ZIAS 2022 Heft 2

Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht

ZIAS

2/2022
36. Jahrgang
Seiten 177–389

Aus dem Inhalt

40 Jahre Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, München Band 2

286202612202

CFM C.F. Müller

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

Heft 2, 36. Jahrgang 2022, Seiten 177–389

Abhandlungen

Anfänge und Entwicklung des Instituts

A career changer, who still maintained his roots – Reflections from and on crossing borders
Von Peter Herrmann, Berlin 177

Ausländisches Sozialrecht

„Sozialisierung“ des Betreuungsrechts im japanischen Recht
Von Makoto Arai, Tokio 185

Le più recenti riforme del diritto della sicurezza sociale italiano alla prova della pandemia da Covid-19
Von Matteo Borzaga, Trient 198

Australian Social Law and Migrant Flux
Von Terry Carney / Anna Boucher, Sydney 206

Social Security Rights of Turkish Citizens Abroad
Von Tankut Centel, İstanbul 214

Sozialrecht und Integration; Problemlage und Normenstruktur in der Republik Korea
Von Kwang-Seok Cheon, Seoul 227

Recent trends in social welfare benefit policies in New Zealand: Looking back at the reforms of the National and Labour Governments since 2011
Von Michael Fletcher, Wellington 245

Die Arbeitslosenversicherung der Türkei - Zeit, um Bilanz zu ziehen
Von Alpay Hekimler; Eskişehir 253

Vom Tarifvertrag zum Europarecht: eine kurze Geschichte der französischen paritätischen Vorsorgeeinrichtungen (*institutions de prévoyance*)
Von Francis Kessler, Paris 273

Der demografische Wandel und die soziale Sicherheit in Japan
Von Katsuaki Matsumoto, Kumamoto 285

The right to social security as a standstill clause
Von Danny Pieters, Eleni De Becker, Niel Laenen, Leuven 291

Ingreso Mínimo Vital in Spanien: Eine Lücke wird geschlossen
Von Hans-Joachim Reinhard, Fulda 305

The Right to Health in Pandemic Times and the Role of the Brazilian Federal Supreme Court
Von Ingo Wolfgang Sarlet, Jeferson Ferreira Barbosa, Porto Alegre 316

Modernisierung der Absicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten im Fall von COVID-19-Erkrankungen in Tschechien
Von Martin Štefko, Prag 325

Rechtsordnungsübergreifender Vergleich

Überblick über die Pflegeleistungen in Deutschland und Taiwan – ein Vergleich
Von Kuyen Lin, Taipeh 335

Sozialhilfeleistungen und Familienunterhalt in Japan – im Vergleich mit Korea und Taiwan
Von Miyoko Motozawa, Tsukuba 344

Internationales und Europäisches Sozialrecht

Mobility in the EU on the move…Are EU migrant workers looking for appropriate protection?
Von Yves Jorens, Ghent 352

Igualdad de género y protección social - Apuntes de Derecho Europeo
Von Nuria Pumar Beltrán, Barcelona 358

Modernisierung des Sozialrechts

Zur Wiedervorlage: Aktuelle verfassungsrechtliche Probleme des Asylbewerberleistungsrechts
Von Daniela Schweigler, Duisburg-Essen 364

The (twice) two worlds of social security
Von Jef van Langendonck, Leuven 371

Rezension

Carmelo Mesa-Lago, Evaluation of Four Decades of Pension Privatization in Latin America, 1980-2020: Promises and Reality, Mexico City, Friedrich Ebert Stiftung, 248 p. (2021)
Von Eva Maria Hohnerlein, München 382

Nachruf

Prof. Dr. Jürgen Kruse (1959-2022)
Von Ute Kötter, München 388

Peter Herrmann, Berlin

A career changer, who still maintained his roots – Reflections from and on crossing borders

Table of Content

A. The first steps: awkward age and coming to reason
B. Early Adolescence: The change to wisdom of acknowledging the lack of knowledge
C. The crisis exposes the illusions of life – cheerful individualism: it has unlearned self-responsibility

No matter how one looks at academic work, one will always find a common thread: discipline. Approaching discipline in a differentiated way: (i) it is in very general terms an amalgamation of morality, social and societal expectations, sanctionable behaviour and obedience – the different ingredients and their share are not clearly defined, and it is not even clear if those stated are comprehensive. (ii) Another dimension is about explicit self-disciplining, i. e., forcing oneself to behave in a specific way, aiming on gaining a high reputation from behaving and performing in a specific way – in this case one faces a paradox as the reference (the reputation that is thought) is chosen by the individual who acts, whereas the 'behaviour' itself seems to be alien. The most pronounced example is performance in sports, where the control over the body is put under extreme strain, to the extent that it can barely be considered natural, although artificial means are not part of the game. (iii) This allows turning attention to a third dimension of discipline, namely the differentiation of a specific subject area and a corresponding professional group. Such differentiation can be seen as an edifice, building on the two other dimensions: on the one hand the multiplicity of a variety of aspects, merging in a systematic, though equally diffuse way; on the other hand focusing this amalgamation in order to reach a force so that of the strength of a burning-glass.[1] (iv) This is also characterising the disciple, the term capturing the entire span between the pupil, studying a specific subject area and the devotee as a person who commits him/herself to any subject matter, be it academic or not.

The problem is obvious, characterising all dimensions. It can be formulated in two ways: focusing makes it possible to fade out non-essential issues, concentrating on what is essential. This means – so the other formulation – we are dealing with multiple truth, every discipline claiming ultimate truth and having difficulties to integrate other perspectives. In the best case, they are seen as a little brother, which is at least preferable than being ignored.

The little brother – the real meaning is surely only understood, if we look at the big brother …

1 See works by Luhmann on differentiation, the theory of professionalisation going back to Max Weber, Georg Simmel on *Vergesellschaftung,* finally Adam Smith and Emile Durkheim on the division of labour

A. The first steps: awkward age and coming to reason

… who may come along in four different personalities, the authoritarian character, the humanitarian explorer, the sober, rational calculator, and the thoughtless follower; as much as these are characteristics of the big brother, we meet similar personalities when we look at the small brother, although the big brother is, of course, performing a major influence, shaping the mindset of the junior partner.

A better term than shaping is curating, a term that gained some prominence in various recent discourses. The core of curating points in a different direction. While etymologically the verb is mainly concerned with managing a museum, exhibition, and the like, it is at the very core a matter going far beyond. The respective entry in Harper's Etymology Dictionary says about the noun

curate

late 14c., 'spiritual guide, ecclesiastic responsible for the spiritual welfare of those in his charge; parish priest,' from Medieval Latin curatus 'one responsible for the care (of souls),' from Latin curatus, past participle of curare 'to take care of' (see cure (v.)). Church of England sense of 'paid deputy priest of a parish' first recorded 1550s.[2]

****

Being curated …? Of course, it is the 'right of the youth', perhaps even the duty, not to comply with all aspects of such curation, instead: claiming to know, and perhaps even supposing to know better.

My first steps, having been correspondent for social policy and social law in Ireland, arriving in 2003 for my first fellowship at the MPI in Munich, had not least been guided by the idea of knowing what (social) law is about, coming from an economics background, political economy, and sociology as my original disciplines. An additional factor may be seen in the fact that social law on the Green Island of Hibernia had been somewhat underdeveloped, major developments were primarily the result of pushes from the European Union – Ireland joined in 1973, being mocked as part of the poor house of the time, pushing under clever leadership of Proinsias de Rossa for a policy to combat poverty[3] and emerging later as European model student of successful growth policies, again later as model student in overcoming the financial crisis. – This had been a matter of particular interest, applying a broad brush one may say it reflected the pattern that interested earlier jurists and sociologists alike, performing as building-block for respective theories. A. S. Maine and Ferdinand Toennies coming immediately to mind. These and many others looked at (different facets of) the process of increasingly mediated relations between humans and a growing role of formally de-

2 Harper, Douglas, 2001–2021: Etymonline. Online Etymology Dictionary; here: curate; www.etymonline.com/word/curate#etymonline_v_472; 03/01/22

3 Herrmann, Peter, 1997: Armut, Soziale Ausgrenzung und Möglichkeiten einer Partizipationsstrategie. Erfahrungen der National Anti-Poverty Strategy (NAPS) in der Republik Irland; in: Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge; Ed.: Deutscher Verein für private und öffentliche Fürsorge; Frankfurt/M.: Eigenverlag; 9/1997: 279–282

fined structures and institutions.[4] In this light, the work during this time, looking at social law in Ireland in a comparative perspective, must be seen as research in a naturally given laboratory.

While policies to combat poverty can be seen as the genuine Irish ingredient to European social policy, these contributed only little to the country's development of social law. When it comes to the latter, Ireland had been at most recipient, often against its own will. What had been the reason for resisting? At least one factor is given by the fact that being model student had been founded on low enterprise tax, a shallow social security system and the transfer of the old sacral patriarchalism into a secular system of governance. Taking up the theoretical perspective, 'modernisation' of a specific kind occurs predominantly as pull rather than push factor, confirming the strength of forces of inertia.

Research, as objective as it must be, is necessarily also shaped by personal experience. Thus, the double-socialisation – being reared up in the spirit of the protestant work ethics and an akin disposition of law and order on the one hand, getting used to an attitude to follow the natural flow of things, guided by the importance of the notion 'nothing to be added than time',[5] raised the question if such pull-push perspective could be a deception.

The open climate, making me feel accepted, although I had obviously been an outsider – being, working together with real legal scholars and real foreigners had to turn out to be exciting for somebody who had been somewhat alien: in professional terms, not German and not foreigner in the strict sense and being a country boy, coming from rural Ireland, arriving in the big city. It is worthwhile to state that people, suggesting Munich would be provincial, never lived in a country, where a town with approximately 100.000 citizens is the second largest of the entire country.[6]

While arriving with a sceptical attitude to the possibility of 'being curated', I had been increasingly inspired by the idea of curating together with colleagues from different countries, continents, specialisations a comparative perspective: it had been a move from competition between disciplines to being a disciple of comparative research. – and is well worth a side remark: contacts to many of those colleagues I met during the first and then during later visits are an ongoing asset in life and work, the living work and, yes: then also the work of living.

Having mentioned three 'tensions' arising from being an alien – the professional dimension, the status of being a 'special foreigner' and the fact of arriving from a provincial town of a small island nation – turned out to provide a fertile

---

4 See Maine, Henry Sumner, 1861: Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relation to modern Ideas; New York: Henry Holt, 1906; Toennies, Ferdinand, 1887: Gemeinschaft und Gesellschaft. Abhandlung des Communismus und des Socialismus als Empirischer Culturformen; Leipzig

5 How serious is this? Bulmers advertised the Cider for many years with the slogan 'Noting Added but Time", but in 2017 'calls time on long-running advertising theme. C&C's Irish cider eyes makeover in €10m brand investment' (Slattery, Laura, 2017: Bulmers calls time on long-running advertising theme; in: The Irish Times www.irishtimes.com/business/media-and-marketing/bulmers-calls-time-on-long-running-advertising-theme-1.3011964; 05/01/2022)

6 From much later experience it is worthwhile to add that the take on Berlin as large city is qualified from living in a city with about a 10th of the population of Germany – in China we had been mocking a bit, suggesting it is a medium-sized city.

ground for a new pillar of my own professional career: the wish to develop a comparative perspective, hopefully also allowing me to contribute specifically to the careers of colleagues and students, increasingly in different countries, and even spread across continents.

Looking again at the etymology, we find for the verb compare the following entry:

> *c. 1400, 'regard or treat as equal;' early 15c. 'liken, make a comparison, represent as similar,' from Old French comparer 'to compare, liken' (12c.), from Latin comparare 'to liken, to compare,' from com 'with, together' (see com-) + par 'equal' (see par (n.))… .*
>
> *From c. 1500 as 'note the similarities and differences of.' … .*
>
> *In phrase without compare (1620s, with similar phrasing to 1530s) it might be altered by folk etymology from compeer 'rival' (with-outen compere is attested from c. 1400) or blended with it; Middle English had withouten comparacioun (mid-15c.), wyþe-oute comparisoun (mid-14c.).*[7]

This perspective opened an interesting door, not least becoming again critical towards one of my professional roots: one of the core teachings in economics is that of comparative advantage, spelled out by David Ricardo. Though I never bought into the Ricardian thesis, my critique gained a new perspective: what had been comparative advantage became comparative completion, moving from there to cooperative advantage.

B. Early Adolescence: The Wisdom of acknowledging the lack of knowledge

Adding to the three general tensions, mentioned earlier, the professional discourses brought up three specific tensions – or even contradictions – linked to the distinct processes of measuring the world:[8]

I.

The first is about the individual and the social: Jurisprudence has fundamental problems insofar as it is – at least when seen from the perspective of sociology – structurally caught in individualism and the attempt to focus on individuals' freedom. As such, freedom is centrally seen as concerned with choices. The understanding of individualism is then not a matter of prioritisation, the sub- or superordination of one or the other. Rather, at stake is the reference to a different understanding of the meaning of social, namely the reference to the noun social, understood as 'outcome of the interaction between people (constituted as actors) and their constructed and natural environment. Its subject matter refers to people's interrelated productive and reproductive relationships. In other words, the

7 Supra 1; here: compare; www.etymonline.com/word/compare#etymonline_v_28450; 03/01/22

8 Alluding to Daniel Kehlmann's book (Kehlmann, Daniel, 2006: Measuring the World; New York: Pantheon)

constitutive interdependency between processes of self-realisation and processes governing the formation of collective identities is a condition for the social and its progress or decline.'[9]

Doesn't this mean that one central aspect of jurisprudence is by and large neglected, namely the understanding of law as central means of defining the social contract? Surely not reflecting the entire wealth of relevant literature, such defining role is to the best of my knowledge not at the heart of legal science. Even where social contracts are looked at, it is more a matter of philosophy of law, political science or, in a perspective of law in stricto sensu, an extension of contract theory, or we may speak of an „extended two-party relationship". As such, it is a matter of regulation, but not of definition, or, in other words, a matter of relations, not of relationality. On the other hand, sociology is in the meantime in a position to present a reasonable understanding of relationality; however, we find a complete lack of understanding of the importance of legislating such complexity – legislation may even be perceived as hostile, undermining the 'societal quantum process of the realisation of one of many probabilities'.

This leads to the second issue, namely the danger of reductionism.

II.

The second is about society and immediate social relations: Part of the understanding of freedom is the exact definition of terms and conditions, in other words the positivist understanding of law stands at the centre of jurisprudence today. Obviously, this guarantees a high degree of precision and reliability. The price, however, is an ongoing reduction; this concerns on the one hand the individual cases; on the other hand, it also influences the legal system: if it turns out that the area of reference is too large, it will be further limited. The problem is widely known and discussed, not least as a problem of self-referentiality of autopoietic processes – succinctly put: if there is a problem with law, it can only be solved by law itself.[10] While this is in some respect true, it must be seen that such reductionism is causing two major problems: (a) shifting the frame of reference by reducing the scope is not only a matter of changing the 'seize'. Probably more important is the concomitant qualitative shift, consisting in the fact of changing the root cause: its definition depends on the frame of reference. This is for instance obvious when one looks at the procedures of the International Criminal Court, ICC, in The Hague. One finds three principal levels: the first is concerned with assessing the delinquency, the second looks, in a distinct procedure, at the assignment of guilt in a wider sense, determining the degree of penalty, and finally the third, dealing with the financial consequences, in particular the payment of compensation. While the different perspectives are also taken up in any other legal procedure, the particularity is in the cases of the ICC that they are split up

9 van der Maesen, Laurent J. G.; Walker, Alan, 2012: Social Quality and Sustainability; in: van der Maesen, Laurent J. G.; Walker, Alan (eds.): Social Quality. From Theory to Indicators: Basingstoke: Palgrave Macmillan; 250–274; here: 260

10 Cf. eg. Niklas Luhmann and Michael Zuern autopoiesis

in distinct procedures, subsequently applying distinct frames of reference.[11] (b) It fosters an understanding of society that is in fact a phantom. One interpretation is following the Thatcherian dictum, suggesting that there is no such thing as society;[12] the other interpretation, at the end only slightly different, sees a society of singularities,[13] now taking Thatcher's statement not as normative but as analytical stance; such society of singularities represents a culmination of those developments, Thatcher pointed out.

III.

The third concerns the historicity of society and social relations, namely the question if society is seen as static or dynamic entity. Without doubt, no view on society or societal issues will limit itself completely to stasis. The fact that we are dealing with human behaviour and activities strictly forbids such limitation. However, looking seriously at human action against the background of the individual and soci(et)al dimension, we can distinguish between a dynamic stasis, namely a view that isolates behavioural acts and activities from the fact that they create a dynamic of their own: every single act changes the conditions for the following step: it is by no means a triviality, that I do not have to open the door anymore after having opened it, subsequently that the conditions for my own action changed: attempting a schematic presentation: there is a difference between an open door and a door that I opened and a door of which I know that I can open it, and the door of which I do not know if I can open it …, each situation determining my next step – and whatever I decide to do, will specifically set the conditions and, vice versa, these conditions will determine my decision. There are, of course, probabilities – but there is first and foremost a space without limits. Determining the terms and conditions of the likelihood of one or another consequential (behavioural) act must take complex mutual influences and the differences (e. g. resulting from power differentials) into account. Put simply, the difference between stasis and dynamics (or dynamic stasis and processual relationality) is emerging from the supposed degree of linearity of decisions.

---

11 See for instance the case of the ICC against Lord's Resistance Army rebel commander Dominic Ongwen – while the Court came to the conclusion that there could be no doubt about the offences, he also took in further proceedings into account the personal experience of the offender, from here determining the sentence. (see Die JustizReporter*Innen, 8.7.2021: Bertram Schmitt, Richter am Internationalen Strafgerichtshof, im Gespräch; interview with Gigi Deppe; Die JustizReporter*Innen; SWR-aktuell; www.swr.de/justizreporterinnen/justizreporterinnen-podcast-100.html; https://avdlswr-a.akamaihd.net/swr/justizreporterinnen/bertram-schmitt-richter-am-internationalen-strafgerichtshof-im-gespraech.m.mp3;11 06/01/2022

12 Thatcher, Margaret, 1987: 'Aids, education and the year 2000!'; Interview for Woman's Own; Douglas Keay, Woman's Own; 23 September: 8–10; www.margaretthatcher.org/speeches/displaydocument.asp?docid=106689 – 19/10/2009 6:30 a. m.

13 Reckwitz, Andreas, 2020: Society of Singularities, translated by Valentine A. Pakis; Cambridge: Polity Press; already de Sola Pool, Ithiel, 1983: Technologies of Freedom; Cambridge/London: Belknap Press of Harvard University Press

C. The crisis exposes the illusions of life – cheerful individualism: it has unlearned self-responsibility[14]

The presentation so far oscillates between concrete personal experience and abstract theoretical reflections – as such in fact mirroring the feeling of the time spent with the MPI, a history of three directors, encountering colleagues who are at this stage retired, changed into different positions, and making the early steps in their careers. These nearly twenty years, half of the institute's life, saw massive changes not least in the field that is at the heart of comparative social law (though I would prefer to speak at least of labour and social law): if an issue at all, digitisation and artificial intelligence played at the outset of this period a marginal role, being a peripheral factor, more important as recipient than as sender.

Looking at D/AI today, the picture reversed – nearly no topic can get away without also referring to D/AI; and as such, D/AI presents a major challenge for social law. From the surveillance of workers, over the administrative reorientation of social welfare and the definition of social ex/inclusion to the reflection on the value of life – who is first 'legitimate victim' of the AI-controlled car: the 3 old ladies in their 70s or the 1 highly qualified person in the 30s? It may seem to be a paradox, but we are here also confronted with an intersection of a new form of the majestic equality of law, the neutral, aka technologically defined replacement of social relationships (societally) and the continued and even increasing path dependency of the definition of what constitutes social communities and humans as social beings. While walking across this field, a minefield, the problem emerges from the contradiction between a technically augmented trend towards individualisation on the one hand and substantially amplified socialisation. While the first is a matter of division of labour, we see the latter as form of long chains of interdependence (Elias) – but not chains between individuals linked via contracts; instead, it is the movement of a myriad of butterflies, the flap of the wings of each changing the world: a tiny change in the periphery causing a major change of the subsequent development.[15] The result is, borrowing the words of Luo Ji in Cixin Liu's Dark Forest, a chain of suspicion.[16] But we may add: it may also result in a circle of mutual trust, equally being consequence of the two axioms: „First, survival is the primary need of civilization. Second, civilization continuously grows and expands, but the total matter in the universe remains constant."[17]

– Doesn't jurisprudence suggest competition over the scarce resources, sociology and political economy cooperation and establishing a common? While following such interpretation, here may well be something else, more profound as

14 Bucheli, Roman, 29.12.2021: In der Krise entlarvt sich die Lebenslüge des fröhlichen Individualismus: Er hat die Selbstverantwortung verlernt, in: Neue Zuercher Zeitung; www.nzz.ch/meinung/die-lebensluege-des-froehlichen-ind…2?ga=1&kid=nl165_2021–12-28&mktcid=nled&mktcval=165_2021–12-29; 30/12/21, 19:19

15 see Lorenz, Edward N., 1963: Deterministic Nonperiodic Flow, in: Journal of the Atmospheric Sciences, 20(2): 130–141; https://journals.ametsoc.org/view/journals/atsc/20/2/1520–0469_1963_020_0130_dnf_2_0_co_2.xml; 24/08/2021

16 Cixin, Liu, 2008: The Dark Forest; Translated by Joel Martinsen; 2008: Chongqing: Chongqing Publishing Group/ 2015: London: Head of Zeus: 518

17 ibid. 151 ff.

conclusion of my lasting excursion into the realm of jurisprudence: at the end such commons will only survive if they find a foundation in law.

Makoto Arai, Tokio

„Sozialisierung“ des Betreuungsrechts im japanischen Recht

Inhaltsübersicht

A. Was ist die „Sozialisierung der rechtlichen Betreuung für Erwachsene“?
B. Der Weg zur „Sozialisierung“
  I. Nutzer von Wohlfahrtsdiensten als Rechteinhaber
  II. Das System der rechtlichen Betreuung als „Vertragsunterstützungssystem“
  III. Von der „Kontraktualisierung“ zur Sozialisierung
C. Die rechtliche Betreuung als System der Sozialhilfe
  I. Über das Zivilgesetzbuch hinaus
  II. Rechtliche Betreuung als Sozialversicherungsrecht
  III. Schritte zur Sozialisierung auf zivilrechtlicher Ebene
    1. Einführung eines Systems der Mehrfachbetreuung für Erwachsene
    2. Einführung eines Systems der juristischen Person als Betreuer
    3. Abschaffung des Systems der rechtlichen Betreuung für Ehegatten
D. Merkmal der Sozialisierung

A. Was ist die „Sozialisierung der rechtlichen Betreuung für Erwachsene“?

Im April 2000 wurde zusammen mit der Einführung der Pflegeversicherung ein neues System der rechtlichen Betreuung für Erwachsene im japanischen Recht eingeführt. Die Pflegeversicherung wurde mit dem Ziel der „Vergesellschaftlichung“ oder „Sozialisierung“ der Pflege eingeführt. Das neue System der rechtlichen Betreuung hat ein vergleichbares Phänomen hervorgebracht, das als „Sozialisierung der rechtlichen Betreuung“ bezeichnet werden sollte. Dieser Ausdruck hat je nachdem, wie er verwendet wird, eine Vielzahl von Bedeutungen. In diesem Beitrag wird die „Sozialisierung der rechtlichen Betreuung“ als „die Tatsache, dass die nationale Regierung und lokale öffentliche Einrichtungen die Verantwortung dafür übernehmen sollen, die Verfügbarkeit von Betreuungssystemen für Erwachsene für die Allgemeinheit als Teil der Entwicklung der sozialen Infrastruktur zu garantieren“ definiert. Um es einfach auszudrücken: Genau wie die Langzeitpflege ist die Betreuung (oder früher: Vormundschaft) für Erwachsene zu einem Thema geworden, das nicht nur von den Familienangehörigen des Betreuten, sondern auch von der Gesellschaft als Ganzes unterstützt werden muss.

B. Der Weg zur „Sozialisierung“

I. Nutzer von Wohlfahrtsdiensten als Rechteinhaber

Man sagt, dass die Pflegeversicherung und die rechtliche Betreuung für Erwachsene zwei Räder an einem Wagen sind. Bei der so genannten Grundstrukturreform der Sozialhilfe wurden die beiden Systeme von Anfang an als ein Ganzes betrachtet. Ziel dieser Reform war es, Betroffenen qualitativ hochwertige Sozialleistungen zu bieten, die die Würde des Einzelnen so wenig wie möglich be-

einträchtigen. Wie der Slogan „von der Verwaltungsentscheidung zum Vertrag" deutlich macht, war die gewählte Methode zur Erreichung dieses Ziels die „Kontraktualisierung" der Methoden zur Erbringung von Sozialhilfe.

Ein Vertrag kann nur mit dem freien Willen beider Parteien geschlossen werden, ebenso ist der Inhalt des Vertrags grundsätzlich von den Parteien selbst zu bestimmen. In einem öffentlich-rechtlichen System stellt der einzelne Bürger lediglich ein Objekt dar. In einem Vertrag hingegen bildet die jeweilige Vertragspartei das Subjekt oder den Hauptakteur. Ausgangspunkt der Überlegung war es, dass mit der Einbeziehung des Instruments des Vertrags in die Sozialhilfe im japanischen Recht ein individualisiertes Sozialhilfesystem geschaffen werden könnte. Konkret bedeutet dies, dass der Staat nicht darüber entscheidet, ob die zu erbringenden Sozialleistungen notwendig sind und wie sie ausgestaltet werden sollen, sondern dass die Absichten der Betroffenen in Übereinstimmung mit den Grundregeln des Vertrags einbezogen werden und es diesen überlassen wird, ihre eigenen Bedarfe beurteilen und die Leistungserbringer sowie die von ihnen benötigten Leistungen auswählen zu können.

Wenn wir jedoch auf unser tägliches Leben blicken, ist Tatsache, dass wir notwendige Dienstleistungen und Produkte über die Eingehung von Verträgen beziehen. Der Kauf von Kleidung oder Lebensmitteln in einem Supermarkt, die Anmietung einer Wohnung bei einem Vermieter, die Nutzung von Strom oder Gas – all dies beruht auf Verträgen. Wir sind deshalb auf die Eingehung von Verträgen angewiesen, um unsere Nahrung, Kleidung und Unterkunft als Grundlage für ein menschenwürdiges Leben zu erhalten. In diesem Sinne wird auch die Sozialhilfe heute auf die „normalste Weise" in unserer Gesellschaft erbracht. In erster Linie werden Sozialleistungen erbracht, um ein Prinzip der „Normalisierung" zu verwirklichen; „Kontraktualisierung" bedeutet die „Normalisierung" der Art und Weise, wie die Sozialleistungen erbracht werden.

II. Das System der rechtlichen Betreuung als „Vertragsunterstützungssystem"

Durch die „Kontraktualisierung" werden Leistungsträger, Leistungsanbieter und Sozialleistungsempfänger „gleichgestellt". Dies hat den Status der Betroffenen weitaus mehr verbessert als zu Zeiten des Systems der Verwaltungsentscheidungen, und es hat den Weg für ein individualisiertes Sozialhilfesystem geebnet, das die freie Wahl von Sozialleistungen gewährleistet. Allerdings gibt es hier einen großen Fallstrick: Wenn Betroffene nicht hinreichend in der Lage sind, rechtserhebliche Entscheidungen treffen zu können, besteht die Gefahr, dass sie nicht zu den von ihnen benötigten Sozialleistungen gelangen.

Da Betroffene ihre Bedürfnisse selbst am besten kennen, können sie durch die Auswahl der von ihnen benötigten Sozialleistungen durch die Eingehung von Verträgen für sich selbst den größtmöglichen Nutzen erzielen. Darüber hinaus steht diese Methode im Einklang mit der Grundphilosophie der grundlegenden Sozialhilfestrukturreform, die darin besteht, „ein System zu schaffen, das auf der Unabhängigkeit des Einzelnen beruht und seine Entscheidungen respektiert" (Verwirklichung der Selbstbestimmung und Entwicklung eines individualisierten

Systems, das es Betroffenen ermöglicht, Sozialhilfeleistungen selbst zu wählen). Dies ist die Grundstruktur der „Kontraktualisierung".

Damit diese Regelung erfolgreich ist, sind jedoch einige Voraussetzungen zu erfüllen. Von besonderer Bedeutung ist, dass der Betroffene über eine hinreichende rechtliche Entscheidungsfähigkeit verfügt, um die Vor- und Nachteile des betreffenden Vertrags angemessen beurteilen zu können. Denn wenn Menschen nicht richtig bestimmen können, welche Leistungen für sie notwendig sind, können sie nicht durch einen Vertrag zu den richtigen Leistungen gelangen. Ursprünglich wurde Sozialhilfe für Menschen erbracht, die in irgendeiner Weise in ihrem sozialen Leben benachteiligt waren (z. B. ältere Menschen, Menschen mit Behinderungen, Kinder, usw.), mit dem Ziel, ihre Nachteile zu beseitigen oder zu vermindern, um sie in die Lage zu versetzen wie andere Mitglieder in der Gesellschaft, ein eigenes Leben führen und aktiv an der Gesellschaft teilnehmen zu können. Zu den Nachteilen, die von diesen Sozialleistungen abgedeckt werden, gehört natürlich auch die Beeinträchtigung bzw. der Verlust des Urteilsvermögens aufgrund von Demenz, geistiger Behinderung, psychischer Beeinträchtigung und so weiter.

So bedeutet beispielsweise der „Zustand der Pflegebedürftigkeit", dessen Kosten von der Pflegeversicherung abgedeckt werden, „einen Zustand, bei dem davon ausgegangen wird, dass er aufgrund körperlicher oder geistiger Probleme während des durch eine Verordnung des Ministeriums für Gesundheit, Arbeit und Soziales festgelegten Zeitraums für die Gesamtheit oder einen Teil der grundlegenden Bedürfnisse des täglichen Lebens, wie die eigene Körperpflege, Toilettengänge, die Zubereitung und Aufnahme von Nahrung usw. eine dauerhafte Pflege erfordert" (Artikel 7 (i) des Pflegeversicherungsgesetzes, Unterstreichung durch den Autor).

Gerade weil diese Menschen aber nicht in der Lage sind, rechtlich erhebliche Entscheidungen zu treffen, müssen sie Sozialleistungen in Anspruch nehmen. Für diese Menschen würde eine „Kontraktualisierung" ein fatales Paradoxon schaffen. Im Allgemeinen gilt: Je stärker die rechtliche Entscheidungsfähigkeit einer Person beeinträchtigt ist, desto schwieriger ist es für diese, eigene Angelegenheiten selbstständig zu regeln, was zu umso größeren Schwierigkeiten in deren Leben führt. Gleichzeitig steigt der Bedarf an Sozialleistungen zur Beseitigung oder Verringerung dieser Schwierigkeiten im Leben erheblich. Doch je niedriger die eigene rechtliche Entscheidungsfähigkeit ist, desto schwieriger wird es, die eigenen Bedürfnisse objektiv erfassen zu können. Vor allem fällt es diesen Menschen schwer, selbständig einen Vertrag über die Inanspruchnahme von Sozialleistungen abzuschließen. Auf diese Weise lässt sich sagen, dass die Wahrscheinlichkeit groß ist, dass der Bedarf an Sozialleistungen, der aufgrund der unzureichenden rechtlichen Entscheidungsfähigkeit des Betroffenen entsteht, umgekehrt proportional zur Zugänglichkeit von Sozialleistungen auf der Grundlage der eigenen gegenwärtigen Fähigkeiten des Betroffenen ist. Daraus ergibt sich ein grundlegender Widerspruch der „Kontraktualisierung": Je mehr Menschen Unterstützung durch Sozialleistungen benötigen, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass sie Zugang zu den von ihnen benötigten Leistungen haben.

Um dieses Paradoxon zu lösen, muss ein System entwickelt werden, das den Abschluss von Verträgen durch Personen mit unzureichender Entscheidungsfähigkeit unterstützt. In dieser Hinsicht dient die rechtliche Betreuung für Erwachsene als eine Art Rechtsschutz- und Vertragsunterstützungssystem. Dies beinhaltet die Unterstützung des Rechts auf Selbstbestimmung von Menschen mit einer verminderten rechtlichen Entscheidungsfähigkeit und die Hilfe bei der Beantragung geeigneter Sozialleistungen, indem rechtliche Möglichkeiten, wie das Vertretungsrecht, das Widerrufsrecht und das Zustimmungsrecht ausgeübt werden. Insbesondere dürfen nur wirksam Bevollmächtigte vertragsbezogene Entscheidungen im Namen des Betroffenen treffen. Damit die Pflegeversicherung zu einem individualisierten System wird, sollten die Barrieren, die als Nebenprodukt der „Kontraktualisierung" zwangsläufig entstehen, durch eine vertragliche Unterstützung durch die rechtliche Betreuung, die auch ein Rechtsschutzsystem darstellt, abgebaut werden. Mit anderen Worten: Es ist notwendig, die formale Gleichheit zwischen Leistungserbringern und -empfängern, die durch die „Kontraktualisierung" erreicht wurde, durch die Inanspruchnahme der rechtlichen Betreuung für Erwachsene zu ergänzen und zu einer materiellen Gleichheit zu machen. Auf diese Weise ist die Unterstützung beim Vertragsabschluss eine Art von Sozialhilfe für Menschen, die nicht in der Lage sind, rechtlich erhebliche Entscheidungen zu treffen. Die rechtliche Betreuung, die eine solche Möglichkeit bietet, kann als eine wichtige Funktion der sozialen Sicherheit angesehen werden. Nicht zu vergessen ist, dass eine „Kontraktualisierung" für Betroffene nur nachteilig sein kann, wenn die „vertraglichen Unterstützungssysteme" wie die rechtliche Betreuung und andere Systeme nicht funktionieren und ihre Zugänglichkeit nicht gewährleistet ist.

III. Von der „Kontraktualisierung" zur Sozialisierung

Nach der Einführung der Pflegeversicherung wurde der Trend zur „Kontraktualisierung" durch die Einführung des „Assistenzleistungsversorgungssystems" im Jahr 2003 und die vollständige Umsetzung des Gesetzes über die Sozialhilfe und Unterstützung für Menschen mit Behinderungen im Oktober 2006 (überarbeitet und umbenannt in das Gesetz zur umfassenden Unterstützung des täglichen und sozialen Lebens von Menschen mit Behinderungen zum 1. April 2013) weiter beschleunigt. Es wäre nicht übertrieben, zu sagen, dass die rechtliche Betreuung für Erwachsene als „vertragliches Unterstützungssystem" inzwischen die Grundlage aller Sozialhilfedienste ist. Denn so wie das Verkehrswesen, wie Straßen und Eisenbahnen, eine der wichtigsten Infrastrukturen der Gesellschaft ist, sollte auch die rechtliche Betreuung, die Personen mit unzureichender rechtlicher Entscheidungsfähigkeit den Zugang zu Sozialleistungen ermöglicht, eine der wichtigsten Infrastrukturen der Sozialhilfe sein.

So hat die „Kontraktualisierung" durch die Art und Weise, wie Sozialleistungen erbracht werden, die rechtliche Betreuung als eine wichtige Infrastruktur des Sozialhilfesystems (Rechtsschutzsystem in der Gemeinschaft) positioniert. Diese Auswirkungen wurden durch die Verabschiedung verschiedener Gesetze im Bereich der Sozialhilfe verstärkt, wie z. B. das Gesetz zur Verhinderung von Missbrauch älterer Menschen, zur Unterstützung der Betreuung älterer Menschen und anderen damit verbundenen Angelegenheiten aus dem Jahr 2006 (siehe 3(ii) unten). Für

die nationale Regierung und die lokalen öffentlichen Einrichtungen ist die Entwicklung der Infrastruktur für die soziale Wohlfahrt eine wichtige Aufgabe, die durch Gesetze vorgeschrieben ist. Letztere legen auch deren Grundprinzipien in Japan festlegt, darunter das Gesetz gegen die Diskriminierung von Menschen mit Behinderung, das Sozialhilfegesetz und schließlich die japanische Verfassung. In diesem Sinne liegt es nun in der Verantwortung der nationalen Regierung und der lokalen öffentlichen Einrichtungen, das System für alle Personen, die eine rechtliche Betreuung für Erwachsene benötigen, um Sozialhilfeleistungen zu erhalten, leicht zugänglich zu machen. Die Zeit ist reif für einen Übergang von der alten Ära der familiären rechtlichen Betreuung zu einer Ära der rechtlichen Betreuung, die von der Gesellschaft als Ganzes getragen wird. Hier kann man sagen, dass der Weg zur Sozialisierung der rechtlichen Betreuung geebnet ist.

So heißt es beispielsweise im Gesetz gegen die Diskriminierung von Menschen mit Behinderung, in dem die Grundlagen für Maßnahmen zur Förderung der Unabhängigkeit und sozialen Teilhabe von Menschen mit Behinderungen festgelegt sind: „Unter Berücksichtigung der Unterstützung der Entscheidungsfindung von Menschen mit Behinderungen müssen die nationale Regierung und die lokalen öffentlichen Stellen sicherstellen, dass die Beratungsdienste für Menschen mit Behinderungen, ihre Familien und andere Bezugspersonen, das Betreuungssystem und andere Maßnahmen oder Systeme zum Schutz der Rechte und Interessen von Menschen mit Behinderungen angemessen umgesetzt werden oder auf breiter Basis genutzt werden können" (Artikel 23–1). Darin kommt klar zum Ausdruck, dass die Sicherstellung einer rechtlichen Betreuung für Erwachsene zur Aufgabe der nationalen Regierung und der lokalen öffentlichen Stellen geworden ist. Im Gesetz über die umfassende Unterstützung des täglichen und sozialen Lebens von Menschen mit Behinderungen aus dem Jahr 2013 sind beispielsweise „Ausbildungsprogramme zur Förderung und zum Einsatz von Personal, das in der Lage ist, die im Bürgerlichen Gesetzbuch für Menschen mit Behinderungen vorgeschriebene rechtliche Betreuung, Pflegschaft oder Assistenz angemessen auszuüben", das als eines der Projekte zur Unterstützung des Gemeinschaftslebens von lokalen öffentlichen Einrichtungen festgelegt wurde (Artikel 77–1(v)). Darüber hinaus wurde 2011 das Gesetz gegen die Diskriminierung von Menschen mit Behinderung geändert und eine neue Bestimmung zum Schutz von Menschen mit Behinderungen als Verbraucher hinzugefügt: „Die nationale Regierung und lokale öffentliche Stellen müssen in geeigneter Weise Informationen bereitstellen und andere notwendige Maßnahmen ergreifen, damit die Interessen von Menschen mit Behinderungen sowie von Verbrauchern geschützt und gefördert werden" (Artikel 27–1). Die rechtliche Betreuung als Vertragsunterstützungssystem sollte auch in diesem Bereich eine wichtige Rolle spielen.

Die nationale Regierung und die lokalen öffentlichen Einrichtungen müssen ein Umfeld schaffen, in dem die rechtliche Betreuung für Erwachsene leicht zugänglich ist, damit Personen, die aufgrund einer geistigen Behinderung nicht in der Lage sind, rechtlich relevante Entscheidungen zu treffen, ungehindert Zugang zu den notwendigen Sozialleistungen und Verbraucherverträgen haben – dies ist eine selbstverständliche Forderung, die sich aus dem Gesetz gegen die Diskriminierung von Menschen mit Behinderung ergibt. Darin ist jedoch nur der Ausgangs-

punkt für die Sozialisierung zu sehen, denn die rechtliche Betreuung sollte sich nicht nur darauf beschränken, die Bedürfnisse derjenigen zu befriedigen, die nicht über die nötigen Mittel verfügen, sondern sie sollte auch unter dem Gesichtspunkt eines aktiveren Schutzes der Rechte neu gestaltet werden. Das Ziel einer wirklich „sozialisierten" rechtlichen Betreuung ist es, Menschen dabei zu unterstützen, ein selbstbestimmtes Leben in der Gemeinschaft führen zu können, indem sie ihre verfügbaren Fähigkeiten maximieren und ausüben können, auch wenn sie in ihrem Urteilsvermögen in irgendeiner Weise beeinträchtigt sind. Einfach ausgedrückt ist dies die Verwirklichung der Inklusion. Natürlich ist die rechtliche Betreuung für Erwachsene nicht der einzige Weg, um die Integration Betroffener in die lokale Gemeinschaft zu erreichen, sie spielt dabei aber eine wichtige Rolle. In diesem Sinne sollte die im Behindertengleichstellungsgesetz geforderte Perspektive der aktiven Förderung von Selbständigkeit und gesellschaftlicher Teilhabe unbedingt auch von Erwachsenenbetreuern geteilt werden. Denn im Rahmen des neuen rechtlichen Betreuungssystems wird vom Erwachsenbetreuer nicht nur erwartet, dass er passiv den Verfall des Vermögens der unter rechtlicher Betreuung stehenden Person verhindert, sondern auch, dass er proaktiv handelt, um deren Lebensqualität zu erhalten und zu verbessern, wie später in diesem Beitrag im Detail zum Vorschein treten wird.

C. Die rechtliche Betreuung als System der Sozialhilfe

I. Über das Zivilgesetzbuch hinaus

Mit der Einführung des geltenden Betreuungsrechts für Erwachsene wurde das alte System zur Feststellung der Unzurechnungsfähigkeit/Quasi-Unzurechnungsfähigkeit im Zivilgesetzbuch geändert.

Aus diesem Grund ist die rechtliche Betreuung für Erwachsene in der Rechtsordnung nach wie vor hauptsächlich im Familiengesetzbuch (Verwandte) des Zivilgesetzbuchs geregelt. Diese Tatsache bedeutet jedoch nicht, dass die rechtliche Betreuung für Erwachsene ausschließlich im Feld des Familienrechts liegt. Wie wir bisher gesehen haben, ist die „sozialisierte" rechtliche Betreuung kein System, das nur von den Familien der Betroffenen getragen werden kann, sondern eine Angelegenheit, die letztlich von der Gesellschaft als Ganzes übernommen werden sollte, wobei die nationale Regierung und die lokalen öffentlichen Einrichtungen die Verantwortung übernehmen müssen. Wie eindeutig festgestellt, wurde die rechtliche Betreuung für Erwachsene im Jahr 2000 als Reaktion auf die Forderung nach einer Verbesserung des Wohlergehens von Menschen mit Behinderungen eingeführt, was eine wichtige Maßnahme im Zusammenhang mit der Überarbeitung des Gesetzes gegen die Diskriminierung von Menschen mit Behinderung im Jahr 1993 und der Formulierung des Programms für Menschen mit Behinderungen (Sieben-Jahres-Strategie zur Normalisierung) im Jahr 1995 darstellte.[1]

1 *Akihiko Kobayashi/Tsukasa Hara*, Kommentar zu den Teiländerungen des Zivilgesetzbuchs von 1999, Hosokai, 2002, S. 3–4.

Eine „sozialisierte“ rechtliche Betreuung funktioniert nicht als reine zivilrechtliche Vermögensverwaltung. Sie sollte als ein Sozialhilfesystem (System zum Schutz von Rechten) begriffen werden, das darauf abzielt, das Wohlergehen von Menschen zu fördern, die nicht in der Lage sind, selbstständig rechtlich erhebliche Entscheidungen zu treffen, und parallel mit verschiedenen einschlägigen Sozialversicherungsgesetzen unter der „Philosophie der Normalisierung“ zusammenwirkt. Mit der „Vergesellschaftung der Pflege“ durch die Pflegeversicherung wurde versucht, die Pflegethematik aus dem Rahmen der familiären Belastung herauszulösen; die rechtliche Betreuung geht durch ihre „Vergesellschaftung“ jedoch weit über den Rahmen des Familienrechts hinaus.

II. Rechtliche Betreuung als Sozialversicherungsrecht

In der Sozialversicherungsrechtswissenschaft gibt es verschiedene Debatten über die systematische Bedeutung des Sozialversicherungsrechts und das Verhältnis zwischen dem Begriff der Sozialhilfe und dem Begriff der sozialen Sicherheit. Diese Frage kann hier leider nicht vertieft aufgegriffen werden. Daher wird in diesem Beitrag die soziale Sicherheit als „ein System verstanden, in dem der Staat die Führung bei der öffentlichen Bereitstellung eines bestimmten Einkommensniveaus sowie die medizinische Versorgung und Sozialleistungen für diejenigen übernimmt, die eine Absicherung benötigen, damit einhergehende Gefährdungen und Risiken vermieden oder verringert werden können“. Andererseits wird die Sozialhilfe als „ein System verstanden, das darauf abzielt, diesen Menschen durch die Überwindung, Verringerung oder Beseitigung von Nachteilen zu ermöglichen, am gesellschaftlichen Leben teilnehmen und ein menschenwürdiges Leben führen zu können und somit ihre eigenen Fähigkeiten zu entfalten“. Darüber hinaus sollte es als eines der wichtigsten Systeme betrachtet werden, das zusammen mit der Sozialversicherung und der öffentlichen Hilfe die soziale Sicherheit bildet.[2]

Dass die rechtliche Betreuung als Teil des Sozialversicherungsrechts begriffen werden kann, zeigt sich in zwei zentralen Bereichen.

Ein Aspekt liegt in der der rechtlichen Betreuung für Erwachsene innewohnenden Rechtsschutzfunktion. Die rechtliche Betreuung ist ein System, das darauf abzielt, die Verletzung der Rechte von Menschen mit unzureichender rechtlicher Entscheidungsfähigkeit zu verhindern und die Ausübung dieser Rechte zu unterstützen, so dass sie aus der Perspektive des Sozialversicherungsrechts als ein System zum Schutz der Rechte aufgefasst werden kann, das eine Rolle im Sozialhilfesystem spielt. Im Bereich des Sozialversicherungsrechts wurde die rechtliche Betreuung für Erwachsene als Teil der „Sicherheit für Lebenshindernisse – Sozialhilfegesetze“ eingeführt.[3] Es gibt einige Argumente die dafür sprechen, dass das Konzept der „Anwaltschaft“ eines der Schlüsselwörter des Sozialversicherungsrechts im 21. Jahrhundert ist und das Recht der rechtlichen Betreuung an die Spitze der Liste stellt.[4] Andere betrachten die rechtliche Betreuung für

2 Kenichiro Nishimura, Sozialversicherungsrecht, Yuhikaku 2003, S. 3, 25–30, 443 ff.
3 Masayuki Araki, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. Yuhikaku 2002, S. 203–204.
4 Kazumitsu Abe/Toshiro Ishibashi, Zivilgesellschaft und Recht der sozialen Sicherheit, 2. Aufl., Sagano Shoin,2004, S. 304–305.

Erwachsene als ein Vorsorgesystem zum Schutz der Rechte von Menschen mit unzureichender rechtlicher Entscheidungsfähigkeit (Rechtsschutz als System).[5] Mit anderen Worten: Der rechtlichen Betreuung für Erwachsene ist ursprünglich ein Merkmal der sozialen Sicherheit immanent. Das im Betreuungsrecht eingeräumte Widerrufsrecht ist das letzte Mittel, gegen unlautere Ausbeutung vorgehen zu können; genauso ist das Recht auf rechtliche Vertretung und Zustimmung eine wirksame Waffe, um Betroffene bei der Wahrnehmung ihrer Rechte abzusichern. In diesem Sinne war das frühere System der „Inkompetenz- bzw. Quasi-Unzuständigkeitsentscheidung" auch ein Mechanismus zum Schutz eines bestimmten Niveaus von Rechten, wenngleich es einen engen Anwendungsbereich hatte und sich auf die Vermeidung von Eigentumsverletzungen konzentrierte. Es ist jedoch wichtig, sich vor Augen zu halten, dass das derzeitige „sozialisierte" System über diese passive Form des Schutzes der Rechte hinausgeht und eine umfassendere und aktivere Form des Schutzes der Rechte beinhalten soll, indem es unter rechtlicher Betreuung stehende Personen dabei unterstützt, ein eigenes Leben im Lichte der „Philosophie der Normalisierung" zu führen.

Den zweiten Aspekt bildet die Zusammenwirkung mit dem Sozialversicherungsrecht im operativen Prozess.

Wie bereits erwähnt, ist der Großteil der rechtlichen Betreuung für Erwachsene im Zivilgesetzbuch geregelt. Es ist jedoch ausdrücklich vorgesehen, dass dieses System in bestimmten Fällen organisch in die Gesetze des sozialen Schutzes greift, wenn es in der Gesellschaft tatsächlich zum Einsatz kommt. Eines der Beispiele ist das Antragsrecht des Bürgermeisters einer Gemeinde, das im Gesetz über die Sozialhilfe für ältere Menschen, im Gesetz über die Sozialhilfe für geistig behinderte Menschen und im Gesetz über die geistige Gesundheit und die Sozialhilfe für geistig Behinderte festgelegt ist. Seit der Einführung des Systems der „Unzurechnungsfähigkeit bzw. Quasi-Unzurechnungsfähigkeit" wird im japanischen Recht der Staatsanwalt, als Vertreter des öffentlichen Interesses, als Antragsteller für die Entscheidung über den Beginn der rechtlichen Betreuung für Erwachsene einbezogen, vorausgesetzt, dass die Person keine Angehörigen hat. Im geltenden Betreuungsrecht wurde das Antragsrecht des Staatsanwalts beibehalten (Artikel 7, 11 und 15 des Bürgerlichen Gesetzbuchs), während das Antragsrecht des Bürgermeisters einer Gemeinde in den oben genannten Sozialhilfegesetzen und -verordnungen festgelegt wurde (Artikel 32 des Gesetzes über die Sozialhilfe für ältere Menschen, Artikel 28 des Gesetzes über die Sozialhilfe für geistig behinderte Menschen und Artikel 51–11(ii) des Gesetzes über die geistige Gesundheit und die Sozialhilfe für geistig Behinderte). Wenn ein Betroffener keine Verwandten hat oder wenn er zwar Familienangehörige hat, diese mit ihm aber nicht in Verbindung stehen, ist von Beginn der rechtlichen Betreuung für Erwachsene an soziale Unterstützung erforderlich, die das Grundprinzip der Sozialisierung darstellt. In diesem Sinne ist das Antragsrecht des Bürgermeisters einer Gemeinde einer der wichtigsten Indikatoren bei der Bewertung der Sozialisierung.

Darüber hinaus verpflichtet das 2006 in Kraft getretene Gesetz zur Verhinderung des Missbrauchs von Menschen mit Behinderungen die nationale Regie-

5 Masateru Kawano, Neue Entwicklungen im Sozialhilferecht, Yuhikaku 2006, S. 183.

rung und lokale öffentliche Einrichtungen, die Inanspruchnahme der rechtlichen Betreuung für Erwachsene zu fördern, indem sie die Öffentlichkeit über das Betreuungsrecht informieren und die finanzielle Belastung verringern, um den Missbrauch älterer Menschen zu verhindern (Artikel 28 des Gesetzes). Darüber hinaus schreibt Artikel 9–2 des Gesetzes vor, dass der Bürgermeister einer Gemeinde, der eine Meldung über die Misshandlung älterer Menschen erhält, einen Antrag gemäß Artikel 32 des Gesetzes über die Sozialhilfe für ältere Menschen, als eine Maßnahme zur Verhinderung der Misshandlung älterer Menschen und zum Schutz älterer Menschen, stellen muss. Des Weiteren besagt Artikel 27 des Gesetzes, dass „der Bürgermeister einer Gemeinde in Bezug auf eine Person mit einer Behinderung, die aufgrund einer ungerechten wirtschaftlichen Transaktion geschädigt wurde oder geschädigt werden könnte, einen ordnungsgemäßen Antrag auf ein Gerichtsverfahren gemäß den Bestimmungen von Artikel 32 des Gesetzes über die Sozialhilfe für ältere Menschen zu stellen hat. Das Gesetz zur Verhinderung des Missbrauchs von Menschen mit Behinderungen, das 2012 in Kraft trat, enthält genau dieselben Bestimmungen“ (Artikel 9–3, 43.2 und 44). Der Auftrag an die Kommunalverwaltung, einen solchen Antrag zu stellen, wird die Barriere zwischen dem System der rechtlichen Betreuung nach dem Zivilgesetzbuch und dem Sozialhilfesystem weiter abbauen. Dies liegt daran, dass die rechtliche Betreuung, die formal ein zivilrechtliches System ist, in das Programm eingebettet wurde, um sozialpolitische Ziele zur Verhinderung des Missbrauchs von älteren Menschen und Menschen mit Behinderungen zu verwirklichen.

Durch die Beobachtung des Prozesses, durch den die rechtliche Betreuung für Erwachsene umgesetzt wird, können wir feststellen, dass die rechtliche Betreuung für Erwachsene nach dem Zivilgesetzbuch und anderen Systemen des Sozialversicherungsrechts auf integrative Weise erfolgen muss, um die Politik der sozialen Wohlfahrt verwirklichen zu können. Wenn wir die rechtliche Betreuung für Erwachsene isoliert aus der Mikro-Perspektive betrachten, bleibt sie ein System aus dem Zivilgesetzbuch. Wenn wir jedoch die tatsächliche Funktionsweise der rechtlichen Betreuung in der Gesellschaft aus einer Makroperspektive betrachten, können wir erkennen, dass diese bereits als Teil der Sozialhilfegesetzgebung wirkt.

III. Schritte zur Sozialisierung auf zivilrechtlicher Ebene

Obwohl die rechtliche Betreuung formell Teil des Zivilgesetzbuches ist, kann sie tatsächlich als Sozialhilfesystem funktionieren. Die Rahmenbedingungen sollten dazu geschaffen werden. Man kann sagen, dass der Weg zur „Sozialisierung“ der rechtlichen Betreuung bereits in das Programm zur Einführung der rechtlichen Betreuung im Jahr 2000 aufgenommen wurde, denn dieses zielte darauf ab, auf die alternde Gesellschaft zu reagieren und das Wohlergehen von Menschen mit Behinderungen zu verbessern. Der Schlüssel zur „Vergesellschaftung“ lag nicht nur außerhalb des Systems verborgen, etwa in der Verknüpfung mit dem Sozialversicherungsgesetz, sondern auch im revidierten Zivilgesetzbuch. Als wesentliche Faktoren einer solchen Sozialisierung sind die Einführung zweier neuer Systeme, der Mehrfachbetreuung und der rechtlichen Betreuung durch juristische Personen, sowie die Abschaffung des Systems der Ehegattenbetreuung zu erwähnen.

1. Einführung eines Systems der Mehrfachbetreuung für Erwachsene

Vor der Änderung sah Artikel 843 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vor, dass „es nicht mehr als einen rechtlichen Betreuer für einen Erwachsenen geben darf". Bei der Änderung im Jahr 2000 wurde diese Bestimmung dahingehend geändert, dass „es nicht mehr als einen Vormund für einen Minderjährigen geben darf" (Artikel 842 des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Unterstreichung durch den Verfasser). Zugleich wurde mit dieser Änderung die Beschränkung auf nur einen rechtlichen Betreuer eines Erwachsenen aufgehoben und das System einer mehrfachen rechtlichen Betreuung eingeführt. (Seit April 2012 wurde übrigens auch diese Änderung aufgehoben, so dass nun mehrere Vormünder für einen Minderjährigen bestellt werden können).

Der Grund, warum im derzeitigen Gesetzbuch ein differenziertes Betreuungssystem für Erwachsene eingeführt wurde, liegt darin, dass es bei der Ausübung der rechtlichen Betreuung für Erwachsene Fälle gibt, in denen: (i) es effizient ist, wenn Experten verschiedener Bereiche (Rechtsexperten und Sozialexperten usw.) sich die Verantwortung für die Verwaltung des Vermögens und die persönliche Betreuung teilen oder wenn Familienmitglieder und Experten in bestimmten Bereichen zusammenarbeiten und (ii) es notwendig ist, einen rechtlichen Betreuer eines Erwachsenen zu bestellen, der die tägliche Vermögensverwaltung und die Wohnunterbringung übernimmt, und ein weiterer rechtlicher Betreuer bestellt wird, der für die generelle Vermögensverwaltung zuständig ist.

Es ist wichtig, darauf hinzuweisen, dass der Fall der Bestellung eines Fremdbetreuers, insbesondere eines Berufsbetreuers, als typisches Beispiel für eine Mehrfachbetreuung für Erwachsene gedacht ist. Dieses System zeigt, dass es tatsächlich auf der Prämisse der Sozialisierung beruht.

2. Einführung eines Systems der Juristischen Person als Betreuer

In Artikel 843–4 des Zivilgesetzbuches heißt es: „Bei der Bestellung eines rechtlichen Betreuers für einen erwachsenen Menschen berücksichtigt das Familiengericht den körperlichen und geistigen Zustand sowie die Lebens- und Vermögensverhältnisse des Betroffenen, den Beruf und die persönliche Geschichte der Person, die rechtlicher Betreuer werden soll, das Vorhandensein eines Interesses zwischen ihnen (wenn es sich bei der Person, die rechtlicher Betreuer eines Erwachsenen werden soll, um eine juristische Person handelt, die Art und den Inhalt ihrer Geschäfte und das Vorhandensein eines Interesses zwischen dem Betroffenen und der juristischen Person oder deren Vertreter), die Meinung des Betroffenen und alle anderen Umstände." Besonders beachtenswert ist der Satzteil: „wenn es sich bei der Person, die rechtlicher Betreuer eines Erwachsenen werden soll". Dies ist schwer zu verstehen, da es sich um eine gesetzestechnische Frage handelt. Genau wie bei der bereits erwähnten Mehrfachbetreuung kommt darin aber die Absicht des Gesetzgebers zum Ausdruck, dass auch eine juristische Person als rechtlicher Betreuer für Erwachsene bestellt werden kann. Vor der Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches im Jahr 1999 gab es keinen Artikel, der sich direkt mit der Möglichkeit der Bestellung einer juristischen Person befasste. Mit anderen Worten: Es bedeutet nicht, dass die Bestellung von juristischen Per-

sonen eindeutig verboten war, es gab jedoch keine konkreten Fälle, in denen das Familiengericht nach dem früheren System juristische Personen bestellt hat. Andererseits wird in Artikel 843–4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs deutlich herausgestellt, dass eine juristische Person nach dem Gesetz als rechtlicher Betreuer für Erwachsene bestellt werden kann. Als Gründe für die Zulassung dieser Form der Betreuung führte der Gesetzgeber an, dass (i) die Bedürfnisse älterer Menschen mit Demenz, von Menschen mit geistigen Behinderungen und Menschen mit psychischen Behinderungen immer vielfältiger werden, so dass es in bestimmten Fällen notwendig und angemessen sein kann, dass juristische Personen, die in der Wohlfahrtspflege tätig sind, systematisch ihre personellen und materiellen Ressourcen einsetzen, um das Vermögen zu verwalten und die persönliche rechtliche Betreuung des Betroffenen zu übernehmen; (ii) in Fällen, in denen der Betroffene keine Verwandten hat, kann es schwierig sein, einen geeigneten Kandidaten als rechtlichen Betreuer zu finden, weshalb eine juristische Person als rechtlicher Betreuer in solchen Fällen notwendig ist.[6] Dies ist auch ein Hintergrundfaktor für die Sozialisierung, womit die Ausübung der rechtlichen Betreuung durch juristische Personen ebenfalls ein wichtiger Indikator für die Sozialisierung ist.

3. Abschaffung des Systems der rechtlichen Betreuung für Ehegatten

Vor der Änderung sahen Artikel 840 und Artikel 847 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vor, dass im Falle der Feststellung der Geschäftsunfähigkeit bzw. Quasi-Geschäftsunfähigkeit eines der Ehegatten der andere Ehegatte von Amts wegen rechtlicher Betreuer oder Pfleger wird. Dies ist das System der rechtlichen Betreuung für Ehegatten. Da Ehepaare jedoch in der Regel ein ähnliches Alter haben, sind bei älteren Menschen mit Demenz, die die Mehrheit der unter Betreuung stehender Personen ausmachen, auch die Ehepartner der Betroffenen meist recht alt. Daher ist es nicht ungewöhnlich, dass auch die Ehepartner körperlich und geistig geschwächt sind, was es ihnen erschwert, die Aufgaben des rechtlichen Betreuers zu erfüllen. Es bestand also die Gefahr eines sozialen Problems, bei dem in der Langzeitpflege „die Älteren die rechtlichen Betreuer der Älteren werden“ und „die Älteren sich um die Älteren kümmern müssen“.

Daher wurde mit dem geltenden Gesetz das System der Ehegattenbetreuung abgeschafft, um dem Familiengericht die Möglichkeit zu geben, nach Prüfung anderer Kandidaten den besten rechtlichen Betreuer eines Erwachsenen auszuwählen, anstatt den Ehegatten automatisch zum rechtlichen Betreuer zu ernennen. Das System der Ehegattenbetreuung war ebenfalls eine Einschränkung, die den erwachsenen rechtlichen Betreuer auf die Familie beschränkte, so dass seine Abschaffung ein wichtiger Schritt in Richtung der Sozialisierung darstellte.

6 Akihiko Kobayashi/Tsukasa Hara, Kommentar (Fn. 1), S. 224.

D. Merkmal der Sozialisierung

Am Ende dieses Beitrags möchte ich kurz auf einige der Merkmale zur Beurteilung des Fortschritts der Sozialisierung eingehen. Das erste ist der Einsatz von rechtlichen Betreuern. Die direkteste Form der sozialen Unterstützung für die rechtliche Betreuung ist die Fremdbetreuung, bei der der rechtliche Betreuer kein Familienmitglied, sondern eine außenstehende Person ist. Daher ist der Anstieg des Anteils der Fremdbetreuung, einschließlich der Betreuung durch eine juristische Person, der offensichtlichste Indikator für den Fortschritt der Sozialisierung.

Das zweite Merkmal ist das Antragsrecht durch den Bürgermeister einer Gemeinde. Sozialisierung bedeutet nicht nur die Abschaffung der Verwandtenbetreuung, sondern auch die Implementierung der rechtlichen Betreuung als soziale Absicherung und die Aufforderung an die nationale Regierung und die lokalen öffentlichen Einrichtungen, sie als Teil des Aufbaus eines Sicherheitsnetzes im Bereich der sozialen Wohlfahrt zu entwickeln. Um die Fortschritte bei der Sozialisierung zu bewerten, ist es daher mitunter wichtig, zu prüfen, ob die Verwaltungsorgane eine angemessene Unterstützung bei operativen Aspekten der rechtlichen Betreuung bieten. Was den Inhalt der Unterstützung anbelangt, so sind indirekte Aktivitäten, wie die Information an die Bürger über das Betreuungsrecht und die Beratung von Angehörigen und rechtlichen Betreuern wichtig. Als Merkmalsausprägung ist jedoch der Trend zu Anträgen durch den Bürgermeister einer Gemeinde, der mit objektiven Zahlen erfasst werden kann, wohl am deutlichsten.

Die Beantragung durch den Bürgermeister einer Gemeinde ist dann sinnvoll, wenn der Betroffene keine Verwandten hat, die bereit sind, die Rolle des rechtlichen Betreuers zu übernehmen oder den Antrag zu stellen. Mit anderen Worten, sie dient als weitere Absicherung der rechtlichen Betreuung für Erwachsene, die ihrerseits ein Sicherheitsnetz für die soziale Wohlfahrt darstellt, und ist der beste Indikator für den Fortschritt der Sozialisierung. Der dritte Punkt ist die tatsächliche Situation der öffentlichen finanziellen Unterstützung. Das Ideal der Sozialisierung besteht in dieser Hinsicht darin, eine Situation zu schaffen, in der alle Menschen problemlos Zugang zu einer von ihnen benötigten rechtlichen Betreuung haben. Das Problem liegt dennoch im Image der rechtlichen Betreuung für Erwachsene: Welche Menschen brauchen Unterstützung durch eine rechtliche Betreuung? In diesem Zusammenhang vertritt die gängige Zivilrechtsprechung den Standpunkt, dass die rechtliche Betreuung für Erwachsene nur für Personen gilt, die über Vermögen verfügen. Sie vertritt nämlich die Meinung, dass „die rechtliche Betreuung für Erwachsene im Grunde nur ein System zur Verwaltung von Vermögen ist und, dass Menschen, die kein Vermögen zu verwalten haben, in dieser Hinsicht keine Unterstützung benötigen“.

In diesem Beitrag vertrete ich jedoch einen anderen Standpunkt. Die rechtliche Betreuung erfordert mehr als nur die reine Vermögensverwaltung. Vielmehr sind die Angelegenheiten im Zusammenhang mit dem persönlichen Sorgerecht von großer Bedeutung. Die Notwendigkeit einer rechtlichen Betreuung für Erwachsene ergibt sich daher unabhängig von der Höhe des Vermögens. Wenn wir außerdem die Tatsache betonen, dass die rechtliche Betreuung für Erwachsene die Aufgabe der Sozialhilfe (Schutz der Rechte) hat, die eine Garantie gegen Beeinträchtigungen im Leben darstellt, sollten wir verlangen, dass den Menschen, die

beeinträchtigende Behinderungen in Bezug auf ihre rechtlich relevante Entscheidungsfähigkeit haben, eine rechtliche Betreuung unabhängig von ihrem Einkommensniveau zustehen muss (auch wenn sie kein Vermögen haben).[7] Dies ist der grundlegende Standpunkt dieses Beitrags (in jüngster Zeit sind einige einflussreiche Theorien zum Sozialversicherungsrecht entstanden, die diesen Standpunkt unterstützen).[8]

So wäre es wünschenswert, dass Unterstützung durch die rechtliche Betreuung für alle Bürgerinnen und Bürger gewährleistet ist, unabhängig von der Höhe ihres Vermögens. Die oben erwähnten Tendenzen bei den jüngsten Rechtsreformen in Bezug auf ältere Menschen und Menschen mit Behinderungen unterstützen ebenfalls diese Argumentation. Dazu muss es jedoch einen öffentlichen Mechanismus geben, der die Kosten für die Inanspruchnahme der rechtlichen Betreuung (einschließlich der Entschädigung im Falle einer bezahlten rechtlichen Betreuung) finanziell abdeckt. Die Schaffung eines solchen Systems sollte auch als eine wichtige Aufgabe der nationalen Regierung und der lokalen öffentlichen Einrichtungen betrachtet werden, die für die Sozialisierung verantwortlich sind.

7 Kenichiro Nishimura, Sozialversicherungsrecht, Yuhikaku 2010, S. 444.
8 Yoshimi Kikuchi, Missbrauchsverhütung und rechtliche Betreuung/Erwachsenenschutz, Forschung zum Vormundschaftsrecht, No. 6 (2009), S. 6.

Matteo Borzaga, Trient

Le più recenti riforme del diritto della sicurezza sociale italiano alla prova della pandemia da Covid-19

Sommario

A. Premessa
B. Le riforme del diritto della sicurezza sociale italiano degli ultimi decenni, tra esigenze di sostenibilità finanziaria e di tutela delle persone più deboli
C. Gli effetti della pandemia da Covid-19 sulle più recenti tendenze del diritto della sicurezza sociale italiano
D. Riflessioni conclusive: verso un ritorno… al passato?

A. Premessa

Negli ultimi decenni il diritto della sicurezza sociale italiano è stato oggetto di numerose riforme che ne hanno modificato taluni aspetti fondamentali e ne hanno di conseguenza determinato una profonda trasformazione.

Volendo semplificare al massimo può affermarsi che tali riforme hanno riguardato soprattutto due diversi ambiti, quello pensionistico e quello concernente la tutela del reddito di cittadine e cittadini.

Le modifiche normative concernenti il primo affondano in realtà le proprie radici in un passato oramai risalente e sono da sempre state in qualche modo collegate (oltre che, com'è ovvio, con il progressivo invecchiamento della popolazione) con le gravi crisi economico-finanziarie che hanno periodicamente colpito l'Italia a partire dai primi anni Novanta del secolo scorso. Del resto, se si guarda ai due più rilevanti interventi legislativi in materia degli ultimi decenni, incarnati dalla l. n. 335 del 1995 (c. d. riforma Dini) e dalla l. n. 214 del 2011 (c. d. riforma Fornero), ci si rende immediatamente conto di come si sia trattato di interventi di natura emergenziale volti proprio a combattere gli effetti negativi di siffatte crisi soprattutto sul versante della sostenibilità finanziaria del sistema nel suo complesso e della credibilità dello Stato italiano sui mercati internazionali in un contesto economico sempre più globalizzato.

Il dibattito relativo al secondo degli ambiti poco sopra citati, la tutela del reddito di cittadine e cittadini, è invece assai più recente, avendo trovato il proprio coronamento normativo (dopo talune sperimentazioni a livello nazionale e l'intervento a macchia di leopardo dei legislatori regionali) soltanto nel 2019 con l'approvazione, per l'appunto, della misura nota come „reddito di cittadinanza" (l. n. 26 di quell'anno). Una misura, quest'ultima, già presente in pressoché tutti i Paesi membri dell'Unione Europea e ritenuta particolarmente urgente a fronte dell'aumento significativo della povertà di italiane e italiani a seguito della crisi economico-finanziaria mondiale verificatasi tra la fine del primo e l'inizio del secondo decennio Duemila.

Su tali assai significativi mutamenti del diritto della sicurezza sociale italiano si è abbattuta, negli ultimi due anni, la pandemia da Covid-19, che ha imposto

l'adozione di misure straordinarie per mitigarne gli effetti a tutti i livelli. Ne sono conseguiti interventi normativi che hanno riguardato, oltre al versante più propriamente giuslavoristico, anche la materia che qui ci occupa, ma che sono andati ben al di là degli ambiti pensionistico e della tutela del reddito di cittadine e cittadini, dando luogo ad un ulteriore ripensamento (transitorio, forse) del sistema nel suo complesso.

Alla luce di questo intricato scenario, nelle pagine che seguono si cercherà (peraltro senza pretese di completezza vista l'esiguità dello spazio a disposizione) di passare brevemente in rassegna i due più volte richiamati ambiti del diritto della sicurezza sociale, per poi prendere (altrettanto brevemente) in considerazione le misure in proposito adottate a seguito dell'attuale emergenza pandemica. Tutto ciò consentirà di fare alcune ipotesi, in conclusione, sui possibili futuri sviluppi del diritto della sicurezza sociale italiano, soprattutto per tentare di comprendere se le soluzioni adottate per fronteggiare l'epidemia da Covid-19 siano destinate a venire meno o ad avere effetti duraturi.

B. Le riforme del diritto della sicurezza sociale italiano degli ultimi decenni, tra esigenze di sostenibilità finanziaria e di tutela delle persone più deboli

Riprendendo quanto anticipato in Premessa in merito agli ambiti interessati dalle riforme del diritto della sicurezza sociale italiano degli ultimi decenni, si ritiene di doversi anzitutto soffermare su quello più frequentato, complesso e (ancor oggi) dibattuto: il sistema pensionistico.

In proposito, va qui soltanto rammentato come, nel nostro Paese, tale sistema sia stato per lungo tempo assai generoso, tanto sotto il profilo dell'età in cui ci si poteva effettivamente ritirare dal lavoro (grazie all'esistenza dell'istituto della „pensione di anzianità" accanto a quello della „pensione di vecchiaia"), quanto dal punto di vista della consistenza dell'assegno percepito (calcolato sulla base del „metodo retributivo", ovvero di una media delle ultime retribuzioni versate)[1].

Si trattava di un regime legato a una forma di produzione tipicamente fordista – in cui lavoratrici e lavoratori trascorrevano presso il medesimo datore di lavoro tutta la propria vita attiva, andando in pensione in giovane età e contribuendo così a favorire il ricambio generazionale – ed economicamente sostenibile soltanto a fronte di un numero di occupate/occupati assai più elevato di quello delle pensionate/dei pensionati e dunque, in fin dei conti, della presenza di una popolazione giovane e di una non elevata speranza di vita[2].

Condizioni, queste ultime, che si sono verificate, in realtà, per un periodo di tempo piuttosto breve (di fatto coincidente con quello del „boom economico" degli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso), per poi mutare significati-

1 Cfr., in proposito, G. G. Balandi, L'eterna ghirlanda opaca: evoluzione e contraddizione del sistema italiano di sicurezza sociale, in Lavoro e Diritto, 2015, p. 319 ss.

2 Su questa questione sia consentito rinviare a M. Borzaga, The Italian Social Security System after the Recent Economic and Financial Crisis and the Related Reforms: Are Austerity Measures the Right Answer?, in Journal of Social Security Law, 2017, p. 68 ss.

vamente, al punto da richiedere un intervento del legislatore volto ad attenuare l'impatto della spesa pensionistica sulla finanza pubblica[3].

Tale intervento, peraltro, non è stato né tempestivo né risolutivo: esso, infatti, è stato adottato quando il debito pubblico già era notevolmente cresciuto e, come si accennava in Premessa, a ridosso della grave crisi economica che aveva colpito l'Italia all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso; inoltre, si è trattato sì di un provvedimento legislativo di ampio respiro, che tuttavia, per le ragioni di cui si dirà tra un momento, non è stato in grado di imprimere al sistema pensionistico italiano l'auspicata inversione di marcia.

Ci si riferisce, in particolare, alla l. n. 335 del 1995, c. d. riforma Dini, con la quale il Parlamento ha ritenuto di prendere posizione sia sulla questione delle pensioni di anzianità (e dunque, in fin dei conti, dell'età in cui era possibile ritirarsi dal lavoro), sia su quella concernente il metodo di calcolo degli assegni erogati. Per quanto riguarda il primo aspetto, si è deciso (almeno in teoria) di eliminare il relativo istituto, prevedendo al contempo un'età pensionabile flessibile (per le pensioni di vecchiaia). In merito invece al secondo tema, si è stabilito di superare il „metodo retributivo", per passare a quello „contributivo", come noto parametrato sui contributi effettivamente versati da lavoratrici e lavoratori nel corso della propria vita professionale[4].

Gli interventi che si sono appena citati si ponevano, sostanzialmente, due ordini di obiettivi: l'uno, senza dubbio più evidente, di ridurre la spesa pensionistica e l'altro, perseguito soprattutto attraverso la modifica del metodo di calcolo degli assegni erogati, di promuovere una maggiore equità all'interno del sistema complessivamente inteso. Si trattava, a ben vedere, di obiettivi ambiziosi, che peraltro sono stati mancati a causa di quello che può forse considerarsi un eccesso di prudenza del legislatore nel metterli in pratica: la riforma Dini si caratterizzava infatti per la previsione di periodi transitori che ne rinviavano di molto l'attuazione concreta, sia per quanto concerneva il metodo di calcolo degli assegni erogati, sia, soprattutto, in ordine all'abolizione delle pensioni di anzianità[5]. Un atteggiamento, quest'ultimo, per molti versi giustificato dalla severità con la quale la Corte costituzionale aveva fino a quel momento valutato le modifiche legislative concernenti il sistema pensionistico (non soltanto con riguardo ai c. d. diritti quesiti, ma anche in merito a situazioni di mera aspettativa)[6] e che tuttavia ha impedito a un atto normativo assai ambizioso di dare almeno in parte soluzione ai problemi che avevano indotto il legislatore a idearlo.

E così, dopo alcuni ulteriori interventi di aggiustamento (non a caso relativi alle pensioni di anzianità, che continuavano a sopravvivere, ancorché formalmente eliminate, proprio in virtù dei citati periodi transitori) adottati negli anni successivi, la crisi economico-finanziaria mondiale che ha colpito duramente an-

---

3 Sul punto si v., in generale, A. Avio, Vecchiaia e lavoro. Tra solidarietà e corrispettività, Ediesse, Roma, 2008.

4 Su tale riforma si cfr., ad es., C. Cester (a cura di), La riforma del sistema pensionistico, Giappichelli, Torino, 1996.

5 Sul punto sia ancora una volta consentito rinviare a M. Borzaga, op. cit., p. 70.

6 V., in proposito, A. La Spina, La protezione sociale, in S. Cassese, Trattato di dritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale, Vol. 1, Parte II, Giuffrè, Milano, 2003, p. 846 ss.

che l'Italia tra la fine del primo e l'inizio del secondo decennio Duemila, ha di fatto costretto Governo e Parlamento a licenziare un ulteriore provvedimento in materia pensionistica. Si tratta della c. d. riforma Fornero (d. l. n. 201 del 2011, convertito dalla l. n. 214 del medesimo anno), la quale, senza in realtà modificare più di tanto i due pilastri su cui si fondava la l. n. 335 del 1995, ne ha decisamente accelerato gli effetti (incidendo, sostanzialmente, sui più volte richiamati periodi transitori) e ha consentito così un notevole risparmio di spesa, nonché un almeno parziale recupero della fiducia nei confronti dell'Italia sui mercati internazionali, dando avvio al superamento della crisi del debito sovrano[7].

Nonostante non sia in questa sede possibile entrare nel merito della suddetta riforma, si ritiene di dover mettere quanto meno in luce come essa, in sostanza, abbia da un lato generalizzato l'applicazione del „metodo contributivo" di calcolo delle pensioni e, dall'altro, abbia inciso profondamente sull'età alla quale è possibile ritirarsi dal lavoro, elevandola di molto[8]. Ciò è accaduto tanto con riguardo alle pensioni di vecchiaia, quanto in merito a quelle anticipate (che hanno sostituito le pensioni di anzianità, definitivamente abolite) ed è stato accompagnato da un sistema di incentivi e di disincentivi al fine di indurre lavoratrici e lavoratori ad abbandonare il proprio posto di lavoro il più tardi possibile[9].

Sebbene sia stata particolarmente efficace nel centrare gli obiettivi che il legislatore si era prefissato adottandola, la riforma Fornero è stata aspramente criticata (soprattutto da taluni partiti politici) e, a pochi anni dalla sua approvazione, nel 2019, di fatto sconfessata attraverso la previsione della c. d. „quota 100", ovvero di un canale di pensionamento anticipato assai ampio rispetto a quanto ordinariamente previsto proprio dalla riforma Fornero (d. l. n. 4 del 2019, convertito dalla l. n. 26 del 2019)[10]. Si trattava, a ben vedere, di una misura sperimentale (in vigore fino al 31.12.2021), che peraltro è stata recentissimamente prorogata per un altro anno (pur nella forma edulcorata di „quota 102"), in attesa, pare, dell'ennesima riforma del sistema[11].

Per quanto riguarda il secondo degli ambiti citati in Premessa, quello della tutela del reddito di cittadine e cittadini, le cose sono per certi versi più semplici, nel senso che, come si accennava, l'Italia si è dotata di strumenti normativi in proposito soltanto molto di recente. Del resto, è stata la crisi economico-finanziaria scoppiata a cavallo tra i primi due decenni Duemila a far emergere, per la prima volta in modo impellente, il tema della povertà in aumento e della necessità di combatterla. A partire in particolare dal 2016 si sono così succeduti alcuni provvedimenti normativi con i quali il legislatore ha iniziato a farsi carico del problema[12] e che sono culminati nella previsione del c. d. „reddito di cittadi-

---

7 Sulla riforma Fornero si cfr., in generale, M. Cinelli, La riforma delle pensioni del „governo tecnico": appunti sull'art. 24 della l. n. 214 del 2011, in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2012, I, p. 385 ss.

8 V., in proposito, P. Sandulli, Il settore pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla l. n. 214 del 2011, in Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2012, p. 16 ss.

9 Cfr., sul punto, M. Cinelli, op. cit., p. 398.

10 Si v., in proposito, M. Cinelli, La previdenza che cambia: appunti su «relatività» e variazioni fisiognomiche dei diritti sociali, in Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2020, p. 1 ss.

11 In merito a ciò cfr. quanto si dirà nel prossimo paragrafo.

12 Sul reddito minimo v., in generale, l'accurata ricostruzione di F. Ravelli, Il reddito minimo. Tra universalismo e selettività delle tutele, Giappichelli, Torino, 2018.

nanza", introdotto nel nostro ordinamento dal già citato d. l. n. 4 del 2019, convertito dalla l. n. 26 del 2019[13].

Si è trattato senza dubbio di un intervento opportuno, se non necessario, soprattutto alla luce dell'aumento della povertà cui si faceva cenno poco sopra e di un tessuto sociale sempre più sfilacciato, e che peraltro è stato oggetto di diverse critiche per come è stato concepito e congegnato.

Tali critiche, in merito alle quali in questa sede può farsi unicamente qualche accenno, hanno riguardato, anzitutto, la denominazione stessa dell'istituto, che trae senza dubbio in inganno. Essa, infatti, sembrerebbe indicare un reddito di base „individuale, universale e incondizionato"[14], e tuttavia, esaminandone nel dettaglio la regolamentazione, ci si rende conto che al contrario la misura va annoverata nel quadro del c. d. „universalismo selettivo", alla stregua del quale la misura medesima è rivolta a coloro che si trovano al di sotto di una determinata soglia di reddito e ha la funzione di favorire il loro reinserimento nel mondo del lavoro. Non a caso, è lo stesso legislatore a descrivere il reddito di cittadinanza come uno strumento di „politica attiva del lavoro"[15].

Altre critiche hanno poi riguardato la rilevanza, considerata eccessiva, del nucleo familiare nella disciplina dell'istituto, proprio alla luce del fatto che esso funge da strumento di reinserimento nel mondo del lavoro e si fonda quindi su elementi quali l'attivazione delle persone coinvolte e la condizionalità, elementi, cioè, che possono riferirsi unicamente a una dimensione e a una responsabilità individuali[16]. Si è inoltre discusso molto sul requisito di residenza decennale in Italia richiesto per accedere al reddito di cittadinanza, che si è ritenuto discrimini in modo sproporzionato le/i migranti[17]. Da ultimo, anche lo stesso elemento della condizionalità è stato oggetto di diverse riflessioni critiche, sia perché disciplinato in modo non del tutto coerente, sia perché la rigidità da cui è caratterizzato rischia di scontrarsi con la „debolezza istituzionale" dei centri per l'impiego che sono chiamati a gestire il reddito di cittadinanza[18].

E' forse anche per questo insieme di critiche e riflessioni, oltre che per l'impatto della pandemia da Covid-19 di cui si dirà fra un momento, che il Comitato Scientifico per la valutazione del Reddito di Cittadinanza[19], nel presentare la propria relazione, ha recentemente confermato la bontà dell'istituto, ma ha anche suggerito una serie di aggiustamenti, tra cui proprio il potenziamento dei centri per l'impiego[20].

---

13 Su cui si cfr., a titolo di esempio, M. Persiani, M. D'Onghia, Diritto della sicurezza sociale, Giappichelli, Torino, 2020, p. 294 ss.

14 Così, testualmente, P. Pascucci, Note critiche sparse a margine del reddito di cittadinanza, in Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2020, p. 275.

15 Art. 1, co. 1 del d. l. n. 4 del 2019, convertito dalla l. n. 26 del 2019. V., in proposito, M. Vincieri, Spunti critici sul reddito di cittadinanza, in Diritto delle Relazioni Industriali, 2020, p. 36 ss.

16 Si cfr., in proposito, P. Pascucci, op. cit., p. 280 s.

17 V., su tale requisito, R. Casillo, Il reddito di cittadinanza nel d. l. 28 gennaio 2019, n. 4: precedenti, luci e ombre, in Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2019, p. 566 ss.

18 Come sostenuto, in particolare, da M. Persiani, M. D'Onghia, op. cit., p. 297.

19 Istituito dal Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali Andrea Orlando con D. M. 15 marzo 2021 e presieduto dalla Prof.ssa Chiara Saraceno.

20 La relazione del Comitato Scientifico, presentata a novembre 2021, può leggersi alla seguente pagina web: www.lavoro.gov.it/priorita/Documents/Relazione-valutazione-RdC-final.pdf.

C. Gli effetti della pandemia da Covid-19 sulle più recenti tendenze del diritto della sicurezza sociale italiano

Fatta questa panoramica generale sulle più importanti riforme del sistema di sicurezza sociale italiano degli ultimi decenni è il caso ora di soffermarsi pur brevemente sull'impatto che la pandemia da Covid-19 ha avuto su di esso.

Come forse prevedibile, tale impatto è stato pressoché nullo in merito ai regimi pensionistici e, al contrario, estremamente significativo con riguardo agli istituti di natura previdenziale che trovano applicazione in costanza di rapporto di lavoro o che comunque riguardano la tutela del reddito. Ciò, evidentemente, perché la pandemia da Covid-19, minando alle fondamenta il tessuto produttivo e minacciando la sopravvivenza stessa di molte imprese, ha messo in pericolo numerosissimi posti di lavoro e indotto di conseguenza il legislatore a intervenire in via del tutto straordinaria ed emergenziale per salvaguardarli.

Se, dunque, con riguardo alle pensioni il dibattito ha seguitato (anche se in modo assai più attutito che in passato) a concentrarsi sull'opportunità di confermare o meno le deroghe introdotte nel 2019 all'impianto della riforma Fornero – e cioè sulla possibilità di ritirarsi dal lavoro anticipatamente rispetto alle regole generali – senza peraltro trovare uno sbocco definitivo[21], in merito al reddito di cittadinanza (l'altra grande riforma di cui si è detto al paragrafo precedente) i provvedimenti per contrastare l'emergenza sanitaria succedutisi nel corso del 2020 hanno di fatto sospeso la condizionalità, facendolo divenire, per alcuni mesi, unicamente uno strumento di lotta alla povertà (seppur sempre selettivo)[22]. Tale sospensione è stata peraltro superata nella seconda parte dell'anno, facendo ritornare l'istituto alle proprie origini.

In realtà, i medesimi provvedimenti adottati per contrastare l'emergenza sanitaria hanno previsto una serie di ulteriori misure in materia di sicurezza sociale che, combinate con quelle concernenti il lavoro, avevano l'obiettivo di preservare il più possibile il reddito – oltre che l'occupazione – di lavoratrici e lavoratori. E così, accanto al ricorso massiccio (in particolare nelle amministrazioni pubbliche) al c. d. smart working e al blocco dei licenziamenti, si è avuta una decisa estensione della cassa integrazione guadagni, specie nella sua versione „in deroga", proprio per tutelare il numero più ampio possibile di dipendenti[23].

Di fronte a questo „pacchetto" di misure emergenziali di tipo per molti versi universalistico vi è stato chi ha auspicato che il legislatore possa cogliere l'occasione per ripensare al sistema di sicurezza sociale nel suo complesso, abbandonando una selettività ritenuta eccessiva e superando una regolamentazione spesso frastagliata e iniqua, in nome dell'eguaglianza sostanziale[24]. Un auspicio senza dubbio apprezzabile, la cui realizzazione, come si avrà modo di dire nel prossimo

---

21 L'introduzione della c. d. „quota 102" ad opera della recentissima legge di stabilità per il 2022 (art. 1, co. 87 ss., l. n. 234 del 2021) rappresenta del resto un intervento interlocutorio, attesa l'intenzione del Governo di ridiscutere, ancora una volta, l'impianto del sistema pensionistico nel suo complesso.

22 V., sul punto, M. Cinelli, Il welfare al tempo della pandemia. Note a margine, pensando al dopo, in Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2020, p. 301 ss.

23 Si cfr., in proposito, S. Renga, La sicurezza sociale alla prova di stress, in Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2020, p. 321 ss.

24 V., in particolare, S. Renga, op. cit., p. 328 ss.

paragrafo, presenta tuttavia una serie di criticità delle quali non si può non tenere conto.

D. Riflessioni conclusive: verso un ritorno… al passato?

Da quanto si è detto nelle pagine precedenti emerge chiaramente come le più importanti riforme del diritto della sicurezza sociale italiano degli ultimi decenni, per quanto concepite come strutturali, non sono in realtà state in grado di farne venire meno il carattere di „cantiere aperto" che lo ha sempre caratterizzato. Di certo l'attuale pandemia da Covid-19 non ha aiutato a fare ordine, ma ha anzi indotto, come si accennava, diverse studiose e diversi studiosi a riflettere sull'opportunità di un ripensamento complessivo del sistema in chiave maggiormente universalistica.

A giudizio di chi scrive tale ripensamento, seppure per certi versi auspicabile in linea teorica, non può non fare i conti con alcuni, imprescindibili, elementi di contesto.

Il primo – e forse il più importante – è costituito dalla scarsità delle risorse disponibili, attesi l'ammontare elevatissimo del debito pubblico italiano e il continuo, inesorabile aumento della spesa sociale, dovuto, essenzialmente, all'invecchiamento della popolazione. In questo senso l'intervento, anche economico, messo in campo dall'Unione Europea per sostenere i propri Stati membri nella lotta all'emergenza sanitaria, non può che considerarsi una parentesi del tutto eccezionale[25].

Inoltre, se è vero che il contrasto alla povertà è destinato a divenire, in futuro, sempre più rilevante, è altrettanto vero che ciò non può e non deve coincidere con un indebolimento (o addirittura con l'abbandono) della condizionalità, almeno rispetto a chi ha prospettive di trovare una nuova occupazione. Va del resto rammentato come essa costituisca uno strumento fondamentale per promuovere il reinserimento sociale attraverso il lavoro, restituendo in tal modo dignità alle persone.

Da ultimo, e concludendo, suscita perplessità l'idea di universalizzare l'accesso alla cassa integrazione guadagni, a meno che tale universalizzazione non sia accompagnata da requisiti assai stringenti di concessione della stessa. Impressiona, del resto, la circostanza che, nell'affrontare l'emergenza sanitaria, il legislatore italiano abbia puntato proprio (oltre che sul blocco dei licenziamenti), sull'estensione „in deroga" di tale istituto, abbia cioè scelto di intervenire in modo estremamente tradizionale (e in contrasto con le tendenze degli anni precedenti) a fronte di un mercato del lavoro che di tradizionale, oramai, ha ben poco, considerato l'alto tasso di flessibilità (per non dire di precarietà) che lo caratterizza. Una decisione, quest'ultima, che ha finito per tutelare chi aveva (e continua ad avere) un posto di lavoro „sicuro" (a tempo indeterminato) e ha invece condannato alla disoccupazione più di un milione di lavoratrici e lavoratori flessibili (perlopiù gio-

25 Come afferma in modo molto chiaro, ad es., M. Cinelli, Il welfare al tempo della pandemia…, cit., p. 315 ss.

vani e donne)[26]. Ne consegue, a giudizio di chi scrive, la necessità che, quando si ipotizzano riforme di ampio respiro, il diritto del lavoro e il diritto della sicurezza sociale vengano coordinati tra loro, al fine di evitare pericolosi „ritorni al passato" che finiscono per nuocere a chi già si trova in condizioni di debolezza.

26 Cfr., su questo punto, la puntuale ricostruzione di ISTAT, Il mercato del lavoro 2020. Un'analisi integrata, disponibile al sito web www.istat.it/it/files/2021/02/Il-Mercato-del-lavoro-2020–1.pdf, Roma, 2020, p. 28 ss.

Terry Carney / Anna Boucher, Sydney

Australian Social Law and Migrant Flux

Table of Content

A. Introduction
B. Social protection for temporary migrants in Australia
C. Future directions for research on social protection and political participation of temporary migrant workers
  I. Immigration versus welfare and for whom?
  II. Interaction between social security and immigration law
  III. Social citizenship and migrants
D. Conclusion

Migration and social security policies, and the rights of new immigrants to social citizenship are deeply political issues for nation states.[1] (Carney and Boucher, 2009).

A. Introduction

When we wrote in 2009 about the strongly political character of social citizenship rights accorded to immigrants and outlined a future research agenda, we did not anticipate disruptions for immigration wrought by COVID-19.[2] That contribution was based on a presentation in Johannesburg along with colleagues from the MPI on social protection for migrants across the Southern African Development Community ('SADC').[3] Powerful dynamics of demography, economic and technological/labour-market change in 2009 were key policy drivers for migrant labour[4] although at the same time, a chauvinistic *domestic* polity shaped the lack of social protection for temporary migrants in Australia and delays in accessing such provision for permanent migrants. As Schulte showed, even in continental Europe with stronger social protection than Australia, welfare mainly covers migrant workers moving *within* the union to the exclusion of Third Country Nation-

1 *Carney/Boucher*, Social Security and Immigration: An Agenda for future research?, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht, 2009, 36-57.

2 *Becker et al*, Protecting Livelihoods in the COVID-19 Crisis: Legal comparison of measures to maintain employment, the economy and social protection, Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, 2020, https://www.mpisoc.mpg.de/en/social-law/publications/detail/publication/protecting-livelihoods-in-the-covid-19-crisis-legal-comparison-of-measures-to-maintain-employment-the-economy-and-social-protection-1/

3 See also our related papers: *Boucher/Carney*, Social Security for Migrant Workers and their Families in Australia, in *Blanpain et al* (Ed), Social Security and Migrant Workers: Selected Studies of Cross-border Social Security Mechanisms, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2013; *Carney*, Securing Social Security for Migrant Workers: Orthodox approaches or an alternative (regional/political) path for Southern Africa?, African Journal of International and Comparative Law, 2010, 24–45.

4 The main categories are: immigrant settlers, refugees, 'as of right' migrant workers (eg within the EU), temporary migrants such as backpackers and 'guest' workers, and 'illegal' immigrants: cf *Nussberger*, The Challenge of Migration to the Welfare State, in *Benvenisti/Nolte* (Ed), The Welfare State, Globalization, and International Law, Berlin, 2004, at 35–37.

als,[5] though recent work has revealed finer-grained differences in the adequacy of portability rights even within the EU.[6] In Australia, traditionally identified as either a liberal welfare state,[7] or a wage-earners welfare state,[8] depending upon one's characterisation, we can anticipate that welfare protection for migrants will be more market-driven and stringent than in European welfare states with a stronger state-funded focus within its welfare state models.

Social protection for temporary migrants continues to intrigue[9] despite research advances clarifying forces sculpting social protection for migrants generally.[10] We commented in 2009 on the negligible impact of international treaties[11] and ILO labour norms upon protecting migrant access to welfare, particularly of temporary migrants.[12] This ongoing anomaly[13] is sharpened when contrasted with the demonstrable impact on disability policy of the 2006 UN *Convention on the Rights of Persons with Disabilities* ('CRPD').[14] This lack of impact is not for lack of doctrinal space, as MPI colleagues have pointed out, including Graser's middle-ground reconciliation between nationalist denial of social protection and universal rights for all temporary workers in the case of South Africa,[15] and Becker's earlier articulation of a rationale for social protection of temporary migrants grounded not in citizenship or permanent residence rights, but in the degree of 'presence' in the territory.[16]

Yet, recent scholarship from Europe has found a link between enhanced social protection of migrants, higher rates of immigration entry, and increased an-

---

5 *Schulte*, Institutional Framework, Legal Instrument and Legal Techniques Relating to the Promotion of Access to Social Security to Non-citizens: A German perspective, in *Becker/Olivier* (Ed), Access to Social Security for Non-citizens and Informal Sector Workers: An international, South African and German perspective, Stellenbosch, 2008 at 95–98, 140–145.

6 *Vintila/Lafleur*, Migration and Access to Welfare Benefits in the EU: The interplay between residence and nationality, in *Vintila/Lafleur* (Ed), Migration and Social Protection in Europe and Beyond (Volume 1), 2020.

7 *Esping-Andersen*, Three Worlds of Welfare Capitalism, New Jersey, 1990.

8 *Castles*, The Working Class and Welfare: Reflections on the Political Development of the Welfare State in Australia and New Zealand 1890–1980, Sydney, 1980.

9 *Boucher*, Immigration: Welfare Rights in a Temporary Immigration State, in *McClelland Smyth/Marston* (Ed), Social Policy in Australia: Understanding for Action, Melbourne, 2021.

10 *Boucher/Gest*, Crossroads: Comparative Immigration Regimes in a World of Demographic Change, Cambridge, 2018.

11 Principally the UN *Convention on the Rights of All Migrants and their Families* 1990.

12 *International Labour Office*, Addressing Governance Challenges in a Changing Labour Migration Landscape, International Labour Office, 2017, 23–24, 40.

13 Currently the ICMR has a mere 56 State Parties (none a major consumer of migrant labour) and 12 other non-ratifying signatories, leaving 130 nations who have ignored it altogether; whereas the CRPD has 182 ratifications, 9 other signatories (one being the USA) and only 7 taking no-action: UN, Office of the High Commission for Human Rights, 'Interactive Dashboard' https://indicators.ohchr.org/ (Monday, June 28, 2021). Take-up of the ICMR is even low for *labour-sending* countries whose citizens have most to gain from ratification. Brazil, China, Iran, Iraq, India, Pakistan, Thailand, Malaysia, Myanmar, and Vietnam are among those to have taken no action. Indonesia ratified in 2012, joining the Philippines and Sri Lanka in the region:

14 *Eichhorst et al*, The Mobility and Integration of People with Disabilities into the Labour Market, IZA, 2010, http://ftp.iza.org/report_pdfs/iza_report_29.pdf .

15 *Graser*, Taking Inclusion Seriously: An outside perspective on the Khosa decision of the constitutional court of South Africa, in *Becker/Olivier* (Ed), Access to Social Security for Non-citizens and Informal Sector Workers: An international, South African and German perspective, Stellenbosch, 2008, 186.

16 *Becker*, The Challenge of Migration to the Welfare State, in *Benvenisti/Nolte* (Ed), The Welfare State, Globalization, and International Law, Berlin, 2004, 10–11.

ti-immigrant sentiment.[17] This might be particularly the case in European nations where immigrants have historically enjoyed comparatively low rates of naturalisation and therefore related political agency to push for their social rights through standard political avenues. But interestingly for a country like Australia or Canada with high levels of immigrant stock in the population and high naturalisation rates, no correlation was found with strong policies of multiculturalism and generous welfare provision .[18]

Although heavily reliant for its prosperity on large-scale permanent migration after WW2, followed at the turn of the 21st century by a preponderant intake (nearly 6 in 10) of temporary skilled migrants, Australia appears wedded to a dominant restrictionist welfare policy for temporary migrants, as now explained.

B. Social protection for temporary migrants in Australia

A very simplified history of social security entitlements of non-citizens in Australia reveals some salient features. It begins with the distinction between the more generous pensions for those not of labour market age or capacity (1910 onwards) and the austere benefits for those temporarily unemployed or sick (1944 onwards).[19] Citizenship or lawful residence together with a qualifying period of 20 years actual residence was required for pensions. Benefits were paid simply on the basis of meeting tests of current lawful residence. Neither pensions nor benefits were portable beyond Australia's borders until the late 1960s.[20] This tax-funded, but 'residualist' (tightly means tested) social assistance model was conceived as a safety net or second line of social protection. The primary source of social protection was high wages delivered by strong labour market conditions and barriers to competition from cheap overseas labour or low-priced imported goods (imposing a tariff wall).[21] Dismantling of this economic protectionism for full free-trade and open markets in the 1980s was initially not accompanied by any softening of the long-standing rejection of reliance on low skilled 'guest worker' migration. Then, around the turn of the 21st century, temporary immigration was enthusiastically embraced to meet high skilled labour shortages – rising to over 58 per cent of all migration before Australia shut its borders in 2020 due to COVID-19.[22]

Recognising the economic contribution from mass immigration, social protection initially improved for permanent residents in the second half of the 20th century. The period of residence for pensions halved to 10 years in 1962 and the

---

17 *Burgoon/Rooduijn*, 'Immigrationization' of welfare politics? Anti-immigration and welfare attitudes in context, West European Politics, 2021, 177–203.

18 *Schmitt/Teney*, Access to General Social Protection for Immigrants in Advanced Democracies, Journal of European Social Policy, 2019, 44–55, 45, 51, 52–53.

19 *Carney*, Social Security Law and Policy, Sydney, 2006, Ch 2.

20 For a synopsis: *Boucher*, Immigration: Welfare Rights in a Temporary Immigration State, in *McClelland Smyth/Marston* (Ed), Social Policy in Australia: Understanding for Action, Melbourne, 2021, 176.

21 *Castles*, Welfare and Equality in Capitalist Societies: How and Why Australia was Different, in *Kennedy* (Ed), Australian Welfare: Historical Sociology, Melbourne, 1989.

22 *Boucher*, Immigration: Welfare Rights in a Temporary Immigration State, in *McClelland Smyth/Marston* (Ed), Social Policy in Australia: Understanding for Action, Melbourne, 2021, 173.

1970s saw overseas portability granted to many, if not all sending countries.[23] But later arrivals encountered roll-back. A 6-month post-arrival non-qualification period for permanent migrants was applied to most payments from 1993,[24] soon extended to two years in 1996 (now four years). A short-lived exception was made for the discretionary hardship payment (called special benefit) and child and parenting payments. But special benefit was subjected to the bar in 1996/7,[25] and at the time of writing legislation was pending to also bar child benefit and parenting payments for permanent migrants, and has been identified as having potential gendered outcomes.[26]

For temporary migrants, as we noted in our 2009 piece, welfare access was heavily restricted and limited access to some minor forms of child care benefits. However, this was not a large concern given the buoyant nature of the Australian labour market at the time.[27] The situation changed dramatically in 2020 as a result of the global economic downturn caused by COVID-19. Many migrants lost their jobs and there was evidence that rates of unemployment were significantly higher for those on temporary than permanent visas, or Australian citizens. One study for instance found that 73 % of surveyed international students either lost their job, or had reduced hours and yet, these migrants had no resource to welfare payments in 2020.[28] On best available data, an estimated 1.1 million people were without any form of welfare assistance in 2020.[29]

At the same time, border closures precipitated by COVID-19 exposed the heavy reliance of agricultural, horticulture, child care and hospitality upon the seasonal labour of backpackers and international students. A new agricultural visa was quickly created, designed to attract around 10,000 guest workers from ASEAN countries in the region, although at the time of publication this visa has not yet commenced.[30] However, most of these temporary migrants, including seasonal workers, did not qualify for social protection in the event of loss of employment, not even during the prolonged hardship imposed by COVID-19.[31] This trend to

---

23 Ibid, 176.

24 *Lanfranconi et al*, At the Intersection of Immigration and Welfare Governance in the United States: State, county and frontline levels and clients' perspectives, Zeitschrift für Sozialreform, 2020, 441–469, 444 [The USA followed 3 years later].

25 *Koller*, Unequal Treatment for Newly Arrived Migrants under the Social Security Act, Australian Journal of Human Rights, 1997, 169–174.

26 Luke Henriques-Gomes 'Migrant women 'at risk' in changes to Australian welfare access' www.theguardian.com/australia-news/2021/sep/13/migrant-women-at-risk-in-changes-to-australian-welfare-access

27 *Carney/Boucher*, Social Security and Immigration: An Agenda for future research?, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht, 2009, 36–57.

28 *Berg/Farbenblum*, As if We Weren't Humans: The Abandonment of Temporary Migrants in Australia during COVID-19, 2020, https://ssrn.com/abstract=3709527 , 34.

29 Bonyhady, N. & Bagshaw, E. 2020, 'Up to 1.6 million temporary workers face being trapped with no job or welfare', *Sydney Morning* Herald, 24 March 2020.

30 Kath Sullivan, 'New agricultural visa to include South-East Asian workers but farmers remain unconvinced' *ABC News* Wednesday 16 June 2021 www.abc.net.au/news/2021–06-16/asean-agricultural-visa-uk-free-trade-agreement/100218744; David Littleproud, Minister for Agriculture, Drought and Emergency Management, Press Release 'Agriculture visa to secure labour force for farmers' https://minister.awe.gov.au/littleproud/media-releases/seasonal-agriculture-worker-visa .

31 *Berg/Farbenblum*, As if We Weren't Humans: The Abandonment of Temporary Migrants in Australia during COVID-19, 2020, https://ssrn.com/abstract=3709527 ; *Carney*, Economic Hardship Payments in Emergencies, in *Bennett/Freckelton* (Ed), Pandemics, Public Health Emergencies and Government Powers, Sydney, 2021.

restricting the protection offered to temporary migrants is consistent with our depiction of a bifurcated distinction between temporary and permanent migrants for the purposes of social protection in Australia, as well as delay in the conferral of permanent residence, which in turn delay eventual access to the welfare state.

C. Future directions for research on social protection and political participation of temporary migrant workers

There are a variety of issues of future direction in social protection research that merit consideration in this final section of the article. First, social protection research presents a conflict for left-wing parties in terms of supporting welfare provision for migrants, while balancing potential anti-immigrant sentiment among the working class. This can be characterized as the conflict of „immigration versus welfare and for whom?" Second, new research distinguishes between the interaction of particular visas and particular welfare payments, demonstrating the complexity in the interaction of these areas of law. Finally, there are implications for citizenship theory and social engagement of temporary migrants in the laws that affect them. In the next section we consider these directions and some assessment of how these should be factored in Australia.

I. Immigration versus welfare and for whom?

Nussberger hypothesised in 2004 that population policy – who comes into a country, the terms of it and the management of such populations – trumps social protection considerations whenever the two unduly conflict.[32] The underlying logic (residualist or contributory[33]) and 'type' of welfare state (residual/liberal/corporatist) and the fiscal ideology determining its expansion or contraction (eg when moral undeservedness was a rationale) will influence the extent of this potential conflict.[34]

Reluctance of left-of-centre parties to appear soft on immigration has received some empirical support.[35] However, as Koning has found, the politics of exclusion or restriction of social protection of non-citizens is vastly more complicated

32 *Nussberger*, The Challenge of Migration to the Welfare State, in *Benvenisti/Nolte* (Ed), The Welfare State, Globalization, and International Law, Berlin, 2004.

33 Contributions invoke *reciprocity* (based in residence), while social assistance can be seen as the modern *charity,* formerly only owed to *citizens*: *Dupper*, Migrant Workers and the Right to Social Security: An international comparison, in *Becker/Olivier* (Ed), Access to Social Security for Non-citizens and Informal Sector Workers: An international, South African and German perspective, Stellenbosch, 2008, 51.

34 *Sainsbury*, Immigrants' Social Rights in Comparative Perspective: Welfare Regimes, Forms in Immigration and Immigration Policy Regimes, Journal of European Social Policy, 2006, 229–244: 229; *Sainsbury*, Welfare States and Immigrant Rights: The Politics of Inclusion and Exclusion, Oxford, 2012, Chs 6, 12. For differences *within* states of a federation such as the US and how they are expressed at the level of administration or governance in its more devolved and discretionary system, see *Lanfranconi et al*, At the Intersection of Immigration and Welfare Governance in the United States: State, county and frontline levels and clients' perspectives, Zeitschrift für Sozialreform, 2020, 441–469.

35 *Schmitt/Teney*, Access to General Social Protection for Immigrants in Advanced Democracies, Journal of European Social Policy, 2019, 44–55, 45, 51, 52–53.

than any simplistic partisan script.[36] Migrants themselves have been found not to uniformly be more disposed to support social protection of non-citizens,[37] even though increased conditionality of social or employment rights unsurprisingly is associated with greater impoverishment for themselves.[38]

Fine-grained analyses of this interplay of factors accounting for the mix of inclusionary and exclusionary welfare policies across time and countries has only very recently begun.[39] Interestingly, one of the latest of these concludes that it is the political factors which have now come to the fore. Koning concludes that:

> whilst the level of inclusion of immigrants in 1990 can be explained quite well by the overall structure of the welfare regime, the developments that occurred since then seem more driven by political factors. In particular, the adoption of punitive restrictions has been more common in countries with a political climate that is hostile to immigrants.[40]

In Australia, a modified two-party system, continues to encourage wedge politics around migrant welfare issues and arguably, less support for provision to migrants than in other jurisdictions where minor parties may take on the perspectives on minority groups more easily.[41] Conferral of benefit entitlements by temporary migrants can also be depressed by the broader political climate, including misinformation and fear,[42] so it is critical that the ways in which the impact of broader racial and migration politics upon the issue of temporary migrants are properly understood.

II. Interaction between social security and immigration law

One arm of the future agenda certainly calls for more fine-grained analysis of the interaction of welfare and immigration law and policy. This is because even small changes in either visa conditions, or welfare provision, can affect eligibility. One way in which this can be achieved is through the creation of sophisticated data-bases that track conditions for both areas of law, and their interaction, over visa class, welfare payment and through time. This work could draw upon the ground-breaking work of Diane Sainsbury but extend it to a broader array of countries, visa-classes and types of welfare provision.[43] Shutes explored the role of migration status as a 'conditionality variable' in the social protection of

---

36 *Koning*, Immigration and the Politics of Welfare Exclusion: Selective solidarity in Western democracies, Toronto, 2019. The significance of anti-immigration 'exclusionary' politics receives support in the study by *Slaven et al*, What Drives the Immigration-Welfare Policy Link? Comparing Germany, France and the United Kingdom, Comparative Political Studies, 2021, 855–888.

37 *Lubbers et al*, Migrants' Support for Welfare State Spending in Denmark, Germany, and the Netherlands, Social Policy & Administration, 2018, 895–913.

38 *Eugster*, Immigrants and Poverty, and Conditionality of Immigrants' Social Rights, Journal of European Social Policy, 2018, 452–470.

39 *Koning*, Accommodation and New Hurdles: The increasing importance of politics for immigrants' access to social programmes in Western democracies, Social Policy & Administration, 2021, 815–832.

40 Ibid, 817.

41 *Wilson/Turnbull*, Wedge Politics and Welfare Reform in Australia, Australian Journal of Politics and History, 2002, 384–404.

42 *Lanfranconi et al*, At the Intersection of Immigration and Welfare Governance in the United States: State, county and frontline levels and clients' perspectives, Zeitschrift für Sozialreform, 2020, 441–469, 442.

43 See above, note 36.

temporary migrants compared to long-term EU migrants.[44] This kind of tracking work has been undertaken for immigration visas in Australia, but not for welfare provision to date.[45] Such research is needed to better understand the vagaries in provision across time, space, visa type and in some cases, sub-national region of Australia.

III. Social citizenship and migrants

While scholarship has long engaged with the political foundations of welfare state models and the historical shifts in coverage or levels of benefits with changing fortunes of political factions, the social citizenship of migrants themselves as agents and actors in their own social protection entitlements, is an understudied phenomenon.

The failure to involve temporary migrants as actors within nation-state decision-making processes is postulated as resulting in a perceived democratic legitimation deficit, where the group of people making decisions does not correspond with the group bearing the consequences of the decisions.[46] Classic determinants of political participation, such as access to social resources, gender,[47] or homeland engagement practices may lead to variation in participation levels among migrants.[48] Further, scarce resources can in turn restrict the participatory potential of more marginal groups, such as migrants, and thereby limit influence upon policy outcomes.[49] Without access to avenues for participation, migrants are in many cases unable to push for social law reforms. Nonetheless, temporary migrants may be able to lobby for extensions of their social rights in a variety of less traditional ways including through consumer influence, collaborations with citizenships or strategic litigation. More research is needed on how temporary migrants act politically to extend their welfare rights, including within the Australian welfare state.

D. Conclusion

Social protection of migrants in Australia may best be seen as a case study of the preeminence of population policy, welfare stringency and domestic chauvinism, winning out over universalist principles around social protection. While there have been some exceptions in 2021, with temporary migrants being able to access short-term Disaster Payments from sub-national state governments, the general theme in Australia has been one of exclusion of temporary migrants from

---

44 *Shutes*, Work-related conditionality and the access to social benefits of national citizens, EU and non-EU citizens, Journal of Social Policy, 2016, 691–707.

45 *Beine et al*, Comparing Immigration Policies: An Overview from the IMPALA Database, International Migration Review, 2016, 827–863.

46 *Fine*, Democracy, citizenship and the bits in between, Critical review of international social and political philosophy, 2011, 623–640.

47 *Verba et al*, Voice and Equality: Civic Voluntarism in American Politics, Cambridge, MA, 1995.

48 *Pietsch*, Race, Ethnicity and the Participation Gap: Understanding Australia's Political Complexion, Toronto, 2018.

49 *Dür/De Bièvre*, Inclusion without Influence? NGOs in European Trade Policy, Journal of Public Policy, 2007, 79–101.

social protection. Further, the removal of welfare waiting periods for permanent migrants during COVID-19 has since been reversed.[50]

The Australian experience is consistent with the hypothesis that population policy is the main driver of negligible welfare for temporary workers.[51] Its social assistance architecture corresponds most comfortably with abnegation of rights to social security or compassion, instead accentuating risks of poverty,[52] leaving temporary migrants to civil society charity with a few exceptions.

Despite a somewhat surprising lack of association between multiculturalism and greater generosity of welfare provision for temporary migrants, Australia's COVID response arguably demonstrates the fluidity of the political economy of welfare,[53] and the potential for civil society deliberative participation by temporary migrants and their representatives in enhancing their social rights.[54]

---

50 *Carney*, Idiosyncratic but Effective?: Australia's COVID-19 social protection, in *Becker et al* (Ed), Protecting Livelihoods in the COVID-19 Crisis: Legal Comparison of Measures to Maintain Employment, the Economy and Social Protection, Munich, 2022 forthcoming.

51 *Slaven et al*, What Drives the Immigration-Welfare Policy Link? Comparing Germany, France and the United Kingdom, Comparative Political Studies, 2021, 855–888.

52 *Eugster*, Immigrants and Poverty, and Conditionality of Immigrants' Social Rights, Journal of European Social Policy, 2018, 452–470.

53 *Spies-Butcher*, The Temporary Welfare State: The political economy of job keeper, job seeker and'snap back', Journal of Australian Political Economy, 2020, 155–163. Also *De Vito et al*, Are Undocumented Migrants' Entitlements and Barriers to Healthcare a Public Health Challenge for the European Union?, Public Health Reviews, 2016, 1–9. For a philosophical foundation: *Fine*, Democracy, citizenship and the bits in between, Critical review of international social and political philosophy, 2011, 623–640.

54 *Koning*, Immigration and the Politics of Welfare Exclusion: Selective solidarity in Western democracies, Toronto, 2019; *Koning*, Accommodation and New Hurdles: The increasing importance of politics for immigrants' access to social programmes in Western democracies, Social Policy & Administration, 2021, 815–832. For the significance of incentives in empowering representation: *Crisp et al*, The Role of Rules in Representation: Group Membership and Electoral Incentives, British Journal of Political Science, 2016, 47–67. Also *Pietsch*, Race, Ethnicity and the Participation Gap: Understanding Australia's Political Complexion, Toronto, 2018.

Tankut Centel; Istanbul

Social Security Rights of Turkish Citizens Abroad

Table of Content

A. Introduction
B. The Concept of Turkish Citizens Abroad
  I. Reason for being abroad
  II. Carrying Turkish citizenship
  III. Protection of Turkish citizen abroad
C. Social Security Status of Turkish Citizen Working Abroad
  I. Status of Turkish citizens permanently abroad
    1. Opportunity to benefit from Turkish social security legislation
    2. Evaluation of working time spent abroad
    3. Refund of transferred premiums
  II. Status of a Turkish citizen who is temporarily abroad
    1. Persons who are temporarily abroad for work purposes
D. Social Security Status of Turkish Citizens Not Working Abroad
  I. Status of a Turkish citizen abroad for family reasons
  II. Status of Turkish citizens who resident abroad
  III. Status of a Turkish citizen staying abroad for family reasons
  IV. Status of a Turkish citizen staying abroad for touristic purposes
  V. Status of Turkish citizens staying abroad for sports purposes
E. Evaluation and Conclusion
F. References

A. Introduction

Providing the social security right for Turkish citizens staying abroad is of great importance especially in terms of health practices and ensuring income security in the future. Providing sustainability to the social security right of the Turkish citizens outside Turkey is essential particularly regarding these fields.

Providing the social security right is basically the responsibility of the country of residence and work, depending on citizenship. This responsibility of the country of citizenship remains in cases where a citizen is temporarily or permanently outside the country. Accordingly, the mobile life in an increasingly interconnected world leads to social security rights gaining an international dimension and national regulations to be directed towards not only citizens staying within the borders of the country, but also abroad.

The international dimension of social security regulations has gained increasing importance in recent years especially for Turkish citizens. The main reason for this is that Turkey continues to be a labour exporting country and the number of Turkish citizens living abroad is gradually increasing: about 5.5 million of the more than 6.5 million Turkish citizens living abroad have settled in Western European countries. Thus, also considering the three million Turks that have made a definite return to Turkey, the existence of a migration phenomenon that concerns about 9.5 million people has emerged. Accordingly, meeting the social security of

the Turkish citizens in question and solving their problems are treated as an priority issue by Turkey's foreign policy[1]. Hence, Turkey has currently signed social security agreements with 35 countries, including the countries of the European Union[2].

The emigration of Turkish citizens covers a period that has been intense since the 1960s to the present day. In this context, first, what should be understood from a Turkish citizen abroad will be explained below and then, the social security rights of Turkish citizens working and not working abroad in Turkey will be examined. Hereunder, the social security rights that Turkish citizens acquire abroad according to the legislation of the country they reside in are out of our scope.

B. The Concept of Turkish Citizens Abroad

I. Reason for being abroad

An important part of Turkish citizens abroad are people working in foreign countries. However, Turkish citizens abroad but not working in the foreign country they reside in are also included in the concept of Turkish citizens abroad.

In this context, Turkish citizens working in foreign countries may be separated into three groups, namely those who are sent abroad on temporary duty while working in Turkey, those who are moving abroad to be employed by a Turkish employer in a foreign country, and Turkish citizens who go to a foreign country to work and settle there. Turkish citizens who are abroad unemployed mainly go abroad for family reasons, educational or touristic or sporting purposes or settled abroad permanently.

II. Carrying Turkish citizenship

Everyone who is bound to the Turkish State by citizenship is Turkish. The child of a Turkish father or a Turkish mother is Turkish. Citizenship is acquired under the conditions specified by the law and is lost only in cases specified in the law (art. 66 of the Constitution). Accordingly, Turkishness is defined in the Constitution without any distinction of language, religion, race or sect, and the Constitution did not seek the condition of being Turkish in the racial sense to bind individuals to itself by citizenship bond.

In the Turkish Citizenship Law No. 5901[3], a Turkish citizen is defined as a person who is bound to the State of the Republic of Turkey by citizenship bond (art. 3/ç). While the law accepts the acquisition of Turkish citizenship due to the lineage as a basis for the acquisition of citizenship by birth, it regulates being born in Turkey based on land as an exception to acquiring citizenship (art. 8). The subsequent acquisition of Turkish citizenship takes place with the decision of

1 www.mfa.gov.tr/yurtdisinda-yasayan-turkler_.tr.mfa
2 See: www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/emekli/yurtdisi_islemler/sosyal_guvenlik_sozlesmeleri
3 Official Gazette 12.6.2009 no. 27256

the relevant authority or through adoption or the exercise of the right to choose (art. 9). Furthermore, it is possible to acquire Turkish citizenship through marriage or by decision of the President (art. 12, 16).

Additionally, according to Law No. 2383[4], Turkish citizens have the right to have the citizenship of one or more states. Today, dual citizenship gains attraction in the face of Turkey's opening to the outside along with developments in the field of international transportation and communication. Dual citizenship gives a new dimension to the concept of citizenship: people staying abroad can maintain their own country's citizenship and in certain cases can acquire the citizenship of the country they are residing in. It leads to the emergence of the concept of Turkish citizens abroad. Thus, Turkish citizens permanently or temporarily outside of Turkey for work, family, education, touristic, sportive, or other reasons, whilst maintaining their Turkish citizenship status may be defined as Turkish citizens abroad.

III. Protection of Turkish citizen abroad

The Constitution stipulates the State's obligation to take the necessary measures to ensure the social security of Turkish citizens working in a foreign country, to protect their ties with the homeland, and to assist them in returning home (art. 62). Within the national legislation, Law No. 3201[5] is an important legal regulation corresponding with the mentioned obligation. As a matter of fact, the Law No. 3201 addresses the prerequisites for Turkish citizens to count the time period they are abroad to the period of insurance in Turkey.

However, neither the Constitution nor the Law No. 3201 have defined the Turkish citizen abroad. Hence, it would be appropriate to consider every Turkish citizen anywhere in the world – for whatever reason – to be considered a Turkish citizen abroad[6].

C. Social Security Status of Turkish Citizen Working Abroad

I. Status of Turkish citizens permanently abroad

1. Opportunity to benefit from Turkish social security legislation

While some of the Turkish citizens working abroad permanently solely possess a Turkish citizenship, some also hold the citizenship of the country in which they reside. Depending on their citizenship status and employment, these individuals may be subject to both the Turkish social security legislation and the social security legislation of the country in which they reside.

In fact, Turkish citizens working abroad, regardless of whether there is a bilateral or multilateral social security agreement, benefit from the rights recognized by the social security legislation of the country in which they reside in. Countries,

4 Official Gazette 17.2.1981 no. 17254
5 Official Gazette 22.5.1985 no. 18761
6 Demirkaya (2020), p. 10

in accordance with the principle of equality, are under the obligation of providing Turkish citizens in their countries with social security rights like of the ones their own citizens enjoy. However, this is not our subject; it is of interest to us whether these people, whether they hold solely a Turkish or a dual citizenship, can claim a pension, death, or disability pension according to Turkish social security legislation.

2. Evaluation of working time spent abroad

a) Recent developments

Turkey has adopted two fundamental laws regarding the evaluation of the working time spent abroad by Turkish citizens working abroad. Indeed, legal arrangements had to be made to ensure the social security of Turkish citizens abroad in the face of adverse circumstances such as the difficulty of making social security agreements, the inability of the agreements to fully provide the social security rights of Turkish citizens working abroad, and the inability to sign social security agreements with all foreign countries.

The first of these fundamental laws mentioned above is the law dated 30.5.1978 and numbered 2147[7]. The law in question introduced the opportunity to borrow the entire period of service abroad for Turkish citizens who have worked or are working in all foreign countries, regardless of whether they have a bilateral or multilateral social security agreement.

However, Law No. 2147 could not provide sufficient solutions to the problems that arose in practice during the seven years it was in force. Particularly implementation problems arising from the fact that the service periods cannot be partially borrowed with the condition of a final return to the country necessitated the repeal of the law in question. Thereupon, Law No. 3201 of 8.5.1985[8], which replaced the Law No. 2147 and is still in force, was adopted.

In the period following the entry into force of Law No. 3201, the situation of those who receive unemployment insurance and other social security benefits from abroad created problems in terms of implementation. In this context, the Constitutional Court found that the words „those who make a final return to the country" and „return to the country" in Article 3 of the Law No. 3201 were contrary to the Constitution and annulled them. However, the Constitutional Court did not find the condition of final return to the country, which is a prerequisite in Article 6 of Law No. 3201 regarding the granting of a pension, contrary to the Constitution.

Article 3 of Law No. 3201 was rearranged after the annulment decision of the Constitutional Court, and the condition that the application should be made within two years from the final return to the country with the condition of a final return to the country was repealed. However, the requirement for the final return to the country, stipulated for the granting of a pension, was left untouched in article 6 of Law 3201. For this reason, a person working abroad can make a service loan

7 Official Gazette 7.6.1978 no. 16309
8 Official Gazette 22.5.1985 no. 18761

without a final return to the country; however, he/she cannot receive a pension without making a final return[9].

b) Persons who will benefit from foreign service debt

(1) Turkish citizens over the age of 18

The time spent abroad as a Turkish citizen after turning the age of 18 of those who lost their Turkish citizenship by obtaining permission to leave after being a Turkish citizen by birth and the time spent by Turkish citizens abroad are evaluated in terms of their social security (art. 1 Law No. 3201). Accordingly, the condition of being a Turkish citizen at the time of the request will not be sought, however, the request will have to include the period of being a Turkish citizen[10]. Thus, the periods spent abroad after the loss of Turkish citizenship will not be subject to borrowing.

Likewise, immigrants arriving in Turkey, even if granted Turkish citizenship, will not be able to make borrowing because they were not Turkish citizens during the time working abroad[11]. However, those who were subject to forced migration (e. g. of Turkish descent, but Bulgarian citizens in the past) were excluded from this rule. Accordingly, those who acquired Turkish citizenship after being subjected to forced migration from countries that have not signed a social security agreement from 1/1/1989 to 8/5/2008 will be able to evaluate their service period in the countries they came from through borrowing (art. 6 Law No. 3201).

(2) Housewives living abroad

After turning the age of 18, Turkish citizen can borrow the period spent abroad as a housewife (art. 1 Law No. 3201). In this context, the expression housewife should be understood as women who are over the age of 18 and do not work in any job, regardless of whether they are married or have any occupation[12].

(3) Public officials

Public officials insured after 1/10/2008 have the opportunity to make borrowing for the periods spent abroad before this date (prov. art. 7 para. 2 Law No. 3201).

(4) Right holders

Rights holders of those who died while working abroad or after their final return to the country can benefit from foreign service debt. However, in order to achive such benefit, the right holder must be a Turkish citizen (art. 3 para. 1 Law No. 3201). There is no legal clarity as to whether the right holder should be a Turkish citizen at the time of borrowing or during the entire period of borrowing.

9 Ergin (2009), p. 169
10 Sözer (2019), pp. 486–487
11 Çelebi (2017), p. 67
12 See in detail: Çelebi (2017), pp. 79–81

c) Borrowing periods

The periods of insurance abroad and the unemployment periods of up to one year between or after these periods and the periods spent as a housewife abroad are the periods that can be borrowed (art. 1 Law No. 3201). Accordingly, the periods worked in a foreign country without insurance or without a work permit will not be subject to borrowing[13].

Since unemployment periods to be borrowed are limited to one year, it is not possible to borrow all unemployment periods.

If a housewife requests to borrow the time spent abroad, it is not required for the person requesting borrowing to be previously insured in Turkey.

Regardless, Turkish workers who were taken abroad by Turkish employers who took jobs in countries that did not sign a social security agreement with Turkey can benefit from optional insurance if they wish to benefit from long-term insurance branches. Those who do not want to benefit from optional insurance can borrow as much as they wish, for the time they worked abroad[14].

d) Required actions

(1) Making an application

Citizens applying to foreign borrowing must submit their applications to the Social Security Institution (art. 3 Law No. 3201). Due to a large number of social security institutions in Turkey and the lack of norm-standard unity, the places to apply were arranged in detail. However, with the unification of social security institutions under one roof and efforts to ensure norm-standard unity, today, it has been accepted that the Social Security Institution is the only place of application.

(2) Payment of the entire debt

The amount of debt accrued for each day borrowed is 45 % of the daily earnings selected between the minimum and maximum daily earnings, which are the basis of the valid premium at the date of application (art. 4 para. 1 Law No. 3201).

However, the President of the State is authorized to set the lower limit for borrowing to a different amount, which he, however, has not done so far.

The amount of the debt must be paid within three months from the date of notification. Thusly, if the debt is not fully paid in due time, it will be necessary to apply again (art. 4 para. 1 Law No. 3201).

On the other hand, payments to those who renounce borrowing afterwards and those who cannot fulfil the necessary conditions for receiving a pension after borrowing and their beneficiaries, upon their request, are refunded without interest (art. 4 para. 2 Law No. 3201).

13 Çavuş (2015), p. 45; Çelebi (2017), pp. 88–89; Ergin (2008), p. 568; Orhan (2007), p. 30
14 Çelebi (2017), pp. 93–94; Yıldırımoğlu (2009), p. 256

e) Legal consequences of borrowing

(1) Insurance starting date

The borrowing periods of those who have service in Turkey prior to the borrowing date are combined. In this case, if the period of borrowing of the insured abroad coincides with a date after the starting date of the insurance in Turkey, the start of the insurance will not change. On the other hand, if the borrowed period coincides with a date before the starting date of the insurance in Turkey, the starting date of the insurance will be determined by going back as much as the number of days owed. If the applicant does not have insurance in Turkey, the starting date of the insurance is the date determined by going back as far as the number of days it was borrowed from the date the applicant fully paid his debts (art. 5 paras 2, 3, and 6 Law No. 3201).

On the other hand, the date on which those who borrowed their services in the countries in which a drawn up social security agreement commenced for the first time in the contracting country, is not considered as the first date of employment. Correspondingly, if there is a correlating provision in the social security agreement, the date of first employment in a foreign country is accepted as the date of first employment in Turkey (art. 5 para. 5 Law No. 3201).

(2) Salary

If the insured is entitled to a salary because of the payment of the amount owed, it is obligatory for the insured to make a final return to the country, to have fully paid the accrued debt and to make a written request (art. 6 para. A Law No. 3201).

However, there is no legal provision regarding the requirement of a final return to the country in order for the salary to be added on to the deceased's right holders. Again, a final return to the country does not mean that going abroad again after returning to Turkey will be rendered impossible[15]. However, the salaries of those whom putting on salaries, those who will work abroad subject to the legislation of a foreign country and those who receive residence-based social insurance or social assistance allowance must be cut as of the date they start working again or start receiving the allowance[16].

The owed salary can come in the form of a partial salary, or a full salary. In this context, partial salary means a salary for Turkish citizens working both in Turkey and abroad only in proportion to their working time in Turkey. However, to earn a partial salary the following requirements exist:

- The working period in Turkey and the number of premium payment days not being sufficient according to the Turkish legislation,
- An existing social security agreement between Turkey and the foreign country where the Turkish insured works and considering the periods during which the Turkish insured worked abroad and paid premiums pursuant to this agreement as premiums paid to Turkish insurance institutions.

15 Çelebi (2017), p. 154
16 See: Çelebi (2017), pp. 165–166

Partial salaries can be converted into full salaries upon the request of the Turkish insured or right holders and the full payment of the borrowing amounts can be accrued to them (art. 4 and art. 9 para. 1 Law No. 3201). Hence, it is possible for those who receive partial salaries abroad to convert their partial salaries in Turkey to full salaries[17].

On the other hand, it is legally possible for persons receiving a salary to start working in Turkey as insured. In this case, the persons in question can continue their work in Turkey without cutting their salaries by paying social security support premium (art. 6 para. B Law No. 3201).

3. Refund of transferred premiums

Turkish citizens returning to Turkey without retiring abroad can transfer the insurance premiums they have paid in a foreign country to Turkey if there is a bilateral social security agreement. Accordingly, in the case of a transfer of premiums deposited to social security institutions in foreign countries on account of Turkish citizens to Turkey through international agreements:

– All transferred premiums to those who have paid the accrued debt by borrowing the entire period of the transferred premiums,
– The amount of the transferred premiums corresponding to the period they are borrowed to those who have also paid their accrued debt by borrowing a part of the periods related to the transferred premiums,

are returned to the insured or their right holders or heirs in Turkish Lira at the current exchange rate on the date of transfer (art. 10 Law No. 3201).

II. Status of a Turkish citizen who is temporarily abroad

1. Persons who are temporarily abroad for work purposes

a) Those sent abroad by a public institute

Public officials in Turkey can be assigned to the foreign representations or units of the public institutes they are affiliated with. Their social security rights are determined according to the provisions of Law No. 5510. In this context, the social security rights of employees sent abroad by public institutes continue under the existing conditions in Turkey.

Likewise, the social security right of public officials sent abroad for training is protected in terms of long-term insurance branches during their stay abroad. In terms of health insurance, first, the country of residence is relevant, and if the country of residence does not provide health assistance, the relevant Turkish institute takes out the health insurance of these people[18].

In contrast:

– Employees in foreign representations of public administrations and that have a permanent residence permit in the country where the representation is located

17 See: Çelebi (2017), pp. 162–163
18 See: Demirkaya (2020), p. 162

or Turkish national contracted personnel that hold the citizenship of their country of residence, documenting that they are insured in the social security institution of the country of residence,

– Those who are insured within the scope of social insurance in the country of residence by their employers, in cases where the relevant legislation of the country where the representative office is located is required and within the framework of international social security agreements of contracted personnel employed in foreign representations of public administrations,

are not considered as insured in Turkey (art. 6 para. 1/1 Law No. 5510).

The social security of teachers and religious officials working abroad is provided by the social assistance provided in accordance with the provisions of Law No. 168[19].

b) Workers who are taken abroad, sent abroad or go abroad through their own means

If there is an existing bilateral social security agreement, and if there is no corresponding provision in this agreement, Article 10 of the Law No. 5510 is applied regarding those who are temporarily taken abroad for the purpose of working as a worker by a Turkish employer who took a job abroad, that is, the social insurance rights and obligations of the insured and the employer continue during the working period abroad[20].

In the absence of a bilateral social security agreement, the provisions of the Turkish social security legislation shall be valid. However, these people can only benefit from the short-term insurance branches and the provisions of the general health insurance, while the long-term insurance branches are guaranteed only under the provisions of the voluntary insurance[21].

Those who are sent abroad on temporary duty are subject to the provisions of the Turkish social security legislation, whether there is a bilateral social security agreement or not[22].

Turkish citizens going abroad to work for a temporary period must participate in the social security legislation of the country in which they reside. However, if there is a special arrangement for them in the bilateral social security agreement, the provisions of such agreement are valid[23].

c) Self-employed persons in Turkey who go abroad for work

Self-employed persons in Turkey temporarily staying abroad continue to be subject to insurance rights and obligations (art. 10 para. 1 Law No. 5510), and their insurance is cancelled in Turkey[24]. However, Turkish self-employed persons

19 Official Gazette 23.12.1960 no. 10688; See in detail: Güzel/Okur/Caniklioğlu (2020), p. 874
20 Sözer (2019), p. 97
21 Sözer (2019), pp. 96–97
22 Güzel/Okur/Caniklioğlu (2020), p. 133
23 Demirkaya (2020), p. 174
24 See: Demirkaya (2020), p. 159 fn. 571

who temporarily reside abroad will be able to benefit from optional insurance provisions (art. 50 Law No. 5510), provided that the necessary conditions are met[25].

D. Social Security Status of Turkish Citizens Not Working Abroad

I. Status of a Turkish citizen abroad for family reasons

Being abroad for family reasons, means the situation where the dependents of a person going abroad accompany that person.

Practices regarding the social security of family members may vary depending on factors such as the existence of a bilateral social security agreement and the provision in this agreement, a possible permanent or temporary residence in the country in question, and the insurance status[26]. However, apart from bilateral social security agreements, there are also some practices arising from Turkish legislation that should be considered.

Thus, general health insurance ends on the date the general health insured transfers the place of residence out of Turkey, without prejudice to the provisions of the social security agreements. However, the general health insurance status of the dependents of the general health insurance holders residing in the country continues if the right to receive income and salary continues for those who are still obliged to pay premiums and those who move their residence abroad are among those who receive income or salary[27].

On the other hand, workers and public officials with general health insurance who are sent abroad by their employers on permanent duty and their dependents have the right to receive health services abroad (art. 66 para. 1/b Law No. 5510). Besides, health services of general health insurance holders and their dependents who are Turkish citizens and who are in the Turkish Republic of Northern Cyprus for any reason are also covered (art. 66 para. 1/d Law No 5510).

II. Status of Turkish citizens who resident abroad

Turkish citizens that are abroad for the purpose of residence are those who do not work in the foreign country they are in and generally receive income or salary. There is no specific regulation in Turkish legislation regarding their social security rights and practices. However, by comparison, it can be concluded that the individuals in question can receive salary or income from the Turkish social security system, benefit from health services and request service debt.

On the other hand, Turkish citizens who transfer their residence abroad can receive the income and salaries they are entitled to in Turkey in the foreign country where they reside. Thus, permanently residing abroad, without prejudice to the provisions of the international social security agreement, can request the transfer

25 Demirkaya (2020), p. 202
26 Demirkaya (2020), p. 204
27 See: Demirkaya (2020), p. 205 fn. 657

of their income or salaries to foreign accounts, provided that their written requests and expenses are met.

On the contrary, the rights of Turkish citizens who transfer their residence to a country abroad, arising from social security legislation, disappear in some cases. For instance, short-term and long-term insurance are terminated one day before the date of inclusion in the social security system of that country, because they reside in any foreign country (art. 9 para. 1/b-7 Law No. 5510).

Similarly, the voluntary insurance of Turkish citizens who were optionally insured while they were in Turkey, without prejudice to the provisions of the social security agreement, ends as soon as they start residing in a country abroad.

III. Status of a Turkish citizen staying abroad for family reasons

Law No. 1416 mainly deals with the status of Turkish citizens staying abroad for educational reasons. Turkish citizens going abroad for educational reasons on their own means are required to have a comprehensive private health insurance against the treatment expenses and possible risks during their stay abroad. At the same time, it is possible to apply the legal provisions on foreign service debt.

Students who are sent abroad with official scholarships under Law No. 1416 must also take out health insurance. The student's institution pays the insurance fees and health expenses not covered by the health insurance. Likewise, the treatment costs of spouses and children of those sent abroad within the scope of the said law are covered by the relevant institutions (art. 13 para. 2 Law No. 1416).

Nevertheless, students can make service debt in Turkey for the periods they spend abroad as official students. Accordingly, education periods spent abroad for doctoral education or specialization in medicine without being insured can be borrowed upon written request by themselves or their right holders (art. 41 para. 1/d and j Law No. 5510). In this case, the insurance premiums must be paid within one month from the date of notification of the debt. It is necessary to reapply for borrowing that will not be paid within a month (art. 41 paras 1 and 2 Law No. 5510).

IV. Status of a Turkish citizen staying abroad for touristic purposes

Turkish citizens, staying abroad for reasons such as travel, or a family visit, are abroad for touristic purposes. The social insurance rights of those who continue to work or receive salary/income in Turkey while they are abroad continue without interruption during this period. However, the salary or income of those who receive income or salary from these people is cut if they stay abroad for more than six months.

Health care costs incurred by the beneficiaries of general health insurance and their dependents while they are abroad for touristic purposes are not covered by the Social Security Institution, except in the case of being in the Turkish Republic of Northern Cyprus. Covering the said health care costs depends on the existence

of a bilateral social security agreement and the presence of a special provision in this agreement[28].

V. Status of Turkish citizens staying abroad for sports purposes

In the Turkish social security legislation, there is no special provision regulating the social security right of Turkish citizens staying abroad for sports purposes such as competitions, matches, tournaments or camps. In this context, private insurances made by insurance companies in Turkey are gaining importance. Thusly, it is seen that protection against health risks is provided especially through private international travel health insurance policies for professional athletes. It should be stated that non-professional athletes enjoy far from adequate protection.

E. Evaluation and Conclusion

In the face of the increasing number of Turkish citizens staying abroad, social security rights related to their future have been gaining importance. In this regard, a step forward has been through the means of bilateral social security agreements. The increase of bilateral social security agreements signed by Turkey is indicative of the positive developments in question.

Turkish citizens returning to Turkey without earning the right to retire abroad or who want to evaluate their previous work in Turkey can service debt. In this regard, service debt was initially evaluated by the foreign currency coming to Turkey, but later the foreign currency borrowing method was abandoned.

Social security rights of Turkish citizens abroad started to gain importance, because of Turkey being a labour exporting country early on. Thus, with Turkish workers starting to work abroad, the idea of providing them with social security when they returned to Turkey came to the fore. In this regard, bilateral social security agreements have made an important contribution.

Today, the social security rights of Turkish citizens abroad have started to be important in terms of the workers taken from Turkey by Turkish contractors who take jobs. Hereupon, the existence of a bilateral social security agreement reinforces the social security provided. It cannot be said that full and sufficient social security is provided for those working in countries where there is no bilateral social security agreement. In this respect, it is expected that social developments related to this will take place in the future and that social security ought to be strengthened.

F. References

Çavuş, Ö. H. (2015). Yargı Kararları ve Sosyal Güvenlik Kurumu Uygulamaları Kapsamında Son Değişikliklerle Birlikte Yurtdışı Hizmet Borçlanması. Çalışma ve Toplum Dergisi. 47, pp. 37–78

28 Demirkaya (2020), p. 218 fn. 681

Çelebi, D. (2017). Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yurt Dışı Hizmet Borçlanması. Ankara: Adalet Publishing

Demirkaya, S. (2020). Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Sosyal Güvenlik Hakları. Ankara: TAEM Yayınları

Ergin, H. (2009). Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasında Son Gelişmeler. Sicil İş Hukuku Dergisi. 16, pp. 163–180

Güzel, A/Okur, A. R./Caniklioğlu, N. (2020). Sosyal Güvenlik Hukuku. 18th ed. Istanbul: Beta Publishing

Orhan, C. (2007). Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Borçlanılması ve Türkiye'deki Emeklilik Hakları. Ankara: Turhan Publishing

Sözer, A. N. (2019). Türk Sosyal Sigortalar Hukuku. 4th ed. Istanbul: Beta Publishing

Sözer, A. N. (2020). Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşlarının Türkiye'de Emeklilik Hakları: F. Almanya Örneğinde Bir Değerlendirme. Legal İSGHD. 67, pp. 1087–1120

Yıldırımoğlu, H. (2009). Yurt Dışında Çalışan Türk İşçilerin Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Durumu. Sicil İş Hukuku Dergisi. 14, pp. 254–256

Kwang Seok Cheon, Seoul

Sozialrecht und Integration; Problemlage und Normenstruktur in der Republik Korea

Inhaltsübersicht

A. Geschichtlichkeit der Verfassung, Aufgabe und Aufgabenbereiche
B. Verfassungsrechtliche Struktur der National- und Sozialintegration
  I. Strukturelle Verwobenheit der politischen, wirtschaftlichen sowie sozialen Integration.
  II. Eigentümlichkeit der sozialen Aufgabe
    1. Politischer Charakter
    2. Sozial- und Wirtschaftsordnung; mehrdimensionale Komplexität
  III. Methodenpluralität der Wohlfahrtsproduktion
C. Verschiedene Aspekte der sozialen Polarisierung und Spaltung der Wohlfahrt
  I. Altes Thema, neue Lage
  II. Spaltung der Wohlfahrt
D. Neue Einreihung der sozialen Aufgabe
  I. Analyse der Verfassungsstruktur; funktionaler Umlauf von Arbeit, Einkommen und Wohlfahrt
  II. Das Recht auf Arbeit und Recht des Arbeitnehmers
  III. Idee und Funktion der sozialen Sicherung
    1. Verfassungsmäßige Strukturierung
    2. Erneuerung der Idee der sozialen Sicherung
E. Zusammenfassung

A. Geschichtlichkeit der Verfassung, Aufgabe und Aufgabenbereiche

Die erste Verfassung von 1948 in Korea wurde als Grundordnung der Staatsbildung konzipiert, in der sich die damals aktuellen Ideen über Prinzipien, Institutionen, Organisationen und Verfahren widerspiegeln. Die Verfassung soll ihre Kraft nicht nur im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft, sondern auch innerhalb der Gesellschaft entfalten, so dass sie als Handlungsanleitung und Zielsetzung umfassend wirkt. Zu ihren Kerngehalten gehören die Menschenwürde mit ihrer absoluten Kraft sowie das Prinzip der Gleichheit mit ihrer universalen Idee.[1] Diese Aufgabe der Verfassung ist zugleich eine Grundbedingung ihrer Verwirklichung: Die Verfassung kann nicht funktionieren, wenn die gesellschaftliche Wirklichkeit zu sehr hinter der von ihr in Bezug genommenen gesellschaftlichen Konzeption zurückbleibt.[2] In der Tat war bis Ende der 1980er Jahre in Korea die

1 Zur Absolutheit und Relativität der Menschenwürde, siehe LEE Kye Il, Ist die Menschenwürde abwägungsfähig?, Wongang Law Review vol.26 no.1, 2010, S. 157 ff.; CHOI Kyu Hwan, Über die Abwägungsfähigkeit der Menschenwürde, Constitutional Research Institute, Constitutional Court. 2017. Über die Universalität der Gleichheitsidee und ihre normative sowie faktische Grenze in der Verwirklichung, siehe CHEON Kwang Seok, Strukutur der sozialen Ungleichheit, Idee und Norm der Gleichheit, Yonsei Law Review vol.28. no.3, 2018, S. 7 ff.

2 Zur Unsicherheit der Funktionenbedingungen der Verfassung und daraus sich ergebenden Funktionengrenze der Verfassung, siehe CHEON Kwang Seok. Pioniere der Koreanischen Verfassungsrechtswissenschaft (Giphyunjae, 2019), S. 166 ff.

Verfassungsnorm mit den ihr eigentümlichen Werten von der Wirklichkeit mehr oder weniger weit entfernt, sodass die „Vermittlungswirkung" der von der Verfassung vorgegebenen Verfassungswerte tatsächlich schwach blieb. Das wirft Probleme auf, denn der Zusammenhalt der Bevölkerung sowie deren Identifizierung mit der Grundordnung der Verfassung wird erst ermöglicht, wenn Verfassungswerte wie Freiheit, Gleichheit sowie Wohlfahrt mindestens minimal verwirklicht sind oder sich im Prozess hin zur Verwirklichung befinden. In diesem Sinne sind der Verfassung nationale sowie soziale Integration immanent aufgegeben.

B. Verfassungsrechtliche Struktur der National- und Sozialintegration

I. Strukturelle Verwobenheit der politischen, wirtschaftlichen sowie sozialen Integration.

Die Verwirklichung der Verfassung bleibt eine normative Aufgabe, welche in der Wechselwirkung zwischen politischen, sozio-wirtschaftlichen und kulturellen Strukturen sowie ihrer relevanten Realitäten erfüllt wird. Dies wirkt in den Kooperations- und Spannungsverhältnissen auf die nationale Integration mit ein.[3]

Demokratie ist das Prinzip der Organisation sowie das Verfahren für die Willensbildung des Staates. Es gewährleistet aber nicht die verfassungsrechtlich vorgesehene Subtanz der sozialen Ordnung. Um die soziale Agenda in den öffentlichen Diskurs zu stellen, muss ein geschichtlich oder normativ gebildetes Forum vorgegeben werden, in welchem sich Demokratie und soziale Zielbestimmungen aktiv präsentieren. Materialisierung sowie Sozialisierung der Demokratie bzw. Konsolidation der Demokratie waren theoretische Bestrebungen, um die Asymmetrie der verfassungsrechtlichen Sozialordnung und der Verfassungswirklichkeit kritisch zu beobachten, zu analysieren, und zu verwarnen.

In Korea bestand zwischen Wirtschafts- und Sozialordnung lange Zeit eine Spannung. Finanzielle Grenzen der Soazilstaatlichkeit wurden nicht als eine relative Präferenz, sondern als absolute Hürde auf dem Weg zur gerechten Sozialordnung angesehen. Sie wurden gar im Rahmen der Auslegung zu einem allgemeinen Argument erhoben, mit dem ungeachtet der normativen und realen Wichtigkeit und Dringlichkeit die verfassungsrechtliche Dogmatik beeinflusst wird.[4] In der Wirtschaftsordnung der Verfassung sind Privateigentum und marktgemäßer Betrieb der Wirtschaft gewährleistet. Es wurde dabei angenommen, dass dem Markt selbst mehr oder weniger eine soziale Aufgabe innewohnt. Denn Waren und Dienste, die den Bedürfnissen der Bevölkerung zugutekommen, werden im Markt ausgetauscht. Diese Funktion ist erst unter der Bedingung der Selbstbestimmung der Marktteilnehmer und des freien Wettbewerbs erfüllt. In diesem Sinne wird die öffentlich-rechtliche Kompetenz für die Regulierung des Marktes bereits als Bestandteil der freien Marktwirtschaft, die durch Art. 119 Abs. 1 der Koreanischen

3 Zum sprachlichen Verständnis der sozialen Integration (social inclusion, social integration, social cohesion), und ihre begrifflichen Unterschiede, siehe NOH Dae Myung, Bestandsaufnahme und Zukunftsaufgabe der sozialen Integration, Forum für Gesundheit und Wohlfahrt, 2009.4, S. 7 ff.

4 Zur Theoriebildung und kritischen Bewertung darüber, siehe CHEON Kwang Seok. Sozialrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit (Giphyunjae, 2021), S. 428ff, 447 ff.

Verfassung garantiert wird, angesehen[5]. Auf dieser Grundlage können die Wirtschafts- und Sozialordnung miteinander ausgleichend und zugleich konstruktiv kommunizieren. In dieser Zusammenwirkung stehen beide Ordnungen zwar auf unterschiedlichen Ebenen, doch ihre Funktionen sind nicht strikt voneinander getrennt, d. h. beide orientieren sich teilweise an einem gemeinsamen Zweck, und ersetzen sich insofern sogar gegenseitig.

II. Eigentümlichkeit der sozialen Aufgabe

1. Politischer Charakter

a) Allgemeines

Die Sozialordnung der Verfassung soll gleiche Bedingungen für die Ausübung der Freiheit gewährleisten, und auf dieser Grundlage soll sich die Idee der Freiheit entfalten. Diese Konzeption ist zwar abstrakt, aber eindeutig. Ihre konkreten Ziele, die Methoden ihrer Verwirklichung, sowie die dafür erforderlichen Institutionen und Verfahren bleiben jedoch in der Verfassung offen. Insofern unterscheidet sich das Sozialstaatsprinzip von dem Demokratieprinzip, das politische Gleichheit und Schutz der Minderheit als Kernidee hat und durch das Prinzip der Repräsentation und der Gewaltenteilung realisiert wird. Demokratie wird nach der Verfassung durch Institutionen wie Wahlen, politische Parteien, das Beamtentum und die Kommunalverwaltung unterstützt. Die Sozialordnung unterscheidet sich auch vom Prinzip des Rechtstaates, das zwischen Staat und Gesellschaft eine in gewisser Weise unübergehbare Grenze zieht. Zur Rechtsstaatlichkeit tragen Vorrang des Gesetzes, Gesetzesvorbehalt und Rechtssicherheitsgebot sowie Verhältnismäßigkeitsprinzip und Vertrauensschutz bei.

Die soziale Aufgabe der Verfassung bedarf für ihre Verwirklichung einer mehrstufigen Umsetzung. Erstens muss der politische Prozess gegenüber der individuellen und kollektiven Unsicherheit und Ungleichheit sensibel genug sein. Zweitens muss der politische Prozess fähig und willens sein, soziale Probleme in die politische Agenda und den öffentlichen Diskurs einzubringen. Ein wachsendes gesellschaftliches Bewusstsein sowie die hieraus erwachsende Bürgerbewegung werden entsprechende politische Reaktionen herausfordern. In der Tat hat die Bürgerbewegung in den 1990er Jahren in Korea zur Einführung der Sicherung des Existenzminimums sowie des Diskriminierungsverbots wegen Behinderung stark beigetragen.[6] Daran sollte sich eine normative Verankerung anschliessen, die dann zur Rechtssicherheit und institutionellen Stabilisierung führt. In dieser Phase wird dann die Sozialordnung der Verfassung in Kondordanz mit den anderen Prinzipien in die Gesamtordnung eingegliedert.

---

5 Zur Unentbehrlichkeit des Staatsintervention in den Markt, siehe etwa Entscheidung des Verfassungsgerichts 2003.2.27, 2002honba4, 15–1, S. 216. Demzufolge sind Art. 119 I und 119 II der Koreanischen Verfassung nicht als Regel-Ausnahme-Verhältnis anzusehen, sondern gehört die letztere zur Funktionenbedingung für die erstere. Hierueber siehe CHEON Kwang Seok, Grundzüge des Koreanischen Verfassungsrechts, Gyphyunjae, 2021, S. 902 ff.

6 Hierüber siehe AHN Byung Young, Über die Gesetzgebung für die Sicherung der mindesten Lebensführung, Journal of Administration, vol. 38 no. 1, 2000, S. 3 ff.; KIM Do Hyun, Gegen die Diskriminierung; 20 Jahre Bewegung für die Behinderten (1987–2006), Park Jong Cheol Verlag, 2007; JUNG Geun Shik, Ich würde ein schlechter Behinderter, Sam In, 2002.

In Korea erlangten soziale Unsicherheit und Ungleichheit erst Anfang der 60er Jahre gesellschaftliche Aufmerksamkeit. Diese Phänomene wurden aber nur ansatzweise problematisiert, und ihre Aktualität ging bald verloren. Die Militärregierung, die sich nach dem Putsch von 1961 eingesetzt hatte, war zunächst davon überzeugt, dass der Mangel der politischen Legitimität symbolisch mit sozialpolitischem Engagement und entsprechender Sozialpolitik kompensiert werden konnte. Ihr fehlte jedoch der dauerhafte Wille.[7] Im Anschluss wurde trotz der günstigen Entwicklung der sozio-ökonomischen und politischen Lage die Verwirklichung der Sozialstaatlichkeit nicht weiter betrieben. Der politische Fokus wurde stattdessen auf das wirtschaftliche Wachstum gelegt, das lange Zeit als ein Orientierungsziel der politischen Legitimität diente.

Zum Ende der 1970er Jahre hatte sich die politische Umgebung hinsichtlich der Sozialordnung teilweise geändert. Der lange aufrechterhaltenen Fokus auf wirtschaftliches Wachstum, und soziale Indifferenz selbst gegenüber der Sicherung des Existenzminimums konnte nicht mehr aufrechterhalten, die sozialpolitische Begleitung der Entwicklung nicht mehr aufgeschoben und vernachlässigt werden. Das Gesetz über die Krankenversicherung wurde bereits 1963 erlassen. Diese umfasste aber wegen einer fehlenden Beitrittspflicht zunächst nur einen minimalen Teil der Bevölkerung. Das wurde 1977 in einem ersten Schritt geändert. In den 1980er Jahren wurden einige eher symbolischen Maßnahmen ergriffen. Sie waren aber immerhin sozialpolitisch motiviert. Im Jahre 1985 – kurz vor den Parlamentswahlen – wurden die Einführung des Mindestlohns, der Krankenversicherung für die gesamte Bevölkerung, und der Nationalpension propagiert. Erst mit der Demokratisierungsbewegung von 1987 hat die sozialpolitische Diskussion eine Wende vollzogen. Mit der aktiven politischen Teilnahme der Bevölkerung wurde auch die sozialstaatliche Verfassungsidee wiederentdeckt; Gleichheit und Universalisierung der Wohlfahrt wurden als Aufgaben interpretiert. Die Krankenversicherung wurde auf die Einwohner in ländlichen Gebieten, Fischereigebieten sowie in Städten erweitert, jeweils 1988 und 1989. Damit hatte sie sich tatsächlich zur Volksversicherung entwickelt. 1995 und 1999 folgte auch die nationale Rentenversicherung.

b) Universalität der Gleichheit und ihre politische Relevanz

Aus der obigen Entwicklung ergab sich unvermeidlich eine institutionelle Ungleichheit. Gleichheit ist in ihrer Idee eindeutig, in ihrer Verwirklichungsstruktur einfach, vor allem im Vergleich mit der offenen Idee der Freiheit und Wohlfahrt. Aber es ist auch zu berücksichtigen, dass die Gleichheit in unterschiedlicher Weise umgesetzt werden kann, etwa als rechtliche oder faktische Gleichheit, Gleichheit in Chancen oder im Ergebnis, und auch durch positive Diskriminierung (affirmative action).[8] Ferner ist die Idee der Gleichheit zwar universal, aber

---

7 Zu den sozialpolitischen Erkenntnissen, dem Versuch der Institutionalisierung und ihrem Scheitern, siehe CHEON Kwang Seok, Geschichte des Koreanischen Sozialrechts, Gyphyunjae, 2019, S. 141 ff.; LEE Heung Jae, Eigentümlichkeit der sozialrechtlichen Gestaltung in Korea – ein politisches Ergebnis aus der Anstrengung unter den Fachleuten auf den Widerstand der Bevölkerung, Seoul Law Review, vol. 52 no. 3, 2011, S. 368 ff.

8 Zur diversen Weise der Gleichheitsverwirklichung, siehe KIM Jong Cheol, Gleichheit als Bedingung für die friedliche Koexistenz, Constitutional Law vol.19 no.3, 2013, S. 9 ff.; KIM Hae Won, Das Recht auf Gleichheit oder das Prinzip der Gleichheit?, Constitutional Law vol.19 no.1, 2013, S. 233 ff.

institutionell nur selektiv und stufenweise verwirklicht.[9] Es ist unmöglich, alle individuellen Umstände gleichzeitig zu behandeln. Gleichheit ist in ihrer Verwirklichung teilweise ausgleichsbedürftig, weil sie dabei mit der Idee der Freiheit kollidieren kann. Wie dargestellt, ist die Sozialordnung der Verfassung in ihren Zielen und konkreten Inhalten nicht eindeutig, so dass sie auf mehreren Ebenen und in verschiedenen Institutionen verwirklicht werden muss, zumal sie der politischen Willkür ausgesetzt sein kann. Aus diesem Grunde entfaltet die Gleichheit zwar innerhalb der Institution in hohem Masse ihre Universalität, weil in diesem Rahmen die Vergleichsmaßstäbe eindeutig sind. Aber sie ist nur begrenzt fähig, in gesamtheitlichen Strukturen ihre Funktion integrierend zu erfüllen. So kann etwa die Gleichheit innerhalb der 'Krankenversicherung' relativ umgehend realisiert werden, während die Ungleichheit in der gesamten 'Gesundheitssicherung' in Großen und Ganzen verbleibt.[10] Deshalb ist ein Ausgleich zwischen der auf das individuelle Rechtsverhältnis bezogenen Sozialversicherung und der allgemein zugänglichen Public Policy erforderlich.

Dass die Etablierung der Sozialversicherung in Korea hauptsächlich mit Fokus auf das Gleichheitsprinzip vorangetrieben wurde, war ohne Weiteres vorteilhaft. Es begünstigte das Vorhaben, die Sozialversicherung in kurzer Zeit umfassend auf die gesamte Bevölkerung zu erstrecken. Dies geschah aber auf Kosten des Niveaus der Sozialleistungen. Der Gleichheitsansatz führte auch nicht zu einer gleichmäßigen Verbesserung der Leistungen. Eher wurde der Schutz mit ihrem niedrigen Leistungsniveau zu einem Pfad der sozialen Sicherung in Korea. Auf diesem Pfad war es nur begrenzt möglich, sozialpolitische Realität anhand des sozialpolitischen Ziels zu bewerten und zu verbessern. Dieser Pfad führte auch zur ungleichen Entfaltung der jeweiligen Institutionen. Im Vergleich mit den Sozialversicherungen wurde die Sozialhilfe für sozial Schwächere vernachlässigt, und deren Unterstützung blieb lange Zeit ein Randproblem. Die sich daraus ergebende institutionelle Ungleichheit führte dazu, dass die Sozialhilfe trotz erneuten politischen Drucks lange Zeit nicht reformiert werden konnte. Das Gesetz über die Sicherung des Existenzminimums von 1961 wurde erst 1999 durch das Strukturreformgesetz ersetzt. Im Vergleich zu den häufigen Reformbemühungen um die Sozialversicherungen ist das bemerkenswert. Anfang der 1980er Jahre wurden zwar einige Gesetze für die Wohlfahrt der sozial Schwächeren wie Kinder, Alte und Behinderte erlassen. Die Ideen, Ziele und Inhalte wurden aber eher symbolisch als substanziell vorgeschrieben, weshalb sie keine umfassende sozialpolitische Wirkung entfalten konnten.[11]

In der Wohlfahrtspolitik tauchten neue Akteure, nämlich die Leistungsempfänger auf, die sich um den Erhalt bzw. die Verbesserung ihrer sozialrechtlichen Positionen bemühten. Die Reform der Beamtenrente wurde seit 1995 vergebens angestrebt, was hauptsächlich auf politischen Widerstand der Betroffenen zurück-

---

9 Zur Universalität der Gleichheit und selektiver Verwirklichung sowie ihrer Bedingung, siehe CHEON Kwang Seok (Fn. 1), S. 7 ff.

10 Hierzu siehe CHEON Kwang Seok, Entstehen und Entwicklung, Aufgabe der Krankenversicherung, Medical Law vol.20 no.3, 2019, S. 29 ff.

11 Zur Eigentümlichkeit der Gegenstände sowie Normenstruktur dieser Gesetzgebung siehe CHEON Kwang Seok, Normenstruktur und Aufgabe der Sozialwohlfahrtsgesetze, Journal of Legislation Research, vol.41, 2011, S. 11 ff.

zuführen war. Seit 2007 ließ sich zwar genug Übereinstimmung über die Notwendigkeit der Reformierung in der Nationalpension feststellen. Über die konkrete Konzeption bestanden jedoch diverse Meinungen, was zu Unentschiedenheit führte.[12] 2008 wurde die Grundrente für Alte eingeführt. Politisch wurde erstrebt, das herabgesetzte Niveau der Nationalpension nach den Reformen von 1998 und 2007 zu kompensieren. Dabei wurde aber das noch dringendere Sozialproblem der Altersarmut vernachlässigt. Der drastische Rückgang der Geburtenrate war spätestens zu Beginn der 90er Jahre vorauszusehen. Trotzdem wurde es noch als ein Problem der Zukunft eingeordnet, sodass aus der Geburt und Erziehung resultierende Nachteile nicht entsprechend in Ausgleich gebracht wurden.

2. Sozial- und Wirtschaftsordnung; mehrdimensionale Komplexität

Im Markt selbst, der staatlichen Intervention in den Markt, und durch das potenzielle Spannungsverhältnis von Markt und Intervention erfüllt sich zugleich die soziale Aufgabe. Diese Struktur wirkt mehrdimensional und komplex.

a) Immanente Aufgabe des Marktes

Die Entstehung von sozialen Problemen sowie deren Lösungsansätze stehen in unmittelbarem und funktionalem Zusammenhang mit der Wirtschaftsordnung. Kapital und Arbeit als Kernelemente der Wirtschaftsordnung sind Ursprung der sozialen Spaltung, die sich sozial desintegrierend auswirken. Die Verfassung wurde von Anfang an so konzipiert, dass einerseits die Trennung der Wirtschafts- und Sozialordnung, damit die Polarität von Kapital und Arbeit in die Verfassungsordnung aufgenommen wurde, und andererseits aufgrund ihrer Einwirkung in dieses Spannungsverhältnis die soziale Spaltung möglicherweise reduziert und zugleich die soziale Integration erhöht wird. Hierauf fußt die staatliche Kompetenz, dem Kapital Unterstützung und Verantwortung für die Arbeit aufzubürden. Dies wurde in der Koreanischen Verfassung wie folgt zum Ausdruck gebracht; „… Die Wirtschaftsordnung zielt auf die soziale Gerechtigkeit und ausgleichsmäßige Entwicklung der Volkswirtschaft, die zur Erfüllung der Bedürfnisse des Volkes beiträgt. Die wirtschaftliche Freiheit der Individuen ist in dieser Grenze gewährleistet (Art. 84 der 1948 Verfassung). Diese Vorschrift wurde zwar in der Verfassung von 1987 gestrichen, aber die Vorstellung der funktionalen Kooperation der Wirtschafts- und Sozialordnung wurde im Grunde beibehalten. Stattdessen wurde die immanente Bedingung der Marktwirtschaft vorgeschrieben. So soll die Dominanz des Marktes und der Missbrauch der Wirtschaftskraft vorbeugt werden. Weiter wurden die sozial relevanten Vorschriften wie folgt eingeführt. Unmittelbar sozial bezogen waren die Vorschriften über die gerechte Verteilung des Einkommens und über die wirtschaftliche Demokratie. Antizipiert wurde zudem, dass Wirtschaftswachstum und -stabilität eine günstige Grundlage für die soziale Verteilung sowie Umverteilung bereitstellte.

---

12 Zu den noch fortsetzenden Diskussionen über Reformpläne, siehe YUN Seok Myung, Über die Regierungsentwürfe der Rentenreform; Nationalpension und Grundrente für Alte, Forum für Gesundheit und Wohlfahrt, 2019.3, S. 61 ff.

Aus der Perspektive der Arbeit wurde erwartet, dass ein menschenwürdiges Leben durch die Erzielung des Einkommens im Markt nach Maßgabe der jeweiligen Fähigkeiten ermöglicht wird. Insofern kollidieren Wirtschafts- und Sozialordnung nicht. Nur soll der Markt fähig und bereit sein, die von ihm ausgehenden sozialen Probleme zumindest in einem gewissen Rahmen selbst zu bewältigen.[13]

b) Die dem Markt auferlegte Aufgabe

Die soziale Aufgabe wird der Wirtschaftsordnung direkt und indirekt aufgebürdet. Dabei erfolgt die staatliche Intervention auf den verschiedenen Ebenen. Erstens sieht die Verfassung selbst einige Rechtsverhältnisse für die Sozialordnung vor. Dazu zählen die Vorschriften über Mindestlöhne, das Gebot der gesetzlichen Festlegung der Arbeitsbedingungen (Art. 32 Abs. 1 und Abs. 3) und Grundrechte der Arbeitnehmer wie Koalitions-, Verhandlungsfreiheit sowie das Recht des Arbeitskampfes (Art. 33). In dieser Berührung steht die soziale Aufgabe unvermeidlich mit der Wirtschaftsordnung im Spannungsverhältnis. Das Mindestlohngesetz war in den letzten Jahren im Zusammenhang mit der Belastbarkeit des Marktes und der Erforderlichkeit für den funktionalen Umlauf der Arbeit, Einkommen und Wohlfahrt ein heikles Thema in der Politik. Zweitens kann der Staat unter Achtung der Eigenständigkeit der Wirtschaftsordnung eine eigene Ordnung für die soziale Aufgabe errichten. Dazu zählt etwa die Sozialversicherung. Kapital wird zwar teilweise mit Finanzierung belastet, aber in die Verwaltung der Sozialversicherung eingegliedert. Sie gewährt Leistungen gegen Beitragszahlung der Versicherten. Damit steht sie unter dem Schutz der Eigentumsgarantie bzw. der Gleichheit, was ihre Bestandskraft politisch wie rechtlich erhöht. In der Sozialversicherung werden einkommensabhängige Beiträge entrichtet und die Leistungen verhältnismäßig zu deren Einkommen gerechnet. D. h. hier werden die Verteilungserfolge aus dem Arbeitsmarkt weiterhin auch in der sozialen Umverteilung erhalten. Wenn die soziale Aufgabe in dieser Weise universal und mit Sicherheit erfüllt wird, ist es in dem Sinne vorteilhaft, dass der Staat dann seine politische Kapazität auf Randprobleme wie Armut konzentrieren kann.

c) Soziale Aufgabe und Steuer

Das Gewicht der Steuerpolitik nimmt in der Sozialordnung allmählich zu. Die beitragsfinanzierte Sozialversicherung wird teilweise durch steuerfinanzierte Institutionen ersetzt, wenn die sozialen Defizite außerhalb des Marktes zunehmen und die Sozialversicherung nicht mehr auf einer Homogenität, sondern der Solidarität basiert, wobei über den Schutz der individuellen Risiken hinausgehend die Sozialordnung mitgestaltet wird. Ein gutes Beispiel ist die Arbeitsförderung. Sie ist in Korea als eine Art Sozialversicherung konzipiert, die sich hauptsächlich aus Beiträgen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber finanziert. Ihr obliegt aber auch die Aufgabe für die Erhaltung der Arbeitsplätze, die berufliche Bildung sowie die Vermittlung der Arbeitsplätze. Damit ist die Arbeitsförderung quasi zu einer all-

---

13 Zu den verschiedenen Typen des Markes in der Wohlfahrtsproduktion, wie Selbstregulierung (USA), staatliche Intervention für die Verstärkung der sozialen Komponente des Einkommens (wage earner welfare in Australien und Neuseeland), siehe CHEON Kwang Seok, Wohlfahrtsstaat – Ursprung, Entwicklung, Reform, Shinjosa, 2012, S. 106 ff.

gemeinen Staatsaufgabe geworden, deren Finanzierung dann neu überlegt werden muss.[14]

Die funktionale Teilung der Sozialversicherungs- und Steuerpolitik wird noch weiter aufgeweicht, wenn Arbeitsformen, wie im Zuge der Plattformarbeit, zunehmend von ihrem traditionellen Muster abweichen und fragmentieren. Eine staatliche Finanzierung sozialer Sicherungssysteme ist in der Folge unvermeidbar, weil einerseits die von der prekären Arbeit herrührenden Probleme in die staatliche Verantwortung übernommen werden sollen, andererseits dies in der Sozialversicherung nicht mit der typischen Finanzierungsweise getan werden kann.

III. Methodenpluralität der Wohlfahrtsproduktion

Die traditionelle Weise der Wohlfahrtsproduktion wurde vor dem Hintergrund der Industrialisierung und der Arbeitsgesellschaft mit ihren typischen Lebensverhältnissen konzipiert. Es wurde vorausgesetzt, dass das Einkommen, das im Arbeitsmarkt erzielt wird, den Lebensbedarf der Familie deckt, während die nötigen Dienste im Haushalt, wie etwa Kinderbetreuung, durch Familienmitglieder, namentlich Frauen und Ältere bereitgestellt werden konnten (male-bread-winner-model). Mit der Änderung der Gesellschafts- und Familienstrukturen wurde es nötig, die Wohlfahrtsproduktion zu pluralisieren.

Die raschen Veränderungen der Industrie vor allem seit den 1990er Jahren, nämlich auf die dienstleistungsorientierte Wirtschaft und der damit einhergehenden Flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse, führte zur Reduzierung bzw. zum Verlust der gesicherten Grundlage für die Lebensführung.[15] Das Arbeitsrecht war mangels einer ausreichenden Fortentwicklung diesen strukturellen Veränderungen nicht gewachsen.[16] Zugleich wurde die Spaltung von Facharbeitern und Hilfsarbeitern vertieft. Dauerarbeitslosigkeit, wiederholte Kurzarbeit und hohe Quote der Jugendarbeitslosigkeit machten die Lage zu einer schwer zu umgehenden ‘trap’, anstatt eines ‘stepping stone’ zum sicheren Arbeitsverhältnis. Armut trotz Beschäftigung breitete sich zunehmend aus. Diese Entwicklung machte es erforderlich, das Recht auf Arbeit mit dem Recht auf ein menschenwürdiges Leben in Verbindung zu bringen. Das Gesetz über die Arbeitslosenhilfe war die Reaktion auf diese integrale Denkweise. Auch die Altersarmut nahm in Korea zu, weil einerseits das soziale Netz für Alte weder dicht noch ausreichend war, andererseits das Unterhaltsverhältnis der Familie allmählich geschwächt wurde.

---

14 Dies ist auch aktuell in Deutschland, und zwar dahin, dass die bisherige Finanzierungsweise auf das Arbeitslosengeld beschränkt angewendet werden soll. Hierzu siehe Wolfgang Spellbrink, Ist Beitragspflicht in der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung verfassungsrechtlich noch zu rechtfertigen?, Juristen Zeitung, 2004, S. 541 ff.

15 Zu der generellen Erweiterung von neuen prekären Arbeitsverhältnissen, ihren Erkenntnissen sowie Lösungsansätze in den entwickelten Ländern, siehe LEE Ho Geun, Die Zukunft der Arbeit und Umbildung des Sozialstaats, Arbeitsgruppe des Wohlfahrtsstaats (Hg.), Brennpunkte des Wohlfahrtsstaates, Hanul, 2019, S. 1ff; Ulrich Becker/Olga Chesalina (ed.), Social Law 4.0, Nomos, 2020, S. 15 ff.

16 Zur Ohnmacht des Arbeitsrechts gegenüber der neuen Lage, siehe JO Seong Hye, Paradox des Arbeitsrechts – Segmentierung des Arbeitsmarktes und ihre Gegenwirkung, Journal of Social Law vol.37, 2019, S. 41 ff.

Sozialversicherung und öffentliche Fürsorge mussten neu konzipiert werden. Was den Versichertenkreis anbelangt, ist in der Sozialversicherung nicht mehr Gruppenhomogenität, sondern soziale Schutzbedürftigkeit entscheidend. Sie betrifft praktisch die gesamte Bevölkerung. Damit unterscheidet sich die Sozialversicherung in ihrer Aufgabe nicht eindeutig von der allgemeinen Staatsaufgabe. Dies führte zu einer Neuüberlegung über die Finanzierungsweise der Sozialversicherung. Denn die Finanzlast soll nun auf den Arbeitgeber allgemein sowie auf den Staat und Dritte, die mit den Versicherten eine Interessengemeinschaft bilden, erweitert werden.[17]

Öffentliche Fürsorge und Sozialwohlfahrt für Kinder, Alte und Behinderte mussten jeweils gemäß ihrer speziellen Lage neugestaltet werden. Um Altersarmut vorzubeugen, wurde eine Reform der Leistungsvoraussetzungen für Ältere ebenso wie die Neugestaltung der Art und Weise der Leistungsgewährung gefordert. Vor allem war das Subsidiaritätsprinzip gegenüber der zivilrechtlichen Unterhaltspflicht angesichts der sich veränderten Familienstruktur nicht mehr anwendbar. Dies zeichnete sich in Korea symbolisch in der niedrigen Quote privater Transfers aus. Die Leistungen der Arbeitsförderung wurden den Versicherten für relativ kurze Zeit gewährt, weswegen sie der Dauerarbeitslosigkeit der Jugend nicht gerecht wurde. 2020 wurde das Gesetz über die Beschäftigungsförderung der Arbeitssuchenden und ihre soziale Sicherung erlassen.[18] In der Gesetzgebung über die Behindertenrente wurde in Frage gestellt, ob es unabhängig von Einkommen gewährt werden sollte, um die Behinderung an sich zur Leistungsvoraussetzung zu machen, oder ob sie vom Einkommen abhängig auf die Sicherung des Existenzminimums zielen sollte.[19] 2008 wurde die Pflegeversicherung für Ältere eingeführt. Mit ihr wurde zugleich eine von der Versicherung nicht erfasste Grauzone sichtbar, sodass die Pflegeversicherung in erheblichem Maße von den Leistungen der Sozialwohlfahrt für Ältere flankiert werden musste.

Die funktionale Mitwirkung in der sozialen Aufgabenerfüllung dient insofern der Wohlfahrt an sich sowie der sozialen Gleichheit, als sich die jeweiligen Institutionen entsprechend ihren Eigentümlichkeiten hinsichtlich des Personenkreises, den Risiken und Situationen in geeigneter Weise gestalten. Neu entstehende Probleme fordern aber immer wieder politische Präferenz und Entscheidung heraus, die ihrerseits wieder eine auszufüllende Grauzone hinterlässt. Angesichts dieser Lage wurde der Verfassung neu aufgegeben, politische Erkenntnisse und Entscheidungen sowie ihre Ergebnisse retroperspektiv sowie prospektiv zu klären und ihre Legitimität zu überprüfen.

Verfahren der Willensbildung auf mehreren Stufen in Sozialorganisationen bedurften der Überprüfung. In der Krankenversicherung ist etwa aufgrund der

---

17 Dies erinnert an die Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts über die Künstlersozialversicherung, an deren Finanzierung Vermarkter teilnehmen, BVerGE 75, S. 159 ff.

18 Zur Arbeitslosenhilfe in Bezug auf die Arbeitsarmut, siehe KIM Jong Soo, Leistungen zur Selbsthilfe und Beschäftigungsförderung, Journal of Social Security Law, vol. 8 no.2, 2019, S. 171 ff.; LEE Byung Hee, Probleme und Aufgabe der Arbeitslosenhilfe, Korea Social Security Review, vol. 20 no.1, 2013, S. 171 ff.

19 Zu dem diesbezüglichen Politikvergleich und Gesetzesvorschlag, Siehe UH Joo Hyung, Über die Einführung der Behindertenrente, Rehabilitative Wohlfahrt, vol. 13 no.1, 2009, S. 145 ff.; YOO Dong Cheol, Gesezgebung der Behindertenrente und ihre Zukunftsaufgabe, Forum für Gesundheit und Wohlfahrt, 2010.6, S. 40 ff.

Eigentümlichkeit der Leistungs- und Normenstruktur die Willensbildung in der staatlichen Gesetzgebung einerseits und in deren Vollziehung, andererseits im inneren Verfahren für den Interessenausgleich auszugestalten.[20] Dabei erhöht die Teilnahme der Betroffenen die demokratische Legitimität der Willensbildung und ergänzt ihre Lücken. Die Diskussion soll wie folgt verfahren. Einerseits muss der nach dem allgemeinen demokratischen Verfahren gebildete Staatswille die grundlegende Wegweisung für die internen Entscheidungen in der Sozialversicherung vorgeben, wobei der Letzteren sachgemäße Entscheidungsspielräume eingeräumt werden. Andererseits soll den Mitgliedern die Möglichkeit gewährt werden, eigene repräsentative Entscheidungsstrukturen zu gestalten und dementsprechende Verfahren anzuwenden, sodass die allgemeine Legitimität um die funktionale Legitimität spezieller Organisationen und Verfahren ergänzt wird. Ein Diskurs über die äußere- und interne Legitimität und deren Verhältnis zueinander hat allerdings in Korea bis jetzt noch nicht stattgefunden.

C. Verschiedene Aspekte der sozialen Polarisierung und Spaltung der Wohlfahrt

I. Altes Thema, neue Lage

Die intellektuelle Welt am Ende des 19. Jahrhunderts in Korea besaß ausreichend Kenntnisse über die Idee der europäischen Verfassung. Diese Idee wurde in der Verfassung der Provisorischen Regierung von 1919 verankert. Auch nach der Befreiung von der japanischen Kolonialherrschaft und in der Phase der Staatsbildung 1945–1948 wurde sie von der Politik als vorausgesetzt angenommen. Sie wurde durch eine soziale Komponente begleitet. Die verfassungsrechtliche Ordnung sollte ausdrücklich auf einer sozial-marktwirtschaftlichen Grundlage und auf dem Verfassungsprinzip der materiellen und faktischen Gleichheit aufbauen. Die Verfassungswirklichkeit war aber lange Zeit davon entfernt. In den 1960er Jahren bahnte sich die Spaltung zwischen Kapital und Arbeit an. Seit den 1970er Jahren wurde eine neue Klassenbildung von Kapital und Arbeit entwickelt. Die Spannung der Wachstums- oder Verteilungspolitik kristallisierte sich als zentrale Agenda heraus. Arbeit wurde zwar unterdrückt und entfremdet. Auf dem Weg zur wirtschaftlichen Entwicklung war es aber politisch noch hinnehmbar. Paradoxerweise erreichte der politische Widerstand in der Zeit der wirtschaftlichen Hochkonjunktur in den 1980er Jahren ihren Höhepunkt. 1987 trat an die Stelle des bisherigen autoritären Systems eine demokratische Verfassung.

Auch im Zusammenhang mit der Verfassung von 1987 wurde an der Fähigkeit zur Schaffung einer gerechten Sozialordnung gezweifelt.[21] Es liegt aber in der Natur der Verfassungsstruktur, zur Realisierung auf ständige gesetzgeberische Experimente angewiesen zu sein. Seit den 1990er Jahren, vor allem mit der

---

20 Zu dieser Struktur, siehe KWON Oh Tak, Problem der Willensbildung und Verbesserungsbedarf in der Krankenversicherung, Journal of Social Security Law, vol. l no.1, 2016, S. 22 ff.; CHEON Kwang Seok(Fn. 10), S. 37 ff.

21 Hierzu LIM Hyuk Baek, Das Prinzip der Demokratie und ihre Konsolidierung, LIM Hyuk Baek(Hg.), Die Demokratie in der globalisierenden Welt, Nanam, 2000, S. 223ff, S. 237 ff.

zunehmenden Globalisierung, wurde eine Spaltung zwischen Kapital und Arbeit verstärkt sichtbar. Die zwischenzeitlich nur kurz erstarkte Arbeit geriet wieder in die schwächere Position. Zum Ausdruck kam das auch in der Rechtsprechung, die Voraussetzungen für eine Entlassung von Arbeitnehmern aus betrieblichen Gründen schuf. Erst 1996 wurden diese Voraussetzungen mit dem Gesetz über die Arbeitsbedingungen in eine gesetzliche Grundlage überführt.[22]

Das Gesetz über die Arbeitslosenversicherung wurde 1993 erlassen und ist 1995 in Kraft getreten. Die Arbeitslosigkeit ging aber bald bei Weitem über dessen Kapazitäten hinaus. Nach der Devisenkrise Ende 1997 wuchs das Ungleichgewicht zwischen Kapital und Arbeit rapide. Damit sah es so aus, dass eine grundlegende Veränderung der Gesellschaftsstruktur bevorstand. Kapital spaltete sich je nach dem Maß der Marktherrschaft. Arbeit litt in doppelter Hinsicht. Der Arbeitsmarkt musste flexibilisiert werden, um einerseits das inländische Kapital aufrechtzuerhalten und zugleich das ausländische Kapital in das Inland zu locken. Das führte zu Konkurrenzen innerhalb der Arbeit. Sie spaltete sich in eine duale Struktur; reguläre vs. irreguläre bzw. gelernte vs. ungelernte. Zugleich sorgten die Veränderungen der Familienstruktur und die Alterung der Bevölkerung für neue Herausforderungen und für politische Reaktionen, nicht zuletzt mit dem Ziel, ein generationelles Gleichgewicht zu schaffen. Das Gesetz über die Sicherung des Existenzminimums wurde 1999 angesichts dieser Veränderung grundlegend reformiert. Es war aber in seiner Wirkung bezüglich der Altersarmut begrenzt, was auf unrealistische Leistungsvoraussetzungen, vor allem auf die Einkommensgrenze sowie die Berücksichtigung einer Unterhaltspflicht zurückzuführen war. Mit der weltweiten Finanzkrise 2007–08 verbreitete und vertiefte sich die soziale Polarisierung weiter, die nun unumkehrbar erschienen.

II. Spaltung der Wohlfahrt

Auch innerhalb der Wohlfahrtsproduktion wurde die Spaltung reproduziert. In der Sozialversicherung wurde aus normativen sowie faktischen Gründen eine weite Grauzone bemerkbar. In der Sozialhilfe klafften Idee und Norm, Norm und Wirklichkeit auseinander. Mit der Flexibilisierung des Arbeitsmarktes gingen unstabile Arbeitsverhältnisse einher, was dann zur unstabilen Einkommens- sowie Wohlfahrtproduktion führte. Der Arbeitslosenversicherung wurde die Sicherung der Arbeitsplätze, der öffentlichen Fürsorge die Schließung der von der Arbeitslosenversicherung hinterlassenen Sicherungslücke aufgegeben. Dies war der Hintergrund der Gesetzgebung zur Sicherung des Existenzminimums von 1999. Aber weder die Sozialversicherung noch die Sozialhilfe wurde dem neuen Problem ausreichend gerecht. So verbreitete sich die Alters- sowie Arbeitsarmut in größerem Masse, sodass die Armut eher als Kern- und dauerhaftes Problem als ein Rand- und vorübergehendes angenommen wurde. Dennoch wurde es verzögert, die sich aus dem Arbeitsmarkt ergebende diverse Spaltung und Unsicherheit mit der Sozialversicherung zu bekämpfen.

---

22 Zu den Urteilen über dieser Sache, siehe Urteil des Oberstgerichts 1991.12.10, 91da8647. Danach wurde es noch weiter ausgelegt, siehe Entscheidung des Oberstgerichts 2002.7.9, 2001da29452; 2003.11.13, 2003du4119; 2013.6.13, 2011da60193; 2014.11.13, 2004da20875.

Der Ausgleich der Erziehungslasten hatte noch kaum eindeutige Lösungsansätze gefunden. In der Sozialversicherung wurde dies weder einheitlich noch systematisch erkannt. Es bedarf noch der Entscheidung, ob die Altersarmut mit der Einkommenssicherung in der Rentenversicherung bekämpft, oder der öffentlichen Fürsorge mit dem Ziel der Sicherung des Existenzminimums beauftragt werden soll.[23] Die Idee des Grundeinkommens (Basic Income) wurde in der Öffentlichkeit sowie in der Wissenschaft als ein Ausweg aus den Engpässen betrachtet. Damit wurde aber die Komplexität der Probleme zu vereinfacht dargestellt und so läuft es dem bisherigen Pfad der multidimensionalen sowie multiinstitutionellen Methode zuwider.[24]

D. Neue Einreihung der sozialen Aufgabe

I. Analyse der Verfassungsstruktur; funktionaler Umlauf von Arbeit, Einkommen und Wohlfahrt

Die soziale Polarisierung ergab sich maßgeblich aus dem Ungleichgewicht von Kapital und Arbeit. Dazu kamen noch die Spaltung und das Ungleichgewicht innerhalb der Arbeit hinzu. Aus diesem Grund musste die Politik zuerst dieses Urproblem ergreifen, um dann die sich daraus ergebenden Probleme zu bekämpfen. Es ist dabei daran zu erinnern, dass das individuelle Leben in der Verfassung durch funktionalen Umlauf von Arbeit, Einkommen und Wohlfahrt gestaltet wird. Das Recht auf Arbeit gewährt die Arbeitsgelegenheit und ein der Arbeitsleistung gerechtes Einkommen, welches dann einerseits zur Deckung der gegenwärtigen Bedürfnisse verwendet, andererseits für die zukünftigen Wechselfälle zurückgelegt wird. In dieser umlaufenden Verbundenheit stehen das Recht auf Arbeit, das Recht des Arbeitnehmers und das Recht auf ein menschenwürdiges Leben funktional miteinander im Austausch.

II. Das Recht auf Arbeit und Recht des Arbeitnehmers

Arbeit ist der Mittelpunkt der individuellen Lebensführung, in der soziale Entfremdung vorbeugt wird. Dabei ist dem Recht auf Arbeit eine doppelte Aufgabe zugewiesen. Erstens muss das Humanvermögen im Sinne der Sozialinvestition ausgebildet werden. Hier überlappen sich funktional Arbeit, Schul- sowie lebenslange Bildung. D. h. das Recht auf Arbeit muss über das Arbeitsverhältnis hinaus mit der Förderung der Arbeitsfähigkeit in Verbindung gesetzt werden. Zweitens soll die Beschäftigungsstruktur zur Nachfrage der Gesellschaft anpassungsfähig ausgestaltet sein. Zu diesem Ziel muss die berufliche Bildung und Arbeitsvermitt-

---

23 Zu dieser Verwirrung der systematischen Verortung, siehe KIM, Sang Ho, Restrukturierung der Grundrente für Alte, Nationalpension und Sicherung der mindesten Lebensführung, Social Security Studies, vol.37 no.4, 2021, S. 1 ff.; YUN Seok Myung, Finanzaussicht und Aufgabe der öffentlichen Rentenversicherung in der alternden Gesellschaft, Forum für Gesundheit und Wohlfahrt, 2011.8, S. 16 ff.

24 Zur Einführung des Grundeinkommens und seine verfassungsrechtliche Bewertung, siehe BAEK Seung Ho/LEE Seung Yun, Richtiges Verständnis über das Grundeinkommen, Korean Social Policy Studies vol.25 no.3, 2018, S. 37 ff.; LEE Jae Hee, Verfassungsfrage des Grundeinkommens, Constitutional Research Institute, Constitutional Court 2018.

lung gefördert werden, um Arbeitslosigkeit vorzubeugen sowie die Wiedereinstellung nach der einstweiligen Arbeitslosigkeit zu erleichtern. In dieser Hinsicht muss Arbeitsarmut mit dem Recht auf ein menschenwürdiges Leben, dem Recht auf Arbeit und dem Recht auf Bildung in Abhängigkeit gesetzt werden.

In dieser Struktur wirkt sich das Gebot der gesetzlichen Festlegung der Mindestarbeitsbedingungen funktional auf das Recht des Arbeitnehmers aus. Zuerst muss die Gesetzgebung über die Mindestarbeitsbedingungen in Konkordanz mit dem Prinzip des Marktes und der sozialen Aufgabe der Verfassung aktiviert werden, weil sie zur Grundbedingung für den funktionalen Umlauf der Lebensgestaltung gehört. Erst mit ihrer Institutionalisierung und Verrechtlichung können weiter darüberhinausgehende Arbeitsbedingungen individuell oder gruppenweise aufgrund freier Verhandlung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart werden. Dies unterstützt das Recht des Arbeitnehmers auf Koalition, kollektive Verhandlung und den Arbeitskampf. Wenn das Ergebnis von Vereinbarungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern kollektiviert wird, wird es zur sozialen Grundlage, die Einflüsse auf die Verbesserung der gesetzlichen mindesten Arbeitsbedingungen entfaltet.

Das Recht des Arbeitnehmers stammt aus der Vorstellung, dass Arbeit gegenüber Kapital sozial schwächer gestellt ist und die Vertragsfreiheit aufgrund dieses Ungleichgewichts nicht tatsächlich gewährleitet ist. Dementsprechend stellt das Recht Institutionen und Verfahren bereit, um eine ausgeglichene Verhandlungsmacht herzustellen. Im Wandel des Verhältnisses von Kapital und Arbeit wurde die Funktionstüchtigkeit des Rechts des Arbeitnehmers grundlegend in Frage gestellt. Für seine Funktion setzt das Recht des Arbeitnehmers zweierlei voraus. Erstens, das Kapital war im Zeitalter der Industrialisierung zur Gewinnerzielung auf die Leistung der Arbeit angewiesen. Angesichts des Strukturwandels der Industrie erschütterten sich diese Umstände. Denn Kapital erzielt Gewinn eigenständig ohne Arbeitsleistung bzw. mit der reduzierten Inanspruchnahme von Humankapital. Mit dieser Tendenz ist es nun schwierig, die Verhandlungsmacht von Kapital und Arbeit aufgrund des Rechts des Arbeitnehmers gleichmäßig herzustellen. Zweitens wirkt das Recht des Arbeitnehmers unter der Bedingung, dass Arbeitnehmer sowie Arbeitgeber in der Verhandlung repräsentativ vertreten werden. Im Wandel der vierten Industrierevolution und Erweiterung der Dienstleistungsindustrie wird die Arbeit in vielfältiger Art und Weise und abweichend von der traditionellen Typen angeboten, so dass die Partnerschaft bei der Verhandlung und Übereinkunft über die Arbeitsbedingungen nur schwer gebildet werden konnte. Hinzu trat noch, dass Arbeit angesichts der zunehmenden Polarisierung des Arbeitsmarktes die eigene Solidarität nicht mehr aufrechtzuerhalten vermag. Generell wurde beobachtet, dass die Gewerkschaft hauptsächlich um reguläre Arbeitnehmerschaft organisiert wird, indes den irregulären Arbeitnehmern verschlossen bleibt. In der Hinsicht, dass ihre Solidarität insgesamt geschwächt wurde, geriet auch die Repräsentativität der Gewerkschaft in Zweifel.[25] In der Tat

25 Zum Nachweis aus soziologischer Forschung, siehe LEE Byung Hwun, Die Polarisierung der Arbeit, die Krise der Solidarität und der Ausweg, YUN Heung Sik(Hg.), We’re in the same boat, E Ma Jin, 2012, S. 192 ff.

erreichte Ende der 80er Jahre die Quote der Arbeitnehmerschaft an den Gewerkschaften etwa 20 %, die dann in den 90er Jahren auf etwa unter 10 % fielen.[26] Dies betrifft auch die Legitimität der Willensbildung in der Sozialversicherung. Zwar verfügt die Gewerkschaft etwa über den Vorschlag der Vorstandsmitglieder in der Krankenversicherungsanstalt, was aber erst mit ihrer annehmbaren Repräsentativität zu legitimieren ist.

Es ist nicht vorauszusehen, ob und wie die Arbeitnehmerschaft ihre Identität und Solidarität wiederherstellt bzw. verstärkt, und die Rechte der Arbeitnehmer dementsprechend flexibel entwickelt. Nur muss das Verfassungsrecht die funktionale Verbindung vom Recht auf Arbeit und Recht des Arbeitnehmers zur Kenntnis nehmen. Denn die Zusammenwirkung ist über die Arbeiterfrage hinaus eng auf den funktionalen Umlauf in der Gestaltung des individuellen Lebens bezogen. Zwei verschiedene Wege sind in Sicht. Erstens, Kapital und Arbeit stellen ihre Repräsentativität in der innovativen Weise erneut wieder her, um ihnen jeweils die Verhandlungsträgerschaft anzuerkennen. Dabei soll versucht werden, dies ermöglichende Gesetzgebung und Gesetzesauslegung zu fördern.[27] Zweitens, die gesetzliche Festlegung der mindesten Arbeitsbedingungen soll ihre soziale Aufgabe verstärkter wahrnehmen, wenn sich das Recht des Arbeitnehmers nicht in der erwähnten Weise entwickelt.

III. Idee und Funktion der sozialen Sicherung

1. Verfassungsmäßige Strukturierung

Die Vorstellung des funktionalen Umlaufs soll auch auf die soziale Sicherung erweitert werden. Die Sozialversicherung in Korea entwickelte sich zwar rasch zu einer Volksversicherung. In dieser gleichheitsorientierten Entwicklung blieb aber das Leistungsniveau relativ niedrig. Trotz dieser Lücke soll die Sozialversicherung weiterhin als das zentrale Instrument der sozialen Sicherung verbleiben. Denn die Sozialversicherung besitzt, wie oben erwähnt, eindeutig politische, wirtschaftliche und soziale Nützlichkeit und Stabilität. Aus dem Grund muss das Ziel weiterverfolgt werden, Einkommensverdiener umfassend in der Sozialversicherung zu erfassen. Dabei ist zunächst die flexible Anpassung der Sozialversicherung an die wandelnden Arbeitsverhältnisse erforderlich.[28] Ausgehend von dieser Perspektive wird vielmehr gefordert, ‘re-commodification’ der Arbeit zu fördern, anstatt ‘de-commodification’ zu betreiben.[29]

Traditionell sind zur Sozialversicherung versicherungsfähige Personen beitrittspflichtig. Für die Versicherungsfähigkeit waren die Beschäftigungstypen, Ar-

---

26 Hierzu siehe JO Im Young, Krise der Arbeit und unsere Gesellschaft, Democracy and Law, no. 58. 2015, S. 42 ff.

27 Zum Versuch der erneuten Repräsentativität der Arbeitnehmerschaft, siehe PARK Ji Soon, Über die Repräsentativität der Arbeitnehmerschaft in Korea, The Journal of Labor Law vol. 42, 2018, S. 1 ff.

28 Zu dem diesbezüglichen Beispiel der Niederlande, siehe LEE Seung Yun/NAH Jae Wook, Fallstudie über die flexible Arbeitszeit und dementsprechende Gestaltung der sozialen Sicherung in den Niederlanden, Social Security Studies, vol.34 no.2, 2018, S. 125 ff.; Gijbert Vonk, Extending Social Insurance Schemes to ‘Non-Employees’; The Dutch Example, Ulrich Becker/Olga Chesalina (eds)(Fn. 15), S. 147 ff.

29 Zur Vorstellung der de-commodification, siehe Gosta Esping-Andersen, Three Worlds of Welfare Capitalism, Princeton University Press, 1990, S. 35 ff.

beitszeiten sowie das Alter entscheidend.[30] Dies ergab sich naturgemäß aus dem Versicherungsprinzip und war zeitgemäß in jener Periode, in der die Normalarbeitsverhältnisse generell Grundlage der individuellen Lebensführung waren. Die Sozialversicherung soll sich aber nun neu entstehenden Arbeitsverhältnissen anpassen, und zwar in einer Weise, dass die Einkommensverdiener unabhängig von der Länge der Arbeitszeit und dem Niveau des Lohnes erfasst werden. Allerdings ergibt sich bei niedrigem Einkommen der Versicherten ein entsprechend niedriges Leistungsniveau, das unter Umständen selbst das Existenzminimum unterschreitet. Trotzdem verdient es einer weiteren Ausrichtung auf diesem Weg. Dieses Problem der Sozialversicherung muss allerdings innerhalb der Sozialversicherung sowie in ihren flankierenden Maßnahmen erkannt und berücksichtigt werden.

Die Krankenversicherung fungiert in Korea bereits als Grundsicherung zum Schutz der Krankheit sowie zur Förderung der Gesundheit. Ähnlich wirkt auch die Pflegeversicherung für Alte. Nur wurde sie der finanziellen Nachhaltigkeit willens so konzipiert, dass sie von Anfang an den Pflegebedarf nur teilweise, etwa mit der Obergrenze des Leistungsbetrags deckt. Für die Lücke hinsichtlich des Leistungsniveaus sowie des erfassten Personenkreises soll sich die Sozialwohlfahrt für Alte aktiv einsetzen, jedoch in konsistenter Mitwirkung mit der Pflegeversicherung.[31] Diese Art der Grundversicherung soll auch in der Nationalpension umgesetzt werden. In dieser Weise dient sie dem menschenwürdigen Leben sowie der Gleichheit, und zwar in doppeltem Sinne. Einerseits ist die Sozialversicherung vor allem in ihrer Entwicklung hin zu einer Volksversicherung normativ fähig, soziale Komponente in weiterem Maße mitzunehmen. Andererseits wurde institutionell von Anfang an eine Art der Umverteilung in der Rentenberechnung verankert.[32] Weiter wird die Erziehungszeit zu den Beitragszeiten gerechnet.[33] In den letzten Jahren stand im politischen Diskurs zur Debatte, ob die Grundrente für Ältere als Hauptsäule der Einkommenssicherung im Alter etabliert werden soll, um die Rente aus der Nationalpension zu einem beitragsbezogenen Einkommen der Versicherten umzugestalten.[34] Diesem Projekt ist aber nicht zuzustimmen, weil die Nationalpension dann nicht mehr zugleich die Grundsicherung für Versicherte mit niedrigen Einkommen bereitstellen könnte. Diese Rolle ersetzt die Grundrente für Ältere nicht, weil sie den berechtigten Personen aufgrund der Bedürftigkeitsprüfung nur einen minimalen Betrag gewährt.

2. Erneuerung der Idee der sozialen Sicherung

Der Schutz der individuellen Risiken und Situationen zielt verfassungsrechtlich gesehen auf die Gewährleistung einer menschenwürdigen Lebensführung (Gleich-

---

30 Zur Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschriften siehe Entscheidung des Verfassungsgerichts 2001.4.26, 2000honma90, 13–1, S. 987 ff. (Nationalpension); 2018.6.28, 2017honma238, 30–1(II), S. 719 ff. (Arbeitslosenversicherung).

31 Zu dieser Problemerkenntnis, siehe CHEON Kwang Seok, Bestandsaufnahme und zukünftige Aufgabe der Pflegerelevanten Gesetzgebung in Korea, Journal of Social Security Law, vol. 2 no. 1, 2013, S. 111 ff.

32 § 51 I des Gesetzes über die Nationalpension.

33 § 19 des Gesetzes über die Nationalpension.

34 Hierüber etwa, KIM Won Sup et all., Umgestaltung der öffentlichen Renten auf das universale und multi-schichtige System, Social Security Studies vol. 32 no. 4, 2016, S. 14 ff.

heit im Ergebnis). Traditionell ist dafür die öffentliche Fürsorge zuständig. Dies ist die materielle Bedingung für die Ausübung der Freiheit. Die Selbstbestimmung über eigene Lebensführung soll auf dieser Grundlage ermöglicht werden (Chancengleichheit). Diese Denkweise wurde bereits 1999 im Gesetz zur Sicherung des Existenzminimums eingebracht. Es fehlten aber noch die nötige Infrastruktur für die (Wieder-)Eingliederung der Leistungsempfänger in den Arbeitsmarkt. Problematisch war auch, dass die Leistungsempfänger trotz der Arbeitsfähigkeit unter der Einkommensgrenze blieben. So wurden sie nicht motiviert, sich aus der Armutsfalle zu befreien, um etwa für Krankenhilfe weiterhin berechtigt zu sein.[35] 2014 wurde das Gesetz zur Sicherung des Existenzminimums hin zur Verstärkung der Selbsthilfe geändert. Nun wurden die Leistungsvoraussetzungen sowie -inhalte in den jeweiligen Leistungsarten eigenständig vorgesehen.[36] Damit erwartete man eine Wechselwirkung der Lebenshilfe und Selbsthilfe hin auf die selbstbestimmte Lebensgestaltung der Leistungsempfänger, die dann (wieder) in den Arbeitsmarkt eingegliedert werden.

In der Sozialversicherung besteht eine Grauzone bezüglich des Versichertenkreises sowie der Risiken. Es ist aber zu viel und nicht sachgemäß, diese Lücke mit der öffentlichen Fürsorge zu schließen. Praktisch gesehen genügt es nicht, weil die Armut zu weit verbreitet ist. Sachgemäß ist es nicht, weil strukturell nicht vorgesehen wurde, die individuellen Situationen jeweils ihren Eigentümlichkeiten gemäß zu schützen. So ist es erforderlich, selbständige Institutionen für den Schutz sowie die Unterstützung der je homogenen Probleme bereitzustellen. Dabei bedarf es noch der Entscheidung, ob sie auf die Situation an sich angelegt werden oder gegenüber den diesbezüglichen Institutionen subsidiär wirken sollten.[37] Diese Methodenpluralität ist subjektiv sowie objektiv der verfassungsrechtlichen Vorstellung gerecht. Subjektiv ist sie mit dem Rechtscharakter des Anspruchs ausgestattet, indem sie die Leistungsvoraussetzung sowie Leistungsart und -inhalt konkret vorschreibt. Sie dient zudem der Rechtssicherheit. Objektiv ist dies vorteilhaft, weil sich nun die Sicherung des Existenzminimums auf ihre genuine Aufgabe, nämlich dem Schutz der Armut, die auf untypischen Situationen zurückzuführen ist, konzentrieren kann.

Diese Konzeption wird das System der sozialen Sicherung konsolidieren. Denn sie wird vor allem in der Lage sein, die diversen Phasen der sozialen Risiken sowie Situationen auf verschiedenen Stufen zu berücksichtigen. Der Erziehungsbedarf ist ein gutes Beispiel. Im primären Rechtsverhältnis bezieht sich die Kindererziehung auf das Familienrecht und ist der Familienpolitik aufgegeben. In der alternden Gesellschaft wird aber die intergenerationelle Ungleichheit hervorgehoben. Diese erfordert es, die wirtschaftlichen Lasten und nachteilige Auswirkung der Kindererziehung auf die Einkommens- und Berufstätigkeit sozial auszugleichen. Aus dieser Perspektive betrachtet gehört die Kindererziehung zum Wesenselement der Sozialversicherung, die sich intergenerationell finanziert, so dass sie

35 Hierüber siehe BANG Ha Nam/HWANG Duk Soon, Entwurf zur Verbindung der Arbeit und Wohlfahrt in Bezug auf die Selbsthilfe im Gesetz über die Sicherung der mindesten Lebensführung, Social Security Studies, vol. 18 no. 2, 2002, S. 92 ff.

36 Hierzu siehe CHEON Kwang Seok (Fn. 7), S. 382 ff.

37 Am Beispiel der Behindertenrente, siehe oben Fn. 19.

als beitragsäquivalente Leistung berücksichtigt werden muss. Letztlich soll in der Sicherung der mindesten Lebensführung die Kindererziehung bei der Leistungsvoraussetzung hinsichtlich der Einkommensgrenze sowie der Leistungshöhe berücksichtigt werden.[38] Auf die Alters- und Arbeitsarmut wurde im selben Kontext oben hingewiesen.

E. Zusammenfassung

1. Der Ursprung der sozialen Spaltung lag in der Spannung zwischen Kapital und Arbeit, Dominanz des Kapitals gegenüber der Arbeit sowie Entfremdung der Arbeit. Die Verfassung, der nationale- sowie soziale Integration aufgegeben wurde, war sich dieser Lage genug bewusst. Es wurde erwartet, dass das Recht auf Arbeit sowie das Recht des Arbeitnehmers und das Recht auf ein menschenwürdiges Leben im Rahmen der Wirtschafts- und Sozialordnung zu diesem Ziel zusammenwirken. Die Verfassung entfaltete in Korea erst seit der Demokratisierung von 1987 im Staats- und Gesellschaftsleben ihre normative Kraft. Sie wurde aber bald mit der neuen schwierigen Lage der Globalisierung im Allgemeinen, und der Devisenkrise von 1997 sowie der weltweiten Finanzkrise von 2007/2008 konfrontiert. Die Reform des Arbeitsmarktes auf die Flexibilisierung schien unvermeidbar, und die davon ausgehende Spaltung zwischen Kapital und Arbeit sowie unter der Arbeit irreversibel.

2. Auf die neue Herausforderung war das Sozialrecht nicht vorbereitet. Zuerst sollten die Arbeits- und Lebensverhältnisse erneut zur Kenntnis genommen und struktuiert werden. Wirtschafts- und Sozialordnung sollten jeweils ihren eigenen Aufgaben gerecht werden, und zugleich funktional zu ihrer Erfüllung zusammenwirken.

(1) Arbeit ist die Grundlage zur Deckung des gegenwärtigen Bedarfs sowie zur Vorsorge für Wechselfälle des Lebens. Angesichts dieser Wichtigkeit der Arbeit muss das Recht auf Arbeit, die Rechte der Arbeitnehmer sowie das Gebot der gesetzlichen Festlegung der Mindestarbeitsbedingungen funktional zusammenwirken. Das Recht des Arbeitnehmers befindet sich in einer neuartigen Situation von Ungleichgewichtigkeit von Kapital und Arbeit, Diversifizierung sowie weichende Repräsentativität der Arbeitnehmerschaft. Eine diesbezüglich angepasste System- sowie Theoriebildung ist dringlich. Dies bezieht sich erneut auch auf die Organisation und Verfahren der Wohlfahrtsproduktion und -verteilung.

(2) Die Sozialversicherung besitzt immerhin politische, gesellschaftliche und wirtschaftliche Vorteile, so dass sie weiterhin als Grundlage für die Gewährleistung des menschenwürdigen Lebens der Einkommensverdiener bleiben soll. Zu diesem Ziel muss sie gemäß den veränderten Arbeitsverhältnissen angepasst werden.

(3) Auf dieser Grundlage der Basissicherung durch die Sozialversicherung wird man einerseits gleichmäßig gegen die typischen Risken geschützt und anderer-

38 Zur Verzögerung des Verfassungsgerichts in dieser Sache, siehe Entscheidung des Verfassungsgerichts 2004.10.28., 2002honma328, 16–2(II), S. 207 ff.

seits motiviert, für die der individuellen Leistungsfähigkeit entsprechenden Lebensgestaltung vorzusorgen.

3. Das letzte Netz für die Sicherung des Existenzminimums stellt die öffentliche Fürsorge bereit. Ihre Funktion stieß aber angesichts der Verbreitung der Arbeits- sowie Altersarmut auf Grenzen. Gefordert sind Unterstützung und Hilfe, die gemäß den individuellen Risiken und Situationen jedoch differenziert auszugestalten sind.

(1) Die öffentliche Fürsorge gewährt die mindeste Lebensführung allerdings zunächst universal, nämlich im Sinne der absoluten Gleichheit. Sie muss aber darüber hinaus die Leistungsberechtigten motivieren durch Unterstützung und Hilfe aus der Armut herauszukommen und dann selbständig die eigene Lebensführung auszugestalten. Damit wird die Chancengleichheit befördert.

(2) Gemäß der je nach dem Personenkreis unterschiedlichen Risiken und Situationen sollen soziale Unterstützung und Hilfe entsprechend differenziert ausgestaltet werden. Sie müssen dabei so strukturiert werden, dass individuelle Instrumente und abstrakt fungierende Sozialversicherungen sowie Sozial- und Steuerpolitik funktional zusammenwirken.

4. Die Sozialversicherung hat in Korea beinahe die Entwicklung hin zu einer Volksversicherung vollzogen. Zudem sind soziale Förderung und Hilfen für besondere Lebensbedarfe auf dem Weg zur weiteren Entfaltung. Wegen der Grenze der universalen Verwirklichung der Gleichheit verbleibt aber eine unvermeidbare Grauzone. Sie ergibt sich auch durch die politische Präferenz, die nicht aus sozialer Perspektive erklärbar ist. Erforderlich ist es deshalb, neben der auf individuellen Rechtsverhältnissen basierenden Sozialpolitik zugleich als allgemeine Staatsaufgabe ausgleichsmäßig weitere Lösungsansätze zu entwickeln.

5. Faktische und mindestens normative Homogenität kann erst dann hergestellt werden, wenn soziale Agenda im politischen Prozess transparent zum Diskurs kommt und den Betroffenen die Gelegenheit gewährt wird, eigene Interessen einzubringen. Weiterhin sind in Entscheidungen über die Arbeitsbedingungen sowie die Wohlfahrtsproduktion samt deren Verteilung die jeweiligen institutionellen Eigentümlichkeiten einzubauen, um sachgemäße Politik bilden und zugleich deren Legitimität ergänzen bzw. erhöhen zu können.

Michael Fletcher, Wellington

Recent trends in social welfare benefit policies in New Zealand: Looking back at the reforms of the National and Labour Governments since 2011

Table of Content

A. Introduction
B. The National Government strategy
C. Legislative changes
D. The 'social investment approach'
E. The Labour Government
F. Discussion and looking ahead
G. References

A. Introduction

After a long period of relative policy consistency, the last decade or so has been one of significant change in welfare policy in New Zealand. It has been marked by two phases reflecting the differing ideological stances of the two major parties when in Government. From late-2008 to 2017 New Zealand had three terms of right-of-centre National Party-led Governments. From 2017 to the present the major party in power has been the left-of-centre Labour Party. This article looks back at this recent history, summarising very briefly the major changes introduced by the two administrations with the aim of examining the differences, and similarities, between their approaches. It concludes that, while the two Governments' policy programmes did not turn out to be hugely different in many other areas (including, for example, taxation policy), in social welfare policy the differences go beyond rhetoric and do indeed reflect genuine differences in philosophy, objectives and practice. The paper ends by speculating on possible future trends and on whether the relative unusualness of New Zealand's welfare system will remain or whether we may be in the process of converging towards the typical European style of a two-tier social insurance/social assistance system.

In 2015 I was fortunate to be able to spend a month at the Max Planck Institute for Social Law and Social Policy as a visiting scholar. While there, I was able to spend time discussing with Institute staff the social welfare reforms New Zealand's National Party Government was introducing. It provided me with an invaluable opportunity to gain an international perspective on the similarities and differences in international welfare policy trends. Plans for a second visit have thus far been thwarted by the Covid-19 pandemic but I have maintained contact with Institute staff, and Dr. Eva Maria Hohnerlein in particular, who has helped me understand the advantages and disadvantages of Germany's social insurance based approach to welfare.

B. The National Government strategy

The National Party, led by John Key, won the November 2008 election forming a minority government with confidence-and-supply agreements with three minor parties. Over the course of the next few years they developed an approach to welfare policy, based largely on the recommendations of the external review committee they established (Welfare Working Group, 2011). This approach, which was a significant departure from recent past policies, had two central elements. The first was a much stronger work focus and emphasis on welfare recipient obligations. The second was the use of actuarial techniques for measuring future fiscal liability as a way of targeting labour market programmes and the Work and Income agency's activities.[1]

The official objective was to 'reduce long-term welfare dependency', and National's Better Public Services targets included a target to reduce the number of people on welfare by 25 percent over the three years to June 2014 (from 295,000 to 220,000). The related objective was to reduce fiscal expenditure. Achieving cost-savings by reducing the per-person rates of payment was not possible as, especially after an earlier National Government had cut them in 1991, benefit rates were already far below the poverty line for most people. The welfare bill could only therefore be reduced by reducing welfare rolls.

The strategy was implemented via a combination of legislative, policy and administrative changes, mostly introduced between 2011 and 2015.

C. Legislative changes

The National-led Government passed two main welfare reform Acts. The first of these was the Social Security (Youth Support and Work Focus) Amendment Act 2012. This Act was the smaller of the two but did introduce one entirely new concept into New Zealand's welfare scene – compulsory money management. Young people aged 17 – 18 and young parents aged 16 – 18 were assigned a contracted 'youth coach' who had certain powers over their financial affairs. The young person also had a period of at least six months where the greater part of their benefit was only accessible using an electronic card at certain shops and stores. This policy, which had been originally recommended by the Welfare Working Group and was copied from schemes introduced in Australia, is still in force in a modified form. Rent and utility costs are deducted at source, an allowance of $50 per week is given direct to the beneficiary and the remainder is put on an electronic payments card which can only be used in certain shops on certain goods (Fletcher, et al, 2015; Humpage, 2016). As well as a view that young people may need help in managing their money, the rationale for this policy was clearly one of deterrence. The Ministerial Cabinet Paper explicitly noted income management was intended to 'discourage an early reliance on benefit receipt' (Minister

1 Work and Income New Zealand is the branch of the Ministry of Social Development responsible for administering welfare payments, case management and for delivering nearly all active labour market programmes for beneficiaries.

for Social Development, 2011). The Minister reinforced this view when speaking in Parliament:

> I will be frank: we want to make welfare a less attractive proposition for many young people.
>
> (Minister for Social Development, cited in Fletcher, et al, 2015)

The second and more substantial legislative change was the Social Security (Benefit Categories and Work Focus) Amendment Act 2013. This Act renamed and restructured the welfare benefit categories, with the biggest changes being to abolish the Sickness Benefit and include this group in the new Jobseeker Support (JS) category and to also include lone parents whose youngest child is 14 years or older in JS. These changes were intended to reinforce the work focus: a sick person is simply an unemployed person temporarily unable to work because of illness. Similarly, a lone parent is expected to work once their children are old enough (part-time from age three, full-time from age 14).

The other half of the amendment Act introduced much harsher conditionality in the form of a suite of new obligations and stricter sanctions. Annual reapplication for all benefits was introduced. Drug-testing was established for all job vacancies where a drug-test was part of the job or training. Benefit payments were cancelled after 10 days for anyone subject to a police warrant. What were called social obligations were also introduced for parents, as had been recommended by the Welfare Working Group. These included ensuring a child was enrolled in early childhood education from age three, ensuring the child is enrolled with a health care service and has completed scheduled Well Child health checks. Such health and education activities are voluntary for other parents but were made compulsory for beneficiaries, implying that the payment of welfare benefits gave society a greater right over parenting expectations. Sanctions were also toughened so that the basic regime was a 50 percent cut in benefit for a first failure and complete suspension of payment for 13 weeks or until re-compliance for a second failure. Beneficiaries with children would continue to receive 50 percent of the benefit. Failure to attend an interview with Work and Income also resulted in immediate suspension of benefit. The effect was a large increase in the number of benefit sanctions and suspensions.

D. The 'social investment approach'

The major innovation, or 'policy experiment' (Boston and Gill, 2017), National introduced to the welfare system was what it called its 'social investment approach'. The term social investment was used by the Government in a rather different way from its use in European contexts where the focus typically is on a wider set of policies. At least in its early versions, the New Zealand social investment approach had a strong emphasis on the working-age welfare benefit system and, specifically, on reducing the long-term fiscal liability of welfare payments. This liability was calculated using actuarial analyses of discounted future welfare payment costs. The implied assumption was that reducing this forward liability equated to optimising social and employment outcomes (Chapple, 2013, p57).

The model for calculating discounted future liability across the beneficiary population was commissioned by the Ministry of Social Development and the Treasury from Australian actuarial firm Taylor Fry (Taylor Fry, 2011). As Chapple, points out, their report 'proceeds as if reducing the forward fiscal liability and maximising employment and social outcomes were synonymous activities' (Chapple, 2013, p57). Annual actuarial performance assessment reports were carried out by Taylor Fry or in-house actuaries from 2012.

The fiscal liability modelling was used during this period to drive performance assessment and, it appears, this did flow through to front-line case manager efforts to reduce the numbers of 'high-cost' individuals on benefit. There was however, no link between benefit exits (or non-enrolments) and individual wellbeing outcomes. A well-developed evaluation plan was established by National but only some parts of it were completed and the overall outcomes evaluation of their welfare reforms which was scheduled for completion in 2015 remained not done by the time they lost office in late 2017.

E. The Labour Government

The Labour Party came into Government in September 2017, forming a coalition with the centrist New Zealand First Party and with a confidence and supply agreement with the Greens. Like National before it, it quickly set up a working party to review welfare policies (the working party was one of the Greens' support requirements). The Welfare Expert Advisory Group ('WEAG') had a much broader terms of reference than National's Welfare Working Group. Its primary task was to advise on policies to give effect to the Government's vision for welfare which it defined as 'a welfare system that ensures people have an adequate income and standard of living, are treated with and can live in dignity and are able to participate meaningfully in their communities' (Welfare Expert Advisory Group, 2019, p184).[2]

The Group's report, titled Whakamana Tāngata: Restoring dignity to social security in New Zealand, contained 42 key recommendations and a further 126 detailed ones. Central to the recommendations was substantial increases in benefit rates (and family assistance) which WEAG identified as well below the levels necessary for an adequate minimum standard of living.

Labour's response to the report in its first term of Government was slow, with the only significant change being to index the annual adjustment of core benefit rates to increases in the average wage, rather than to prices as had previously been the case. Assuming long-term growth in real wages this will make a sizeable difference over time but had only a minor impact when introduced. Given the Government's supposed commitment to welfare enhancements and its formalised commitment to child poverty reduction targets established in the Child Poverty Reduction Act 2018, the lack of more substantial and quicker responses to the

2 Disclaimer note: The author was involved with both working groups, working briefly on the Secretariat of the Welfare Working Group and as the Ministerially appointed Independent Advisor to the Welfare Expert Advisory Group.

WEAG report was surprising. There was speculation that Labour was held back from acting more promptly by the need to maintain the support of its coalition partner, New Zealand First, although that suggestion has never been corroborated.

In their second term (and with New Zealand First no longer in coalition) Labour did act on WEAG's (and other's) recommendations to raise benefit rates. The increases, which were announced in the 2021 Budget, raise the core rates significantly – by between $32 and $55 per week in addition to the $25 per week increase in 2020 as a Covid-19 response measure. These increases don't fully meet the amounts recommended by WEAG (Neuwelt-Kearns et al, 2021), or close the gap identified in WEAG's analysis between minimum budget needs and beneficiary' incomes (Fletcher, 2021), but they do go a long way to restoring benefit rates to their historical levels relative to both wages and prices.

In terms of obligations and conditionality, Labour abolished some rules, including the weekly financial penalty for lone mother beneficiaries who refuse to name the child's father, but kept most of National's new conditions in place. The real difference has been in the way obligations and work-testing is administered by Work and Income. National's approach was to target those most in need by making it difficult to get on to the benefit and quick to be suspended for compliance failures. Labour's approach has been to keep most of the same rules – which are by and large supported by the wider public – but apply them less harshly and to re-establish a greater sense of service provision within Work and Income.

Administrative practices have of course also been significantly affected by Covid-19 and the series of lockdowns that applied either nationally or in specified regions. In addition to the large-scale wage subsidy programme paid out to employers to help them retain staff and the smaller Covid Income Relief Payment made available to those who did lose their jobs, both resource constraints within Work and Income and plain common sense led the agency to all but forgo enforcement of job search requirements and other obligations.

F. Discussion and looking ahead

National and Labour have faced different economic conditions within which to situate their welfare policies. In National's case, the Global Financial Crisis of 2007/08 and its aftermath were still affecting the economy and labour market. In Labour's case, the economy was in a relatively strong position until the sudden, very large shock caused by the Covid-19 pandemic. Notwithstanding these disparities in circumstances, it is clear from the summaries above that the two governments pursued substantively different welfare policies. National's work-focused benefit restructuring and its experimentation with actuarial forward liability modelling represented a genuine departure from the approach taken by previous governments. Labour, while it has kept the restructuring and was slow to act is administering welfare in a way which is more sympathetic to beneficiaries and has, eventually, raised benefit rates as well as indexing them to wage growth.

Looking ahead, it is not clear how much further the current Government will go with reforms of the core welfare system. Certainly, the majority of the WEAG

recommendations have not been implemented or (as far as is known publicly) decided upon (Neuwelt-Kearns et al, 2021). Minister Sepuloni continues to state that the programme of welfare reform is ongoing. However, it appears that future changes to the main benefit programmes may be relatively minor, and the focus is shifting to reviews of the Accommodation Supplement (AS) housing benefit and the Working for Families (WFF) family tax credits.

Most recently, Labour has announced a proposal of a different sort; one which, if it does happen, would represent a very substantial change to the wider New Zealand system of social security. This is for a social insurance scheme covering involuntary job loss due to either job displacement (layoffs or redundancy) or illness. The scheme is currently being negotiated and developed between the New Zealand Council of Trade Unions (CTU), the main employer group, BusinessNZ, and the Government. There is to be a public discussion paper released in early 2022, although it appears this will be about details of the scheme, and that there will not be a public debate about the merits of an insurance scheme or alternatives (Chapple and Fletcher, 2021). It is expected the scheme will pay 80 percent of prior income up to a relatively high cap (probably around two or two-and-a-half times average earnings) and be limited to a maximum period of around six months. It is proposed that the scheme will be funded by a payroll levy which may be split nominally between employee and employer contributions, although the final incidence of the levy is likely to be mostly passed on to workers.

To most northern hemisphere readers, accustomed to the Bismarckian style of social insurance-based welfare, this may seem an unsurprising and possibly a welcome advance. However, New Zealand, like Australia, has always had a single-tier, tax-funded welfare system. Its origins lie in what was later called 'the wage-earners' welfare state' (Castles, 1985). From the late-1930s, this provided more or less comprehensive protection against poverty and hardship through a commitment to full (male) employment, high rates of homeownership and tax-funded income support for the elderly, those unable to work and assistance for families. Although this structure has been allowed to erode, especially during the neo-liberal phase from 1984 – 2000, Labour has made some steps to repair it as has been discussed above. It remains entirely possible to fully reinstate an effective single-tier welfare structure (as was recommended for instance by the Welfare Experts Advisory Group) and is a matter of some concern that it would appear that option is not to be widely and publicly debated before any decisions to switch to a two-tier structure.

There are of course some advantages to the dual social insurance/social assistance model – advantages that European readers will be well familiar with. The disadvantages though, are probably also familiar. In a static sense, one immediate disadvantage is the disparity in assistance between those who are eligible for income-related insurance payments and those who are not, or who are only eligible for low pay-outs. Perhaps of greater concern however is the probable political economy dynamic. It is likely that future governments, if they are of a mind to, could more readily squeeze the real value of the core social assistance payments, and/or also make access to it more difficult, with minimal political backlash as long as the insured middle-class feels protected against risks of income shocks.

As in other countries, the losers would be groups such as lone parents, young new labour market entrants, precariously employed workers and, probably, many with long-term disabilities that limit their labour market activity.

One possible future scenario in New Zealand is that the current Labour Government introduces a social insurance scheme covering job loss due to involuntary unemployment and sickness before being replaced by a National-led Government in either 2023 or 2026. That Government may then retain the social insurance programme but reinstate some version of the social investment approach for welfare recipients as a way of reducing expenditure by targeting a small group of high fiscal-cost individuals and reducing support for the much wider group of people in need of State income support. The medium-term outcome of such a sequence of policy changes would be to exacerbate the gap between the haves and the have-nots; between the insured and the uninsured. This is, of course, a matter of speculation at the moment and it may be that Labour will back away from, or defer, implementation of a social insurance tier in the welfare system. Given other non-welfare policy initiatives on its agenda and the pressures Covid-19 is placing on government and the electorate as a whole this would not be surprising.

G. References

Boston, J. & Gill, D. (eds) (2017). Social investment: A New Zealand policy experiment. Wellington: Bridget Williams Books.

Castles, F. (1985). The working class and welfare: Reflections on the political development of the welfare state in Australia and New Zealand, 1890 – 1980. Sydney: Allen and Unwin.

Chapple, S. (2013). Forward liability and welfare reform in New Zealand, Policy Quarterly 9(2), pp. 56 – 62.

Chapple, S. & Fletcher, M. (2021). A critical consideration of current social insurance policy development in New Zealand, Policy Quarterly 17(4), pp. 3 – 11.

Fletcher, M. (2021). Will the new benefit rates be enough to live on? The Spinoff, https://thespinoff.co.nz/politics/27–05-2021/will-the-new-benefit-rates-be-enough-to-live-on.

Fletcher, M., Hanna, K. & Anderson, D. (2015). The introduction of compulsory income management into New Zealand's social security system: The case of the Youth Service package, Labour, Employment and Work in New Zealand. DOI: https://doi.org/10.26686/lew.v0i0.1991.

Humpage, L. (2016). Income management in New Zealand and Australia: Differently framed but similarly problematic for Indigenous peoples, Critical Social Policy 36 (4), pp. 551 – 571.

Minister for Social Development. (2011). Policy decisions on the youth package, Wellington: Cabinet Office.

Neuwelt-Kearns, C., Asher, I. & Johnson, A. (2021). Children can't live on promises: A 2021 stocktake of implementation of the Welfare Expert Advisory Group's 2019 recommendations, Auckland: Child Poverty Action Group.

Taylor Fry (2011). Actuarial advice of feasibility: a long-term investment approach to improving employment, social and financial outcomes from welfare benefits and services. Report to the Ministry of Social Development and the Treasury, October.

Welfare Working Group. (2011). Reducing long-term benefit dependency: Recommendations, https://ndhadeliver.natlib.govt.nz/webarchive/wayback/20110228073041/http://ips.ac.nz/WelfareWorkingGroup/Index.html

Alpay Hekimler, Eskişehir

Die Arbeitslosenversicherung der Türkei – Zeit, um Bilanz zu ziehen

Inhaltsübersicht

A. Historischer Rückblick
B. Der versicherte Personenkreis
C. Die Organisation und Finanzierung der Arbeitslosenversicherung
D. Die Leistungen
I. Passive Leistungen
1. Arbeitslosengeld
2. Halber Arbeitsentgeltzuschuss
3. Kurzarbeitergeld
4. Arbeitsentgeltleistung aus dem Lohngarantiefonds
5. Übernahme von Beiträgen zu den Sozialversicherungen
II. Aktive Leistungen
1. Arbeitsvermittlung
2. Berufsausbildungs- und Weiterbildungsmaßnahmen
E. Fazit und Ausblick
Literatur

Die Arbeitslosenversicherung wurde in der Türkei vor über zwanzig Jahren eingeführt. Die wohl erste Abhandlung im deutschen Sprachraum, die nach der Einführung dieses Versicherungszweiges veröffentlicht wurde, trug die Überschrift: „*Neue Arbeitslosenversicherung- oder: Experimentelle Gesetzgebung als Aufgabe für die Praxis*“[1], die von *Andreas Hänlein* verfasst wurde. Interessanterweise fand dieses Thema jedoch in den folgenden Jahren in der deutschen sozialrechtlichen Literatur wenig Aufmerksamkeit, obwohl beide Länder allein schon wegen der großen Zahl von in Deutschland lebenden türkischen Staatsbürger eng verbunden sind.

Mit dem folgenden Artikel soll der Frage nachgegangen werden, ob dieses Experiment gelungen ist. Um dieser Frage jedoch eine gerechte Antwort geben zu können, bedarf es als erstes eines kurzen Rückblicks auf die Entwicklungsgeschichte der Arbeitslosenversicherung der Türkei. Im Folgenden soll der versicherte Personenkreis kurz skizziert und die Leistungen aus dem Versicherungszweig, die sich seit Einführung der Arbeitslosenversicherung erweitert haben und zuletzt bedingt durch die Coronakrise, zum Teil fristgebunden, neugestalten worden sind, dargestellt werden. Der Beitrag endet mit einem Fazit und Ausblick.

1 RIW, Heft 4/2001, S. 284-287.

A. Historischer Rückblick

Die Arbeitslosenversicherung wurde erst im Jahr 1999 eingeführt und ist daher der jüngste Sozialversicherungszweig der Türkei. Den gesetzlichen Rahmen bildet das kurz[2] als Arbeitslosenversicherungsgesetz bezeichnete Gesetz[3], das unter der Nummer 4447 verkündet worden ist, dessen Bestimmungen am 01.06.2000 in Kraft getreten sind. Die Türkei zählte somit als einziges Land unter den OECD Ländern, das bis 1999 keine Arbeitslosenversicherung hatte.[4] Zugleich hatte somit die Türkei auch die Verpflichtungen, die sich aus dem ILO Übereinkommen Nr. 102 über die Mindestnormen der Sozialen Sicherheitergeben, umgesetzt,[5] welches von der Türkei 1971 ratifiziert wurde und seit 1975 in Kraft ist.[6]

Vor Erlass dieses Gesetzes waren Arbeitnehmer gegen das Arbeitslosenrisiko nicht ausreichend durch das Sozialrecht abgesichert. Es gab damals nur die Dienstalterentschädigung, die nach Art. 14 des Arbeitsgesetzes mit Nr. 1475 im Fall einer ungerechtfertigten Kündigung geleistet wurde. Die Entschädigung wurde mehr oder weniger als finanzielle Leistung für die Überbrückungshilfe der arbeitslos geblieben Arbeitnehmer betrachtet.[7] Das Arbeitsgesetz ist zwar seit 2003 mit Inkrafttreten des neuen Arbeitsgesetzes, Gesetz Nr. 4857[8], außerkraftgetreten, jedoch ist der Art. 14 des alten Arbeitsgesetzes weiterhin in Kraft, wobei dies die einzige Bestimmung ist, die noch vom alten Gesetz Geltung findet.[9] Zumal das Thema Dienstalterentschädigung ein sehr umstrittenes Thema ist und zum Teil auch als konkurrierendes Instrument zur Arbeitslosenversicherung betrachtet wird, konnte damals während der Gesetzgebungsphase keine Lösung gefunden werden. Die Regierung bestand darauf, ein Fonds einzuführen, die Arbeitgeber wollten diese Leistung ganz abschaffen und die Gewerkschaften wiederum alles wie bisher beibehalten. Letztlich entschied man, dass die Regelung aus dem alten Gesetz weiterhin Anwendung finden sollte, bis ein Dienstalterentschädigungsfonds gegründet wird.[10] Wenngleich jedoch fast zwanzig Jahre seit Erlass des neuen Arbeitsgesetzes vergangen sind, konnte diese Bestimmung bis heute nicht umgesetzt werden. Wobei auch zu vermerken ist, dass das Thema im-

---

2 Im Schrifttum wird zurecht der lange Titel des Gesetzes kritisiert, *siehe Yusuf Alper*, Sosyal Sigortalar Hukuku, 11.baskı, Bora, Bursa, 2020, S. 400.

3 İşsizlik Sigortası Kanunu (Sosyal Sigortalar Kanunu, Tarım Işçileri Sosyal Sigortalar Kanunu, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandiği Kanunu, Esnaf Ve Sanatkarlar Ve Diğer Bağimsiz Çalişanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, Tarimda Kendi Adina Ve Hesabina Çalişanlar Sosyal Sigortalar Kanunu Ile Iş Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Ve Bu Kanunlara Ek Ve Geçici Maddeler Eklenmesi, Işsizlik Sigortasi Kurulmasi, Çalişanlarin Tasarrufa Teşvik Edilmesi Ve Bu Tasarruflarin Değerlendirilmesine Dair Kanunun Iki Maddesinin Yürürlükten Kaldirilmasi Ile Genel Kadro Ve Usulü Hakkinda Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapilmasi Hakkinda Kanun) Kanun No: 4447, Kabul Tarihi: 25.8.1999, Resmi Gazete :23810 Tarih: 8.9.1999.

4 *Yusuf Alper*, İşsizlik Sigortasının Örgütlenmesi, Yönetimi ve Finansmanı: Türkiye Uygulaması. In: Arbeits- und Sozialrechtliche Probleme der Arbeitslosigkeit, Kamu İş, Ankara, 2003, S. 99 (99–119)

5 *Tankut Centel*, İşsizlik Sigortası Kanununa İlişkin Genel Bir Değerlendirme, Mercek Dergisi, 1999, S. 8.

6 Näheres siehe, https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm Abgerufen 5.11.2021

7 *Siehe Tankut Centel*, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, 1.Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021, S. 332.

8 İş Kanunu, Yasa No:4857 – Kabul Tarihi: 22.5.2003 – Yayım Tarihi: RG.10.6.2003, No.25134

9 Näheres über die Dienstalterentschädigung insbesondere *Sarper Süzek*, İş Hukuku, 19. Baskı, Beta İstanbul, 2000, s.752 ff; *Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca*, İş Hukuku Dersleri, 34.baskı, Beta, İstanbul, 2021, S. 723 ff.

10 *Siehe*, Übergangsartikel 6 des Arbeitsgesetzes.

mer wieder als politisches Motiv in den vergangenen Jahren eingesetzt wurde und wohl weiterhin auch eingesetzt wird.[11]

Neben der erwähnten arbeitsrechtlichen Absicherung gab es auch einige Leistungen von Arbeitnehmerorganisationen (Gewerkschaften), die jedoch keinesfalls mit Leistungen, die im Rahmen des Ghent Systems[12] erbracht werden, gleichzusetzen sind. Vielmehr waren es Leistungen aus eigeninitiativ gegründeten Gewerkschaftskassen. Ein Leistungsanspruchsrecht gab es daher generell nicht.

Die Diskussionen über die Einführung einer Arbeitslosenversicherung in der Türkei gehen jedoch weit zurück. Schon Ende der 1950'er Jahre wurde ein Gesetzentwurf vorgelegt[13] und weiterhin von verschieden in- sowie ausländischen Institutionen diesbezügliche Berichte und Entwürfe ausgearbeitet.[14]

Auch in den Folgejahren wurde der Aufruf zur Einführung einer Arbeitslosenversicherung nicht geringer, insbesondere ein Bericht[15] vom Staatsplanungsamt (*Devlet Planlama Teşkilatı – DPT*)[16] hatte für großes Aufsehen gesorgt, in dem insbesondere die Bedeutung der Einführung einer Arbeitslosenversicherung für die gesamte Wirtschaft hervorgehoben wurde.[17]

In dem 40-jährigen Zeitraum von 1959 bis 1999 wurden insgesamt 23 Gesetzentwürfe ausgearbeitet, was im Durchschnitt alle zwei Jahre bedeutet.[18] Die Gründe, warum keiner dieser umgesetzt wurde, sind vielfach. Diese alle hier auszulegen, würde jedoch den Rahmen dieses Beitrags weit sprengen. Dennoch muss betont werden, dass im Allgemeinen insbesondere die Einstellung von Regierungen und Arbeitgeberverbänden war, dass dieser Versicherungszweig aufgrund der wirtschaftlichen Lage des Landes nicht tragbar sei. Die Einführung würde für Arbeitgeber eine zusätzliche finanzielle Belastung mit sich bringen sowie die sozialversicherungsrechtliche Abdeckung nicht der gesamten Bevölkerung, sondern nur einem bestimmten Teil zugutekommen. Dies würde dazu führen, dass die sozialrechtliche Absicherung sich nicht horizontal, sondern vertikal entwickelt.[19] Als weitere Gründe werden im Schrifttum die hohen Arbeitslosenzahlen, die hohen

---

11 Näheres über die Diskussionen über die Einführung eines Fonds siehe insbesondere, ***İsmail Kök***, Kıdem Tazminatı Fonu, Seçkin, Ankara, 2020; *Tuğçe Karabağa*, Kıdem Tazminatının Dünü, Bugünü ve yarını, çalışma ve Toplum dergisi, 4/2020, S. 2341–2376.

12 *Siehe Banu Uçkan,* İşçi Sendikaları ile İşsizlik Sigortası Arasındaki Köprü: Ghent Sistemi, Çalışma ve Toplum, 3/2007, S. 29–57.

13 *Siehe Tankut Centel*, Vorbereitung der Einführung einer Arbeitslosenversicherung in der Türkei, ZIAS, 1999, S. 165–177; *Süleyman Başterzi*, İşsizlik Sigortası, Ankara Üniverstesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996, S. 18 *Ali Güzel*, 4447 sayılı Kanuna Göre İşsizlik Sigortası, Nusret Ekin'e Armağan, TÜHİS, Ankara, 2000, S. 817–844.

14 *Siehe Faruk Taşcı/Yasin Yılmaz*, İşsizlik Sigortasının Türkiye'deki Durumu: Eleştiriler ve Çözüm Önerileri, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S:56, 2009, S. 602 (602–637)

15 *Siehe*, *Selçuk Maruflu/Emel Orhon/Enis Tütüncü*, Türkiye'de İşsizlik Sigortası Uygulamasınınsa Dönük Model Araştırması, DPT Yayını, No:1630, 1978.

16 Das Staatsplanungamt wurde 2011 mit Gründung des Ministeriums für Entwicklung aufgelöst.

17 Ausführlicher *siehe*, *Faruk Andaç*, İşsizlik Sigortası, 2.Baskı, TÜHİS, Ankara, 2010, S. 21 ff

18 *Siehe*, *Alper*, S. 99.

19 *Siehe, Metin Kutal*, Türk İşsizlik Sigortasında Sigortalılara Sağlanan Yardımlar ve Bunları Yapmakla Görevli Resmi Kuruluşlar, Kamu İş: Arbeits- und Sozilarechtliche Probleme der Arbeitslosigkeit / İşsizliğin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Açısından Sorunları, Ankara, 2003. S. 193.

Pflichtbeiträge zu den weiteren Sozialversicherungszweigen und die weit verbreitete Schattenwirtschaft genannt.[20]

Dass vor der Millenniumswende dennoch das Arbeitslosengesetz erlassen wurde, hatte man damals nicht erwartet. Die Überraschung war im In- sowie Ausland groß.[21] Jedoch muss hier betont werden, dass die Bestimmungen über die Arbeitslosenversicherung ein Bestandteil eines Reformgesetztes waren,[22] das insbesondere die Anhebung der Altersgrenze in der Rentenversicherung zum Gegenstand hatte. Dass diese Reform, bedingt der finanziellen Lage des Trägers, der demographischen Entwicklungen und einigen weiteren Faktoren unabdingbar war, stand schon damals außer Diskussion. Denn damals gab es die Möglichkeit, dass Frauen schon mit 38 Jahren und Männer mit 43 in Rente gehen konnten, was heute unvorstellbar erscheint. Ob jedoch die diesbezüglichen Erwartungen durch das Reformgesetz erfüllt worden sind, ist ein weiteres Kapitel, das hier nicht aufgeschlagen werden kann.

Auf einer Tagung, die vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht – das heute in Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik umbenannt wurde – im Oktober 2000 in Çeşme/İzmir mitorganisiert wurde, kam das Thema Arbeitslosenversicherung – somit kurz nach Verkündung des Arbeitslosengesetz – zur Aussprache. Die Berichte wurden nachfolgend zweisprachig in einem Tagungsband in der Türkei veröffentlicht.[23] In der türkischen Fachliteratur wurden die Beiträge mehrfach für weitere Forschungsprojekte herangezogen. Aber auch die Praxis hat von diesen profitiert. Hierbei ist besonders Hervorzuheben, dass die jahrelang erfolgreich durchgeführten deutsch-türkischen Tagungen, die vom MPI für ausländisches und internationales Sozialrecht mitorgansiert wurden, eine große Bereicherung für die Wissenschaft waren.

B. Der versicherte Personenkreis

Das Gesetz definiert in Art. 47 die Begriffe „Versicherte“ (*sigortalı*) und „arbeitslos Versicherte“ (*işsiz sigortalı*). Wer jedoch im Einzelnen der Versicherungspflicht unterliegt, ist nicht durch das Gesetz selbst bestimmt, sondern wird durch Art. 46 geregelt, der auf die Bestimmungen des Sozialversicherungs- und Allgemeinen Krankenversicherungsgesetzes, das unter Gesetz Nummer 5510 am 31.05.2006 infolge der Großen Sozialversicherungsreform[24] verkündet geworden ist, verweist.[25]

---

20 *Siehe, Can Tuncay*, İşsizlik Sigortasının Kapsamı ve Sigorta Yardımlarına Hak kazanma Koşulları, Kamu İş: Arbeits- und Sozilarechtliche Probleme der Arbeitslosigkeit / İşsizliğin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Açısından Sorunları, Ankara, 2003 S. 32

21 *Siehe, Hänlein*, S. 284.

22 Dass die Arbeitslosenversicherung in der Türkei nicht durch ein Sondergesetz, sondern durch ein sogenanntes Sammelgesetz eingeführt wurde, wird zu Recht in der Literatur kritisiert, da dies mit gesetzgebungstechnischen Gründen nicht zu vereinbaren sei. *Siehe Tuncay,* S. 33.

23 *Kamu İş*, Arbeits- und Sozialrechtliche Probleme der Arbeitslosigkeit / İşsizliğin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Açısından Sorunları, Ankara, 2003.

24 *Siehe, Alpay Hekimler*, Soziale Sicherheit in der Türkei, Abzurufen unter www.mpisoc.mpg.de/fileadmin/user_upload/data/Sozialrecht/SLR_4_2016_Türkei_final.pdf

25 *Yusuf Alper*, Türk Sosyal Güvenlik Sistemi Sosyal Sigortalar Hukuku, 9.Baskı, Dora, Bursa, 2018 S. 419.

Demnach unterliegen in erster Linie:

- Arbeitnehmer, die aufgrund eines Arbeitsvertrags beschäftigt werden,
- Personen die nach Art. 1 Abs. 4 lit. a des Gesetz 5510 als Versicherte anerkannt werden,
- Künstler,
- Ausländer, die in der Türkei einer versicherungspflichtigen Tätigkeit nachgehen,
- Wächter, die nach dem Gesetz zum Schutz der Güter von Landwirten beschäftigt werden,
- Prostituierte,
- Personen, die vom Kultusministerium organisierten Kursen als Lehrmeister beauftragt werden,
- Teilnehmer an den TYP Programen[26], die von der Türkischen Anstalt für Arbeit (Türkiye İş Kurumu) durchgeführt werden,
- Taxi- und Omnibusfahrer, die nach Zusatzartikel6 des Gesetzes mit Nr. 5510 freiwillig Beiträge zur Arbeitslosenversicherung entrichten,
- Teilzeitbeschäftigte, die freiwillig Beiträge zur Arbeitslosenversicherung entrichten,
- Personen, die nach Übergangs-Art. 20 des Gesetzes mit Nr. 506 in Unterstützungskassen beschäftigt werden,

der Versicherungspflicht. Die in der Türkei beschäftigten ausländischen Arbeitnehmer sind ebenfalls vom Gesetz erfasst.

Weiterhin bestimmt derselbe Artikel welche Personen der Versicherungspflicht nicht unterliegen. Diese sind folgende:

- Personen, die nach Art. 4 Abs. 1 lit. b und Abs. 1 lit. c des Gesetzes mit Nr. 5510 als Versicherte zählen[27],
- Personen, die nach Art. 5 des Gesetzes mit Nr. 5510 als Teilversicherte zählen[28],
- Personen, die nach verschiedenen Gesetzen im Statut als Vertragsarbeiter einer Beschäftigung nachgehen, sowie diejenigen, die nach Bestimmungen des Gesetzes mit Nr. 657 im Statut als vorübergehendes Personal eingestellt sind.

Die türkische Arbeitslosenversicherung ist als Pflichtversicherung konzipiert.[29] Daher ist eine Befreiung von Versicherten aus dem Versicherungszweig nicht möglich. Somit gelten Personen, die der Versicherungspflicht unterliegen mit Aufnahme ihrer Tätigkeit als pflichtversichert.

---

26 Bei diesen Programmen werden besonders schwer vermittelbare unqualifizierte Arbeitnehmer maximal auf 9 Monaten befristet durch die Anstalt für Arbeit eingestellt, wobei die Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung in öffentlichen Einrichtungen, überwiegend als Reinigungskraft und in vergleichbaren Tätigkeiten, erbringen. *Hatice Duygu* ***Özer***, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutunda Toplum Yararına Program, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

27 Nach den Bestimmungen des Gesetzes 5510 gelten Selbstständige als 4b- und Beamte als 4c- Versicherte.

28 Als Teilversicherte zählen insbesondere Lehrlinge und diejenigen, die sich in Ausbildung befinden.

29 *Güzel*, s.821.

Hierbei ist noch hervorzuheben, dass nach dem türkischen Arbeitsrecht Arbeitnehmer, die nach dem Arbeitsgesetz, Pressearbeitsgesetz[30], Seearbeitsgesetz[31], sowie dem Obligationsgesetz[32] einer Beschäftigung nachgehen, als aufgrund eines Arbeitsvertrags beschäftigte Arbeitnehmer gelten.[33] Dies bildet zugleich zahlenmäßig den größten Personenkreis unter der Versicherungspflichtigen zur Arbeitslosenversicherung.

C. Die Organisation und Finanzierung der Arbeitslosenversicherung

Die Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung, die im folgenden Abschnitt dargestellt werden, sind von der Anstalt für Arbeit zu erbringen, wobei die Beiträge von der Sozialversicherungsanstalt (*SGK – Sosyal Güvenlik Kurumu*) eingezogen werden, die als Folge der Fusionierung der ehemaligen drei Träger im Rahmen der Großen Sozialversicherungsreform entstanden ist.

Die Anstalt für Arbeit ist der Nachfolger der Behörde für Arbeits- und Beschäftigungsvermittlung (*Türkiye İş ve İşçi Bulma Kurumu*), die durch die Verordnung mit Gesetzeskraft Nr. 617 vom 4.1.2000 gegründet wurde. Jedoch wurde diese Verordnung mit Beschluss vom 31.10.2000 durch das Verfassungsgericht wegen fehlender Ermächtigungsgrundlage für nichtig erklärt.[34]

Das Verfassungsgericht hatte zwar das Wirksamwerden seines Beschlusses um neun Monate hinausgeschoben, da jedoch der Gesetzgeber bis 2003 nicht gehandelt hatte, musste die „Anstalt für Arbeit“ ohne Rechtsgrundlage ihre Tätigkeiten fortführen.[35] Erst mit Erlass des Gesetzes, das unter Nr. 4904 verkündet geworden ist, erlangte die Anstalt ihre Rechtsgrundlage, wo unter anderem auch die Organisationsstruktur und die Aufgaben im Einzelnen aufgezählt waren. Andererseits wurden mit dem am 15.7.2018 im Amtsblatt veröffentlichte Präsidentschaftsdekret[36] (*Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*) zahlreiche Institutionen neu geordnet, darunter auch die Anstalt für Arbeit. Heute bestimmt das erwähnte Dekret in Art. 617 unter anderem die Aufgaben der Anstalt für Arbeit, wobei die Anstalt durch Art. 617 Abs.a für die Durchführung der Arbeitslosenversicherung beauftragt wird.

Die Arbeitslosenversicherung wird durch Beiträge der versicherungspflichtigen Versicherten, Arbeitgeber und des Staats finanziert. Der Arbeitgeber zahlt 2 %, der Arbeitnehmer sowie der Staat je 1 % ein, wobei sich der Staat zum ersten Mal mit diesem Versicherungszweig direkt an der Finanzierung einer Sozialversicherung beteiligt hat. Zuvor wurde eine finanzielle Beteiligung des Staates in Form

30 Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, Yasa No: 5953 – Kabul Tarihi: 13.06.1952 – Yayım Tarihi: RG. 20.06.1952, No. 8149

31 Deniz İş Kanunu, Yasa No: 854 – Kabul Tarihi: 20.04.1967 – Yayım Tarihi: RG. 29.04.1967, No. 12586

32 Borçlar Kanunu, Yasa No.: 6098 – Kabul Tarihi: 11.1.2011– Yayım Tarihi: RG. 4.2.2011, No.27836

33 *Centel*, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, S. 335.

34 RG. v. 8.11.2000, No:24224, S. 35.

35 *Siehe* https://www.iskur.gov.tr/kurumsal-bilgi/tarihce/ Abgerufen 11.11.2021

36 Ein Präsidialdekret ist eine nationale Rechtsquelle, die erst seit der Verfassungsreform von 2017 als Instrument in die Rangfolge der Rechtsnormen aufgenommen wurde. Das Dekret ist abzurufen unter www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/19.5.4.pdf

des Ausgleiches der entstandenen Defizite praktiziert,[37] was heute immer noch der Fall für die weiteren Sozialversicherungszweigen ist. Bei Einführung der Arbeitslosenversicherung lag der Beitragssatz für Arbeitnehmer sowie Arbeitgeber um 1 % höher, was 2004 zugunsten beider Parteien nach unten korrigiert wurde.

Das Arbeitslosenversicherungsgesetz sieht die Errichtung eines Arbeitslosenversicherungsfonds vor[38], dessen Aufgabe es ist, die Beiträge zur Arbeitslosenversicherung zu verwalten und anzulegen. Die von dem Sozialversicherungsträger eingezogenen Beiträge sowie Verzugszinsen sind bis spätestens zum 15. des kommenden Monats an den Fonds zu überweisen.[39]

Eine Verordnung[40], die am 7.2.2016 erlassen wurde, bestimmt, unter welchen Bedingungen und für welche Zwecke die Fondsmittel transferiert werden können, sie wurde zuletzt am 16.09.2021 geändert.

Grundsätzlich werden heute alle Arbeitsförderungsmaßnahmen aus den Mitteln des Arbeitslosenfonds finanziert, wobei im Laufe der Jahre das Vermögen des Fonds die Aufmerksamkeit der Regierung erregte und die Mittel mit einer Reihe von Gesetzesänderungen statt für Maßnahmen zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit für andere Zwecke eingesetzt wurden.[41] Somit hat die Regierung für sich auch zugleich eine zuversichtliche Finanzquelle entdeckt, die, wie bereits betont, allerdings nicht immer zweckgemäß eingesetzt wird. Auch für die während der Coronakrise eingeführten Maßnahmen diente der Arbeitslosenfonds als Finanzquelle.[42]

D. Die Leistungen

Wie in vielen Ländern so unterscheidet man die Leistungen auch in der Türkei in der Praxis generell zwischen aktiven und passiven Maßnahmen. Als passive Hilfe gelten von der Versicherung gezahlte monetäre Leistungen, also das Arbeitslosengeld, das zugleich als wichtigste Leistung aus der Arbeitslosenversicherung einzustufen ist. Aktive Leistungen sind dagegen Hilfestellungen, die dem Entstehen von Arbeitslosigkeit entgegenwirken, die Dauer der Arbeitslosigkeit verkürzen, den Ausgleich von Angebot und Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt unterstützen sowie die Beschäftigungsfähigkeit durch unterschiedliche Programme verbessern. Welche Instrumente der Gesetzgeber diesbezüglich in der Türkei zur Verfügung gestellt hat, soll in Folgendem, ohne spezifische Bereiche aufzugreifen, beleuchtet werden.

---

37 *Yusuf Alper*, Sosyal Güvenlik Üzerine Yazılar, Türk Metal Sendikası Yayınları, Ankara, 2019, S. 296

38 Art. 53 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes.

39 Art. 49 Abs. 7 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes.

40 İşsizlik Sigortası Fonundan Kaynak Aktarımına ilişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, abrufbar unter https://www.bariserdem.com/pdf/fondan_kaynak_aktarimi_02_02_2016.pdf

41 *Namık Tan/Güldane Karslıoğlu*, İşsizlik Sigortası Fonundan Elinizi Çekin, Türk-İş Yayınları, Ankara, 2000.

42 Näheres *siehe Banu Uçkan Hekimler*, Corona Günlerinde Türkiye'de Çalışma İlişkileri, Yönetim ve Çalışma 4/2020, S. 1–13: *Kemal Şenocak (Ed.)*, Covid-19 Kürsel Salgının Hukukta Yansımaları, Yetkin, Ankara, 2021.

I. Passive Leistungen

Es ist im Voraus zu erwähnen, dass sich die passiven Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung vervielfältigt haben. Mit Einführung dieses Versicherungszweiges waren am Anfang als monetäre Leistungen nur das Arbeitslosengeld und die Übernahme von Sozialversicherungsbeiträgen im Fall der Arbeitslosigkeit im Gesetz verankert. Jedoch sind einige weitere monetäre Maßnahmen im Laufe der Jahre hinzugekommen.

1. Arbeitslosengeld

Zweifelsohne ist, wie in jedem Land, so auch in der Türkei, die wichtigste finanzielle Leistung aus der Arbeitslosenversicherung das Arbeitslosengeld. Nach dem zeitlich befristeten Arbeitslosengeld wird dem Versicherten nach geltendem Recht keine weitere monetäre Leistung aus der Arbeitslosenversicherung gewährt.

a) Leistungsvoraussetzungen

Damit einem Arbeitnehmer das Arbeitslosengeld gewährt werden kann, muss er zunächst den Versichertenstatus nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz genießen und arbeitslos geworden sein. Dabei muss er zugleich auch seine Arbeitswilligkeit zum Ausdruck bringen.[43]

Jedoch berechtigt nicht jeder Grund, der zur Arbeitslosigkeit geführt hat, den Arbeitnehmer automatisch zu einem Anspruch auf das Arbeitslosengeld. Denn der Gesetzgeber hat deutlich bestimmt, dass ein Versicherter im Sinne des Gesetzes nur dann als arbeitslos gilt, wenn er an einem unter das Gesetz fallenden Arbeitsplatz auf Grund eines Arbeitsvertrags beschäftigt war und seine Arbeit auf Grund eines im Gesetz bezeichneten Anlasses verloren hat.

Im Schrifttum wird besonders hervorgehoben, dass der Gesetzgeber dem Faktum „dass der Versicherte unfreiwillig arbeitslos geworden ist“ Vorrang gegeben hat.[44] Somit zielt der Gesetzgeber, wie fast in allen Ländern, darauf, dass der Versicherte nicht aus eigenem Wille arbeitslos geblieben ist. Da ein Aufhebungsvertrag die einvernehmliche vertragliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer begründet, indem der Arbeitnehmer durch eigenen Willen handelt, führt infolgedessen ein Aufhebungsvertrag[45] nicht zum Leistungsanspruch.

Art. 51 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes zählt auf, unter welchen Umständen der Verlust der Beschäftigung im Sinne des Gesetzes zur Arbeitslosigkeit führt:

– Ordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber[46],

---

43 *Siehe* Art. 47 Abs.d des Arbeitslosenversicherungsgesetzes.

44 *Centel*, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, S. 339.

45 Näheres über Aufhebungsverträge im türkischen Arbeitsrecht *siehe*, *Serkan Taylan Karaç*, Türk İş Hukukunda İkale Sözelşemleri, On İki Levha, İstanbul, 2020; *Hasan Ali Özyörük*, İkale Sözleşmesi, 2.Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.

46 Bei der ordentlichen Kündigung ist nach Art. des Arbeitsgesetzes die maßgebliche Kündigungsfrist zu beachten. Näheres *siehe*; *Serkan Elmas*, Türk Hukukunda Kaksız Fesih, Lykeion, Ankara, 2018; *Alpay*

- Kündigung des Arbeitsvertrages durch den Versicherten aus berechtigtem Grund[47],
- Kündigung eines befristeten Arbeitsvertrages durch Arbeitgeber vor Auslauf der Frist,
- Auslauf eines befristeten Arbeitsvertrages,
- Entlassung des Versicherten wegen Betriebsübergang, Stilllegung des Betriebs oder Änderung der Tätigkeit,
- Arbeitslosigkeit infolge von Privatisierungsmaßnahmen.

Sollte jedoch der Arbeitsvertrag wegen eines Arbeitskampfes ruhen und infolgedessen der Versicherte seiner Arbeitspflicht nicht nachkommen können, hat der Versicherte keinen Anspruch auf die monetäre Leistung (Art. 51 Abs. 2). Somit kann zugleich, wie es auch im deutschen Recht in Art. 160 Abs. 1 SGB III vorgesehen ist, durch Leistung vom Arbeitslosengeld nicht in Arbeitskämpfe eingegriffen werden.

Eine weitere Voraussetzung ist, dass der Versicherte eine Mindestversicherungsdauer erfüllen muss. Demnach muss ein Arbeitnehmer in den letzten drei Jahren vor Eintritt der Arbeitslosigkeit 600 Tage Beiträge gezahlt haben, wobei 120 Tage vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses geleistet worden sein müssen.

Letzte Voraussetzung ist, dass der Versicherte binnen 30 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei der Anstalt für Arbeit persönlich oder online den Antrag auf Arbeitslosengeld gestellt hat, wobei der Versicherte die Beschäftigungsbeendigungserklärung[48] *(işten ayrılma bildirgesi),* die der Arbeitgeber nach Art. 48. Abs. 4 auszustellen hat, vorlegen muss. Sollte der Arbeitsgeber dieser Pflicht nicht nachkommen, hat er eine Verwaltungsstrafe zu bezahlen.[49]

b) Bezugsdauer und Höhe des Arbeitslosengelds

Die Bezugsdauer beträgt 180 Tage (6 Monate) für Versicherte, die 600 Tage Beiträge einzahlten, 240 Tage (8 Monate) für Arbeitnehmer, die 900 Tage Beiträge einzahlten und maximal 300 Tage (10 Monate) für Arbeitnehmer die 1080 Tage Beiträge geleistet haben. Somit ist die Höchstleistungsdauer auf 300 Tagen begrenzt.

Das Alter des Versicherten spielt dagegen für die Bezugsdauer im Unterschied zum deutschen Arbeitsförderungsrecht, wo ab dem 50.Lebensjahr die Bezugsdauer steigt oder zum österreichischen Recht, wo zugunsten älterer Arbeitsloser zusätzliche Erweiterungen bestimmt sind[50], in der Türkei keine Rolle.

Ein wichtiges Problem zeigt sich jedoch unter den versicherten Teilzeitbeschäftigten. *Hänlein* beschrieb in seinem Artikel, dass, „Arbeitslosengeld bei Teilar-

---

Hekimler, Neues über das Allgemeine Kündigungsschutzrecht und der Kündigungsschutzklage in der Türkei, in: FS für Günther Löschnigg, ÖGB Verlag, Wien, 2019, S. 520–531.

47 *Siehe*, *Tankut Centel,* İş Güvencesi, 2.baskı, Legal, İstanbul, 2020; ***Ömer Ekmekçi/Esra Yiğit***, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2.Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2000, S. 660 ff.

48 Der Arbeitgeber hat binnen 15 Tagen die Bescheinigung dreifach auszustellen, wobei er eines seinem Arbeitnehmer auszuhändigen, eines der Arbeitsanstalt zukommen und eines aufzubewahren hat.

49 Art. 54 Abs. 1b des Arbeitslosenversicherungsgesetzes.

50 *Siehe*, *Reinhard Resch*, Sozialrecht, 8.Auflage, Manz, 2020, S. 167.

beitslosigkeit nicht vorgesehen und dieses nicht überraschend ist, denn das türkische Arbeitsrecht kennt Teilzeitarbeit nicht".[51] Jedoch ist seit 2003 mit Erlass des erwähnten neuen Arbeitsgesetzes Teilzeitarbeit in der Türkei gesetzlich geregelt. Allerdings haben es arbeitslos gewordene Teilzeitarbeiter besonders schwer, an die Leistung heranzukommen. Zwar schließt der Gesetzgeber die Teilzeitbeschäftigten nicht ausdrücklich als Empfänger aus, jedoch ist es in der Praxis fast unmöglich für diese Arbeitnehmer die Leistung zu erhalten.

Nach türkischem Arbeitsrecht zählen Arbeitnehmer, die höchstens bis zu 2/3 der wöchentlichen Arbeitszeit eines vergleichbaren Arbeitnehmers im Betrieb arbeiten, als Teilzeitarbeitnehmer.[52] Die Beiträge der Teilzeitarbeitnehmer zu den Sozialversicherungen werden nach den geleisteten Arbeitsstunden berechnet.[53] Dies führt in der Praxis letztlich dazu, dass ein Teilzeitarbeiter im Durchschnitt maximal 30 Stunden in der Woche arbeitet. Das kommt wiederum hochgerechnet einer Beitragsleistung von 17–18 Tagen gleich, was dazu führt, dass die Leistungsvoraussetzung, 120 Tage vor Eintritt der Arbeitslosigkeit Beiträge geleistet zu haben, nicht erfüllt werden kann.

Andererseits hat der Gesetzgeber im Jahr 2008 den Art. 46 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes durch ein Änderungsgesetz[54] neu gefasst und die Möglichkeit geschaffen, dass Teilzeitbeschäftigte sich zusätzlich freiwillig mit Entrichten des fehlenden Beitrags gegen Arbeitslosigkeit versichern lassen können. Somit können Teilzeitbeschäftigte der Leistungsvoraussetzung, 120 Tage vor Eintritt der Arbeitslosigkeit Beiträge geleistet zu haben, gerecht werden. Jedoch ist aus den offiziellen Statistiken des Versicherungsträgers nicht herauszulesen, wie viele Arbeitnehmer von dieser Regelung in der Praxis Gebrauch machen. Zudem bleibt offen, wie vielen Teilzeitarbeitnehmern die Möglichkeit der zusätzlichen Beitragszahlung überhaupt bekannt ist. Dabei ist auch anzumerken, dass es den Arbeitnehmern aufgrund der finanziellen und wirtschaftlichen Lage des Landes gegenwärtig überhaupt nicht leichtfallen würde, zusätzlich Beiträge zu leisten. Zweifelsohne wäre es sinnvoll, die Regelung umzuändern und den Teilzeitbeschäftigten den Zugang zum Arbeitslosengeld in der Praxis zu ermöglichen. Jedoch ist gegenwärtig nicht zu erwarten, dass der Gesetzgeber in dieser Richtung handeln wird.

Die Berechnungsformel des Arbeitslosengeldes wurde im Jahr 2008 mit dem bereits erwähnten Änderungsgesetz neu gefasst, in dem die Leistung nach unten korrigiert wurde. Nach Art. 50 Abs. 1 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes berechnet sich heute der Tagessatz des Arbeitslosengelds aus dem Gehalt des Arbeitnehmers, das der Berechnung der Beiträge in den letzten vier Monaten vor Eintritt der Arbeitslosigkeit zugrunde gelegt wurde. Der so berechnete Tagessatz

---

51 *Hänlein*, S. 285.

52 *Siehe*, Art. 13 des Arbeitsgesetzes, ausführlich ***Çağlar Sislituna Ayakçıoğlu***, Kısmi Süreli Çalışma, Seçkin, Ankara, 2021; *Ahmet Sevimli*, Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, Beta, İstanbul, 2019.

53 Ausführlich *Siehe*, *Evran Kırmızı*, Kısmi Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışanların Sosyal Güvenlik Hakları, Seçkin, Ankara, 2020; *Emre Mutlu,* Kısmi Süreli Çalışanlarının İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kapsamında Değerlendirlmesi, Sosyal Güvence Dergisi, 4/2013, S. 29–49.

54 İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun No: 5763, Kabul Tarihi 15.5.2008, RG, 26.05.2008, Sayı:26887.

beträgt 40 % des durchschnittlichen Bruttoverdienstes. Jedoch kann der so berechnete Tagessatz nicht mehr als 80 % des Brutto-Mindestlohnes betragen. Wenn also ein Arbeitnehmer in den letzten vier Monaten den gesetzlichen Mindestlohn von aktuell 3.577,50 TL Brutto (316,69 Euro)[55] bezogen hat, würde sich das Arbeitslosengeld auf 1.431,00 TL (126,63 Euro) belaufen. Davon ist noch eine Stempelsteuer von 0,759 % abzuziehen .[56] Letztlich würde der Versicherte 1.420,14 TL ausbezahlt bekommen. Sollte der Arbeitnehmer in den letzten vier Monaten jedoch z. B. 7.500 TL bezogen haben, würde das Arbeitslosengeld nicht 3.000 TL betragen, denn dieser Betrag würde die 80 % Grenze von aktuell 2.862,00 TL des Brutto-Mindestlohns überschreiten. Somit kann ein Versicherter derzeit maximal 2.862,00 TL (253,23 Euro) als monetäre Leistung aus der Arbeitslosenversicherung empfangen.

Sollte ein Versicherter das Arbeitslosengeld bezieht, eine neue Arbeit aufnehmen bevor seine Bezugsdauer beendet ist und dann erneut arbeitslos werden und nun die Leistungsvoraussetzungen nicht erfüllen, so hat der Versicherte Anspruch darauf, das Arbeitslosengeld für die restliche Bezugsdauer zu empfangen. Sollte allerdings der Versicherte mit der Arbeitslosigkeit die Leistungsvoraussetzungen erfüllen, ist die Bezugsdauer nach diesem Maßstab zu berechnen.[57]

Der Gesetzgeber hat ausdrücklich bestimmt, dass das Arbeitslosengeld nicht gepfändet werden kann. Unterhaltsschulden sind von dieser Regelung jedoch ausgeschlossen.[58]

c) Einstellung des Arbeitslosengelds

Der Gesetzgeber regelt durch Art. 52 Abs. 1 in welchen Fällen das Arbeitslosengeld einzustellen ist. Da aus Platzgründen nicht alle näher beleuchtet werden können, werden die Fälle im folgendem nur kurz aufgelistet. Dieser Bestimmung zufolge ist die Leistung einzustellen[59], wenn:

- der Arbeitnehmer, ohne einen triftigen Grund zu nennen, das Jobangebot von der Arbeitsanstalt ablehnt,
- festgestellt wird, dass der Versicherte vom Sozialversicherungsträger eine Rente bezieht oder während der als arbeitslos gemeldeten Zeit einer Arbeit nachgeht,
- der Versicherte ohne einen triftigen Grund an Berufsausbildungsprogrammen von der Arbeitsanstalt nicht teilnimmt oder die Teilnahme nicht fortführt,
- der Versicherte die geforderten Unterlagen und Auskünfte nicht fristgemäß der Arbeitsanstalt zukommen lässt oder deren Aufruf nicht folgt.

---

55 Der Wechselkurs lag bei Fertigstellung des Berichts bei 1 Euro = 11,3 TL

56 Die Höhe der Stempelsteuer wird durch einen Erlass des Finanzministeriums festgelegt. Die für das Jahr 2021 geltenden Stempelsteuersätze *siehe*, https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/12/20201229M1-8.htm, Abgerufen 9.11.2021.

57 Art. 50. Abs. 4 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes. Näheres *siehe*, *Ali Nazım Sözer*, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 5.baskı, Beta, İstanbul, 2021, s.528–529; *Centel*, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, S. 342.

58 Art. 50 Abs. 3 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes.

59 Ausführlich *siehe, Sözer*, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, S. 530 ff.

2. Halber Arbeitsentgeltzuschuss

Die zweite passive Leistung, die von der Arbeitslosenversicherung gewährt wird, ist eine Leistung, die ins Deutsche als „Halber Arbeitsentgeltzuschuss" (*yarım çalışma ödeneği*) zu übersetzen ist. Art. 74 Abs. 2 des Arbeitsgesetztes bestimmt, kurz zusammengefasst, dass Arbeitnehmerinnen, die entbunden oder ein Kind adoptiert haben, das Recht zusteht, für eine bestimmte Zeit nur der Hälfte ihrer vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeit nachzukommen. In diesem Fall spricht man von Halbarbeitsurlaub (*yarım çalışma izini*). Dem Versicherten ist während des Halbarbeitsurlaubs der sogenannte Halbe Arbeitsentgeltszuschuss von dem Arbeitslosenfonds zu gewähren. Bei Adoption können sowohl die Arbeitnehmerin, als auch der Arbeitnehmer die Leistung in Anspruch nehmen.

Im Schrifttum wird zu Recht kritisiert, dass diese Maßnahme eigentlich nichts mit der Arbeitslosenversicherung zu tun hat.[60] Da die Leistungen jedoch von dem Arbeitslosenfonds erbracht werden , wird diese als passive Leistung eingestuft.

Näheres über die Leistungsvoraussetzungen sowie über die Höhe der Leistung ist im Zusatzartikel 5 des Arbeitslosenversicherungsgesetz niedergelegt.[61] Dabei ist darauf hinzuweisen , dass diese Maßnahme mit einem Änderungsgesetz[62] im Jahr 2016zum ersten Mal in den Leistungskatalog aufgenommen wurde.

3. Kurzarbeitergeld

Eine weitere passive Leistung, die von der Arbeitslosenversicherung gewährt wird, ist das Kurzarbeitergeld. Die Bestimmungen über die Kurzarbeit wurden zuerst im neuen Arbeitsgesetz aufgenommen. Der Gesetzgeber hat diese jedoch mit einer Novellierung im Jahr 2008 aus dem Arbeitsgesetz gestrichen und im Arbeitslosenversicherungsgesetz aufgenommen.

Die Einzelheiten über das Kurzarbeitergeld sind heute in ZusatzArt. 2 des Arbeitslosenversicherungsgesetztes geregelt und näheres wird durch die Kurzarbeiterverordnung, in welcher einige Bestimmungen zuletzt am 9.11.2018 geändert wurden, bestimmt.

Erneut kann dies aus Platzgründen nicht näher dargestellt werden. Dennoch muss erwähnt werden, dass das Kurzarbeitergeld grundsätzlich, wenn die wöchentliche Arbeitszeit infolge einer allgemeinen, lokalen oder einer Wirtschaftskrise auf Branchenebene vorübergehend erheblich reduziert wird, für eine Frist von drei Monaten gezahlt und Kurzarbeit durchgeführt werden kann. In diesen Fällen ist aus dem Arbeitslosenfonds Kurzarbeitergeld in Höhe von 60 % des Bruttotageslohns zu leisten, welcher nach dem Bruttolohn der letzten 12 Monate, der den Sozialversicherungsbeiträgen zu Grunde lag, zu ermitteln ist. Jedoch kann das Kurzarbeitergeld nicht mehr als 150 % des gesetzlichen Bruttomindestlohnes

60 *Siehe Centel*, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, S. 343.

61 Ausführlich siehe*, Centel*, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, S. 264 ff; ***Sözer***, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, S. 532; *Can Tuncay/Ömer Ekmekçi*, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 20.Bası, Beta, İstanbul, 2019, S. 708.

62 Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No:6663 Kabul Tarihi: 29.1.2016, RG: 10.02.2016 Sayı: 29620

betragen. Um die Leistung in Anspruch nehmen zu können, muss der Versicherte die Leistungsvoraussetzungen, die für das Arbeitslosengeld vorgesehen sind – außer Beendigungsgründe des Arbeitsvertrages- gerecht werden.[63]

4. Arbeitsentgeltleistung aus dem Lohngarantiefonds

Seit 2008 wird eine weitere monetäre Leistung aus der Arbeitslosenversicherung geleistet. Dies ist wiederum eine Leistung, die eigentlich mit den Grundlagen einer Arbeitslosenversicherung nicht zu vereinbaren ist. Jedoch wird in der Literatur auch die Ansieht vertreten, dass durch diese Maßnahme verhindert wird, dass der Arbeitnehmer arbeitslose bleibt.[64]

Es mag wohl ein Spezifikum des türkischen Sozialrechtes sein, dass ein weiterer Fonds im Arbeitslosenfonds gegründet wurde. Mit dem Gesetz, das unter Nr. 5763 erlassen wurde, ist der Zustatzartikel1 im Arbeitslosengesetz aufgenommen worden, der die Gründung des sogenannten Lohngarantiefonds *(Ücret Garati Fonu)* vorsieht, welcher jedoch dem Arbeitslosenfonds angegliedert ist.[65] Es wäre wohl nicht falsch, diesen als Sub-Fonds zu benennen.

Sollte ein Arbeitgeber eine Konkursvereinbarung geschlossen oder Insolvenz angemeldet haben und infolgedessen seiner Lohnpflicht nicht nachkommen können, da er zahlungsunfähig geworden ist, sind aus dem Fonds die Lohnforderungen der Arbeitnehmer für drei Monate zu zahlen.

Der Lohngarantiefonds wird durch Beiträge von Arbeitgebern finanziert. Der Pflichtbeitrag beträgt 1 % der in einem Jahr geleisteten Arbeitslosenversicherungsbeiträge der Arbeitgeber. Dem Versicherten wird aus dem Fonds eine Leistung in Höhe von seinem Durchschnittslohn der letzten 12 Monate, bevor der Arbeitgeber zahlungsunfähig geworden ist, geleistet.

5. Übernahme von Beiträgen zu den Sozialversicherungen

Art. 60 Abs. 1 lit. e des Sozialversicherungs- und Allgemeinen Krankenversicherungsgesetzes bestimmt, dass Personen, die Arbeitslosengeld oder Kurzarbeitergeld beziehen, als krankenversichert gelten. Deren Pflichtbeiträge zur allgemeinen Krankenversicherung sind von dem Arbeitslosenfonds zu übernehmen.[66]

Sollte ein Versicherter den Halben Entgeltzuschuss beziehen, so sind die Beiträge in diesem Fall wiederum vom Fonds zu übernehmen. Die Einzelheiten sind in ZusatzArt. 5 Abs. 2 niedergelegt.

Personen, die sich an Berufsausbildungsmaßnahmen, die von der Arbeitsanstalt durchgeführt werden, beteiligen, gelten nach Art. 5 Abs. e als Versicherte. Deren Pflichtbeiträge zur Unfall- und Allgemeinen Krankenversicherung sind von dem Arbeitslosenfonds zu übernehmen.

---

63 Ausführlich *siehe*, *Tuncay/Ekmekçi,* S. 701 ff

64 *Centel*, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, S. 345.

65 Näheres *Siehe*, ***İbrahim Görücü***, Türk Çalışma Mevzuatında Ücret Garanti Fonu ve Uygulamaları, Kamu-İş, 4/2009, S. 85–103; *Müjdat Şakar*, Ücret Garanti Fonu, Yaklaşım Dergisi, 2/2008, S. 125–129.

66 *Siehe* Art. 50 Abs. 5 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes.

II. Aktive Leistungen

Wie die passiven, so haben auch die aktiven Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung im Laufe der Jahre wichtige Veränderungen erfahren. Im Folgenden werden diese aus Platzgründen sehr knapp dargestellt.

1. Arbeitsvermittlung

Zweifelsohne ist Arbeitsvermittlung einer der Kernaufgaben der aktiven Arbeitsförderung. Art. 48 Abs. 6 lit. c des Arbeitslosenversicherungsgesetzes bestimmt, dass Arbeitsvermittlung als eine Leistung von der Anstalt für Arbeit zu erbringen ist. Wie die Anstalt Arbeitsvermittlung zu gestalten hat, ist näher im Arbeitsanstaltsgesetz niedergelegt.

Ob die Anstalt für Arbeit durch diese aktive Maßnahme ausreichend der Arbeitslosigkeit entgegensteuert[67] oder ob diese Leistung noch ausgebaut werden kann, ist ein Kapitel, das ebenfalls aus Platzgründen hier nicht aufgeschlagen wird. Zuletzt muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass in der Türkei seit 2003 auch die Arbeitsvermittlung durch private Vermittlungsbüros möglich ist.[68]

2. Berufsausbildungs- und Weiterbildungsmaßnahmen

Die Förderung der Berufsbildung ist ein zentraler Bestanteil der aktiven Leistungen. Diese zielen darauf, dass betroffene Menschen schneller wieder eine Beschäftigung aufnehmen oder eine Berufsausbildung beginnen bzw. sich weiterbilden. Seit Einführung der Arbeitslosenversicherung in der Türkei hat sich auch in diesem Bereich einiges getan.

Mit dem sogenannten Beschäftigungspaket vom 15.05.2008 hat der Gesetzgeber eine bedeutende Änderung in der Arbeitslosenversicherung vorgenommen.[69] Zuvor konnten nur Arbeitnehmer von den Berufsbildungsmaßnahmen profitieren, die in den Geltungsbereich des Gesetzes fielen und Leistungen erhielten. Diese Regelung wurde mit dem Paket aufgehoben. Heute ist die einzige Voraussetzung für Personen, die sich an Berufsbildungsmaßnahmen beteiligen möchten, sich bei der Anstalt für Arbeit arbeitslos zu melden. Daher richtet sich diese Leistung nicht mehr nur an Versicherte.

Die Anstalt bietet heute zahlreiche und unterschiedliche Programme zur Berufsausbildung und Weiterbildung für verschiedene Zielgruppen an. Das Angebot hat sich im Laufe der Zeit vervielfältigt und verbessert.[70] Da die Arbeitsanstalt die aktiven Maßnahmen in der Praxis umsetzen kann, ist sie befugt, bis zu 30 % der

---

67 Aktuelle Zahlen über die Arbeitsvermittlungstätigkeit der Anstalt für Arbeit sind abzurufen unter https://media.iskur.gov.tr/48780/2020-yili-faaliyet-raporu.pdf

68 Ausführlich *siehe Alpay Hekimler*, Gesetzrahmen und Praxis der Arbeitsvermittlung in der Türkei – Zum Verhältnis zwischen privater und öffentlich-rechtlicher Vermittlungstätigkeit, ZESAR 7/2009 S. 267–272.

69 Näheres *Nurşen Caniklioğlu*, 611 sayılı Kanunla İşsizlik Sigortası Kanununda Yapılan Değişiklikler, Toprak İşveren Dergisi, Mart 2011, S. 64–74.

70 *Siehe* Jahresbericht der Anstalt für Arbeit, abzurufen unter https://media.iskur.gov.tr/48780/2020-yili-faaliyet-raporu.pdf

Beitragseinahmen des vorigen Jahres zum Arbeitslosenfonds einzusetzen. Weiterhin ist bestimmt, dass der Staatspräsident diese Quote bis auf 50 % erhöhen kann.

E. Fazit und Ausblick

Es ist festzuhalten, dass mit Einführung der Arbeitslosenversicherung in der Türkei, die unter Versicherungsschutz genommen Personen heute gegen das Risiko der Arbeitslosigkeit besser dastehen, als zuvor. Das weiterhin unverändert fortgeführte Instrument der Dienstalterentschädigung war im Prinzip die einzige finanzielle Leistung, die Arbeitnehmer erhielten. Wobei auch darauf hinzuweisen ist, dass Arbeitnehmer dieses nicht selten erst nach einem meist langwierigen Gerichtsprozess weiterhin zugesprochen bekommen.[71]

Nach Einführung der Arbeitslosenversicherung wurden die ersten Geldleistungen erst im März 2003 ausbezahlt. Laut den offiziellen Statistiken erhielten damals 5.710 Versicherte zum ersten Mal das Arbeitslosengeld. Nach den aktuellen Statistiken empfingen im Zeitraum Januar-September 2021 insgesamt bisher 444.969 Versicherte diese monetäre Leistung.[72] Im September belief sich die Zahl auf 73.168 Versicherte.[73]

Dem Monatsbericht der Anstalt für Arbeit (Stand Oktober) ist zu entnehmen[74], dass von März 2002 bis zum 31.Oktober 2021 insgesamt 15.489.436 Personen einen Antrag auf Arbeitslosengeld gestellt und 8.721.073 Versicherte diese Leistung empfangen haben. Jedoch ist aus diesem Bericht nicht herauszulesen, wie lange die Versicherten im Durchschnitt die Leistung erhielten.

Demselben Bericht ist zu entnehmen, dass für den gleichen Zeitraum 4.200.871 Arbeitnehmern Kurzarbeitergeld bezahlt wurde. Der Halbe Arbeitsentgeltzuschuss wurde dagegen seit Einführung dieser Leistung von April 2016 bis zum 31.10.2021 insgesamt 34.341 Versicherten gewährt. Eine weitere passive Leistung im Rahmen des Lohngarantiefonds erhielten dagegen seit Februar 2005 bis zum Stichtag 31.10.2021 insgesamt 147.246 Personen.

Mit Ausbruch der Coronakrise wurden die Leistungsvoraussetzungen für das Kurzarbeitergeld zu Gunsten der Versicherten gelockert[75]. Diese Maßnahme mit dem Ziel, der Arbeitslosigkeit entgegenzusteuern, war sicherlich nicht nur eine Maßnahme, die in der Türkei durchgeführt wurde. Das führte allerdings dazu, dass die finanzielle Lage des Fonds sich verschlechterte. Zugleich kam eine wei-

---

71 Seit 2018 muss ein Arbeitnehmer, der seine Dienstalterentschädigung einklagen möchte, als erstes ein Zwangsschlichtungsverfahren durchlaufen. *Siehe Alpay Hekimler*, Das neue Arbeitsgerichtsgesetz ist in der Türkei in Kraft – Einführung der Zwangsschlichtung, RIW, 7/2018, S. 413–417.

72 https://www.iskur.gov.tr/kurumsal-bilgi/istatistikler/ abgerufen 9.11.2021

73 Sind bei den von der Anstalt für Arbeit veröffentlichten Zahlen nicht die Monatlichen wiedergeben, beruht die Zahl auf eigener Berechnung, die auf Grundlage des Monatsberichts berechnet wurde.

74 https://media.iskur.gov.tr/50015/10_ekim-2021-bulten.pdf

75 Näheres *Siehe Ercüment Özkaraca /Canan Ünal Adanır*, Yeni Koronavirüs Salgını Kapsamında Kısa Çalışma, Ücretsiz ve Fesih Yasağının Hizmet Süresine Etkisi, Çimento İşveren, Temmuz 2020, S. 20–37; *Levent Akın*, Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri, Çimento İşveren Dergisi Ayrı Basım, İstanbul, 2020. *Alpay Hekimler*, Social Law Report No. 5/2020. Abzurufen unter www.mpisoc.mpg.de/fileadmin/user_upload/data/Sozialrecht/Publikationen/Schriftenreihen/Social_Law_Reports/SLR_5_2020_Türkei_final.pdf

tere passive Leistung hinzu, die wohl kaum in einem anderen Land anzutreffen ist: das sogenannte „Tagesgeld bei unbezahlter Freistellung". Durch Abs. 2 Übergangs-Artikel 10 des Arbeitsgesetzes wurde die Möglichkeit geschaffen, dass Arbeitgeber ab Inkrafttreten dieses Artikels[76] ihre Arbeitnehmer für bis zu drei Monate vollständig oder teilweise beurlauben können und in dieser Zeit nicht für den Lohn aufkommen müssen.

Arbeitnehmer, die unbezahlt freigestellt werden und denen kein Kurzarbeitergeld zusteht, erhielten gemäß Übergangs-Artikel 24 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes, der ebenfalls mit demselben Gesetz verabschiedet wurde, Anspruch auf ein Tagegeld. Das Tagegeld ist vom Arbeitslosenversicherungsfonds zu entrichten. Das Tagegeld wurde bei Einführung auf 39,24 TL (aktuell 3,50 Euro) festgelegt, wobei von diesem Betrag noch die Stempelsteuer abzuziehen ist. Die Beiträge zur Allgemeinen Krankenversicherung übernimmt, gemäß Übergangs-Artikel 24 Abs. 3, der Arbeitslosenfonds. Mit Präsidialbeschluss[77] (Cumhurbaşkanlığı Kararı) vom 13.01.2021 wurde das Tagegeld ab Januar 2021 um 21,56 % erhöht. Dieser Satz entspricht der Erhöhung des gesetzlichen Mindestlohns. Letztlich führte dies zu einem Anstieg des Tagegeldes auf 47,70 TL (4,25 Euro) bzw. auf monatlich 1.431 TL (umgerechnet 127,76 Euro). Diese Maßnahme wurde mehrmals durch Präsidialbeschluss verlängert und fand zuletzt bis zum 30.6.2021 Geltung. Seit Einführung der Maßnahme wurde 3.096.939 Arbeitnehmern das Tagesgeld geleistet.

Es ist zweifelsohne zu begrüßen, dass die Anstalt für Arbeit seit Einführung der Arbeitslosenversicherung die aktiven Förderungsmaßnahmen, insbesondere die Berufsausbildungs- und Weiterbildungsprogramme, erweitert hat. Im Jahresbericht der Anstalt für Arbeit sind die in diesem Rahmen durchgeführten Maßnahmen im Einzelnen abzulesen. Jedoch muss auch hier festgehalten werden, dass diese Programme nicht immer das gewünschte Ergebnis erzielt haben. Wie weit die Maßnahmen in der Tat zur Beschäftigung beigetragen haben, ist ein Kapitel, das hier aus Platzgründen nicht aufgeschlagen werden konnte.

Die finanzielle Lage des Arbeitslosenfonds wäre wiederum ein Thema für sich, das explizit einer Analyse bedürfte. Wie bereits betont, haben die Regierungen den Fonds seit Gründungals wichtige Finanzquelle gesehen und diesbezüglich auch gehandelt. So wurde beispielsweise mit einer Gesetzänderung[78] ein Teil des Gelds zur Finanzierung des Südostanatolienprojektes eingesetzt. Zwar hatte die Regierung damals behauptet das durch diese Maßnahme der Arbeitslosigkeit in der Region entgegengesteuert und sozialversicherungspflichte Arbeitsplätze entstehen würden, jedoch hatte das mit der Realität wenig zu tun, was zurecht auch in der Literatur heftig kritisiert wurde.[79] Dass die Pflichtbeiträge der Arbeitgeber zur Sozialversicherung in bestimmten Fällen, wenn auch nur fristgebunden – mit dem Ziel, die Beschäftigungsrate zu erhören- vom Arbeitslosenfonds zu übernehmen sind, , war ein weiterer Eingriff, der im türkischen Schrifttum als vorüberge-

76 Der Artikel wurde durch Gesetz Nr. 7244 vom 16.4.2020 aufgenommen.

77 Dieser ist wiederum ein Instrument, das erst seit der Verfassungsreform von 2017 als Instrument in die Rangfolge der Rechtsnormen aufgenommen wurde.

78 *Siehe* Art. 19 des Gesetzes mit Nr. 5763 von 15.5.2008 RG. 26.05.2008 Nr. 26887.

79 *Siehe Aydın Başbuğu*, Sosyal Sigortalar, Şeker İş Yayınları, Ankara, 2013, S. 204.ff

hende Fördermaßnahme tituliert wird.[80] Dies ist eine Fördermaßnahme, die nur den Arbeitgebern aus dem Fonds zugute kommt.

Seit 2016 erhalten die Arbeitgeber die sogenannte Mindestlohnunterstützung (asgari ücret desteği). Im Rahmen dieser Maßnahme erhalten Arbeitgeber für das Jahr 2021 unabhängig in welcher Branche sie tätig sind, einen Zuschuss zum Mindestlohn von 2,5 TL pro Tag und 75 TL im Monat, der mit den Sozialversicherungsbeiträgen verrechnet werden kann.[81] Die Finanzierung wird wiederum von dem Arbeitslosenfonds übernommen. Es ist zu erwarten, dass auch für das folgende Jahr die Fördermaßnahme fortgesetzt wird. Dem bereits mehrfach erwähnten Bericht der Anstalt für Arbeit ist zu entnehmen, dass Arbeitgeber allein im Oktober 2021 vom Arbeitslosenfonds Förderungsgelder in Höhe von 2.120.372.00TL erhalten haben, wobei im selben Zeitraum das ausbezahlte Arbeitslosengeld 552.149.000 TL, also fast ein ¼, und das Kurzarbeitergeld 2.488.000 TL betrug. Auch in den vorigen Monaten haben wir keine andere Situation. Diese Zahl bestätigt uns unverkennbar, dass die Mittel des Fonds im erheblichen Maße auch den Arbeitgebern zugutekommen. Wie weit jedoch diese Maßnahmen zur Erhaltung der Arbeitsplätze beitragen oder gar neue schaffen, bleibt offen.

Nach der zusammenfassenden Darstellung stellt sich nun berechtigt die Frage, ob die „Experimentelle Gesetzgebung als Aufgabe für die Praxis" nun gelungen ist. Mit der Einführung der Arbeitsloseversicherung hat die Türkei ihre Verpflichtungen, die sich aus dem ILO Übereinkommen 102 ergeben haben, erfüllt. Sie zählt nun zu den Ländern, die eine gesetzliche Arbeitslosenversicherung als Pflichtversicherung konzipiert haben.

Das Arbeitslosenversicherungsgesetz hat seit seiner Einführung zahlreiche Änderungen erfahren, die für den Versicherten zum Teil nicht immer positiv ausgefallen sind. Jedoch wurden die Leistungsarten – aktive sowie passive – vervielfältigt. Die Lücken im Gesetz mussten durch Rechtsprechung des Kassationshofes gefüllt werden. Zum Teil haben Akteure der Wirtschaft und die Wissenschaft zur Weiterentwicklung beigetragen, dabei jedoch nicht vermeiden können, dass die Regierung zu den Mittel des Fonds greift. Stattdessen sollten die Mittel mit dem Ziel der Erhöhung der monetären Leistungen eingesetzt werden, wobei sicherlich auf die Balance zu achten ist, um dadurch nicht einen Anreiz zu schaffen, arbeitslos zu bleiben.

Die Corona Krise hat sicherlich dazu beigetragen, dass die Arbeitsmarktzahlen sich verschlechtert haben und dadurch der Arbeitslosenfonds negativ beeinflusst wurde. Jedoch macht es die gegenwärtige wirtschaftliche und finanzielle Lage des Landes – die offizielle Inflationsrate liegt angeblich bei 19,89 %[82] – den passiven Leistungsempfängern noch schwerer, um die Runden zu kommen. Zweifelsohne sind diejenigen, die finanzielle Leistungen empfangen, bessergestellt, als diejenigen, die die Voraussetzungen nicht erfüllen oder gar nicht unter den Versicherungsschutz fallen.

---

80 *Sözer*, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, S. 543.
81 *Siehe*, Gesetz mit Nr. 7333, RG. v.28.07.2021 Nr. 31551.
82 https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Tuketici-Fiyat-Endeksi-Ekim-2021-37388 Abgerufen 12.11.2021

Unserer Ansicht nach besteht insbesondere bei den aktiven Arbeitsförderungsmaßnahmen weiterhin noch erheblicher Verbesserungsbedarf. Sicherlich kann die Türkei von unterschiedlichen Ländern noch vieles dazulernen. Schenkt man den offiziellen Statistiken des türkischen Statistikamtes TUİK Vertrauen, so beläuft sich die aktuelle Arbeitslosenrate (Stand September 2021) auf 11,5 %, unter den Jugendlichen liegt sie bei 21,5 %. Von unterschiedlichen Institutionen wird die Arbeitslosenrate viel höher berechnet, so z. B. von dem Gewerkschaftsbund DİSK der sie auf 21,9 % beziffert[83]. In dieser Situation stellt sich zu Recht die Frage, ob die Arbeitslosenfondsmittel zielgerecht eingesetzt werden.

Als Schlusswort kann man wohl sagen, dass das Experiment sich zu einem Langzeitprojet entwickelt hat, dessen Ausgang davon abhängt, wie weit die Akteure der Wirtschaft, die Gewerkschaften, die Arbeitgeberverbände und schließlich die Wissenschaft ihre Meinungen und Erfahrungen einfließen lassen werden können.

F. Literatur

Akın Levent, Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri, Çimento İşveren Dergisi Ayrı Basım, İstanbul, 2020.

Alper Yusuf, Sosyal Sigortalar Hukuku, 11.baskı, Bora, Bursa, 2020, S. 400.

Alper Yusuf, Sosyal Güvenlik Üzerine Yazılar, Türk Metal Sendikası Yayınları, Ankara, 2019.

Alper Yusuf, Türk Sosyal Güvenlik Sistemi Sosyal Sigortalar Hukuku, 9.Baskı, Dora, Bursa, 2018.

Alper Yusuf, İşsizlik Sigortasının Örgütlenmesi, Yönetimi ve Finansmanı: Türkiye Uygulaması. In: Arbeits- und Sozialrechtliche Probleme der Arbeitslosigkeit, Kamu İş, Ankara, 2003, S. 99 – 119.

Andaç Faruk, İşsizlik Sigortası, 2.Baskı, TÜHİS, Ankara, 2010.

Başbuğu Aydın, Sosyal Sigortalar, Şeker İş Yayınları, Ankara, 2013.

Başterzi Süleyman, İşsizlik Sigortası, Ankara Üniverstesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996.

Caniklioğlu Nurşen, 611 sayılı Kanunla İşsizlik Sigortası Kanununda Yapılan Değişiklikler, Toprak İşveren Dergisi, Mart 2011, S. 64–74.

Centel Tankut, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, 1.Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021.

Centel Tankut, İş Güvencesi, 2.baskı, Legal, İstanbul, 2020.

Centel Tankut, Vorbereitung der Einführung einer Arbeitslosenversicherung in der Türkei, ZIAS, 1999, S. 165–177.

Centel Tankut, İşsizlik Sigortası Kanununa İlişkin Genel Bir Değerlendirme, Mercek Dergisi, 1999, S. 8–15.

Çelik Nuri/Çaniklioğlu Nurşen/Canbolat Talat/Özkaraca Ercüment, İş Hukuku Dersleri, 34.baskı, Beta, İstanbul, 2021.

Çetin Emrah, Ulusal ve Ulusalararsı Hukuk Boyutuyla Sosyal Güvenlik Hakkı ve Etinleştirilmesi, Yetkin, Ankara, 2020.

Elmas Serkan, Türk Hukukunda Kaksız Fesih, Lykeion, Ankara, 2018.

83 http://arastirma.disk.org.tr/wp-content/uploads/2021/11/ISSIZLIK-VE-ISTIHDAMIN-GORUNUMU-KASIM-2021.pdf abgerufen 12.11.2021

Ekmekçi Ömer/Yiğit Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2.Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2000.
İsa Gök, İşçinin Sosyal Güvenlik Hakları, Türk Metal, Ankara, 2020.
Görücü İbrahim, Türk Çalışma Mevzuatında Ücret Garanti Fonu ve Uygulamaları, Kamu-İş, 4/2009, S. 85–103.
Güzel Ali, 4447 sayılı Kanuna Göre İşsizlik Sigortası, Nusret Ekin'e Armağan, TÜHİS, Ankara, 2000, S. 817–844.
Hänlein Anderas, Neue Arbeitslosenversicherung in der Türkei, RIW, Heft 4/2001, S. 284–287.
Hekimler Alpay, Social Law Report No. 5/2020. Abzurufen unter www.mpisoc.mpg.de/fileadmin/user_upload/data/Sozialrecht/Publikationen/Schriftenreihen/Social_Law_Reports/SLR_5_2020_Türkei_final.pdf.
Hekimler Alpay, Neues über das Allgemeine Kündigungsschutzrecht und der Kündigungsschutzklage in der Türkei, in: FS für Günther Löschnigg, ÖGB Verlag, Wien, 2019, S. 520–531.
Hekimler Alpay, Das neue Arbeitsgerichtsgesetz ist in der Türkei in Kraft – Einführung der Zwangsschlichtung, RIW, 7/2018, S. 413–417.
Hekimler Alpay, Soziale Sicherheit in der Türkei, Abzurufen unter www.mpisoc.mpg.de/fileadmin/user_upload/data/Sozialrecht/SLR_4_2016_Türkei_final.pdf.
Hekimler Alpay, Gesetzrahmen und Praxis der Arbeitsvermittlung in der Türkei – Zum Verhaeltniss zwischen privater und öffentlich-rechtlicher Vermittlungstätigkeit, ZESAR 7/2009 S. 267–272.
Hekimler Banu Uçkan, Corona Günlerinde Türkiye'de Çalışma İlişkileri, Yönetim ve Çalışma 4/2020, S. 1–13.
Karaç Serkan Taylan, Türk İş Hukukunda İkale Sözelşemleri, On İki Levha, İstanbul, 2020.
Kırmızı Evran, Kısmi Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışanların Sosyal Güvenlik Hakları, Seçkin, Ankara, 2020.
Kök İsmail, Kıdem Tazminatı Fonu, Seçkin, Ankara, 2020.
Kutal Metin, Türk İşsizlik Sigortasında Sigortalılara Sağlanan Yardımlar ve Bunları Yapmakla Görevli Resmi Kuruluşlar, Kamu İş: Arbeits- und Sozilarechtliche Probleme der Arbeitslosigkeit / İşsizliğin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Açısından Sorunları, Ankara, 2003. S. 193–204.
Maruflu Selçuk/Orhon Emel/Tütüncü Enis, Türkiye'de İşsizlik Sigortası Uygulamasınınsa Dönük Model Araştırması, DPT Yayını, No:1630, 1978.
Mutlu Emre, Kısmi Süreli Çalışanlarının İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kapsamında Değerlendirlmesi, Sosyal Güvence Dergisi, 4/2013, S. 29–49.
Özer Hatice Duygu, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutunda Toplum Yararına Program, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
Özkaraca Ercüment /Ünal Adanır Canan, Yeni Koronavirüs Salgını Kapsamında Kısa Çalışma, Ücretsiz ve Fesih Yasağının Hizmet Süresine Etkisi, Çimento İşveren, Temmuz 2020, S. 20–37.
Özyörük Hasan Ali, İkale Sözleşmesi, 2.Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
Resch Reinhard, Sozialrecht, 8.Auflage, Manz, 2020, S. 167.
Sevimli Ahmet, Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, Beta, İstanbul, 2019.
Sislituna Ayakçıoğlu Çağlar, Kısmi Süreli Çalışma, Seçkin, Ankara, 2021.
Sözer Ali Nazım, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 5.baskı, Beta, İstanbul, 2021.
Süzek Sarper, İş Hukuku, 19. Baksı, Beta İstanbul, 2000.
Şakar Müjdat, Ücret Garanti Fonu, Yaklaşım Dergisi, 2/2008, S. 125–129.

Şenocak Kemal (Ed.), Covid-19 Kürsel Salgının Hukukta Yansımaları, Yetkin, Ankara, 2021.

Tan Namık, Türkiye'de Fon Sistemi ve İşsizlik Sigortası Uygulaması, Türk Metal, Ankara, 2013.

Tan Namık /Karslıoğlu Güldane, İşsizlik Sigortası Fonundan Elinizi Çekin, Türk-İş Yayınları, Ankara, 2000.

Taşcı Faruk/Yılmaz Yasin, İşsizlik Sigortasının Türkiye'deki Durumu: Eleştiriler ve Çözüm Önerileri, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S:56, 2009, S. 602–637.

Tuğçe Karabağa, Kıdem Tazminatının Dünü, Bugünü ve yarını, çalışma ve Toplum dergisi, 4/2020, S. 2341–2376.

Tuncay Can/Ekmekçi Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Derrsleri, 20.baskı, Beta, İstanbul, 2019.

Tuncay Can, İşsizlik Sigortasının Kapsamı ve Sigorta Yardımlarına Hak kazanma Koşulları, Kamu İş: Arbeits- und Sozilarechtliche Probleme der Arbeitslosigkeit / İşsizliğin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Açısından Sorunları, Ankara, 2003 S. 32–50.

Uçkan Banu, İşçi Sendikaları ile İşsizlik Sigortası Arasındaki Köprü: Ghent Sistemi, Çalışma ve Toplum, 3/2007, S. 29–57.

Francis Kessler, Paris

Vom Tarifvertrag zum Europarecht: eine kurze Geschichte der französischen paritätischen Vorsorgeeinrichtungen (institutions de prévoyance)

Inhaltsübersicht

A. Einleitung
B. Erstes Sozialversicherungsrecht und Tarifvertragsrecht
C. Ab 1945: Zusatzversicherung
D. Verrechtlichung
  I. Ursprünglich: die kollektive Autonomie als Kennzeichen
  II. Gesetzliche Eingriffe
    1. Generalisierung der Pflichtzusatzrente und der Plicht einer kollektiven krankenzusatz-Versicherung
    2. Umstrukturierung durch das EU-Versicherungsrechts
  III. Die kollektive Versicherung durch die paritätischen Vorsorgeinstitutionen und der Wettbewerb
E. Fazit: Heute noch eine ganz besondere Versicherungsinstitution

A. Einleitung

Frankreich wird öfters als das Land, in dem heftig, zahlreich und gerne gestreikt wird[1] und in dem Arbeitskonflikte, von Gewerkschaften oder Betriebsräten geleitet, schnell und gewaltsam in die Öffentlichkeit getragen werden, abgestempelt. Ergänzt wird dieses Bild neuerdings durch weitere Bilder von Straßenkämpfen mit der Polizei, Plünderungen von Geschäften und Meutereien von Protestlern gegen die Versuche, Reformen des Steuerrechts, der Arbeitslosenversicherung, des Rentensystems und des öffentlichen Dienstes durchzusetzen[2].

Weniger bekannt und weit entfernt von diesen spektakulären Bildern ist die Kooperation zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern, die gemeinsam Versicherungsunternehmen aufgebaut haben und diese gemeinsam leiten. Die „paritätischen Versicherer[3]„, welche manchmal, fälschlich und in Anlehnung an das schweizerische Recht als „Vorsorgewerke“ bezeichnet werden, sind nicht nur ein Beispiel des Gedankens des „Paritarismus“[4] sondern auch ein typisches Produkt der französischen Sozialgeschichte das in den späten 30er Jahren des letzten

1 Kessler, The right to strike: France, in: Waas B. (ed.), The right to strike. A comparative view. Wolter Kluwer international, 2014 (Studies in employment and social policy vol. 45) Kaufmann, Aspekte des Kollektiven Arbeitsrecht in Frankreich, in Hekimler, Rig, (Hrsg.) Tarifrecht in Europa, Baden Baden, Nomos 2012 S. 77; Kessler, Abseits vom sozialen Dialog. Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge in : Devetzi S., Janda C., Freiheit, Gerechtigkeit, Sozialrecht. Festschrift für Eberhard Eichenhofer, Baden-Baden, Nomos 2016 S. 285.

2 Z. B. die « Gelbwestenbewegung » sowohl als auch die landesweiten Protestzüge gegen Corona-Regeln

3 Ein deutsches Wort für « institutions paritaires » fehlt. Umschrieben wird diese Art von Versicherern mit « L.4-Institutionen » oder « Vorsorge-Institutionen ».

4 Dazu auf Deutsch Pollet/Renard, Entstehung und Umsetzung des paritätischen Gedankens im System der sozialen Sicherung Frankreichs, Geschichte und Gesellschaft, vol. 22, no. 3,1996, S. 33.

Jahrhunderts entstand und heute noch einen nicht unwichtigen Teil des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer des privaten Sektors darstellt.

B. Erstes Sozialversicherungsrecht und Tarifvertragsrecht

Eine Sozialversicherung wurde in Frankreich spät eingerichtet[5]. Artikel 44 § 3 des Gesetzes vom 30. April 1930 bestimmte, dass „die Arbeitgeber und ihr Personal ebenfalls berechtigt sind, im gegenseitigen Einvernehmen zu beantragen, dass die bestehenden, durch Arbeiter- und Arbeitgeberbeiträge oder nur durch Arbeitgeberbeiträge gespeisten Vorsorgeeinrichtungen weiterhin als Umlageprimärkasse Umlagerisiken versichern können". So wurden betriebliche Einrichtungen beibehalten, die zu zugelassenen Sozialversicherungskassen wurden. Diese Kassen durften auch zusätzliche Leistungen für einen höheren Beitrag anbieten.

Nach dem deutschen Modell war das System der gesetzlichen Sozialversicherungen nur für Arbeitnehmer gedacht, deren Einkommen unterhalb der Einkommensgrenze lag. Daher boten Versicherungsgesellschaften ab diesem Zeitpunkt „Gruppenversicherungspolicen" an, die von Arbeitgebern für jene Arbeitnehmer abgeschlossen wurden, die von der Pflichtsozialversicherung nicht abgedeckt waren.

Artikel 35 des Gesetzesdekrets vom 28. Oktober 1935 zur Änderung des Systems der Sozialversicherungen für Versicherte in Handel und Industrie belebte diesen betrieblichen Sozialschutz, insbesondere für „nicht pflichtversicherte" Personen, da er festlegte, dass diese nicht mehr an eine Leistungsobergrenze gebunden seien.

Grundlegend waren aber die 1936 eingeleiteten Reformen des Arbeitsrechts durch die sogenannte Volksfrontregierung (eine Koalition aus mehreren linken Parteien). Das vom Gesetzgeber überarbeitete Instrument des Tarifvertrags[6] erlaubte aber auch kollektive Verhandlungen zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften über die Vorsorge. Das Gesetz vom 24. Juni 1936 führte auch die Allgemeinverbindlicherklärung[7] ein: seitdem hat das französische Arbeitsministerium die Möglichkeit, einen Tarifvertrag auf alle Unternehmen und Arbeitnehmer eines bestimmten Wirtschaftsbereiches auszudehnen und so einheitliche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen. Das spornte kollektiven Verhandlungen zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaften über die Vorsorge an. So enthielten z. B. die Tarifverträge für die metallverarbeitende, mechanische und damit verwandte Industrie der Region Paris, für das Baugewerbe und die öffentlichen Arbeiten sowie für

5 Dazu näher Saint-Jours, Landesbericht Frankreich in: Köhler/Zacher (Hrsg.), Ein Jahrhundert Sozialversicherung – in der Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Österreich und der Schweiz, Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht (IVR), Band 6 1981.

6 Auf Deutsch z. B. Weber, Gescheiterte Sozialpartnerschaft – Gefährdete Republik?. Industrielle Beziehungen, Arbeitskämpfe und der Sozialstaat. Deutschland und Frankreich im Vergleich (1918–1933/39) Oldenbourg Verlag, München 2010 insbs. S. 35.

7 Die rechtlichen Grundlagen zur AVE finden sich heute innerhalb eines eigenständigen Kapitels im französischen Arbeitsgesetzbuch (Code du Travail) in den Artikeln (Art.) L2261-15 bis L2261-31.w Demnach kann prinzipiell jeder Tarifvertrag, der für eine bestimmte Branche oder Berufsgruppe oder branchenübergreifend auf nationaler Ebene abgeschlossen wurde, für allgemeinverbindlich erklärt werden (Art. L2261-15).

die Kaufhäuser damals Erklärungen, „die eine spätere Prüfung der Rentenfragen versprechen".

Dies führte insbesondere dazu, dass durch eine Tarifvereinbarung vom 14. Mai 1937, die von dem Metallarbeitgeberverband UIMM (Union des industries métallurgiques et minières) und dem nationalen Ingenieur Dachverband der Metallindustrie (Fédération nationale des syndicats d'ingénieurs FNSI) geschlossen wurde, ein Zusatzrentenfonds für Führungskräfte (cadres) geschaffen wurde, der eine Altersrente organisiert. Ähnliche Vereinbarungen wurden auch in anderen Branchen getroffen, z. B. in der chemischen Industrie im Mai 1937 oder in der Elektroindustrie im Juni 1937. Die Mitgliedschaft in diesen kapitalgedeckten Altersrentenkassen war jedoch nur dann Pflicht, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitgeberverband angehörte, der den Tarifvertrag unterzeichnet hatte. Der Tarifvertrag vom 8. Juli 1938 für das Baugewerbe, wurde durch einen Ministerialerlass für allgemeinverbindlich erklärt und schreibt nicht nur die Altersversorgung vor, sondern organisiert auch die Vorsorge für Führungskräfte in diesem Sektor.

Anlässlich der Anhebung der Versicherungspflichtgrenze auf 30.000 Francs durch das Gesetzesdekret vom 14. Juni 1938 wurde es „Arbeitnehmern, die vor dem 1. Oktober 1938 nicht eingetragen waren und bereits über ein Versicherungssystem verfügen, das ihnen Alters- und Invaliditätsleistungen garantiert, die denjenigen entsprechen, die sich aus der Sozialversicherungsgesetzgebung ergeben", gestattet von der Sozialversicherung befreit zu werden. Die Verwaltungsräte dieser Kassen, die tarifvertragliche Leistungen verwalten, sind paritätisch besetzt.

C. Ab 1945: Zusatzversicherung

Das 1945 eingeführte allgemeine System der sozialen Sicherheit, eine großangelegte Umstrukturierung der vorhergehenden Organisation, hatte zum Ziel die ganze Bevölkerung zu erfassen[8]. Doch „der Gedanke, dass der Staat immer nur einen Teil der sozialen Sicherheit leisten könne, ein anderer Teil dagegen der Gesellschaft überlassen bleibe, war von vornherein selbstverständlich"[9].

So legte Artikel 18 Absatz 1 der Verordnung Nr. 45–2250 vom 4. Oktober 1945 den Grundsatz fest, dass „Vorsorgeeinrichtungen oder Einrichtungen der sozialen Sicherheit jeder Art, die nicht Sondersysteme verwalten, und Hilfskassen auf Gegenseitigkeit, die im Rahmen eines oder mehrerer Unternehmen zugunsten von Arbeitnehmern und gleichgestellten Personen errichtet wurden, nur mit Genehmigung des Ministers für Arbeit und soziale Sicherheit und nur mit dem Ziel, Vorteile zu gewähren, die zu denen hinzukommen, die sich aus der Organisation der sozialen Sicherheit ergeben, beibehalten oder geschaffen werden können". Somit wird ausdrücklich auch der kollektiven privaten Initiative – der gemeinsamen Initiative von Arbeitgeber- und Arbeitnehmergewerkschaften – Platz eingeräumt.

8 Siehe z. B. Igl, Frankreich in Igl/Schulte/Simons, Einführung in das Recht der sozialen Sicherheit Frankreich, Großbritannien, Italien, Einführung in das Recht der sozialen Sicherheit von Frankreich, Großbritannien und Italien. VSSR 1978/ 1 insbs. S. 25–28.

9 Zacher/Kessler, Die Rollen der öffentlichen Verwaltung und der privaten Träger in der sozialen Sicherheit, ZIAS 1990 S. 97 insb. S. 99.

Auf der Grundlage dieser Vorschrift wurden immer mehr sogenannte paritätische Vorsorgeeinrichtungen (institutions paritaires de prévoyance) auf Unternehmens- oder Berufsebene durch Tarifvertrag gegründet[10]. Diese wurden dann erstmals 1956[11] durch Artikel L. 4 des Sozialversicherungsgesetzbuchs[12] und Artikel 43 f. der Verordnung Nr. 46–1378 vom 8. Juni 1946 über öffentliche Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Verordnung vom 6. Oktober 1945 über die Organisation der Sozialversicherung näher geregelt.

Auch durch Tarifvertrag, insbesondere auf Industriezweigebene, wurden kollektive zusätzliche Vorsorgeleistungen geschaffen. Wie Lyon-Caen es beschrieben hat[13] haben sich diese Institutionen primär dem Aufbau einer zusätzlichen Altersversorgung gewidmet, nach und nach haben sie jedoch auch Zusatzsicherungssysteme für den Fall der Krankheit, Invalidität oder Tod ins Leben gerufen. Angesichts des Widerstands von Führungskräften und Technikern gegen die Pflichtversicherung im allgemeinen System, in dem es Höchstgrenzen für Beiträge und Renten gab, setzte die Regierung eine paritätische Kommission aus Arbeitgebern und repräsentativen Gewerkschaftsorganisationen für Führungskräfte ein. Als Ergebnis entstanden, auch um die Unzulänglichkeiten des Basisrentensystems zu beheben, zahlreiche unterschiedliche Zusatzsysteme zusätzlich zum allgemeinen System. Auf diese Fülle folgte eine Phase der Ordnung, in der eine Harmonisierung und ein Ausgleich innerhalb bestimmter Gruppen von Systemen und die Koordinierung zwischen den verschiedenen Gruppen angestrebt wurde. Insbesondere wurde durch den Abschluss zweier Tarifverträge am 14. März 1947 zwischen dem Conseil national du patronat français einerseits und der Union générale des ingénieurs et cadres supérieurs, der Confédération générale des cadres und der Fédération nationale des ingénieurs et cadres für die Führungskräfte (höhere und leitende Angestellten sog. cadres) eine eigene Absicheurng geschaffen, und zwar nicht nur ein umlagefinanziertes Zusatzrentensystem, sondern auch zusätzliche Leistungen, die durch eine von den Arbeitgebern zu tragender Abgabe von 1,5 % auf einem Teil des Gehalts gespeist wurden, die „vorrangig zur Deckung von Leistungen im Todesfall verwendet wird".

In den 1950er Jahre und zu Beginn der 1960er Jahre entstanden, ähnlich wie für die cadres, auch für die „non cadres" durch Tarifvertrag Zusatzrenten[14] und

---

10 Nicht zu verwechseln sind diese Institutionen mit den Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit (mutuelles).

11 Décret n° 56–1279 du 10 décembre 1956 portant codification des textes législatifs concernant la §sécurité sociale JORF n°0294 du 18 décembre 1956.

12 Die Vorsorgeeinrichtungen, die aus den Zusatzrentenkassen hervorgegangen sind, werden häufig noch immer der Einfachheit halber als „L. 4-Einrichtungen" bezeichnet, in Anlehnung an den alten Artikel des Sozialversicherungsgesetzbuches, der sie regelte Kaufmann/Kessler, Private Zusatzversicherung und staatliche Regelungen außerhalb der Pflichtversicherung, DRdA 1989, 330 ff.

13 Lyon-Caen, Die Rolle des öffentlichen und des privaten Rechts der sozialen Sicherheit am Beispiel Frankreichs, ZIAS 1990 S. 158.

14 1955 richtete Renault per Tarifvertrag ein Zusatzrentensystem für seine Belegschaft ein. Durch Tarifvertrag vom 15. Mai 1957 wird ein Standardsystem für Zusatzrenten geschaffen, das den Abschluss von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen erleichtern soll, sowie ein finanzieller Lastenausgleich zwischen den Systemen über einen Dachverband, die Union nationale des institutions de retraite des salariés (UNIRS). Das Rentensystem wird weiterhin entweder auf Unternehmensebene oder im Rahmen von Tarifverträgen auf lokaler, regionaler oder beruflicher Ebene organisiert, aber die Einrichtungen, die mit der Durchführung dieser Zusatzrenten betraut sind, sind der UNIRS obligatorisch angeschlossen; Mit dem

Zusatzvorsorgeleistungen sowie besondere paritätische Institutionen, die diese Leistungen verwalteten. Unter Androhung staatlicher Intervention in Form einer Verordnung wurde eine nationale branchenübergreifende Vereinbarung vom 8. Dezember 1961, abgeschlossen: die dem Arbeitgeberdachverband CNPF angehörenden Unternehmen wurden verpflichtet, einer Zusatzrenteneinrichtung beizutreten. Durch Artikel 8 des Anhangs I der „Vereinbarung über die allgemeine Einführung von Zusatzrenten" wurde die Association des régimes de retraites complémentaires (Arrco) gegründet. Dieser paritätische Dachverband übernahm die allgemeine Koordinierung der auf der Ebene eines Industriezweiges existierenden organisierten paritätischen Institutionen. Auch diese für die „nicht-Führungskräfte" erschaffenen nicht gewinnorientierten Rechtspersonen entwickelten im Einvernehmen mit den Tarifparteien kollektive Zusatzleistungen für andere soziale Risiken insbesondere im Fall eines Arbeitsunfalls, Invalidität und Tod. Die nach dem Sozialgesetzbuch sogenannten „L.4- Institutionen" wurden auf diese Art der 2. Pfeiler im sozialen Schutz der Rentner.

D. Verrechtlichung[15]

Das Recht der kollektiven Vorsorge ist ein Recht der trilateralen kollektiven Beziehungen, das sich wie folgt aufgliedert:

– in eine (Vorsorge-)Verpflichtung des Arbeitgebers, die im Wesentlichen durch das Arbeitsrecht und einige spezifische Bestimmungen des Sozialversicherungsgesetzbuches geregelt wird; und
– in den Abschluss eines kollektiven Versicherungsvertrags, auch „Gruppenvertrag" genannt, bzw. den Beitritt zu einer für eine paritätische Vorsorgeeinrichtung erstellten Regelung (règlement) bei einem zugelassenen Versicherungsträger, der dazu führt, dass der Arbeitgeber durch den gewählten Versicherer ersetzt wird.

Die betreffenden Arbeitnehmer erwerben somit Ansprüche bei einem anderen Versicherungsträger statt dem Unternehmen, bei dem sie beschäftigt sind.

I. Ursprünglich: die kollektive Autonomie als Kennzeichen

Das Sozialversicherungsgesetzbuch behielt bis 1989 das Monopol für den (kollektiven oder individuellen) Zusatzschutz von Arbeitnehmern und für Lebensversicherungen, die nach dem Umlageverfahren oder dem Halbumlageverfahren arbeiten, den „L. 4" und den Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit (mutuelles) vor; private gewinnorientierte Versicherer blieben von diesen Märkten erstmals ausgeschlossen.

Tarifvertrag vom 15. Mai 1957 wurde ein Standardsystem für Zusatzrenten geschaffen, das den Abschluss von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen erleichtern soll, sowie ein finanzieller Lastenausgleich zwischen den Systemen über einen Dachverband, die Union nationale des institutions de retraite des salariés (UNIRS). S. auch Igl/Kaufmann, Frankreich in Zacher/Mager (Hrsg.), Alterssicherung im Rechtsvergleich, Nomos Baden Baden 1991 S. 255 ff.

15 Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, vergleichende Analysen Suhrkamp, Köln 1985.

Der Wille der Tarifvertragsparteien war bis Ende der 1970er Jahre des letzten Jahrhunderts tonangebend. Die Satzungen dieser Versicherer, die von den paritätischen Verwaltungsgremien erschaffenen Regelungen (règlement de prévoyance, eine ad hoc Form des kollektiven Versicherungsvertrag), stellten das Angebot da, der Tarifvertrag legte das Minimum an Zusatzversicherung die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gewährleisten soll fest.

Diese Zusatzvorsorge ist obligatorisch, sobald sie durch Tarifvertrag oder durch die Ratifizierung durch die Mehrheit der Betroffenen eingeführt wird. Der Staat beschränkte sich auf die Aufsicht. Einerseits werden die Tarifverträge bewilligt bzw. für allgemeinverbindlich erklärt, andererseits müssen die Institutions paritaires zugelassen werden, also die ministerielle Billigung erhalten.

Darüber hinaus, da die Tarifparteien auf Industriezweigebene eine möglichst umfassende Risikoverteilung innerhalb des Industriezweigs erreichen wollten, handelten sie Tarifvereinbarungen aus, die eine genaue Definition der Leistungen und der Beitragshöhe sowie eine Klausel zur Bestimmung eines oder mehrerer Versicherungsträger enthielten, bei denen die Unternehmen ihre Arbeitnehmer kraft Tarifvertrags pflichtversichern müssen. Häufig beinhaltet der Tarifvertrag auch eine „Bezeichnungsklausel" (clause de désignation), die den Versicherungsträger bestimmen soll, der das System umsetzen soll, und eventuell eine sogenannte Migrationsklausel (clause de migration), die besagt, dass der verbindliche Charakter des Beitritts zum bezeichneten Versicherungsträger auch für Unternehmen gilt, die bereits einen Zusatzvertrag zur Deckung der sozialen Risiken abgeschlossen haben, und sie auffordert, ihre Arbeitnehmer innerhalb einer bestimmten Frist bei dem bezeichneten Versicherungsträger zu versichern. Man spricht auch von „Benennungsklauseln mit Migration".

So war der Versicherer als Gegenleistung für diese Exklusivität verpflichtet, alle Arbeitnehmer des betreffenden Sektors auf der Grundlage eines Einheitstarifs und durch eine einheitliche und zentralisierte Verwaltung zu versichern. Diese Praxis hat sich in Frankreich in den letzten vierzig Jahren entwickelt: Sie spiegelt eine frei ausgehandelte Willensübereinkunft zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern durch ihre jeweiligen Vertreter wider.

II. Gesetzliche Eingriffe

1. Generalisierung der Pflichtzusatzrente und der Plicht einer kollektiven Krankenzusatz-Versicherung

Der Gesetzgeber, der die Schaffung dieser Einrichtungen durch die Bereitstellung eines rechtlichen Rahmens gefördert hatte, griff mit dem Gesetz Nr. 72–1223 vom 29. Dezember 1972 erneut ein. Die Zusatzrente wurde damit zu einer gesetzlichen Verpflichtung. Die Unternehmen müssen ihre Arbeitnehmer pflichtzusatzaltersversichern.

Die die nationalen Industriezweige übergreifenden Sozialpartner bestimmen jedoch weiterhin bis heute durch nationale branchenübergreifende Tarifverträge sowohl die Beiträge als auch die Leistungen der Pflichtzusatzrente. Zusatzversicherungen dienen im Bereich der Krankenversicherung in erster Linie dazu, die Eigenbeteiligung der Versicherten (die einen nicht unerheblichen Teil der Be-

handlungskosten ausmacht) abzudecken. Seit 2016 müssen alle Unternehmen ihren Beschäftigten einen entsprechenden Vertrag anbieten,[16] der in der Form von Gruppenversicherungen abgeschlossen wird, bei der die Unternehmen Versicherungsnehmer sind und mindestens 50 % der Beiträge übernehmen.

Obwohl diese Verträge gemeinhin und dennoch fälschlich „mutuelles" genannt werden, gibt es drei Formen von Versicherern. Die durch die Sozialpartner geschaffenen Vorsorgeeinrichtungen (Institutions de prévoyance)[17] konkurrieren auf diesem Markt mit gewerblichen Versicherungsunternehmen[18] und den ebenfalls nicht auf eine Gewinnerzielung gerichteten, eigentlichen Mutuelles[19].

Durch Gesetz und Verordnung haben die Zusatzkrankenversicherungen Verträge, die u. a. nicht den Gesundheitszustand der Versicherten berücksichtigen. Diese werden auch „solidarische" (contrats solidaires) genannt: sie sind die große Mehrzahl, da die Gruppenpflichtversicherungsverträge, die der Arbeitgeber zwingend für seine Arbeitnehmer abschließen muss, nur in dieser Form zugelassen werden.

Auch die Inhalte dieser Zusatzversicherungsverträge unterliegen einer Regulierung. So müssen die verbindlichen Gruppenverträge eine Mindestabdeckung gewähren, insbesondere den Eigenanteil der Versicherten (ohne die Konsultationspauschale), die Übernahme des Krankenhaustagegeldes und eine Mindestsumme für Brillengläser (sog. contrats responsables).[20] Die kollektive Versicherungsverträge sind derart zumindest für einen minimalen Grundinhalt weitgehend standardisiert.

2. Umstrukturierung durch das EU-Versicherungsrechts

Mehrere Wellen von Gesetzestexten von 1979, 1987, 1988 und 1989 führten dazu, dass die Bestimmungen des Sozialversicherungsgesetzbuchs über Zusatzsysteme geändert und ergänzt wurden. In dem Bestreben, die Vorsorge im Unternehmen zu entwickeln, und wohl auch aufgrund des Drucks der Versicherungsträger, bestätigte der Gesetzgeber die Rechtsprechung: Die Vorsorge ist obligatorisch, sobald sie durch Tarifvertrag oder durch die Ratifizierung durch die Mehrheit der Betroffenen eingeführt wird. Ebenso wurde das Monopol der Vorsorgeeinrichtungen und der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit beendet, das zuvor in der Praxis durch Rück- oder Mitversicherung weitgehend in Frage gestellt worden war: Die dem Versicherungsgesetzbuch unterliegenden Versicherungsgesellschaften wurden so rechtmäßig zu Versicherungsträgern der Zusatzvorsorge.

Hinzu kommen das Gesetz Nr. 89–1009 vom 31. Dezember 1989[21], besser als „Loi Évin" bekannt, und die zahlreichen Bestimmungen über die soziale und

16 Gesetz n° 2013–504 vom 14. Juni 2013.
17 Mit der Rechtsgrundlage in Art. L. 931–1 ff. Sozialgesetzbuch.
18 Die auf der Grundlage des Code des assurances tätig sind.
19 Geregelt durch den Code de la Mutualité.
20 Der gesetzlich definierte Mindestschutz beinhaltet die volle Kostenerstattung von Arztbesuchen, rezeptpflichtigen Medikamenten und Laborkosten sowie eine Krankenhauspauschale, Optiker- und Zahnarztleistungen bis hin zu definierten Limits.
21 Sog. « zur Stärkung der Garantien für Personen die gegen bestimmte Risiken versichert sind »

steuerliche Behandlung von Beiträgen und Prämien, die mit dem Abschluss von Zusatzversicherungen und -garantien verbunden sind. Es sei darauf hingewiesen, dass das Gesetz auch die Selbstversicherung in Unternehmen verbieten sollte. Diese Entwicklung wird durch die Umsetzung der europäischen Versicherungsrichtlinien in das Sozialversicherungsgesetzbuch für Vorsorgeeinrichtungen noch verstärkt.

Gesetz Nr. 93–121 vom 17. Januar 1993 schrieb in Artikel L. 9 die Spezialisierung der Zusatzrenteneinrichtungen im Hinblick auf die Vorsorgeeinrichtungen vor. Gesetz Nr. 94–678 vom 8. August 1994 über den zusätzlichen Sozialschutz der Arbeitnehmer und zur Umsetzung der Richtlinien Nr. 92–49 und Nr. 92–96 des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 18. Juni und 10. November 1992 überträgt die Materie in ein neues Buch IX des Sozialgesetzbuches: Das Sozialversicherungsgesetzbuch unterscheidet seither unter diesen Einrichtungen diejenigen, die das gesetzlich vorgeschriebene Zusatzrentensystem für Arbeitnehmer verwalten: die Zusatzrenteneinrichtungen und die paritätischen Versicherungen die Versicherungsrecht umsetzen um einen zusätzlichen Sozialschutz: die Vorsorgeeinrichtungen.

Im Jahr 2000 begann die Europäische Gemeinschaft mit den Arbeiten zur Reform des Aufsichtssystems für Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen. Sie endeten 2009 mit der Veröffentlichung der Richtlinie 2009/138/EG (sog. „Solvabilität II“), deren ursprünglich für den 31. Oktober 2012 vorgesehenes Inkrafttreten schließlich auf den 1. Januar 2016 verschoben wurde, nachdem sie durch die Richtlinie 2014/51/EU vom 16. April 2014 (sog. „Omnibus 2“) geändert worden war, um sie an die Befugnisse der neuen Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (besser bekannt unter dem angelsächsischen Akronym „EIOPA“) anzupassen. Diese gesetzliche Grundlage (sog. „Stufe 1“) wurde durch die Verordnung Nr. 2015–378 vom 2. April 2015 und ihre Durchführungsbestimmungen vom 7. Mai 2015 in das französische Recht umgesetzt. Hinzu kommen Regelungen der sogenannten „Ebene 2“, die direkt anwendbaren delegierten Rechtsakten entsprechen, für deren Abfassung entweder die Kommission oder die EIOPA (in Form von Regulatory Technical Standards – RTS, einer Unterkategorie der delegierten Rechtsakte) zuständig ist. „Level 3“ schließlich umfasst technische Ausführungsstandards (Implementing Technical Standards – ITS), Leitlinien und Empfehlungen (Guidelines & Recommendations). Wie die RTS sind auch die ITS verbindlich und direkt anwendbar. Bei den Guidelines hingegen liegt es im Ermessen der nationalen Aufsichtsbehörden, ob sie diese durchsetzen oder nicht. Wenn eine Behörde beschließt, die Bestimmungen einer Guideline nicht verbindlich zu machen, ist sie verpflichtet, EIOPA darüber zu informieren und ihre Entscheidung zu begründen: das Prinzip „comply or explain“.

Es gibt also einen Grundstock an Regeln, insbesondere Aufsichtsregeln, aber auch quantitative Anforderungen, das Eigenkapital und die Berechnung der versicherungstechnischen Rückstellungen. Anforderungen an die Organisation und Verwaltung der Versicherungsunternehmen sowie an die aufsichtsrechtlichen Informationen und die Veröffentlichung, die die auf dem Markt der Zusatzsozialschutzeinrichtungen tätigen Einrichtungen regeln, finden nicht nur auf die Ver-

sicherungsvereine auf Gegenseitigkeit und den profitorientierten Unternehmer sondern auch den paritätischen Vorsorgeeinrichtungen Anwendung.

III. Die kollektive Versicherung durch die paritätischen Vorsorgeinstitutionen und der Wettbewerb

Verschiedene tarifvertragliche Reglungen, namentlich die in Bezug auf Industriezweige vereinbarte „Bezeichnungsklausel" (clause de désignation), die Migrationsklausel (clause de migration) sowie das daraus folgende Monopol „paritätischer Versicherer" wurden im Lichte des Wettbewerbsrechts einer rechtlichen Prüfung unterzogen.

Der Kassationshof hat in einem Urteil vom 10. März 1994[22] die Gültigkeit von Benennungsklauseln im Hinblick auf die Wettbewerbsregeln anerkannt. Er stellte fest, dass eine Vereinbarung die Vorsorgeeinrichtungen benennen kann, solange dies nicht einen wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes berührt. Es lasse sich zwar annehmen, „dass, wenn man davon ausgeht, dass das ausschließliche Recht, das die angefochtene Vereinbarung den Trägern der durch sie eingeführten kollektiven Garantien verleiht, diese Träger – insbesondere aufgrund der allen Unternehmen des Industriezweigs auferlegten Verpflichtung, innerhalb einer bestimmten Frist alle zuvor mit anderen Trägern geschlossenen Vorsorgeverträge zu kündigen – in eine Lage versetzt, in der sie sich selbst übervorteilen, und sie somit ihre beherrschende Stellung missbrauchen. Allerdings, so das Gericht, „geht aus den Akten hervor, dass der klagende Verband angesichts des sehr geringen Anteils am nationalen Markt für Zusatzvorsorge, den die streitige Vereinbarung abdeckt, nicht stichhaltig argumentieren kann, dass ein solcher Missbrauch einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes im Sinne des oben genannten Artikel 86 des Vertrags von Rom beeinträchtigen würde".

Auch der Wettbewerbsrat äußerte sich in einer Stellungnahme vom 21. Januar 1992, Nr. 92-A-01: „Wenn sie eine Einrichtung mit der Verwaltung des von ihnen eingerichteten Vorsorgesystems beauftragen oder wenn sie dem von einer bestimmten Vorsorgeeinrichtung geschaffenen System beitreten, üben die Sozialpartner die normale Wahlfreiheit des Antragstellers gegenüber den anbietenden Dienstleistern aus. Der Rat merkt jedoch in diesem Zusammenhang an, dass nichts dagegenspräche, dass die Vertragsparteien entweder vor der Annahme der Klausel über das Vorsorgesystem oder anlässlich der Überprüfung dieser Klausel verschiedene Anbieter hinzuziehen, wie es im Übrigen auch das Berufungsgericht von Paris festgestellt hat".

Die Lösung ist für den EuGH die gleiche: Das „Solidaritätsprinzip" kann unter bestimmten Bedingungen die Anwendung der Marktregeln auf Zusatzversorgungssysteme ausschließen, wie der Fall AG2R belegt. Obwohl die Vorsorgeeinrichtung AG2R eine gemeinnützige Organisation ist, die nach dem Solidaritätsprinzip handelt, handelt es sich um ein Unternehmen, das „eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt" und sich auf dem Markt für Vorsorgedienstleistungen in einem wettbewerbsorientierten Umfeld befindet. Die Vorsorgeeinrichtung der

22 Kassationshof Sozialkammer 10. März 1994 n°91–11.516.

AG2R-Versichreungsgruppe verfügt somit über ein gesetzliches Monopol in dieser Branche, was mit dem AEUV dann vereinbar ist, wenn das Unternehmen diese marktbeherrschende Stellung nicht missbräuchlich ausnutzt. Kurz gesagt erinnert der Gerichtshof daran, dass der soziale Zweck eines Vorsorgesystems für sich genommen nicht ausreicht, um einen Versicherer vom Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts auszuschließen. Das System muss darüber hinaus als Umsetzung des Solidaritätsprinzips angesehen werden und der Kontrolle des Staates unterliegen, der es eingeführt hat. Unter diesen Bedingungen kann die Pflichtmitgliedschaft bei AG2R mit dem Unionsrecht vereinbar sein. Die Entwicklung des Unionsrechts in diesem Bereich zeigt eine schwer zu bestreitende Rechtswirklichkeit: dass Sozialschutz und Solidarität keine Selbstverständlichkeit sind, sondern von Fall zu Fall konstruiert werden[23].

Das zentrale Element dieses Urteils ist der Rückgriff auf den (europäischen) Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, der es weiter erlaubt hat Monopolstellungen der „L4 Institutionen" auf der Ebene der Industriezweige zu legitimieren.

Am 11. Januar 2013 sah das nationale branchenübergreifende Abkommen insbesondere für die allgemeine Einführung der Zusatzdeckung für Gesundheitskosten vor, dass „die Sozialpartner der Branche den Unternehmen die Freiheit lassen, den oder die Versicherungsträger ihrer Wahl zu wählen. Diese können jedoch, wenn sie dies wünschen, den Unternehmen empfehlen, sich nach Durchführung eines transparenten Ausschreibungsverfahrens an einen oder mehrere Versicherungsträger oder Einrichtungen zu wenden, die diese Deckung garantieren können".

Der Gesetzentwurf über die Sicherung der Beschäftigung vom 14. Mai 2013, der das Abkommen umsetzen sollte[24], sah die Änderung von Artikel L. 912–1 des CSS vor, mit dem Ziel, eine Ausschreibung vorzuschreiben, wenn ein Branchenvertrag oder eine Branchenvereinbarung eine Gegenseitigkeit der Risiken, insbesondere durch eine Benennungsklausel, vorsieht.

Als Reaktion auf diesen Gesetzentwurf vertrat die neue französische Wettbewerbsbehörde in einer Stellungnahme Nr. 13-A-11 vom 29. März 2013 zu den Auswirkungen der Verallgemeinerung der kollektiven Zusatzversicherung der Arbeitnehmer im Bereich der Vorsorge auf den Wettbewerb die Auffassung, dass die Benennungsklauseln ein Hindernis für die Vertragsfreiheit darstellen, und empfahl ein strenges Ausschreibungsverfahren für jede Benennung oder Empfehlung eines Versicherungsträgers durch die Berufszweige. Nach Ansicht der Behörde „ist der Grundsatz der freien Wahl des Versicherungsträgers durch die Branchenpartner für den Arbeitgeber, wie er in Artikel 1 des ANI vom 11. Januar festgelegt

23 EuGH 3. März 2011 RS C-437/09, AG2R Prévoyance gegen Beaudout Père et Fils SARL.

24 Seit Januar 2007 weisen gesetzliche Vorschriften den Gewerkschaften und den Arbeitgebern bei der Ausarbeitung gesetzlicher Vorschriften in den Bereichen Arbeitsbeziehungen, Beschäftigung und Berufsbildung eine klar definierte Rolle zu. Demnach ist die Regierung vor der Einführung von Änderungen in diesen Bereichen verpflichtet, Gewerkschaften und Arbeitgeber zu konsultieren und ihnen die Möglichkeit zu geben, eine Einigung zu dem Thema zu erzielen. Die Konsultation erfolgt auf der Grundlage eines von der Regierung erstellten Dokuments, in dem sie ihre Analyse der Situation, der Ziele und möglichen Optionen darlegt. Die Regierung ist auch bei Gesetzentwürfen verpflichtet, die Sozialpartner zu konsultieren.

ist, von seinem Wesen her am besten geeignet, einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb zwischen den verschiedenen Versicherungsträgern zu ermöglichen. Er muss daher bevorzugt werden".

In seiner Entscheidung vom 13. Juni 2013[25] zensierte der Verfassungsrat einige der Bestimmungen von Artikel 1 sowie Artikel L. 912–1 des CSS in der Fassung des Gesetzentwurfs über die Sicherung der Beschäftigung – Bestimmungen, die vorsahen, die Benennungsklauseln im Bereich der Zusatzkrankenversicherung und der Vorsorge zu belassen. Der Verfassungsrat stellte fest, dass „die Bestimmungen von Artikel L. 912–1 des Sozialversicherungsgesetzbuchs die unternehmerische Freiheit und die Vertragsfreiheit in einer Weise beeinträchtigen, die angesichts des verfolgten Ziels der Risikoverteilung auf Gegenseitigkeit unverhältnismäßig ist"[26].

Die in den meisten Tarifverträge befindlichen Benennungs- und die Migrationsklausel sind seitdem unwirksam.

E. Fazit: Heute noch eine ganz besondere Versicherungsinstitution

Die gesetzliche Grundlage für das Eingreifen der Sozialpartner im Bereich der zusätzlichen sozialen Absicherung von Arbeitnehmern bilden Artikel L. 2221–1 des Arbeitsgesetzbuch und die Artikel L. 911–1 und L. 911–2 des Sozialgesetzbuches. Die dort genannten „Sozialgarantien" (garanties sociales), zu der auch die kollektiven Vorsorgegarantien gehören, sind somit ein Gegenstand der Tarifverhandlungen. Allerdings wird weder in Artikel L. 2221–1 des Arbeitsgesetzbuchs noch in Artikel L. 911–1 des Sozialgesetzbuches die rechtliche Regelung der verschiedenen Mechanismen zur Einrichtung eines Vorsorgesystems näher erläutert.

Die Vorsorgeeinrichtungen sind paritätische, nicht gewinnorientierte Einrichtungen, die kollektive Personenversicherungsverträge verwalten. Sie bieten Arbeitnehmern Leistungen im Falle von Krankheit, Arbeitsunfähigkeit und Invalidität, Pflegebedürftigkeit, Tod – und auch Rentensparpläne. Diese Einrichtungen sind Versicherungsunternehmen im Sinne des EU-Rechts mit einem vollständigen Statut, das in Titel III des Buches IX des französischen Sozialversicherungsgesetzbuches aufgeführt ist.

Die Vorsorgeeinrichtungen werden immer noch paritätisch verwaltet: Vertreter der Arbeitgeber (sog. „beitretende Mitglieder") und Vertreter der Arbeitnehmer

25 Verfassungsrat, 13 Juni 2013, n°2013–672, insbs. § 11.

26 Das Europäisches Komitee für Soziale Rechte hat im Juli 2018 (EKSR, 3 juillet 2018, n°118/2015) entschieden, dass die allgemeine Zensur von Benennungsklauseln nicht in einem angemessenen Verhältnis zu einem legitimen Ziel steht und gegen Artikel 6 § 2 der Europäischen Sozialcharta verstößt, der das Recht auf Tarifverhandlungen schützt. In diesem Fall stellt der CEDS fest, dass das legitime Ziel, auf das sich der Verfassungsrat bei der Zensur der Bezeichnungsklauseln stützt, der Schutz der Vertragsfreiheit der Unternehmen ist (§ 64 seiner Entscheidung). Es gibt jedoch „nach Ansicht des Ausschusses keinen grundlegenden Grund, der Vertragsfreiheit auf Kosten des Rechts auf Tarifverhandlungen mehr Bedeutung beizumessen" (§ 68 seiner Entscheidung). Das Komitee stellt außerdem fest, dass „das Verbot von Benennungsklauseln sehr allgemein gehalten ist und bestimmte Branchen mit besonderen Bedürfnissen, schlechten Risiken oder auch Tätigkeiten, bei denen die Arbeitnehmer häufig den Arbeitgeber wechseln, nicht berücksichtigt" (§ 74 seiner Entscheidung).

(sog. „teilnehmende Mitglieder“) sitzen in gleicher Anzahl in den Verwaltungsgremien dieser Einrichtungen.

Artikel R. 931–1-3 des Sozialversicherungsgesetzbuchs unterscheidet drei Arten von Vorsorgeeinrichtungen, je nachdem, auf welcher Ebene sie gegründet wurden und in welchem Bereich sie tätig sind. Diese können zunächst auf beruflicher Ebene gegründet werden. In diesem Fall ist der von der Einrichtung abgedeckte Bereich der eines Berufs oder, weiter gefasst, der einer Gruppe von Berufen, die innerhalb einer Branche zusammengefasst sind. Ein typisches Beispiel für eine solche berufsständische Einrichtung ist PRO BTP für den Bausektor. Gemäß Artikel R. 931–1-3 b) des Sozialversicherungsgesetzbuchs können Vorsorgeeinrichtungen auf der Ebene eines Unternehmens oder einer Unternehmensgruppe gegründet werden. Diese Art von Einrichtung ist sehr selten. In diesem Fall wird der Beschluss zur Gründung der Einrichtung entweder im Wege eines Tarifvertrags oder einer Tarifvereinbarung auf Unternehmensebene oder durch Ratifizierung eines Entwurfs des Arbeitgebers durch die Betroffenen gefasst.

Die Tätigkeiten der paritätischen Vorsorgeeinrichtungen werden nach denselben Modalitäten wie bei den Versicherungsgesellschaften in Branchen aufgeteilt. Im Bereich der Zusatzvorsorge können sie den Zweig 1 (Unfälle), den Zweig 2 (Krankheit) und den Zweig 20 (Tod und Leben) betreiben. Darüber hinaus sind Vorsorgeeinrichtungen berechtigt, Rentengeschäfte außerhalb von Agirc/Arrco zu tätigen, sie verwalten dann sogenannte „Zusatzrentengeschäfte“ oder Prämien am Ende der beruflichen Laufbahn (sogenannter „Zweig 26“). Das Gesetz schreibt jedoch einen Spezialisierungsgrundsatz vor, wonach die paritätischen Einrichtungen nicht gleichzeitig im Bereich der Vorsorge und der obligatorischen Zusatzrente tätig sein dürfen. Die Verwaltung des Arbeitslosenrisikos muss ebenfalls einer spezifischen Einrichtung für Nicht-Leben übertragen werden und darf nicht von einer gemischten Einrichtung übernommen werden. Die Vorsorgeeinrichtungen organisieren eine soziale Aktion, die eine ihrer Besonderheiten darstellt und es ihnen ermöglicht, den Arbeitnehmern und ihren Familien in schwierigen Zeiten zu helfen und ihre Projekte zu unterstützen. Sie unterliegen den Regeln von Solvency II.

Schließlich kann eine Vorsorgeeinrichtung branchenübergreifend oder unternehmensübergreifend sein. Es ist der übereinstimmende Beschluss der Vertreter der angeschlossenen Unternehmen und der Vertreter der teilnehmenden Mitglieder, die in einer konstituierenden Generalversammlung zusammenkommen, der die Grundlage für die Einrichtung bildet, wie z. B. AG2R, La Mondiale, Malakoff-Médéric, Humanis usw.

Die Satzung jeder Vorsorgeeinrichtung legt ihren Tätigkeitsbereich fest. Es können Zusammenschlüsse von Einrichtungen gegründet werden, um Verpflichtungen auf Gegenseitigkeit zu übertragen, bestimmte Risiken abzudecken oder um sich rückzuversichern. Eine solche Einrichtung kann erst nach einer Zulassung durch das Ministerium und die nationale Aufsichtsbehörde ACPR (Autorité de contrôle prudentiel et de résolution) tätig werden. Die ACPR übernimmt die Finanzaufsicht über diese aus der Kooperation von Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern entstandenen Versicherungsunternehmen.

Katsuaki Matsumoto, Kumamoto

Der demografische Wandel und die soziale Sicherheit in Japan

Inhaltsübersicht

A. Demografischer Wandel und seine Auswirkungen
B. Richtlinie der künftigen Reformen der sozialen Sicherheit
C. Förderung der Beschäftigung der älteren Generation
D. Erhöhung der Kosten, die ältere Menschen mit höherem Einkommen tragen
E. Verbesserung der Sozialleistungen für die erwerbsfähige Generation
F. Schlussbemerkung

Das System der sozialen Sicherheit in Japan steht vor Herausforderungen, die die gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklung mit sich bringt. Davon ist der demografische Wandel der Bevölkerung von größter Bedeutung. Verschiedene Reformmaßnahmen wurden schon ergriffen, um dem demografischen Wandel entgegenzuwirken. Dennoch gibt es weiteren Reformbedarf. In diesem Aufsatz werden die künftigen Reformen betrachtet.

A. Demografischer Wandel und seine Auswirkungen

In Japan verläuft der demografische Wandel, der durch eine steigende Lebenserwartung und eine sinkende Geburtenrate ausgelöst wird, sehr schnell. Japaner haben weltweit die höchste Lebenserwartung. Sie betrug im Jahr 2020 88 Jahre für Frauen und 82 Jahre für Männer.[1] Sie wird künftig noch steigen.[2] Die zusammengefasste Geburtenziffer je Frau (Total Fertility Rate (TFR)) liegt seit 45 Jahren unter 2,0, im Jahr 2019 gar bei 1,36,[3] und wird voraussichtlich auf einem derart niedrigen Niveau bleiben. Demzufolge ist zu prognostizieren, dass die japanische Bevölkerung altert und gleichzeitig schrumpft.[4] Die Zahl der gesamten Bevölkerung wird von 127 Mio. im Jahr 2015 auf 88 Mio. im Jahr 2065 sinken. Im Jahr 2065 werden voraussichtlich 38,4 % der japanischen Bevölkerung über 65 Jahre alt sein. Das Verhältnis der Personen zwischen 15 und 65 Jahren zu den Personen ab 65 Jahren wird von 2,3 im Jahr 2015 auf 1,3 im Jahr 2065 sinken.

Diese Veränderung wirkt sich stark auf die Ausgaben für die soziale Sicherheit aus. Die durchschnittlichen medizinischen Ausgaben für eine Person ab 65 Jahren sind viermal so hoch wie die für eine Person unter 65 Jahren. Der Anteil pflegebedürftiger Personen steigt mit dem Alter – im Finanzjahr 2018 betrug dieser bei Personen ab 75 Jahren ca. 32%.[5] Der demografische Wandel führt deshalb zur Ausgabensteigerung in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung. In

1 Vgl. Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Wohlfahrt (MAGW), Sterbetafel 2020.
2 Sie wird voraussichtlich im Jahr 2065 91 Jahre für Frauen und 85 Jahre für Männer erreichen. Vgl. National Institute of Population and Social Security Research (IPSS), Population Projections for Japan, 2017.
3 Vgl. MAGW, Bevölkerungsbewegungsstatistik 2020.
4 Vgl. IPSS (Fn. 2).
5 Vgl. Kabinettamt, Jahresbericht über die alternde Gesellschaft, 2021 (in japanischer Sprache), S. 31.

der gesetzlichen Rentenversicherung bewirkt er eine Zunahme der Rentenempfänger im Verhältnis zu den Beitragszahlern sowie eine Verlängerung der Rentenbezugsdauer. Nach einer Vorausberechnung der japanischen Regierung[6] wird das Verhältnis der gesamten Sozialleistungsausgaben zum Bruttoinlandprodukt (BIP) von 21,5 % im Finanzjahr 2018 auf ca. 24,0 % im Finanzjahr 2040 steigen. Gleichzeitig wird sich das Verhältnis der Summe der Sozialversicherungsbeiträge zum BIP im gleichen Zeitraum von 12,4 % auf ca. 13,5 % erhöhen. Dieser Ausgabenzuwachs droht zu einer unzumutbaren Belastung für die Bevölkerung zu werden, insbesondere für deren erwerbsfähigen Teil, der zudem schrumpft.

B. Richtlinie der künftigen Reformen der sozialen Sicherheit

Um diese Probleme zu lösen sind verschiedene Reformmaßnahmen mit dem Ziel durchgeführt worden, eine starke Beitrags- und Steuererhöhung zu vermeiden und die finanzielle Nachhaltigkeit des Systems der sozialen Sicherheit zu gewährleisten. Aber es verbleiben heute nach wie vor Probleme, die weiterer Lösungsansätze bedürfen. Bemerkenswert ist, dass in der Diskussion über die Reformen in den letzten Jahren die Gerechtigkeit zwischen den Generationen mehr betont worden ist. Dies wird wie folgt begründet: Während im geltenden System die meisten Sozialleistungen der älteren Generation gewährt werden,[7] erhält die erwerbsfähige Generation nur wenige Sozialleistungen. Trotzdem muss die erwerbsfähige Generation mehr finanzielle Lasten tragen.

Dieser Grundgedanke wird beispielsweise im Bericht der „Konferenz über den Aufbau des Systems der sozialen Sicherheit für alle Generationen“[8], der im Dezember 2019 veröffentlicht wurde, dargestellt. Darin kann man drei wichtige Elemente der Reformen registrieren: Erstens soll die Zahl der Beitragszahler durch die Förderung der Beschäftigung der älteren Generation vermehrt werden (C). Zweitens sollen die älteren Menschen mit höherem Einkommen mehr Kosten für die soziale Sicherheit tragen (D). Drittens sollen die Sozialleistungen für die erwerbsfähige Generation, z. B. die Leistungen für die Unterstützung der Kindererziehung, verbessert werden (E).

C. Förderung der Beschäftigung der älteren Generation

Mit der Schrumpfung der erwerbsfähigen Generation wird die Zahl der Arbeitskräfte erheblich abnehmen. Nach einer Vorausberechnung wird die Zahl der Arbeitskräfte unter unveränderten Bedingungen von 67 Mio. im Jahr 2017 auf 55 Mio. im Jahr 2040 sinken.[9] Es ist deshalb zu befürchten, dass der Mangel an Arbeitskräften ein ernstes Problem wird.

---

6 Vgl. Kabinett Sekretariat, Aussicht auf die soziale Sicherheit bis 2040, 2018 (in japanischer Sprache).

7 Der Anteil der Ausgaben für die Leistungen im Politikbereich „Old-age“ und „Family“ an den Ausgaben für die gesamten Sozialleistungen im Finanzjahr 2019 in Japan betrug 37,9 % bzw. 7,6 %. Vgl. IPSS, The Financial Statistics of Social Security in Japan, Fiscal Year 2019.

8 Zu den Mitgliedern dieser Konferenz zählten einige Minister, Vertreter der Industrie und Sachverständige.

9 Vgl. The Japan Institute for Labour Policy and Training, Vorausberechnung von Angebot und Nachfrage angesichts Arbeitskräfte, Unterlagenreihe Nr. 209, 29. März 2019 (in japanischer Sprache).

Eine der möglichen Lösungen ist es, die Beschäftigung älterer Menschen zu fördern, um die Abnahme der erwerbsfähigen Generation auszugleichen. In Japan wünschen sich viele ältere Menschen, dass sie möglichst lange arbeiten können. Tatsächlich ist der Anteil der erwerbstätigen älteren Menschen in Japan viel höher als in Deutschland.[10] Trotzdem gibt es noch viele ältere Menschen, die zu arbeiten wünschen, aber keinen geeigneten Arbeitsplatz finden können.

Im Zusammenhang mit der stufenweisen Anhebung des Renteneintrittsalters auf 65 Jahre wurde das Gesetz für die Sicherung der Beschäftigung der älteren Menschen[11] (GSBÄ) im Jahr 2004 geändert. Eine Begründung dafür ist, dass es an einer Überbrückung zwischen der Beschäftigungszeit und der Renteninanspruchnahme fehlte. In Japan setzt jedes Unternehmen die Altersgrenze der Beschäftigung bei sich selbst fest. Die Altersgrenze war damals bei den meisten Unternehmen 60 Jahre. Es war jedoch nicht zu erwarten, dass jedes dieser Unternehmen die Altersgrenze entsprechend der Anhebung des Renteneintrittsalters erhöht. Dies würde dazu führen, dass diejenigen, die bis zum Renteneintrittsalter arbeiten wollen, nicht immer beschäftigt werden könnten. Mit dieser Gesetzesänderung wurden Unternehmen verpflichtet, eine der Maßnahmen zur Sicherung der Beschäftigung älterer Menschen zu ergreifen (GSBÄ § 9 Abs. 1). Die möglichen Maßnahmen waren erstens die Abschaffung der Altersgrenze der Beschäftigung, zweitens die Anhebung der Altersgrenze der Beschäftigung auf 65 Jahre und drittens das Ermöglichen der Beschäftigung bis 65 Jahre.

Über 80 % der Unternehmen haben die dritte Maßnahme gewählt. Bei diesen Unternehmen läuft zwar der Arbeitsvertrag ab, wenn ihre Arbeitnehmer 60 Jahre alt werden. Aber die Unternehmen sind verpflichtet, diese Arbeitnehmer bis deren 65. Lebensjahr weiter zu beschäftigen, wenn diese es wünschen. Da dabei ein neuer Arbeitsvertrag abgeschlossen wird, können die bisherigen Arbeitsbedingungen geändert werden, beispielsweise die Höhe des Arbeitsentgelts gesenkt werden. Tatsächlich mussten die Arbeitnehmer, für die die dritte Maßnahme gilt, folgende Bedingungen in Kauf nehmen[12]: 77 % der Arbeitnehmer stehen in einem atypischen Beschäftigungsverhältnis. Da 80 % der Arbeitsverträge nur ein Jahr dauern, muss jedes Jahr ein neuer Arbeitsvertrag abgeschlossen werden. Das Arbeitsentgelt von 78 % der Arbeitnehmer beträgt weniger als 80 % des bisherigen Arbeitsentgelts. Im Jahr 2020 wurde das Gesetz mit dem Ziel erneut geändert, die Beschäftigung bis zum 70. Lebensjahr zu sichern. Um das Ziel zu erreichen, wurden die oben genannten Maßnahmen erweitert.

Diese Maßnahmen sind mit weiteren Problemen verbunden. Nicht selten üben die älteren Menschen eine einfache Tätigkeit aus, die ihren beruflichen Erfahrungen und Fachkenntnissen nicht entspricht. Sie können deshalb viel weniger verdienen als vor dem 60. Lebensjahr. Unter diesen Bedingungen ist es nicht einfach, dass sie auch im Alter mit Zufriedenheit arbeiten können.

---

10 Nach Angaben der OECD betrug der Anteil der Erwerbstätigen ab 65 Jahren im Jahr 2017 23,0 % in Japan und 7,0 % in Deutschland.

11 Gesetz Nr. 68 aus dem Jahr 1971.

12 Vgl. MAGW, Weißbuch 2016 (in japanischer Sprache), Tokio 2016, S. 42.

Die Förderung der Beschäftigung der älteren Menschen hat überdies finanzielle Auswirkungen auf die Rentenversicherung. Die gesetzliche Rentenversicherung Japans besteht aus der Volksrentenversicherung (VRV) und der Arbeitnehmerrentenversicherung (ARV).[13] In der ARV sind Arbeitnehmer bis 70 Jahre pflichtversichert (Arbeitnehmerrentenversicherungsgesetz (ARVG)[14] § 9). Die Förderung der Beschäftigung zwischen dem 60. und 70. Lebensjahr kann deshalb die Zahl der Beitragszahler und die Beitragseinnahmen der ARV erhöhen.

Das reguläre Renteneintrittsalter der ARV liegt bei 65 Jahren (ARVG § 42 Nr. 1).[15] Die Arbeitnehmer ab 65 Jahren können deshalb neben dem Arbeitsentgelt auch die Altersrente erhalten. Aber ihr Hinzuverdienst ist begrenzt (ARVG § 46). Eine Altersrente der ARV wird in voller Höhe geleistet, wenn die Summe der Altersrente der ARV und des Arbeitsentgelts 470.000 Yen (3.615 Euro)[16] pro Monat nicht überschreitet. Wenn die Summe diese Grenze übersteigt, wird die Hälfte des überschreitenden Betrags auf die Altersrente angerechnet. In diesem System können die Ausgaben der ARV für die Altersrente reduziert werden[17], wenn mehr ältere Menschen ab 65 Jahren als Arbeitnehmer arbeiten und mehr verdienen.

Dieses System stößt aber auf Kritik: Denn es kann die Bereitschaft der älteren Menschen für eine weitere Erwerbstätigkeit schwächen und widerspricht somit gerade der Förderung der Beschäftigung älterer Menschen. Vor diesem Hintergrund wurde vorgeschlagen, die Hinzuverdienstgrenze, die für Versicherte ab 65 Jahren gilt, abzuschaffen. Aber auch dieser Vorschlag stieß auf Widerstand. Der Grund dafür ist, dass die Abschaffung dieses Anrechnungssystems die älteren Arbeitnehmer mit höherem Einkommen zu Lasten der erwerbsfähigen Generation bevorzugen würde.

D. Erhöhung der Kosten, die ältere Menschen mit höherem Einkommen tragen

Die gesetzliche Krankenversicherung (GKV) in Japan besteht grundsätzlich aus einer Arbeitnehmerkrankenversicherung (AKV) und einer Volkskrankenversicherung (VKV)[18]. Darüber hinaus wurde 2008 ein neues, eigenständiges Versicherungssystem für ältere Menschen ab 75 Jahren geschaffen. 50 % der Leistungsausgaben dieses Versicherungssystems werden vom Staat, von den Präfekturen sowie den Städten und Gemeinden, 40 % von den Versicherungsträgern der AKV und VKV und 10 % von seinen Versicherten getragen. Die Ausgabensteigerung dieses Systems führt zur Erhöhung der Beitrags- und Steuerbelastung der jüngeren Generation.

---

13 Vgl. Matsumoto K., Reformen der sozialen Sicherungssysteme in Japan und Deutschland angesichts der alternden Gesellschaft, Baden-Baden 2007, S. 88.

14 Gesetz Nr. 115 aus dem Jahr 1954.

15 Das Renteneintrittsalter der ARV wird stufenweise von 60 auf 65 Jahre angehoben.

16 1 Euro = 130 Yen.

17 Es ist zu beachten, dass lediglich ein kleiner Teil der älteren Menschen ab 65 Jahren die Hinzuverdienstgrenze überschreitet und deshalb die finanziellen Auswirkungen der Hinzuverdienstgrenze nicht so groß sind.

18 Vgl. Matsumoto (Fn. 13), S. 28.

In Japan wird seit langem ein großer Wert auf die Erhöhung der Selbstbeteiligung der Versicherten als eine Kostendämpfungsmaßnahme in der GKV gelegt[19]. Versicherte müssen heute als Selbstbeteiligung grundsätzlich 30 % der Kosten für die medizinischen Leistungen tragen. Für Versicherte ab 75 Jahren wird dieser Anteil jedoch grundsätzlich auf 10 % ermäßigt. Die Änderungsgesetze, die in den letzten Jahren verabschiedet wurden, sehen vor, den Anteil der Selbstbeteiligung für alte Versicherte mit dem Ziel zu erhöhen, die steigende finanzielle Belastung der jüngeren Generation zu dämpfen. Dies führt dazu, dass Versicherte ab 75 Jahren, deren Jahreseinkommen über 2 Mio. Yen (15.385 Euro) bzw. über 3,83 Mio. Yen (29.462 Euro) liegt, 20 % bzw. 30 % der Kosten für die medizinischen Leistungen selbst zu tragen haben.

In der GKV richtet sich die Beitragshöhe nach der finanziellen Leistungsfähigkeit des Versicherten. Die Leistungen hingegen werden Versicherten unabhängig von der Höhe der von ihnen entrichteten Beiträge gewährt. Auf diese Weise vollzieht sich in der japanischen GKV, ebenso wie in der deutschen, eine Umverteilung zwischen Versicherten mit höherem Einkommen und solchen mit niedrigerem Einkommen. Darüber hinaus hängt die Höhe der Selbstbeteiligung in der japanischen GKV von der Einkommenshöhe des Versicherten ab. Versicherte mit höherem Einkommen müssen einen größeren Anteil der Leistungskosten tragen als solche mit niedrigerem Einkommen. Auch in der gesetzlichen Pflegeversicherung (GPV) hängt die Höhe der Selbstbeteiligung vom Einkommen der Versicherten ab. Das heißt, dass ältere Menschen mit höherem Einkommen nicht nur höhere Beiträge entrichten, sondern auch beim Eintritt des Krankheits- und Pflegerisikos höhere Kosten zu tragen haben.

E. Verbesserung der Sozialleistungen für die erwerbsfähige Generation

Die erwerbsfähige Generation muss höhere Beiträge und Steuern tragen, um die mit der Überalterung der Bevölkerung einhergehenden steigenden Ausgaben für die soziale Sicherheit zu finanzieren. Der Ausbau der Sozialleistungen, die die erwerbsfähige Generation erhält, könnte dabei helfen, ihr Verständnis dafür zu gewinnen.

Es ist zu prognostizieren, dass die TFR auf 1,8 steigen würde, wenn die Wünsche von Ehepaaren nach der Zahl ihrer Kinder und die Wünsche von Ledigen nach der Heirat erfüllt würden. Tatsächlich wird die Erfüllung dieser Wünsche von verschiedenen Faktoren verhindert, z. B. dem Mangel an der Vereinbarkeit zwischen Beruf und Familie (Work-Life-Balance) oder der Belastung durch Kindererziehung. Um diese Faktoren zu beseitigen, werden verschiedene Maßnahmen ergriffen. Dazu zählen unter anderem die Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie, der Ausbau der Kapazitäten der Kindertagesstätten und die Befreiung von Gebühren für Kindergärten und -tagesstätten, die für Kinder zwischen 3 und 5 Jahren bezahlt werden müssen. Als eine Maßnahme zur Förderung der Vereinbarkeit zwischen Beruf und Familie ist beispielsweise das System des Erziehungsurlaubs und -geldes mit dem Ziel verbessert worden, die Männer mehr

19 Vgl. Matsumoto (Fn. 13), S. 37.

an der Kindererziehung zu beteiligen. Zudem werden Maßnahmen getroffen, um die Überstunden der Arbeitnehmer zu reduzieren und die Inanspruchnahme des Urlaubs zu fördern.

Die Zahl der Arbeitskräfte in Japan wird künftig erheblich abnehmen. Um diese Abnahme auszugleichen, ist es wichtig, die Bedingungen dafür zu schaffen, dass jeder, der arbeiten will, auch arbeiten kann. Dies gilt nicht nur für ältere Menschen, sondern auch für jüngere Frauen. Auch aus diesem Grund sind die Maßnahmen zur Unterstützung der erwerbstätigen Frauen von großer Bedeutung.

F. Schlussbemerkung

Wie oben bereits erwähnt, wird in der aktuellen Diskussion über die Reformen des Systems der sozialen Sicherheit in Japan die Gerechtigkeit zwischen den Generationen betont. Dies wird beispielsweise daran deutlich, dass der Vorschlag zur Abschaffung der Hinzuverdienstgrenze in der Rentenversicherung abgelehnt worden ist. Der Grund für den Vorschlag war, die Beschäftigung der älteren Menschen zu fördern. Aber in der politischen Diskussion ist die Gerechtigkeit zwischen den Generationen in den Vordergrund gerückt. Es wurde nicht für gerecht gehalten, dass ältere Arbeitnehmer mit höherem Einkommen höhere Renten bekommen können, während die erwerbsfähige Generation mehr Beiträge und Steuern tragen muss, um die steigenden Ausgaben für die ältere Generation zu finanzieren. In der Reform der GKV und GPV wurden demgegenüber Maßnahmen ergriffen, die Selbstbeteiligung der älteren Menschen mit höherem Einkommen zu erhöhen.

Diese Reformen konnten durchgeführt werden, da die meisten japanischen Bürger sie für gerecht hielten. Solche Reformen könnten weiter vorangetrieben werden, da es politisch leichter umsetzbar ist, ältere Menschen mit höherem Einkommen mehr zu belasten. Durch das Rentenreformgesetz 2004[20] wurde eine sog. „Ausgleichsrate“ in die Anpassungsformel eingeführt, die unter Berücksichtigung der Abnahme der Zahl der Versicherten und der Steigerung der Lebenserwartung berechnet wird[21]. Dies soll das Rentenniveau senken. Das heißt, dass auch Arbeitnehmer mit höherem Einkommen künftig nicht so hohe Renten im Alter erhalten können. Es ist deshalb nicht zielführend, ältere Menschen nur deshalb mehr zu belasten, um die Gerechtigkeit zwischen den Generationen zu erhöhen. Vielmehr ist es erforderlich, bei der Entscheidung die Auswirkungen der Belastung auf die Lebensumstände der älteren Menschen zu berücksichtigen.

20 Gesetz Nr. 104 aus dem Jahr 2004.
21 Vgl. Matsumoto (Fn. 13), S. 98.

Danny Pieters, Eleni De Becker and Niel Laenen, Leuven[1]

The right to social security as a standstill clause

Table of Content

A. Introduction
B. Article 23 of the Belgian Constitution
C. Article 12, § 3 European Social Charter
D. Article 1 First Additional Protocol ECHR
E. National constitutions of the European Union
F. Another way forward? The right to social security as a principle providing security
G. Conclusion

A. Introduction

The right to social security has been recognized by constitutional and international law documents as a fundamental right. The right to social security is also mentioned in Article 23 of the Belgian Constitution. In this contribution, we shall develop the idea that the way the right to social security was understood by the Belgian constitutional legislator is different from the way this right has been understood in other legal orders: the right to social security in Belgium contains, according to the constitutional legislator, a standstill clause. This position has been confirmed by the case-law of the three highest Belgian courts (Constitutional Court, Court of Cassation, and Council of State).

In this contribution, we first discuss the meaning and exact content of this standstill clause in Article 23 of the Belgian Constitution.[2] Even though the standstill principle has been recognized and applied for many years by the highest courts, some authors in the Belgian legal doctrine have identified some difficulties in applying this obligation.[3] We will also address those difficulties in our discussion.

Second, we examine to what extent European human rights instruments and the constitutional orders of other EU Member States have developed the right to social security and how it differs from the standstill clause in Article 23 of the Bel-

---

1 The three authors represent three generations in our Research Unit Europe and Social Security at the Law Faculty of the KU Leuven. In 1985, Prof. Pieters wrote a PhD thesis on the Social Fundamental Rights to Benefits in the Constitutions of the Member States of the European Community and recently became a Judge in the Belgian Constitutional Court after being a professor of Social Security Law and Comparative Law. Dr. De Becker defended a PhD thesis on the right to social security in the EU in 2018 and is now Postdoc researcher at our Institute. Drs. Laenen joined our team in 2019. We also express our gratitude for the useful comments and remarks from W. Verrijdt, who, at the time of the drafting of this contribution in December 2021, worked as a law clerk for the Belgian Constitutional Court. W. Verrijdt was appointed a judge of the Constitutional Court in March 2022.

2 Article 23 of the Belgian Constitution also contains a legality principle. This principle will not be discussed further in this contribution, see however: H. BORTELS and D. BIJNENS, „Het recht op een menswaardig leven in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof – stilstand of vooruitgang?" in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS and W. VERRIJDT, (eds.) Semper perseverans. Liber amicorum André Alen, Antwerpen, Intersentia, 2020, 611–625.

3 See our discussion concerning Article 23 of the Belgian Constitution.

gian Constitution.[4] In our discussion of the European human rights instruments, we take a look at two instruments of the Council of Europe, namely Article 12, § 3 of the European Social Charter (hereinafter: 'ESC') and Article 1 of the First Additional Protocol to the European Convention on Human Rights (hereinafter: 'AP ECHR').

We conclude this contribution by looking back at the conclusions formulated in a previous research project carried out together with the Max Planck Institute for Foreign and International Social Law (Munich) titled „Security: a General Principle of Social Security Law in Europe" (2009).[5] In Belgium, as well as in various other countries and international instruments, judges are asked more and more to review the compatibility of reform measures with the right to social security. The study on the principle of Security as a General Principle of Social Security Law has developed a series of principles for states to take into account when reforming social security schemes and social security rights. We will look at this principle of security to further reflect on the standstill clause in Belgium.

B. Article 23 of the Belgian Constitution

Article 23 of the Belgian Constitution reads as follows[6]:

„Everyone has the right to lead a life in keeping with human dignity.

To this end, the laws, federate laws and rules referred to in Article 134 guarantee economic, social and cultural rights, taking into account corresponding obligations, and determine the conditions for exercising them.

These rights include among others:

[...] .

2° the right to social security [...]."

The lengthy discussions in the constituent assembly show that it was not the intention of the drafters of this provision to create an enforceable subjective right to social security for individuals, but rather to read in it a standstill clause.[7] The standstill clause gives the legislator a wide margin of appreciation related to social policy[8], but it also ensures that social protection cannot simply be phased out or be reduced drastically.[9] Moreover, it obliges the legislator to motivate new

4 For this comparative analysis, we built on the previous (doctoral) research conducted by E. De Becker: E. DE BECKER, Het recht op sociale zekerheid in de Europese Unie: een rechtsvergelijkende analyse op basis van het Europees Sociaal Handvest, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de constitutionele tradities gemeen aan de lidstaten, Brugge, die Keure, 2019, 453 p.

5 U. BECKER, D. PIETERS, F. ROSS and P. SCHOUKENS (eds.), Security: a general principle of social security law in Europe, Groningen, Europa Law Publishing, 2010, 649 p.

6 In the English translation of the Chamber of Representatives: www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/publications/constitution/GrondwetUK.pdf.

7 Belgian Senate, Special Session 1991–92, doc. no. 100–2/3°, 13; W. PAS, „Kan standstill op hol slaan? Een reflectie over de herijking van de standstillwerking van artikel 23 Gw." in A. WIRTGEN (ed.), Liber amicorum Marnix Van Damme, Brugge, die Keure, 2021, 81; see also Constitutional Court, 31 May 2018, no. 62/2018, B.7.3.

8 See for example: Constitutional Court, 3 June 2021, 79/2021, B.5.4.

9 W. PAS, „Kan standstill op hol slaan? Een reflectie over de herijking van de standstillwerking van artikel 23 Gw." in A. WIRTGEN (ed.), Liber amicorum Marnix Van Damme, Brugge, die Keure, 2021, 84.

measures adequately taking into account the right to social security.[10] An important aspect of Article 23 is also the link between the fundamental rights in this provision and the corresponding obligations, including the obligation for each individual to contribute to the social and economic progress of society.[11]

The precise content of the standstill obligation has been defined further by the Belgian Constitutional Court.[12] The Constitutional Court's definition is taken over by the other Belgian highest ordinary and administrative courts, the Court of Cassation[13] and the Council of State[14], respectively. The standstill obligation in Article 23 of the Constitution prohibits the federal and federated state legislators from significantly reducing the protection level provided by the applicable legislation unless such reductions can be justified due to reasons of general interest.[15] Sometimes reference is also made in case-law to a proportionality test, as part of the standstill clause. This means that the new legislation should not only serve the general interest but that it should also comply with the principle of proportionality.[16] The application of the principle of proportionality as part of the standstill clause seems to be at odds with the original intention of the constitutional legislator.[17]

The standstill clause is based on the premise that a legislator remains free within his broad margin of appreciation to adjust his social security policy: to give another interpretation would make any policy change impossible.[18] This clause could then even have a „chilling effect" on the legislator: the legislator knows that, if he increases the current level of protection, this level then becomes the new reference point from which he may no longer bring about any significant reduction without a reason of general interest. The standstill clause can therefore actually lead to a more careful approach from the legislator in providing a higher level of protection.

---

10 D. DUMONT, „Le principe de standstill comme instrument de rationalisation du processus législatif en matière sociale", JT 2019, 602 en 627.

11 Constitutional Court, 21 May 2015, no. 67/2015, B.10.1. and B.10.2.; H. BORTELS and D. BIJNENS, „Het recht op een menswaardig leven in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof – stilstand of vooruitgang?" in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS and W. VERRIJDT, (eds.) Semper perseverans. Liber amicorum André Alen, Antwerpen, Intersentia, 2020, 614.

12 See, for example, Constitutional Court 6 October 2016, no. 125/2016, B.22; Constitutional Court 31 May 2018, no. 62/2018, B.8.2 et seq. or Constitutional Court 17 December 2020, no. 162/2020, B.47.

13 See, for example, Court of Cassation 14 September 2020, no. S. 18.0012.

14 See, for example, Council of State 18 January 2008, no. 178.667; However, the Council of State sometimes seems to apply a more far-reaching reading of the standstill principle: A. VANDAELE and J. GEYSENS, „Het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu van artikel 23 van de grondwet: een verandering van klimaat in de rechtspraak?" in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS and W. VERRIJDT, (eds.) Semper perseverans. Liber amicorum André Alen, Antwerpen, Intersentia, 2020, 824.

15 W. PAS, „Kan standstill op hol slaan? Een reflectie over de herijking van de standstillwerking van artikel 23 Gw." in A. WIRTGEN (ed.), Liber amicorum Marnix Van Damme, Brugge, die Keure, 2021, 82.

16 H. BORTELS and D. BIJNENS, „Het recht op een menswaardig leven in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof – stilstand of vooruitgang?" in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS and W. VERRIJDT, (eds.) Semper perseverans. Liber amicorum André Alen, Antwerpen, Intersentia, 2020, 620–621.

17 See also the following references in the case law of the Constitutional Court: Constitutional Court 31 May 2018, no. 62/2018, B.7.1.-B.7.5. and Constitutional Court 4 April 2019, 49/2019, B.9.2.-B.9.3.

18 See for example: Constitutional Court 15 June 2017, no. 75.2017, B.6; see for an overview also: W. PAS, „Kan standstill op hol slaan? Een reflectie over de herijking van de standstillwerking van artikel 23 Gw." in A. WIRTGEN (ed.), Liber amicorum Marnix Van Damme, Brugge, die Keure, 2021, 620–621.

If we look further into the standstill clause and the current case law, a few points are worth noting. The standstill clause is said to be dynamic and relative[19]: dynamic as it offers no level of protection as a fixed starting point[20], relative as there remains a possibility to reduce the level of protection when reasons of general interest require so.[21] What makes the standstill clause of Article 23 of the Belgian Constitution quite peculiar is that in fact, it leads to the testing of the constitutionality of a law, by comparing that law not to the constitutional provision itself, but rather by comparing it to another, older law, i. e. the one governing the situation before the new statute was adopted.[22] This test does not include examining whether the new legislation better fulfills the goals pursued by the older legislation. It merely consists of comparing the level of protection offered by both laws.[23] This point of view is not to be found in international instruments, such as the standstill provision in Article 28 of the Convention on the Rights of the Child concerning the right to education.[24]

The current reading of the standstill clause also means that reform measures and the objectives pursued are always considered in the light of the older law rather than the right to social security itself. By only looking at the older law, the protection of Article 23 of the Belgian Constitution seems to be limited to the legislation in force at that time. The scope of the right to social security, however, should be broader than the legislation in force, as the right to social security is rather an evolutive concept and should reflect the current societal changes as well as the financial and social sustainability of the whole system in light of which new reforms have to be evaluated. As already pointed out by PAS, this makes the standstill clause also particularly difficult to apply to far-reaching or fundamental reforms that have to be seen in the light of a broader set of measures where certain negative effects can be compensated by other legislation.[25] Furthermore, it is also unclear to what extent the notion of older legislation also includes previous

---

19 L. GOOSSENS, „Het grondrecht op sociale zekerheid en sociale bijstand: dammen tegen de afbouw van de sociale welvaartsstaat"?, RW 2014–15, 805–807; W. PAS, „Kan standstill op hol slaan? Een reflectie over de herijking van de standstillwerking van artikel 23 Gw." in A. WIRTGEN (ed.), Liber amicorum Marnix Van Damme, Brugge, die Keure, 2021, 82.

20 Council of State 8 September 2015, no. 58.073/1/V; W. PAS, „Kan standstill op hol slaan? Een reflectie over de herijking van de standstillwerking van artikel 23 Gw." in A. WIRTGEN (ed.), Liber amicorum Marnix Van Damme, Brugge, die Keure, 2021, 82–83.

21 Council of State 24 January 2014, no. 54.820/1; W. PAS, „Kan standstill op hol slaan? Een reflectie over de herijking van de standstillwerking van artikel 23 Gw." in A. WIRTGEN (ed.), Liber amicorum Marnix Van Damme, Brugge, die Keure, 2021, 83.

22 See, for example, Constitutional Court 6 October 2016, no. 125/2016, B.22. See, in a similar sense, W. PAS, „Kan standstill op hol slaan? Een reflectie over de herijking van de standstillwerking van artikel 23 Gw." in A. WIRTGEN (ed.), Liber amicorum Marnix Van Damme, Brugge, die Keure, 2021, 86.

23 L. GOOSSENS, „Het grondrecht op sociale zekerheid en sociale bijstand: dammen tegen de afbouw van de sociale welvaartsstaat"?, RW 2014–15, (803) 805; G. MAES, „Het standstillbeginsel in verdragsbepalingen en in art. 23 G. W.: progressieve (sociale) grondrechtenbescherming", RW 2005–06, 1081–1083.

24 See also: W. PAS, „Kan standstill op hol slaan? Een reflectie over de herijking van de standstillwerking van artikel 23 Gw." in A. WIRTGEN (ed.), Liber amicorum Marnix Van Damme, Brugge, die Keure, 2021, 89.

25 W. PAS, „Kan standstill op hol slaan? Een reflectie over de herijking van de standstillwerking van artikel 23 Gw." in A. WIRTGEN (ed.), Liber amicorum Marnix Van Damme, Brugge, die Keure, 2021, 90–91; see however, H. BORTELS and D. BIJNENS, „Het recht op een menswaardig leven in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof – stilstand of vooruitgang?" in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS and W. VERRIJDT, (eds.) Semper perseverans. Liber amicorum André Alen, Antwerpen, Intersentia, 2020, 619.

reform measures, for example when several consecutive amendments to a social security scheme lead to an overall drastic reduction in the level of social protection offered by that scheme.[26] More importantly, a clear-cut definition on what entails a „significant" reduction has not been developed yet in case-law.[27] One could wonder, however, to what extent the judiciary can (or should) provide a clear definition, as the answer to this question is always heavily dependent on the legislation in question and the context of the proposed measure (e. g. the impact on vulnerable groups, etc.).

C. Article 12, § 3 European Social Charter

The European Social Charter is an instrument containing economic and social rights and was adopted in 1961[28] in the framework of the Council of Europe. The European Committee of Social Rights (hereinafter: the 'ECSR') is responsible for the supervision of compliance with the ESC.[29]

Article 12 ESC does not contain an individual right to social security but is constructed as a fourfold obligation. Paragraph 3 of this provision reads as follows:

„With a view to ensuring the effective exercise of the right to social security, the Parties undertake […] to endeavour to raise progressively the system of social security to a higher level."

Article 12, § 3 ESC clearly contains a progressive obligation for Member States to gradually increase the level of social protection in their social security systems. Whereas this article reads as a stimulus to increase the level of social protection, restrictions to social security rights will not automatically constitute a violation of this provision.[30] Hence, Article 12 § 3 ESC also has a conservative aspect, laying down a duty on states to justify reform measures (with a negative impact on social security rights).

Over the years, the ECSR has developed the following test when reviewing national reform measures: a measure should aim to preserve the national social security system; measures that dismantle the social security system (extensively) are not allowed. Moreover, the ECSR reviews whether the national measure pursues a legitimate aim (e. g. the maintenance of the national social security system) and whether the measure is proportionate to achieve the set-out aim.

---

26 See also: I. HACHEZ and S. VINCENT, „Principe de standstill et droit à l'accueil des demandeurs d'asile. De l'abc d'une méthodologie à l'allégorie de la grenouille", APT 2015, 80.

27 See A. VANDAELE and J. GEYSENS, „Het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu van artikel 23 van de grondwet: een verandering van klimaat in de rechtspraak?" in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS and W. VERRIJDT, (eds.) Semper perseverans. Liber amicorum André Alen, Antwerpen, Intersentia, 2020, 823.

28 A revised version was adopted in 1996.

29 Different from the ECHR, the ESC does not have an effective treaty control mechanism in place. The ECSR is a quasi-judicial body that can review Member States' policies in light of the ESC via a reporting procedure and a collective complaint procedure.

30 ECSR, Right to Social Security, Conclusions XIII-4, 143 and 150 and ECSR, General Introduction, Conclusions XIV-1, 46.

The ECSR has previously accepted as a legitimate aim a measure that tries to consolidate public finances or measures that address demographic changes or changes to employment structures to ensure the viability of the social security system.[31] In its proportionality test, the ECSR stresses that social security systems cannot be reduced to a system of social assistance. Member States are still required to ensure the maintenance of a basic compulsory social security system that is sufficiently extensive.[32] They should take into account the situation of vulnerable groups, as well as the cumulative effect that several reforms may have on legitimate expectations of individuals, and the living standards and the living conditions of those individuals. The ECSR also underlines the need for well-reasoned decision-making by the legislator: sufficient attention should go to the decision-making process where, e. g., the different social security rights, the position of vulnerable groups, and the need for economic reform are taken into account.[33]

From our discussion of the ESC, it becomes clear that the ECSR tries to find a balance between the duty to progressively raise the level of social protection, the large margin of appreciation of the legislator, and the need in some cases to implement reforms. The legislator will need to show that the law still offers adequate social protection and respects the essence of the national social security system, whilst also taking into account the financial sustainability of the overall social security scheme. From the conclusions and the collective complaints procedure of the ECSR, it becomes clear that the Committee does not review measures in light of previous legislation, but rather reviews new or planned reform measures in light of the right to social security.

D. Article 1 First Additional Protocol ECHR

Next to Article 12 § 3 ESC and the principles developed by the ECSR, the European Court of Human Rights (hereinafter: 'ECtHR') has also developed some principles in its case law regarding the restriction of social security rights under the right to property protection (Article 1 AP ECHR). This provision reads as follows:

„Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law."

According to the ECtHR, social security entitlements also fall within the scope of Article 1 AP ECHR when an individual has an assertable right to or a legiti-

31 ECSR, Right to Social Security, Conclusions XIII-4, 139; ECSR, General Introduction, Conclusions XIV-1, 48 and ECSR, collective complaint no. 43/2007, para. 42; see for more references: E. DE BECKER, „The (Possible) Role of the Right to Social Security in the EU Economic Monitoring Process", GLJ 2016, 299.

32 ECSR, Right to Social Security, Conclusions XIII-4, 143–44 and ECSR, collective complaint no. 43/2007, para. 41–42; see for more references: E. DE BECKER, „The (Possible) Role of the Right to Social Security in the EU Economic Monitoring Process", GLJ 2016, 299.

33 E. DE BECKER, Het recht op sociale zekerheid in de Europese Unie: een rechtsvergelijkende analyse op basis van het Europees Sociaal Handvest, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de constitutionele tradities gemeen aan de lidstaten, Brugge, die Keure, 2019, 106.

mate expectation of a social security benefit.[34] In essence, this article also protects individuals against the deprivation of their social security rights. This does not mean, however, that states are no longer free to choose the amount of the benefit under the national social security scheme.

The ECtHR applies a threefold test[35]: restrictions on social security rights must (i) be determined by law, (ii) pursue a legitimate aim (for example, the financial sustainability of the national pension scheme)[36] and (iii) be proportionate[37]. The latter means that a measure should not constitute an individual and an unreasonable burden[38], or should not totally divest someone from their means of subsistence, e. g. by taking away completely one's pension rights.[39] Furthermore, the ECtHR also stresses the importance of transition periods and introducing new measures in a phased and partial way to mitigate the effects of new regulations; the position of vulnerable groups should also be taken into account by the legislator.

Finally, the ECtHR's scrutiny of national measures in light of Article 1 AP ECHR is marginal and the Court provides Member States a large margin of appreciation in the field of social policy. The ECtHR also takes into account the specific nature of the social security system as a system based on solidarity, as well as the legitimate expectations of individuals and the public interest.[40] Those elements can thus also be invoked in order to justify certain reforms/restrictions of/on social security rights. The case law developed by the ECtHR is, to a certain extent, similar to what we found at the level of the ESC.

---

34 ECtHR, Stec v. United Kingdom, app. no 65731/01 and 65900/01 (admissibility decision); see for more references: E. DE BECKER, „The (Possible) Role of the Right to Social Security in the EU Economic Monitoring Process", GLJ 2017, 300.

35 Article 1 of Protocol No. 1 comprises three distinct rules. The first rule, set out in the first sentence of the first paragraph, is of a general nature and enunciates the principle of the peaceful enjoyment of property. The second rule, contained in the second sentence of the first paragraph, covers only deprivation of „possessions" and subjects it to certain conditions. The third rule, stated in the second paragraph, recognizes that the Contracting States are entitled, inter alia, to control the use of property in accordance with the general interest. The ECtHR considers restrictions of social security rights under this „third rule" and applies a proportionality test to those restrictions: see also ECtHR, Guide on Article 1 of Protocol no. 1 to the European Convention on Human Rights: protection of property, p. 19, www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf.

36 See for example: ECtHR, Valkov v. Bulgaria, app. no. 72636/01, para. 92.

37 ECtHR, Valkov v. Bulgaria, app. no. 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05 and 2041/05, para. 84; ECtHR, Carson v. United Kingdom, app. no. 42184/05, para. 64; see for more references: E. DE BECKER, „The (Possible) Role of the Right to Social Security in the EU Economic Monitoring Process", GLJ 2017, 300.

38 See ECtHR, Asmundsson v. Iceland, app. no. 60669/00, para. 45; ECtHR, Hoogendijk v. the Netherlands, app. no. 58641/00 and also ECtHR, Adedy v. Greece, app. no. 57665/12 and 57657/12, para. 46.

39 See ECtHR, Valkov v. Bulgaria, app. no. 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05 and 2041/05, para. 97; see also ECtHR, Wieczorek v. Poland, app. 18176/05, para. 71.

40 See also ECtHR, Da Conceicao Mateus and Santos Januario, v. Portugal, app. nos. 62235/12 and 57725/12; see also: Commentary on Article 1 Additional Protocol ECHR, p. 58 ff. www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf.

E. National constitutions of the European Union

Social rights can be found in the constitutions of the majority of EU Member States. These fundamental rights are, however, not equally developed in all countries, which can be brought back to the traditional debate about the enforceability of (fundamental) social rights. This debate will not be discussed further in this contribution[41]; we will, however, briefly present some comparative examples to show how the right to social security is applied in other constitutional orders.

No strict standstill clause can be derived from the right to social security in the other EU Member States. It thus remains possible for the legislator to introduce adjustments, also to the detriment of the protected persons, to the national social security scheme. In reviewing such reforms, the responsible judiciary often applies a principle of proportionality as part of the right to social security. In the national examples, we see that the legislator is always granted a broad margin of appreciation. Different from the Belgian standstill clause, reforms to social security schemes are reviewed in light of the right to social security and the overall protection stemming from the social security system.

For example, the Italian Constitutional Court has repeatedly emphasized that the interpretation of the right to social security is relative and that, consequently, the rights arising from it may (or must) be interpreted differently over time.[42] Hence, reforms to the social security system are possible, and shall be reviewed in light of the right to social security, taking into account the protection provided by the Italian system after the proposed reform. The Italian Constitutional Court has, however, been criticized in recent years for seemingly giving priority to economic considerations and for the wide policy margin granted to the legislature.[43]

The Latvian Constitutional Court also had to examine on multiple occasions the compatibility of reform measures with the right to social security. The Latvian Constitutional Court even stressed the need for the legislature to take the necessary measures in time to meet (current and future) economic and demographic risks.[44]

The examples from Italy and Latvia show that in those jurisdictions that opt for a proportionality test as part of the right to social security a balance must be struck between economic interests and the right to social security. Similar to the cited European examples, it is assessed whether the measures pursue a legitimate aim. Economic motives, such as the financial sustainability of the social security

---

41 See however: E. DE BECKER, Het recht op sociale zekerheid in de Europese Unie: een rechtsvergelijkende analyse op basis van het Europees Sociaal Handvest, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de constitutionele tradities gemeen aan de lidstaten, Brugge, die Keure, 2019, 267 ff.

42 Constitutional Court (Italy), dec. no. 342/2002, 8 July 2002 and M. D'ONGHIA, Diritti previdenziali e compatibilita economica nella giurisprudenza costituzionale, Bari, Cacucci, 2013, 140.

43 See for an overview: D. TEGA, „Welfare Rights and Economic Crisis Before the Italian Constitutional Court", EJSL 2015, 70–72; see also Constitutional Court (Italy), dec. no. 264/2012, 19 November 2012 and M. D'ONGHIA, Diritti previdenziali e compatibilita economica nella giurisprudenza costituzionale, Bari, Cacucci, 2013, 135 en 138.

44 Constitutional Court (Latvia), dec. no. 2010–21-01, 1 December 2010 and Constitutional Court (Latvia), dec. no. 2009–43-01 and the discussion in R. BALODIS and J. PLEPS, „Financial Crisis and the Constitution in Latvia" in X. CONTIADES (ed.), Constitutions in Global Financial Crisis: a Comparative Analysis, Farnam, Ashgate, 2013, 108–109.

system, are an example of such a legitimate aim. In addition, the measure must be necessary to achieve the aim pursued. Although often a broad discretion is granted to the legislator in the field of social security, there are some principles that we see coming back in the case-law of the EU Member States. The need for a thoroughly considered and motivated decision-making process is often stressed, as well as the need to take into account legitimate expectations, transition periods, and protective measures for vulnerable groups.[45] The specific nature of social security schemes is also taken into account: the principle of solidarity can justify why certain reforms have a larger impact on certain groups (e. g. persons with higher incomes).[46] Similarly, the notion of equivalence is also mentioned in some case-law: benefits in social insurance schemes where contributions have been paid dependent on one's (professional) income should also reflect those paid contributions. Far-reaching adjustments or changes cannot (totally) diminish this link.[47]

Different from other countries, the Portuguese Constitutional Court did originally read a prohibition of regression in the right to social security.[48] The Court has since nuanced this view, as it did not prove workable in practice if the legislator could not alter (in a negative way) social security rights.[49] Consequently, in subsequent case-law, the Court rather tends to work with general principles of law, such as the principles of legal certainty and proportionality, and not the right to social security.[50] Additionally, the protection of legitimate expectations also plays an important role: in the past, the Court struck down the public pension system's reform on the ground of the principle of the protection of legitimate expectations.[51]

Remarkably, in recent years, the Portuguese Constitutional Court falls back on general principles of law, which seem to offer more freedom to assess social security reforms than the right to social security. The principles of law applied by the Constitutional Court (proportionality, legitimate expectations, legal certainty, etc.) can also provide content to develop the right to social security, as is also

45 E. DE BECKER, Het recht op sociale zekerheid in de Europese Unie: een rechtsvergelijkende analyse op basis van het Europees Sociaal Handvest, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de constitutionele tradities gemeen aan de lidstaten, Brugge, die Keure, 2019, 225.

46 See for examples in the EU Member States: E. DE BECKER, Het recht op sociale zekerheid in de Europese Unie: een rechtsvergelijkende analyse op basis van het Europees Sociaal Handvest, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de constitutionele tradities gemeen aan de lidstaten, Brugge, die Keure, 2019, 235.

47 Council of State (Greece), 1891/2019, 4 October 2019; see also for other examples: E. DE BECKER, Het recht op sociale zekerheid in de Europese Unie: een rechtsvergelijkende analyse op basis van het Europees Sociaal Handvest, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de constitutionele tradities gemeen aan de lidstaten, Brugge, die Keure, 2019, 234–235.

48 Constitutional Court (Portugal), no. 39/84, 11 April 1984 and the discussion in E. DE BECKER, Het recht op sociale zekerheid in de Europese Unie: een rechtsvergelijkende analyse op basis van het Europees Sociaal Handvest, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de constitutionele tradities gemeen aan de lidstaten, Brugge, die Keure, 2019, 220.

49 Constitutional Court (Portugal), no. 3/2010, 6 January 2010.

50 C. FASONE, „Constitutional Courts Facing the Euro-crisis: Italy, Portugal and Spain in a Comparative Perspective", EUI Working Papers/ Law 214/25, 45–48.

51 Constitutional Court (Portugal), no. 572/2014, 14 August 2014; see also: M. CANOTILHO, T. VIOLANTE and R. LANCEIRO, „Austerity Measures Under Judicial Scrutiny: the Portuguese Constitutional Case Law", EUConst. 2015, 175–176.

mentioned in certain legal doctrine.[52] That way, the right to social security can provide a certain framework against which reform measures are tested and reviewed in the broader legal framework.

Also, in the other EU Member States, we can find this interaction between general principles of law and the right to social security. The following statement of the Polish Constitutional Court summarizes the interaction mentioned above: as with other fundamental rights, the right to social security is further developed by general principles of law. Indeed, fundamental rights in the Constitution are accompanied by several procedural and institutional provisions, typical for the democratic legislative process, which further shapes the relationship between the legislature and the judiciary.[53]

Moreover, the case-law in the other EU Member States also often refers to the idea of „core protection" as part of the right to social security.[54] This idea of core protection implies an absolute limit for the legislator's margin of appreciation. This means that the legislature cannot simply erode the protection offered by the right to social security. The more far-reaching a restriction, the more importance is attached to a proper justification. Although this notion of core protection is mentioned frequently, we do see that it is difficult to apply as it remains unclear how this concept should be defined.[55] In practice, we often find a short reference to this idea of core protection, after which the competent judge applies a proportionality test as part of the right to social security. The Spanish Constitutional Court seems to apply a very strict interpretation of this notion of core protection: the content of the right to social security even seems to be limited to this core protection, as adjustments and changes are in most cases considered permissible, taking into account the large discretion of the legislator; it is only in the case of far-reaching measures or the complete phasing out of social protection, that there may be a violation of the right to social security.[56]

---

52 See also: P. O'CONNELL, Vindicating Social Rights: International Standards and Comparative Experiences, New York, Routledge Research in Law, 188; X. CONTIADES and A. FOTIADOU, „How Constitutions Reacted to the Financial Crisis" in X. CONTIADES (ed.), Constitutions in the Global Financial Crisis, A Comparative Analysis, Farnam, Ashgate, 2013, 33 concerning the proportionality principle and see also King on the importance of respecting fundamental social rights in the decision-making process and the principles that can arise from those rights: J. KING, Judging Social Rights, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 107.

53 Constitutional Court (Poland), dec. No. K 9/12, 19 december 2012, par. 179 and A. JARON, Socio-Economic Constitutional Rights in Democratization Processes: An Account of the Constitutional Dialogue Theory, Frankfurt Am Main, Peter Lang, 2012, 57; see also E. DE BECKER, Het recht op sociale zekerheid in de Europese Unie: een rechtsvergelijkende analyse op basis van het Europees Sociaal Handvest, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de constitutionele tradities gemeen aan de lidstaten, Brugge, die Keure, 2019, 225.

54 E. DE BECKER, Het recht op sociale zekerheid in de Europese Unie: een rechtsvergelijkende analyse op basis van het Europees Sociaal Handvest, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de constitutionele tradities gemeen aan de lidstaten, Brugge, die Keure, 2019, 222–223.

55 See also E. DE BECKER, Het recht op sociale zekerheid in de Europese Unie: een rechtsvergelijkende analyse op basis van het Europees Sociaal Handvest, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de constitutionele tradities gemeen aan de lidstaten, Brugge, die Keure, 2019, 225, where the author has tried to further develop this notion.

56 Constitutional Court (Spain), no. 213/2005, 21 July 2005 and J. GARCIA ROCA, „Constitutional Principles Regarding the Spanish Social Security System: A Citizen's Right", Revista de Derecho Politico 2014, 76 and V. FERRERES COMELLA, The Constitution of Spain: A Contextual Analysis, Oxford, Hart Publishing, 2013, 240.

F. Another way forward? The right to social security as a principle providing security

In 2009, the Max Planck Institute for Foreign and International Social Law (Munich) and the Research Unit Europe and Social Security (KU Leuven) conducted a joint research project examining Security as a General Principle of Social Security Law in Europe. The principles identified in the voluminous publication which resulted from this fruitful cooperation can help us to identify better what a constitutional right to social security could entail. Taking into account the specific characteristics of social security, such a principle of security could prove more appropriate than a standstill clause or even a right to property.

We have quoted some of the conclusions made more than a decade ago in relation to the principle of security, as they may shed new light on how to understand better a constitutional right to social security:

„First of all, we could say that 'security' could be seen as an emerging constitutional principle of European law, in that sense that explicitly or implicitly the constitutional orders of the member states recognize a responsibility of the states to provide existence security to the people living under their jurisdiction. How this is realized may take different forms, ranging from a very comprehensive social security system to a limited number of social insurance or social assistance schemes. However, what is for sure: no state can take the attitude that the citizens have completely to take care of themselves and that if they cannot: bad luck! In this way, the legal principle of 'security' as we mean it here, can be seen as the legal translation of the 'freedom of need' of the Philadelphia Declaration, pillar of the Allied ideology during World War II and foundation of the United Nations.

On a second level, the principle of 'security' can be seen as the duty of the state not only to take care of the people but also to do so in a particular way when their concrete means of existence today and tomorrow are at stake. Again, a state cannot simply say: we change the law and you are the [loser], just bad luck! Reforms of the social security system have to take into account the individually acquired rights and raised legitimate expectations. In the principle of security understood in this way general principles of law such as the rule of law, legal security, trust, equality, and proportionality meet. As such the principle of security urges those who want to change (for the worse) the future social security law conditions, benefits, and contributions will have to make sure that they reflect on how to operate the legislative change without eroding completely the security element specific to social security.

Having said so, at the same time our comparative overview makes very clear that the security principle finds its limits in the duty, not only the right, of states to adapt the social security systems to the ever-changing needs. But in doing so, one will have to make that the individual positions acquired or in way of acquisition are not unduly changed in a way detrimental to the socially protected.

In the previous sentence, the keyword obviously is 'unduly'; the legal test will often be operated by checking that the infringement of the acquired right or legitimate expectation is objectively justified and not disproportional with the goal which is pursued. A reform in social security reducing what an individual or

mostly a group of individuals may expect from social security can be tested on its objective justification grounds and its proportionality. This may be done on the own merits of the case of the concerned individuals; mostly however it will also lead to an implicit comparison between the situation of the concerned individual or group and other groups concerned. As such this makes that very often the security principle will be very close to the principle of equality, as will be examined whether the reform does not unduly [put] a burden on the shoulders of some concerned persons or groups (the 'victims of the reform'), whereas it does not do so for comparable other groups.

The security principle may lead to a 'stand still' imperative, but will not do so when the social security system is changed in a way justified on objective grounds and proportionally to the pursued goal; essential will also often be that all concerned groups will be affected equivalently by the reform disregarding the standstill. In other words, whereas the security principle may in a first step entail a standstill clause, the latter may be overruled as far as all concerned persons suffer in an equivalent way of the raising of the contributions, the restrictions in the benefit conditions, or the lowering of the benefits."[57]

The principle of security requires states to develop a system of social protection: it is up to the legislator to decide how to design and shape social security legislation, taking into account the wide discretion he has in this domain. The principle of security also entails a duty for the legislator to respect this principle of security when adopting or changing legislation. A strict standstill obligation in the form of a ban on amending legislation cannot be derived from the principle of security, but it does set out through general principles of law (such as proportionality, legitimate expectations, etc.) the beacons that the legislator must observe when introducing changes to social security rights.

G. Conclusion

Article 23 of the Belgian Constitution contains a list of social and economic rights. Like other constitutional examples and the ESC, the right to social security contains a duty for the legislator to ensure an adequate level of social protection. Part of the debate when including these social and economic rights in the Belgian constitution was the justiciability of these rights. According to the constitutional legislator, this constitutional provision does not have a direct effect but contains an (implicit) standstill obligation.[58] This position has been confirmed later by the case-law of the three highest Belgian courts. The standstill obligation lays down a framework to review reform measures in light of the social and economic rights

57 B. DE MARS, D. PIETERS and P. SCHOUKENS, „Security as General Principle of Social Security Law in Europe: Conclusions on Legislative Aspects" in U. BECKER, D. PIETERS, F. ROSS and P. SCHOUKENS (eds.), Security: a General Principle of Social Security Law in Europe, Groningen, Europe Law Publishing, 2010, 633–634.

58 Belgian Senate, Special Session 1991–92, doc. no. 100–2/3°, 13; W. PAS, „Kan standstill op hol slaan? Een reflectie over de herijking van de standstillwerking van artikel 23 Gw." in A. WIRTGEN (ed.), Liber amicorum Marnix Van Damme, Brugge, die Keure, 2021, 81; see also Constitutional Court, 31 May 2018, no. 62/2018, B.7.3.

listed in Article 23 of the Belgian Constitution. From our comparative analysis, it becomes clear that other Constitutional Courts and European supervisory bodies had to clarify the role the right to social security can play in reviewing measures restricting social rights as well. With the idea of Security as a General Principle of Social Security Law, we have also tried to develop a framework to deal with reform measures and (already acquired) social security rights.

Our (brief) comparative study has shown that other legal orders have taken a different approach towards the review of reform measures in light of the right to social security. This was also the case for our study on Security as a General Principle of Social Security Law. Although we find a broad margin of appreciation for the legislator in all the different examined legal orders, the test to review reform measures differs. In the comparative examples, the test applied is shaped by a proportionality principle. In Belgium, a different approach has been chosen by the constitutional legislator, who explicitly clarified that the social and economic rights listed in Article 23 of the Belgian Constitution contain a standstill obligation: we are hence not completely at liberty to deviate from the original intention of the legislator, as it was clearly the intention to develop a different judicial review for the social and economic rights compared to civil and political rights in the Belgian Constitution. More importantly, when looking at examples from other legal orders, we cannot simply transpose (elements of) that approach to the Belgian legal order. This would e. g. be the case if we would introduce the proportionality principle as part of the standstill clause, as this was clearly not the intention of the constitutional legislator.

Nevertheless, our analysis of the standstill clause in Article 23 of the Belgian Constitution has made it clear that this test is not always easy to apply in practice, e. g. when it concerns fundamental reforms in social security law. Similarly, it is unclear how the standstill clause has to be applied when the legislator has introduced different subsequent reforms. The comparative examples may offer a solution and can provide some lessons. It is especially the current dynamic and relative character attributed to the standstill clause of Article 23 of the Belgian Constitution that calls for reconsideration.

As far as the dynamic character of the standstill protection is concerned: perhaps the new law should not be tested against the previous law. We should rather examine the overall realization of the right to a dignified life by the whole social protection system before and after the challenged legislation. That way, reform measures are not only reviewed in light of the previous legislation but in light of the right to social security, which can evolve and change over time taking into account societal changes, changes in labor markets, previous reform measures, and the financial and social sustainability of the national social security system, etc.

As far as the relative character of the standstill protection is concerned: we wonder whether there should be a fundamental nucleus of the right to social security, as an absolute barrier for the legislator. This notion is not entirely new for the Belgian Constitutional Court, as we can find (implicit) examples of this reasoning

in earlier case law.[59] This would also mean that the legislator's margin of appreciation will be less broad when reform measures would touch upon this fundamental nucleus. Of course, the different roles of the judiciary and the legislator have to be respected when applying this notion of core protection. Whilst the choices (e. g. developing the exact content of this nucleus) are the legislator's to make, how those choices are made, as well as how they are expressed, can be reviewed by the judiciary taking into account a broad margin of appreciation for the legislator.

From our comparative analysis and when looking back at previous research („Security as a General Principle of Social Security Law"), it becomes clear that the standstill clause in Belgium is rather unique. As this contribution also made clear, the current application of this standstill clause is not always (easily) workable in practice. For that reason, we have tried to address some of the current difficulties when applying the standstill clause by reflecting on how other constitutional and European orders and other legal doctrines try to provide a framework in reviewing reform measures and (already acquired) social security rights. That way, the standstill provision in the Belgian legal order can be recalibrated, making it possible to reach a more equilibrated result. This goes to show how maintaining national constitutional specificity and inspiration by comparative law can go hand in hand.

59 See for an overview: W. PAS, „Kan standstill op hol slaan? Een reflectie over de herijking van de standstillwerking van artikel 23 Gw." in A. WIRTGEN (ed.), Liber amicorum Marnix Van Damme, Brugge, die Keure, 2021, 93.

Hans-Joachim Reinhard, Fulda

Ingreso Mínimo Vital in Spanien: Eine Lücke wird geschlossen[1]

Inhaltsübersicht

A. Einleitung
B. Entwicklung des spanischen Sozialrechts
  I. Anfänge bis zur Francodiktatur
  II. Die Zeit der Francodiktatur
  III. Ausbau des Systems in der Nach-Francozeit
C. Fehlen einer universellen Sozialhilfeleistung
D. Ingreso Mínimo Vital
  I. Real Decreto-Ley vom 29. Mai 2020
  II. Ley 19/2021 vom 20. Dezember 2021
    1. Inhaltliche Ausgestaltung
      a) Allgemeine Bestimmungen
      b) Persönlicher Anwendungsbereich
      c) Leistungsumfang
      d) Verfahren
      e) Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen Verwaltungen
      f) Finanzierung
      g) Pflichten
      h) Verstöße und Sanktionen
    2. Statistik
E. Schlussbemerkung

A. Einleitung

Der Verfasser dieses Beitrags trat im September 1984 zunächst als Promovend in das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht ein. Etwa 1 ½ Jahre später wurde er wissenschaftlicher Referent. Nach dem damaligen Strukturprinzip des Instituts hatte er als Fachthema Rentenrecht und hier insbesondere den Versorgungsausgleich, als Länderreferat Spanien. Das Referatsland Spanien, welches 1986 der EU beigetreten war, befand sich damals noch in einer Phase eines großen gesellschaftlichen Umbruchs. Am 20. November 1975 war nach fast vierzig Jahren der Repression der Diktator Francisco Franco gestorben und das Land erwachte aus seiner Lethargie. Die Zeit der transición, des Übergangs begann. Die Wunden des grausamen Bürgerkriegs von 1936–1939 waren in der Zeit der Diktatur nur verdeckt aber nie verheilt. Stets lauerte die Gefahr eines erneuten Konflikts, zumal die konservative nationalistische Elite sich nicht mit dem Übergang in eine moderne Demokratie und der am 6. Dezember 1978 angenommenen Verfassung, die viele Gedanken des deutschen Grundgesetzes

---

1 Dieser Beitrag ist Fidel Ferreras Alonso, dem ehemaligen Generaldirektor der spanischen Sozialversicherung gewidmet, der dem Institut seit seiner Gründung sehr verbunden warW, damals noch als Sozialattaché bei der spanischen Botschaft in Bonn. Der Verfasser dankt ihm für die langjährige Unterstützung bei den Arbeiten zum spanischen Sozialrecht.

übernommen hatte, abfinden wollte. Ein gewaltsamer Putschversuch von Einheiten des Militärs und der Guardia Civil am 21. Februar 1981, bei dem die Abgeordneten des Parlaments (cortes) als Geiseln genommen wurden, scheiterte nur deshalb, weil der noch von Franco designierte König Juan Carlos I. sich entgegen den Erwartungen der Putschisten in einer Fernsehansprache auf die Seite der demokratischen Institutionen stellte. Das brachte der neubelebten Monarchie und ihm persönlich viel Sympathie ein, die er leider im Alter durch private Eskapaden und Korruptionsaffairen völlig verspielte. Sein Sohn Felipe VI., der als 13jähriger neben seinem Vater bei der denkwürdigen Fernsehansprache teilnehmen musste, gelangte 2014 nach der Abdankung seines Vaters auf den Thron, hatte aber vor allem in der Diskussion um die Unabhängigkeit Kataloniens nicht stets ein glückliches politisches Geschick. Immer wieder wird der Ruf nach Abschaffung der Monarchie laut.

Die Frage der Eigenständigkeit Kataloniens und des Baskenlandes begleiten die politische Entwicklung Spaniens seit Jahrhunderten und verstärkten sich zu Beginn der Transición. Während der Francodiktatur war der Gebrauch baskischen und katalanischen Sprache verboten, ebenso waren kulturelle Aktivitäten untersagt. Es kam in den 1970er und 1980er Jahren im Baskenland zu zahlreichen Bombenanschlägen und Entführungen urch die ETA. In Katalonien verstärkten sich die Unabhängigkeitsbestrebungen besonders ab 2010; eine Unabhängigkeitserklärung am 27. Oktober 2017 wurde umgehend durch Auflösung der katalanischen Regierung wieder kassiert und der Anführer Puigdemont floh ins Ausland. Dort wurde er mehrmals aufgrund eines Europäischen Haftbefehls festgenommen, aber bislang nicht an Spanien ausgeliefert, wo ihn eine langjährige Haftstrafe wegen Aufruhrs droht.

Im Sozialrecht zeigt sich heute die Eigenständigkeit der beiden Autonomen Gemeinschaften vor allem darin, dass die steuerfinanzierten Leistungen häufig besser sind als im restlichen Spanien, weil auch die finanziellen Gegebenheiten durch die bessere wirtschaftlche Lage günstiger sind.

B. Entwicklung des spanischen Sozialrechts

I. Anfänge bis zur Francodiktatur

Die Anfänge der spanischen Sozialpolitik gegen zurück bis 1883, als Jahre eine Comisión de Reformas Sociales eingesetzt wurde. 1900 wurde mit der Arbeitsunfallversicherung (Ley de Seguro de Accidentes de Trabajo) die erste Sozialversicherung eingeführt. Ab 1908 sollte das **Instituto Nacional de Previsión** (INP) die verschiedenen entstehenden Versicherungszweige integrieren. Der Gedanke von Unterstützungskassen fasste vor allem im Industriebereich im Baskenland und in Katalonien Fuß. Da aber Spanien in weiten Teilen agraisch geprägt war und auf dem Land teilweise noch feudalistische Strukturen vorherrschten, spielte das Sozialrecht für die Masse der Bevölkerung keine Rolle. Die weit verbreitete Armut beförderte die Auswanderung in die Vereinigten Staaten und in die ehemaligen spanischsprachigen Besitzungen in Lateinamerika. Noch heute finden

sich im Sozialrecht Spuren dieser Zeit, weil Bürger dieser ehemaligen Kolonien eine gewisse sozialrechtliche Bevorzugung durch erleichterten Zugang zum System der Sozialen Sicherheit genießen. Später kamen die Altersrente für Arbeiter (Retiro Obrero 1919) und die obligatorische Mutterschaftsversicherung (Seguro Obligatorio de Maternidad 1923) hinzu. Sehr zögerliche Anfänge einer staatlichen Sozialpolitik gab es in den 1920er Jahrern in der Militärdiktatur von Primero de Riveras, die aber kaum Auswirkungen zeitigten. Die Ausrufung der Zweiten Republik 1931 war mit vielen Hoffnungen auf demokratischen Fortschritt und soziale Errungenschaften verbunden. Das Instituto Nacional de Previsión schuf 1931 die erste Absicherung bei Arbeitslosigkeit (Seguro de Paro Forzoso)[2]. Die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Probleme mit instabilen politischen Verhältnissen verhinderten durchgreifende Veränderungen und schon 1936 putschte Franco gegen die Regierung und der Bürgerkrieg begann.

II. Die Zeit der Francodiktatur

Wie in anderen faschistischen Staaten dieser Zeit (Italien, Deutschland, Portugal) wurde auch im diektatorisch regierten Spanien versucht, die Bevölkerung mit sozialen Vergünstigungen zu besänftigen. 1942 wurde eine Krankenversicherung (Seguro de Enfermedad) eingeführt und 1947 die Pflichtvericherung für Alter und Invalidität (Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez [SOVI], welche allerdings Ende 1966 abgeschafft und durch ein anderes System ersetzt wurde.

Das 1963 in Kraft getretene Ley de Bases de Seguridad Social sollte ein einheitliches und universelles System der sozialen Absicherung schaffen. Zwar war nunmehr der überwiegende Teil der erwerbstätigen Bevölkerung im Allgemeinen System (Régimen General) eingebunden, doch führte eine Klientelpolitik –ähnlich wie in Frankreich- zu einer Vielzahl von zum Teil sehr kleinen Sondersystemen mit günstigeren Bedingungen. So gab es etwa ein Sondersystem für Schriftsteller mit weniger als 100 Mitgliedern und das Sondersytem für Stierkämpfer war kaum größer.

Das Ley General de la Seguridad Social von 1966 sollte das System konsolidiern, die Finanzierung sichern und zusammen mit dem Ley de Financiación y Perfeccionamiento de la acción protectora von 1972 den Leistungskatalog verbessern.

III. Ausbau des Systems in der Nach-Francozeit

1978 wurde das bisherige INP aufgelöst und durch das Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) ersetzt, welches nunmehr den Bereich der Sozialen Sicherheit verwaltet. Das Ley General de Sanidad von 1985 führte einen Allgemeinen Gesundheitsdienst ein, der dann später in die Zuständigkeit der 17 Autonomen Gemeinschaften überführt wurde. 1990 wurden die nichtbeitragsbezoge-

2 Sergio Espuelas Barroso, La creación del seguro de desempleo en la II República. Un análisis de su impacto y de por qué fue voluntario, www.aehe.es/wp-content/uploads/2008/09/La-creacion-del-seguro.pdf.

nen Leistungen (prestaciones no contributivas) eingeführt.[3] Vergleichbar mit der deutschen Grundsicherung[4] gewähren diese steuerfinanzierte Mindestleistungen im Alter und bei Invalidität.[5] Wie in Deutschland wird die Altersgrenze generell schrittweise auf das 67. Lebensjahr angehoben[6]. Grundlage für diese Maßnahme war der Pacto de Toledo vom 6. April 1995 in dem die wichtigsten Parteien, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände in 15 Punkten ein Konzept zur Zukunft der Sozialen Sicherheit in Spanien ausgearbeitet hatten[7]. Dieser wurde dann später überarbeitet und evaluiert[8], vor allem um die Nachhaltigkeit der Finanzierung des Systems sicher zu stellen[9] und das Gesetz über die Soziale Sicherheit[10] entsprechend anzupassen.

C. Fehlen einer universellen Sozialhilfeleistung

Der Ausbau der sozialen Sicherheit konzentrierte sich vor allem auf das System der beitragsbezogenen Leistungen. Hingegen waren die Leistungen für Personen, die –aus welchen Gründen auch immer- nicht in das beitragsbezogene System einbezogen waren oder die keinen Anspruch mehr auf Leistungen hatten, nicht vorgesehen. Die Einführung der nichtbeitragsbezogenen Renten betraf nur die älteren und erwerbsunfähigen Personen. Arbeitslose konnten im Anschluss an das Arbeitslosengeld noch vorübergehend Arbeitslosenhilfe (subsidio de desempleo)[11] beziehen. Für sonstige Personen legten die Autonomen Gemeinschaften[12] Programme von Eingliederungsleistungen (Renta de Inserción) auf, die in der Ausgestaltung sehr unterschiedlich sind und in der Regel nur befristete Mindestleistungen gewähren.[13] Daneben gab es eine Reihe verschiedener Programme für besonders bedürftige Gruppen, etwa behinderte Menschen[14].

---

3 Reinhard, Hans-Joachim, Spanien: Einführung nichtbeitragsbezogener Renten in: Die Angestelltenversicherung (DAngVers) 37 (1990) 10. S. 405 – 407

4 §§ 41 ff. SGB XII

5 Art. 363 ff. LGSS.

6 Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social; Reinhard, Hans-Joachim, Spanien: Gleiche Altersgrenzen – gleiche Chancen?, in: Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS) 21 (2007) 2, S. 196 – 200.

7 Jose Manuel Cabanillas Bermúdez, El Pacto de Toledo: Análisis descriptivo del sistema nacional de la Seguridad Social en España, Tecnos, Madrid 1997.

8 Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, Madrid 2011.

9 Hierro Hierro , Francisco Javier, Perspectivas jurídicas y económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, Aranzadi, Pamplona 2021.

10 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

11 Art. 274 ff. LGSS.

12 Spanien besteht aus 17 Autonomen Gemeinschaften (Communidades Autónomos), die vor allem Kompetenzen bei der Organisation des Gesundheitswesens und den nicht beitragsbezogenen Leistungen haben. Daneben haben auch die beiden Autonomen Städte (Ciudades Autónomas) Ceuta und Mellia an der nordafrikanischen Küste vergleichbare Befugnisse.

13 AS, Renta Mínima de Inserción: cuáles son y cómo solicitar las ayudas en cada comunidad autónoma, https://as.com/diarioas/2021/05/19/actualidad/1621420084_163845.html (Stand 19. Mai 2021)

14 Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI).

Spanien war zudem eines der wenigen Länder in der Europäischen Union, in denen bislang keine allgemeine Grundsicherung existierte.[15] Andererseits gehört es zu den Ländern mit einer sehr ungleichen Einkommensstruktur. 2018 lag der GINI-Koeffizient[16] fast drei Punkte höher als der Durchschnitt in der Europäischen Union. Die Einkünfte der 20 % der Personen mit den niedrigsten Einkommen repräsentieren nur ein Sechstel der Personen mit dem höchsten Einkommen, während es in der Europäischen Union nur ein Fünftel ist. Etwa 9,9 Millionen Personen (21 %) in 4 Millionen Haushalten leben im Armutsrisiko[17]. Noch viel gravierender ist die Tatsache, dass etwa 26 % der Kinder unter 16 Jahren in Haushalten mit Einkommen unter der Armutsschwelle leben, hiervon insbesondere in Haushalten von Einelternfamilien.

Aus diesen Gründen entspann sich in Spanien eine Diskussion über ein existenzsicherndes Einkommen auf gesamtstaatlicher Ebene. 2018 stellte der Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas (Rat für Nationale Reformprogramme) fest, dass die oben erwähnten regionalen Leistungen sehr inhomogen ausgestaltet waren, der Zugang nicht für alle bedürftigen Personengruppen gewährleistet war und die Leistungen nicht immer ausreichend ausgestaltet waren. 2019 folgte die Empfehlung, die überwältigende Kinderarmut zu bekämpfen. Ein zusätzlicher Anschub kam überdies von der Europäischen Ebene. Auf dem Sozialgipfel in Göeburg wurden im November 2017 die Europäische Säule der Sozialen Rechte verabschiedet. Grundsatz 14 widmet sich dem Mindesteinkommen: „Jede Person, die nicht über ausreichende Mittel verfügt, hat in jedem Lebensabschnitt das Recht auf angemessene Mindesteinkommensleistungen, die ein würdevolles Leben ermöglichen, und einen wirksamen Zugang zu dafür erforderlichen Gütern und Dienstleistungen. Für diejenigen, die in der Lage sind zu arbeiten, sollten Mindesteinkommensleistungen mit Anreizen zur (Wieder-)eingliederung in den Arbeitsmarkt kombiniert werden.“ Auf internationaler Ebene spielte noch die Ratifizierung der UN-Behindertenkonvention eine Rolle. Im Überprüfungsbericht 2019 für Spanien wurde die Besorgnis über die große Zahl von behinderten Menschen geäußert, die in Armut leben.

Am 2. März 2018 beauftragte der Ministerrat die Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) mit der Analyse der Einführung von Leistungen eines Mindesteinkommens. Der Bericht konstatierte erneut die Fragmentierung der bestehenden regionalen Leistungen, warnte aber auch davor Anreize zu setzen, die zu einer fehlenden Integration in den Arbeitsmarkt führen könnten, etwa die Einführunge einer Voraussetzung für den Bezug von Leistungen arbeitslos zu sein. Die Studie stellte zudem fest, eine der der komplexesten Herausforderungen für diese Programme sei in allen Ländern der prozentuale Zuwachs von Arbeitnehmern, die Einkommen unter der Armutsschwelle erhielten. Daraufhin nahm

15 Zu den Hintergründen der Einführunge eines Mindesteinkommens vgl. die ausführliche Präambel zum Ley 19/2021.

16 Der Gini-Koeffizient (benannt nach dem italienischem Statistiker Corrado Gini) wird häufig bei der Bestimmung von Einkommens- und Vermögensungleichheit eingesetzt. Ein Gini-Koeffizient von 0 bedeutet, dass alle verglichenen Personen genau das gleiche Einkommen oder Vermögen haben, bei einem Wert von 1 besitzt eine Person das gesamte Einkommen oder Vermögen und alle anderen nichts.

17 Nach INE (Spanisches Nationales Statistikamt) und Eurostat gilt eine Person als armutsgefährdet, wenn sie weniger als 60 % des durchschnittlichen Einkommens zur Verfügung hat.

am 22. März 2019 der Ministerrat ein Übereinkommen an über die Estrategia Nacional de Prevención y Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social 2019–2023. Darin wurde der Abbau der Einkommensungleichheit als eine der Hauptherausforderungen insbesondere in Spanien identifiziert.

Die Situation für die benachteiligten Bevölkerungsschichten verschärfte sich noch durch die COVID-19 Pandemie. Dies bestärkte die politischen Gremien, den Kampf gegen die Armut voranzutreiben. Zudem lieferte die Pandemie ein Argument, dass es sich um ein gesamtstaatliches Problem handelt und deshalb aus Art. 41 Constitución Española die Gesetzgebungskompetenz zur Einrichtung nicht beitragsbezogener Leistungen innerhalb des öffentlichen Systems der Seguridad Social ergibt.

D. Ingreso Mínimo Vital

I. Real Decreto-Ley vom 29. Mai 2020[18]

Aufgrund der sich durch die Pandemie verschlechternden finanziellen Lage großer Bevölkerungsgruppen brachte die Regierung ein Dekret-Gesetz ein, welches erstmals in Spanien ein allgemeines Mindesteinkommen zuerkannte. Obschon als eine Art „Notgesetz" verabschiedet war es bereits sehr detailliert ausgestaltet. Zwar kam angesichts der finanziellen Situation Spaniens die Frage auf, ob sich das land überhaupt so ein kostspieliges Gesetz würde leisten können, doch war ein breiter politischer Wille für seine Einführung vorhanden. Nach der spanischen Verfassung[19] muss dann dieses Gesetz innerhalb von 30 Tagen dem Parlament (Cortes) vorgelegt oder als Gesetzesprojekt weiterbetrieben werden.

II. Ley 19/2021 vom 20. Dezember 2021[20]

Das Dekret-Gesetz vom Mai 2020 ist von der Regierung weiterverfolgt und in das Parlament eingebracht worden. Die wesentlichen inhaltlichen Punkte blieben erhalten und das neue Gesetz ist am 1. Januar 2022 in Kraft getreten. Vorangestellt ist eine ausführliche Präambel über die Hintergründe und die Motive für das Gesetz[21]. Es ist in 9 Kapitel mit 41 Artikeln gegliedert. Ergänzt wird es durch 32 ergänzende Bestimmungen und 4 Anhänge (anexos).

---

18 Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, dazu vgl. Sala Franco, Tomás Martín-Pozuelo López, Ángela El ingreso mínimo vital- El Sistema Español de Rentas Mínimas, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2020; Monereo Pérez, José Luis, Rodríguez Iniesta, Guillermo, Trillo García, Andrés Ramón, Laborum Murcia 2020; Faustino Cavas Martínez, Belén García Romero, El ingreso mínimo vital, Una perspectiva global: regulación estatal, derecho comparado y conexión con rentas mínimas autonómicas, Colección: Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Boletín Oficial del Estado, Madrid, julio 2021; Santiago González Ortega, Susana Barcelón Cobedo, El ingreso Mínimo Vital, Comentarios al Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, Tirant lo Blanch 2021.

19 Art. 86 C. E.

20 Ley 19/2021, de 20 de diciembre, para la que se establece el ingreso mínimo Vital, BOE num. 304, de 21 de diciembre de 2021, BOE-A-2021–21007, Última modificación: 30 de marzo de 2022, vgl. dazu Antonio V. Sempere Navarro, M. Begoña García Gil, Ingreso mínimo vital, Aranzadi, Cizur Menor 2021.

21 Vgl. oben Fn. 14.

1. Inhaltliche Ausgestaltung

a) Allgemeine Bestimmungen

Mit der Einführung des ingreso mínimo vital (IMV) soll das Risiko der Armut und der sozialen Ausgrenzung vermieden werden. Die Leistung ist für Individuen bestimmt oder für eine Lebensgemeinschaft (unidad de convivencia)[22], denen es an ausreichenden Mitteln fehlt um die grundlegenden Bedürfnisse des Lebens zu erfüllen. Es handelt sich um einen subjektiven Rechtsanspruch, der zum einen ein Minestmaß an finanzieller Unterstützung garantiert, aber zugleich auch der Verbesserung der realen Gelegenheiten zur sozialen Inklusion und zur Integration in den Arbeitsmarkt dient. Kalr gestellt wird zudem, dass die Leistung, unbeschadet der Kompetenzen der Autonomen Gemeinschaften, Teil der nicht beitragsbezogenen Leistungen der Seguridad Social sind.

Sofern Einkommen gleich welcher Art vorhanden ist, wird es bis zum IMV aufgestockt. Solange die Bedarfslage (vulnerablilidad) besteht, wird die Leistung weitergewährt. Eigentlich eine Selbstverständlichkeit ist die Regelung, dass die Leistung nicht abgetreten oder gepfändet werden kann.

b) Persönlicher Anwendungsbereich

Leistungsberechtigte sind Mitglieder einer Lebensgemeinschaft sowie Personen, die mindestens 23 Jahre alt sind und weder in einer Ehe noch in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft lebt oder aber in einer laufenden Trennung oder Scheidung. Frauen sind unabhängig vom Alter anspruchsberechtigt, wenn sie Opfer geschlechtsspezifischer Gewalt oder sexueller Ausbeutung geworden sind. Gleichfalls anspruchsberechtigt können Personen zwischen 18 und 22 Jahren sein, die sich in den drei Jahren vor Erreichen der Volljährigkeit in der Obhut einer Einrichtung einer Autonomen Gemeinschaft befanden oder Vollwaisen sind und in keiner Lebensgemeinschaft integriert sind. Ebenso können Begünstigte sein, die vorübergehend in einer Wohn- oder Gesundheisteinrichtung untergebracht sind oder dauerhaft als Opfer geschlechtsspezifischer oder sexueller Gewalt.

Anspruchsteller (titulares) können geschäftsfähige Personen für sich selbst oder namens einer Lebensgemeinschaft sein. In diesem Fall ist der Antragsteller deren Repräsentant. Der Anspruchsteller muss grundsätzlich mindestens 23 Jahre alt sein. Nur in Ausnahmefällen (z. B. Opfer geschlechtsspezifischer Gewalt) können auch jüngere Personen einen Antrag stellen. Als Mitglieder der Lebensgemeinschaft gelten Verheiratete, dauerhaft eheähnlich zusammenlebende Personen gleich welchen Geschlechts sowie Verwandte bis zum zweiten Grad. Ausnahmsweise können auch nicht verwandte Personen zu einer Lebensgemeinschaft gehören.

Anspruchsteller oder die Mitglieder der Lebensgemeinschaft müssen vor Antragstellung mindestens ein Jahr ununterbrochen in Spanien ihren legalen Aufent-

---

22 Die Konstruktion ähnelt sehr der „Bedarfsgemeinschaft“ nach deutschem Recht (§ 7 Abs. 2, 3 SGB II). Gleichwohl hat sich der spanische Gesetzgeber in der Konzeption nicht vom Bestehen eines gemeinsamen Bedarfs leiten lassen, sondern von der Tatsache des gemeinsamen Zusammenlebens. Das spanische Recht fordert aber nicht zwingend eine Haushaltsgemeinschaft. In der Praxis dürften allerdings die Unterschiede zwischen beiden Rechtsordungen nicht allzu gravierend sein.

halt gehabt haben. Ein Auslandaufenthalt bis zu 90 Tagen ist unschädlich. Ferner dürfen die Einkünfte des Anspruchstellers bzw. der Mitglieder der Lebensgemeinschaft insgesamt nicht den Betrag übersteigen, der ihnen als IMV zusteht. Der Betrag ist gestaffelt nach der Zahl der Erwachsenen und Kinder.

Tabelle 1 Einkommensgrenzen des IVA (Annex I Ley 19/2021)

Lebensgemeinschaft	x-fache des Grundbetrags	Betrag €	Lebensgemeinschaft	x-fache des Grundbetrags	Betrag €
Eine erwachsener Person allein	1	5899,60	Zwei Erwachsene und zwei Minderjährige	1,9	11209,24
Eine erwachsene und eine minderjährige Person	1,52	8967,39	Zwei Erwachsene und drei Minderjährige oder mehr	2,2	12979,12
Eine erwachsene Person und zwei Minderjährige	1,82	10737,27	Drei Erwachsene	1,6	9439,36
Eine erwachsene Person und drei Minderjährige	2,12	12507,15	Drei Erwachsene und eine minderjährige Person	1,9	11209,24
Eine erwachsene Person und vier oder mehr Minderjährige	2,2	12.979,12	Drei Erwachsene und zwei oder mehr Minderjährige	2,2	12979,12
Zwei Erwachsene	1,3	7669,48	Vier Erwachsene	1,9	11209,24
Zwei Erwachsene und eine minderjährige Person	1,6	9439,36	Vier Erwachsene und eine minderjährige Person oder mehr Personen	2,2	12979,12

Für das Vermögen gelten ebenfalls Höchstgrenzen. Diese entsprechen jeweils dem dreifachen Betrag der Einkommensgrenzen.

Tabelle 2 Vermögensgrenzen für das IVA (Annex II Ley 19/2021)

Lebensgemeinschaft	x-fache des Grundbetrags	Betrag €	Lebensgemeinschaft	x-fache des Grundbetrags	Betrag €
Eine erwachsener Person allein	1	16917,60	Zwei Erwachsene und zwei Minderjährige	2,2	37218,72
Eine erwachsene und eine minderjährige Person	1,4	23684,64	Zwei Erwachsene und drei Minderjährige oder mehr	2,6	43985,76
Eine erwachsene Person und zwei Minderjährige	1,8	30451,68	Drei Erwachsene	1,8	30451,68
Eine erwachsene Person und drei Minderjährige	2,2	37218,72	Drei Erwachsene und eine minderjährige Person	2,2	37218,72
Eine erwachsene Person und vier oder mehr Minderjährige	2,2	12.979,12	Drei Erwachsene und zwei oder mehr Kinder	2,6	43985,76
Zwei Erwachsene	1,4	7669,48	Vier Erwachsene	2,2	37218,72
Zwei Erwachsene und eine minderjährige Person	1,8	9439,36	Vier Erwachsene und eine minderjährige Person oder mehr Personen	2,6	43985,76

Grundsätzlich wird das Einkommen und Vermögen des Vorjahres in Ansatz gebracht. Sonderregelungen existieren für den Fall, dass das Einkommen oder Vermögen des laufenden Jahres der Antragstellung deutlich niedriger ist.

Gehören einer Lebensgemeinschaft Minderjährige an und erreicht das Einkommen nicht 300 % bzw. das Vermögen nicht 150 % der oben genannten Werte, wird ein Zuschlag gezahlt (complemento de ayuda para la infancia)[23].

c) Leistungsumfang

Die Leistung wird als monatliche Zahlung ausgekehrt und entspricht der Differenz zwischen dem Einkommen und dem jeweiligen Höchstbetrag. Der Zahl-

23 Art. 11.6 Ley 19/2021

betrag ist so hoch wie der Betrag für die sonstigen, oben erwähnten pensiones no contributivas. Ein Berechtigter enthält 100 % der Leistung, für jedes weitere Mitglied erhöht sich der Satz um 30 % bis zu einem Gesamthöchstsatz von 220 %. Für Persoenne mit einem Grad der Behinderunvon 65 % oder mehr wird ein Zuschlag von 22 % gezahlt. Ebenfalls wird ein Zuschlag von 22 % an alleinerziehende Personen gewährt und ebenso bei Zusammenleben mit Eltern oder Großeltern, die im Grad 3 der Pflegebedürftigkeit eingestuft sind. Schließlich wird ein monatlicher Zuschalg (complemento de ayuda para la infancia) von 100 € für jedes Kind unter 3 Jahren, von 70 € für Kinder unter 6 Jahren und von 50 € für Kinder von 6 bis 18 Jahren. Ein Zuschlag kann auch gezahlt werden, wenn die Mietkosten 10 % höher sind als dür sie Lebensgemeinschaft angemessen.

Alle Leistungen werden jährlich im Staatshaushalt angepasst.

d) Verfahren

Die Leistungen werden nur auf Antrag gewährt. Das Instituto Nacional de la Seguridad hat innerhalb von 6 Monaten über den Antrag zu entscheiden, andernfalls gilt der Antrag als abgelehnt.

e) Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen Verwaltungen

Neben den Geldleistungen sind die Verwaltungen gehalten Maßnahmen der sozialen Inklusion anzubieten, damit die Betroffenen aus ihrer Hilfebedürftigkeit herasukommen. Dazu wird eine Evaluierungskommission (comisión de seguimento) eingesetzt.

f) Finanzierung

Die Finanzierung erfolgt aus dem Staatshaushalt

g) Pflichten

Das Gesetz sieht nur allgemeine Mitwirkungspflichten vor (z. B. Mitteilungen über Veränderungen des Personenstands), nicht aber eine Arbeitspflicht. Jedoch können im Rahmen der sozialen Inklusion Vereinbarungen über bestimmte zusätzliche Pflichten getroffen werden.

h) Verstöße und Sanktionen

Leichte Verstöße ziehen eine Verwarnung nach sich. Schwere verstöße können zu einem Verlust der Leitung von bis zu drei Monaten führen, sehr schwere Verstöße bis zu einem Verlust von sechs Monaten.

2. Statistik

Am 1. Oktober 2021 waren knapp 337.000 Anträge bewilligt worden, die etwa 495.000 Erwachsene und etwa 305.000 Kinder (38 %), insgesamt also 800.000 Personen betrafen. Die Gesamtausgaben beliefen sich auf ca. 169,5 Mil-

lionen €.[24] Durchschnittlich erhielt jeder Haushalt 436 €, jeder Begünstigte 172 €. Bei zwei von drei Haushalten ist eine Frau Leistungsbezieherin. Von der Gesamtzahl sind etwa 55 % Haushalte mit Kindern und davon etwa die Hälfte Alleinerziehende. Das Durchschnittsalter der Anspruchsinhaber (titulares) liegt bei 45,11 Jahren, von allen Leistungsbeziehern bei 29,65 Jahren. Rechnet man die Anspruchsinhaber heraus, sinkt das Durchschnittsalter auf 19,54 Jahre.

E. Schlussbemerkung

Mit der Einführung des IMV wurde eine wichtige Lücke in der sozialen Absicherung geschlossen und der spanische Sozialstaat weiter ausgebaut. Es verwundert nicht, dass sehr viele Alleinerziehende und Familien mit Kindern von dieser neuen Leistung profitieren. Denn bislang sind Familienleistungen (z. B. Kindergeld) in Spanien recht niedrig angesetzt.[25] Bemerkenswert sind die besonderen Begünstigungen für Opfer von geschlechtsspezifischer Gewalt (violencia de genero). 2021 wurden 162.848 Fälle von geschlechtsspezifischer Gewalt registriert, davon 159.352 (97,8 %) gegen Frauen.[26] Etwa 66 von 10000 Frauen werden Opfer von geschlechtsspezifischer Gewalt, weswegen es ein besonderes Anliegen des Gesetzgebers war, dass diese Frauen unter erleichterten Voraussetzungen diese neue existenzsichernde Leistung beantragen können.

---

24 www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2021/011021-imv-beneficiarios.aspx

25 Vgl. dazu Reinhard, Hans-Joachim, Kindergeld für behinderte Kinder in Spanien und Deutschland, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 20.10.2011 – Rs. C-225/10 Juan Pérez García, José Arias Neira, Fernando Barrera Castro, Dolores Verdún Espinosa als Rechtsnachfolgerin des José Bernal Fernández ./. Familienkasse Nürnberg, ZESAR 2012, Heft 10, S. 430–433.

26 www.rtve.es/noticias/20220311/balance-violencia-genero-2021-observatorio/2307882.shtml

Ingo Wolfgang Sarlet/Jeferson Ferreira Barbosa, Porto Alegre

The Right to Health in Pandemic Times and the Role of the Brazilian Federal Supreme Court*

Table of Content

A. Introduction
B. Measures designed to fight COVID-19 and their judicialization
C. Actions of the Federal Supreme Court in the fight against the pandemic, particularly those related to Federation issues
D. Final considerations

The aim of this paper is to identify and analyze the main issues under discussion in the Brazilian Federal Supreme Court regarding the right to health in the context of the fight against the COVID-19 pandemic. The results of the main discussions reveal a strengthening of the transindividual dimension of the right to health although individual situations are still considered. The effort to ensure the prerogative of the Federal Government to establish general criteria and assume the general coordination with regard to overall policies and measures to fight the pandemic is also perceptible, as well as the effort to guarantee that states and municipalities are not restrained. The greater acceptance of scientific criteria, evidence and statistics appears as a trend. Finally, there is an increase in structuring-type actions indicating a viable path for institutional dialogue and for the balance between the powers.

A. Introduction

The problem of the effectiveness of the fundamental right to health (or protection and promotion of health) enshrined in Articles 6, 196 and 200 of Brazil's Federal Constitution of 1988 [FC] has been a subject of broad study and fierce debate both in legal scholarship and the judicial area ever since – given major dysfunctions in the health system and the broad access to the Judiciary guaranteed by the FC – a significant number of lawsuits on the topic have been filed, particularly since the mid-1990s. In the light of the dizzying increase in the number of such lawsuits and their impact on the public budget there has been recurrent talk about the judicialization of health and even of public policies in general, although that phenomenon is not restricted to this area[1].

---

* The research project on which this article is based has the support of Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), Funding Code 001 (as part of the CAPES/PNPD National Post-doctorate Program).

1 See on this topic in Brazilian legal scholarship, among others, Ingo Wolfgang Sarlet / Mariana Filchtiner Figueiredo. Health as an enforceable positive right: the Brazilian Supreme Federal Court's case law on the access to medicines. „Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", vol. 102, 2019, pp. 117–134; Daniel Wei Liang Wang. Revisitando Dados e Argumentos no Debate sobre Judicialização da Saúde. „Revista Estudos Institucionais", vol. 7, nº 2, 2021, pp. 849–869. Right to health litigation is another possible phrase to designate the phenomenon here called „judicialization of health". Octávio

Since the arrival of the COVID-19 pandemic in Brazil in March 2020 when the first infection case was reported one can claim, in a preliminary and exploratory way, that not only the quantitative and qualitative levels of the so-called judicialization of health have been intensified but also the number of cases ruled on by the Brazilian Federal Supreme Court [FSC] have become exponentially higher, particularly taking into account the short period of time elapsed since then, as will be seen in detail below.

In view of this scenario the purpose of this text is to identify the main topics regarding health and the COVID-19 pandemic under discussion in the FSC. Defining the month of March 2020 – when the first case on this matter was also adjudicated on by the FSC – as the beginning of our temporal framework we chose to select decisions that became public until July 2021 since the analysis of the material and the writing of the text had to be performed from August to November of the same year.

Given the enormous number of cases brought to and decided by the FSC we chose to initially base the selection on information contained in the caselaw bulletins of that Court between March 2020 and July 2021. Secondarily, with the purpose of enriching our investigation information found in the FSC's „Painel de Ações COVID-19 do STF" were also considered.[2]

The limitation to the FSC is justified by the fact that it is the Court to which the FC assigns the safeguarding of Brazil's constitutional order, besides making binding decisions on the national level and having the last say in the interpretation of the Constitution. It is also the forum with the greatest visibility and impact regarding the political and institutional debates and clashes brought to the Judiciary which also became more acute during the pandemic although not only because of the latter.

As far as the qualitative criteria are concerned the decisions that deal more directly with the „right to health", including the dimensions of promotion and protection of health, were selected. Decisions on formal issues are only considered if they cover developments in the realm of the fundamental right to health such as the competences of the Federation's entities in this area. The second criterion restricts the selection of decisions to those that concern the fight against the pandemic. Thirdly, we focus on cases that have a greater impact and are representative of the various and most relevant topics involving the protection of health and the fight against the pandemic discussed in the FSC.

However, before getting into the mapping, discussion and analysis of the main decisions made by the FSC, a brief presentation of the measures designed to fight the pandemic is necessary. Then we give an overview of the main problems faced

---

Luiz Motta Ferraz. Social Rights, Judicial Remedies and the Poor. „Washington University Global Studies Law Review", vol. 18, nº 3, 2019, pp. 569–579, recommends caution when claiming that class and structural suits automatically imply benefitting the neediest persons. Natalia Pires de Vasconcelos. Entre justiça e gestão: colaboração interinstitucional na judicialização da saúde. „Brazilian Journal of Public Administration", vol. 55, nº 4, 2021, pp. 923–949, suggests that institutional collaboration does not always lead to satisfactory solutions.

2 Available at https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html. Access on June 30, 2021.

by the FSC concerning the coronavirus and the right to health by making reference to a few examples. Finally, the last section contains a general evaluation of the FSC's actions related to the right to health in the context of the pandemic.

B. Measures designed to fight COVID-19 and their judicialization

The pandemic caused by the coronavirus was noted for the first time in Brazil in March 2020 and has since then had a massive impact on broad sectors of society. It has required not only measures to protect public health but also actions to support the economy and society. The measures implemented by Brazilian government agencies to combat the crisis are multiple and heterogenous, as is also the case in other parts of the world but they can be broken down into three groups: (1) social isolation and distancing; (2) increase of the capacity of health care services; and (3) financial aid for the population, businesses, states and municipalities.[3]

The more direct fight against the pandemic is regulated by Act 13,979, of February 6, 2020, containing guidelines about quarantine and isolation, mandatory use of masks, tests, treatments and vaccines, restraints on movement, essential activities, expropriation of private goods and more flexible rules for biddings and imports.[4]

That piece of legislation clarifies the challenges to coordination: (i) between the various federated entities, (ii) between the public and private sectors, and (iii) between different activities in society. This should be highlighted because the restraints on highways, ports and airports require the action of three ministries of the Federal Government and a technical recommendation by the National Agency of Sanitary Surveillance (on entering and leaving the country or traveling across states) and of the state agencies of sanitary surveillance (interstate movement).[5] Penalties or fines must be established and regulated by the federated entities. On the national level, the use of masks in closed spaces with public access, public roads or highways, remunerated forms of transportation and venues of meetings has been made mandatory.[6] Employers have the duty to supply masks,[7] sanitize rooms and make hand sanitizers available,[8] and notify the public authorities.[9] Besides the activities that are explicitly recognized as public services and essential activities there is also a provision that restraints should not hinder the supply of products.[10]

The sanitary crisis became more intense in March 2020, leading the Federal Government to acknowledge the state of public calamity through Legislative

3 See Roberto Rocha C. Pires. Os Efeitos sobre Grupos Sociais e Territórios Vulnerabilizados das Medidas de Enfrentamento à Crise Sanitária da COVID-19. Nota Técnica 33. Diest. Ipea. Abril de 2020. Available at https://tinyurl.com/2s8myfua. Access on May 6, 2021.

4 Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 (Lei 13.979/2020). Available at https://tinyurl.com/ztej5kun. Access on May 11, 2021.

5 Artigo 3º § 6º e § 6º B da Lei 13.979/2020.

6 Artigo 3º-A I, II e III da Lei 13.979/2020.

7 Artigo 3º-B § 1º, § 2º c/c artigo 3º-C da Lei 13.979/2020.

8 Artigo 3º-H da Lei 13.979/2020.

9 Artigo 5º da Lei 13.979/2020.

10 Artigo 3 § 7º C, § 9e § 11 da Lei 13.979/2020.

Decree No. 6 of March 20, 2020.[11] Likewise, states and municipalities also formally acknowledged the situation.[12] It may be said that initially there was no extensive planning, including criteria to divide states into geographical areas so as to enable stricter measures in areas with a higher degree of exposure, nor provision of guidelines for the suspension and resumption of activities. Later improvements regarding these criteria were made but with variations among the Federation's entities.[13] These variations are due to (1) a weak national coordination; (2) a strong leadership by the states; (3) a conflict between the President and his Minister of Health at the initial moment and then between the President and Governors. Whereas the latter were focused on the protection of public health the former prioritized the protection of the economy.[14]

Concerning the action of the Judiciary Power, the COVID-19 pandemic had a significant impact on the phenomenon of judicialization which was already quite significant before the pandemic as mentioned above. In the context of the pandemic, judicialization showed a series of problems that had not been so relevant before besides the increase in the number of cases directly related to health protection in the period covered by this text. Striking are also the matters submitted to judgment by the Judiciary, especially the FSC. The relations, tensions and conflicts between the right to health protection and other fundamental rights and constitutional provisions also became more significant both in quantitative and qualitative terms which the following analysis will show more clearly.

C. Actions of the Federal Supreme Court in the fight against the pandemic, particularly those related to Federation issues

In this section we identify and discuss the main problems faced by the FSC regarding the developments of the right to health in the context of the pandemic. What stands out at an initial exploration is the quantitative aspect. On November 4, 2021 9,849 COVID-19-related lawsuits were being handled by the FSC and 12,804 decisions had been produced. Out of these, 5,708 were classified as cases of high complexity, great impact and repercussion, 3,038 were criminal cases and 385 were administrative cases or concerned other matters related to public law.[15] The impact of these figures is further highlighted by the fact that they were directly related to problems caused by the pandemic, involving the public and/or private sector, which indicates an even higher amount of litigation at the other levels of the Judiciary. This evidence points to a significant judicialization.

---

11 Decreto Legislativo 6, de 20 de março de 2020. Available at https://tinyurl.com/49abbz2s. Access on June 10, 2021.

12 Ana Karine Pereira / Marília Silva Oliveira / Thiago da Silva Sampaio. Heterogeneidades das políticas estaduais de distanciamento social diante da COVID-19: aspectos políticos e técnico-administrativos. „Rev. Adm. Pública", vol. 54, nº 4, 2020, pp. 678–696.

13 Rodrigo Fracalossi de Moraes / Lara Lívia S. Silva / Cristiana M. Toscano. Covid-19 e Medidas de Distanciamento Social no Brasil: Análise Comparativa dos Planos Estaduais de Flexibilização. Nota Técnica 25. Dinte. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Agosto de 2020.

14 Ana Karine Pereira / Marília Silva Oliveira / Thiago da Silva Sampaio. Heterogeneidades das políticas estaduais, cit. (fn. 12).

15 STF, Painel de Ações COVID-19. Available at https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html. Access on November 4, 2021.

The second aspect is of a qualitative nature. The decisions by the FSC (those presented and discussed here cover, among others, very diverse contents, such as (1) public finances; (2) competences; (3) requisition of equipment and structures for Intensive Care Units; (4) ICU beds with maintenance costs covered by the Union; (5) supply of oxygen; (6) restraints on services, commerce and essential activities; (7) use of mask; (8) plan of social distancing and relaxation of restraints; (9) restraints on circulation and transport; (10) vaccination; (11) protection of vulnerable groups; (12) court decisions imposing rules or creating exceptions; (13) publication of epidemiological data; (14) accountability of public agents; (15) access to information and protection of personal data. Even this incomplete reduction of cases to some topics shows the multiplicity, heterogeneity and complexity of the challenges raised by decisions that affect various sectors of society.

On the one hand, it is important to note, in a brief and schematic way, the range of the matters discussed and, on the other, when exploring the topics in more detail, we find in them a common element, like a leitmotif, viz. the federative context. Federation is understood here both in its more common aspect of a vertical division of power among the Union, states and municipalities and as a horizontal separation of the executive, legislative and judicial functions in the context of the duty of cooperation.[16]

For this reason, the cases brought before the FSC and selected here will be presented and discussed from the point of view of the (un)balance of powers and of the moderation of federative conflicts.

One may claim that during the pandemic the FSC has not only examined litigations and affirmed rights but also intensified its action as a political agent that seeks to preserve and expand its power.[17] From this double perspective, one sees the Supreme Court as having the last say on decisions by the Executive and the Legislative, clarifying the meaning and scope of the legislation and the federated entities' executive functions and, in practice, determining what the Federation's entities must as well as what they may or even should not do.

The examples that might be given are many and diverse in their content. For this reason, what follows are some cases chosen to illustrate the point. They are prioritized according to their relevance and impact:

(i) The FSC clarified that the federative entities may go beyond the legal and constitutional limits regarding expenditures and the public debt,[18] although there was already a legislative articulation through Constitutional Amendment 106/2020 which instituted an extraordinary fiscal regime to meet the existing

16 Jeferson Ferreira Barbosa. Direito à Saúde e Solidariedade na Constituição Brasileira. Livraria do Advogado, 2014, p. 17 et seq.

17 See João Biehl / Lucas E. Prates / Joseph J. Amon. Supreme Court v. Necropolitics: The Chaotic Judicialization of COVID-19 in Brazil. „Health and Human Rights Journal", vol. 23, nº 1, 2021, pp. 151–162.

18 Acórdão [decision of the court – collegiate] do STF [of FSC]; Referendo na Medida Cautelar [Ratification by the Collegiate of the provisional remedy granted by a single Supreme Court Justice] na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) [direct action for the declaration of unconstitutionality] 6357 – Distrito Federal, 13.05.2020, Diário da Justiça Eletrônico (DJE) [Digital Justice Gazette] 276, 19.11.2020.

needs and was limited to the period of public calamity.[19] *Then it stressed the transitory character of these measures and prohibited the incurring of continued expenditures.*[20]

Fiscal responsibility is an old problem in Brazil's federative context in which the states' financial crisis stands out. The suspicion that clientelism and corruption are hidden reasons for expenditures results from a perception formed over time and is a historical difficulty. The need for the Judiciary to prevent the incurring of continued expenditures highlights the crisis of the roles to be played in the relation between the three powers. The decision about the scope of the investments designed to fight the pandemic and its effects should be a basic strategic task of the Executive in dialogue with the Legislative, including the Union, states and municipalities.[21] We should also note the positive aspect of the abovementioned court decisions as they offer public administrators more security in times of insecurity and uncertainty.

(ii) The FSC reaffirmed that the Union is in charge of the national (general) interest, the states of the regional interest and the municipalities of the local interest in a framework of concurring competences (Art. 23, II of the FC – common administrative competence; 24, XII – concurring legislative competence between Union and states; 30, II – supplementary legislative competence of the municipalities).[22] *The FSC has used these concepts as a basis to respond to federative controversies and has considered that:*

(a) The Union, through National Congress and Act 13,979/2020, acts within its competence to legislate on epidemiological surveillance and in favor of coordinate actions.[23]

---

19 Emenda Constitucional (EC) [constitutional amendment] 106, de 07.05.2020. Available at https://tinyurl.com/m8869y2k. Access on May 19, 2021.

20 It did so in a decision against a state administration that intended to suspend limitations of expenses related to personnel, hiring, salary raise and benefits for health care workers: Acórdão do STF; Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) [direct action for the declaration of unconstitutionality] 6394, 23.11.2020, DJE 284, 01.12.2020. The same topic is discussed in relation to the raise of the income ceiling for receiving the Continuous Cash Benefit: Decisão Monocrática no STF [decision of a single Supreme Court Justice]; Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória [Provisional remedy in the procedure for suspension of a provisional remedy enacted by an ordinary Court] 495 Rio de Janeiro, Ministro Presidente [Chief Justice] Dias Toffoli, 29.07.2020, DJE 193, 03.08.2020.

21 In the European Union, for example, that strategy seems to consist in simultaneously fighting the crsis and directing investments that may have an impact on the preparation of its member states for the future, including investments in digital, technological and resilience-related transition: Council of the European Union. COVID-19: resposta da UE às consequências económicas. 22.06.2021. Available at https://tinyurl.com/t3pe29dc. Access on July 13, 2021.

22 See Ingo Wolfgang Sarlet. Relações Interfederativas no Contexto da COVID-19. In Alethele de Oliveira Santos / Luciana Toledo Lopes (Orgs.). Competências e Regras. Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2021, pp. 12–34. Coleção Covid-19, vol. 3; Cf. Octávio Luiz Motta Ferraz / et al. Brazil: Legal Response to Covid-19. In Jeff King / Octavio Ferraz (Eds.). The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19. Oxford: Oxford University Press, 2021. Available at 10.1093/law-occ19/e16.013.16. Access on July 5, 2021.

23 Acórdão do STF; Referendo na Medida Cautelar na ADI 6341 – Distrito Federal, 15.04.2020, DJE 271, 12.11.2020.

(b) The Union cannot regulate all measures to be taken against the pandemic since it must respect the autonomy of the other federated entities and is not familiar with regional peculiarities.[24]

(c) The President of the Republic has the competence to regulate public services and essential activities without excluding the competence of the other federative entities which remain capable of adopting measures within their competence concerning isolation, quarantine and restraints in international, interstate and intermunicipal highways, ports and airports.[25]

(1) Such measures can be adopted by all federative entities according to their competences, and there is no need for the Union's approval.[26]

(2) For the implementation of restraints on intermunicipal and interstate transportation, states and municipalities only need a technical foundation and must guarantee the circulation of essential products and services. The closing of borders, however, exceeds their functions.[27]

(3) The states must have leeway to regulate intermunicipal transportation and to establish sanitary barriers according to the regional interest without detriment to the municipalities' autonomy.[28]

The position taken by the FSC about the definition of competences is seen as a strategic action to correct the federal policy of keeping the economy open and the attitude of confrontation[29] adopted by the President by giving more power to the states, municipalities and the Federal District. This power, however, is limited by the financial dependence of these federative entities on federal funds.[30]

But the Supreme Court's strategy, as acknowledged by legal scholarship, does not mean a break with the previous caselaw in the interpretation of the Constitution's guidelines in general – primarily, in this case, the separation of powers and the system of distribution of competences – and the judicialization of health in particular although, as already noted, in the context of the pandemic these issues overlap to some extent.

What can be seen at the first glance is the inevitable latency of federative conflicts that leads the Federation's entities to dispute and discuss solutions through the Judiciary. Secondly, one can clearly see the prevailing context of social and political polarization, led by the President of the Republic which potentiates these conflicts and may have made a more intense action by the FSC inevitable. Furthermore, the specificity of the guidelines may show both a failure in the cooperation between the entities and the exercise of that function outside the appropriate institutional environment. The doubt that remains is whether the Court's

24 Acórdão do STF; Referendo na Medida Cautelar na ADI 6343 Distrito Federal, DJE 273, 16.11.2020.

25 Decisão Monocrática no STF; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) [action against the violation of a constitutional fundamental right or principle] 672 Distrito Federal (DF), Justice: Alexandre de Moraes, 08.04.2020, DJE 89, 14.04.2020.

26 ADI 6341, cit. (fn. 23); ADI 6343, cit. (fn. 24).

27 ADI 6343, cit. (fn. 24).

28 Ibid.

29 This applies to his relationship with the first two former Ministers of Health and the other federated entities.

30 João Biehl / Lucas E. Prates / Joseph J. Amon. Supreme Court v. Necropolitics, cit. (fn. 17), p. 155; See Octávio Luiz Motta Ferraz / et al. Brazil: Legal Response to Covid-19, cit. (fn. 22), n. 41 ss.

action actually stimulates cooperation between the Union, states and municipalities and their powers and agencies or whether the Judiciary, when called to action, tends to put itself above them and does not only solve disputes but specifically tells what is expected from the actions of the Legislative and/or Executive as well as the Federation's entities.[31]

(iii) When examining the provisional presidential decree limiting the accountability of public agents during the pandemic to blatant errors the FSC defined administrative acts that involve violations of the right to life, health and a balanced environment or involve adverse impacts on the economy as blatant errors and ordered the necessity of opinions that meet the technical and scientific criteria of acknowledged national and international institutions and the principles of prevention and precaution.[32]

An analysis of these decisions shows that the FSC's definition and the requirements related to blatant errors sound reasonable but, on the other hand, given the generality of the Supreme Court's stipulations, ultimately involve, to some extent, an invasion of the freedom of legislative activity. Furthermore, they cause an enlargement of the sphere of culpability and liability since in times of pandemic any error can be related to life, health, the environment and the economy so that public agents who have not violated the requirements of prevention may not have met those of precaution.

Another point that should be highlighted in this context is that the Judiciary's evaluation of acts/omissions by the other powers depends on its political repercussions and the conformation of majorities. In this respect it is important to refer to the reflections of previous sections, particularly those on the historical problems related to corruption, clientelism, mismanagement, lack of transparency, among others. Equally relevant is the strategy of confrontation, polarization and omission adopted by the President of Brazil. All these elements must be taken into account in the reflection on the question raised above and decided on by the FSC. However, it is salutary to ask whether that kind of decision stimulates cooperation or exposes a Judiciary Power that takes the place of the irreplaceable cooperation between the other federated entities.

D. Final considerations

The summary of the main topics of discussion at the FSC points to the reinforcement of the transindividual dimension of the right to health, without overlooking individual situations, but with a distinct trend to prioritize the collective dimension.

---

31 In the summary of cases above, for example, the FSC takes the initiative and points out that if the federative entity shuts its borders, it will exceed its competences; see also João Biehl / Lucas E. Prates / Joseph J. Amon. Supreme Court v. Necropolitics, cit. (fn. 17), mentioning that the press already talked about the need for the FSC to judicialize the topic of vaccines.

32 Acórdão do STF; ADI 6421 Medida Cautelar (MC). 21.05.2020, Case Law Compilation Covid-19. Brasília: STF, 2020. Available at https://tinyurl.com/afpzmmtf. Access on March 24, 2021, pp. 29–31.

There is also a noticeable effort to ensure, through the interpretation of the system of constitutional distribution of competences, that the Union keeps the prerogative to establish general criteria and to take on the overall coordination as regards the general policies and measures to fight the pandemic as well as to guarantee that the states and municipalities are not immobilized in case the Union remains paralyzed or may act complementarily and implement a format that is compatible with the regional and local peculiarities. There is a search for a federative framework that will ensure holistic protection in a cooperative system of federalism that operates in a scheme of solidarity between the Federation's entities but is tempered with subsidiarity – in other words, a system in tune with the constitutional framework of the public health care system.

A tendency that also becomes apparent is a greater acceptance of scientific criteria, evidence and statistics, also in the use of the proportionality principle. There was also an increase of actions of a structuring kind which indicates a feasible path for institutional dialogue and a balance between the powers.

To sum up, excessive judicialization is still a reflection of the dysfunctions of the health care system, of the economic crisis and of poor governance, but at the same time it has been a permanent laboratory and, notwithstanding the persistence of a series of problems, has also been an arena of progress, permanent reconstruction and improvement. zeigen.

Martin Štefko, Prag[1]

Modernisierung der Absicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten im Fall von COVID-19-Erkrankungen in Tschechien Absicherung gegen

Inhaltsübersicht

A. Vorbemerkung
B. Einleitung
C. Entwicklung der gesetzlichen Regelung der Absicherung von Arbeitnehmern im Falle eines Schadens durch einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit
D. Haftung für Schäden infolge von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten
    1. Komplikationen für Drittstaatsangehörige
    2. COVID-19 als Berufskrankheit mit einer Statusgrenze
E. Schlussfolgerung

A. Vorbemerkung

Ziel dieses Beitrags ist es, die laufende Entwicklung der Regelung der Arbeitgeberhaftung für Schäden an Arbeitnehmern durch einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit aufzuzeigen. Die tschechische Gesetzgebung kennt die Unfallversicherung nicht, so dass sie sich mit einer entsprechenden Gestaltung der Unfallverhütung und Mitverantwortung des Arbeitnehmers für seine Gesundheit und der Beschaffung der Mittel für seinen Lebensunterhalt in einem spezifischen rechtlichen Umfeld auseinander setzen muss, in dem eine vollständige Entschädigung bei sehr begrenzten rechtlichen Möglichkeiten des Arbeitgebers, sich der Entschädigungspflicht zu entziehen, garantiert ist. Gleichzeitig unterstützt dieses System die Prozesssucht, da die Entschädigung in der Regel von einem Gericht entschieden werden muss. Die Pandemie wird somit die Durchführbarkeit der tschechischen Lösung auf die Probe stellen, die eine vollständige Entschädigung für den entstandenen Schaden bevorzugt, allerdings nur für diejenigen, die keine Angst vor langwierigen Gerichtsverfahren haben.

B. Einleitung

Es ist mir eine Ehre, dass ich auf diese Weise meinen Dank dafür aussprechen kann, dass ich 2007 am Max-Planck-Institut in München studieren durfte. Neben dem Erwerb der notwendigen Kenntnisse und der Aneignung der Grundlagen des wissenschaftlichen Arbeitens konnte ich mehr über die deutsche Unfallversicherung erfahren. Ich kann mich des Eindrucks nicht erwehren, dass es für die Tschechische Republik viel einfacher wäre, die deutschen Erfahrungen zu übernehmen und die Unfallversicherung in die Praxis umzusetzen, als zu versuchen, eine eigenständige Lösung durch das sowjetische Modell zu finden, das wir seit

---

1 Dieser Beitrag konnte dank der finanziellen Unterstützung im Rahmen des Forschungsprojekts „Privatrecht und Herausforderungen unserer Zeit“, Id.-Nr. Q03, entstehen.

mehr als 30 Jahren an die Bedingungen eines Rechts- und Sozialstaates anzupassen versuchen.

Die Absicherung eines Arbeitnehmers im Falle einer Berufskrankheit oder eines Arbeitsunfalls wird in der Tschechischen Republik nach wie vor nicht über die Unfallversicherung, sondern über die arbeitsrechtliche Regelung der Haftung des Arbeitgebers für Schäden gelöst.[2] Es handelt sich um das Institut der verschuldensunabhängigen Haftung des Arbeitgebers für das Ergebnis – für den Gesundheitsschaden, den der Arbeitnehmer bei der Erfüllung seiner Arbeitsaufgaben oder in direktem Zusammenhang damit erlitten hat. Der Arbeitgeber haftet auch dann, wenn der Schaden von einer anderen Person verursacht wurde und auch dann, wenn er den Schaden nicht verursacht hat. In einer leicht geänderten Fassung gilt diese Regelung nicht nur für Staatsangestellte im Dienstverhältnis, sondern auch für freiwillige Feuerwehrleute,[3] Studenten, Schüler etc. Neben diesen spezifischen Regelungen findet sich eine allgemeine Regelung der Schadensersatzpflicht im Bürgerlichen Gesetzbuch. Obwohl der Geschädigte nach ständiger Rechtsprechung wählen kann, von welchem Schädiger er den Schadensersatz verlangt,[4] wie der Oberste Gerichtshof in einem anderen Zusammenhang zusammengefasst hat: *ist die Anwendung des Arbeitsgesetzbuches hier für den Geschädigten vorteilhaft, weil die Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers bei Arbeitsunfällen auf dem Prinzip der verschuldensunabhängigen Haftung (Haftung für das Ergebnis) beruht, während die Haftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch grundsätzlich auf der Verletzung rechtlicher Pflichten (rechtswidrige Handlung) der haftenden Partei beruht.“*[5]

Wie im ersten Abschnitt gezeigt wird, handelt es sich um eine Regelung, die sich in einer zentral geführten Wirtschaft durchgesetzt hat, in der die Abkehr von der Unfallversicherung dazu beitragen sollte, die Unfallrate zu senken. Da dies nicht geschah, verschärfte auch der kommunistische Gesetzgeber relativ bald die Haftung des Arbeitgebers für den entstandenen Schaden durch Regressansprüche.[6] Da diese Regelung den marktwirtschaftlichen Anforderungen nicht gerecht werden konnte, wurde sie durch die Einführung einer Pflichtversicherung bei ei-

---

2 Das Gesetz Nr. 266/2006 Slg. über die Unfallversicherung ist in den meisten seiner Bestimmungen nicht in Kraft getreten (vgl. Bestimmung des § 99 des zit. Gesetzes) und nach der Entscheidung der Regierung wird dies auch in der Zukunft nicht der Fall sein. So z. B. die Erklärung des Gesundheitsministers http://www.psp.cz/eknih/2010ps/stenprot/040schuz/s040304.htm (Zit.: 6.11.2012). Zu den Ereignissen im Parlament der Tschechischen Republik, z. B. http://www.parlamentnilisty.cz/arena/monitor/Snemovna-schvalila-zruseni-zakona-o-urazovem-pojisteni-247181 (Zit.: 7.11.2012) und hier http://www.opojisteni.cz/ekonomika/vyvoj-trhu/klaus-souhlasil-s-odlozenim-zakona-o-urazovem-pojisteni-zamestnancu/ (Zit.: 21.12.2012).

3 Im Gesetz Nr. 133/1985 Slg. über Brandschutz, in der jeweils geltenden Fassung, ist ein Abschnitt mit dem Titel „Entschädigung für Unfälle“ eingefügt. Nach dieser seit langem geltenden Regelung gilt, wenn ein Bürger verletzt oder getötet wurde
a) während seiner Tätigkeit für Freiwillige Feuerwehr der Gemeinde und in der Feuerwache,
b) im Zusammenhang mit der von ihr/ihm geleisteten Hilfe bei der Bekämpfung eines Brandes oder der Beseitigung seiner Folgen oder im Rahmen einer Übung von Feuerwehr.

4 So die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 24.9.1968, AZ 3 Cz 36/68.

5 Vgl. das Urteil des Obersten Gerichtshofs in der Rechtssache AZ 21 Cdo 2162/2016.

6 Für die Zwecke dieses Artikels verwenden wir die Terminologie der aktuellen Regelung auch für die Beschreibung der vorherigen Regelungen, obwohl diese Regelungen natürlich eine andere Terminologie verwendet haben. Der geneigte Leser wird die leichte Verzerrung der beschriebenen historischen Regelungen verzeihen, da dies im Interesse der Klarheit und des prägnanten Ausdrucks geschah.

ner begrenzten Zahl von Versicherern angepasst. Die Entschädigung für geschädigte Arbeitnehmer wird also in Wirklichkeit aus dem Staatshaushalt gezahlt.

Der tschechische Gesetzgeber hat sich noch nicht entschlossen, die derzeitige Regelung, die ursprünglich nur für ein Jahr gelten sollte, zu ändern und ein Unfallversicherungssystem nach deutschem oder österreichischem Vorbild zu schaffen. Obwohl der Gesetzgeber die aktuelle Regelung für ausreichend hochwertig und modern erklärt hat, lassen sich in der Praxis zahlreiche kleinere oder größere Anwendungsprobleme im Zusammenhang mit dem Funktionieren dieses Systems beobachten. Wie im zweiten Abschnitt gezeigt wird, ist der unbestrittene Vorteil der tschechischen Regelung im internationalen Vergleich der Grundsatz des vollständigen Ersatzes des verursachten Schadens. Dies ist jedoch auch ihre größte Herausforderung, wie die COVID-19-Pandemie zeigt. Mit dem Ausbruch der Pandemie ist genau dieses System der Absicherung von Arbeitnehmern bei Schäden durch einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit unter extremen Druck geraten und es bestehen Bedenken hinsichtlich seiner wirtschaftlichen Stabilität. Aus diesem Grund hat die Regierung einen problematischen Schritt unternommen, die Schadensersatzansprüche der Arbeitnehmer durch interne methodische Auslegungen einzuschränken. Dies ist zwar eine Standardlösung für das tschechische System, es ist jedoch eine Lösung, die in einem demokratischen und sozialen Rechtsstaat wahrscheinlich nicht bestehen kann.

C. Entwicklung der gesetzlichen Regelung der Absicherung von Arbeitnehmern im Falle eines Schadens durch einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit

Die Frage der Entschädigung für Arbeitnehmer, die einen Arbeitsunfall erlitten haben, wurde nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges im Rahmen des Sozialversicherungsrechts, namentlich Gesetz Nr. 99/1948 Slg., über die Volksversicherung, insbesondere in den Bestimmungen der §§ 110 bis 112, geregelt. In der zweiten Hälfte der 50er Jahre gab es im Rahmen der Rekodifizierung des Rechtssystems unruhige Zeiten, in denen sich die gesetzliche Regelung der Arbeitnehmerentschädigung relativ schnell veränderte. An den Grundlagen der gesetzlichen Regelung hat sich jedoch nichts geändert und bereits in dieser gesetzlichen Regelung können weitgehend die Normen erkannt werden, die im Zweiten Arbeitsgesetzbuch bis heute gelten. Aus konzeptioneller Sicht ist anzumerken, dass sie von Anfang an auch in der Regelung der Arbeitgeberhaftung für von Arbeitgebern verursachte Schäden enthalten sind

Mit Wirkung vom 1.1.1957 wurde die Regelung im Rahmen der Unfallversicherung teilweise durch das Gesetz Nr. 58/1956 Slg. über die Entschädigung für Arbeitsunfälle und über die Erstattung von Kosten für die ärztliche Behandlung und Leistungen der Kranken- und Rentenversicherung ersetzt. Der Gesetzgeber begründete die Abkehr von der Unfallversicherung damit, dass die Arbeitgeber nach der alten Regelung nicht so sehr an der Einhaltung des Arbeitsschutzes interessiert waren. Dies geschah natürlich nach dem sowjetischen Vorbild. Die neue Regelung sollte die Prävention (d. h. die Unfallrate reduzieren) und gleichzeitig die Rechte der geschädigten Arbeitnehmer und Hinterbliebenen stärken und

den Verwaltungsaufwand reduzieren.[7] Vier Jahre später erklärte der Gesetzgeber: *„Bei der Durchführung des Gesetzes Nr. 58/1956 Slg. wurden die folgenden Hauptmängel festgestellt: 1. In vielen Betrieben wird keine Analyse der Ursachen von Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten durchgeführt. Es werden auch keine Abhilfemaßnahmen ergriffen. (...) 2.* Ein weiterer Mangel in der Praxis der Entschädigung bei Arbeitsunfällen besteht darin, dass *keine angemessene Unterscheidung zwischen Unfällen getroffen wird, die sich aus dem berufsbedingten Risiko ergeben und solchen, die von den Arbeitnehmern nicht vorhersehbar sind, (...)"* [8] Und so wurde diese Regelung nach fünf Jahren mit Wirkung vom 1. Februar 1962 durch das Gesetz Nr. 150/1961 Slg. über die Entschädigung bei Unfällen und Berufskrankheiten ersetzt. Diese Regelung galt knapp 3 Jahre und wurde durch das Gesetz Nr. 30/1965 Slg. über die Entschädigung bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten geändert und erweitert. Obwohl weitgehend die bestehende Regelung übernommen wurde, wurde die Möglichkeit des Arbeitgebers gestärkt, sich teilweise von der Verpflichtung zum Schadenersatz des Arbeitnehmers zu befreien.[9]

Die betreffenden Rechtsvorschriften, die praktisch seit Anfang der 60er Jahre in Kraft sind, wurden auch mit der Verabschiedung des zweiten Arbeitsgesetzbuchs im Jahr 2006 nicht geändert. Sie entsprechen also nicht mehr den grundlegenden Veränderungen in der Gesellschaft und der Volkswirtschaft, die seither stattgefunden haben.[10] Mit Wirkung vom 1.1.1993 wurde die gesetzliche Versicherung des Arbeitgebers für Schäden, die einem Arbeitnehmer durch einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit entstehen, eingeführt, jedoch diese (damals erklärte) vorübergehende Maßnahme hat das Problem nur gemildert, nicht gelöst.[11]

Der Gesetzgeber hat dann das Konzept der Unfallversicherung gebilligt und im Gesetz Nr. 266/2006 Slg. über die Unfallversicherung für Arbeitnehmer geregelt. Bezeichnenderweise ist das Gesetz nie vollständig in Kraft getreten und wurde

---

7 Vgl. Drucksache 87 der Nationalversammlung der Tschechoslowakischen Republik, Begründung, allgemeiner Teil www.psp.cz/eknih/1954ns/tisky/t0087_00.htm (zit. 5.11.2021).

8 Drucksache 71 der Nationalversammlung der Tschechoslowakischen Republik. Schließlich räumte der Gesetzgeber selbstkritisch ein: *„Der derzeitige Wortlaut des Gesetzes war kein klarer und verständlicher Leitfaden für Führungskräfte."*

9 Vgl. Regierungsvorlage für das Gesetz Drucksache 17 der Nationalversammlung der Tschechoslowakischen Republik über die Entschädigung für Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten und Gemeinsamer Bericht des Gesundheits- und Verfassungsrechtsausschüsse. In dem begleitenden Gesetz über Regress räumte der Gesetzgeber ein: *„Die Notwendigkeit, Regressansprüche geltend zu machen, ist in erster Linie auf bestimmte nachteilige Folgen der Tatsache zurückzuführen, dass der Staat aus gesamtgesellschaftlichen Mitteln alle Schäden aus Unfällen, Berufskrankheiten und anderen Gesundheitsschädigungen ersetzt. Infolgedessen sind Unternehmen nicht ausreichend daran interessiert, die Gesundheit ihrer Mitarbeiter zu schützen und die schädlichen Folgen ihrer Tätigkeit für die Umwelt zu verhindern. Es kommt vor, dass sich Organisationen einseitig nur auf die Erfüllung von Produktionsaufgaben konzentrieren, insbesondere in Bezug auf Prämienindikatoren, und der gleichzeitigen Gesundheitsvorsorge der Arbeitnehmer nicht die gleiche Aufmerksamkeit schenken. Diese nachteiligen Folgen wären bei einer neuen Art der Verwaltung der Volkswirtschaft noch ausgeprägter.*" Vgl. Regierungsvorlage für das Gesetz Drucksache 18 der Nationalversammlung der Tschechoslowakischen Republik über die Erstattung von Kosten, die dem Staat durch Unfälle, Berufskrankheiten und andere Gesundheitsschädigungen entstehen/ über Regressansprüche/ und einen Gemeinsamen Bericht des Gesundheits- und Verfassungsrechtsausschusses.

10 Vgl. Bělina/Drápal et al: Arbeitsgesetzbuch, Großer Kommentar, I. Auflage, C. H.Beck, Prag 2012, S. 1377 (Novotný).

11 Es sollte hinzugefügt werden, dass die Versicherung nur von zwei Versicherungsgesellschaften betrieben werden darf, nämlich Generali Česká pojišťovna, a. s. und Kooperativa pojištovna, a. s. Vienna group.

nach einer Reihe von Verschiebungen schließlich mit der Begründung aufgehoben, dass dies aufgrund der Missbilligung der Sozialpartner und einer Reihe von Sachverständigen wegen der grundsätzlichen konzeptionellen Vorbehalte erforderlich sei.[12]

D. Haftung für Schäden infolge von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten

Ein Arbeitnehmer, der einen Arbeitsunfall erlitten hat oder bei dem eine Berufskrankheit diagnostiziert wurde, erhält, soweit der Arbeitgeber für den Schaden haftet, vom Arbeitgeber eine Entschädigung für den Verdienstausfall, die Schmerzen und die Beeinträchtigung des Soziallebens, die zweckmäßig aufgewendeten Kosten für die Behandlung und gegebenenfalls auch Sachschaden. Stirbt ein Arbeitnehmer infolge eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit, so ist der Arbeitgeber im Rahmen seiner Haftung verpflichtet, die zweckmäßig aufgewendeten Kosten für die Behandlung des Arbeitnehmers, die angemessenen Bestattungskosten, die Unterhaltskosten für die Hinterbliebenen, eine einmalige Entschädigung für Hinterbliebene und gegebenenfalls Ersatz von Sachschäden zu leisten.

Die tschechische Regelung hat für den Geschädigten zumindest einen Vorteil gegenüber der Unfallversicherung – sie beruht auf dem Konzept der vollständigen Entschädigung für den verursachten Schaden. Handelt es sich um einen Einkommensausfall, so wird der Einkommensverlust vor Eintritt des Schadens, soweit weitere Voraussetzungen erfüllt sind, bis zu dem Monat ersetzt, in dem der Geschädigte das Rentenalter erreicht.

1. Komplikationen für Drittstaatsangehörige

Die derzeitige Regelung hat allerdings auch Nachteile, die bei Drittstaatsangehörigen leider noch ausgeprägter sind. Obwohl die Regelung auf den ersten Blick neutral ist, da die Ansprüche des geschädigten Arbeitnehmers nicht von seiner Staatsangehörigkeit oder seinem Wohnsitz auf dem Gebiet der Tschechischen Republik abhängen, hält dieses System Drittstaatsangehörige in der Praxis davon ab, ihre Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Dies ist besonders ungerecht, weil es in der Regel Drittstaatsangehörige sind, welche gesundheitsgefährdende oder unmittelbar riskante Arbeiten verrichten.

Das Grundproblem ist die direkte Einbindung des Arbeitgebers in den Meldeprozess bzw. in der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen. Ein Drittstaatsangehöriger ist verpflichtet, den Schadenersatz bei seinem/mittels seines Arbeitgebers zu beantragen. Es ist verständlich, dass der Arbeitgeber, bei dem sich der Arbeitsunfall ereignet hat, verpflichtet ist, die Ursachen und Umstände des Unfalls aufzuklären (Bestimmung des § 105 Abs. 1 Arbeitsgesetzbuch), aber der Arbeitgeber sollte nach der tschechischen Gesetzgebung auch derjenige sein, der den geschädigten Arbeitnehmer bei der Geltendmachung von Schadensersatz

12 Das Gesetz über die Unfallversicherung wurde durch das Gesetz Nr. 205/2015 Slg. aufgehoben.

gegen sich selbst unterstützen sollte. Der Arbeitnehmer, aber oft auch der Arbeitgeber, unterscheidet nicht zwischen demjenigen, dem der Schaden gemeldet werden muss, und demjenigen, der den eventuellen Schadenersatzanspruch bezahlt (Arbeitgeber, mit Ausnahme des Staates, sind für diese Zwecke gesetzlich versichert). Darüber hinaus führt die verspätete Meldung eines Arbeitsunfalls bei den zuständigen Trägern[13] oder die Feststellung eines Verstoßes gegen Sicherheitsvorschriften[14] zwangsläufig zu einer Sanktionierung des Arbeitgebers. Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Arbeitgeber in der Regel nicht sehr entgegenkommend sind und die Anträge von geschädigten Drittstaatsangehörigen nicht unterstützen.

Neben der Angst vor Arbeitsplatzverlust wegen der Geltendmachung seiner Rechte, gibt es hier jedoch noch eine weitere wichtige Einschränkung des möglichen Schadensersatzes, die in den Grundlagen der derzeitigen Gesetzgebung verankert ist. Hierbei handelt es sich um eine vereinbarte befristete Dauer des Arbeitsverhältnisses, die für diese Kategorie von Arbeitnehmern die Regel ist. Gemäß den Bestimmungen des § 386 Abs. 1 Satz 1 des Arbeitsgesetzbuchs gilt: „*Ein Arbeitnehmer, der in einem befristeten Arbeitsverhältnis oder bei der Ausübung einer Arbeit im Rahmen einer befristeten Vereinbarung über die Arbeitstätigkeit (…) erleidet, hat Anspruch auf Entschädigung für den Verdienstausfall nur bis zu dem Zeitpunkt, an dem das Arbeitsverhältnis hätte enden müssen. Danach wird eine Entschädigung für den Verdienstausfall gezahlt, wenn unter den gegebenen Umständen davon ausgegangen werden kann, dass die behinderte Person weiter beschäftigt worden wäre.*“ Die fraglichen Rechtsvorschriften regeln nur einen der Ansprüche des geschädigten Arbeitnehmers, der jedoch in der Regel der finanziell anspruchsvollste ist. Ziel dieser Regelung ist es, diesen Anspruch bei Arbeitnehmern zu beschränken, die nur gelegentlich erwerbstätig sind oder die die Erwerbstätigkeit nicht als Haupteinkommensquelle haben und daher nur gelegentlich ein befristetes Arbeitsverhältnis eingegangen sind und nach Ablauf der vereinbarten Zeit im Rahmen des Arbeitsverhältnisses nicht weiterarbeiten würden, auch wenn der Arbeitsunfall nicht eingetreten wäre. Aus diesem Grund müssen auch Arbeitnehmer, die aufgrund einer Vereinbarung über die Durchführung der Arbeit arbeiten, hier mit einbezogen werden, obwohl diese Art von Arbeitsverhältnis im Arbeitsgesetzbuch nicht ausdrücklich erwähnt wird. Andernfalls käme es zu der absurden Situation, dass Arbeitnehmer, die quantitativ potenziell die Mindestzahl an Arbeitsstunden leisten, mehr Sicherheit genießen als Arbeit-

13 Vgl. Bestimmung des § 4 der Regierungsverordnung Nr. 201/2010 Slg. über die Art und Weise der Aufzeichnung, Meldung und Übermittlung von Unfallberichten.

14 So z. B. der Regressanspruch des Versicherungsunternehmens gegen den Arbeitgeber gemäß den Bestimmungen des § 10 Abs. 1 Buchst. b) der Verordnung Nr. 125/1993 Slg., die die Bedingungen und Tarife der gesetzlichen Arbeitgeberhaftpflichtversicherung für Schäden bei einem Arbeitsunfall oder einer Berufskrankheit festlegt. Eine weitere Sanktion ist ein Aufschlag auf die Prämie der zuständigen Krankenkasse (Bestimmung des § 45 des Gesetzes Nr. 48/1997 Slg. in der Fassung bis zum 31.12.2014) oder der Sozialversicherungsverwaltung des Bezirks, bzw. Prager Sozialversicherungsverwaltung oder Städtische Sozialversicherungsverwaltung in Brno (gemäß den Bestimmungen des § 21 des Gesetzes Nr. 592/1992 Slg., in der Fassung bis zum 31.12.2014). Nicht zuletzt handelt es sich um eine Sanktion für Ordnungswidrigkeiten im Bereich der Arbeitssicherheit (Bestimmung des § 30 des Arbeitsaufsichtsgesetzes), der Sicherheit technischer Anlagen mit erhöhter Gefahr für Leben und Gesundheit (Bestimmung des § 32 des Arbeitsaufsichtsgesetzes) oder im Bereich der vorbehaltenen technischen Einrichtungen (Bestimmung des § 33 des Arbeitsaufsichtsgesetzes).

nehmer, die in befristeten Arbeitsverhältnissen oder in einem durch eine Vereinbarung über die Arbeitstätigkeit begründeten Arbeitsverhältnis beschäftigt sind.

Die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses oder eines anderen auf bestimmte Zeit vereinbarten Arbeitsverhältnisses erfolgt unabhängig von der Situation, in der sich der Arbeitnehmer befindet. In einem solchen Fall hat der Drittstaatsangehörige nur dann Anspruch auf Entschädigung für den Verdienstausfall, wenn er nachweisen kann, dass er ohne diesen Arbeitsunfall oder die Berufskrankheit weiter beschäftigt worden wäre. Dies ist jedoch besonders schwierig angesichts des sekundären Charakters der Beschäftigung, d. h. der Notwendigkeit, vor der Verlängerung oder Wiedererteilung einer Beschäftigungserlaubnis eine Arbeitsmarktprüfung durchzuführen. Auch die bestehende Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs bietet in dieser Hinsicht einen gewissen Spielraum. Der Anspruch auf Entschädigung für Verdienstausfall entsteht auch dann, wenn die Weiterbeschäftigung des Drittstaatsangehörigen nach den Umständen nur angenommen werden kann.[15] Eine begründete Annahme kann nur unter Berücksichtigung der zum Zeitpunkt des Unfalls bestehenden Umstände vorliegen, aus denen sich ergibt, ob der Arbeitnehmer nur gelegentlich ein befristetes Arbeitsverhältnis eingegangen ist (und nach Ablauf der vereinbarten Dauer des Arbeitsverhältnisses ohnehin nicht weitergearbeitet hätte) oder ob die Haupteinnahmequelle des Arbeitnehmers eine Erwerbstätigkeit war und der Arbeitnehmer bis zu diesem Zeitpunkt regelmäßig gearbeitet hat (und daher unter Umständen davon ausgegangen werden kann, dass er nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses weiterbeschäftigt worden wäre). „*Wenn der Arbeitnehmer dies nachweisen kann, kann eine Entschädigung für den Verdienstausfall bis zur Höhe des Durchschnittsverdienstes gewährt werden, den er dauerhaft in dem Unternehmen erzielt hat, in dem er den Arbeitsunfall erlitten hat.*“[16]

Weitere Einschränkungen der Absicherung teilen dann Drittstaatsangehörige mit geschädigten Bürgern der Tschechischen Republik. Der Arbeitnehmer ist in der Regel nicht in der Lage, einen Kausalzusammenhang zwischen dem Arbeitsunfall und dem Eintritt des Schadens nachzuweisen. Dies ist in der Regel auf den Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, d. h. (sofern es nicht aufgrund Ablauf der vereinbarten Zeitraums endet) auf einen anderen Kündigungsgrund zurückzuführen, als das Verbot, die bestehende Arbeit aufgrund eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit nach ärztlichem Gutachten eines arbeitsmedizinischen Leistungserbringers oder einer Entscheidung der zuständigen Verwaltungsbehörde, die das ärztliche Gutachten überprüft, fortzusetzen. In solchen Fällen wird die Unwirksamkeit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitnehmer nicht rechtzeitig gerichtlich angefochten, was zur Folge hat, dass die Überprüfung des das Arbeitsverhältnis beendenden Rechtsakts nicht möglich ist.[17] Wenn es

15 Vgl. das Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 6.6.2006, AZ 21 Cdo 2023/2005.

16 Bewertung der Nationalversammlung der Tschechoslowakischen Republik vom 27.1.1975, AZ Cpj 37/74 (R 11/1976, S. 51–52).

17 So z. B. die Stellungnahme der Nationalversammlung der Tschechoslowakischen Republik vom 12.3.1987, AZ Cpj 291/86 (R 20/1987/II). Es handelt sich dabei um eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist. Der Kläger hat den Aufhebungsvertrag innerhalb dieser Frist nicht gerichtlich angefochten. Daher beruft sich der Beklagte auf die Stellungnahme der Nationalversammlung der Tschechoslowakischen Republik vom 12.3.1987, AZ Cpj 291/86 (R 20/1987/III), in der es eindeutig heißt: „*Wenn die Nichtigkeitsklage der*

gelingt, die Unwirksamkeit rechtzeitig anzufechten, stützt sich das Gericht bei der Prüfung der Ursachen des Verdienstausfalls des Arbeitnehmers zwingend auf das ärztliche Gutachten des arbeitsmedizinischen Leistungserbringers oder die Entscheidung der zuständigen Verwaltungsbehörde zur Überprüfung des ärztlichen Gutachtens, auch wenn die Versetzung des Arbeitnehmers an einen anderen Arbeitsplatz oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch andere Tatsachen (Tatsachen, die nicht auf eine Berufskrankheit zurückzuführen sind) gerechtfertigt war.[18]

Eine wesentliche Einschränkung ist die Schwierigkeit, die Höhe des Verdienstausfalls nachzuweisen. Nach der geltenden Rechtsprechung kann das Einkommen, das der Geschädigte von seinem früheren Arbeitgeber erhalten hat, nicht zur Ermittlung des Durchschnittsverdienstes vor dem Unfall herangezogen werden, soweit es um einen Anspruch auf Ersatz des Verdienstausfalls nach Beendigung der Arbeitsunfähigkeit geht. Anderes gilt erst, nachdem das Arbeitsverhältnis des geschädigten Arbeitnehmers bei dem für den Schaden haftenden Arbeitgeber aus anderen Gründen als den Folgen des Arbeitsunfalls beendet worden ist. Der Oberste Gerichtshof hat entschieden, dass im kausalen Zusammenhang mit dem Arbeitsunfall in einem solchen Fall ein solcher Verdienstausfall steht, der aufgrund des Durchschnittsverdienstes ermittelt wird, den der geschädigte Arbeitnehmer nachweislich bei einem anderen Arbeitgeber für die Arbeit erzielt hätte, die er für diesen Arbeitgeber verrichtet hätte, wenn der Arbeitsunfall nicht eingetreten wäre.[19] Der geschädigte Arbeitnehmer muss dann im Wesentlichen nachweisen, wie viel er für die bei einem anderen Arbeitgeber geleistete Arbeit erhalten hätte, wenn er keinen Arbeitsunfall oder keine Berufskrankheit erlitten hätte. Wesentlich einfacher ist die Situation, wenn der geschädigte Arbeitnehmer zum Stellenbewerber wird. In einem solchen Fall wird als der Verdienst nach einem Arbeitsunfall oder einer Berufskrankheit rechtlich das Verdienst in Höhe des Mindestlohns angesehen. Hat der Arbeitnehmer jedoch nach Beendigung der Arbeitsunfähigkeit eine Verdienstausfallentschädigung erhalten, bevor er zum Stellenbewerber wurde, hat er Anspruch auf eine solche Entschädigung in der Höhe, auf die er während des Arbeitsverhältnisses Anspruch hatte.

2. COVID-19 als Berufskrankheit mit einer Statusgrenze

Gemäß der Bestimmung des § 269 Abs. 2 des Arbeitsgesetzbuches ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitnehmer den durch eine Berufskrankheit verursachten Schaden oder den immateriellen Schaden zu ersetzen, wenn dieser bis zur Feststellung der Krankheit bei ihm unter Bedingungen gearbeitet hat, unter denen diese Krankheit entstanden ist. Voraussetzung für die Arbeitgeberhaftung ist somit der Eintritt eines Schadens und das Auftreten einer Berufskrankheit am Arbeitsplatz des Arbeitnehmers. Was den Nachweis des Auftretens einer Berufs-

---

Auflösung des Arbeitsverhältnisses im gegenseitigen Einvernehmen nicht innerhalb der Frist des § 64 des Arbeitsgesetzbuches von 1965 erhoben wurde, endete das Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen der Parteien über seine Auflösung. Die Wirksamkeit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses im gegenseitigen Einvernehmen kann vom Gericht nachträglich nicht beurteilt werden.“

18 Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 20.3.2003, AZ 21 Cdo 1199/2002 (SJ 60/2003).

19 So das Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 10.12.2002, AZ 21 Cdo 1185/2002 (R 64/2003).

krankheit anbelangt, so hat die ständige Rechtsprechung gefolgert: *„Für die Entscheidung über die Anerkennung einer Berufskrankheit kommt es nicht darauf an, ob die zu beurteilende Krankheit nachweislich bei einer bestimmten Arbeit aufgetreten ist, sondern nur, ob die zu beurteilende Person eine Arbeit verrichtet hat, die ihrer Natur nach den Bedingungen für das Auftreten der Berufskrankheit entsprach, die in der geltenden Liste der Berufskrankheiten aufgeführt ist. Es ist nicht erforderlich, zu beweisen, dass die Arbeit die betreffende Krankheit tatsächlich verursacht hat (und auch nicht die Frage der Wahrscheinlichkeit eines solchen Umstands zu klären). Wichtig ist nur der Nachweis, dass die Krankheit bei der betreffenden Arbeit hätte auftreten können (wenn es sich um eine Arbeit handelt, die ihrer Natur nach der in der Liste der Berufskrankheiten aufgeführten Arbeit entspricht).“*

Die Liste der Berufskrankheiten ist in einer Rechtsvorschrift festgelegt, die zwar in Bezug auf COVID-19 nicht neu gefasst wurde (obwohl die Regierung dies in Erwägung gezogen hatte), aber auch auf diese Krankheit anwendbar ist. In Übereinstimmung mit den Leitlinien des Gesundheitsministeriums haben die Arbeitgeber bereits in über zweitausend Fällen ihre Haftung für durch COVID-19 verursachten Schäden als Berufskrankheit anerkannt.[20] Das Ministerium für Arbeit und Soziales der Tschechischen Republik hat jedoch durch methodische Unterstützung und Verwaltung der Tätigkeit der regionalen Gesundheitsämter die Zahl dieser Berufskrankheiten durch den Status des Arbeitnehmers künstlich begrenzt. Nach den internen Richtlinien des Ministeriums soll COVID-19 nur für Beschäftigte im Gesundheitswesen und im Sozialwesen als Berufskrankheit anerkannt werden.[21] Dies soll durch die sog. Hygienebedingung geschehen. Dabei wird beurteilt, ob der Arbeitnehmer an einem Arbeitsplatz gearbeitet hat, an dem das Risiko einer Ansteckung mit dieser Infektionskrankheit besteht. Die entsprechende Beurteilung fällt in die Zuständigkeit der regionalen Gesundheitsämter. Sie geben verbindliche Stellungnahmen für Anbieter ab, die zur Anerkennung von Berufskrankheiten berechtigt sind. Hervorzuheben ist, dass es für die regionalen Gesundheitsämter keine feste gesetzliche Frist zur Abgabe dieser Stellungnahmen gibt. Die Verfahren der regionalen Gesundheitsämter zur Überprüfung der sog. hygienischen Bedingung für COVID-19 wurden durch ein offizielles Schreiben des Gesundheitsministeriums vom 24. Juni 2020 geregelt.

---

20 Gemäß Kapitel V (Übertragbare und parasitäre Berufskrankheiten) Nr. 1 und 3 der Regierungsverordnung Nr. 290/1995 Slg. in der jeweils gültigen Fassung. Die Liste der Berufskrankheiten gemäß der Regierungsverordnung Nr. 290/1995 Slg. umfasst übertragbare und parasitäre Krankheiten, zu denen auch die COVID-19-Erkrankung gehört.

21 Zitiert aus der Begründung des Urteils des Obersten Gerichtshofs vom 23. Mai 2003, AZ 21 Cdo 2308/2002.

E. Schlussfolgerung

Die tschechische Regelung der Entschädigung für Schäden, die Arbeitnehmern durch Arbeitsunfälle oder Berufskrankheiten zugefügt werden, ist eine besondere Kombination aus dem ursprünglichen sowjetischen Konzept der Haftung der sozialistischen Arbeitsorganisation und der (vorübergehenden) öffentlich-rechtlichen Versicherung. Auch nach fast 30 Jahren in einem demokratischen Staat will der Gesetzgeber diese Regelung nicht ändern, da er den Übergang zum Unfallversicherungsmodell ablehnt. Wenn diese Haltung überhaupt erklärt wird, dann durch den Hinweis auf die Qualität der tschechischen Regelung und die Höhe der Leistungen, die den geschädigten Arbeitnehmern nach der tschechischen Regelung zustehen.

Es kann zwar bestätigt werden, dass die tschechische Regelung im Gegensatz zu einigen Unfallversicherungen eine vollständige Entschädigung für den entstandenen Schaden vorsieht, doch ist auch darauf hinzuweisen, dass die Ansprüche der Arbeitnehmer im Interesse des Schutzes des Staatshaushalts in der Praxis eingeschränkt werden. Dies geschieht nicht auf transparente Weise, sondern informell, wie vorstehend am Beispiel der Drittstaatsangehörigen und von Arbeitnehmern aus nicht bevorzugten Berufen im Falle der Pandemie und der COVID-19-Krankheit gezeigt wurde. Darüber hinaus ist auf die übliche Praxis von Versicherern hinzuweisen, die im Zweifelsfall darauf bestehen, dass ein Staatsgericht entscheidet. Statistiken zu den Gerichtsverfahren zeigen dabei, dass Schadensersatzverfahren in solchen Fällen Jahre dauern.[22]

Obwohl eine rationale Diskussion grundsätzlich nicht möglich zu sein scheint, so ist doch zu hoffen, dass die COVID-19-Pandemie das Verständnis der führenden Politiker so stark verändert, dass eine Expertendiskussion über die Angemessenheit der spezifischen tschechischen Lösung wieder eröffnet wird, eine Diskussion, in die zumindest einige Experten Erkenntnisse einbringen können, die dank der exzellenten wissenschaftlichen Arbeit des Max-Planck-Instituts für Sozialrecht und Sozialpolitik mit Sitz in München gewonnen werden können.

22 Geschädigte Arbeitnehmer sind jedoch von der Zahlung von Gerichtsgebühren befreit, wenn sie Ansprüche aus einem Arbeitsunfall oder einer Berufskrankheit einklagen.

Ku-Yen Lin, Taipeh[1]

Überblick über die Pflegeleistungen in Deutschland und Taiwan – ein Vergleich

Inhaltsübersicht

A. Einleitung
B. Pflegebegutachtung
  I. Deutschland
  II. Taiwan
C. Leistungen für Pflegebedürftige
  I. Leistungsart
  II. Leistungsinhalt
    1. Häusliche Pflege
    2. Stationäre Pflege
D. Leistungen für Pflegepersonen
E. Fazit

A. Einleitung

Nach den Prognosen zur Bevölkerungsentwicklung wird in Deutschland die Anzahl älterer Personen (67 Jahre und älter) bis zum Jahr 2040 voraussichtlich auf knapp 21,5 Millionen steigen. Ab dem 80. Lebensjahr steigt die statistische Wahrscheinlichkeit, auf fremde Hilfe angewiesen zu sein, rapide an – auf rund 32 Prozent.[2] In Taiwan lag der Anteil der Senioren und Seniorinnen (65 Jahre und älter) im Jahr 1993 bei über 7 Prozent der Gesamtbevölkerung (aging society) und 2018 bei über 14 Prozent (aged society). Für 2025 wird ein Anteil von mehr als 20 Prozent (super-aged society) prognostiziert.[3] Die Zahl der Senioren, die in der Langzeitpflege auf fremde Hilfe angewiesen sind, wird nach den Prognosen von ca. 557.000 im Jahr 2017 auf 770.000 im Jahr 2026 zunehmen.[4] Beide Länder weisen eine ähnliche Entwicklung auf: je älter die Bevölkerung, desto höher ist die Zahl der Pflegebedürftigen.

In Deutschland wurde die Pflegeversicherung am 1.1.1995 als fünfte Säule der Sozialversicherung eingeführt. Sie umfasst die häusliche Pflege, die teil- und die vollstationäre Pflege. Die häusliche Pflege kann durch Geldleistung, Sachleistung oder einer Kombination von beidem erbracht werden. Teil- und vollstationäre Pflege werden als Sachleistung angeboten. Außerdem gibt es Hilfsmittel und wohnumfeldverbessernde Maßnahmen als Angebot für Pflegebedürftige. Um Pflegepersonen (pflegende Angehörige) vor Überlastung zu schützen, gewähren die Pflegekassen ihnen neben Pflegekursen auch Leistungen der sozialen

---

1 Die Verfasserin dankt Dr. Eva Maria Hohnerlein für ihre Unterstützung bei der sprachlichen Überarbeitung.

2 www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/pflege/online-ratgeber-pflege/die-pflegeversicherung.html (Stand: 31.10.2022)

3 Zahlenangaben aus dem Bericht des National Development Council Taiwans über die Prognose des demografischen Wandels vom Jahr 2020 bis zum Jahr 2070, 1(2); Vgl.: https://pop-proj.ndc.gov.tw/dataSearch.aspx?r=5&uid=2104&pid=59 (Stand: 31.10.2022).

4 Heft für das Pflegeprojekt 2.0 1(18), 2016.

Sicherung, Beratung sowie Verhinderungspflege und einen Entlastungsbetrag als zweckgebundene Geldleistung.

In Taiwan wurden seit 1998 Pilotprojekte zur Pflegeversorgung initiiert. Das „Pflegeprojekt für 10 Jahre“ wurde von 2007 bis 2016 durchgeführt. Während dieser Zeit wurde das Pflegedienstgesetz (PfdG) im Mai 2015 verabschiedet; Anfang 2016 legte die Regierung dem Parlament den Entwurf für ein Pflegeversicherungsgesetz vor. Der Gesetzgeber wollte die Pflegeressourcen durch das PfdG weiterentwickeln und die Pflegeleistungen durch eine Pflegeversicherung gewährleisten. Leider scheiterte die Gesetzgebung zur Pflegeversicherung, stattdessen wurde ein neues Pflegeprojekt für weitere zehn Jahre eingeführt. Um die beiden Pflegeprojekte zu unterscheiden, wurde das Pflegeprojekt von 2007 bis 2016 als „Pflegeprojekt 1.0“ und das Pflegeprojekt von 2017 bis 2026 als „Pflegeprojekt 2.0“ bezeichnet.

Das PfdG wurde im Mai 2021 geändert und enthält einen allgemeinen Teil, das Pflegedienstsystem, die Begutachtung, die Art des Pflegedienstes, die Finanzierung, die Rechte und Pflichten der Pflegeeinrichtungen und der Pflegekräfte sowie den Rechtsschutz der Bewohner von Pflegeeinrichtungen. Die Leistungen und Vergütungen wurden zunächst im Pflegeprojekt 2.0 vorgesehen und später nach der „Norm für Pflegeleistung und Pflegevergütung”[5] angeboten. Am 20.1.2022 hat das Ministerium für Gesundheit und Soziales nach dem Auftrag des Gesetzgebers im § 8-1 Abs. 4 PfdG die Verordnung für die Pflegeleistung und Vergütung (PflvgVO) erlassen. Statt der Norm für die Pflegeleistung und Pflegevergütung gilt die PflvgVO seit 1.2.2022. Die Leistungen sind steuerfinanziert und umfassen den fachlichen Pflegedienst, Krankentransporte, Pflegehilfsmittel und wohnumfeldverbessernde Maßnahmen sowie Ruhepausen für Pflegepersonen.

In diesem Artikel wird ein vergleichender Überblick über die Pflegeleistungen beider Länder gegeben.

B. Pflegebegutachtung

Die Begutachtung der Pflegebedürftigkeit ist in beiden Ländern Voraussetzung für den Zugang zu Pflegeleistungen; die Pflegeleistungen werden nach der festgestellten Pflegestufe oder dem festgestellten Pflegegrad gewährt. Bei der Pflegebegutachtung gibt es folgende Unterschiede.

I. Deutschland

Der Begriff der Pflegebedürftigkeit in § 14 SGB XI wurde durch das Zweite Pflegeverstärkungsgesetz mit Wirkung zum 1.1.2017 neu geregelt, wobei der jeweilige Pflegegrad mit Hilfe eines neuen Begutachtungsinstruments festgestellt wird. Seit Anfang 2017 erhalten Pflegebedürftige, die gesundheitlich bedingte Beeinträchtigungen der Selbständigkeit oder der Fähigkeiten aufweisen und deshalb

5 Die Norm trat zum 1.1.2018 in Kraft, vgl. Verkündungsblatt der Abteilung der Langzeitpflege im Ministerium für Gesundheit und Soziales Nr. 1061563780 vom 29.12.2017. Die Bezeichnung als „Norm“ entspricht der wörtlichen Übersetzung aus dem Chinesischen

der Hilfe durch andere bedürfen, nach der Schwere der Beeinträchtigungen einen Grad der Pflegebedürftigkeit (§ 15 Abs. 1 S. 1 SGB XI). Die Pflegebedürftigkeit muss auf Dauer, voraussichtlich für mindestens sechs Monate, und mit mindestens einem definierten Schweregrad bestehen (§ 14 Abs. 1 S. 3, § 15 SGB XI). Es muss sich um Personen handeln, die körperliche, kognitive oder psychische Beeinträchtigungen oder gesundheitlich bedingte Belastungen oder Anforderungen nicht selbständig kompensieren oder bewältigen können (§ 14 Abs. 1 S. 2 SGB XI).

Nach der Definition der Pflegebedürftigkeit bis 31.12.2016 gab es drei Pflegestufen. Maßgeblich war der Zeitaufwand, den ein nicht pflegerisch ausgebildeter Angehöriger für die Pflege benötigen würde. Seit 2017 wird die Pflegebedürftigkeit statt nach drei Pflegestufen nach fünf Pflegegraden klassifiziert, die sich an der Beeinträchtigung der Selbstständigkeit oder der Fähigkeiten der Versicherten orientieren. Die Beeinträchtigung der Person wird in insgesamt sechs einzelnen Lebensbereichen begutachtet und mit jeweils 0 bis 4 Punkten gewertet. Vor der Neuregelung waren die vielen demenzkranken Älteren zum großen Teil von den Leistungen der Pflegeversicherung ausgeschlossen, wenn sie körperlich größtenteils noch gesund waren, aber dennoch viel Betreuung und Zuwendung brauchten. Die Pflegeversicherung war auf die körperliche Pflege ausgerichtet. Mit der Reform sollten demenzkranke und körperlich erkrankte Pflegebedürftige leistungsrechtlich gleichgestellt werden.

Während der Corona-Pandemie wurden einige Sonderregeln für die Feststellung des Pflegegrades eingeführt: Um eine Ansteckung des pflegebedürftigen Menschen oder des Gutachters mit dem Corona-Virus zu vermeiden, konnte die Begutachtung während der Corona Pandemie bis einschließlich 31. März 2022 ohne Untersuchung des Versicherten in seinem Wohnbereich erfolgen; der Wunsch des Versicherten, persönlich in seinem Wohnbereich untersucht zu werden, ist zu berücksichtigen (§ 147 Abs. 1 S. 1 SGB XI). Bis 31. März 2022 wurden keine Wiederholungsbegutachtungen durchgeführt, auch dann nicht, wenn die Wiederholungsbegutachtung vor diesem Zeitpunkt vom Medizinischen Dienst oder anderen unabhängigen Gutachterinnen und Gutachtern empfohlen wurde (§ 147 Abs. 2 SGB XI).

II. Taiwan

Weder das PfdG noch das Pflegeprojekt 2.0 definieren die Pflegebedürftigkeit oder die Pflegestufen. Jedoch wurde der Begriff der Langzeitpflege in § 3 PfdG festgelegt. Nach dieser Definition liegt Pflegebedürftigkeit bei Personen vor, die sich in einem Zustand von körperlichen oder geistig bedingten Beeinträchtigungen befinden und daher für mindestens sechs Monate der Hilfe sowie der Unterstützung im Alltag, der sozialen Teilnahme, der pflegerischen Beteuung und der medizinischen Versorgung durch andere Personen bedürfen. Nach den Begutachtungsrichtlinien[6] liegt Pflegebedürftigkeit bei Personen vor, die gesundheitlich bedingte Belastungen oder Anforderungen oder körperliche, kognitive oder psy-

6 https://1966.gov.tw/LTC/cp-4015–42461-201.html (Stand: 31.10.2022).

chische Beeinträchtigungen nicht selbstständig kompensieren oder bewältigen können. Die Gutachter begutachten in folgenden neun Bereichen: 1. Kommunikationsfähigkeit, 2. Kurzzeitgedächtnis, 3. ADL, 4. IADL, 5. spezifische und besondere Pflegebedürfnisse, 6. Wohnumgebung und soziale Teilnahme, 7. Stimmung und Verhalten, 8. Belastung der hauptamtlich pflegenden Angehörigen, 9. Berufe und Unterstützung der pflegenden Angehörigen. Die Menschen mit einer Demenz haben ebenso Zugang zu Pflegeleistungen wie Personen mit körperlichen Erkrankungen. In den Begutachtungsrichtlinien und der PflvgVO ist die Pflegebedürftigkeit mit insgesamt acht Pflegestufen erwähnt. Allerdings fehlt eine Definition der Pflegestufen.

Gem. § 8 Abs. 2 PfdG kann die Bevölkerung beim Pflegemanagement-Zentrum[7] oder der zuständigen Abteilung der Kommune einen Begutachtungsantrag stellen. Der Gutachter hat grundsätzlich durch Hausbesuch die Pflegebedürftigkeit festzustellen. Nach der Begutachtung sendet der Gutachter dem Antragsteller das schriftliche Ergebnis.

Während der Corona-Pandemie fanden in der Zeit des Lockdowns in der Alarmstufe 3[8] keine Wiederholungsbegutachtungen für Pflegeleistungen statt.[9] Ein neu gestellter Antrag zur Begutachtung durch Hausbesuche konnte auf die Lockdown- Alarmstufe 2[10] verschoben werden.

C. Leistungen für Pflegebedürftige

Die häusliche Pflege, Tages- und Nachtpflege, Pflegehilfsmittel und das Wohnumfeld verbessernde Maßnahmen werden in beiden Ländern angeboten. Sie funktionieren zudem nach ähnlichen Prinzipien, nämlich dem Vorrang der häuslichen Pflege und der teilweisen Deckung der Leistungen. Allerdings gibt es auch Unterschiede.

I. Leistungsart

Pflegebedürftige in Deutschland haben bei häuslicher Pflege die Möglichkeit, zwischen einer Geld-, einer Sach- oder einer Kombinationsleistung zu wählen. Dagegen werden in Taiwan nur Sachleistungen gewährt. Viele Sozialverbände hatten die Zahlung von Geldleistungen kritisiert. Sie waren in Sorge, ob die Pflegebedürftigen eine Geldleistung wirklich an die Pflegepersonen, vor allem an pflegende Angehörige, weiterreichen würden.[11] Darüber hinaus wäre die Qual-

7 Es gibt in jeder Stadt ein Pflegemanagementzentrum, das für die Pflegebegutachtung zuständig ist.

8 In Taiwan gab es vier Alarmstufen beim Lockdown. Bei Stufe vier musste man zu Hause bleiben. Bei Stufe drei mussten alle öffentlichen Einrichtungen, ausgenommen essentielle Dienste und Kliniken, schließen. Jeder musste Maske tragen. In Innenräumen durften sich höchstens fünf Personen, im Freien nicht mehr als 10 Personen treffen. Ganz Taiwan befand sich in Stufe 3 vom 19.5.2021 bis 26.07.2021.

9 Vgl. Verkündungsblatt der Abteilung Langzeitpflege im Ministerium für Gesundheit und Soziales Nr. 1101961404 vom 21.05.2021.

10 Während Stufe 2 musste man auch Maske tragen. Im Innenraum durften sich bis zu 100 Personen und im Freien höchstens 500 Personen versammeln. Restaurants und ein Teil der öffentlichen Einrichtungen konnten wieder öffnen.

11 Diese Verbände waren auch von der japanischen Pflegeleistung beeinflusst.

itätssicherung im Fall einer Geldleistung schwierig zu prüfen. Dennoch sah der Entwurf für das Pflegeversicherungsgesetz eine Geldleistung und eine Kombinationsleistung als Leistungsarten vor. Gemäß dem Pflegeprojekt Taiwans können Pflegebedürftige – anders als in Deutschland – nicht eine für sie passende Leistungsart entsprechend ihrem Bedarf auswählen, während das deutsche System die Wahlfreiheit der Versicherten schützt.

II. Leistungsinhalt

1. Häusliche Pflege

a) Sachleistung

In Deutschland haben Pflegebedürftige der Pflegegrade 2 bis 5 nach § 36 Abs. 1 SGB XI bei häuslicher Pflege Anspruch auf Sachleistungen in Gestalt von körperbezogenen Pflegemaßnahmen, pflegerischen Betreuungsmaßnahmen und Hilfen bei der Haushaltsführung (häusliche Pflegehilfe). Der Anspruch umfasst am 1.1. 2022 bei Pflegegrad 2 Leistungen bis zu einem Gesamtwert von monatlich 724 Euro, bei Pflegegrad 3 von 1.363 Euro, bei Pflegegrad 4 von 1.693 Euro und bei Pflegegrad 5 von 2.095 Euro.[12] Soweit Pflegebedürftige in einem Monat keine Leistungen des ambulanten Pflegedienstes beziehen, können sie bis zu 40 Prozent des für den jeweiligen Pflegegrad vorgesehenen Maximalbetrags umwidmen und für Leistungen zur Unterstützung im Alltag nutzen (§ 45a SGB XI). Mit dem Umwandlungsbudget können Betreuungsangebote, Entlastungsangebote und zusätzliche Angebote zur Entlastung im Alltag finanziert werden.

In Taiwan haben Pflegebedürftige der Pflegestufe 2 bis 8 das Recht auf Sachleistungen im Wert eines bestimmten pauschalen Leistungsbetrags: bei der Pflegestufe 2 in Höhe von 10.020 Taiwan-Dollar (NTD)[13] (ca. 311€), bei Stufe 3 in Höhe von 15.460 NTD (ca. 480€), bei Stufe 4 in Höhe von 18.580 NTD (ca. 577€), bei Stufe 5 in Höhe von 24.100 NTD (ca. 748€), bei Stufe 6 in Höhe von 28.070 NTD (ca. 871€), bei Stufe 7 in Höhe von 32.090 NTD (ca. 996€) und bei Stufe 8 in Höhe von 36.180 NTD (ca. 1.123€).[14] Diese Leistung ist nicht ausreichend, weil sie die Pflegebedürfnisse der Pflegebedürftigen nur zum Teil deckt. Es gibt keinen Umwandlungsanspruch, wenn die Pflegesachleistung nicht ausgeschöpft wird.

b) Geldleistung und Kombination

In Deutschland haben Pflegebedürftige der Pflegegrade 2 bis 5 gem. § 37 und § 38 SGB XI das Recht, zwischen einer Pflege-Geldleistung für selbst beschaffte Pflegehilfen oder einer Kombination aus Pflegegeldleistung und Sachleistung zu wählen. Die monatliche Geldleistung beträgt je nach Pflegegrad (PG) 316 Euro (PG 2), 545 Euro (PG 3), 728 Euro (PG 4) und 901 Euro (PG 5). Die Höhe des anteiligen Pflegegeldes bei Kombination entspricht dem nicht genutzten Anteil des jeweiligen Sachleistungshöchstbetrags.[15]

---

12 Art. 2 Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung vom 11.07.2021, BGBI. I. S. 2754, S. 27.
13 Der Wechselkurs am 31.10.2022 war: 1 Euro = 32,21 NTD.
14 PflvgVO, Anlage 2.
15 BeckOK SozR/Giesbert, 62. Ed. 1.9.2021, SGB XI § 38 Rn. 11

Dagegen gibt es in Taiwan weder eine Geldleistung noch eine Kombination aus Geld- und Sachleistung nach der PflvgVO und dem Pflegeprojekt 2.0. Da die Pflegeleistungen und Vergütungen sich auf geltendes Recht beziehen, sollten diese nach § 5 des Gesetzes für zentrale Regelungsstandards auf legislativer Ebene festgelegt werden.

c) Pflegehilfsmittel und wohnumfeldverbessernde Maßnahmen

Für die Pflegehilfsmittel unterscheidet das deutsche Recht (§ 40 SGB XI) zwischen für den Verbrauch bestimmten und technischen Pflegehilfsmitteln. Bei den technischen Pflegehilfsmitteln steht das Ausleihen vorrangig vor dem Kaufen. Für die Hilfsmittel mit doppelten Funktionen tragen die gesetzliche Krankenkasse und die Pflegekasse die Kosten gemeinsam. Taiwan kennt keine derartigen Unterscheidungen, weder bei zum Verbrauch bestimmten, noch bei technischen Pflegehilfsmitteln noch bei Hilfsmitteln mit Doppelfunktionen. Die Pflegehilfsmittel können gekauft oder ausgeliehen werden.[16] Persönliche Hilfsmittel werden meistens im Wege der Kostenerstattung gewährt, und die übrigen werden durch Kauf oder Leihe zur Verfügung gestellt. In Deutschland dürfen die Zuschüsse zu den wohnumfeldverbessernden Maßnahmen gemäß § 40 Abs. 4 SGB XI einen Betrag in Höhe von 4.000 Euro je Maßnahme nicht übersteigen. Leben mehrere Pflegebedürftige in einer gemeinsamen Wohnung, dürfen die Zuschüsse für Maßnahmen zur Verbesserung des gemeinsamen Wohnumfeldes einen Betrag in Höhe von 4.000 Euro je Pflegebedürftigen nicht übersteigen, und der Gesamtbetrag je Maßnahme ist auf 16.000 Euro begrenzt. In Taiwan besteht bei Pflegebedürftigkeit der Stufe 2 bis Stufe 8 Anspruch auf einen einheitlichen Pauschalbetrag von 40.000 NTD alle drei Jahre für wohnumfeldverbesserende Maßnahmen, wenn diese Leistung für Pflegebedürftige oder ihre Angehörigen nötig ist.[17]

d) Digitale Pflegeanwendung

Digitale Pflegeanwendungen auf mobilen Endgeräten oder als browserbasierte Webanwendung wurden in Deutschland 2021 gesetzlich verankert (§ 40a SGB XI).[18] Sie können von Pflegebedürftigen genutzt werden, um den eigenen Gesundheitszustand durch Übungen zu stabilisieren oder zu verbessern (z. B. Sturzrisikoprävention, personalisierte Gedächtnisspiele für Menschen mit Demenz). Sie können auch die Kommunikation mit Angehörigen und Pflegefachkräften verbessern. Bisher sind digitale Pflegeanwendungen nur für Versicherte im Fall häuslicher Pflege und nicht bei stationärer Pflege vorgesehen, obwohl sie auch in diesem Fall wichtig wären. In Taiwan fehlt es noch an einer gesetzlichen Regelung hierzu, obwohl in der Praxis einige Leistungen bereits digitalisiert wurden.

---

16 Die Pflegegutachter werden nach § 5 PflvgVO im Begutachtungsergebnis festhalten, ob und welche Pflegehilfsmittel Pflegebedürftige durch Kauf, Leihe oder durch beide Alternativen bekommen können.

17 Vgl. § 12 PflvgVO, Anlage 2.

18 Vorschrift eingefügt durch das Gesetz zur digitalen Modernisierung von Versorgung und Pflege (Digitale-Versorgung-und-Pflege-Modernisierungs-Gesetz) vom 03.06.2021 (BGBl. I S. 1309), in Kraft getreten am 09.06.2021.

e) Beratung

Pflegebedürftige haben Anspruch auf individuelle Beratung und Hilfestellung gemäß § 7a und § 7b SGB XI. Darüber hinaus sieht § 37 Abs. 3 SGB XI eine regelmäßige Pflichtberatung für alle Bezieher/innen von Pflegegeld vor. Mit ihr soll insbesondere die Qualität der häuslichen Versorgung gesichert werden.[19] In der Corona-Pandemie war die Beratung auf Wunsch der Pflegebedürftigen bis zum 31.03.2022 telefonisch, digital oder per Videokonferenz möglich (§ 148 SGB XI).

In Taiwan ist eine Pflegeberatung nicht im Gesetz geregelt, sondern sie wird durch das Pflegeprojekt 2.0 angeboten. In der Corona-Pandemie erfolgte das Angebot – außer wie früher durch das Telefon – auch in digitaler Form oder als Videokonferenz.

2. Stationäre Pflege

Die deutschen Pflegekassen gewähren Versicherten teil- und vollstationäre Pflegeleistungen. Zur Ergänzung häuslicher Pflege gibt es die Tages- und Nachtpflege als teilstationäre Leistung sowie die Kurzzeitpflege als vorübergehende vollstationäre Leistung, sofern häusliche Pflege nicht, noch nicht oder nicht im erforderlichen Umfang erbracht werden kann. In Taiwan gibt es keine vergleichbare Form der Kurzzeitpflege. Tagespflege gehört zur sog. Community Care und Nachtpflege ist der vollstationären Pflege zuzuordnen. Das Pflegeprojekt2.0 bietet Community Care und Nachtpflege, aber keine 24-stündige vollstationäre Pflege an.[20] Zurzeit gibt es ein Pilotprojekt für vollstationäre Pflege im Pflegeprojekt 2.0. Wer einen Steuersatz von unter 20 % bei der Einkommensteuer zahlen muss, kann sich die Kosten einer vollstationären Pflege in Höhe von bis zu 60.000 NTD (ca. 1.862€) pro Jahr erstatten lassen. Die Kosten der vollstationären Pflege liegen jedoch höher als die mögliche Kostenerstattung. Diese Leistung kann daher die finanzielle Belastung der Pflegebedürftigen nicht kompensieren.

D. Leistungen für Pflegepersonen

In beiden Ländern bekommen Pflegepersonen Pflegekurse und Pflegeberatung, allerdings gibt es Unterschiede hinsichtlich weiterer Formen der Unterstützung für pflegende Angehörige und vergleichbar Nahestehende als Pflegepersonen. In Deutschland gibt es einen Entlastungsbetrag, um Pflegebedürftige und Pflegepersonen in der häuslichen Pflege in Höhe von bis 125 Euro monatlich (§ 45b Abs. 1 S. 1 SGB XI) zu unterstützen, der zweckgebunden für qualitätsgesicherte Leistungen zu verwenden ist. Eine flexiblere Verwendung war während der Corona-Pandemiezeit gestattet (§ 150 Abs. 5 SGB XI). In Taiwan gibt es aber keine solche Leistung.Um die soziale Sicherung der Pflegepersonen zu verbessern, übernimmt die Pflegeversicherung unter bestimmten Voraussetzungen die Zahlung von Beiträgen in die Renten- und die Arbeitslosenversicherung und es besteht ein (beitragsfreier) gesetzlicher Unfallversicherungsschutz (§ 44 SGB XI).

19 BeckOK SozR/Pfitzner, 62. Ed. 1.9.2021, SGB XI § 7a Rn. 1a.
20 Vgl. § 8 PflvgVO

Voraussetzung ist, dass die zu pflegende Person einen Pflegegrad (PG) von 2 bis 5 hat und die Pflegeperson diese mindestens zehn Stunden pro Woche, verteilt auf regelmäßig mindestens zwei Tage, versorgt. Pflegende Angehörige sind nicht automatisch krankenversichert, obwohl eine allgemeine Krankenversicherungspflicht gilt. Soweit kein anderweitiger Krankenversicherungsschutz besteht, übernimmt die Pflegeversicherung für sechs Monate die Kosten der Krankenversicherung in Höhe des Mindestbeitrags während der gesetzlichen Pflegezeit, die 2015 zur besseren Vereinbarkeit von Pflege und Beruf eingeführt wurde.[21] Während der Dauer der sog. Familienpflegezeit[22] (bis zu 24 Monate) bleibt der Krankenversicherungsschutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern erhalten.

In Taiwan unterstützt der Staat Pflegepersonen bei den Beiträgen für die gesetzliche Kranken-, Renten-, Unfall- und Arbeitslosenversicherung, eine zusätzliche soziale Sicherung der Pflegepersonen ist nicht vorgesehen.

Das deutsche Recht kennt über die Zahlung von Versicherungsbeiträgen hinaus noch das Pflegeunterstützungsgeld als Lohnersatzleistung für nahe Angehörige für zehn Arbeitstage (§ 7 Abs. 1 Pflegezeitgesetz, § 44a Abs. 3 S. 1 SGB XI). Während der Corona-Pandemie wurde die Bezugsdauer verdoppelt auf bis zu insgesamt 20 Arbeitstage (§ 150 Abs. 5d SGB XI). Diese Leistung kompensiert den Ausfall von Arbeitsentgelt während einer kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach dem Pflegezeitgesetz.[23]

In Taiwan gibt es keine entsprechende Leistung. Viele Menschen, vor allem pflegende Angehörige in der häuslichen Pflege, fordern, ein Gesetz für Pflegezeitarrangements zu entwickeln, damit pflegende Angehörigen die Möglichkeit haben, Beruf, Familie und Pflege zu vereinbaren.

Zudem haben Pflegebedürftige in häuslicher Pflege nach deutschem Recht für die Dauer von bis zu sechs Wochen je Kalenderjahr Anspruch auf eine Ersatzpflege, wenn die Pflegeperson wegen Erholungsurlaubs, Krankheit oder aus anderen Gründen an der Pflege gehindert ist. Die nachgewiesenen Kosten für die erforderliche Pflegevertretung übernimmt die Pflegekasse, begrenzt auf 1.612 Euro im Kalenderjahr, wenn die Ersatzpflege durch andere Pflegepersonen sichergestellt wird (§ 39 Abs. 1 SGB XI). Durch diese Maßnahme können sich die Angehörigen erholen. In Taiwan können Pflegebedürftige analog zur deutschen Ersatzpflege die sog. Ruhepauseleistung bekommen, damit die Angehörigen Pause von der Pflege machen können. Die Leistung beträgt in den Pflegestufen 2 bis 6 jeweils 32.340 NTD (ca. 1.004€) und in den Pflegestufen 7 bis 8 jeweils 48.510 NTD (ca. 1.506€) pro Kalenderjahr.[24]

---

21 Der Anspruch auf Pflegezeit gilt für alle Pflegegrade.

22 Gesetz über die Familienpflegezeit vom 6. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2564), zuletzt geändert durch Artikel 18 des Gesetzes vom 22. November 2021 (BGBl. I S. 4906).

23 Pflegezeitgesetz vom 28. Mai 2008 (BGBl. I S. 874, 896), zuletzt geändert durch Artikel 17 des Gesetzes vom 22. November 2021 (BGBl. I S. 4906).

24 PflvgVO, Anlage 2.

E. Fazit

Die Pflegeleistungen werden in Deutschland seit 1995 durch die Pflegeversicherung (geregelt im SGB XI) gewährt. In Taiwan wurden die Leistungen seit 2007 durch das Pflegeprojekt 1.0 und seit 2017 durch das Pflegeprojekt 2.0 angeboten. Im Vergleich der beiden Länder scheinen die Vorschriften über die Pflegeleistungen in Deutschland ausreichend zu sein. Jedoch hat Deutschland durch die Reformen zur Verstärkung von Pflegeleistungen den Kreis der Pflegebedürftigen und auch die Leistungen ausgeweitet. Eine bessere Finanzierung des Systems (über eine Basisversorgung hinaus) und eine hinreichende Zahl an Pflegefachkräften sind wichtig, um eine gute Pflegequalität zu gewährleisten, allerdings ist die Lösung dieser Aufgabe eine erhebliche Herausforderung. Dagegen sollte Taiwan zur besseren Unterstützung von Pflegebedürftigen und ihren Angehörigen die Leistungen verbessern, was auch die Frage der Finanzierung der Leistungen aufwirft.

Tabelle 1: Vergleich wesentlicher Pflegeleistungen in Deutschland und Taiwan

Leistungen	**Deutschland**	**Taiwan**
Häusliche Pflege Geldleistung	Ja	Nein
Häusliche Pflege Sachleistung	Ja	Ja
Häusliche Pflege Kombinationsleistung	Ja	Nein
Vollstationäre Pflege	Ja	Nein
Tagespflege	Ja	Ja
Nachtpflege	Ja	Nein
Digitale Pflegeanwendungen	Ja	Nein
Entlastungsbetrag bei ambulanter Pflege	Ja	Nein
Pflegehilfsmittel und wohnumfeldverbessernde Maßnahmen	Ja	Ja
Pflegeberatung	Ja	Ja
Pflegekurse	Ja	Ja
Soziale Sicherung der Pflegeperson	Ja	Nein
Pflegeunterstützungsgeld	Ja	Nein
Verhinderungspflege	Ja	Ja

Miyoko Motozawa, Tsukuba

Sozialhilfeleistungen und Familienunterhalt in Japan – im Vergleich mit Korea und Taiwan

Inhaltsübersicht

A. Historische Entwicklung der Sozialhilfe in Japan, Taiwan und Korea
  I. Bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges
  II. Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges
  III. Ähnliche Veränderungen der Familienstrukturen in den drei Ländern
B. Grundgedanken des japanischen Fürsorgegesetzes
  I. Sicherung des Existenzminimums der Bevölkerung
  II. Subsidiaritätsprinzip
  III. Unterhalt im Familienrecht
  IV. Verwaltungsrichtlinie des Ministeriums für Gesundheit und Wohlfahrt
  V. Überprüfung der Unterhaltspflichtigen in der Praxis der Fürsorge
  VI. Die Reform des Fürsorgegesetzes 2013 und das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit von Menschen, die Hilfe zum Lebensunterhalt benötigen
C. Sozialhilfe und Familienunterhalt in Taiwan und Korea
  I. Taiwan
  II. Korea
  III. Anregungen für Japan

A. Historische Entwicklung der Sozialhilfe in Japan, Taiwan und Korea

I. Bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges

Während der Meiji-Regierung war die rasche Modernisierung und Industrialisierung ein zentrales Projekt Japans, um die Unabhängigkeit des Landes zu bewahren. Zu diesem Zweck nutzte die Regierung das Pyramidensystem der Großfamilie (Ie-System). Das bedeutete unter anderem, dass die gesamte Bevölkerung Japans Kinder des Tenno waren. 1868 wurde der Meiji-Tennō das erste Staatsoberhaupt des Japanischen Kaiserreichs und damit der oberste Hausherr der Japan-Familie.

Unter dem Ie-System war der Hausherr einerseits Eigentümer des gesamten Vermögens des Ie und hatte damit die Befugnis inne, über die vermögensrechtlichen und persönlichen Belange aller Ie-Mitglieder zu entscheiden. Anderseits war er verpflichtet, den Unterhalt für alle Ie-Mitglieder zu gewährleisten. Jeder Japaner gehörte einem Ie an, der seinen Unterhalt sicherte. Nur im Notfall, wenn man keiner Großfamilie angehörte, oder wenn die jeweilige Großfamilie nicht über ausreichende finanzielle Mittel verfügte, konnte man eine staatliche Hilfe vom Tenno erhalten. Dies blieb jedoch eine seltene Ausnahme, und war mit dem Makel einer großen gesellschaftlichen Schande behaftet. Deshalb blieb das Leistungsniveau gemäß der Armenhilfsordnung (Jukkyu-Kisoku) von 1874 und auch

nach dem etwas verbesserten Armenhilfsgesetz (Kyugo-Ho) von 1929 sehr niedrig[1].

Japan weitete sein Herrschaftsgebiet 1895 auf Taiwan und 1910 auf Korea aus, um sich vor einer Eroberung durch europäische Länder zu schützen, und sich als imperiale Großmacht zu behaupten. Während dieser Zeit wurden in den beiden Ländern japanische Gesetze und Verwaltungssysteme eingeführt, die auf die inländischen Verhältnisse des japanischen Kaiserreichs zugeschnitten waren. Die japanische Armenhilfsordnung galt ab 1899 in Taiwan und ab 1944 in Korea.

II. Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges

Nach der Niederlage im Zweiten Weltkrieg 1945 sollte Japan unter der Herrschaft der amerikanischen Besatzungstruppen einen demokratischen Staat aufbauen. Dafür wurde die neue Verfassung 1946 verabschiedet. 1947 wurden das Familienrecht und das Erbrecht im japanischen Zivilgesetzbuch grundlegend reformiert, um das Ie-System abzuschaffen. Das alte Fürsorgegesetz von 1946, das auf Notfälle beschränkt war, wurde 1950 durch ein moderneres Fürsorgegesetz abgelöst. Dieses Fürsorgegesetz wurde 2013 überarbeitet und 2018 durch ein neues Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit von Hilfebedürftigen ergänzt.

Auch wurden infolge der Niederlage 1945 Korea und Taiwan wieder abgespalten. Danach wurde Taiwan von der Republik China beherrscht und erhielt 1947 eine neue Verfassung. Die Republik China hatte ein bereits 1943 verabschiedetes Sozialhilfegesetz nach Taiwan importiert. Das heute in Taiwan geltende Sozialhilfegesetz wurde 1980 verabschiedet, 1985 wurde die familienrechtliche Abteilung des Zivilgesetzbuchs grundlegend revidiert.

Die Verfassung von Korea wurde 1948 verabschiedet. Wegen des Korea-Krieges (1950–1953) wurde erst 1958 ein neues Zivilgesetzbuch verabschiedet, das 1960 in Kraft trat. Reformen im Familien- und Erbrecht im Jahr 1989 führten zu einer beachtlichen Modernisierung. Das Fürsorgegesetz wurde 1961 verabschiedet und 1983 reformiert. Wegen des Anstiegs der Langzeit-Arbeitslosen in den 90er Jahren wurde 1999 das Gesetz zur Sicherung der Lebensgrundlage der Bevölkerung verabschiedet, das 2000 in Kraft trat.

III. Ähnliche Veränderungen der Familienstrukturen in den drei Ländern

Bis 1945 hatten alle drei Länder eine ähnliche Familienunterhaltsordnung innerhalb der Großfamilie und eine sehr begrenzte Armenhilfe. Danach verlief die gesetzliche Entwicklung in jedem Land eigenständig. Allerdings standen alle drei Länder in den letzten 30 Jahren vor ähnlichen gesellschaftlichen Problemen: eine

1 Vgl. Miyoko Motozawa, Der Ausbau des Sozialrechts in Japan und die Rolle des Staates in der sozialen Sicherung, in: Rainer Pitschas/Shigeo Kisa (Hrsg.). Internationalisierung von Staat und Verfassung im Spiegel des deutschen und japanischen Staats- und Verwaltungsrechts (Schriftenreihe der Hochschule Speyer Band 153), Berlin 2002, S. 377.

niedrige Geburtenrate,[2] die Zunahme der älteren Bevölkerung über 65 Jahre[3] sowie die Veränderung der Familienverhältnisse und –strukturen[4].

Die japanische wissenschaftliche Gesellschaft für Sozialrecht wollte deshalb bei ihrer Jahrestagung 2020 ein Mini-Symposium über „Das rechtliche System zur Sicherung des Existenzminimums in Ostasien" abhalten[5]. Hier möchte ich die Rechtslage in Japan und das Ergebnis dieses Mini-Symposiums kurz vorstellen.

B. Grundgedanken des japanischen Fürsorgegesetzes

I. Sicherung des Existenzminimums der Bevölkerung

Der Demokratisierung Japans lag die neue Verfassung von 1946 zugrunde, deren Grundprinzipien die Volkssouveränität, die Würde des Individuums, der Friedensstaat und der Sozialstaat sind. Der Sozialstaat ist das staatliche Ideal des 20. Jahrhunderts. Dieses Prinzip kommt in Artikel 25 der Verfassung folgendermaßen zum Ausdruck[6]:

(1) Jeder Angehöriger des Volkes hat das Recht, ein Leben in Gesundheit und mit einem Mindestmaß an Kultur zu führen.

(2) Der Staat setzt sich in allen Lebensbereichen für die Förderung und Anhebung der sozialen Wohlfahrt, der sozialen Sicherheit und der öffentlichen Gesundheit ein.

Dieser Artikel garantiert der Bevölkerung ein Existenzminimum[7]. Dieser Grundsatz liegt allen sozialrechtlichen Gesetzen zugrunde und ist der wichtigste Maßstab ihrer Auslegung. Dieser Grundgedanke wird durch das Recht auf Ausbildung in Artikel 26 und das Recht auf Arbeit in Artikel 27 sowie durch die Garantie des Rechts auf Eigentum in Artikel 29 der Verfassung unterstützt. Nach der Verfassungsreform von 1946 wurde das alte Fürsorgegesetz von 1946, das auf den Schutz der Bevölkerung vor dem Hungertod abzielte, verabschiedet und 1950 durch ein modernisiertes Fürsorgegesetz (FSG) (Seikatsu-Hogo-Ho) ersetzt.

---

2 Die Geburtenrate im Jahr 1990 betrug in Japan 1.59, in Taiwan 1.81 und in Korea 1.57; im Jahr 2018 in Japan 1.42, in Taiwan 1.06 und in Korea nur noch 0.98.

3 Der Anteil der über 65 Jahre alten Menschen an der Gesamtbevölkerung betrug 2019 in Japan 28.4, in Taiwan 15.28 und in Korea 14.9.

4 Der Anteil der Dreigenerationen-Haushalte an der Gesamtzahl der Haushalte lag bei 5.7 % in Japan (2015), 33.6 % in Taiwan (2017) und 4.5 % in Korea (2018).

5 Die Jahrestagung konnte wegen COVID-19 leider nicht stattfinden. Allerdings wurden die Beiträge in der Zeitschrift der Gesellschaft auf Japanisch veröffentlicht: Journal of Social Security Law, No. 36 (2021), S. 113–162.

6 Die deutsche Übersetzung der Verfassungsnorm ist eine leicht modifizierte Version der Übersetzung aus dem Buch: Toshiyoshi Miyazawa (Heuser/Yamasaki), Verfassungsrecht (Kempo), Japanisches Recht Band 21, 1986, S. 31.

7 Die Bedeutung des Rechts auf das Existenzminimum gemäß Artikel 25 der Verfassung erkannten die Japaner erst durch die berühmteste und wichtigste Entscheidung in einem Fürsorgefall, den sog. Asahi-Fall. Dieser Fall begann mit der Klage eines Fürsorgeempfängers, von Herrn Asahi 1957. Vgl. Miyoko Motozawa, Selbstbestimmung im Sozialrecht, in: Dieter Leipold (Hrsg.), Selbstbestimmung in der modernen Gesellschaft aus deutscher und japanischer Sicht (Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen Band 62), Heidelberg, 1997, S. 224.

II. Subsidiaritätsprinzip

Die Fürsorgeleistungen zielen auf Sicherung des Mindestbedarfs der Hilfebedürftigen ab, um ein Leben in Gesundheit mit einem Mindestmaß an Kultur zu führen (FSG § 3). Die öffentliche Fürsorge ist eine nachrangige Hilfe für Personen, die sich ganz oder teilweise nicht selbst unterhalten können. Das Subsidaritätsorinzip wird in FSG § 4 wie folgt beschrieben:

(1) Die Fürsorge kann unter der Voraussetzung gewährt werden, dass die Hilfebedürftigen ihre Vermögensgegenstände, Fähigkeiten und sämtliche Mittel einsetzen, um sich selbst zu unterhalten.

(2) Fürsorge erhält nicht, wer einen Anspruch auf familienrechtlichen Unterhalt oder auf andere Sozialleistungen hat.

Nach dem Subsidaritätsprinzip wird eine Bedürftigkeitsprüfung durchgeführt, um festzustellen, ob und in welchem Umfang der Betreffende eine Fürsorgeleistung benötigt. Dies ist einerseits erforderlich, um Fürsorgeleistungen auszuwählen, die der individuellen Situation des Hilfesuchenden angemessen sind, und ihm entsprechend seiner Lebenslage bedarfsgerecht zu helfen. Andererseits besteht jedoch die Gefahr, die Privatsphäre des Hilfebedürftigen und die Würde des Individuums zu verletzen.

III. Unterhalt im Familienrecht

Das neue Familienrecht von 1947 orientierte sich an der Kernfamilie als Modell der modernen Familie. Die Ehegatten sind zur gegenseitigen Unterstützung verpflichtet (ZGB § 752) und teilen sich die Kosten des ehelichen Lebens nach Maßgabe ihres Vermögens, ihres Einkommens und aller sonstigen Umstände (ZGB § 760). In diesen Kosten des ehelichen Lebens sind nach der herrschenden Meinung die Kosten für Kinderbetreuung und -erziehung enthalten.

Blutsverwandte in gerader Linie und Geschwister sind verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren (ZGB § 877 I); sie gelten als sog. absolute Unterhaltspflichtige. Die sonstigen Verwandten sind nur dann verpflichtet, wenn das Familiengericht ihnen die Unterhaltspflicht unter besonderen Umständen auferlegt (ZGB § 877 II) – sog. relative Unterhaltspflichtige. Die Reihenfolge der Unterhaltspflichtigen und –berechtigten wird durch die Vorschriften des Familienrechts nicht klar bestimmt. Nach der herrschenden Meinung hat das Unterhaltsrecht des Ehegatten und der minderjährigen unverheiraten Kinder den ersten Rang, das der Eltern und der erwachsenen Kinder den zweiten, das der Geschwister den dritten, und das der sonstigen Verwandten den letzten.

Seit 1947 wurden die Artikel über den Verwandtenunterhalt nicht geändert. Diskutiert wurde lediglich, wie der Elternteil ohne elterliches Sorgerecht sein Kind, das mit dem anderen Elternteil zusammenwohnt, nach der Ehescheidung unterhalten soll[8]. Aufgrund der Reformdiskussion wurde 2013 der Artikel zum Kontakt (Umgang) mit dem getrenntlebenden Kind und die Sorgekosten für das

8 Zur Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihrem minderjährigen Kind nach der Ehescheidung: Miyoko Motozawa, Die Ehescheidung in Japan, FamRZ 1989,464.

Kind nach der Ehescheidung (ZGB § 766 I) geändert. Nur die wissenschaftliche Gesellschaft „Familie – Gesellschaft und Recht“ hat 2016 Vorschläge zur Reform des Verwandtenunterhalts vorgelegt[9]; danach sollten nur Blutsverwandte in gerader Linie verpflichtet sein, einander Unterhalt zu gewähren. Geschwister wären nur dann verpflichtet, wenn das Familiengericht ihnen die Unterhaltspflicht unter besonderen Umständen auferlegt. Die sonstigen Verwandten wären nicht mehr unterhaltspflichtig. Leider hat die Regierung sich noch nicht mit diesem Vorschlag zur Reform des Unterhaltsrechts befasst.

IV. Verwaltungsrichtlinie des Ministeriums für Gesundheit und Wohlfahrt[10]

Das Ministerium für Gesundheit und Wohlfahrt wollte nach der ersten Öl-Krise die Aufwendungen für Fürsorgekosten mithilfe einer 1981 erlassenen Verwaltungsrichtlinie reduzieren[11]. Diese Richtlinie enthielt die folgenden neuen Verfahrensbestimmungen: (1) Bei jedem Neuantrag auf Fürsorgeleistung muss der Antragsteller seine Vermögens- und Einkommenslage in einem Formular exakt beschreiben; (2) in jedem Fall muss der Antragsteller eine Pauschalzustimmung hinsichtlich der Überprüfung seiner Einkommens- und Vermögensverhältnisse durch die zuständige Behörde geben. Falls der Antragsteller diese schriftliche Pauschalzustimmung nicht gibt, muss die Behörde seinen Antrag ablehnen.

Eine wichtige Rolle bei der „Korrektur der Fürsorge“ spielte ein spezielles Handbuch, das ein Beamter des Rechnungshofs 1987 verfasst hatte, um die Anzahl der Fürsorgeantragsteller und –empfänger zu reduzieren und damit die Ausgaben des Staates zu senken. In diesem Handbuch wurde für die Behandlung eines Antragstellers folgendes angeordnet: Beim ersten Besuch des Antragstellers ist der Antrag nicht anzunehmen; verschiedene Formulare zur Antragstellung sind auszugeben, um das Antragsverfahren zu verkomplizieren; dem Antragsteller sind unterschiedliche Prüfungen abzuverlangen, bis dieser auf die Antragstellung verzichtet. In der Praxis führt die „Beratung“ und „Leitung“ der Antragsteller nach diesem Handbuch dazu, dass Hilfebedürftige ihren Antrag für aussichtslos hielten und ihn freiwillig zurücknahmen. Nur ein Drittel aller Besucher schaffte es, einen Fürsorgeantrag zu stellen.

V. Überprüfung der Unterhaltspflichtigen in der Praxis der Fürsorge[12]

Nach der Verwaltungsrichtlinie des Ministeriums für Gesundheit und Wohlfahrt wird die Überprüfung der Unterhaltspflichtigen wie folgt durchgeführt: (1) Bei der Antragstellung oder beim ersten Besuch im Sozialamt wird der Hilfebedürftige zu Name, Anschrift, Beruf, Familienstand und Unterhaltsfähigkeit aller absolut Unterhaltspflichtigen befragt. Zusätzlich werden auch die Unterhaltsmöglichkeiten von relativen Unterhaltspflichtigen abgefragt, obwohl noch keine Gerichtsentscheidung getroffen ist. (2) Unabhängig von der Unterhaltsfähigkeit

9 Vgl. Norimasa Nozawa, Unterhalt (Japanisch), Journal of Family No.33 (2017), S. 84 ff.
10 Vgl. Motozawa, a. a. O. (Fn. 1), S. 384 ff.
11 Vgl. Motozawa, a. a. O. (Fn. 7), S. 228 f.
12 Vgl. Motozawa, a. a. O. (Fn. 7), S. 230 f.

wird jeder absolute Unterhaltspflichtige in der Regel persönlich oder schriftlich befragt, ob er den Hilfebedürftigen wirklich nicht unterhalten kann. Dabei werden Haushaltsstruktur, Beruf, Brutto- und Nettoeinkommen, Sozialversicherungsverhältnis des Unterhaltspflichtigen sowie die Berücksichtigung von Unterhaltszahlungen bei der Besteuerung im Zusammenhang mit dem Unterhalt des Hilfebedürftigen geprüft. Seit 1988 muss der Unterhaltspflichtige seine Angaben durch Einkommensbescheinigungen des Arbeitsgebers, seinen Steuerbescheid und Ähnliches belegen.

Die Prüfung der Unterhaltspflichtigen ist einerseits aufgrund des Subsidiaritätsprinzips erforderlich, aber anderseits problematisch, weil alle Verwandten dadurch informiert werden, dass der Hilfebedürftige einen Fürsorgeantrag gestellt hat, auch wenn er dies nicht an die Öffentlichkeit bringen wollte. Ausnahmsweise wird diese Prüfung dann nicht durchgeführt, wenn der Hilfebedürftige durch eine Gewalttat des Unterhaltspflichtigen geschädigt wurde, oder wenn er über zwanzig Jahre[13] keinen Kontakt zu dem Unterhaltspflichtigen hatte. Allerdings sind diese Ausnahmefälle nicht im Fürsorgegesetz, sondern nur in einer schriftlichen Mitteilung der Zentraldirektion des Ministeriums genannt.

VI. Die Reform des Fürsorgegesetzes 2013 und das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit von Menschen, die Hilfe zum Lebensunterhalt benötigen

Die Reform des Fürsorgegesetzes 2013 zielte darauf, die Selbständigkeit der Fürsorgeempfänger durch Erwerbstätigkeit zu fördern und die Maßnahmen gegen missbräuchliche Inanspruchnahme von Fürsorgeleistungen zu verstärken, um dadurch die Zahl der Fürsorgeempfänger zu vermindern und die Fürsorgekosten einzudämmen. Im Zusammenhang mit der Prüfung der Unterhaltspflichtigen wurden zwei neue Vorschriften eingeführt: (1) Falls festgestellt wird, dass der Unterhaltsschuldner seine Pflicht nach dem Zivilgesetzbuch nicht erfüllt hat, muss das Sozialamt ihm die Entscheidung über die Fürsorgeleistung vorab schriftlich mitteilen (FSG § 24 VIII); (2) zur Prüfung der Fürsorgeanträge kann das Sozialamt von den Unterhaltspflichtigen oder sonstigen Verwandten, die mit ihnen zusammen wohnen, Auskunft verlangen (FSG § 28 II).

Mit der Reform des Fürsorgegesetzes 2013 wurde das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit als ein zweites Sicherheitsnetz geschaffen. Dieses Gesetz zielt darauf ab, den Hilfebedürftigen die notwendige Hilfe zur Förderung ihrer Selbständigkeit zu gewähren und dadurch ihre Fürsorgeanträge zu vermeiden. Es gehört zu den Pflichtaufgaben der Kommune, die Menschen über die Förderung zur Selbständigkeit zu beraten und sie durch Geldleistungen vor dem Verlust ihrer Wohnung zu schützen. Als freiwillige Aufgabe der Kommune wird unter anderem die Unterstützung zur Vorbereitung einer Erwerbstätigkeit, die Hilfe zur Förderung einer beruflichen Ausbildung, die zeitweilige Hilfe zum Lebensunterhalt, die Beratung zur Verbesserung der Haushaltsführung und die Hilfe zur Lernförderung der Kinder genannt.

---

13 Der Zeitraum wurde inzwischen auf zehn Jahre verkürzt. Die Fälle, in denen man diese Prüfung vermeiden kann, wurden wegen der Notlage von COVID-19 im April 2021 in der Praxis erweitert.

2018 wurde die Praxis der obengenannten Maßnahmen gesetzlich verankert: (1) Zur Stärkung des umfassenden Hilfesystems für Hilfebedürftige sollen die Förderungsberatung, die Arbeitsvorbereitung und die Verbesserung der Haushaltsführung einheitlich durchgeführt werden. Die Präfekturen müssen die Hilfebedürftigen dazu anhalten, die Hilfe zur Förderung der Selbständigkeit gut zu nutzen, und sie müssen die Städte und Kommunen bei der erforderlichen Ausbildung ihres Personals finanziell unterstützen; (2) zur Stärkung der Lernförderung für Kinder sollen die Lernhilfe und die Hilfe zum Lebensunterhalt der Kinder einheitlich durchgeführt werden; (3) zur Stärkung der Wohnungshilfe soll die zeitweilige Lebenshilfe erweitert werden.

C. Sozialhilfe und Familienunterhalt in Taiwan und Korea

I. Taiwan[14]

In Taiwan gibt es staatliche Sozialleistungen und örtliche Leistungen der einzelnen Provinzen im Rahmen des Systems für Arbeitsförderung und des Rentenversicherungssystems. Für die mittleren und niedrigen Einkommensschichten steht an erster Stelle die Unterstützung für Studienkosten, ärztliche Behandlungskosten und Wohnkosten. Dann folgen für die unteren Einkommensschichten die Zuschüsse zum alltäglichen Leben und zur ärztlichen Behandlung sowie die Nothilfe und Katastrophenhilfe bei Naturkatastrophen.

Das Sozialhilfegesetz begrenzt den Kreis der Unterhaltspflichtigen entsprechend dem Zivilgesetzbuch auf Ehegatten, Blutsverwandte ersten Grades in gerader Linie und sonstige Verwandte in gerader Linie, die im selben Familienbuch eingetragen sind oder in einem gemeinsamen Haushalt leben (SHG § 5 I). Nach dem Zivilgesetzbuch kann der Unterhaltspflichtige beim Gericht eine Entlastung oder eine Befreiung von der Unterhaltspflicht beantragen, wenn der Unterhaltsberechtigte den Unterhaltsverpflichteten misshandelt oder schwer beleidigt hat, oder wenn er ohne triftigen Grund gegen Unterhaltspflichten verstoßen hat (ZGB § 1118–1 I).

II. Korea[15]

Nach dem koreanischen Zivilgesetzbuch sind Blutsverwandte in gerader Linie und ihre Ehegatten sowie Verwandte, die unter einem Dach zusammen wohnen, unterhaltspflichtig (ZGB § 974). Das Gesetz zur Sicherung der Lebensgrundlagen der Bevölkerung von 1999 stellte noch das Subsidiaritätsprinzip über die Unterhaltspflicht der Verwandten (VLSG § 3 II) und gewährte Hilfebedürftigen nur dann Leistungen, wenn keine Unterhaltspflichtigen vorhanden waren, oder wenn diese nicht leistungsfähig waren (VLSG § 5). Nach diesem Gesetz gab es eine

14 Vgl. Tadashi Negishi, Public Assistance Law and Private Support in Taiwan (Japanisch), Journal of Social Security Law, No.36 (2021), S. 140 ff.

15 Vgl. Songmin Hong, The Obligation to Support in the Korean Public Assistance Law (Japanisch), Journal of Social Security Law, No.36 (2021), S. 123 ff.

Unterstützung für Wohnkosten und Ausbildungsleistungen, sowie Leistungen auf Grund des Systems zur Arbeitsförderung und des Rentenversicherungssystems, von denen die untere Mittelschicht profitierte. Hinzu kamen die Hilfe zum Lebensunterhalt und die ärztliche Krankenhilfe für die unteren Einkommensschichten.

Durch eine Gesetzesreform im Jahr 2014 wurde die Vorschrift über die Unterhaltspflichtigen gestrichen und die Voraussetzungen für jede Leistung festgelegt. Der Subsidiaritätsgrundsatz wurde für die Hilfe zum Lebensunterhalt und die ärztliche Krankenhilfe beibehalten, aber der Kreis der Unterhaltspflichtigen wurde auf Blutsverwandte ersten Grades in gerader Linie und auf Ehegatten beschränkt. Die Fälle der fehlenden Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen oder der Befreiung von der Unterhaltspflicht werden konkret genannt (VLSG § 8 II).

III. Anregungen für Japan

Durch den Vergleich über das Verhältnis zwischen Sozialhilfe und Familienunterhalt mit Taiwan und Korea kann Japan viel lernen. (1) Der Kreis der Unterhaltspflichtigen ist in der Sozialhilfe enger gefasst als im Familienrecht; (2) die Befreiungstatbestände von der Unterhaltspflicht im Familienrecht und/oder in der Sozialhilfe werden konkret genannt; (3) alle Hilfebedürftige werden in zwei Einkommensgruppen eingeteilt, nämlich in die mittel-niedrigen und die unteren Einkommensschichten; (4) ohne Prüfung der Unterhaltspflichtigen können Hilfebedürftige der mittel-niedrigen Einkommensschichten die Unterstützung bekommen, um den Sturz in die unteren Schichten zu vermeiden; (5) bei den Hilfeleistungen für die unteren Einkommensschichten kann die Behörde die Unterhaltsfähigkeit der Unterhaltspflichtigen nach den oben in (1) und (2) genannten Regeln prüfen.[16]

Auch in Japan könnte man die Lage der Hilfebedürftigen verbessern, indem man die Leistungen des Fürsorgegesetzes und die Maßnahmen des Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit besser miteinander verbindet. Seit 2020 zeichnet sich ab, dass die beiden Sicherheitsnetze im Zuge der COVID-19-Pandemie allmählich besser funktionieren. Die Zahl der Beratungsmaßnahmen nach dem Fürsorgegesetz hat im Rechnungsjahr 2020 (1.4.2020 bis 31.3.2021) um mehr als das Dreifache zugenommen, bei jüngeren Männern (20–39 Jahre) hat sich die Zahl sogar vervierfacht. Die Zahl der Empfänger für die Wohnungsunterstützung nach dem Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit hat etwa um das 34fache zugenommen (bei einer Kostensteigerung etwa um das 52fache). Dagegen nahm die Zahl der Empfänger von Fürsorgeleistungen nicht zu. Immer noch behindert die Prüfung der Unterhaltspflichtigen den Antrag auf Fürsorgeleistungen, obwohl die Hilfebedürftigen diese Prüfung wegen der corona-bedingten Änderung der Praxis seit April 2021 leichter vermeiden können.

16 Vgl. Miyoko Motozawa, Public Assistance and Private Support in Japanese Law (Japanisch), Journal of Social Security Law, No. 36 (2021), S. 160.

Yves Jorens, Ghent

Mobility in the EU on the move…Are EU migrant workers looking for appropriate protection?

The birth and creation of the European Union is a unique story. The social dimension, or the lack thereof, has since the inception of the EU generated a huge debate on the social face of the Union. In accordance with the objectives of promoting trade and creating an internal market the founding treaties did not directly address social law aspects. The subsequent evolution to an internal market has led to a clear preference from positive integration to negative integration in which the development and support of a common market has been allocated a central role. Nationally protected labour and social security systems have been increasingly infiltrated by the idea of a common European market severely eroding national sovereignty in these areas which has led to strong deregulation. In connection with the further development of the free movement of people and the free movement of establishment which entail the opportunity to move freely abroad for both natural and legal persons it is therefore not surprising that this also creates the opportunity to choose between Member States and, in particular, to choose the State that is the least regulated. On the one hand, the promotion and realisation of free movement encourage differences in legislation, but on the other hand, these differences constitute an obstacle to further economic integration which must be neutralised.[1] With the further development of free movement within the European internal market the discussion has gained momentum as to which legislation is applicable to a cross-border situation and which Member State is responsible for regulating the situation.

Here, a discussion arises around the question of competition not between Member States, but within a specific Member State. Is a migrant person/company moving abroad subject to the legislation of the host State – in other words, does one prevent foreign regulated situations from continuing to be subject to the latter legislation as soon as the persons/undertakings leave their country of origin, and thus from giving rise to conflicts? And in such circumstances, is it up to the host State to take account of the home State's regulations? The story of the internal market, then, is a question of which law applies to cross-border situations and who regulates. This is no different for social law. As such, any cross-border form of employment leads to conflicts of law. Given the different wage and employment conditions in the various countries, this is actually no more than the question of whether competition based on different wage and employment conditions is permitted. In a purely national context, migration law can often still play a steering role by restricting migrants' access to the national labour market or by making the granting of a work permit dependent on the fulfilment of certain con-

1 M. FALLON, 'La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes', in J. VERHOEVEN (ed.), La loyauté – Mélanges offerts à Etienne Cerexhe, Bruxelles, De Boeck and Larcier, 1997, 165–189.

ditions (e. g. a certain wage to be paid).[2] This largely excludes competition between local and foreign workers.

But in a European context, this is an entirely different story. Europe is not a story of migration but of mobility. The increase in mobility therefore leads to an increase in taking advantage of attractive regimes, and possible social dumping is actually nothing more than a logical consequence of free movement. The extent to which laws compete with each other also depends on the extent to which natural and legal persons have the free choice to fall under one law or another. The greatest competition arises when free choice is linked to the home regulation.[3] After all, in such circumstances, a situation occurs where employees and companies are active in the host State but can remain subject to another cheaper regulatory framework, that of the home State, and thus enter into direct competition in another Member State. The clearest example of unbridled choice can be found in the case of legal persons. The well-known example of this is the Centros ruling whereby companies have the free choice to establish themselves anywhere in the EU and subject themselves to the legislation of a Member State while carrying out activities in another State.[4] The danger of letterbox companies is therefore not unrealistic. But workers, too, are hardly prevented from choosing other legal systems. Every person is free to go where he or she wants to go and can thus object to any obstacle which would be imposed on him/her in this regard. So, everybody can, for instance, choose the social security legislation he or she finds the best or the cheapest.

As long as EU law on the freedom of movement for workers only considers the elimination of discriminatory provisions, there is actually no problem with regard to social competition within a specific Member State. Free choice coupled with non-discrimination (directly or indirectly) leads to complete submission to the legislation of the new host country and therefore excludes the application of lower social legislation of another Member State. The legislation of the host State becomes fully applicable by this mechanism, with the legislation of the country of origin being completely omitted and the content of the latter also being irrelevant. A citizen who moves to another country will enjoy the same social and tax advantages (Article 7 Regulation 492/2011) as well as social security benefits (see Article 4 Regulation 883/2004). The fact that, as a result, the person concerned would have less protection than he or she had in the Member State of origin makes no difference. As the Court of Justice has regularly confirmed the Treaty does not guarantee a citizen of the Union that the transfer of his activity to a Member State other than the one in which he previously resided will be neutral in terms of taxation[5] and social security law.[6]

---

2 A. VAN HOEK, 'Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?', ELR 2014, 157.

3 A. SAYDÉ., Abuse of EU law and Regulation of the Internal Market, Oxford, Hart Publishing, 2014, 290.

4 CJEU 9 March 1999, Centros, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126.

5 See e. g. CJEU 13 December 2013, Ungarn v Commission, C-240/10, ECLI:EU:T:2013:645, para 42; CJEU 15 July 2004, Lindfors, C-365/02, ECLI:EU:C:2004:449, para 34.

6 See eg. CJEU 15 January 1986, Pinna, C-41/84, ECLI:EU:C:1986:1, para 20; CJEU 30 January 1997, De Jaeck, C-340/94, ECLI:EU:C:1997:43, para 18; CJEU 30 June 2011, Da Silva Martins, C-388/09,

However, the situation became fundamentally different from the moment that the Court of Justice did not merely examine the extent to which a national rule discriminated directly or indirectly but examined the question of the extent to which a non-discriminatory measure could affect the free movement, directly or indirectly, actually or potentially. To what extent would this market access – as we knew it under the free movement of goods[7], and later also under the free movement of services, now also affect the national autonomy in the framework of social policy?[8] Any national measure may therefore constitute a possible restriction.[9] In the absence of harmonisation of the rules governing the provision of services, or even of an equivalence regime, restrictions on the freedom to provide services guaranteed in this area by the Treaty may also result from the application of national rules applicable to any person established on national territory to service providers established in another Member State who are already subject to the legal requirements applicable in that State.[10] This would then imply that every national regulation would have to be tested against the justifiable restriction doctrine, as a result of which it is possible that actually every territorial application of labour and social law would be questioned, and e. g. also the level of social security contributions would possibly be considered to be in conflict with the freedom of movement. The fact that the person concerned settles abroad implies that one ceases to be subject to the legislation of the State of origin. Can a migrant worker therefore argue that paying higher social security contributions would discourage him from moving abroad and thus constitute a barrier? After all, in this way, it would soon be up to the courts, rather than the national legislator, to decide whether a particular measure is justified and proportionate. As far as the free movement for workers is concerned, the Court of Justice has not followed this path all the way. Although non-discriminatory obstacles also fall within the scope of the freedom of movement a worker must take the labour market as he finds it.[11]

This conflict between the common market and labour law was however exacerbated by the fact that it was also observed that the European labour market and the forms of migration were undergoing a major change where the permanent migrant worker is now more and more replaced by the temporary migrant worker. Mobility within the EU therefore has led to several new patterns of migration were (highly) mobile persons constantly move between both the host State

---

ECLI:EU:C:2011:439, paras 72–73 and CJEU 18 April 2013, Mulders, C-548/11, ECLI:EU:C:2013:249, para 45.

7 See CJEU 11 July 1974, Dassonville, C-8/74, ECLI:EU:C:1974:82, para 5.

8 See e. g. C. BARNARD, 'Social policy and the Shifting Sands of the Constitutional Order: The Case of Posted Workers', in A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN and E. SPAVENTA (eds.), A Constitutional Order of States?: Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood, Oxford, Hart Publishing, 2011, 322; F; E. SPAVENTA, Free movement of persons in the European Union: Barriers to movement in their constitutional context, Alphen aan den Rijn, Kluwer European Law, 2008, 89 et seq.

9 CJEU 25 July 1991, Säger v Dennemeyer, C-76/90, ECLI:EU:C:1991 and repeated many times, e. g. in CJEU 30 November 1995, Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 and CJEU 15 December 1995, Bosman, C- 415/93, ECLI:EU:C:1995:463.

10 See CJEU 25 July 1991, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda and others v Commissariaat voor de Media, C-288/89, ECLI:EU:C:1991:323, para 12.

11 See also the Opinion of Advocate General Fennelly in CJEU 27 January 2000, Graf, C-190/98, ECLI:EU:C:2000:49, para 32.

and the home State.[12] These (highly) mobile persons therefore constitute a highly diverse group of persons, presenting different ties either with the new country of employment, the country that one is (temporarily) leaving or with both countries. This also has an impact on social law. It is within the context of the free movement of services provided by the service provider (undertaking or self-employed person) that a new special form of intra-Community mobility of workers emerges, distinct from the traditional forms of job-seeking mobility. The Court of Justice pointed out that the staff of a service provider enjoy freedom of movement as determined by their posting employer.[13] Consequently, posted workers became a clearly separated group which leads a life of its own with a clearly distinct applicable legal system. Posted workers are therefore not employees in the sense of the free movement of workers (Art. 45 TFEU) and thus do not enjoy equal treatment with local workers.

Because of competition between legislations as well as regime shopping it is possible and also attractive for undertakings to play off wage differentials against each other and to look for 'the cheapest posting country'. Employees are therefore given the opportunity to take the regime of their home State with them to their country of temporary employment, i. e. 'regime portability', even if this is to their disadvantage.[14] The legal system of the country of origin, the posting State, therefore takes precedence over the system of the host State, where the latter imposes a heavier burden on the person concerned unless a justification could be found for this that overrides the territorial application of labour law. This leads to the fear that posted workers become victims of exploitation and inhumane conditions leading to a social cemetery whereby not only the rights of these people are sacrificed on the altar of economic freedom of movement, but also the protection against the negative consequences for the economy of the host State as well as against the loss of local workforce. It is mainly through regulatory means that more legal certainty was sought.

In order to address all these concerns the Posting of Workers Directive 96/71 was finally introduced after much political debate as a means of determining which rules national Member States could impose on a mandatory basis. In this sense, we see that the Posting of Workers Directive has become an instrument which has sought to reconcile different objectives.[15] Starting from the idea that the application of labour law rules in principle constitutes a restriction on the free movement of services, a framework is created which to a large extent seeks to prevent competition on the basis of working conditions and as such to foster a level playing field, but at the same time – but rather subsidiarily – to protect workers' rights.[16] Maintaining that balance soon proved to be a source of conflict. Indeed, the entire evolution of the Posting of Workers Directive is one in which the

12 A. SAYDÉ., Abuse of EU law and Regulation of the Internal Market, Oxford, Hart Publishing, 2014, 466 p.

13 CJEU 27 March 1990, Rush Portuguesa v Office national d'immigration, C-113/89, ECLI:EU:C:1990:142.

14 S. DEAKIN, 'Regulatory competition after laval', in C. BARNARD (ed.), Cambridge yearbook of European legal studies – volume 10, 2008, 587.

15 See also S. EVJU, The Formula Project: Introduction and Backdrop, unpub. research paper Faculty of Law University of Oslo, 2013, 1–14.

16 See consideration 5 in the Preamble of Directive 96/71.

objective of combating social competition is nevertheless achieved, sometimes through debatable twists and turns in the reasoning – the effect of which is that posted workers are to a large extent put on an equal footing with local workers in terms of working conditions. The idea was to evolve from a system of unequal pay for equal work – partly because of the interpretation of the Court of Justice of the initial Posting of Workers Directive 96/71 – to a system of equal pay for equal work in the same national territory for the very reason that there was a growing realisation that posted workers generally received lower wages than local workers. The European legislator, with its wide discretionary power, has in particular established a system through revision Directive 2018/957 which eliminates competition between local and posted workers to a large extent as far as labour law is concerned[17], and creates a more level playing field[18] despite the fact that these posted workers have still not entered the labour market of the host State[19] and that, therefore, there can be no equal treatment with local workers.

Wage competition is thus not fully resolved. This way, competition between posted and local workers will continue to exist, if only because the amendments to the Posting of Workers Directive have no impact on the applicable social security regimes. Wage costs will constitute the lion's share of the labour costs. Although the wages paid to posted workers should become equal to those paid to local workers in the host country[20] it is important that this concerns gross wages the level of whose contributions are further determined by the regulatory environment in the posting country, which in accordance with the coordinating social security Regulations 883/2004 and 987/2009 remains the competent State.[21] Furthermore, it is an autonomous competence of the national Member States to regulate their social security legislation and to determine the level of their contributions (and any wage limits on which contributions must be paid). Differences in the level but also in the basis on which the contributions are levied can affect an undertaking's competitive position.

As a result, social security policy is increasingly becoming a policy instrument in the context of wage competition. It is therefore not so much the employer who tries to evade certain obligations by means of all kinds of constructions such as letterbox companies or bogus self-employed workers, but the legislator itself who makes it attractive for basically every employer established in a Member State to make use of the posting provisions. Through posting, employers established in the Member State in question thus gain a competitive advantage over employers operating from another Member State in the same host country. This is rather a regulatory and strengthening competitive advantage, both for the posting em-

17 See CJEU 8 December 2020, Hungary v Parliament and Council, C-620/18, ECLI:EU:C:2020:1001, para 112 and CJEU 8 December 2020, Poland v Parliament and Council, C-626/18, ECLI:EU:C:2020:1000, para 95.

18 See consideration 4 of Directive (EU) 2018/957 of the European Parliament and of the Council of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services (2018) OJ L173.

19 CJEU 27 March 1990, Rush Portuguesa v Office national d'immigration, C-113/89, ECLI:EU:C:1990:142, para 15 and CJEU 9 August 1994, Vander Elst v Office des migrations internationals, C-43/93, ECLI:EU:C:1994:310, para 21.

20 With the exception of supplementary pension. Art. 3(1)(c) of Directive (EU) 2018/957.

21 Art. 12 of Regulation 883/2004.

ployer and the user of the service, which would explain the popularity of certain countries as a posting country. For some, this would therefore constitute discrimination and an obstacle to the free movement of workers[22]. The latter assertion does not hold. Member States retain full autonomy in shaping their own social security system. Contributions being lower in one country than in another logically follows from this. Nor does it matter that a country finances its social security through taxes or contributions, or how the internal division between employee and employer contributions is determined. In addition, there is no free movement of workers here since these posted workers do not enter the labour market of the host country. In conclusion, we are faced with different situations. The difference – a posted worker is according to the European legal provisions only subject to the social security contributions of the posting country – and the competitive advantage of a posted worker over a foreign worker wishing to enter the labour market of the host country do not therefore constitute prohibited differentiated treatment. The posted worker is just one, but perhaps one of the most paramount examples of mobility in the European Union demonstrating the need for further regulation and research. A question of investigation for the Max-Planck-Institute?

22 See EFBWW, Briefing note: complaints against Slovenia against illegal State aid and not respecting the fair internal market rules.

Nuria Pumar Beltrán, Barcelona

Igualdad de género y protección social – Apuntes de Derecho Europeo

Conocer a distintas personas investigadoras del Max Planck de Derecho y Política Social[1] y a sus ideas y a su obra, ha sido un hecho afortunado y decisivo en mi labor investigadora pues ha contribuido, por ejemplo, a ampliar mis conocimientos sobre el significado y el origen del Derecho Social[2] o a comprender mejor la metodología comparada e interdisciplinaria de esta rama del Derecho[3].

En relación al escrito que me ocupa destacaría tres obras[4] que han sido referentes para mí en esta línea de investigación en tanto que versan sobre el distinto impacto que tienen las normas de Seguridad Social en mujeres y hombres y muestran, con distintos ejemplos, el papel que tienen dichas normas a la hora de reproducir o transformar los roles y las desigualdades estructurales de género[5].

Desde hace décadas, el número de mujeres europeas que participan en el mercado de trabajo no ha parado de crecer y éstas han alcanzado, de media, un nivel educativo superior al de los hombres. Pese a la mejora de su rendimiento académico, las mujeres en Europa – y en el resto del mundo[6] – siguen experimentando mayores dificultades que los hombres para su integración laboral, sobre todo si tienen responsabilidades familiares. En general – aunque otros factores concurrentes como el nivel educativo, edad o el origen étnico suelen modular su intensidad – existen importantes brechas que separan a mujeres y hombres en las relaciones laborales, las cuales evidencian una desigual distribución de los salarios, de los tiempos de trabajo o de las opciones de promoción profesional, por ejemplo[7]. Incluso en las sociedades europeas más igualitarias[8], como las nórdicas, se apre-

---

1 Quisiera también agradecer al personal del Instituto- de biblioteca, de secretaría y de administración- su excelente soporte logístico y a la investigación que me ofrecieron durante mis tres estancias investigadoras (2001, 2009 y 2010), siempre con gran profesionalidad y amabilidad.

2 Vid. Zacher, H. F. (1993), Abhandlugen zum Sozialrecht, eds. B. Von Maydell y E. Eichenhofer, Müller Juristischer Verlag.

3 Vid. un ejemplo reciente en Becker, U. (2020), Conclusions from a Comparative Perspective, en U. Becker y A. Poulou (eds.), European Welfare State Constitutions after the Financial Crisis, Oxford, p. 338–356.

4 Hohnerlein, E. (2003), Eigenständige und abgeleitete soziale Sicherung der Frauen in Deutschland vor und nach der Rentenreform von 2001, en Japanisch-Deutsches Zentrum, Berlin (Hrsg.), Symposium Reform der sozialen Sicherungssysteme in Japan und Deutschland, Munich, p. 143–173; Reinhard, H. J. (2014), Conciliación de las tareas familiares y de la vida laboral: unos aspectos del derecho social y de la política social en Alemania, en Equidad de Género y Protección Social, México, p.197–142 y Ossio, L. (2014), Evaluating Reforms for Bolivian Women's Rights to Social Security and Protection, en B. Goldblatt y L. Lamarche, Women's Rights to Social Security and Social Protection, Hart, p. 11–124.

5 Sobre el limitado papel del derecho social europeo en relación a otras desigualdades vid. Herrmann, P. (2014), Sozialpolitik in deutscher und europäischer Sicht, en P. Herrmann y P. Szynka (eds.), Durchbrüche ins Soziale – Eine Festschrift für Rudolph Bauer, WVFS, p.169–193.

6 Vid. Ganguli, I, Hausmann, R. y Viarengo , M. (2014). Closing the Gender Gap in Education: What Is the State of Gaps in Labour Force Participation for Women, Wives and Mothers?, International Labour Review, 153, p.173–207. Según este estudio comparado por países, no hay una clara correlación entre la mejora de nivel formativo de las mujeres y un incremento de su participación laboral.

7 OIT (2019), Un paso decisivo hacia la igualdad, Ginebra.

8 Por ejemplo, Grusky y Charles mantienen la teoría de que en sociedades culturalmente más igualitarias la segregación horizontal está respaldada ideológicamente por la creencia feminista de „equal but separate".

cia una clara proyección de la división sexual de trabajo en las relaciones laborales[9], de manera que existen sectores de actividad y profesiones muy feminizadas o bien muy masculinizadas.

Los sistemas avanzados de Seguridad Social con el tiempo se han ido impregnado de violeta, es decir, de la participación más igualitaria de las mujeres en la sociedad y de los avances del derecho de igualdad fruto de las reivindicaciones feministas. Así, estos sistemas, de forma progresiva, han depurado de sus regulaciones las discriminaciones directas, han reconocido riesgos emergentes ligados al cuidado – y más recientemente en clave de corresponsabilidad – y han aprehendido nuevas realidades familiares, distintas a las del matrimonio heterosexual.

Aun así, la acción protectora de la Seguridad Social todavía hoy se asienta sobre patrones claramente androcéntricos y no respeta la equidad de género en la distribución de derechos y recursos, pues no refleja la aportación esencial a la sociedad que realizan las mujeres con los trabajos no remunerados ni tampoco las transformaciones actuales de los roles tradicionales de género o la diversidad de los modelos familiares[10]. Un dato inequívoco de esta inequidad de género se constata en las brechas de género en materia de pensiones que evidencian la penalización de los tiempos de cuidado por parte de los sistemas contributivos de Seguridad Social. Aunque se trata de un indicador insuficiente pues no abarca en toda su magnitud las brechas de ingresos entre mujeres y hombres en la acción protectora la protección social y que se evidencia en el hecho de que la mayoría de beneficiarias de las prestaciones asistenciales son mujeres.

El campo de acción de las normas de discriminación jurídica es necesariamente estrecho porque para hacer frente a las distintas brechas de género citadas sería necesario llevar a cabo distintas políticas sociales, económicas y fiscales, siempre en clave transversal e interseccional. A continuación me detendré a exponer brevemente la extensión y los límites del derecho a la igualdad de género en la protección social en la normativa y jurisprudencia de la UE, centrándome en analizar las situaciones de discriminación indirecta y acción positiva en tanto que „comparten el mismo terreno conceptual", fuertemente conectado con la igualdad material[11].

La igualdad de género constituye un valor fundamental del derecho de la Unión Europea tal como refleja la Carta Europea de Derechos Fundamentales y el resto de los tratados fundacionales. Este valor ha experimentado un desarrollo intenso y expansivo en la legislación y en las políticas europeas desde la firma del Tratado de Roma en 1957, el cual reconoció el derecho a la igualdad de remuneración entre mujeres y hombres. El Tratado de Amsterdam avanzó en dicho proceso

---

Grusky, D. y Charles, M. (2005). Occupational Ghettos: The Worldwide Segregation of Women and Men, Standford University Press.

9 Vid. una aproximación desde la economía feminista al fenómeno de la segregación laboral por razón de género en Anker, R. (1997). Theories of Occupational Segregation by Sex: An Overview. International Labour Review, 136, p. 315–339 o Badgett, M. y Folbre , N. (1999). Assigning Care: Gender Norms and Economic Outcomes, International Labour Review, 138, p. 311–334.

10 Fraser, N. (1994). After the Family Wage: Gender Equity and the Welfare State. Political Theory, 22(4), 591–618.

11 Ballestrero, M. V. (1996). Acciones Positivas. Punto y Aparte, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 19, págs. 91–109

cuando comprometió a la Unión Europea en la promoción de la igualdad de género en todas sus actividades y políticas y, a la vez, legitimó las acciones positivas de los Estados miembros en materia de empleo.

Por su parte, las directivas sobre igualdad de género han proporcionado a las legislaciones nacionales las nociones y tutelas antidiscriminatorias básicas en materia de empleo y de condiciones de trabajo, de trabajo autónomo, de seguridad social y del acceso y suministro de bienes y servicios. Este marco se completaría con las directivas sobre la protección de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o están en período de lactancia y la de permiso parental. Asimismo, las directivas sobre el empleo atípico (trabajo a tiempo parcial, contratos a tiempo parcial y las de Empresas de Trabajo Temporal) han sido aplicadas con una visión de género por el TJUE, particularmente con respecto al trabajo a tiempo parcial.

La Directiva 79/7/CE sobre igualdad de trato en los regímenes legales de Seguridad Social – complementada por la Directiva 2006/54/CE en lo que se refiere a regímenes profesionales – se adoptó para abordar las normas de seguridad social que eran directa o indirectamente discriminatorias para las mujeres, por razón de su estado matrimonial o familiar.

Sin embargo, la aplicación de esta Directiva ha sido extremadamente limitada, debido principalmente a su reducido alcance, tanto subjetivo como material. Así, la directiva se aplica a la población trabajadora y las contingencias que cubre se vinculan, casi en exclusiva, a los avatares de la vida laboral. Por ello la Directiva 79/7/CEE no incluye las prestaciones asistenciales, a excepción de la „asistencia social“ otorgada para complementar o reemplazar dichos riesgos profesionales.

A esta consideración cabría añadir que la Directiva 79/7/CEE no regula las prestaciones de muerte y supervivencia ni las prestaciones familiares, a pesar de que son en estas prestaciones donde las discriminaciones por razón de sexo resultan más habituales. Además, la directiva prevé significativas excepciones a la aplicación del principio de igualdad en materias tan sensibles para el género como es la determinación de la edad de jubilación y califica las prestaciones que benefician a las mujeres de excepciones al principio de igualdad, en lugar de acciones positivas.

Particularmente en dos situaciones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha apreciado discriminación indirecta en materia de seguridad social: cuando las normas de seguridad social, siguiendo el modelo male breadwinner predominante, han penalizado a las mujeres y cuando han perjudicado el trabajo a tiempo parcial. Sin embargo, el TJUE ha mostrado en muchos fallos una gran precaución y ha evitado las posibles consecuencias económicas que pudiesen derivarse de sus decisiones, rigiéndose por el temor a interferir en las políticas sociales nacionales.

En un sentido positivo, el TJUE abrió una línea doctrinal decidida hacia la corresponsabilidad señalando que son incompatibles con el derecho a la igualdad de género – por perpetuar los estereotipos de género – las normativas que dificultan o impiden el disfrute de los permisos parentales a los padres (Asuntos Roca Alvá-

rez[12], Maïstrellis[13] o Betriu Montull[14], los cuales modifican la doctrina del asunto Hofmann)[15].

A su vez, el TJUE ha apreciado discriminaciones indirectas por razón de género en las normativas de Seguridad Social que perjudicaban de forma desproporcionada el trabajo a tiempo parcial (Asuntos Bilka[16], Ruzius-Wilbrink[17], Elbal Moreno[18], Espadas Recio[19], Villar Láiz[20], etc).

Sin embargo, y aunque son sentencia más antiguas que las arriba citadas, el TJUE no consideró discriminatoria la normativa alemana que excluía de la acción protectora de la Seguridad Social a los trabajos de duración marginal claramente feminizados, los llamados Minijobs (casos Nolte[21], Megner y Scheffel[22]). Tampoco ha calificado de discriminatorias otras normativas que condicionaban el acceso de los solicitantes a las prestaciones según su estatus marital (casos Teuling[23], por ejemplo) o bien los ingresos familiares incluidos los del cónyuge (caso Posthuma- van Damme[24] que rectificó la doctrina de Roks y otros[25]), pese a que resultaban más perjudiciales para las mujeres.

En otras ocasiones, el TJUE plantea una acepción excesivamente técnica y formalista de la discriminación indirecta (Asuntos Cachaldora[26] y Plaza Bravo[27]), incluso en la aplicación del principio de igualdad retribución por trabajo de igual valor (Asuntos Kenny[28] o JämO[29]).

En materia de acción positiva el TJUE ha enjuiciado dichas medidas controlando su aplicación de forma estricta, ya sea en el caso de las cuotas de empleo (Asuntos Kalanke[30], Marschall[31] o Abrahamsson[32]), de plazas de guardería (Asunto Lommers[33]) o en materia protección social (Asuntos Griesmar[34], WA v Spain[35]).

Precisamente en estas dos últimas sentencias – en las que se enjuiciaban ventajas concedidas a mujeres pensionistas – el TJUE falló a favor de los hombres

12 STJUE 30 de septiembre de 2010, Asunto C-104/09.
13 STJUE 16 de julio de 2015, Asunto C-222/14.
14 STJUE 19 de septiembre de 2013, Asunto C-5/12.
15 STJUE 12 de julio de 1984, Asunto C-184/83.
16 STJUE 13 de mayo de 1986, Asunto C-170/84.
17 STJUE 13 de diciembre de 1989, Asunto C-102/88.
18 STJUE 22 de noviembre de 2012, Asunto C-385/11.
19 STJUE 9 de noviembre de 2017, Asunto C-98/15.
20 STJUE 8 de mayo de 2019, Asunto C-161/18.
21 STJUE 14 de diciembre de 1995, Asunto C-317/93.
22 STJUE 14 de diciembre de 1995, Asunto C-444/93.
23 STJUE 11 de junio de 1987, Asunto C-30/85
24 STJUE 1 de febrero de 1996, Asunto C-280/94.
25 STJUE 24 de febrero de 1994, Asunto C-343/92.
26 STJUE 14 de abril de 2015, Asunto C-527/13.
27 STJUE 17 de noviembre de 2015, Asunto C-137/15
28 STJUE 28 de febrero de 2013, Asunto C-427/11.
29 STJUE 30 de marzo de 2000, Asunto C-236/98.
30 STJUE 17 de octubre de 1995, Asunto C-450/93.
31 STJUE 11 de noviembre de 1995, Asunto C-409/95.
32 STJUE 6 de julio de 2000, Asunto C-407/98.
33 STJUE 19 de marzo de 2002, Asunto C-476/99.
34 STJUE 29 de noviembre de 2001, Asunto C-366/99.
35 STJUE 12 de diciembre de 2019, Asunto C-450/18.

discriminados. Los argumentos esgrimidos fueron, esencialmente, que las diferencias de trato legislativo a favor de las mujeres sólo podrían justificarse si están vinculadas estrictamente al hecho de la maternidad biológica (art. 2.3 de la Directiva) o bien si compensasen situaciones reales de inactividad laboral de las madres, próximas al momento del parto. En los demás supuestos tanto hombres y mujeres deben ser considerados progenitores y ser tratados como iguales, so pena de reforzar los roles tradicionales de género. Además, y en relación a la utilidad social de la medida, el Tribunal señala que dichas ventajas económicas no ayudan a la igualdad de oportunidades de las mujeres ni remueven los obstáculos presentes en su vida laboral.

Es cierto que el art. 23 de la Carta Europea de Derechos sigue contemplando las acciones positivas en clave de excepción al principio de igualdad[36]. Ahora bien, las ventajas de Seguridad Social concedidas a las mujeres no son medidas preferenciales en relación a un determinado puesto de trabajo en un sector o profesión en que las mujeres se hallen infrarrepresentadas y sí, en cambio, es una opción política de redistribución de derechos sociales atendiendo al género y al hecho de que son las mujeres quienes mayoritariamente asumen la tarea de cuidados. Entre las distintas lógicas o ventajas asociadas a estas medidas, subrayaría la de compensar a las mujeres por la penalización que el modelo profesional-contributivo ejerce sobre ellas.

Este tipo de iniciativas, e independientemente de si son verdaderamente eficaces y redistributivas, contribuirían a mejorar las pensiones de las mujeres y a acortar situaciones de brecha en materia de pensiones, problemática que hunde sus raíces en las desigualdades estructurales más que en las jurídicas.

Se trata de cuestiones complejas de enjuiciar que requieren de una visión integral tanto del contexto institucional-legislativo en el que se adoptan como también del socio y cultural, y del cual no puede aislarse la norma en cuestión sometida a valoración judicial. Para aplicar el juicio de proporcionalidad, se tiene que valorar la adecuación o proporcionalidad de la medida en relación al objetivo perseguido por el legislador y para ello primero se requiere tener evidencias de cuál es el problema social o la brecha que se pretende acortar. Probablemente en estos casos sería deseable un diálogo entre Tribunales bajo el prisma del principio de subsidiariedad, de manera que las decisiones se tomasen lo más cerca posible de la ciudadanía[37].

El TJUE en su doctrina adopta una lógica de igualdad formal y bilateral en su doctrina, ignorando la dimensión colectiva de la desigualdad a corregir. No toma en consideración, en este sentido, la dimensión de género y la realidad fáctica de las mujeres cuidadoras.

Es cierto que el cumplimiento de estos fallos puede efectuarse con la inclusión de los hombres cuidadores como beneficiarios de las prestaciones, como ha hecho el Estado español en aplicación de la doctrina del asunto WA. Si bien, la finalidad

36 Waddinton, L. y Bell, M. (2011). Exploring the boundaries of positive action under EU Law: a search for conceptual clarity. Common Market Law Review, 48, p. 1503–1526.

37 Pager, S. (2003). Strictness and Subsidiarity: an Institutional Perspective on Affirmative Action at the European Court of Justice. Boston College International Comparative Law Review, 26(1), 35–75.

originaria de la medida, la de acortar la brecha de las pensiones, quedaría claramente desvirtuada.

De fondo, emerge un doble y ya clásico dilema cuando se evalúa la dimensión de género de las acciones positivas en materia de Seguridad. Por exponerlo de forma sencilla, cuando las medidas benefician a las mujeres en su dimensión de cuidadoras, y más si promueven la ausencia del mercado de trabajo, pueden contribuir a reforzar roles[38]. El otro dilema es que dichas medidas – sobre todo si consisten en pensiones de jubilación o invalidez – compensan desventajas en la asignación de recursos, pero no fomentan la igualdad de oportunidades, es decir, no contribuyen directamente a remover los obstáculos a la participación laboral de las mujeres.

En todo caso, parece que el TJUE indica a los legisladores nacionales el camino a seguir cuando hablamos de la legitimidad/justificación de las acciones positivas en materia de Seguridad Social: serían medidas que facilitasen la adquisición de derechos de Seguridad Social a las mujeres y hombres cuidadores que han interrumpido su actividad laboral por dicho motivo.

38 Sobre la necesidad de transcender este dilema desde la lógica de cuidados, mediando una aproximación interseccional y siguiendo el objetivo de reducción de pobreza, vid. McLean, C. (2015). „Beyond Care: Expanding Feminist Debate on Universal Basic Income", WISE Working Paper, 1, september.

Daniela Schweigler, Duisburg-Essen

Zur Wiedervorlage: Aktuelle verfassungsrechtliche Probleme des Asylbewerberleistungsrechts

Inhaltsübersicht

A. Grundleistungen nach §§ 3, 3a AsylbLG
  I. Bemessung der Grundleistungen
  II. Bedarfsstufe 2 für Alleinstehende in Gemeinschaftsunterkünften
B. Leistungseinschränkungen nach § 1a AsylbLG

2014/15 war ich beteiligt am Projekt Sozialer Schutz für Flüchtlinge im Rechtsvergleich: Auf dem Weg zu gemeinsamen Standards für Schutzsuchende in der EU.[1] Mit Blick auf aktuelle Flucht- und Migrationsbewegungen war zuletzt in Deutschland häufig zu hören, „2015" dürfe sich nicht wiederholen. Je nach dem Blickwinkel auf die europäische Flüchtlingsschutzkrise dürften diese Mahnung viele teilen können – der Dissens liegt dann bei der Frage, was es ist, das sich nicht wiederholen darf. Allerdings scheint „2015" inzwischen als Code für eine bestimmte Sicht der Dinge zu stehen.[2]

Unterdessen könnte sich bald „2012" wiederholen. Damals hatte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) die Geldleistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) für verfassungswidrig erklärt, weil sie evident zu niedrig und nicht transparent und sachgerecht bemessen waren.[3] Seither hat der Gesetzgeber das AsylbLG zahlreichen Änderungen unterzogen – die Datenbank Juris weist mehr als 20 Änderungsgesetze aus.[4] Auf die vom BVerfG auferlegte Neuregelung 2014[5] folgten besonders umfangreiche Änderungen in den Jahren 2015/2016[6] und 2019.[7] Davon werfen gleich mehrere erhebliche verfassungsrechtliche Probleme auf.[8]

---

1 Daniela Schweigler, Sozialer Schutz für Flüchtlinge in Österreich, in: Ulrich Becker/Michael Schlegelmilch (Hrsg.), Sozialer Schutz für Flüchtlinge im Rechtsvergleich: Auf dem Weg zu gemeinsamen Standards für Schutzsuchende in der EU, ZIAS 2015, 108–118.

2 S. dazu die Beiträge in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Der Staat in der Flüchtlingskrise: Zwischen gutem Willen und geltendem Recht, 2016; rezensiert z. B. bei: Schmalz, KJ 2016, 260; s. dazu auch: Wallrabenstein, KJ 2016, 407.

3 BVerfG, Urteil v. 18.7.2012 – 1 BvL 10/10 = BVerfGE 132, 134.

4 Seit BVerfGE 132, 134 bis zum 23.5.2022 (BGBl. I 2022, 760).

5 Gesetz zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes und des Sozialgerichtsgesetzes (AsylbLGuaÄndG) v. 10.12.2014, BGBl. I 2014, 2187; Überblick bei Deibel, Das neue Asylbewerberleistungsgesetz, ZFSH/SGB 2015, 117.

6 Hier zu nennen sind insbesondere: Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz (AsylVfBeschlG) v. 20.10.2015, BGBl. I 2015, 1722; Gesetz zur Einführung beschleunigter Asylverfahren (EBeschlAsylVfG) v. 11.3.2016, BGBl. I 2016, 390; Integrationsgesetz (IntG) v. 31.7.2016, BGBl. I 2016, 1939; vgl. dazu u. a. Voigt, Asylbewerberleistungs-gesetz: Feindliche Übernahme durch das Ausländerrecht, info also 2016, 99; Pelzer/Pichl, Die Asylpakete I und II: Verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Probleme, KJ 2016, 207.

7 Insbesondere: Drittes Gesetz zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes (AsylbLGÄndG 3) v. 13.8.2019, BGBl. I 2019, 1290; Zweites Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht (AusrPflDG 2) 15.8.2019, BGBl. I 2019, 1294.

8 Zur unionsrechtlichen Dimension: Hruschka, ZIAS 2020, 113.

A. Grundleistungen nach §§ 3, 3a AsylbLG

I. Bemessung der Grundleistungen

Bei den Grundleistungen unterscheidet das Gesetz zwischen dem „notwendigen Bedarf" zur Deckung des Bedarfs an Ernährung, Unterkunft, Heizung, Kleidung, Gesundheitspflege und Gebrauchs- und Verbrauchsgütern des Haushalts und dem zusätzlichen „notwendigen persönlichen Bedarf" zur Deckung persönlicher Bedürfnisse des täglichen Lebens (§ 3 Abs. 1 AsylbLG). Die Höhe der Leistungen hängt – im Grundsatz ähnlich wie im Bedarfsstufen-System der Grundsicherung – vom Alter und von der Wohnsituation ab (dazu unten, II.). Die Höhe der Bedarfssätze ist in § 3a AsylbLG geregelt bzw. wird auf dessen Grundlage durch das BMAS bekanntgemacht.[9]

Bis zum 31.8.2019 waren die Leistungssätze in § 3 AsylbLG geregelt.[10] Bezogen auf diese Rechtslage liegt dem BVerfG ein Normenkontrollantrag (Art. 100 Abs. 1 GG) des LSG Niedersachsen-Bremen vor.[11] Das LSG legt darin überzeugend seine Auffassung dar, wonach die Geldleistungsregelung verfassungswidrig ist. Dabei geht das Gericht anders als das BVerfG 2012 nicht von einer evidenten Unterdeckung relevanter Bedarfe aus. Es zeigt aber auf, dass die Bemessung der Leistung nicht auf einer nachvollziehbaren und sachlich differenzierten Bedarfsermittlung beruht und deshalb mit dem Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum (Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG) nicht vereinbar ist.[12]

Diesbezüglich hatte das BVerfG im „Hartz IV-Regelsatzurteil" 2010 entschieden, dass der Gesetzgeber zur Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums zwar einen Konkretisierungsspielraum hat, sich aber bei dessen Ausfüllung eines transparenten und sachgerechten Verfahrens bedienen und die Leistung realitätsgerecht und nachvollziehbar auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Berechnungsverfahren bemessen muss.[13] Über die Frage, ob die seitherige Regelbedarfsermittlung im Grundsicherungsbereich diesen Maßgaben aus Karlsruhe gerecht wird, wurde und wird noch immer viel gestritten.[14]

Selbst wenn man sie aber zum Ausgangspunkt der weiteren Prüfung zu den Asylbewerberleistungen macht, ist weiterhin zu beachten, was das BVerfG 2012 entschieden hat: Neben der Betonung, dass das Recht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums als Menschenrecht ausländischen ebenso wie deutschen Staatsangehörigen zusteht, hat das BVerfG klargestellt, dass gesetzlich hinsichtlich der Höhe existenzsichernder Leistungen nur dann differenziert werden darf, wenn dies auf einer signifikanten Bedarfsabweichung beruht,

---

9 Vgl. § 3a Abs. 4 AsylbLG.

10 Vgl. § 3 AsylbLG bis zum Inkrafttreten des AsylbLGÄndG 3 (Fn. 7).

11 LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss v. 26.1.2021 – L 8 AY 21/19.

12 LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss v. 26.1.2021 – L 8 AY 21/19, juris Rn. 81 ff., insb. Rn. 95 ff.

13 BVerfG, Urteil v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09 = BVerfGE 125, 175.

14 Vgl. insb. BVerfG, Beschluss v. 23.7.2014 – 1 BvL 10/12 = BVerfGE 137, 34; Becker, Wie die Hartz-IV-Sätze klein gerechnet wurden. Das Grundsicherungsniveau als Ergebnis von normativen Setzungen und Empirie, SozSich 2014, 93; Lenze, Ist die Debatte um die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums beendet?, ZFSH/SGB 2014, 745.

die ihrerseits folgerichtig in einem inhaltlich transparenten Verfahren anhand des tatsächlichen Bedarfs gerade dieser Gruppe belegt werden kann.[15]

Hier setzt das LSG Niedersachsen-Bremen an, wenn es betont, dass nur empirisch belegte Erkenntnisse die Basis dafür bilden können, einen Bedarf, der in SGB II und SGB XII als existenznotwendig anerkannt ist, im Bereich des AsylbLG anders zu bewerten.[16] Genau daran fehlt es aber, wenn der Gesetzgeber freihändig und ohne belastbare Belege Positionen aus der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe streicht, die im Grundsicherungsbereich in die Bedarfsermittlung eingehen.[17] So ist er wiederholt verfahren, etwa – um Beispiele zu nennen – bei IT-Hard- und Software, Fernsehgeräten und Antennen. Sie seien – so die Bundesregierung – bei „wertender Einschätzung" wegen der „mangelnden Aufenthaltsverfestigung" und ungesicherten Bleibeperspektive der Betroffenen nicht zu berücksichtigen.[18] In Bezug auf mögliche Mehrbedarfe, die aus ebendieser Lebenslage resultieren können – etwa mit Blick auf gesteigerte Kommunikations- und Informationsbedarfe – fehlten hingegen der Bundesregierung die Antennen.[19]

II. Bedarfsstufe 2 für Alleinstehende in Gemeinschaftsunterkünften

Eine weitere Vorlage brachte das SG Düsseldorf am 13.4.2021 nach Karlsruhe[20] – auf der Basis eines Musters der Gesellschaft für Freiheitsrechte.[21] Gegenstand ist die Zuordnung alleinstehender Leistungsberechtigter, die in Aufnahmeeinrichtungen (§ 44 Abs. 1 AsylG) oder Gemeinschaftsunterkünften (§ 53 Abs. 1 AsylG) leben, zur Bedarfsstufe 2, seit 1.9.2019.[22]

Die Bundesregierung begründete diese Schlechterstellung damit, dass der Gedanke der Einsparungen durch gemeinsames Wirtschaften „aus einem Topf", wie er für Paarhaushalte der Bedarfsstufe 2 zugrunde liegt, generell auf Leistungsberechtigte übertragbar sei, die in Sammelunterkünften Räumlichkeiten wie Küche, Sanitär- und Aufenthaltsräume gemeinsam nutzen. Dies sei den Betroffenen möglich und zumutbar. Sie befänden sich „ungeachtet ihrer Herkunft in derselben Lebenssituation und bilden der Sache nach eine Schicksalsgemeinschaft", ihnen oblägen „alle zumutbaren Anstrengungen […], um miteinander in der Sammelunterkunft auszukommen".[23] Wie bereits beim Zusammenstreichen der Posten für

15 BVerfG, Urteil v. 18.7.2012 – 1 BvL 10/10 = BVerfGE 132, 134, juris Rn. 69 ff., insb. Rn. 73 ff.
16 LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss v. 26.1.2021 – L 8 AY 21/19, juris Rn. 109.
17 Näher: Voigt, Asylbewerberleistungsgesetz: Feindliche Übernahme durch das Ausländerrecht, info also 2016, 99 (100 f.).
18 Vgl. Entwurf der Regierungsfraktionen zum Gesetz zur Einführung beschleunigter Asylverfahren v. 16.2.2016, BT-Drs. 18/7538, S. 21, Entwurf der Bundesregierung v. 10.5.2019 zum Dritten Gesetz zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes, BT-Drs. 19/10052, S. 22, sowie Entwurf der Bundesregierung v. 23.9.2020 zum Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch sowie des Asylbewerberleistungsgesetzes, BT-Drs. 19/22750, S. 70.
19 Vgl. dazu LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss v. 26.1.2021 – L 8 AY 21/19, juris Rn. 114.
20 SG Düsseldorf, Beschluss v. 13.4.2021 – S 17 AY 21/20.
21 Abrufbar unter https://freiheitsrechte.org/mustervorlage-asylblg/ (26.10.2022).
22 Vgl. § 3a Abs. 1 Nr. 2 lit. b, Abs. 2 Nr. 2 lit. b sowie im Bereich der Analogleistungen: § 2 Abs. 1 S. 4 Nr. 1 AsylbLG in der Fassung seit 1.9.2019; Gerlach, Der neue Regelbedarfssatz für alleinstehende Erwachsene in Sammelunterkünften nach dem AsylbLG, ASR 2020, 49.
23 Entwurf der Bundesregierung v. 10.5.2019 zum Dritten Gesetz zur Änderung des Asylbewerberleistungs-gesetzes, BT-Drs. 19/10052, S. 24.

die Regelleistung (oben, I.) kam der Gesetzgeber auch hier ohne jede Empirie aus, was er auch gar nicht zu verschleiern versuchte. Die Bundesregierung passte den rechtlichen Maßstab einfach an ihre Praxis an und führte aus, der Gesetzgeber brauche bloß „in Orientierung an der tatsächlichen Bedarfslage eine typisierende Einschätzung der Verhältnisse vorzunehmen, die nicht sachwidrig erscheint."[24] Damit ignoriert der Gesetzgeber offen die vom BVerfG entwickelten Grundsätze zu den verfassungsrechtlichen (Mindest-)Anforderungen an ein Verfahren zur schlüssigen Bemessung existenzsichernder Leistungen.[25]

Dies haben bereits vor dem Vorlagebeschluss des SG Düsseldorf zahlreiche Gerichte ebenso gesehen, sich – und den Betroffenen – aber im einstweiligen Rechtsschutz mit dem Vehikel der verfassungskonformen Auslegung beholfen: Diese gebiete es, die Bedarfsstufe 2 auf Alleinstehende nur dann anzuwenden, wenn die gemeinschaftliche Haushaltsführung der Leistungsberechtigten mit anderen in der Unterkunft tatsächlich nachweisbar sei, wofür der Leistungsträger die objektive Beweislast trage.[26] Gänzlich unrealistisch wurde die durch den Gesetzgeber vorgenommene „typisierende Einschätzung der Verhältnisse" in Gemeinschaftsunterkünften in der Phase strenger Kontaktbeschränkungen in der Corona-Pandemie.[27]

Im Fall des SG Düsseldorf trug der Kläger, ein sri-lankischer Staatsangehöriger, der seit 2014 in einer kommunalen Gemeinschaftsunterkunft lebte, vor, dass mit seinem Zimmernachbarn keinerlei Kommunikation stattfinde. Er wisse lediglich, dass dieser aus Afrika stamme. Man sei um einen höflichen Umgang miteinander bemüht; eine Gemeinschaft, in der materielle Dinge miteinander geteilt würden, bestehe aber nicht.[28] Das SG wies unter anderem darauf hin, dass bereits die Prämisse der Parallelität der Lebenssituationen der in Sammelunterkünften lebenden Personen fehlgeht.[29] Im zugrundeliegenden Fall lebte der – nach § 60a AufenthG geduldete – Kläger in der Unterkunft mit Personen, die sich noch im Asylverfahren befanden, während andere bereits ein gesichertes Bleiberecht hatten. Auch erhielten nicht alle Mitbewohner Sozialleistungen; manche waren erwerbstätig. Es ist, so die zutreffende Zusammenfassung des SG Düsseldorf, „nicht ersichtlich, weshalb Fremde, die sich rein zufällig in einer Unterkunft befinden, gemeinsam wirtschaften sollten."[30]

Die Akte liegt nun also in Karlsruhe.

---

24 AaO.

25 Insbesondere BVerfG, Urteil v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09 = BVerfGE 125, 175, und BVerfG, Urteil v. 18.7.2012 – 1 BvL 10/10 = BVerfGE 132, 134; ebenso Frerichs, in: jurisPK-SGB XII, 3. Aufl. 2020, § 3a AsylbLG Rn. 44 ff. mit Rspr.-Nw. (Stand: 23.8.2022); a. A.: Birk, in: LPK-SGB XII, 12. Aufl. 2020, § 3a AsylbLG Rn. 8.

26 Vgl. SG Landshut, Beschlüsse v. 23.1.2020 – S 11 AY 79/19 ER – und 28.1.2020 – S 11 AY 3/20 ER; SG München, Beschluss v. 10.2.2020 – S 42 AY 82/19 ER; LSG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss v. 11.5.2020 – L 9 AY 22/19 B ER; ebenso LSG Mecklenburg-Vorpommern, Beschlüsse v. 21.1.2021 – L 9 AY 27/20 B ER – und 26.4.2021 – L 9 AY 7/21 B ER. Anders: LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 29.5.2020 – L 15 AY 14/20 B ER; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss v. 9.7.2020 – L 8 AY 52/20 B ER. Weitere umfangreiche Rechtsprechungsnachweise hat die Gesellschaft für Freiheitsrechte zusammengestellt. Sie sind abrufbar unter https://freiheitsrechte.org/mustervorlage-asylblg/ (26.10.2022).

27 Vgl. dazu etwa SG Berlin, Beschluss v. 19.5.2020 – S 90 AY 57/20 ER.

28 Vgl. SG Düsseldorf, Beschluss v. 13.4.2021 – S 17 AY 21/20, juris Rn. 9.

29 AaO. Rn. 193.

30 AaO. Rn. 194.

B. Leistungseinschränkungen nach § 1a AsylbLG

Nicht mehr in Karlsruhe liegt die Urteilsverfassungsbeschwerde gegen das Urteil des 7. Senats des BSG vom 12.5.2017.[31] Das BVerfG hat sie nicht zur Entscheidung angenommen.[32] Gegenstand war die Regelung zur Anspruchseinschränkung in § 1a AsylbLG.

Auch diese wurde seit ihrer Einfügung 1998[33] vielfach geändert, wobei auch hier der Schwerpunkt in der Zeit seit Oktober 2015 auf umfangreichen tatbestandlichen Erweiterungen liegt. Entsprechend vielfältig sind die rechtlichen Probleme bei der Anwendung der Norm. Insbesondere existiert mittlerweile eine sehr umfangreiche Rechtsprechung zu den das Einreisemotiv betreffenden sogenannten „Um-zu"-Fällen (§ 1a Abs. 2 AsylbLG), die noch in die Zeit vor Schaffung des AsylbLG zurückreicht.[34] 2021 hat etwa das LSG Niedersachsen-Bremen entschieden, dass auch in einem EU-Mitgliedsstaat – im konkreten Fall: Italien – und auch bei dort anerkanntem Schutzstatus eine extreme materielle Notlage bestehen kann, die der ernsthaften Gefahr einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung i. S. v. Art. 4 EU-GRCh, Art. 3 EMRK gleichkommt. Eine Einreise nach Deutschland mit dem Ziel eine solche Notlage – unter Umständen auch durch Sozialleistungsbezug – zu beenden, rechtfertigt nach dem LSG in aller Regel nicht eine Leistungseinschränkung nach § 1a Abs. 2 AsylbLG.[35]

Aber zurück zum BSG-Urteil vom 12.5.2017, das sich zeitlich auf die Ursprungsfassung des § 1a AsylbLG bezog: Nach dieser erhielten Geduldete, vollziehbar Ausreisepflichtige sowie deren Familienangehörige, die sich nach Deutschland begeben haben, um Leistungen nach dem AsylbLG zu erlangen, oder bei denen aus von ihnen zu vertretenden Gründen aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen werden können, Leistungen nur, „soweit dies im Einzelfall nach den Umständen unabweisbar geboten ist."

Das BSG sah darin keine Verfassungswidrigkeit, insbesondere keinen Verstoß gegen das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG).

Die Anknüpfung an die Erfüllung von Mitwirkungspflichten bzw. -obliegenheiten sei vom gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum gedeckt; den Leistungsberechtigten werde im Grundsatz nichts Unzumutbares abverlangt. Die Besonderheiten der individuellen Lebenssituation könnten durch die Bezugnahme auf den Einzelfall Berücksichtigung finden, wobei auch Leistungen zur Deckung des soziokulturellen Existenzminimums nicht von vornherein ausgeschlossen seien.[36]

---

31 Az. B 7 AY 1/16 R = BSGE 123, 157.

32 BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 12.5.2021 – 1 BvR 2682/17.

33 Zweites Gesetz zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes (AsylbLGÄndG 2) v. 25.8.1998, BGBl I 1998, 2505.

34 Vgl. insbesondere BVerwG, Urteil v. 4.6.1992 – 5 C 22/87 = BVerwGE 90,212. Für umfangreiche Rechtsprechungsnachweise vgl. LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil v. 25.3.2021 – L 8 AY 33/16, juris Rn. 21 f.

35 LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil v. 25.3.2021 – L 8 AY 33/16; zur Frage der Verfassungsmäßigkeit von Leistungsausschlüssen bzw. -einschränkungen bei Gewährung internationalen Schutzes durch einen anderen Mitgliedstaat vgl. auch LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 11.8.2021 – L 23 AY 10/21 B ER; Bayerisches LSG v. 26.8.2021 – L 19 AY 70/21 B ER.

36 Vgl. BSG, Urteil v. 12.5.2017 – B 7 AY 1/16 R, juris Rn. 27–35.

Das BSG konnte sich hier noch nicht mit dem erst zweieinhalb Jahre später ergangenen Urteil des BVerfG zu den Sanktionen im SGB II[37] auseinandersetzen. Andere Gerichte haben versucht, aus den dort aufgestellten verfassungsrechtlichen Maßstäben Schlussfolgerungen für den Anwendungsbereich des § 1a AsylbLG zu entwickeln. So sah das Hessische LSG in der Anspruchseinschränkung in den „Um-zu"-Fällen eine rein repressive Ahndung von Fehlverhalten, sodass es schon an einem legitimen Zweck für die Leistungsabsenkung fehle. Dies insbesondere deshalb, weil die Betroffenen in diesen Fällen durch ihr Verhalten während des Leistungsbezugs keine Beendigung der Minderung mehr erreichen könnten.[38] Das SG Bremen hielt auch in Fällen fehlender Mitwirkung unter Verweis auf das BVerfG allenfalls eine Minderung im Umfang von 30 % bezogen auf die Grundleistungen nach §§ 3, 3a AsylbLG und höchstens für eine Dauer von drei Monaten für verfassungsrechtlich vertretbar.[39] Auch auf die fehlenden Erkenntnisse zur Geeignetheit der Leistungsabsenkung zur Durchsetzung der Mitwirkungspflichten wurde hingewiesen.[40]

Vor diesem Hintergrund kam der Nichtannahmebeschluss des BVerfG vom 12.5.2021[41] durchaus überraschend.[42] Das BVerfG hielt § 1a Nr. 2 AsylbLG in der Fassung vom 25.8.1998 in der Auslegung durch das BSG für „noch vereinbar" mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Anders als vormals die Sanktionsregelungen in der Grundsicherung verpflichte § 1a AsylbLG die Verwaltung „klar und gerichtlich voll überprüfbar" zur bedarfsorientierten Leistung des zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unabweisbar Gebotenen. Dass die Behörden den unbestimmten Rechtsbegriff des unabweisbar Gebotenen im Einzelfall erst auszufüllen haben, hielt das BVerfG für verfassungsgemäß; entscheidend sei, dass ein gesetzlicher Leistungsanspruch auf die zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz notwendigen Leistungen – einschließlich soziokultureller Bedarfe – bestehe. Mangels einer generell-abstrakten bzw. pauschalen Minderung sei dies gewahrt.

Das BVerfG verneinte damit im Kern – entgegen der amtlichen Überschrift und offenkundigen Zielsetzung[43] des § 1a AsylbLG bereits dessen Sanktionscharakter.[44] Konsequenterweise wird aus diesem Blickwinkel auch die Auseinan-

---

37 BVerfG, Urteil v. 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 = BVerfGE 152, 68.

38 Vgl. Hessisches LSG, Beschluss v. 31.3.2020 – L 4 AY 4/20 B ER; zustimmend: SG Bremen, Beschluss v. 23.4.2021 – S 39 AY 44/21 ER, juris Rn. 34; ebenso Hruschka, ZIAS 2020, 113 (127 f.).

39 SG Bremen, Beschluss v. 23.4.2021 – S 39 AY 44/21 ER, juris Rn. 38; ebenso Sächsisches LSG, Beschluss v. 3.3.2021 – L 8 AY 8/20 B ER.

40 Hessisches LSG, Beschluss v. 26.2.2020 – L 4 AY 14/19 B ER, juris Rn. 39 ff.

41 Az. 1 BvR 2682/17.

42 Vgl. Frings, Die Sanktionsentscheidung des BVerfG in ihren Auswirkungen auf das Migrationssozialrecht, ArbuR 2021, 248; Seidl, § 1a AsylbLG und das menschenwürdige Existenzminimum, ASR 2020, 171; Kanalan/Seidl, Wegsanktioniert. Ausreise als Überwindung der Hilfsbedürftigkeit nach dem Asylbewerberleistungsgesetz?, Verfassungsblog v. 19.3.2021, https://verfassungsblog.de/asylblg-anreize/ (26.10.2022); Seidl, Bedarfsorientierte Sanktionen. Widersprüchliches aus Karlsruhe zu den Leistungseinschränkungen im AsylbLG und zum Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, Verfassungsblog v. 16.7.2021, https://verfassungsblog.de/bedarfsorientierte-sanktionen/ (26.10.2022).

43 Vgl. dazu auch BT-Drs. 13/10155, S. 5.

44 Vgl. zu diesem Oppermann, Leistungseinschränkungen und Sanktionen als Mittel zur Bewältigung der Flüchtlingswelle, ZESAR 2017, 55; Kanalan, Sanktionen im Sozialleistungsrecht – Zur Verfassungswidrigkeit der Leistungseinschränkungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz, ZFSH/SGB 2018, 247.

dersetzung mit Verhältnismäßigkeitsfragen – Legitimität der Regelungsziele und Eignung der Norm zu deren Erreichung – entbehrlich. Denn – so der Kern der Argumentation – mit dem Recht auf das Existenzminimum ist das Recht auf das Existenzminimum gewahrt. Entscheidend ist, dass ein gebundener Leistungsanspruch besteht – worauf, das bestimmt die Verwaltung. Mit diesem Verzicht auf eine parlamentarisch legitimierte transparente und folgerichtige Bedarfsermittlung setzt sich das BVerfG in Widerspruch zu seiner Regelsatz-Entscheidung aus 2010, in der gerade dies den Dreh- und Angelpunkt der verfassungsrechtlichen Argumentation ausgemacht hatte.[45]

Wahrscheinlich erhält das BVerfG bald erneut die Gelegenheit, sich mit § 1a AsylbLG zu befassen – denn die Regelung wurde – wie gesagt – inzwischen mehrfach geändert. An die Stelle des behördlich zu bestimmenden „unabweisbar Gebotenen" ist nun ein zweistufiges Regelungskonzept getreten: Nach § 1a Abs. 1 S. 2 AsylbLG besteht nunmehr ein gebundener Anspruch nur noch auf Leistungen zur Deckung der Bedarfe an Ernährung und Unterkunft einschließlich Heizung sowie Körper- und Gesundheitspflege – also des physischen Existenzminimums. Leistungen zur Deckung des soziokulturellen Existenzminimums stehen nun im Ermessen des Leistungsträgers und setzen tatbestandlich besondere Umstände im Einzelfall voraus (§ 1a Abs. 1 S. 3 AsylbLG). Damit wird der Gewährleistungsgehalt von Art. 1 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 GG, der auf die Deckung der – unteilbaren – physischen und soziokulturellen Existenzbedarfe gerichtet ist[46], verletzt.[47] Auch wenn die Gerichte sich – zumal in Eilverfahren – hier einstweilen mit Versuchen verfassungskonformer Auslegung behelfen[48], dürfte eine erneute Wiedervorlage nach Karlsruhe nur noch eine Frage der Zeit sein.

---

45 BVerfG, Urteil v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09 = BVerfGE 125, 175; vgl. Seidl, Verfassungsblog v. 16.7.2021 (Fn. 42).

46 BVerfG, Beschluss v. 23.7.2014 – 1 BvL 10/12 = BVerfGE 137, 34, juris Rn. 118; BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 12.5.2021 – 1 BvR 2682/17, juris Rn. 17.

47 Vgl. Sächsisches LSG, Beschluss v. 22.2.2021 – L 8 AY 9/20 B ER, juris Rn. 59.

48 Vgl. Hessisches LSG, Beschluss v. 26.2.2020 – L 4 AY 14/19 B ER, juris Rn. 46 ff., insb. Rn. 49 ; Bayerisches LSG, Beschluss v. 11.5.2022 - L 8 AY 27/22 B ER, juris Rn. 30 f.

Jef van Langendonck, Leuven

The (twice) two worlds of social security[1]

Table of Content

A. Birth of an ambiguous right
B. The world of Bismarck
C. The world of Beveridge
D. European convergence
E. Problems of financing and administration
F. And the other world?
G. Conclusion

A. Birth of an ambiguous right

Social security has not always existed. It is a fairly recent phenomenon linked to industrialization. People in the pre-industrial world lived and worked together in the same place and shared the product of their labor. Work was something a person went about close-by. Industrialization concentrated work in organized units where work became something you had to go and find. Pay was individualized and could be lost because of risks occurring to workers: illness, accident, disability, old age. The need for benefits replacing lost earnings was born. For a long time, this need was met by family solidarity, charity and local solidarity. It was not until the end of the 19th century that the State stepped in with the first forms of social insurance.

When in December 1948 the General Assembly of the United Nations included the right to social security in the Universal Declaration of Human Rights this came as a surprise to most people. Nobody knew exactly – or even approximately – what this new right would mean. There may have been one exception: the Committee on Human Rights that drafted the declaration was chaired by Mrs. Eleanor Roosevelt, widow of the U. S. president who created the 1935 Social Security Act. Mrs. Roosevelt undoubtedly believed that the best thing to do was to extend a similar system to the rest of the world. If American citizens now enjoyed this social security the same right should also be given to those people the U. S. had liberated, lest they go and search for it in Communism as the other half of the world had done.

In a vague way this feeling was shared by many. But one could not seriously think of extending the U. S. social security system to the whole world, particularly since a large number of countries – and notably Germany – had already much more advanced programs. The UN wisely left it to a specialized subsidiary organization, the ILO, to determine what social security the member coun-

1 Traditional legal scholars will be horrified to learn that this contribution is without footnotes. The author is of the firm conviction that the scientific (or other) value should be found in the text itself and not in the number of references of other notes. There may have been a time that these were useful when readers had no other way than to go to libraries to check sources or to find additional material. Nowadays all this information can easily be found on the internet.

tries would have to provide for their populations. And so, it did. In 1952 the ILO issued Convention Nr. 102 on „minimum standards of social security" that was eventually ratified by a large number of countries.

This Convention struck a prudent compromise between the two prevailing models of social security which had panned out in the history of social policy. They are commonly named after their principal proponents: Bismarck and Beveridge. Each model had its sphere of influence in a given part of the world, the traditional Bismarck system mainly in continental Europe and the Beveridge scheme essentially in Britain, the U. S. and the Northern European countries. Under the Convention the member countries could largely chose between the two. Moreover, given the low level of economic development in many countries they were given the option of implementing each of them in a fairly incomplete way.

It is important to understand that these traditional models are not just two different options. They are basically two different conceptions of social protection, with different purposes, for different populations, with different forms of protection for different risks, and with different requirements in terms of financing and administration. They also originated at different periods in time and for different historical reasons.

They had however one thing in common: they had been created because of revolutionary threats to the political system stemming from socialist or (later) fascist movements, feeding on the misery of the working classes. Relieving this misery was in both cases a means and not an end insofar as the proposed policies were concerned. They were basically political and not social in their conception and in their purpose. This has apparently never been an obstacle to their success.

B. The world of Bismarck

In November 1881 the German chancellor prince Otto von Bismarck read at the pulpit of the Reichstag the Imperial Message announcing the creation of the first compulsory social insurance system at a national level. It was not called „social" insurance then. Bismarck was not a socialist. His reform was meant to avert the risk of a „socialist" revolution.

His national insurance system was meant for the industrial workers. They may not have actually been the neediest people in the country. Those were the peasants in the villages, who migrated in large numbers to the cities in search of a better life. But they were the most dangerous ones for the established order in the State. They were concentrated in the industrial areas of the cities and could therefore more easily be organized by agitators, socialist or other.

The workers saw the State as a mechanism of oppression. To escape the humiliation of receiving public assistance they had created their own mutual aid funds where members paid contributions to be entitled to assistance when in need. They would not accept these to be replaced by a state-run scheme. Bismarck decided to build his reform project upon the existing workers' funds, making membership of them compulsory. Where no workers' funds were available the local authorities would create one along the same lines. The funds immediately increased

enormously in size and in importance. They came under State control as to their financial management to protect them from financial collapse, but otherwise they remained under self-management, independent from the State.

In reality the reform was oriented more to the employers than to the workers. It was clear to the authors of the reform that the poor uneducated workers of the time would not be capable of consistently raising the necessary funds for the insurance or to manage the insurance institutions. The cooperation of the employers was essential in that they should deduct the mandatory contributions from the workers' pay (something they were already in the habit of doing in various respects) and that they should add a substantial contribution of their own. They were made responsible for the whole of the contribution operation, giving the insurance scheme a solid financial foundation.

The employers were persuaded to accept this arrangement not only because of their fear of a revolutionary movement (the French Commune of Paris was fresh in everyone's memory) but also because paying their employers' contribution entitled them to half the seats in the boards of the insurance funds so that they could check the proper management of the funds and above all avoid these to be used as hidden strike funds if they would be managed by the workers alone.

Consequently, the core elements of the Bismarck scheme are:

- insurance relation: specific benefits for specific risks in consideration of regular payment of fees („contributions") until the occurrence of the contingency
- meant for industrial workers and assimilated groups
- independent from the State, but controlled and guaranteed by it
- compulsory membership to eliminate the danger of risk selection
- important role of employers: collection and payment of workers' contributions and additional employers' contributions
- self-management by representatives of the payers of contributions: workers and employers.

Importantly, this model has been extremely successful in the whole world. The vast majority of countries today have at least in part a Bismarck-type scheme of social insurance, be it with multiple variations. This may be surprising. None of the conditions that led to the Bismarck reform are of actual importance in the developed world of today. The working class is not any more a proletariat. The poor are now those who don't have employment. The State is no longer afraid of the workers or the workers of the State. Employers do not need to be represented in the boards of social funds anymore to prevent them from acting against their interests. The employers' contributions are recognized now for what they are: indirect wages perfectly similar to the workers' contributions. And the self-management of the funds has become something of a farce. Hardly any representatives are elected anymore and the delegates of trade unions and of employers' organizations are mostly employees of these organizations whose representativity appears questionable.

Why, then, is this model so persistent? There is certainly a large part of conservatism justified by the long history of „social peace" it has generated. And its drawbacks are well tolerated by the parties concerned. Employers could (and do)

object to the heavy „social charges" it entails but in reality, they are incorporated into their business models and they are tax deductible. And it gives capitalist enterprises a good conscience. They feel that they are entitled to their sometimes, huge profits as long as they pay their share to the social security system.

C. The world of Beveridge

The father of the so-called Beveridge model of social security under that name has in reality been U. S. president Franklin D. Roosevelt who launched in 1935 his „Social Security Act" as part of his „New Deal" policy to counter the effects of the great depression of that time. This was a societal crisis of a totally different type than the „social problem" of Bismarck's era. It affected not a particular class of people but the whole of society. A significant part of the population of the wealthiest country on earth was plunged into widespread poverty and destitution.

The social security act was primarily meant to boost economic activity by creating a „level playing field" for free competition among enterprises. A number of employers in a number of States had social plans for their employees and they regarded the fact that others didn't carry the same burden as an unfair competitive advantage. The Constitution gave the Federal government authority to legislate on matters concerning interstate commerce, and it is on this basis that the act was passed and later confirmed by the Supreme Court.

This model was not meant for exportation. It was seen as an intra-American matter. But another dramatic event was about to change this: World War II.

In the running-up to that war Germany made an impression on the world with its successful fight against unemployment and its very solid workers' social insurance. This encouraged fascist movements in other countries. Once the Americans had joined the war, they felt that the populations should be presented with a clear and desirable picture of what they were fighting for: a more free and better world. Roosevelt and Churchill met on a battle cruiser in mid-Atlantic to draft the 1941 „Atlantic Declaration" stating notably that they wanted to achieve „for all, improved labour standards, economic advancement and social security". Typically for the American approach, this was joined with a commitment to free international trade.

Since the Americans thought that they already had their social security (even if it was incomplete) it was left to the British to propose a plan for this post-war social security. A committee was set up under chairmanship of (not yet „Sir") William Beveridge, a well-known specialist of unemployment issues. The committee couldn't come to an agreement and Beveridge decided to write the report on his own. It was published in 1942 becoming the most successful government publication ever, raising an enormous wave of enthusiasm in Britain and far beyond its borders.

Beveridge took a much broader view of the people's need for security of existence. He identified the „five giants" threatening people's well-being, which he called in his flowery language: want, ignorance, idleness, squalor and disease. The social security system as such is meant to address the problem of want. For

the other „giants" specific public policies were needed in the fields of education, employment, housing and health care. The whole of these policies was soon going to be called the „welfare state".

His social security plan was clearly different from the Bismarckian conception in several respects. It was meant to provide basic protection against poverty for the entire population, not protection against typical industrial risks for workers. It eliminated the existing funds and societies for a more economical administration by the State which the British public had learned to trust because of the war effort. The basic concept was that of equal treatment of all citizens under the law.

Strangely, it still focused on the insurance technique of which Beveridge was a convinced supporter („benefits for contributions, not free gifts from the State") but with flat-rate contributions and flat-rate benefits (higher for men than for women, because „men eat more"). Contributions had to be very low if they were to be paid by everyone. Permanent underfunding has remained a characteristic of this type of arrangement.

The insurance had to be supplemented with a residual public assistance scheme since not everyone would have been able to afford the required contributions. The reliance on earnings-tested assistance benefits has remained a basic element of the British scheme despite Beveridge's abhorrence for the „ugly, nasty means test".

The Beveridge plan was well received in the mainly protestant countries of Northern Europe and in the former British colonies of the Commonwealth. Attempts to introduce it in continental Europe were met with resistance from employers' and workers' organizations that were embedded in the traditional Bismarckian system. The two worlds of social security kept well apart.

D. European convergence

In the period of prosperity of the 1960s in Western Europe a number of studies and surveys drew attention to the gaps in the social protection system: „poverty in the midst of plenty". The countries soon reacted with far-reaching reforms. Traditional Bismarckian countries started including self-employed workers in the workers' scheme or creating special schemes for them and they improved their assistance for non-employed persons. And in the Beveridgian countries additional earnings-related benefits were created for wage earners supplementing the low flat-rate benefits.

A new conception of social security came into being in which both objectives of workers' insurance and of minimum protection were to be combined when the social and economic development permitted it. In a celebrated report for the EEC Commission („Evolution et tendances des régimes de sécurité sociales des pays de la CEE et de la Grande Bretagne », EEC-Commission report 1967) the French author Jean-Jacques Dupeyroux made this evolution very clear. It was met with widespread approval. The Commission formally adopted this view in its Recommendation 92/442/EEC of 27 July 1992 on „Convergence of Objectives and Policies in Social Protection".

As a result of this development one can truly argue that their high level of social protection has become the most prominent characteristic of the countries of the European Economic Area (including non-member countries such as Norway and Switzerland). Other highly industrialized nations such as the U.S, Britain, Canada, Australia or Japan may be similar in their political democracy, their protection of civil liberties or their cultural policies but their part of GDP devoted to social protection is clearly lower.

This is not simply a choice in the pattern of public spending. How much of their income the wealthier parts of society are willing to pay into a system of redistribution in favor of the lower income groups is a matter of social culture. It marks the difference between dual and inclusive societies. The European countries clearly prefer to belong to the second type. But it is not without its problems.

E. Problems of financing and administration

Trying to meet both social policy objectives at the same time – workers' social insurance and basic protection for all – is not a simple matter. This is in particular the case if the traditional institutional structures in which both are combined are to be kept. For a good reason: it is not easy to obtain financial and logistical aid from industry for a scheme that doesn't apply to workers.

The difficulty is that both models call for totally different financial and administrative structures. The general minimum protection is a direct obligation of the State – a moral obligation deriving from the Universal Declaration of Human Rights and possibly a legal obligation for those States that ratified the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1976.

States can fulfill their obligations in different ways, either through their own public administration or by delegating tasks to lower levels of government or even to private entities. But they must always make sure that the basic rules of public law are satisfied: fairness and equal treatment of all citizens. In terms of financing this means that the burden should be divided according to ability to pay or, accessorily, according to responsibility. Tax revenue for this purpose should be derived from progressive income tax or from taxes on specific activities generating health hazards, such as tobacco or alcohol, not from consumption taxes like VAT. Financing should certainly not be derived from classical social insurance contributions, which are not progressive and sometimes even of a regressive nature.

The rules are not the same for workers' social insurance. This is not as such a responsibility of the State. If employed workers want to protect their acquired income level against existential risks, they primarily have to take care of this themselves by saving, by insurance or otherwise. The State comes in only because the risk situation of workers can be unequal in such a way that those who need insurance most can be unable to obtain it. To make sure that all workers have access to insurance at least at an acceptable level the State „socializes" it by making it compulsory, by making the contribution level tolerable for everyone and by imposing management structures in which the workers can have confidence.

This leads to the tradition of self-management by representatives (elected or not) of employers and workers. Even if the representativity of these management boards can be discussed they appear to have the confidence of the public. But this model reaches its limit where the scheme is extended to self-employed workers or to non-employed persons such as students or invalids. There is no valid reason why workers' trade unions should manage the funds for these population groups.

It is even more so for the role of employers in social insurance management. Originally this was seen as management by the payers of contributions. But it has been clear for a long time that employers' contributions are an illusion. They are part of the remuneration of the workers. They are paid by employers for the same reason and at the same time as wages. They are not employers' but workers' contributions, paid directly or indirectly out of their wage packet. There is no real reason anymore (as there may have been in Bismarck's time) to have employers represented in management boards of social insurance funds.

Unfortunately, one finds in most industrialized country a mix of management and financing models grown out of a long and complex historic development. The problems of equity and of sound financial management this creates are clearly considered less important than the disturbance a change would make. There is generally more of a willingness to contribute and more solidarity in a social insurance scheme for workers than in a minimum protection scheme for the poor. As it is often said: systems for the poor are poor systems. But one should not forget that social protection schemes should primarily protect those who need it most. We believe that the time has come to revert to the orthodoxy of the basic models of social protection, with their own financing and management structures, even if this is not always a popular policy.

F. And the other world?

Up to this point we spoke about the industrialized world, the one for which social insurance and later social security was created. But what about the other world? The global situation in the present world is not without similarity to that of the industrialized nations in the 19th century, with the same scandalous contrast between wealth and poverty, with the same ineffectual efforts of charity towards the poor and with the same threat of violence from those living in misery. There is also the unstoppable stream of migration from the poor areas to the better developed ones, creating similar problems of social destabilization.

This is not just a problem between rich and poor countries. Industrialization is not equally distributed everywhere. In the so-called industrialized nations, there are still some activities that are carried out mainly in the pre-industrial way, as personal or familial endeavors. They are notoriously difficult to fetch under a classical social security system. And in the most advanced industrialized nations there are pockets of poverty despite all efforts of social policy authorities. Inversely, in underdeveloped countries, even the poorest ones, one finds areas of very advanced industry and of sometimes extreme wealth.

According to the Universal Declaration of Human Rights, „Everyone, as a member of human society, has the right to social security" (Art. 22). Such basic human rights are to be implemented by all nations without discrimination of any kind (Art. 2). But the reality on the ground is quite different. Only one quarter of the world population enjoy a decent standard of social security. About one quarter have some incomplete social security and half of them have no social security at all.

This is not a unique situation. Other basic human rights such as the right to life, liberty and security of person (Art. 3) are far from being universally guaranteed. Everywhere people are being killed or maimed, abducted or unlawfully imprisoned. Not to mention the right to leave one's country and to return to it (Art. 13, 2) and to seek asylum in other countries (Art. 14,1) which are at present actively opposed by certain governments and by important population groups within countries. One can never accept this as being normal. Maximal efforts should always be made to implement these basic rights, however difficult this may be.

But how can a universal right to social security be realized? The underdeveloped countries don't have the resources to provide the necessary funding, at least not in a sustainable way. In Bismarck's time this problem was solved by having recourse to the employers, in other words to the very industry that was at the core of the problem. The fear of a „socialist" revolution convinced the industrialists to take part in the financing of the protection system. Where is such a financing mechanism to be found in the global world at large?

In actual fact, the element of fear is duly present, be it in a less acute form than it was in the 19th century. Terrorism, illegal migration, the spreading of pandemics, local wars with their destabilizing consequences, anti-western movements of all sorts are real threats to the rich world. It is clear to everyone that the growing gulf between rich and poor in the world can lead to catastrophic consequences.

And the financial means are there as well. The industrialized nations and the international community spend enormous amounts for food aid, medical care and economic assistance to underdeveloped nations and their populations, by way of multinational and bilateral assistance and through innumerable NGO's and foundations, substantially helped with tax exemptions. This is not without success. Dangerous diseases have been eradicated or at least brought under control. Extreme poverty has been significantly reduced. Large groups of poor populations have access to education at a reasonable level and with some luck of a very high level.

But this doesn't solve the problem. The aid is not divided equitably according to need. It follows the imperatives of the donor countries, not of the recipients. A substantial part of it is commonly diverted from its primary purpose. Sometimes it is seen feeding widespread corruption in the receiving countries. Free distribution of food and other necessities disturbs the local markets on which the people depend. And above all the recipients of this aid resent their dependence on charity, much in the same way as did our workers in former times. They feel that they should not be thankful for what is (or should be) their recognized right.

But how on earth can a world social security system be achieved? National governments can make laws instituting mandatory social insurance and providing a statutory right to benefits. At the international level there is no authority capable of taking similar measures and forcing their implementation. Everything depends on agreement and understanding among nations, and this is very often lacking where important issues are at stake. Could one make (nearly) all nations in the world agree to finance social security for the world population? This sounds hardly realistic.

It would certainly be utterly utopian to propose the creation of a world social security institution collecting contributions and distributing benefits all over the globe. It is much more realistic to think about operating through the existing national systems. Nearly all countries in the world do have at least some form of social security institution for at least part of their own population. Many of those are not capable of providing even the most basic minimum protection to the less favored masses of their population. Instead, they concentrate their efforts on the easiest target group, the workers in the „formal" sector, often employed by foreign based companies. For these workers they provide „Bismarck-type" benefits meant to replace lost earnings in the case of „social" risks such as accident, sickness, invalidity, old-age and premature death, sometimes completed with unemployment.

This is not a suitable formula for the people in the „informal" sector. Here basic benefits should focus on medical care, education and in the realm of social security as such: minimum subsistence benefits, mainly for those who cannot provide for their own livelihood, the invalids and the aged. A useful addition would be child benefits, subject to the condition that the children go to school. It is a formula found in a number of developing countries where a sufficiently large industrialized sector can be found to fund these benefits by tax or contributions transfers. But this is far from being always the case. And the willingness to provide these transfers is often scarce.

What is needed is an international fund providing some sort of „employers' contribution" to the national social security schemes providing basic social benefits to the most deserving groups in their society. The contributions could be paid either by national governments or by national social security institutions. They should supplement the social contributions or taxes paid within the countries by those in regular employment. The benefits should be designed according to local needs and standards. A recognized international institution such as the ILO or the WHO for medical care should supervise the operation of the scheme.

It is certainly possible to convince sovereign States to pay contributions to international organizations providing services at a global level. Such organizations do exist in large numbers: UN, IMF, ILO, World Bank, UNESCO, UNICEF, FAO, UNDP, WTO, UNHCR etc. etc. They are financed by contributions from member countries according to their GNP or to other appropriate criteria, even if they have no means of compelling them to pay (as was demonstrated in the case of the U. S.).

In fact, an embryonic organization of the type we are thinking of does already exist. It is the Global Fund to fight Aids, Malaria and TB, created by the UN in 2002. Provisionally financed by voluntary donations from countries and private

foundations, most prominently the Bill and Melinda Gates Foundation it was meant to find more sustainable funding by regular contributions from all member countries of the UN, allowing it to extend its activities to other dangerous epidemic diseases. The COVID pandemic has shown how useful such development would have been.

Is there a way of compelling or at least persuading all or most States to contribute to an international institution such as we propose? In principle the UN Security Council could take action if it decided that the social situation in poor countries poses a threat to world peace – which it clearly does. But military interventions would not be the solution for this case – as for other cases.

There actually is another way. It will come as a surprise to many that this should be the World Trade Organization (WTO), an organization that is generally not held in high esteem by those who are concerned with social policy. Yet one should be aware that the WTO has as its primary objective to improve the lives of people around the world. It does this essentially by promoting free trade among all nations. One should not forget that the American Social Security Act of 1935 was based on the same principle: to eliminate obstacles to interstate commerce because of differences in social contributions. Such „social dumping" is one of the main dysfunctions the WTO wants to fight throughout the world.

If there would be a world social security institution, a refusal by some countries to pay their share in its funding would certainly amount to social dumping, providing an unfair advantage to their enterprises. The WTO is equipped with a dispute settlement process that has power to sanction unacceptable practices by allowing member States to take retaliation against the guilty party. This process has already been used in the past in health matters, such as the export of asbestos or the use of antibiotics in cattle breeding, and more generally the protection of the environment. It could certainly be used to combat social dumping in all its forms.

The 146 members of the WTO control about 98 % of world trade. Countries have a clear interest in being members of this organization and abiding by its rules. Even countries that lose in the dispute settlement process continue to pay their contribution to the organization considering their clear interest in taking part in international trade. This could be a practical way to make international social contributions compulsory if that is what one wants.

G. Conclusion

Social security is the daughter of industrialization. In its early stages it produced a new social class: the „proletariat" who were not only a shame but also a menace to society. The creation of the first social insurance schemes – half a century later – was a response to this „social problem". At that time the poor and the industrial workers were considered – wrongly? – to be one group and social insurance was conceived according to that idea. But with time and economic development the workers became less poor and the poor became clearly different from the workers. Social security started following two tracks: social insurance for the workers and „social security" for the poor.

The classic two worlds of social security – the Bismarckian social insurance and the Beveridgian welfare state – are not easy to reconcile or even to combine. It is a totally different matter to organize a non-selective social insurance for earnings from work and to provide basic social protection for all members of human society. Both are necessary but they call for a different organization, with different financing and different management. The first one can be organized at national or even regional level, with possible differences per group of contributors. The other one has the vocation to be general and non-discriminatory.

In most industrialized countries one finds both approaches combined into one organization. This carries the risk that inappropriate situations may occur. Tax money from the general population may sometimes be used to benefit a particular group of workers and benefit schemes for groups of self-employed or non-employed people may be managed by representatives of employers and trade unions. This is contrary to elementary social justice.

Industrialization has immensely increased the wealth and – yes! – the well-being of mankind. But its benefits have until now touched only half of it. The other half live and work in the traditional economy with low productivity. In rich countries these constitute a rather small minority but in poor countries they are the vast majority. As productivity keeps growing in the industrialized world the difference in standard of living between the two groups is constantly widening, both within and between the countries.

Social security should be an instrument of social inclusion, not of splitting between the poor and the wealthy. That is the reason why the right to social security as a universal human right is so important and should be taken seriously. Difficult as it may be, it is an imperative task of the international community to achieve something in this respect: to bring some basic social security to those who are deprived of it. We have tried to demonstrate that, arduous as it may be, it can be done. I will not see this in my lifetime but hopefully my children or grandchildren will.

Rezension

Carmelo Mesa-Lago, Evaluation of Four Decades of Pension Privatization in Latin America, 1980–2020: Promises and Reality, Mexico City, Friedrich Ebert Stiftung, 248 p. (2021)

Spanische Fassung: Evaluación de Cuatro Décadas de Privatización de Pensiones en América Latina, 1980–2020: Promesas y Realidades, 152 p. (2021)

Seit dem neoliberal inspirierten chilenischen Experiment von 1980, das die gesetzliche Rentenversicherung Chiles durch eine voll privatisierte Altersvorsorge ersetzte, ist die Idee einer kapitalmarktbasierten Alterssicherung Teil der internationalen und nationalen Rentenreformdiskussion geblieben, wobei Umfang, Stellenwert und Modellierung der Privatisierung durchaus gewichtige Unterschiede aufweisen. Heute finden sich überwiegend Modelle, die der kapitalmarktbasierten Privatrente eine nur ergänzende Funktion zuweisen. Auch in Deutschland zirkulieren neuerdings wieder Vorschläge zu einer Teilprivatisierung der Alterssicherung. Nach dem Rentenkonzept der FDP soll im organisatorischen Rahmen der gesetzlichen Rentenversicherung eine obligatorische „Aktienrente" aufgebaut werden, die indes mit einem Abbau der Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung gekoppelt wird.

Konzepte zur Privatisierung der Altersvorsorge haben sich nach Chile vor allem in Lateinamerika und später auch in Mittel- und Osteuropa verbreitet. Zwischen 1981 und 2014 entschieden sich weltweit dreißig Länder für eine vollständige oder teilweise Privatisierung ihrer gesetzlichen Rentensysteme. Diese Reformen waren stets mit großen Versprechungen hinsichtlich der Renditeentwicklung und damit der langfristigen Sicherung des Leistungsniveaus verbunden, obwohl kritische Stimmen schon früh auf die Risiken und Belastungen kapitalmarktbasierter Altersvorsorgesysteme hinwiesen. Ein größeres Umdenken zu diesem sozialpolitischen Experimentierfeld setzte allerdings erst mit der internationalen Finanzkrise von 2008 ein. Seither haben mindestens achtzehn Länder weltweit die Privatisierung ganz oder teilweise wieder rückgängig gemacht, während einige Länder in Lateinamerika auf die Implementierung der entsprechenden Privatisierungsgesetze verzichtet haben (Ecuador, Nicaragua und Venezuela). Diese Rentenreformprozesse bieten ein reichhaltiges Anschauungsmaterial für vergleichende Studien.

Eine wichtige und besonders kenntnisreiche vergleichende Studie hat Dr. Carmelo Mesa-Lago, Distinguished Service Professor Emeritus für Ökonomie und Lateinamerikastudien an der Universität Pittsburgh (USA) mit seinem jüngsten Buch vorgelegt, in dem er die Erfahrungen aus dem breit angelegten Feldversuch zur Rentenprivatisierung in Lateinamerika über einen Zeitraum von vier Jahrzehnten analysiert. Seit seiner bahnbrechenden, im Jahr 1978 veröffentlichten Studie „Social Security in Latin Ameria: Pressure Groups, Stratification and Inequality" hat sich Mesa-Lago wie kein anderer in die grundlegenden Dimensionen der sozialen Sicherheit in Lateinamerika vertieft und sich um die Verbesserung des Sozialschutzes in dieser Region bemüht. In seiner Bewertung der Reformkonzepte spielen v. a. ILO-Grundsätze wie bessere Deckung, Überwindung von Ungleichheit und geschlechtsspezifischer Benachteiligung, Solidarität und finan-

zielle Nachhaltigkeit eine zentrale Rolle. Das vorliegende Buch ist nicht nur eines seiner wichtigsten Bücher zur sozialen Sicherheit allgemein, sondern bietet der Leserschaft die Quintessenz seiner umfangreichen Forschungsarbeiten speziell zur Rentenprivatisierung, die er unter einem neuen methodischen Rahmen zusammengeführt, aktualisiert und erweitert hat.

Die Studie konzentriert sich vor allem auf die vielfach diskutierte Frage, ob die Strukturreformen zur Rentenprivatisierung in Lateinamerika ein Erfolg waren oder im Wesentlichen gescheitert sind. Zu diesem Zweck untersucht Mesa-Lago drei unterschiedliche Felder: den Gesetzgebungsprozess, die Ergebnisse der Privatisierungsreformen anhand von fünf Dimensionen im Vergleich zu den Versprechungen der Politik, sowie die Ergebnisse weiterer Reformen in Ländern, die die Privatisierung nachträglich wieder abgeschafft oder jedenfalls grundlegend revidiert haben.

Der Schwerpunkt der Analyse liegt auf den Resultaten der Privatisierung der Renten in neun Ländern Lateinamerikas (Chile, Kolumbien, Costa Rica, Dominikanische Republik, El Salvador, Mexiko, Panama, Peru und Uruguay) von 1980 bis heute. Obwohl sich die Privatisierungsmodelle der einzelnen Länder durchaus unterscheiden, gleichen sich doch die Versprechen, mit denen ihre Einführung begründet wurde. Bereits in früheren Publikationen hat Mesa-Lago diese Versprechungen als realitätsfern kritisiert und die Mythen der Erfinder und Befürworter der Rentenprivatisierung (darunter insbesondere die Weltbank sowie Jose Piñera, Arbeitsminister während der Militärdiktatur von General Pinochet und Autor des chilenischen Privatisierungsgesetzes) widerlegt. Anhand einer umfangreichen Datenanalyse belegt der Autor nun erneut das Scheitern der Rentenstrukturreformen in Lateinamerika gemessen an den Versprechungen. Mesa-Lago weist zu Recht darauf hin, dass Verfügbarkeit, Verlässlichkeit und Vergleichbarkeit statistischer Daten in einigen der untersuchten Länder Lateinamerika ein kritischer Aspekt sind. Diesem Problem begegnet er mit einer Kombination unterschiedlicher Datenquellen, wobei er empirische Daten aus den Statistikserien internationaler Organisationen wie z. B. AIOS (Internationale Vereinigung der Aufsichtsbehörden für private Pensionsfonds), der Interamerikanischen Entwicklungsbank oder der OECD mit nationalen Statistiken und mit den Daten aus jährlichen Haushaltsbefragungen verknüpft und über 200 bibliografische Quellen auswertet. Hervorzuheben sind deshalb die 22 vom Autor aus verschiedenen Datenquellen erstellten Tabellen. Damit versucht der Autor, bekannte Unzulänglichkeiten und Inkongruenzen der verfügbaren Statistiken auszugleichen.

Bei der sozialpolitischen Bewertung der empirischen Befunde stehen ausgewählte sozialpolitische Grundsätze der ILO sowie die in ILO-Übereinkommen formulierten internationalen Mindeststandards zur sozialen Sicherheit im Vordergrund. Über die Bewertung der Ergebnisse für den Sozialschutz in Ländern mit kapitalfundierter privater Altersvorsorge hinaus erweitert Mesa-Lago seine Analysen auf die öffentlichen umlagefinanzierten Systeme: in Ländern ohne Teilprivatisierung wie Argentinien, Bolivien und Brasilien sowie in den öffentlichen Säulen der Länder, die sich für eine Teilprivatisierung in Form von gemischten Systemen (Costa Rica, Panama, Uruguay) oder für parallele Systeme (Kolumbien, Peru) entschieden haben. In den Vergleich sind damit insgesamt 17 ver-

schiedene Rentensysteme in der Region Lateinamerika mit einer standardisierten Methodik einbezogen.

Wie Mesa-Lago (Abschnitt I und II, S. 14 ff) verdeutlicht, hat die bis heute kontroverse Debatte um die Privatisierung der Altersvorsorge eine lange Vorgeschichte. Kritische Stimmen zu den angeblichen Vorteilen der Privatisierung wurden lange ignoriert. Bis heute sind interessierte Kreise wie die internationale Vereinigung der Rentenfondsverwalter bemüht, kritische Analysen der Rentenprivatisierung zu diskreditieren oder ihre Veröffentlichung zu behindern. Ein eigener Abschnitt (III, S. 25 ff) ist den politischen Rahmenbedingungen bei der Einführung der Rentenstrukturreformen in Lateinamerika gewidmet, wobei der Autor zwischen autokratischen und manipulativen Regierungen (Chile, Peru, Mexiko, El Salvador) und eher demokratisch legitimierten Regierungen mit einem gewissen Grad an sozialem Dialog im Reformprozess differenziert. Tendenziell neigten Länder mit einem autokratischen Regime stärker zu einer vollständigen Privatisierung des Rentensystems, die meisten demokratisch regierten Länder eher zu einem gemischten Altersvorsorgesystem, in dem die staatliche Rentenversicherung beibehalten wurde (S. 35).

Der zentrale Abschnitt IV. (S. 36 ff) untersucht die einzelnen Reformversprechen anhand von fünf Dimensionen, die aus anerkannten ILO-Grundsätzen der sozialen Sicherung abgeleitet sind, ohne indes die rechtlichen Quellen im Einzelnen zu spezifizieren. Soweit sich Mesa-Lago auf ILO-Übereinkommen zu Mindeststandards in der sozialen Sicherung bezieht, unterlässt er zudem den Hinweis darauf, welche der Länder sich völkerrechtlich zu welchen Mindeststandards verpflichtet haben: von den neun Vergleichsländern haben nur fünf das frühe ILO-Übereinkommen Nr. 102 (1952) und lediglich zwei das spätere ILO-Übereinkommen Nr. 128 (1967) überhaupt ratifiziert. Der erste zentrale Grundsatz bezieht sich auf den Zugang zur Sicherung im Sinne einer universellen Deckung (1). Dabei unterscheidet Mesa-Lago zwei Phänomene: die Ausweitung der Abdeckung der erwerbstätigen Bevölkerung durch Beitritt zu beitragsfinanzierten Rentensystemen (contributory coverage) und Abdeckung der Rentnergeneration durch beitragsfreie Sozialrentensysteme (non-contributory coverage), die eigentlich nicht Teil der Reformversprechen waren. Tatsächlich ist die Ausweitung des Sozialschutzes im Rentenalter wesentlich auf die Einführung und/oder Ausweitung von beitragsfreien Sozialrenten zurückzuführen, die vor allem die Alterssicherung von Frauen verbessern können. Im Ergebnis hat die privatisierte Altersvorsorge in den meisten der untersuchten Vergleichsländer nicht dazu geführt, den Deckungsgrad der Erwerbsbevölkerung in beitragsfinanzierten Systemen substantiell auszuweiten. Die versprochene Verbesserung im Deckungsgrad stößt aus Gründen der Arbeitsmarktstruktur und fehlender Vorsorgefähigkeit insgesamt an Grenzen. Die fehlende oder unzureichende Anpassung privater Altersvorsorgesysteme in der Region an die Arbeitsmarktstrukturen ist zugleich ein wesentlicher systemischer Faktor, der den Ausschluss breiter Segmente der Erwerbsbevölkerung verschärft. Problematisch bleibt damit die Absicherung zum einen für die Erwerbsbevölkerung im informellen Sektor, zum anderen für die zahlreichen selbständig Erwerbstätigen sowie für bestimmte prekäre Erwerbssektoren wie Haushaltshilfen, Beschäftigte in Mikrobetrieben oder in der Landwirtschaft. Nur

wenige Länder haben eine Rentenversicherungspflicht auch für bestimmte Selbständige eingeführt oder begünstigen deren Abdeckung durch erleichterte Registrierungsverfahren, Flexibilität bei der Beitragszahlung oder zusätzliche finanzielle Anreize. Bei den Hausangestellten liegt das Problem zumeist an der fehlenden Durchsetzung der Beitragszahlung durch die Privathaushalte als Arbeitgeber.

Als zweites Grundprinzip untersucht Mesa-Lago soziale Solidarität und Geschlechtergerechtigkeit (S. 57 ff). Soziale Solidarität in der Alterssicherung wird v. a. durch die Beibehaltung von Sondersystemen mit großzügigen Leistungen (z. B. für Beamte oder für das Militär) und durch den Ausschluss von Selbständigen und prekär Beschäftigten untergraben. Im Ergebnis führen diese Mechanismen dazu, dass eine Mehrheit der nicht versicherten Erwerbsbevölkerung jedenfalls teilweise die Absicherung für eine Minderheit finanziert; in den privaten Vorsorgesystemen dürfen die Nichtversicherten über das Steuersystem die Kosten des Systemübergangs finanzieren (S. 59). Das Solidaritätsprinzip wird darüber hinaus in der privatisierten Altersvorsorge der Region vollständig durch das Äquivalenzprinzip ersetzt, da keinerlei Solidarausgleich zwischen den Generationen, den Geschlechtern oder zwischen Einkommensgruppen stattfindet. Eine Entsolidarisierung sieht der Autor auch in der teilweise praktizierten Abschaffung des Arbeitgeberbeitrags oder der Erhöhung des Arbeitnehmeranteils auf über 50 % entgegen den ILO-Mindeststandards. Geschlechtsspezifische Diskriminierungen in der Alterssicherung sind durch vielfache Barrieren am Arbeitsmarkt aber auch durch rentensystemimmanente Faktoren induziert. Obwohl Diskriminierungen etwa durch ein geschlechtsspezifisches Rentenzugangsalter nicht auf die privatisierten Rentensysteme beschränkt sind, enthalten die staatlichen Rentensysteme gewisse Kompensationsmechanismen, während die privaten Systeme die Ungleichheiten verschärfen, v. a. durch die Anwendung geschlechtsspezifischer Sterbetafeln bei der Berechnung von Altersrenten (S. 65).

Das dritte untersuchte Grundprinzip betrifft die Garantie ausreichender oder angemessener Leistungen (68 ff.). Mesa-Lago zeigt anhand der Art der Rentenberechnung in den kapitalfundierten Systemen, dass die Regeln keine bestimmte Verdienstersatzquote gewährleisten, was im Widerspruch zu den ILO-Mindeststandards steht. Auch bei den Berechnungen der realen Ersatzquote in den Vergleichsländern schneiden die privaten Rentensysteme schlechter ab als die staatlichen Systeme und erreichen in keinem Fall den ILO-Mindeststandard.

Das vierte Grundprinzip betrifft die Dimensionen Verwaltungseffizienz und Verringerung der Verwaltungskosten durch die Rentenprivatisierung (S. 78 ff). Die erhoffte Effizienzsteigerung durch Wahlfreiheit zwischen den angebotenen Systemen sowie durch Wettbewerb der privaten Anbieter untereinander muss als gescheitert angesehen werden, was durch verschiedene Indikatoren belegt wird. Den Versicherten fehlt es vielfach an hinreichender Kenntnis ihrer Rechte, und in den Aufsichtsgremien gibt es keine Interessenvertretung für die Versicherten. Aufgrund des fehlenden oder nur schwachen Wettbewerbs sind die Verwaltungskosten der privaten Systeme deutlich höher als in den gesetzlichen Rentensystemen, was die zukünftigen Rentenansprüche stark vermindern kann. Einer der wenigen positiven Aspekte der Rentenprivatisierung in Lateinamerika identifiziert Mesa-Lago schließlich in der Verfügbarkeit zeitnaher Informationen über

das akkumulierte Kapital auf den individuellen Konten; dies hat auch die Dauer des Verfahrens zur Rentenbewilligung gegenüber den öffentlichen Systemen verbessert.

Als letzten Aspekt der Analyse behandelt der Autor die finanzielle und versicherungsmathematische Nachhaltigkeit (S. 90ff). Die Rentenprivatisierung sollte regelmäßige Beitragszahlungen fördern und Beitragsvermeidung unterbinden. Tatsächlich stieg die Zahl der aktiven Beitragzahlenden in einem bestimmten Zeitraum nach der Privatisierung nur in vier der Vergleichsländer vorübergehend an (Uruguay, Chile, Peru, Panama), in den restlichen fünf Ländern fand keinerlei Anstieg statt und in allen Ländern waren die Zahlen in den letzten Jahren rückläufig. Beitragshinterziehung, -vermeidung oder –verzögerung ist ein verbreitetes Phänomen in den privaten wie in den gesetzlichen Rentensystemen Lateinamerikas, und wird auch in den privaten Systemen bis heute praktiziert, mit gravierenden Folgen für die Versicherten. Das Versprechen einer nachhaltigen Alterssicherung durch die Rentenprivatisierung wird verfehlt. Dies hängt mit der fehlenden Diversifizierung des Anlageportfolios ebenso zusammen wie mit der Fluktuation der an den Börsen erzielten Renditen. Unter diesen Umständen ist es wenig verwunderlich, dass zusätzliche Einzahlungen auf freiwilliger Basis in den neun Vergleichsländern kaum eine Rolle spielen. Ein weiterer Faktor, der die Nachhaltigkeit der privaten Altersvorsorge beeinträchtigt, ist die Möglichkeit, unter bestimmten gesetzlich festgelegten Voraussetzungen bereits vor Renteneintritt auf das Kapital zuzugreifen. Während der Covid-19-Pandemie 2020 wurde der vorzeitige Zugriff auf die individuellen Alterskonten in verschiedenen Ländern erleichtert, um hohe Arbeitslosigkeit, Verdiensteinbrüche und wachsende Armut abzufedern (S. 106 f).

Im V. Abschnitt diskutiert Mesa-Lago die Merkmale und Auswirkungen späterer Rentenreformen in Chile, Argentinien, Bolivien und El Salvador, die zu einer Revision des ursprünglichen Privatisierungskonzepts führten (S. 126ff). Während Argentinien und Bolivien das private Rentensystem für künftige Versicherte abschafften, blieb es in Chile und El Salvador bestehen. Diese Reformen sind v. a. wegen der Rückkehr zu einer verstärkten Rolle und Verantwortung des Staates in der Alterssicherung bemerkenswert. Sie zeigen sich u. a. in der Einführung oder Ausweitung steuerfinanzierter Leistungen durch den Staat, verbunden mit erneuerten öffentlichen Verwaltungs- und Aufsichtsstrukturen. Besonders auffällig in Chile ist die seit 2008 zu beobachtende Tendenz, die Funktionen der Rentenfondsverwaltungen kontinuierlich zu begrenzen.

Mesa-Lago stellt schließlich aktuelle Reformvorhaben in Peru und Kolumbien vor, die mit ihren parallelen Systemen im internationalen Vergleich eine Sonderstellung einnehmen (S. 151). Auch in Kolumbien soll das öffentliche System und die staatliche Verantwortung in der Alterssicherung gestärkt werden, allerdings liegt noch kein konkreter Gesetzgebungsvorschlag vor (S. 160). Die diversen Reformvorschläge in Peru zielen ebenfalls auf eine stärkere Rolle des Staates in der Alterssicherung, indem beitragsfreie Renten ausgeweitet und steuerliche Anreize für Bezieher von Niedrigeinkommen geschaffen werden sollen. Schließlich diskutiert Mesa-Lago mögliche Schlussfolgerungen für Brasilien, wo seit 2019 eine umfangreiche parametrische Reform mit erheblichen Einschnitten für die Versi-

cherten in der gesetzlichen Rentenversicherung implementiert wird, während die großzügigen Sondersysteme für privilegierte Gruppen nicht angetastet werden.

Im Abschnitt VI. fasst Mesa-Lago die Ergebnisse seiner Evaluierung der privatisierten Rentensysteme, der Rentenreformen in Ländern mit einer Abkehr von der ursprünglichen Privatisierung und der Reformvorschläge in Kolumbien und Peru zusammen. Dabei richtet er ein besonderes Augenmerk auf die demografischen Entwicklungen in den Vergleichsländern und die damit verbundenen Herausforderungen für die Nachhaltigkeit der Rentensysteme. Das Buch endet mit detaillierten Empfehlungen für alle Vergleichsländer (S. 207 ff.). Neben Maßnahmen zur Verwirklichung der ILO-Grundsätze sozialer Sicherung betont Mesa-Lago an erster Stelle die Notwendigkeit zur Verbesserung der Statistiken in Lateinamerika. Die weiteren Empfehlungen betreffen sowohl die Gestaltung kapitalfundierter privater Altersvorsorge, als auch begleitende Maßnahmen wie verbesserte Information und Bildung für die Versicherten, Maßnahmen zur stärkeren Einhaltung der Beitragspflichten, sowie verbesserte Garantien für die Anlageergebnisse kapitalfundierter Systeme. Am Ende erinnert Mesa-Lago daran, dass jede Reform an die jeweiligen nationalen Rahmenbedingungen angepasst werden müsse, allerdings gibt es bestimmte allgemeine Grundsätze sozialer Sicherheit, die in jedem Fall zu beachten sind. Für künftige Reformen in Lateinamerika nennt er drei Modelle als mögliche Inspirationsquellen: das Modell einer staatlichen Rentenversicherung mit fiktiver Beitragszusage (notional defined contribution), das bislang in vier europäischen Staaten (Italien, Lettland, Polen und Schweden) praktiziert wird, das Modell eines unabhängigen öffentlichen Fonds mit einer nicht profit-orientierten Verwaltung anstelle der kostspieligen privaten Fondsverwaltungen und schließlich ein Mischsystem mit den Gestaltungselementen, wie sie Costa Rica, Panama oder Uruguay geschaffen haben.

Mesa-Lagos neue Studie sticht aus der wissenschaftlichen Literatur zur Privatisierung der Altersvorsorge hervor, denn sie untermauert aufgrund der Länge des Untersuchungszeitraums und der Anzahl der Fallstudien die von interessierten Kreisen angezweifelten Ergebnisse früherer Arbeiten zur Bewertung der Reformprozesse in der Alterssicherung in der Region. Das reiche Material bietet eine Fülle an sozialpolitischen Denkanstößen für die Ausrichtung von Rentenreformen, die nicht nur in Lateinamerika ein drängendes Thema sind. Offen bleibt zwar die rechtliche Verortung der ILO-Grundsätze, die für den Vergleich eine wichtige Rolle spielen. Gleichwohl handelt es sich um ein höchst relevantes Buch für alle, die sich für die Entwicklung sozialer Sicherung in Lateinamerika interessieren, aber auch für all jene, die die Implikationen der in der Region implementierten Sozialpolitik besser verstehen möchten. Leider liegt neben der Originalfassung in spanischer Sprache bisher nur eine englische Fassung vor, die einige kleine Flüchtigkeitsfehler (z. B. nicht übersetzte Erläuterungen und Abkürzungen in Tabellen) enthält. Für diese wichtige Studie würde man sich unbedingt eine sorgfältige deutsche Übersetzung wünschen!

Eva-Maria Hohnerlein, München

Nachruf

Mit großem Bedauern teilen wir mit, dass Prof. Dr. Jürgen Kruse am Samstag, den 19.2.2022, im Alter von 62 Jahren verstorben ist.

Jürgen Kruse hat Rechtswissenschaft an der Universität Bonn studiert und promovierte dort 1991 mit einer Dissertation zum Thema „Mitbestimmung bei Bestehen rechtlich selbständiger Einrichtungen der zusätzlichen Altersversorgung für die Arbeitnehmer der gewerblichen Wirtschaft und des öffentlichen Dienstes" beim späteren Direktor des Max-Planck-Instituts, Prof. Dr. Bernd von Maydell. Er war von 1990–1997 als wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht tätig und wirkte – insbesondere mit Beiträgen zum Sozialrecht der USA – an rechtsvergleichenden Untersuchungen u. a. zur Krankenversicherung, Invaliditätssicherung, Alterssicherung und zum Welfare-Mix mit, war aber auch Mitherausgeber einer Studie des Max-Planck-Instituts zum Thema Invalidität im Rechtsvergleich (1998) sowie seit der ersten Auflage (1999) Mitherausgeber des Nomos Lehr- und Praxiskommentars zum SGB V und weiterer Kommentare.

1998 wurde er an die Evangelische Hochschule Nürnberg für das Lehrgebiet Recht berufen. Seit 1999 war auch er als Rechtsanwalt, seit 2006 als Fachanwalt für Sozialrecht tätig. Sowohl seine wissenschaftliche Arbeit an der Hochschule, vor allem seine Kommentierungen zum SGB III, SGB V, SGB II und SGB XII, als auch seine Lehre waren von diesem Praxisbezug geprägt. Sein besonderer Einsatz als Hochschullehrer galt einer fundierten, praxisnahen Rechtsausbildung der Studierenden in den grundständigen Studiengängen der Sozialen Arbeit und des Sozialmanagements, aber auch in der Weiterbildung, wie bei der Nachqualifizierung von Berufsbetreuer:innen in Kooperation mit der Georg-Simon-Ohm-Hochschule und der Katholischen Universität Eichstätt-Ingolstadt. Sehr früh nutzte er dafür auch die Möglichkeiten der Digitalisierung und entwickelte und betreute Kurse zum SGB II und SGB XII an der Virtuellen Hochschule Bayern.

Professor Jürgen Kruse war seit 2001 auch Mitglied der Bundesarbeitsgemeinschaft der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer des Rechts an Fachhochschulen/Fachbereichen des Sozialwesens in der Bundesrepublik Deutschland (BAGHR e.V.) und hat sich dort zuletzt im AK Curriculum Recht engagiert.

Wir werden ihn als engagierten Hochschullehrer des Sozialen Rechts in Erinnerung behalten.

Ute Kötter, München

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter dieses Heftes

Arai, Makoto, Prof. Dr., Chuo University Tokyo (Japan) · Borzaga, Matteo, Prof. Dr., School of International Studies und juristische Fakultät der Universität Trient (Italien) · Boucher, Anna, Assoc. Prof. Dr., Department of Government and International Relations, University of Sydney (Australien) · Carney, Terry, AO, Prof. em. Dr., Law School, University of Sydney (Australien) · Centel, Tankut, Prof. Dr., Koç University Law School (Türkei) · Cheon, Kwang-Seok, Prof. Dr., Yonsei University Law School (Republik Korea) · De Becker, Eleni, Prof. Dr., Professorin für Sozialrecht, Freie Universität Brüssel und KU Leuven (Belgien) · Ferreira Barbosa, Jeferson, Dr., jurist. Fakultät, Päpstliche Katholische Universität Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre (Brasilien) · Fletcher, Michael, Dr., Senior Research Fellow, Institute for Governance and Policy Studies, Wellington School of Business and Government, Victoria University of Wellington (Neuseeland) · Herrmann, Peter, Prof. Dr., Research Fellow am Menschenrechtszentrum, jurist. Fakultät, Central South University, Changsha (Volksrepublik China) · Hohnerlein, Eva Maria, Dr., ehem. wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Abteilung für ausländisches und internationales Sozialrecht, München · Jorens, Yves, Prof. Dr., Europäisches Sozialrecht, Universität Gent (Belgien) · Kessler, Francis, Prof. Dr., Professor für Arbeits- und Sozialrecht, Sorbonne Law School, Universität Paris 1, Rechtsanwalt, Kanzlei Gide Loyrette Nouel, Paris (Frankreich) · Kötter, Ute, Prof. Dr., Rechtliche Grundlagen der Sozialen Arbeit, Sozialrecht, Fakultät für Angewandte Sozialwissenschaften, Hochschule München · Laenen, Niel, Drs., Institut für Sozialrecht, KU Leuven (Belgien) · Lin, Kuyen, Prof. Dr., National Open University, Taipeh (Taiwan) · van Langendonck, Jef, Prof. em. Dr., Sozialrecht, KU Leuven (Belgien) · Matsumoto, Katsuaki, Prof. Dr., Universität Kumamoto-Gakuen (Japan) · Motozawa, Miyoko, Prof. em. Dr., Familien- und Sozialrecht, Universität Tsukuba (Japan) · Pieters, Danny, Prof. Dr., Institut für Sozialrecht, KU Leuven (Belgien) · Pumar Beltrán, Nuria, Prof. Dr., Fachbereich Privatrecht, jurist. Fakultät, Universität Barcelona (Spanien) · Sarlet, Ingo Wolfgang, Prof. Dr., jurist. Fakultät, Päpstliche Katholische Universität Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre (Brasilien) · Schweigler, Daniela, Prof. Dr., Sozialrecht und Bürgerliches Recht, Universität Duisburg-Essen · Štefko, Martin, doc. JUDr., PhD, jurist. Fakultät, Karlsuniversität, Rechtsanwalt bei Kocián Šolc Balaštík advokátní kancelář, Prag (Tschechische Republik)

Mitarbeiter dieses Heftes 389

Ausblick auf die nächsten Hefte

Verschiedene Autoren: Weitere Beiträge zum 40jährigen Bestehens des Max-Planck-Instituts für Sozialrecht und Sozialpolitik

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

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 eine Reihe) und ist durch den Buchhandel oder vom Verlag zu beziehen. Abonnementsbedingungen/ Bezugspreise: ZIAS wird jeweils mit dem Erscheinen des Heftes berechnet. Der Bezugspreis setzt sich aus dem Einzelheftpreis von 95,– € zzgl. Versandkosten zusammen. Der Abonnementsvertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Kündigungen sind jeweils zwei Monate vor Ende des Bezugszeitraums möglich und dem Kundenservice schriftlich mitzuteilen, ansonsten verlängert sich das Abonnement um ein Jahr. Bei Neubestellungen kann der Abonnent seine Bestellung innerhalb von sieben Tagen schriftlich durch Mitteilung an den Kundenservice widerrufen. Zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs (Datum des Poststempels).

Urheber- und Verlagsrechte: Die in dieser Zeitschrift veröffentlichen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet, öffentlich wiedergegeben, zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder verwertet werden. Namentlich gekennzeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Redaktion wiedergeben.

Manuskripte: Manuskripte und Einsendungen sind an die Schriftleitung per E-Mail an reinhard@mpisoc.mpg.de zu richten. Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlags. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten angenommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung einverstanden. Mit der Annahme eines Manuskripts erwirbt der Verlag vom Verfasser das ausschließliche Recht zur Veröffentlichung und Verwertung. Eingeschlossen ist auch das Recht zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zur weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens.

Verlag: C. F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg; Telefon: +49 6221 1859 362,
E-Mail: judith.hamm@cfmueller.de

Abonnentenservice: C. F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg; Tel.: +49 6221 1859 599,
Fax: +49 6221 1859 598, E-Mail: kundenservice@cfmueller.de

Satz: Strassner ComputerSatz, Heidelberg. Druck: Zimmermann Druck, Balve.

ISBN: 978-3-8114-5944-1

Intelligente Kraftquelle

Neuauflage!
Rechtsstand 1.4.22

Henssler/Willemsen/Kalb
Arbeitsrecht Kommentar

Extra starke Unterstützung bei der Umsetzung der zahlreichen neuen Urteile und Gesetze bietet Ihnen die HWK-Neuauflage. Die einbändige Energieressource mit der Kommentierung von rund 50 Gesetzen zum Arbeits- und Sozialrecht wertet die neuen höchstrichterlichen Urteile aus und behandelt alle aktuellen Themen wie mobiles Arbeiten, Annahmeverzugslohn, virtuelle Sitzungen, Daten- und Gesundheitsschutz, künstliche Intelligenz und Kurzarbeit.

Die meinungsstarken Kommentierungen berücksichtigen alle gesetzlichen Neuerungen: Betriebsrätemodernisierungsgesetz, Gesetz zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19, 2. Gesetz zur Änderung des BEEG, FüPoG II, Gesetz zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten. Mit den bewährten Checklisten, Beispielen, Stichwort-ABCs oder Formulierungsvorschlägen gelingt es Ihnen, sämtliche arbeitsrechtliche Fragestellungen schnell zu beantworten.

Jetzt probelesen und bestellen unter **www.otto-schmidt.de**

Henssler/Willemsen/Kalb
Arbeitsrecht Kommentar
Herausgegeben von Prof. Dr. Martin Henssler, RA, FAArbR Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen und VPräsLAG a.D. Prof. Dr. Heinz-Jürgen Kalb. Bearbeitet von über 40 namhaften Experten des Arbeitsrechts. 10., neu bearbeitete Auflage 2022, 3.446 Seiten Lexikonformat, gbd. 189 €.
ISBN 978-3-504-42698-9

online im Modul
www.otto-schmidt.de/aka
www.juris.de/arbrprem

ottoschmidt

Handbuch der Justiz 2022/2023

Die Träger und Organe der rechtsprechenden Gewalt in der Bundesrepublik Deutschland. Herausgegeben vom Deutschen Richterbund. 36. Jahrgang 2022.

Alle Personen und Institutionen der deutschen Gerichtsbarkeit.

- Ein vollständiger Überblick über die Strukturen und personelle Besetzung der Gerichte, Staatsanwaltschaften und Justizverwaltungen in Bund und Ländern, des EuGH und EuG, des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, des Internationalen Seegerichtshofs und der Anwaltsgerichte
- Namen und Dienststellen von Richtern, Staatsanwälten und Beamten. Mehr als 30.000 Einträge!
- Postanschriften, Telefon- und Faxnummern sowie E-Mail-Adressen der Justizverwaltungen, Gerichte und Staatsanwaltschaften
- Detaillierte Angaben über die Anzahl der Planstellen der Gerichte und Staatsanwaltschaften
- Einwohnerzahlen der Länder und der Gerichtsbezirke der ordentlichen Gerichtsbarkeit
- Informationen über die Verbände der Richter und Staatsanwälte
- Register sämtlicher Amts- und Landgerichte mit Nennung der jeweils zuständigen höheren Instanzgerichte
- Bundesweites Namensregister

36. Jahrgang 2022
778 Seiten. € 99,–
ISBN 978-3-8114-8705-5

Jetzt bestellen: www.otto-schmidt.de

kundenservice@cfmueller.de • Tel.: 06221/1859-599

C.F. Müller

C.F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg