) enthaltene Auffassung zu überdenken, wonach der Ort, an dem die Tätigkeit ausgeübt wird, der Ort ist, an dem der Arbeitnehmer seine Tätigkeit gewöhnlich in Erfüllung des Vertrages ausübt; für den Selbständigen kann dies der Ort sein, von dem aus die Tätigkeit ausgeübt wird, oder der Mittelpunkt des Interesses seiner oder ihrer Tätigkeit im Sinne des Paragraphen 13 (2) (b) der Verordnung (EG) Nr. 883/2004;
- Die allgemeine Einführung des Begriffs des Tätigkeitsschwerpunkts mit noch festzulegenden Kriterien, um auch bestimmte spezifische Tätigkeiten (Künstler, Handelsvertreter, Sportler usw.) oder die Ausübung von Tätigkeiten in verschiedenen Mitgliedstaaten zu berücksichtigen, wobei dieser Schwerpunkt nach Möglichkeit dem üblichen Ort der Haupttätigkeit entspricht;
- Auf den Begriff der engsten Verbindung der Tätigkeit mit einem Mitgliedsstaat hinzuweisen, um die anwendbaren Rechtsvorschriften in einer Reihe spezifischer Situationen festzulegen, in erster Linie diejenigen, in denen Arbeitnehmer entsandt werden oder Selbständige sich selbst entsenden, aber auch andere Formen der befristeten Mobilität, wie etwa Mobilität innerhalb des Konzerns oder Telearbeit, oder die einfache Tatsache, dass ein Arbeitsvertrag in einem Staat für einen kurzen Zeitraum ausgesetzt wird, um eine andere Tätigkeit in einem anderen Staat im Rahmen eines befristeten Vertrages auszuüben.

Das wiederkehrende Element bei der Suche nach Lösungen für die Probleme besteht darin, langfristig die tatsächlichen Bedingungen der Tätigkeiten besser zu berücksichtigen, sicherzustellen, dass die geltenden Rechtsvor-

schriften denjenigen des Staates entsprechen, in dem sich der Mittelpunkt der Tätigkeit befindet, denjenigen des Ortes, an dem die Haupttätigkeit gewöhnlich ausgeübt wird, oder denjenigen der engsten Verbindung der Tätigkeit, die sich alle überschneiden oder sogar miteinander verbunden sein können, und zu vermeiden, dass sich die geltenden Rechtsvorschriften in kurzer Zeit zu stark ändern.

Darüber hinaus sollten sich die Koordinierungsverordnungen auch zur Bekämpfung bestimmter Formen des Sozialdumpings in ihrem geografischen Geltungsbereich nicht mehr auf Situationen beschränken, in denen alle betroffenen Personen anwesend sind oder ihre Tätigkeit in diesem Anwendungsbereich ausüben. Stattdessen sollten sie Bestimmungen einführen – unter Berücksichtigung internationaler Abkommen – welche von dem Moment an, in dem eine berufliche Tätigkeit vollständig, teilweise oder vorübergehend innerhalb dieses Bereichs ausgeübt wird, Situationen abdecken, in denen alle oder ein Teil der betroffenen Personen nicht in ihrem geographischen Geltungsbereich wohnen oder niedergelassen sind.

Diese Lösung mit der engsten Verbindung erweitert die Lösung über den Grundsatz der Gleichbehandlung hinaus auf alle Aspekte der Koordinierung. Es sei daran erinnert, dass die Gewährung verschiedener Leistungen (Sozialversicherung oder andere) nach den jüngsten Urteilen des EuGH von der Frage abhängt, ob eine Person eine hinreichend enge Verbindung zu dem betreffenden Mitgliedsstaat hat oder nicht (z. B. die Fälle *Collins* (C-138/02), *Geven* (C-213/05), *Nerkowska* (C-499/06), oder *Lucy Stewart* (C-503/09)). Nach diesen Urteilen kann eine Leistung grundsätzlich nur dann verweigert werden (z. B. durch die Anwendung von Elementen, die eine indirekte Benachteiligung darstellen), wenn eine Person noch nicht die erforderliche enge Verbindung erreicht hat. Eine Idee für eine neue Art der Koordinierung wäre, das Element der notwendigen engen Verbindung (oder mit anderen Worten den notwendigen Grad der Integration in die Gesellschaft eines Mitgliedsstaat) als allgemeines Prinzip für alle Fragen der Koordinierung zu nehmen, da diese enge Verbindung oder Integration auch einen negativen Aspekt haben könnte. Wenn eine Integration in die Gesellschaft eines Mitgliedsstaats vorliegt, könnte man annehmen, dass es im selben Zeitraum keine Integration auf dem gleichen Niveau in die Gesellschaft eines anderen Mitgliedsstaats gegeben haben kann. Den Mitgliedsstaat zu bestimmen, zu dem zu einem bestimmten Zeitpunkt die engste Verbindung besteht, und diesen Mitgliedsstaat zum zuständigen Staat im Rahmen der Verordnung zu erklären, schließt also aus, dass irgendein anderer Mitgliedsstaat für denselben Zeitraum zuständig ist.

Theoretisch könnte der Wechsel zu dem neuen Leitsatz, dass nur der Mitgliedsstaat, zu dem die engste Verbindung besteht, anzuwenden ist, die Anzahl und Komplexität der Bestimmungen der Verordnungen drastisch reduzieren. Wir bräuchten nur einen zentralen Paragraphen, der dieses Prinzip festlegt, und ein paar zusätzliche Paragraphen als Richtlinie für die Entscheidungsträ-

ger, wie dieser Mitgliedsstaat zu bestimmen ist. Es wären nur ein paar Verfahrensvorschriften (z. B. bei Sachleistungen außerhalb dieses Mitgliedsstaats oder bei der Amtshilfe, usw.) erforderlich. Wir müssen jedoch davon ausgehen, dass solch eine drastische Neuerung wohl kaum die notwendige politische Zustimmung finden wird. Es muss außerdem eingeräumt werden, dass solch eine äußerst abstrakte Zuständigkeitsbestimmung die Rechtssicherheit aufheben würde und zu deutlich mehr Streitigkeiten führen könnte, als mit der heutigen eindeutigeren Kompetenzenaufteilung.

Das Prinzip der „engsten Verbindung" könnte zweifellos im Bereich der geltenden Rechtsvorschriften angewendet werden, ebenso wie im Bereich der Erbringung von Sozialleistungen (auch wenn diese beiden Bereiche sehr stark miteinander verbunden sind). Was die geltenden Rechtsvorschriften anbetrifft, scheint es, dass die in der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 vorgesehenen Lösungen in den allermeisten Fällen bereits dem Prinzip der engsten Verbindung entsprechen. Üblicherweise wird angenommen, dass eine Person zu dem Staat die engste Verbindung hat, in welchem sie einer Erwerbstätigkeit nachgeht. Nichtsdestotrotz wäre eine sorgfältige Prüfung aller Fälle ratsam. Es ist zum Beispiel erwiesen, dass Paragraph 13 (3) der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 dieses Prinzip nicht berücksichtigt, wenn die Hauptaktivität freiberuflich ist und die gleichzeitige unselbständige Tätigkeit nur sehr geringfügig und okkasionell. Nach der heutigen Koordinierung wird jedoch der Mitgliedsstaat, in dem die unselbständige Tätigkeit ausgeübt wird (etwas über der Grenze der Geringfügigkeit), als zuständiger Staat festgelegt, während die engste Verbindung den Mitgliedsstaat, in dem die selbständige Tätigkeit ausgeübt wird, zum zuständigen Staat machen würde. Das gleiche trifft auf Fälle zu, in denen Tätigkeiten üblicherweise in einem Mitgliedsstaat ausgeübt werden, aber gelegentlich auch andere Aktivitäten im Ausland durchgeführt werden. Solche Situationen könnten z. B. Künstler mit aufeinanderfolgenden Verträgen betreffen, aber auch innerhalb eines Unternehmens versetzte Mitarbeiter, die nicht von der Entsendungsregelung unter Paragraph 12 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 profitieren können. Nach dem Prinzip der engsten Verbindung bliebe in diesen Situationen der Mitgliedsstaat zuständig, in dem die Tätigkeiten üblicherweise ausgeübt werden oder wurden.

Trotzdem zeigen sich direkt auch die Probleme des Prinzips der engsten Verbindung. Ist die Absicht der betroffenen Person entscheidend oder der Beschluss eines neutralen Beobachters, der auf objektiven Kriterien beruht? Nehmen wir einmal an, dass eine Person ihre/seine Karriere im Heimatland beginnt und nach zehnjähriger Tätigkeit dort für zwölf Monate eine Arbeit in einem anderen Mitgliedsstaat annimmt. Man könnte dann sagen, dass die engste Verbindung immer noch die zum Heimatland ist, da diese Person die Absicht hat, nach diesen zwölf Monaten dorthin zurückzukehren und ihre Karriere dort zu beenden, während jemand anderes davon überzeugt ist, dass der Mitgliedsstaat mit der neuen Tätigkeit derjenige ist, zu dem die engste Verbindung besteht, weil sie oder er die Absicht hat, dort den Rest seines

oder ihres aktiven Berufslebens zu verbringen. Ein weiteres Thema, das berücksichtigt werden sollte, ist die Frage, ob nur die Situation der angestellten Person zu berücksichtigen ist oder ob auch die Situation des Arbeitgebers relevant ist. Ein Unternehmen, das Computersoftware entwickelt, könnte zum Beispiel sagen, dass bei allen Beschäftigungsverhältnissen der vom Unternehmen angestellten Programmierer die engste Verbindung logischerweise zu dem Ort besteht, an dem dieses Unternehmen seinen Geschäftssitz hat, wohingegen im Rahmen der heutigen Koordinierung der Ort entscheidend ist, an dem die Programmierer ihre Arbeit tatsächlich durchführen (üblicherweise von ihren Heimarbeitsplätzen aus).

Für nicht erwerbstätige Personen ist der Wohnsitzmitgliedsstaat sehr oft der einzige Mittelpunkt des Interesses, und somit ist es dieser Mitgliedsstaat, zu dem die engste Verbindung besteht. Dennoch könnte man argumentieren, dass im Falle einer Verlegung des Wohnsitzes diese Verlegung nicht automatisch zu einem sofortigen Wechsel des Mitgliedsstaats führt, zu dem die engste Verbindung besteht, sondern dass ein solcher Wechsel erst nach einiger Zeit stattfindet (wenn man davon ausgehen kann, dass die Verbindungen zum vorherigen Mitgliedsstaat tatsächlich und definitiv durch viel stärkere Verbindungen zum neuen Wohnsitzmitgliedsstaat ersetzt worden sind).

Dies bringt uns zum anderen Teil der Koordinierung, der Bestimmung des Mitgliedsstaates, der für die Gewährung von Leistungen zuständig ist. Sehr oft ist dies die wichtigste Zuständigkeit. Dieser Mitgliedsstaat könnte bereits unter den heutigen Bestimmungen von dem Mitgliedsstaat abweichen, der im Rahmen der Bestimmungen der geltenden Rechtsvorschriften zuständig ist. Beispielsweise hat der Mitgliedsstaat, der unter Titel II (Wohnsitzmitgliedsstaat – Paragraph 11 (3) (e) der Verordnung (EG) Nr. 883/2004) zuständig ist, für Pensionäre kaum eine Funktion, wenn ein anderer Mitgliedsstaat ihnen eine Rente zahlt, da dies dazu führt, dass dieser andere Mitgliedsstaat dann für jegliche andere Leistung zuständig ist, die wichtig sein könnte (Pflegeversicherung), und die Kosten für Sachleistungen im Krankheitsfall tragen muss, die vom Wohnsitzmitgliedsstaat gewährt werden.

Auch für die Bestimmung des Mitgliedsstaates, der für die Gewährung von Sozialleistungen zuständig ist, könnte das Prinzip der engsten Verbindung angewendet werden. Wenn es uns gelänge, immer den Mitgliedsstaat zur Gewährung von Sozialleistungen zu verpflichten, zu dem die engste Verbindung besteht, würde dies die Koordinierung immun gegen Kritik vom EuGH machen? Auch hier müssen wir wieder sehr vorsichtig sein! Es könnte passieren, dass bei den verschiedenen Sozialleistungen unterschiedliche Mitgliedsstaaten als die mit der engsten Verbindung betrachtet werden. Dies könnte bei den verschiedenen Mitgliedsstaaten auch zu unterschiedlichen Lösungen für dasselbe Risiko führen, je nachdem, wie die Sozialleistungen organisiert sind. Wir könnten bei einkommensabhängigen Leistungen wie z. B. einer Einkommensersatzfunktion annehmen, dass der für die Erwerbstätigkeit zu-

ständige Mitgliedsstaat derjenige ist, zu dem die engste Verbindung besteht (insbesondere, wenn die Leistung beitragsbasiert ist). Andererseits könnte man bei Leistungen, die allen Einwohnern gewährt werden, auch sagen, dass der Wohnsitzmitgliedsstaat derjenige mit der engsten Verbindung ist. Dies führt unmittelbar dazu, dass verschiedene Mitgliedsstaaten für die Gewährung von z. B. Erziehungsgeld zuständig sind, wenn ein Mitgliedsstaat dies der Person auszahlt, die sich um das Kind kümmert und diese Leistung eine Einkommensersatzfunktion hat (Prozentsatz des bisherigen Einkommens), wohingegen ein anderer Mitgliedsstaat jedem Einwohner einen Pauschalbetrag zahlt, der sich um ein Kind kümmert, unabhängig davon, ob diese Person vorher erwerbstätig war oder nicht. Bei der unkontrollierten Anwendung des Prinzips der engsten Verbindung könnte man im Falle, dass jemand im zweiten Mitgliedsstaat wohnt und im ersten berufstätig ist, beide Mitgliedsstaaten als denjenigen mit der engsten Verbindung betrachten, wohingegen im umgekehrten Falle keiner zuständig wäre. Deshalb wäre es ratsam, alle Leistungen aus dieser Perspektive zu untersuchen und für alle Leistungen, die das gleiche Risiko abdecken, zu entscheiden, welches der Mitgliedsstaat mit der engsten Verbindung ist (und den größten Teil der fraglichen Leistungen abdeckt?). Leider könnte dies zu Situationen führen, in denen ein Mitgliedsstaat eine Leistung gewähren muss, der im individuellen Fall nicht der mit der engsten Verbindung ist (eine Situation, die wir auch heute schon kennen).

Jedenfalls könnte das Prinzip der engsten Verbindung ein Behelf sein für die Fälle, in denen die Leistungen mehr oder weniger gleichartig sind, z. B. Arbeitslosengeld (vielleicht ohne irgendwelche Änderungen des *Status Quo*, wenn wir festlegen, dass z. B. für Grenzarbeiter der Wohnsitzmitgliedsstaat derjenige mit der engsten Verbindung ist; falls wir festlegen, dass der letzte Beschäftigungsmitgliedsstaat derjenige mit der engsten Verbindung ist, würde sich das gesamte Koordinierungssystem grundlegend ändern).

Im Hinblick auf besondere beitragsunabhängige Geldleistungen (Anhang X zu Verordnung (EG) Nr. 883/2004) könnten die Prüfung der engsten Verbindung zu einigen Abweichungen von der heutigen Koordinierung führen. Wir könnten festlegen, dass bei nicht erwerbstätigen Menschen die engste Verbindung erst nach einer gewissen Zeit von einem Mitgliedsstaat auf den anderen übergeht. Dies würde dazu führen, dass der vorherige Wohnsitzmitgliedsstaat weiterhin für die Gewährung von Leistungen zuständig ist, bevor der neue Wohnsitzmitgliedsstaat übernimmt. Da dies ein sehr heikles Thema ist, muss es von allen verschiedenen Blickwinkeln aus untersucht werden. Insbesondere muss also das Zusammenspiel dieser fortgesetzten Zuständigkeit des vorherigen Wohnsitzmitgliedsstaats mit den Aufenthaltsrichtlinien näher untersucht werden. Eine Person, die aus einem Mitgliedsstaat mit relativ hohen Anhang-X-Leistungen wegzieht, würde mit Leichtigkeit die Wohnsitzkriterien im neuen Mitgliedsstaat erfüllen (die Voraussetzung, dass ausreichende Existenzmittel vorhanden sind, damit sie nicht zu einer Belastung für das Sozial-

hilfesystem des neuen Wohnsitzmitgliedstaats wird – z. B. Paragraph 7 (1) (b) der Verordnung 2004/38/EG), wohingegen eine Person, die aus einem Mitgliedsstaat mit relativ niedrigen Anhang-X-Leistungen wegzieht ohne zusätzliche Ressourcen nicht dazu berechtigt wäre, im neuen Mitgliedsstaat zu wohnen.

Dieses Prinzip ließe sich allerdings auch auf andere Leistungsbereiche ausweiten, z. B. Ruhestandsgeld. Wenn eine Person 30 Jahre lang in Mitgliedsstaat A, zwei Jahre lang in Mitgliedsstaat B und zwei Jahre lang in Mitgliedsstaat C gearbeitet hat, entspricht es dann wirklich dem Prinzip der engsten Verbindung, wenn von allen drei Mitgliedsstaaten Ruhestandsgeld gezahlt wird, so wie im Rahmen der heutigen Koordinierung? Wir dürfen nicht vergessen, dass diese Koordinierung manchmal Härtefälle zur Folge hat, wenn das Rentenalter oder die Kriterien für Invalidität unterschiedlich ausfallen. Wir könnten annehmen, dass die betroffenen Personen es in solchen Fällen vorziehen würden, dass nur der Mitgliedsstaat, in dem sie die meiste Zeit ihrer Berufstätigkeit verbracht haben, ein Ruhestandsgeld für alle Zeiträume gewährt. Dies könnte problemlos mit einer Erweiterung der Zwölf-Monats-Regel gemäß Paragraph 57 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 erreicht werden. Nichtsdestotrotz würde dies sofort die Frage bezüglich der neuen Frist erheben, durch die wir die jetzige Zwölf-Monats-Frist ersetzen wollen. Die drastischste Reform wäre es, immer den Mitgliedsstaat, in dem die meiste Zeit der Erwerbstätigkeit verbracht wurde, für zuständig zu erklären – aber dies könnte als Abkehr vom Prinzip der engsten Verbindung betrachtet werden und wäre deshalb nicht empfehlenswert.

Wir dürfen nicht vergessen, dass sich das Prinzip der engsten Verbindung auch auf Erstattungsfragen erstrecken könnte. Wir sind der Meinung, dass es diesem Grundsatz entspricht, dass für Rentner der Mitgliedsstaat, in dem die betreffende Person die längste Dauer der Rentenversicherung erfüllt hat, derjenige sein sollte, der alle Gesundheitskosten dieser Person zu tragen hat (selbst wenn diese Person in einem Mitgliedsstaat wohnt, von dem er oder sie ebenfalls eine Pension erhält).

Außerdem könnte die Anwendung des Prinzips der engsten Verbindung auch zu neuen Ideen bezüglich des Status von Drittstaatenangehörigen in den nationalen Sozialversicherungssystemen führen, da diese Personen möglicherweise die gleichen Anforderungen erfüllen.

D. Abschließende Bemerkung

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass ein Wechsel zu einem Prinzip der engsten Verbindung eine parametrische Reform der Koordinierung bedeuten würde. Es wäre eine weitere Abklärung erforderlich, wie über diese engste Verbindung in all den unterschiedlichen Situationen entschieden werden soll. Leider kann das nicht alle der oben aufgeführten Probleme lösen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass in einigen Fällen, in denen

eine enge Verbindung zu mehr als einem Mitgliedsstaat besteht, eine gleichzeitige Zuständigkeit mit einem vorrangig zuständigen Mitgliedsstaat und einem anderen gilt, der befugt ist, die Leistungen des ersten Mitgliedsstaat zu ergänzen (z. B. für die Pflegeversicherung oder Erziehungsgeld, wenn Ansprüche aufgrund einer Erwerbstätigkeit auf Leistungen aufgrund eines Wohnsitzes treffen). Deshalb könnte man es als zweifelhaft betrachten, ob eine Koordinierung rein nach dem Prinzip der engsten Verbindung die uneingeschränkte Zustimmung des EuGH finden würde, was dieser völlig neuen Art der Koordinierung viel von ihrem Charme nehmen würde. Aber eine Sache steht fest. Es wäre zu empfehlen, weitere Überlegungen anzustellen, die die Koordinierungsverordnungen vorbereiten, um für die nächsten Jahrzehnte bereit zu sein, und dafür zu sorgen, dass die Freizügigkeit weiter gewährleistet wird.

Franz Knieps, Berlin[1]

Sozialstaat reloaded – Der Wandel von Sozial- und Gesundheitsrecht im Lichte internationaler Entwicklungen

Inhaltsübersicht

A. Der Neustart der Geschichte und die Wiederkehr der Unsicherheit
B. Globalisierung und Migration
C. Demografischer Wandel – Die alternde Gesellschaft
D. Digitale Transformation und technischer Fortschritt
E. Gesundheit global – Migration und Integration
F. Der sozio-ökomische Wandel – Zentrifugale Gesellschaft und Epidemiologie
G. Der disruptive medizinische und technische Fortschritt durch die digitale Transformation – Fluch und Segen von Innovationen
H. Brennpunkt Gesundheitswesen – Die permanente Gesundheitsreform
I. Fazit: Der Blick über die Grenzen lohnt sich!
J. Literatur

Der folgende Beitrag skizziert am Beispiel ausgewählter länderübergreifender Entwicklungen die Wirkungen auf Sozialpolitik und Sozialrecht. Die Betrachtungen sind fokussiert auf Veränderungen im deutschen Gesundheitswesen. Sie folgen dabei den Prägungen des akademischen Lehrers Prof. Dr. Bernd von Maydell, die den beruflichen Weg des Verfassers an den Schnittstellen von Politik, Wissenschaft und Recht wesentlich bestimmt haben. Der Artikel muss sich auf wenige Skizzen beschränken, die der Vertiefung an anderer Stelle bedürfen.

A. Der Neustart der Geschichte und die Wiederkehr der Unsicherheit

Knapp 30 Jahre ist es her, dass der amerikanische Politikwissenschaftler Francis Fukuyama nach dem Zusammenbruch des sowjetischen Imperiums das Ende der Geschichte diagnostizierte und eine amerikanisch dominierte, demokratische Zukunft in Frieden und Freiheit für den überwiegenden Teil der Staatenwelt prognostizierte (Fukuyama 1992). Heute haben wir unter vielen leidvollen Erfahrungen lernen müssen, dass Geschichte keinen linearen Progress kennt und zu keinem Ende kommt (Rödder 2015). Vielmehr spricht viel dafür, dass wir mitten in bedeutenden Umwälzungen leben und arbeiten, die in ihrer Dynamik und ihrer Dimension dem der industriellen Revolution seit dem Ausgang des 18. Jahrhunderts nahekommen (Osterhammel 2009; Liedtke. 2012). Zugleich müssen wir feststellen,

1 Der Verfasser war von 1982 bis 1986 wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. Bernd von Maydell am Institut für Arbeitsrecht und Recht der sozialen Sicherheit an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

dass nationalstaatliche, nationalgeschichtliche oder nationalökonomische Ansätze weder zur alleinigen Analyse der Veränderungsprozesse taugen (Osterhammel 2017; Conrad 2013) noch suffiziente Lösungsperspektiven bieten. Wesentliche Treiber von Veränderungen machen nicht vor nationalen oder kontinentalen Grenzen Halt und lassen sich mit nationalen Strategien kaum begrenzen oder beeinflussen. Wie alle Veränderungen erzeugen sie Unsicherheiten und enthalten Chancen wie Risiken. Daher ist es zentrale Aufgabe von Politik, Recht und Wissenschaft, gegen Risiken vorzubeugen und Unsicherheiten in Sicherheitsnetzen aufzufangen, statt soziale Standards abzubauen, Leistungen zu beschneiden und die Menschen zynisch auf Eigenvorsorge zu verweisen (Buttterwegge 2018).

Gerade in Zeiten von Wandel und Unsicherheit benötigen die Menschen in besonderem Maße eine aktive Sozialpolitik (Bäcker et al. 2016) und ein verlässliches Sozialrecht (Eichenhofer 2017). Althammer und Lamprecht (2014) definieren praktische Sozialpolitik als „dasjenige Handeln, das darauf abzielt,

– die wirtschaftliche und soziale Stellung von wirtschaftlich oder sozial absolut oder relativ schwachen Gesellschaftsmitgliedern durch den Einsatz geeigneter Mittel im Sinne der in einer Gesellschaft verfolgten gesellschaftlichen und sozialen Grundziele (freie Entfaltung der Persönlichkeit, soziale Sicherheit, soziale Gerechtigkeit, Gleichbehandlung) zu verbessern und
– den Eintritt wirtschaftlicher oder sozialer Schwäche im Zusammenhang mit dem Auftreten existenzgefährdender Risiken zu verhindern".

Bernd von Maydell, der sich immer wieder grundlegend mit dem Verhältnis von Sozialpolitik und Sozialrecht befasst hat (zuletzt von Maydell 2012), hat wie kaum ein anderer die internationalen Bezüge des nationalstaatlich dominierten Rechtsgebiets herausgestellt und definiert Sozialrecht als das Ergebnis von Sozialpolitik. Er folgt damit Dieter Grimm, der schon 1969 Recht als „geronnene" Politik qualifizierte (Grimm 1969). Auch in anderen Punkten lassen sich Parallelen zwischen den herausragenden Rechtswissenschaftlern ziehen. Sie betonen die engen Bezüge zwischen den Rechtswissenschaften und ihren Nachbardisziplinen (von Maydell/Kannengießer 1988; Grimm 1976) und haben sich immer wieder mit rechtspolitischen Fragen auseinandergesetzt. Dabei haben sie keineswegs eine nationalstaatliche Brille aufgesetzt, sondern Wirkungsbereiche mit internationalen Bezügen gesucht und gefunden (siehe die Beiträge bei Boecken/Ruland/Steinmeier 2002, Lepsius/Waldhoff/Rossbach 2017). Die Auseinandersetzung mit supranationalem Recht und die Beschäftigung mit der Rechtsvergleichung haben jedoch nicht dazu geführt, dass von Maydell und Grimm zu internationalistischen Utopisten wurden, sondern zu teilweiser scharfen Kritikern an den Legitimationsdefiziten von und in internationalen Organisationen, einschließlich der Europäischen Union, und an unzureichendem Niveau und mangelhafter Durchsetzung supranationaler Regulierungen (BMAS/MPI 2001; Grimm 2016). Umgekehrt ist daraus kein Plädoyer für eine Abkehr von Europa oder

den supranationalen Institutionen zu entnehmen, sondern ein Bekenntnis zu Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, zu hohem Sicherungsniveau und Sozialstaatlichkeit. Denn die Demokratie ist in der Gefahr, von der ausufernden kapitalistischen Wirtschaftsweise ausgehöhlt und zu einer national-populistischen Hülle für zunehmende soziale Verwerfungen zu werden (Streeck 2013). Diesen Prozess begünstigen internationale Trends, die ein erhebliches Spaltungspotenzial zwischen Ländern, Regionen und Bevölkerungsgruppen in sich tragen.

B. Globalisierung und Migration

Die Globalisierung, hier verstanden als transnationale Bewegung von Menschen und Ideen, Waren und Dienstleistungen, wird gern als neues Phänomen beschrieben, lässt sich aber durch die gesamte Menschheitsgeschichte zurückverfolgen (Osterhammel 2017). Was sie tagesaktuell werden lässt, ist vor allem der technologische Wandel, der die Grenzen von Raum und Zeit nicht nur in Produktionsprozessen marginalisiert hat (Wendt 2015). Und die Migration, die sich aus verschiedenen überwiegend zerstörerischen Quellen wie Krieg, Armut, Hunger, ökologische Krisen und Katastrophen, ethnischer oder religiöser Fanatismus speist, hat alle Regionen der Welt erreicht – also auch die reichen Länder des „westlichen Kulturkreises". Während die Arbeitsmigration einer globalen Funktionselite sich überwiegend auf städtische Hotspots konzentriert, wenig Integrationsprobleme auslöst und sozio-ökonomisch erwünscht ist, schafft die Krisenmigration teilweise erhebliche Integrationsprobleme und dient rechten wie linken Populisten als theoretische Legitimationsgrundlage wie als Handlungsfeld autoritärer Politikentwürfe (Manow 2018).

Sozialpolitik und Sozialrecht haben sich in den letzten Jahrzehnten bemüht, Antworten auf die komplexen und komplizierten Fragen von Globalisierung und Migration zu geben, jedoch keine befriedigenden Lösungen gefunden (Graser 2018; Althammer/Lampert 2014). Zwar hat sich die Arbeitnehmerfreizügigkeit als ein wesentlicher Grundpfeiler der Europäischen Union dank dichter europarechtlicher Regulierung etabliert, doch wurden damit keine einheitlichen sozialen Sicherungsniveaus geschaffen. Vielmehr spricht vieles dafür, dass sich die ökonomischen und sozialen Unterschiede innerhalb wie zwischen den Ländern Europas vertieft haben. Über die Grenzen Europas hinaus wirken nur wenige regulative Instrumente, beispielsweise über die Unterorganisationen ILO und WHO, mit geringer Durchsetzungskraft. Hier bleiben überwiegend freiwillige (Hilfs-) Programme zur Sicherung und Verbesserung sozialer und gesundheitlicher Standards sowie zur Linderung von Not und Migrationsdruck.

C. Demografischer Wandel – Die alternde Gesellschaft

Deutschland altert wie fast kein zweites Land in der Welt. Nur in Japan ist der demografische Wandel noch ausgeprägter als hierzulande. Ursachen hierfür sind vor allem der Geburtenrückgang nach dem sog. Pillenknick Mitte der sechziger Jahre des vorigen Jahrhunderts und die steigende Lebenserwartung. Die sozialen und ökonomischen Folgen dieses Wandels werden zwar seit Jahren diskutiert, haben aber nur begrenzte politische und rechtliche Spuren hinterlassen. Noch immer folgen das Leitbild wie das Leistungs- und Finanzierungssystem der Sozialversicherung tradierten Rollenbildern, hergebrachten Leistungsversprechen und starren (Alters-) Grenzen. Zwar wurden im Sozialleistungssystem neue Leistungen geschaffen – Hervorzuheben ist insbesondere die Einführung und schrittweise Weiterentwicklung der Pflegeversicherung –, ein konsequenter Umbau der Leistungen und Angebote zur Verbesserung der sozialen Lage alternder Bevölkerungsgruppen ist jedoch nicht erfolgt (Bäcker et al. 2016). Hier erweist sich der inkrementelle Reformweg deutscher Gesundheits- und Sozialpolitik (Knieps/Reiners 2015) eher als hinderlich.

D. Digitale Transformation und technischer Fortschritt

Dies gilt auch für den wohl mächtigsten Treiber von Veränderungsprozessen weltweit – die digitale Transformation, deren Wirkungen überhaupt noch nicht abzusehen sind. Gleichwohl besteht Konsens, dass diese als disruptive Revolution angesehen werden können (Schwab/Pycka 2016). Auch hier tun sich Politiker und Wissenschaftler schwer, eine kohärente Strategie und einen regulativen Rahmen zu entwickeln, der einerseits strikte ethisch-juristische Grenzen setzt, andererseits hinreichend flexibel ist, um die Geschwindigkeit, die Reichweite und die Ausdifferenzierungen des technischen Fortschritts nicht zu behindern. Der deutsche soziale Rechtsstaat muss einen Weg finden zwischen dem ungezügelten amerikanischen Marktkapitalismus mit Neigung zu Monopolen und Oligopolen sowie der repressiv-autoritären Überwachungsdiktatur Chinas finden, um die „größte Errungenschaft Deutschlands im 20. Jahrhundert“ (Helmut Schmidt) zu bewahren und das Soziale quasi neu zu erfinden (Lessenich 2008). Auf die vielfältigen Anregungen, die aus unterschiedlicher professioneller Sicht in der umfang- und inhaltsreichen Denkschrift aus Anlass des 60jährigen Bestehens des Bundessozialgerichts (Masuch et al. 2015) gegeben werden kann hier aus Platzmangel leider nicht eingegangen werden.

E. Gesundheit global – Migration und Integration

Gesundheit gehört zu den zentralen Bedürfnissen eines jeden Bürgers und ist deshalb eines der zentralen Menschenrechte. Auch wenn das Recht auf Gesundheit schwer zu operationalisieren ist, da es nicht allein vom politischen Willen und der rechtlichen Verankerung in Geist und Buchstaben von Recht

und Gesetz ist, kann es keine Zweifel geben, dass es zu den Kernbestandteilen zivilisierter Nationen und sozialer Rechtsordnungen gehört. Daher ist es eingebunden in internationale Abkommen – wie der jüngst verabschiedete, sehr kontrovers diskutierte Migrationspakt der Vereinten Nationen – und Bestandteil von länderübergreifenden Programmen und Regularien. Nach langer Abstinenz hat auch Deutschland erkannt, dass es eigene Aktivitäten im Bereich Global Health setzen muss. Hierzu trägt auch die Erkenntnis bei, dass Krankheiten und Epidemien nicht an Grenzen Halt machen und die Gesundheit der deutschen Bevölkerung bedrohen (Winkle 2014; Garrett 1994). Eine mangelhafte Hygiene und schlechte Gesundheitsversorgung erhöhen den Migrationsdruck und verschärfen soziale Probleme in den Aufnahmeländern. Dort stellt die Integration von Menschen aus anderen Kulturkreisen in die jeweilige Gesundheitsversorgung eine besondere Herausforderung dar, die Risiken und Chancen bietet. Nicht nur sprachliche Barrieren sind zu überwinden. Trotzdem ist bisher nicht festzustellen, dass Migranten generell einen schlechteren Gesundheitszustand aufweisen, allerdings mehren sich die Anzeichen für psychische Belastungen und Traumata, speziell bei Geflüchteten.

Ohne Arbeitsmigration würde das deutsche Gesundheitswesen auf der Stelle zusammenbrechen. Von der Entwicklung einer generellen Kultursensibilität und einer als positiv empfundenen Diversität sind jedoch weite Teile des Versorgungssystems noch weit entfernt. Gerade die benötigen wir aber, wenn wir den nicht allein demografisch bedingten Fachkräftemangel im Gesundheitswesen begegnen wollen (Kliner/Rennert/Richter 2017).

F. Der sozio-ökomische Wandel – Zentrifugale Gesellschaft und Epidemiologie

Die veränderten wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen und die darauf aufbauenden politischen Bewältigungsstrategien bergen zumindest die Gefahr einer zunehmenden Spaltung der Gesellschaft. Während die obere Hälfte der Bevölkerung den Wandel als Chance begreift und zumeist auch zu nutzen weiß, droht der unteren Hälfte der soziale Abstieg. Zumindest subjektiv überwiegen nicht nur bei Geringverdienern und Transferempfängern die Ängste vor Deklassierung. Auch wenn der Zusammenhang zwischen Arbeit, Bildung, Einkommen, Status, Wohlstand und Gesundheit empirisch unzweifelhaft belegt ist (Mielck 2005; Schwartz et al. 2012), orientieren sich politische Steuerungsansätze nur wenig an diesen Erkenntnissen (Butterwegge 2018).

Ein ähnlicher Befund gilt auch für die Wirkungen des sozialen und demografischen Wandels. Auch wenn bereits die Berliner Altersstudie aus dem Jahr 1996 (Mayer/Baltes 1996) detailliert die Anpassungsnotwendigkeiten bei der Gestaltung der Versorgungsstrukturen und-prozessen aufgezeigt hatte, verläuft der Anpassungsprozess nur schleppend. Schon im Kindesalter werden die Grundlagen für die weitere gesundheitliche Entwicklung gelegt. Im Alter nehmen chronische Erkrankungen, Behinderungen und Einschränkun-

gen (vor allem durch Stürze) sowie Multimorbidität und Polymedikation zu. Diese Faktoren bestimmen den spezifischen Versorgungsbedarf einer älter werdenden Gesellschaft (Kuhlmey/Schaeffer 2008). Dabei spielt es keine Rolle, ob die steigende Lebenserwartung (überwiegend bei Wohlhabenden) die Krankheitslast in eine spätere Lebensphase verschiebt (so die Kompressionsthese) oder ob sich die Phase mit erheblichen Beeinträchtigungen (in unteren sozialen Schichten) verlängert (so die Medikalisierungs- oder Extensionsthese).

In jedem Fall beschleunigt der soziale und demografische Wandel den Wandel des Krankheitspanoramas von Akuterkrankungen hin zu chronischen Erkrankungen, häufig verbunden mit Multimorbidität und degenerativem Verlauf (RKI 2015). Die wichtigsten letalen Krankheiten sind Herz-Kreislauf-Erkrankungen, Schlaganfälle und bösartige Neubildungen. Die häufigsten Erkrankungen beruhen auf Erkrankungen des Muskel-Skelett-Apparats, psychischen Störungen und Diabetes. Diese epidemiologische Veränderung berührt nicht nur die gesundheitliche Lage des Einzelnen, sondern wirkt sich speziell auf das Arbeitsleben aus (Burger 2013). Das Leitbild des Gesundheitssystems muss darauf ebenso reagieren wie die betriebliche Gesundheits- und Sozialpolitik. Gesundheit muss sich vom ungeliebten Kostenfaktor zu einem positiven Produktivitätsfaktor entwickeln. Staat und Wirtschaft müssen in Gesundheit investieren, vor allem durch eine aktivierende betriebliche Gesundheitsförderung einschließlich einer gesundheitsförderlichen Führung, um älter werdende Belegschaften länger gesund zu erhalten und jüngere Fachkräfte zu attrahieren und zu binden. Gerade bei jungen Menschen hat sich das Gesundheitsbewusstsein spürbar verändert. Prävention und Gesundheitsförderung lohnt sich in jedem Lebensalter (Schwartz et al. 2012). Allerdings verändern sich Angebote und Leistungen von Verhaltens- und Verhältnisprävention, nicht zuletzt durch die digitale Transformation (Breucker 2018; Matusiewicz/Kaiser 2018).

G. Der disruptive medizinische und technische Fortschritt durch die digitale Transformation – Fluch und Segen von Innovationen

Die Medizin sowie das gesamte Gesundheitswesen stehen in den nächsten Jahren vor gewaltigen Veränderungen. Neue diagnostische Techniken und Therapieformen entstehen infolge der Nutzung von Big Data und künstlicher Intelligenz (Böttinger/zu Putlitz 2019; Schulz 2018). Die digitale Transformation stellt bisher beispiellose Anforderungen an politische Abwägungsentscheidungen, materielle Gesetzesanpassungen und effizientere Verfahrensregelungen. Dabei geht es insbesondere um die Bewertung von Innovationen und deren wertbasierter Preisbildung.

Bisher kennt das Gesundheitsrecht weder eine einheitliche Definition noch einheitliche Kriterien oder gar ein einheitliches Verfahren zur (Kosten- und/oder Nutzen-) Bewertung von Innovationen. Vielmehr gelten unterschiedliche, in der Regel sektorspezifische Regeln für neue Methoden und Produkte

(Übersicht und Kritik bei Gottwaldt 2016). Eine besondere Rolle spielt dabei der Gemeinsame Bundesausschuss (GBA), der nach wissenschaftlicher Beratung des Instituts für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) den Nutzen neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, Arzneimitteln und Medizinprodukten bewertet und damit die Tür zur Regelversorgung öffnet oder versperrt. An dieser Stelle soll nicht auf grundsätzliche Fragen der Verfassungskonformität und der Legitimität des GBA eingegangen (dazu Ebsen 2017 mit Nachweisen), aber hinterfragt werden, ob die bisherigen Arbeits- und Entscheidungsprozesse den neuen Anforderungen gerecht werden. Dies darf sowohl hinsichtlich der Geschwindigkeit als auch in Bezug auf den Strauß der Handlungsmöglichkeiten des GBA hinterfragt werden. So fehlt es beispielsweise an einem Fast Track, also einer beschleunigten Verfahrensweise bei dringlichen Entscheidungen. Auch sind die Möglichkeiten begrenzt, zeitlich oder inhaltlich limitierte Entscheidungen zu treffen. Alle Entscheidungen stehen unter dem Primat der juristischen Überprüfbarkeit. Dies macht pragmatische Erwägungen und schnelle Korrekturen schwierig. Daher sollten die Möglichkeiten für Auflagen und Nebenbedingungen bei der Umsetzung von Entscheidungen ausgeweitet werden. Beispielhaft sei bei teuren oder risikobehafteten Therapien auf die zwingenden Erfordernisse einer unabhängigen Zweitmeinung oder die Beschränkung des Einsatzes von Innovationen auf besonders ausgestattete Zentren verwiesen. Schließlich ist an die zeitliche Limitierung der Verfahrensdauer zu denken und verstärkt von Ausnahmevorschriften Gebrauch zu machen.

Bereits heute ist absehbar, dass Arzneimittel der kommenden Generationen – zum Beispiel in der onkologischen Versorgung, bei Erkranken des Immunsystems oder in der Stammzellentherapie – einerseits erhebliche Nutzenpotenziale bieten, andererseits der Nutzen überwiegend in Kombination mit besonderen Diagnoseformen in kleinen Patientengruppen eintreten wird. Diese Diagnose- und Behandlungsformen sprengen die herkömmlichen Versorgungsformen und deren Finanzierung. Daher stellen sich besondere ethische und ökonomische Fragen: Wann und bei wem sollen diese Produkte zum Einsatz kommen? Wer soll welche Kriterien entwickeln und gegebenenfalls Grenzen bestimmen? Wer sollte über den Einsatz solcher Arzneimittel entscheiden? Welche Alternativen bestehen in besonderen Situationen, beispielsweise am voraussichtlichen Ende des Lebens (Gawande 2015)? Hier gibt es keine Blaupause einer optimalen Lösung, sondern müssen in einem breiten gesellschaftlichen Diskussion und unter Beachtung ethischer Standards und ökonomischer Möglichkeiten eine Anpassung der materiellen und verfahrenstechnischen rechtlichen Rahmenbedingungen erfolgen.

Diese Fragen stellen sich aber nicht nur beim Einsatz neuer und sehr teurer Leistungen und Produkte, sondern sind ein Teil des Kanons, der für die Bewältigung der digitalen Transformation erarbeitetet werden muss. Diese Veränderungen erfassen alle Bereiche von Wirtschaft und Gesellschaft (Neugebauer 2018). Reichweite und Grenzen sind nicht einmal ansatzweise bestimmt. Die digitale Transformation darf nicht als primär technikgetriebener

Eingriff missverstanden, sondern muss als noch lange nicht abgeschlossener, fundamentaler kultureller Wandel mit unendlichen Chancen, aber auch großen Risiken begriffen werden (Belliger/Kriege 2014). Digitale Anwendungen erfassen das gesamte Gesundheitswesen und betreffen das Management und die Versorgung (Matusiewicz/Pittelkau/Elmer 2017; Pfannstiehl/Da-Cruz/Mehlich 2017). Sie verändern Rollen, Aufgaben und Funktionen der Akteure im Gesundheitswesen sowie Behandlungsabläufe und administrative Prozesse, wie etwa die Dokumentation oder die Inanspruchnahme technischer Assistenzsysteme. Der Einsatz künstlicher Intelligenz (KI) wird nicht nur im diagnostischen Bereich Zuverlässigkeit und Reichweite neu bestimmen, sondern auch ganz neue Haftungsfragen aufwerfen. Der Einsatz künstlicher Produkte im menschlichen Körper (hergestellt im 3D-Drucker) ist ebenso wenig Utopie wie die Beeinflussung biochemischer Prozesse. Zumindest einige Innovatoren träumen von der Überwindung der Sterblichkeit des Menschen (Schulz 2018).

Auf der anderen Seite wachsen Unmut und Kritik am konkreten Einsatz digitaler Technik. Diese entzünden sich nicht nur an Verletzungen des Datenschutzes. Sie münden zusehend in Befürchtungen, internationale agierende Konzerne seien nicht mehr rechtlich zu regulieren und eine werteorientierte Medizin werde durch Algorithmen ersetzt (Mittelstadt 2018). Diese Dystopie gefährde die professionelle Autonomie der Gesundheitsberufe ebenso wie die Selbstbestimmung von Versicherten und Patienten. Letztlich stünde der gleiche Zugang zu gesundheitlichen und sozialen Leistungen zur Disposition. Die konkreten Erscheinungsformen der Digitalisierung unterminierten eine umfassende soziale Sicherheit. Die Sammlung umfassender gesundheitlicher Daten bei „Big Data“ und die Entwicklung künstlicher Intelligenz führe letztendlich langfristig zur Entmündigung der Bürger und zum Ende der Demokratie.

Solche Zukunftsperspektiven erfordern weit mehr als die Umgestaltung rechtlicher Rahmenbedingungen. Sie verlangen eine Gesamtstrategie für eine digitale Gesundheitspolitik und eine intensive ethische Begleitung der angestrebten und akzeptierten Veränderungen. Dazu zählt auch die adäquate Kontrolle und Sanktionierung bestehender und neuer Akteure, ob sie sich an Gesetze, insbesondere zum Datenschutz, und gesellschaftliche Regeln sowie deren Wertegrundlagen halten.

H. Brennpunkt Gesundheitswesen – Die permanente Gesundheitsreform

Auch wenn sich das Krankenversicherungsrecht weg von der sozialen Umverteilung hin zu einem modernen Wirtschaftsverwaltungsrecht entwickelt hat (Knieps 2015), sind „Gesundheitsreformen“ politisch, wissenschaftlich und praktisch ein Musterfeld für die Erforschung von sozialen, ökonomischen und rechtlichen Voraussetzungen und Auswirkungen von Veränderungen in Politik, Wirtschaft und Gesellschaft. Denn bei diesen Reformen geht es um die Verteilung gewaltiger Ressourcen in der größten deutschenWirtschaftsbranche

mit einem Anteil von rund 12 % des Bruttoinlandsproduktes und über 5 Millionen Beschäftigten. Als wesentlicher Teil der öffentlichen Daseinsvorsorge werden diese Ressourcen weder über den Markt finanziert noch verteilt, sondern durch Recht und Politik gesteuert (Knieps/Reiners 2015). Deshalb unterliegen Entscheidungen darüber nicht nur Sachzwängen, sondern sind durch Werthaltungen, Machteinflüssen, Ideologien und (medialen) Erregungswellen geprägt. Der zivilisatorische Anspruch, jeder Bürgerin und jedem Bürger unabhängig von Einkommen, Geschlecht, Status, Herkunft, Alter und Bildung nur nach dem Bedarf Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen und -produkten zu gewährleisten, ist nicht nur Teil eines den gesellschaftlichen Zusammenhalt fördernden politischen Konsenses, sondern Eckpfeiler der deutschen Sozialordnung (Ruland/Becker/Axer 2018).

Angesichts einer organisierten Unverantwortlichkeit in und zwischen den Strukturen und Akteuren des Gesundheitswesens und einem Mangel an Effektivität, Qualität und Effizienz der eingesetzten Mittel ist eine stringentere ordnungspolitische Orientierung an Werten und Zielen einer modernen Gesundheitsversorgung unvermeidlich. Diese muss sich stärker von Integration als von Sektoroptimierung leiten lassen. Das gilt insbesondere für die Neuordnung von Bedarfsplanung, Leistungsgestaltung und -vergütung. Versorgungseinrichtungen müssen leistungsfähiger, Versorgungsprozesse patientenorientierter gesteuert werden. Das Finanzierungssystem muss nachhaltiger und sozial gerechter werden. Gesundheitliche und soziale Versorgung müssen besser verzahnt werden (Nähere Einzelheiten und Nachweise bei Knieps 2019). Weitere Anpassungen – vulgo Gesundheitsreformen – sind deshalb unvermeidlich. Auch wenn es die große umfassende Gesundheitsreform – den Big Bang – nicht geben kann und wird, sollten mehr Mut und Innovationsbereitschaft die nächsten Reformschritte prägen, die sich mit den erwähnten Megatrends Globalisierung und Migration, sozio-ökonomischer und demografischer Wandel, digitale Transformation und technischer Fortschritt auseinandersetzen müssen.

I. Fazit: Der Blick über die Grenzen lohnt sich!

Die Herausforderungen und Probleme in den Sozialordnungen und Gesundheitssystemen westlicher Länder sind vergleichbar. Nicht immer muss das Rad neu erfunden werden. Vielmehr lohnt sich der Blick über die Grenzen, um intelligente und innovative Lösungsansätze zu finden. So hilft der Blick nach Skandinavien oder Kanada, um Versorgungsmodelle für die Primärversorgung in ländlichen und strukturschwachen Regionen zu finden (Schaeffer/Hämel/Ewers 2015). Dänemark ist das Mekka für Krankenhausplaner, die auf der Suche nach leistungsfähigen Krankenhäusern sind. (Berger et al. 2018). Japan gilt als Vorreiter für Lösungen zur Bewältigung des demografischen Wandels (von Maydell/Shimomura/Tezuka 2000). Und noch immer sind die USA eine Reise wert, um Beispiele für effizientes Prozessmanagement und für den Einsatz digitaler Technologie zu finden (Amelung 2012), auch

wenn die die Mängel des fragmentierten und unzureichend ausgestalteten US-Gesundheitssystems (Kominski 2014) den Blick trüben.

J. Literatur

Althammer, J./Lampert, H. (2014) Lehrbuch der Sozialpolitik, Heidelberg

Amelung, V. (2012) Managed Care – Neue Wege im Gesundheitsmanagement, 5. Auflage, Wiesbaden

Bäcker, G. et al. [Hrsg.] (2016) Sozialpolitik und soziale Lage in Deutschland, 2 Bände, 6. Auflage, Wiesbaden

Belliger, A. Krieger, D. (2014) Gesundheit 2.0 – Das ePatienten-Handbuch, Bielefeld

Berger, E. et al. (2018) Krankenhaus: Impulse aus Dänemark für Deutschland, Gesundheits- und Sozialpolitik 3/2018, 19–24

Breucker (2018) Neue Qualität der Arbeit – neue Qualität der Prävention – Herausforderungen für die Gesundheit in einer digitalen Welt, Gesundheits- und Sozialpolitik 1/2018, 13–20

Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung/Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht [Hrsg.] (2001) Soziale Grundrechte in der Europäischen Union, Baden-Baden

Burger, S. [Hrsg.] (2012) Alter und Multimorbidität –Herausforderungen an die Gesundheitsversorgung und die Arbeitswelt, Heidelberg

Butterwegge, C. (2018) Krise und Zukunft des Sozialstaats, 6. Auflage, Wiesbaden

Boecken, W./Ruland, F./Steinmeyer, H.-D. [Hrsg.] (2002) Sozialrecht und Sozialpolitik in Deutschland und Europa – Festschrift für Bernd von Maydell, Neuwied Kriftel

Boettinger, H./zu Putzlitz, J. (Hrsg.) (2019) Die Zukunft der Medizin, Berlin (erscheint im Frühjahr 2019)

Conrad, S. (2013) Globalgeschichte – Eine Einführung, München

Ebsen, I. [Hrsg.] (2017) Gesundheitsrecht, Bern

Eichenhofer, E. (2017) Sozialrecht, 10. Auflage, Tübingen

Fukuyama, F. (1992) Das Ende der Geschichte – Wo stehen wir? München

Garrett, L. (1994) Die kommenden Plagen – Neue Krankheiten in einer gefährdeten Welt, Frankfurt/Main

Gawande, A. (2015) Sterblich sein – was am Ende wirklich zählt – Über Würde, Autonomie und eine angemessene medizinische Versorgung, Frankfurt/Main

Gottwald, S. (2016) Die rechtliche Regulierung medizinischer Innovationen in der Gesetzlichen Krankenversicherung, Baden-Baden

Graser, A. (2018) Den Wandel verwaltet, immerhin. Sozialrecht(swisenschaft) in der Berliner Republik, in: Duve, T./Ruppert, S. [Hrsg.] Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, Berlin, 297–326

Grimm, D. (2016) Europa ja, aber welches? – Zur Verfassung der europäischen Demokratie, München

Grimm, D. [Hrsg.] (1976) Rechtswissenschaftt und ihre Nachbarwissenschaften, 2 Bände, München

Grimm, D. (1969) Recht und Politik, JuS 1969, 501-510

Kliner, K./Renner, D./Richter, M. [Hrsg.] (2017) Gesundheit und Arbeit: Blickpunkt Gesundheitswesen, Berlin

Knieps, F. (2019) Soziale Krankenversicherung 4.0 – Visionen eines modernen Versicherungs- und Versorgungssystems, in: Böttinger, H./zu Putlitz, J. [Hrsg.] (2019) Die Zukunft der Medizin, Berlin (erscheint im Frühjahr 2019)

Knieps, F. (2015) Die gesetzliche Krankenversicherung im Spannungsfeld zwischen sozialer Sicherung und Steuerung einer Wirtschaftsbranche, Die Sozialgerichtsbarkeit 07/2015, 374–377
Knieps, F./Reiners, H. (2015) Gesundheitsreformen in Deutschland – Geschichte – Intentionen – Kontroversen, Bern
Kominski, G. (Ed.) (2014) Changing the U. S. Health Care System – Key Issues in Health Services Policy and Management, 4th Edition, San Francisco
Kretschmer, H. J. (2015) Der langsame Abschied von der solidarischen Sozialversicherung, Die Sozialgerichtsbarkeit 07/2015, 357–365
Kuhlmey, A./Schaeffer, D. [Hrsg.] (2008) Alter, Gesundheit und Krankheit, Bern
Lepsius, O./Waldhoff, C./Roßbach, M. (2017) „Ich bin ein Freund der Verfassung" – Dieter Grimm im Gespräch mit Oliver Lepsius, Christian Waldhoff und Matthias Roßbach, Tübingen
Lessenich, S. (2008) Die Neuerfindung des Sozialen – Der Sozialstaat im flexiblen Kapitalismus, Bielefeld
Liedtke, R. (2012) Die Industrielle Revolution, Wien Köln Weimar
Manow, P. (2018) Die politische Ökonomie des Populismus, Berlin
Masuch, P. et al. [Hrsg.] (2015) Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, 2 Bände, Köln
Matusiewicz, D./Kaiser, L. [Hrsg.] Digitales Betriebliches Gesundheitsmanagement, Wiesbaden
Matusiewicz, D./Pittelkau, C./Elmer, A. [Hrsg.] (2017) Die digitale Transformation im Gesundheitswesen – Transformation, Innovation, Disruption, Berlin
von Maydell, B. (2012) Das Sozialrecht und seine Stellung im Gesamtsystem unserer Wirtschafts- und Rechtsordnung in: von Maydell, B./Ruland, E./Becker, U. (Hrsg.) Sozialrechtshandbuch, 5. Auflage, Baden-Baden, 47–66
von Maydell, B./Shimomura, T./Tezuka, K. (Hrsg.) (2000) Entwicklungen der Systeme sozialer Sicherheit in Japan und Europa, Berlin
von Maydell, B./Kannengießer, W. [Hrsg.] (1988) Handbuch Sozialpolitik, Pfullingen
Mayer, K. U./Baltes, P. [Hrsg.] (1996) Die Berliner Altersstudie, Berlin
Mielck, A. (2005) Soziale Ungleichheit und Gesundheit – Einführung in die aktuelle Situation, Bern
Mittelstadt, B. (2017) Die Sprechstunde fällt aus – Die Verdrängung der werteorientierten Medizin durch Algorithmen, in: Otto, P./Gräf, E. [Hrsg.] Die Ethik der digitalen Zeit, Berlin 78–89
Neugebauer, R. [Hrsg.] (2018) Digitalisierung – Schlüsseltechnologien für Wirtschaft & Gesellschaft, Berlin Heidelberg
Osterhammel, J. (2017) Die Flughöhe der Adler – Historische Essays zur globalen Gegenwart, München
Osterhammel, J. (2009) Die Verwandlung der Welt – Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts, München
Pfannstiel, M./Da Cruz, P./Mehlich, H. [Hrsg.] (2017) Digitale Transformation im Gesundheitswesen, Band 1 Impulse für die Versorgung, Band Impulse für das Management, Wiesbaden
Robert-Koch-Institut [Hrsg.] (2015) Gesundheit in Deutschland, Berlin
Rödder, A. (2015) 21.0 – Eine kurze Geschichte der Gegenwart, München
Ruland, F./Becker, U./Axer, P. [Hrsg.] (2018) Sozialrechtshandbuch, 6. Auflage, Baden-Baden
Schaeffer, D./Hämel, K./Ewers, M. (2015) Versorgungsmodelle für ländliche und strukturschwache Regionen – Anregungen aus Finnland und Kanada, Weinheim Basel

Schulz, T. Zukunftsmedizin – Wie das Silicon Valley Krankheiten besiegen und unser Leben verlängern will, München
Schwab, K. (2016) Die Vierte Industrielle Revolution, München
Schwartz, F.-W. et al. [Hrsg.] (2012] Public Health – Gesundheit und Gesundheitswesen, 3. Auflage, München (4. Auflage erscheint 2019)
Streeck, W. (2013) Gekaufte Zeit – Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus, Berlin
Wendt, R. (2015) Vom Kolonialismus zur Globalisierung – Europa und die Welt seit 1500, 2. Auflage, Paderborn
Winkle, S. (2014) Geißeln der Menschheit – Kulturgeschichte der Seuchen, 3. Auflage, Berlin

Ute Kötter, München

Die Zukunft der Sozialhilfe zwischen letztem Auffangnetz, Workfare und bedingungslosem Grundeinkommen – Fragen an den Rechtsvergleich

Inhaltsübersicht

A. Einleitung
B. Der Gegenstand des Rechtsvergleichs: Begriff und Verortung der Sozialhilfe im System des Sozialrechts
  I. Begriff
  II. Systematik des Sozialrechts
    1. Systeme sozialer Hilfe
    2. Sozialhilfeleistungen in System der sozialen Entschädigung und sozialen Hilfe
    3. Sozialhilfeleistungen in Systemen der sozialen Vorsorge
C. Zentrale Entwicklungen des Systems der Sozialhilfe in Deutschland: Eckpunkte und Fragen für den Rechtsvergleich
  I. Vom Rechtsanspruch auf Sozialhilfe zum Menschenrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins – völker-, europa- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen
  II. Vom allgemeinen Sozialhilfesystem zur gruppenspezifischen sozialen Existenzsicherung – die Verortung der Sozialhilfe in den Sozialrechtssystemen der Vergleichsstaaten
  III. Von der sozialen Hilfe zur workfare-Leistung – ideologische Axiome und Zielsetzungen von Sozialhilfesystemen
D. Ausblick

A. Einleitung

Ein Blick in Prof. Dr. Bernd Baron von Maydells[1] Schriftenverzeichnis[2] zeigt den hohen Stellenwert, den von Maydell dem Rechtsvergleich als Methode zur Erschließung eines breiteren juristischen Lösungsspektrums für aktuelle sozialpolitische Fragestellungen beimaß. Dies gilt sowohl für den internationalen Vergleich von Sozialversicherungssystemen, dem er schon sehr früh seine Aufmerksamkeit widmete[3] als auch für den Rechtsvergleich

1 Der Beitrag ist Herrn Prof. Dr. Bernd Baron von Maydell in dankbarer Erinnerung an den geduldigen Zweitgutachter meiner Dissertation, den humorvollen Menschenfreund und den inspirierenden Wissenschaftler gewidmet.

2 Vgl. https://www.mpisoc.mpg.de/328900/maydell_publi_de.pdf.

3 Nur beispielhaft seien hier genannt: Die sozialen Alterssicherungssysteme im Europäischen Binnenmarkt: unter besonderer Berücksichtigung des demographischen Problems, ZfSH/SGB 1991, 669–675; Transformation von Unfallversicherungssystemen und Rechtsvergleichung, in: Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften (HVBG) (Hg), Die soziale Unfallversicherung in Europa. Dr. Günther Sokoll zum 60. Geburtstag, Bielefeld, 1997, 121–127.

komplexer sozialer Dienst-, Geld- und Sachleistungssysteme für ältere und/oder behinderte Menschen.[4]

Trotz der großen Bedeutung der Sozialhilfe als letztem Auffangnetz – Ende 2016 bezogen mehr 8 Millionen Menschen in Deutschland laufende Leistungen der sozialen Existenzsicherung[5] – stand das Sozialhilferecht lange Zeit im Schatten der Sozialversicherungssysteme, denen deutlich mehr politisches und auch wissenschaftliches, insbesondere auch rechtsvergleichendes Interesse[6] galt. Die Grundstrukturen des allgemeinen durch Nachranggrundsatz und Bedarfsdeckungsprinzip geprägten Sozialhilfesystems des BSHG blieben – sieht man vom Wechsel in der Methodik der Bestimmung des Existenzminimums[7] ab – über 40 Jahre gleich. Dies änderte sich aber spätestens mit dem Paradigmen-Wechsel der Hartz-IV-Reform, dessen Auswirkungen heftig kritisiert wurden[8] und es auch 15 Jahre später noch werden. Die aktuelle Diskussion geht aber über eine Kritik insbesondere an den Regelungen des SGB II,[9] wie dem Sanktionsrecht, der Höhe der Leistungen oder den Grenzen des Einsatzes von Einkommen und Vermögen, weit hinaus. Sie stellt vor dem Hintergrund des technischen (Digitalisierung, KI), wirtschaftlichen (Industrie 4.0) und gesellschaftlichen (Individualisierung,

4 Vgl. Bernd von Maydell, Vorgaben des Europäischen Rechts und Ergebnisse einer rechtsvergleichenden Studie, in: Hans May (Hg.) Betreutes Wohnen in Europa, Rehburg-Loccum, 1993, S. 125–151; Von Maydell/Pitschas/Schulte (Hg.), Behinderung in Asien und Europa im Politik und Rechtsvergleich, Baden-Baden 2003.

5 Die Mindestsicherungsquote, d. h. der Anteil der Bevölkerung, der laufende lebensunterhaltssichernde Leistungen nach dem SGB II, SGB XIII (außerhalb von Einrichtungen) und AsylbLG bezog, betrug 2016 9,5 % (vgl. www.armuts-und-reichtumsbericht.de.) Nach Angaben des Statistischen Jahrbuchs 2018 bezogen zum 31.12.2016 1 059 000 Personen Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung, 374 000 Leistungen der HLU, 4 311 782 AlG II und 1 631 451 Sozialgeld, sowie 728 239 Regelleistungen nach dem AsylbLG.

6 Eine erste Literaturrecherche führte zu einer Reihe (aktuellerer) Studien, die Sozialhilfesysteme von Mitgliedstaaten der EU oder der OECD aus politologischer, ökonomischer oder soziologischer Sicht vergleichen: z. B. European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department A: economic and scientific policy, Minimum Income Policies in EU Member States, April 2017, IP/A/EMPL/2016-22; Jinxian Wang/Olaf van Vliet, Social Assistance and Minimum Income Benefits: Benefits Levels, Replacement Rates and Policies across 26 OECD Countries, 1990–2009, in: European Journal of **Social** Security, 2016, S. 333–355; Gianluca Busilacchi, Welfare e diritto al reditto – le politiche di reddito minimo nell' Europa a 27, Milano, 2013; Michaela Pfeifer, Comparing unemployment protection and social assistance in 14 European countries. Four worlds of protection for people of working age, in: International Journal of Social Welfare 2012, S. 13–25; Susan Kuivalainen, A Comparative Study on Last Resort Social Assistance in Six European Countries National Research and Development Centre for Welfare and Health (STAKES), Research reports 146. Helsinki 2004, jedoch zu nur wenigen rechtsvergleichenden Studien: Vgl. die Beiträge in ZIAS Heft 1 und 2 2015 zum sozialen Schutz von Flüchtlingen im Rechtsvergleich; Vincenco Ferrante, Tutela contre la disoccupazione e contrasto alla povertà nell'esperienza comparata, in: Marco Ferraresi, Il contrasto alla povertà tra diritto e politica, Torino, 2018, Anja Eleveld, The Duty to Work without a Wage: A Legal Comparison between Social Assistance Legislation in Germany, the Netherlands and the United Kingdom In: European Journal of Social Security, Vol. 16, Issue 3, 2014, 204–224.

7 Der Wechsel vom Warenkorbmodell zum Statistikmodell fand stufenweise zwischen 1990 und 1992 statt. Erstmals gesetzlich verankert wurde es mit dem SozhRefG 1996. Vgl. hierzu Wenzel, § 22 BSHG Rn. 29 ff., in: Fichtner/Wenzel, BSHG, 2. Aufl. München, 2003.

8 Vgl. Agenturschluss (Hg.), Schwarzbuch Hartz IV – Sozialer Angriff und Widerstand, Berlin/Hamburg 2006.

9 Vgl. die aktuellen Reformvorschläge des Paritätischen: Der Paritätische Gesamtverband, Hartz IV hinter uns lassen – Konzept des Paritätischen zur Neuausrichtung der Grundsicherung für Arbeitslose, nfothek.paritaet.org/pid/fachinfos.nsf/0/0fc22f7b31106cecc125827b0029807a/$FILE/Konzept_Hartz-IV-hinter-uns-lassen.pdf.

work-life-balance) Wandels das gesamte System sozialer Existenzsicherung in seiner jetzigen Form in Frage und fordert unter dem Stichwort bedingungsloses Grundeinkommen (BGE)[10] seine grundsätzliche Neugestaltung der Sozialhilfe und des Wohlfahrtsstaats.[11] Damit stellt sich neben den Fragen der Reformfähigkeit und Reformmöglichkeiten der Sozialhilfe die Frage nach einem neuen Verständnis der sozialen Existenzsicherung für die Zukunft.

In dieser Situation bietet es sich an, im Rechtsvergleich die Sozialhilfesysteme[12] anderer Staaten auf Gestaltungsalternativen und Erfahrungen mit diesen Alternativen, aber auch auf erste Erfahrungen mit der Gestaltung von Grundeinkommensmodellen abzufragen. Der folgende Beitrag formuliert ausgehend vom deutschen Sozialhilferecht Eckpunkte und Fragen für den Rechtsvergleich

B. Der Gegenstand des Rechtsvergleichs: Begriff und Verortung der Sozialhilfe im System des Sozialrechts

I. Begriff

Rechtsvergleichung setzt ein klares Verständnis des Untersuchungsgegenstandes voraus. Bereits sprachlich ist dieser im Fall der Sozialhilfe nicht leicht zu erfassen: In Deutschland wurde der traditionelle Begriff der Armenhilfe/Fürsorge mit dem Inkrafttreten des BSHG[13] zum 01.06.1962 durch den Begriff Sozialhilfe abgelöst. Seit der Hartz IV –Reform[14] wird zwischen der Grundsicherung für Arbeitsuchende im SGB II und der Sozialhilfe im SGB XII unterschieden, wobei letztere wiederum neben den traditionellen Hilfen (Hilfe zum Lebensunterhalt (§§ 27 ff. SGB XII) und Hilfen in besonderen Lebenslagen (§§ 47 ff. SGB XII), wie den Hilfen zur Gesundheit, Hilfe zur Pflege, Eingliederungshilfe etc., auch die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (§§ 41 ff. SGB XII) umfasst. Die Systeme übergreifend wird der Begriff

10 Der Begriff BGE wird hier als Überbegriff für die unterschiedlichen Grundeinkommensmodelle verwendet, die hier nicht weiter ausgeführt werden können. Vgl. Ronald Blaschke, Grundeinkommen und Grundsicherungen – Modelle und Ansätze in Deutschland. Eine Auswahl. Oktober 2017, https://www.grundeinkommen.de/wp-content/uploads/2017/12/17-10-%C3%9Cbersicht-Modelle.pdf. Zur internationalen Diskussion vgl. zuletzt die Beiträge in CESifo Forum 3/2018 zum Thema Uncoditional Basic Income: Thomas Straubhaar, Universal Basic Income – New Answers to New Questions for the German Welfare State in the 21st Century, S. 3 ff.; Malcolm Torry, Some Lessons from the Recent UK Debate about Universal Basic Income, S. 10 ff., Jurgen De Wispelaere/Atti Haletoja/Ville-Veikko Pulkka, The Rise (and Fall) of the Basic Income Experiment in Finland, S. 15 ff., Ugo Colombino, Basic Income and Flat Tax: The Italian Scenario, S. 20 ff.; Karl Widerquist, The Devil's in the Caveats: A Brief discussion of the Difficulties of Basic Income Experiments, S. 30 ff.

11 Zu dem wohl radikalsten Vorschlag vgl. Thomas Straubhaar, Radikal gerecht (Wie das Bedingungslose Grundeinkommen den Sozialstaat revolutioniert), Hamburg, 2017.

12 Für einen ersten Zugriff auf die Sozialhilfesysteme der EU und der Staaten des EWR (Guaranted Minimum Ressources) vgl. MISSOC https://www.missoc.org/missoc-database/comparative-tables/.

13 V. 30.06.1961, BGBl. I S. 815, ber. S. 1875.

14 4. Gesetz über moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BGBl. I 2003, 2954.

der sozialen Existenzsicherung verwendet.[15] Im englischen Sprachraum ist eine ähnliche Vielfalt von Begriffen zu finden: social assistance, social welfare, guarenteed minimum resources, minimum income provisions/schemes[16], job seeker allowance, last-resort financial assistance[17]. Mit den unterschiedlichen Begrifflichkeiten sind häufig unterschiedliche Ideen[18] und Konzepte verbunden, die den Vergleich methodologisch erschweren.[19]

Die Rückbesinnung auf die vorrechtliche Problematik, die zum Verständnis des Gegenstands des Rechtsvergleichs beiträgt,[20] hier zu benennen als Sicherung des Existenzminimums oder Deckung von Grundbedürfnissen[21] kann im Rahmen dieses Beitrags nicht geleistet werden, zumal auch deren Bezugsgrößen (Existenzminimum, Grundbedürfnisse, Bedarfe) ähnlich weite Konnotationen[22] haben und ihre inhaltliche Konkretisierung politischen Setzungen[23] unterliegt.

II. Systematik des Sozialrechts

In einer pragmatischen Herangehensweise kann in einem ersten Zugriff zur Abgrenzung der Sozialhilfe von anderen Sozialleistungssystemen auf die Kriterien der Zacher'schen Sozialrechtsystematik[24] zurückgegriffen werden. Sie unterscheidet die Systeme sozialer Hilfe Systemen der sozialen Vorsorge, sozialen Entschädigung und sozialen Förderung.[25] Zusätzlich kann auf die Strukturprinzipien der Sozialhilfe[26] abgestellt werden, deren Spannungsfeld das Sozialhilferecht seit dem BSHG prägt, insb. den Bedarfsdeckungsgrundsatz und den Nachranggrundsatz.

15 Vgl. Handbuch des Existenzsicherungsrechts, N 13.
16 European Parliament, Minimum Income Policies in EU-Member States, Study for the EMPL Committee, 2017, IP/A/EMPL/2016-22 April 2017 PE 595.365.
17 Vgl. http://www.emploiquebec.gouv.qc.ca/uploads/tx_fceqpubform/SR_f_sr3002_en_01.pdf.
18 Für eine Kategorisierung der unterschiedlichen Grundideen der Sozialhilfe vgl. Pierre-Marc Daigneault, Three paradigms of social assistance, in: SAGE Open October-December 2014, S. 1–8.
19 Ebenso für den ökonomischen Vergleich Signe Dobbelniece, Social Assistance: Comparative Analysis, Proceedings of the 2017 International Conference "Economic science for rural development" No. 46 Jelgava, LLU ESAF, 27–28 April 2017, S. 54–61.
20 Vgl. Hans F. Zacher, Einleitung, in: ders (Hg.), Alterssicherung im Rechtsvergleich, Baden-Baden, 1991, S. 17.
21 Vgl. Theodor Tomandl/Wolfgang Schrammel (Hg.), Sicherung von Grundbedürfnissen, Wien, 2007.
22 Vgl. die Bedürfnishierarchie nach Abraham Maslow, A Theory of Human Motivation, in: Psychological Review 1943, S. 370–396.
23 Eberhard Eichenhofer, Armutsmessung zwischen Deskription und Präskription, in Sozialer Fortschritt 2018, S. 327–347.
24 Hans F. Zacher, Grundtypen des Sozialrecht, in: Walter Fürst/Roman Herzog/Dieter C. Umbach (Hg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Berlin, 1987, S. 571 ff. (583 ff.).
25 Eine ältere Systematik unterscheidet nur drei Bereiche: die soziale Vorsorge, die sozialen Entschädigung und die Fürsorge. Vgl. Luthe/Palsherm, Fürsorgerecht: Grundsicherung und Sozialhilfe, 3. Aufl., 2013, S. 27.
26 Vgl. dazu ausführlich Berlit/Conradis/Pattar (Hg.), Handbuch des Existenzsicherungsrechts, Baden-Baden, 3. Aufl. 2019 (in Vorb.).

1. Systeme sozialer Hilfe

Systeme sozialer Hilfe sind danach gekennzeichnet durch:

– die grundsätzlich vorleistungsunabhängige Gewährung von existenzsichernden Sozialleistungen (Finalitätsprinzip)[27]
– nach einer Bedarfs- und Bedürftigkeitsprüfung (Bedarfsdeckungs- und Nachranggrundsatz)

Anhand dieser Kriterien lassen sich daher drei Systeme der sozialen Hilfe im deutschen Sozialrecht identifizieren:

– der im SGB II geregelten Grundsicherung für Arbeitssuchende, die den für ein menschenwürdiges Dasein mindestens erforderlichen Lebensunterhalt Erwerbsfähiger (in Form des Arbeitslosengeld II/AlG II § 19 Abs. 1 S. 1 SGB II) und ihrer nicht erwerbsfähigen Angehörigen (Sozialgeld § 19 Abs. 1 S. 2 SGB II) gewährleisten soll.
– der im SGB XII geregelten Sozialhilfe, die neben Leistungen zur Sicherung Lebensunterhalts (Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung, Hilfe zum Lebensunterhalt) für diejenigen, die die Voraussetzungen für Leistungen nach dem SGB II nicht erfüllen, komplexe Dienst-, insbesondere Beratungs-, Sach- und Geldleistungen als Hilfen zur Sicherung des Existenzminimums in besonderen Lebenslagen, z. B. Hilfe zur Krankheit, Hilfe zur Pflege, Altenhilfe etc. vorsieht.
– das Asylbewerberleistungsgesetz: Spätestens seit dem AsylbLG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts[28], das die Höhe der Grundleistungen nach § 3 AsylbLG am Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums maß, sind diese ebenso wie die weiteren Leistungen nach §§ 2–6 AsylbLG (wieder) als soziale Hilfe zu verstehen[29] und nicht mehr lediglich als Appendix des Aufenthalts- und Asylrechts.

2. Sozialhilfeleistungen in System der sozialen Entschädigung und sozialen Hilfe

Der systematische Zugang öffnet für den Rechtsvergleich auch die Perspektive auf andere externalisierende, aber auch internalisierende Regelungen der Gewährleistung des Existenzminimums.

Die Sozialhilfe lässt sich von den Systemen der sozialen Entschädigung, die Leistungen zum Ausgleich von Schäden erbringen, für die der Staat die Verantwortung trägt (z. B. Kriegsopfer, Opfer von NS-Unrecht, Schäden aufgrund

27 Zacher, N 25, S. 586 f., zählt die Sozialhilfe zu den sog. situationsbezogenen Systemen, die weder auf eine Geschichte der Vorsorge noch eine Geschichte der Verantwortung zurückgehen. Das von Zacher so benannte Finalitätsprinzip unterscheidet sich vom Kausalitätsprinzip durch den Verzicht auf eine „Vorgeschichte" z. B. der Versicherung oder der Beitragszahlung. Dem entspricht wohl die „einseitige Gewährung von Sozialleistungen" nach Eberhard Eichenhofer, Kapitel 1, Rn. 9 in: Berlit/Conradis/Pattar (Hg.), Handbuch des Existenzsicherungsrechts, Baden-Baden, 3. Aufl. 2019 (in Vorb.).

28 BVerfG 18.07.2012 – 1 BvL 10/10.

29 Gerlach, ZfF 2017, 197 ff. (199); Schneider in GK-AsylbLG Rn. 37 zu § 9.

von Impfpflicht), durch das Fehlen einer Vorgeschichte der Verantwortung unterscheiden und – ebenso wie von den Systemen der sozialen Förderung – durch ihre unterschiedliche Zielsetzung (Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins versus Schadensausgleich/Sozialer Ausgleich).[30] Dennoch gibt es gerade im Bereich der sozialen Förderungs- und Entschädigungssysteme immer dort Überschneidungen, wo die jeweilige soziale Zielsetzung auch durch existenzsichernde Leistungen erfüllt werden soll.

In Deutschland gilt dies insbesondere für die Systeme der Ausbildungsförderung (Berufsausbildungsbeihilfe nach §§ 56 ff. SGB III; BAföG), deren Ziel die Chancengerechtigkeit beim Zugang zur (beruflichen) Bildung ist, die für Auszubildende und Studierende aber i. d. R. existenzsichernde Funktion haben und nur nach einer – auch das Einkommen und Vermögen der Eltern, der/s Ehe-/Lebenspartner*in einzubeziehenden Bedürftigkeitsprüfung[31] – Leistungen gewähren. Entsprechend sind Personen, die dem Grunde nach Anspruch auf Leistungen der Ausbildungsförderung haben, vom Bezug von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II ausgeschlossen (§ 7 Abs. 5 SGB II), es sei denn ihr Existenzminimum wird – insbesondere hinsichtlich Mehrbedarfe und der Unterkunftskosten -unterschritten (§ 27 SGB II). Als weitere Beispiele seien nur der Kinderzuschlag nach § 6a BKGG genannt und für den Bereich der sozialen Entschädigungssysteme die Kriegsopferfürsorge gem. §§ 25 ff. BVG.

3. Sozialhilfeleistungen in Systemen der sozialen Vorsorge

Sozialhilfeleistungen können auch in Systemen sozialer Vorsorge z. B. in Form einer bedürftigkeitsgeprüften Mindestrente für Versicherte integriert sein. Ein prominentes Beispiel hierfür ist die Ausgleichszulage im österreichischen Rentenversicherungssystem, die gewährt wird, wenn die Rentenansprüche des Versicherten (im österreichischen Sprachgebrauch „Pensionen") zusammen mit anderen Einkommensquellen ein bestimmtes Mindestniveau (Richtsätze) verfehlen.[32]

Davon zu unterscheiden ist, dass die Leistungen der Systeme sozialer Vorsorge, wie Renten, Arbeitslosengeld, Krankengeld faktisch immer zur Sicherung des Existenzminimums beitragen, auch wenn dieser Beitrag häufig nicht ausreicht, um das Existenzminimum zu decken. Das deutsche Sozialhilfesystem trägt dem Rechnung, indem Sozialleistungen wie Erwerbseinkommen – mit einigen Ausnahmen – als vorrangiges Einkommen auf den Sozialhilfebedarf anzurechnen sind (vgl. §§ 11 Abs. 1 S. 1 und 3, 11a SGB II i. V. m. § 1 AlG-II-VO). Reichen die vorrangigen Sozialversicherungsleistungen nicht aus, um den Sozialhilfebedarf zu decken, wird der Fehlbetrag durch Grundsicherungsleistungen aufgestockt.

---

30 Ebenso Eichenhofer, Handbuch des Existenzsicherungsrechts Teil 1 Kap. 1 Rn. 9.
31 Vgl. § 11 Abs. 2 BAföG.
32 Vgl. https://www.pensionsversicherung.at/cdscontent/?contentid=10007.707597&viewmode=content.

Im Bereich der Hilfen zur Gesundheit nach dem SGB XII haben Reformen des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung mit der Erweiterung des versicherten Personenkreises gem. § 5 Abs. 1 Nr. 2a SGB V auf AlG-II-Empfänger*innen und der Einführung der Auffangpflichtversicherung gem. § 5 Abs. 1 Nr. 9 SGB V, sowie die Gewährung von Leistungen der GKV durch die Krankenkassen auf Kosten der Sozialhilfeträger an nicht versicherte Sozialhilfeempfänger gem. § 264 Abs. 2, 7 SGB V, aber auch die Pflichtversicherung in der PKV gem. § 193 Abs. 3 VVG dazu geführt, dass die Hilfen zur Gesundheit nur noch residuale Bedeutung haben.

Hingegen hat die Hilfe zur Pflege ihre Bedeutung nicht verloren. Das vorrangige Sicherungssystem der sozialen Pflegeversicherung ist mit seinen pauschalierten Leistungen nicht bedarfsdeckend angelegt. Rechtsvergleichend stellt sich hier nicht nur mit Blick auf die Pflegeversicherung die Frage nach weitergehenden Lösungen der Absicherung von Bedarfen des Existenzminimums in den vorrangigen Sicherungssystemen, z. B. inwieweit Leistungen der Arbeitslosenversicherung existenzsichernd ausgestaltet werden.

C. Zentrale Entwicklungen des Systems der Sozialhilfe in Deutschland: Eckpunkte und Fragen für den Rechtsvergleich

Sozialhilfesysteme sind gekennzeichnet durch eine hohe Komplexität der Regelungen der Bestimmung des Umfangs und der Höhe der Bedarfe/Sozialhilfeleistungen, der Nachrang-/Bedürftigkeitsprüfung, insb. der Berücksichtigung von Einkommen und Vermögen, der Leistungen zur Eingliederung in Arbeitsmarkt und/oder Gesellschaft, der Mitwirkungsobliegenheiten und der Sanktionen bei ihrer Nichtbefolgung, aber auch der Gesetzgebungs- und Verwaltungszuständigkeiten sowie der Finanzierung. Die sich daraus ergebenden vielfältigen Fragen für den Rechtsvergleich können im Rahmen dieses Beitrags auch nicht annähernd erörtert werden. Deshalb sollen im Folgenden nur drei zentrale Entwicklungen der sozialen Existenzsicherung in Deutschland und die sich daraus ergebenden Eckpunkte und Fragen für einen Rechtsvergleich erläutert werden.

I. Vom Rechtsanspruch auf Sozialhilfe zum Menschenrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins – völker-, europa- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Mit dem BSHG wurde erstmals ein allgemeiner Rechtsanspruch auf Sozialhilfe gesetzlich verankert.[33] Allerdings hatte das Bundesverwaltungsgericht schon vor dem Inkrafttreten des BSHG aus der Subjektstellung der Bürgers unter dem Grundgesetz einen mit der staatlichen Verpflichtung zur Armen-

33 Jedoch hatte das Bundesverwaltungsgericht schon zuvor in verfassungskonformer Auslegung einen Rechtsanspruch auf Sozialhilfe als Pendant zur kommunalen Verpflichtung anerkannt.

fürsorge korrespondierenden Rechtsanspruch auf Sozialhilfe abgeleitet.[34] Mit seinen Entscheidungen zur Höhe der Regelsätze im SGB II[35] und im AsylbLG[36] hat das Bundesverfassungsgericht schließlich ein Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins aus der Menschenwürde in Art. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip in Art. 20, 28 GG abgeleitet und verdeutlicht, dass es sich um ein Menschenrecht[37] handelt. Daher darf der Gesetzgeber „nicht pauschal nach dem Aufenthaltsstatus differenzieren. Eine Differenzierung ist nur möglich, sofern deren Bedarf an existenznotwendigen Leistungen von dem anderer Bedürftiger signifikant abweicht und dies folgerichtig in einem inhaltlich transparenten Verfahren anhand des tatsächlichen Bedarfs gerade dieser Gruppe belegt werden kann."[38] Das Bundesverfassungsgericht ist damit den Schritt von der im Sozialstaatsprinzip verankerten sozialstaatlichen Verantwortung des Staates für die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums zum einklagbaren sozialen Grundrecht gegangen, auch wenn die Reichweite dieser Entscheidung insbesondere hinsichtlich der Bindung des Gesetzgebers bei der Gestaltung des Sozialhilfesystems noch strittig ist.[39]

Dies gilt insbesondere für die Fragen des Zugangs von Ausländer*innen zu Leistungen der sozialen Existenzsicherung. Mit dem am 29.12.2016 in Kraft getretenen Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II und in der Sozialhilfe nach dem SGB XII[40] wurden die Regelungen des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II über den Ausschluss von Ausländer*innen von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchenden auf das SGB XII ausgedehnt (§ 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII). Damit wurde der vom BSG eingeschlagene Weg der Gewährung von Ermessensleistungen nach dem SGB XII und einer Ermessensreduzierung auf Null bei einem verfestigten Aufenthalt verschlossen[41] und zugleich die Universalität des Systems sozialer Hilfen weiter reduziert. Betroffene Unionsbürger*innen erhalten nur noch Übergangsleistungen für einen Monat und Rückkehrhilfen (§ 23 Abs. 3 S. 3–6, Abs. 3a SGB XII). Unionsrechtlich ist nach den Entscheidungen des EuGH in den Rechtsachen Dano, Alimanovic und Garcia-Nieto[42] nur noch der Ausschluss § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 c SGB II/§ 23 Abs. 3 Nr. 3 SGB XII nicht geklärt. Dennoch bleiben unionsrechtliche, aber auch mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrecht auf Gewährleistung eines menschen-

34 BVerwG Urteil v. 24.06.1954 – V C 78.54, Leitsatz: „Soweit das Gesetz dem Träger der Fürsorge zugunsten des Bedürftigen Pflichten auferlegt, hat der Bedürftige entsprechende Rechte."
35 BVerfG, Urteil v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09.
36 BVerfG 18.07.2012 – 1 BvL 10/10.
37 BVerfG 18.07.2012 – 1 BvL 10/10 2. Leitsatz.
38 BVerfG 18.07.2012 – 1 BvL 10/10 3. Leitsatz.
39 S. auch Vorlagebeschluss SG Mainz 18.04.2016 – S-3 AS 149/16 (1 BvL 4/16 noch anhängig) zur Verfassungsmäßigkeit des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II a. F.
40 BGBl. I 2016, 3155.
41 BSG 03.12.2015 B 4 AS 44/15 R, Rn. 36 ff., 53 ff.
42 EuGH 11.11.2014 – C-333/13 (Dano), EuGH 15.09.2015 – C-67/15 (Alimanovic), EuGH 25.02.2016 – C-299/14 (Garcia-Nieto).

würdigen Daseins als Menschenrecht auch verfassungsrechtliche Bedenken gegen die weitgehenden Leistungsausschlüsse.[43]

Erhebliche verfassungs- und unionsrechtliche Bedenken[44] bestehen auch hinsichtlich der Beschränkung der Ansprüche auf medizinische Versorgung von Leistungsberechtigten nach § 1 AsylbLG gem. §§ 4, 6 AsylbLG während der ersten 15 Monate ihres Aufenthalts.[45]

Die Beispiele der Fragen des Zugangs von Ausländer*innen zum System sozialer Existenzsicherung verdeutlichen zugleich, dass der Rechtsvergleich als vertikaler Rechtsvergleich immer auch die internationalen und supranationalen Rahmenbedingungen der Systeme sozialer Existenzsicherung klären muss.[46] Darüber hinaus sind die jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorgaben[47] in den Rechtsvergleich einzubeziehen, an denen auch jedes Reformmodell, und damit auch die Konzepte zum BGE, zu prüfen sind.

II. Vom allgemeinen Sozialhilfesystem zur gruppenspezifischen sozialen Existenzsicherung – die Verortung der Sozialhilfe in den Sozialrechtssystemen der Vergleichsstaaten

Die Sozialhilfe nach dem BSHG war ein bedarfs- und bedürftigkeitsabhängiges, aber grundsätzliches allgemeines Existenzsicherungssystem. Der personelle Anwendungsbereich des Gesetzes erstreckte sich gem. § 11 Abs. 1 S. 1 BSHG auf all diejenigen, die ihren Lebensunterhalt nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln, vor allem aus ihrem Einkommen und Vermögen beschaffen konnten, und zwar grundsätzlich unabhängig vom Alter, der Erwerbsfähigkeit, der Staatsangehörigkeit etc. Dies änderte sich erstmals mit der Reform des Ausländerrechts, die zum 01.11.1993 ein eigenes Asylbewerberleistungsgesetz schuf,[48] das nicht mehr dem Sozialrecht, sondern als Annex des Asylrechts dem Ausländerrecht zugeordnet wurde.[49] Die Schaffung der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung durch das gleichnamige Gesetz von 2003[50] und die Aufspaltung des BSHG in die Grundsicherung

43 Kingreen, In love with the single market? Die EuGH-Entscheidung Alimanovic zum Ausschluss von Unionsbürgern von sozialen Grundsicherungsleistungen, NVwZ 2015, 1503 ff. (1504); Thym, Die Rückkehr des „Marktbürgers" – Zum Ausschluss nichterwerbstätiger EU-Bürger von Hartz-IV-Leistungen, NJW 2015, 130 ff. (131).

44 Ute Kötter, Krankenbehandlung als Bestandteil des Existenzminimums von Ausländer*innen – zugleich Anmerkung zum Beschluss des Hessischen LSG v. 11.07.2018, in: Info Also 2018, S. 243–245 m. w. N.

45 Zur medizinischen Versorgung von Flüchtlingen im Rechtsvergleich Ulrich Becker/Michale Schlegelmilch, Sozialer Schutz für Flüchtlinge im Rechtsvergleich: Auf dem Weg zu gemeinsamen Standards für Schutzsuchende in der EU – Einführung und Auswertung, in ZIAS 2015, S. 1 ff. (33 ff.).

46 Vgl. Eberhard Eichenhofer, Völkerrechtliche und europarechtliche Vorgaben an die Existenzsicherung in Deutschland, in Berlit/Conradis/Pattar (Hg.), Handbuch des Existenzsicherungsrechts, Baden-Baden, 3. Aufl. 2019 (in Vorb.) Kapitel 2.

47 Gijsbert Vonk, De participatiewet – een grondrechtenperspectief, in: A. Eleved, De participatiewet, 2018; vgl. für Italien Viviana Molaschi, Fabio Ravelli, Il Reddito Minimo, Tra universalismo e selettività delle tutele, Torino, 2018, S. 81 ff.

48 Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung der Leistungen an Asylbewerber vom 30.06.1993, BGBl. I S. 1062.

49 BT-Drs. 12/4451, 5.

50 Das Gesetz beschränkte die Rückgriffmöglichkeiten der Sozialhilfeträger bei Leistungen der Lebensunterhaltssicherung auf.

für Arbeitssuchende nach dem SGB II und die Sozialhilfe nach dem SGB XII durch das 4. Gesetz über moderne Dienstleistungen auf dem Arbeitsmarkt waren weitere Schritte auf dem Weg zu einem mehrgliederigen gruppenspezifischen Existenzsicherungssystem. Zuletzt hat das Bundesteilhabegesetz[51] mit der Umwandlung des SGB IX in ein eigenständiges Leistungsgesetz, in das auch die Eingliederungshilfe[52] integriert wurde, zu einer weiteren Ausdifferenzierung geführt.

Die unterschiedlichen Zugänge zum Sozialhilfesystem erhöhen nicht nur dessen Komplexität und schaffen neue Abgrenzungs- und Gleichbehandlungsfragen zwischen den Teilsystemen, sondern schwächen auch deren politische Sichtbarkeit und damit die Durchsetzbarkeit politischer Forderungen (etwa nach Erhöhung des Leistungsniveaus etc.).

Für die rechtsvergleichende Untersuchung der bestehenden Sozialhilfesysteme bedeutet dies, funktionsgleiche, aber im System der sozialen Sicherung anderweitig verortete Sicherungsformen sowie die Wechselwirkungen mit vorrangigen Sicherungssystemen im Blick zu behalten; für die rechtsvergleichende Untersuchung von Reform-, insbesondere BGE-Modellen und BGE-Modellversuchen die Frage, welche Sozialleistungen durch die Grundsicherung ersetzt werden sollen. Dabei sind neben den externalisierenden Regelungen des Sozialrechts auch internalisierende Formen sozialer Mindestsicherung z. B. in Form von arbeitsrechtlichen Mindestlohnregelungen, von das Existenzminimum garantierenden Freibeträgen im Zwangsvollstreckungsrecht oder im Steuerrecht sowie von familienrechtlichen Unterhaltsregelungen (Selbstbehalt, Mindestunterhalt) zu beachten.

III. Von der sozialen Hilfe zur workfare-Leistung – ideologische Axiome und Zielsetzungen von Sozialhilfesystemen

Die Neugestaltung der Arbeitslosenversicherung und der Sozialhilfe durch die Gesetze über moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt hat zu einer grundlegenden Neuausrichtung des Sozialhilfesystems geführt. Kern dieser Neuausrichtung war die Koppelung der Sozialhilfe, insbesondere der in das SGB II ausgegliederten Leistungen für Erwerbsfähige – an die Bereitschaft zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt. Zwar stand die Gewährung von Sozialhilfeleistungen von Beginn an unter dem Nachranggrundsatz. Auch das BSHG verlangte explizit den Einsatz von eigenen Kräften und Mitteln ehe staatliche Hilfe geleistet wurde (§ 11 BSGH) und sah darüber hinaus Leistungen vor, die den Betroffenen helfen sollten, wieder unabhängig von Ar-

51 Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung (Bundesteilhabegesetz, BTHG) v. 23.12.2016, BGBl. I 2016, 3234.

52 Vgl. Wolfgang Schütte (Hg.), Abschied vom Fürsorgerecht, Von der „Eingliederungshilfe für behinderte Menschen" zum Recht auf soziale Teilhabe, Berlin 2011.

beit zu werden, neben Beratung auch persönliche Hilfen, insbesondere die sog. Hilfen zur Arbeit.[53]

Aufbauend auf den Blauskizzen des aktivierenden Wohlfahrtstaats und der workfare-Ansätze anderer Staaten[54] gingen die Maßnahmen der Reform jedoch weit über die Konkretisierung des Nachranggrundsatzes hinaus. Während die unter dem Label „Fördern und Fordern" eingeführte Reform nichts an der Ermessensgewährung von Eingliederungsleistungen änderte, brachten viele der übrigen Maßnahmen der Reform, wie die Kürzung der Bezugsdauer des Arbeitslosengeldes, die Abschaffung der Arbeitslosenhilfe und die dadurch erreichte Absenkung des Sicherungsniveaus bei Langzeitarbeitslosigkeit bei gleichzeitiger verstärkter Anrechnung von Partnereinkommen, der Ausbau von Mitwirkungspflichten (z. B. nicht nur zur Annahme angebotener Erwerbsarbeit, sondern auch zur Teilnahme an Eingliederungsmaßnahmen) und die Verschärfung von Sanktionen (Leistungskürzungen bis auf Null) bei Verletzung dieser Obliegenheiten, die Ausweitung zumutbarer Erwerbstätigkeit, ein neues Verständnis der sozialen Existenzsicherung als Gegenleistung für Eingliederungsbemühungen der Leistungsberechtigten zum Ausdruck. Die Reichweite dieses „Gegenleistungs-Axioms" erstreckt sich aber zunehmend nicht mehr nur auf die Bereitschaft der Mitwirkung an der Arbeitsmarkteingliederung[55], sondern über die Sanktionierung „sozialwidrigen Verhaltens" (§ 34 SGB II)[56] auch auf nicht arbeitsmarktbezogenes Verhalten der Leistungsberechtigen. Insofern begegnet insbesondere die Verknüpfung migrationspolitischer Instrumente mit Einschränkungen des grundrechtlichen geschützten Existenzminimums erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken.[57]

Ein Rechtsvergleich, der Reformmöglichkeiten des Sozialhilfesystems ausloten will, muss sich daher auch mit den ideologischen Grundannahmen der Systeme auseinandersetzen und eine Zielklärung – insbesondere zwischen den Zielen der Armutsbekämpfung, Hilfe in Notlagen, Aktivierung, Dekommodifizierung[58] – vornehmen.

---

53 Helga Spindler, Sozialhilfe – Das verkannte Grundsicherungssystem der alten Bundesrepublik, in: SF 2013, S. 154–162.

54 Ivar Lodemel/Heather Trickey, An offer you can't refuse – workfare in international perspective, 2000.

55 Die bis zu Forderungen nach Vorlage „schriftlicher Hausaufgaben zur arbeitsmarktorientierten Persönlichkeitsentwicklung" gehen kann. Vgl. dazu SG München vom 23.07.2015 – S8 AS 1505/15 ER mit Anmerkung Spindler, in: info also 2016, 37.

56 Vgl. die Entscheidung des Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 05.07.2018 – L 6 AS 80/17 mit Anmerkung Berlit, in: info also 2018, S. 263–265.

57 Oppermann, ZESAR 2017; 55. Janda, SGb 2018, 344 (349); auch .Rothkegel ZAR 2012, 357.

58 Im Sinne von Esping-Anderson (Three Worlds of Welfare Capitalism, Cambridge, 1990) verstanden als Verringerung der Marktabhängigkeit der Anbieter*innen von Arbeit.

D. Ausblick

Von Maydell sah den besonderen Wert der Rechtsvergleichung in ihrem Nutzen für die Politikberatung. In Zeiten grundlegenden Wandels kann gerade der Vergleich von Sozialhilfesysteme, die wie kein anderes soziales Sicherungssystem grundlegende gesellschaftliche Werte, aber auch Interessenkonflikte widerspiegeln, zur Entwicklung differenzierter zukunftsfähige Modelle sozialer Sicherung, die vor allem auch, aber nicht nur im Interesse der betroffenen über acht Millionen Leistungsbezieher*innen ist, sondern weit darüber hinaus reichende Bedeutung für das subjektive „Sicherheitsheitsfühl" und die Akzeptanz sozialer Sicherung in der Bevölkerung hat, beitragen.

Ralf Kreikebohm, Braunschweig

Arbeits- und Sozialrecht zusammen gedacht: Zur Notwendigkeit, beide Rechtsgebiete stärker miteinander zu verbinden

Inhaltsübersicht

A. Einleitung
B. Verbindungen zwischen Arbeits- und Sozialrecht am Beispiel Arbeit 4.0
I. Die schöne neue Arbeitswelt: Arbeit 4.0
II. Das Beschäftigungsverhältnis als Klammer zwischen Arbeits- und Sozialrecht
III. Handlungsoptionen
C. Schlussbetrachtung

A. Einleitung

Bernd von Maydell hat mich menschlich durch seine Empathie, sein Interesse, seine Offenheit und freundliche Zugewandtheit und wissenschaftlich durch seine Neugier, sein grenzüberschreitendes Denken und sein Hinterfragen geprägt. Ihm lag immer daran, die vielen – auch unterschiedlich hohen – Tellerränder zu überwinden. Der Rentenrechtler, der ich nun mal nicht nur, aber in erster Linie bin, möge an die anderen Sozialversicherungszweige denken, der Sozialversicherungsrechtler an die anderen Sozialrechtsgebiete, der Sozialrechtler an das Zivilrecht (Schadensersatzrecht, Familienrecht), das öffentliche (Verwaltungs-)Recht an das Verfassungs- und Europarecht und nicht zuletzt an das Arbeitsrecht. Schließlich möge der „Rechtler" sich den sozialwissenschaftlichen und politischen Gegebenheiten stellen.

Die Verbindungslinien zwischen Arbeits- und Sozialrecht werden neuerdings immer deutlicher sichtbar und sie sind letztlich auch Ausdruck gesellschaftlicher (sozialwissenschaftlicher) und politischer Veränderungen. Wenn wir – was eindeutig zu sein scheint – vor einer durchgreifenden Veränderung der Arbeitswelt und der Arbeitsbedingungen durch die Digitalisierung (Stichwort Arbeit 4.0) stehen, hat dies faktisch Auswirkungen auf das Arbeits- und Sozialrecht. Ebenfalls sind Auswirkungen auf das arbeitsrechtliche und sozialrechtliche Normengefüge festzustellen, wenn die Menschen immer mehr den Wunsch haben, nicht von einer Sekunde auf die andere die sinnstiftende Arbeit aufzugeben und in den vermeintlich „wohlverdienten" Ruhestand zu treten[1]. Aus vielen Vorträgen kann ich berichten, dass die sozialrechtlichen Regelungen nach dem Flexigesetz in der Regel verstanden werden und nicht das Problem sind. Viel interessanter sind die arbeitsrechtlichen Fragen (muss gekündigt werden, kann ein befristeter Arbeitsvertrag geschlossen werden, wie verhält es sich mit der Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten etc.) und das Zusammenspiel zwischen Arbeits- und Sozialrecht. Und schließlich:

1 Dazu: Kreikebohm/Mestwerdt, Arbeit und Rente: Reicht der arbeits- und sozialrechtliche Rahmen für flexible Übergänge von der Arbeit in den Ruhestand?, in: RdA 2018, S. 71 ff.; Waltermann, Weiterbeschäftigung nach der Altersgrenze, in: NJW 2018, S. 193 ff.

Auch bei der Erwerbsminderungsrente stellen sich – zumindest dann, wenn das Beschäftigungsverhältnis noch besteht – arbeitsrechtliche Fragen der Weiterbeschäftigung[2]. Im Folgenden soll diesen drei Themen nachgegangen werden. Bernd von Maydell hätte sich daran intensiv beteiligt.

B. Verbindungen zwischen Arbeits- und Sozialrecht am Beispiel Arbeit 4.0[3]

I. Die schöne neue Arbeitswelt: Arbeit 4.0

Die Verbindungslinien zwischen Arbeits- und Sozialrecht, zwischen Arbeitswelt und sozialer Sicherung sind offensichtlich, weil eine veränderte Arbeitswelt zwingend das Normengefüge des Arbeits- und Sozialrechts verändern wird. Die unter dem Sammelbegriff Arbeit 4.0 zusammengefassten Veränderungen in der Arbeitswelt durch die Digitalisierung haben Auswirkungen nicht nur auf die industrielle Produktion z. B. durch Einsatz von Industrieroboter, sondern insbesondere auch auf den Dienstleistungssektor. Sollte es infolge der Digitalisierung zu deutlichen Verlusten von Arbeitsplätzen kommen, stellt sich schon ökonomisch die Frage, wie denn die sozialen Sicherungssysteme finanziert werden können frei nach der Aussage von Mackenroth, dass aller Sozialaufwand einer Periode immer nur in dieser Periode selbst erwirtschaftet werden kann[4]. Dies bedeutet letztendlich nichts anderes, als dass die innerhalb des sozialen Sicherungssystems möglichen Umverteilungsmittel in dieser Periode erwirtschaftet und das heißt erarbeitet werden müssen. Diese ökonomische Abhängigkeit der Sozialen Sicherung vom Arbeitsleben und der Arbeitsverfassung wird juristisch – und dies ist der zweite tragende Verknüpfungsgrund – dadurch hergestellt, dass zumindest die Sicherungssysteme, die nach dem Versicherungsprinzip organisiert sind, in der Regel die Personen versichern und damit schützen, die abhängig beschäftigt sind, also in einem Arbeitsverhältnis stehen[5]. Gibt es aber die dargelegte ökonomische und rechtliche Verzahnung zwischen der Arbeitswelt und der Arbeitsverfassung einerseits und den Systemen der Sozialen Sicherheit, so ist es zwingend,

---

2 Lorenz-Schmidt/Schmidt, Die BAG-Rechtsprechung zu Erwerbsminderungsrenten und Weiterbeschäftigung nach dem TVöD/TV-L, demnächst in ZTR 2018.

3 Hierzu: Kreikebohm, Wechselwirkungen zwischen Sozial- und Arbeitsrecht: geltendes Recht und künftige Gestaltungsoptionen für das Themenfeld Alterssicherung, in: ZfA 2016, S. 499 ff.

4 Mackenroth, Die Reform der Sozialpolitik durch einen deutschen Sozialplan, in: G. Albrecht (Hrsg.), Verhandlungen auf der Sondertagung des Vereins für Sozialpolitik 1952, S. 39 ff.; Breyer, Ökonomische Grundlagen der Rentenversicherung, in: Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 3 Rentenversicherungsrecht, S. 98 ff.

5 § 7 SGB IV, hierzu aus der umfangreichen Literatur beispielhaft: Gitter, Beschäftigungsverhältnis und Arbeitsverhältnis, in: FS Wannagat 1981, S. 141 ff.; Kreikebohm/Splittberger, Neue Erwerbsformen und Sozialversicherungsrecht, in: SGb 1986, S. 269 ff.; Küfner-Schmidt, Telearbeit im Sozialversicherungsrecht, in: SGb 1986, S. 96 und 398; I. Kurz/P. Kurz, Freie-Mitarbeiter-Verträge als Alternative zur Festanstellung?, in: DB 1993, S. 326 ff; Ruland, Flexible Arbeitszeitgestaltung und Sozialversicherungsrecht, in: DRV 1987, S. 21 ff.; Seiter, Sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis und Arbeitsverhältnis, in: VSSR 1976, S. 179 ff.; Voelzke, Kreis der versicherten Personen, in: Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 3, Rentenversicherungsrecht, S. 371 ff.; Greiner, Die Vielfalt moderner Arbeitsformen im Sozialrecht, in: SGb 2016, S. 301 ff.

dass Veränderungen des Arbeitslebens und der Arbeitsverfassung gravierende Rückwirkungen auf die Systeme der Sozialen Sicherheit haben. Ob nun Massenarbeitslosigkeit oder Vollbeschäftigung, ob flexible Arbeitszeitformen oder starre, immer gibt es Auswirkungen auf die sozialen Sicherungssysteme.

Zumindest zum gegenwärtigen Zeitpunkt und beschränkt auf den Arbeitsmarkt in Deutschland sind die Auswirkungen der neuen Arbeitswelt auf Beschäftigung und damit auf die Sozialen Sicherungssysteme noch nicht klar. Dies mag auch daran liegen, dass die „digitale Infrastruktur" in der Bundesrepublik hinter anderen Ländern in Europa (z. B. den baltischen Staaten) hinterherhinkt[6]. Dennoch zeichnen sich folgende Entwicklungslinien ab:[7]

– Entgrenzung des Arbeitsortes: Die Entwicklung der IT-Technik etwa ab der Jahrtausendwende insbesondere durch die Vernetzung hat es erlaubt, Arbeiten aus dem Betrieb heraus zu verlagern. Dies ist möglich als weiterhin abhängig Beschäftigte, aber Telearbeit erlaubt es auch, „Arbeiten aus dem Betrieb auszulagern und von „Selbständigen" ausführen zu lassen, die sich jeder Nachfrage anpassen und maximale Flexibilität gewährleisten. Tendenziell tritt damit der Dienstleister, der seine Arbeitskonditionen auf eigenes Risiko und eigene Gefahr selbst aushandelt, an die Stelle des in kollektive Regulationssysteme eingebundenen Arbeitnehmers; tendenziell wird auch der Betrieb vom Arbeitskollektiv zum virtuellen Raum, in dem ein Austausch von Dienstleistungen zwischen „selbständigen" Anbietern stattfindet. In letzter Konsequenz darf man vom arbeitnehmerlosen Betrieb träumen[8]. Die Produktions- und Arbeitsprozesse werden an beliebigen Orten erledigt und an anderen wieder zusammengefügt[9].
– Flexibilisierung von Arbeit und „digital divide": Mit dem Begriff „digital divide" wird die „wachsende Spaltung zwischen und innerhalb von Gesellschaften durch die unterschiedliche Verteilung von Zugangsmöglichkeiten zu modernen Informations- und Kommunikationstechnologien und entsprechenden Nutzungskompetenzen" verstanden[10]. Welsch differenziert bei dem Phänomen zwischen dem Zugang zu und der Nutzung von gesellschaftlichen Informationsstrukturen. Er untersucht erstmals einen Zusammenhang zur Flexibilisierung der Arbeit und begründet, weshalb beide Phänomene zu einer Spaltungsspirale beitragen[11]. Nach Welsch bildet sich die Spaltungsspirale in folgender Weise heraus:

---

6 Nach dem Digitalisierungsindex 2017 steht Deutschland auf Platz 21 in Europa, https://www.digitalisierungsindex.de; zuletzt abgefragt am 15.03.2019.

7 Vergl. Kreikebohm/Kolakowski/Reiber/Rodewald, Die rentenpolitische Agenda 2030, 2. Auflage 2018, S. 66 ff.

8 Castel, Die Krise der Arbeit, S. 79 f.

9 Siehe Steinbicker, Soziale Ungleichheit in der Informations- und Wissensgesellschaft, in: Berliner Jahrbuch für Soziologie, Heft 4, 2001, S. 441 ff.

10 Klug, Einführung: Flexibilisierung von Arbeit und „digital divide" – Informatisierung und soziale Ungleichheit, in: Informatisierung der Arbeit – Gesellschaft im Umbruch, S. 179.

11 Welsch, Flexibilisierung der Arbeit und „digital divide", in: Informatisierung der Arbeit – Gesellschaft im Umbruch, S. 185 ff. (189 f.).

- Ungleichheit in den Zugängen zum Beschäftigungssystem aufgrund von Arbeitslosigkeit und von flexiblen, prekären Arbeitsformen verursachte Verteilungsungleichgewichte.
- Hierdurch werden gleichzeitig Ungleichheiten in der Partizipation an der technisch vermittelten gesellschaftlichen Kommunikation, d. h. digitale Spaltungen, produziert und verstärkt.
- Solche digitalen Spaltungen sind wiederum ein wesentlicher Faktor dafür, dass neue Ungleichheiten beim Zugang zum Beschäftigungssystem erzeugt werden[12].

In seinen acht digitalen Trends zur Veränderung des Arbeitsumfelds fasst Wintermann[13] die technischen Möglichkeiten und die Auswirkungen auf Berufsbilder wie folgt zusammen:

- Berufe mit Gatekeeper-Tätigkeiten wie Juristen, Bankkaufleute, Maklertätigkeiten sind durch die Blockchain-Technologien gefährdet, die Transaktion, Kommunikation und Interaktion nachweisen, Identitäten feststellen, Aktivitäten nachverfolgen und Handelsbeziehungen erstellen können.
- Berufe im Überwachungsbereich sowie Einzelhandel und Zustellbereich sind durch Drohnen gefährdet.
- Berufe wie Installateure, Marktanalysten und Ingenieure sind durch das Internet der Dinge gefährdet, wodurch Monitoring, dezentrale Steuerung und Marktanalysen in Echtzeit mit Hilfe von Sensoren möglich sind.
- Berufe im Bau- und Architekturumfeld, Medikamente- und Prothesenhersteller und bestimmte Industrieproduktionen sind durch 3D-Drucker ersetzbar.
- Berufe im Hochbau, in Architektur, Bildung, Medizin, Werbung, Produktion und Design können durch computergenerierte Simulation (Virtuelle Realität) substituiert werden.
- Ähnliche Gefährdungen sind denkbar durch Augmented Reality (AR) als einer Mischform von tatsächlicher und virtueller Realität.
- Schließlich können sich Berufsbilder durch künstliche Intelligenz und Exoskelette verändern, die Menschen z. B. bei schweren körperlichen Tätigkeiten unterstützen können.

Vor dem Hintergrund dieser längeren Entwicklungslinie wird die Frage wichtig, wie das Sozialversicherungsrecht darauf reagieren sollte.

12 Welsch, a. a. O., S. 190.
13 Wintermann, Von der Arbeit 4.0 zur Zukunft der Arbeit, in: NZA 2017, S. 537 ff. (S. 538 f.).

II. Das Beschäftigungsverhältnis als Klammer zwischen Arbeits- und Sozialrecht

Die normative Klammer zwischen Arbeits- und Sozialrecht bildet § 7 SGV IV: „(1) Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers." Die Abgrenzung zwischen einer selbständigen Tätigkeit und einer unselbständigen Beschäftigung ist deshalb wichtig, weil die Arbeitnehmereigenschaft den arbeitsrechtlichen Schutz und das Beschäftigungsverhältnis den Schutz der Sozialversicherung gewährleisten.[14] Grundidee ist dabei das „Alles-oder-Nichts-Prinzip": Liegt eine abhängige Beschäftigung vor, besteht Sozialversicherungspflicht und damit ein Schutz gegen die Grundrisiken, die in der Sozialversicherung abgesichert sind, liegt Selbständigkeit vor, fehlt – von Ausnahmen abgesehen – die Einbeziehung in die Sozialversicherung.[15] Zu Recht bezeichnet Uffmann[16] die „Weisungsbindung und Eingliederung" als „Schlüsselmerkmal" des Arbeitsrechts, weil die Digitalisierung dazu führen wird, „dass sich in einigen Bereichen die Arbeitsausgestaltung technologiebedingt hinsichtlich des Freiheitsgrades bezüglich Arbeitsort und Arbeitszeit immer mehr der selbständigen Tätigkeit annähern wird". Den Arbeitnehmern wird auch infolge der örtlichen und zeitlichen Entgrenzung ein größerer Handlungsspielraum bei der Planung, Einteilung und Ausführung ihrer Tätigkeit zukommen, auch deswegen, weil ein Abbau von Hierarchien prognostiziert wird. Damit verflüchtigen sich die prägenden Kennzeichen des „Arbeitnehmerseins", Weisungsbindungen und Eingliederung in eine feste Arbeitsorganisation zu festen Zeiten, in einigen Bereichen zusehends.

Schon heute und nicht erst seit heute ist das Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsdauer, Arbeitsart und Arbeitsort und die Eingliederung in den Betriebsablauf immer häufiger nicht erfüllt. Verschiebungen des Arbeitsortes sind durch die neuen Informations- und Kommunikationstechnologien technisch möglich und werden auch von den „Beschäftigten" eingefordert (Tele- und Heimarbeitsplätze), um zum Beispiel Familien- und Erziehungsarbeit und Erwerbsarbeit besser miteinander vereinbaren zu können. Änderungen in der Arbeitsorganisation tragen weiter dazu bei, die

---

14 Hierzu ausführlich Diepenbrock, Selbständigkeit und Arbeitnehmereigenschaft im Sozialrecht, in: NZS 2016, S. 127 ff.

15 Schlegel, Wen soll das Sozialrecht schützen? Zur Zukunft des Arbeitnehmer- und Beschäftigtenbegriffs im Sozialrecht, in: NZS 2000, S. 421 ff. (422 f.); ferner Preis/Temming, Die Einbeziehung von Selbständigen in die gesetzliche Rentenversicherung, in: VSSR 2018, S. 1 ff.

16 Uffmann, Digitalisierung der Arbeitswelt – Wie gestalten wir die notwendigen Veränderungen?, in: NZA 2016 S. 977 ff. (978). Die Schlagworte der Entwicklung lauten dabei etwa: verstärkter Einsatz mobiler digitaler Endgeräte, vermehrte Steuerung über Ziele, Nutzung von personalisierten Wearables und Assistenzsystemen, zunehmende digitale Vernetzung der Arbeitsprozesse entlang der Wertschöpfungskette, neue dynamische und dezentrale, mitunter unternehmensübergreifende netzwerkartige Organisationsstrukturen, Nutzung von Big Data bzw. Smart Data, neue Formen der Mensch-Maschine-Interaktion, neue Beschäftigungsformen infolge veränderter Organisations- und Produktionsstrukturen im Kontext der so genannten Plattformökonomie (economy-on-demand und crowdwork), aber auch Zunahme projektbasierter Wissensarbeit durch Freelancer.

klassischen Abgrenzungskriterien der Weisungsgebundenheit und der Eingliederung aufzulösen. Arbeiten in Projektstrukturen und Führen mit Zielvorgaben entfernen sich von der klassischen Einordnung als abhängige Beschäftigung. Ebensolches gilt für Team- und Gruppenarbeiten. Schließlich entfernt sich die sog. Plattformökonomie (Crowdworking) noch stärker vom klassischen Beschäftigungsverhältnis. Das liegt vor allem daran, dass Crowdworker Tätigkeiten ausüben, „die nicht in einem räumlich-betrieblichen Kontext stattfinden und deren Instrumente und Einrichtungen durch die Arbeitskräfte selbst organisiert werden“[17]. Nur wenn die Crowdworker Kontrollen etwa durch Screenshots[18] oder eine „elektronische Leine“[19] unterlägen, könne von einer abhängigen Beschäftigung ausgegangen werden. Kocher und Hensel folgern daraus zu Recht: „Kann jedoch eine Tätigkeit bei gleich bleibender arbeitsorganisatorischer Gestaltung sowohl als Arbeitsverhältnis als auch als selbständiges Beschäftigungsverhältnis organisiert werden, droht der Schutz durch den Typus-Begriff seine Effektivität zu verlieren. Genau dies geschieht in den Plattformkonstellationen: Vor die Wahl gestellt, wählen die Plattformen in der Regel das Modell der (Solo-)Selbständigkeit. Der Arbeitnehmerbegriff erfüllt hier offensichtlich nicht mehr die Funktion der Orientierung, sondern bietet eher Hinweise für die Vertragsgestaltung.“[20].

III. Handlungsoptionen

Die dargestellten Entwicklungspfade der veränderten Arbeitswelt 4.0 legen mehrere Handlungsoptionen der Sozialpolitik nahe. Sie können kurz als Weiterentwicklung der Sozialversicherung oder als Neustart zusammengefasst werden. Soll es bei den Grundstrukturen des Sozialstaates auch in Zukunft verbleiben, so wird es nötig werden, die rechtlichen Leitbegriffe für den Zugang zu den Sozialversicherungssystemen neu zu definieren. Im Arbeitsrecht wird eine ähnliche Diskussion geführt. Auch dort rüttelt die Digitalisierung an den Schlüsselmerkmalen: Nur Arbeitnehmer genießen den vollen arbeitsrechtlichen Schutz, wobei hier das Bild des Industriearbeitnehmers zugrunde liegt. Beschäftigungen in flexiblen Projekt- und Netzwerkorganisationen mit globalisierten Wertschöpfungsketten tangieren das Wirtschaftsrecht, das Bürgerliche Recht und eben das Arbeitsrecht. Unter Einbeziehung dieser Rechtsgebiete wird eine „Re-Konfiguration des Arbeitsrechts hin zu einem abgestuften Beschäftigungsrecht“[21] erwogen. Eine derartige Differenzierung, die im Arbeitsrecht sinnvoll sein mag, auf das Sozialrecht zu übertragen, würde den zentralen Ausgangspunkt der Sozialversicherung in Frage stellen, nämlich für die großen Wechselfälle des Lebens Krankheit, Unfall, Alter, Invalidität,

17 Siehe etwa Hanau, Schöne digitale Arbeitswelt?, in: NJW 2016, S. 2013 ff. (2015).
18 Däubler/Klebe, Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?, in: NZA 2015, S. 1032 (1035).
19 Krause, Gutachten für den PJT, Digitalisierung der Arbeitswelt, B 104.
20 Kocher/Hensel, Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen – ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit, in: NZA 2016, S. 984 ff. (988).
21 Uffmann, Digitalisierung der Arbeitswelt – Wie gestalten wir die notwendigen Veränderungen?, in: NZA 2016, S. 977 ff. (980).

Tod und Arbeitslosigkeit auf eine solidarische, auskömmliche Absicherung zu vertrauen. Einen irgendwie abgestuften Schutz[22] gegen diese Risiken kann es im Sozialrecht nicht geben. Ebenso wenig können die Tarifvertragsparteien in das öffentlich-rechtliche Normengefüge des Sozialrechts regelnd eingreifen[23]. Völlig zu Recht weist vor allem Zachert darauf hin, dass dies eine Aufgabe des Gesetzgebers ist, die letztlich aus dem Sozialstaatsgebot des Art. 20 GG folgt[24].

Am klassischen abhängigen Beschäftigungsverhältnis festzuhalten hieße aber, der langsamen Erosion der Sozialversicherungssysteme Vorschub zu leisten. Klar muss sein, dass der soziale Schutz nicht mehr davon abhängig gemacht werden kann, ob jemand im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses tätig ist. Wird aber in der Zukunft nicht mehr am Beschäftigungsverhältnis anzuknüpfen sein, so ergibt sich als weitere Folgerung die Frage, von welchen anderen Einkommensarten als Erwerbseinkommen bei der Beitragsberechnung auszugehen ist. Beide Aspekte, also die Erweiterung des versicherungspflichtigen Personenkreises über den Kreis der abhängig Beschäftigten und die Erweiterung der beitragspflichtigen Entgelte über die Arbeitsentgelte hinaus, wären eine konsequente Fortsetzung der tragenden Ideen der Bismarck`schen Sozialreform. Die Sozialversicherungsgesetzgebung gewährte einen obligatorischen öffentlich-rechtlichen Anspruch der Versicherten auf Sozialleistungen unabhängig vom zuletzt bestehenden Rechtsverhältnis zu einem Arbeitgeber. Die Weiterentwicklung besteht darin, dass es nicht mehr auf ein Beschäftigungsverhältnis ankommt, sondern die Sozialversicherung muss zu einem Sicherungssystem für Beschäftigte, Selbständige und wirtschaftlich Abhängigen umgebaut werden.

C. Schlussbetrachtung

Die gesetzliche Sozialversicherung als staatlich organisierte Pflichtversicherungssysteme beruhen auf dem Gedanken der Solidarität und der sozialen Schutzbedürftigkeit[25]. Da der angeordnete Versicherungszwang einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit der Betroffenen bedeutet, muss es hierfür einen Rechtfertigungsgrund geben[26]. Allgemein anerkannt ist, dass das Merkmal der sozialen Schutzbedürftigkeit die Anordnung der Versicherungspflicht

22 Zachert, Bausteine einer modernen Arbeitsverfassung in der sozialen Demokratie, in: Festschrift für Thomas Dieterich, Beck-Verlag, München 1999, S. 699 (723), derselbe Flexicurity im Arbeitsrecht – eine schwierige Balance, in: WSI-Mitteilungen 2000, S. 283 ff. (288); ferner: Waltermann, Gutachten für den 68. Deutschen Juristentag, Berlin September 2010; Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiographien?

23 Kreikebohm/Kolakowski/Reiber/Rodewald, S. 86 f.; Kreikebohm, Solidarität und Subsidiarität als Ausprägung des „Sozialen" in den Zeiten der Finanz- und Wirtschaftskrise; in: RATSUBS, Nr. 6/2010, S. 14.

24 Dazu ausführlich Kreikebohm, Die Erwerbstätigenversicherung aus beitragsrechtlicher Sicht, in: DRV 2009, S. 326 ff.

25 BVerfG E 75, 108 = NJW 1987, S. 3115 ff.

26 Bley/Kreikebohm/Marschner, Sozialrecht, Rn. 51 mit weitergehenden Hinweisen.

rechtfertigen kann[27]. Letztendlich kommt darin zum Ausdruck, dass der Sozialstaat „Vorsorge zur Pflicht machen darf und soll", weil „häufig das individuelle Risiko unterschätzt und seine Absicherung hinter anderen, aktuell als wichtiger bewerteten Notwendigkeiten zurückgestellt wird"[28]. Im Rahmen seines Gestaltungsspielraums kann der Gesetzgeber Risiken typisieren und sie in den Schutz eines Pflichtversicherungssystems stellen[29]. Die wirtschaftliche Abhängigkeit wäre ein in diesem Sinne typisches, abzusicherndes Risiko.

Als systemsprengende Idee im Sinne eines sozialpolitischen Neustarts wird in jüngster Zeit zunehmend die Idee eines bedingungslosen Grundeinkommens in die Diskussion eingebracht. Das Grundeinkommen soll soziale Gerechtigkeit mit der Idee der Freiheit verbinden. Aber bei genauerem Hinsehen ist das bedingungslose Grundeinkommen – obwohl es in Finnland ausprobiert wird – keine brauchbare Handlungsoption:

- In der Anordnung des Gesetzgebers zur – sofern die Tatbestände erfüllt sind – Versicherungs- und Beitragspflicht, die den Sozialversicherungssystemen immanent ist, wird der Zusammenhang zwischen Individualität und Solidarität am stärksten deutlich. Sozialversicherungssysteme sind eine gute, traditionsreiche Methode, Individualität und Solidarität in Übereinstimmung zu bringen. Sie verbinden staatliche und individuelle Verantwortung: Der Staat organisiert die Vorsorge, der Einzelne betreibt sie. Eigenvorsorge findet also auch in der Sozialversicherung statt[30]. Das bedingungslose Grundeinkommen schafft keinesfalls mehr Freiheitsgrade.
- Die Verrechnungslogik des Sozialstaates kennt keine konkreten Menschen, sondern abstrakte Geber und mit Rechtsanspruch ausgestattete Nehmer. Da Geber und Nehmer keine individuelle Beziehung haben, ist der humanistische Impuls gestört. Aber zumindest in den beitragsfinanzierten Systemen findet eine Annäherung der Geber und Nehmer statt, denn der Versicherte weiß, dass er seine Leistung selbst finanziert hat, und die Geber hoffen, dass sie aus ihren Beiträgen eine dann selbst finanzierte Leistung erhalten. Bei einer reinen Steuerfinanzierung – wie beim bedingungslosen Grundeinkommen – würde dieser Zusammenhang fehlen.
- Solidarsysteme, die einen sozialen Ausgleich beinhalten, lassen sich nur mit einer Versicherungspflicht organisieren, weil ansonsten die guten Risiken abwandern würden. Letztlich gilt dieses Argument auch für das Modell des bedingungslosen Grundeinkommens, da die guten Risiken über die Steuer den sozialen Ausgleich mit finanzieren. Werden die Eliten

27 Ruland, § 17 Rentenversicherung, in: SRH, 4. Auflage, S. 801 ff. (807).

28 Hierzu Hase, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000, S. 43 ff.; Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, S. 262 ff.; Ruland, § 17 Rentenversicherung, in: SRH, 4. Auflage, S. 801 (807).

29 Ruland, Solidarität und Individualität – ein allgemeines Thema konkretisiert am Beispiel der gesetzlichen Rentenversicherung, in: DRV 2000, S. 733 ff. (738).

30 Kreikebohm, Solidarität und Subsidiarität als Ausprägung des „Sozialen" in den Zeiten der Finanz- und Wirtschaftskrise, in: RATUBS, Nr. 6/2010, S. 14.

dazu bereit sein oder Steuerflucht betreiben oder in die Schattenwirtschaft ausweichen?

– Und zuletzt: Ein bedingungsloses Grundeinkommen würde – im Gegensatz zu den Behauptungen ihrer Befürworter – zu einer weiteren tiefen Spaltung der Gesellschaft führen, weil die auf dem Markt nachgefragten Tätigkeiten natürlich nur gegen Höchstpreise angeboten und abgefragt würden. Wenige herausragend gut bezahlte Tätigkeiten würden der Masse Nichttätiger oder schlecht bezahlter Arbeitnehmer gegenüberstehen.

Sozialpolitiker und Sozial- und Arbeitsrechtler sind mithin aufgefordert, an einer Weiterentwicklung des arbeits- und sozialrechtlichen Normengefüges vor dem Hintergrund der Veränderungen in der Arbeitswelt zu arbeiten. Schade, dass uns Bernd von Maydell auf diesem Weg nicht mehr begleiten kann.

Miyoko Motozawa, Tsukuba

Pflegeversicherung in Japan

Inhaltsübersicht

A. Vorbemerkung
B. Einführung und Änderung der Pflegeversicherung
  I. Ziel des Pflegeversicherungsgesetzes
  II. Versicherungsverhältnis und Finanzierung
    1. Versicherungsträger
    2. Versicherungspflichtige Personen
    3. Finanzierungsstruktur der Pflegeversicherung
    4. Leistungsberechtigte Personen
  III. Leistungen der Pflegeversicherung
    1. Inhalt der Leistungen
    2. Häusliche Leistungen
    3. Auf den örtlichen Sozialraum ausgerichtete Dienstleistungen (Regionally Oriented Services)
    4. Stationäre Leistungen
C. Schlussbemerkung

A. Vorbemerkung

Wegen des Versorgungsausgleichs wollte ich nicht nur das deutsche Familienrecht, sondern auch das Sozialrecht in Deutschland studieren. Deshalb war ich 1984–1986 als Humboldt-Stipendiatin in Bayreuth. Im Jahr 1985 lernte ich bei der Jahrestagung der Humboldt-Stiftung in Bonn einen polnischen Stipendiaten, Herrn Prof. Ludwik Florek, kennen. Er hatte eine private Einladung zum Abendessen bei Herrn Prof. Bernd von Maydell in Sankt Augustin. Glücklicherweise durfte ich ihn begleiten. So habe ich Herrn Prof. von Maydell und seine Familie persönlich kennengelernt.

Im Sommersemester 1992 unterrichtete ich japanisches Recht an der Universität Leipzig, was ich mit einem Forschungsaufenthalt am MPI in München verband, um die damalige Diskussion zur Einführung der Pflegeversicherung in Deutschland zu verfolgen. Ab Oktober 1992 war ich im MPI und konnte Herrn Prof. von Maydell als Institutsdirektor wiedersehen. In einem Jahr ergaben sich mehrmals Gelegenheiten, ausführlich mit ihm zu sprechen. So erfuhr ich, dass er wegen des Weltkongresses der ISLSSL 1994 nach Seoul kommen würde. Diese Information gab ich Herrn Kotaro Tanaka vom damaligen japanischen Kabinett Office weiter, weil ich mir dachte, dass er Herrn Prof. von Maydell von Seoul aus offiziell nach Japan einladen und ihm viele wichtige Personen in Tokyo vorstellen konnte. Tatsächlich erhielt Herr Prof. von Maydell ab 1994 mehrfach offizielle Einladungen nach Japan und beeinflusste die Diskussion über die Einführung der Pflegeversicherung und die Reform der Krankenversicherung in Japan. Dafür wurde ihm der japanische Orden des Heiligen Schatzes, Goldene Strahlen, verliehen.

Durch die Unterstützung von Herrn Prof. von Maydell konnte ich viele verschiedene Interviews über die Pflegeversicherung in Deutschland im Sommer 1995 führen. Mit den daraus gewonnenen Erkenntnissen habe ich 1996 ein Buch über die Pflegeversicherung im Vergleich zwischen Deutschland und Japan veröffentlicht, um konkrete Informationen über die deutsche Pflegeversicherung und ihre Anwendungspraxis in Japan zu vermitteln und zu vertiefen. Die Rezeption dieses Buches in der japanischen Gesellschaft war sehr positiv und so konnte ich 2001 als die erste Professorin im sozialwissenschaftlichen Gebiet an der Tsukuba Universität tätig werden. Nach der Emeritierung von Herrn Prof. von Maydell 2002 habe ich mehrere wissenschaftliche Veranstaltungen organisiert, um ihn nach Japan einzuladen; z. B. organisierte ich 2004 im Rahmen des Austauschprogramms von JSPS (Japan Society of Promotion of Science) ein Symposium über die Pflegeversicherung mit der Präfektur Tokyo[1] und ein weiteres Symposium über das Sozialrecht mit der japanischen juristischen Gesellschaft für die soziale Sicherung[2]. Aus Anlass des Jubiläums „Deutschland in Japan" organisierte ich mit ihm 2006[3] und 2008[4] jeweils ein großes Symposium über die Familienpolitik in Tokyo. Deshalb möchte ich hier den aktuellen Stand der Pflegeversicherung und ihre Bedeutung in der japanischen Gesellschaft kurz vorstellen.

B. Einführung und Änderung der Pflegeversicherung

Die Pflege alter Menschen galt in Japan lange Zeit als Aufgabe der Familie[5]. So regelte das Wohlfahrtsgesetz für die alten Menschen von 1963 (AWG) lediglich die Pflege für Arme und Alleinstehende – für sie gab es Heime[6]. Familien empfanden es als Schande, auf öffentliche Hilfe für pflegebedürftige Angehörige angewiesen zu sein, denn für Japaner ist das ein Ausdruck von Versagen und Kaltherzigkeit. Wenn Familien sich nicht in der Lage sahen, selbst die Pflege zu übernehmen, brachten sie ihre Verwandten deshalb eher in spezielle private Krankenhäuser als in die öffentlichen Pflegeheime. Seit den 1980er Jahren nahm die Zahl der alten Menschen zu und die Geburtenzahlen ab, so dass sich die Gesamtbevölkerung allmählich vermindert und der Anteil der über 65 Jahre alten Menschen an der Gesamtbevölkerung sich vergrößert.

---

1 Tokyo Präfektur Stiftung für Forschung über die alte Menschen und Förderung der Sozialwohlfahrt (Hrsg.), Die Umstellungszeit der Pflegeversicherung in Japan und Deutschland (Japanese), Tokyo 2005, 198 S.

2 Japan Association of Social Security Law, Globalization and Social Security Law, Journal of Social Security Law No. 20 (Japanese), 2005, pp. 99.

3 Motozawa/von Maydell (Hrsg.), Familienpolitik – im Vergleich zwischen Deutschland und Japan (Japanese), Shinzansha in Tokyo, 2007, 332 S.

4 Motozawa/von Maydell (Hrsg.), Familienpolitik II – in der Gesellschaft – (Japanese), Shinzansha in Tokyo, 2009, 281 S.

5 Ausführlicher zur Situation der Altenpflege vor der Einführung der Pflegeversicherung in Japan, s. Motozawa, Familiäre und sonstige Pflege der alten Menschen im japanischen Sozialrecht, ZfSH/SGB 1995, S. 169 ff.

6 Erst 1990 wurde eine Vorschrift über die häusliche Pflege in das AWG eingeführt.

Um die Belastung der Familien und der gesetzlichen Krankenversicherung zu verringern, baute Japan dann Ende der neunziger Jahre innerhalb kurzer Zeit die Infrastruktur für die häusliche Pflege durch die Koordinierung mit den Privatunternehmen aus. Zu diesem Zweck wurde eine Pflegeversicherung nach deutschem Vorbild geschaffen. Das Gesetz zur Pflegeversicherung (PVG) wurde am 17. Dezember 1997 verabschiedet und trat am 1. April 2000 in Kraft[7]. Nach diesem Gesetz muss die Finanzierung der Pflegeversicherung alle drei Jahre dem Bedarf der Leistungen angepasst und das Gesetz selbst alle fünf Jahre überprüft werden, um die Pflegeversicherung zu verbessern. Damit wurden bereits 2003, 2006, 2009, 2012, 2015 und 2018 die Beiträge erhöht und die Leistungen im Zusammenhang mit der Vergütung und der Qualitätssicherung verbessert. Außerdem wurde das Änderungsgesetz der Pflegeversicherung am 29. Juni 2005 erlassen und trat am 1. April 2006 in Kraft. Danach trat alle drei Jahre ein neues Änderungsgesetz in Kraft (2009, 2012, 2015 und 2018).

I. Ziel des Pflegeversicherungsgesetzes

Das Pflegeversicherungsgesetz zielt darauf, dass die körperlich oder/und geistig pflegebedürftigen älteren Menschen ihre Menschenwürde erhalten und entsprechend ihrer Fähigkeit ein selbständiges Leben führen können. Hierzu sind ihnen die notwendigen Leistungen für das Gesundheitswesen, die medizinische Behandlung und die Sozialdienste zu gewähren (§ 1 PVG). Also denkt die japanische Pflegeversicherung nur an die Hilfe- und Pflegebedürftigkeit der alten Menschen, grundsätzlich die über 65-Jährigen.

Zu diesem Zweck sollen die Leistungen der Pflegeversicherung zur Vorbeugung, Erleichterung und Vermeidung der Erschwerung der Pflegebedürftigkeit mit Berücksichtigung der medizinischen Mitwirkung beitragen; sie sollen nach der Auswahl der Pflegebedürftigen durch verschiedene Pflegeleistungen systematisch und wirksam erbracht werden; ihr Inhalt und Niveau sollen dazu beitragen, dass trotz Hilfebedarf der Pflegebedürftige ein möglichst selbständiges Leben zu Hause führen kann (§ 2 PVG).

II. Versicherungsverhältnis und Finanzierung

1. Versicherungsträger

Die Gemeinden sind verantwortlich für die Durchführung der Pflegeversicherung als Versicherungsträger (§ 3 Abs. 1 PVG). Der Staat ist verantwortlich für die notwendigen Maßnahmen für eine gute und problemlose Durchführung der Pflegeversicherung (§ 5 Abs. 1 PVG). Die Aufgaben der Präfekturen besteht darin, nötige Leitungen und Unterstützungen für die Gemeinden zu erbringen (§ 5 Abs. 2 PVG). Dazu werden die Eigenverant-

7 Ausführlicher zur eingeführten Pflegeversicherung, s. Motozawa, Probleme der japanischen Pflegeversicherung, ZIAS 1/2003, S. 79 ff.

wortung der Versicherten (§ 4 PVG) und die Zusammenarbeit der gesetzlichen Krankenversicherungen vorgeschrieben (§ 6 PVG).

2. Versicherungspflichtige Personen

Die Versicherungspflichtigen teilen sich in zwei Gruppen: Zur ersten Gruppe gehören die über 65-Jährigen, deren Wohnsitz in einer Gemeinde in Japan ist, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit, Geschlecht, Jahreseinkommen usw. (§ 9 Nr. 1 PVG). Die zweite Gruppe umfasst die Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherungen und deren unterhaltsberechtigten Ehegatten, die zwischen 40 und 64 Jahren sind (§ 9 Nr. 2 PVG). Die Zahl der Versicherten der ersten Gruppe war 2016 ca. 33,8 Millionen Personen, während sie 2000 nur ca. 22,4 Millionen war[8].

3. Finanzierungsstruktur der Pflegeversicherung

Die Gemeinden müssen sich mit 12,5 % an den Leistungskosten beteiligen. Weitere 12,5 % entfallen auf die Präfekturen, 25 % trägt der Staat (§§ 121, 123, 124 PVG). Die 5 % von 25 % der Staatsbeteiligung bleibt in der Anpassungskasse (§ 122 PVG). Die Höhe der Beiträge kann zwar dadurch niedrig gehalten werden, dass die Hälfte aller Leistungskosten durch Steuer finanziert werden. Aber deswegen werden Einnahme und Ausgabe der Pflegeversicherung nicht mehr überschaubar. Ferner bringt es eine Besonderheit des Steuersystems in die Finanzierung der Pflegeversicherung hinein.

Die verbleibenden 50 % aller Leistungskosten finanzieren die Versicherten mit ihren Beiträgen, wobei zwei Gruppen von Versicherungspflichtigen unterschieden werden (§ 129 PVG). Die Beiträge der ersten Gruppe sind abhängig davon, in welcher Gemeinde sie wohnen und wieviel Altersrente sie bekommen. Die Beiträge der zweiten Gruppe kassieren die Krankenversicherungsträger zusammen mit den Beiträgen der Krankenversicherung. Im jeden Fall sieht das Gesetz die Erhöhung der Beiträge alle drei Jahre vor (§ 129 Abs. 3 PVG). 2018–2020 werden die Versicherten in der ersten Gruppe 23 % der Leistungskosten tragen[9], während es 2000 jeweils 17 % waren. Dies erhöht die durchschnittlichen Beiträge der ersten Gruppe von 2911 Yen auf 5869 Yen[10].

4. Leistungsberechtigte Personen

Leistungen der Pflegeversicherung können die Hilfe- und Pflegebedürftigen erhalten. Pflegebedürftig im Sinne des Pflegeversicherungsgesetzes sind Personen, die wegen einer körperlichen und/oder seelischen Behinde-

8 National Federation of Health Insurance Societies (KEMPOREN), Health Insurance, Long-Term Care Insurance and Health Insurance Societies in Japan 2018 (Japanese and English), p. 103 Table 2.

9 KEMPOREN (Fn. 8), p. 101 Fig. 10.

10 Ministry of Health, Labor and Welfare (MHLW), Annual Report on Health and Welfare 1999–2000 (English), Tokyo, 2001, p. 340. [1000 Yen ≙ ca. 8,10 €, Anm. d. Red.].

rung für die Grundverrichtungen im täglichen Leben, z. B. Baden, Entleerung, Ernährung usw. auf Dauer, voraussichtlich für den nach der Verordnung von MHLW (Ministry of Health, Labor and Welfare) festgesetzten Zeitraum (grundsätzlich 6 Monate), ganz oder teilweise der Pflege bedürfen (§ 7 Abs. 1 PVG). Hilfebedürftig sind Personen, die wegen einer körperlichen und/oder seelischen Behinderung für die obengenannten Grundverrichtungen im täglichen Leben auf Dauer ganz oder teilweise der Hilfe bedürfen, und die nicht pflegebedürftig im obengenannten Sinne sind (§ 7 Abs. 2 PVG).

Die Zuordnung der Versicherten zu den obengenannten zwei Gruppen ist auch für die Leistungen bedeutsam. Die Versicherten der ersten Gruppe erhalten Leistungen bei Hilfe- und Pflegebedürftigkeit ohne Wartezeit (§ 7 Abs. 3 Nr. 1 PVG). Die Versicherten der zweiten Gruppe können dagegen nur dann Leistungen beanspruchen, wenn sie wegen der in der Regierungsverordnung genannten altersbedingten Erkrankungen, z. B. Krebs, Alzheimer, Parkinson usw. hilfe- und pflegebedürftig sind (§ 7 Abs. 3 Nr. 2 PVG)[11]. Nach dem Bericht des MHLW war 2016 die Zahl der Hilfe- und Pflegebedürftigen der ersten Gruppe knapp 6,1 Millionen Personen, während sie 2000 nur 2,2 Millionen war. Die Zahl der Hilfe- und Pflegebedürftigen der zweiten Gruppe war 2016 nur knapp 0,14 Millionen Personen (2000 ca. 0,1 Millionen)[12]. Die Summe der Zahl der zwei Gruppen (Stand: 31. März 2016) betrug Hilfestufe I 889 645 Personen, Hilfestufe II 858 446, Pflegestufe I 1 220 477, Pflegestufe II 1 080 481, Pflegestufe III 809 617, Pflegestufe IV 743 913, Pflegestufe V 601 344[13].

III. Leistungen der Pflegeversicherung

1. Inhalt der Leistungen

Leistungen für Pflegebedürftige bedeuten Kostendeckung des Pflegeplans, der häuslichen Pflegeleistungen, der auf den örtlichen Sozialraum ausgerichteten Dienstleistungen[14] und der stationären Leistungen, sowie Zuschüsse zum Hilfsmittelkauf und zum Wohnungsumbau (§ 40 PVG). Hilfebedürftige können auch sie von häuslichen Präventivleistungen, regionalverbundenen Präventivleistungen und allgemeinen Präventivleistungen[15] und Hilfeleistungen

11 Falls die Hilfe- und Pflegebedürftigkeit nicht altersbedingt ist, können die Hilfe- und Pflegebedürftigen der zweiten Gruppe keine Leistung aus der Pflegeversicherung, sondern eine Behindertenhilfe nach dem Gesetz zur Hilfe der Selbständigkeit der Behinderten erhalten (s. Motozawa, Behinderung und Familie in Japan; in von Maydell/Pitschas/Pörtner/Schulte (Hrsg.) Politik und Recht für Menschen mit Behinderungen in Europa und Asien, Nomos in Baden Baden, 2009, S. 408 ff.). Dieses Gesetz wurde 2005 erlassen und 2010 umfassend geändert. Seit 2013 heißt es das Gesetz zur Gesamthilfe für die Menschen mit Behinderung im Alltagsleben zu Hause und in der Gesellschaft.

12 KEMPOREN (Fn. 8) p. 111 Table 4.

13 KEMPOREN (Fn. 8) p. 111 Table 4.

14 Auf Englisch „Regionally Oriented Services". Diese Leistungen dürfen nur für Einwohner in einem kleinen Gebiet, wie dem Stadtteil, erbracht werden.

15 Als diese Leistungen werden z. B. Gymnastik für die Muskelverstärkung, Beratung zur angemessenen Aufnahme von Nahrung und Flüssigkeit, verschiedene Kulturprogramme zur Kommunikationsförderung usw. aufgezählt.

zum Alltagsleben auswählen. Beim Erhalt der Leistungen müssen die Hilfe- und Pflegebedürftigen außer dem Pflegeplan einen Eigenteil von 10–30 %[16] tragen. Direkte Geldleistungen[17] und Leistungen an die pflegende Angehörige[18] sind nicht vorgesehen[19].

Die Zahl der pflege- und hilfsbedürftigen Leistungsempfänger war im April 2016 bei den häuslichen Leistungen insgesamt 3,9 Millionen Personen, bei den auf den örtlichen Sozialraum ausgerichteten Dienstleistungen 0,7 Millionen und bei der stationären Leistungen 0,9 Millionen Menschen[20]. Die Summe der monatlichen Leistungskosten im April 2016 betrug je 362,6 Milliarden, 112,0 Milliarden und 233,6 Milliarden Yen[21].

2. Häusliche Leistungen

Pflegebedürftige können ihre angemessenen Leistungen aus den häuslichen Leistungen nach dem Pflegeplan auswählen. Dieser Pflegeplan soll der Situation und Umgebung der Pflegebedürftigen und ihrer Familienangehörigen nach der Beratung des Care-Managers[22] angepasst werden. Häusliche Leistungen für Pflegebedürftige umfassen ambulante Pflege und hauswirtschaftliche Versorgung, ambulante Badeversorgung, ambulante Krankenpflege, ambulante Rehabilitation, ärztliche und zahnärztliche Versorgung, Tagespflege, Tagesrehabilitation, Kurzzeitpflege, Kurzzeitrehabilitation und ärztliche Versorgung, Pflege und Versorgung für die Einwohner bestimmter Einrichtungen (Altenresidenz mit Pflege, Wohnung mit Pflege usw.), sowie Hilfsmittelleihe und Verkauf bestimmter Hilfsmittel (§ 8 Abs. 1 PVG).

Hilfebedürftige können sie aus den häuslichen Präventivleistungen nach Beratung des Care-Managers des für den örtlichen Sozialraum zuständigen

---

16 Der Eigenteil betrug grundsätzlich 10 % (PVG § 41 Abs. 1). Durch die Reform von 2014 wurde der Eigenteil auf 20 % erhöht, wenn die Hilfe- und Pflegebedürftigen höhere Einkommen haben (PVG § 49-2 Abs. 1), und für Personen mit den höchsten Einkommen wurde der Eigenanteil 2017 nochmals auf 30 % erhöht (PVG § 49-2 Abs. 2).

17 Ausführlicher zur Diskussion über die Geldleistungen bei der Einführung der Pflegeversicherung in Japan, s. Motozawa, a. a. O. (Fn. 7), S. 93-94.

18 Falls die schwere oder mittelschwerer Pflegebedürftige die Leistungen weniger als 10 Tage im letzten Jahr erhalten haben, können ihre pflegenden Angehörigen eine bestimmte regionale Geldleistung von ihrer Präfektur oder Gemeinde bekommen. Der staatliche Rechnungshof hat 71 000 Angehörige, die diese Geldleistung 2015–2016 erhalten haben, in 18 Präfekturen und 157 Gemeinden geprüft; die Summe betrug ca. 982 Millionen Yen. 65 000 Angehörige haben die oben genannten Voraussetzungen nicht erfüllt; die Summe der ihnen bezahlten Geldleistungen betrug ca. 890 Million Yen (vgl. Silberzeitung vom 26. Oktober 2018 (Japanese) S. 3).

19 Hausfrauen der Arbeitnehmer können auch dann eigene Grundaltersrenten ohne Beitragszahlung bekommen, wenn sie keine Familienlasten durch Kindererziehung oder Altenpflege getragen haben (s. Motozawa, Die Rentenversicherung in Japan, ZIAS 1988, S. 85 ff.).

20 Ministry of Health, Labor and Welfare (MHLW), Annual Report on Health and Welfare 2017–2018 Data Book (Japanese), p. 235 Table 3.

21 MHLW (Fn. 20) p. 235 Table 4. [100 Mrd. Yen ≙ ca. 810 Mio. €, Anm. de. Red.]

22 Der Hauptberuf der Care-Manager ist unterschiedlich, z. B. Krankenschwester, Sozialarbeiter, Arzt, Therapeut, Einrenker usw. Ihre Fähigkeit für das Care-Management ist auch unterschiedlich, weil sie keine Abschlussprüfung bestehen, sondern nur den Ausbildungskurs der Präfektur besuchen müssen. Damit wollte die Regierung in kurzer Zeit über eine große Menge an Care-Managern verfügen und nicht auf die Investitionen der Privatunternehmer warten.

Hilfezentrums, das die Präfektur oder Gemeinde bei der Reform 2005 für Menschen mit Behinderung und Alten Menschen gründen mussten, auswählen. Häusliche Leistungen für Hilfebedürftige umfassen ambulante präventive Badeversorgung, ambulante präventive Krankenpflege, ambulante präventive Rehabilitation, ärztliche und zahnärztliche Vorsorge, präventive Tagesrehabilitation, präventive Kurzzeitpflege, präventive Kurzzeitrehabilitation und ärztliche Vorsorge, präventive Pflege und Versorgung für die Einwohner bestimmter Einrichtungen (Altenheim, Altenresidenz und Wohnung mit Betreuung), sowie präventive Hilfsmittelleihe und Verkauf bestimmter Hilfsmittel zur Prävention (§ 8-2 Abs. 1 PVG).

Die Hilfe- und Pflegebedürftigen können die Kostendeckung der häuslichen Leistungen nur bis zu dem nach der Verordnung des MHLW begrenzten Betrag beanspruchen (§§ 43, 55 PVG). Dieser Obergrenzebetrag der häuslichen Pflegeleistungen (nicht inkl. Kurzzeitpflege und Kurzzeitrehabilitation) ist abhängig von örtlichen Bedingungen und liegt auf sieben Stufen nach der Einstufung (1 Einheit: 10–11,40 Yen; Hilfestufe I 5003 Einheiten/Monat; Hilfestufe II 10473; Pflegestufe I 16692; Pflegestufe II 19616; Pflegestufe III 26931; Pflegestufe IV 30806; Pflegestufe V 36065[23]).

Die Hälfte aller Kosten der häuslichen Leistungen für Hilfe- und Pflegebedürftige entfielen auf die Kosten der Tagespflege und Tagesrehabilitation im Dezember 2015; mehr als das Doppelte der Kosten der ambulanten Pflege und Versorgung[24]. Es bedeutet, dass Tagespflege und Tagesrehabilitation nicht nur für Hilfe- und Pflegebedürftige, sondern auch für ihre pflegenden Angehörigen sinnvoll sind; ähnlich wie die Rolle der Tagesstätte bei der Kindererziehung.

3. Auf den örtlichen Sozialraum ausgerichtete Dienstleistungen (Regionally Oriented Services)

Bei der Reform 2005 wurden fünf neue Dienstleistungen für Pflegebedürftige eingefügt, die kleine Einrichtungen in einem kleineren Sozialraum erbringen. Dazu gehören drei häusliche Leistungen und zwei stationäre Leistungen – neben der Versorgung zum gemeinsamen Leben der Menschen mit Demenz (Wohngemeinschaft, *Group-Home*), die bereits vor der Reform 2005 in die häusliche Pflege für Pflegebedürftige eingegliedert wurde, insgesamt handelt es sich um sechs Arten (§ 8 Abs. 14 PVG). Häusliche Leistungen sind die kleinen Einrichtungen für die ambulante Nachtpflege, für die Tagespflege für Menschen mit Demenz und für die verschiedenen Formen häuslicher Pflege (inkl. ambulante Pflege, Tagespflege und Kurzzeitpflege). Als stationäre Leistungen werden die Versorgung zum gemeinsamen Leben der Menschen mit Demenz, kleine Altenwohnungen mit Pflege und verschie-

23 MHLW (Fn. 20) p. 232.
24 MHLW (Fn. 20) p. 236 Table 5.

denen Funktionen sowie kleine Altenpflegeheime gezählt[25]. Allerdings sind die Einrichtungen einfach zu klein, um als selbständige Betreiber aufzutreten und sich selbst zu unterhalten. Deshalb können sie normalerweise nur als Zweigstelle der Einrichtungen der Pflegeversicherung gegründet werden, weil sie beiderseits ihre Personalkräfte flexibel einplanen dürfen und damit Personalkosten der Fachkräfte sparen können. Trotzdem brauchen sie noch finanzielle Unterstützung mit der eigenen Zusatzvergütung der Städte und Gemeinden. Bei der Reform 2012 wurden zwei neue Leistungstypen eingefügt; es handelt sich um die Möglichkeit, in bestimmten kritischen Situationen neben der Krankenpflege statt der normalen häusliche Pflege einen Vertrag über eine ambulante 24-Stunden-Betreuung zu wählen sowie Kombinationsleistungen (kleine Altenpflegewohnung mit Krankenpflege). Seit 2016 umfassen sie die auf den örtlichen Sozialraum ausgerichtete Tagespflege für allgemeine Pflegebedürftige[26].

Hilfebedürftige können ihre angemessenen Leistungen aus drei Präventivleistungen nach der Beratung des Care-Managers des für den örtlichen Sozialraum zuständigen Hilfezentrums auswählen (§ 8-2 Abs. 12 PVG). Auf den örtlichen Sozialraum ausgerichtete Präventivleistungen umfassen präventive Tagespflege und Wohngemeinschaft (Group-Home) für Menschen mit Demenz sowie präventive Altenwohnungen mit verschiedenen Funktionen. Bei der Reform 2015 wurden die neuen Präventivleistungen und Hilfe zum Alltagsleben für alte Menschen allgemein als kommunal organisierte Tätigkeiten eingeführt; sie umfassen ambulante Tätigkeit, Tagestätigkeit, Hilfe zum Alltagsleben und Präventivtätigkeit (§ 115-45 Abs. 1 Nr. 1 PVG).

4. Stationäre Leistungen

Stationäre Leistungen umfassen Pflegeplan[27], Betreuung, Pflege und Krankenpflege, Therapie usw. (§ 48 PVG). Pflegebedürftige können sie nur in drei verschiedenen Einrichtungen der Pflegeversicherung erhalten: die Pflegeeinrichtung für Altenwohlfahrt[28], die Pflegeeinrichtung für Altengesundheits-

25 Die Summe aller Kosten dieser drei Leistungen betrug 82 659 Milliaden Yen im Dezember 2015, während die aller auf den örtlichen Sozialraum ausgerichteten Leistungen 94 847 Milliarden betrug (vgl. MHLW (Fn. 20) p. 236 Table 5.

26 2016 gab es 23 134 Tagespflegestätten und 20 265 auf den örtlichen Sozialraum ausgerichtete Tagespflegestätten, während die Zahl der Tagespflegestätten 2015 43 440 betrug (vgl. MHLW (Fn. 20) p. 237 Table 7).

27 Den Pflegeplan stellt der Care-Manager, der Angestellter jeder stationären Einrichtung ist, für jeden Pflegebedürftigen auf. Nach diesem Plan erbringt jede Einrichtung jedem Pflegebedürftigen ihre Leistungen.

28 Sie haben zur Voraussetzung, dass sie ein Altenpflegeheim gemäß dem AWG § 20-5 sind, dass sie die nach der MHLW-Verordnung geforderte Zahl der Care-Manager und andere Beschäftigte haben, und dass sie nach der MHLW-Richtlinie über die Ausstattung und Betrieb voraussichtlich ordnungsgemäß betrieben werden können (§§ 86 ff. PVG). Seit 2018 dürfen sie grundsätzlich nur Personen mit Pflege III–V akzeptieren.

wesen[29] und die medizinische Einrichtung zur Pflege und Behandlung[30]. Pflegebedürftige müssen einen Eigenteil von 10–30 % der stationären Leistungen und die Hotelkosten[31] selbst tragen.

Nach dem MHLW-Bericht war im April 2016 die Zahl der ersten Einrichtungen 7695, die der zweiten 4243, die der dritten 1226, während sie 2001 4740, 2826 und 3193 waren[32]. Die Leistungshöhe hängt von der Art der Einrichtungen, der Zimmerkonstruktion und der Pflegestufe ab. Der Grundbetrag der stationären Leistungen in der ersten Einrichtung 547–894 Einheiten/Tag, in der zweiten 695–1213, in der dritten 641–1251. Die Summe aller Kosten der ersten Einrichtung betrug im Dezember 2015 136 332 Milliarden, der zweiten 101 710 Milliarden und der dritten 22 721 Milliarden Yen.

C. Schlussbemerkung

Die Struktur der Pflegeversicherung ist durch mehrere Reformen sehr kompliziert geworden. Die Art und den Inhalt der verschiedenen Leistungen können Hilfe- und Pflegebedürftige, pflegende Angehörige und auch Care-Manager nicht mehr richtig verstehen. Care-Manager müssen noch am Ende jedes Monates die Vergütung für jeden Hilfe- und Pflegebedürftigen berechnen. Care-Manager möchten deshalb grundsätzlich die festgelegten Leistungen miteinander kombinieren und bestimmte Leistungserbringer empfehlen. Anderseits spielen Care-Manager eine wichtige Rolle, um die Misshandlung von Hilfe- und Pflegebedürftigen in der Familie zu finden[33].

Die Tendenz der Leistungsauswahl durch die Betroffenen zeigt einerseits, dass die Tagespflege und Tagesrehabilitation für sie hilfreich und sinnvoll sind. Andererseits gibt es großen Bedarf an stationären Leistungen. Denn Hilfe- und Pflegebedürftige benutzen für die häuslichen Leistungen vor allem die Pflege und Versorgung für die Einwohner der bestimmten Einrichtungen (Altenresidenz mit Pflege, Wohnung mit Pflege usw.) sowie im Fall der auf den Sozialraum ausgerichteten Leistungen drei kleine Einrichtungen, besonders Wohngemeinschaften (Group-Home).

---

29 Sie haben zur Voraussetzung, dass sie die nach der MHLW-Verordnung geforderte Zahl an Ärzten, Krankenschwestern, Care-Managern und der anderen Beschäftigten haben, dass sie Behandlungszimmer, Sprechzimmer, Therapiezimmer, Gemeinschaftszimmer usw. haben, um die Rückkehr der hilfe- und pflegebedürftigen Menschen nach Hause zu erreichen (§§ 94 ff. PVG).

30 Sie war zuerst das spezielle Krankenhaus für alte Menschen, die Abteilung der Pflegebetten im Krankenhaus usw., aber sie müssen durch die Reform 2017 bis Ende März 2024 abgeschafft werden. Anstattdessen werden die medizinische Einrichtungen für alte Menschen, die langfristig medizinische Behandlung, Krankenpflege, Rehabilitation, Pflege und Betreuung brauchen, seit April 2018 eingeführt (§§ 107 ff. PVG).

31 Stationäre Leistungen umfassten ursprünglich auch Hotelkosten (Unterkunft und Verpflegung), aber seit 2005 nicht mehr.

32 MHLW (Fn. 20) p. 237 Table 7.

33 Motozawa, Töchterpflegepotential als schwindende Ressource in der japanischen Gesellschaft, Häußler/Küster/Ohrem/Wagenknecht (Hrsg.), Care und die Wissenschaft vom Haushalt, Springer VS in Wiesbaden 2018, S. 237–238.

Wir müssen noch viel überlegen, wie wir die Pflegeversicherung in Zukunft finanziell weiter erhalten können. Dabei dürfen wir nicht vergessen, dass die Leistungen für Hilfe- und Pflegebedürftige sowie pflegende Angehörige viel einfacher und übersichtlicher sein sollten. Als eine Möglichkeit bleibt die Einführung einer Geldleistung wie in Deutschland.

Angelika Nußberger, Straßburg

Von Versailles über Genf nach Straßburg – Sozialstandards als Menschenrechtsgarantien

Inhaltsübersicht

A. Sozialstandards als Beiprodukt geschichtlicher Umbrüche im 20. Jahrhundert
B. Kriegsende und Neubeginn in Versailles
C. Der Genfer Ansatzpunkt – die Würde der Arbeit
D. Der Straßburger Ansatzpunkt – die Würde des Menschen
E. Bedeutung der Sozialstandards für die Gegenwart
   I. Die Sozialstandards der IAO
   II. Die Sozialstandards des Europarats
   III. Die soziale Dimension der Rechte der EMRK
F. Der Status quo völkerrechtlicher Sozialstandards

A. Sozialstandards als Beiprodukt geschichtlicher Umbrüche im 20. Jahrhundert

Im Jahr 2018 wurde mit einer Vielzahl von Feiern des einhundert Jahre zurückliegenden Endes des Ersten Weltkriegs gedacht. Damals, im Jahr 1918, hatte man die sozialen Ungleichheiten und Verwerfungen als einen der wesentlichen Gründe für den Ausbruch des Krieges interpretiert und eine normativ abgesicherte internationale Wirtschafts- und Sozialordnung als einen möglichen Weg zur Verhinderung weiterer Kriege gesehen. Die Visionen wurden im Versailler Vertrag mit der Gründung der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) institutionalisiert. Aber, auch wenn es die IAO bis in die Gegenwart gibt, haben sich die nach Kriegsende mit ihrer Gründung verbundenen Hoffnungen auf Frieden doch nicht verwirklicht. Nur knapp mehr als zwei Jahrzehnte nach dem Ersten Weltkrieg brach der Zweite Weltkrieg aus. Die Antwort nach 1945 war eine andere; man bemühte sich, allgemeine staatenübergreifende Menschenrechtsstandards festzulegen, wobei die Kodifikationsbestrebungen auf universeller und auf europäischer Ebene nahezu parallel verliefen. Sozialstandards wurden dabei zwar zum Teil miteinbezogen, zum Teil aber auch von vornherein ausgeklammert. Nichtsdestotrotz – fast scheint es eine Ironie der Geschichte zu sein – führte die extensive Auslegung der nach dem Zweiten Weltkrieg kodifizierten bürgerlichen und politischen Rechte in Europa zur Garantie eines nicht unbeachtlichen sozialen Schutzniveaus, das im Ergebnis in mancher Hinsicht sogar höher ist als das, was man mit den originär als Sozialstandards gedachten Normen der IAO erreichen konnte.

Internationale Sozialstandards standen im Zentrum der Forschungstätigkeit von Bernd von Maydell.[1] Er war über viele Jahre Mitglied im Sachverstän-

1 Vgl. z. B. Bernd von Maydell, Das Sozialrecht in der Normensetzung der IAO, in: Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Deutscher Gewerkschaftsbund (Hg.), Weltfriede durch soziale Gerechtigkeit. 75 Jahre Internationale Arbeitsorganisation,

digenausschuss der IAO.[2] Auch die Ausdifferenzierung von Sozialstandards auf europäischer Ebene hat er mit großem Interesse verfolgt. Vor diesem Hintergrund ist das Thema dieses Beitrags mit Bedacht gewählt. Die folgenden Zeilen sind seinem Gedächtnis gewidmet.

B. Kriegsende und Neubeginn in Versailles

Das Ende der weltweiten militärischen Auseinandersetzungen im Ersten Weltkrieg machte es erforderlich, eine Neuordnung der Welt gewissermaßen auf dem Reißbrett zu entwerfen. Für wie wichtig man in Versailles gerechte Arbeitsbedingungen und eine adäquate Sozialordnung für den Weltfrieden hielt, wird mit pathetischen Worten in Teil XIII des Versailler Vertrags[3] zum Ausdruck gebracht:

„Da der Völkerbund die Begründung des Weltfriedens zum Ziele hat und ein solcher Friede nur auf dem Boden der sozialen Gerechtigkeit aufgebaut werden kann, da ferner Arbeitsbedingungen bestehen, die für eine große Anzahl von Menschen mit so viel Ungerechtigkeit, Elend und Entbehrungen verbunden sind, daß eine den Weltfrieden – und die Welteintracht – gefährliche Unzufriedenheit entsteht, und da eine Verbesserung dieser Bedingungen dringend erforderlich ist … haben die Hohen vertragschließenden Teile, geleitet sowohl von den Gefühlen der Gerechtigkeit und Menschlichkeit als auch von dem Wunsche, einen dauernden Weltfrieden zu sichern, folgendes vereinbart: …“[4]

Dabei wurden sogar die Bereiche, in denen einheitliche Standards erforderlich sind – z. B. Arbeitszeit, Schutz vor Arbeitslosigkeit, Schutz vor Arbeitsunfällen – explizit benannt. Prämisse für den Wunsch nach völkervertraglichen Bindungen im sozialen Bereich war dabei die Überzeugung, dass die „Nichtannahme einer wirklich menschlichen Arbeitsordnung durch irgendeine Regierung die Bemühungen der anderen, auf die Verbesserung des Loses der Arbeiter in ihrem eigenen Lande bedachten Nationen hemm[en]“ würde, dass also bei diesen Fragen Konkurrenz soweit möglich auszuschließen sei.[5] In den der Präambel folgenden Bestimmungen des Versailler Ver-

---

Baden-Baden 1994, S. 47–54; ders., Perspectives on the future of social security, ILR 1994, S. 501–510; ders., 75 Jahre Internationale Arbeitsorganisation, Soziale Sicherheit 1994, S. 180–186; ders., The Concept of Political Strikes in Germany and in International Labour Law, in: J. R. Bellace, M. G. Rood (Hg.), Labour Law at the Crossroads: Changing Employment Relationships. Studies in Honour of Benjamin Aaron, The Hague u. a. 1997, S. 107–119.

2 Der volle Name lautet: Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations of the International Labour Organisation.

3 Anzumerken ist, dass die Regelungen zur „Arbeit“ Bestandteil aller fünf Pariser Vorortverträge (Versailler Vertrag, Staatsvertrag von St. Germain, Friedensvertrag von Trianon, Friedensvertrag von Neuilly, Friedensvertrag von Sevres) von 1919 und 1920 sind.

4 Friedensvertrag von Versailles vom 28. Juni 1919, Teil XIII. Arbeit. Abschnitt I. Organisation der Arbeit; vgl. dazu Eckardt, Paul, Ewald Kuttig, Das internationale Arbeitsrecht im Friedensvertrage. Kommentar zum Teil 13 des Friedensvertrags von Versailles, Berlin 1920.

5 Ebenda.

trags (Art. 387 ff.) wurde die Organisationsverfassung der neu zu schaffenden IAO in allen Details geregelt.

Das Pathos im Vertrag kann allerdings nicht verdecken, dass der große Wurf zugleich auch konkrete politische Interessen bediente. Der Versailler Friedensvertrag wurde im Schatten der Russischen Revolution und der ihr folgenden gesamtgesellschaftlichen Verwerfungen ausgehandelt. Die Sorge, der Aufruhr der Arbeiterschaft könne auch in den siegreichen Nationen Anhänger finden, war nicht nur theoretischer Natur.[6] Ob diese bedrohliche Hintergrundmusik conditio sine qua non für die starke Betonung der Sozialstandards in der Nachkriegsordnung war, mag dahingestellt sein. Zweifellos aber bestärkte das gesamtgesellschaftliche Klima die Kompromissfindung in diesem Bereich.

C. Der Genfer Ansatzpunkt – die Würde der Arbeit

Die Gründung einer der Normsetzung im sozialen Bereich gewidmeten Internationalen Organisation war in vielerlei Hinsicht ein Schritt in ein völkerrechtlich noch völlig unbestelltes Terrain. Nicht neu war zwar die Einsicht, dass ruinöse Konkurrenz bei den Arbeitsbedingungen und Sozialstandards auf internationaler Ebene bekämpft werden müsse, da entsprechende Forderungen weit ins 19. Jahrhundert zurückreichten.[7] Wohl aber war es gewagt, um dieser Einsicht willen den staatlichen Souveränitätspanzer aufzubrechen und einen quasi-internationalen Gesetzgeber, wenn auch nur mit beschränkten Funktionen, zu schaffen. Innovativ war dabei insbesondere, mit den Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden neben den Regierungsvertretern gesellschaftliche Kräfte in die Normsetzung einzubinden. Die von der Internationalen Arbeitskonferenz mit demokratischer Mehrheit angenommenen Konventionen und Empfehlungen galten zwar nicht unmittelbar in den Mitgliedsstaaten, sollten aber den jeweiligen nationalen Gesetzgebungsorganen vorgelegt und von diesen verabschiedet werden. Zudem wurde in den späten 20er Jahren mit einem Sachverständigenkomitee eine quasijustizielle Institution zur Überprüfung der Einhaltung der nach der Ratifikation für die jeweiligen Staaten verbindlichen Konventionen geschaffen. Freilich war man auch hier vorsichtig. So sollten die Experten gerade keine Richter und damit nicht zu einer verbindlichen Auslegung berufen sein.[8] Wie eine Kontrolle der Einhaltung von Normen aber ohne deren Auslegung möglich sein sollte, wurde nicht beantwortet. Im Kern war damit aber dennoch, wenn auch in

6 Vgl. zum Hintergrund Margaret Macmillan, Peacemakers. Six months that changed the world, 2001, S. 104.

7 Vgl. Stephan Bauer, Die geschichtlichen Motive des internationalen Arbeiterschutzes, Vierteljahrschrift für Social- und Wirtschaftsgeschichte 1903, S. 79–104; Malcolm Delevingne, The Pre-War History of International Labor Legislation, in: James T. Shotwell, The Origins of the International Labor Organization, Rahway 1934, S. 19–54; Angelika Nußberger, Sozialstandards im Völkerrecht. Eine Studie zu Entwicklung und Bedeutung der Normsetzung der Vereinten Nationen, der Internationalen Arbeitsorganisation und des Europarats zu Fragen des Sozialschutzes, Berlin 2005 Berlin, S. 17 ff.

8 Wilfried Jenks, The Interpretation of International Labour Conventions by the International Labour Office, BYIL 1939, S. 132–141.

abgeschwächter Form, ein auf Gewaltenteilung basierendes Normsetzungsmodell für die internationale Ebene geschaffen worden.

Auch inhaltlich war der Ansatz innovativ, wenn auch noch nicht radikal auf individuelle Rechte zugeschnitten wie die nach dem Zweiten Weltkrieg entwickelten Schutzmechanismen. Als Folie bei der Standardsetzung erkennbar ist vielmehr das Denken in Klassen und Gruppen der arbeitenden Bevölkerung. So adressieren die Normkomplexe zum Arbeits- und Sozialrecht die Industrie-, die Landarbeiter und die Seeleute getrennt.[9] Zudem differenzieren sie nach bestimmten Industriezweigen (die zum Teil nicht mehr relevant sind[10]) wie etwa Bergbau und Textilindustrie.[11] Geschützt werden so nicht alle und auch nicht die Einzelnen als Individuen. Erfasst werden soll vielmehr ein Prozentsatz der Bevölkerung, der sich über besondere Kriterien bestimmen lässt.

Damit atmen die frühen, in den 20er und 30er Jahren ausgearbeiteten Konventionen deutlich den Geist des 19. Jahrhunderts. Vormodern sind sie aber auch im Übrigen in vielerlei Hinsicht. So spiegelt sich die in dieser Zeit im Völkerrecht noch dominierende Unterscheidung zwischen „zivilisierten" und „nicht-zivilisierten" Völkern[12] auch in bestimmten Sonderregelungen zu Kolonien, wie etwa in der grundlegenden Konvention zum Verbot der Zwangsarbeit, deren Abschaffung in den 20er Jahren nicht überall und sofort für möglich gehalten wurde.[13] Auch wird keine echte Gleichberechtigung von Männern und Frauen garantiert; vielmehr sind die entsprechenden Regelungen von dem Gedanken inspiriert, Frauen in besonderer Weise – auch gegen ihren Willen – zu schützen, etwa mit einem Verbot der Nachtarbeit[14] oder der Arbeit unter Tage.[15] Die daraus resultierenden Nachteile für Frauen auf dem Arbeitsmarkt werden ignoriert. Auch gleicher Lohn für gleiche Arbeit ist noch kein sozialpolitisches Ziel.

Allerdings wäre es ahistorisch, die frühen Sozialstandards der IAO an den Maßstäben des 21. Jahrhunderts zu messen. Besonders in den 20er und 30er Jahren wurden die Leistungen als pionierhaft angesehen und auch in der Wissenschaft umfassend gefeiert. Im Übrigen ist der, allerdings erst 1946 kodifizierte, von Anfang an aber präsente Grundgedanke, dass Arbeit keine Ware sei, auch in der Gegenwart noch von großer Aktualität.

---

9 Vgl. z. B. C005 – Minimum Age (Industry) Convention, 1919 (No. 5) vs. C007 – Minimum Age (Sea) Convention, 1920 (No. 7) vs. C010 – Minimum Age (Agriculture) Convention, 1921 (No. 10).

10 Z. B. C015 – Minimum Age (Trimmers and Stokers) Convention, 1921 (No. 15) – bezogen auf die Gruppe der Heizer und Fräser.

11 Vgl. z. B. C031 – Hours of Work (Coal Mines) Convention, 1931 (No. 31); C046 – Hours of Work (Coal Mines) Convention (Revised), 1935 (No. 46); C061 – Reduction of Hours of Work (Textiles) Convention, 1937 (No. 61).

12 Vgl. „General principles of law recognized by civilized nations" (Art. 38 Abs. 1 Statute of the International Court of Justice); s. zu der Unterscheidung James Sloan, Civilized Nations, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law; Martti Koskenniemi, The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law, S. 127 ff.

13 Vgl. die Übergangsbestimmungen Art. 1, para. 2, 3 sowie Art. 3 bis 24 von Konvention 29 – in dem Protokoll zu der Konvention aus dem Jahr 2014 werden diese Bestimmungen für nicht mehr anwendbar erklärt.

14 Vgl. C004 – Night Work (Women) Convention 1919 (No. 4); C041 – Night Work (Women) Convention (Revised), 1934 (No. 41).

15 Vgl. CO45 – Underground Work (Women) Convention 1935 (No. 45).

D. Der Straßburger Ansatzpunkt – die Würde des Menschen

Nichtsdestotrotz ist evident, dass nach dem Zweiten Weltkrieg ein neues Kapitel aufgeschlagen werden musste. Wieder galt es eine Nachkriegsordnung auf dem Reißbrett zu entwerfen, diesmal mit Blick auf die Erfahrung des Scheiterns der nach dem Ersten Weltkrieg entwickelten Modelle. Auffällig ist, dass die soziale Frage nunmehr sehr in den Hintergrund gedrängt, wenn auch nicht völlig beiseite geschoben wurde. Immerhin figuriert in den „Freiheiten" der berühmten Atlantikcharta auch „freedom of want". Auch tastet man die IAO nicht an; anders als der Völkerbund wird sie nicht abgewickelt, sondern weiterentwickelt. Mit der „Declaration of Philadelphia" erhält sie sogar neuen Schwung. Viel wichtiger erscheint aber doch die Standardsetzung im Bereich der allgemeinen Menschenrechte, wobei die Menschenwürde zum zentralen Bezugspunkt wird. Das als kulturübergreifend gedachte Erbe wird in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte zusammengefasst. Nun geht es nicht mehr um den Industrie- und Landarbeiter und sonstige schutzbedürftige Gruppen, sondern vielmehr um den Menschen an sich.

War beim Ersten Weltkrieg die Russische Revolution noch ein Gespenst im Hintergrund gewesen, so hatte sich die darin angelegte Zweiteilung der Welt in den kommunistischen Block einerseits und die kapitalistischen oder freien – je nach Sichtweise – Länder andererseits mittlerweile verfestigt. Dies hatte auch eine intensive Auseinandersetzung über die Philosophie der Menschenrechte und insbesondere die Bedeutung von Sozialstandards zur Folge. Aus sowjetischer Sicht war materiellen Rechten wie dem Recht auf Arbeit, dem Recht auf Urlaub und Erholung der Vorrang gegenüber dem Recht auf Meinungs- und Versammlungsfreiheit einzuräumen. Auch wenn sich in der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte noch ein allgemeiner Rahmen bestimmen ließ, dem die Staaten des Ostblocks zwar nicht zustimmten, den sie aber auch nicht explizit ablehnten,[16] so war es doch in der Folge nicht mehr unmittelbar möglich, die darin enthaltenen Rechte auszudifferenzieren und in verbindlichen Verträgen zu kodifizieren; diese Arbeit wurde erst Jahrzehnte später mit dem Inkrafttreten des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte und des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte im Jahr 1976 erfolgreich abgeschlossen.

Auf europäischer Ebene aber wurden mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und der Europäischen Sozialcharta (ESC) entsprechende verbindliche Verträge geschaffen. Darin werden – anders als bei der IAO – Jedermannsrechte festgeschrieben, die auf der Würde des Einzelnen aufbauen und jedem Menschen in gleicher Weise zuerkannt werden.[17]

---

16 Die Allgemeine Menschenrechtserklärung wurde ohne Gegenstimme, allerdings mit acht Enthaltungen (Sowjetunion, der Ukraine, Weißrussland, Polen, der ČSSR, Jugoslawien, Saudi-Arabien und Südafrika) angenommen.

17 Die Würde des Menschen wird in der EMRK – anders als in der Allgemeinen Menschenrechtserklärung – nicht explizit genannt. Dennoch liegt sie nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte allen Einzelgarantien zugrunde: „The word ‚dignity' appears in many international and regional texts and instruments (…). Although the Convention does not mention that concept – …– the

E. Bedeutung der Sozialstandards für die Gegenwart

Blickt man auf die mit diesen Kodifizierungen eingeleiteten Entwicklungen aus der Perspektive des Jahres 2018 zurück, so geben sie aber zum Staunen Anlass. Denn letztlich waren die in der EMRK kodifizierten so genannten bürgerlichen und politischen Rechte der Motor für die Entwicklung länderübergreifender Sozialstandards. Alle weiteren Systeme funktionieren zwar noch, spielen jedoch nur eine untergeordnete Rolle.

I. Die Sozialstandards der IAO

Dies gilt zunächst einmal für die IAO, die mit Blick auf ihre Normsetzungstätigkeit mehr aufgrund ihrer Quantität als aufgrund ihrer Qualität in Erscheinung tritt. Dies hat eine Reihe von Gründen.

Zum einen – und dies ist uneingeschränkt als positiv zu würdigen – hat es die IAO geschafft, alle Länder der Erde als Mitgliedsstaaten zu gewinnen. Dennoch aber beginnen damit auch gleich schon die Probleme. Denn will man gemeinsame Sozialstandards für entwickelte und Entwicklungsländer, für postindustrielle Dienstleistungs- und Agrargesellschaften, für Staaten in den verschiedenen Kontinenten definieren, so versucht man einen Spagat, der realistisch kaum zu schaffen ist; entweder sind die Standards bedeutungslos, weil sie unerreichbare Ziele setzen, oder aber sie sind bedeutungslos, weil sie festschreiben, was längst schon übertroffen wird.

Auch ein zweites Charakteristikum der Normen der IAO ist zweischneidig. Die IAO ist einhundert Jahre alt – dies ist ein Zeichen großer Beständigkeit. Dies bedeutet aber auch, dass viele der in den frühen Jahre der IAO ausgearbeiteten Normen von Faktoren geprägt sind, die sich verändert haben; die Normen sind daher nicht mehr zeitgemäß. Nichtsdestotrotz ist es schwierig, diese Normen, jedenfalls wenn es sich um Konventionen und damit um völkerrechtliche Verträge handelt, „loszuwerden"; sind sie ratifiziert und damit bindendes Recht in nationalen Rechtssystemen, lassen sie sich nicht einfach auf internationaler Ebene aufheben. Daher hat man die Normen in verschiedene Kategorien untergliedert und als „up-to-date", „interim status"„shelved", „to be revised" und „outdated" eingestuft. Die (noch) aktuellen Normen werden damit unterschieden von denjenigen, bei denen den Staaten die Kündigung nahegelegt wird. Einzelne, von allen Staaten gekündigte Konventionen hat die Internationale Arbeitskonferenz bereits aufgehoben; sie werden im Register als „withdrawn" markiert.[18] Die veralteten Normen können nicht mehr ratifiziert werden und unterliegen auch nicht mehr der Überprüfung durch das Sachverständigenkomitee.

Court has emphasised that respect for human dignity forms part of the very essence of the Convention (…), alongside human freedom (…)". (EGMR, Urteil vom 28.09.2015 (GK) Bouyid v. Belgium, Beschwerde Nr. 23380/09, para. 89).

18 Vgl. den Überblick https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12030:::NO.

Ein weiteres Problem der groß angelegten Normsetzungsmaschinerie der IAO ist, dass sie im Laufe der Jahre eine Routine entwickelt hat, die zum Selbstzweck wurde und nicht dafür geeignet war, auf aktuelle Probleme adäquat zu reagieren. So mussten die jeweils relevanten Themen immer Jahre im Voraus festgelegt werden; damit war das System inflexibel. Viele der neu ausgearbeiteten Normen fanden zwar eine Mehrheit bei der Abstimmung in der Internationalen Arbeitskonferenz, wurden dennoch in der Folge von nur sehr wenigen Staaten ratifiziert, so dass sie letztlich „toter Buchstabe" blieben.

Erst in den letzten Jahren hat sich die Politik der IAO geändert, so dass man zunehmend von der Fließbandproduktion von Normen Abstand genommen hat und dazu übergegangen ist, den Normenbestand zu konsolidieren. In diesem Kontext werden Protokolle zu älteren Konventionen verabschiedet und diese damit an neue Erfordernisse angepasst. [19] Oder es wird, wie etwa bei der Maritime Convention,[20] eine Vielzahl von Einzelregelungen in einer neuen und umfassenden Konvention zusammengefasst.[21] Außerdem versucht man dem Quantität-Qualitäts-Problem damit zu begegnen, dass man sich auf die Durchsetzung der acht als „fundamental" charakterisierten Konventionen zu den Themen Vereinigungsfreiheit, Zwangsarbeit, Kinderarbeit und Diskriminierung konzentriert.[22]

Dennoch bleibt das Instrumentarium schwerfällig. Der Schnelllebigkeit des digitalen Zeitalters mit seinen geänderten Anforderungen im Arbeitsleben wird es kaum gerecht. Die Bedeutung der Standards ist für die fünf Weltregionen sehr unterschiedlich. Allgemeine Aufmerksamkeit finden in der Regel vor allem von der IAO veröffentlichte statistische Daten zu weltweiten Problemen wie Kinder- und Zwangsarbeit. Die sozialpolitische Musik, geht es um Antworten auf aktuelle und drängende Fragen, spielt aber – zumindest in Europa – anderswo.

II. Die Sozialstandards des Europarats

Der Europarat hat Sozialstandards in ihrer Bedeutung nie vernachlässigt, ihnen dennoch aber keine Priorität zuerkannt. Bei der Ausarbeitung der EMRK wurde diskutiert, sie mit aufzunehmen. Allerdings wurde im Ergebnis mit Ausnahme von Art. 4 EMRK (Verbot der Zwangsarbeit) und Art. 11 Abs. 3 (Vereinigungsfreiheit), davon abgesehen.

---

19 P029 – Protocol of 2014 to the Forced Labour Convention, 1930, P081 – Protocol of 1995 to the Labour Inspection Convention, 1947, P089 – Protocol of 1990 to the Night Work (Women) Convention (Revised), 1948, P110 – Protocol of 1982 to the Plantations Convention, 1958, P147 – Protocol of 1996 to the Merchant Shipping (Minimum Standards) Convention, 1976, P155 – Protocol of 2002 to the Occupational Safety and Health Convention, 1981.

20 MLC, 2006 – Maritime Labour Convention, 2006 (MLC, 2006).

21 Vgl. z. B. das Programm der Internationalen Arbeitskonferenz von 2018, bei der es nicht um die Verabschiedung neuer Konventionen ging, sondern die erst 2006 verabschiedete Maritime Convention geändert und neun Konventionen aufgehoben bzw. zurückgezogen wurden. Diesen Ansatz spiegeln auch die Tagesordnungen für die für 2019 und 2020 geplanten Tagungen wieder.

22 Vgl. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:10011:7207046053060::::P10011_DISPLAY_BY:2.

Die in der Europäischen Sozialcharta normierten Rechte entsprechen den klassischen Postulaten in diesem Bereich und greifen die Themen auf, die sich auch in den Konventionen der IAO und der universellen Menschenrechtsverträge, insbesondere im Internationalen Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, finden. Allerdings besteht Konsens darüber, dass die Europäische Sozialcharta, auch in ihrer 1998 revidierten Form, ein Instrument „ohne Biss" ist. Grund dafür ist, dass die Überwachung der Einhaltung der Normen nicht in den Händen eines Gerichts, sondern lediglich eines Sachverständigenkomitees liegt, das keine bindenden Entscheidungen treffen kann. Zudem müssen die Staaten nicht alle Bestimmungen der Verträge annehmen, sondern können à la carte auswählen.[23] Nach dem Wortlaut sind die Bestimmungen auf besonders schutzbedürftige Gruppen wie Ausländer aus Nichtvertragsstaaten nicht anwendbar.[24] Mit dem Zusatzprotokoll zu Kollektivbeschwerden hat man versucht, Abhilfe zu schaffen.[25] Allerdings sind auch hier die Entscheidungen nicht bindend. Es scheint, dass sich die Anwendungspraxis in mehrfacher Hinsicht weit vom Wortlaut der Bestimmungen entfernt hat.[26] Nachdem zu Beginn ein kleiner Teil der Mitgliedsstaaten das Beschwerdeprotokoll ratifiziert hatte, waren in der Folge kaum weitere Staaten bereit, sich diesem Instrument zu unterwerfen.[27] Zu einzelnen Fragen kommt das Sachverständigenkomitee zu einer den Urteilen des EGMR diametral entgegengesetzten Meinung.[28] Auch dies ist ein Faktor, der die Durchsetzungsmöglichkeit der Standards nicht fördert.

---

23 Vgl. Art. 20 ESC; Teil III ESC (revised).

24 Vgl. den Anhang zur revidierten Sozialcharta: „Without prejudice to Article 12, paragraph 4, and Article 13, paragraph 4, the persons covered by Articles 1 to 17 and 20 to 31 include foreigners only in so far as they are nationals of other Parties lawfully resident or working regularly within the territory of the Party concerned, subject to the understanding that these articles are to be interpreted in the light of the provisions of Articles 18 and 19."

25 Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints, ETS Nr. 158, in Kraft getreten am 01.07.1998; vgl. dazu Lörcher, Klaus, Eine neue Etappe zum Schutz der sozialen Grundrechte: das Beschwerdeprotokoll zur Europäischen Sozialcharta, ArbuR 1996, S. 48–54.

26 Dies gilt etwa für die nach dem Vertragswortlaut nur sehr eingeschränkte Anwendbarkeit der Bestimmungen für ausländische Bürger, die das Sachverständigenkomitee nicht als relevant ansieht; s. a. Anhang zur Revidierten Europäischen Sozialcharta, Persönlicher Geltungsbereich der Revidierten Europäischen Sozialcharta, Nr. 1; vgl. dazu Hans Wiebringhaus, Die ausländischen Arbeitnehmer und die Sozialcharta, in: Die Europäische Sozialcharta, 1978, S. 277–287; Robert Steiert, Die Europäische Sozialcharta – Inhalt, Mängel und Möglichkeiten der Weiterentwicklung, in: Parl 1979, Beilage 3, S. 34–46; Armin Knospe, Per Aspera ad astra oder der lange Marsch der Europäischen Sozialcharta durch die Institutionen der Revision, in: ZESAR 2015, S. 449–456; Xenia Neubeck, Die Europäische Sozialcharta und deren Protokolle, 2002; Jonathan Peuch, „Participer" à la Charte sociale à travers une épreuve quasi judiciaire: enjeux, intérêts et limites du système de réclamations collectives, in: Journal européen des droits de l'homme, no. 3 (nov. 2018), S. 202–227; D. J. Harris, Collective complaints procedure under the European Charter: Encouraging progress? In: K. H. Kaikobad & M. Bohlander (eds.), International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice. Essays in Honour of Colin Warbrick, 2009, S. 3–24.

27 Ratifiziert haben bisher nur 15 von 47 Staaten (nicht Deutschland); nach 2005 sind nur mehr zwei Staaten (Niederlande und Tschechische Republik) beigetreten.

28 Vgl. die Stellungnahmen zu den der Finanzkrise in Griechenland geschuldeten Austeritätsmaßnahmen: der Gerichtshof erklärt die dagegen gerichteten Beschwerden für offensichtlich unbegründet (EGMR Koufakiet Adedy v. Greece App no 57665/12 and 57657/12 (ECtHR 7 May 2013)), während das Committee for social rights darin eine Verletzung der Revidierten Sozialcharta sieht (*General Federation of employees of the national electric power corporation (GENOP-DEI) and Confederation of Greek Civil Servants' Trade Unions (ADEDY)* v. Greece Complaint No. 66/2011 (ECSR, 23 May 2012)); ein anderes Beispiel ist die Vereinigungsfreiheit der Armeeangehörigen, die das Committee of Social Rights verneint (European

III. Die soziale Dimension der Rechte der EMRK

Obwohl in der EMRK, wie dargestellt, mit wenigen Ausnahmen nur „klassische" bürgerliche und politische Normen aufgenommen wurden, hat der EGMR mit seiner Rechtsprechung dazu beigetragen, grundlegende Sozialstandards zu definieren, die für alle 47 Mitgliedsstaaten verbindlich sind. Aufgrund der großen Ausstrahlung der Rechtsprechung des EGMR haben diese Standards darüberhinaus auch Orientierungswirkung für außereuropäische Rechtsordnungen.

Methodologisch beruht diese Entwicklung auf zwei Pfeilern, zum einen auf der Doktrin, dass die EMRK in Harmonie mit allgemeinem Völkerrecht zu interpretieren sei, zum anderen auf der living-instrument-Doktrin. Erstere bedeutet, dass die Konvention nicht isoliert ausgelegt werden darf. Vielmehr sind bei der Auslegung auch die anderen völkerrechtlichen Verträge, an die die Mitgliedsstaaten in gleicher Weise gebunden sind, mit einzubeziehen. Dieser Ansatz wird auf Art. 33 Abs. 2 c der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) gestützt, wonach bei der Interpretation eines Vertrags „jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz" zu berücksichtigen ist.[29] In dem grundlegenden Urteil Demir und Baykara v. Türkei,[30] in dem der Gerichtshof diesen Grundsatz ausführlich begründet hat, nimmt er auf die Konventionen der IAO zur Vereinigungsfreiheit[31] sowie auf die entsprechende Auslegungspraxis des Sachverständigenkomitees Bezug und leitet daraus auch ein Streikrecht der Beamten ab, obwohl dies in der EMRK nicht explizit festgelegt ist. Ausnahmen lässt er nur in sehr geringem Umfang zu.[32]

Committee of Social Rights, Fédération européenne du Personnel des Services publics contre la France, Complaint no. 2/1999, Decision 4 December 2000), während der Gerichtshof in der entsprechenden französischen Regelung eine Konventionsverletzung sieht (*Matelly v. France* Appl no. 10609/10 (ECtHR 2 October 2014; *Adofril v. France* Appl no. 32191/09 (ECtHR 2 octobre 2014); vgl. dazu Angelika Nußberger, Hard law or Soft Law – Does it matter? Distinction Between Different Sources of International Law in the Jurisprudence of the ECtHR, in: Anne van Aaken, Iulia Motoc (Hg.), The European Convention on Human Rights and General International Law, OUP 2018, S. 41–58 (54 ff.).

29 Vgl. dazu Cesare Pitea, Interpretation and Application of the European Convention on Human Rights in the Broader Context of International Law: Myth or Reality, in: Yves Haeck, Eva Brems (Hg.) Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century (2014 Springer), 1 ff.; Patrick Wachsmann, Réflexions sur l'interprétation „globalisante" de la Convention européenne des droits de l'homme, in: La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de JP Costa (2011), S. 667–676; Julian Arato, Constitutional Transformation in the ECTHR: Strassbourg's Expansive Recourse to External Rules of International Law, 37 Brook J InT'L L 2012, S. 350 ff.

30 EGMR, Urteil vom 12.11.2008 (GK), Demir und Baykara v. Turkei, Beschwerde-Nr. 34503/97; vgl. dazu Sébastien Van Drooghenbroeck, Les frontières du droit et le temps juridique: La Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites. Cour Européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), Demir et Baykara c. Turquie, 12 novembre 2008, Revue trimestrielle des droits de l'homme 2009, S. 811); Klaus Lörcher, The New Social Dimension in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR): The Demir and Baykara Judgment, its Methodology and Follow-up, in: F. Dorssemont, K. Lörcher, I. Schömann (Hg.), The European Convention of Human Rights and Employment Relations, Oxford 2014, S. 3–46.

31 C087 – Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87); C098 – Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98).

32 Dazu ausführlich Nußberger (Fn. 28), S. 52 ff.; diess., Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Koalitionsfreiheit, DRdA 2015, S. 408–413.

Die living-instrument-Doktrin ist seit den Urteilen in den Fällen Marckx v. Belgien[33] und Tyrer v. Vereinigtes Königreich[34] Grundlage der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs. Die in der Konvention enthaltenen Menschenrechtsgarantien sind danach nicht unbedingt so zu verstehen, wie sie zum Zeitpunkt ihrer Ausarbeitung gedacht waren, sondern dynamischen Entwicklungen und dem Wandel von gesamtgesellschaftlichen Vorstellungen anzupassen, da ansonsten bestimmte in den 50er Jahren vorherrschende Ansichten, etwa zur Sexualmoral, zur Rollenverteilung von Mann und Frau und zu Entfaltungsmöglichkeiten sexueller Minderheiten, zementiert würden.[35]

Naturgemäß ist Art. 11 Abs. 3 EMRK sedes materiae für wichtige Standards im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts. Die in Demir und Baykara geäußerte Ansicht hat der Gerichtshof später in der Entscheidung National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom v. Vereinigtes Königreich[36] noch weiter ausdifferenziert bzw. – so verschiedentlich die Kritik[37] – relativiert.

Gleichermaßen ist es nicht überraschend, dass Art. 4 EMRK, das Verbot der Zwangsarbeit, und Art. 14, das Diskriminierungsverbot, für die Entwicklung von Sozialstandards von besonderer Bedeutung sind. Wegmarken zur Auslegung von Art. 4 sind Siliadin v. Frankreich[38] und Chowdury v. Griechenland.[39] Rantsev v. Zypern und Russland[40] geht noch einen Schritt weiter und prangert Menschenhandel an. Diese Urteile sind gerade deshalb so bedeutsam, weil sie die modernen Formen von Zwangsarbeit und Ausbeutung aufdecken, die etwa hinter Au-pair-Verhältnissen und der Beschäftigung von Migranten verborgen sein können. Zudem wird eine positive Pflicht des Staates, entsprechende Vorwürfe effektiv zu untersuchen, postuliert – ein Novum im Vergleich zu den in den IAO-Konventionen enthaltenen Verpflichtungen.

Art. 14 EMRK ist insbesondere im Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 1 des Ersten Zusatzprotokolls ein Hebel, um Gleichbehandlung im Sozial(versicherungs)recht sicherzustellen. Auch hier zeigt sich eine gewisse Ironie der

---

33 EGMR, Urteil vom 16.06.1979, Marckx v. Belgien, Beschwerde-Nr. 6833/74.

34 EGMR Urteil vom 25.04.1978, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, Beschwerde-Nr. 5856/72.

35 Andreas Zimmermann (Hg.), 60 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention. Die Konvention als „living instrument", Kongressbericht, 2014; Katharina Böth, Evolutive Auslegung völkerrechtlicher Verträge. Eine Untersuchung zu Voraussetzungen und Grenzen in Anbetracht der Praxis internationaler Streitbeilegungsinstitutionen, 2013, S. 41 ff.; Patrick Braasch, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, in: JuS 2013, S. 602 (604); Angelika Nußberger, Es lohnt sich, Europa im Blick zu haben. Fragen zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), in: Betrifft Justiz 2011, 187-188; George Letsas, The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and its Legitimacy (March 14, 2012), abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2021836 (17.12.2018); Rachael Ita, The Interpretation of the ECHR as a Living Instrument: Demise of the Margin of Appreciation Doctrine? abrufbar unter https://blogs.uta.fi/ecthrworkshop/2015/12/07/rachaelita/#_edn5 (17.12.2018).

36 EGMR National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. Vereinigtes Königreich, Urteil vom 08.04.2014, Beschwerde-Nr. 31045/10.

37 Vgl. z. B. Klaus Lörcher, Kein Recht auf Sekundärstreik in Großbritannien – Roll-back des EGMR? Newsletter Europäisches Arbeitsrecht 2/2014, http://www.hugo-sinzheimer-institut.de/hsi-newsletter/europaeisches-arbeitsrecht/2014/newsletter-022014.html#c5724.

38 EGMR Urteil vom 26.07.2005, Siliadin v. Frankreich, Beschwerde Nr. 73316/01.

39 EGMR Urteil vom 30.03.2017, Chowdury v. Griechenland, Beschwerde-Nr. 21884/15.

40 EGMR Urteil (GK) vom 07.01.2010, Ranstsev v. Zypern und Russland, Beschwerde-Nr. 25965/04.

Geschichte. Das Eigentumsrecht war man nicht gewillt in die ursprüngliche Fassung der Konvention aufzunehmen, da es kritische Stimmen dagegen gab, die Besitzverhältnisse zugunsten der Besitzenden zu zementieren; es wurde nur in das kurze Zeit nach der Konvention ausgearbeitete Erste Zusatzprotokoll aufgenommen.[41] Aufgrund eines evolutiven Verständnisses, nach dem alle Arten von gesetzlich festgelegten Zahlungen, auf die man einen Anspruch hat, seien es aus dem allgemeinen Budget finanzierte Sozialrenten oder durch Einzahlungen „erdiente" Renten, über das Eigentumsrecht geschützt sind, hat sich gerade diese Garantie als besonders förderlich für progressive Sozialpolitik erwiesen.[42]

In einer Reihe von Fällen wurden auch über Art. 8 EMRK i. V. m. Art. 14 EMRK besondere Gleichheitsstandards für das Sozialrecht definiert. Auch wenn das Diskriminierungsverbot nach der EMRK nicht allgemeingültig ist, sondern nur bei Ungleichbehandlung im Bezug auf ein in der EMRK geschütztes Recht eingreift, reicht es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs aus, wenn das entsprechende Recht berührt wird ohne verletzt zu sein. Werden soziale Unterstützungszahlungen verweigert, ist, so der Gerichtshof, das Recht auf Respekt auf Familienleben berührt. Damit werden auch hier Ungleichbehandlungen, etwa zwischen Männern und Frauen erfasst. Dies gilt insbesondere dann, wenn aufgrund eines je unterschiedlichen Rollenverständnisses die sozialrechtlichen Berechnungen auf unterschiedlichen Prämissen aufbauen.[43]

Nach Art. 6 EMRK sind auch soziale Rechte „civil rights". Diese Interpretation hat zu entscheidenden Verbesserungen des Rechtsschutzes im sozialrechtlichen Bereich geführt, ein Aspekt, der im Übrigen in internationalen Normen nur am Rande Erwähnung findet. Gerade mit Blick auf die oftmals überlangen Verfahren, aufgrund derer den Betroffenen Rechte über lange Zeit vorenthalten werden, ist dies relevant.[44]

Schließlich ist – und auch dies ist eher überraschend – zudem das Verbot der unmenschlichen Behandlung nach Art. 3 EMRK einschlägig. Im Fall Larioshina v. Russland[45] hat der Gerichtshof entschieden, dass eine Rente, die trotz eines jahrzehntelangen Arbeitslebens so niedrig ist, dass sie nicht zum (Über)leben ausreicht, einen Verstoß gegen die Menschenwürde und damit

41 Vgl. Haeck, The genesis of the property clause under Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights, in: Vandenberghe (Hg.), Property and Human Rights, 2006, S. 165 ff., der einen (ideologischen) Vorschlag zur Fassung der Vorschrift zitiert: „Everyone has the right to possess property in conformity with the laws of the country where the property is situated, provided that this possession is neither a means of oppression nor a means of despoiling another of the legitimate fruits of his labour."

42 EGMR Urteil (GK) vom 16.09.1996, Gaygususz v. Österreich, Beschwerde-Nr. 17371/90, Reports 1996-IV; EGMR Urteilvom 30.09.2003, Koua Pouez v. Frankreich, Beschwerde-Nr. 40892/98, RJD 2003-X; vgl. dazu ausführlich Angelika Schmidt, Europäische Menschenrechtskonvention und Sozialrecht. Die Bedeutung der Straßburger Rechtsprechung für das europäische und deutsche Sozialrecht. Baden-Baden 2003.

43 EGMR Urteil vom 02.02.2016 Di Trizio v. Schweiz, Beschwerde-Nr. 7186/09; vgl. dazu insbesondere auch die kritische Sicht in der abweichenden Meinung der Richter Keller, Spano und Kjølbro.

44 Diese Rechtsprechung wurde entwickelt in EGMR (GK) Urteil vom 29.05.1984 Deumeland v. Deutschland, Beschwerde-Nummer 9384/81.

45 EGMR, Urteil vom 23.04.2002, Larioshina v. Russland, Beschwerde-Nr. 56869/00.

gegen Art. 3 EMRK darstellen kann; im konkreten Fall hat er dazu allerdings keine Verletzung gefunden.

Bei all diesen Entscheidungen werden aus Einzelfällen allgemeine Grundsätze abgeleitet. Damit werden im Ergebnis Sozialstandards definiert, mit denen Antworten auf drängende und konkrete Fragen im Verhältnis Individuum – Staat, geht es um soziale Absicherung, gegeben werden.

F. Der Status quo völkerrechtlicher Sozialstandards

Die Einsicht, dass soziale Fragen völkerrechtlicher Regelungen bedürfen, ist mehr als ein Jahrhundert alt. Die Normsetzung war nie linear. Modelle, die erfolgversprechend waren, haben nicht unbedingt zu den erhofften Ergebnissen geführt. Alternativansätze, die gar nicht unbedingt zum Ausgleich sozialer Konflikte gedacht waren, hatten eine größere Wirkung als erwartet. Von Paris über Genf bis Straßburg wurde an innovativen Ansätzen zur Verwirklichung sozial gerechter Gesellschaftsmodelle gearbeitet. Herr von Maydell hat diese Entwicklungen nicht nur analytisch-wissenschaftlich begleitet, sondern auch als Praktiker dazu einen wichtigen Beitrag geleistet.

Hans-Joachim Reinhard, Fulda

Zwischen Sozialrecht, Privatrecht und europäischem Recht – Ausländische Anwartschaften im Versorgungsausgleich am Beispiel griechischer Altersrenten

Inhaltsübersicht

A. Einleitung
B. Der Versorgungsausgleich als Zwitter zwischen Familienrecht und Sozialrecht
C. Allgemeine Voraussetzungen für die Einbeziehung ausländischer Anwartschaften in den Versorgungsausgleich
  I. Internationales Privatrecht
  II. Ausländisches Sozialrecht
  III. Internationales Sozialversicherungsrecht
D. Konkrete Einbeziehung ausländischer Anwartschaften
  I. Angaben der Beteiligten
  II. Ermittlung des Versicherungsverlaufs
E. Versorgungsausgleich am Beispiel griechischer Anwartschaften
  I. Allgemeine Bemerkungen zur Ermittlung der auszugleichenden Versorgung
  II. Ermittlung der auszugleichenden Versorgung
    1. Vor dem 1.1.1993 erstmals versicherte Personen
    2. Ab dem 1.1.1993 erstmals versicherte Personen
    3. Reform von 2016
    4. Berechnungsmethode
  III. Berechnung des Ehezeitanteils
  IV. Ausgleich über den Kapitalwert
  V. Anpassung des Ergebnisses
F. Schlussbemerkung

A. Einleitung

Prof. Dr. Bernd Baron von Maydell, war – wie die übrigen Beiträge, die ihm in diesem Heft gewidmet sind, zeigen – sehr vielseitig interessiert. Der Verfasser war wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht und es erwies sich für ihn als Glücksfall, dass der Geehrte als Direktor des Instituts berufen wurde. Denn Prof. von Maydell war einer der ganz wenigen Wissenschaftler in Deutschland, der aufgrund seiner früheren Veröffentlichungen[1] tiefergehende Kenntnisse

1 Von Maydell, Bernd, Der Versorgungsausgleich, FamRZ 1977, 172–184; ders., Dispositionsmöglichkeiten der Ehegatten im Rahmen des Versorgungsausgleichs, FamRZ 1978, 749–755; ders., Welche Auswirkungen haben die von der Sachverständigenkommission für die soziale Sicherung der Frau und der Hinterbliebenen vorgesehenen Modelle auf das Recht der gesetzlichen Kranken- und Unfallversicherung, das soziale Entschädigungsrecht, das Arbeitsförderungsrecht, das Arbeitsrecht, das Familienrecht, das Auslandsvertragsrecht und welche ergänzenden Maßnahmen sind in diesen Bereichen erforderlich? Gutachten, in: Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (Hrsg.), Vorschläge zur sozialen Sicherung der Frau und der Hinterbliebenen Anlagebd 2, 1979, 95–124; ders., Die Neuordnung der sozialen Alterssicherung der Frau – Problemlage und Lösungsmöglichkeiten, ZSR 1980, 270–287; ders., Die Vorschläge der Sachverständigenkommission für die soziale Sicherung der Frau und der Hinterbliebenen, ZfS 1980, 227–232.

zum Versorgungsausgleich und insbesondere auch zu dessen Dimensionen im internationalen Bereich[2] hatte. Damit war er für den Verfasser, der als einen Schwerpunkt dieses Thema bearbeitete, ein idealer Gesprächspartner. Die Reputation von Prof. von Maydell als Kenner des Versorgungsausgleichs führte dazu, dass bisweilen Gerichte sich hilfesuchend an das Institut wandten, um Versorgungsausgleichsfälle mit Auslandberührung zu beurteilen. In der Regel landeten die Anfragen auf dem Schreibtisch des Verfassers, der zusammen mit dem Institutsleiter versuchte, den Gerichten eine Hilfestellung zu geben. In der Bearbeitung zeigte sich immer wieder, dass die starre, formalistische Lösung, die der deutsche Versorgungsausgleich vorsieht, bei Fällen mit Auslandberührung nicht passt. Vielmehr müssen individuelle Lösungen gesucht werden, die den Interessen der Parteien – aber auch dem internationalen Sozialversicherungsrecht – gerecht werden.

B. Der Versorgungsausgleich als Zwitter zwischen Familienrecht und Sozialrecht

Der Versorgungsausgleich wurde 1977 im Rahmen der Reform des Familienrechts eingeführt, um insbesondere die sozialrechtlichen Folgen der Scheidung zu regeln. Die Idee war und ist, die sozialrechtlichen Vorsorgekonten der Ehegatten im Rahmen des Scheidungsverfahrens auszugleichen, um jedem Ehegatten einen hälftigen Anteil an den während der Ehezeit erworbenen Vorsorgeanwartschaften zukommen zu lassen. Hintergrund war, dass die Vorsorgeanwartschaften für die meisten Ehegatten das einzig nennenswerte Vermögen sind, welches sie während ihrer Ehe aufbauen konnten. Dieses Vermögen ist aber im Rahmen des Zugewinnausgleichs nicht teilbar, weil Vorsorgeanwartschaften höchstpersönlich sind und deshalb nicht – anders als ein Bankguthaben – auf eine andere Person übertragen werden können.

Mit dem Versorgungsausgleich wurden im Familienrecht[3], später aufgrund einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts[4] in weiteren Gesetzen[5], die rechtlichen Grundlagen dafür gelegt, die während der Ehezeit erworbenen Versorgungsanwartschaften hälftig zu teilen[6]. Die konkrete Ausgestaltung der Aufteilung hingegen findet sich im Sozialrecht, namentlich im SGB VI[7]. Diese wechselseitige Beeinflussung von Familienrecht und Sozialrecht hat

2 Von Maydell, Bernd, Was kann ein internationales Sozialversicherungsrecht leisten? In: Auslandsberührungen in der Sozialversicherung, Wiener Beiträge zum Sozialversicherungsrecht Bd. 13, 1980, 1–16.
3 § 1587 ff. a. F. BGB.
4 BVerfGE 71, 364.
5 Gesetz zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich (VAHRG) vom 21. Februar 1983 (BGBl. I S. 105) ergänzt werden, dazu von Maydell, Die Ausgestaltung des Versorgungsausgleichs durch die neuere Rechtsprechung zum VAHRG, FuR 1990, 60–68; Gesetz über weitere Maßnahmen auf dem Gebiet des Versorgungsausgleichs vom 8. Dezember 1986 (BGBl. I S. 2317).
6 Am 1. September 2009 trat eigenes Versorgungsausgleichsgesetz (VersAusglG) in Kraft (BGBl. 2009 I S. 700), da die ursprünglichen Regelungen zu komplex geworden waren.
7 §§ 76, 120f, 120g, 120h, 187, 225, 226, 264, 265 SGB VI.

von Maydell schon früh benannt[8]. Da sich der Versorgungsausgleich jedoch nicht auf das Sozialversicherungsrecht beschränkt, sondern alle Anwartschaften einbeziehen will, die der sozialen Absicherung im Alter dienen, bestehen ebenso Berührungspunkte zum Beamtenversorgungsrecht, zum Recht der berufsständischen Versorgung und der betrieblichen Altersversorgung sowie zum Privatversicherungsrecht. Damit sind die Regelungen bereits sehr komplex, wenn ein Ehegatte oder sogar beide in mehreren deutschen Vorsorgesystemen gesichert sind. Gänzlich unübersichtlich wird dies, wenn noch ausländische Anwartschaften hinzukommen. Anfangs war noch strittig, ob ausländische Anwartschaften überhaupt auszugleichen waren und es wurde sogar vertreten, dass ein Versorgungsausgleich dann nicht stattfinde, wenn ein Ehegatte Ausländer ist[9] Diese Unsicherheit hing damit zusammen, dass der Gesetzgeber offensichtlich an Ehen mit Auslandsberührung und an die daraus resultierenden tatsächlichen und rechtlichen Probleme überhaupt nicht gedacht hatte.[10] Relativ schnell wurde durch die Rechtsprechung[11] konstatiert, dass eine Nichteinbeziehung ausländischer Anwartschaften nicht dem vom Bundesverfassungsgericht hochgehaltenen Halbteilungsgrundsatz[12] entsprochen hätte.

C. Allgemeine Voraussetzungen für die Einbeziehung ausländischer Anwartschaften in den Versorgungsausgleich

I. Internationales Privatrecht

Inzwischen sind diese Anfangsschwierigkeiten beseitigt, nicht zuletzt, weil der Gesetzgeber im Nachhinein Klarstellungen vorgenommen hat. So wurde im internationalen Privatrecht hinsichtlich der Staatsangehörigkeit der Ehegatten in Art. 17 EGBGB eine kollisionsrechtliche Sonderregelung getroffen, die wegen der beschriebenen Zwitterstellung des Versorgungsausgleichs in einer Kombination auf traditioneller Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit der Ehegatten mit einer sozialrechtlichen Flankierung abstellt. Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit in Ehescheidungssachen ist durch das Inkrafttreten der sogenannten Rom-III-Verordnung[13] weitgehend durch die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt ersetzt worden und die Staatsangehörigkeit kommt nur noch subsidiär zum Tragen. Geblieben ist allerdings die sozial-

8 Von Maydell, Bernd, Sozialrechtliche Auswirkungen der modernen Entwicklungen im Familienrecht, Entwicklungen im Recht der Familie und der außerehelichen Lebensgemeinschaften 1989, 45–59 (Arbeiten zur Rechtsvergleichung).

9 AG Wunsiedel, vom 03.04.1978, F 11/77, FamRZ 1978, 513–515; AG Hannover v. 03.02.1978, 211 F 32/77, NJW 1978, 1117 (beide Ehegatten ausländische Staatsangehörige).

10 AG Charlottenburg, Urteil vom 19. Januar 1978 – 170 F 4625/77 –, juris.

11 AG München, Urteil vom 21. September 1978 – 81 F 3073/77 –, juris.

12 BVerfG v. 16.11.1992, 1 BvL 17/89, BVerfGE 87, 348 <356>. Nur wenn der Versorgungsausgleich wirklich zu einer gleichen Aufteilung des Erworbenen führt, ist der Halbteilungsgrundsatz gewahrt, bestätigt in BVerfG v. 02.05.2006 – 1 BvR 1275/97, FamRZ 2006, 1000–1004.

13 Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, Abl. 29.12.2010, L 343/10.

rechtliche Flankierung. Denn für den Versorgungsausgleich gilt weiterhin die ergänzende Sonderregelung des Art. 17 Abs. 4 EGBGB.

Danach unterliegt der Versorgungsausgleich dem nach der Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 auf die Scheidung anzuwendenden Recht. Es gibt aber zwei Einschränkungen:

(1) Er ist nur durchzuführen, wenn danach deutsches Recht anzuwenden ist und

(2) ihn das Recht eines der Staaten kennt, denen die Ehegatten im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags angehören.

Der Versorgungsausgleich ist nach wie vor ein einzigartiges deutsches Rechtsinstitut, welches – nicht zuletzt wegen seiner Komplexität – im Ausland keine Nachahmer gefunden hat. Es existieren zwar in einigen Ländern Regelungen oder eine Rechtsprechung, die versuchen einen Ausgleich der Versorgungsanwartschaften zwischen den Ehegatten im Scheidungsfall durchzuführen, doch sind diese rudimentär, weil sie sich entweder nur auf die Anwartschaften der Sozialversicherung beschränken[14] oder gerade die Anwartschaften der Sozialversicherung außer Acht lassen und nur privatrechtliche Anwartschaften im Rahmen einer güterrechtlichen Auseinandersetzung berücksichtigen[15] oder eine Art Abfindung[16] gewähren, deren Höhe aber im Ermessen des Gerichts steht und keineswegs so detailliert berechnet wird, wie dies beim deutschen Versorgungsausgleich mit seinem Anspruch eines centgenauen Ausgleichs der Fall ist[17].

Selbst wenn man tatsächlich ein Land fände, das den Versorgungsausgleich kennt[18], wäre dies für die Ehegatten wenig hilfreich. Denn das deutsche Gericht hätte keine Kompetenz einem ausländischen Versorgungsträger verbindlich aufzugeben, Anwartschaften zu teilen, selbst wenn die dortigen Regelungen eine hälftige Aufteilung der Anwartschaften vorsehen. Die wenigen möglichen Beispiele[19] scheitern an der Anerkennung eines entsprechenden deutschen Urteils. Die meisten Rechtsordnungen setzen, wie bereits von Maydell vor vielen Jahren beschrieben hat[20], immer noch auf das traditionelle Modell

---

14 So z. B. Kanada, Québec; eingehender zu ausländischen Regelungen Reinhard, Hans-Joachim, Rechtsordnungen mit Versorgungsausgleich im Sinne des Art. 17 Abs. 3 EGBGB, Eine vergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des kanadischen, niederländischen, belgischen und spanischen Rechts, Studien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht Bd. 14, Nomos, Baden-Baden 1995.

15 So etwa die Niederlande, dazu BGH Beschluss v. 11.02.2009 – XII ZB 101/05 –, juris, Belgien, Dänemark, verschiedene US-amerkanische Bundesstaaten.

16 So z.B. Frankreich (prestation compensatoire) und Spanien (prestación compensatoria).

17 Bisweilen (z. B. kanadische Provinzen, US-Bundesstaaten) werden sozialrechtliche Vorsorgeanwartschaften mit anderen Vermögensgegenständen (z. B. Auto, Segelboot) verrechnet, was diametral zum Gedanken des Aufbaus einer nachhaltigen Alterssicherung steht.

18 So müssen etwa in der Schweiz bei einer Scheidung die Ehegatten ihre Pensionskassenguthaben (zweite Säule) teilen (Vorsorgeausgleich). Diese Teilung der beruflichen Vorsorge bei der Scheidung ist vor allem geregelt in Art. 122–124, Art. 141 und Art. 142 ZGB (Zivilgesetzbuch).

19 So Canada Pension Plan, Québec Pension Plan, Versorgungssystem der US-amerikanischen Militärstreitkräfte nach dem Uniform Services Former Spouses Protection Act.

20 Die soziale Alterssicherung der Frau in der DDR, Österreich, Schweiz, Frankreich, Großbritannien, Italien, Niederlanden und Schweden, Eine rechtsvergleichende Übersicht in: Bundesminister für Arbeit und Sozial-

einer Geschiedenen-(witwen)rente, teils mit[21] teils ohne Einkommensanrechnung[22]. Ebenso ist vereinzelt die vor Einführung des Versorgungsausgleichs auch in Deutschland übliche Anknüpfung[23] an eine bestehende Unterhaltsberechtigung vorzufinden[24], was für die soziale Absicherung im Alter vor allem für Frauen die schlechteste Lösung ist.

Da Art. 17 Abs. 4 S. 1 EGBGB de facto nicht anwendbar ist, findet regelmäßig ein Versorgungsausgleich nach Art. 17 Abs. 4 S. 2 EGBGB statt:

Im Übrigen ist der Versorgungsausgleich

(1) auf Antrag eines Ehegatten nach deutschem Recht durchzuführen, wenn

(2) einer der Ehegatten in der Ehezeit ein Anrecht bei einem inländischen Versorgungsträger erworben hat, soweit

(3) die Durchführung des Versorgungsausgleichs insbesondere im Hinblick auf die beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse während der gesamten Ehezeit der Billigkeit nicht widerspricht.

Die Voraussetzungen sind kumulativ. Den Antrag kann jeder Ehegatte stellen; es zeigt sich häufig erst im Laufe des Verfahrens, welcher Ehegatte ausgleichspflichtig ist. Die Dispositionsbefugnis erlaubt, den Antrag auch wieder zurück zu nehmen. Dies kann vor allem dann vorteilhaft sein, wenn mit dem ehemaligen Ehegatten eine Vereinbarung getroffen werden soll, um das langwierige Verfahren der Ermittlung von Vorsorgeanrechten im Ausland abzukürzen. Diese Lösung bietet sich aber nur an, wenn von vorneherein klar ist, dass im Ausland wenige Versicherungszeiten zurückgelegt worden sind oder wenig Einkommen erzielt wurde. Bei längeren Versicherungszeiten oder höherem Einkommen ist es aber meist schwierig, den Wert der ausländischen Anwartschaften ohne nähere Angaben abzuschätzen.

Mindestens ein Ehegatte muss ein Anrecht bei einem inländischen Versorgungsträger erworben haben. Versorgungsträger ist nicht nur die gesetzliche Rentenversicherung, sondern kann jede inländische Institution sein, deren Anwartschaften in einen Versorgungsausgleich fallen. Diese Konstellation kann sich beispielsweise bei Selbständigen ergeben, die nicht in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherungspflichtig sind.

Schließlich muss das Gericht eine Billigkeitsabwägung durchführen. Diese Billigkeitsklausel verwundert zunächst deshalb etwas, weil der Versorgungsausgleich sehr rigorosen Regelungen unterliegt, die kaum eine Flexibilität zulassen. Der Gesetzgeber wollte damit für die Gerichte ein Hintertürchen aufhalten, um angesichts der Unwägbarkeiten mit ausländischen Anwartschaften Entscheidungen zu vermeiden die dem Gerechtigkeitsempfinden stark zuwiderlaufen.

---

ordnung, (Hrsg.) Vorschläge zur sozialen Sicherung der Frau und der Hinterbliebenen Anlagebd 2, 1979, 5–94.

21 Z. B. Frankreich.

22 Z. B. Spanien.

23 §§ 243, 243a SGB VI.

24 Z. B. Österreich.

II. Ausländisches Sozialrecht

Während anfangs die Einbeziehung ausländischer Anwartschaften strittig war, sind nunmehr explizit ausgleichspflichtig nach § 2 VersAusglG auch ausländische Versorgungen wegen Alters oder Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit, die während der Ehezeit mit Hilfe des Vermögens oder durch Arbeit der Ehegatten begründet oder aufrechterhalten worden sind. Damit sollten insbesonere steuerfinanzierte Einwohnerversicherungen (Volksrenten) nicht in den Versorgungsausgleich einbezogen werden.[25] Diese Auffassung wurde von der Rechtsprechung nicht gehalten. So ist etwa die dänische Volksrente trotz ihrer Steuerfinanzierung in den Versorgungsausgleich einzubeziehen[26], ebenso die niederländische AOW, deren Leistungshöhe sich zwar allein an der Dauer des Wohnsitzes in den Niederlanden orientiert, weshalb auch Nichterwerbstätige in vollem Umfang leistungsberechtigt sind, die aber jedoch beitragsfinanziert ist.[27] Auch Kanada hat ein solches wohnsitzbezogenes Sozialleistungssystem.[28]

III. Internationales Sozialversicherungsrecht

Zu den ursprünglich intendierten Regelungen über den Versorgungsausgleich im zwischenstaatlichen oder überstaatlichen Recht[29] ist es nie gekommen. Weder in den von der Bundesrepublik geschlossenen Sozialversicherungsabkommen noch im europäischen Koordinierungsrecht[30] wird der Versorgungsausgleich erwähnt. Dies verwundert nicht, weil außerhalb von Deutschland vielleicht noch das Ziel des Versorgungsausgleichs verstanden wird, nicht aber seine Komplexität. Überdies beträfen abkommensrechtliche Regelungen nur die öffentliche Sozialversicherung. Die mittlerweile auch im Ausland bestehenden betrieblichen Sicherungssysteme oder private Vorsorgen würden nicht erfasst.

Dennoch kann das internationale Sozialversicherungsrecht Einfluss auf den Versorgungsausgleich haben. Über den Versorgungsausgleich entscheiden die Familiengerichte, die regelmäßig wenig Kenntnis vom Sozialrecht haben und denen das internationale Sozialversicherungsrecht meist völlig fremd ist. Die Parteien tragen häufig vor, die Versicherungszeiten im Ausland seien sehr kurz gewesen, weshalb die Mindestversicherungszeit (Wartezeit) nicht erfüllt

---

25 *Borth, Helmuth*, Versorgungsausgleich, 3. Aufl. 1998, Rz. 60, 385.

26 AG Flensburg, Beschluss vom 25. März 2009 – 92 F 172/06 VA, FamRZ 2009, 1585–1586; IPRspr 2009, Nr. 70, 176–178; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss v. 11.07.2011 – 10 UF 87/09 –, FamRZ 2012, 132.

27 BGH, Beschluss v. 03.09.2008 – XII ZB 203/06 – FamRZ 2008, 2263–2264.

28 Dazu Landessozialgericht Hamburg, Urteil v. 30.01.2008 – L 1 R 30/08 –, juris.

29 Auf Vorschlag des Rechtsausschusses nahm der Deutsche Bundestag bei der Verabschiedung des VAHRG eine Entschließung an, in der die Bundesregierung unter anderem um Prüfung gebeten wird, ob ein Bedürfnis und die Möglichkeit bestünden, durch zwischenstaatliche oder überstaatliche Regelungsinstrumente die Rechtsstellung des nach deutschem Recht ausgleichsberechtigten Ehegatten hinsichtlich ausländischer Versorgungsanrechte wirksam zu verbessern (Deutscher Bundestag, StenBer. 10/246, S. 19078).

30 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, Abl. v. 30.04.2004, L 166/1.

sei und daher kein Anspruch auf Altersrente erworben worden sei. In der Tat sind vor allem in süd- und südosteuropäischen Ländern die Mindestversicherungszeiten zum Erwerb eines Rentenanspruchs relativ lang[31]. Die Sozialversicherungsabkommen sehen jedoch die Zusammenrechnung von Mindestversicherungszeiten vor, wodurch die Mindestversicherungszeiten erfüllt werden können und ein Anspruch (pro-rata-temporis) zu gewähren ist, selbst wenn nach innerstaatlichem Recht kein Anspruch bestehen würde. Das europäische Recht lässt sogar eine Multilateralisierung, d. h. eine Zusammenrechnung von Versicherungszeiten aus mehreren Ländern zu[32]. Bei der Anwendung von Sozialversicherungsabkommen ist nach der Rechtsprechung[33] eine solche Multilateralisierung leider in der Regel nicht möglich.

Neben der Zusammenrechnung von Versicherungszeiten können sich durch das Abkommensrecht auch die Rentenbeträge deutlich erhöhen. Dies betrifft vor allem Systeme, in denen der Prozentsatz der Leistung nach einer bestimmten Zahl von einem Sockelbetrag mit der Zahl der Versicherungsjahre progressiv steigt.[34] Auch hier wird die Rente zeitanteilig gewährt, allerdings ausgehend vom erhöhten Prozentsatz[35].

Selbst für das deutsche Recht kann die Zusammenrechnung Folgen haben. Da die Wartezeit nunmehr nur noch fünf Jahre beträgt[36] (statt vormals 15 Jahre) wird diese in den meisten Fällen nach innerstaatlichem (deutschen) Recht, erfüllt. Je nach Konstellation können sich aber bei einer zwischenstaatlichen Berechnung ebenso abweichende Ehezeitanteile ergeben. Aufgrund der Rentenformel der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung betragen die Unterschiede – wenn überhaupt – meist nur wenige Euro. Angesichts des Prinzips der Halbteilung ist aber dennoch in jedem Fall eine zwischenstaatliche Rentenberechnung durchzuführen.

D. Konkrete Einbeziehung ausländischer Anwartschaften

I. Angaben der Beteiligten

Leider unterbleibt diese gebotene zwischenstaatliche Berechnung bisweilen. Dem Verfasser sind nicht selten Auskunftsbögen untergekommen, in denen das Feld „ausländische Anwartschaften" mit „nein" angekreuzt war, obschon sich aus der Erwerbsbiographie eindeutig ergeben hat, dass Zeiten im Ausland zurückgelegt worden sein mussten. Manchmal mag dies natürlich Absicht sein in der Hoffnung, dass der gegnerische Rechtsanwalt und das Gericht dies nicht bemerken. Häufig ist dies aber Unkenntnis, weil davon aus-

31 Z. B. Portugal, Spanien, Griechenland, Rumänien 15 Jahre, Ungarn, Italien sogar 20 Jahre.
32 Art. 6 VO (EG) 883/2004.
33 BSG, Urteil vom 27. Januar 1994 – 5 RJ 44/90 –, SozR 3-2200 § 1263 Nr. 1, SozR 3-2200 § 1246 Nr. 42 , Breithaupt 1994, 845–848.
34 Z. B. Frankreich, Spanien, Griechenland (s. unten E II 3).
35 So kann sich der Prozentsatz (taux) in Frankreich durch die Zusammenrechnung, etwa mit deutschen Zeiten, von 25 % auf 50 % der Bemessungsgrundlage (salaire de base) erhöhen.
36 § 50 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI.

gegangen wird, dass wegen der geringen Versicherungszeiten kein Rentenanspruch besteht oder die Parteien davon ausgehen, dass eine Rente aus dem Ausland aktuell gezahlt werden muss, weil der Begriff der Anwartschaft nicht verstanden wird.

Da der Versorgungsausgleich zwar sozialrechtliche Folgen regelt, aber vor dem Familiengericht entschieden wird, gilt der sozialverfahrensrechtliche Untersuchungsgrundsatz von Amts wegen[37] nicht. Anders als die ZPO hat das FamFG einen ähnlichen Untersuchungsgrundsatz eingeführt[38], der aber für Versorgungsausgleichssachen wieder relativiert wird[39]. Wenn also eine Partei der Ermittlung ausländischer Anwartschaften widerspricht, dürfte dies vom Familengericht eigentlich nicht berücksichtigt werden.

Die Lösung dieses Dilemmas ergibt sich wiederum aus dem Sozialrecht. Für den deutschen Rentenversicherungsträger gilt der Untersuchungsgrundsatz[40]. Er ist mithin gehalten, den Versicherungsverlauf vollständig zu ermitteln und bei Lücken die Versicherten zu befragen.

II. Ermittlung des Versicherungsverlaufs

Leider teilen die ausländischen Versicherungsträger den deutschen Versicherungsträgern nur die Versicherungszeiten mit, nicht aber die versicherungspflichtigen Einkommen, die in den meisten Systemen sozialer Sicherung entscheidend für die Höhe der Leistung sind. Anfragen von Familiengerichten, selbst in Übersetzung, führen wegen des Datenschutzes regelmäßig nicht zum Erfolg. Hingegen besteht mittlerweile in den meisten Ländern für die Versicherten selbst die Möglichkeit – häufig auch über das Internet – einen vollständigen Versicherungsverlauf zu erhalten, der die versicherungspflichtigen Einkommen aufweist, bisweilen sogar eine Rentenprognose beinhaltet.

E. Versorgungsausgleich am Beispiel griechischer Anwartschaften

Im Beispielsfall, über den das OLG Hamm[41] zu befinden hatte, hatte der Ehemann Anwartschaften in der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung sowie im griechischen System für freie Berufe ETAA erworben. Das griechische System der sozialen Sicherung[42] gewährt eine Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebensicherung. Es besteht aus zwei Säulen, nämlich einer steuerfinanzierten Grundsicherung und einer beitragsfinanzierten Absicherung. Deren Finanzierung erfolgt durch Beiträge, die sich am Einkommen orientieren.

---

37 § 20 SGB X.
38 §§ 26 FamFG.
39 Nach § 127 Abs. 2 FamFG dürfen in Verfahren auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe von den Beteiligten nicht vorgebrachte Tatsachen nur berücksichtigt werden, wenn sie geeignet sind, der Aufrechterhaltung der Ehe zu dienen oder wenn der Antragsteller einer Berücksichtigung nicht widerspricht.
40 § 23 SGB I.
41 OLG Hamm II-10 UF 44/17.
42 Angelopoulou, Olga, Alterssicherung in Griechenland; DRV 2002, 332–359; Sakellaropoulos, Theodoros, DRV 2012, 195–201.

In der beitragsfinanzierten[43] Absicherung besteht die Leistung bei Alter aus einer Geldrente, die sich aus dem durchschnittlichen Einkommen der Versicherungszeit bemisst, welches mit einem Steigerungssatz vervielfältigt wird.[44]

I. Allgemeine Bemerkungen zur Ermittlung der auszugleichenden Versorgung

Für die Bewertung der Leistung ist zunächst die geeignete Berechnungsmethode aus dem Katalog der §§ 39–41 VersAusglG herauszufinden. Gegebenfalls kann aber über die Auffangvorschrift des § 42 VersAusglG die Bewertung nach Billigkeit erfolgen.

II. Ermittlung der auszugleichenden Versorgung

Aufgrund der Finanzkrise hat sich das griechische Rentenrecht mehrmals geändert.[45] Maßgeblich für die Berechnung ist der erste Tag des Eintritts in die Versicherung.

1. Vor dem 01.01.1993 erstmals versicherte Personen

Für Personen, die vor dem 01.01.1993 erstmals versicherungspflichtig wurden, richtet sich die Höhe nach der Versicherungskategorie.

2. Ab dem 01.01.1993 erstmals versicherte Personen

Die griechische Rentenversicherung berücksichtigt die zurückgelegten Beitragsjahre und das durchschnittliche Einkommen während der letzten fünf Jahre und einen Steigerungssatz von in der Regel 2 % für jedes Versicherungsjahr. Ein Mindestbetrag ist garantiert.

3. Reform von 2016

Es werden die durchschnittlichen Einkommen seit 2002 bis zum Eintritt des Versicherungsfalles zugrunde gelegt.

Für die ersten 15 Jahre wird ein Steigerungssatz von 0,77 % zugrunde gelegt, danach steigt der Satz graduell bis auf 2 % bei 39 und mehr Versicherungsjahren. Es ist aber kein Mindestbetrag garantiert.

---

43 Landessozialgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 21. Februar 2017 – L 9 R 3758/16 –, juris.

44 Vgl. https://www.deutsche-rentenversicherung.de/Allgemein/de/Inhalt/5_Services/03_broschueren_und_mehr/01_broschueren/02_international/europaeische_vereinbarungen/07_meine_zeit_in_griechenland.pdf?__blob=publicationFile&v=13; https://www.missoc.org/missoc-database/comparative-tables/results/; https://www.oecd.org/els/public-pensions/PAG2017-country-profile-Greece.pdf; https://www.ssa.gov/policy/docs/progdesc/ssptw/2018-2019/europe/greece.html.

45 Livadiotis, Dimitrios, Reform des griechischen Sozialversicherungssystems; Spektrum 2008, Nr. 1, 19–22.

4. Berechnungsmethode

Insgesamt ähnelt die Berechnung der deutschen Beamtenversorgung. Es erscheint daher angebracht, die pro-rata-temporis-Methode des § 40 VersAusglG anzuwenden.[46]

III. Berechnung des Ehezeitanteils

Nach Auskunft der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung betrug im zu entscheidenden Fall der korrespondierende Kapitalwert der deutschen Rente des Ehemannes 22 284,25 € [Rente 97,38 €] und der der Ehefrau 27 892,99 € [Rente 121,89 €]. Die Differenz davon wäre zu Lasten der Ehefrau auszugleichen, also 5608,74 € [Rente 24,61 €].

Der Ehemann hatte aber von 1996–2010 freiwillige Beiträge an die ETAA gezahlt. In den Jahren seit 2002 waren dies 20 078,01 €, also durchschnittlich[47] jährlich 2230,89 €. Da 15 Jahre eingezahlt wurden, beträgt der Steigerungssatz 0,77 %, woraus sich eine Rente errechnet von: 2230,89 € × 0,77 % × 15 = 257,66 € jährlich = 21,47 € monatlich.

Sämtliche Einzahlungen wurden während der Ehezeit vorgenommen, weshalb der gesamte Betrag in der Ehezeit erworben wurde. Allerdings müssten die eingezahlten Beträge im Leistungsfall mit der Steigerung des Verbraucherpreisindex aufgewertet werden. Daraus entsteht eine weitere Unsicherheit bei der Bewertung. Zudem ist es schwierig eine prognostizierte Hochrechnung zu geben. Normalerweise müsste der Prozentsatz auf einen Rentenbezug zum Zeitpunkt des Regelrentenalters hochgerechnet werden. In vorliegendem Fall war der Ehemann wieder nach Deutschland gezogen. Nach dem europäischen Recht[48] wären auch die deutschen Zeiten anzurechnen und würden zu einer Erhöhung des griechischen Steigerungssatzes und damit zu einem höheren Rentenanspruch führen. Im zu entscheidenden Fall war der Ehemann zwar noch deutlich unter 50 Jahre alt, weshalb für ihn noch durchaus die Möglichkeit bestanden hätte Versicherungszeiten entweder in Deutschland oder in Griechenland zu erwerben[49]. Seine Erwerbsbiographie wies aber ohnehin schon größere Lücken auf und aus den Gesamtumständen deutete sich eher eine weitere, diskontinuierliche und instabile Erwerbskarriere an. Es war mithin völlig ungewiss, wieviele Versicherungsjahre noch hinzukommen.

---

46 Nach § 40 VersAusglG der Teilbetrag der vollen bestimmungsmäßigen Rente oder Leistung zugrunde zu legen, der dem Verhältnis der in die Ehezeit fallenden, bei der Ermittlung dieser Rente oder Leistung zu berücksichtigenden Zeit zu deren voraussichtlicher Gesamtdauer bis zum Erreichen der für das Ruhegehalt maßgeblichen Altersgrenze entspricht.

47 9 Jahre (2002–2010).

48 Art. 52 VO 883/2004.

49 Die deutschen und griechischen Zeiten müssten zusammengerechnet werden. Dadurch ergibt sich ein höherer Steigerungssatz. Sodann wird dieser theoretische Rentenbetrag zeitanteilig (proratisiert) aufgeteilt. Bsp. Der Ehemann kann noch 24 Jahre mit deutschen Zeiten nachweisen. Dann wäre der Steigerungssatz für 15 + 24 Jahre 2%, der Rentenanspruch mithin 2.167,54 € × 2 % × 39 = 1690,68 € [theoretischer Betrag]. Auf den griechischen Träger entfallen 1690,68 € × 16 ÷ 39 = 693,61 € = 57,80 €.
Da der Ehemann bereits deutsche Versicherungszeiten zurückgelegt hat, kommt es in jedem Fall zu einer proratisierten Berechnung.

Während bis zum Inkrafttreten des VersAusglG die Ansprüche miteinander verrechnet wurden, ist dies nun nicht mehr vorgesehen. Jedes Anrecht ist gesondert auszugleichen. Der Ehemann erhielte zusätzliche (gesicherte) Entgeltpunkte in der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung, die Ehefrau hingegen einen Anspruch auf einen Teil der (ungesicherten) griechischen Rente. Es ist fraglich, ob in diesem Fall angesichts der vielen Unwägbarkeiten nicht anders verfahren werden sollte. Es könnte überlegt werden, ob der Ausgleich nicht über die Anwartschaften erfolgen sollte, sondern über den Kapitalwert.

IV. Ausgleich über den Kapitalwert

Da der griechische Träge keinen Kapitalwert kennt, kann hilfsweise nur der Umrechnungswert der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung herangezogen werden. Bei Ehezeitende 01.07.2013 beträgt dieser 4913,92 €[50].

Der Ehemann hätte nach 15 Jahren Anspruch auf die steuerfinanzierte Grundrente. Diese beträgt derzeit 345,60 € und wird gezahlt, wenn bis zum Erreichens des Rentenalters 67 Jahre mindestens 15 Jahre Wohnsitzzeiten in Griechenland zurückgelegt wurden. Auch wenn diese Leistung steuerfinanziert ist, erscheint es unbillig, diese Leistung völlig außer Acht zu lassen, weil die Grundrente nur gezahlt wird, wenn auch die Voraussetzungen für den Bezug einer beitragsbezogenen Rente erfüllt sind. Insgesamt erhielte der Ehemann eine deutlich höhere Leistung als den oben errechneten Betrag. Deutsches und griechisches System sind in ihrem Aufbau und in ihrer Zielsetzung völlig unterschiedlich. Das deutsche System setzt auf eine beitragsbezogene Leistung als Basis und wird nur ausnahmsweise durch eine steuerfinanzierte, einkommensahängige Leistung ergänzt. Das griechische System hingegen basiert auf einer wohnsitzabhängigen Grundsicherung, die durch eine beitragsfinanzierte Leistung ergänzt wird.

V. Anpassung des Ergebnisses

Angesichts der Verschiedenheit der Sicherungssysteme sollte eine Anpassung an die tatsächlichen Gegebenheiten erfolgen. Der Ehemann hatte in Griechenland 28 492,30 € eingezahlt. Wenn er diesen Betrag in die deutsche gesetzliche Rentenversicherung eingezahlt hätte, würde sich ein Rentenanspruch errechnen von 124,51 €.[51]

Dieser Betrag dürfte in etwa der anteiligen, während der Ehezeit erworbenen Grundrente plus der einkommensbezogenen Rente entsprechen.

Außerdem ist zu bedenken, dass der Ehemann einen nicht unerheblichen Teil (8423,29 €) während der Ehezeit aus dem Vermögen eingezahlt hat, sich

50 21,47 € ÷ 28,14 € (aktueller Rentenwert) = 0,7631 Entgeltpunkte × 6439,4190 (Faktor gem. Nr. 1a VersorgAusglUmrFaktorBek 2013) = 4913,92 €.

51 28 492,30 € ÷ 6439,4190 = 4,4247 × 28,14 € = 124,51 €.

dieser Zahlbetrag aber nicht auf die Höhe der Rente auswirkt[52], jedoch dadurch dem Zugewinnausgleich entzogen wurde.

Auf die Ehefrau würde die Hälfte des Kapitalbetrages entfallen, also 28 492,30 € ÷ 2 = 14 246,15 €.

Angesichts der Unwägbarkeiten der Berechnung und der Zahlung der griechischen Rente wäre zu überlegen, diesen Betrag vom Ausgleichswert der Ehefrau abzuziehen.[53] Ansonsten verbliebe mangels Ausgleichsreife des griechischen Anrechts[54] nur der Verweis in den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich, der aber erfahrungsgemäß oft nicht durchsetzbar ist. Für eine Abfindung[55] fehlt meist das Geld.

Diese Lösung würde der Ehefrau den Hauptteil ihrer Rente aus der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung belassen und dem Ehemann seine gesamte griechische Rente. Überdies würden für die Ehefrau Fragen der Besteuerung[56] und der Sozialversicherungspflicht bei Bezug der ausländischen Rente vermieden. Bei einem Wohnsitz in Deutschland wären auf die griechische Rente ebenfalls Beiträge zur Kranken-[57] und Pflegeversicherung[58] zu entrichten. Die Beiträge sind in der Krankenversicherung mit dem hälftigen Beitragssatz[59,] in der Pflegeversicherung mit dem vollen Beitragssatz[60] allein[61] vom Rentenbezieher zu entrichten.

F. Schlussbemerkung

Angesichts kontinuierlicher Migration werden in Zukunft Versorgungsausgleichsfälle mit Auslandsberührung deutlich zunehmen. Die soziale Sicherung der Frau im Alter durch den Versorgungsausgleich war stets ein großes Anliegen Bernd von Maydells. Sein Verdienst ist es, immer wieder darauf hingewiesen zu haben, dass in Versorugungsausgleichsfällen mit Migrant*innen die soziale Sicherung nicht erst mit der Einreise beginnt, sondern dass ausländisches und internationales Sozialrecht von den zur Entscheidung berufenen Familiengerichten mitbedacht werden müssen um ein gerechtes Ergebnis zu erzielen.

---

52 Es wirken sich nur Zahlungen ab 2002 auf die Höhe der Bemessungsgrundlage aus.

53 Damit ergibt sich folgende Berechnung: 22 284,25 € – 14 246,15 € = 8038,10 €. Dies würde 8038,10 € ÷ 6439,4190 = 1,2483 Entgeltpunkten entsprechen oder 1,2483 × 28,14 € = 35,12 € Monatsrente.

54 § 19 Abs. 2 Nr. 4 VersAusglG.

55 §§ 23, 24 VersAusglG.

56 Nach Art. XII Abs. 1 DBA-Griechenland unterliegen Renten aus der Sozialversicherung der alleinigen Besteuerung im Wohnsitzstaat des Rentners.

57 § 228 Abs. 1 S. 2 SGB V.

58 § 57 SGB XI.

59 § 247 S. 2 SGB V.

60 § 59 Abs. 1 S. 2 SGB XI.

61 § 249a S. 2 SGB V; § 59 Abs. 1 S. 2 SGB V.

Heinz-Dietrich Steinmeyer, Münster

Gedanken zur Bestimmung des anwendbaren Rechts im europäischen Arbeitsrecht und im europäischen Sozialrecht

Inhaltsübersicht

A. Einleitung
B. Die Kollisionsnormen des europäischen Sozialrechts
  I. Strukturelemente
  II. Neue Entwicklungen
C. Zwischenergebnis
D. Parallele Fragen im europäischen Arbeitsrecht
E. Fazit

A. Einleitung

Bernd von Maydell hat als einen seiner Forschungsschwerpunkte immer das internationale und das europäische Sozialrecht angesehen und schon sehr früh mit einer Monographie entscheidenden Einfluss auf die weitere Entwicklung dieses Bereichs genommen[1]. Er hat damit auch den Verfasser dieser Zeilen dahin geleitet, was Anlass ist, dem Gedenken an ihn diese Überlegungen zum internationalen und europäischen Sozialrecht zu widmen.

Als Bernd von Maydell seine Monographie zu den Sach- und Kollisionsnormen schrieb, war die Welt eine andere. Die Verflechtung innerhalb Europas war noch nicht so weit fortgeschritten wie heute und Europa war noch durch einen Eisernen Vorhang geteilt. In der damaligen Europäischen Gemeinschaft waren grenzüberschreitende Tätigkeiten noch nicht so an der Tagesordnung wie heute und dementsprechend auch nicht die Vielfalt der Erscheinungsformen. Die Europäische Gemeinschaft bestand damals noch aus Staaten, die in ihrer wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung in etwa gleich waren, was die heutigen Fragestellungen des Ausnutzens von Unterschieden noch nicht zum Thema machten.

Daraus folgt auch, dass damals die arbeitsrechtliche Seite der Problematik von geringerer Bedeutung war. Es sei für heute auf Rom I und auf das Arbeitnehmerentsendegesetz verwiesen. Hier hat sich inzwischen eine Situation ergeben, in der Mitgliedstaaten versuchen, sich gegen Billigkonkurrenz aus anderen Mitgliedstaaten zu schützen.

---

1 *Von Maydell,* Sach- und Kollisionsnormen im internationalen Sozialversicherungsrecht, Berlin 1967.

B. Die Kollisionsnormen des europäischen Sozialrechts

I. Strukturelemente

Titel II der Verordnung 883/04 befasst sich mit der Bestimmung des anzuwendenden Rechts und stellt zu diesem Zweck einen detaillierten Katalog von Kollisionsnormen auf[2]. Der Katalog weist Parallelen zu den §§ 3 bis 6 SGB IV ebenso auf wie zu den Regelungen über die anwendbaren Rechtsvorschriften nach den zwischenstaatlichen Abkommen über Soziale Sicherheit. Von den Kollisionsnormen des nationalen Rechts unterscheiden sich die der Verordnung dadurch, dass sie nicht nur eine Rechtsordnung für anwendbar oder nicht anwendbar erklären, wie dies bei den §§ 3 bis 6 SGB IV der Fall ist. Diese Vorschriften treffen nur eine Aussage darüber, ob ein Sachverhalt mit Auslandsberührung vom deutschen Recht erfasst wird oder nicht; ob der Sachverhalt von einer ausländischen Rechtsordnung erfasst wird, bleibt unberücksichtigt; es handelt sich dort um sog. einseitige Kollisionsnormen. Die Verordnung hingegen enthält allseitige Kollisionsnormen, die für den Sachverhalt mit Berührung zu mehreren Mitgliedstaaten die anwendbare Sozialrechtsordnung bezeichnen.

Die Artikel 11 bis 16 VO (EG) Nr. 883/04 treffen keine materiellrechtlichen Regelungen und erfüllen den Koordinierungsauftrag der Verordnung, indem sie jedem der relevanten Sachverhalte eine bestimmte Rechtsordnung zuweisen. Sie stellen so sicher, dass Arbeitnehmer und Selbständige sowie ihre Familienangehörigen, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, lückenlos von den mitgliedstaatlichen Systemen der sozialen Sicherheit erfasst werden. Sie stellen zugleich sicher, dass die Personen, die unter den persönlichen Geltungsbereich dieser Verordnung fallen, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates unterliegen. So werden Doppelversicherungen mit den entsprechenden doppelten Beitragslasten vermieden. Eine Doppelversicherung wird unter engen Voraussetzungen von Art. 14 beim Zusammentreffen von freiwilliger Versicherung oder freiwilliger Weiterversicherung einerseits und Pflichtversicherung andererseits zugelassen.

Im Unterschied zu den §§ 3 bis 6 SGB IV unterscheiden die Kollisionsnormen der Art. 11 bis 16 der Verordnung nicht zwischen Beitragsseite und Leistungsseite; sie gelten für die Beitragsseite und die Leistungsseite gleichermaßen. Die Parallelen zur Anknüpfung im internationalen Sozialversicherungsrecht finden darin ihren Grund, dass die Verordnung im Grundsatz an die Beschäftigung anknüpft und nur hilfsweise an den Wohnort. Zwar erfasst sie sowohl beitragsfinanzierte als auch steuerfinanzierte Sozialleistungssysteme; da sie aber in Ausführung der Art. 39 ff. EGV (jetzt Art. 45 ff. AEUV) ergangen ist, beschränkte sich die VO (EWG) Nr. 1408/71 im Grund-

2 S. dazu näher *Steinmeyer*, in Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 7. Aufl. 2018, Vorbem. Vor Art. 11 bis 16 VO 883/04.

satz auf die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Selbständigen; die VO (EG) Nr. 883/04 geht bei ihrem persönlichen Anwendungsbereich von einem darüber hinausgehenden Ansatz aus[3], bezieht sich aber bei den Kollisionsnormen grundsätzlich auf das Beschäftigungsverhältnis bzw. die selbständige Tätigkeit. Die Anknüpfung an das Beschäftigungsverhältnis bedeutet, dass grundsätzlich der Ort der Beschäftigung oder im Falle der selbständigen Tätigkeit dieser Ort der regelmäßige Anknüpfungspunkt ist. Die Verordnung sieht die Anknüpfung an das Beschäftigungsverhältnis und damit den Beschäftigungsort für den Fall der abhängigen Beschäftigung als die sachgerechteste an.

Kennzeichen des Normensystems der Art. 11 bis 16 VO (EG) Nr. 883/04 ist es, dass Ausgangspunkt das Beschäftigungslandprinzip bleibt. Unter Fortführung dieses Grundsatzes werden die Konsequenzen für Ausnahmefälle gezogen. Kann mit dieser Ableitung eine sinnvolle Anknüpfung nicht gefunden werden, so werden subsidiär das Wohnlandprinzip, das auf den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt des Arbeitnehmers abstellt und das Sitzlandprinzip, das den Wohnsitz des Arbeitgebers oder den Sitz des Unternehmens maßgebend sein lässt, herangezogen. Dabei gibt die Verordnung grundsätzlich dem Wohnlandprinzip den Vorrang vor dem Sitzlandprinzip.

Die Art. 11 bis 15 der Verordnung treffen eine zum Teil etwas starre Regelung, die nicht bei allen Sachverhalten mit Berührung zu einem anderen Mitgliedstaat zu sachgerechten Ergebnissen führt. Deshalb sieht Art. 16 der Verordnung die Möglichkeit vor, Ausnahmen von den Art. 11 bis 15 der Verordnung zu vereinbaren, wovon durchaus rege Gebrauch gemacht wird.

Die wichtigste Modifikation der Grundsatznorm des Art. 11 VO (EG) Nr. 883/04 findet sich in Art. 12 der Verordnung. Sie stellt zwar einerseits wie die Buchstaben b) bis e) des Art. 11 Abs. 2 der Verordnung eine Modifikation des Beschäftigungslandprinzips dar, indem für die Anknüpfung an das Beschäftigungsverhältnis die Ausnahmen bestimmt werden. Während sich aber die Modifikationen der Buchstaben b) bis e) des Art. 11 Abs. 2 im Wesentlichen mit besonderen, vom typischen Beschäftigungsverhältnis abweichenden Tätigkeiten befassen, hat Art. 12 VO (EG) Nr. 883/04 das typische Beschäftigungsverhältnis zum Gegenstand und regelt verschiedene Fallkonstellationen bei Sachverhalten mit Berührung zu mehreren Mitgliedstaaten. Während aber Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a) abhängige Beschäftigung und selbständige Tätigkeit rechtstechnisch zusammen behandelt, beschränkt sich hier Abs. 1 auf die abhängig Beschäftigten und für die Selbständigen sieht Abs. 2 eine eigene Regelung vor.

---

3 Anders als die VO 1408/71 erfasst die VO 883/04 nicht mehr nur Arbeitnehmer und Selbständige sondern alle Personen, die von den Systemen der Mitgliedstaaten erfasst werden.

Aus Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a) der Verordnung ergibt sich, dass bei einer Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats im Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigt ist, grundsätzlich der Ort der Beschäftigung maßgebend ist. Dies beruht für die abhängige Beschäftigung darauf, dass bei Anknüpfung an das Beschäftigungsverhältnis für die Bestimmung der anzuwendenden nationalen Rechtsordnung grundsätzlich auf den Schwerpunkt dieses Rechtsverhältnisses abzustellen ist. Eine derartige Konstruktion bestimmt die Anwendbarkeit von nationalen Rechtsvorschriften danach, zu welcher Rechtsordnung der Sachverhalt die engsten Verknüpfungen hat. In den Fällen der vorübergehenden Tätigkeit in einem anderen Staat und bei Tätigkeiten im Verkehrswesen vermag der tatsächliche Beschäftigungsort, anders als sonst, nicht den Schwerpunkt des Beschäftigungsverhältnisses zu bezeichnen. Es ist dann nach anderen Anknüpfungspunkten zu suchen. Dies ist der Zweck des Art. 12 der Verordnung ebenso wie der Aus- und Einstrahlungsregelungen der §§ 4 und 5 SGB IV.

Die Entsendung muss zeitlich begrenzt sein. Anders als die §§ 4 und 5 SGB IV enthält Art. 12 der Verordnung eine feste Höchstfrist. Die Vorschrift sieht auch nicht vor, dass sich die zeitliche Begrenzung aus dem Vertrag oder aus der Eigenart der Beschäftigung ergeben müsse. Art. 12 differenziert insoweit nicht; wenn es aber um die Frage geht, aufgrund welcher Kriterien die Dauer der Arbeit zu ermitteln ist, so wird auf den Vertrag oder die Eigenart der Beschäftigung zurückzugreifen sein. Die Dauer der Arbeit darf voraussichtlich 24 Monate nicht überschreiten. Damit ist erforderlich, dass die zeitliche Begrenzung bereits bei Beginn der Tätigkeit feststeht.

Zusätzlich sieht Art. 12 Abs. 1 VO Nr. 883/04 vor, dass die Rechtsvorschriften des Entsendestaates nur dann weitergelten, wenn der betreffende Arbeitnehmer nicht an Stelle eines anderen Arbeitnehmers entsandt wird, dessen Entsendezeit abgelaufen ist. Diese Voraussetzung soll Missbräuche verhindern – etwa den, dass Unternehmen mit langfristigen Bauaufträgen außerhalb des Mitgliedstaats, in dem der Betrieb liegt, von dem aus die Arbeitnehmer entsandt worden sind, die entsandten Arbeitnehmer turnusmäßig ablösen, um die Abführung höherer Beiträge im Beschäftigungsland zu vermeiden. Der Systematik der Kollisionsnormen des supranationalen Sozialrechts hätte es eher entsprochen, auch die ablösenden Arbeitnehmer von den Rechtsvorschriften des Entsendestaats zu erfassen, da das Schutzbedürfnis das gleiche ist. Die Vorschrift ist deshalb auch eng auszulegen und kann nicht alle Ablösungen eines Arbeitnehmers durch einen anderen betreffen, sondern nur solche, wo der Grund für die Ablösung der Ablauf der Entsendezeit ist. Allerdings kann ein Arbeitnehmer einen anderen innerhalb der Entsendezeit ablösen, wenn dadurch der Gesamtzeitraum von 24 Monaten nicht überschritten wird. Eine neue Entscheidung des EuGH hat insofern deutlich gemacht, dass es bei der Frage der Ablösung nicht darauf ankommt, ob ein Arbeitnehmer durch einen anderen Arbeitnehmer des gleichen Unternehmens abgelöst wird, sondern nur, ob ein Arbeitnehmer

bei seiner Tätigkeit – ggf. auch durch Arbeitnehmer eines anderen Unternehmens – abgelöst wird[4].

Der Nachweis über die Fortgeltung der Vorschriften des Entsendestaates wird durch eine Bescheinigung des Mitgliedstaats geführt, dessen Rechtsvorschriften weitergelten (Vordruck A 1). Dies bereitet in der Praxis Schwierigkeiten, insbesondere sofern es um kurzfristige Entsendungen geht – etwa bei Saisonarbeitskräften.

II. Neue Entwicklungen

Gerade in solchen Fällen kommt es aber auch vermehrt vor, dass Personen neben ihrer Tätigkeit in einem Mitgliedstaat etwa im bezahlten oder unbezahlten Urlaub in einem anderen Mitgliedstaat eine kurzzeitige Tätigkeit ausüben[5].

Ist eine Person in zwei oder mehr Mitgliedstaaten im Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigt oder selbständig tätig, so ist die Anknüpfung an den Beschäftigungs- bzw. Tätigkeitsort untauglich. Die Anknüpfung an den Sitz oder Wohnsitz des Unternehmens bzw. Arbeitgebers erscheint ebenfalls nicht sinnvoll, da er bei Tätigkeiten der betreffenden Person in mehreren Mitgliedstaaten nicht zuverlässig die sachgerechteste Rechtsordnung bezeichnet. Hier greift deshalb die nach dem System der Verordnung subsidiäre Anknüpfung an den Wohnsitz ein. Voraussetzung ist, dass die betreffende Person typischerweise ihre Tätigkeit im Gebiet mehrerer Mitgliedstaaten ausübt. Dies hat der Europäische Gerichtshof auch in einem Fall eines dänischen Arbeitnehmers angenommen, der in Dänemark wohnt und ausschließlich von einem Unternehmen mit Sitz in Deutschland beschäftigt wird und der im Rahmen dieses Arbeitsverhältnisses einen Teil seiner Tätigkeit regelmäßig im Umfang von mehreren Stunden pro Woche während eines Zeitraums, der nicht auf zwölf Monate beschränkt ist, in Dänemark ausübt. Die gleiche Anknüpfung gilt für solche Fälle, in denen die betreffende Person für mehrere Unternehmen oder mehrere Arbeitgeber tätig ist, die ihren Sitz oder Wohnsitz im Gebiet verschiedener Mitgliedstaaten haben. Voraussetzung ist in beiden Fällen weiterhin, dass sie für ihre Tätigkeit dem dortigen System sozialer Sicherheit angeschlossen ist; anderenfalls gelten die Vorschriften des anderen Beschäftigungsstaates. Allerdings ist der Wohnsitz nach Art. 13 Abs. 1 nur dann maßgeblich, wenn im Wohnmitgliedstaat ein wesentlicher Teil der Tätigkeit ausgeübt wird[6].

Auch in diesen Fällen ist grundsätzlich der Nachweis über die Weitergeltung des Rechts des Herkunftslands durch das Formular A 1 zu erbringen.

---

4 EuGH v. 06.09.2018 – Rs C-527/16 (Alpenrind) ECLI:EU:C:2018:669.

5 S. dazu nur EuGH v. 13.09.2017 – Rs C-569/15 (X gegen Staatssecretaris van Financien) ECLI:EU:C:2017:673; siehe dazu auch *Steinmeyer,* ZESAR 2018, 381 ff.

6 S. dazu auch *Steinmeyer*, ZESAR 2018, 381 ff.

Diese Bescheinigung hat in der Praxis eine hohe Bedeutung, führt aber auch immer wieder zu Problemen. Fest steht, dass der andere Staat und seine Träger sowie die Arbeitgeber an diese Entscheidung gebunden sind, sofern sie nicht zurückgenommen worden ist[7]. Hat dieser Staat Bedenken gegen die Richtigkeit der Bescheinigung, so hat er diese dem Entsendestaat zu übermitteln und dieser sie zu überprüfen. Durch Beschluss Nr. A 1 der Verwaltungskommission ist ein Dialog- und Vermittlungsverfahren zu Fragen der Gültigkeit von Dokumenten, der Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften und der Leistungserbringung eingerichtet worden. Danach setzt sich der ersuchende Träger mit dem ausstellenden Träger zwecks Überprüfung, Klarstellung oder Rücknahme in Verbindung. Dieser setzt den ersuchenden Träger spätestens nach drei Monaten – bei großer Komplexität auch nach sechs Monaten – in Kenntnis, der von dem Ergebnis dann die betroffene Person bzw. den Arbeitgeber unterrichtet. Haben die Träger während dieser ersten Phase des Dialogverfahrens keine Einigung erzielt oder ist das Überprüfungsverfahren nach sechs Monaten nicht abgeschlossen, kann der ersuchende Träger entweder direkt die Verwaltungskommission anrufen oder ersuchender wie ausstellender Träger benennen je einen neutralen Ansprechpartner, die binnen sechs Wochen eine Einigung herstellen sollen. Verläuft dieses Dialogverfahren erfolglos, so kann die Verwaltungskommission angerufen werden, die die Angelegenheit ggf. an den Vermittlungsausschuss weiterleitet.

Insgesamt handelt es sich hier um ein umständliches und zeitraubendes Verfahren, das zwar der Rechtslage zutreffend Rechnung trägt, in der Praxis – insbesondere bei kurzfristigen Entsendungen aber kaum weiterhilft. Deshalb soll nach dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004[8] ein vereinfachtes Verfahren eingeführt werden, das den Vorgang beschleunigt. Keine Bindungswirkung entfalten gefälschte Bescheinigungen. Gemäß § 150 Abs. 3 SGB VI speichert die Datenstelle der gesetzlichen Rentenversicherung die Daten der ausgestellten A-1-Bescheinigungen sowie die Identifikationsmerkmale der erfassten Person sowie des Arbeitgebers, so dass durch die Rentenversicherungsträger die Echtheit einer vorgelegten Bescheinigung überprüft werden kann. Durch Betrug erlangte Bescheinigungen spielen in der Praxis ebenfalls eine erhebliche Rolle. Mit der Problematik zweifelhafter Bescheinigungen hat sich jüngst der EuGH für den Fall einer betrügerischen Vorgehensweise befasst[9]. Der Gerichtshof hat auf das zur Überprüfung einzuhaltende Verfahren verwiesen, was aber be-

7 EuGH Rs C-202/97 (Fitzwilliam) ECLI:EU:C:2000:75.
8 KOM(2016) 815 endg.
9 EuGH Rs C-359/16 (Altun) ECLI:EU:C:2018:63.

deute, dass der angerufene Träger dann auch eine Überprüfung vornehmen müsse. Wenn dann der Träger sich nicht innerhalb der Frist äußere bzw. wie hier die Bescheinigungen praktisch ohne Prüfung bestätige, dürfe das nationale Gericht die Bescheinigungen unberücksichtigt lassen.

C. Zwischenergebnis

Die Kollisionsnormen der VO 883/04 erweisen sich damit als zwar in sich konsequent aber in der Praxis für nicht immer leicht umsetzbar. So ergibt sich etwa für Saisonarbeiter eine rechtlich eher verwirrende Situation, da sie entsandt sein mögen oder aber in dem anderen Mitgliedstaat sich selbst die Arbeit suchen. Je nach Konstellation mag das Recht des Entsendestaats oder des Wohnsitzstaats anwendbar sein, was häufig Arbeitnehmer und Arbeitgeber in der Praxis überfordert. Diese Komplexität ist aber nur begrenzt korrigierbar, da ein Koordinierungssystem wie das der VO 883/04 seine Aufgabe der sozialen Absicherung der Freizügigkeit nur unter Inkaufnahme eines komplizierten Regelungswerks bewältigen kann; es gilt, die Systeme von 30 Staaten zu koordinieren.

D. Parallele Fragen im europäischen Arbeitsrecht

Die Regelungen des europäischen Sozialrechts dienen der Absicherung der Freizügigkeit. Die dargestellten und analysierten Kollisionsnormen sind solche des öffentlichen Rechts, einer Rechtswahl also nicht zugänglich. Im Arbeitsrecht ist Art. 8 Rom I heranzuziehen, der grundsätzlich die Rechtswahl eröffnet, sie aber zum Schutz des Arbeitnehmers einschränkt[10]. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen den sich aus Art. 8 Rom I ergebenden zwingenden Normen und den Eingriffsnormen nach Art. 9, die unabhängig von der Rechtswahl gelten[11]. Für den Fall nicht ausdrücklicher oder konkludenter Rechtswahl ist in Art. 8 Abs. 2 eine Entsendungsregelung vorgesehen, die der der VO 883/04 weitgehend entspricht, eine Befristung aber nicht enthält, sondern allein auf das Merkmal „vorübergehend" abstellt.

Von diesem System weicht allerdings das geltende Arbeitnehmerentsendegesetz ab, indem es – der Entsenderichtlinie der EU[12] folgend – bei Entsendetätigkeiten in ihrem persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich bestimmte Arbeitnehmerschutzvorschriften für zwingend ohne Rücksicht auf die Rechtswahl erklärt. Dies dehnt den Anwendungsbereich des Art. 9 Rom I

10 Näher EuArbR/*Krebber*, Art. 8 VO 593/2008/EG Rn. 1 ff.
11 Näher EuArbR/*Krebber*, Art. 8 VO 593/2008/EG Rn. 1 ff.
12 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (ABl. Nr. L 18 S. 1).

aus. Die neue – in Deutschland noch nicht umgesetzte – Entsenderichtlinie[13] geht insofern noch einen Schritt weiter, als sie verlangt, dass bei Entsendungen bereits sofort der größte Teil des Arbeitsrechts des konkreten Tätigkeitsstaats als Mindestmaßstab zu garantieren ist und nach 12 Monaten auch die übrigen arbeitsrechtlichen Vorschriften in diesem Sinne zu gelten haben. Damit ist zum einen ein großer Teil des Arbeitsrechts für den sachlichen und personellen Anwendungsbereich der Richtlinie faktisch als Eingriffsnormen zu behandeln. Eine Entsendung mit der Wirkung der zusätzlichen Garantie des gesamten Arbeitsrechts des Tätigkeitsortes erfolgt dann schon nach zwölf Monaten und damit deutlich früher als unter der VO 883/04 im Sozialrecht. Das dürfte zu zusätzlichen praktischen Schwierigkeiten führen, die noch dadurch vergrößert werden, dass die Richtlinie vorsieht, dass für die Frage der Ablösung hier anders als im Sozialrecht nur Zeiten zusammengerechnet werden, die von Arbeitnehmern des gleichen Unternehmens nacheinander zurückgelegt werden.

Nun ist einzuräumen, dass Arbeitsrecht und Sozialrecht durchaus unterschiedlichen Regeln folgen, die nicht nur dadurch begründet sind, dass Sozialrecht öffentliches Recht ist und das Arbeitsrecht zumeist Privatrecht. Beim Arbeitsrecht geht es um die Anwendung von Arbeitnehmerschutzvorschriften unterschiedlicher Art während es im Sozialrecht um die Erfassung durch soziale Sicherungssysteme geht. Dabei soll das Sozialrecht sicherstellen, dass jemand bei grenzüberschreitender Tätigkeit bzw. Migration lückenlos von den beteiligten Systemen erfasst wird. Das Arbeitsrecht sieht einen konkreten Arbeitnehmerschutz vor, der je nach Art des erfassten Bereichs unterschiedlich ausgestaltet ist. Ein Gleichlauf von Arbeitsrecht und Sozialrecht ist deshalb in diesem Zusammenhang nicht zwingend. Gleichwohl aber ist die fehlende Abstimmung zwischen der Entsenderichtlinie und der VO 883/04 zu kritisieren.

Hervorzuheben ist ferner, dass die neue Entsenderichtlinie zudem von dem Gedanken getragen ist, die Ausnutzung des unterschiedlichen Schutz- und damit Kostenniveaus zwischen den Mitgliedstaaten – etwa denen Mittel- und Südosteuropas einerseits und Westeuropas andererseits zu verringern, wenn nicht aufzuheben, womit es hier – auch – um eine Steuerung des Wettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten geht. Dieser Aspekt spielt im Rahmen des europäischen Sozialrechts keine Rolle, das allein der Herstellung und Absicherung der Freizügigkeit dient.

13 Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (ABl. Nr. L 173, S. 16 ff.).

E. Fazit

Bernd von Maydell hat 1967 die Grundlagen für die Beschäftigung mit dem europäischen und internationalen Sozialversicherungsrecht in Deutschland gelegt. Seine Erkenntnisse und Ergebnisse leiten die Diskussion noch heute. Die fortschreitende Verflechtung in Europa hat die Aktualität dieser Fragen deutlich erhöht. Das hat auch zu erhöhter Bedeutung der Querverbindungen zum Arbeitsrecht geführt; dann aber ist es bedauerlich, dass die neue Entsenderichtlinie nicht besser mit dem europäischen Sozialrecht abgestimmt wurde.

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter dieses Heftes

Becker, Ulrich, Prof. Dr. LL.M (EHI), Direktor des Max-Planck-Instituts für Sozialrecht und Sozialpolitik, Abteilung für ausländisches und internationals Sozialrecht, München · Bodiroga-Vukobrat, Nada†, Prof. Dr., Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci · Borchert, Jürgen, Dr., ehem. Vorsitzender Richter am Hessischen Landessozialgericht · Eylert, Mario, Dr., ehem. Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht, Erfurt · Graser, Alexander, Prof. Dr., Öffentliches Recht und Politik an der Universität Regensburg · Hänlein, Andreas, Prof. Dr., Institut für Wirtschaftsrecht, Fachgebiet Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht, Universität Kassel · Hohnerlein, Eva Maria, Dr., wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Abteilung für ausländisches und internationales Sozialrecht, München · Jackowiak, Urszula, Prof. Dr., Universität Gdańsk · Jorens, Yves, Prof. Dr., ordentlicher Professor an der Juristischen Fakultät Universität Gent · Knieps, Franz, Vorstand des BKK-Dachverbandes, Berlin · Kötter, Ute, Prof. Dr., Fakultät für angewandte Sozialwissenschaften, Hochschule München · Kreikebohm, Ralf, Prof. Dr., ehem. Geschäftsführer der DRV Braunschweig, Honorarprofessor an der TU Braunschweig · Motozawa, Miyoko, Prof. Dr., Universität Tsukuba · Nußberger Angelika, Dr., Vizepräsidentin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Straßburg · Reinhard, Hans-Joachim, Prof. Dr., Fachbereich Sozial- und Kulturwissenschaften, Hochschule Fulda · Steinmeyer, Heinz-Dietrich, em. Prof. Dr., Rechtswissenschaftliche Fakultät, Institut für Arbeits-, Sozial- und Wirtschaftsrecht Universität Münster ·

Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS)

Herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Becker,
Direktor am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik,
Abteilung für ausländisches und internationales Sozialrecht

Beirat: Prof. Dr. *Ingwer Ebsen*, Universität Frankfurt a. M. · *Prof. Matthew W. Finkin*, University of Illinois · Prof. Dr. *Maximilian Fuchs*, Universität Eichstätt-Ingolstadt · Prof. Dr. *Thomas Gächter*, Universität Zürich · Prof. Dr. *Peter Mankowski*, Universität Hamburg · Prof. Dr. *Franz Marhold*, Wirtschaftsuniversität Wien · Prof. Dr. *Andreas Hänlein*, Universität Kassel

Mitglied der International Association of Labour Law Journals Publications Around the World

Ausblick auf die nächsten Hefte

Tania Abbiate (Siena/München): Social Assistance in Africa: the Case of Universal Social Pensions in East Africa

Olga Chesalina (Minsk/München): Digital Platform Work in the Russian Federation

Redaktionsanschriften: Prof. Dr. Ulrich Becker, Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Abteilung für ausländisches und internationales Sozialrecht, Postfach 34 01 21, 80098 München, Telefon (089) 3 86 02-511, e-mail: reinhard@mpisoc.mpg.de.

Bezugsbedingungen: Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Zitierweise: ZIAS) erscheint halbjährlich (zwei Hefte ergeben einen Band) und ist durch den Buchhandel oder vom Verlag zu beziehen. Abonnementsbedingungen/Bezugspreise: jährlich € 165,00 (einschl. 7 % Mehrwertsteuer) zuzüglich Versandspesen ab Verlag von € 13,– Inland und € 18,– Ausland. Einzelheft € 90,00 zuzüglich Versandkosten. Der Abonnementsvertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Kündigungen sind jeweils zwei Monate vor Ende des Bezugszeitraums möglich und dem Verlag schriftlich mitzuteilen, ansonsten verlängert sich das Abonnement um ein Jahr. Die Abonnementsgelder werden jährlich im voraus in Rechnung gestellt. Über Postgiroämter und Bankinstitute ist eine Teilnahme am Lastschriftabbuchungsverfahren und vierteljährliche Abbuchung möglich. Bei Neubestellungen kann der Abonnent seine Bestellung innerhalb von sieben Tagen schriftlich durch Mitteilung an die Verlagsadresse widerrufen. Zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs (Datum des Poststempels).

Urheber- und Verlagsrechte: Die in der Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung in fremde Sprachen, bleiben vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Auch die Rechte der Wiedergabe durch Vortrag, Funk- und Fernsehsendung, im Magnettonverfahren oder auf ähnlichem Wege bleiben vorbehalten.

C. F. Müller GmbH; Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg. Anzeigen: Judith Hamm, Telefon (06221) 48 94 16. Es gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 26 vom 1. Januar 2018. Vertrieb: Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm, Abonnementsservice, Hultschiner Str. 8, D-81677 München, Telefon (089) 21 83-71 10, Fax (089) 21 83-76 20, e-mail: aboservice@hjr-verlag.de. Satz: Strassner ComputerSatz, Heidelberg. Druck: Westermann Druck, Zwickau.

Die unverzichtbare Rechtssammlung zum Europäischen Arbeits- und Sozialrecht

Europäisches Arbeits- und Sozialrecht EAS

Rechtsvorschriften, Systematische Darstellungen, Entscheidungssammlung

Herausgegeben von Prof. Dr. Hartmut Oetker und Prof. Dr. Ulrich Preis.
Loseblattwerk in 17 Ordnern.
Rund 27.250 Seiten. € 304,–
zur Fortsetzung für mind. 12 Monate.
ISBN 978-3-8114-3534-6

Der Einfluss des europäischen Arbeits- und Sozialrechts auf das nationale Recht gewinnt immer mehr an Bedeutung. So haben in der Vergangenheit insbesondere die Entscheidungen des EuGH in der arbeitsrechtlichen Fachwelt für lebhafte Diskussionen gesorgt und Maßstäbe gesetzt. Auch in Zukunft werden richtungsweisende Entscheidungen aus Brüssel die Praxis intensiv beschäftigen.

Das vorliegende Standardwerk EAS bietet Ihnen hierzu das notwendige Rüstzeug.

EAS gliedert sich übersichtlich in:

- **Eine Textsammlung** mit allen maßgeblichen Rechtsvorschriften des primären Gemeinschaftsrechts, Abkommen und Erklärungen von allgemeiner Bedeutung sowie Verordnungen und Richtlinien der EU in chronologischer Reihenfolge,
- **Systematische Darstellungen** mit fundierten und umfassenden Erläuterungen der Rechtsvorschriften durch ein namhaftes Autorenteam und
- **eine Entscheidungssammlung** mit der gesamten einschlägigen Rechtsprechung des EuGH, BVerfG sowie praxisrelevante Entscheidungen anderer Gerichte.

Versandkostenfrei (innerhalb D) bestellen: www.cfmueller.de
C.F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg
Bestell-Tel. 089/2183-7923, Bestell-Fax 089/2183-7620
kundenservice@cfmueller.de

C.F. Müller
CFM