

Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht

ZIAS

1/2016

30. Jahrgang
Seiten 1–232

Aus dem Inhalt

In memoriam Dr. Bernd Schulte

*Beiträge verschiedener Autoren zum internationalen,
europäischen und ausländischen Sozialrecht*



C.F. Müller

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

Heft 1, 30. Jahrgang 2016, Seiten 1–232

Inhalt

In memoriam Bernd Schulte	1
--	---

Abhandlungen

Gesetz über die Soziale Wohlfahrt und Rechtsschutz für Nutzer von sozialen Wohlfahrtsdiensten <i>Von Makoto Arai, Tokio</i>	3
Solon – Schöpfer der politischen und rechtlichen Grundwerte Europas: Freiheit, Gleichheit, politische Teilhabe <i>Von Heinz Barta, Innsbruck</i>	11
Bernd Schulte – ein Entdecker des Europäischen Sozialrechts <i>Von Eberhard Eichenhofer, Jena</i>	21
La incorporación de las orientaciones de la Unión Europea en materia de Seguridad Social al ordenamiento jurídico español <i>Von Fidel Ferreras Alonso, Madrid</i>	27
Bürgerrechte – Soziale Rechte – Gleichberechtigung: Frauenpolitik zwischen Altem Reich und Weimarer Republik <i>Von Ulrike Haerendel, Tutzing</i>	35
Soziale Rechte für Drittstaatsangehörige: Zugang zu Sozialleistungen aus unions- und menschenrechtlicher Perspektive <i>Von Eva Maria Hohnerlein</i>	47
Das europäische Recht der Verordnungen zur Koordinierung der Sozialversicherung: quo vadis? <i>Von Yves Jorens, Gent</i>	67
La difficile conciliation des libertés économiques et des dispositifs de solidarité: l'exemple français <i>Von Francis Kessler, Paris</i>	84
Die Sozialhilfe im Recht der Europäischen Union – immer noch eine Randexistenz oder auf dem Weg zu einem »Europäischen Sozialhilferecht?« <i>Von Ute Köter, München</i>	98
Stationäre Leistungen der Sozialhilfe und Sicherung des notwendigen Lebensunterhaltes <i>Von Jürgen Kruse, München/Nürnberg</i>	10
The Modernisation of Social Security <i>Von Jef van Langendonck, Leuven</i>	119
Mangel an Pflegekräften in Japan <i>Von Katsuaki Matsumoto, Nagasaki</i>	126
Erinnerungen an Bernd Schulte <i>Von Bernd von Maydell, Sankt Augustin</i>	136
The Problem of Loss of Advantages as a Result of the Application of Coordination Rules <i>Von Frans Pennings, Utrecht</i>	139
Sozialleistungen für migrierende Arbeitslose <i>Von Walter J. Pfeil, Salzburg</i>	151
Die UN-Behindertenrechtskonvention als normative Gestaltungsrichtlinie kommunaler Daseinsvorsorge <i>Von Rainer Pitschas, Speyer</i>	165

(Fortsetzung auf der dritten Umschlagseite)

In memoriam Bernd Schulte

Am 18. Januar 2015 verstarb unerwartet und mitten aus dem Leben gerissen *Bernd Schulte*. Er wurde am 23. Mai 1946 in Bedburg-Hau geboren, studierte und promovierte in Bonn und begann seine Tätigkeit im Sozialrecht als einer der ersten wissenschaftlichen Mitarbeiter der »Projektgruppe für internationales und vergleichendes Sozialrecht« am 1. Januar 1976. Aus der Projektgruppe wurde 1980 das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, seit 2011 Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik. An diesem Institut blieb *Bernd Schulte* bis zu seinem altersbedingten Ausscheiden im Mai 2012 tätig. Damit konnte er auf über 36 Jahre Referententätigkeit zurückblicken.



In dieser Zeit hat er als Betreuer des Länderreferats »Vereinigtes Königreich« die Eigenheiten der britischen Wohlfahrtsstaatlichkeit einem deutschen Publikum vermittelt. Zudem war *Bernd Schulte* auch auf den Gebieten des Sozialrechts zu Hause, die lange Zeit in der deutschen Sozialrechtswissenschaft sonst brach gelegen hatten. Er hat sich intensiv mit Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe, der Sozialhilfe und insbesondere denen für behinderte Menschen beschäftigt und dabei die angrenzenden Rechtsgebiete wie das Betreuungsrecht einbezogen. Vor allem aber wurde er zu einem Pionier des Europäischen Sozialrechts. In Zeiten, in denen sich nur wenige Spezialisten mit den europäischen Institutionen in Brüssel und Luxemburg beschäftigten und zwischen der früheren Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und dem Sozialrecht noch Welten lagen, begann *Bernd Schulte* die Verbindungen zu erforschen. Seine Arbeiten behandelten die Bedeutung der europäischen Integration für die Sozialstaatlichkeit insgesamt, ihre mögliche soziale Dimension ebenso wie die Spannungsfelder, die sich zwischen den politischen Ebenen innerhalb der Europäischen Union ergaben. Dabei nahm er, auch insofern international ausgerichtet, die Verflechtung zwischen politischer und rechtlicher Gestaltung mit in den Blick. *Bernd Schulte* hat zugleich sein Wissen und seine Erfahrung immer für die Praxis fruchtbar gemacht. Er war Mitglied in europäischen Netzwerken, er hat in vielen europäischen Projekten mitgewirkt und war als Experte für alle relevanten europäischen und internationalen Organisationen im Ausland tätig. Im Zuge der Osterweiterung hat er sich um die Verbreitung sozialer Standards verdient gemacht. Zugleich hat er seine Expertise über deutsches, vergleichendes und europäisches Sozialrecht mit anderen durch unzählige Vorträge auf allen Kontinenten geteilt. Wo immer man hin kam und das Sozialrecht eine Rolle spielte, war *Bernd Schulte* schon da gewesen, war bekannt und anerkannt.

Insofern war der wissenschaftliche Weg Schultes – der eine Jean-Monnet-Professur für *European labour law, labour relations and social policy* an der Universität und viele Gastvorlesungen an ausländischen Universitäten einschloss – auch ein Weg der persönlichen Begegnungen. Dazu trugen nicht zuletzt die vielen Rheinländern eigenen Fähigkeiten bei: Freude am Austausch und Kommunikationsbereitschaft, die sich mit Neugier und großer Aufgeschlossenheit paarten. Deshalb entstand schnell die Idee, an *Bernd Schulte* durch ein Sonderheft der ZIAS zu erinnern, das Beiträge von Freunden und Wegbegleitern enthält. Angesprochen haben wir diejenigen, die zugleich in einer langjährigen Verbindung zum MPI standen. Viele andere Personen hätten sich gerne bereit erklärt, einen eigenen Beitrag zu liefern. Wir bitten sie um Nachsicht, dass der Autorenkreis aus Platzgründen beschränkt werden musste. Und wir danken denen, die sich beteiligt haben, herzlich für ihre Mitwirkung. Die unterschiedlichen Themen und Formate der Beiträge spiegeln das breite Interessenspektrum, ihre verschiedenen Sprachen die Weltoffenheit von *Bernd Schulte* wider. Er hätte sich sicher sehr über diese wissenschaftlichen Zuwendungen zu seinem Gedenken gefreut.

Prof. Dr. *Ulrich Becker*, LL.M. (EHI)

Gesetz über die Soziale Wohlfahrt und Rechtsschutz für Nutzer von sozialen Wohlfahrtsdiensten

Inhaltsübersicht

- I. Entstehung des Gesetzes über die Soziale Wohlfahrt (SozWG)
- II. Revision der »Verwaltungsmaßnahmen«
- III. Finanzielle Unterstützungsleistungen und die Revision des Rechtsprinzips des Vertrags
- IV. Verknüpfung mit der Vormundschaft für Volljährige

I. Entstehung des Gesetzes über die Soziale Wohlfahrt (SozWG)

Im Juni 2000 wurde das »Gesetz zur teilweisen Revision der Gesetze über Soziale Wohlfahrtsdienste etc. zur Förderung der Sozialen Wohlfahrt« verkündet und in Kraft gesetzt (verabschiedet wurde es im Mai desselben Jahres). Die Reform zielte auf eine Überprüfung der gemeinsamen grundlegenden Systeme der sozialen Wohlfahrt, einschließlich der sozialen Wohlfahrtsdienste, der Körperschaften im Bereich sozialer Wohlfahrt, des Systems der »Verwaltungsmaßnahmen«¹ etc., und trägt den angesichts des Wandels des sozialen Umfelds zu erwartenden zunehmenden und vielfältiger werdenden Bedürfnissen der Bürger nach sozialen Diensten Rechnung.

Betroffen von der Gesetzesreform waren acht Gesetze, darunter das Gesetz über Soziale Wohlfahrtsdienste [Umbenennung in: Gesetz über Soziale Wohlfahrt (SozWG)], das Gesetz über die Fürsorge für Körperbehinderte, das Gesetz über die Fürsorge für geistig Behinderte, das Gesetz über Kinderwohlfahrt und das Gesetz über lokale (ehrenamtliche) Wohlfahrtshelfer (*minseiiin*).

Inhaltlich ging es bei der Reform in erster Linie darum, ein nutzerorientiertes Wohlfahrtssystem aufzubauen. Insbesondere sollte das System in ein »Nutzungssystem« umgewandelt werden, in dem der Nutzer dem Anbieter gleichgestellt ist und die Serviceleistungen selbst auswählt, um auf diese Weise die Normalisierung und Selbstbestimmung von Behinderten etc. zu verwirklichen. Zum Schutz der Nutzer werden als Ergänzung zur Vormundschaft für zivilrechtlich Volljährige Programme zur Unterstützung bei der Inanspruchnahme von Wohlfahrtsdiensten eingerichtet (System zum Schutz des Rechts auf kommunale Wohlfahrt²). Weiter wird ein Beschwerdemanagement implementiert und es werden Regelungen eingeführt, die dazu verpflichten, die Nutzungsverträge zu erläutern und schriftlich auszustellen.

1 Beim System der Verwaltungsmaßnahmen prüft das Verwaltungsorgan den Bedarf und legt Inhalt und Anbieter der Dienstleistung fest (Verwaltungsverfügung).

2 Seit April 2007 umbenannt in »Unterstützung zur Selbstständigkeit im Alltag«.

Zweitens werden zur Verbesserung der Qualität der Wohlfahrtsdienste die Anbieter zur Selbstevaluation der Qualität ihrer Services etc. verpflichtet und unabhängige Organisationen geschaffen, die die Dienstleistungen objektiv beurteilen.

Drittens wird der Umfang der sozialen Wohlfahrt erweitert und die Voraussetzungen für die Gründung von sozialen Wohlfahrtskörperschaften werden gelockert, um die sozialen Wohlfahrtsdienste auszubauen und zu dynamisieren.

Der vierte Schwerpunkt liegt auf der Förderung der kommunalen Wohlfahrt. In diesem Zusammenhang wurde den kommunalen Wohlfahrtskommissionen (*Shakyo*) ausdrücklich die Rolle der treibenden Kraft in der kommunalen Wohlfahrt zugewiesen. Auch die Tätigkeitsinhalte der bürgernah agierenden lokalen Wohlfahrtshelfer und der Wohlfahrtshelfer im Bereich der Kinderwohlfahrt wurden klar definiert.

II. Revision der »Verwaltungsmaßnahmen«

Im neuen SozWG wurde das System der Verwaltungsmaßnahmen überarbeitet und ein nutzerorientiertes Rahmenwerk geschaffen.

Anstelle der Verwaltungsmaßnahmen treten »Nutzungssysteme«³, in die die bestehenden Systeme nacheinander überführt werden: die Seniorenpflege wird in eine Sozialversicherung umgewandelt, bei Kinderbetreuungsstätten werden Verträge mit der Verwaltung geschlossen, bei Einrichtungen wie Behindertenwohlfahrtsheimen oder Fürsorgeeinrichtungen für Mütter und Kinder wird auf Subventionen zu den Betriebskosten und bei Einrichtungen der Behindertenrehabilitation und Berufsbildungseinrichtungen etc. auf finanzielle Unterstützungsleistungen umgestellt. Bei Einrichtungen für behinderte Kinder, Säuglingsheimen, Pflegealtenheimen und Einrichtungen, die unter das Gesetz für Sozialfürsorge fallen, etc. bleibt jedoch das Institut der Verwaltungsmaßnahmen bestehen. Eine große Herausforderung für die Zukunft wird darin liegen auch diese Einrichtungen in ein »Nutzungssystem« zu überführen.

Das Modell der finanziellen Unterstützungsleistungen wurde durch das SozWG neu eingeführt und verdient besondere Beachtung. Hierbei schließt der Nutzer eines Wohlfahrtsdienstes mit dem benannten Anbieter bzw. der benannten Einrichtung direkt einen Vertrag ab, d. h. es wird ein auf der Privatautonomie beruhendes Vertragsverhältnis zwischen Privatpersonen angenommen. Es dürfte damit eine Form der Inanspruchnahme sein, die den Grundgedanken der »Grundlegenden Strukturreform der Sozialdienste« am deutlichsten reflektiert. Nach dem neuen Modell erhalten zwar in der Praxis die benannten Anbieter bzw. Einrichtungen stellvertretend die Unter-

3 Beim Nutzungsmodell (oder »Vertragsmodell«) wählt der Nutzer selbst einen Anbieter aus und schließt mit diesem einen Vertrag über die zu erbringenden Dienstleistungen ab.

stützungsgelder, die der Nutzer als Leistung bezieht, aber wenn die Unterstützungsgelder in Nutzungsscheine oder Gutscheine umgewandelt werden, erhält das Verhältnis zwischen Nutzer und dem benanntem Anbieter/Einrichtung noch stärker den Charakter eines Vertragsverhältnisses zwischen Vertragsparteien⁴.

Dieses System wird bei folgenden Wohlfahrtsdiensten angewendet:

- Gesetz über die Fürsorge für Körperbehinderte:
 - Stationär (Einrichtungen):
Rehabilitations-, Pflege- und Berufsbildungseinrichtungen für Körperbehinderte.
 - Zu Hause:
Programme zur Unterstützung für das Leben zu Hause, für die Tagespflege und Kurzzeitpflegeaufenthalte für Körperbehinderte.
- Gesetz über die Fürsorge von geistig Behinderten:
 - Stationär (Einrichtungen):
Rehabilitations- und Berufsbildungseinrichtungen sowie Tagespflegeprogramme für geistig Behinderte, Wohnheime für in Unternehmen beschäftigte Personen mit geistigen Behinderungen.
 - Zu Hause:
Programme zur Unterstützung für das Leben zu Hause, für die Tagespflege und Kurzzeitpflegeaufenthalte für geistig Behinderte⁵ sowie Unterstützungsprogramme für das Leben von Personen mit geistigen Behinderungen in der lokalen Gemeinschaft (Wohngemeinschaften).
- Gesetz über die Kinderwohlfahrt (Teil »Kinder mit Behinderungen«):
Programme zur Unterstützung für das Leben zu Hause, für die Tagespflege und Kurzzeitpflegeaufenthalte für Kinder.

Das System der finanziellen Unterstützungsleistungen für Behinderte gestaltet sich grundsätzlich wie folgt⁶:

1. Personen, die finanzielle Unterstützungsleistungen für die Inanspruchnahme von Diensten der Behindertenfürsorge wünschen, stellen bei den vom Gouverneur der jeweiligen Präfektur benannten Anbietern/Einrichtungen direkt einen Nutzungsantrag und beantragen gleichzeitig Leistungen bei ihren Kommunen.
2. Wenn die Kommune zu dem Schluss kommt, dass die Leistung angemessen ist, erfolgt eine Entscheidung über die Leistungserbringung.
3. Wenn der Betroffene Behindertenwohlfahrtsdienste im Rahmen der bewilligten Leistungen in Anspruch nimmt, wird der entsprechende Betrag

4 Kojun FURUKAWA, »*sochiseido to riyoseido*« (Verwaltungsmaßnahmen und Nutzungssystem) in »Shakai-fukushiho no seiritsu to 21seiki no shakaifukushi« (Entstehung des Gesetzes für Soziale Wohlfahrt und die Wohlfahrt im 21. Jahrhundert), herausgegeben von Fumiharu YAMAKATSU (Minervashobo, 2001), S. 21.

5 Tagespflegezentren und Tagesdienste für geistig Behinderte wurden im April 2000 im Gesetz verankert und bis März 2003 über Verwaltungsmaßnahmen geregelt. Danach wurde auch in diesen Bereichen auf das Modell der Unterstützungsleistungen umgestellt.

6 Vgl. Natsuki FURUKAWA »*Shakaifukushijigyoho nado no kaisei no keii to gaiyo*« (Hergang und Überblick über die Reform des Gesetzes über Soziale Wohlfahrt etc.), Jurist Nr. 1204 (2001), Graphik S. 11.

für die Inanspruchnahme der Dienstleistung – abzüglich eines nach der finanziellen Belastbarkeit des Betroffenen oder seines Unterhaltspflichtigen bemessenen Beitrags – ausgezahlt (die Fördermittel erhält jedoch stellvertretend der benannte Anbieter bzw. die benannte Einrichtung).

4. Der Betroffene und sein Unterhaltspflichtiger zahlen einen Eigenanteil an den Kosten für die Inanspruchnahme der Behindertenwohlfahrtsdienste an den benannten Anbieter bzw. die benannte Einrichtung.
5. Falls sich aus unvermeidlichen Gründen die Anwendung der o. g. Methode schwierig gestalten sollte, entscheidet die Kommune per Verwaltungsmaßnahme über die Bereitstellung von Dienstleistungen und die Aufnahme in Einrichtungen.

III. Finanzielle Unterstützungsleistungen und die Revision des Rechtsprinzips des Vertrags

Grundsätzlich beruht ein privatrechtliches Vertragsverhältnis auf der Gleichstellung der Vertragspartner. Beim Verfahren der finanziellen Unterstützungsleistung ist jedoch eine der Vertragsparteien unterstützungsbedürftig, folglich ist davon auszugehen, dass unter Wohlfahrtsaspekten besondere Rücksichtnahme geboten ist. Wie erwähnt, handelt es sich hierbei um einen wichtigen Aspekt, der aus diesem Grund hier nochmals angesprochen werden soll.

Da der Nutzer der Dienstleistung eine hilfsbedürftige behinderte Person ist und da es bei der Erbringung der Dienstleistung leicht zu Menschenrechtsverletzungen kommen kann, kommt der Aspekt des Nutzerschutzes unter Fürsorgegesichtspunkten noch stärker zum Tragen. Zweifellos dürfte es in Anbetracht der Besonderheiten des Modells der Unterstützungsleistungen schwierig sein, am typischen privatrechtlichen Vertragsmodell festzuhalten. Läge es angesichts der Tatsache, dass sich der Verbrauchervertrag im Zuge der Entstehung und des »Heranreifens« des Verbraucherbegriffs zu einem eigenständigen Vertragsmodell entwickelt hat⁷, das den Besonderheiten dieses Vertragstyps Rechnung trägt, nicht nahe, entsprechend mit der Einführung der finanziellen Unterstützungsleistung ein neues Vertragsmodell zu schaffen, das den Fürsorgeaspekt berücksichtigt? Die systematische und umfassende Auseinandersetzung mit dieser Frage bleibt der Zukunft vorbehalten – im Hinblick auf die künftigen Überlegungen soll jedoch an dieser Stelle auf einige besondere Merkmale des Modells der Unterstützungsleistung hingewiesen werden:

1. Zunächst ist dabei die Notwendigkeit einer ausreichenden Informationsbereitstellung zu nennen. Es steht außer Frage, dass Informationsunterschiede (Diskrepanzen in Bezug auf die Fähigkeit der Informationssammlung) an sich ein Phänomen darstellen, das allgemein bei Verbraucherverträgen

⁷ Hinweise hierauf gibt die umfassende Studie über das Verbraucherrecht in Atsushi OMURA »Shohishaho« (Verbraucherrecht) (2. Auflage), Yuhikaku, 2003.

festzustellen ist. Im Fall der Unterstützungsleistungen stellt sich jedoch das große Problem, dass die Wahrscheinlichkeit hoch ist, dass die Fähigkeit der Nutzer, Informationen zu verarbeiten (Auffassungsgabe) weit geringer ist als bei einem typischen Verbraucher. In diesem Zusammenhang schreibt das SozWG den Trägern von Wohlfahrtsdiensten vor, dass sie »sich darum bemühen, Informationen über die von ihnen angebotenen sozialen Dienste bereitzustellen, damit Personen, die Fürsorgedienste (...) nutzen wollen, diese angemessen und problemlos in Anspruch nehmen können (§ 75) und verpflichtet sie damit, sich um die Bereitstellung von Informationen zu bemühen. Vor dem Hintergrund, dass wir uns nicht mehr in einem Zeitalter befinden, in dem der Staat oder die Gebietskörperschaften mittels Verwaltungsmaßnahmen Wohlfahrtsdienste anordnen, sondern in einer Zeit, in der die Nutzer selbst Wohlfahrtsdienstleistungen auswählen, wurde mit dieser Regelung dem Aspekt Rechnung getragen, dass die Nutzer nicht in der Lage sind zu wählen, wenn ihnen die nötigen Informationen nicht zur Verfügung gestellt werden.

Konkret werden die Träger von Wohlfahrtsdiensten dazu verpflichtet, bei Anträgen auf einen Nutzungsvertrag die Inhalte des Vertrags zu erläutern und bei Vertragsabschluss schriftliche Dokumente zu übergeben, in denen die Inhalte der Dienstleistung und die vom Nutzer zu zahlenden Beträge etc. aufgeführt sind (§§ 76, 77). Ferner müssen soziale Wohlfahrtskörperschaften Geschäftsberichte, eine Vermögensaufstellung, Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen sowie weitere Finanzberichte in ihren Büros auslegen und Einsicht in diese gewähren, wenn sie von angehenden Nutzern oder anderen Interessenten dazu aufgefordert werden (§ 44).

2. Ein zweiter Punkt ist die Unterstützung der Nutzer. Im SozWG ist geregelt, dass die für die Umsetzung der Unterstützung bei der Inanspruchnahme von Wohlfahrtsdiensten (System zum Schutz des Rechts auf kommunale Wohlfahrt) erforderlichen Programme durchgeführt werden (§ 81) und der Träger/Betreiber »die Wünsche des Nutzers ausreichend zu achten und seine Geschäftstätigkeit nutzerorientiert, fair und angemessen auszuüben hat« (§ 80). Eine zentrale Rolle bei der Unterstützung von älteren Menschen mit beeinträchtigter Urteilskraft bei der Geldverwaltung oder der Inanspruchnahme von Wohlfahrtsdiensten spielen die kommunalen Wohlfahrtskommissionen (*shakyo*). Dabei kommt diesen nicht die Funktion eines Vermittlers zwischen den Nutzern der Wohlfahrtsdienste und den Anbietern zu, sondern sie sind dazu angehalten, sich stets auf die Seite der Nutzer zu stellen. Die Wohlfahrtskommissionen auf Präfektorebene haben dafür Sorge zu tragen, dass die Qualifikation der Beschäftigten im Bereich der Unterstützung bei der Inanspruchnahme von Wohlfahrtsdiensten verbessert wird, sowie Aufklärungsarbeit zu leisten und zur weiteren Verbreitung der Angebote beizutragen (§ 81). Von den »Unterstützern im Alltag« (*seikatsushienin*), in deren Händen die praktische Umsetzung dieser Aufgaben liegt, wird eine hohe philosophische Anschauung und Fairness erwartet. In diesem Zusammen-

hang wurde auch entsprechenden Schulungen ein hoher Stellenwert zugewiesen⁸.

3. Drittens ist auf die Notwendigkeit einer raschen Beschwerdebearbeitung hinzuweisen. In der Pflegeversicherung wird diesem Punkt besondere Aufmerksamkeit gewidmet: Um rasch auf die von den Nutzern vorgebrachten Hinweise auf Probleme und Zweifel zu reagieren, wurde u. a. ein Verfahren geschaffen, bei dem die Kommunen (Versicherer) und der Verband der Volkskrankenkassenorganisationen als Anlaufstelle für Beschwerdeanträge fungieren (vgl. dazu u. a. Ministerialerlass des Ministeriums für Gesundheit und Wohlfahrt Nr. 37 § 36). Demgegenüber regt das SozWG eigenständige Lösungen bei Beschwerden an, wie sich aus der folgenden Regelung ablesen lässt: Träger von Wohlfahrtsdiensten »müssen sich bei Beschwerden von Nutzern über die von ihnen bereitgestellten Wohlfahrtsdienstleistungen stets um eine angemessene Lösung bemühen« (§ 82). Ferner wird festgelegt, dass in den präfekturalen Wohlfahrtskommissionen (*shakyo*) unabhängige Ausschüsse eingerichtet werden, die im Beschwerdefall Ratschläge geben sowie Beratungen und Untersuchungen durchführen (§§ 83–85). Wenn festgestellt wird, dass die Befürchtung besteht, dass Misshandlungen und andere unerlaubte Handlungen stattfinden, ist dies unverzüglich dem Gouverneur der jeweiligen Präfektur mitzuteilen (§ 86).
4. Als vierten Punkt ist die besondere Notwendigkeit des Rechtsschutzes der Nutzer zu nennen. Der Nutzer – eine Vertragspartei beim Modell der Unterstützungsleistung – ist eine hilfsbedürftige behinderte Person, die im Vergleich zu einem gewöhnlichen Verbraucher hinsichtlich ihrer Fähigkeiten, Informationen zu sammeln, zu verarbeiten (zu verstehen), zu verhandeln und allgemein in Bezug auf ihre körperlichen und mentalen Fähigkeiten besondere Schwächen aufweist. Es ist daher festzustellen, dass das Modell der finanziellen Unterstützungsleistung erst in Kombination mit Rechtsschutzmitteln wie z. B. der Vormundschaft für Erwachsene effektiv funktioniert. Dies soll im Folgenden nochmals ausgeführt werden.

IV. Verknüpfung mit der Vormundschaft für Volljährige

Mit der Einführung des Modells der Unterstützungsleistung tritt anstelle der bisherigen einseitigen Verwaltungsmaßnahmen (Verwaltungsverfügungen) als Instrument zur Inanspruchnahme von Wohlfahrtsdiensten für Behinderte nun ein Vertrag, dessen Inhalt jeweils zwischen den Parteien vereinbart wird. Dieser Punkt wurde bereits erwähnt, soll an dieser Stelle jedoch nochmals angesprochen werden.

Der Nutzer befindet sich nun in der Position eines Vertragspartners, der selbst die Inhalte der jeweiligen Dienstleistung bestimmt. Als natürliche Kon-

⁸ Naomichi KOTANI »*Shakaifukushihotanjo no igi*« (Die Bedeutung der Entstehung des Gesetzes für Soziale Wohlfahrt), Gekkan Fukushi Band 83 Nr. 11 (2000), S. 30.

sequenz hieraus wird vom Nutzer unter dem System der Unterstützungsleistung gefordert, dass er über ein ausreichendes Urteilsvermögen verfügt, um einen Vertrag abzuschließen, der die Voraussetzung für den Bezug einer Leistung bildet. Bei den Nutzern von Unterstützungsleistungen handelt es sich aber um »hilfsbedürftige Personen«, d. h. es stellt sich in der Praxis das Problem, dass es nicht wenige Nutzer geben wird, die das zum Abschluss eines Vertrages erforderliche angemessene Urteilsvermögen bereits verloren haben oder deren Urteilsfähigkeit zumindest beeinträchtigt ist.

Folglich ist es dringend notwendig, mit der Einführung des Modells der Unterstützungsleistungen ein Organ zu schaffen, das die Nutzer beim Vertragsabschluss unterstützt oder stellvertretend Verträge abschließt und die Rechte der Nutzer schützt, indem es überwacht ob der Vertragspartner, d. h. der Dienstleister, seine Vertragspflichten (Bereitstellung von Dienstleistungen) angemessen erfüllt. Wir werden nicht umhin kommen, uns in Zukunft mit diesem Aspekt intensiver auseinanderzusetzen.

Die Auswahl des Schutzorgans fällt dem Vormundschaftssystem für Volljährige zu. Durch die Bestellung eines Vormunds, der über ein offizielles gesetzliches Vertretungsrecht verfügt, werden die Rechtsverhältnisse einfacher und klarer und dies entspräche somit eher dem aktuellen Wohlfahrtsgedanken in Japan, der die Selbstbestimmung des Betroffenen achtet. Ferner gibt es im Vormundschaftssystem für Volljährige – selbst wenn ein naher Verwandter die Funktion des Vormunds übernimmt – das Institut des »Aufsehers über den Vormund«, einschließlich der Aufsicht durch das Familiengericht, sodass die Rechte des Betroffenen umfangreich geschützt werden. Dies ist auch im Hinblick auf die Vorbeugung gegen Befugnismissbrauch und Vernachlässigung durch nahe Verwandte von Bedeutung.

Bei den Überlegungen zur Rolle des Vormunds beim Modell der Unterstützungsleistung dürfte der sogenannten »Personensorgepflicht« als rechtliche Basis eine große Bedeutung zukommen. Unter der Personensorgepflicht⁹ versteht man die Pflicht des Vormunds etc. (Vormund für Volljährige, Pfleger, Beistand, freiwilliger Vormund), bei der Ausübung seiner Tätigkeit (Vormundschfts-geschäfte) Rücksicht auf den physischen und psychischen Zustand sowie den Lebensalltag des Betroffenen (Person, die unter einer Vormundschaft, Pflegschaft, Beistand oder freiwilligen Vormundschaft steht) zu nehmen. Im früheren Vormundschaftssystem in Japan (Vormund bei Entmündigung und Pfleger bei Quasi-Entmündigung) lag das Gewicht eher auf der Vermögenssorge; es mangelte dabei an Rücksichtnahme auf die persönliche Situation des Betroffenen¹⁰. Berücksichtigt man die Bedürfnisse von hilfsbedürftigen Per-

9 Ein wertvoller Beitrag aus der Forschung zur Personensorge ist das Werk von Yasushi KAMIYAMA, »Sei-nenkoken to shinjohairyo« (Vormundschaft für Volljährige und Personensorge) (TUTUI shobo, Inc.), 2000.

10 Der Gesetzgeber des neuen Vormundschaftsrechts für Volljährige hat ebenfalls auf die Unzulänglichkeiten des früheren Systems hingewiesen: »Die Personensorge ist nach dem geltenden Recht auf die Pflicht des Vormunds zur Pflege/Schutzaufsicht des Entmündigten beschränkt und bietet damit keine ausreichende rechtliche Grundlage, um auf die Bedürfnisse von Betroffenen einzugehen, die Unterstützung bei persönlichen Angelegenheiten bedürfen«: Vgl. Büro des Direktors für Zivile Sachen des Justizministeriums »Sei-

sonen in Bezug auf das Alltagsleben, so dürfte gerade den Angelegenheiten der Personensorge eine entscheidende Rolle zukommen, da sie eng mit dem Alltagsleben verbunden sind¹¹. Ausgehend von dieser Kritik wurde im neuen Vormundschaftsrecht vom April 2000 allen Institutionen, die für den Schutz von hilfsbedürftigen Personen zuständig sind, die Pflicht zur Personensorge auferlegt (vgl. §§ 858, 876 Nr. 5.1, § 876-10 Zivilrecht und § 6 Gesetz über die Verträge für freiwillige Vormundschaft).

Konkret übernimmt der Vormund etc. die Aufgabe unter Berücksichtigung von Fürsorgeaspekten gemäß seiner Personensorgepflicht die Notwendigkeit eines Vertragsabschlusses im Zusammenhang mit Unterstützungsleistungen zu beurteilen, bei Vertragsabschluss stellvertretend tätig zu werden (Verhandlungen mit dem Vertragspartner über die Vertragsinhalte etc.), die Vertragserfüllung durch den Vertragspartner zu überwachen und stellvertretend Beschwerde zu erheben etc.

Gerade das neue Vormundschaftsgesetz erscheint optimal geeignet, um die Rechte der Nutzer unter dem System der Unterstützungsleistung zu schützen. Die Vormundschaft für Volljährige und das Modell der finanziellen Unterstützungsleistung werden sich im Zusammenspiel künftig zu tragenden Säulen eines zentralen Bestandteils der sozialen Sicherung in Japan entwickeln. Auch die Tatsache, dass das Vormundschaftsgesetz im April 2000 und das SozWG kurz darauf im Juni desselben Jahres in Kraft gesetzt wurden, dürfte als ein Beweis hierfür anzusehen sein. (Jurist Nr. 1204 (2001) S. 15 – 18.

nenkokenseido no kaisei ni kansuru yokoshianhosokusetsumei« (Ergänzende Erläuterungen zum Programmentwurf zur Reform des Vormundschaftssystems) (1998), S. 2.

11 Makoto ARAI »*Koreishakai no seinenkokenho*« (Vormundschaft für Volljährige in der überalterten Gesellschaft (überarbeitete Auflage), Yuhikaku, 1999, S. 163–171.

Solon – Schöpfer der politischen und rechtlichen Grundwerte Europas: Freiheit, Gleichheit, politische Teilhabe

Inhaltsübersicht

- I. Der Mensch Solon
- II. Der Gesetzgeber Solon
- III. Folgen der Gesetzgebung Solons
- IV. Nachwirkung Solons (in der Moderne)
- V. Post scriptum
- VI. Abkürzungen
- VII. Literatur

*»Dem Edlen und Gemeinen schrieb ich gleiche Satzung
Gerechter Spruch gilt nun für jeden Streit.«*

Solon, Fragment 36, 18–20 (M. L. West)¹

Solon lebte von ~ 634/640–560 v. Seine Lebenszeit überschneit sich mit Drakon, Athens erstem Gesetzgeber und Athens Tyrannen Peisistratos. Solon galt den Griechen als ältester der »Sieben Weisen«,² deren Sinnsprüche im Pronaos des Apollontempels zu Delphi eingemeißelt waren. Sein Weisheitsspruch soll »*Medèn ágan/Mēdèn ἄγαν*« gelaute haben, was bedeutet: »*Nichts im Übermaß*« oder »*Nichts zu sehr*«. ³ Und was wir von ihm wissen, läßt sich diesem Wahlspruch zuordnen. ⁴ – Mit diesem (dem »Nomologischen Wissen« entnommenen) ⁵ Weisheitsspruch beginnt der für das nach-solonische Griechenland charakteristische (Wert)Zusammenhang von Politik, Rechtsdenken und philosophischer Ethik. ⁶ Platon und Aristoteles haben das näher ausgeführt. Dabei scheint der Umgang der Philosophie mit Politik und Recht die philosophische Ethik erst begründet zu haben.

1 Übersetzung: K. Latte 1946/1968, 91. – Das Fragment ist überliefert durch Aristoteles, AP 12 (4). Es läßt erkennen, dass Solon den politischen und Rechtswert »Gleichheit« (hier im Sinne privatrechtlicher Isonomie gebraucht) bewußt gefördert hat. Er hat diesen Wert schon vor seiner politischen Tätigkeit propagiert. Plutarch (Solon 14, 17: Übersetzungen von Kaltwasser/Floerke und K. Ziegler; dazu Hönn 1948, 107) berichtet seine Aussage: »Gleichheit bringt keinen Krieg [oder: ... führt zu keinem Streit]/τὸ ἴσον πόλει μὴ οὐ ποιεῖ«. – »Gleichheit« bildete für die Entwicklung des Privatrechts, aber auch den politisch-staatsrechtlichen Bereich (nicht nur in Solons Heimat-Polis) eine notwendige Voraussetzung.

2 Dazu Althoff/Zeller 2006, 12 ff. und 50 f.; vgl. »Graeca«, Bd. II/1, Kap. II 1 (S. 15 ff.).

3 Bei Platon und Aristoteles wird dies zum politisch-ethischen Maßstab des »Meson«/Μέσον, dem Streben nach Mitte (Ilösungen); sogenannte Mesotes-Lehre oder -Formel. Dazu etwa »Graeca«, Bd. III/1, Kap. V 2 (S. 273 f.) m. w. H.

4 Mehr zu Solon, in: »Graeca«, Bd. II/1, Kap. II 1, 7, 9 und 10 sowie Bd. II/2, Kap. II 11, 15–17.

5 Es handelt sich dabei um die noch weitgehend ungeschiedene Gesamtheit von Sozialnormen (umfassend Sitte, Brauch, Gewohnheit, altes Herkommen, Moral, Religion und Gewohnheitsrecht) in frühen Gesellschaften, also ein Normamalgam. Der Begriff stammt von Max Weber, der ihn jedoch nicht ausgeführt hat. Er wird gebraucht in der Alten Geschichte (etwa Ch. Meier/München), ist aber auch für die Religions- u. Rechtsgeschichte wichtig. Es existiert ein etwa analoger anglo-amerikanischer Begriff: *inherited conglomerate* (G. Murray, E. R. Dodds). – Mehr in »Graeca«, Bd. III/1, Kap. III 4 (S. 134 ff.).

6 Ich gehe darauf in Band IV von »Graeca« (im Rahmen meiner Ausführungen zu Aristoteles) näher ein; in Vorbereitung.

I. Der Mensch Solon

Solon war ein politisch interessierter Mensch, der an der unruhigen und schwierigen Entwicklung seiner Heimatstadt Athen Anteil nahm.⁷ Durch Aristoteles sind uns einige seiner Texte überliefert, unter anderem folgender:⁸

»Ich erkenne, und Schmerz liegt in meinem Herzen, dass das älteste Land Ioniens, auf das ich sehe, darniederliegt.«

Mit seiner Gesetzgebung wollte Solon diesen beklagenswerten Zustand Athens und Attikas abwenden.

Solon entstammte einer alten Athener Familie, die jedoch nicht sehr wohlhabend war, weshalb er in jungen Jahren als Kaufmann Seehandel betrieb, weit herumkam (Kleinasien, Zypern, Ägypten) und einen bescheidenen Wohlstand erlangte. Aristoteles schildert ihn als einen Mann, der *»nach Geburt und Ansehen zu den ersten, nach Besitz und Tätigkeit aber zu den mittleren Bürgern«* zählte.⁹ – Platon, der mit Solon über seine Mutter Periktione verwandt gewesen sein soll, lobt im Dialog *»Timaíos«*¹⁰ den Dichter Solon, der ihm Vorbild war. Solon war nämlich – wie andere große Denker der Griechen – nicht nur Staatsmann und Gesetzgeber, sondern auch Dichter und noch vor dem jüngeren Thales erster Weiser und wohl auch schon Philosoph.¹¹ – Er folgt als großer Grieche Homer und Hesiod und sein Einfluß ist noch bei den Tragikern, vor allem Aischylos zu spüren, dessen Fragment 381 Solons Einfluß verrät:

*»Wenn Macht und Recht in einem Joche gehn, welch Zweigespann kann stärker sein als dieses.«*¹²

Solons Beliebtheit zeigt sich nicht nur darin, dass viele antike Autoren über ihn berichten,¹³ sondern auch daran, dass um seine Person ein Geflecht von Legenden gewachsen ist; berühmt seine angebliche Begegnung mit dem reichen Lyderkönig Kroisos.¹⁴

II. Der Gesetzgeber Solon

Solon galt als (normativer) Schöpfer der Polis Athen. Er soll einen kräftigen Sinn für das politisch Nötige und Mögliche und einen ausgeprägten Gerechtigkeitssinn besessen haben. Es war daher kein Zufall, dass er von seinen Landsleuten – und zwar von allen Gruppen der Bevölkerung (!) – dazu beru-

7 Dazu »Graeca«, Bd. II/1, Kap. II 1 (S. 15 ff.).

8 Eunomia-Elegie 40 ff. – Dazu Bd. II/1 von »Graeca«, Kap. II 7 (S. 293 ff.) und Bd. II/2, Kap. II 17.

9 AP 5 (3), Übersetzung: M. Dreher.

10 21a ff.

11 »Graeca«, Bd. II/1, Kap. II 1 (S. 20) und Bd. II/2, Kap. II 15–17.

12 Ich habe diese (bereits in Richtung Proto-Rechtsstaatlichkeit deutenden) Verse Band I von »Graeca« (S. V) als Gesamt-Motto vorangestellt und kurz kommentiert. – Zu Aischylos und seiner Bedeutung für das moderne Rechtsdenken: Canaris (1996).

13 Vgl. vor allem Plutarch, Solon (2010).

14 Dazu Plutarch, Solon 27 und »Graeca«, Bd. II/1, Kap. II 1 (S. 17 f.).

fen worden war, als Aisymnet (das heißt als Streitschlichter und Versöhner)¹⁵ Attika durch eine Gesetzgebung (~ Verfassung/Politeia) zu befrieden.¹⁶ Das in Entwicklung begriffene, politisch unruhige, ja zerrissene Athen, sollte rechtlich ein tragfähiges und dauerhaftes Fundament erhalten. – Das geschah in den Jahren 594/593 v.

Wenige Jahrzehnte zuvor (~ 621 v.) hatte Dracon ein Gesetz erlassen, mit dem die Blutrache zurückgedrängt werden sollte:¹⁷ Das ist gelungen, reichte aber nicht aus, um die Polis Athen auf Dauer politisch zu befrieden und ihr eine ausreichende Rechtsgrundlage zu verschaffen.¹⁸ – Solon schuf daher eine (für die Archaik) umfangreiche Gesetzgebung, die bedeutende Regelungen in verschiedenen Rechtsgebieten enthielt und in der Antike als »Verfassung« verstanden wurde.¹⁹

Ich beschränke mich hier auf die *zentralen Werte der Gesetzgebung Solons*, zumal diese Werte bis heute zu Europas politischem und rechtlichem Fundament zählen und als Leitwerte dienen:

- Grundlegend für Solon war eine *unverlierbare Freiheit für alle Bürger*. – Sie wurde im Zusammenhang mit der von ihm vorgenommenen *Lastenabschüttelung/Entschuldung/Seisachtheia* (von der vornehmlich die bäuerliche Bevölkerung profitierte) verwirklicht.²⁰
- Dazu kam eine weitgehende *rechtliche und politische Gleichstellung der Bürger* (die auf der Grundlage von Freiheit geschaffen werden konnte).²¹ – Es spricht für Solons politische Klugheit, dass er dieses Ziel nicht mit einem einzigen Schritt zu verwirklichen suchte, sondern bewußt manches der späteren Entwicklung überließ.²²
- Als dritten grundlegenden Wert schuf Solon – erneut für alle (!) Bürger – das *politische Recht der Teilhabe am Staatsgeschehen der Polis und ihren Institutionen*: Das beinhaltete die Teilnahme (mit Sitz und Stimme!) an der *Volksversammlung/Ekklesia*²³ und dem *Volksgericht/Heliaia*,²⁴ wozu (als frühes Repräsentativorgan) der *Rat/Boulé* (der Vierhundert) kam.²⁵

15 Zum Begriff: »Graeca«-Glossar, etwa Bd. III/1 (S. 329).

16 Zu Solons Gesetzgebung: »Graeca«, Bd. II/1, Kap. II 9 (318 ff.) und ebendort 10 (S. 442 ff.) sowie Bd. II/2, Kap. II 11 und 17. – Aristoteles sprach sich in der »Politik« (V 9, 1310a, 35: Übersetzung, E. Rolfes 1958) für eine »Erziehung im Geiste der Verfassung« aus und meinte, man solle sie »für keine Knechtschaft halten, sondern für Befreiung aus der Knechtschaft, wenn man nach der Verfassung lebt«. Das atmet Solons Geist!

17 Zur paradigmatischen griechischen Entwicklung von der Blutrache zur Verschuldenshaftung: »Graeca«, Bd. II/1, Kap. II 4 und 5 sowie Bd. III/1, Kap. III.

18 Zu Dracon, in »Graeca« Bd. II/1, Kap. II 3.

19 Aristoteles hat Solons Gesetze (»Σόλωνος Νόμοι«) in fünf Bänden (die verlorengegangen sind) kommentiert: »Περὶ τῶν Σόλωνος ἀξίωνων εἰς«; s. »Graeca« Bd. II/1, Kap. II 10 (S. 447 f.). – Auf die »Idee« der Verfassung bei Aristoteles gehe ich in »Graeca«, Bd. IV 8 ein; in Vorbereitung.

20 Zum Inhalt der Maßnahme: »Graeca«, Bd. II/1, Kap. II 9 (S. 328 ff.); zu orientalischen Vorbildern: s. Bd. II/2, Kap. II 13 (S. 79 ff.): »altbabylonisches Recht der »mišarum-Akte«, die von Israel übernommen und weiterentwickelt wurden.

21 Vgl. »Graeca«, Bd. II/1, Kap. II 9 (S. 355).

22 Zu den Reformen des Kleisthenes: »Graeca«, Bd. II/1, Kap. II 1 (S. 24, 35 ff., 50 ff.).

23 Dazu im »Glossar« von »Graeca«.

24 Dazu im »Glossar« von »Graeca«.

25 Vgl. auch »Graeca«, Bd. II/1, Kap. II 10 (S. 445 f.) und Bd. II/2, Kap. II 16 (S. 193 ff.).

Die politisch und rechtlich miteinander verknüpften und in den »Verfassungsrang« gehobenen Werte Freiheit, Gleichheit und politische Teilhabe waren nicht nur *rationale* Werte, sondern wiesen auch *Gefühlsbezüge* auf und wirkten daher auf den ganzen Menschen ein. Sie prägten sich ein, wirkten in gewissen Situationen bestimmend und konnten gleichsam emotional abgerufen werden. Sie bildeten deshalb nicht zufällig die Grundlage für den gesellschaftlich-normativen Höchstwert *Gerechtigkeit*, der auch kein ausschließlich rationaler Gemeinschaftswert ist.²⁶

Dazu kommt, dass Solons Werte-Trias (samt Gerechtigkeit) im Nomologischen Wissen der griechischen Archaik wurzelten, mochte das auch, wie die Peisistratiden-Tyrannis und andere Vorkommnisse (wie Kylons Putschversuch) zeigen, Zeit benötigt haben. – Die ab Kleisthenes (nach ~ 508 v.) – als Fortsetzung des von Solon begonnenen Weges – sich abzeichnende Konvergenz der gesellschaftlichen Werte war ein wichtiger Beitrag, um eine Hochkultur entstehen zu lassen.

III. Folgen der Gesetzgebung Solons

Mit Solons Aufbruch zu kollektiver und individueller Freiheit,²⁷ beginnt eine Entwicklung, die von Historikern als Anlaß für gewichtige Publikationen genommen wurde, etwa Kurt Raaflaubs »Die Entdeckung der Freiheit« (1985, englisch 2004) und Christian Meiers »Kultur, um der Freiheit willen« (2009). – Der Aufbruch Athens war aber mehr, als einer zur Freiheit. Freiheit bildete aber das Fundament, das weitere – kaum weniger bedeutende – gesellschaftliche Werte tragen konnte: Gleichheit und politische Teilhabe, die nicht nur Freiheitswerte beinhalten. – Erst das Zusammenwirken dieser gesellschaftlich-politischen Grundwerte ließ jene normative »Trinität« entstehen, von der die weitere Entwicklung ausgegangen ist.²⁸ All das jedoch innerhalb der Grenzen der Zeit!²⁹

Mit der rechtlichen Absicherung und Stärkung der Bürger (durch Solons Gesetzgebung) entstand die *Rechtsperson*, das *Rechtssubjekt*³⁰ samt dem Konzept der *subjektiven Rechte*.³¹ Man kann von einer »*Emergenz der Person*« sprechen, gesellschaftlich und rechtlich. Den Hintergrund dieser für Europa

26 Jeder dieser (Einzel)Werte, aber auch ihr Konglomerat, weist zahlreiche Bezüge auf, wobei manche davon gegenwärtig noch (konkret) u-topisch, also vorstellbar und möglich anmuten. Solons Werte-Trias vermag danach auch die politisch-normative Phantasie, Visionen und Utopie anzuregen.

27 Zur »Emergenz der Person« gleich anschließend.

28 An Nachfahren vermittelt wurden diese Einzelwerte und deren Zusammenspiel als Wertkonglomerat von Politikern (wie Kleisthenes, Aristides und Perikles), Philosophen (in der Stoa vor allem Panaitios) und Historikern (beginnend mit Herodot, Diodor und Polybios); vgl. Niggemann/Ruffing (2011).

29 Zum Entstehen der Rechtsgeschichte im antiken Griechenland: GS Mayer-Maly (2011), zu Platons Vorschlag einer institutionalisierten Rechtsvergleichung: FS für Ingomar Weiler (2013), zur Bedeutung der Antiken Rechtsgeschichte (2012).

30 Und zwar als *natürliche* und (in Ansätzen auch schon) *juristische* Person; dazu Bd. I, Kap. II 1 (S. 37 ff.) und Bd. II/1, Kap. II 10 (S. 571 ff.) sowie Bd. III/1, Kap. V 3 (S. 292 ff.): »Zur Entstehung des Rechtsbegriffs Person«.

31 Ich gehe auf diese für Europa wichtige Entwicklung im »Graeca«-Projekt mehrfach ein, betone hier aber nur, dass eine politische Entwicklung zur Demokratie nicht möglich gewesen wäre, ohne zuvor (oder doch

(und die Welt) beispielhaften und vorbildlichen Entwicklung bildete die entstehende Polis, die ihre Bürger zur Mitwirkung benötigte. – Solon förderte und sicherte damit seine *Staatsreform* ab, mögen seine Pläne zunächst auch durch die Peisistratiden-Tyrannis verzögert worden sein.

Daneben ist Solons *sonstige Gesetzgebung* zu nennen, die bislang nicht oder unzulänglich geregelte Fragen des Privat- und Strafrechts sowie des Verfahrens³² und öffentlichen Rechts aufgriff, wozu eine *Wirtschaftsreform* kam.³³ – All das zusammengekommen wurde als »*Eunomia*« bezeichnet, Solons staatlich-rechtliche Wohlgeordnetheit des Gemeinwesens.³⁴ Der Dichter Solon hat deren Grundgedanken in seiner »*Eunomia*«-Elegie zusammengefaßt.

Aristoteles beurteilte in der »*Athenaion Politeía*« Solons Reformen und nennt als bedeutendste Maßnahmen:³⁵

- Seisachtheia,³⁶
- Popularklage³⁷ und die
- Mitwirkung der Bürger am Volksgericht.

Kleisthenes (~ 508 v.), Ephialtes (462 v.) und Perikles (nach 460 v.) haben Solons fundierendes politisches und rechtliches Denken weitergeführt und ergänzt. Der perikleische *Nómos hýbreos* (~ 450 v.), weitete mit einer großartigen Generalklausel (geltend zu machen mit Popularklage) den Schutz der Persönlichkeit (in Richtung *Menschenwürde*) aus:

»Wer ein Kind, eine Frau oder einen Mann, seien sie Freie oder Sklaven, tätlich beleidigt oder gegen sie etwas Gesetzwidriges unternimmt kann von jedem Athener bei den Thesmoteten verklagt werden.«³⁸

Perikles ergänzte damit Solons Gesetzgebung, mit der bereits ein *post-mortaler Persönlichkeitsschutz* geschaffen worden war; latinisiert mit »*De mortuis nihil nisi bene*« umschrieben.³⁹

gleichzeitig) diese Entwicklung durchlaufen zu haben. – Vgl. »*Graeca*«, Bd. II/1. Kap. II 1 (S. 37 ff.) und Bd. II/1, Kap. II 9 (S. 344 ff. und 356 ff.) sowie Bd. III/1, Kap. V 3 (S. 291 ff.).

32 Vgl. meine Ausführungen (2015) zum »Verfahrensrecht als als frühem Zivilisierungsprojekt«.

33 Dazu »*Graeca*«, Bd. II/1, Kap. II 9 (S. 337) und Hönn 1948, 88 ff.

34 Dies bereits im Sinne von Proto-Rechtsstaatlichkeit; s. »*Graeca*«, Bd. II/1, Kap. II 1 (S. 46 f.) und Kap. II 7 (S. 293 ff.). – Ob Solon für sein Staatskonzept ägyptischen Anregungen gefolgt ist, ist bis heute umstritten; allein die Umsetzung in die Welt der Polis und das originelle Anreichern des Konzepts mit rechtlich-politischen Grundwerten stellte eine beeindruckende Leistung dar; s. Bd. II/2, Kap. II 17: »*Eunomia* und ägyptische Ma'at«.

35 AP 9; s. Anm. 9.

36 Vgl. oben bei Anm. 20.

37 Auf dieses rechtlich wie gesellschaftlich interessante Instrument gehe ich in »*Graeca*«, Bd. II/1, Kap. II 10 (S. 598 ff.) ein.

38 Ich habe diesen Text in seiner griechischen Fassung Bd. II/1 von »als Motto vorangestellt; mehr dazu in »*Graeca*«, Bd. II/2, Kap. II 14: Überliefert wurde dieses bahnbrechende, aber in seiner Bedeutung bis heute kaum zur Kenntnis genommene Gesetz unter anderem durch Demosthenes (XXI 47 gegen Meidias).

39 Dazu »*Graeca*«, Bd. II/1, Kap. II 10 (S. 588 ff.) und FS für M. Binder (2010, 45 ff.), wo ich auf Kants nicht ausgewiesene »Übernahme« eingehe.

IV. Nachwirkung Solons (in der Moderne)

Während uns die Werte der *Amerikanischen* (von 1774) und der *Französischen* (von 1789) *Revolutionsverfassungen* vertraut sind, ist ihr historischer Vorläufer aus dem archaischen Griechenland heute in Vergessenheit geraten.⁴⁰ – Die von der amerikanischen und französischen Revolution aufgegriffenen (alten) Werte erlangten aber auch deshalb politische Bedeutung, weil damit gezeigt werden konnte, dass das Denken der Vergangenheit nun fortgesetzt werden sollte. Das eröffnete neue Perspektiven.

Wir können stolz sein auf diese Abstammung, dürfen dabei aber nicht übersehen, dass auch bereits auf hohem politischen und rechtlichen Niveau verwirklichte Werte – wie die Solons – wieder verloren gehen können. Und das war für sehr lange Zeit der Fall!⁴¹

Solon stand am Beginn dieses Prozesses. Seine dynamisch angelegten Grundwerte ermöglichten Entwicklung (im ursprünglichen Wortsinn), denn sie konnten gleichsam »ausgerollt« werden. – Die Werte Freiheit, Gleichheit und politische Teilhabe sind somit nicht erst das Ergebnis neuzeitlicher Revolutionen. Man kann vielmehr Solon mit gutem Grund als politischen und rechtlichen Vater Europas betrachten und Aristoteles als »erste[n] große[n] Verfassungstheoretiker und Verfassungsanalytiker«.⁴²

Demokratie, Grund-Rechte und Verfassung sind jedoch keine Selbstläufer, auch das zeigt die griechische Entwicklung. Sie brauchen Menschen, die von diesen Werten erfüllt und gewillt sind, sie zu verteidigen und weiter zu entwickeln. – Solons Werte-Trias ruft weiteres in Erinnerung: Der Schutz und die Aufwertung der Einzelnen gegen ihresgleichen und die Gemeinschaft verlangt danach, auch die Pflichten gegenüber der Gemeinschaft ernst zu nehmen, denn Rechte und Pflichten bilden eine Einheit. Diese Pflichten drohen im überbordenden Individualismus der Gegenwart unterzugehen! Das verlangt heute von Bürgerinnen und Bürgern Gesetzestreue, politisches Interesse und Verantwortungsbereitschaft in vielerlei Hinsicht; vom Staat ein Handeln nach der Verfassung, Rechtsstaatlichkeit, soziales Gespür und den Mut, moderat aber konsequent den Nationalstaat (und einzelne seiner politischen Ebenen) zugunsten einer europäischen und internationalen Entwicklung zurückzunehmen. Mit Augenmaß!

Es liegt an uns, Solons Werte zu achten, zu schützen und weiter zu entwickeln, mögen sie oft auch – wie Gerechtigkeit – nur in Annäherungswerten erreichbar sein; denn ein *gemeinsames Europa* ohne diese Werte ist gar nicht denkbar. Europa ist im Entstehen und braucht politische und rechtliche Schritte, um zu jenem Europa zu werden, das Solons Werte vollauf leben und

40 Vgl. aber Niggemann/Ruffing (2011). – In der Gegenwart hat das Ende des Kalten Krieges (1989) das politische Denken nicht klarer und phantasievoller werden lassen.

41 Die Ablehnung hat in Rom begonnen, das aus heutiger Sicht kaum Vorbilder entwickelt hat und wurde in Mittelalter und Neuzeit fortgesetzt; zur Verdrängung des »Griechischen« aus Europa verdientvoll Hans E. Troje (1971).

42 Vorländer 1999, 21.

gegen alle Anfeindungen schützen kann. – Dabei ist nicht zu übersehen, dass eine solche Entwicklung neben einem *äußeren* politisch-rechtlichen Rahmen, auch ein *inneres menschliches* Wachstum voraussetzt, zumal dieser Bereich der technisch-ökonomischen Entwicklung hinterherhinkt und mehr denn je gefährdet erscheint.

Solon hat weitere Voraussetzungen geschaffen, um seine Reformen mit Leben zu erfüllen; mag das auch erst 150 bis 100 Jahre später zur gesellschaftlich-politischen Wirklichkeit geworden sein: Er hat die nicht nur am Individual-, sondern vornehmlich am Gemeinwohl orientierte freie Rede in der politischen Öffentlichkeit, *Parrhesia* genannt, ermöglicht.⁴³ Er selbst hat diese Form der politischen Wahrheitssuche praktiziert und mit der »Öffnung« von Volksversammlung/Ekklesia und Volksgericht/Heliaia den institutionellen Rahmen dafür geschaffen.⁴⁴

Aus der griechischen Geschichte läßt sich demnach lernen, dass wir jene Fehler, die damals gemacht wurden möglichst nicht wiederholen: Etwa das Beharren auf dem Stadtstaat, der Polis und damit das Verfehlen (für das Überleben) nötiger größerer politisch-demokratischer Einheiten (Demosthenes!); vor allem aber jene fatale Fehlentwicklung (unter Perikles), die den Delisch-Attischen Seebund nicht egalitär-demokratisch weiterentwickelte, sondern zum Machtinstrument für den Hegemon Athen machte. Wir hätten dann zwar vielleicht keine Akropolis, dafür aber ein historisch anderes Europa.

V. Post scriptum

Die *Gerechtigkeitskonzeption* einer Gesellschaft steht im Konnex mit ihren Grundwerten, was für Athen/Attika das Zugrundelegen der zentralen Werte Solons bedeutete. – Dazu kamen schon damals weitere gesellschaftliche Werte wie der personale Schutz vor Hybris⁴⁵ und andere Formen gesellschaftlicher Anerkennung; etwa im bürgerlichen Bereich die anständige Begegnung und Behandlung der Eltern und ihre Unterstützung im Alter durch die Kinder⁴⁶ sowie sozialer Ausgleich bei Bedürftigkeit: Schutz von Waisen, Witwen, Kriegsinvaliden.⁴⁷ – Auch das ging in das abendländische Gerechtigkeitsdenken ein.

43 Allgemein zur Parrhesia: M. Foucault (2010). – Eva Illouz (2015, 36 ff.) hat jüngst Parrhesia für ihre mutige kritische Auseinandersetzung mit Israel fruchtbar gemacht.

44 Euripides hat dieser (für das Entstehen von Demokratie wichtigen) politischen Errungenschaft in den »Phoenikerinnen« ein Denkmal gesetzt (Verse 387 ff.): Er läßt den aus Theben von seinem Bruder Eteokles verbannten Polyneikes (im Gespräch mit seiner Mutter Iokaste) u. a. folgendes sagen (Übersetzung: J. J. Donner): »Eins ist das Schlimmste, daß er [sc. als Flüchtling] nicht frei reden darf.« Worauf Iokaste antwortet: »Nicht sagen dürfen, was man denkt, ist Sklavenlos.« Usw.

45 Im Sinne eines bereits sehr umfassenden Persönlichkeitsschutzes, wie der »Nómos hýbreos« zeigt; dazu ausführlich: »Graeca« Bd. II/2, Kap. II 14.

46 Dazu »Graeca«, Bd. II/1, Kap. II 10 (S. 556 f.).

47 Dazu I. Weiler (1980 und 1988) und »Graeca« Bd. II/1, Kap. II 10 (S. 569).

Wenn Axel Honneth dafür plädiert, »eine Gerechtigkeitskonzeption nicht auf die Darlegung und Begründung von allein formalen abstrakten Grundsätzen zu beschränken«, rennt er offene Türen ein;⁴⁸ denn diese Forderung ist alt und wurde vor 30 Jahren auch von Michael Walzer vertreten.⁴⁹ Das ist ein Kampf gegen Windmühlen, kann doch Gerechtigkeit sinnvoller Weise stets nur konkret (und auch dann nur annäherungsweise) angestrebt und erreicht werden.⁵⁰ – Für problematisch halte ich Honneths Ansinnen, die demokratische Gerechtigkeit auf den Wert »Freiheit« zu beschränken; wenn auch nur in dem Sinne, dass nicht etwa Gleichheit und politische Teilhabe abgeschafft, aber doch als unselbständige Untergesichtspunkte der Freiheit verstanden werden sollen. Daraus entstünde nicht nur ein begrifflicher Verlust, sondern auch – was politisch, rechtlich, philosophisch und anderweitig schwerer wiegt – mangelnde Klarheit im Umgang mit diesen Werten. Daher sollte, bei wünschenswerter funktionaler Integration dieser Werte, ihre Eigenständigkeit bewahrt werden.

Schließen will ich mit Friedrich Schiller, der Solon geschätzt hat:

»Bewundernswert bleibt mir immer der Geist, der den Solon bei seiner Gesetzgebung beseelte, der Geist der gesunden und echten Staatskunst, die das Grundprinzipium, worauf alle Staaten ruhen müssen, nie aus den Augen verlor: sich selbst die Gesetze zu geben, denen man gehorchen soll, und die Pflichten des Bürgers aus Einsicht und aus Liebe zum Vaterland, nicht aus sklavischer Furcht vor der Strafe, nicht aus blinder und schlaffer Ergebung in den Willen des Oberen zu erfüllen.«⁵¹

Lieber Bernd, wer hätte vor einem Jahr gedacht, dass wir unsere Kommunikation auf diese Weise fortführen müssen. – Du warst an meinem Graeca-Projekt interessiert und anlässlich der Vorstellung des letzten Bandes in Innsbruck. Mein Besuch in München im Frühjahr 2015 war geplant. Nun können wir unseren Gedankenaustausch nur über das Grab hinweg fortsetzen. – Dein Interesse an Recht und Gesellschaft war tief und von Menschlichkeit getragen, das wissen alle, die mit Dir zusammengearbeitet haben. Mein Text über Solons Bedeutung für die grundlegenden Normwerte des »Westens« ist eine bescheidene letzte Freundschaftsgabe.

48 Vgl. 2013, 119.

49 1983/1992 und dazu meine Besprechung, in: LJZ 1994, 163–165.

50 Das gilt auch für »Billigkeit«, die meist ebenfalls individuell (im Rahmen richterlicher oder sonstiger Rechtsanwendung), seltener kollektiv (gesetzlich) ansetzt. – Zum juristischen Grundlagenkonzept der »Epieikeia«/aequitas/equity/Billigkeit: »Graeca«, Bd. II/2, Kap. II 13.

51 Lykurgus und Solon (1790).

VI. Abkürzungen

AP	»Athenaion Politeia«/»Der Staat der Athener«: spät aufgefundenes Werk aus der Werkstatt des Aristoteles (entstanden 330/325 v.); s. Wilamowitz-Moellendorf (1893). Dazu auch im »Glossar« der »Graeca«-Bände
cic	culpa in contrahendo; s. mein Zivilrecht (2004, I 370 ff.)
Ed.	Editor
FS	Festschrift
GS	Gedenkschrift
Hg./hg.	Herausgeber/in oder herausgegeben
JuS	(deutsche) »Juristische Schulung«: 1961 ff. (Jahr, Seite)
LJZ	Liechtensteinische Juristenzeitung: 1994 ff. (Jahr, Seite)
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
NF	Neue Folge
v.	vor unserer Zeitrechnung oder vor Christus
ZAR	Zeitschrift für Altorientalische und biblische Rechtsgeschichte

VII. Literatur

- Althoff Jochen/Zeller Dieter 2006: Die Worte der Sieben Weisen. Griechisch und deutsch, hg., übersetzt und kommentiert von ... Mit Beiträgen von M. Asper, D. Zeller und L. Spahlinger (Darmstadt, 2006)
- Aristoteles, Der Staat der Athener. Übersetzt und hg. von Martin Dreher (Stuttgart, 1997)
- Aristoteles, Politik. Übersetzt von Eugen Rolfes (Hamburg, 1958)
- Barta Heinz 1994: Buchbesprechung von M. Walzer, Sphären der Gerechtigkeit. Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit (Frankfurt am Main/New York, 1992), in: LJZ 1994, (1994) 163–165
- Barta Heinz 2004: Zivilrecht. Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken, 2 Bde. (Wien, 2004²): Buch- und Internetauflage (<http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/>)
- Barta Heinz 2010a: »Graeca non leguntur«? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland«. Archaische Grundlagen, Bd. I (Wiesbaden, 2010)
- Barta Heinz 2010b: »De mortuis nihil nisi bene. Postmortaler Persönlichkeitsschutz in der Antike«, in: FS für M. Binder (Wien, 2010) 45–56
- Barta Heinz 2011a: Die Entstehung der Rechtsgeschichte, in: GS für Theo Mayer-Maly (Wien, 2011) 35–51
- Barta Heinz 2011b: »Graeca non leguntur«? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland«. Bd. II/1 und II/2 (Wiesbaden, 2011)
- Barta Heinz 2012: Antike Rechtsgeschichte – Heute?, in: ZAR 18 (2012) 249–262
- Barta Heinz 2013: Die Erfindung der Rechtsvergleichung im antiken Griechenland, in: Mauritsch/Ulf (Hg.) Kultur(en) – Formen des Alltäglichen in der Antike, Bd. II. FS für Ingomar Weiler zum 75. Geburtstag (2013) 673–690
- Barta Heinz 2014: »Graeca non leguntur«? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland, Bd. III/1: Das griechische Recht in seinem kulturhistorischen Umfeld – Beispiele aus Dichtung, Geschichtsschreibung, Philosophie und (Kautelar)Jurisprudenz (Wiesbaden, 2014)

- Barta Heinz 2015: Verfahrensrecht als frühes Zivilisierungsprojekt – Zur Teleologie rechtlicher Verfahren: Einführung in die 6. Innsbrucker Tagung »Lebend(ig)e Rechtsgeschichte« 2011, in: Barta/Lang/Rollinger (Hg.), »Prozeßrecht und Eid. Recht und Rechtsfindung in antiken Kulturen« – Teil I (Wiesbaden, 2015) 1–18
- Barta Heinz/Mayer-Maly Theo/Raber Fritz 2005: Lebendige Rechtsgeschichte. Beispiele antiker Kulturen: Ägypten, Mesopotamien und Griechenland
- Berneker Erich (Hg.) 1968: Zur griechischen Rechtsgeschichte (Darmstadt, 1968)
- Canaris Claus-Wilhelm 1996: Konsens und Verfahren als Grundelemente der Rechtsordnung – Gedanken vor dem Hintergrund der »Eumeniden« des Aischylos, in: JuS 1996, 573–580
- Dreher Martin 1997: s. Aristoteles, Der Staat der Athener
- Euripides, Sämtliche Tragödien in zwei Bänden. Nach der Übersetzung von J. J. Donner, bearbeitet von R. Kannicht, Anmerkungen von B. Hagen, Einleitung von W. Jens (Stuttgart, 1984, unveränderter Nachdruck der Auflage 1958²)
- Foucault Michel 2010: Der Mut zur Wahrheit. Die Regierung des Selbst und der anderen II. Vorlesung am Collège de France 1983/84. Aus dem Französischen von Jürgen Schröder (Berlin, 2010)
- Hönn Karl 1948: Solon. Staatsmann und Weiser (Wien, 1948)
- Honneth Axel 2013: Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit (Berlin, 2013)
- Illouz Eva 2015: Israel. Soziologische Essays. Aus dem Englischen von Michael Adrian (Berlin, 2015)
- Latte Kurt 1946/1968: Der Rechtsgedanke im archaischen Griechentum (1946), in: Berneker (Hg.), Zur griechischen Rechtsgeschichte (1968) 77–98
- Niggemann Ulrich/Ruffing Kai (Hg.) 2011: Antike als Modell in Nordamerika? Konstruktion und Verargumentierung, 1763–1809. (Historische Zeitschrift, Beihefte, NF., Bd. 55) München/Oldenbourg, 2011
- Plutarch 1964: Lebensbeschreibungen. Gesamtausgabe. Mit einer Einleitung von O. Seel, Bde. I–VI. Dieser Ausgabe liegt die Übersetzung von J. F. Kaltwasser, 1799–1806, in der Bearbeitung von H. Floerke, 1913, zugrunde (München, 1964)
- Plutarch 2010: Grosse Griechen und Römer, Bde. I–VI. Übersetzt und mit Anmerkungen versehen von Konrat Ziegler und Walter Wuhmann. Mit einer Einführung von Konrat Ziegler und Hans Jürgen Hillen (Mannheim, 2010³)
- Schiller Friedrich 1790: Die Gesetzgebung des Lykurgus und Solon (1790), in: Schillers Werke XI 6, eingeleitet und hg. von Eduard L. Leuschner (Wien/Hamburg/Zürich, o. J.) 81–116
- Troje Hans Erich 1971: Europa und griechisches Recht (Frankfurt am Main, 1971)
- Troje Hans Erich 2005: Bemerkungen zu »Europa und griechisches Recht«, in: Barta/Mayer-Maly/Raber 2005, 270–281
- Vorländer Hans 1999: Die Verfassung. Idee und Geschichte (München, 1999)
- Walzer Michael 1983/1992: Sphären der Gerechtigkeit (München, 1992)
- Weiler Ingomar 1980: Zum Schicksal der Witwen und Waisen bei den Völkern der Alten Welt, in: SAECULUM XXXI (1980) 157–193
- Weiler Ingomar (Hg.) 1988: Soziale Randgruppen und Außenseiter im Altertum (Graz, 1988)
- West Martin L. (Ed.) 1992: Iambi et Elegi Graeci ante Alexandrum cantati, Vol. II (Oxford, 1992)
- Wilamowitz-Moellendorff Ulrich von 1893/1966: Aristoteles und Athen, Bd. I und II (Berlin, 1893; Berlin/Dublin/Zürich, 1966²)

Bernd Schulte – ein Entdecker des Europäischen Sozialrechts

I.

Der plötzliche und unerwartete Tod Bernd Schultes hinterlässt eine tiefe Lücke in der wissenschaftlichen Analyse des Europäischen Sozialrechts. Bernd Schulte war seit seinem Eintritt in die Projektgruppe der Max-Planck-Gesellschaft für vergleichendes und internationales Sozialrecht in München, aus der 1982 das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht wurde, für das Europäische Sozialrecht zuständig und diese Zuständigkeit – in des Wortes doppelter Bedeutung – nahm er sichtbar wahr. Sie blieb ihm auch nach seinem Eintritt in den Ruhestand im Sommer 2011 erhalten als fortdauernde fachliche Kompetenz in jener zentralen Materie zeitgenössischen Sozialrechts, setzte er doch sein Wirken auch nach dem Ende seines Arbeitsverhältnisses in nie endendem Elan bis zuletzt fort.

Während der langen Zeit von vier Jahrzehnten hat Bernd Schulte ein denkbar weites Themenfeld durchmessen. Er widmete sich dem Sozialrecht des Vereinigten Königreichs und erschloss damit der Öffentlichkeit eine der großen konzeptionellen Alternativen zum deutschen Sozialrecht. Er riss so mit anderen in jener Zeit der ausgehenden 1970er Jahre die Fenster auf. Das war wichtig in einer stickigen Diskussion um die Sozialpolitik in der Bundesrepublik Deutschland, welche nur sich selbst kannte und die Sozialleistungssysteme anderer Staaten nicht zur Kenntnis nahm. Er wandte sich den neuen sozialen Fragen zu – namentlich der Künstlersozialversicherung, Rehabilitation und Behinderung, Betreuung und Sozialhilfe. Sie hatte der in die Jahre gekommene von Nachkriegsproblemen geprägte Sozialstaat der 1970er Jahre vernachlässigt. Er machte damit deutlich, dass der auf die Sozialversicherung bauende deutsche Sozialstaat um weitere Systeme sozialen Schutzes ergänzt und durch die Einbeziehung von Selbständigen erweitert werden muss.

II.

Sein zentrales Arbeitsgebiet wurde in diesen Jahrzehnten das Europäische Sozialrecht; er wurde darüber zu seinem veritablen Entdecker. Er beschäftigte sich ganz nüchtern mit diesem Themenkreis, bereiste gleichsam die Orte der wachsenden Wirksamkeit Europäischen Rechts durch bloße Benennung und Schilderung seines Inhalts. Texte von Kommission und Rat, Entscheidungen von EuGH und Voten des Generalanwalts machte er zum Gegenstand der öffentlichen Berichterstattung. Er öffnete damit dem Fachpublikum neue Horizonte: Es sollte seinen auf das eigene Recht verengten Blick weiten. Er verdeutlichte, was damals niemand wahrhaben wollte, aber schon seit 1959 gilt: Europa prägt die Sozialstaaten sämtlicher Mitgliedstaaten durch ein einheitliches Europäisches Recht. Denn durch die allerersten Verordnungen der EWG

mit unmittelbar normativer Wirkung [VO(EWG)Nrn. 3, 4/58] gegenüber dem Einzelnen verwirklichte die europäische Integration die zwischenstaatliche Koordination sozialer Sicherheit als ihr allererstes Projekt.

Europa war deshalb bereits seit seinen ersten Anfängen ein sozialrechtliches und sozialpolitisches Vorhaben, weil es nur als ein soziales Europa erfolgreich sein. Bernd Schultes hat durch eine stupende Zahl von Veröffentlichungen, Vorträgen, Symposien, Seminaren, Kommentaren und Expertisen beharrlich und stetig, prinzipiell und höchst konkret auf den Einfluss der europäischen Rechtssetzung auf die Sozialrechtssetzung der Mitgliedstaaten hingewiesen. Dadurch vermittelte er tiefe Einblicke in die Regeln, Strukturen, Begriffe und die Systematik dieses sich seit 1959 so mächtig und üppig entfaltenden Europäischen koordinierenden Sozialrechts.

III.

In dem von Hans. F. Zacher geleiteten MPI für ausländisches und internationales Sozialrecht war die Einhaltung der Zuständigkeitsordnung wichtig. Bernd Schulte fiel das Aufgabengebiet Europa und mir das Internationale Sozialrecht zu. Wiewohl die Zuständigkeiten so scheinbar klar getrennt waren, waren beide Aufgabengebiete auf das Engste miteinander verbunden. Denn die EWG schuf mit ihrer Gründung in den VO Nrn. 3 und 4/1958 ein für alle Mitgliedstaaten einheitliches und sie verbindendes Internationales Sozialrecht, welches in der europäischen Rechtsordnung seinen Entstehungs- wie Legitimationsgrund fand. Deshalb konnte das Europäische Sozialrecht nicht ohne das in den, der zwischenstaatlichen Koordinierung der Sozialrechte der Mitgliedstaaten niedergelegten Verordnungen von EWG, EG und EU wissenschaftlich analysiert werden wie umgekehrt das Internationale Sozialrecht darin seine zentrale Referenzmaterie fand und bis heute findet. Dies brachte es mit sich, dass wir beide sozusagen zuständigkeitshalber miteinander verbunden waren. Über Jahre hinweg pflegten wir auf gemeinsamen Gängen zu der vom Institut entfernten Siemens-Kantine einen regen Austausch über alles Mögliche, vor allem das weite Feld des Sozialrechts. Schultes Annäherung an das Thema der Europäischen Sozialpolitik und des Sozialrechts war induktiv - bottom up sozusagen. Dementsprechend ging er nicht von der rechtssystematischen oder rechtsdogmatischen Perspektive aus. Er fragte nicht nach dem Rang und der Funktion dieses neu entstandenen Rechts und ihn trieb auch nicht die Frage um, wie es im Kosmos der für die Sozialpolitik insgesamt maßgebenden Rechtsregeln systematisch und begrifflich einzuordnen wäre. Ihn interessierte das Europäische Sozialrecht als das, was es ist.

Diese fast unbedarfte Annäherung an den Gegenstand war aber nicht unwissenschaftlich, sondern nur unkonventionell, weil offen für das radikal Neue des Europäischen Rechts. Diese Haltung war also sehr klug, weil elementar praktisch, und verbürgte so die Offenheit für alles Neue. Denn in der hergebrachten Systematik und Dogmatik kam das Europäische Recht in diesem überlieferten Denken nicht wesentlich vor. Der damalige Diskurs war

bestimmt vom »Territorialprinzip« und dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit (§ 31 SGB I) und nach Schaffung des GG – ganz allmählich und erst später sich allmählich verstärkend – vom Grundsatz der Verfassungskonformität aller Gesetzgebung. Auf die Sozialpolitik übertragen, ergab sich aus solcher systematischen und dogmatischen Perspektive ganz schlicht die Folgerung, dass alle Sozialpolitik wesentlich eine Hervorbringung des sich rechtlich selbst verfassenden und verfassten Nationalstaates sei. Das erst ganz allmählich in das Blickfeld rechtswissenschaftlicher Analysen tretende Rechtsgebiet Europäischen Rechts entzauberte solche scheinbaren Gewissheiten und enthielt sie als Anachronismus, ja bare Schlichtheit.

Gutta cavat lapidem(Ovid) – steter Tropfen höhlt den Stein, wurde so zur Leitmaxime seines Wirkens. Unablässig und ungebrochen mit einer an Sturheit grenzender und höchst geerdeter Bestimmtheit berichtete Schulte immer wieder – von allen zahlreichen Anfechtungen und Einwänden sichtlich gänzlich ungerührt –, dass Europa die Sozialpolitik tiefgreifend prägt und dadurch verändert – und zwar nicht nur im Detail, sondern von Grund auf –, weil die Grundlagen der Sozialpolitik aller Mitgliedstaaten durch europäisches Recht radikal verändert werden.

Als Schulte in den späten 1970er Jahre sich des Themas erstmals annahm, war es der von den Nachwirkungen der Studentenbewegung, der Ölkrise und dem damit verbundenen, als solchen aber noch längst nicht wahrgenommenen und in seinen Konsequenzen durchschauenden Wandel der Nachkriegsgesellschaft und deren Ökonomie geprägt. Die spätere Diskussion um den Wohlfahrtsstaat sollte diese damals zu Ende gehende Epoche, welche die Studentenbewegung den »Spätkapitalismus« nannte, zum Goldenen Zeitalter des Wohlfahrtsstaates – die trente glorieuse – erklären. Die Wahrnehmung von den damaligen Unvollkommenheiten und Unzuträglichkeiten in den Wohlfahrtsstaaten der Epoche – Schulte hatte viele dieser Schwachstellen klar benannt und vertieft analysiert – entsprachen diesem idealisierten Bild freilich keineswegs. Europa war in den frühen 1970er Jahren erstmals mit einer Abfolge von Ratstagungen bemüht, sich seiner sozialen Aufgaben inne zu werden und anzunehmen. Dies äußerte sich in gemeinsamen Europäischen Regeln über den Schutz der Beschäftigten beim Betriebsübergang, bei Unternehmenskrisen, Massenentlassung und Insolvenzen von Unternehmen. Außerdem griff Europa das Thema Gleichbehandlung von Frauen und Männern im Erwerbsleben auf. Die damalige Frauenbewegung wirkte dafür als probate Unterstützung.

Die Öffentlichkeit sah in der europäischen Integration als Verflechtung der Marktwirtschaften des »freien Europas« damals vor allem die ökonomische Antwort des Westens gegen den als gefährlich wahrgenommenen Osten, wo es ähnlich wie im Westen im Rahmen der Staaten des RGW zu einer Verflechtung der dortigen Volkswirtschaften kam. Europa stand in jener Zeit vornehmlich für die Segnungen der mit größerer Warenvielfalt verbundenen Wirtschaftswunderwelt, in der die Deutschen dank einer starken DM scharenweise für die »schönsten Wochen des Jahres« nach Italien zogen und dort

Sonne, Strand und einen Schuss südlicher Lebensfreude fanden. Von den Landwirten abgesehen, konnte sich der Durchschnitts-EWG-Bürger sagen: Europa ist eine komfortable Angelegenheit – aber ohne weitreichende Wirkungen für das eigene Leben. Europa regte damals weder an, noch regten sich die Menschen darüber auf. Europa war in der Welt der großen Politik gegenwärtig, störte im Alltag aber niemanden und wurde demgemäß auch von vielen nicht für wichtig gehalten.

Dementsprechend blieben die ersten Stellungnahmen Schultes zu Europa ziemlich wirkungslos. Das galt freilich auch für andere Arbeiten des Instituts. Die vergleichenden Darstellungen zum britischen, französischen und italienischen Sozialrecht von Schulte, Igl und Simons interessierten nur die ohnehin Interessierten – eine Handvoll Jungakademiker, die mehr ahnten, als wussten, welches Potential zur Veränderung in diesem internationalen und europäischen Blick auf Sozialstaatlichkeit lag.

Allerdings änderte sich die Wahrnehmung in der Folgezeit erheblich und zwar unter dem Eindruck der sich zuspitzenden wirtschaftlichen Krisen, die mit dem ökonomischen Strukturwandel, einer grassierenden Arbeitslosigkeit und der gleichzeitig in den 1980er Jahren vollzogenen Süderweiterung der EWG auf Griechenland, (1981), Spanien und Portugal (1986) verbunden war. Das sozialpolitische Klima verschärfte sich. Die EWG durchlief die Phase der »Eurosclerose« und gab sich mit dem »Binnenmarkt«-Programm von 1986 ein Ziel vor, bis 1992 den Binnenmarkt in der EU zu vollenden. Im Zusammenhang damit standen erste Bestrebungen zum Abbau der physischen Grenzen – also der Grenzanlagen und der Abschaffung von Grenzkontrollen. Konnte angesichts dessen der Europa teilende Eiserne Vorhang noch bestehen bleiben, wenn in der EWG die Grenzzäune zwischen den Mitgliedstaaten immer durchlässiger werden? Diese Frage lag – objektiv betrachtet – damals in der Luft. Sie wurde aber von wenigen gestellt, rührte sich doch an der Nachkriegsordnung, die im Kalten Krieg einen eher kalt zu nennenden Frieden brachte.

Die Produktivität Europäischer Rechtsetzung nahm – nicht zuletzt auf Betreiben der deutschen Bundesregierung – auf dem für den Binnenmarkt zentralen Gebiet des Arbeitsschutzes deutlich zu. Kaum merklich wurden ausgangs der 1980er und zu Beginn der 1990er Jahre so gut wie alle Materien des Arbeitsschutzrechts in der gesamten EWG weitgehend vereinheitlicht. Denn der Binnenmarkt sollte den Wettbewerb nicht auf der Basis ungleicher und lausiger Standards im Arbeitsschutz, sondern auf einem gesicherten Fundament sozialer Rechte stattfinden. Ausdruck dieser Bemühungen war die Verabschiedung der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989, in der am Vorabend des Binnenmarktes diese Überzeugung noch einmal feierlich bekräftigt werden sollte. Das Verdingte Königreich sah sich bekanntlich außer Stande, solchen Bekundungen zuzustimmen.

Deshalb erlangte die Gemeinschaftscharta zunächst nicht den Rang eines Aktes formeller Rechtsetzung der EU. Im Laufe der 1980er Jahre mehrten

sich aber auch die EuGH – Entscheidungen, welche den Mitgliedstaaten gerade in der Sozialpolitik auf die Nerven gingen: Pinna, Salzano, Roviello, Christel Schmidt, Paletta – die Namen sind Legion. Sie lösten tektonische Wirkungen aus, weil sie das in den Nachkriegsjahren scheinbar so fest gefügten Strukturen der Arbeits- und Sozialpolitik der Mitgliedstaaten in ihren Grundfesten erschütterten. Da erfachte sich der EuGH unter Berufung auf seine Rolle als Motor der Integration zentrale Prinzipien der Sozialpolitik der Mitgliedstaaten aus europarechtlichen Gründen in Frage zu stellen. Ein Schmerzschrei gellte durch die Fachwelt. Wurde darin ein Phantomschmerz artikuliert, weil sie innezuwerden begann, dass die Goldenen Zeiten des sich selbstgerecht und selbstgefällig einrichtenden national verengten, bornierten Sozialstaats vorbei sind – und zwar dank und wegen Europas? Allmählich reifte die Einsicht: Europe matters – auch im Arbeits- und Sozialrecht!

IV.

Bernd Schulte wurde so zu dem maßgeblichen deutschen Experten und alsbald auch zu der unangefochtenen europäischen Autorität auf diesem Gebiet, dessen Rat und Einsichten auch den zahlreichen in den verschiedenen Erweiterungsrunden hinzugekommenen neuen Mitgliedstaaten nützten und ihnen halfen, ihren Pflichten aus der Mitgliedschaft in der EU auf sozialrechtlichem Gebiet nachzukommen. Er war in diesem sich seit 1981 Schritt für Schritt immer wieder vergrößernden Europa auf dem für die europäische Rechtsentwicklung zentralen Gebiet der zwischenstaatlichen Sozialrechtskoordination der anerkannte Experte. Er wirkte in Brüssel und an vielen Orten in Europa, anregend, deutend und auch als Berater für manche politische Veränderung.

V.

Er war ein ungewöhnlicher Vertreter der deutschen Rechtswissenschaft, nicht allein wegen seiner internationalen Ausrichtung und europäischen Verpflichtung. Seine Schriften hatten auch nichts von selbstreferentieller Grübeleien, gefielen sich nicht in Verstiegheiten, begrifflichen Elaboraten oder »dogmatischen« Kraftanstrengungen. Kein Theater, sondern trockene Berichterstattung, was Sache ist. Die Sache selbst – das europäische koordinierende Sozialrecht – ist schon kompliziert und abstrakt genug: Sie bedarf deshalb nicht einer weiteren, sich »wissenschaftlich« gebärdenden Überhöhung. Sein Anliegen war es vielmehr, in aller ihm auszeichnenden Direktheit das abstrakte Europäische Recht in seiner praktischen Bedeutung aufzuzeigen und daraus rührende Folgen zu bestimmen. Auch insoweit stieß er das Fenster auf, indem er den Lesern und Zuhörern – ohne begriffliche Barrieren zu errichten –, den unmittelbaren Zugang zu den Regeln des Europäischen Rechts ebnete. Sein Urteil war stets sicher und geradlinig. Sein Blickwinkel war der des Sozialleistungsberechtigten und dessen Hoffnung, dass ihm das verheißene Recht auch widerfahre. Er war offen im Umgang mit anderen Menschen, kein

Besserwisser und Rechthaber, Eiferer oder Phantast. Er war ein überzeugter Europäer und Weltbürger, der darum wusste, dass Europa nur als soziales Europa bestehen kann und die Globalisierung nur durch eine umfassende sozialpolitische Flankierung für die Menschen erträglich ist.

Zuletzt trafen wir uns Ende Oktober 2014 auf einer gemeinsamen Fahrt von Salzburg nach München auf dem Rücksitz eines älteren Autos. Wir sprachen miteinander so vertraut und verständig wie immer. Bernd Schulte war ruhiger geworden und wirkte ein wenig distanzierter – das ist mir schon aufgefallen. Aber er war wach und engagiert und tatkräftig – wie eh‘ und je. Er war mir ein wichtiger Wegbegleiter und ein aufrichtiger, mich vielfältig anregender und unterstützender Kollege, dessen Verlust ich als sehr einschneidend und unwiederbringlich erlebe. Er war bis in die letzten Jahre ein markantes Gesicht am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht: Ein in seiner Bescheidenheit, Fundiertheit wie Urteilskraft und Weltoffenheit vorzüglicher Repräsentant der Wissenschaft in Europa und der Welt.

Fidel Ferreras Alonso, Madrid

La incorporación de las orientaciones de la Unión Europea en materia de Seguridad Social al ordenamiento jurídico español

Contenido

- I. El Modelo Social Europeo
- II. El cambio de paradigma
- III. Las orientaciones europeas en materia de protección social y, básicamente, en pensiones.
- IV. La recepción de las orientaciones europeas en el ordenamiento de la Seguridad Social española.

He elegido este tema en memoria de mi amigo Bernd Schulte porque él era uno de los grandes especialistas europeos del derecho comunitario y soy consciente que yo en ningún caso en este artículo escrito en su memoria no lo puedo hacer igual que él lo hubiera hecho. El análisis de la Seguridad Social española, en el contexto de la protección social de la Unión Europea, me va a permitir, exponer si la evolución que se ha seguido en los últimos años en nuestro sistema de Seguridad Social en España y, dentro del mismo, del sistema de pensiones se ha ido o no acomodando a las orientaciones que se aprobaban en los órganos correspondientes de la Unión Europea.

I. El Modelo Social Europeo

Lo primero que habría que preguntarse es si existe un «contexto europeo de protección social», puesto que no es necesario insistir en que no existe una Seguridad Social europea. Pero, a pesar de ello, sí que en la doctrina y en la literatura se habla de un «Modelo Social Europeo», con el que se quiere identificar un conjunto de elementos comunes entre los Estados que conforman la Unión Europea, que han configurado, a nivel nacional, la forma de «Estado social», y que se caracteriza por un nivel de protección de bienestar social, con su traslación a la acción comunitaria, y sin que el mantenimiento y continua evolución positiva del mismo fuese contrario a alcanzar el más alto desarrollo económico. No debe olvidarse (aunque con frecuencia y desde hace varios años las acciones comunitarias no vayan en esa dirección) que el artículo 3 del Tratado de la Unión establece, dentro de las finalidades de la misma, lograr un crecimiento económico equilibrado en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social. Habría que recordar entre otras dos expresiones que recoge el Tratado de la Unión, una que se refiere al crecimiento económico y, otra, al progreso social.

Porque el Modelo social europeo, en su configuración más desarrollada de la década de los años ochenta y noventa, partía de la existencia de unas características comunes en los Estados miembros como la solidaridad, la cohesión,

la igualdad de oportunidades, la lucha contra la exclusión social, el mantenimiento de los sistemas públicos de protección social y principios comunes.¹

Esto llevó a un crecimiento importante de las partidas presupuestarias dedicadas a la protección social que, en media y relacionada con el Producto Interior Bruto nacional correspondiente, se situaba en un entorno del 30 %, partiendo del convencimiento de los Gobiernos, de las fuerzas sociales y de los propios ciudadanos de que un buen sistema de protección social conducía a un mejor desempeño y desarrollo económico.

II. El cambio de paradigma

No obstante, con la entrada del nuevo siglo ya se advierte un cambio esencial en esa visión idílica entre crecimiento económico/nivel de protección social, cambio que va a ir acompañado de una interferencia cada vez más fuerte de las instancias comunitarias en las decisiones de los Gobiernos, interferencia que va a afectar también a las políticas de protección social, y todo ello a pesar del escasísimo o inexistente grado de competencia de tales instancias, conforme al contenido de los Tratados. El artículo 137 del Tratado determina que respecto de los sistemas nacionales de seguridad social es competencia exclusiva de los Estados miembros y en ningún caso de los órganos comunitarios. El propio Tribunal Europeo también se ha pronunciado en este mismo sentido.

Así, por ejemplo, ya en 2008 presentó la Comisión de la Unión Europea (U. E.) todo un conjunto de iniciativas sociales (el denominado «Paquete Social») lo que demuestra el interés y la incidencia de las instancias comunitarias en la actuación de los Estados, posición que va a agudizarse con la presencia y agravación con motivo de la crisis económica, iniciándose un camino que no significa más que una posición ideológica y la puesta en práctica de políticas neoliberales, que implican una virulencia inédita en el ámbito de las pensiones, entre otras.

Esa pretensión de reformar los sistemas de protección social, la reducción de los salarios, la minoración de los derechos sociales de los trabajadores, la temporalidad en el empleo, el incremento de los gastos de las familias en los ámbitos sanitarios, vivienda y otros de consumo necesario, favorecer la implantación de los sistemas complementarios² etc., ponen de relieve que se está

1 SCHULTE, Bernd, Investigador en el Max Planck en Munich mantiene en «Allgemeine Regel des internationalen Sozialrechts – supranationales Recht», obra colectiva «Sozialrechts-handbuch (SRH) – pág. 1409 – 4ª Edición-Munich que a la vista de la heterogeneidad actual de los sistemas nacionales no habrá en un futuro un modelo institucional uniforme de protección social en los países de la UE. Su evolución fundamentalmente ha sido y está condicionada por elementos políticos, sociales, culturales, tradiciones, religiosos y menos por motivos económicos.

2 No se hace un análisis exhaustivo de las publicaciones de la Comisión de la UE sobre la insistencia de dar más importancia a los modelos de capitalización, baste citar aquí el «Libro Verde, pensiones europeas adecuadas seguras y sostenibles» Bruselas, 2010; «Libro Blanco. Una Agenda para pensiones adecuadas, seguras y sostenibles», Bruselas, 2012; «The 2012 Ageing Report . Economic and budgetary projections for the EU 27 member states», Bruselas, 2012; «Evaluación del Programa Nacional de reformas de 2014 del

aprovechando la crisis económica para toda una actuación que ha producido que la sociedad europea (o, al menos, una parte importante de la misma) entre en una «era de vulnerabilidad», de modo que los ciudadanos se sienten cada vez más inseguros ante cualquier vicisitud y cualquier circunstancia adversa, ya que los recortes en las políticas sociales producidos por las políticas de austeridad (el denominado «austericidio») se ha traducido en un aumento sin precedentes de la vulnerabilidad, rompiendo toda la trayectoria anterior de políticas construidas durante décadas.

Las consecuencias de estas políticas son conocidas y no se van a señalar aquí. Baste decir que una Organización que nunca se había destacado por poner el acento en las políticas sociales, como es la Organización para el Comercio y el Desarrollo Económico (la OCDE), en un reciente informe (que, por cierto, animo a consultarlo), ha puesto de relieve el fuerte incremento de la pobreza y de la desigualdad en los países de la Unión Europea durante el último sexenio, abogando por la imperiosa necesidad de adoptar medidas respecto del deterioro de las condiciones de vida de las personas, pues esta situación supone un fuerte freno para el crecimiento económico.

III. Las orientaciones europeas en materia de protección social y, básicamente, en pensiones.

Tras la realización de la consulta pública originada por la presentación por parte de la Comisión Europea del denominado «Libro Verde en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros», la posición de las instituciones comunitarias en relación con los sistemas de pensiones y la forma de afrontar los retos y desafíos que se le presentaban, se plasma en el «Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles», a la que habría que añadir el conjunto de recomendaciones (o ¿imposiciones?) que se vienen efectuando desde otras instancias como es el ECOFIN o la troika o las decisiones semestrales de los Jefes de Estado y/o Gobierno .

De forma casi telegráfica, se recuerdan los retos a los sistemas de pensiones y las respuestas más adecuadas que se ofrecen en ese documento de la Comisión Europea:

- Dentro de los retos se recuerda el envejecimiento de la población, el impacto de la crisis económica, con sus efectos en el crecimiento de los gastos y la reducción de los ingresos. Y para hacer frente a esos dos grandes desafíos se aboga por una reforma, importante y adecuada, de los sistemas de pensiones, con el objetivo de proporcionar unos ingresos adecuados por jubilación que permitan disfrutar de un nivel de vida digno y gozar de independencia económica, de modo que exista un equilibrio entre el tiempo

Programa de Estabilidad de 2014 de ESPAÑA, Bruselas, 2014. En todos estos documentos de la Comisión, bajo admirables eufemismos y circunloquios, se hacen permanente recomendaciones para implantar modelos de capitalización en los países europeos y en ninguno de ellos se hace la más mínima referencia sobre el nivel de protección que se alcanzaría como consecuencia de ello. A la Comisión, a la vista de los hechos le es ajena esta nueva situación y de tanta relevancia para los ciudadanos europeos.

de vida laboral y el tiempo de jubilación, vinculando la edad de jubilación y el nivel de las prestaciones a los aumentos de la esperanza de vida o restringiendo los planes de jubilación anticipada y favoreciendo la prolongación de la vida laboral;

- acabar con las diferencias entre hombres y mujeres en materia de pensiones,
- y fomentar la constitución de planes de ahorro privados complementarios de jubilación.

Ahora bien, como quiera que la Comisión de la Unión Europea no tiene competencia alguna para obligar a los Estados a la adopción de medidas como las indicadas³, esa falta de competencia se ve sustituida por la acción de otras instancias⁴, como las «Recomendaciones Nacionales específicas», los «Memorandum de entendimiento, con ocasión de rescates o ayudas económicas entre otros. Instrumentos que se utilizan para presionar (se habla de «chantaje social») a los Gobiernos, sobre áreas en las que no tiene competencias, y sin que por parte de la Comisión se asuman responsabilidades políticas, ni de otra clase, sobre los efectos que, a nivel nacional, puedan tener al poner en práctica las recomendaciones que reflejan el grupo de expertos (muchas veces hay que dudar sobre la calidad e ideología de los mismos).

La confianza que tiene la Comisión Europea en los regímenes de capitalización es increíblemente persistente hasta fechas bien recientes como se aprecia en sus documentos del 16.12.2012 y del 2 de junio de 2014, respectivamente⁵, y las increíbles soluciones que viene sugiriendo a los ciudadanos y que ahora además recomienda cada vez con más fervor desde que aparecieron las sucesivas crisis económicas ¿programadas?. De los graves perjuicios económicos en sus pensiones causados a los ciudadanos durante los años de crisis económica, no se hace la más mínima mención en esos documentos.

Ahora bien, se insiste que las «recomendaciones» y los «memorándums» no tienen valor jurídico alguno y en nada obligan a su adopción. Son los Estados los que hacen caso o no a dichas propuestas. Valgan dos ejemplos: en la ronda de recomendaciones de julio de 2013 se puso de manifiesto la ineficiencia del sistema sanitario en general y las medidas para evitar esa situación. En las Recomendaciones de 2012 sobre España se abogaba por la incorporación

3 Vid. Sentencias del Tribunal Europeo de Justicia de 7.2.1984, asunto C-238/82 (Duphart, Slg. 1984 523, Rn. 16; sentencia de 17.6.1997, asunto C-70-95 (Sodemare), Slg. 1997, I-3395, Rn. 27, entre otras.

4 El Presidente y Director general del Instituto Federal de Pensiones de Alemania con sede en Berlín Dr. RISCHE, Herbert, publicó un artículo muy crítico en relación con las pretensiones de la Comisión de la UE en relación con el Método Abierto de Coordinación, negándose rotundamente a dejar en manos de la Comisión el diseño de las políticas nacionales sobre pensiones. Causó verdadera sensación porque se interpretó que esa era la posición no sólo del Instituto Federal de Pensiones, sino del propio Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. El artículo se publicó en la Revista «Rentenversicherung-Aktuel 1/2009, Berlín, 2009.

5 Libro Blanco: «Eine Agenda für angemessene, sichere und nachhaltige Pensionen und Renten», SWD (2012) 8 final, Bruselas 16.1.2012, en cuya pág. 16 indica que «la Comisión actuará para reducir el gasto público de pensiones y simultáneamente hará lo que esté en sus manos para la implantación y fortalecimiento de sistemas de capitalización complementarios», y Documento de trabajo de la Comisión SWD (2014) final del 2 de junio de 2014; COM (2014)410 final.

del factor de sostenibilidad en el sistema de pensiones español, a pesar de un año antes se había retrasado ya la edad de jubilación de 65 a 67 años. Muy poco tiempo después el actual Gobierno con mayoría absoluta en el Parlamento español y basándose en esas recomendaciones comunitarias propuso incorporar además el factor de sostenibilidad a la legislación interna española (Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera; Real Decreto Ley 5/2013 y, finalmente, la Ley 23/2013, de 23 de diciembre).

IV. La recepción de las orientaciones europeas en el ordenamiento de la Seguridad Social española.

No cabe duda que buena parte de los retos y desafíos sobre los sistemas de pensiones que se reflejan en los documentos comunitarios estaban presentes también en el sistema de pensiones español, y que era preciso la adopción de medidas para hacer frente a los mismos, si se pretendía el reforzamiento y la viabilidad de ese mismo sistema, pero siempre con un norte de referencia claro: la defensa de un sistema público de pensiones, basado en la solidaridad y en el reparto, y que se ha venido construyendo y mejorando con el esfuerzo de generaciones de españolas y españoles a lo largo de casi un siglo.

Y este fue el camino con los que los sucesivos Gobiernos encararon las reformas del sistema de pensiones, desde el año 1982 hasta el año 1996 y desde el año 2004 hasta el año 2011, partiendo de dos premisas: de una parte, el acuerdo, político y social, puesto que la experiencia venía demostrando que las reformas pactadas con el conjunto de la ciudadanía, a través de sus representantes sociales y políticos, tenían una legitimidad amplia y eran aceptadas esas medidas consensuadas, considerando la alta sensibilidad de las mismas por el conjunto de los ciudadanos.

A través del acuerdo mayoritario político (plasmado en la nueva reformulación del Pacto de Toledo, de 25 de enero de 2011, después de un año de sucesivas reuniones con todos los partidos políticos y el Gobierno en el seno del Congreso de los Diputados), así como con el respaldo unánime de las representaciones sociales de mayor representatividad (Acuerdo social y económico, de 2 de febrero de 2011), el Partido Socialista abordó la reforma del sistema de pensiones, a través de la Ley 27/2011, que, entre otras medidas cabría destacar el retraso de la edad de jubilación hasta los 67 años y la implantación de una nueva fórmula de cálculo de las pensiones, demorando su entrada en vigor en una parte de la reforma, al 1º de enero de 2013 (debido a la necesaria prudencia en la adopción de la misma). A finales de 2012 todos estos objetivos se ven alterados de forma drástica con el nuevo Gobierno, adoptando de forma unilateral (rompiendo de esta forma el pacto social y económico en que se había basado la reciente Ley 27/2011) nuevas medidas que modificaron la misma y que pueden calificarse como una verdadera »contrarreforma«. El denominado Pacto de Toledo de 1995 se había roto y la nueva redacción del mismo del año 2011 había dejado de existir.

¿Cuáles fueron las principales medidas adoptadas para la recepción de determinadas orientaciones europeas en el sistema público de pensiones en España, y como ha sido alterado a partir de 2012?:

- La revalorización de las pensiones se llevará a cabo según la Ley 27/2013 a partir de 2014 teniendo en cuenta la situación financiera del sistema público de pensiones en los 5 años precedentes al año en que se produce la revalorización y las previsiones económicas de los cinco años siguientes al año de la revalorización. En efecto, a partir de 2014, en una cuestión tan sensible como es el de la actualización de las pensiones, produce una modificación estructural, adoptada unilateralmente, que va a incidir de forma importante sobre la capacidad de compra de los pensionistas, en cuanto la inflación vuelva a tener un signo positivo. Pero es que, además, incluso con los niveles de inflación como los que hemos tenido en los dos últimos años, las pensiones han perdido poder adquisitivo, por más que la propaganda del Gobierno insista en lo contrario. Por qué de qué vale que las pensiones se suban un 0,25 % (con inflación negativa) si se han aplicado medidas en sentido contrario. ¿Qué significan 250 millones de euros del total del gasto producido por la revalorización (que es la incidencia de una subida del 0,25 %), si, al tiempo, a los pensionistas se les han exigido 800 millones de euros, a través de los copagos en los productos de farmacia, adoptados en 2012, cifra a la que habría que añadir los millones de euros que han tenido que desembolsar los pensionistas en la adquisición de productos y especialidades farmacéuticas que han salido de la financiación pública sanitaria-farmacéutica, y con una fuerte utilización por parte de la población pensionista, especialmente la de mayor edad?.
- La implantación en la fórmula de cálculo de las pensiones de mecanismos futuros de adecuación del sistema de pensiones a las modificaciones de la demografía y al efecto del mayor envejecimiento de la población. Pero, si en la Ley 27/2011 (y conforme a los acuerdos políticos y sociales) se demora la aplicación de estos mecanismos a que hubiesen entrado en vigor y en su plenitud todas las medidas de reforma, es decir, al ejercicio de 2027, y ello en un marco de reflexión y acuerdo, el Gobierno actual incorpora, de forma unilateral, escudándose en las exigencias comunitarias y tras unos estudios para los que se exigen voces afines y que carecen de la más mínima pluralidad de posiciones y con un grado de independencia, al menos criticable, un factor de sostenibilidad que, a partir de 2019, supondrá una reducción de la cuantía de las pensiones que hasta el año 2025 que algunos calculan que será de no menos del 15 %. O, por último, la implantación de mecanismos futuros de adecuación del sistema de pensiones a las modificaciones de la demografía y al efecto del mayor envejecimiento de la población. será de un 15 % de modo que para los pensionistas que se jubilen a partir de esa fecha su nivel de vida va a verse afectado por una reducción de la pensión de entrada y por una pérdida del poder adquisitivo durante la percepción de la pensión.

- La mejora de las pensiones más bajas, especialmente las pensiones mínimas y especialmente las pensiones de viudedad para beneficiarias de más edad y con una única pensión, dentro de un objetivo más amplio, no ha habido una acción de mejora y se mantiene año tras año »congelada« la mejora de las pensiones de viudedad.
- se endurecen los requisitos para el acceso a la pensión de jubilación anticipada.

El subsidio por desempleo que se percibe una vez agotado la prestación por desempleo, se aumenta la edad del inicio de su percibo de 52 años de edad a los 55 años de edad.

¿Y qué viene produciendo todo este conjunto de políticas en nuestro país o las que, en forma similar, se adoptan en otros países de la Unión Europea?. En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, Consejo de la U. E., de 2 de junio de 2014 (titulado con un pomposo nombre se constata – es literal-que »en muchos países miembros se ha producido realmente un disminución de la renta disponible de los hogares privados: En total, una cuarta parte de la población de la Unión Europea se encuentra amenazada por la pobreza o de la exclusión social. El paro de larga duración, la segmentación del mercado de trabajo, y la polarización salarial son los motivos principales para la pobreza y la exclusión social pero también el retroceso de los efectos redistributivos de los impuestos y de los sistemas de protección social contribuyen a ello. En una serie de países europeos los efectos estabilizadores de las prestaciones sociales han perdido sus efectos con el transcurso del tiempo cuando han coincidido con un incremento de parados de larga duración que han perdido sus derechos. La exigencia de restablecer factores de sostenibilidad económicos en los sistemas de protección social, también han contribuido a que se produzcan dichos efectos.«

Es alarmante que los futuros pensionistas en Europa si no se consigue parar el actual desarrollo emprendido respecto de la política social, recibirán pensiones más bajas en al menos 14 países en Europa, esa región del mundo en donde ha estado funcionando el conocido y admirado por la sociedad en general el llamado »Modelo Social Europeo«. Es alarmante que la región del mundo en donde sus ciudadanos comparativamente cuentan en términos generales con salarios elevados y un elevado nivel de renta, se están reduciendo una amplia gama de prestaciones, como las de dependencia, la de cuidados médicos, las propias pensiones públicas y la reducción de servicios públicos de calidad. Quizá por esta situación del hasta ahora relativo bienestar, y porque esta situación económica lo favorece, es por lo que por los poderes económicos y los mercados financieros, que nunca dan la cara como si estos no fueran personas las que los dirigen, se está pretendiendo la desregulación absoluta y privatización de los servicios públicos que constituyen el Estado de Bienestar. Han descubierto para sí una nueva fuente de riqueza y de influencia aunque nada ayudaron previamente para construir estos instrumentos sociales de bienestar. Se está consolidando la idea en la sociedad europea en que por primera vez los descendientes de los pensionis-

tas van a disponer de unos servicios y pensiones públicas de inferior calidad que sus propios ascendientes.⁶

Y, en las recomendaciones para 2014 referidas a España, aunque en nada se habla ya del sistema de pensiones (ya se había aprobado la contrarreforma de la Ley 23/2013 por el actual Gobierno) se recomienda una mayor eficiencia del sistema sanitario, sobre todo debe aumentarse »la racionalización del gasto farmacéutico«, indicando al mismo tiempo que España se sitúa por debajo de la media de la UE por lo que respecta a los principales indicadores que miden la pobreza y la exclusión social, y registra una de las mayores caídas de la renta familiar y uno de los mayores niveles de desigualdad de la renta de la UE.

Se puede pensar que estas nuevas orientaciones de las instituciones de la Unión Europea (en las que, por cierto, nada se dice sobre su incidencia en la adopción de medidas que han originado, en parte, llegar a esta situación de pobreza y de desigualdad social) van a obligar a cambiar de rumbo si se quiere que el sistema de protección social pueda seguir cumpliendo las funciones para el que fue establecido y los ciudadanos crean realmente en los objetivos y función social característicos de los sistemas públicos de pensiones.

6 Así en el amplio estudio del Profesor Dr. Schmal, Winfried (Catedrático de Economía en la Universidad de Bremen: »Finanzmarktkrise, Europa und die deutsch Altersicherung«, Zes-Arbeitspapier Nr. 8-2012, Universidad de Bremen, 2012.

Bürgerrechte – Soziale Rechte – Gleichberechtigung: Frauenpolitik zwischen Altem Reich und Weimarer Republik

Inhaltsübersicht

- I. Frauen im Zeitalter der Revolutionen
- II. Frauen und soziale Rechte im Kaiserreich
- III. Auf dem Weg zur gleichberechtigten Staatsbürgerin: Von der Jahrhundertwende zur Weimarer Republik

Vom Zeitalter der Aufklärung, als erste Forderungen nach Bürgerrechten für Frauen erhoben wurden, bis zur vollständigen Gleichberechtigung von Frauen sind gut 200 Jahre vergangen. Mit dem Zweiten Gleichberechtigungsgesetz von 1994 und den damit verbundenen Gesetzeskomplexen wurden viele Maßnahmen ergriffen, um letzte rechtliche – auch arbeitsrechtliche – Benachteiligungen von Frauen aufzuheben. Dadurch hat sich Frauenpolitik in den letzten 20 Jahren nochmals erheblich gewandelt. Es wird jetzt nicht mehr gegen diskriminierende Rechtsnormen gestritten, sondern für eine aktivere Beseitigung der strukturellen Benachteiligungen – im Sinne der neuen Einfügung in Art. 3 Abs. 2 GG: »Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.«

In die Gleichstellungsdebatte haben in den letzten Jahren – zu Recht – auch weitere Themen Eingang gefunden: Gender Mainstreaming, Intersektionalität, Diversity oder auch Jungenförderung, vor allem im Bildungsbereich. Dennoch stellen sich manche Frauen, und Männer, die Frage, wie viele Jahre sie noch einmal warten müssen, bis auch eine tatsächliche Gleichstellung erreicht ist. Wissenschaft und Wissenschaftspolitik etwa sind – trotz Frauenförderung und gar nicht weniger Bildungsministerinnen – immer noch männlich dominierte Felder. Und in der Wirtschaft sind es nicht nur die Führungsetagen, die sich Frauen recht hartnäckig versperren, sondern es ist oft auch das »ganz normale« männliche Einkommens- und Karrieremodell, das Frauen nicht die gleichen Chancen bietet. »Die Quote«, so wie sie im März 2015 eingeführt wurde, ist keine bedeutsame Reform: 30 Prozent Frauen in den Aufsichtsräten börsennotierter Großunternehmen? Das ist nicht wirklich, was genderpolitisch Engagierte unter mehr Gleichstellung in Deutschland verstehen.

Im Zentrum von *Bernd Schultes* Eintreten für Gleichstellung standen die vom europäischen Recht vorangetriebene vollständige Diskriminierungsfreiheit, Lohngleichheit und auch die Möglichkeit für beide Geschlechter, Erwerbs- und Familienarbeit miteinander vereinbaren zu können. Sein Überblick über das, was etwa in skandinavischen Ländern in dieser Hinsicht erreicht wurde, hat uns immer wieder in rege Diskussionen über das Thema Gleichstellung geführt, für das er Interesse und Engagement zeigte. Dieser

historische Überblick über die Geschichte von Frauenpolitik und Frauenrechten bis zur Weimarer Republik ist deshalb dem Freund in Dankbarkeit für seine Solidarität mit dem anderen Geschlecht gewidmet.

I. Frauen im Zeitalter der Revolutionen

Dass die Frauenfrage in der Französischen Revolution thematisiert würde, scheint eigentlich selbstverständlich, wenn man bedenkt, dass die Revolutionäre mit der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 antraten, um für die Gleichheit aller Menschen zu kämpfen.¹ Wenn man außerdem bedenkt, dass Frauen sich ganz aktiv an der Revolution beteiligten – besonders exponiert etwa mit dem Marsch der Pariserinnen nach Versailles vom 5. Oktober 1789 –, dann müsste noch selbstverständlicher erscheinen, dass der epochale Aufbruch, der damals eingeleitet wurde, natürlich auch die Frauen umfassen würde. Bedurften sie nicht mindestens ebenso sehr einer Befreiung aus Unterdrückung und Abhängigkeit, brauchten sie keinen Raum zur Entfaltung ihrer Persönlichkeitsrechte?

Allerdings zeigt schon eine kritische sprachliche Betrachtung, dass eben »Fraternité« im Wortsinn nur »Brüderlichkeit« bezeichnet, anders als die geschlechtsneutrale »Solidarität«. Ebenso wie »Hommes libres et égaux en droits« nicht zwingend Frauen umfassen muss – und tatsächlich auch nur auf das männliche Geschlecht zielte. Und so schien es unter den Zeitgenossen nur sehr wenige zu stören, dass Frauen höchst ungleich an der Revolution für Gleichheit beteiligt wurden. Die vorherrschende Überzeugung auch der Revolutionäre war, dass eine Frau eben kein »Bürger« mit den gleichen Persönlichkeits- und Freiheitsrechten wie der Mann sei, sondern der biologische Geschlechtsunterschied sie zugleich vom Status bürgerlicher Selbständigkeit ausschließe. Alle revolutionären Errungenschaften könnten Frauen von daher allenfalls in Ableitung von männlichen Rechten zugute kommen. Diese Auffassung schloss an die großen Philosophen der Aufklärung an, allen voran Immanuel Kant, der die Stellung der Frauen als »Schutzgenossen« oder »passive Staatsbürger« beschrieb.²

Umso bemerkenswerter sind die wenigen zeitgenössischen Stimmen, die Frauen nicht als minderwertige oder passive Geschöpfe bezeichneten, sondern sie auf eine Stufe mit dem anderen Geschlecht stellten. Olympe de Gouges (eigentlich Marie Gouze, 1748–1793) forderte in ihrer »Erklärung der Rechte der Frau und der Bürgerin« vom September 1791 als die »natürlichen, unveräußerlichen und heiligen Rechte der Frau« die gleichen wie die

1 Zum Folgenden vgl. *Ute Gerhard*, Frauenbewegung und Feminismus. Eine Geschichte seit 1789, München 2009, S. 9 ff.; *dies.*, Grenzziehungen und Überschreitungen. Die Rechte der Frauen auf dem Weg in die politische Öffentlichkeit, in: *dies.* (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart, München 1997, S. 509 ff.; *Ute Frevert*, Frauen-Geschichte. Zwischen Bürgerlicher Verbesserung und Neuer Weiblichkeit, Frankfurt a. M. 1986, S. 15 ff.; *Gisela Notz*, Feminismus (Basiswissen), Köln 2011, S. 40 ff.

2 Aus Kants »Metaphysik der Sitten« zitiert nach *Gerhard*, Grenzziehungen und Überschreitungen, S. 512 f.

des Mannes anzuerkennen, nämlich »frei geboren« zu sein und sich politisch vereinigen zu können, um die Rechte »auf Freiheit, Eigentum, Sicherheit und besonders auf Widerstand gegen Unterdrückung« zu realisieren.³ Dass sie bereit war, in der Konsequenz auch die gleiche politische Verfolgung wie das männliche Geschlecht zu ertragen, macht es nicht weniger tragisch, dass diese ungewöhnliche Frau dem Jakobinischen *Terreur* zum Opfer fiel und 1793 guillotiniert wurde. Ihre Frauenrechtserklärung setzte sich in keiner der revolutionären Verfassungen durch, bleibt aber ein wichtiges Dokument auf dem Weg zur Gleichberechtigung.

Im politisch gemäßigteren Klima der deutschen Lande erhob sich um die gleiche Zeit die Stimme Theodor Gottlieb von Hippels (1741–1796), Bürgermeister und Polizeidirektor in Königsberg, der es als preußischer Staatsbeamter vorzog, seine für damalige Verhältnisse radikal-emanzipatorischen Forderungen unter Pseudonym zu veröffentlichen. In seinem Buch »Über die bürgerliche Verbesserung der Weiber« von 1792 reklamierte er gerade die Anwendung der aufklärerischen Ideale im Sinne der Frauen und forderte seine Geschlechtsgenossen auf, »ihre despotische Herrschaft über das weibliche Geschlecht mit den gleichen kritischen Augen zu überprüfen wie die Herrschaft des absolutistischen Fürsten über seine unmündigen Untertanen«.⁴

Hippels Herkunft und Umgangskreise verweisen darauf, dass gerade das gehobene Bürgertum und der Adel prädestiniert waren, über Aufklärung und Bildung auch den weiblichen Emanzipationsbestrebungen Vorschub zu leisten. Und so mag man sogleich auch an die berühmt gewordenen gebildeten Frauen dieser Zeit denken, die etwa durch Ehescheidung, durch eine in Salons gepflegte Geselligkeit, durch geistigen Austausch untereinander, aber auch durch Publikationen die für ihr Geschlecht geltenden Grenzen überschritten und neue Freiheiten pflegten. Rahel Varnhagen, Henriette Herz, Caroline Schelling und Dorothea Schlegel gehören dazu.⁵ Ohne Zweifel haben sie einen wichtigen Platz in der Frauengeschichte, stehen für neue Selbständigkeit und den Anspruch auf Bildung des weiblichen Geschlechts. Sie waren aber keine Vorkämpferinnen für Frauenrechte, und die Reichweite ihrer emanzipatorischen Bestrebungen erstreckte sich auf die Frauen ihres Standes, berührte die Masse der Frauen kaum.

Politische Forderungen, auch was Frauenrechte angeht, wurden mit der Revolution von 1848 erneut laut. Abermals sprachen die Revolutionäre jedoch vor allem für sich selbst, und auch die nicht zur politischen Bewährung gelangte Paulskirchen-Verfassung mit ihren neuen demokratisch-parlamentarischen Ansätzen zielte auf den männlichen Staatsbürger. »Sie denken bei all ihren endlichen Bestrebungen nur an eine Hälfte des Menschengeschlechts.

3 Übersetzung von Viktoria Frysak, 2014 (<http://olympie-de-gouges.info>).

4 Frevert, Frauen-Geschichte, S. 15.

5 Ebd., S. 51 ff.

Wo sie das Volk meinen, da zählen die Frauen nicht mit.«⁶ Solches sprach Louise Otto (später Louise Otto-Peters, 1819–1895), die Begründerin der bürgerlichen Frauenbewegung, in der ersten Ausgabe ihrer Frauen-Zeitung aus. Als 1843 der spätere Revolutionsführer Robert Blum in den Sächsischen Vaterlandsblättern die Frage nach der politischen Stellung der Frau aufgeworfen hatte, antwortete Louise Otto im gleichen Blatt, dass »die Theilnahme der weiblichen Welt am Staatsleben« nicht nur ein »Recht«, sondern eine »Pflicht« sei.⁷ Als die Themen dieser frühen bürgerlichen Frauenbewegung lassen sich in erster Linie benennen: Mündigkeit und Selbständigkeit als Staatsbürgerinnen, Bildungs- und Ausbildungsmöglichkeiten für Mädchen und junge Frauen und angemessene Berufspositionen sowie eherechtliche Reformen.

Um die Mitte des 19. Jahrhunderts rückte zunehmend auch die soziale Frage in das Blickfeld der Frauenbewegung. Die demokratischen Frauenvereine, die sich in der Revolution in vielen Städten gebildet hatten, wandten sich insbesondere auch der Notlage der Arbeiterinnen und generell Frauen der unteren Schichten zu. Sie berieten über mögliche soziale Verbesserungen für Frauen und handelten darin aus einem »Gefühl klassenübergreifender ›Schwesterlichkeit‹« und »gemeinsamer weiblicher Grunderfahrungen«.⁸

Während politische Reformen, die Frauen als Staatsbürgerinnen in die Nähe der Männer rückten, noch bis ins 20. Jahrhundert auf sich warten ließen, war es zunächst das Feld des Sozialen, in dem Frauen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in Deutschland ihre Position verbessern konnten.⁹ In der Arbeiterversicherung, die seit den 1880er Jahren ins Werk gesetzt wurde, waren Frauen den Männern *fast* gleichgestellt bzw. verhielten sich die neuen Institutionen geschlechtsneutral. Allerdings stieß diese Neutralität dort an ihre Grenzen, wo Familie und Mutterschaft ins Spiel kamen. Die Familienrolle der Frau behauptete weiterhin einen gewissen Vorrang und veränderte auch den Status der versicherten Arbeiterin gegenüber dem Status des versicherten Arbeiters.

6 Louise Otto, Die Freiheit ist unteilbar (1849), zitiert nach *Gerhard*, Grenzziehungen und Überschreitungen, S. 523 f.

7 Zitiert nach *Gerhard*, Grenzziehungen und Überschreitungen, S. 521. Vgl. auch für das Weitere *Frevert*, Frauen-Geschichte, S. 72 ff.

8 Ebd., S. 79.

9 Insofern ist das Modell Marshalls, nach dem – in Orientierung an den staatsbürgerlichen Fortschritten der englischen (männlichen) Arbeiterklasse – die sozialen den bürgerlichen und politischen Staatsbürgerrechten folgen, für die Frauen in Deutschland tatsächlich auf den Kopf gestellt. Vgl. *Marion Röwekamp*, Gerechtigkeit für Frauen im Sozialstaat? Weibliche Staatsangehörigkeit im Kaiserreich und in der Weimarer Republik, in: *Ulrike Haerendel* (Hrsg.), Gerechtigkeit im Sozialstaat. Analysen und Vorschläge, Baden-Baden 2012, S. 71 ff., hier 71.

II. Frauen und soziale Rechte im Kaiserreich

In den 1880er Jahren erhielt der deutsche Sozialstaat mit dem System der Sozialversicherung seine bis heute prägende Gestalt. Die Gesetze über die Krankenversicherung 1883, die Unfallversicherung 1884 und schließlich die Invaliditäts- und Altersversicherung 1889 orientierten sich einerseits an den Erwerbsbedingungen des Industriezeitalters. Andererseits veränderte die Sozialversicherung diese sozialen und wirtschaftlichen Strukturen in einem längerfristigen Prozess. Man denke an die Verallgemeinerung des Übergangs vom Arbeitsleben in den Ruhestand bei einem Alter von 65 Jahren oder die Begünstigung der Hausfrauenehe durch das »Ernährermodell« nicht nur im Steuersystem, sondern auch in der Sozialversicherung. Die Genese der einzelnen Gesetze und die Absichten, die der Gesetzgeber jeweils damit verfolgte, aber auch die Kompromisse, die geschlossen werden mussten, hatten zur Folge, dass schon nach den Ursprungsgesetzen unterschiedliche Kreise versichert waren,¹⁰ aber alle drei Gesetze adressierten Männer und Frauen. In der Unfall- und Krankenversicherung waren das die Arbeiter und Angestellten (letztere nur bis zu einem Jahresarbeitsverdienst von 2000 Mark) in Industriebetrieben und Berg- und Hüttenwerken, während die Landwirtschaft und der Dienstleistungssektor zunächst ausgenommen blieben. Von der Krankenversicherung wurden auch die Handwerksgesellen erfasst, in der Unfallversicherung blieben sie außen vor, während dort aber durch ein Ausdehnungsgesetz von 1886 die land- und forstwirtschaftlichen Betriebe nachrückten (nicht in der Krankenversicherung).¹¹ Am meisten Arbeitnehmer¹² integrierte von vornherein die Alters- und Invaliditätsversicherung von 1889, darunter auch die besonders umstrittenen Gruppen der landwirtschaftlichen Arbeiter, der (meist weiblichen) Dienstboten, der Handlungsgehilfen (bis auf die Apothekengehilfen) und der Handwerksgesellen.¹³

Die Zahl der Rentenversicherten belief sich 1902 auf 13,4 Millionen Personen, über 80 Prozent der 16,5 Millionen Arbeiterinnen und Arbeiter und ein knappes Viertel der Gesamtbevölkerung (57,8 Millionen).¹⁴ Während Frauen auch damals schon über die Hälfte der Bevölkerung ausmachten, stellten sie nur ein gutes Drittel der Erwerbspersonen (5,8 Millionen) und auch der Versicherten (4,5 Millionen). Bezogen auf die weiblichen Erwerbspersonen war der Versicherungsgrad allerdings nur wenig niedriger als bei den Männern

10 Vgl. dazu die Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Sozialpolitik 1867 bis 1914 (im Folgenden abgekürzt: Quellensammlung GDS), insbes. zur Unfallversicherung und Ausdehnungsgesetzgebung: I. Abt., Bd. 2 und II. Abt., Bd. 2, 2 Teile; zur Krankenversicherung: II. Abt., Bd. 5 und zur Invaliditäts- und Altersversicherung: II. Abt., Bd. 6.

11 Vgl. Quellensammlung GDS, II. Abt., Bd. 2.2.: Die Ausdehnungsgesetzgebung und die Praxis der Unfallversicherung, bearb. von *Wolfgang Ayass*, Darmstadt 2001, Nr. 287.

12 Auch in der Rentenversicherung waren nur die »kleinen Angestellten« mit einem Jahresgehalt bis 2000 Mark versichert.

13 Vgl. Quellensammlung GDS, II. Abt., Bd. 6: Die gesetzliche Invaliditäts- und Altersversicherung ..., bearb. von *Ulrike Haerendel* unter Mitarbeit von *Margit Peterle*, Mainz 2004, Nr. 148: § 1 des Gesetzes vom 22. Juni 1889 benennt die versicherungspflichtigen Personen.

14 Atlas und Statistik der Arbeiterversicherung des Deutschen Reichs (Beiheft zum RArbBl.), hrsg. vom Kaiserlichen Statistischen Amt, Berlin 1904, S. 12 + Grafik.

(vgl. unten Tabelle). Die Berufsstatistik des Kaiserreichs spiegelte typische Tätigkeiten vor allem verheirateter Frauen nicht. Vielfach arbeiteten sie als »mithelfende Familienangehörige« im selbständigen Betrieb des Ehemannes oder der Eltern oder sie gingen Heim- und Nebentätigkeiten nach. Solche Beschäftigungen wurden von der Berufsstatistik des Kaiserreichs gar nicht oder nur unzureichend erfasst und sie unterlagen zumeist auch nicht der Versicherungsgesetzgebung. Dazu kam, nicht nur bei den Frauen, dass gerade in den ersten Jahren der Durchdringungsgrad der Arbeiterversicherung noch keinesfalls hundertprozentig war und die Gesetze unterschiedlich ausgelegt und angewandt wurden. So zeigte die Statistik der Beitragserhebung zum Beispiel, dass »in Bayern eine viel zu kleine Zahl der Versicherungspflichtigen tatsächlich versichert, oder dass die Handhabung der Beitragserhebung eine recht lax war«. ¹⁵ Allerdings ließ der Gesetzgeber hinsichtlich des versicherten Personenkreises viele Erweiterungsmöglichkeiten für den Bundesrat bzw. die Landesgesetzgebung offen. Von dieser Seite wurden immer wieder Lücken geschlossen, die die beginnende sozialrechtliche Praxis offenkundig machte. In der Alters- und Invaliditätsversicherung bezog der Bundesrat in zwei Gesetzen das Heimgewerbe in der Tabakindustrie (1891) und in der Textilindustrie (1894) in die Versicherungspflicht ein, so dass jetzt zwar »die Hausindustriellen«, weiterhin aber nicht ihre gerade im Heimgewerbe wichtigen Mithelfenden versichert waren. ¹⁶ Praktisch hieß das: Zigarrenmacher waren versichert, die als »Wickelmacherinnen« helfenden Ehefrauen nicht, genauso wie die Heimweber einbezogen wurden, aber nicht die unterstützenden Spulmacherinnen. ¹⁷

Die Gesamt-Versicherten-Statistik zeigt den differierenden Erfassungsgrad in den drei Versicherungszweigen. Die Frauen blieben in allen drei, vor allem aber in der Krankenversicherung, deutlich zurück, was an der erwähnten Auslassung der häuslichen und landwirtschaftlichen Dienste lag, die zunächst nur schritt- und länderspezifische Krankenversicherungsschutz erwarben. ¹⁸

15 Hugo Meyer, Die nach dem Invalidenversicherungsgesetz versicherungspflichtige Bevölkerung, Die Arbeiter-Versorgung 1902, Jg. 19, Nr. 6, S. 105, 111. Vgl. auch Gerhard A. Ritter/Klaus Tenfelde (Hrsg.), Arbeiter im Deutschen Kaiserreich 1871 bis 1914, Bonn 1992, S. 709f.

16 Vgl. RGBl. 1891, S. 395, und RGBl. 1894, S. 324, sowie Sandra Hartig, Alterssicherung in der Industrialisierung. Eine positive Analyse institutionellen Wandels, Marburg 2002, bes. S. 205–210; und als Spezialstudie besonders interessant: Jean H. Quartaert, Workers' Reactions to Social Insurance: The Case of Homeweavers in the Saxon Oberlausitz in the Late Nineteenth Century, Internationale Wissenschaftliche Korrespondenz zur Geschichte der deutschen Arbeiterbewegung 1984, H. 1, S. 17.

17 Allerdings ging die sozialrechtliche Praxis gelegentlich andere Wege und erkannte z. B. auch Wickelmacherinnen als »selbständige Hausgewerbetreibende« an, so in einem Revisionsurteil des Reichsversicherungsamts (RVA) von 1906, vgl. Amtliche Nachrichten des RVA 1906, Jg. 22, Nr. 11, S. 642.

18 Vgl. Friedrich Kleeis, Die Geschichte der sozialen Versicherung in Deutschland, Berlin-Lichterfelde 1928, S. 111 ff.

Verhältnis von Versicherten und Arbeiterbevölkerung 1901¹⁹

Von 1000 Pers. der erwerbstätigen (männl. oder weibl.) Arbeiterbevölkerung (einschl. Dienstboten) waren versichert:			
	überhaupt	Männer	Frauen
gegen Krankheit	625	750	396
gegen Unfall*	1052	1171	833
gegen Invalidität/Alter	800	816	769

* Die Mitversicherung kleiner Unternehmer bewirkt, dass die Zahl der Versicherten bei der Unfallversicherung größer ist als die der erwerbstätigen Arbeiterbevölkerung.

Während Unfall- und Krankenversicherung mit ihren Leistungen zeitnah am »Schadensfall« ansetzten, wurde es zu einem Hauptproblem der Rentenversicherung für Frauen, dass diese nicht für ihre häufig diskontinuierlichen Erwerbsbiografien konstruiert wurde. Die Verheiratung und die Geburt von Kindern führten, wenn es die wirtschaftliche Situation der Familie erlaubte, häufig dazu, dass Frauen regelmäßige Beschäftigungen außerhalb des Hauses aufgaben. Für den linksliberalen Abgeordneten Heinrich Rickert lag ein zusätzliches Problem darin, dass Frauen, die weder aktives noch passives Wahlrecht im Kaiserreich hatten, über keine Möglichkeit verfügten, ihre Belange und Bedürfnisse in Bezug auf die Rentenversicherung selbst zu vertreten: »Das weibliche Geschlecht ist nicht vertreten im Parlament, das kann nicht Petitionen machen [...] aber wie werden sie hier behandelt! [...] gerade deshalb, weil die Frauen kein Mittel haben, sich in dem Parlament Geltung zu verschaffen anders als durch uns, ist es gewissermaßen eine Ehren- wie Anstandspflicht, dass wir diese harten, ja grausamen Bestimmungen, wie sie in Bezug auf die Frauen bestehen, ändern.«²⁰ Deutliche Worte, die mit dazu führten, dass der Gesetzgeber die Frauen in besonderer Weise bedachte. Im Fall der Eheschließung und Aufgabe der versicherungspflichtigen Beschäftigung bekamen sie die Arbeitnehmer-Anteile der gezahlten Versicherungsbeiträge zurück, verloren damit freilich ihre Anwartschaften.²¹ Während weiterreichende Folgen für die Erwerbs- und Rentenbiografien der Frauen, die sich bis weit in die Bundesrepublik hinein als problematisch erwiesen, hier noch nicht erörtert wurden, schien die Beitragserstattung den Abgeordneten zeitgenössisch eine faire Lösung.²² Arbeiterinnen sollten nicht das Gefühl haben, über

19 Quelle: Atlas und Statistik der Arbeitsversicherung des Deutschen Reichs, hrsg. vom Kaiserlichen Statistischen Amt, Berlin 1904, S. 12.

20 Rickert in der Reichstagssitzung vom 10. Dezember 1888, zitiert nach: Barbara Fait, Arbeiterfrauen und -familien im System sozialer Sicherheit. Zur geschlechterpolitischen Dimension der »Bismarck'schen Arbeitsversicherung«, Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte 1997/1, S. 171 ff., hier 190.

21 § 30 des Gesetzes betr. die Invaliditäts- und Altersversicherung. Vom 22. Juni 1889, RGBl. 1889, S. 97. Eine Erstattung gab es auch für den Fall, dass der Ehemann starb: Die Witwe erhielt die von ihm gezahlten Beiträge zurück, sofern der Rentenfall noch nicht eingetreten war (§ 31, ebd.).

22 Vgl. dazu Dorothea Noll, »... ohne Hoffnung, im Alter jemals auch nur einen Pfennig Rente zu erhalten«. Die Geschichte der weiblichen Erwerbsbiographie in der gesetzlichen Rentenversicherung, Frankfurt a. M. 2010, S. 72 ff.

Jahre »umsonst« in die Institution Rentenversicherung eingezahlt zu haben; zudem konnte diese »Mitgift« die Gründung eines Hausstands erleichtern.

Weitere soziale Rechte erwarben Frauen in der Nach-Bismarckära im Bereich des Arbeitsschutzes. Mit der Gewerbeordnungsnovelle von 1891 wurde ein verbindlicher Maximalarbeitstag von elf Stunden für Frauen festgelegt, von der Nacharbeit wurden sie generell ausgeschlossen.²³ Allerdings galt das nur in den Fabriken und größeren Betrieben, während Frauen wie erwähnt weit häufiger als Mithelfende in landwirtschaftlichen oder anderen Familienbetrieben, in häuslichen Diensten oder als Heimarbeiterinnen arbeiteten.²⁴ Letztere wurden erst mit dem Hausarbeitsgesetz vom 20. Dezember 1911²⁵ in den gewerberechtlichen Schutz hinein genommen, während Dienstmädchen den aus unterschiedlichen regionalen Traditionen gespeisten Gesindeordnungen unterworfen blieben. Sie konnten damit auch nicht vor Gewerbegerichten gegen ihre Arbeitgeber klagen.²⁶

Die weitestgehenden zeitgenössischen Forderungen bis in die Reihen der Sozialdemokratie wollten die Fabrikarbeit für verheiratete Frauen ganz verbieten, wobei es häufig gar nicht in erster Linie um die Frauen selbst, sondern um deren Reproduktionsfähigkeit und Leistungsfähigkeit in den ihr zugewiesenen häuslich-familiären Sphären ging. »Selbst in den Stellungnahmen der Ärzte stand nicht die Gesundheit der Arbeiterinnen, sondern die allgemeine Sorge um Sitte, Familienleben und Haushaltsführung im Zentrum.«²⁷ Weil die Erwerbsarbeit der Frauen aber für Arbeiterhaushalte materiell notwendig blieb, wurden nur die erwähnten Einschränkungen vorgenommen sowie etliche Fabrikarbeitsplätze für Frauen verboten.²⁸ Einen weiteren Fortschritt brachte schließlich die Gewerbeordnungsnovelle von 1908: Das 1878 zunächst auf drei und 1891 auf vier Wochen festgelegte Beschäftigungsverbot für Wöchnerinnen wurde auf sechs Wochen ausgedehnt und um weitere Komponenten des Mutterschutzes erweitert.²⁹ Der Maximalarbeitstag für Frauen betrug fortan nur noch zehn Stunden.

Etliche Regelungen gerade in Bezug auf die Frauenarbeit wurden schon wenige Jahre danach im Zuge der Kriegswirtschaft zumindest zeitweise wie-

23 Der Verzicht auf irgendeinen »Lohnausgleich« führte nach Karin Hausen dazu, dass Frauen noch informelle Arbeitsverhältnisse nach Arbeitsschluss eingingen. Karin Hausen, Arbeiterinnenschutz, Mutterschutz und gesetzliche Krankenversicherung im Deutschen Kaiserreich und in der Weimarer Republik. Zur Funktion von Arbeits- und Sozialrecht für die Normierung und Stabilisierung der Geschlechterverhältnisse, in: Gerhard (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts, S. 713 ff, hier 726.

24 Hausen, Arbeiterinnenschutz, S. 721. Vgl. auch die Tabelle zur Frauenerwerbstätigkeit bei Ulrike Haerendel, Geschlechterpolitik und Alterssicherung, DRV 2007, H. 2–3, S. 99 ff., hier 102.

25 RGBI. 1911/I, S. 976.

26 Naoko Matsumoto, Justiznutzung durch Frauen vor dem Gewerbegericht um 1900, ZNR 2009, Jg. 31, Nr. 1/2, S. 30 ff., hier 36 ff.

27 Wolfgang Ayass, »Der Übel größtes.« Das Verbot der Nacharbeit von Arbeiterinnen in Deutschland [1891–1992], Zeitschrift für Sozialreform 2000, Jg. 46, H. 3, S. 189, hier 205.

28 Eine Liste der verbotenen Fabrikarbeitsplätze bei Hausen, Arbeiterinnenschutz, S. 724; ebd., S. 725 ff., für das Folgende.

29 Frauen durften künftig schon zwei Wochen vor dem errechneten Geburtstermin der Arbeit fernbleiben und konnten nach der Rückkehr an den Arbeitsplatz Stillzeiten beanspruchen, vgl. ebd., S. 730.

der außer Kraft gesetzt.³⁰ Langfristig wiesen sie jedoch den Weg zu einer moderneren Arbeitspolitik, die sich etwa was den Maximalarbeitstag anging von den Kindern und Frauen schließlich auch zum Schutz für den männlichen Arbeiter entwickelte.

3. Auf dem Weg zur gleichberechtigten Staatsbürgerin: Von der Jahrhundertwende zur Weimarer Republik

Alle Kämpfe um politische Rechte für Frauen wurden durch das im Zeichen der Reaktion nach 1848 stehende Vereinsrecht behindert, das Frauen in fast allen Ländern und besonders in den großen Flächenstaaten – Preußen, Bayern, Sachsen – die politische Betätigung verbot, und zwar auch über die Liberalisierungswelle in den 1860er Jahren hinaus.³¹ Erst das Reichsvereinsgesetz von 1908 ließ Frauen reichsweit als Mitglieder politischer Vereine und damit auch Parteien zu. Bis dahin mussten Frauenvereine ihre durchaus politischen Absichten hinter anderen Zwecken verbergen. So nannte der 1865 aus der bürgerlichen Frauenbewegung gegründete Allgemeine Deutsche Frauenverein als Vereinszwecke: Bildung und das Recht der Frauen auf Erwerb. Und auch im sozialdemokratischen Milieu organisierten sich die Frauenvereine als »Lesezirkel, Handarbeitskreise oder Bildungsvereine ... um das preußische Vereinsgesetz von 1850 zu unterlaufen.«³² Dennoch blieben die Arbeiterinnenvereine den bürgerlichen »Schwestern« suspekt. Als 1894 der Bund Deutscher Frauenvereine (BDF) als Dachorganisation gegründet wurde, schlossen die Organisatorinnen die proletarischen Vereine aus – unter Hinweis auf deren »unverkennbar politische Tendenz«.³³ Deren politische Stimme, Clara Zetkin, wiederum beharrte auf dem Klassengegensatz, der auch aus ihrer Sicht nicht durch die Frauenfrage überlagert werden durfte. Sie trat auf dem Erfurter Parteitag der SPD 1891 als Sprecherin für das Frauenwahlrecht auf. »Wie August Bebel verstand sie die Unterdrückung der Frauen als Klassenproblem.«³⁴ Als erste deutsche Partei forderte die SPD dann im Erfurter Programm, die Benachteiligung von Frauen im öffentlichen und privaten Leben abzuschaffen und ihnen das Wahlrecht zu gewähren. Eine Ausnahmeerscheinung im bürgerlichen Lager war hingegen Hedwig Dohm (1831 – 1919), die schon 1873 das Stimmrecht für Frauen auf ihre Agenda setzte und mit dem geflügelten Wort »Menschenrechte haben kein Geschlecht« in die Geschichte eingegangen ist.

Es gab freilich Bindeglieder zwischen der sich proletarisch verstehenden und der bürgerlichen Frauenbewegung: Anita Augspurg (1857 – 1943) ist ein solches Beispiel. 1894 gründete sie in München zusammen mit ihrer Lebens-

30 Vgl. Michael Stolleis, *Geschichte des Sozialrechts in Deutschland. Ein Grundriß*, Stuttgart 2003, S. 110 f.

31 Vgl. auch für das Folgende Gerhard, *Grenzziehungen und Überschreitungen*, S. 524 ff.

32 Gisela Notz/Christl Wickert, *Frauenwahlrechtskämpfe – Misserfolge und Erfolge*, in: Elke Ferner (Hrsg.), *90 Jahre Frauenwahlrecht! Eine Dokumentation*, Berlin 2008, S. 11 ff., hier 19 f.

33 Gerhard, *Grenzziehungen und Überschreitungen*, S. 531.

34 Notz/Wickert, *Frauenwahlrechtskämpfe*, S. 18, hier auch zum Erfurter Programm.

und Geschäftspartnerin, der Fotografin Sophia Goudstikker, die »Gesellschaft zur Förderung geistiger Interessen der Frau«, als »Verein für Fraueninteressen« bis heute existent.³⁵ Augspurg und Goudstikker waren selbst finanziell unabhängig, ihre Mitstreiterinnen entstammten wie sie dem gehobenen Bürgertum. Aber der Verein machte sich etwa gegen die niedrigen Frauenlöhne stark und trat vor allem für den Bildungszugang von Mädchen ein. In der Rechtsschutzstelle des Vereins war Goudstikker viele Jahre auch für Mädchen und Frauen aus einfachen Verhältnissen engagiert, die sich selbst nicht helfen konnten.³⁶

Kurz vor der Jahrhundertwende trennten sich Goudstikker und Augspurg. Anita Augspurg ging mit Lida Gustava Heymann eine weitere öffentlich sichtbare private und politische Partnerschaft ein. 1902 gründeten sie den Verein für Frauenstimmrecht in Hamburg, wo das preußische Vereinsrecht nicht galt. Ungeachtet aller vereinsrechtlichen und anderen politischen Restriktionen etablierte sich der Kampf um das Frauenwahlrecht als Motor der Frauenbewegung in Europa und darüber hinaus – wobei die britischen Suffragetten mit besonderer Vehemenz voranmarschierten.³⁷ Seit 1911 kulminierten diese Aktivitäten im Internationalen Frauentag als Kampftag für das Frauenwahlrecht.

Im Weltkrieg wurde die Frauenbewegung, jedenfalls in ihren linken Schattierungen, auch zu einer Friedensbewegung. Augspurg und Heymann versuchten mit Frauen in anderen Ländern für internationale Verständigung und Frieden zu werben. Bedeutsam war 1915 der Internationale Frauenfriedenskongress in Den Haag, aus dem später die heute noch existente *Women's International League for Peace and Freedom* hervorging. Unter dem Namen »Internationale Frauenliga für Frieden und Freiheit (IFFF)« wurde diese Organisation in Deutschland von Anita Augspurg geleitet und nahm ihren Sitz im Münchner Leuchtenbergpalais.³⁸

Nicht überall ging das Engagement für Frauenrechte allerdings nahtlos in pazifistisches Engagement über. Gerade im Zeichen des »Burgfriedens« 1914 wollten sich auch Frauen in die große vaterländische Bewegung einreihen und standen vielfach den Männern in emphatischer Begeisterung für den Krieg nicht nach. Bürgerliche Frauenorganisationen, allen voran der Bund Deutscher Frauenvereine unter Führung von Dr. Gertrud Bäumer, beteiligten sich zunächst an der »Mobilmachung« der Frauen an der »Heimatfront«, später an der Beschwörung des »Durchhaltewillens« und der Diffamierung von Friedensbemühungen ihrer Geschlechtsgenossinnen.³⁹ Gegen Ende des Ersten Weltkriegs gab es allerdings im Zeichen der sich abzeichnenden Niederlage und in Erwartung einer politischen Neuordnung Initiativen zum Zu-

35 Zara S. Pfeiffer, ThemenGeschichtsPfad »Die Geschichte der Frauenbewegung in München«, München 2012, S. 23 ff.

36 Pfeiffer, Die Geschichte der Frauenbewegung in München, S. 27.

37 Vgl. mit internationalen Beispielen Notz/Wickert, Frauenwahlrechtskämpfe.

38 Pfeiffer, Die Geschichte der Frauenbewegung in München, S. 110.

39 Frevert, Frauen-Geschichte, S. 157 ff.

sammenschluss des bürgerlichen und des sozialistischen Frauenlagers im Interesse der gemeinsamen Sache. So zeichnete eine breite Koalition von Marie Juchacz (SPD), über Lida G. Heymann (Deutscher Frauenausschuss für dauernden Frieden) und Helene Lange (Fortschrittliche Volkspartei) bis zu Gertrud Bäumer (BDF) einen Aufruf an den neuen Reichskanzler Max von Baden vom 25. Oktober 1918, die politische Gleichberechtigung der Frauen auf die Agenda der Demokratisierung des öffentlichen Lebens zu setzen.⁴⁰

Tatsächlich erhielten Frauen schon durch den Rat der Volksbeauftragten im November 1918 das Wahlrecht, was erhebliche Mobilisierungstendenzen freisetzte und sehr viele Frauen an die Urnen trieb. Allerdings belohnten sie nicht unbedingt die sozialistischen Parteien, die sich am stärksten für das Frauenwahlrecht eingesetzt hatten.⁴¹ Frauen erreichten in der Nationalversammlung keine zehn Prozent der Abgeordneten, und die Tendenz wies dann im Verlauf der Weimarer Republik noch leicht nach unten. Ihre Minderheitenposition blieb deutlich. Als Marie Juchacz (1879–1956) in der Nationalversammlung am 19. Februar 1919 als erste Frau vor einem deutschen Parlament sprechen durfte, führte schon ihre Anrede »Meine Herren und Damen!« zu Heiterkeit, wie es das Protokoll des so viel Weiblichkeit nicht gewohnten ehrwürdigen Hauses festhielt. In ihrer Rede markierte sie den historischen Schritt, der durch die Revolution von 1918 getan worden war: »Die Frauen besitzen heute das ihnen zustehende Recht der Staatsbürgerinnen. Gemäß ihrer Weltanschauung konnte und durfte eine vom Volk beauftragte sozialistische Regierung nicht anders handeln, wie sie gehandelt hat. Sie hat getan, was sie tun mußte, als sie bei der Vorbereitung dieser Versammlung die Frauen als gleichberechtigte Staatsbürgerinnen anerkannte.«⁴²

Parteipolitisch aktive Frauen blieben in der Weimarer Republik eine kleine Minderheit. Eher engagierten sie sich in Vereinen und in gemeinnütziger Arbeit, wobei dieses Engagement nicht selten politisch konnotiert war. Der BDF zum Beispiel war eng mit der DDP verflochten, während Marie Juchacz und andere sozialdemokratische Frauen die »Arbeiterwohlfahrt« 1919 gründeten, um auch in dem vor allem von bürgerlicher Seite besetzten Feld »mütterlicher Politik« Fuß zu fassen. Insofern teilten sie eine vom BDF und von vielen männlichen Zeitgenossen vertretene Auffassung, dass für Wohlfahrtspflege und Erziehung die Frauen besondere Eignung mitbrächten.⁴³

Die Weimarer Verfassung gewährte nicht nur das allgemeine Wahlrecht für Männer und Frauen, sondern sprach ihnen »grundsätzlich dieselben staats-

40 Abdruck bei Notz/Wickert, Frauenwahlrechtskämpfe, S. 27.

41 Ursula BirsI, Wenn Frauen die Wahl haben ... Zum Wahlverhalten von Frauen seit 1919, in: Ferner (Hrsg.), 90 Jahre Frauenwahlrecht, S. 70 ff.

42 Verhandlungen der Verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Bd. 326, S. 177. Vgl. auch Gisela Notz/Christl Wickert, SPD-Frauen im Reichstag (1919–1933) und im Bundestag (1949–1972), in: Ferner (Hrsg.), 90 Jahre Frauenwahlrecht, S. 41 ff., hier 43.

43 Vgl. ebd. die Fortsetzung der Rede von Juchacz: »Die gesamte Sozialpolitik überhaupt, einschließlich des Mutterschutzes, der Säuglings-, der Kinderfürsorge wird im weitesten Sinne Spezialgebiet der Frauen sein müssen.« (Verhandlungen, Bd. 326, S. 178).

bürgerlichen Rechte und Pflichten« (Art. 109) zu. Und in § 119 wurde explizit festgehalten, dass die Ehe auf »der Gleichberechtigung der Geschlechter« beruhe. Aber diese Verfassungsartikel formulierten eine Programmatik, die nicht eingelöst und durch die Fortdauer eines patriarchalischen Familienrechts geradezu konterkariert wurde. Das Entscheidungsrecht des Mannes in allen ehelichen Angelegenheiten, seine Befugnis, über die Arbeitsverhältnisse seiner Frau mitzubestimmen, oder der Vorrang des Vaters in der elterlichen Gewalt – alle diese Bestimmungen des BGB blieben bis zum ersten Gleichberechtigungsgesetz von 1957 unangetastet und galten in modifizierter Form zum Teil noch bis in die 1970er Jahre. Der eigentliche Anschlag auf die in der Weimarer Republik errungene Gleichberechtigung wurde aber mit der so genannten Machtergreifung von 1933 verübt. Die Nationalsozialisten nahmen den Frauen die in der Weimarer Republik errungenen Rechte als mündige Staatsbürgerinnen wieder, um sie als »Volksgenossinnen« in den Dienst ihrer totalitären Gesellschafts- und Sozialpolitik und später der »Heimatfront« zu stellen oder sie zu Opfern ihrer rassistisch-biologistischen Ideologie zu machen.

Soziale Rechte für Drittstaatsangehörige: Zugang zu Sozialleistungen aus unions- und menschenrechtlicher Perspektive

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Reichweite und Grenzen sozialrechtlicher Gleichbehandlung von Drittstaatsangehörigen im Unionsrecht
 - 1. Primärrechtliche Grundlagen zur Gleichstellung von Drittstaatsangehörigen beim Zugang zu Sozialleistungen
 - 2. Gleichstellung durch Sekundärrecht
 - a) Gleichstellung durch die unionsrechtlichen Koordinierungsverordnungen
 - b) Richtlinien zum Rechtsstatus von Drittstaatsangehörigen mit langfristiger Aufenthaltsberechtigung
 - (1) Richtlinie 2003/109/EG vom 25.11.2003
 - (2) Richtlinie 2011/98/EU vom 13.12.2011
 - c) Richtlinien für besondere Beschäftigtengruppen
 - d) Assoziationsabkommen der EU
 - 3. Die Diskriminierungsverbote nach der Rechtsprechung des EuGH
- III. Gleichbehandlungsgebote beim Zugang zu Sozialleistungen im regionalen Menschenrechtsschutzsystem des Europarats
 - 1. EMRK
 - a) Die innerstaatliche Geltung der EMRK
 - b) Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)
 - 2. Schutzgehalt der Europäischen Sozialcharta (ESC)
- IV. Abschließende Bemerkungen

I. Einführung

Die soziale Sicherheit von Wanderarbeitnehmern in der Europäischen Union gehörte zu den langjährigen Arbeitsschwerpunkten von Bernd Schulte. Im Vordergrund stand das mit der Freizügigkeit im Binnenmarkt verknüpfte Sozialrecht, in das Drittstaatsangehörige lange Zeit nur als Familienangehörige von EU-Bürgern oder im Rahmen von Assoziationsabkommen einbezogen waren. Auch für EU-Bürger_innen ist eine umfassende sozialrechtliche Gleichstellung beim Zugang zu Sozialleistungen trotz Einführung der Unionsbürgerschaft nicht verwirklicht. Die Mitgliedstaaten haben weiter die Möglichkeit, ökonomisch nicht aktive EU-Bürger von bestimmten Sozialleistungen auszuschließen.¹ Im Vergleich zu den EU-Bürgern sind die sozialen Rechte von Migrantinnen und Migranten aus Nicht-EU-Staaten stärker beschränkt: Sie sind trotz verschiedener unionsrechtlicher Verbesserungen bis heute häufiger als Inländer_innen beim Zugang zu Sozialleistungen und sozialen Vergünstigungen direkt oder indirekt benachteiligt. Dies betrifft vor

¹ Vgl. zuletzt die Urteile des EuGH, 11.11.2014, Rs. C-333/13 (Dano), ECLI:EU:C:2014:2358; 15.9.2015, Rs. 67/14 (Alimanovic), ECLI:EU:C:2015:597.

allem den Zugang zu nicht-beitragsfinanzierten Leistungen wie Familienleistungen, Wohnungsbeihilfen, Behindertenbeihilfen oder Ausbildungsbeihilfen für Schüler und Studierende. Vor diesem Hintergrund beleuchtet der folgende Beitrag normative Entwicklungen bei der Gleichbehandlung von Drittstaatsangehörigen und fragt, inwieweit Gleichbehandlungsgebote dazu dienen können, den diskriminierungsfreien Zugang zu Sozialleistungen für Migrant_innen mit rechtmäßigem Aufenthalt in einem EU-Mitgliedstaat zu gewährleisten. Der Bernd Schulte gewidmete Beitrag analysiert zum einen den Anwendungsbereich und die inhärenten Begrenzungen der Gleichbehandlungsgebote in verschiedenen unionsrechtlichen Instrumenten. Zum anderen geht es um das Schutzpotehtial menschenrechtlich fundierter Diskriminierungsverbote, wie sie sich aus der europäischen Menschenrechtskonvention und der europäischen Sozialcharta ergeben.

Seit einigen Jahren ist die Zahl der Einwanderer aus Drittstaaten, also aus Nicht-EU-Ländern, gestiegen. Dies betrifft Einwanderer, die zur Arbeitssuche, zur Ausbildung oder aus familiären Gründen nach Europa kommen, in letzter Zeit zunehmend auch Flüchtlinge und Asylsuchende.² Der Gesamtsaldo der in den Mitgliedstaaten der EU lebenden Migranten ist trotzdem relativ stabil: Es gibt über 14 Mio. EU-Bürger, die langfristig in einem anderen EU-Staat leben; im Zeitraum 2011–2014 betrug die Zahl der im Unionsgebiet lebenden Drittstaatsangehörigen ca. 20 Mio., was einem Anteil von knapp 4 % der EU-Bevölkerung entspricht.³

Die Anwesenheit von Migranten wird in den Aufnahmestaaten – auch in Deutschland – mit Skepsis betrachtet. Es wird befürchtet, Migranten würden die sozialen Sicherungssysteme übermäßig belasten und ihre Funktionsfähigkeit gefährden. Die Bundesregierung hat bereits im Dezember 2011 einen Vorbehalt zur Anwendung des Europäischen Fürsorgeabkommens von 1953⁴ erklärt, um den Zugang zu bestimmten Fürsorgeleistungen (Leistungen zur Grundsicherung für Arbeitssuchende nach SGB II und Leistungen der Sozialhilfe nach SGB XII) zu begrenzen.⁵

Während die Ausgestaltung der sozialen Sicherungssysteme, ihre Leistungsvoraussetzungen, Leistungshöhe, Organisation und Finanzierungsmoda-

2 Nach Schätzungen von Eurostat wanderten im Jahre 2013 rd. 3,4 Mio. Menschen in ein Mitgliedsland der EU-28 ein, wovon 1,4 Mio. Staatsbürger eines sog. Drittstaats waren, vgl. Eurostat, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics.

3 Am 1.1.2014 lebten nach Eurostat-Statistiken 19,6 Mio. Drittstaatsangehörige (3,9 %) in einem der Mitgliedstaaten der EU-28. Im Jahr 2011 besaßen über 1/3 der Nicht-EU-Bürger eine andere europäische Staatsangehörigkeit, die Mehrheit davon stammte aus der Türkei, Albanien und der Ukraine. Vgl. Eurostat, Gesamtbevölkerung und gebietsansässige Bevölkerung nach Staatsangehörigkeitsgruppe, 2011, in: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics/de; zu den aktuellen Entwicklungen vgl. http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics.

4 Europäisches Fürsorgeabkommen (EFA) vom 11.12.1953, European Treaties Series (ETS) des Europarats Nr. 014. Das Abkommen sieht beim Zugang zu Fürsorgeleistungen eine Gleichstellung für Staatsangehörige anderer Vertragsstaaten vor, die sich rechtmäßig im Inland aufhalten. Vertragsstaaten sind derzeit außer Deutschland 17 weitere Mitgliedstaaten der EU bzw. des Europäischen Wirtschaftsraums.

5 Erklärung vom 15.12.2011 gemäß Art. 16 Buchst. b EFA.

litäten ebenso wie die Zuwanderung von Drittstaatsangehörigen immer noch in die Regelungskompetenz jedes einzelnen Mitgliedstaats der EU fällt, ist häufig unklar, wann und unter welchen Bedingungen Migrant_innen beim Zugang zu sozialen Leistungen gegenüber Inländern benachteiligt werden dürfen bzw. inwieweit Differenzierungen zwischen unterschiedlichen Gruppen von Migranten bei der Gewährung sozialer Leistungen je nach aufenthaltsrechtlichem Status zulässig sind.

Die diskriminierungsfreie Gewährleistung sozialer Leistungen ist nämlich keine Selbstverständlichkeit; dies gilt auch für Staaten, die auf eine lange Geschichte als Auswanderungsland zurückblicken. Migrantenfamilien sind traditionell häufiger armutsgefährdet als inländische Familien⁶. In der EU betrifft dies Drittstaatsangehörige in besonderem Maß. Neben Defiziten der Sprachbeherrschung, der Verfügbarkeit sozialer und familiärer Netzwerke sowie kultureller Barrieren, die zum Teil auch EU-Bürger bei europäischer Binnenmigration erleben, sind Drittstaatsangehörige oft zusätzlichen rechtlichen und sozialen Benachteiligungen beim Zugang zu den wohlfahrtsstaatlichen Schutzgarantien und Leistungen ausgesetzt.

Diese Ausgrenzung ist aus grund- und menschenrechtlicher Perspektive problematisch, weil das Recht auf soziale Sicherheit in internationalen Menschenrechtspakten, teilweise auch im nationalen Verfassungskontext als Menschenrecht und nicht als Staats- oder Wohnbürgerrecht postuliert wird. Zudem berührt die Frage der Differenzierung nach migrantenspezifischen Merkmalen wie der Staatsangehörigkeit oder eines bestimmten ausländerrechtlichen Status immer auch das allgemeine Gleichheitsgebot, also die Frage, ob die jeweiligen Differenzierungsmerkmale legitim, verfassungsrechtlich zulässig und mit internationalen Verpflichtungen vereinbar sind. Der Grundsatz der Gleichbehandlung und damit das Erfordernis einer Rechtfertigung für Differenzierungen beim Zugang von Migranten zu Sozialleistungen im Vergleich mit Inländern bzw. mit der ansässigen Wohnbevölkerung sind im Laufe des 20. Jahrhunderts ein zentrales Strukturelement grund- und menschenrechtlicher Gewährleistungen auf internationaler und regionaler Ebene geworden.

Bevor auf die verschiedenen Rechtsquellen für die sozialrechtliche Gleichstellung von Drittstaatsangehörigen beim Zugang zu Sozialleistungen eingegangen wird, ist vorweg auf unterschiedliche Formen der sozialen Sicherung und auf die damit verbundenen unterschiedlichen Solidargemeinschaften hinzuweisen. Zugang und Teilhabe an Sozialleistungen folgen unterschiedlichen Prinzipien und Gerechtigkeitsvorstellungen je nachdem, ob es sich um (beitragsfinanzierte) Leistungen aus der Solidargemeinschaft einer Sozialversicherung oder um nicht beitragsfinanzierte, häufig bedarfsgeprüfte Leistungen

6 *Sainsbury* (2012), *Welfare States and Immigrant Rights: The Politics of Inclusion and Exclusion*, Oxford, 2012. Dies wird durch Eurostat-Befunde für 2013 bestätigt: Im Jahr 2013 war nahezu die Hälfte (48,7 %) der Nicht-EU-Bürger im Alter von 18 Jahren oder älter in der EU-28 von Armut oder sozialer Ausgrenzung bedroht, während die Quoten für Staatsbürger des jeweiligen Meldelandes sowie für Staatsbürger eines anderen EU-Mitgliedstaates weitaus geringer waren (22,8 % beziehungsweise 28,1 %), vgl. Eurostat, Pressemitteilung vom 21.11.2014.

aus der Gemeinschaft der Steuerzahlenden als der größten nationalen Solidargemeinschaft eines Staates handelt. Dabei ist der Zugang zu Leistungen aus den beitragsfinanzierten Sozialversicherungssystemen, die an eine Erwerbstätigkeit anknüpfen, in der Regel am wenigsten problematisch, auch wenn es in Einzelfällen zu Friktionen kommen kann.

Als besonders kritisch erweist sich in der Praxis vor allem der Zugang zu steuerfinanzierten Leistungen, die nicht an der Erwerbstätigkeit anknüpfen. In diesem Fall tendieren die Staaten dazu, den Kreis der Leistungsberechtigten zum Nachteil von Migrantinnen und Migranten einzuschränken. Traditionell benützten sie dazu das Unterscheidungskriterium der Staatsangehörigkeit. Dieses wird allerdings zunehmend durch aufenthaltsrechtliche Erfordernisse für den Leistungsbezug verdrängt, wie der Besitz bestimmter Aufenthaltstitel oder eine bestimmte Dauer des rechtmäßigen Aufenthalts. Soweit Drittstaatsangehörige ein langfristiges oder dauerhaftes Aufenthaltsrecht innerhalb der EU erworben haben, sind sie beim Zugang zu Sozialleistungen inzwischen ähnlich privilegiert wie EU-Bürger. Umgekehrt bleiben Migrantinnen und Migranten, die nicht über diesen aufenthaltsrechtlichen Status verfügen, von zahlreichen nicht beitragsfinanzierten Leistungen ausgeschlossen. Vom Ausschluss sind vor allem jene Migrant_innen bedroht, die nicht erwerbstätig sind oder sein können, weil sie erwerbsunfähig oder im Ruhestandsalter sind oder weil sie wegen familiärer Betreuungspflichten keiner Erwerbsarbeit nachgehen können.

Vor diesem Hintergrund sollen nachfolgend Reichweite und Grenzen migrantenspezifischer Diskriminierungsverbote und mögliche Rechtfertigungen für Leistungsausschlüsse von Migrantinnen und Migranten in unionsrechtlichen und menschenrechtlichen Instrumenten geprüft werden. Dabei geht es zunächst (II) um unionsrechtliche Diskriminierungsverbote und ihre Auslegung in der Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg (EuGH). Anschließend befasst sich Teil III mit den Rechtsquellen für migrantenspezifische Diskriminierungsverbote im europäischen System zum Schutz der Menschenrechte, insbesondere der Europäischen Menschenrechtskonvention und ihrer Auslegung durch den Straßburger Gerichtshof für Menschenrechte sowie der Europäischen Sozialcharta des Europarats von 1961/1996 und ihrer Auslegung in der Spruchpraxis des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte.

II. Reichweite und Grenzen sozialrechtlicher Gleichbehandlung von Drittstaatsangehörigen im Unionsrecht

Die Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen wurde in verschiedenen Instrumenten der Stellung von EU-Bürgern angenähert. Eine weitgehende Gleichstellung beim Zugang zu Sozialleistungen ist vor allem für Migranten mit einer Daueraufenthaltsberechtigung vorgesehen, deren Zuerkennung indes an diverse Kriterien geknüpft ist: Dazu gehören insbesondere ausreichende Mittel und angemessener Wohnraum. Im Übrigen sind je nach Regelungskon-

text unterschiedliche Differenzierungen zum Nachteil von Migrantinnen und Migranten aus Drittstaaten möglich. Regelungsinstrumente zur Gleichbehandlung finden sich teils im primären, vor allem aber im sekundären Unionsrecht.

1. Primärrechtliche Grundlagen zur Gleichstellung von Drittstaatsangehörigen beim Zugang zu Sozialleistungen

Das primäre Recht der EU enthält allgemeine Diskriminierungsverbote in Art. 18 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEU-Vertrag)⁷ und in Art. 21 Abs. 2 der Europäischen Grundrechte-Charta (GRC)⁸. In beiden Fällen handelt sich um an die Mitgliedstaaten gerichtete transnationale Integrationsnormen; sie formulieren ein Verbot der Bevorzugung der eigenen Staatsbürger und ein Verbot der Ungleichbehandlung wegen der Staatsangehörigkeit, ohne dies explizit auf EU-Bürger zu beziehen. Doch entgegen dem ersten Anschein sind hierdurch Drittstaatsangehörige nicht vor migrationsspezifischer Diskriminierung beim Zugang zu Sozialleistungen geschützt. Demgegenüber ist das spezielle Diskriminierungsverbot zur Sicherung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 Abs. 2 AEU-Vertrag auf die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten gerichtet, schließt also Drittstaatsangehörige explizit aus.

Art. 18 Abs. 1 AEU-Vertrag besagt: *Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.* Der EuGH hat auch das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEU-Vertrag auf Unionsbürger beschränkt.⁹

Art. 79 AEU-Vertrag betreffend die gemeinsame Einwanderungspolitik sieht eine »angemessene Behandlung«¹⁰ für Bürgerinnen und Bürger aus Drittstaaten vor. Diese Formulierung ist ein deutliches Minus gegenüber einer umfassenden Gleichbehandlung.

Die Grundrechtecharta (GRC) der Europäischen Union hat am 1.12.2009, gemeinsam mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, Rechtskraft erlangt. Entgegen der ursprünglichen Planung im Verfassungsentwurf ist sie nicht mehr Teil des Vertrags, hat jedoch gemäß Art. 6 des EU-Vertrages in fast allen Mitgliedstaaten den Status von verbindlichem Primärrecht, ausgenommen das Vereinigte Königreich und Polen.

7 Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (Konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47), zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. EU L 112/21 vom 24.4.2012) m. W. v. 1.7.2013.

8 Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12.12.2007 (ABl. C 303, S. 1) in Kraft seit 1.12.2009.

9 EuGH, 7.9.2004, C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573 = EuZW 2005, 307 f., Urt. 15.3.2005, C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, 2119, Nr. 37 und 39; 13.6.2013, C-45/12 (Ahmed).

10 »Traitement équitable« (französische Version) bzw. »fair treatment« (englische Version).

Die Charta räumt der Antidiskriminierung einen hohen Stellenwert ein. In Artikel 21 sind mehr unzulässige Gründe für eine Diskriminierung aufgelistet als in der Kompetenznorm des Art. 19 AEU-Vertrag (ehemals Art. 13 EG-Vertrag), welcher bisher Grundlage der nationalen Antidiskriminierungsgesetze war.¹¹

Art. 21 Abs. 1 der GRC statuiert ein umfassendes Diskriminierungsverbot, da die 17 aufgezählten Diskriminierungsmerkmale keinen *numerus clausus* bilden.¹² Art. 21 Abs. 2 der GRC enthält darüber hinaus ein spezielles Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit, das sich in dieser Form in keiner Verfassung der Mitgliedstaaten findet, aber der Vorschrift des Art. 18 Abs. 1 AEU-Vertrag entspricht: »Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.« Der Anwendungsbereich ist damit ausdrücklich auf den der unionsrechtlichen Verträge begrenzt; interne Sachverhalte, die keinerlei Bezug zum Unionsrecht aufweisen, sind nicht erfasst. Der Wortlaut lässt freilich offen, ob sich das Diskriminierungsverbot nur auf EU-Staatsbürger_innen bezieht oder auch die Staatsangehörigen von Drittstaaten erfasst. Allerdings hat der EuGH mit Urteil vom 4.6.2009 entschieden, dass das Diskriminierungsverbot sich nicht auf Differenzierungen zwischen Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen erstreckt.¹³ Für Drittstaatsangehörige gilt damit nur der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 20 GRC, sofern nicht spezielle Rechte anwendbar sind.¹⁴

Art. 34 der GRC befasst sich mit dem Recht auf soziale Sicherheit und soziale Unterstützung sowie auf Zugang zu sozialen Diensten, wobei Einschränkungen sowohl nach Unionsrecht wie auch nach dem Recht der Mitgliedstaaten möglich bleiben:

Die Union anerkennt und achtet das Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten, die in Fällen wie Mutterschaft, Krankheit, Arbeitsunfall, Pflegebedürftigkeit oder im Alter sowie bei Verlust des Arbeitsplatzes Schutz gewährleisten, nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.

11 Art. 19 AEU-Vertrag wird als reine Kompetenznorm ohne grundrechtlichen Charakter qualifiziert. Die darin angesprochenen speziellen Diskriminierungstatbestände bedürfen der Umsetzung durch Sekundärrecht, vgl. Bieback, Artikel 19 AEU, in: Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 6. Aufl. 2013, S. 725 ff., (729). Ein allgemeines, unionsrechtliches Grundrecht der Nichtdiskriminierung des Gemeinschaftsrechts gilt nur für die Gemeinschaftsorgane und nach der Rechtsprechung des EuGH für die Mitgliedstaaten nur dann, wenn sie selbst Gemeinschaftsrecht durchführen.

12 Art. 21 Abs. 1: Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung sind verboten. ...« Die Formulierung lehnt sich an Art. 19 AEU-Vertrag, Art. 14 EMRK und Art. 1 des 12. Zusatzprotokolls der EMRK an.

13 EuGH, 4.6.2009, C-22/08, Slg. 2009, I-4585, Rn. 51–53.

14 Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 21, Rn. 25 ff., 33 ff.

Artikel 34 Abs. 2 der GRC enthält ein Recht auf Teilhabe an den Leistungen der sozialen Sicherheit und der sozialen Vergünstigungen. Das Recht steht zwar jedem Menschen und damit im Grundsatz auch Drittstaatsangehörigen zu, ist aber durch die Bedingung des rechtmäßigen Wohnsitzes in der Union oder einen rechtmäßigen Aufenthaltswechsel innerhalb der Union begrenzt. Eine Begrenzung im Anwendungsbereich dieser Gewährleistung ergibt sich durch den Verweis auf die einzelstaatlichen Gepflogenheiten:

Jeder Mensch, der in der Union seinen rechtmäßigen Wohnsitz hat und seinen Aufenthalt rechtmäßig wechselt, hat Anspruch auf die Leistungen der sozialen Sicherheit und die sozialen Vergünstigungen nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.

Art. 21 Abs. 3 der GRC formuliert ein Menschenrecht auf soziale Unterstützung und eine Unterstützung für die Wohnung zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz bei Bedürftigkeit, das nicht an die EU-Bürgerschaft oder einen rechtmäßigen Wohnsitz oder Aufenthaltswechsel in der Union gebunden ist. Sämtliche Grundrechte im Bereich der sozialen Sicherheit und der sozialen Unterstützung nach Art. 34 der GRC gelten indes nur »nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Vorschriften und Gepflogenheiten.«¹⁵ Damit sind Einschränkungen bei der Gleichbehandlung möglich, allerdings sind dabei die Vorgaben gemäß Art. 52 der GRC zu beachten. Ungleichbehandlungen zu Lasten von Drittstaatsangehörigen sind demnach nur zulässig, wenn objektive Rechtfertigungsgründe vorliegen und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist. Die gleichen Grundsätze gelten für das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf medizinische Versorgung gemäß Art. 35 der GRC.¹⁶

Nachdem der Europäische Rat von Tampere im Oktober 1999 die Notwendigkeit festgestellt hatte, den Rechtsstatus von Drittstaatsangehörigen, die sich in den EU-Mitgliedstaaten rechtmäßig aufhalten, langfristig an den von EU-Bürgern anzunähern, wurden diverse unionsrechtliche Gleichbehandlungsvorschriften seit Beginn der 2000er Jahre auf weitere Kategorien von Drittstaatsangehörigen ausgeweitet.

15 Art. 34 Abs. 3 GRC: *Um die soziale Ausgrenzung und die Armut zu bekämpfen, anerkennt und achtet die Union das Recht auf eine soziale Unterstützung und eine Unterstützung für die Wohnung, die allen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, ein menschenwürdiges Dasein sicherstellen sollen, nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.*«

16 Art. 35 GRC (Gesundheitsschutz): *Jeder Mensch hat das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Bei der Festlegung und Durchführung der Politik und Maßnahmen der Union in allen Bereichen wird ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt.*

2. Gleichstellung durch Sekundärrecht

Noch unter der Geltung des Amsterdamer Vertrags wurden Gleichstellungsrichtlinien für bestimmte Bereiche zugunsten von Flüchtlingen (Richtlinie Nr. 2004/83/EG)¹⁷ und von Drittstaatsangehörigen mit langzeitigem Aufenthalt (Richtlinie Nr. 109/2003/EG)¹⁸ erlassen. Große Hoffnungen für die Gleichstellung von Drittstaatsangehörigen richteten sich schließlich auf die Richtlinie Nr. 2011/98/EU vom 13.12.2011¹⁹ über ein einheitliches Verfahren zur Beantragung einer kombinierten Erlaubnis für Drittstaatsangehörige, sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufzuhalten und zu arbeiten, sowie über ein gemeinsames Bündel von Rechten für Drittstaatsarbeitnehmer, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten.

a) Gleichstellung durch die unionsrechtlichen Koordinierungsverordnungen

Das System des koordinierenden europäischen Sozialrechts wurde zur Flankierung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten, insbesondere der Arbeitnehmerfreizügigkeit geschaffen. Es umfasst im Rahmen seines Geltungsbezugs ein Verbot der unmittelbaren und der mittelbaren Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.²⁰ Damit sollte zunächst nur der diskriminierungsfreie Zugang von Wanderarbeitern der EU-Mitgliedstaaten und ihren Familienangehörigen zu den Systemen der sozialen Sicherheit gewährleistet werden. Eine indirekte oder mittelbare Diskriminierung liegt nach der Rechtsprechung des EuGH vor, wenn innerstaatliche Leistungen an Voraussetzungen geknüpft werden, die zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit gelten, aber im Wesentlichen oder ganz überwiegend Wanderarbeitnehmer betreffen. Dies ist auch der Fall bei unterschiedslos geltenden Voraussetzungen wie Wohnortklauseln, die von inländischen Arbeitnehmer_innen leichter zu erfüllen sind als von Wanderarbeitnehmer_innen.²¹

Der Anwendungsbereich des koordinierenden Sozialrechts war jedoch auf Sachverhalte mit einer Binnenmigration zwischen EU-Mitgliedsstaaten begrenzt. Staatsangehörige ohne EU-Bürgerschaft hatten danach nur ein abge-

17 Richtlinie vom 29.4.2004, über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, Amtsbl. EG N. L 304/12, 30.9.2004. Die Richtlinie war bis zum 10.10.2006 umzusetzen.

18 Richtlinie vom 25.11.2003 betreffend die Rechtsstellung von langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, Amtsbl. EG, Nr. L 16/44 vom 23.1.2004. Die Frist zur Umsetzung der sog. Daueraufenthalts-Richtlinie in den Mitgliedstaaten lief am 22.1.2006 ab. Der Anwendungsbereich der Richtlinie wurde mit der Richtlinie 2011/51/EU vom 11.5.2011 (Amtsbl. L 132 vom 19.5.2011, S. 1) auf Ausländer erweitert, die internationalen Schutz im Sinne der Richtlinie 2011/95/EU vom 13.12.2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit internationalem Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, auch *Qualifikationsrichtlinie* oder *Anerkennungsrichtlinie* genannt (Amtsbl. EG Nr. L 337 vom 20.12.2011, S. 9–26). Dieser Personenkreis war zuvor vom Erwerb eines EU-Daueraufenthaltsrechts ausgeschlossen.

19 Amtsbl. EU L 343/1, 23.12.2011. Die Frist zur Umsetzung der Richtlinie in den Mitgliedstaaten lief am 25.12.2013 ab.

20 Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004.

21 EuGH, Rs. C-237/94, Slg. 1996, I-2617, Rn. 18; EuGH Rs. C-332/05 (Celozzi), Slg. 2007, I-563, Rn. 24.

leitetes Recht auf inländergleichen Zugang zu Sozialleistungen in ihrer Eigenschaft als »Familienangehörige« eines EU-Migranten.

Durch Verordnung (VO) Nr. 859/2002/EG, inzwischen ersetzt durch VO (EU) Nr. 1231/2010,²² wurden Drittstaatsangehörige schließlich kraft »eigenen Rechts« in das europäische Koordinierungsrecht für Wanderarbeitnehmer einbezogen. Hierdurch gilt nun das Koordinierungsrecht nicht nur für die Bürger_innen der 28 EU-Staaten und ihre Familienangehörigen, sondern auch für alle Nicht-EU-Bürger_innen mit rechtmäßigem Aufenthalt, die innerhalb der EU wandern. Ausgeschlossen bleiben Drittstaatsangehörige, die das Kriterium der EU-Binnenwanderung nicht erfüllen.

b) Richtlinien zum Rechtsstatus von Drittstaatsangehörigen mit langfristiger Aufenthaltsberechtigung

Trotz der grundsätzlichen Annäherung der Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen an die Rechtsstellung von Unionsbürgern erlauben die für die Gewährleistung sozialer Rechte relevanten Richtlinien von 2003 und 2011 den Mitgliedstaaten weiterhin Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichstellung. Eine erste Ausnahme ergibt sich bereits aus dem personellen Anwendungsbereich der Richtlinien.

(1) Richtlinie 2003/109/EG vom 25.11.2003²³

Sie beschränkt das Gleichbehandlungsgebot (Art. 11) auf die Kategorie der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen und ihre Familienangehörigen.²⁴

Darüber hinaus erlaubt die Richtlinie Ausnahmen bei der Gleichbehandlung nach Art. 11 Abs. 2 und 4: Die Mitgliedstaaten können die Gleichbehandlung bei bestimmten Sozialleistungen mit Wohnsitzerfordernissen verbinden und bei Sozialhilfe und Sozialschutz auf die Kernleistungen beschränken. Nach Erwägungsgrund Nr. 13 der Richtlinie umfasst der Begriff der Kernleistungen »zumindest ein Mindesteinkommen sowie Unterstützung bei Krankheit, bei Schwangerschaft, bei Elternschaft und bei Langzeitpflege«. Inländergleicher Schutz beim Zugang zu Sozialleistungen ist daher nur unter Einschränkungen gewährleistet, weil die Richtlinie bei ihrer Umsetzung den Mitgliedstaaten selbst bei dauerhaftem Aufenthaltsstatus Ausnahmen von Gleichbehandlung zugesteht. Diese möglichen Ausnahmen sind nach der Rechtsprechung des EuGH jedoch eng auszulegen.

22 Verordnung vom 24.11.2010 zur Ausdehnung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 auf Drittstaatsangehörige, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Verordnungen fallen, Amtsbl. EU, L 344/1 vom 29.12.2010.

23 Sog. Daueraufenthaltsrichtlinie, siehe oben Fn. 18.

24 Nach Art. 2 Buchst e) Richtlinie 2003/109/EG sind als »Familienangehörige« im Sinne der Richtlinie nur die Drittstaatsangehörigen zu betrachten, die sich in dem betreffenden Mitgliedstaat gemäß der Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung aufhalten.

(2) Richtlinie 2011/98/EU vom 13.12.2011

Die Richtlinie 2011/98/EU vom 13.12.2011 über eine kombinierte Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis für Drittstaatsangehörige und ein gemeinsames Bündel von Rechten für Drittstaatsarbeitnehmer, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, sieht in Art. 12 ein Recht auf Gleichbehandlung in Bezug auf Zweige der sozialen Sicherheit gem. VO (EG) Nr. 883/2004 vor, das nicht auf Fälle der Binnenmigration beschränkt ist. Die Gleichbehandlung gilt also auch für Personen, die direkt aus einem Drittstaat eingereist sind. Allerdings erlaubt auch diese Richtlinie Ausnahmen von der Gleichbehandlung gemäß Art. 12 Abs. 2: So kann der Zugang zu allgemeinen und beruflichen Bildungsangeboten auf Drittstaatsarbeitnehmer beschränkt werden, die einen Arbeitsplatz haben oder hatten und als arbeitslos gemeldet sind (Art. 12 Abs. 2 Buchst. a); der Zugang zu Studien- und Unterhaltsbeihilfen und -darlehen oder andere Beihilfen und Darlehen kann generell ausgeschlossen werden. Auch der Zugang zu Leistungen aus den Zweigen der sozialen Sicherheit nach der VO (EG) Nr. 883/2004 kann beschränkt werden, sofern es sich nicht um Drittstaatsarbeitnehmer handelt, die in einem Beschäftigungsverhältnis stehen oder die mindestens sechs Monate beschäftigt waren und als arbeitslos gemeldet sind (Art. 12 Abs. 2 Buchst. b). Dabei können die Staaten den Zugang zu Familienleistungen im Fall von Drittstaatsangehörigen ausschließen, die nur eine Arbeitserlaubnis für maximal sechs Monate in dem betreffenden Staat hatten, nur eine Aufenthaltserlaubnis zu Studienzwecken hatten oder nur aufgrund eines Visums die Erlaubnis haben zu arbeiten. Die umfassende Gleichbehandlung beim Zugang zu Leistungen der sozialen Sicherheit ist danach nur für diejenigen Migrant_innen gewährleistet, die eine mehr als kurzfristige Anbindung an den inländischen Arbeitsmarkt haben. Noch stärker sind die zugelassenen Ausnahmen vom Gleichbehandlungsprinzip beim Zugang zu Wohnraum: die Mitgliedstaaten können den Zugang zu Verfahren zur Erlangung von Wohnraum auf jene Migrant_innen beschränken, die einen Arbeitsplatz haben (Art. 12 Abs. 2 Buchst. d) i)) oder sie können Migrant_innen sogar generell vom Zugang zu Wohnraum ausschließen (Art. 12 Abs. 2 Buchst. d) ii)). Diese verabschiedeten Ausnahmen gehen über die ursprünglichen Vorschläge der Richtlinie hinaus, die Diskriminierungen beim Zugang zu sozialen Leistungen und Vergünstigungen jedenfalls nach einem mindestens dreijährigen rechtmäßigen Aufenthalt in dem betreffenden Mitgliedstaat ausschlossen.

c) Richtlinien für besondere Beschäftigtengruppen

Eine Reihe weiterer Richtlinien für bestimmte Kategorien von Beschäftigten aus Drittstaaten enthält ebenfalls Gleichbehandlungsgebote mit begrenzter Reichweite. So ist nach der »Forscher-Richtlinie« von 2005²⁵ eine Gleichstellung in Bezug auf die Zweige der sozialen Sicherheit gemäß der

25 Richtlinie 2005/71/EG vom 12.10.2005 über das besondere Zulassungsverfahren für Drittstaatsangehörige zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung.

VO 883/2004 gewährleistet, eine Gleichbehandlung beim Zugang zu Sozialhilfe ist jedoch ausgeschlossen. Auch die »Hochqualifizierten-Richtlinie« von 2009²⁶ begrenzt die sozialrechtliche Gleichstellung dieser Menschen auf die Sicherungszweige nach der Koordinierungs-Verordnung; die blaue Karte als Aufenthaltsberechtigung kann entzogen oder die Erneuerung verweigert werden, wenn der Lebensunterhalt nicht mehr gesichert ist oder nur unter Rückgriff auf Sozialhilfeleistungen. Noch größere Ausnahmen bei der sozialrechtlichen Gleichstellung finden sich in der Richtlinie für die Beschäftigung von Saisonarbeitern von 2014.²⁷ Den Mitgliedsstaaten ist es im Zuge der Umsetzung gestattet, den Zugang zu Familienleistungen und zu Leistungen bei Arbeitslosigkeit von der Gleichstellung auszuschließen. Im Übrigen sind Sozialhilfeleistungen nicht von der Richtlinie erfasst. Ein Ausschluss von Familienleistungen ist auch nach der Richtlinie über unternehmensinterne Transfers von 2014²⁸ gestattet, wenn es sich um Beschäftigte handelt, deren Transfer die Dauer von neun Monaten nicht übersteigt.

d) Assoziationsabkommen der EU

Gleichbehandlungsvorschriften finden sich auch in den von der EU mit Drittstaaten abgeschlossenen Abkommen. Dies ist der Fall im Assoziierungsabkommen der EWG mit der Türkei (Ankara-Abkommen) vom 12.9.1963 und den dazu ergangenen Beschlüssen zur Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten (in Anlehnung an das unionsrechtliche Koordinationsrecht) sowie in den Assoziationsabkommen mit den Maghreb-Staaten, die integraler Bestandteil der Unionsrechtsordnung sind.²⁹ Demgegenüber enthalten die meisten neueren Kooperations- und Stabilisierungsabkommen der Union mit Drittstaaten keine expliziten sozialrechtlichen Gleichbehandlungsgebote bzw. sozialrechtliche Diskriminierungsverbote mehr.³⁰ Allerdings können sich unmittelbar anwendbare arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote auf soziale Vergünstigungen erstrecken, so dass man von einer begrenzten oder abgeleiteten sozialrechtlichen Gleichbehandlung sprechen könnte.³¹

26 Richtlinie 2009/50/EG vom 25.5.2009 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung.

27 Richtlinie 2014/36/EU vom 26. Februar 2014 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zwecks Beschäftigung als Saisonarbeitnehmer, die bis zum 30.9.2016 in nationales Recht umzusetzen ist.

28 Richtlinie 2014/66/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen im Rahmen eines unternehmensinternen Transfers, die bis zum 29.11.2016 in nationales Recht umzusetzen ist.

29 Höller, Sozialrecht in Assoziationsabkommen, in: Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 6. Aufl., 2013, S. 903 ff., Rn. 7.

30 Vgl. das Mittelmeerabkommen mit Israel vom 20.11.1995, die früheren Europaabkommen mit den mittel- und osteuropäischen Staaten (Ungarn, Polen, Slowakische Republik, tschechische Republik, Rumänien, Bulgarien, Litauen, Lettland, Estland und Slowenien), die Partnerschaftsabkommen mit Staaten der ehemaligen Sowjetunion (Ukraine, Moldawien, Weißrussland, Kasachstan, Kirgisische Republik, Georgien, Usbekistan, Armenien, Aserbeidschan und Turkmenistan).

31 Vgl. das unmittelbar anwendbare arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot bei den Arbeitsbedingungen in Art. 23 Abs. 1 Partnerschaftsabkommen mit Russland vom 24.6.1994 (ABl. Nr. L 327 vom 28.11.1997), wobei sich der Begriff der Arbeitsbedingungen auf soziale Vergünstigungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 erstreckt. Dies Regelung findet sich nun auch in den Stabilisierungs- und

Im Verhältnis zu türkischen Migranten kommt dem Assoziationsratsbeschluss Nr. 3/80 vom 19.9.1980 (ABl. 1983 C 110, S. 60 ff.) und seinem sozialrechtlichen Diskriminierungsverbot (Art. 3 ARB 3/80) besondere Bedeutung zu, da dieser Beschluss im Gegensatz zum unionsrechtlichen Koordinationsrecht nicht an die Ausübung der Freizügigkeit innerhalb der Union anknüpft, sondern unabhängig von einer Binnenmigration gilt.³²

Die 1976 abgeschlossenen Assoziationsabkommen mit den drei Maghreb-Staaten Algerien, Tunesien und Marokko enthielten begrenzte sozialrechtliche Diskriminierungsverbote.³³ Sie verbieten im Wesentlichen eine auf die Staatsangehörigkeit gestützte Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern und ihren Familienangehörigen gegenüber Inländern im Beschäftigungsland.³⁴ Die älteren Abkommen wurden inzwischen durch sog. Europa-Mittelmeer-Abkommen ersetzt, die jedoch die sozialrechtlichen Diskriminierungsverbote inhaltlich nicht verändern.³⁵ Die sozialrechtlichen Diskriminierungsverbote der Assoziationsabkommen waren wiederholt Gegenstand von Entscheidungen des EuGH, die den persönlichen wie auch den sachlichen Geltungsbereich der Diskriminierungsverbote zum Gegenstand hatten.³⁶ Im Ergebnis stärkte diese Judikatur die sozialen Rechte der Drittstaatsangehörigen.

Inzwischen werden die Gleichbehandlungsvorschriften in den Assoziationsabkommen teilweise durch die Drittstaaten-Verordnung im Fall einer Binnenwanderung überlagert; allerdings gelten die Gleichbehandlungsgebote nach dem Assoziationsrecht weiter bei direkter Einreise in einen Mitgliedstaat.

3. Die Diskriminierungsverbote nach der Rechtsprechung des EuGH

Welche Barrieren beim Zugang zu Sozialleistungen in den Mitgliedstaaten bestehen können, zeigen zwei Vorabentscheidungen des EuGH von 2012 und 2013. Im ersten Fall wurde ein albanischer Staatsangehöriger allein wegen seiner Staatsangehörigkeit von einer italienischen Wohnungsbeihilfe ausgeschlossen. Im zweiten Fall betraf der Leistungsausschluss die Familienbei-

Assoziationsabkommen mit den Ländern des westlichen Balkans (Albanien, Bosnien und Herzegowina, ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien, sowie Serbien und Montenegro). Die Partnerschaftsabkommen mit den Nachfolgestaaten der Sowjetunion enthalten lediglich sog. Bemühensklauseln. Zu Inhalt und Reichweite der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsverpflichtungen vgl. Höller, Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht, 2005, S. 248 ff.; Höller, Sozialrecht in Assoziationsabkommen, in: Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 2013, Rn. 82 ff.

32 Vgl. Höller, Sozialrecht in den Assoziationsabkommen, in: Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 2013, Rn. 50 ff. mit Hinweisen auf die Judikatur des EuGH, insbes. die Rs. Sütil zum deutschen Kindergeldrecht, Rs. C-262/96, Slg. 1999, I-2743.

33 Abkommen Tunesien vom 25.4.1976, ABl. 1978 L 265, S. 2; Abkommen Algerien vom 26.4.1976, ABl. 1978 L 263, S. 2; Abkommen Marokko vom 27.4.1976, ABl. 1978 L 264, S. 2)

34 Höller, Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 221 ff.

35 Algerien: Europa-Mittelmeerabkommen vom 18.7.2005 (Art. 68), ABl. 2005, L 265, S. 2; Marokko: Europa-Mittelmeerabkommen vom 26.2.1996 (Art. 65 Abs. 1), ABl. 2000 L 70, S. 2; Tunesien: Europa-Mittelmeerabkommen vom 17.7.1995 (Art. 65), ABl. 1998, L 97, S. 2.

36 Zur Judikatur des EuGH, die dazu führt, dass nach den Kooperationsabkommen Familienangehörige von Arbeitnehmern aus Maghreb-Staaten unter Umständen gegenüber Familienangehörigen von Arbeitnehmern der Mitgliedstaaten im Bereich der sozialen Sicherheit bessergestellt sein können, vgl. Höller, Sozialrecht in den Assoziationsabkommen, in: Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 2013, S. 923 ff., Rn. 58 ff., insbes. Rn. 65 mit weiteren Nachweisen.

hilfe für eine algerische Staatsangehörige, die das belgische Erfordernis einer Mindestwohnsitzdauer von 5 Jahren nicht erfüllte.

Im Fall des albanischen Arbeitnehmers ging es um den Anspruch auf ein regionalgesetzliches Wohngeld in Südtirol (Italien) für einkommensschwache Mieter. Der Antrag des Albaners war allein aus Gründen der Staatsangehörigkeit abgelehnt worden, obwohl er sich bei Antragstellung in einem festen Arbeitsverhältnis befand, über einen unbefristeten Aufenthaltstitel verfügte und bereits 15 Jahre rechtmäßig in Italien lebte. Der EuGH entschied mit Urteil vom 24.4.2012³⁷ zugunsten des langfristig aufenthaltsberechtigten Nicht-EU-Bürgers und sein Recht, zumindest im »Kernbereich« der Sozialhilfe einschließlich der Wohnbeihilfe mit EU-Bürgern gleichbehandelt zu werden. Der Anspruch auf Gleichbehandlung wurde auf die Daueraufenthaltsrichtlinie 2003/109/EG gestützt, die bei Kernleistungen keine Differenzierung zwischen eigenen Staatsangehörigen und langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen gestattet. Die Frage, ob das Südtiroler Wohngeld zum Kernbereich der Sozialhilfe und des Sozialschutzes im Sinne von Art. 11 der Richtlinie gehört, bejahte der EuGH unter Verweis auf Art. 34 der GRC (»Unterstützung für die Wohnung«), da das regionalgesetzliche Wohngeld allen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, ein menschenwürdiges Dasein sicherstellen soll. Die Sicherung eines angemessenen Wohnraums ist eng mit der Menschenwürde verknüpft. Nach dem Regelungszweck der Richtlinie steht die Grundregel der Gleichbehandlung im Vordergrund, so dass an Ausnahmen gerade bei personengebundenen Differenzierungen wie der Staatsangehörigkeit strenge Anforderungen zu stellen und sie in jedem Fall eng auszulegen sind.

In der zweiten Entscheidung (Rechtsache C-45/12)³⁸ ging es um den Anspruch einer allein erziehenden Mutter algerischer Nationalität auf belgische Familienleistungen. Sie erhielt Familienleistungen für ihr jüngeres Kind mit französischer Staatsbürgerschaft, nicht aber für ihr älteres Kind mit algerischer Staatsangehörigkeit.

Die algerische Migrantin hielt sich in Belgien nicht als Arbeitnehmerin auf, sondern betreute nach zeitweiliger nichtehelicher Lebensgemeinschaft mit einem französischen Staatsbürger ihre zwei Kinder, das gemeinsame Kind mit französischer Staatsangehörigkeit, und ihr älteres, nicht gemeinsames Kind mit nur algerischer Staatsbürgerschaft. Für dieses Kind wurden keine Familienleistungen gezahlt, da hierfür nach belgischem Recht ein ununterbrochener fünfjähriger tatsächlicher Mindestaufenthalt in Belgien erforderlich war.

Im Ergebnis sah der EuGH in diesem Fall keinen Anknüpfungspunkt für eine Gleichbehandlung mit Inländern vor Ablauf der Fünfjahresfrist und daher auch keinen Verstoß gegen unionsrechtliche Vorgaben. Das Diskriminierungsverbot aus dem Assoziationsrecht war nicht anwendbar, da der algerischen Mutter die Arbeitnehmereigenschaft fehlte und unbezahlte Kindererziehung

37 EuGH, Rs. C-571/10 (Kamberaj), Urt. vom 24.4.2012 (ECLI:EU:C:2012:233).

38 EuGH, Urt. vom 13.6.2013, C-45/12 (Ahmed), (ECLI:EU:C2013:390).

in diesem Kontext nicht als gleichwertige Tätigkeit gilt. Das Diskriminierungsverbot aus dem Koordinierungsrecht hätte nur dann zu einem Anspruch verholfen, wenn die Mutter den Status der Familienangehörigen eines erwerbstätigen EU-Bürgers innegehabt hätte. An diesem Status fehlte es wegen der fehlenden Eheschließung mit dem Vater des gemeinsamen Kindes, aber auch weil der Kindesvater der alleinerziehenden Mutter nach Beendigung des Zusammenlebens keinen Unterhalt gewährte.

Gerade dieser zweite Fall verdeutlicht, dass auch bei rechtmäßigem Aufenthalt der Zugang zu Sozialleistungen – insbesondere bei Personen ohne Anbindung an den Arbeitsmarkt – gefährdet sein kann. Betroffen sind Mütter aus Drittstaaten, die Betreuungs- und Erziehungsaufgaben wahrnehmen und Halbgeschwister von EU-Bürgern ohne EU-Bürgerrecht. In dem geschilderten Fall bestand ein Aufenthaltsrecht in der EU, das aber nicht sozialrechtlich durch eine entsprechende Familienleistung flankiert war. Das Ergebnis befremdet aus menschenrechtlicher Perspektive, unter anderem aus der Perspektive der UN-Kinderrechtskonvention, da der Leistungsausschluss auch die Lebensbedingungen des Geschwisterkindes beeinträchtigen dürfte.

III. Gleichbehandlungsgebote beim Zugang zu Sozialleistungen im regionalen Menschenrechtsschutzsystem des Europarats

Der Spielraum des nationalen Gesetzgebers wird auch durch völkerrechtliche Verträge eingeschränkt, soweit diese innerstaatlich anwendbar sind. Wie im EU-Recht finden sich in diesen Verträgen Regelungen mit Gleichbehandlungsgeboten bzw. Diskriminierungsverboten. Aus menschenrechtlicher Perspektive sind v. a. die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und die Europäische Sozialcharta (ESC) bedeutsam. Neben Fragen der Gleichbehandlung haben sich die Entscheidungsgremien der EMRK und der ESC in den letzten Jahren wiederholt auch mit den wirtschaftlichen und sozialen Rechten von Migrant_innen befasst und in bestimmten Fällen indirekt ein Recht auf menschenwürdige Mindeststandards in den Lebensbedingungen anerkannt.³⁹

1. EMRK

a) Die innerstaatliche Geltung der EMRK

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind die europäischen Grund- und Menschenrechte integraler Bestandteil der allgemeinen Rechtsprinzipien des Unionsrechts, deren Beachtung der EuGH gewährleistet. Die Anerkennung dieser Rechtsgrundsätze in Art. 6 Abs. 3 EU-Vertrag bedeutet indes nicht, dass die in der Europäischen Konvention für Menschenrechte (EMRK)⁴⁰ von 1951 niedergelegten Rechte vor den nationalen Gerichten die

39 Für einen Überblick vgl. *Ktistakis*, Protecting Migrants under the European Convention on Human Rights and the European Social Charter. A handbook for legal practitioners, 2013, S. 47 ff.

40 EMRK vom 4.11.1950, ETS Nr. 005, ratifiziert von allen 47 Mitgliedstaaten des Europarats.

gleiche Geltungskraft haben wie Unionsrecht. Art. 6 EU-Vertrag regelt nicht die Beziehungen zwischen der EMRK und den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.⁴¹ Der innerstaatliche Rang der EMRK ist von Land zu Land unterschiedlich: Teils hat sie Verfassungsrang, teils geht sie einfachen gesetzlichen Regelungen generell vor, teils ist eine konventionskonforme Auslegung des nationalen Rechts geboten, was im Ergebnis zu einem Vorrang der in der EMRK geschützten Rechte führt.

Die EMRK selbst enthält weder ein sozialrechtliches Diskriminierungsverbot noch schützt sie nach ihrem Wortlaut den Zugang zu Leistungen der sozialen Sicherheit. Die Richter des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) überprüfen jedoch den Ausschluss von Sozialleistungen aufgrund der Staatsangehörigkeit anhand des akzessorischen Diskriminierungsverbots gemäß Art. 14 EMRK⁴², sobald der Geltungsbereich eines nach der EMRK oder ihrer Zusatzprotokolle geschützten Rechts eröffnet ist. Dabei haben die Richter insbesondere Sozialleistungen über den Eigentumsschutz nach Art. 1 des Zusatzprotokolls Nr. 1 von 1952⁴³ und (beitragsunabhängige) Familienleistungen sowie weitere Fürsorgeleistungen über Art. 8 EMRK (Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens) in den Schutzbereich des Abkommens einbezogen. Weitere Anknüpfungspunkte für Sozialleistungen können das Recht auf Bildung, das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung (Art. 3 EMRK) oder das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK) sein. Der Zugang zu diesen Rechten muss im Einklang mit dem breit gefassten Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK ausgestaltet werden. Eine ungleiche Behandlung ist dann eine Verletzung des Diskriminierungsverbots, wenn es dafür keine objektive und sachliche Rechtfertigung gibt, sie also kein legitimes Ziel verfolgt oder unverhältnismäßig ist. Im Gegensatz zu den WSK-Rechten des UN-Pakts gibt es bei Verletzung von EMRK-Rechten die Möglichkeit einer Individualbeschwerde. Der EGMR erlässt für die beteiligten Parteien bindende Urteile und kann die Staaten zu einer Entschädigungszahlung verpflichten.

Das neuere Zusatzprotokoll Nr. 12 von 2000⁴⁴ sieht ein umfassendes Diskriminierungsverbot bei allen gesetzlich verankerten Rechten vor. Es wurde bis zur Jahresmitte 2014 jedoch nur von 18 Staaten ratifiziert und hat daher eine begrenzte Reichweite. Deutschland und einige andere größere Staaten haben die Ratifikation bislang nicht betrieben. Als Grund wird die Sorge über die wachsende Reichweite der EMRK genannt: Mit einer Ratifizierung des

41 EuGH, C-571/10, Kamberaj, vom 24.4.2012.

42 Art. 14 verpflichtet die Staaten, den Genuss der in der Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.

43 Zusatzprotokoll (ZP) Nr. 1 vom 20.3.1952, ETS Nr. 009, enthält das Recht auf Eigentum (Art. 1) und auf Bildung (Art. 2). Das Abkommen ist von 45 der 47 Mitglieder des Europarats ratifiziert, es fehlen noch die Ratifikationen von Monaco und der Schweiz.

44 ZP Nr. 12 vom 4.11.2000, ETS Nr. 177.

Protokolls würden sämtliche Sozialleistungen, auf die ein Rechtsanspruch besteht, dem Diskriminierungsverbot unterliegen.⁴⁵

b) Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)

Nach der Rechtsprechung des EGMR gehören zu den verpönten Differenzierungsmerkmalen insbesondere persönliche Merkmale, die das Individuum nicht ohne weiteres beeinflussen kann. Das gilt auch für die Staatsangehörigkeit, die der EGMR unter das Kriterium der nationalen Herkunft in Art. 14 EMRK subsumiert.⁴⁶ Weitere Unterscheidungsmerkmale, die mit der Situation von Migrant_innen verknüpft sind, fallen ebenfalls in den Anwendungsbereich von Art. 14 EMRK, allerdings mit einer deutlich geringeren Schutzdichte als beim Differenzierungsmerkmal der Staatsangehörigkeit. Eine Differenzierung beim Zugang zu Sozialleistungen benötigt eine objektive und plausible Rechtfertigung, für die jedoch ein weiter Entscheidungsspielraum des Staates gilt. Dahinter steht die Annahme, dass der Status des »Migranten« als solcher kein der menschlichen Person innewohnendes, im Allgemeinen unveränderliches Merkmal darstellt (wie Geschlecht oder Rasse), sondern zum Teil selbst gewählt ist.⁴⁷

Der EGMR hat in ständiger Rechtsprechung die Rechte der Migrant_innen beim Zugang zu Sozialleistungen gestärkt.⁴⁸ Leistungsausschlüsse allein aufgrund der Staatsangehörigkeit werden seit der Leitentscheidung *Gaygusuz* gegen Österreich von 1996 einer strengen Prüfung unterzogen.⁴⁹ Im Jahr 2003 dehnte der Gerichtshof den Schutz der Eigentumsgarantie auf eine beitragsunabhängige Behindertenbeihilfe nach französischem Recht aus. Eine Konventionswidrigkeit wurde bejaht, weil einem Behinderten allein wegen fehlender französischer Staatsbürgerschaft die Beihilfe verweigert wurde und weil der

45 Vgl. hierzu *Frerichs*, Völkerrechtliche Spielräume des Gesetzgebers bei der Verhinderung sozialleistungsmotivierter Wanderungsbewegungen, in: ZESAR 5-6/14, S. 217 ff. (220).

46 EGMR, *Carson gegen Vereinigtes Königreich*, Urt. vom 16.3.2010. Auch der UN-Menschenrechtsschuss qualifiziert die Staatsangehörigkeit als nach Art. 26 i. V. m. Art. 2 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte verpöntes Differenzierungsmerkmal, vgl. UN-Menschenrechtsausschuss, Entscheidung vom 2.11.2001. CCPR/C/73/D/747/1997 – Des Fours de Walderode/Tschechische Republik, NJW 2002, 353 (355) – betreffend die Verletzung des Eigentumsrechts durch die Benesch-Dekrete.

47 EGMR, *Bah gegen das Vereinigte Königreich*, Urt. vom 27.9.2011, § 47.

48 Vgl. EGMR, *Gaygusuz gegen Österreich*, Urt. vom 16.9.1996; *Koua Poirrez gegen Frankreich*, Urteil vom 30.9.2003 (Invalidenbeihilfe für einen erwachsenen Behinderten); Urt. vom 25.10.2005, *Neidzwiek und Okpisz gegen Deutschland* (Kindergeld für Migranten, die vorübergehend in Deutschland wohnen); Urt. vom 31.3.2009, *Weller gegen Ungarn* (Mutterschaftsgeld); Urteil vom 9.7.2009, *Zeibek gegen Griechenland* (Familienleistungen); Urt. vom 28.10.2010, *Fawsie und Saidoun gegen Griechenland* (Familienbeihilfe für alleinstehende Mütter mit vielen Kindern); Urt. vom 21.6.2011, *Ponomaryovi gegen Bulgarien* (Schulgebühren); Urt. vom 8.4.2014, *Dhabhi gegen Italien* (italienische Familienbeihilfe für tunesischen Arbeitnehmer). Zur Rechtsprechung des EGMR über Diskriminierung bei sozialen Rechten von Migrant_innen, auch zu Fällen nicht gerügter Diskriminierung, vgl. die Studie von *Dembour*, *When Humans Become Migrants*, 2015, S. 250 ff.

49 EGMR, Urt. vom 16.9.1996. Der Ausschluss eines türkischen Staatsbürgers von der österreichischen Notstandshilfe, die nach vorangegangener Beitragszahlung in die Arbeitslosenversicherung aus Steuermitteln gewährt wird, wenn die Bezugsdauer für Arbeitslosengeld erschöpft ist, wurde als Verletzung von Art. 1 ZP Nr. 1 EMRK in Verbindung mit Art. 14 EMRK angesehen.

Behinderte auch nicht über ein Abkommen auf Gegenseitigkeit in den Schutzbereich der Leistung einbezogen war.⁵⁰

Allerdings hat der EGMR gebilligt, dass ein Staat den Zugang zu teuren öffentlichen Diensten wie Wohlfahrtsprogramme, Gesundheitsleistungen etc gegenüber Migranten mit kurzem oder illegalem Aufenthalt beschränken kann, die nicht zur Finanzierung dieser Leistungen beitragen. Vor allem für familienbezogene Beihilfen hat der EGMR indes die Geltung des akzessorischen Diskriminierungsverbots der EMRK regelmäßig bejaht und den Leistungsausschluss allein aus Gründen der Staatsangehörigkeit gerügt. Allerdings akzeptierte der Gerichtshof als Rechtfertigung für die Diskriminierung einer Flüchtlingsfamilie beim Zugang zu öffentlichen Sozialwohnungen den besonderen ausländerrechtlichen Status eines Kindes, dem die Einreise zur Mutter nur unter der Auflage gestattet worden war, keine öffentlichen Hilfen in Anspruch zu nehmen. Die Ungleichbehandlung wegen des ausländerrechtlichen Status sah das Gericht als weniger gewichtig als eine Ungleichbehandlung wegen des persönlichen Merkmals der Staatsangehörigkeit an, da die Einreise Elemente der Freiwilligkeit aufweise.⁵¹ Die Differenzierung zwischen dem personengebundenen Merkmal der Staatsangehörigkeit und dem ausländerrechtlichen Status ist wenig überzeugend: Zum einen ist die bedingte Einreiseerlaubnis letztlich eine Folge der ausländischen Staatsbürgerschaft der Betroffenen und könnte damit als indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit angesehen werden und damit ähnlich strengen Rechtfertigungsanforderungen unterliegen sollte wie bei einer direkten Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit.

2. Schutzgehalt der Europäischen Sozialcharta (ESC)

Explizite soziale Grundrechte im Rahmen des Europarats wurden nicht in der EMRK, sondern in der Europäischen Sozialcharta von 1961⁵² bzw. in ihrer revidierten Version von 1996 verankert, die sich als eine Ergänzung der EMRK im Bereich der sozialen Grundrechte versteht. Sämtliche Mitglieder des Europarats haben inzwischen entweder die erste ESC von 1961, oder die revidierte Fassung der Europäischen Sozialcharta von 1996 ratifiziert.⁵³

Die Charta (auch die revidierte Version) enthält einerseits explizite Rechte für Migrant_innen, andererseits eine Gleichbehandlungsklausel, die jedoch durch das traditionelle völkerrechtliche Prinzip der Gegenseitigkeit (Reziprozitätsprinzip) beschränkt ist. Nach dem im Annex definierten persönli-

50 EGMR, Urt. vom 30.9.2003 (Poirrez gegen Frankreich), ZESAR 2004, 142 f. (mit Anmerkung *Eichenhofer* S. 143).

51 EGMR, Urt. vom 27.9.2011, Bah gegen das Vereinigte Königreich, 2011 ECHR 1448. Die Entscheidung wurde einstimmig getroffen.

52 European Social Charter (ESC) vom 18.10.1961, ETS Nr. 035, international in Kraft seit 26.2.1965. Die ESC (1961) bindet derzeit 25 der 47 Mitgliedstaaten des Europarats.

53 Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996, ETS Nr. 163. Die ESC (1996), die 1999 in Kraft getreten ist, bindet derzeit 33 Staaten, 12 weitere Staaten haben diese Version unterzeichnet, aber noch nicht ratifiziert, u. a. auch Deutschland. Damit haben von den 47 Mitgliedern des Europarats nur Liechtenstein und die Schweiz die revidierte Fassung nicht unterzeichnet (<http://conventions.coe.int>).

chen Anwendungsbereich der ESC gelten ihre Rechte für Migranten und Migrantinnen nur insoweit, als sie aus einem anderen Vertragsstaat der ESC kommen, und zudem ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet der betreffenden Vertragspartei haben oder dort ordnungsgemäß beschäftigt sind. Wichtigste Regelung ist Art. 19 für den Schutz von Wanderarbeitnehmer_innen und ihren Familien. Diese Norm enthält ein spezielles Gleichbehandlungsgebot mit den eigenen Staatsangehörigen, u. a. hinsichtlich der Rechte in der Arbeit, der Unterkunft, der Steuern und des Zugangs zum Rechtsweg.

Die ursprüngliche ESC von 1961 bezieht sich nur in ihrer Präambel auf allgemeine Diskriminierungsverbote, wonach die »Ausübung sozialer Rechte sichergestellt sein muss, und zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Religion, der politischen Meinung, der nationalen Abstammung oder der sozialen Herkunft.«

Die revidierte ESC von 1996 enthält demgegenüber ein erweitertes Diskriminierungsverbot in Teil V, Artikel E, das der Formulierung in Art. 14 EMRK entspricht: *»Der Genuß der in dieser Charta festgelegten Rechte muß ohne Unterscheidung insbesondere nach der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Gesundheit, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, der Geburt oder dem sonstigen Status gewährleistet sein.«*

Die Einhaltung der sozialen Rechte der ESC kann nicht mit einer Individualbeschwerde in einem gerichtlichen Verfahren überprüft werden. Die Kontrolle erfolgt in einem Staatenberichtsverfahren und in einem kollektiven Beschwerdeverfahren, soweit die Vertragsstaaten dem zugestimmt haben. Die Staatenberichte werden von einem Sachverständigenausschuss (Europäischer Ausschuss für soziale Rechte) geprüft. Dieser Ausschuss hat wiederholt Verstöße der Mitgliedstaaten gegen Verpflichtungen zum Schutz von Migrant_innen festgestellt, auch gegenüber Deutschland.⁵⁴

Obwohl die ESC den persönlichen Anwendungsbereich in ihrem Anhang nur auf Migrant_innen mit rechtmäßigem Aufenthalt erstreckt, hat der Sozialrechtsausschuss auch mehrfach die Situation von Ausländern mit illegalem Aufenthaltsstatus berücksichtigt – auch zugunsten von Drittstaatsangehörigen.⁵⁵ Der Ausschuss für Sozialrechte hielt es für notwendig, diese Menschen nicht von einigen in der ESC garantierten Rechten auszuschließen, namentlich nicht vom Recht auf Notfallhilfe nach Art. 13 ESC:

54 In Bericht aus dem Jahr 2006 wurde Deutschland für diskriminierende Behandlung beim Kindergeld und beim Zugang zur staatlichen Fürsorge von Staatsangehörigen anderer Vertragsstaaten gerügt, vgl. Conclusions XVIII-1 (Germany).

55 Vgl. etwa die Entscheidungen in den Kollektivbeschwerdeverfahren gegen die Niederlande, Nr. 86/2012 vom 10.11.2014 und Nr. 90/2013 vom 1.7.2014 betreffend soziale Rechte von illegalen Migranten (ohne Papiere) auf Nahrung, Kleidung und Obdach.

Um die wirksame Ausübung des Rechtes auf Fürsorge zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien:

- 1. sicherzustellen, daß jedem, der nicht über ausreichende Mittel verfügt und sich diese auch nicht selbst oder von anderen, insbesondere durch Leistungen aus einem System der Sozialen Sicherheit verschaffen kann, ausreichende Unterstützung gewährt wird und im Falle der Erkrankung die Betreuung, die seine Lage erfordert;*

Der Sozialrechtsausschuss hat infolgedessen zahlreiche Staaten gerügt, weil sie dieses grundlegende Recht auf soziale und medizinische Fürsorge für illegale Migranten missachtet hatten, u. a. Frankreich, Italien, Andorra und Bulgarien.⁵⁶ Auch die Ungleichbehandlung von Ausländern beim Zugang zu Familienleistungen wurde als Verstoß gegen die Verpflichtungen aus der Charta gem. Art. 16 ESC gerügt.⁵⁷

IV. Abschließende Bemerkungen

Die Diskriminierung von Migrant_innen beim Zugang zu Sozialleistungen berührt grundlegende Fragen sozialer Gerechtigkeit, bedroht aber auch in einem weiteren Sinn die soziale Kohäsion. Der Ausschluss von Personengruppen, die eine mehr oder weniger sichtbare Minderheit bilden, kann sozialen Unfrieden und eine Spaltung der Gesellschaft fördern, da zum einen die Migranten aus Drittstaaten sich nicht mit ihrem Aufnahmestaat identifizieren und zum anderen die einheimische Bevölkerung Leistungsmissbrauch, Betrug und Sozialtourismus durch die Migrant_innen unterstellt.

Sowohl das Unionsrecht wie auch das regionale Menschenrechtssystem des Europarats haben wichtige Impulse zur Verbesserung der Rechtslage von Drittstaatsangehörigen beim Zugang zu Sozialleistungen und zur Anerkennung ihrer sozialen Rechte gesetzt. Ein großer Fortschritt sind insoweit die Entwicklungen, die Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit nicht mehr als Selbstverständlichkeit ansehen, sondern umgekehrt gerade in diesem Fall gesteigerte Rechtfertigungsgründe und die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verlangen. Dabei ist erfreulicherweise eine Tendenz festzustellen, die Gewährleistung sozialer Sicherheit und sozialer Unterstützung nicht mehr nur als Bürgerrechte, sondern als Menschenrechte anzuerkennen.

Der Blick auf die Rechtsquellen im Unionsrecht und im europäischen Menschenrechtssystem zeigt gleichwohl auch die fortdauernden Defizite bei der Gewährleistung sozialer Rechte von Migrant_innen, v. a. vor dem Hintergrund eines sachlich und persönlich begrenzten Anwendungsbereichs der einzelnen Instrumente. Angesichts der in vielen Mitgliedstaaten der EU bestehenden Neigung des Gesetzgebers, den Zugang zu Sozialleistungen, die nicht von Beiträgen abhängen, für Migrant_innen aus Drittstaaten einzuschränken,

⁵⁶ Vgl. die Entscheidung im Kollektivbeschwerdeverfahren FIDH gegen Frankreich, 2003; im normalen Berichtsverfahren Conclusions 2009, I, Andorra, 66; Conclusions 2009-I, Italy, 424 f.

⁵⁷ Zu Italien vgl. Conclusions 2011.

bleibt den Betroffenen oft nur der lange und mühsame Weg über die Gerichte bis hin zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Immerhin zeigen einige nationale Verfassungsgerichte – etwa in Deutschland und Italien⁵⁸ – eine wachsende Sensibilität bei der Beurteilung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von sozialrechtlichen Ungleichbehandlungen gegenüber Migrant_innen. Diese Rechtsprechung begrenzt den politischen Spielraum des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung von Sozialleistungen und stärkt die sozialen Rechte aller Menschen.

58 Zu Deutschland vgl. die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts von 2004 (BVerfGE 111, 160 ff. (betr. Kindergeld) und BVerfGE 111, 176 ff. (betr. Bundeserziehungsgeld) und von 2012/BVerfGE 130, 240 ff. (Bayerisches Landeserziehungsgeld); 132, 72 ff. (Bundeserziehungsgeld- und -elterngeldgesetz I); 132, 72 ff. (Bundeserziehungsgeld- und -elterngeldgesetz II), vgl. dazu Britz, Verfassungsrechtliche Grenzen der Ungleichbehandlung von Migrantenfamilien im Bereich der Familienleistungen, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 2/2014, S. 56–60; zu Italien vgl. die Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs (*Corte Costituzionale*) Nr. 40/2013 vom 15.3.2013, Nr. 329 vom 12.12.2011; Nr. 306/2008 vom 22.7.2008; Nr. 11/2009 vom 14.1.2009; Nr. 187/2010 vom 28.5.2010.

Das europäische Recht der Verordnungen zur Koordinierung der Sozialversicherung: quo vadis?

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Endogene Entwicklungen auf der Ebene des Mitgliedstaates
 - 1. Eine seit längerem existierende Herausforderung: Unterschiede zwischen dem abgedeckten Personenkreis abgedeckt und der Höhe der Leistungen
 - 2. Änderungen in Wohlfahrtssystemen
 - 3. Fehlende Synchronisierung zwischen Sozialrecht, Steuerrecht und Arbeitsrecht
 - 4. Änderungen in der Lebensweise und Familiensituation, alternde Bevölkerung, Abhängigkeit von Langzeitpflege und demografische Entwicklung
- III. Endogene Entwicklungen auf EU-Ebene
 - 1. Parallelität zwischen verschiedenen Rechtsakten über die grenzüberschreitenden Aspekte der sozialen Sicherheit
 - 2. Beschlussfassungsprozess
 - 3. Migration
- IV. Einige allgemeine Lösungen
 - 1. Prüfung des sachlichen Geltungsbereichs
 - 2. Einführung eines Instruments der europäischen Solidarität in die Verordnung
 - 3. Suche nach einer angemessenen Kostenteilung zwischen Mitgliedstaaten
 - 4. Prinzip der engsten Verbindung als Ersatz für die bestehende Regel zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates
 - 5. Institutionelle und Rechtsentwicklungen
 - 6. Zusammenfassung der verschiedenen Rechtsakte in nur einem Rechtsinstrument

I. Einführung

Während seiner ganzen beruflichen Laufbahn hatte Bernd Schulte ein brennendes Interesse am europäischen Sozialrecht und insbesondere an den europäischen Verordnungen zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit – den derzeitigen Verordnungen 883/2004 und 987/2009 – ein Interesse, das ich mit ihm teilte. Wir haben unzählige Male über diese Texte Gedanken ausgetauscht, die Lücken, die Anwendungsprobleme, die Auslegung der Rechtsprechung des Gerichtshofs, die Herausforderungen, usw. Wir haben Berichte für die europäischen Institutionen angefertigt und in vielen Ländern die Verwaltung bei der Anwendung dieser Texte in ihren nationalen Rechtsvorschriften betreut. Deswegen möchte ich in diesem Beitrag zu Ehren Bernds bei diesen Grunddokumenten des europäischen Sozialrechts und einem der ältesten Texte des europäischen Rechts [die Vorgängerverordnung 3/58 war die dritte europäische Regelung, die jemals eingeführt wurde] verweilen.

Diese Verordnungen haben zu der Verwirklichung eines fundamentalen Grundsatzes in der Europäischen Union beigetragen: des freien Personenverkehrs. In diesen 55 Jahren musste man diese Koordinierungsvorschrift-

ten regelmäßig anpassen, nicht nur zur Integrierung neuer Systeme in den verschiedenen Erweiterungsphasen der Europäischen Union, sondern vor allem infolge von Entwicklungen in den sozialen Sicherheitssystemen der Mitgliedstaaten. Die sich wandelnde gesellschaftliche Umwelt, in der die sozialen Sicherheitssysteme sich entwickelten, zwang dazu, die Regeln der Verordnung zum Schutz der Zuwanderer von Zeit zu Zeit zu modifizieren. Das Recht folgt der Realität oder sollte ihr folgen und ist dadurch oft gehalten sie einzuholen.

Aber auch in Zukunft wird sich das ergeben. In diesem Beitrag soll nicht nur auf mehr als 55 Jahre Geschichte zurückgeblickt, sondern auch einen Blick in die Zukunft geworfen werden. Anhand der Entwicklungen werden einige Herausforderungen identifiziert, die die EU-Gesetzgeber dazu zwingen werden die Koordinierungsvorschriften anzupassen, zu modifizieren und weiter zu modernisieren. Während manche dieser Entwicklungen möglicherweise zu technischen, kosmetischen Modifizierungen führen, werden andere mutige Entscheidungen benötigen, da es sich nicht ausschließen lässt, dass die Herausforderungen vielleicht manche der fundamentalen Grundsätze des heutigen Systems der Koordinierungsvorschriften in Frage stellen werden¹.

Im Allgemeinen können die Herausforderungen, denen die Koordinierungsvorschriften gegenübersehen, auf verschiedenen Ebenen auftreten. Einerseits werden die Koordinierungsvorschriften mit endogenen Entwicklungen konfrontiert werden, d. h. Entwicklungen auf Ebene der Mitgliedstaaten. Andererseits gibt es die sogenannten exogenen Entwicklungen auf EU-Ebene.

II. Endogene Entwicklungen auf der Ebene des Mitgliedstaates

1. Eine seit längerem existierende Herausforderung: Unterschiede zwischen dem abgedeckten Personenkreis und der Höhe der Leistungen

Auf nationaler Ebene geht es sowohl um Herausforderungen, die aus dem Unterschied zwischen den nationalen Systemen, wie auch diejenigen die den Änderungen in der Gesellschaft und technischen Entwicklungen entstammen. Sie haben alle nicht nur eine Auswirkung auf die Situation in dem betreffenden Mitgliedstaat, sondern auch auf die Koordination.

Die Geschichte der Verordnungen ist gekennzeichnet durch einen langwierigen Prozess der Anpassung an die sozialen Sicherheitssysteme aller Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung ihrer Besonderheiten und ihrer großen Unterschiede. Die sozialen Sicherheitssysteme der Mitgliedstaaten kennen

¹ Vgl. für eine ausführlichere Darstellung auf einen gemeinsamen Bericht: Yves Jorens (ed.), Bernhard Spiegel (ed.), Jean-Claude Fillon und Grega Strban, »Key challenges for the social security coordination Regulations in the perspective of 2020«, Think Tank report 2013, trESS Projekt (jetzt Fressco). trESS (FreSsco) ist ein einzigartiges Netzwerk von Experten aus ganz Europa, das im Auftrag der Europäischen Kommission unter anderem Berichte ausfertigt über die Verordnungen zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1098&langId=en>).

tatsächlich bedeutende Unterschiede hinsichtlich ihrer zugrunde liegenden Philosophie (welche Personen sind von welchem System abgedeckt, wie sind die Systeme finanziert, oder unter welchen Bedingungen kann man Leistungen beantragen). Die ersten sechs Gründungsmitglieder der EU hatten ziemlich homogene Systeme (in der Regel gründeten diese sich auf dem Prinzip, dass nur die aktive Bevölkerung individuelle Rechte erwerben kann, weil die restliche Bevölkerung auf abgeleitete Rechte angewiesen war – »Bismarcksche« Systeme). Dies änderte sich entscheidend mit dem Beitritt von Dänemark, Irland und dem Vereinigten Königreich, weil deren sozialen Sicherheitssysteme sich mehr auf aufenthaltsbasierten Schutz konzentrieren. Außerdem dem Beitritt der Staaten aus Mittel- und Südosteuropa hat sich eine neue Gruppe von sozialen Sicherheitssystemen angeschlossen. Während die Unterschiede schon erstaunlich sind auf der Ebene der Leistungen, sind sie sogar noch auffallender auf der Ebene der Finanzierung. Steuerfinanzierte Systeme sind deutlich unterscheidbar von beitragsabhängigen Systemen. Diese Unterschiede werden stärker mit der Auswirkung der wirtschaftlichen Situation. Vor allem seit dem letzten Beitrittsprozess gibt es bemerkenswerte Lücken zwischen den Lebensstandards mancher Mitgliedstaaten. Dies liegt an unterschiedlichen Lohnhöhen, die dann auch unterschiedliche Leistungshöhen zur Folge haben.

Wenn man die Entwicklung der Verordnungen mit den Änderungen in den nationalen Systemen vergleicht, sieht man ganz deutlich, dass die Verordnungen die Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten und den Entwicklungen nicht berücksichtigt haben. Die Verordnungen orientieren sich noch immer sehr stark an dem Bismarckschen Konzept. Beispielsweise beim Kapitel über Leistung bei Krankheit, das noch immer den Unterschied macht zwischen den eigenen Rechten einer versicherten Person und den abgeleiteten Rechten der Familienangehörigen. Im Falle kollidierender Rechte, gelten diese, die auf dem Wohnort (individuelle Rechte) beruhen als schwächer gegenüber abgeleiteten Rechten².

Auch der Europäische Gerichtshof muss Situationen lösen, in denen nationale Rechte als nichtig erklärt werden oder wenigstens nur subsidiär anwendbar sind, wegen der Zuständigkeit eines Mitgliedstaates solche Leistungen zu gewähren. Das hatte die bekannte Rechtssache *Bosmann*³ zur Folge (in der das Vorliegen von Rechten im Wohnmitgliedstaat akzeptiert wurde, sogar in Situationen, in denen dieser Mitgliedstaat nicht der zuständige Staat gemäß den Verordnungsvorschriften ist). Diese Vorgehensweise wurde z. B. in der Rechtssache *Hudzinski*⁴ bestätigt und weiter entwickelt. In dieser (Rechts)sache wurde klar, dass ein neues paralleles Koordinierungssystem in der Entwicklung war. Es ist für alle Risiken der sozialen Sicherheit zuständig. Infol-

2 Artikel 32 (1) und (2) Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit der Verordnung (EC) Nr. 883/2004, ABl. L 166/1.

3 EuGH 20.5.2008, Rs. C-352/06 (*Bosmann*).

4 EuGH 12.6.2012 Rs. C-611/10 und C-612/10 (*Hudzinski und Wawrzyniak*).

gedessen könnte man sagen, dass Schutz und aufenthaltsbasierte Rechte in den Verordnungen heute nicht ausreichend behandelt werden.

Aber auch die noch immer vorliegenden Unterschiede in Lohn und Leistungen könnten Spannungen verursachen. Bürger der Mitgliedstaaten mit einem geringeren Leistungsstandard könnten Bürger von Mitgliedstaaten mit höheren Leistungsstandards beneiden und versuchen dort Anspruch auf diese höheren Leistungen nur aufgrund ihrer Auslandsreisetätigkeit zu erheben. In der politischen Debatte beschreibt man dieses Phänomen als Sozialtourismus. Einerseits unterstützen die Verordnungen manchmal Ansprüche auf diese höheren Leistungen zu Lasten von Mitgliedstaaten mit geringeren Leistungsstandards (z. B. mit Bezug auf Leistungen bei Krankheit, weil der zuständige Mitgliedstaat die Genehmigung zu einer ausländischen Versorgung aufgrund Mängel im lokalen System erteilen muss oder weil die Betroffenen einfach in einen neuen Wohnmitgliedstaat einwandern und Ansprüche haben auf alle Leistungen, die dort vorgesehen sind). Andererseits müssen Mitgliedstaaten, die europäische Bürger wegen des interessanten Leistungsstandards anlocken, teilweise diesen Leistungstourismus subventionieren. Zum Beispiel könnten steuerfinanzierte Leistungen auch Personen gewährt werden, die aus einem anderen Mitgliedstaat einwandern und die nie Steuern oder einen nur unzureichenden Betrag im Mitgliedstaat, der jetzt die Leistungen gewähren muss, bezahlt haben. Ein weiteres Beispiel für Leistungsgewährung ohne vorherige Integration in einem neuen Wohnmitgliedstaat ist das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Brey*⁵. Der EuGH scheint eine Grenze zu ziehen, die es Mitgliedstaaten erlaubt Mindestleistungen für Bürger anderer EU-Mitgliedstaaten dermaßen zu beschränken, dass sie keine übermäßige Belastung für das System der sozialen Fürsorge des Wohnmitgliedstaats werden. Trotzdem wird es immer gleichgelagerte Situationen geben, in denen Mitgliedstaaten mit höheren Leistungsstandards Personen ohne vorherige und ausreichend enge Verbindung zu diesem Mitgliedstaat Leistungen gewähren müssen. Die heutigen politischen Antworten zeigen wie sensibel dieses Thema ist. Und obwohl es heute keine zuverlässigen Daten über Leistungstourismus gibt, wird er in der Öffentlichkeit als eine echte Bedrohung (ohne Rücksicht auf die fraglichen Daten) betrachtet. Man sollte aber nicht vergessen, dass diese Angst vor Sozialtourismus als gegen das Grundrecht der Freizügigkeit gerichtet angesehen werden muss. Es wäre deswegen empfehlenswert über die Einführung eines Erfordernisses für eine enge Verbindung der Betroffenen mit einem Mitgliedstaat nachzudenken, bevor ein Staat Leistungen, insbesondere steuerfinanzierte Leistungen, die nicht mit Einkünften einer vorherigen Erwerbstätigkeit verbunden sind, gewähren muss. Falls es Europa nicht gelingt diese höchst politische Aufgabe zu erfüllen, könnte es seine eigene Struktur in Gefahr bringen.

5 EuGH 19.9.2013 Rs. C-140/12 (*Brey*).

2. Änderungen in Wohlfahrtssystemen

Die Mitgliedstaaten bleiben grundsätzlich für die Gestaltung und Ausführung ihrer sozialen Sicherheitssysteme zuständig. Trotzdem sind die Herausforderungen, mit denen diese Systeme konfrontiert werden, sehr vergleichbar und das gilt auch für die gefundenen Lösungen. Diese Entwicklungen können sehr leicht entdeckt werden, wenn sie eine Antwort auf die Erscheinung neuer Risiken sind. Besonders wegen der demographischen Änderungen haben Mitgliedstaaten in den letzten Jahrzehnten Leistungen für pflegebedürftige Personen eingeführt (Systeme der Langzeitpflege). Das Ziel dieser Leistungen ist sehr vergleichbar, aber der systematische Ansatz ist ganz verschieden. Ein weiteres Beispiel ist die Einführung und die Stärkung von Aktivierungsmaßnahmen in vielen Bereichen der Sozialpolitik. Am interessantesten sind die neuen Anknüpfungspunkte für Leistungen. Zum Beispiel sollen Leistungen bei Invalidität nur den Personen gewährt werden, die zu Rehabilitationsmaßnahmen bereit sind, welche die Reintegration in den Arbeitsmarkt bezwecken.

Diese Herausforderungen sind mit einem Risiko für die Koordination behaftet, weil die Frage aufgeworfen werden kann, ob solche Systeme unter den Anwendungsbereich und die Einordnung (um welche Abteilung der sozialen Sicherheit handelt es sich?) fallen. Die Urteile über Leistungen bei Langzeitpflege sind dafür ein sehr gutes Beispiel, besonders das Urteil in der Rechtsache *Kommission gegen Parlament und Rat*⁶, nach welchem zum Zweck der Koordination Leistungen unterschiedlicher Art aus verschiedenen Mitgliedstaaten für Leistungen der Langzeitpflege gehalten werden sollen. Diese Systeme unterscheiden sich erheblich je nach Mitgliedstaat.

Eines der Probleme in der Koordinierung der sozialen Sicherheit ist das Fehlen einer gemeinsamen Auffassung (Definition) darüber, welche Leistungen als Leistungen der Langzeitpflege gelten und auf welche Art und Weise diese koordiniert werden sollen (Frage der Klassifikation), und nicht als Leistungen bei Krankheit (*stricto sensu*) oder Renten (oder Rentenzuschläge) oder Familienleistungen (für auf Langzeitpflege angewiesene Kinder).

Ein weiteres Beispiel finden wir in den Aktivierungsmaßnahmen. Was ist mit einem Mitgliedstaat, dessen Rechtsvorschriften Ansprüche auf Leistungen bei Invalidität mit zusätzlichen Rehabilitationsmaßnahmen verknüpfen? Falls der Betroffene den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaates unterlag und jetzt weit entfernt in einem anderen Mitgliedstaat wohnt, der kein vergleichbares Konzept von Rehabilitationsmaßnahmen kennt, können die Rehabilitationsmaßnahmen dort nicht angewendet werden. Kann man die Leistung verweigern oder muss man sie auch ohne Rehabilitationsmaßnahmen gewähren?

⁶ EuGH 18.10.2007, Rs. C-299/05 (*Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union*).

3. Fehlende Synchronisierung zwischen Sozialrecht, Steuerrecht und Arbeitsrecht

Die Tatsache, dass nur die Beiträge und nicht die Besteuerung koordiniert werden, könnte zu großen Unterschieden in grenzüberschreitenden Situationen führen. Obwohl es EU-Instrumente gibt, die man zur Bekämpfung solcher Probleme angenommen hat, beseitigen sie jedoch nicht alle Nachteile. Ein treffendes Beispiel ist der Unterschied in den Finanzierungsmethoden. Die Mitgliedstaaten können frei entscheiden wie sie ihre sozialen Sicherheitssysteme finanzieren. Manche Mitgliedstaaten finanzieren ihre Systeme über Steuern, während andere sich eher auf Beiträge fokussieren. Im Allgemeinen gibt es kein Problem damit, solange die Steuern und Beiträge von ein und demselben Mitgliedstaat erhoben werden. Die Frage, wieviel eine einzelne Person insgesamt (Beiträge und Steuern) zahlen muss, ist ein wohlausgewogenes und empfindliches Thema in allen Mitgliedstaaten angezeigt werden.

Sobald die Zuständigkeit zur Erhebung der Steuern und Beiträge auf zwei oder mehrere Mitgliedstaaten aufgeteilt wird, kann dieses Ziel nicht mehr erreicht werden. Je nachdem, wie ein Mitgliedstaat die Finanzierung seiner sozialen Sicherheit gewählt hat, könnten sich die Ergebnisse ganz voneinander unterscheiden. Das soll an einem extremen Beispiel anhand der fiktiven Systeme von zwei Mitgliedstaaten:

Der Mitgliedstaat A kennt ein Bismarcksches System mit allumfassenden Sozialbeiträgen, die 35 % des Einkommens ausmachen; die Steuern machen 30 % des Einkommens aus. Der Mitgliedstaat B kennt grundsätzlich ein aufenthaltsbasiertes System, in dem man nur Beiträge für bestimmte Leistungen zahlt, die als ein Ersatzeinkommen fungieren. Diese Beiträge betragen 15 % des Einkommens. Die Besteuerung deckt den größten Teil der Leistungen der sozialen Sicherheit und beträgt insgesamt 50 %. Deshalb beträgt die Absetzbarkeit der Erträge in beiden Mitgliedsstaaten 65 %. In einer grenzüberschreitenden Situation könnten die Ergebnisse erschütternd sein. Angenommen diese beiden Mitgliedstaaten seien durch ein Doppelbesteuerungsabkommen nach dem OECD-Musterabkommen gebunden. Gemäß diesem Abkommen bleibt bei einer Entsendung der entsendende Mitgliedstaat für die Besteuerung der Einkünfte der entsandten Person zuständig, sofern der Entsendezeitraum nicht mehr als 183 Tage beträgt. Wenn also eine Person für 20 Monate von dem Mitgliedstaat A zu dem Mitgliedstaat B entsandt wird, wendet Mitgliedstaat A seine Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit an, während Mitgliedstaat B schon für die Besteuerung der Einkünfte zuständig ist.

Das Resultat: 35 % Beiträge plus 50 % Steuern. Insgesamt macht dies 85 % Abgaben aus, während im umgekehrten Fall 15 % Beiträge mit 30 % Steuern zusammengefügt werden; das macht insgesamt 45 %. Auf den ersten Blick scheinen die Ergebnisse aus dem oben erwähnten Beispiel deutlich die Freizügigkeit zu behindern (der Einwanderer wird schlechter behandelt als der Staatsangehörige). Es wäre interessant zu sehen, wie der EuGH in einer so deutlichen Sache entscheiden würde.

Ein ähnliches Problem besteht im Verhältnis zwischen der sozialen Sicherheit und dem Arbeitsrecht. Für Unternehmungen mit grenzüberschreitenden Tätigkeiten könnte es wichtig sein, wenn sie nicht nur das Sozial- und Steuerrecht desselben Mitgliedstaates anwenden, sondern auch das Arbeitsrecht dieses Mitgliedstaates. Obwohl es EU-Rechtsakte für Aspekte des Arbeitsrechts gibt⁷, über das anzuwendende Arbeitsrecht oder die Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern, stehen diese Akte nicht in Übereinstimmung mit den Zuständigkeiten nach der Verordnung (EG) Nr. 883/2004. Außerdem weichen verschiedene dieser Akte deutlich von einigen Grundprinzipien nach den Koordinierungsvorschriften ab (z. B. das Prinzip der freien Wahl im Arbeitsrecht im Zusammenhang mit dem Schutzprinzip und dem Favorisierungsprinzip gegenüber dem Arbeitnehmer).

4. Änderungen in der Lebensweise und Familiensituation, alternde Bevölkerung, Abhängigkeit von Langzeitpflege und demografische Entwicklung

Auch in der EU hat die Lebensweise bedeutende Änderungen erfahren. Nichteheliche Beziehungen und Alleinerziehende sind weitgehend akzeptiert. Neue Formen von Lebensgemeinschaften könnten auch Probleme für die Koordinierung der sozialen Sicherheit verursachen. Manche Mitgliedstaaten beachten nicht nur Ehepartner als Familienangehörige, sondern auch zusammenlebende Partner oder sogar gleichgeschlechtliche Partner, während andere das nicht tun. Beispiel: Wenn ein Wohnmitgliedstaat gleichgeschlechtliche Partner abdeckt, haben diese Partner Anspruch auf sachliche Krankenleistungen als Familienangehörige zulasten des zuständigen Mitgliedstaates. Letzterer muss sachliche Krankenleistungen für gleichgeschlechtliche Partner in anderen Mitgliedstaaten gewähren, auch wenn sie nicht im staatlichen Gesundheitssystem (gesetzliche Krankenversicherung oder nationaler Gesundheitsdienst) dieses Mitgliedstaates abgedeckt sind. Dies könnte auch ein Fall der sogenannten umgekehrten Diskriminierung sein, wobei die Rechtslage einer die Freizügigkeit beanspruchenden Person (und ihrer Familienangehörigen) mehr bevorzugt wird als die Rechtslage von Personen, deren Rechtssituation nur zu einem Mitgliedstaat beschränkt ist.

Die Art und Weise, wie nationale Systeme der sozialen Sicherheit (innerstaatlich und supranational) gebildet und koordiniert werden, wird auch von den demografischen Änderungen beeinflusst. Infolge dieser Tendenzen gibt es eine zunehmende Anzahl von Personen, die bestimmter Leistungen bei Alter, einschließlich Diensten bei Langzeitpflege, bedürfen. Wie oben schon erwähnt, könnte man die Frage aufwerfen, wie diese Leistungen bei Langzeitpflege und die Sonderleistungen für Pflegekräfte koordiniert werden sollten.

⁷ Z. B. Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I Verordnung), ABl. L 177/6.

III. Endogene Entwicklungen auf EU-Ebene

Bis jetzt wurden hauptsächlich die Entwicklungen auf der Ebene des Mitgliedstaates besprochen. Jetzt sollen auch die Entwicklungen und Probleme auf europäischer Ebene untersucht werden.

1. Parallelität zwischen verschiedenen Rechtsakten über die grenzüberschreitenden Aspekte der sozialen Sicherheit

Viele Rechtsvorschriften (EU-Verordnungen und EU-Richtlinien, aber auch Rechtsakte über das Verhältnis zu Drittstaaten) behandeln in unterschiedlichem Maße die grenzüberschreitende Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit in den EU-Mitgliedstaaten. So fällt es einer Person schwer Rechte zu verstehen und die Verwaltungen empfinden Schwierigkeiten bei der Anwendung des geeignetsten Instruments in einer bestimmten Situation. Ein Modell dieses parallelen Sekundärrechts ist die Richtlinie 2011/24/EU über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung⁸, weil sie hinsichtlich grenzüberschreitender Gesundheitsversorgung im Geltungsbereich der Koordinierungsvorschriften wirksam ist und sie insofern nur ausschließlich die Verantwortlichkeit und die Rückerstattung der Pflegekosten für die Personen der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit behandelt. Sehr konkret kann man sagen, dass die europäischen Rechtsvorschriften über die Verantwortlichkeit der nationalen Systeme für die Pflege heutzutage aus einer Überlappung der Kapitel über Krankheit in den Verordnungen (EG) Nr. 883/2004 und 987/2009 und der Vorschriften in der Richtlinie 2011/24/EU bestehen. Ein weiteres Beispiel ist die Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten⁹, was eine direkte Auswirkung auf die Verordnung hat: so ist es Nichterwerbstätigen z. B. erlaubt sich länger als drei Monate im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates aufzuhalten, unter der Bedingung, dass sie ausreichende Einkünfte (die ganz oder teilweise aus Leistungen bestehen dürfen) und eine umfangreiche Gesundheitsversicherung haben. Diese Personen dürfen dank ausreichender Einkünfte auch nicht zu Last des Systems der sozialen Sicherheit im Aufnahmemitgliedstaat werden.

Die Art und Weise, wie dieselben Situationen behandelt werden, könnte auch vom einen zum anderen Sekundärrecht unterschiedlich sein. Diese Widersprüchlichkeit manifestiert sich in mangelnder Rechtssicherheit. Was passiert in solchen Umständen? Welche der zwei gemeinsam anwendbaren Regeln ist bevorzugt? Hat die Person freie Wahl? Ist es möglich, dass die eine Regel die andere ergänzt? Man sollte hierbei nicht vergessen, dass sogar

⁸ Richtlinie 2011/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2011 über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung ABl. L 88/45.

⁹ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. L 158/77.

in den Koordinierungsvorschriften das Konzept oder der Begriff der sozialen Sicherheit an sich nicht definiert worden ist. Mit der Demarkation ihres Geltungsbereiches übernimmt die Verordnung einen formalistischen Ansatz und koppelt diesen an eine Aufzählung von Zweigen der sozialen Sicherheit und an die (gesetzliche) Rechtsgrundlage für die betreffenden Systeme. Eine gemeinsame Definition der sozialen Sicherheit kann man nirgendwo in den verschiedenen EU-Instrumenten finden, was möglicherweise Konflikte, Überlappungen oder sogar Lücken zur Folge haben könnte.

2. Beschlussfassungsprozess

Es gibt einen mühsamen und verwickelten Prozess zur Modifizierung der Koordinierungsvorschriften, der schnelle Reaktionen auf gesellschaftliche Entwicklungen nicht zulässt.

Falls Änderungen zur Verordnung (EG) Nr. 883/2004 notwendig sind, hat uns die Erfahrung gelehrt, dass der Prozess immer mühsamer von staten geht. Zuerst wird der Prozess durch den gemeinsamen Rechtsakt mit dem Europäischen Rat verschleppt; zweitens braucht die Europäische Kommission jetzt mehr Zeit als in der Vergangenheit um neue Verordnungen vorzubereiten wegen der heute notwendigen Folgenabschätzung.

Diese zeitraubende, stufenweise Vorgehensweise zur Bewerkstellung wichtiger Änderungen an den Verordnungen zeigt sich besonders in der Koordinierung der Leistungen zur Langzeitpflege. Der Prozess fing 1998 an mit dem EuGH-Urteil in *Molenaar*¹⁰ oder spätestens mit der Rechtssache *Jauch*¹¹ in denen es klar wurde, dass eine neue Leistungsart behandelt werden musste, die für alle Mitgliedstaaten als Leistungen bei Krankheit koordiniert werden sollte. 2001 weitete der Prozess sich aus, als die Verordnung (EG) 883/2004 beschlossen wurde, in der wegen der Zurückhaltung bestimmter Mitgliedstaaten nur minimale Anpassungen erreicht wurden (Artikel 34). Später weitete er sich aus in einer Folgenabschätzung durch die Europäische Kommission, die dann schließlich zu einem Vorschlag über eine Koordinierungsregelung für Leistungen bei Langzeitpflege führen muss. 15 Jahren nach den Entscheidungen des EuGH arbeitet man noch immer daran. So wird klar, dass eine Änderung zur Verordnung bei einer solchen Verfahrensweise keine schnellen Reaktionen gestattet. Deswegen werden neue Entwicklungen auch in der Zukunft wahrscheinlich vom EuGH behandelt und nicht von den europäischen Gesetzgebern.

¹⁰ EuGH 5.3.1998, Rs. C-160/96 (*Molenaar*).

¹¹ EuGH 8.3.2001, Rs. C-215/99 (*Jauch*).

3. Migration

Die Freizügigkeit ist ein Grundrecht und ein zentraler Pfeiler der europäischen Struktur. Aber heutige Wanderarbeitnehmer sind nicht mehr der gleiche Personenkreis wie vor 50 Jahren. Die Art der Migration und die neuen Arbeitsmuster innerhalb eines immer flexibleren Arbeitsmarktes haben zu neuen Mobilitätsformen geführt, die die Prinzipien des heutigen Koordinierungsrahmens in Frage stellen werden. In den nächsten Jahren wird sich das Migrationsmuster immer weiter entwickeln von einer Situation des dauerhaften Umzugs hin zu einer standortbezogenen Mobilität, in der Personen eine Laufbahn mittels aufeinanderfolgender internationaler Aufträge planen können. Die Freizügigkeit von Arbeitnehmern ist heute auch ein Basisprinzip. Obwohl die Freizügigkeit von Arbeitnehmern zunächst als Antwort auf Personalmangel diente, hat sie nicht nur zur Schaffung eines neuen, weitreichenden Arbeitsmarktes beigetragen, sondern ist sie auch ein Grundrecht geworden. Eine individuelle, rechtsbasierte Betrachtungsweise ersetzt die ursprüngliche Arbeitsmarktperspektive. Europa ist ein Gebiet, wo jeder Bürger -ungeachtet seines berufsmäßigen Status- das Freizügigkeitsrecht anwenden kann und dies ohne Rücksicht auf das Motiv, sei es wegen besserer Arbeitsbedingungen, des Klimas oder der Selbstzufriedenheit einer Person. Durch die Migration wirtschaftlich nicht aktiver Personen könnten Situationen eintreten, in denen die Freizügigkeit hauptsächlich geleitet wird von dem Wunsch, die eigene Situation im Rahmen der sozialen Sicherheit mittels Erwerbs von Leistungen zu verbessern.

Die Schaffung einer Unionsbürgerschaft, ergänzt durch die Freizügigkeit ihrer Inhaber innerhalb des Hoheitsgebiets aller Mitgliedstaaten, bedeutet einen beträchtlichen qualitativen Fortschritt, da sie dieses Recht seiner funktionalen oder instrumentalen Bestandteile (Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit oder mit der Verwirklichung des Binnenmarkts) entkleidet und damit in den Rang eines eigenständigen und unabhängigen Rechts erhebt, welches zum politischen Status der Bürger der Union gehört. Die Rechtsprechung entwickelt sich deutlich weiter in einer Richtung, wo der Vertrag nicht nur die Diskriminierung an sich, sondern auch die nichtdiskriminierenden Beschränkungen der Freizügigkeit von Arbeitnehmern verurteilt. Der EuGH betont, dass die Koordinierungsvorschriften nicht länger die einzigen Mittel für Personen zum Erwerb von Leistungen und Rechten der sozialen Sicherheit sind. Eine neue, wachsende Grundlage von Ansprüchen der sozialen Sicherheit wird dadurch geschaffen, dass die Menschen sich unmittelbar auf die allgemeinen Prinzipien des EU-Primärrechts zur Bekämpfung möglicher Beschränkungen ihrer Grundrechte, nicht nur als Ergebnis der nationalen Regelungen berufen, sondern auch infolge der Anwendung der EU-Koordinierungsvorschriften. Zuwanderer erleben eine Eröffnung und eine Verlängerung ihrer Sozialrechte, weil die Koordinierungsvorschriften die Grundlage ihrer europäischen Ansprüche darstellen und weil die direkte Berufung auf das EU-Primärrecht eine neue Obergrenze bietet.

Dieser neue Ansatz wird die Koordinierungsvorschriften herausfordern mit einer sogar größeren Auswirkung als einer nur kosmetischen Anpassung. Diese weitere Eröffnung der Ansprüche der sozialen Sicherheit hat zu neuen Abgrenzungen der europäischen Solidarität geführt, gegründet auf die Tatsache, dass der Antragsteller einen hinreichenden Bezug zum Arbeitsmarkt, zum System der sozialen Sicherheit oder zur Gesamtgesellschaft des Mitgliedstaats hat. Der EuGH verdeutlicht, dass die möglichen Indikatoren fast unbegrenzt sind und dass die Schwelle nicht zu hoch sein darf. Die tatsächliche Verbindung ist einerseits eine Ausschluss-theorie, indem sie Personen mit einer zu lockeren Verbindung zum betreffenden Mitgliedstaat ausschließt. Andererseits ist sie auch ein Instrument der Einbeziehung. Mitgliedstaaten werden dazu gezwungen sein, Personen mit einem hinreichenden Bezug aufzunehmen. Es lässt sich allerdings nicht ausschließen, dass diese Theorie der tatsächlichen Verbindung weiter ins Verordnungssystem eindringen und die heutigen, schon seit langem bestehenden elementaren Parameter der bestehenden Koordinierungsvorschriften in Frage stellen wird. Durch diese Betonung der Grundsätzlichkeit des EU-Primärrechts spielt der Mitgliedstaat, der nicht der zuständige Mitgliedstaat nach der Verordnung (EG) Nr. 883/2004¹² ist, eine neue wichtige Rolle. Dieser unter der Verordnung nicht-zuständige Staat könnte jetzt, unter bestimmten Bedingungen, dazu verpflichtet sein Leistungen der sozialen Sicherheit zu gewähren, was den wandernden Bürgern eine zusätzliche Grundlage des Sozialversicherungsschutzes gibt.

Alle diese Trends erfordern eine Bewertung des Gleichgewichts der Interessen des Arbeitnehmers, des Arbeitgebers, sowie der Organe in der Struktur und die Regelungen der Koordinierung. Genau weil sie von allen Seiten von den EG-Vertragsprinzipien, z. B. von der Unionsbürgerschaft, der Freizügigkeit, der Freizügigkeit von Waren und Dienstleistungen, usw., bedroht werden, könnten die Koordinierungsvorschriften das Risiko bergen, dass sie zu technisch und zu altmodisch aussehen und deswegen von eher grundsätzlichen Prinzipien aufgehoben werden.

IV. Einige allgemeine Lösungen

Die erwähnten Herausforderungen zeigen die Notwendigkeit bestimmter Lösungen. Hier sollen einige Möglichkeiten vorgeschlagen werden.

1. Prüfung des sachlichen Geltungsbereichs

Eine gründliche Reform des sachlichen Geltungsbereichs von Artikel 3 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 könnte ein erster Schritt zu einer modernen Koordinierung sein, die die systematischen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten beseitigt.

¹² EuGH 20.5.2008, Rs. C-352/06 (*Bosmann*); EuGH 12.6.2012, Rs. C-611/10 und C-612/10 (*Hudzinski und Wawrzyniak*).

Das könnte für die Koordinierung der Leistungen für die Langzeitpflege sehr nützlich sein. Der Weg zu einer besseren Koordinierung könnte mit einer deutlichen Definition und Abgrenzung dieser Leistungen der sozialen Sicherheit anfangen.

Eine andere Lösung wäre eine erneute Prüfung des Ausschlusses der Sozialhilfeleistungen¹³. Die Frage, wie viele tatsächliche und traditionelle Sozialhilfeleistungen es heute in den Mitgliedstaaten noch gibt, sollte wirklich beantwortet werden. Die Entwicklungen zeigen, dass viele Mitgliedstaaten auch Ansprüche auf Leistungen, die im nationalen System als Sozialhilfe betrachtet werden, an Rechtsansprüche knüpfen. Eine der größeren Lücken in der heutigen Koordinierung ist das Fehlen von Bestimmungen und der Sicherheit über Aktivierungsmaßnahmen. Viele von diesen müssen als Sachleistungen betrachtet werden. Wenn sie nicht als unter das Kapitel über Krankheit oder unter das Kapitel über Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten fallend angesehen werden, bietet die Verordnung keine explizite Gewährung solcher Leistungen für Personen, die außerhalb des zuständigen Mitgliedstaates wohnen. Dies verursacht viele Probleme, die man detaillierter analysieren muss. Es sollten spezielle Bestimmungen aufgenommen werden, die z. B. gewährleisten, dass eine Person, die eine mit der Gewährung von Aktivierungsmaßnahmen verbundene Invaliditätsleistung bekommt, auch in anderen Mitgliedstaaten mit vergleichbaren Aktivierungsmaßnahmen zu solchen Maßnahmen Zugang hat. Die Verordnung sollte auch solche Situationen regeln, in denen der Wohnmitgliedstaat keine vergleichbaren Aktivierungsmaßen kennt (z. B.: Soll es überhaupt keinen einzigen Anspruch auf Leistungen geben? Soll man auch ohne Aktivierungsmaßnahmen Leistungen gewähren? Soll man nicht-vergleichbare Aktivierungsmaßnahmen akzeptieren? Gibt es eine Verpflichtung auf den zuständigen Mitgliedstaat zurückzugreifen? usw.).

2. Einführung eines Instruments der europäischen Solidarität in die Verordnung

Vielleicht sollte man das ganze Thema der Rückerstattung überdenken. Besonders in diesem Zusammenhang gibt es deutliche Unterschiede zwischen Mitgliedstaaten mit teuren und gewöhnlich hochentwickelten Systemen der sozialen Sicherheit und anderen Mitgliedstaaten mit billigeren Systemen. Als Solidaritätsmaßnahme könnte die Rückerstattung auf das Niveau der zugrunde gelegten Einkommen im leistungspflichtigen Mitgliedstaat begrenzt werden. Somit wäre der Unterschied mit den höheren Tarifen in den Behandlungsmitgliedstaaten das Element der Solidarität, das von diesen Mitgliedstaaten zu zahlen wäre. Die Rückerstattung wird damit grundsätzlich komplizierter, weil beide Mitgliedstaaten die Vergleichbarkeit der Leistungen bewerten müssen und dies mehr angefochten werden könnte. Eine solche Maßnahme wäre in der Theorie jedoch möglich, weil jeder Mitgliedstaat im Sinne der Richtlinie 2011/24/EU über grenzüberschreitende

13 Artikel 3 (5) Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

Gesundheitsversorgung über eine transparente Aufstellung von Tarifen verfügen muss. Eine andere Möglichkeit mit ähnlichen, aber verwaltungsmäßig weniger komplizierten Ergebnissen ist die Schaffung eines neuen europäischen Solidaritätsfonds zur Rückerstattung der Krankheitskosten. Dieser Fonds besorgt die Rückerstattung der Einrichtungen in allen Mitgliedstaaten und würde von den Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung bestimmter Parameter finanziert (z. B. die Anzahl an versicherten Personen, aber auch die allgemeine wirtschaftliche Situation eines Mitgliedstaats). Solidaritätselemente lassen sich einfach in Rückerstattungsverfahren einführen. Bezüglich nicht-aktiver Personen, die von einem in den anderen Mitgliedstaat einwandern, könnte man sich ebenfalls einen Solidaritätsgedanken überlegen. Solche Personen sind im heutigen Koordinierungssystem in vielen Fällen bereits bei rechtmäßigem Aufenthalt (wie der EuGH in *Brey*¹⁴ und *Dano*¹⁵ erklärt hat) in einem anderen Mitgliedstaat zu Leistungen berechtigt. Ein möglicher Solidaritätsakt könnte darin bestehen, dass der zuvor zuständige Mitgliedstaat einige seiner aufenthaltsbasierten Leistungen zwischenzeitlich weitergewährt.

3. Suche nach einer angemessenen Kostenteilung zwischen Mitgliedstaaten

Die Koordinierungsvorschriften geben keine geeignete Auslegung über die Kostenteilung zwischen den betroffenen Mitgliedstaaten in einer bestimmten Situation, wenn unklar ist um welche Leistung es sich genau handelt. In jeder Situation bestimmen die Koordinierungsvorschriften über die anwendbaren oder angewendeten Rechtsvorschriften, welcher Mitgliedstaat direkt oder indirekt (nach Rückerstattung der Sachleistungen) die betroffenen Kosten der Leistungen übernimmt oder, im umgekehrten Fall, die Sozialbeiträge wie vorgesehen in seiner Gesetzgebung einbezieht. Gäbe es keine Möglichkeit zu einer sachlicheren und angemesseneren Kostenteilung, die sich aus der Koordinierung ergibt? Könnte man nicht von der allgemeinen Tatsache ausgehen, dass zwei Mitgliedstaaten gemeinsam in einer bestimmten Situation zuständig sind? Das könnte so sein, wenn es um die Aufteilung der Leistungen, außer der Rente, nach der Rechtsprechung in *Bosmann*¹⁶ geht. Laut dieser Rechtsprechung ist der eine Staat der Vorrangstaat (der zuständige Staat) und der andere der zusätzliche Staat (der Wohnstaat), um jene unzulässige Zusammenrechnung zu vermeiden. Obwohl diese Lösung sich wegen der Rechtsprechung nicht vermeiden lässt und obwohl sie schon bei der Zusammenrechnung von gleichartigen Familienleistungen für ein Kind oder mehrere Kinder angewendet wird, ist die Erweiterung dieser Lösung auf Familienleistungen und Leistungen für Gesundheitsfürsorge damit nicht zwangsläufig angemessen. Die Kostenteilung ist von dem relativen Wert der vorgesehenen Leistungen und von den entsprechenden Bedingungen für den Anspruch auf

14 EuGH 19.9.2013, Rs. C-140/12 (*Brey*), ECLI:EU:C:2013:565.

15 EuGH 11.11.2014, Rs. C-333/13 (*Dano*), ECLI:EU:C:2014:2358.

16 EuGH 20.5.2008, Rs. C-352/06 (*Bosmann*).

Leistungen abhängig. Insbesondere kann eine solche Kostenteilungsmethode nur wirksam sein, wenn die Rechtsvorschriften im Wohnstaat die Leistungen ohne Bedingungen für Versicherung oder Beschäftigung gewähren.

So könnte man zu einer finanziellen Aufteilung der Kosten gelangen, die aus den vorgesehenen Leistungen hervorgehen, ohne dass sich die Regelung zur Gewährung der Leistungen ändert. So sollten die Kosten bei Krankheits- und Mutterschaftsleistungen für einen Rentner und dessen Familienangehörige nicht von einem einzelnen Staat getragen werden, d. h. von dem Wohnstaat, wenn dort eine Rente vorgesehen wird, oder von einem anderen Staat, wenn dieser der Schuldner der Rente ist. Beide Staaten sollten sich diese Kosten teilen.

4. Prinzip der engsten Verbindung als Ersatz für die bestehende Regel zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates

Weil eine Verknüpfung der Regeln über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer mit den Prinzipien des internen Marktes und mit der Unionsbürgerschaft für ein besseres Gleichgewicht zwischen den Interessen der unterschiedlichen Interessenvertreter der Koordinierungsvorschriften – Arbeitnehmer, Arbeitgeber und der Träger der nationalen sozialen Sicherheit – notwendig ist, sollte man auch zukünftige Anpassungen an die Koordinierungsregeln und die Kollisionsnormen mit Rücksicht auf deren Konformität mit diesen allgemeinen Prinzipien des EU-Rechts betrachten. Dieser Ansatz könnte zu einem neuen Verständnis der heutigen Grundprinzipien der Kollisionsnormen führen (deren zwingenden und neutralen Charakter, sowie des Ausschließlichkeitsprinzips und dessen starker Charakter) und erfordert in diesem Sinne mehr als eine nur kosmetische Anpassung dieser Regeln. Es soll hier erwähnt werden, dass die Gewährung der verschiedenen Leistungen der sozialen Sicherheit und anderer gemäß den neuesten Urteilen des EuGH von der Frage abhängt, ob eine Person eine ausreichend enge Verbindung zum betroffenen Mitgliedstaat hat oder nicht. Aufgrund dieser Urteile kann eine Leistung nur dann verweigert werden (z. B. durch Anwendung von Elementen einer mittelbare Diskriminierung), wenn eine Person die notwendige enge Verbindung noch nicht hat. Möglicherweise könnte man eine neue Koordinierungsweise erreichen, wenn man die enge Verbindung (oder, mit anderen Worten, den notwendigen Integrationsgrad in die Gesellschaft eines Mitgliedstaates) als allgemeines Prinzip für alle Koordinierungsfragen betrachtet, weil diese enge Verbindung oder Integration auch einen negativen Aspekt aufweisen kann. Wenn es eine Integration in die Gesellschaft eines Mitgliedstaates gibt, kann dieses Integrationsniveau in der Gesellschaft eines anderen Mitgliedstaates über denselben Zeitraum nicht ähnlich sein. Wenn man einen Mitgliedstaat identifiziert als den Staat mit dem es in einem gewissen Moment die engste Verbindung gibt, wodurch dieser Staat unter der Verordnung als den zuständigen Staat betrachtet wird, ergibt sich hieraus, dass irgendwelcher anderer Mitgliedstaat nicht für denselben Zeitraum zuständig sein kann.

Eine Umstellung auf das neue richtungsweisende Prinzip, nach welchem nur der Mitgliedstaat, mit dem die engste Verbindung besteht, zuständig ist, könnte die Anzahl und die Komplexität der Verordnungsbestimmungen theoretisch bedeutend einschränken. Zur Erklärung dieses Prinzips wäre nur ein zentraler Artikel erforderlich, neben einigen zusätzlichen Artikeln zur Beratung der beschlussfassenden Organe bei der Identifizierung dieses Mitgliedstaats. Nur einige zusätzliche Verfahrensvorschriften (z. B. über Sachleistungen außerhalb dieses Mitgliedstaates oder über Amtshilfe usw.) wären erforderlich. In dieser Hinsicht könnte das Prinzip der engsten Verbindung ohne jeden Zweifel im Bereich der anwendbaren Rechtsvorschriften, sowie im Bereich der Gewährung von Leistungen (obwohl diese beiden Bereiche in einer Wechselbeziehung zu einander stehen) angewendet werden. Die heutigen Lösungen für die anwendbaren Rechtsvorschriften, wie in der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 vorgesehen, entsprechen in den meisten Fällen offensichtlich schon dem Prinzip der engsten Verbindung. Der Mitgliedstaat, in dem eine entgeltliche Tätigkeit ausgeübt wird, ist gewöhnlich derjenige, mit dem eine Person die engste Verbindung hat. Es ist z. B. klar, dass Artikel 13 (3) der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 dieses Prinzip nicht achtet, wenn die selbständige Erwerbstätigkeit die Haupttätigkeit ist und die gleichzeitige, abhängige Beschäftigung nur sehr gering und zeitweilig ist. Trotzdem wird der Mitgliedstaat, in dem die Beschäftigung (nur ein wenig über der untergeordneten Grenze) ausgeübt wird, in der heutigen Koordinierung als zuständiger Staat bestimmt, während es unter dem Prinzip der engsten Verbindung der Mitgliedstaat wäre, in dem die selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt wird.

Dies alles führt uns zum Teil der Koordinierung über die Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates für die Gewährung der Leistungen. Das ist meistens die wichtigste Zuständigkeit. Dieser Mitgliedstaat und derjenige, der nach den Regeln über die anwendbaren Rechtsvorschriften als zuständig betrachtet wird, könnte sich unter den heutigen Vorschriften schon voneinander unterscheiden. Falls der Mitgliedstaat, mit dem es die engste Verbindung gibt, immer die Verpflichtung hätte die Leistungen zu gewähren, wäre die Koordinierung denn vor Kritik des EuGH gefeit? Vorsicht ist aber wieder geboten. Für die verschiedenen Leistungen könnte es mehrere Mitgliedstaaten geben, die als der Mitgliedstaat mit der engsten Verbindung betrachtet werden. So könnte es zwischen Mitgliedstaaten mehrere Lösungen für dasselbe Risiko geben, abhängig von der Weise, wie die Leistungen organisiert werden. Für arbeitsbezogene Leistungen, z. B. zum Ersatz eines Einkommens, könnte der für diese Erwerbstätigkeit zuständige Mitgliedstaat die engste Verbindung haben (besonders wenn die Leistung auf Beiträgen basiert). Wenn es sich aber um Leistungen handelt, die allen Ansässigen gewährt werden, könnte der Wohnmitgliedstaat die engste Verbindung haben.

Zusammenfassend bedeutet eine Umstellung auf das Prinzip der engsten Verbindung eine parametrische Koordinierungsreform. Die Entscheidung über die engste Verbindung in allen unterschiedlichen Situationen braucht eine weitere Erklärung. Leider ist es keine Lösung für alle Probleme. In man-

chen Fällen, wo es eine enge Verbindung mit mehreren Mitgliedstaaten gibt, lässt es sich aber nicht ausschließen, dass eine gleichzeitige Zuständigkeit anwendbar ist, wobei einer Mitgliedstaat prioritär zuständig ist, während ein anderer zuständig ist zur Ergänzung der Leistungen des ersteren Mitgliedstaates (z. B. für Leistungen zur Langzeitpflege oder Erziehungsleistungen, wenn die erwerbstätigen Ansprüche den aufenthaltsbasierten Leistungen entsprechen). Es ist deswegen zweifelhaft, ob der EuGH die Koordinierung, die nur auf dem Prinzip der engsten Verbindung basiert, unbedingt anerkennen wird. Damit könnte diese ganz neue Koordinierungsweise viel von ihrem Charme verlieren.

5. Institutionelle und Rechtsentwicklungen

Es sollen schließlich noch einige technischen Anpassungen vorgeschlagen werden, die sich nicht auf den Inhalt der Koordinierungsregeln beziehen, sondern auf die Weise, wie sie entstehen und wie sie durchsichtiger und sichtbarer gemacht werden könnten. Fragen über grundsätzliche Änderungen (z. B. eine neue Koordinierung für Leistungen zur Langzeitpflege) können die heutige langwierige Vorgehensweise nicht vermeiden (eine Folgenabschätzung von der Europäischen Kommission und ein Mitentscheidungsverfahren mit dem Europäischen Parlament). Alle involvierten Interessenvertreter sollen sich dessen bewusst sein, dass schnelle Reaktionen zu neuartigen Situationen nicht realistisch sind. Es wäre deswegen vernünftig, die Position der Verwaltungskommission zu festigen, zur Lösung möglichst vieler Fragen hinsichtlich der Interpretation mittels Beschlüsse und mit einem neuen Engagement aller Mitgliedstaaten in Übereinstimmung mit diesen Beschlüssen zu handeln.

Eine andere, eher riskante Lösung wäre eine drastische Änderung der heutigen Rechtstechnik der Koordinierung (die aus vielen detaillierten und direkt anwendbaren Vorschriften besteht), in einen mehr flexiblen Text. Es lässt sich nicht ausschließen, dass die Koordinierung nicht mittels einer Europäischen Verordnung, sondern mittels einer Europäischen Richtlinie funktioniert. In einem solchen Fall sollten sich die europäischen Gesetzgeber nur auf die allgemeinen leitenden Prinzipien, die tragfähiger sein könnten, konzentrieren und die Verwaltung sollte diese Prinzipien in ihren nationalen Rechtsvorschriften umsetzen und auf Situationsänderungen antworten. Jedoch, bevor man solche drastischen Schritte unternimmt, wäre es empfehlenswert alle möglichen Effekte einer derartigen Umstellung auf eine Richtlinie sorgfältig zu untersuchen. Ein wichtiger Nachteil bestünde darin, dass die homogene Anwendung in allen Mitgliedstaaten verloren geht und die Situation der wandernden Bürger umso mehr von den betroffenen Mitgliedstaaten abhinge als dies heute der Fall ist.

6. Zusammenfassung der verschiedenen Rechtsakte in nur einem Rechtsinstrument

Die Analysen haben aufgezeigt, dass immer mehr verschiedene Rechtsinstrumente Aspekte behandeln, die unmittelbar mit der Koordination der sozialen Sicherheit verbunden sind. Es wird vorgeschlagen, all diese unter einem Dach zur Bewahrung der transparenten Rechtsvorschriften zusammenzubringen, damit die Bürger sie einfach finden und verstehen können.

Ein sehr ehrgeiziges *Desideratum* wäre zunächst ein solches allumfassendes Instrument zu schaffen, indem die direkte Anwendung des AEUVs nicht länger möglich ist. Aus der Perspektive der rechtlichen Klarheit ist diese direkte Anwendung der AEUV-Prinzipien neben den klaren Verordnungsregeln (z. B. *Petersen*¹⁷ über Export der Leistungen bei Arbeitslosigkeit, oder *Hudzinski* und *Wawrzyniak*¹⁸ über die anwendbaren Rechtsvorschriften) nicht die beste Lösung. Wir müssen jedoch realistisch bleiben und annehmen, dass wir nie eine solche perfekte Fassung der Verordnungen erreichen werden. Der EuGH wird deswegen jede Vorschrift des Sekundärrechts immer unter Berücksichtigung des AEUV prüfen und es besteht immer die Gefahr, dass einige Vorschriften für ungültig erklärt werden oder dass der EuGH den AEUV direkt neben den Verordnungen, anwendet.

Die Einordnung der Rückerstattungs- und Behandlungsaspekte der Richtlinie 2011/24/EU über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung in die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 könnte hingegen schon mehr Klarheit bringen.

Schließlich ist es erwünscht, alle mit Betrug und Fehlern verbundenen Aspekte der sozialen Sicherheit in einem Rechtsakt oder zumindest in einer Plattform mit dem zusätzlichen rechtlichen Rahmen zu konzentrieren. Allerdings sollte man sich um die Frage kümmern, welche nationale Behörden grenzüberschreitende Auskünfte der sozialen Sicherheit benutzen dürfen und unter welchen Umständen. Das europäische System für den elektronischen Austausch von Sozialversicherungsdaten (Electronic Exchange of Social Security Information, EESSI) ist bis jetzt zum Beispiel nur bestimmt für die Organe der sozialen Sicherheit. Andere Behörden können nicht darauf zurückgreifen. Ein solcher Datenaustausch über die soziale Sicherheit hinaus könnte jedoch ein sinnvolles Instrument zur allumfassenden Bekämpfung von Betrug und Fehlern sein. Es ist empfehlenswert, den rechtlichen Rahmen solcher Aspekte neben den Aspekten der sozialen Sicherheit noch weiter zu untersuchen.

17 EuGH 11.9.2008, Rs. C-228/07 (*Petersen*).

18 EuGH 12.6.2012, Rs. C-611/10 und C-612/10 (*Hudzinski* und *Wawrzyniak*).

La difficile conciliation des libertés économiques et des dispositifs de solidarité: l'exemple français

Contenu

- I. Introduction
- II. Des mécanismes de solidarité fruits de l'autonomie tarifaire
- III. Solidarité et libertés économiques: reconnaissance et condamnation
 - 1. Une jurisprudence favorable à la clause de désignation instrument de la solidarité
 - 2. L'inconstitutionnalité de «l'assurance redistributive»
- IV. L'émergence d'un régime juridique de la mutualisation des risques au niveau de la branche?

I. Introduction

Bernd Schulte, francophone et francophile (critique) depuis ses études à la faculté de droit de Dijon en 1967 – 1968 s'est à de nombreuses reprises intéressé à l'articulation des libertés économiques avec les mécanismes de solidarité que constituent les régimes de protection sociale¹. Nous avons pu échanger longuement sur la variété des solutions nationales dès ma toute première visite, alors en tant que doctorant, à l'Institut Max-Planck en 1982 mais surtout lors de notre mission commune au sein du secrétariat du Système mutuel d'échanges d'information en matière de sécurité sociale (plus connu sous son acronyme anglais »MISSOC«) pour la Direction générale emploi de l'Union européenne. Les solidarités face aux risques sociaux créés en France par voie de convention collective constituent incontestablement un point de rencontre original entre les libertés économiques unionistes et le droit de la protection sociale.

La notion de régime est couramment utilisée en droit de la protection sociale. Pour les régimes de sécurité sociale de base, »le mot régime a longtemps été utilisé par les textes pour désigner soit la protection sociale assurée à tel ou tel groupe soit l'organisation administrative chargée de gérer telle ou telle protection sociale«².

Le »régime/organisation administrative« se confond avec les institutions (les »caisses«) dotées de fortes prérogatives de service public, contrôlées par les pouvoirs publics qui ont le monopole de la gestion de »branches« de sécurité sociale et dans lesquelles les assurés ne sont pas libres de s'affilier en

1 Par exemple »Die Sozialwirtschaft als Europäischer Markplatz: die europarechtlichen Rahmenbedingungen« in: Reiss, H.-C. (Hrsg.) *Steuerung von Sozial- und Gesundheitsunternehmen*, Baden-Baden Nomos 2010 p. 15 et ses nombreux travaux sur les effets des arrêts Kohll et Decker dans le champ de la santé notamment »Zur Kur nach Abamo, zum Zahnarzt nach Antwerpen? Europäische Marktfreiheiten und nationales Krankenversicherungsrecht« *ZfSH/SGB P.* 269 et p. 347.

2 Note sous CJCE, 17 févr. 1993, C. Poucet c. AGF et Calmurac, Aff. C-159/91 et D. Pistre c. Cancava, Aff. C-160/91, *Dr. soc.* 1993. 488.

dehors du réseau, ni même de choisir leur caisse de rattachement en faisant jouer une concurrence. À l'inverse, pour le Vocabulaire juridique Capitant, est un régime de sécurité sociale »l'ensemble des dispositions légales et réglementaires qui structurent et organisent un système de sécurité sociale déterminé«³. Le »régime/règle« s'applique à un groupe donné d'affiliés et définit les conditions d'affiliation et les prestations auxquelles ils ont droit. La Cour de justice des communautés européennes a, dans le contentieux d'application du droit de la concurrence, penché pour une solution intermédiaire en combinant l'approche institutionnelle et les caractéristiques des prestations: dès lors qu'elles exercent »des fonctions de solidarité qu'elles accomplissent par dévolution de l'État«⁴, l'activité des institutions n'est pas économique. Les organismes qui en sont chargés ne constituent dès lors pas »des entreprises au sens des articles 85 et 86 du traité«⁵ et sont hors champ des règles de la concurrence.

La situation est plus complexe concernant les mécanismes de protection sociale complémentaire mis en place par voie de conventions collectives de branche. Elle a donné lieu à des débats passionnés⁶.

A partir d'une législation relevant tant du droit du travail que du Code de la sécurité sociale, les partenaires sociaux ont, pour combler les vides du marché quant à l'assurance des salariés, créé des mécanismes originaux de solidarité. L'élément central de la solidarité – l'obligation de principe de cotiser à un organisme assureur unique au niveau de la branche – a été jugé contraire à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle. L'applicabilité de cette décision a donné lieu à un important débat judiciaire que la chambre sociale de la Cour de cassation vient de clore en se référant précisément à l'originalité de la construction solidaire.

II. Des mécanismes de solidarité fruits de l'autonomie tarifaire

En France, les partenaires sociaux peuvent, au moyen d'une convention ou d'un accord collectif de travail, créer un régime de garanties, c'est-à-dire la fixation de prestations et de cotisations destinées à couvrir un risque social ou des risques sociaux pour un ensemble défini de salariés.

L'article 18 alinéa 1 de l'ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945, codifié ensuite à l'article L. 4 du Code de la sécurité sociale, a posé le principe que »les institutions de prévoyance ou de sécurité sociale de toute nature autres que celles qui gèrent des régimes spéciaux et des sociétés de secours mutuels établies dans le cadre d'une ou de plusieurs entreprises au profit des travailleurs salariés et assimilés ne peuvent être maintenues ou créées qu'avec l'au-

³ Cornu (dir.), Vocabulaire juridique, PUF, 1987, p. 738.

⁴ CJCE, 17 févr. 1993, Aff. jointes C-159/91 et C-160/91, Poucet et Pistre, RDSS 1993. 554, obs. Chenillet; CJCE, 26 mars 1996, Aff. C-238/94, Garcia, 705, Dr. soc. 1996. 707 obs. Laigre.

⁵ CJCE, 16 nov. 1995, FFSA, Aff. C-244/94, RJS 1995, n° 1306.

⁶ Wismer, Clause de désignation: la solution de la Cour de cassation a une portée pratique »malheureuse et limitée«, AEFInfos, 19 févr. 2015.

torisation du ministre du travail et de la sécurité sociale et en vue seulement d'accorder des avantages s'ajoutant à ceux qui résultent de l'organisation de la sécurité sociale». Par cet article, le législateur cherchait à favoriser l'émergence de garanties sociales de nature conventionnelle complétant les régimes légaux de base de la sécurité sociale.

Les partenaires sociaux ont alors mis en place des mécanismes de solidarité baptisés «régimes conventionnels» au moyen de conventions collectives. Ils ont ensuite créé, à partir des caisses de retraite complémentaires, des produits de prévoyance dans la mesure où les opérateurs d'assurance classique ne prenaient pas en charge certains risques. L'outil utilisé, baptisé «conventions collectives de sécurité sociale» par Paul Durand⁷, instaure des garanties collectives pour les salariés.

Le fondement légal de l'intervention des partenaires sociaux dans le domaine de la protection sociale complémentaire des salariés est constitué par l'article L. 2221-1 du Code du travail⁸ et par les articles L. 911-1⁹ et L. 911-2¹⁰ du CSS. Les garanties sociales qui sont une catégorie juridique dont font partie les garanties collectives de prévoyance sont donc un objet de la négociation collective. Toutefois, ni l'article L. 2221-1 du Code du travail ni l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale ne précise le régime juridique des divers mécanismes de mise en place d'un régime de prévoyance.

Soucieux de respecter l'autonomie de décision des partenaires sociaux dans la gestion de ces régimes, les pouvoirs publics français sont peu intervenus pour déterminer un cadre juridique particulier. Les seules interventions du législateur ont consisté à instaurer une procédure d'extension des conventions collective¹¹, à imposer une règle en matière de hiérarchie des normes et à encadrer le système des clauses de désignation.

S'est ainsi développé ce qui est parfois appelé le «paritarisme de gestion» entendu comme l'ensemble des actes juridiques pris par les partenaires sociaux d'une branche déterminée pour la gestion d'un régime conventionnel de branche.

7 Durand, Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale, Dr. soc. 1960. 42.

8 «Le présent livre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés. Il définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales.

9 «A moins qu'elles ne soient instituées par des dispositions législatives ou réglementaires, les garanties collectives dont bénéficient les salariés, anciens salariés et ayants droit en complément de celles qui résultent de l'organisation de la sécurité sociale sont déterminées soit par voie de conventions ou d'accords collectifs, soit à la suite de la ratification à la majorité des intéressés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise, soit par une décision unilatérale du chef d'entreprise constatée dans un écrit remis par celui-ci à chaque intéressé.»

10 «Les garanties collectives mentionnées à l'article L. 911-1 ont notamment pour objet de prévoir, au profit des salariés, des anciens salariés et de leurs ayants droit, la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, des risques d'incapacité et du risque chômage, ainsi que la constitution d'avantages sous forme de pensions de retraite, d'indemnités ou de primes de départ en retraite ou de fin de carrière.»

11 CSS, art. L. 911-3.

Organe central de la gestion de tout régime conventionnel de branche, la commission paritaire (composée de représentants des partenaires sociaux habilités à négocier au niveau de la branche professionnelle donnée) ne dispose pas, en tant que telle, de la personnalité morale et donc de moyens en personnel qui lui soient propres ou encore d'un budget de fonctionnement. Cette prévoyance collective est gouvernée par le principe de non-sélection individuelle. En vertu de ce principe, quelle que soit la modalité de constitution du régime collectif, lorsque des salariés sont garantis collectivement en matière de prévoyance, »l'organisme qui délivre sa garantie prend en charge les suites des états pathologiques survenus antérieurement à la souscription du contrat ou de la convention ou à l'adhésion à ceux-ci, sous réserve des sanctions prévues en cas de fausse déclaration«¹².

Les partenaires de la branche, lorsqu'ils souhaitaient réaliser une mutualisation du risque au sein de la branche qui soit la plus complète possible, négociaient des accords qui contiennent une définition précise des prestations, du montant des cotisations ainsi qu'une clause portant désignation d'un ou de plusieurs organismes assureurs auprès desquels les entreprises sont tenues d'assurer leurs salariés.

La constitution d'un régime par les partenaires sociaux d'une branche professionnelle était donc souvent complétée par une clause de désignation, qui a pour but de déterminer l'organisme assureur qui mettra en œuvre ledit régime; et, éventuellement, par une clause dite »de migration«, qui énonce que le caractère contraignant de l'adhésion à l'organisme assureur désigné s'applique également aux entreprises ayant déjà souscrit un contrat complémentaire assurant la couverture des risques sociaux et les enjoint, dans un certain délai, d'assurer leurs salariés auprès de l'organisme assureur désigné. On parle aussi de clauses de « désignation avec migration«.

Ainsi, en contrepartie de cette exclusivité, l'organisme était tenu de couvrir tous les salariés du secteur concerné sur la base d'un tarif unique à partir d'une gestion financière unique et centralisée du risque couvert (»clause de mutualisation«).

Cette pratique s'est développée en France au cours des quarante dernières années: elle reflète un accord de volonté, librement négocié, entre les employeurs et les salariés, au travers de leurs représentants respectifs¹³.

Pour mémoire, l'assurance reposant sur un calcul de probabilité, son application pure conduit à des inégalités de tarification entre les entreprises et les salariés selon la taille des premières, l'âge et le sexe des seconds. De telles règles n'existent pas au niveau individuel dans les régimes mis en place par voie de conventions collectives: il y a solidarité et dès lors lissage des cotisations.

12 Art. 2 de la loi du 31 déc. 1989.

13 Par ex. *Barthélémy*, Les fondamentaux du droit de la »PSC«, Dr. soc. 2013. 873.

Dans ce contexte, la possibilité d'une désignation par les partenaires sociaux d'un seul opérateur (ou de plusieurs opérateurs) par branche professionnelle permet une protection accrue des salariés, évite les distorsions de concurrence entre entreprises d'un même secteur du fait de la taille de l'entreprise, de la caractéristique de la population salariée assurée (les variables individuelles ou d'entreprise d'âge et de sexe sont largement gommées au profit d'un calcul au niveau de la branche professionnelle). La mutualisation des fonds (»le pot commun«)¹⁴ permet une action sociale pour les salariés les plus défavorisés.

La loi n° 94-678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés a reconnu cette pratique qui a été codifiée à l'article L. 912-1 du CSS¹⁵. Cet article prévoyait que »lorsque les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 prévoient une mutualisation des risques dont ils organisent la couverture auprès d'un ou plusieurs organismes mentionnés à l'article 1er de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques [ou d'une ou plusieurs institutions mentionnées à l'article L. 370-1 du Code des assurances]¹⁶, auxquels adhèrent alors obligatoirement les entreprises relevant du champ d'application de ces accords, ceux-ci comportent une clause fixant dans quelles conditions et selon quelle périodicité les modalités d'organisation de la mutualisation des risques peuvent être réexaminées. La périodicité du réexamen ne peut excéder cinq ans«.

Le seul encadrement législatif consistait donc à imposer une clause dans l'accord qui fixait les conditions et la périodicité des modalités d'organisation de la mutualisation des risques pouvaient être réexaminées. En outre, il était prévu que la périodicité du réexamen ne pouvait excéder cinq ans.

III. Solidarité et libertés économiques: reconnaissance et condamnation

Les dispositifs conventionnels de branche de prise en charge solidaire reposent sur la mutualisation des risques sociaux. Ils accordent un monopole à l'organisme assureur.

Cette organisation a été jugée acceptable au regard des règles de concurrence mais considéré comme portant atteinte à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre par le Conseil constitutionnel.

14 La formule est de *Dupeyroux*, Les exigences de la solidarité. Observations sur la désignation d'une institution déterminée pour la gestion d'un régime complémentaire de prévoyance, Dr. soc. 1990. 741.

15 En son Livre 9 »Dispositions relatives à la protection sociale complémentaire et supplémentaire des salariés et non-salariés et aux institutions à caractère paritaire«, Titre 1 »Dispositions générales relatives à la protection sociale complémentaire des salariés«, Chapitre 2 »Clauses obligatoires«.

16 Ajout en vigueur au 24 juin 2006

1. Une jurisprudence favorable à la clause de désignation instrument de la solidarité

La Cour de cassation, dans un arrêt du 10 mars 1994¹⁷, a admis la validité des clauses de désignation au regard des règles de concurrence. Le Conseil d'Etat a estimé qu'un accord pouvait désigner les institutions de prévoyance dès lors que cela n'affecte pas une partie substantielle du marché commun: »qu'à supposer que le droit exclusif conféré par l'accord contesté aux organismes gestionnaires des garanties collectives qu'il institue place ces derniers, notamment en raison de l'obligation imposée à toutes les entreprises de la branche de résilier dans un délai déterminé tous les contrats de prévoyance conclus antérieurement avec d'autres organismes gestionnaires, en situation d'abuser de leur position dominante, il résulte des pièces du dossier que, compte tenu de la très faible part du marché national de la prévoyance complémentaire que couvre l'accord litigieux, la fédération requérante ne peut utilement soutenir qu'un tel abus affecterait une partie substantielle du marché commun au sens de l'article 86 du traité de Rome précité«¹⁸.

Le Conseil de la concurrence s'est lui aussi prononcé dans un avis du 21 janvier 1992, n° 92-A-01: »lorsqu'ils chargent un organisme de gérer le système de prévoyance qu'ils ont mis en place ou lorsqu'ils adhèrent au régime créé par une institution de prévoyance déterminée, les partenaires sociaux exercent la liberté de choix normale du demandeur à l'égard des prestataires de services offreurs. Le conseil observe toutefois à ce propos que rien ne s'opposerait à ce que les parties à la convention fassent appel à différents offreurs soit avant d'adopter la clause relative au régime de prévoyance soit à l'occasion de la révision de celle-ci, comme l'a d'ailleurs observé la cour d'appel de Paris«. »La désignation d'un organisme de prévoyance, qui est l'expression du choix exercé par les partenaires sociaux, n'est pas en tant que telle contraire au droit de la concurrence; d'autre part, la clause de désignation d'un organisme de prévoyance et le choix du régime correspondant sont des éléments constitutifs de l'économie de la convention«.

Par conséquent, que ce soit par la jurisprudence de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat ou aux yeux du Conseil de la concurrence, les clauses de désignation ont été validées au regard de la question de la libre concurrence.

La solution est la même pour la Cour de justice de l'Union européenne: le »principe de solidarité« peut dans certaines conditions rendre inapplicables les règles du marché aux régimes complémentaires, comme le témoigne l'af-

17 CA Paris 5 déc. 1992, n° 91-11516: »mais attendu que les régimes de sécurité sociale complémentaires qui reposent, comme les régimes de sécurité sociale de base, sur des mécanismes d'affiliation obligatoire pour les employeurs et travailleurs compris dans son champ d'application, et qui imposent aux établissements qui perçoivent les cotisations et répartissent les prestations, quelle que soit leur nature juridique, des sujétions particulières en vue de répondre à la mission sociale qui leur est confiée, ne sont pas visés par les dispositions des art. 7 et 8 de l'ordonnance du 1er déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, ni par celles des art. 85 et 86 du Traité instituant la Communauté économique européenne«.

18 CE 7 juill. 2000, n° 198564.

faire AG2R en France. Cette affaire¹⁹ concerne l'affiliation à un régime complémentaire de soins de santé. La Cour estime que le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce que les pouvoirs publics français rendent obligatoire l'affiliation à un régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé pour l'ensemble des entreprises d'un secteur, sans possibilité d'une quelconque dispense. Les autorités publiques peuvent conférer à un organisme assureur chargé d'une mission d'intérêt économique général le droit exclusif de gérer ce régime, avec obligation de l'ensemble des entreprises du secteur de s'y affilier. Un tel accord ne relève pas des règles de concurrence en raison de sa nature et son objet: réduire les dépenses de santé qui, à défaut de convention collective, devraient être supportées par les salariés. La Cour reconnaît donc que l'AG2R poursuit une *finalité sociale*. En fait, le régime se caractérise par »un *degré élevé de solidarité*«, notamment en raison du »caractère forfaitaire des cotisations et de l'*obligation d'accepter tous les risques*«. Les contraintes que cela fait peser sur l'organisme assureur rendent le service fourni par ce dernier »moins compétitif qu'un service comparable fourni par des compagnies d'assurance non soumises à ces contraintes« et contribuent donc à justifier »le *droit exclusif* de cet organisme de gérer un tel régime, sans qu'aucune dispense d'affiliation ne soit possible«.

Bien que l'institution de prévoyance AG2R soit un organisme à but non lucratif qui agit sur le principe de solidarité, il s'agit d'une entreprise »exerçant une activité économique« qui se trouve dans un environnement concurrentiel sur le marché des services de prévoyance. L'institution de prévoyance du groupe AG2R détient donc un monopole légal dans cette branche, ce qui n'est pas incompatible avec le traité si l'entreprise n'exploite pas cette position dominante de façon abusive. En bref, la Cour rappelle que la finalité sociale d'un régime de prévoyance n'est pas en soi suffisante pour exclure un assureur du champ d'application du droit de la concurrence. Le régime doit en outre être considéré comme mettant en œuvre le principe de solidarité et être soumis au contrôle de l'État qui l'a instauré²⁰. C'est dans ces conditions que l'affiliation obligatoire à l'AG2R peut être compatible avec le droit de l'Union. L'évolution du droit de l'Union en ce domaine montre une réalité juridique difficilement contestable: que la protection sociale et la solidarité n'est pas un acquis mais bien un construit, au cas par cas²¹.

19 CJUE, 3 mars 2011, AG2R Prévoyance, Beaudout Père et Fils, C-437/09, Rec. p. I-973 par ex. Kessler, *Jonin*, Droit communautaire et clause conventionnelle de migration vers un organisme assureur complémentaire note sous CJUE, 3 mars 2011 aff. 437/09, 3e ch., RJS 6/11 p. 446.

20 Points 45 – 46.

21 CJCE, 21 sept. 1999, Albany, C-67/96, Rec. p. I-5751; CJCE, 20 sept. 2000, Van der Woude, aff. C-222/98, Rec. I-7111. *Barthélémy*, Protection sociale complémentaire. La survie des clauses de désignation, Dr. soc., 2015. 1057. L'affaire Beaudout Père et Fils fait l'objet d'une nouvelle question posée à la Cour par le Conseil d'État: »le respect de l'obligation de transparence qui découle de l'article 56 TFUE est-il une condition préalable obligatoire à l'extension, par un État membre, à l'ensemble des entreprises d'une branche, d'un accord collectif confiant à un unique opérateur, choisi par les partenaires sociaux, la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire obligatoire institué au profit des salariés?« (aff. C-26/14; v. aussi aff. C-25/14).

L'élément central de »l'arrêt Beaudout« est le recours à la notion de service d'intérêt économique général. On rappellera que ce sont des »services de nature économique que les autorités publiques des Etats membres (...) soumettent à des obligations spécifiques de service public par le biais d'un mandat et en vertu d'un critère d'intérêt général et afin de s'assurer que ces services soient prestés à des conditions qui ne sont pas nécessairement celles qui prévalent sur le marché«²².

Dans sa jurisprudence, la Cour admet de la sorte que le risque de sélection des risques (inhérente à la technique de l'assurance) puisse mettre en échec une mission d'intérêt économique général²³. Pour la Cour, »en cas de suppression du droit exclusif du fonds de gérer le régime de pension complémentaire pour tous les travailleurs d'un secteur déterminé, les entreprises employant un personnel jeune et en bonne santé exerçant des activités qui ne sont pas dangereuses rechercheraient des conditions d'assurance plus avantageuses auprès d'assureurs privés. Le départ progressif des »bons« risques laisserait au fonds sectoriel de pension la gestion d'une part croissante de »mauvais« risques, provoquant ainsi une hausse du coût des pensions des travailleurs, et notamment de ceux des petites et moyennes entreprises disposant d'un personnel âgé exerçant des activités dangereuses, auxquelles le fonds ne pourrait plus proposer de pensions à un coût acceptable«²⁴. On est là dans la définition de base de la solidarité; on mutualise, pour un secteur professionnel déterminé, les bons et les mauvais risques ou les bons et mauvais groupes d'assurés: »il en serait d'autant plus ainsi lorsque (...) le régime de pension complémentaire géré exclusivement par le Fonds se caractérise par un degré élevé de solidarité en raison, notamment, de l'indépendance des cotisations par rapport au risque, de l'obligation d'accepter tous les travailleurs sans examen médical préalable, de la continuation de la constitution de la pension en dispense de versement des cotisations en cas d'incapacité de travail, de la prise en charge par le Fonds de l'arriéré de cotisations dû par l'employeur en cas de faillite de ce dernier ainsi que de l'indexation du montant des pensions afin de maintenir leur valeur«²⁵.

La Cour a repris les mêmes analyses dans l'arrêt *AG2R c. Beaudout* du 11 mars 2011: »en cas de suppression de la clause de migration et, par là même, du droit exclusif d'AG2R de gérer le régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé pour l'ensemble des entreprises du secteur de la boulangerie artisanale française, cet organisme, alors qu'il est obligé, en vertu de l'avenant n° 83, d'offrir une couverture aux salariés de ces entreprises dans les conditions définies par ledit avenant, risquerait d'être confronté à une défection des assurés présentant des risques restreints, ceux-ci se tournant vers des entreprises offrant, en ce qui les concerne, des garanties comparables, voire meilleures, pour des cotisations moins élevées. Dans

22 § 2. 2.

23 V. l'arrêt Corbeau, précité.

24 CJCE, Albany, point 108.

25 Point 109.

ces conditions, la part croissante des »mauvais risques« qu'il incomberait à AG2R de couvrir provoquerait une hausse du coût des garanties, de sorte que cet organisme ne pourrait plus proposer une couverture de même qualité à un prix acceptable²⁶.

Les principes de gestion fondamentaux des services d'intérêts économique généraux (SIEG) sont respectés: absence totale d'exploitation abusive de la position dominante issue des droits exclusifs conférés par l'Etat et gestion au moindre coût ne laissant à l'organisme assureur désigné qu'un »bénéfice raisonnable«, c'est-à-dire »un taux de rémunération des capitaux propres qui tient compte du risque, ou de l'absence de risque, encouru par l'entreprise du fait de l'intervention de l'Etat membre«²⁷.

De plus, ce sont les partenaires sociaux qui définissent le marché au moyen de l'obligation d'affiliation. D'un marché libre où se rencontrent une offre et une demande d'assurance, on passe de la sorte à un système régulé qui relève de ce que la Cour de justice appelle »l'essence de la négociation collective«. Ces mécanismes sont totalement étrangers à la technique de l'assurance.

La Cour de cassation a repris le syllogisme judiciaire de la Cour de justice de l'Union européenne²⁸, reconnaissant des modalités »d'assurance redistributive«, dépassant les droits contributifs gagés par un contrat d'assurance, par (i) l'organisation d'une solidarité au travers de droits non contributifs et/ou par (ii) une politique de prévention, organisés par les partenaires sociaux. Cette »assurance redistributive« est mise en œuvre par un monopole d'un organisme assureur au niveau d'une branche professionnelle.

2. L'inconstitutionnalité de »l'assurance redistributive«

Le 11 janvier 2013, l'accord national interprofessionnel prévoyait, notamment pour la généralisation de la couverture complémentaire frais de santé, que »les partenaires sociaux de la branche laisseront aux entreprises la liberté de retenir le ou les organismes assureurs de leur choix. Toutefois, ils pourront, s'ils le souhaitent, recommander aux entreprises de s'adresser à un ou plusieurs organismes assureurs ou institutions pouvant garantir cette couverture après mise en œuvre d'une procédure transparente de mise en concurrence«.

Le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi du 14 mai 2013 censé transposer l'accord prévoyait la modification de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale avec pour objectif d'imposer une mise en concurrence

26 Point n° 77. La Cour reprend ensuite son analyse sur les autres éléments de solidarité. Mais, comme précédemment, elle ne leur accorde qu'un rôle second.

27 Il est d'ailleurs assez paradoxal de constater qu'avec le nouvel art. L. 912-1 CSS, on est passé à la situation rigoureusement inverse: l'intervention de l'Etat avec le système de la recommandation fait, au contraire, peser des risques excessifs sur les organismes assureurs qui seront recommandés. C'est un constat qu'il faudra développer de manière approfondie.

28 Kessler, Les modalités de désignation d'organismes assureurs de prévoyance collective devant la Cour de cassation: circulez, il n'y a rien à discuter!, note sous Soc. 31 oct. 2012, 21 nov. 2012, 22 nov. 2012, 27 nov. 2012 et 5 déc. 2012, RDSS 2013. 144.

lorsqu'une convention ou un accord de branche prévoit une mutualisation des risques notamment au moyen d'une clause de désignation.

En réponse à ce projet de loi, l'Autorité française de la concurrence, dans un Avis n° 13-A-11 du 29 mars 2013 relatif aux effets sur la concurrence de la généralisation de la couverture complémentaire collective des salariés en matière de prévoyance, a estimé que les clauses de désignation étaient une entrave à la liberté contractuelle et préconisé une procédure d'appel d'offres rigoureuse pour toute désignation ou recommandation d'un organisme assureur par les branches professionnelles. Pour l'Autorité, «le principe de la liberté de choix de l'organisme d'assurance, laissée à l'employeur par les partenaires de la branche, tel qu'il figure dans l'article 1er de l'ANI du 11 janvier, est, par essence, le mieux à même de permettre une concurrence effective et non faussée entre les différents organismes d'assurance. Il doit, à ce titre, être privilégié».

Dans sa décision du 13 juin 2013, le Conseil constitutionnel a censuré certaines des dispositions de son article 1, ainsi que l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale dans sa rédaction issue du projet de loi sur la sécurisation de l'emploi, dispositions autorisant les clauses de désignation en complémentaire santé et en prévoyance. Le Conseil constitutionnel a considéré que «les dispositions de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale portent à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi de mutualisation des risques»²⁹.

»L'assurance redistributive« est anti-constitutionnelle!

Ce faisant le Conseil constitutionnel a oublié qu'une convention collective conclue entre les organisations syndicales et les organisations patronales représentatives est une atteinte à la liberté contractuelle de l'employeur et à la liberté d'entreprendre. Cette atteinte est toutefois justifiée depuis une loi de 1918 (!) et est notamment consacrée en droit français par le principe de la liberté de négociation collective découlant du 8^e alinéa du préambule de la Constitution de 1946; le Conseil constitutionnel a anormalement limité l'exercice du droit à la négociation collective, et méconnaît le droit communautaire puisqu'il empêche la négociation collective de se développer dans un domaine qui est essentiel; en cela, il contredit plusieurs des objectifs sociaux du TFUE³⁰.

Oublié également »l'objectif de solidarité«, la volonté des partenaires sociaux de réaliser une mutualisation des risques qui permet notamment aux salariés à risques, à ceux qui sont les plus âgés, d'être traités comme les autres tant du point de vue des garanties que des cotisations. Or c'est là la pierre angulaire du syllogisme de la Cour sise à Luxembourg, qui confère un but

29 Considérant 11 de la décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013. Tenant compte de l'inconstitutionnalité des clauses de désignation, le législateur français a, par la LFSS n° 2013-1203 du 23 déc. 2013, reformulé l'art. L. 912-1 CSS: v. *Chauchard*, La prévoyance sociale complémentaire selon le Conseil constitutionnel, RDSS 2014. 601.

30 Dans l'arrêt Pavlov, il a été estimé qu'il n'y avait pas matériellement d'atteinte à la concurrence significative et par voie de conséquence, il ne peut davantage y avoir d'atteinte à la liberté d'entreprendre.

légitime à une atteinte, proportionnée de ce fait, à la liberté tant économique que contractuelle³¹.

Oublié de surcroît, que nombre d'accords collectifs subordonnent leur application à l'adoption d'un arrêté ministériel d'extension afin que toutes les entreprises entrent dans le champ professionnel et géographique de l'accord.

Oublié enfin que le tarif de l'organisme assureur désigné repose sur des calculs actuariels prenant en compte la soumission de l'ensemble des entreprises de la branche et les caractéristiques de la population salariée à couvrir au niveau de la branche et non au niveau de chaque entreprise: dès lors, les entreprises à forte probabilité de réalisation d'un risque bénéficient de la solidarité des entreprises à faible risque. En ce sens, l'accord de prévoyance harmonise les conditions de la concurrence par le coût du travail («le dumping social») entre entreprises d'une même branche.

La décision pour le moins laconique et simpliste³² du 11 juin 2013 du Conseil Constitutionnel n'a tenu compte d'aucun de ces éléments et est de la sorte en totale rupture avec les orientations jurisprudentielles des deux plus hautes juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire. Elle n'est pas davantage en cohérence avec la jurisprudence du Conseil de la concurrence et de l'Autorité de la concurrence.

IV. L'émergence d'un régime juridique de la mutualisation des risques au niveau de la branche?

Le débat autour des clauses de désignation s'est déplacé sur «la notion de contrats en cours», formule pour le moins malencontreuse utilisée par la Conseil constitutionnel dans le considérant 14 de la décision du 14 juin 2013 et dans le considérant 3 de sa décision du 18 octobre 2013, qui a pour objet de fixer la portée dans le temps de la décision d'inconstitutionnalité. Le Conseil a précisé que la déclaration d'inconstitutionnalité de cet article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale prend effet à compter de la publication de la présente décision, mais qu'elle n'est pas applicable aux contrats pris sur ce fondement, en cours lors de cette publication, et liant les entreprises à celles qui sont régies par le code des assurances, aux institutions de prévoyance et aux mutuelles³³. Le commentaire accompagnant la décision a précisé que «la censure de l'article L. 912-1 [doit] conduire à ce qu'aucune nouvelle convention ne soit passée sur le fondement de ces dispositions».

31 La Cour d'appel de Paris (CA Paris, pôle 6, ch. 2, 16 oct. 2014, n° 12/17007) a dégagé un autre élément de solidarité: «il ne saurait être fait grief (aux partenaires sociaux) d'avoir privilégié les institutions de prévoyance, qui se voient interdire, en application des dispositions de l'article L. 932-9 du Code de la sécurité sociale, de suspendre leurs garanties, de dénoncer une adhésion et de résilier un contrat à l'égard d'une entreprise ne s'acquittant pas de ses cotisations».

32 Kessler, La notion de «contrat en cours» en droit de la prévoyance: le chaos jurisprudentiel, RDSS 2014. 962.

33 Attendu 14: déc. n° 2013-672 DC du 13 juin 2013 et attendu n° 3 déc. n° 2013-349 QPC du 18 oct. 2013.

Deux thèses se sont alors affrontées; pour les uns, le «contrat en cours» renvoie bien au contrat d'assurance »ou à la relation assurantielle«³⁴ de l'entreprise avec l'organisme assureur désigné, auquel cas les engagements peuvent s'achever à l'échéance annuelle des contrats collectifs d'assurance par application des règles du Code des assurances. D'autres considéraient que l'engagement conventionnel est l'accord collectif instaurant le régime de prévoyance collective auquel cas les engagements ne pourraient s'achever au plus tard qu'au terme de celui-ci. Le Conseil d'Etat s'était, dans un avis du 26 septembre 2013, prononcé pour la continuation des accords de branche jusqu'à leur terme normal; pour les accords collectifs pouvant être à durée indéterminée, le Conseil d'Etat retient comme échéance le réexamen quinquennal de l'article L. 912-1 sur les conditions de mutualisation de la branche³⁵.

Suivant en cela un premier arrêt en date du 4 janvier 2014 de la Cour d'appel de Chambéry³⁶, la Cour d'appel de Paris a considéré, le 16 octobre 2014, dans un litige sur la désignation dans le secteur des pharmacies d'officine, que »les pharmacies d'officine qui n'avaient pas encore, au jour de la publication de la décision du 13 juin 2013, satisfait à l'obligation d'adhérer aux contrats types avec l'Institut de prévoyance du groupe Mornay prévue par les articles litigieux, ne peuvent plus y être contraintes«. Mais la Cour d'appel de Paris n'en a pas pour autant penché pour l'application pure et simple du droit des assurances: »il doit être encore rappelé que l'article L. 932-12 du code de la sécurité sociale exclut du droit de résiliation annuelle, qu'il instaure pour tous les contrats à adhésion obligatoire, le cas où l'adhésion résulte d'une obligation prévue dans une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel, de sorte que la demande, en tout état de cause présentée comme résultant de l'argumentation qui vient d'être écartée, tendant à voir dire que les entreprises ayant souscrit avec l'Institut de prévoyance du groupe Mornay peuvent à compter du 16 juin 2013 résilier annuellement le contrat, sera rejetée, comme contraire à la clause d'application dans le temps de la décision du Conseil constitutionnel«³⁷.

Ces arrêts et d'autres litiges portés devant la Cour de cassation ont donné lieu à une série d'arrêts en date du 11 février 2015³⁸.

34 Il y a, en effet lorsque l'organisme assureur est une institution de prévoyance ou une mutuelle une adhésion à un règlement et/ou à des statuts et non conclusion d'un contrat d'assurance stricto sensu La notion de »contrat en cours« en droit de la prévoyance: le chaos jurisprudentiel préc. RDSS 2014. 962.

35 Pour le Conseil d'Etat, »une lecture des seuls termes du considérant 14 pourrait porter à la première interprétation«. Toutefois, »un faisceau d'arguments d'ordre juridique ou touchant aux modalités de fonctionnement effectives de tels dispositifs conduit toutefois à retenir la seconde interprétation« (CE, avis, 26 sept. 2013, n° 387895).

36 CA Chambéry, 7 janv. 2014, n° 12/02382.

37 CA Paris, pôle 6, Chambre 2, 16 oct. 2014, arrêt n° 12/17007; L. Perdrix, Quels sont les contrats en cours préservés de l'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale relatif aux clauses de désignation en prévoyance collective? AJ Contrats d'affaires-Concurrence-Distribution 2015, n° 1, p. 32; V. Roulet, Désignation et recommandation: acharnement thérapeutique et procréation judiciairement assistée, Cahiers sociaux 2014. 708.

38 Soc., 11 févr. 2015 n° 13-26015 et 13-26016, 14-12167, 14-13538, *Dedessus-Le-Mousiter*, Validité des clauses de désignation en matière de prévoyance, JCP G 2015. 428.

La Cour de cassation rappelle d'abord que le réexamen des »modalités d'organisation de la mutualisation des risques« dont la périodicité ne pouvait excéder cinq ans, figurant dans l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale dans sa rédaction antérieure à la loi relative à la sécurisation de l'emploi³⁹. Exit donc les contestations de désignation d'organismes assureurs au motif qu'une procédure d'appel d'offre n'aurait pas précédé ladite désignation.

Plus encore, la Chambre sociale de la Cour de cassation considère que »les contrats en cours sont les actes ayant le caractère de convention ou d'accord collectif ayant procédé à la désignation d'organismes assureurs pour les besoins du fonctionnement des dispositifs de mutualisation que les partenaires sociaux ont entendu mettre en place (...)«.

Il résulte de cet arrêt »Pain d'Or« que tant que cet accord n'est pas arrivé à son terme, pas dénoncé, il continue à produire effet. En ce sens, le »réexamen au plus tard quinquennal des conditions de la mutualisation« peut conduire au maintien de celles-ci et donc de la clause de désignation.

Dès lors que la convention collective de prévoyance est à durée indéterminée, le régime pourrait ainsi survivre à la déclaration d'inconstitutionnalité.

Encore faut-il, selon nous, que le mécanisme de solidarité et de mutualisation ne soit pas modifié par un accord ultérieur sur les cotisations et/ou sur les prestations. Une telle modification, qui n'est pas à exclure puisqu'elle dépend des paramètres techniques du régime, conduirait nécessairement à ce qu'une autre solidarité soit dessinée: s'appliqueraient alors les nouvelles règles figurant au nouvel article L. 912-1 du CSS.

Mais par delà cette limite non négligeable, l'arrêt »Pain d'or« présente (enfin) l'esquisse d'un objectif, la mutualisation des risques au niveau d'une branche, auquel est associé un moyen, la clause de désignation dont disposeraient les partenaires sociaux, du fait de leur liberté de négociation collective constitutionnellement garantie, au nom de la solidarité qui profite à la fois aux salariés et aux employeurs.

En ce sens, la jurisprudence de la Cour de cassation est à la fois un appel au législateur, qui a, on l'a trop souvent oublié, à la fois l'obligation de promouvoir la négociation collective issue de ses engagements internationaux⁴⁰, l'obligation de se conformer au droit communautaire dont les décisions de la Cour de justice mais également au Conseil constitutionnel pour qu'il reconnaisse (i) la liberté des partenaires sociaux et non plus la seule liberté de contracter de l'employeur et (ii) la spécificité de »l'assurance redistributive« – la solidarité professionnelle –, malgré les entraves qu'elle peut apporter au fonctionnement du marché et dès lors à la liberté contractuelle de l'employeur et du marché des organismes assureurs.

39 Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, cf. par ex. Kessler, La loi de sécurisation de l'emploi et la prévoyance complémentaire: de la déstabilisation à l'incertitude, *Cahier sociaux* n° 254, 2013. 288.

40 Art. 4 de la convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective de l'Organisation internationale du travail; art. 6 § 2 de la Charte sociale européenne.

Les arrêts du 11 février 2015 sont peut être également un appel aux partenaires sociaux à faire prévaloir leur liberté de négociation, sous respect de la transparence du choix de l'organisme assureur et de la justification du caractère solidaire de garanties contre les risques sociaux: bref, comme le soulignait Bernd Schulte⁴¹ du caractère de service d'intérêt économique général qu'ils souhaitent mettre en place.

41 Rechtsfragen einer solidarischen Bürgerversicherung, Bonn: Friedrich-Ebert-Stiftung, Abt. Arbeit und Sozialpolitik, 2005 (Gesprächskreis Arbeit und Soziales).

Die Sozialhilfe im Recht der Europäischen Union – immer noch eine Randexistenz oder auf dem Weg zu einem »Europäischen Sozialhilferecht?«

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Sozialhilfe im Recht der Europäischen Union
 - 1. Die Verträge: Sozialhilferecht als Angelegenheit der Mitgliedstaaten
 - 2. Die Sozialhilfe als Gegenstand der Konvergenzstrategie und der Offenen Methode der Koordinierung
- III. Das Koordinierungsrecht: Sozialhilfe versus soziale Sicherheit
- IV. EU-Bürgerschaft und Sozialhilferecht

I. Einleitung

Das Recht der Sozialhilfe hat in Bernd Schultes wissenschaftlichem Werk von Beginn an eine wichtige und beständige Rolle gespielt. Hatte er sich anfangs vor allem mit Fragen des nationalen Sozialhilferechts, insbesondere in dem von ihm zusammen mit Peter Trenk-Hinterberger veröffentlichten Lehrbuch zum BSHG¹, auseinander gesetzt, so richtete sich sein Interesse bald auf Fragen des Rechtsvergleichs², insbesondere mit dem britischen Recht,³ und auf Fragen der Wechselwirkungen zwischen nationalem Sozialhilferecht und Europäischen Recht, aber auch auf den größeren Zusammenhang der (internationalen) Armutsbekämpfung und der Inklusion⁴. Bernd Schulte war dabei nicht nur als Wissenschaftler, sondern auch als politisch denkender Mensch ein engagierter Verfechter der Rechte von Sozialhilfeempfänger_innen, und hat seine fachlichen Kompetenzen in vielen Arbeitskreisen, Vorträgen und Gutachten in den sozialpolitischen Diskurs über ein auch auf nationaler Ebene, besonders aber in seinen Bezügen zum europäischen Recht immer noch als eher randständig angesehenes Rechtsgebiet eingebracht.

Aktuell ist die Bedeutung des Rechts der Europäischen Union für das Sozialhilferecht im Mainstream der sozialpolitischen und juristischen Diskussionen in Deutschland/aber auch anderen EU-Ländern angekommen. Im Mittelpunkt dieser Diskussionen steht die immer wieder – zuletzt im Fall Alima-

1 Bernd Schulte/Peter Trenk-Hinterberger Sozialhilfe. Eine Einführung, Königstein/Taunus, 1982.

2 Bernd Schulte, Das Recht auf ein Mindesteinkommen in der Europäischen Gemeinschaft – Nationaler Status quo und supranationale Initiativen, SF 1991, S. 7–23.

3 Vgl. zuletzt Bernd Schulte, »Fördern und Fordern« – Aktivierung am Arbeitsmarkt in Deutschland und Großbritannien, in: Ulrich Becker, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht I, Baden-Baden, 2010, S. 273–304.

4 Bernd Schulte, Politik der Armut, Internationale Perspektiven, in: Stephan Leibfried/Florian Tennstedt (Hg.), Politik der Armut und die Spaltung des Sozialstaats, Frankfurt am Main, 1985, S. 383–468.

novic⁵ – auch dem EuGH vorgelegte Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Leistungen der sozialen Grundsicherung immigrierten Bürger_innen anderer Mitgliedstaaten zustehen.

Der folgende Beitrag soll – unter besonderer Berücksichtigung von Bernd Schultes Arbeiten zum Thema – skizzieren, wie sich die Regelungen des EU-Rechts mit Bezug auf Sozialhilfe und Grundsicherung seit Gründung der Europäischen Gemeinschaften entwickelt haben. Dabei soll insbesondere der Frage Aufmerksamkeit gewidmet werden, ob sich aus der Rechtsprechung des EuGH bereits Konturen eines »Europäischen Sozialhilferechts« ableiten lassen. Der Begriff Sozialhilfe wird dabei so verstanden, dass er sowohl die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB XII (HLU, GSI), als auch die nach dem SGB II (Arbeitslosengeld II und Sozialgeld) umfasst.⁶

II. Sozialhilfe im Recht der Europäischen Union

1. Die Verträge: Sozialhilferecht als Angelegenheit der Mitgliedstaaten

Die Gründungsverträge trennten deutlich zwischen der Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaften für die Schaffung des Gemeinsamen Marktes und der Zuständigkeit der Nationalstaaten für die Sozialpolitik und Sozialgesetzgebung.⁷ Aufbauend auf der Überzeugung, dass sich die Verwirklichung der Ziele der Europäischen Gemeinschaften, u. a. die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen und deren Angleichung auf dem Wege des Fortschritts, vor allem »aus dem eine Abstimmung der Sozialordnungen begünstigenden Wirken des Gemeinsamen Marktes« ergeben werde,⁸ sahen sie nur wenige Ansatzpunkte für eine Harmonisierung der Sozialrechte der Mitgliedstaaten vor.⁹ Die ersten Dekaden der Europäischen Gemeinschaften waren daher auch gekennzeichnet durch eine sozialpolitische Abstinenz der Europäischen Gemeinschaften. Eine Ausnahme bildete nur das Koordinierungsrecht, dessen Ziel, die in Art. 48 ff. EWG-Vertrag geregelte Grundfreiheit der

⁵ Urteil des EuGH vom 15.9.2015 in der Rs. C-67/14, NvWz 2015, 1517.

⁶ Der vorliegende Beitrag beschränkt sich aus Gründen des Umfangs nur auf die Geldleistungen der Sozialhilfe/Grundsicherung und lässt die Leistungen nach Asylbewerberleistungsgesetz und die sozialen, einschließlich medizinischer und pflegerischer Dienstleistungen, denen gerade im Bereich der Sozialhilfe/Grundsicherung eine zentrale Rolle bei der Verwirklichung eines menschenwürdigen Daseins zukommt, außer Acht.

⁷ Zur Entwicklung des Verhältnisses nationaler und europäischer Kompetenzen im Bereich der Sozialpolitik bis zum Jahr 2000 vgl. auch Ute Kötter, Von sozialpolitischer Abstinenz zur Dominanz der europäischen Wirtschaftsordnung? – Das Verhältnis von europäischer und nationaler Sozialpolitik in den letzten drei Dekaden, in: Frank Schulz-Nieswandt/Gisela Schewe, Sozialpolitische Trends in Deutschland in den letzten drei Dekaden. Eve-Elisabeth Schewe zum 70. Geburtstag, Berlin, 2000, S. 199–226.

⁸ Kritisch dazu Eberhard Eichenhofer, Europäisches Sozialrecht, 3. Auflage, Berlin, 2006, Rn. 40 und Rn. 501 ff.

⁹ Eine besondere Rolle kam dabei der der Regelung der Entgeltgleichheit von Männern und Frauen (Art. 119 EWGV), die zunächst über die Rechtsprechung des EuGH und später über das Sekundärrecht zu einem weit über den ursprünglichen Normwortlaut hinausgehenden Antidiskriminierungsrecht ausgebaut wurde. Vgl. Kötter, N 7, S. 204 ff.

Freizügigkeit der Arbeitnehmer_innen insbesondere durch den Erhalt von Anwartschaften, durch Leistungsexport und Gleichbehandlung abzusichern, sich in der Bezeichnung »freizügigkeitsspezifisches Sozialrecht« spiegelt.¹⁰

Erst am Ende der 80er/Beginn der 90er Jahre rückte die Sozialpolitik mit der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer in den Fokus der Europäischen Gemeinschaften. Die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer entwarf ein europäisches Modell arbeits- und sozialrechtlicher Rechte der – auch zukünftigen bzw. früheren – Arbeitnehmer_innen und ihrer Familien. Trotz ihrer fehlenden rechtlichen Verbindlichkeit hatte die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer als politisch verpflichtendes Dokument Bedeutung für die Entwicklung einer eigenständigen europäischen Sozialpolitik.¹¹ Dies gilt auch mit Blick auf die Sozialhilfe. Zwar enthielt die Gemeinschaftscharta kein ausdrückliches subjektives Recht auf Sozialhilfe, verwies aber in mehreren Ziffern auf Ansprüche auf ausreichende finanzielle Mittel zur Sicherung des Lebensunterhalts.¹² Die zur Umsetzung der sozialen Rechte der Gemeinschaftscharta auf der Grundlage eines Kommissionsvorschlags erlassene »Empfehlung des Rates zur Aufstellung von gemeinsamen Kriterien betreffend ausreichende Leistungen und Mittel, die in den Sozialschutzsystemen vorzusehen sind«¹³ forderte, »dass die Mitgliedstaaten im Rahmen eines globalen und kohärenten Instrumentariums zur Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung anerkennen, dass jeder Mensch einen grundlegenden Anspruch auf ausreichende Zuwendungen und Leistungen hat und ihre Systeme sozialer Sicherheit entsprechend den nachstehend dargelegten Grundsätzen und Orientierungen anpassen.«¹⁴ Dafür wurden nicht nur allgemeine Grundsätze, wie die Bekräftigung eines auf Achtung der Menschenwürde beruhenden, zeitlich unbegrenzten Rechtsanspruchs auf bedürftigkeitsabhängige Leistungen benannt, sondern darüber hinaus wurde eine Blaupause für die Gestaltung der Systeme der sozialen Mindestsicherung vorgelegt. Diese sah vor, dass »unter Berücksichtigung des Lebensstandards und des Preisniveaus in dem betreffenden Mitgliedstaat für Haushalte unterschiedlicher Art und Größe«¹⁵ der jeweilige einem menschenwürdigen Existenzminimum entsprechende Betrag der Zuwendungen festzulegen sei. Sie enthielt darüber hinaus Vorgaben für das Verfahren zur Ermittlung und Anpassung dieser Beträge, für eine Vereinfachung des Sozialverwaltungsverfahrens einschließlich der Bedürftigkeitsprüfung, sowie eine Verpflichtung, die Bürger_innen über ihre

10 Vgl. dazu unten III.

11 Bernd Schulte, Das »Europäische Sozialmodell« zwischen Realität und Normativität, in: Ulrich Becker/Hans Günter Hockerts, Klaus Tenfelde (Hg.) unter Mitarbeit von Ulrike Haerendel und Christiane Reuter-Boysen, Sozialstaat Deutschland, Geschichte und Gegenwart, S. 171 – 195.

12 Vgl. hierzu und zum Folgenden Bernd Schulte, Grundsicherung – Sozialhilfe, Statement in: Europäisches Sozialrecht, Bundestagung des Deutschen Sozialrechtsverbands 9. bis 11. Oktober 1991 in Duisburg, Wiesbaden, 1992, S. 199 – 225 (201 ff.).

13 Sog. »Mindesteinkommensempfehlung«. Vgl. ausführlich Bernd Schulte a. a. O., S. 202 und Fn. 8.

14 Vgl. Punkt A der Empfehlung.

15 Vgl. Punkt C. 1 a der Empfehlung.

Rechte aufzuklären und ausreichende soziale Dienste (Information, Betreuung, Rechtsbeistand) sowie angemessenen Rechtsschutz zu gewähren.

Auch wenn die Empfehlung ihrer Rechtsnatur nach keinen bindenden, sondern nur deklaratorischen Charakter hat, und nicht zu erkennbaren Veränderungen der nationalen Sozialhilfesysteme führte,¹⁶ kommt ihr mit Blick auf die Sozialhilfe doch das Verdienst zu, die Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins durch subjektive Rechtsansprüche auf Sozialhilfeleistungen für jedermann ausdrücklich zum gemeinsamen Ziel der im Rat vertretenen europäischen Regierungen und der Europäischen Gemeinschaft zu erklären.

An der grundsätzlichen Verteilung der Zuständigkeiten im Bereich der Sozialpolitik änderte auch die Schaffung neuer Gemeinschaftskompetenzen im Bereich der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes und die Ausweitung des Prinzips der Mehrheitsentscheidung durch den Maastrichter Vertrag von 1992 und deren Verstetigung und Ausbau durch die Verträge von Amsterdam¹⁷, Nizza und Lissabon wenig. Das Abkommen über die Sozialpolitik,¹⁸ das zunächst nur von 11 Mitgliedstaaten unterzeichnet wurde, sah neue Rechtssetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft vor allem im Bereich des Arbeitsrechts vor, insbesondere hinsichtlich der Verbesserung der Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer, der Arbeitsbedingungen, der Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer, der Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt und Gleichbehandlung am Arbeitsplatz, und der beruflichen Eingliederung der aus dem Arbeitsmarkt ausgegrenzten Personen.¹⁹ In einem Protokoll zum Maastrichter Vertrag, dessen Anhang das Abkommen über die Sozialpolitik war,²⁰ hatte das Vereinigte Königreich, das dem Abkommen nicht beitreten wollte, den übrigen elf Mitgliedstaaten gestattet, die Institutionen der Gemeinschaft zu nutzen, um von den neuen Rechtssetzungskompetenzen Gebrauch zu machen.

Für die Sozialhilfe war von besonderer Bedeutung, dass in Art. 1 des Abkommens neben den Zielen der Förderung der Beschäftigung, der Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, des sozialen Dialogs, der Entwicklung des Arbeitskräftepotentials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau, auch ein angemessener sozialer Schutz und die Bekämpfung von Ausgrenzungen als sozialpolitische Ziele der EU genannt wurden. Eine europäische Sozialhilfegesetzgebung kam aber weder auf der Basis des Abkommens über die Sozialpolitik (nur vier Richtlinien im Be-

16 Vgl. Maximilian Fuchs, *Europäisches Sozialrecht*, Einführung, in: ders. (Hg.), *Europäisches Sozialrecht*, 5. Aufl., Rn. 72.

17 Eigene Zuständigkeit der EU für die Beschäftigungspolitik Art. 124 – 130 EG

18 Bundesgesetzblatt Teil II. 1992 S. 1253.

19 Vgl. Art. 2 des Abkommens.

20 »Protokoll über die Sozialpolitik, dem ein Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland über die Sozialpolitik beigelegt ist.«

reich des Arbeitsrechts) noch auf der Basis der Art. 136–146 EG zustande, in die das Abkommen mit Zustimmung des Vereinten Königreichs mit dem Vertrag von Amsterdam integriert wurde. Art. 136 EG überführte den in Art. 1 des Abkommens über die Sozialpolitik genannten umfangreichen Zielkatalog in den EG-Vertrag (jetzt: Art. 153 AEUV). Die Europäische Union wurde durch diese Aufgabenumschreibung mit einer »weit reichende(n) sozialpolitische(n) Zuständigkeit«²¹ ausgestattet, die mit dem sozialen Schutz und der Bekämpfung der Ausgrenzung auch das Gebiet der Sozialhilfe erfasst.²² Diese Zuständigkeit wird aber dadurch begrenzt, dass es sich nicht um eine ausschließliche, sondern um eine kumulativ von der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten auszuübende Zuständigkeit, die darüber hinaus dem Prinzip der Subsidiarität (Art. 5 EG) Rechnung tragen muss. Für harmonisierende Regelungen der sozialen Sicherheit und des sozialen Schutz blieb es darüber hinaus beim Erfordernis der Einstimmigkeit in den Ratsbeschlüssen.²³

Dies hatte zur Folge, dass mit Ausnahme des unten noch darzustellenden freizügigkeitsspezifischen Sozialrechts, keine gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften für das Gebiet des Sozialrechts und insbesondere des Sozialhilferechts erlassen wurden.

Der in anderen Bereichen des Sozialrechts vor allem seit den Entscheidungen des EuGH in den Rechtsachen Kohll und Decker²⁴ deutlich wahrnehmbare Einfluss des europäischen Wirtschaftsrechts, insb. der Grundfreiheiten und der Wettbewerbsregelungen des gemeinsamen Marktes, auf die Gestaltung der Sozialsysteme ist im Bereich der Sozialhilfe (noch) wenig wahrnehmbar. Der EuGH hatte in der Entscheidung Sodemare (C-70/95)²⁵ verdeutlicht, dass weder die Sozialhilfeträger noch die im Bereich der Sozialhilfe als Leistungserbringer tätigen freien Träger dem EU-Wirtschaftsrecht unterliegen.²⁶ Für die Geldleistungen ist er ohnehin ohne unmittelbare Bedeutung.

21 Eberhard Eichenhofer, Sozialrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. Berlin, 2006, Rn. 38.

22 Wohl a. A. Eberhard Eichenhofer, Völker- und europarechtliche Vorgaben an die Existenzsicherung in Deutschland, in: Uwe Berlit/Wolfgang Conradis/Ulrich Sartorius, Existenzsicherungsrecht, SGB II; SGB XII, AsylbLG, Verfahrensrecht. Handbuch, 2. Aufl. Wiesbaden, 2013, S. 32–43, Rn. 13.

23 Anders bei den Materien Arbeitsumwelt, Sicherheit und Gesundheit, Arbeitsbedingungen, berufliche Eingliederung, Bekämpfung von Ausgrenzungen und Chancengleichheit von Männern und Frauen für die EU mit qualifizierter Mehrheit Mindestnormen schaffen kann (Art. 251 EG) Vgl. Eichenhofer, a. a. O., N 22, Rn. 42.

24 C-120/96 und C-158/96. Vgl. hierzu Ute Kötter, Die Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften in den Rechtssachen Decker und Kohll: Der Vorhang zu und alle Fragen offen? In: VSSR 1998, S. 233–252.

25 Slg. 1997, I 3395.

26 Zu weiteren auf die Gestaltung der nationalen Systeme sozialer Sicherheit Einfluss nehmenden Regelungsbereichen des EU-Rechts, wie die der sozialen Dimension der Unionsbürgerschaft, der des Antidiskriminierungsrechts vgl. Schulte, N 11, S. 183 ff.

2. Die Sozialhilfe als Gegenstand der Konvergenzstrategie und der Offenen Methode der Koordinierung

Die Europäische Gemeinschaft hatte seit Mitte der 70er bis in die 90er Jahre immer wieder Pilotprojekte und Programme zur Bekämpfung von Armut und Ausgrenzung durchgeführt, die jedoch von den Mitgliedstaaten als Kompetenzüberschreitung gewertet wurden.²⁷ Die fehlenden Rechtssetzungsbefugnisse führten seit Beginn der 90er Jahre zur Entwicklung unterhalb der Ebene der Gesetzgebung liegender sozialpolitischer Strategien und Verfahren die auch das Sozialhilferecht betrafen bzw. – mit Blick auf die Offene Methode der Koordinierung (OMK) – betreffen.

Mit der »Empfehlung des Rates zur Aufstellung von gemeinsamen Kriterien betreffend ausreichende Leistungen und Mittel, die in den Sozialschutzsystemen vorzusehen sind«²⁸ wurde die Sozialhilfe in den von der Kommission angestrebten Prozess der Abstimmung der Ziele der Politiken des Sozialschutzes der Mitgliedstaaten einbezogen.²⁹ Diese sog. Konvergenzstrategie³⁰ zielte auf eine freiwillige Angleichung der Sozialsysteme mit Hilfe gemeinsamer europäischer Standards, blieb jedoch ohne erkennbare Auswirkungen.³¹

Mit der Jahrtausendwende trat an ihre Stelle die Offene Methode der Koordinierung. Bei der Offenen Methode der Koordinierung handelt es sich nicht um eine rechtliche, sondern um eine politische Strategie,³² die – ehe sie auf die Felder der Beschäftigungspolitik und der Sozialpolitik ausgedehnt wurde – bereits im Bereich der Wirtschafts-, Haushalts- und Umweltpolitik Anwendung fand.³³ Die OMK im Bereich der Sozialpolitik wurde mit dem Vertrag von Amsterdam in Art. 137 Abs. 2 EG (jetzt: Art. 153 II AEUV) aufgenommen. Sie beschränkte sich zunächst auf Bekämpfung von Armut und sozialer Ausgrenzung, ehe mit dem Vertrag von Nizza auch die anderen in Art. 137 I EG genannten Sozialbereiche für die OMK geöffnet wurden (Art. 137 Abs. 2 Buchstabe a EG). Die OMK als sozialpolitische Handlungsstrategie beruht auf der freiwilligen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten, die »in einem bestimmten Politikbereich gemeinsame Ziele festlegen, nationale Aktionspläne

27 Vgl. http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/de/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.10.9.html (letzter Zugriff: 8.11.2015).

28 Empfehlung 92/441/EWG des Rates vom 24.6.1992 (Abl. L 245 v. 26.8.1992).

29 Vgl. die Empfehlung des Rates vom 27.7.1992 über die Annäherung der Ziele und der Politiken im Bereich des sozialen Schutzes (92/442/EWG) (sog. »Konvergenzempfehlung«).

30 Bernd Schulte, Abstimmung der Ziele der Politiken des Sozialschutzes in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften – Ein weiterer Schritt auf dem Weg zur Sozialgemeinschaft? – in: ZfSH/SGB 1991, S. 281 ff.

31 Trotz der seit Ende der 90er Jahre in vielen Mitgliedstaaten zu beobachtenden Workfare- und Rekommodifizierungs-Politik sind die Systeme sozialer Mindestsicherung in den Mitgliedstaaten bis heute sehr unterschiedlich ausgestaltet. Vgl. hierzu Elisabeth Kleinlercher, Mindestsicherung in der EU – ein Überblick, Wien, 2012 (pdf).

32 Vgl. Schulte, N 11, S. 188.

33 Vgl. Beatrix Karl, Offene Methode der Koordinierung als Gestaltungsgrundsatz europäischen Rechts, in: Deutscher Sozialrechtsverband (Hg.), Die offene Methode der Koordinierung, Bundestagung des Deutschen Sozialrechtsverbands e. V. 21./22. Oktober 2004 in Aachen, Wiesbaden, 2005, S. 7–27 (12 ff.)

ausarbeiten, ihre jeweilige Leistung unter Anleitung der Kommission gegenseitig überprüfen und aus ihren Erfolgen und Misserfolgen lernen.«³⁴

Die Bekämpfung von Armut und sozialer Ausgrenzung war der erste sozialpolitische Bereich, der von der OMK erfasst wurde. Der im Jahr 2000 eingesetzte Ausschuss für Sozialschutz koordinierte und überwachte die Zusammenarbeit der Kommission und der Mitgliedstaaten bei der Festsetzung von Zielen der Armutsbekämpfung, der Ermittlung der Armutsquote, der Erstellung von Leitlinien und nationalen Armutsplänen für die Mitgliedstaaten.³⁵

Nachdem in den ersten Jahren die »Erfassung und Beschreibung von Armut in den Mitgliedstaaten«³⁶ im Vordergrund stand, werden nun »fundierte Analysen zu den Ursachen von Armut und zu den Wirkungen und der Effektivität von Maßnahmen zur Armutsbekämpfung«³⁷ gefordert.³⁸ Auf Vorschlag der Kommission wurden 2005 die Maßnahmen des Sozialschutzes und der sozialen Eingliederung in der »OMK Soziales« zusammengefasst und übergreifenden Zielen, zu denen »die Förderung des sozialen Zusammenhalts, der Gleichbehandlung der Geschlechter und der Chancengleichheit für alle durch wirksame Systeme des Sozialschutzes, eine wirksame Verzahnung der in der Lissabonner Strategie erklärten Ziele, das Wirtschaftswachstum anzukurbeln, Arbeitsplätze zu schaffen und den sozialen Zusammenhalt zu stärken, die verantwortungsvolle Führung und Einbeziehung aller Beteiligten«³⁹ gehören, untergeordnet. Damit rückte die Eingliederung über den Arbeitsmarkt in den Vordergrund der Bemühungen, wobei angesichts einer dennoch steigenden Zahl von Armutsgefährdeten integrierte Strategien der aktiven Eingliederung in den Arbeitsmarkt durch »integrative Arbeitsmärkte« und »hochwertige Dienstleistungen«, und »angemessener Einkommensunterstützung« gefordert werden.⁴⁰ Neue Instrumente, wie die Europäischen Plattform gegen Armut und soziale Ausgrenzung oder der sog. soziale Anzeiger, der mit Hilfe von »fünf Indikatoren (Arbeitslosigkeit, Jugendarbeitslosigkeit und Quote der Jugendlichen, die weder einen Arbeitsplatz haben noch eine schulische oder berufliche Ausbildung absolvieren (Neet-Jugendliche), verfügbares Haushaltseinkommen, Verarmungsrisiko und Einkommensungleichheiten)« EU-weite Entwicklungen feststellen und über den gemeinsamen Beschäftigungsbericht des Jahreswachstumsberichts in den Prozess strategischer politischer

34 Europäische Kommission, Mitteilung »Stärkung der sozialen Dimension der Lissabonner Strategie: Straffung der offenen Koordinierung im Bereich des Sozialschutzes«, Brüssel, KOM (2003) 261 endg. Zitiert nach Schulte, Sozialstaat, N 11, S. 188 Fn. 28.

35 Vgl. http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/de/displayFtu.html?ftulid=FTU_5.10.9.html (letzter Zugriff: 8.11.2015).

36 Wolfgang Strengmann-Kuhn, Armut und soziale Ausgrenzung in Europa, Einleitung, pdf., S. 17.

37 Strengmann-Kuhn, a. a. O., S. 17.

38 Strengmann-Kuhn, a. a. O., S. 17.

39 Vgl. http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/de/displayFtu.html?ftulid=FTU_5.10.9.html (letzter Zugriff: 8.11.2015).

40 Vgl. die Empfehlung der Kommission zur aktiven Eingliederung der aus dem Arbeitsmarkt ausgegrenzten Personen vom 3. Oktober 2008 (2008/867/EG) (Abl. L 307 vom 18.11.2008, S. 11).

Prioritätensetzung einspeisen soll,⁴¹ sollen dazu beitragen, das Ziel einer Verringerung der Zahl der unter den nationalen Armutsgrenzen lebenden Europäerinnen um 25 % (20 Millionen Menschen) zu erreichen. Wenn auch die politische Wirksamkeit dieser Instrumente der Strategie 2020 angesichts steigender Zahlen von Armutsgefährdeten zweifelhaft ist, lässt sich jedoch insgesamt mit Schulte als Folge dieser nicht-gesetzgeberischen Konvergenzbemühungen »eine deutliche Tendenz hin zu einer Annäherung der sozialpolitischen Zielsetzungen der Mitgliedstaaten und auch zu einer wachsenden Übereinstimmung was die zur Erreichung dieser Ziele eingesetzten Instrumente angeht«⁴² konstatieren.

III. Das Koordinierungsrecht: Sozialhilfe versus soziale Sicherheit

Den Kern des europäischen Sozialrechts bildet seit den Gründungsverträgen das auf der Grundlage von Art. 48 AEUV (ex Art. 51 EWGV/42 EG) erlassene Koordinierungsrecht. Ziel dieses Koordinierungsrechts war und ist die Gewährleistung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, d. h. des sich aus Art. 45 AEUV (ex Art. 48 EWGV/39 EG) ergebenden Recht der Arbeitnehmer_innen, sich in anderen Mitgliedstaaten aufzuhalten und dort unter denselben Bedingungen Arbeit zu suchen und zu arbeiten, wie die Staatsangehörigen des Aufnahmestaates. Die bereits 1958 erlassenen Verordnungen Nr. 3 und 4 wurden 1971 durch die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, und die Verordnung (EWG) Nr. 574/72 über die Durchführung der Verordnung (EWG) 1408/71 ersetzt; letztere wiederum durch die Verordnungen 883/2004⁴³ und 987/2009^{44, 45}. Mit den Reformen wurde einerseits dem Wandel der nationalen Sozialsysteme, aber auch der Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Verordnungen durch die Beitritte neuer Mitgliedstaaten,⁴⁶ andererseits der im Bereich des freizügigkeitsspezifischen Sozialrechts besonders umfangreichen⁴⁷ Rechtsprechung des EuGH Rechnung getragen.

41 Vgl. http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/de/displayFtu.html?ftulid=FTU_5.10.9.html (letzter Zugriff: 8.11.2015).

42 Schulte, a. a. O., N 11, S. 189.

43 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, Abl. EG Nr. L 200 vom 7.6.2004.

44 Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, Abl. EU Nr. L 284/1 v. 30.10.2009.

45 Abl. EG Nr. L 166 vom 30.4.2004; vgl. dazu auch Bernd Schulte, Die neue europäische Sozialrechtskoordinierung (Teil) – Die Verordnungen (EG) Nr. 883/04 und Nr. 987/09, in: ZESAR 04/10, S. 143–216; ders., Die neue europäische Sozialrechtskoordinierung (Teil II) – Die Verordnungen (EG) Nr. 883/04 und Nr. 987/09, in: ZESAR 5-6/10, S. 202–216 m. w. Nw. (Fn. 3).

46 Vgl. Schulte N 45, S. 145 und 148 f.

47 Mittlerweile hat der Europäische Gerichtshof ca. 500 Entscheidungen allein zur Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit erlassen. Vgl. Schulte, N 45, S. 147.

Die bis heute angewendeten Grundsätze dieses Koordinierungssystems (Inländergleichbehandlung, Leistungsexport und Wahrung erworbener Rechte)⁴⁸ galten und gelten jedoch nicht für den Bereich der Sozialhilfe. Art. 3 Abs. 5 VO 883/2004 schließt die Sozialhilfe aus dem sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung aus, der nur Systeme der sozialen Sicherheit, insbesondere der Sozialversicherung erfasst, die gegen die in Art. 3 Abs. 1 VO 883/2004 aufgezählten sozialen Risiken (wie Krankheit und Mutterschaft, Invalidität, Alter, Hinterbliebene, Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten, Arbeitslosigkeit) absichern. Diese Ausgliederung macht eine Abgrenzung von »sozialer Sicherheit« und »Sozialhilfe« erforderlich, deren Letztentscheidung nach den Maßstäben des europäischen Rechts⁴⁹ dem Europäischen Gerichtshof obliegt (Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV). Hatte der EuGH zunächst vertreten, dass nur »Leistungen, die dem Berechtigten keine rechtlich gesicherte Position verschaffen, sondern die einer Ermessensentscheidung in Bezug auf die Feststellung der Bedürftigkeit oder sonstiger persönlicher Umstände unterliegen, zur »Sozialhilfe im gemeinschaftsrechtlichen Sinne«⁵⁰ gehört, so stellt er seit der Entscheidung im Fall Piscitello⁵¹ auf Leistungszweck und Leistungsvoraussetzungen der in Frage stehenden Sozialleistungen ab. In den sachlichen Anwendungsbereich der VO 883/2004 fallen danach Leistungen der sozialen Sicherheit, die ohne individuelle Prüfung der persönlichen Bedürftigkeit, insb. der Einkommens- und Vermögensverhältnisse bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen gewährt werden.⁵² Für die Zuordnung einer Leistung zur Sozialhilfe sprechen vor allem der allgemeine Zweck der Sicherung des Existenzminimums, sowie eine Bedürftigkeitsprüfung. Insoweit entspricht der Sozialhilfebegriff des deutschen Rechts dem Sozialhilfebegriff des Koordinierungsrechts.⁵³ Die Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Bundessozialhilfegesetz zählte unstreitig zu den Sozialhilfeleistungen, die nicht in den Anwendungsbereich der VO 1408/71 fielen. Gleiches gilt wohl auch für die Hilfe zum Lebensunterhalt gem. §§ 27 ff. SGB XII.

48 Vgl. Schulte, N 12, S. 200.

49 Vgl. Eberhard Eichenhofer, Internationales Sozialrecht, München, 1994 Rn. 176 ff.

50 Vgl. hierzu und zum Folgenden Schulte, N 12, S. 206 ff.

51 Piscitello Rs. 139/82, Slg. 1983, S. 1327.

52 Vgl. hierzu Eichenhofer, N 22, Rn. 12 mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung des EuGH.

53 Eichenhofer, N 22, Rn. 13. Eichenhofer beschränkt allerdings den Begriff der Sozialhilfe des deutschen Rechts hier auf das SGB XII. Die Sozialhilfe als Umsetzung des verfassungsrechtlichen Gewährleistung eines Grundrechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum umfasst aber auch die Leistungen des SGB II und des Asylbewerberleistungsgesetzes. Vgl. hierzu Ute Kötter, Ansprüche von BürgerInnen der Europäischen Union auf Leistungen der sozialen Grundsicherung nach dem SGB II zwischen Gleichbehandlungsanspruch und Demokratieprinzip, in: info also, Informationen zum Arbeitslosenrecht und Sozialhilferecht, 2013, S. 243–252 (250 f.)

Sie zählt jedoch zu den sozialen Vergünstigungen⁵⁴, für die der Gleichbehandlungsgrundsatz gem. Art 7 Abs. 2 VO (EWG) 1612/68⁵⁵ in der Fassung der Kodifizierung durch die VO (EU) Nr. 492/2011⁵⁶ gilt.⁵⁷

Allerdings lässt sich die oben beschriebene Unterscheidung von Sozialhilfe und sozialer Sicherheit bei einer Vielzahl von Leistungen, die sowohl Merkmale der sozialen Sicherheit, als auch Merkmale der Sozialhilfe aufweisen, nicht trennscharf durchführen. Aus der Diskussion um diese Leistungen hat sich eine eigene europarechtliche Kategorie von Leistungen entwickelt, die sog. besonderen beitragsunabhängigen Leistungen, die in der VO (EWG) 1408/71 in Art. 4, 2a und 10a geregelt waren, in der VO 883/2004 ihren Sitz in Art. 70 und dem Anhang X zur VO 883/2004 gefunden haben. Für diese Leistungen gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 4 VO 883/2004, es besteht aber kein Exportgebot. Laut Anhang zu dieser Verordnung zählen auch die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II und die Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem SGB XII zu den besonderen beitragsabhängigen Leistungen.⁵⁸ Dies hat der EuGH für das Arbeitslosengeld II in seinen Entscheidungen in den Rechtssachen Dano und Alimanovic bestätigt.⁵⁹ Sie unterliegen damit grundsätzlich der VO 883/2004 und damit auch dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 4 VO 883/2004.

IV. EU-Bürgerschaft und Sozialhilferecht

Mit dem Vertrag von Maastricht wurde die bis dahin in den Gründungsverträgen auf ArbeitnehmerInnen beschränkte Freizügigkeit Teil der Gewährleistungen der Unionsbürgerschaft (Art. 8 a EGV). Die Richtlinien 90/366/EWG (Abl. EG 1990 Nr. L 180/30) und 90/365/EWG (Abl. EG Nr. L 180/28) dehnten darüber hinaus die freie Wahl des Aufenthaltsstaats auch auf Studierende und aus dem Erwerbsleben ausgeschiedene Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätige aus. Seit dem Vertrag von Lissabon garantiert Art. 21 AEUV den Unionsbürgern i. S. d. Art. 20 AEUV unabhängig von ihrem sozialen oder wirtschaftlichen Status Freizügigkeit, d. h. das Recht sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufrechtzuerhalten. Dieses Recht wurde in der Rechtsprechung des EuGH⁶⁰ derart mit dem in Art. 18 AEUV

54 Eichenhofer, N 22, Rn. 15.

55 Verordnung (EWG) Nr. 16.12/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft vom 15.10.1968, Abl. EWG 1968 Nr. L 357 v. 15.10.1968.

56 VO (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.4.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Union (Abl. L 141 v. 27.5.2011).

57 Vgl. dazu ausführlich Susanne Stewen, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger und seiner sozialen Begleitrechte, Tübingen, 2011, S. 144 ff.

58 Die Notifikation ist abgedruckt bei Maximilian Fuchs, Europäisches Sozialrecht, Nomos Kommentar, 6. Aufl. 2013.

59 Urteil des EuGH v. 11.11.2014, C-333/13 (Dano), Rn. 63; Urteil des EuGH v. 19.9.2015, C-67/14, Rn. 44 ff.

60 Vgl. dazu die Übersicht zur Rechtsprechung bei Thorsten Kingreen, In love with the Single Market? Die EuGH-Entscheidung im Fall Alimanovic zum Ausschluss von Unionsbürgern von sozialen Grundsicherungsleistungen, in: NVwZ 21/2015, S. 1503–1506 (1503).

garantierten Diskriminierungsverbot verschränkt, dass neben das »Recht auf Aufenthalt« ein »Recht im Aufenthalt, das auch eine sozialrechtliche Dimension hat«⁶¹ gestellt wurde, das unter der Voraussetzung rechtmäßigen Aufenthalts einen Anspruch auf Gleichstellung auch bei Sozialleistungen enthält.⁶² Diese weite Auslegung der mit der Unionsbürgerschaft versehenen Rechte legt eine Anwendung dieser Grundsätze auch auf Fälle des Sozialhilfebezugs durch Bürger_innen anderer EU-Staaten nahe. Der Europäische Gerichtshof hatte daher zuletzt mehrfach zur Frage Stellung zu nehmen, ob und inwieweit (ergänzende) Leistungen zur Gewährleistung des Existenzminimums unter den Gleichbehandlungsgrundsatz des primären bzw. sekundären Rechts fallen. Für das deutsche Sozialrecht sind dabei besonders die Entscheidungen in der Rechtssache Dano⁶³ und in der Rechtssache Alimanovic⁶⁴ von Bedeutung.⁶⁵ Der EuGH hat in beiden Fällen entschieden, dass der Ausschluss von EU-Bürger_innen, die sich nur zur Arbeitssuche in Deutschland aufhalten, von Leistungen der sozialen Grundsicherung nicht gegen den im Sekundärrecht (Art. 4 der Verordnung Nr. 883/2004 und Art. 24 der Richtlinie 2004/38⁶⁶) konkretisierten Grundsatz der Gleichbehandlung verstößt. Zwar handle es sich beim Arbeitslosengeld II um eine besondere beitragsunabhängige Leistung i. S. d. Art. 70 der VO 883/2004, zugleich aber nach der Dogmatik des europäischen Koordinierungs- und Freizügigkeitsrechts um eine Sozialhilfeleistung i. S. d. Art. 24 der Richtlinie 2004/38. Eine Gleichbehandlung mit Staatsangehörigen des Aufnahmestaates konnten EU-Bürger_innen aber nur verlangen, wenn ihr Aufenthalt den Voraussetzungen der Richtlinie 2004/38 entspreche.⁶⁷ Der EuGH knüpft damit den sozialhilferechtlichen Status der Unionsbürger_innen, ohne auf die Frage des hierarchischen Verhältnisses der gleichzeitig erlassenen Sekundärnormen der VO 883/2004 und der Richtlinie 2004/38 einzugehen, an die Voraussetzungen eines rechtmäßigen Aufenthalts. Er greift damit wieder auf die strikte Trennung der nationalen Zuständigkeit für die Ausgestaltung der Sozialsysteme und der Zuständigkeit der Europäischen Union für die Ausgestaltung der Freizügigkeit zurück, die schon in den Gründungsverträgen angelegt war. Dies führt, wie Kingreen zu Recht kritisiert⁶⁸, zu einem faktisch nach wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit gestaffelten Recht auf Freizügigkeit. Die Entscheidung des EuGH trägt aber wohl auch integrations- und demokratiepolitischen Erwägungen Rechnung: über Sozialleistungen, die immer auch und in besonderem Maße bei der So-

61 Kingreen, a. a. O., m. w. Nw. S. 1503.

62 Kingreen a. a. O.

63 Urteil des Gerichtshofs vom 11. November 2014, Dano (C-333/13).

64 N 5.

65 Vgl. dazu ausführlich Ute Kötter, Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Alimanovic – Das Ende der europäischen Sozialbürgerschaft?, in info also Heft 1/2016.

66 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (Freizügigkeits-Richtlinie), Abl. der EU vom 30.4.2004, L 158/77, auch Unionsbürgerrichtlinie genannt.

67 EuGH Rs. C-67/14, Rn. 51.

68 Kingreen, a. a. O.

zialhilfe auf dem Grundsatz der Solidarität beruhen, sollten diejenigen entscheiden, die auch die Lasten aus den Umverteilungsentscheidungen treffen. Dies verweist die Aufgabe der entsprechenden politischen Willenserklärung wieder auf die Ebene der nationalen Gesetzgebung zurück. Der europäische Gesetzgeber ist aber nicht zur Tatenlosigkeit gezwungen. Eine auch als Mindestsicherung von (arbeitssuchenden) Wanderarbeitnehmer_innen ausgestaltete europäische Arbeitslosenversicherung⁶⁹ könnte eine erste über die Koordination hinausgehende europäische Sozialrechtsgesetzgebung und zugleich ein erster Ansatz für ein wirkliches »europäisches Sozialhilferecht« sein. Zugleich könnten damit die Mitgliedstaaten und die Europäische Union dem bereits in der Charta der allgemeinen Grundrechte der Arbeitnehmer_innen deklarierten und auch in Art. 34 Abs. 3 Charta der Grundrechte der Europäischen Union nochmals hervor gehobenen Recht jedes Unionsbürgers »auf eine soziale Unterstützung und eine Unterstützung für die Wohnung, die allen die nicht über ausreichende Mittel verfügen, ein menschenwürdiges Dasein sicherstellen sollen«, ein Stück mehr Realität verschaffen, und dadurch, wie es Bernd Schulte einmal – unter Bezug auf das deutsche Sozialstaatsprinzip ausgedrückt hat⁷⁰, »die Spannung zwischen der normativen Verfassung und der realen Verfasstheit« der Europäischen Union verkleinern.

69 Vgl. dazu Eberhard Eichenhofer, Europäische Arbeitslosenversicherung, in: ZESAR 07/15, S. 259–264.

70 Schulte, N 3, S. 295.

Stationäre Leistungen der Sozialhilfe und Sicherung des notwendigen Lebensunterhaltes

Inhaltsübersicht

- I. Vorbemerkung
- II. Einführung in die Thematik
- III. Kernfragen zum gestellten Thema
 - 1. Inhalt und Bedeutung von § 27b SGB XII
 - a) Absatz 1 von § 27b SGB XII
 - b) Absatz 2 von § 27b SGB XII
 - 2. Die mögliche Rolle von § 5 RBEG
 - 3. Gibt es Rechtfertigungen dieser Auswirkungen?
 - 4. Ließe sich Gleichbehandlung ohne zusätzlichen Verwaltungsaufwand herstellen?
 - 5. Besteht ein Anspruch auch jetzt schon?

I. Vorbemerkung

Bernd Schulte, dem dieser Beitrag gewidmet ist, hat sich immer wieder, besonders aber in der früheren Phase seiner wissenschaftlichen Arbeit mit dem Recht für behinderte Menschen (und auch dem Betreuungsrecht) befasst. Dies war der Grund für die Auswahl des hier zu behandelnden Themas.

Es sei aber vor der wissenschaftlichen Darstellung noch ein persönliches Wort erlaubt. Bernd Schulte war »richtig« auf seinem Platz am Max-Planck-Institut. Er stand wie sonst niemand in der Außendarstellung und Außenwahrnehmung für das Institut, das für eine schöne Zeit auch das Institut des Verfassers war. Wann immer im Ausland unter Fachkolleginnen und -kollegen die Sprache auf das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht kam, fiel auch der Name Bernd Schulte. Bernd begegnete Menschen vorbehaltlos. Ihre Herkunft spielte keine Rolle; und das spürten und schätzten diejenigen, die ihm begegneten. Und wenn sie in München zu Gast waren, leistete er immer einen wichtigen Beitrag, damit sie sich wohlfühlen konnten. Danke, Bernd!

II. Einführung in die Thematik

Das Sozialgesetzbuch (SGB) XII¹ ist in seinem Leistungsteil in drei große Bereiche unterteilt, von denen zwei, nämlich Hilfe zum Lebensunterhalt (HLU) und Grundsicherung (GSI) der Sicherung des Lebensunterhaltes dienen, zu dem insbesondere der sog. Regelbedarf und die Kosten für Unterkunft und Heizung gehören. Der dritte Bereich, geregelt in den Kapiteln 5

¹ Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch vom 27.12.2003, BGBl. I, S. 3022, 3023, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.7.2014, BGBl. I, S. 1133.

bis 9 des SGB XII, umfasst Leistungen, die zur Deckung besonderer Bedarfe dienen; im Vorläufergesetz BSHG nannte man sie auch Hilfen in besonderen Lebenslagen.

Besonders in den Kapiteln 6 bis 8 des SGB XII spielen stationäre Leistungen eine wichtige, wenn nicht sogar beherrschende Rolle. Es geht hier um die Eingliederungshilfe für behinderte Menschen (§§ 53 ff. SGB XII), die Hilfe zur Pflege (§§ 61 ff.) und die Hilfe in besonderen sozialen Schwierigkeiten (§§ 67 ff.); letztere wird in der Praxis durch die Wohnungslosenhilfe in besonderem Maße geprägt.

Werden Menschen auf der Grundlage der Kapitel 6 bis 8 des SGB XII stationär untergebracht, so war es bis vor nicht allzu langer Zeit so, dass für sie vom Sozialhilfeträger ein pauschaler Satz an den Leistungserbringer, also die stationäre Einrichtung überwiesen wurde, mit dem sowohl die Maßnahmekosten als auch die Lebensunterhaltssicherung (Verpflegung und Unterkunft) sichergestellt werden sollte und musste.

Dieses einheitliche Leistungspaket hat der Gesetzgeber im Jahre 2011 aufgeschnürt und eine Trennung zwischen den »Maßnahme-Leistungen« und den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts vorgenommen. An die Stelle der früheren Regelung in § 35 SGB XII ist § 27b SGB XII getreten. Dieser sieht nun vor, dass sich für Menschen, die in einer stationären Einrichtung leben, der notwendige Lebensunterhalt nach § 42 Nr. 1, 2 und 4 SGB XII richtet. Zwar steht diese Vorschrift im Kontext der GSi, der Verweis bedeutet aber nicht, dass nun alle Menschen in einer stationären Einrichtung schon aufgrund von § 27b SGB XII grundsicherungsberechtigt wären.

Was diese »neue«² Vorschrift des § 27b SGB XII impliziert, soll in diesem Beitrag darzustellen versucht werden.

III. Kernfragen zum gestellten Thema

1. Inhalt und Bedeutung von § 27b SGB XII

a) Absatz 1 von § 27b SGB XII

Nach § 27b Abs. 1 S. 2 entspricht der notwendige Lebensunterhalt in stationären Einrichtungen dem Umfang der Leistungen der Grundsicherung nach § 42 Nummer 1, 2 und 4 SGB XII. Das würde bedeuten, dass beispielsweise ein behinderter Mensch, der die Voraussetzungen nach § 30 Abs. 1 Nr. 2 SGB XII erfüllt und in einer stationären Einrichtung der Eingliederungshilfe lebt, folgende Leistungen erhalten müsste:

- den Regelbedarf im Sinne von § 42 Nr. 1 i. V. m. § 27a Abs. 2 und 3 SGB XII (2016 in Höhe von 404 Euro monatlich)

2 Die Regelung des § 27b ist nur insoweit wirklich neu, als sie die Trennung zwischen den Maßnahmekosten und den Kosten für den notwendigen Lebensunterhalt vollzieht; ansonsten wurden ihre Bestandteile aus § 35 Abs. 1 und 2 SGB XII a. F. übernommen; zur Historie vgl. nur Armbrorst in LPK-SGB XII, 10. Aufl. 2015, § 27b Rn. 2.

- den Mehrbedarf nach § 42 Nr. 2 i. V. m. § 30 Abs. 1 Nr. 2 (2016 in Höhe von gerundet 70 Euro monatlich [17 % aus 404 Euro]) sowie
- Kosten für Unterkunft und Heizung.

Für eine in der 14. Woche schwangere Frau, die sich mit einem 5-jährigen Kind vor häuslicher Gewalt in ein Frauenhaus, dessen Leistungen in der Praxis unter die Leistungen nach §§ 67 ff. SGB XII subsumiert werden, geflüchtet hat, würde das folgendes bedeuten:

- wegen Alleinerziehung Regelbedarf nach RBS 1, also 404 Euro monatlich
- wegen Schwangerschaft gerundet 70 Euro Mehrbedarf nach § 42 Nr. 2 i. V. m. § 30 Abs. 2 SGB XII
- wegen Alleinerziehung eines Kindes unter 7 Jahren Mehrbedarf von gerundet 151 Euro nach § 42 Nr. 2 i. V. m. § 30 Abs. 3 Nr. 1 SGB XII
- Kosten für Unterkunft und Heizung

Für die folgenden Überlegungen sollen die Leistungen für Unterkunft und Heizung ausgeklammert werden, weil hier keine Probleme der Art auftauchen, wie sie im Weiteren beleuchtet werden sollen.

Es ist in der Praxis so, dass nicht nur die Kosten für Unterkunft und Heizung, sondern auch die Leistungen nach § 42 Nr. 1 und 2, also Regelbedarf und zusätzliche Bedarfe, insbesondere Mehrbedarfe, direkt an die Einrichtung gezahlt werden. Sachlich zuständig für diese Leistungen ist nach § 97 Abs. 4 SGB XII der überörtliche Träger der Sozialhilfe, weil dieser –auch im Freistaat Bayern – für die Leistungen nach Kapiteln 6 bis 8 SGB XII jedenfalls dann zuständig ist, wenn sie stationär erbracht werden.³

In unseren beiden Beispielsfällen ginge es also im Falle des behinderten Menschen um einen Betrag von 474 Euro, über den er außerhalb einer stationären Einrichtung selber verfügen dürfte (und müsste), und im Falle der Frau im Frauenhaus sogar um einen Betrag von 625 Euro.⁴

Diese Beträge fließen an die Einrichtung.

b) Absatz 2 von § 27b SGB XII

Die Bewohner selber erhalten in der Einrichtung – und in der Praxis leider auch *von*⁵ der Einrichtung – nach der Vorstellung des Gesetzgebers, die in § 27b Abs. 2 SGB XII Ausdruck gefunden hat, Leistungen für Kleidung sowie einen Barbetrag zur persönlichen Verfügung. Letzterer hat im Jahr 2016 eine Höhe von abgerundet 109 Euro monatlich.

3 Auf die Ausführungsgesetze der Länder, die z. T. von § 97 Abs. 3 SGB XII abweichende Regelungen enthalten (wie z. B. Bayern mit einer Begrenzung der Zuständigkeit auf stationäre Leistungen) wurde hier aus Platzgründen nicht näher eingegangen.

4 Dabei wurden hier die Leistungen an das 5-jährige Kind (HLU) noch gar nicht berücksichtigt.

5 Der Umstand, dass die Sozialhilfeträger auch den Barbetrag zunächst an die Einrichtung überweisen und dann darauf setzen, dass dieser in jedem Einzelfall ordnungsgemäß den Berechtigten zufließt, ist schon häufig kritisiert worden. Es werden nicht selten in den Einrichtungen sog. »Schattenkonten« für die Bewohner geführt und verwaltet, in denen die eingehenden Zahlungen von Barbeträgen angerechnet werden (sollen). Es bleibt völlig im Dunkeln, ob hier etwa Zinsen berechnet werden. Aber vor allem ist es so, dass die Bewohner für jeden Bedarfsfall fragen müssen – um nicht das Wort »betteln« zu verwenden –, damit sie mit entsprechenden Barmitteln ausgestattet werden.

Allerdings – das sei schon an dieser Stelle vermerkt – gesteht das Gesetz Volljährigen einen Barbetrag von »*mindestens*« 27 % der Regelbedarfsstufe I zu, schließt also dem Wortlaut nach die Möglichkeit eines im Einzelfall höheren Barbetrages ein, und das Gesetz nennt Bekleidung und Barbetrag als Leistungselemente, die »insbesondere« zum weiteren notwendigen Lebensunterhalt in stationären Einrichtungen zählen. Daraus wird gefolgert, dass es auch *sonstigen* weiteren notwendigen Lebensunterhalt geben kann⁶. Hierauf wird zurückzukommen sein.

2. Die mögliche Rolle von § 5 RBEG⁷

Es soll nun ein Blick darauf geworfen werden, was es eigentlich konkret bedeutet, dass die Einrichtung auch den Regelsatz vereinnahmt.

In § 5 RBEG werden regelbedarfsrelevante Verbrauchsausgaben der Einpersonenhaushalte aufgelistet. Dabei gilt derzeit noch das Jahr 2008 als Basis der Aufschlüsselung. Zu beachten ist, dass den Leistungsberechtigten nur 72 % der in der EVS erfassten Konsumausgaben der den unteren Einkommensgruppen zugehörigen Referenzhaushalte zugestanden werden. Auch hierüber kann man zu Recht streiten und ist ja auch gestritten worden. Jedoch soll der vorliegenden Untersuchung genügen, dass die Gewichtung der Ausgaben, wie sie § 5 RBEG vornimmt, auch für die Regelbedarfssätze relevant ist.

Danach entfallen 35,5 % auf die Versorgung mit Nahrungsmitteln und nicht-alkoholischen Getränken. In derselben Weise sollen nachfolgend die in § 5 Abs. 1 RBEG genannten Abteilungen mit ihrem prozentualen Anteil aufgelistet werden:

Ausgabengruppe	Anteil in %
Abteilung 3: Bekleidung und Schuhe	8,4
Abteilung 4: Wohnen, Energie und Wohnungsinstandhaltung	8,36
Abteilung 5: Innenausstattung, Haushaltsgeräte und -gegenstände	7,58
Abteilung 6: Gesundheitspflege	4,3
Abteilung 7: Verkehr	6,3
Abteilung 8: Nachrichtenübermittlung	8,83
Abteilung 9: Freizeit, Unterhaltung, Kultur	11,04
Abteilung 10: Bildung	0,38

⁶ Scheider in: Schellhorn/Hohm/Scheider, SGB XII, 19. Aufl. 2015, § 27b Rn. 15; anschaulich BSG, Urt. vom 23.8.2013 – Az. B 8 SO 17/12 R – BSGE 114, 147.

⁷ Gesetz zur Ermittlung der Regelbedarfe nach § 28 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch – Regelbedarfs-Ermittlungsgesetz (RBEG) vom 24.3.2011, BGBl. I, S. 453.

Ausgabengruppe	Anteil in %
Abteilung 11: Beherbergungs- und Gaststättendienstleistungen	1,98
Abteilung 12: Andere Waren und Dienstleistungen	7,32

Betrachtet man diese Aufstellung, so gelangt man schnell zu der Erkenntnis, dass neben der Abteilung 1 (Ernährung) und der Abteilung 4 allenfalls noch ein Anteil an der Abteilung 5 sowie – wenn es im Hause einen Internetzugang und ein gemeinsames Telefon gibt – ein kleiner Anteil aus Abteilung 8 als Bedarf von einer stationären Einrichtung gedeckt wird. Zur Vereinfachung sollen hier die Anteile an den Abteilungen 5 und 8 großzügig mit 50 % gerechnet werden.

Bezüglich Abteilung 3 wird von einer vollständigen Deckung durch die Bekleidungspauschale nach § 27b Abs. 2 SGB XII ausgegangen, was auch nicht ganz der Realität entspricht, aber ebenfalls zur Vereinfachung dient.

Dann bleiben 39,525 % der Ausgaben, die in einer stationären Einrichtung nicht für die Bewohner getätigt werden. Gleichwohl wird der volle Regelsatz an die Einrichtung abgeführt. Für das Jahr 2016 würde das einem Betrag von 159,68 Euro entsprechen. Der Barbetrag liegt aber 50 Euro darunter.

Man kann es auch anders ausdrücken: den Bewohnern einer stationären Einrichtung werden ohne Differenzierung Barmittel vorenthalten, die derzeit ein Volumen von etwa der Hälfte des Barbetrages haben.

Gar nicht berücksichtigt wurde, ob denn in jedem Fall in einer Einrichtung die Mehrbedarfe gedeckt werden, für die es im ambulanten Bereich einen »Zuschlag« für die Berechtigten gibt. Hier wurde zugunsten der Leistungserbringer unterstellt, dass etwa Bedarfe nach § 30 Abs. 1 Nr. 2 SGB XII durch Sach- und Dienstleistungen in der Einrichtung gedeckt werden; dabei ist sich der Verfasser bewusst, dass diese Annahme im Einzelfall durchaus widerlegbar sein dürfte.

3. Gibt es Rechtfertigungen dieser Auswirkungen?

Sucht man nach Rechtfertigungen, so dürfen sich diese nicht aus Überlegungen ergeben, die mit den Kosten zu tun haben, die bei der Versorgung in einer Einrichtung anfallen. Denn auch Maßnahmen im ambulanten Bereich verursachen Kosten; dennoch wird hier den Berechtigten sowohl der Regelsatz als auch ein eventueller Mehrbedarf ausgezahlt.

Außerdem stellt § 5 RBEG zwar keine Grundlage für einen individuellen Anspruch dar, macht aber deutlich, welche individuellen Bedarfe bei der Bedarfsdeckung zu berücksichtigen sind. Die Tatsache, dass in Einrichtungen für Unterkunft und Verpflegung höhere Kosten entstehen als sie anteilig im Regelbedarf enthalten sind, darf nicht dazu führen, dass andere Bedarfsarten gleichsam »kompensatorisch« ignoriert werden.

Vielmehr geht es hier darum zu fragen, ob die errechnete Schlechterstellung von stationär aufgenommenen Berechtigten gegenüber ambulant versorgten Menschen unter dem Aspekt der Gleichbehandlung zu rechtfertigen ist.

Ein möglicher Einwand könnte sein, dass allein schon durch die unterschiedliche Art der Wohnform eine Vergleichbarkeit der beiden Berechtigtengruppen ausscheide. Dem wird jedoch entgegengehalten, dass ein wichtiger Grund für die Auszahlung von Leistungen (statt einer Gewährung in natura) darin liegt, den Berechtigten ein Mindestmaß an Autonomie zu sichern, dass sich hier in der Möglichkeit äußern würde zu entscheiden, für welche Verwendung der zur Verfügung stehende Betrag ausgegeben wird. Und in dieser Hinsicht ergibt sich kein prinzipieller Unterschied daraus, ob jemand ambulant oder stationär versorgt wird.

Es wird in dieser Untersuchung davon ausgegangen, dass es niemand mehr als ein Gegenargument ansieht, dass Menschen in stationärer Unterbringung von einer solchen Autonomie ja »ohnehin« keinen Gebrauch mehr machen können.

In dieser Weise vielleicht doch noch Denkenden oder Argumentierenden kann nur ein Blick in den Alltag der Einrichtungen empfohlen werden. Nicht nur in der Eingliederungshilfe, sondern auch bei den Hilfen in besonderen sozialen Schwierigkeiten und selbst im Bereich der stationären Hilfe zur Pflege haben die Bewohner eine Vielzahl individueller Bedürfnisse, für deren Befriedigung Barmittel erforderlich sind. Zu denken ist nur an die Ausstattung des eigenen Zimmers, an Ausflüge und Gruppen-Reisen, an den Zugang zu Informationen und kulturellen Angeboten, an außerhalb der Einrichtung stattfindende Teilhabe am gesellschaftlichen Leben usw.

4. Ließe sich Gleichbehandlung ohne zusätzlichen Verwaltungsaufwand herstellen?

Ansatzpunkt für die Gewährleistung von Gleichbehandlung zwischen ambulant und stationär versorgten Menschen ist die Höhe des Barbetrages. Ließe sich grundsätzlich Konsens erreichen in Bezug auf die oben angewandte Methode der Berechnung, so müsste »lediglich« noch festgelegt werden, in welchem Umfang – bezogen auf den Regelbedarf in Höhe der Regelbedarfsstufe 1 – die Einrichtungen faktisch keinerlei Bedarfsdeckung sicherstellen. Nachdem die Abteilungen 1 bis 4 auch hier bereits herausgenommen wurden, dürfte sich die Schwierigkeit vor allem daraus ergeben, ob die hier geäußerte Vermutung, dass in den Einrichtungen die den Abteilungen 6, 7 sowie 9–12 entsprechenden Bedarfe gar nicht und die den Abteilungen 5 und 8 entsprechenden Bedarfe allenfalls teilweise gedeckt werden.

Das heißt, dass eine Größenordnung von 35 % als durchaus realistisch unterstellt werden kann und daher allenfalls in geringem Maße in Frage gestellt werden könnte.

Dennoch soll hier mit einer Alternativrechnung auf der Grundlage von 33 % gezeigt werden, dass sich an dem grundsätzlichen Problem nichts ändern

würde. In diesem Fall ergäbe sich ein Betrag von 133,32 Euro (Basis: RBS 1 in 2016: 404 Euro). Verglichen mit einem Barbetrag von 109,08 Euro in 2016 würde die Differenz noch immer bei gut 24 Euro liegen, also bei 288 Euro für das Kalenderjahr. Dies mag Gutverdienern nicht der Rede wert sein; in diesem Bereich ist es ein hoher Betrag.

Es wird also vorgeschlagen, den Barbetrag auf 35 % des Regelbedarfs nach Regelbedarfsstufe 1 anzuheben.

5. Besteht ein Anspruch auch jetzt schon?

Die bisherigen Ausführungen haben nahegelegt, § 27b Abs. 2 S. 2 SGB XII dahingehend zu ändern, dass die Zahl 27 durch die Zahl 35 ersetzt wird.

Dies würde ein entsprechendes Gesetzgebungsverfahren voraussetzen, also ggf. noch viel Zeit in Anspruch nehmen.

Daher stellt sich die Frage, ob Betroffene nicht schon jetzt einen Anspruch im Sinne der obigen Ausführungen geltend machen könnten.

Hier bietet sich zunächst der Wortlaut von § 27b Abs. 2 S. 2 SGB XII an, der schon heute davon spricht, dass volljährige Berechtigte einen Anspruch auf »mindestens« 27 % des Regelbedarfs eines Alleinstehenden nach RBS 1 haben. Auch wenn bisher von der in der Formulierung liegenden Möglichkeit einer Abweichung nach oben nur sehr zurückhaltend (bis gar nicht) Gebrauch gemacht wird, hat man hier immerhin eine schon vom Gesetzgeber angelegte Öffnung. Würde man dies nutzen und zugleich wie vor argumentieren, böte sich jedenfalls ein Weg, um – notfalls mit Hilfe der Sozialgerichtsbarkeit – eine Gleichbehandlung zwischen ambulant und stationär versorgten Leistungsberechtigten erreichen zu können.

Ein anderer Weg wäre, sich auf das Wort »insbesondere« in § 27b Abs. 2 S. 1 HS 1 SGB XII zu beziehen und Bedarfspositionen, die sich auch in den von § 5 Abs. 1 RBEG geregelten Abteilungen finden, als sonstigen weiteren notwendigen Lebensunterhalt – neben Barbetrag und Bekleidung – geltend zu machen. Hier wäre bei der Bezifferung des Anspruches darauf zu achten, dass man sich an den oben aufgeführten Prozentsätzen zu den einzelnen Abteilungen orientiert, weil man so eine nachvollziehbare Begründung für die Höhe des geltend gemachten Anspruches hätte.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahre 2010 klargestellt, dass z. B. anderweitig nicht gesicherte Leistungen der medizinischen Versorgung nicht aus dem Barbetrag realisiert werden müssen, sondern gesondert zu erbringen sind. Als wichtiges Beispiel ist die Versorgung mit bestimmten nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln, z. B. Salben, zu nennen, die gerade in der stationären Versorgung große Bedeutung haben können, denkt man etwa an langfristig bettlägerige Menschen.

Das Bundessozialgericht hat in einer interessanten Entscheidung angedeutet, dass bei einem sog. »Systemversagen« in einer Einrichtung die Kosten für

Artikel der Hygiene oder zusätzlicher Verpflegung dadurch gewährt werden könnten, dass der sonstige weitere notwendige Lebensunterhalt als Ansatzpunkt genutzt wird.⁸ Die Klägerin hatte vorgetragen, dass die Verpflegung in der Einrichtung, in der sie stationär untergebracht war, nicht ausreichte. Auch sei die Hygiene dort unzureichend. Sie hatte mit dieser Begründung einen höheren Barbetrag zur persönlichen Verfügung gefordert. Das BSG sah sich nicht in der Lage, abschließend zu entscheiden und verwies an das LSG zurück. Allerdings ist der Entscheidung zu entnehmen, dass bei einem sog. Systemversagen, wenn also ein Mangel nicht nur individuell-subjektiv wahrgenommen wird, höhere Kosten über einen sonstigen weiteren notwendigen Lebensunterhalt zu decken seien.

Damit gibt es einen Ansatzpunkt für von der üblichen Praxis abweichende Entscheidungen zugunsten von betroffenen Menschen in Einrichtungen.

Es wird zu erwägen sein, ob dies nur bei Bedarfen gelten kann, die für alle Bewohner einer Einrichtung in jedem Fall anfallen, oder ob ein Systemversagen nicht auch darin liegen kann, dass in einer Einrichtung generell auf die Wünsche von Bewohnern, die ein im Vergleich aktiveres Leben führen (wollen), nicht hinreichend reagiert wird. An dieser Stelle wird man auf § 9 Abs. 1 SGB XII verweisen können, der den sog. Individualisierungsgrundsatz enthält. Was ein Wunsch- und Wahlrecht von Leistungsberechtigten angeht, so schließt § 9 Abs. 2 S. 3 SGB XII nur solches Eingehen auf Wünsche aus, das mit unverhältnismäßigen Mehrkosten verbunden ist. Bei der Beurteilung, was als unverhältnismäßig anzusehen ist, wird man aber wiederum Vergleichsgruppen bilden müssen, die etwa im Hinblick auf Alter, gesundheitliche Situation und Aktivität in der Freizeit differenzieren. Unzulässig wäre es, Bewohner als Maßstab zu nehmen, die körperlich sehr stark eingeschränkt sind oder aufgrund ihrer geistigen Begrenzungen gar nicht in der Lage wären, z. B. bestimmte Freizeitangebote wie Ausflüge oder Reisen in Anspruch zu nehmen. Ein Systemversagen würde danach also vorliegen, wenn ohne eine solche Differenzierung die Leistungen nach § 27b Abs. 2 S. 1 SGB XII gewährt würden.

In solchen Fällen besteht für die zuständigen Leistungsträger die Möglichkeit, unter Berufung auf die Formulierung »insbesondere« einen sonstigen weiteren notwendigen Lebensunterhalt zu bewilligen.

Ein entsprechender Anspruch, ausreichende Darlegung des Bedarfs vorausgesetzt, könnte daher schon jetzt, also ohne eine Gesetzesänderung erfüllt werden.

Dass die Betroffenen dabei Unterstützung benötigen, die nur rechtliche Betreuer oder Angehörige und vielleicht noch sehr engagierte MitarbeiterInnen in den Einrichtungen leisten können, ist ein Umstand, der in diesem Bereich generell gilt, also keine Besonderheit darstellt. Es kann nach den Erfahrungen aus der Praxis leider nicht davon ausgegangen werden, dass die Sozialhilfe-

8 BSG v. 23.8.2013 – B 8 SO 17/12 R – mit Zurückverweisung an LSG NRW.

träger von Amts wegen auch solchen zusätzlichen Bedarf ermitteln, nachdem ihnen eine Notlage im Sinne des § 18 SGB XII bekannt geworden ist. Und diese Frage nach der Rechtsverwirklichung in einem System, dass außer bei der Grundsicherung nach §§ 41 ff. SGB XII keinen förmlichen Antrag erfordert, würde zu einem ganz eigenen Thema führen.

The Modernisation of Social Security

Table of Content

- I. The sacrosanct Bismarck model
- II. Work and workers
- III. The end of the employers' contribution
- IV. The end of the accident insurance as part of social security?
- V. Family and/or individual
- VI. Quitting the insurance concept.
- VII. Envoi

My old friend Bernd Schulte was known to the whole world as a progressist. He and I lived in »interesting« times when the expansion and consolidation of social security was considered to be the greatest progress human civilisation has achieved. For us to defend this institution against attacks from neo-liberalists and to search permanently to improve it was a self-evident goal for scholars who are active in this area.

But not all defense of social security is progressive. In this world one finds also quite a bit of social conservatism. Structures from the past are maintained and continued in present-day schemes out of a sense of respect for tradition and for the sacrifices their establishment has cost in the past. This is a noble sentiment. And it is basically right to change social security as little as possible if one wants to give the people the feeling of security the institution is meant to convey. Every reform has its cost, and one should think carefully before making small or large reforms, whether the benefit is worth the cost.

The world is also changing and all institutions, however venerable, have to be adapted to the new environment. I will try to show where some not unimportant such points are to be found in present-day social security and what should be done about them.¹ If Bernd would read over my shoulder I am sure that he would agree with at least some of these points, before launching into a lengthy and eloquent discussion of them.

I. The sacrosanct Bismarck model

It is no secret that Chancellor Bismarck, when he mounted the rostrum of the Reichstag on that day in November 1881 to read his Imperial Message – in lieu of the Emperor who had flu – he did not act out of feelings of charity towards the German workers. He wanted to avert the threat of a proletarian revolution, by showing the workers that the State did something to protect

¹ Based upon my book *Een andere kijk op sociale zekerheid*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2009, 231p. Lovers of footnotes can find them in the book.

them. Consequently he linked his new scheme to the distinctive characteristic of the working class: the labour contract.

His plans were not welcomed by the workers, who saw him as their worst enemy. And they didn't trust the state as such. In order to convince them he maintained their own familiar mutual assistance funds to run the scheme, with the difference that membership became compulsory, giving the funds an unprecedented boost.

Since membership was compulsory the fees had to be payable for all workers, even those on low pay. The solution was to calculate the fees as a percentage of wages. Logically, benefits would also be calculated in this way.

Since most workers were illiterate, one could not impose upon them the duty to declare their earnings, calculate the percentage and pay the contributions. The employers would be charged with this task.

And to convince the workers still more, he promised that their employers would pay part of the fee. This is the origin of the dichotomy between workers' and employers' contributions, based upon a fictitious »gross wage«, as we still know it to-day. It may be surprising that employers should accept this. The reason was that they always feared that workers' mutual assistance funds could be used as hidden strike funds. And these funds would now become much more powerful! Therefore they grasped the opportunity to pay part of the contribution and to earn half of the seats in the management committees of the funds, thus effectively controlling the proper use of the funds.

These are the essential features of the so-called »Bismarck model« of social insurance, born mostly out of political expediency at the time. This model has nevertheless been immensely successful. Its main elements are found in most social protection schemes throughout the world, till the present day. But is it still appropriate for the world of to-day?

II. Work and workers

The role and place of work and of workers in society is fundamentally different to-day from what they were in the 19th century. It was the time of the class society. Factory workers constituted the lower class or the »proletariat«. They were different from the middle and the upper class by their dress, their way of speaking, their habitat and the whole of their behaviour. They worked under contracts of employment under the authority of an employer. This lower class was considered as poor and worthy of concern, but was also feared as potentially dangerous for the existing order in the State.

This class society has all but disappeared. In present-day society the social stratification is a different one. It is determined in essence by income and wealth. In all income groups one meets employed workers, self-employed persons and public officials. Also the contract of employment doesn't have the same significance as in the past. An employed worker is no longer in an

inferior position to his employer. By definition in a contractual relation both parties are equal.

The diversity and flexibility of the labour market results in a variety of situations, in which people work in all kinds of environments, with varying degrees of freedom and authority. It is no longer possible to bring the arrangements under which people carry out their occupation into simple categories.

In law it is increasingly difficult or impossible to distinguish between employed and self-employed workers. Theoretically the criterium of distinction is the element of authority of the employer. No actual exercise of authority is required, which in many cases would not be possible. The legal possibility of authority is sufficient. This means that the employer has the right to give orders and to control the performance of the work. But is this different from the contractual relation between a contractor and his client? Not clearly so. The client has the right to give precise orders to the contractor and to check whether the work is carried out according to his wishes.

Of course, in many cases no dispute arises. But where the nature of the contract is under discussion, the law courts tend to rely on a multiplicity of criteria to decide one way or the other. This is not a satisfactory solution. When there is more than one criterion they are bound to point in opposite directions. Then it becomes a matter of how much weight one attributes to the one or the other. It is the same in all jurisdictions. I have not been able to find a single country that has come up with a single clear criterion.

The conclusion is clear: what cannot be clearly distinguished has to be treated equally. The separation of social insurance schemes between employed and self-employed workers is a thing of the past and has to be abandoned.

III. The end of the employers' contribution

If that is true, then something has to be done about the structure of social contributions. No true equal treatment between employed and self-employed workers can exist as long as for the first group the contribution is split in two parts, of which one is at the charge of the employers. We know for which historical reasons this strange arrangement was created. These historical conditions are no longer with us. Why then should we keep the employers' contribution?

Many will reply that it is for psychological reasons. The contributions appear lighter when they are split in two. Also when the benefits are calculated upon the fictitious gross wage, without the employer's contribution, they can be presented as a higher percentage for the same paid amount. That may be true, but present-day workers are not stupid and can calculate. They know what they pay and what they receive.

If one wants to treat all workers equally, the preferable way is to calculate the contributions on a different basis viz. the net taxable earnings. And this

could be done by the tax authorities (as in the Netherlands), thus saving a vast amount of administration cost. It would at the same time make it possible to have a progressive rate of contribution instead of the present-day proportional or even regressive rate. Social contributions would then better deserve the name »social«.

IV. The end of the accident insurance as part of social security?

Work accidents were a particularly serious threat to workers in the 19th century, much more than they are now – even if they have, of course, not disappeared. The newspapers related horrendous stories about the most terrible events. It was a scandal that in many cases the workers or their families were left without compensation when – as was often the case – in civil law they could not prove that the employer was at fault. This was clearly one of the most urgent situations Bismarck wanted to do something about.

At the same time a different urgency had appeared. Changes in procedural law made it possible for victims of work accidents to bring their claim for compensation in a penal court, where the employer was accused of manslaughter or of causing bodily harm. The result was that the class of wealthy and important citizens who were the factory owners were constantly in fear of being dragged before the courts as ordinary criminals. So they were strongly in favour of a social accident insurance providing for a certain compensation under the condition that the workers could no longer bring a civil law suit in the penal court.

In the mean time things have changed in the world of accidents and compensation. Victims have far more possibilities of »complete« compensation by way of strict liability and compulsory insurance schemes for road accidents, faulty products, nuclear accidents and many more situations. It becomes in some cases a disadvantage to the worker to be limited in his possibility to bring a civil law claim when his accident is recognised under the social accident insurance.

In modern society it is certainly not acceptable to give some victims a better compensation than others, because their accident occurred in a particular setting. Such distinction is an open invitation to fraud, since inevitably victims will try to put themselves in the more profitable situation. And evidently victims of injury don't choose the time and place where they will have their accident.

There is, of course, no doubt that all necessary and possible care has to be given to prevention and cure of accidents and diseases in the workplace. But the financial compensation after the fact has to be the same for all victims in similar situations, regardless of the context in which their injuries were caused.

This does not mean that the legal accident insurance has to be abolished. It should continue more strongly than ever to fight work accidents and occupa-

tional diseases and to provide adequate treatment for the victims. It can also continue as a private insurance for the employers' liability for compensation if a civil law claim can be made. But it should not substitute itself to the health insurance and the pension scheme for paying social benefits at a preferential rate. The principle of equal treatment in social security is a fundamental one.

V. Family and/or individual

In Bismarck's time the working class was deemed to be identical to the poor. The »social« policy of the government addressed the workers in both capacities. Thus the word »social« has received its double meaning of being directed towards the poor and towards the workers. But in the mean time things have changed. In present-day society the workers are no longer necessarily poor and the poor are typically non-workers. So questions can be asked about a policy that wants to address people in both capacities at the same time.

The problem is made clear by the simultaneous use of contradictory techniques in social security. The original workers' funds which were integrated into the State social insurance scheme by Bismarck, were mutual aid funds, catering for poor workers and their families when in need. But the social insurance system became a contributory scheme, with entitlement to benefits being conditioned upon payment of contributions. The use of the word »contribution« instead of »premium« shows that it was a compromise. In the old mutual assistance schemes the members »contributed« to their funds and trusted them to give the best possible aid to those in need. In an insurance scheme the payers of premiums have an objective entitlement to benefits according to the contract or the by-laws.

The mixing of the two techniques is most clearly visible in the family element in the benefit structure. An assistance scheme is driven by need, and need is to be assessed on a family basis. It was clear at the time that the need of a sick or injured worker was greater when he had a family to support than when he was single. Insurance, on the contrary, is of a contractual nature. When premiums are paid individually, without distinction according to family status, then entitlement to benefits must be the same. Of course, one can take insurance to protect one's family, but then the premiums should be modulated accordingly.

The Bismarckians social insurance mixed the two techniques by establishing a quasi-insurance scheme, run by former mutual aid funds, and by financing it with individual contributions while paying higher benefits to insured workers with family charges than to single workers. This occurred at a time when better wages permitted at last to overcome the condition of the old proletariat where everyone in the family had to work for every penny to be earned. The »typical« family emerged that would soon be considered the cornerstone of society: the earner-carer family. This model became embedded in the »classic« model of social insurance.

But it had the disadvantage of mixing up the two techniques of assistance and insurance. And in doing so it paved the way for a lot of insecurity and injustice. Not only are family situations fluid, complicated and difficult to assess, but the variety of family structures gives rise to differences of treatment that are often clearly not justified. One may think of the difference of treatment of married and unmarried persons, or for spouses or partners that are widowed, divorced or simply separated. In several countries have attempts been made to correct such discriminations, but never has the problem been completely solved.

Also, the family is not always a good indicator of need. Family members are not necessarily poor, as they could be deemed to be in the working class in Bismarck's time. A worker may have a small or a very large family. That family may be dependent on him or not (or the reverse). And where there is a duty of maintenance internal relations in the family may prevent it from being made use of.

In assistance schemes, both public and private, the family element is of course unavoidable. Insofar as people live in family patterns, assistance is to be provided taking into account the needs of the family as a whole. This is the main reason why assistance is such a troublesome business, with high administration cost for low benefits and with a lot of controls and litigation about family relations. It is troublesome not only for the clients, but also for the personnel who have to carry out the unpopular controls. Social insurance should steer clear away from all this.

VI. Quitting the insurance concept.

Chancellor Bismarck made his celebrated reforms in the heyday of the insurance industry. In the second half of the 19th century life insurance was freed from the bans of the church and got cleaned of its initial gambling troubles. It enjoyed an enormous popularity. It was seen by many as the solution to the eternal problem of insecurity of human existence. One could buy security like one could buy food and shelter – with charity and public assistance taking care of those who don't have the means to buy.

It became clear soon, of course, that this is not so. The availability of insurance depends on the risk situation. Those who need the protection most are least likely to obtain it. The Bismarck reform responded to this problem by making the insurance compulsory, thus effectively eliminating the element of risk selection. So he created the »social« form of insurance that we still know to-day.

What is wrong with that? Quite simply it is that the insurance concept as such is foreign to the aims of social protection policy. Insurance covers insured persons against certain contingencies and only when such a contingency occurs. It is of a synallagmatic nature: the contract or the regulation determines under which conditions the insured person is entitled to which bene-

fits, regardless of whether these are what the insured person really needs and whether this solves his problem or not.

A social security system wants to work in a different way. When a citizen is damaged in his health and/or in his earning capacity it wants to give the proper response to this situation. In the first place it tries to prevent the damage. In the second place it wants to limit the extent of the damage (secondary prevention). Next it tries to remedy the situation and to bring the person back to an undamaged situation, or as close to it as possible (rehabilitation). And only as a last resort will it offer financial compensation when no other remedy is possible.

This, unfortunately, is not how our social security schemes really work. The insurance concept lives on. It makes people think of financial compensation as soon as some form of damage has occurred. And this compensation thinking may actually get in the way of rehabilitation, when victims try to obtain the most favourable settlement by showing the highest degree of incapacity throughout the lengthy process of assessment and adjudication.

This sad state of affairs should be done away with. A modern social security scheme should offer the insured persons the right type of benefit: a high level of preventive protection, an immediate response to damaging events limiting the extent of the damage, an efficient and attractive process of rehabilitation and only as a residual benefit the necessary financial compensation.

All of this should no longer be linked to contingencies such as the famous »social risks«. The risk covered should simply be loss of health and loss of earning capacity, as such. The only useful distinction is in the extent of the damage. The scheme has to respond in a different way to short-term limited cases, where return to work is normally expected, to medium range cases, where return to work is only expected after a while and probably not in the same occupation, and indefinite cases where return to work appears impossible. The first type of cases can mostly be dealt with at occupational level. The second type is the essential workload of social security funds, focusing on rehabilitation. And the third type is for the pension system. That is how a modern social security system should work.

VII. Envoi

Bernd is not here anymore to read this. But he knows these viewpoints of me, since, being from the border region, he reads Dutch. I am sure that he would immediately start an energetic debate over all these things. He would certainly have different opinions over most points. But he would probably agree that too much of 19th century structures have remained in our existing social protection schemes, and that it is urgent for them to be modernised. Maybe we need a new Bismarck now, who can respond to the present-day situation as the historical Bismarck did to his times?

Mangel an Pflegekräften in Japan

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Bisherige Entwicklung der Pflegeversicherung
- III. Lage des Arbeitsmarkts von Pflegekräften
- IV. Maßnahmen zur Sicherstellung einer ausreichenden Zahl von Pflegekräften
- V. Aufnahme ausländischer Pflegekräfte
 - 1. Gesetz für die Kontrolle der Ein- und Ausreise
 - a) Ausländer mit einer Fachqualifikation oder Fachkenntnissen
 - b) Technical Intern Training Program (TITP)
 - c) Sonderregelung
 - 2. Abkommen für wirtschaftliche Partnerschaft
- VI. Reformvorhaben
- VII. Schlussbemerkung

I. Einführung

In Japan altert die Bevölkerung sehr schnell. Im Jahr 2025 werden voraussichtlich 30 % der japanischen Bürger über 65 Jahre alt. Mit diesem Wandel nimmt der Bedarf nach Pflegeleistungen noch zu. Es ist deshalb eine der wichtigsten Aufgaben, das Angebot von Pflegeleistungen dem wachsenden Bedarf anzupassen. Aber heute schon ist es nicht leicht, eine genügende Zahl von Pflegekräften sicherzustellen.

In diesem Beitrag werden zuerst die bisherige Entwicklung der Pflegeversicherung, die Lage des Arbeitsmarkts von Pflegekräften und die Maßnahmen zur Sicherstellung einer ausreichenden Zahl von Pflegekräften dargestellt. Dann wird die Aufnahme ausländischer Pflegekräfte erörtert. Zum Schluss gehe ich auf Lösungsalternativen ein.

II. Bisherige Entwicklung der Pflegeversicherung

In Japan wurde im Jahre 2000 die Pflegeversicherung zur sozialen Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit als ein neuer eigenständiger Zweig der Sozialversicherung eingeführt. Dies zielte darauf ab, den mit der Überalterung der Bevölkerung zunehmenden Pflegebedarf zu decken und pflegende Familienangehörige zu entlasten.¹ Die japanische Pflegeversicherung hat viele Gemeinsamkeiten mit der deutschen, aber auch einige wichtige

¹ Vgl. zu den Entstehungshintergründen und dem geltenden System der japanischen Pflegeversicherung *Matsumoto, K.*, Pflegeversicherung in Japan (in deutscher Sprache), *Pflegerecht*, 2014, S. 212 ff.; *Matsumoto, K.*, Reformen der sozialen Sicherungssysteme in Japan und Deutschland angesichts der alternden Gesellschaft. Vergleichende Studie zur gesetzlichen und privaten Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung (in deutscher Sprache), Baden-Baden 2007, S. 59 ff.

Unterschiede.² Die bisherige Entwicklung der Pflegeversicherung kann als grundsätzlich positiv bewertet werden. Viel mehr Pflegebedürftige erhalten erheblich mehr Leistungen als vor dem Inkrafttreten des Pflegeversicherungsgesetzes³ (PflegeVG).⁴ Die Zahl der Pflegedienste und -einrichtungen erhöhte sich deutlich.⁵ Nach den Ergebnissen einer Umfrage, die vom Kabinettsbüro der japanischen Regierung durchgeführt wurde, glaubt auch die Mehrheit der japanischen Bürger, dass sich die Situation der Pflege seit dem Inkrafttreten des PflegeVG verbessert hat.⁶

Das PflegeVG wurde im Jahr 2005, 2008 und 2012 unter Berücksichtigung seiner Umsetzungssituation geändert. Diese Reformen zielten darauf ab, die Prävention zu stärken, ein neues Versorgungssystem für demenzkranke und chronisch kranke pflegebedürftige Menschen in ihrer häuslichen Umgebung aufzubauen sowie den Betrieb von Einrichtungen und Diensten aufrechtzuerhalten. Im Juni 2014 ist das PflegeVG nochmals geändert worden. Das Änderungsgesetz⁷ tritt stufenweise in Kraft. Nach diesem Gesetz ist die Selbstbeteiligung, die Versicherte mit einem höheren Einkommen tragen sollen, von 10 % auf 20 % der Leistungskosten erhöht worden und die Voraussetzungen für Ergänzungsleistungen für die Unterkunft- und Verpflegungskosten bei vollstationärer Pflege sind strenger geworden. Diese Änderungen zielten darauf ab, durch die Konzentrierung der Ausgaben der Pflegeversicherung auf Pflegebedürftige, die Unterstützungen in stärkerem Masse bedürfen, die finanzielle Nachhaltigkeit des Pflegeversicherungssystems zu sichern.

Trotz dieser Reformen steht die Pflegeversicherung vor Aufgaben, die noch zu bewältigen sind. Dazu zählt neben der Gewährleistung der finanziellen Stabilität die Sicherstellung einer genügend hohen Zahl von Pflegekräften mit guter Qualität, die in Pflegediensten und -einrichtungen tätig sind.

III. Lage des Arbeitsmarkts von Pflegekräften

Mit der Zunahme des Angebots von Pflegeleistungen steigt die Zahl der Personen, die in der Altenpflege in Pflegediensten und -einrichtungen tätig sind. Sie stieg von 550 000 im Jahr 2000 auf 1,5 Millionen im Jahr 2012. Es wird prognostiziert, dass man im Jahr 2025 ca. 2,5 Millionen Pflegekräfte

2 Dr. Bernd Schulte wies auf die Bedeutung des Vergleichs zwischen der japanischen und deutschen Pflegeversicherung hin (Vgl. *Schulte, B.*, Die soziale Absicherung bei Pflegebedürftigkeit – ein Blick über die Grenze, *Pflegerecht*, 2013, S. 108).

3 Gesetz Nr. 123 aus dem Jahr 1997.

4 Die Zahl der Empfänger der ambulanten Leistungen stieg von ca. 970 000 im Jahr 2000 auf ca. 3 500 000 im Jahr 2013. Im gleichen Zeitraum stieg die Zahl der Empfänger der vollstationären Leistungen von ca. 520 000 auf ca. 890 000. (Vgl. Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Wohlfahrt, Weißbuch 2014 (in japanischer Sprache), Tokio 2014, S. 231)

5 Die Zahl der ambulanten Pflegedienste stieg von ca. 14 000 im Jahr 2001 auf ca. 30 000 im Jahr 2012. Im gleichen Zeitraum stieg die Zahl der Pflegeheime von ca. 4700 auf ca. 6600. (Vgl. Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Wohlfahrt [Fn. 4], S. 233)

6 Vgl. Kabinettsbüro der japanischen Regierung, Umfrage über das Pflegeversicherungssystem (in japanischer Sprache), Tokio 2010.

7 Gesetz Nr. 83 aus dem Jahr 2014.

brauchen wird, um den mit der Überalterung der Gesellschaft noch zunehmenden Pflegebedarf zu decken.⁸ Das bedeutet, dass jedes Jahr ca. 70 000 Pflegekräfte zusätzlich angestellt werden soll, obwohl die erwerbsfähige Generation mit dem demografischen Wandel schrumpft. Aber viele Pflegedienste und -einrichtungen stehen schon heute vor einem Mangel an Fachkräften und der Schwierigkeit, Pflegekräfte mit guter Qualität anzustellen.⁹ Das Verhältnis der Zahl von angebotenen Stellen zur Zahl Stellensuchender betrug im Juni 2013 im Pflegebereich 1,64, während es in allen Beschäftigungsbereichen 0,75 war. Es war allerdings unterschiedlich hoch je nach Region.¹⁰ Es war viel höher in großen Städten wie Tokio als in ländlichen Gebieten.¹¹

Im Juni 2015 hat eine Arbeitsgruppe, die aus Sachverständigen besteht, eine Prognose veröffentlicht.¹² Die Ergebnisse haben viel Aufsehen erregt. Im Großraum Tokio soll die Zahl der Personen über 75 Jahren in 10 Jahren um 1,7 Millionen ansteigen. Obwohl es damit deutlich mehr Pflegebedürftige gibt, kann die Kapazität des Angebots von Pflegeleistungen nicht genügend ausgebaut werden. Die Ursachen dafür liegen zum einem in der Schwierigkeit, für Pflegeeinrichtungen geeignete Grundstücke zu finden, zum anderen im Mangel an Pflegekräften. Nach dieser Prognose erhielten über 130 000 Pflegebedürftige in Tokio und Umgebung nicht die notwendige Pflege. Das hat aber auch negative Auswirkungen auf die ländlichen Gebiete, die unter einem Mangel an Pflegekräften leiden, denn heute schon ziehen viele jüngere Personen, die in ihrer Heimat eine Altenpflegeschule besucht haben, nach Abschluss der Ausbildung in große Städte, um dort im Pflegebereich zu arbeiten.

Die wesentlichen Ursachen für den Mangel an Pflegekräften sind folgende: Der Anteil der Arbeitskräfte, die nach einer Beschäftigung in andere Beschäftigungsbereiche abwandern oder nicht mehr arbeiten, ist im Bereich der Altenpflege höher als anderswo.¹³ Das Niveau der Gehälter im Bereich der Altenpflege ist viel niedriger als in anderen Branchen.¹⁴ 40 % der Betriebe im Altenpflegebereich haben keinen Tarif und über die Höhe der Gehälter jedes Betriebs wird jährlich von den jeweiligen Arbeitgebern selbst entschieden. Auch die anderen Arbeitsbedingungen sind schlechter. Darüber hinaus sind die Karrieremöglichkeiten nicht einschätzbar. So hat sich ein schlech-

8 Vgl. Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Wohlfahrt, Zur Sicherstellung von Pflegekräften (in japanischer Sprache), Unterlagen für das Gremium für Pflegeversicherung des beratenden Ausschusses für soziale Sicherheit vom 4. September 2013, S. 4.

9 Vgl. Stiftung »Care Work Foundation«, Ergebnisse der Untersuchung zur Situation der Pflegearbeit im Jahr 2012 (in japanischer Sprache) (<http://www.kaigo-center.or.jp>).

10 Vgl. Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Wohlfahrt (Fn. 8), S. 7.

11 Der Quotient war in Tokio über 2,5.

12 Vgl. Japan Policy Council, Strategie für die Vermeidung der Krise, die die Überalterung der Bevölkerung im Großraum Tokio mit sich bringt (in japanischer Sprache) vom 4. Juni 2015.

13 Der Anteil solcher Arbeitskräfte betrug im Jahr 2012 im Altenpflegebereich 23,4 % und in allen Beschäftigungsbereichen durchschnittlich 11,5 %. (Vgl. Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Wohlfahrt [Fn. 8], S. 6)

14 Der durchschnittliche Lohn der Pflegekräfte, die in häuslicher Pflegehilfe und in Pflegeeinrichtungen tätig waren, betrug im Jahr 2012 monatlich ca. 1490 und 1560 Euro. (1 Euro = 140 Yen) Der durchschnittliche Lohn aller Beschäftigten betrug damals ca. 2330 Euro. (Vgl. Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Wohlfahrt, Grundstatistik für die Lohnstruktur 2012 [in japanischer Sprache]).

tes Image der Altenpflegeberufe verbreitet. Viele Leute glauben, dass Pflegekräfte in drei Schichten hart arbeiten müssten und doch nicht so gut verdienen könnten. Obwohl viele jüngere Leute sich für die Altenpflege interessieren und Altenpflegeberufe für sinnvoll halten, suchen sie tatsächlich lieber keine Anstellung in diesem Bereich. Der wichtigste Grund dafür ist, dass sie unter den jetzigen Bedingungen keine gute Perspektive in ihrem Leben haben könnten.

IV. Maßnahmen zur Sicherstellung einer ausreichenden Zahl von Pflegekräften

Um die Zahl der notwendigen Pflegekräfte sicherzustellen, werden eine Reihe von Maßnahmen von Staat, Präfekturen, Städten und Gemeinden sowie Arbeitgebern getroffen. Sie zielen darauf ab, die Rekrutierung von Personal für Pflegedienste und -einrichtungen zu fördern und die Abwanderung von Pflegekräften in andere Beschäftigungsbereiche zu stoppen. Zu den Maßnahmen zur besseren Rekrutierung zählen die Arbeitsvermittlung durch Arbeitsämter, Stipendien für Auszubildende und die Verbesserung des Images der Altenpflegeberufe durch Aufklärung. Zu den Maßnahmen zum Stoppen der Abwanderung zählen die Verbesserung der Gehälter und anderen Arbeitsbedingungen sowie die Information über Karrieremöglichkeiten (Career Pass).

Die Höhe der Gehälter von Arbeitnehmern, die in einem Pflegedienst oder einer Pflegeeinrichtung beschäftigt sind, wird grundsätzlich von den jeweiligen Arbeitnehmern und den Arbeitgebern vereinbart. Aber die Erhöhung dieser Gehälter wird im Rahmen der Pflegeversicherung gefördert. Die wichtigste Einnahmenquelle für Pflegedienste und -einrichtungen sind die Pflegevergütungen, die die Träger der Pflegeversicherung ihnen nach den von ihnen erbrachten Leistungen überweisen. In der japanischen Pflegeversicherung müssen Pflegebedürftige bei der Leistungsanspruchnahme 10 % der Kosten als Selbstbeteiligung tragen. Die Gesamtkosten der ambulanten Leistungen dürfen aber einen je nach der Pflegestufe bestimmten Gesamtwert nicht überschreiten.¹⁵ Wenn die Gesamtkosten höher als diese Obergrenze sind, muss der Leistungsempfänger die Kostendifferenz selbst tragen. Die ambulanten Leistungen der Pflegeversicherung sollen nach dem individuellen Pflegeplan in Anspruch genommen werden. Der Pflegeplan wird vom Care Manager unter der Berücksichtigung dieser Leistungsobergrenze erarbeitet. Für stationäre Leistungen ist keine Obergrenze vorgesehen. Die Gesamtkosten der ambulanten Leistungen, die Pflegebedürftige tatsächlich in Anspruch genommen haben, waren viel niedriger als die entsprechende Obergrenze.¹⁶

15 Der Gesamtwert für die Pflegebedürftige mit der Pflegestufe 5 beträgt monatlich 2560 Euro.

16 Nach Angaben des Gesundheitsministeriums betrugen die durchschnittlichen Gesamtkosten für die ambulanten Leistungen, die ein Leistungsempfänger mit der Pflegestufe 5 im März 2015 tatsächlich in Anspruch nahm, 1485 Euro.

Eine Erhöhung der Pflegevergütungen führte deshalb zu einem Anstieg der Kosten, die nicht nur die Leistungsempfänger, sondern auch die Pflegeversicherung tragen sollen. Die Hälfte der Ausgaben der Pflegeversicherung wird durch öffentliche Zuschüsse des Staates, der Präfektur und der Kommunen und die andere Hälfte durch Beiträge finanziert. Um eine starke Zunahme der Kosten, die die öffentliche Hand und die Versicherten tragen sollen, zu vermeiden, wurde die Erhöhung der Pflegevergütungen gedämpft. Dies wurde als einer der wichtigsten Gründe dafür angesehen, dass die Träger der Pflegedienste und -einrichtungen nicht genügend Finanzmittel bekommen und deshalb das Niveau der Gehälter ihrer Arbeitnehmer niedrig halten.

Um diesem Problem entgegenzuwirken, erhöhte der Gesundheitsminister die Pflegevergütungen im Jahr 2009 und 2012 um 3 % bzw. 1,2 %.¹⁷ Diese Erhöhung zielte darauf ab, dass die Träger der Pflegedienste und -einrichtungen Finanzmittel für die Verbesserung der Gehälter ihrer Arbeitnehmer bekommen können. Zudem wurde eine Zulage für die Verbesserung der Gehälter ins System der Pflegevergütung eingeführt. Um diese Zulage zu bekommen, sollen die Träger der Pflegedienste und -einrichtungen nach einem vom Gesundheitsministerium bestimmten Maßstab die Gehälter ihrer Mitarbeiter, die in der Pflege tätig sind, verbessern. Die Zulage beträgt monatlich durchschnittlich ca. 190 Euro pro Person. Diese Maßnahmen führten aber bisher nicht zu einer deutlichen Verbesserung der Gehälter der Pflegekräfte. Während viele von ihnen mit Inhalt und Bedeutung der Pflegearbeit noch zufrieden sind, sind es wenige mit der Höhe ihrer Gehälter.¹⁸ Es wird vorausgesehen, dass mit den bisher geltenden Maßnahmen im Jahr 2025 ca. 300 000 Stellen für Pflegekräfte in Pflegediensten und -einrichtungen nicht besetzt werden könnten.¹⁹

V. Aufnahme ausländischer Pflegekräfte

Vor diesem Hintergrund steht als eine mögliche Lösung dieses Problems die Aufnahme ausländischer Pflegekräfte zur Diskussion. Zurzeit sind nur wenige Ausländer in der Altenpflege in Japan tätig. Dies hat mit dem geltenden System zur Einreise und dem Aufenthalt von Ausländern in Japan zu tun.

1. Gesetz für die Kontrolle der Ein- und Ausreise

a) Ausländer mit einer Fachqualifikation oder Fachkenntnissen

Für alle Personen, die in Japan einreisen oder von Japan ausreisen, gilt das Gesetz für die Kontrolle der Ein- und Ausreise und die Anerkennung der

17 Das PflegeVG sieht vor, dass der Gesundheitsminister den Maßstab der Pflegevergütung bestimmt. Der Minister ist verpflichtet, die Meinung des Gremiums für die Pflegeleistungen des beratenden Ausschusses für soziale Sicherheit vorher einzuholen. Zu den Mitgliedern dieses Gremiums gehören Vertreter von Leistungserbringern und Versicherungsträgern.

18 Vgl. Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Wohlfahrt (Fn. 8), S. 16.

19 Vgl. Gremium für die Sicherstellung der Arbeitskräfte im Bereich der Sozialdienste des beratenden Ausschusses für soziale Sicherheit, Sicherstellung der Pflegekräfte für das Jahr 2025 vom 25. Februar 2015, S. 16.

Asylanten (GKEA). Wenn ein Ausländer in Japan einreisen möchte, muss er einen gültigen Reisepass und ein Visum haben.²⁰ Zudem muss seine Tätigkeit in Japan einer im GKEA aufgeführten Tätigkeit und dem vom Justizministerium bestimmten Maßstab entsprechen.²¹ Die oben angesprochenen Tätigkeiten gliedern sich in zwei Gruppen. Ein Ausländer, der für eine Tätigkeit der ersten Gruppe einreist, darf er in Japan diese Tätigkeit als Erwerbstätigkeit ausüben. Hingegen darf ein Ausländer, der für eine Tätigkeit der zweiten Gruppe²² einreist, in Japan keine Erwerbstätigkeit ausüben.

Zur ersten Gruppe zählen beispielsweise Tätigkeiten für die Forschung, die medizinische Versorgung und das Management eines Unternehmens.²³ Aber die Altenpflege zählt nicht dazu. Es ist dabei vorausgesetzt, dass der einreisende Ausländer eine Fachqualifikation oder Fachkenntnisse hat, die für die Ausübung seiner Tätigkeit notwendig sind. Diese Regelung spiegelt einen Grundsatz der japanischen Ausländerpolitik wider.²⁴ Die japanische Regierung hält sich bisher mit der Aufnahme ungelernter ausländischer Arbeiter zurück.²⁵ Sie begründet diese Politik damit, dass eine erleichterte Aufnahme großen Einfluss auf Arbeitsmarkt, soziale Sicherung, schulische Bildung und öffentliche Sicherheit haben würde.

Wenn ein Ausländer in Japan eine Tätigkeit innerhalb der medizinischen Versorgung ausüben möchte, muss er eine vom Justizministerium bestimmte Qualifikation haben, die für diese Tätigkeit notwendig ist. Zu diesen zählen beispielsweise die Qualifikationen für Ärzte, Zahnärzte und Krankenpfleger nach den japanischen Gesetzen.²⁶ Die Qualifikation für Altenpfleger²⁷ nach dem japanischen Altenpflegegesetz²⁸ zählt nicht dazu. Kein Ausländer darf deshalb mit dem Ziel in Japan einreisen, sich in der Altenpflege in einem Pflegedienst oder einer Pflegeeinrichtung zu beschäftigen, auch wenn er eine Qualifikation für Altenpfleger nach dem japanischen Altenpflegegesetz hat.

b) Technical Intern Training Program (TITP)

2005 wurde ein neues Programm (»Technical Intern Training Program«) eingeführt. Im Rahmen dieses Programms dürfen sich Personen aus Entwick-

20 Wenn der Ausländer ein Staatsangehöriger eines Landes ist, mit dem Japan eine Vereinbarung über die Befreiung vom Visum getroffen hat, braucht er kein Visum.

21 Ein Ausländer, der beispielsweise für die medizinische Versorgung in Japan einreist, darf sich 6 Monate oder 1, 3 oder 5 Jahre in Japan aufhalten. Die Aufenthaltsdauer kann mit der Erlaubnis des Justizministers verlängert werden.

22 Dazu zählen beispielsweise Besichtigungen, Studium, kulturelle Tätigkeiten.

23 Im Jahr 2013 sind ca. 64 000 Ausländer für diese Erwerbstätigkeiten in Japan eingereist.

24 Vgl. *Tezuka, K.*, Ausländer und das Recht (in japanischer Sprache), 3. Auflage, Kyoto 2005, S. 66.

25 Vgl. 9. Grundplan für Beschäftigungspolitik (Kabinettsbeschluss vom 13. August 1999).

26 Wenn ein Ausländer diese Qualifikationen erwerben möchte, muss er das staatliche japanische Examen dafür bestehen.

27 Diese Qualifikation ist eigentlich für Personen, die in der Pflege nicht nur alter, sondern auch behinderter Menschen in Sozialdiensten und -einrichtungen tätig sind. Deshalb entspricht der japanische Name dieser Qualifikation dieser Tätigkeit. Aber ich kann kein geeignetes deutsches Wort dafür finden. Deshalb übersetze ich diese japanische Qualifikation mit »Altenpfleger«.

28 Gesetz Nr. 30 aus dem Jahr 1987.

lungsländern längstens drei Jahre in Japan aufhalten. Dieses Programm zielt darauf ab, dass diese Personen während ihres Aufenthalts in Japan eine der vom Justizministerium bestimmten beruflichen Tätigkeiten ausüben und dadurch praktische Technik und Kenntnisse erwerben. Es ist zu erwarten, dass sie nach diesem Aufenthalt in ihr Heimatland zurückkehren und dort zu seiner wirtschaftlichen Entwicklung beitragen.

Jetzt sind 71 Arten beruflicher Tätigkeiten vom Justizministerium bestimmt. Aber die Altenpflege ist zurzeit kein Gegenstand dieses Programms. Ende März 2014 hielten sich nach Angabe des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Wohlfahrt 167 641 Ausländer im Rahmen dieses Programms in Japan auf. Sie üben eine berufliche Tätigkeit beispielsweise in der Textilindustrie, Metall- und Maschinenbauindustrie sowie Lebensmittelindustrie aus. Diesem Programm wird vorgeworfen, dass es tatsächlich nur hilft, billige Arbeitskräfte für jene Stellen in der Industrie zu rekrutieren, die Japaner wegen ihrer schlechten Arbeitsbedingungen nicht besetzen wollen. Eine Reform steht deshalb zur Diskussion.

c) Sonderregelung

Das GKEA sieht Sonderregelungen für bestimmte Ausländer vor. Zu diesem Kreis gehören beispielsweise Ehepartner japanischer Staatsangehöriger, Personen, die als Kind japanischer Staatsangehöriger geboren sind sowie Kinder und Enkelkinder solcher Personen. Darüber hinaus gehören dazu auch Koreaner und Taiwanesen, die am Ende des zweiten Weltkrieges schon in Japan waren und seitdem sich dort aufhalten, sowie ihre Nachkommen, die in Japan geboren sind und seitdem sich dort aufhalten. Sie dürfen in Japan jede erwerbliche und nichterwerbliche Tätigkeit ausüben. Es ist nicht klar, wie viele Personen von ihnen einer Arbeit nachgehen und in welchem Bereich sie tätig sind, da es keine statistischen Daten gibt.

2. Abkommen für wirtschaftliche Partnerschaft

Die Abkommen für wirtschaftliche Partnerschaft, die Japan mit Indonesien, den Philippinen und Vietnam abgeschlossen hat, sehen eine Ausnahmeregelung vor. Sie traten im Juli und im Dezember 2008 bzw. im Juni 2012 in Kraft.²⁹ Demnach dürfen sich Bürger dieser Länder, die dort eine anerkannte Qualifikation für Altenpflege erworben oder eine Ausbildung für Krankenpflege erfolgreich abgeschlossen haben, vier Jahre in Japan aufhalten und in der Altenpflege in einer Pflegeeinrichtung tätig sein. Die Obergrenze der Gesamtzahl solcher Pflegekräfte wird unter der Berücksichtigung ihres Einflusses auf den japanischen Arbeitsmarkt bestimmt.³⁰ Sie können nach diesem Zeitraum weiter im Land arbeiten, wenn sie innerhalb von vier Jahren

29 Im Rahmen dieser Abkommen kamen Pflegekräfte aus Indonesien, den Philippinen und Vietnam ab 2008, 2009 bzw. 2012 nach Japan.

30 Im Jahr 2013 durften beispielsweise maximal 300 Pflegekräfte für Altenpflege neu aus Indonesien aufgenommen werden.

das japanische Staatsexamen für Altenpfleger bestehen. Wenn es ihnen nicht gelingt, können sie ihren Aufenthalt um ein Jahr verlängern und noch einmal zum Examen gehen. Wenn sie diesmal wieder nicht bestehen, müssen sie in ihr Heimatland zurückkehren.

Die Berufsqualifikation, die sie in ihren Heimatland erworben haben, wird in Japan weder anerkennt noch berücksichtigt. Es ist für sie nicht leicht, dieses Examen zu bestehen, weil es auf Japanisch durchgeführt wird. Zwischen 2008 und 2010 kamen 519 Personen im diesem Rahmen nach Japan, um in der Altenpflege in einer Pflegeeinrichtung tätig zu sein. 262 Personen von ihnen bestanden das Staatsexamen und erwarben die Qualifikation für Altenpfleger nach dem japanischen Altenpflegegesetz.

Die japanische Regierung erklärt, dass sie diese Ausnahmeregelung akzeptierte, nicht um den Mangel an Pflegekräften zu beseitigen, sondern um einer starken Aufforderung dieser Länder in der Verhandlung des Abkommens entgegenzuwirken und die wirtschaftliche Partnerschaft mit diesen Ländern zu stärken.³¹

VI. Reformvorhaben

Im Jahr 2014 hat das Kabinett der japanischen Regierung eine »Strategie für den Wiederaufbau der japanischen Wirtschaft« in der neuen Fassung 2014 beschlossen. Diese Strategie zielt darauf ab, nach einer langen Deflation wieder das Tempo des Wachstums der japanischen Wirtschaft zu beschleunigen. Eine der wichtigsten Säulen dieser Strategie ist es, trotz des demografischen Wandels die Zahl der Arbeitskräfte zu halten und die Arbeitsproduktivität zu erhöhen. Um dies zu verwirklichen, sieht diese Strategie vor, dass die Frauenerwerbstätigkeit erhöht und Bedingungen, unter denen ausländische Arbeitskräfte ihre Fähigkeiten entfalten können, geschaffen werden sollen. Der letzte Punkt umfasst Maßnahmen, die sich auf ausländische Pflegekräfte beziehen. Zum einen ist die berufliche Tätigkeit im Bereich der Altenpflege in den TITP einzubeziehen, zum anderen ist die Altenpflege, die Personen mit einer staatlichen japanischen Qualifikation für Altenpfleger ausüben, in die Tätigkeiten der ersten Gruppe des GKEA zu verschieben.

Um die Einzelheiten dieser Maßnahmen zu erörtern, wurde eine Kommission im Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Wohlfahrt gegründet. Sie bestand aus Sachverständigen sowie Vertretern der Träger der Pflegedienste und -einrichtungen, der Träger der Pflegeschulen, des Verbands der Altenpfleger und des Gesamtverbands der Gewerkschaften.

31 Vgl. Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Wohlfahrt, Zur Aufnahme von Ausländern aus Indonesien, den Philippinen und Vietnam, die die Qualifikation für Krankenpfleger oder Altenpfleger in Japan erwerben möchten (<http://www.mhlw.go.jp>).

In ihrem im Februar 2015 veröffentlichten Zwischenbericht³² bewertete sie die Erweiterung des Gegenstands des TITP grundsätzlich positiv. Dies wird damit begründet, dass es auch im Bereich der Altenpflege sinnvoll sei, Technik und Kenntnisse von Japan in Entwicklungsländer zu transferieren. Gleichzeitig schlägt sie einige konkrete Bedingungen dafür vor, eine geeignete Umsetzung des Programms zu sichern. Auch den Einbezug der Altenpflegerischen Tätigkeit in die erste Gruppe des GKEA hält sie für geeignet. Dies setzt voraus, dass diese Personen in einer anerkannten Altenpflegeschule in Japan die Ausbildung erfolgreich abschließen und dadurch die Qualifikation bekommen. Personen, die eine ausländische Qualifikation für Krankenpfleger haben, können diese Voraussetzung nicht erfüllen. Dies begründet die Kommission damit, dass es einen großen Unterschied im Niveau der Ausbildung für Krankenpfleger zwischen den Ländern gibt.

Im Bericht erklärt die Kommission, dass ihre Diskussion nicht darauf abzielt, durch Aufnahme mehr ausländischer Pflegekräfte den Mangel an Pflegekräften in Pflegediensten und -einrichtungen in Japan zu beseitigen. Deshalb erörtert sie die Aufnahme ausländischer Pflegekräfte je nach dem Ziel der geltenden Systeme. Was das TITP anbelangt, ging es um einen Technologietransfer von Japan in Entwicklungsländer, was das GKEG anbelangt, ging es um die Aufnahme von Ausländern mit einer Fachqualifikation oder -kenntnissen. Dies spielt ein Grundsatz der Ausländerpolitik der japanischen Regierung wider.

VII. Schlussbemerkung

Wie oben erwähnt, sollen im Jahr 2025 2,5 Millionen Pflegekräfte sichergestellt werden. Nach Meinung der japanischen Regierung soll der zunehmende Bedarf grundsätzlich durch japanische Pflegekräfte bedeckt werden. Um dies zu verwirklichen, sollen umfassende Maßnahmen zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen im Altenpflegebereich getroffen werden.

Die japanische Regierung ist bisher zurückhaltend, den Mangel an Pflegekräften durch die Aufnahme ausländischer Arbeitskräfte zu beseitigen, weil sie befürchtet, dass dies folgende Probleme mit sich bringt: Der Eindruck würde sich verbreiten, dass die Altenpflege ein Beschäftigungsbereich sei, in dem Ausländer einfache Tätigkeiten ausüben, und die Träger der Pflegedienste und -einrichtungen Arbeitgeber seien, die Ausländer als billige Arbeitskräfte anstellen. Die Arbeitsbedingungen für Pflegekräfte würden nicht verbessert, weil ausländische Pflegekräfte bereit sind, unter schlechteren Bedingungen sich im Bereich der Altenpflege zu beschäftigen. Mangels sprachlicher Fähigkeit würden Probleme mit Leistungsempfängern entstehen und das Niveau der Pflegequalität würde sinken.

32 Vgl. Kommission zur Aufnahme ausländischer Pflegekräfte, Zur Aufnahme ausländischer Pflegekräfte (Zwischenbericht) vom 4. Februar 2015.

Hingegen fordern die Träger der Pflegedienste und -einrichtungen, die vor der Schwierigkeit stehen, den Personalbedarf zu decken, die Voraussetzungen zur Beschäftigung ausländischer Pflegekräfte zu lockern, um sie leichter anstellen zu können. Wenn die Beschäftigungslage japanischer Pflegekräfte nicht verbessert werden könnte, würde der Druck auf die Regierung noch größer. In diesem Fall würden einzelne Maßnahmen, die auch Auswirkungen auf die Zunahme ausländischer Pflegekräfte haben, im Rahmen des geltenden Systems getroffen.

Jetzt steht Japan vor der Entscheidung, ob der zunehmende Pflegebedarf auch künftig grundsätzlich nur durch japanische Pflegekräfte gedeckt werden soll oder mehr ausländische Pflegekräfte in Japan aufgenommen werden sollen. Die bisher getroffenen Maßnahmen stellen nicht sicher, dass genügend japanische Pflegekräfte angestellt werden können. Deshalb kann die erste Alternative nicht ohne drastische und umfassende neue Maßnahmen verwirklicht werden. Auch wenn die letzte Alternative gewählt wird, sollen nicht nur die oben genannten Probleme gelöst, sondern auch die notwendigen Maßnahmen dazu ergriffen werden, ausländischen Pflegekräften die geeigneten Arbeitsbedingungen und soziale Sicherheit zu gewährleisten und sie und ihre begleitenden Familienangehörigen in die japanische Gesellschaft zu integrieren.

Erinnerungen an Bernd Schulte

1. Im Andenken an Bernd Schulte habe ich für diesen Beitrag nicht ein Sachthema aus dem weiten Feld der von ihm bearbeiteten Rechtsgebiete, sondern einen persönlichen Ansatz gewählt, nämlich einige Erinnerungen aus und von meiner Zusammenarbeit mit ihm. Es handelt sich damit gleichsam um eine – einseitige – Fortsetzung des fachlichen und persönlichen Dialogs, den wir über viele Jahre geführt haben, der aber vor einigen Jahren unterbrochen und angesichts des plötzlichen Todes von Bernd Schulte nicht weitergeführt und zu einem Abschluss gebracht werden konnte. Das bedeutet, dass ich nicht den Versuch unternehmen will, das wissenschaftliche Werk von Bernd Schulte zu analysieren und zu werten.

2. Mein erstes Zusammentreffen mit Bernd Schulte fällt in seine Bonner Zeit, als er dort am Lehrstuhl von Professor Beitzke arbeitete und ich ebenfalls an der Bonner Universität als Wissenschaftlicher Assistent und dann als Dozent tätig war; allerdings kann ich mich an konkrete Gespräche mit Bernd Schulte aus dieser Zeit nicht erinnern. Das änderte sich nach seinem Wechsel nach München an die neu gegründete Projektgruppe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht. An der Arbeit der Projektgruppe und des sich später anschließenden Instituts¹ war ich fachlich sehr interessiert, woraus sich vielfältige Begegnungen und Gespräche mit Bernd Schulte ergaben, die sich naturgemäß durch meine Berufung zum Direktor des Instituts in der Nachfolge von Professor Zacher im Jahre 1992 erheblich intensivierten. Diese enge Zusammenarbeit dauerte bis zu meiner Emeritierung im Jahre 2002 und setzte sich punktuell² bis zu der Aufgabe meines Emeritus-Arbeitsplatzes im Jahre 2008 fort. Danach brachen die Kontakte, bedingt vor allem durch die Rückverlegung meines Wohnsitzes nach Bonn, fast ganz ab.

3. Bernd Schulte bleibt mir in Erinnerung als ein Wissenschaftler, der sich mit einer Vielzahl von sozialrechtlichen Problemen beschäftigt hat, die auch mich interessiert haben und bei denen wir teilweise eng zusammengearbeitet haben. Bernd Schulte hat sich unter anderem mit Fragen aus dem Sozialhilferecht, aus dem Behindertenrecht, mit dem Recht der sozialen Sicherheit in Großbritannien³, mit der Alterung der Bevölkerung, insbesondere im globalen Rahmen⁴ und vor allem dem europäischen Sozialrecht befasst. Zum Behin-

1 Zur Entstehung und Entwicklung des Instituts vgl. Zacher/Schulte, Der Aufbau des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht. In: Vierteljahresschrift für Sozialrecht, Bd. IX (1981), S. 165 – 195.

2 Vor allem im Rahmen der gemeinsamen Arbeit am Behindertenprojekt, vgl. nachfolgend zu 3.

3 Siehe Schulte, Einführung in das Recht der sozialen Sicherheit von Großbritannien. In: Igl u. a., Einführung in das Recht der sozialen Sicherheit von Frankreich, Großbritannien und Italien, Berlin 1978 (Beiheft 1 zur Vierteljahresschrift für Sozialrecht), S. 149 – 337.

4 Vgl. v. Maydell/Schulte, Generationenbeziehungen und sozialstaatliche Entwicklungen. In: Pohlmann, Das Altern der Gesellschaft als globale Herausforderung – deutsche Impulse, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Bd. 201, S. 225 – 263.

derthenrecht betrieben Bernd Schulte und ich zusammen mit Professor Pitschas aus Speyer ein gemeinsames interdisziplinäres Projekt, das in mehreren Veröffentlichungen dokumentiert ist⁵ und das fortgeführt werden sollte, weil sich sowohl der interdisziplinäre Ansatz als auch die breite rechtsvergleichende Ausrichtung als fruchtbar erwiesen hatten. Leider ist die geplante Fortsetzung dieses Projektes⁶ nicht realisiert worden.

Bernd Schulte ist wissenschaftlich, aber vor allem durch seine Untersuchungen und Projekte zum europäischen Sozialrecht bekannt geworden. Viele dieser Projekte sind in enger Kooperation mit Funktionären der Europäischen Gemeinschaft und mit Experten für Europarecht aus den anderen Mitgliedstaaten der EU realisiert worden. Daneben gibt es im deutschen Schrifttum eine Vielzahl von Darstellungen zu einzelnen Problemen des europäischen Sozialrechts und Gesamtdarstellungen dieses Rechtsgebiets⁷, speziell vor allem des europäischen Koordinationsrechts⁸. Da das europäische Gemeinschaftsrecht maßgebend durch die Rechtsprechung des EuGH geprägt wird, ist die Darstellung und Analyse dieser Rechtsprechung besonders wichtig, wie sie durch Bernd Schulte regelmäßig in seinen Berichten im Jahrbuch des Sozialrechts erfolgte⁹.

Das Max-Planck-Institut aber auch die Fachöffentlichkeit hat auf eine Krönung der Arbeiten von Bernd Schulte zum europäischen Sozialrecht durch eine analytische Gesamtdarstellung gehofft. Dazu ist es nicht gekommen, wobei die Gründe dafür, wie ich in der Rückschau zugestehen muss, vor allem in dem Zustand und der beständigen Entwicklung des politischen und rechtlichen Rahmens dieser Materie gelegen haben dürften. Auch darüber hätte ich noch gerne mit Bernd Schulte eine klärende Diskussion geführt.

4. Wenn ich mich an Bernd Schulte als Referenten und Kollegen erinnere, so sehe ich ihn vor mir, wie er aus einem Stapel von Büchern Kopien anfertigt, die dann in seinem mit Büchern und Papierbergen bereits überfüllten Zimmer verschwinden. Für ihn blieben, wofür ich sehr viel Sympathie hatte, Bücher und Zeitschriften die wichtige Quelle für seine Studien, nicht aber das Internet und die sozialen Medien.

5 Siehe dazu: Pitschas/v. Maydell/Schulte (Hrsg.), *Teilhabe behinderter Menschen an der Bürgergesellschaft in Asien und Europa – Eingliederung im Sozial- und Rechtsvergleich*, Speyerer Arbeitshefte Nr. 141, Speyer 2002; v. Maydell/Pitschas/Schulte (Hrsg.), *Behinderung in Asien und Europa im Politik- und Rechtsvergleich*, Studien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, Bd. 26, 2003; v. Maydell/Pitschas/Pörtner/Schulte (Hrsg.), *Politik und Recht für Menschen mit Behinderungen in Europa und Asien. Unter den Bedingungen des demographischen Wandels, kulturelle Voraussetzungen und Erklärungshypothesen*. Studien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, Bd. 44, 2009.

6 Zur Sinnhaftigkeit einer solchen Fortsetzung vgl. Graser, Generalbericht. In: v. Maydell/Pitschas/Pörtner/Schulte (Hrsg.), *Politik und Recht für Menschen mit Behinderungen in Europa und Asien* (s. Fn. 5), S. 499 ff.

7 Vgl. insbes. Die Darstellung „Supranationales Recht“ im Sozialrechtshandbuch (§ 33), zuletzt in 5. Aufl. 2012, S. 1434 – 1500.

8 Siehe das Standardwerk *Soziale Sicherheit in der EG. Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und 574/72 sowie andere Bestimmungen*. Hrsg. v. Bernd Schulte, Verlag C. H. Beck, mehrere Auflagen.

9 Diese Berichte, die seit 1979 regelmäßiger Bestandteil des Jahrbuchs sind, wurden zunächst von Bernd Schulte und Prof. Zacher gemeinsam verfasst; ab Band 4 (1982) von Bernd Schulte allein.

Bernd Schulte war, was die Gesellschaft und ihre sozialen Probleme anbelangte, neugierig und wissbegierig. Diese Neugierde bezog er auch auf die Gäste des Instituts aus dem In- und vor allem dem Ausland. Viele von ihnen haben ihn als Auskunftsperson und bisweilen sogar Betreuer kennen und schätzen gelernt. Die Offenheit von Bernd Schulte bezog sich aber auch auf andere Länder. Er besuchte gerne ausländische Kongresse und reiste in fast alle Kontinente, so z. B. immer wieder nach Japan.

Als Referent, der für das europäische Sozialrecht zuständig war, wurde seine Expertise besonders häufig nachgefragt; auch war seine Mitarbeit in den meisten vergleichenden Studien des Instituts notwendig. Rückblickend frage ich mich allerdings, ob die Zuordnung des europäischen Rechts – im Wesentlichen – zu einem Referenten der Entwicklung des Europarechts, das auch zum Quasi-Verfassungsrecht für die Mitgliedstaaten sich entwickelt hat, gerecht wird. Letztlich ist dadurch dieses Recht für beinahe jeden Mitarbeiter des Instituts von Bedeutung, so dass anstelle der Zuordnung zu einem Referat eine übergreifende Lösung gefunden werden müsste.

5. Auch wenn zwischen uns kein engeres persönliches Verhältnis bestand, so bleibt Bernd Schulte nicht nur als wissenschaftlicher Mitarbeiter und Kollege in meiner Erinnerung, sondern auch als eine Persönlichkeit, die neben den rechtswissenschaftlichen Interessen offen war für Kunst, Musik und Literatur. Über die jeweiligen Highlights der Opernfestspiele oder Neuerscheinungen auf dem Büchermarkt konnte man sich stets sachkundig mit ihm unterhalten. Auch insoweit war er für die Gäste des Instituts ein idealer Berater und Begleiter.

Eine große Schar von Freunden und Bekannten hat von Bernd Schulte Abschied nehmen müssen und wird ihn in Erinnerung behalten.

The Problem of Loss of Advantages as a Result of the Application of Coordination Rules

Table of Content

- I. Introduction
- II. The Rules against Overlapping of Benefits
- III. The Rules for Determining the Legislation Applicable
- IV. Conclusions and Recommendations

I. Introduction

Bernd Schulte has spent a large deal of his working life on studying and writing on European social security law. He was one of the leading international experts in this area and produced a huge number of academic contributions to this topic and after his retirement he continued to publish articles as before. To honour this very productive scholar who died so unexpectedly I want to dedicate this contribution to him. It fits very well with his work on coordination of social security, namely the underlying legal basis of coordination law (Articles 45 and 48 TFEU) and its interpretation. The legal basis of the coordination rules is found in Article 48 TFEU, that reads that

»the European Parliament and the Council shall adopt such measures in the field of social security as are necessary to provide freedom of movement for workers; to this end, they shall make arrangements to secure for employed and self-employed migrant workers and their dependents:

(a) aggregation, for the purpose of acquiring and retaining the right to benefit and of calculating the amount of benefit, of all periods taken into account under the laws of the several countries;

(b) payment of benefits to persons resident in the territories of Member States. (...)«

Rules on coordination of social security are made in order to promote free movement of workers. These rules are laid down in Regulation 883/2004 and include rules for the aggregation of periods of work in order to be able to claim benefit and rules on the applicable legislation and on export of benefits. Within the framework of this article it is impossible to give an introduction to these rules, and also unnecessary since Bernd Schulte has already written numerous introductions on this topic. Instead I will discuss a particular problem of the free movement rules, i. e. that sometimes persons are worse off as a result of the application of the coordination rules.

Article 48 TFEU does not guarantee that a person is not worse off as a result of free movement. Mobile persons can thus be confronted by disadvantageous effects of crossing the border. For instance, if a person starts working in another country and therefore becomes subject to that country's social secu-

rity system, it may happen that s/he is confronted by higher contribution rates and/or lower benefits, or even by the fact that she is not covered for a particular risk. Another problem is that not all social security rules and advantages are coordinated by the coordination regulation. Taxes, private insurances and collective labour agreements are examples of areas where the coordination rules will (most often) not be applicable, and where as a result a mobile person may be worse off than had s/he not made use of his or her right to free movement.

However, from the words »as are necessary to provide freedom of movement«, it follows that the coordination rules must be made with the objective of ensuring free movement, and this has been confirmed in many decisions of the Court of Justice. There are so many examples of this in judgments on coordination law, that it does not make much sense to give a reference for this claim, but let us just mention one of the early judgments, the *Unger* case.¹

I will, however, not discuss the effects of discrepancies of national systems and the limited scope of the coordination rules, since they follow from deliberate choices to restrict the power to make coordination rules and to leave the contents of the national social security to be defined exclusively by national legislature.

Instead, I will focus on the peculiar situation that persons are worse off as a result of the application of coordination rules themselves. In this situation the problem is not that the coordination rules cannot bridge the differences between national schemes, such as differences in benefit levels. Instead, the problem is that *without* the coordination rules a national system would provide for a more attractive result. In other words, the coordination rules are in these situations the problem itself.

An example of such effect is of persons living in a country with a residence scheme for a particular risk, e. g. old age benefits, who start to work in a country with a scheme that covers only persons earning more than a certain amount of euros a month. If these persons have a low paid job they are not covered by the system of that country. Since the coordination rules define the country of employment scheme as the only applicable one, these persons are not protected at all.

Strictly speaking a major reason for this problem is also that the country of employment does not provide for sufficient coverage of all workers. A solution to this problem could be that minimum directives are made on the coverage of national schemes, including the rule that there must not be a threshold in terms of working hours or wage level for being protected. Although this would not seriously infringe the autonomy of national legislatures, it can be expected that there will not be much support for such measure, as some legislatures will fear that this is a step towards harmonisation of social security. In addition they may have specific policy objectives (for instance promoting the

1 Case 75/63, [1964] ECR 369.

access of low qualified workers and workers having for other reasons a weak position on the labour market) that in their eyes justify these rules. A discussion on this issue is therefore not so fruitful and we have to concentrate on the coordination rules.

It is clear that the coordination rules contribute to the problem, since they determine that only the system of the country of employment is applicable. Without the rules the persons concerned would be covered by the system of the country of residence and then continue to acquire old age benefit rights.

In this contribution I will describe the approaches of the Court of Justice towards this problem, where coordination rules are causing problems for realizing the objective of free movement of workers. I will first discuss the landmark decision in the *Petroni* case, where the Court ruled for the first time that persons must not be deprived from their rights as a result of the application of coordination rules. Secondly I will describe how this approach has developed in the area of rules for determining the legislation applicable.

II. The Rules against Overlapping of Benefits

In the *Petroni* judgment² the Court decided that an article of the coordination Regulation then in force, that was meant to reduce overlapping of old-age benefits, was partially void. Under this article, Article 46 (3) of Regulation 1408/71, for old age and disability pensions calculations of benefits had to be made according to national rules and the rules of the Regulation. When the sum of the benefits calculated for each country exceeded a certain so-called highest theoretical amount, each institution which made the calculation had to adjust its benefit. Since, as a result of these rules also benefits calculated on the basis of national rules alone could have to be lowered, the Court of Justice decided that Article 46 (3) was partially void. It pointed out that the Regulations concerning the coordination of social security have as their basis, their framework and their bounds Articles 48 to 51 EEC (now Articles 45 to 48 TFEU). The aim of these Articles would not be attained if, as a consequence of the exercise of their right to freedom of movement, workers were to lose advantages in the field of social security guaranteed to them in any event by the laws of a single Member State. A limitation on the overlapping of benefits which would lead to a diminution of the rights which the persons concerned already enjoyed in a Member State by virtue of the application of the national legislation alone is therefore incompatible with Article 51 EEC, the Court decided.

Thus the ruling that the Community rule against overlapping was incompatible with Article 51 EEC was based on the consideration of the Court that the legislative powers of the Council, as derived from this Article, are limited.

2 Case 24/75 [1975] ECR 1149.

Even though, as the Advocate General pointed out, the problem in *Petroni* was in fact caused by a miscalculation of the benefits, the *Petroni* judgment has often been referred to in later case law. The coordination literature even speaks of the *Petroni* principle, meaning that Community of EU law must not infringe rights granted on the basis of national law alone.

The *Petroni* principle was also applied to types of benefits other than the contributory ones that were at stake in *Petroni*. One case was the *Dammer* case,³ in which a lacuna was discovered in the provisions on family benefits. It appeared that the Regulation did not contain provisions for a situation in which the child resides in a State other than the States where the parents work. Mr Dammer worked in Belgium and Mrs Dammer worked in Germany whereas they both lived with their child in the Netherlands. Mr Dammer applied for family benefits in Belgium. The Court considered that as the provisions of the Regulation did not give any guidance as to where benefit could be claimed, the principles underlying Article 42 EC, the successor of Article 51 EEC, were to be considered. It referred to the *Petroni* judgment,⁴ in which it held that the objectives of Articles 48–51 EEC (now 45 to 48 TFEU) would not be attained if employed persons, as a result of exercising their right to free movement, would be deprived of advantages in the field of social security, which are guaranteed by the legislation of the Member State where they reside. In the present case, the Court sought a solution that fitted in the system of family benefits. Another example is that under the coordination rules on family benefits, a priority system had to be developed in case one parent would receive family benefits from one country and the other from another country. Since the benefits based on employment were given priority to those based on a resident scheme, the latter were suspended. When a case was brought before the Court where the suspended benefit was higher than the benefit actually paid, the Court decided that a supplement was to be paid amounting to the difference of the two benefits, see the *Ferraioli* judgment.⁵

It is interesting that the solution found by the Court differs: in *Petroni* the disputed provision of the coordination Regulation was declared void, whereas in the family benefits' case law an additional coordination rule was made. Both judgments led to amendment of the coordination regulation.

III. The Rules for Determining the Legislation Applicable

Another area where persons can lose benefit rights as a result of the application of the coordination is that of the rules determining the legislation applicable. These rules define which national social security system applies.

3 Case 168/88, [1989] ECR 4553.

4 Case 24/75, [1975] ECR 1149.

5 Case 153/84, [1986] ECR 1401.

Rules for determining the applicable legislation have *exclusive effect*. This means that at any given time the legislation of *only one* Member State is applicable; in other words, no other legislations can be applicable.

This exclusive effect is currently laid down in Article 11 (1) of Regulation 883/2004. This Article provides that persons to whom this Regulation applies shall be subject to the legislation of a single Member State only.

The rules for determining the legislation applicable are inexorable. As a result a person may be insured under a scheme with less attractive conditions than the one of his State of origin or State of residence. This results directly from differences between national systems: the objective of the Regulation is only coordination, and not harmonisation of national social security schemes.

However, the Court has through time not been consistent vis-à-vis the question whether the exclusive effect does always mean that a person is not entitled to benefits of the system that is not applicable.

A very early judgment of the Court which dealt with the exclusive effect was the *Nonnenmacher* judgment.⁶ This judgment was given under Regulation 3. In this Regulation the rules on determining the legislation applicable were not worded in a way that their exclusive effect was indisputable. In the *Nonnenmacher* judgment, the Court considered that in the absence of specific clauses, plurality of benefits under two national laws was not prevented. Article 12 of Regulation 3 did not prohibit the application of the law of a Member State other than the one on whose territory the person concerned worked, unless it compelled this person to contribute to the financing of a social security institution which did not grant any extra benefits for the same risk and the same period.

However, the wording of the successors, Article 13 of Regulation 1408/71 and Article 11 of Regulation 883/2004, makes clear that these rules for determining the applicable legislation have exclusive effect. For Regulation 1408/71 this was confirmed by the Court in the *Ten Holder* judgment.⁷ Ms Ten Holder, a woman of Dutch nationality, was employed in Germany for some time. When she became ill, she was granted German sickness benefit, *Krankengeld*. At a certain moment, she returned to the Netherlands. After the maximum duration of *Krankengeld* had expired, she applied for a Dutch invalidity benefit, since she did not satisfy the qualifying conditions for a German incapacity benefit. Since the Dutch scheme was a residence scheme, she would have been entitled to this benefit on the basis of mere residence in this country, provided that that legislation was applicable. The Court held that the legislation of the State of employment, *i.e.* Germany, was to be applied in this situation. This legislation continued to be applicable until the person concerned entered employment in another Member State.

⁶ Case 92/63, [1964] ECR 583.

⁷ Case 302/84, [1986] ECR 1821.

The consequence of this interpretation was that Ms Ten Holder was not entitled to the Dutch disability benefit. The fact that she did not satisfy the conditions of the German social security provisions was irrelevant.

The Court considered (consideration 22) that this is not at variance with the *Petroni* decision to the effect that the application of Regulation 1408/71 cannot entail the loss of rights acquired exclusively under national legislation. That principle applies not to the rules for determining the legislation applicable but to the rules of Community law on the overlapping of benefits provided for by different national legislative systems. It cannot therefore have the effect of causing a person to be insured over the same period under the legislation of more than one Member State, regardless of the obligations to contribute or of any other costs which may result therefrom for that person.

However again, recent case law has followed a different approach. The *Bosmann* judgment⁸ concerned a Belgian woman, working in the Netherlands, and residing in Germany. Since her two children were over the age of eighteen, they were not eligible for family benefits under the Dutch rule. To persons over this age who are students study grants are paid, but these are in principle not paid to persons not studying in the Netherlands. The question raised to the Court was whether Article 13(2)(a) of the then coordination regulation lent itself to an interpretation which permits an employed person in Ms Bosmann's situation to receive child benefit in the State where she resides (Germany), if it is established that she cannot, because of the ages of her children, be granted such a benefit in the competent Member State (Netherlands).

The Court answered to this question that Community law does not require the competent German authorities to grant Ms Bosmann the family benefits in question. However, it added, neither can the possibility of such a grant be excluded, because under the German legislation Ms Bosmann may be entitled to child benefit solely because of her residence in Germany, which is for the national court to determine. The Court referred to the legal basis of the Regulation – Article 42 EC (now Article 48 TFEU) – which aims to facilitate freedom of movement for workers and entails, in particular, that migrant workers must not lose their right to social security benefits or have the amount of those benefits reduced because they have exercised the right to freedom of movement conferred on them by the Treaty. In the light of those factors, the Court answered that the Member State of residence cannot be deprived of the right to grant child benefit to those residents within its territory.

Although the Court considered that it did not come back from the approach in *Ten Holder*, the judgments are not easy to reconcile. In the *Ten Holder* judgment the Court made clear that a Member State is no longer free to pay benefits if its legislation is not applicable according to the rules for determining the legislation applicable. The facts in *Ten Holder* and *Bosmann* case are not so different from each other that they can explain the difference in out-

8 Case C-352/06, [2008] ECR I-3827.

come. In both cases the benefit authorities refused to pay benefit (otherwise there had not been a dispute).

The *Bosmann* approach is confirmed in the *Hudziński and Wawrzyniak* judgment,⁹ in which the Court even seems to go further than in *Bosmann*. The case concerned two Polish nationals, who were covered by the Polish social security system, even though they worked in Germany, since they were a seasonal worker and posted worker. Under the German system non-residents having neither a permanent nor habitual residence within the national territory, who are subject to unlimited income tax liability in Germany, are entitled to family benefits. The benefit administration rejected the application for these benefits since the Polish nationals were subject to the Polish system. This case was different from the *Bosmann* judgment, since the Polish were not worse off due to the fact that they had exercised their right to free movement, since they received Polish family benefits.

The Court considered that the criterion that migrant workers not lose benefit rights or have the amount reduced as a result of making use of the right to free movement is an elaboration of the broader principle according to which provisions of the coordination Regulation must be interpreted in the light of Article 48 TFEU, which aims to facilitate freedom of movement for workers. In that context, it would both go beyond the objective of the coordination Regulation and exceed the purpose and scope of Article 48 TFEU to interpret that regulation as prohibiting a Member State from granting workers and members of their family broader social protection than that arising from the application of that regulation. The coordination regulation cannot therefore, except in the case of an express exception in conformity with those objectives, be applied in such a way as to deprive a migrant worker of benefits granted solely by virtue of the legislation of a single Member State.

The rules for determining the legislation applicable must therefore be interpreted as not precluding a Member State, which is not designated under those provisions as being the competent State, from granting child benefits in accordance with its national law to a migrant worker who is working temporarily within its territory.

We have to remark that it is somewhat misleading that the question is discussed whether a Member State is allowed to pay benefit even if it is not the competent State, since the problem was that the State concerned refused to pay the benefit. Moreover, the German system has a provision that excludes the right to family allowances when a comparable benefit is paid by another Member State.

In view of this the Court considered that exclusion from that benefit is not allowed, as it constitutes a substantial disadvantage affecting in reality a greater number of migrant workers than settled workers who have worked exclusively in the Member State concerned. Such a disadvantage appears even less

9 Cases C-611/10 and C-612/10, not yet published.

justifiable now this family benefit is financed by tax revenue and the appellants entitled to that benefit because of their unlimited income tax liability in Germany. However, it is allowed to deduct the Polish family benefit from the German one. Thus the judgment amounts to the obligation for Germany to pay the difference between Polish and German family benefits.

We can conclude that the *Hudziński and Wawrzyniak* concerned a situation in which a Member State has supplementary advantages compared to what is required by the coordination regulation. In this case the German system did not restrict family benefits to persons residing or working in Germany (which elements are addressed by the coordination regulation to the sense that Polish legislation is applicable), but these benefits are also paid to persons subject to German tax, thus extending the right to persons who could not be entitled to these by working or living in Germany. However, if a country chooses to be so generous, then it is not free anymore to fully define the conditions for this benefit. As a result a country cannot exclude persons from this scheme who are entitled to family benefits from another country.¹⁰ Therefore it has become very important for Member States to define the conditions of their schemes very precisely.

The *Franzen* judgment¹¹ concerned the case introduced in the first section, i.e. of persons working in minor employment in Germany, that did not insure them for *inter alia* old age and family benefits. The case concerned several persons, some claiming family benefits, others old age benefits, all on the basis of residents schemes in the Netherlands, where they would be insured under residence schemes if the rules for determining the legislation applicable had not prevented this.

The Dutch residence schemes excluded persons subject to a foreign system: persons shall not be considered to be insured persons if, by virtue of a treaty or convention or a decision of an organisation of public international law, the legislation of another State applies to them' (e.g. Article 6a of the AOW for old age benefits).

A Decree based on this act has a hardship clause, which empowers the benefit administration to derogate in certain cases from other provisions of the decree in order to deal with an unacceptable degree of unfairness which might arise from the insurance obligation or the exclusion therefrom by virtue of the decree in question.¹²

The Advocate-General considered that *Bosmann* was not applicable in this case, since Article 6a AOW explicitly excluded persons subject to another social security system from the Dutch residence scheme. Instead, he considered that although Member States have retained the power to determine their social security legislation, it is none the less true that, according to the settled

¹⁰ See also A. P. van der Mei, 'Overview of recent cases before the ECHR and ECJ (April-June 2012)', *EJSS* 2012, p. 203.

¹¹ Case C-382/13, not yet reported, ECLI:EU:C:2015:261.

¹² See for the precise texts of the succeeding versions of the Decree the judgment of the Court.

case-law of the Court, such compatibility would exist only to the extent that, in particular, the national legislation concerned does not place the worker at a disadvantage compared to those who pursue all their activities in the Member State where it applies.¹³ The absence of applicable legislation on social security schemes, which would enable Ms Franzen to receive family benefits and Mr van den Berg and Mr Giesen to receive an old-age pension, is one of the features of the circumstances at issue in this case. The Advocate-General considered that it is of particular interest that to look at the level of benefits granted by the legislation of the State of employment where that legislation excludes workers from the protection offered by the fundamental branches of social security. Taking account of the level of protection in order to determine the applicable legislation where that protection is virtually non-existent, such as for on-call work or minor employment, is consistent with the social progress promoted by the Treaty and that approach is to be found in recital 1 in the preamble to Regulation 1408/71, according to which ‘the provisions for coordination of national social security legislation fall within the framework of freedom of movement for workers and should contribute towards the improvement of their standard of living and conditions of employment’. He therefore proposed to temporarily suspend the application of the legislation of the State of employment where its application is triggered by short-term on-call or minor employment contracts and to apply the legislation of the State of residence. That suspension should be restricted to the period during which the legislation of the State of employment maintains the exclusion of the aforementioned categories of workers from the fundamental branches of social security other than insurance against accidents at work.

This is a remarkable approach, and not so easy to apply. It would mean that also in other situations where insufficient coverage is provided, it can happen that the legislation of the State of employment is to be suspended. Who takes such a decision? The State of employment or the State of residence? And since we have always to be somewhat suspicious: wouldn’t this encourage Member States to exclude more groups in minor employment from their protection?

The Court of Justice followed a different approach. It remarked that although the Dutch legislation precludes, by referring to the coordination regulation, migrant workers from being covered by the old-age pension insurance scheme of that State, the referring court clarified that, if the coordination regulation does not prevent coverage by the Dutch scheme, then it is for the referring court to disregard the exclusion clause and to apply the hardship clause provided for in the Dutch legislation in order to remedy any unacceptable unfairness which might arise from the insurance obligation or the exclusion therefrom.

The Court considered that the *Bosmann* approach is also relevant in these circumstances. For this it is sufficient that the Netherlands legislation at issue does not subject the right to child benefits to conditions of employment

13 Judgment in *da Silva Martins*, C-388/09, EU:C:2011:439.

or insurance. Consequently, leaving aside the exclusion provided for in Article 6a(b), which aims to transpose the single State principle into national legislation, the mere fact of residence in the Netherlands is sufficient for entitlement to child benefits. Second, as was the case in *Bosmann*, the facts of Ms Franzen's case do not present an overlapping of the same form of family benefit in relation to the same period of insurance.

The Court then ruled that the rules on determining the legislation applicable do not preclude a migrant worker who is subject to the social security scheme of the State of employment, who fulfils the substantive conditions for granting such benefits under the legislation of his State of residence and whose situation does not give rise to an overlapping of the same form of family benefits in relation to the same period, from receiving family benefits or an old-age pension from the latter State.

The judgment is somewhat confusing since the referring judge had not said that it would apply the hardship clause.¹⁴ That is up to the benefit administration. Still, the judgment is relevant since the question is answered whether there is room for the benefit administration to apply the hardship clause. The benefit administration had argued that there is no such room, since the hardship follows from the coordination rules. The Court argued that this is not the case, since the coordination rules do not deprive a Member State from granting benefits.

IV. Conclusions and Recommendations

Supra I have discussed two main areas, in which the coordination rules have as effect that a person may lose benefit rights that were to be granted on the basis of national legislation alone. For this reason I did not discuss other situations, such as where the disadvantages were the result of disparities of the schemes. Also in that area we can see interesting developments, such as in the *Leyman* judgment.¹⁵ Here, the Court did not give a final solution, but considered that where there is a difference in legislation that leads to fulfilment of the two criteria, the principle of cooperation in good faith laid down in (what is now) Article 4(3) TFEU requires the competent authorities in the Member States to use all the means at their disposal to achieve the aim of Article 45 TFEU.

The focus of this contribution is, as was said, on different rules. The first is that of rules against overlapping; the second that of rules for determining the legislation applicable.

We saw that the aim of Articles 45 TFEU and 48 TFEU would not be achieved if, as a consequence of the exercise of their right to freedom of movement, workers were to lose the social security advantages guaranteed

¹⁴ CRvB 1 July 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:783.

¹⁵ Case 3/08 [2009] ECR I-9085.

them by the legislation of one Member State, especially where those advantages represent the counterpart of contributions which they have paid. The Court followed different approaches to come to a solution. For old age benefits it declares the coordination rule at stake void. For family benefits it designs a requirement to pay a supplement to compensate the lower benefit. Both approaches have led to amendment of the Regulation in order to implement this case law.

In relation to the rules for determining the legislation applicable the Court has developed an approach that is less coercive for the Member States. First of all, there is no general rule that persons must not be worse off as a result of the rules for determining the legislation applicable. The case law only allows Member States to apply their own legislation. By »allowing« is in fact meant that a national court applies the national legislation or requires the benefit administration to do so, even though the authorities refuse to do so.

This approach is not very satisfactory. First of all it depends on the system of the country in question whether payment of benefit is possible. So this does not provide for a solution in other cases. Secondly it is unclear who has to take the final decision to award benefit. Is the benefit administration in *Franzen* obliged to accept hardship? And if not, does the national court have more room (or obligations) to test the decision of the benefit administration on this?

Maybe a solution lies – as is the case in *Leyman* – in a further elaboration of the principle of loyal cooperation between Member States. In the regulation this principle is elaborated in Article 16, that provides that two or more Member States, the competent authorities of these Member States or the bodies designated by these authorities may by common agreement provide for exceptions to Articles 11 to 15 in the interest of certain persons or categories of persons. The current provision leaves it to the competent authorities to make an exception to the rules, with the only condition that this must be in the interest of the persons concerned. This means that the person concerned is very dependent on the willingness of *both* authorities to make such an agreement.

It would be better that a person has the right to have such an agreement made if s/he is (almost) unprotected by a national system whereas in the country of residence s/he would be protected. In the agreement the conditions can be laid down. This agreement is only made if the person concerned wants this. The (implementing) Regulation should provide rules on legal protection in case an application for the provision of Article 16 is made.

Note that the solution of Article 16 (and in fact also that of the Advocate General) is different from the *Bosmann* and *Franzen* approach. In the latter cases the persons remain under the system of the country of employment, but the other Member State is allowed to grant a particular benefit. The solution of Article 16 (and the AG) means that the full system of the residence State applies to the person concerned. This need not always be attractive for the individual. From the information by the referring court in *Franzen* it appears that one applicant was offered that the Dutch benefit administration undertook

to make an article 16 agreement with the German counterpart, but this individual refused this offer.¹⁶ The costs of the health care insurance would in her view outweigh the advantage of receipt of family benefits.¹⁷

This does shed a different light on the case. What if a person deliberately goes to work in another Member State in order to have a higher net wage and only claims those benefits in the State of residence for which no contributions have to be paid?

An Article 16 solution therefore has advantages. A person must accept both the advantages as the costs of being covered by a scheme if s/he wants such an agreement to be made.

By making this analysis I have shown the different situations where person seems to be worse off as a result of making use of the right to free movement. In the case of anti-overlapping rules the Court was able to come to a solution that was applicable in the case at stake and further led to new case law and to amendments of the Regulation.

In the case of the rules on determining the legislation applicable there are more dilemmas and the Court's decision is less coercive. A solution is left to cooperation of the Member State, the judgment of the national benefit authorities of Court or loyal cooperation of the Member States. It seems that here the legislatures (both at the EU as national level) have to take action to come to a solution. That may either be by amending their national system to avoid disadvantageous situations. It may also be by an improved regulation of Article 16 of the Regulation, that can make tailor sized solutions in individual cases. After all, not cases can be overseen by forehand.

¹⁶ CRvB 1 July 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:783.

¹⁷ I do not know whether this is true in this case, since there are compensations of these costs for low incomes.

Sozialleistungen für migrierende Arbeitslose¹

Inhaltsübersicht

- I. Problemstellung
- II. Der rechtliche Rahmen im Überblick
 - 1. Nationale Strukturen
 - 2. Unionsrechtliche Vorgaben
- III. Wichtigste Fallgruppen
 - 1. Migration mit Leistungsanspruch bei Arbeitslosigkeit
 - 2. Migration zur Arbeitsuche
 - a) Allgemeiner Rahmen
 - b) Drei Leistungsarten
 - c) Ausreichende Verbindung zum Aufnahmestaat
 - 3. Migration aus sonstigen Gründen
- IV. Vorläufige Bilanz und Perspektiven

I. Problemstellung

Arbeitslosigkeit schafft viele Probleme für die Gesellschaft, vor allem aber für die unmittelbar Betroffenen. Diese sind mit Schwierigkeiten in sozialer, psychischer und gesundheitlicher Hinsicht konfrontiert, zuallererst freilich meist mit einem Verlust der Sicherung der materiellen Existenz. Das wiederum löst soziale Bedürftigkeit aus, worin typischerweise der zentrale Ansatzpunkt für die Systeme der Sozialhilfe bzw. Mindestsicherung liegt. Deren Leistungen sind meist subsidiär, gebühren also nur, wenn keine (hinreichende) Bedarfsdeckung aus eigenen Mitteln und Kräften oder durch Leistungen von dritter Seite möglich ist. Damit sind Leistungen aus anderen Systemen sozialer Sicherung vorrangig anzusprechen. Das gilt auch und in besonderem Maße für solche, die spezifisch bei Arbeitslosigkeit gebühren.

Das Verhältnis zwischen Leistungen bei Arbeitslosigkeit und solchen der Sozialhilfe ist jedoch nicht einfach durch Vor- und Nachrang bestimmt. Vielmehr bestehen Überschneidungen und Abgrenzungsprobleme, und zwar sowohl auf nationaler Ebene als auch im Unionsrecht. Bereits im **nationalen Recht** finden sich zum einen Regelungen, die alles andere als trennscharf sind: Man denke nur an die deutsche »*Grundsicherung für Arbeitsuchende*« nach dem Zweiten Buch des Sozialgesetzbuches (SGB II), umgangssprachlich besser als »Hartz IV« bekannt.² Auch die Notstandshilfe nach dem österreichischen Arbeitslosenversicherungsgesetz (AIVG) weist sozialhilferechtli-

1 Dieser Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, den ich zu »Arbeitslosigkeit und Sozialhilfe« am 11.9.2015 bei der EISS-Konferenz »Migration und Sozialhilfe« des European Institute of Social Security in Wien halten durfte.

2 Hier ist die Bindung an die Arbeitsfähigkeit und die Verfügbarkeit nur eine formale, im Vordergrund steht die Voraussetzung der Hilfebedürftigkeit (vgl. insb. § 9 SGB II).

che Elemente auf.³ Zum anderen können Leistungen bei Arbeitslosigkeit und Sozialhilfe nebeneinander oder nacheinander gebühren, wenn erstere zu niedrig sind, um ein bedarfsdeckendes Niveau zu gewährleisten, bzw. wenn die spezifischen Leistungsansprüche bei Arbeitslosigkeit zeitlich begrenzt sind.

Die Abgrenzungsprobleme auf der Ebene des **Unionsrechts** haben auch mit den strukturellen Besonderheiten der beiden Systeme zu tun. Dazu gehört bei den Leistungen bei **Arbeitslosigkeit** meist die Bindung an vorherige Beschäftigungs- bzw. Versicherungszeiten und die »Vermittelbarkeit«, also die Voraussetzung, dass der/die Arbeitslose dem betreffenden Arbeitsmarkt und der dort zuständigen Behörde zur Verfügung steht. Die Staatsangehörigkeit spielt hier keine Rolle.⁴ Die **Sozialhilfe** setzt dagegen »nur« eine unzureichende Bedarfsdeckung aus eigenen Mitteln und Kräften oder durch Dritte voraus. Auch hier verliert die Frage der Staatsangehörigkeit zunehmend an Bedeutung.⁵

Was beiden Systemen – neben der Zielsetzung einer Unterhaltssicherung für die Zeit der Arbeitslosigkeit – gemeinsam ist, ist das Abstellen auf eine bestimmte **Nahebeziehung** zum betreffenden Leistungsschema, die vor allem eine **örtliche** Komponente aufweist. Diese Voraussetzung ist naturgemäß von Migrant_innen schwerer zu erfüllen, was zwangsläufig zu einem Spannungsverhältnis mit dem Unionsrecht und der dort verbrieften Freizügigkeit führt. Dieses Spannungsverhältnis soll in der Folge vor allem im Lichte von **zwei Grundfragen** untersucht werden:

Zum einen soll herausgearbeitet werden, **welche (örtliche) Nahebeziehung** arbeitslose Migrant_innen aufweisen müssen, um in einem anderen Staat Leistungen wegen Arbeitslosigkeit in Anspruch nehmen zu können. Zum anderen ist zu fragen, wie diese Nahebeziehung vor dem Hintergrund des Unionsrechts ausgestaltet sein muss und welche **Restriktionen** in diesem Zusammenhang – auch in rechtspolitischer Sicht – möglich bzw. erforderlich sind.

Damit ist die Schnittstelle von Unionsrecht und Sozialhilferecht angesprochen, zwei Materien, die stets im Mittelpunkt des Wirkens von *Bernd Schulte* gestanden sind und die uns zunächst fachlich in Verbindung gebracht haben.⁶ Daraus ist bald eine Freundschaft entstanden, die der Betroffenheit über sei-

3 Die Notstandshilfe ist zwar als Anschlussleistung nach Erschöpfung des Anspruchs auf Arbeitslosengeld von Versicherungszeiten sowie Arbeitsfähigkeit und Arbeitswilligkeit abhängig, auf die ebenfalls von den Beitragsleistungen abhängige Leistungshöhe werden allerdings eigene Einkünfte und solche des Partners/der Partnerin angerechnet, vgl. nur *Pfeil*, Österreichisches Sozialrecht¹⁰ (2014) 148 f.

4 Das war nicht immer so, wenn man etwa an die – die frühere Regelung bei der österreichischen Notstandshilfe betreffende – Entscheidung *Gaygusuz* (EGMR 16.9.1996, 39/1995/545/631) denkt, in welcher der Ausschluss eines türkischen Staatsangehörigen von diesem Anspruch als Verstoß gegen Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) i. V. m. Art. 1 I. ZP EMRK (Recht auf Achtung des Eigentums) qualifiziert wurde.

5 Vgl. die entsprechenden Eintragungen in MISSOC, Tabellen XI. Mindestsicherung (http://www.missoc.org/MISSOC/INFORMATIONBASE/COMPARATIVETABLES/MISSOCDATABASE/comparativeTablesSearchResultTree_de.jsp, abgefragt am 22.12.2015).

6 Seine Arbeiten, insb. die zusammen mit *Peter Trenk-Hinterberger* verfasste »Einführung« (zuletzt 2. Aufl., 1996), waren in vielen Punkten wegweisend für meine in den 80er-Jahren begonnenen Bemühungen, die österreichische Sozialhilfe (rechts)wissenschaftlich zu erschließen. Und *Bernd Schulte* war es, der mich – gleich nach dem österreichischen Beitritt zur EG – in »Brüsseler Kreise« und die internationale Community der Sozialrechtskoordination eingeführt hat.

nen überraschenden Tod auch eine tiefe persönliche Dimension verliehen hat. Dieser Beitrag ist daher dem Andenken an einen ganz außergewöhnlichen Kollegen und lieben Freund gewidmet.

II. Der rechtliche Rahmen im Überblick

1. Nationale Strukturen

Im vorliegenden Rahmen ist es weder möglich noch zweckmäßig, eine genauere Betrachtung der verschiedenen nationalstaatlichen Systeme der Leistungen bei Arbeitslosigkeit bzw. der Sozialhilfe anzustellen. Vielmehr soll ein grober Überblick der Strukturmerkmale beider Systeme genügen.

Was zunächst den **Adressat_innenkreis** betrifft, umfasst dieser bei den Systemen bei Arbeitslosigkeit Menschen, die ihre Beschäftigung verloren und keine neue gefunden haben. Damit wird meist auf das Vorliegen von Beschäftigungs- bzw. Versicherungszeiten in der Zeit vor dem Eintritt der Arbeitslosigkeit abgestellt.⁷ Derartige Voraussetzungen sind den Sozialhilfesystemen fremd, Auslöser von Leistungsansprüchen ist dort zuallererst die materielle Bedürftigkeit, egal ob sie etwa auf den Ausfall von Arbeitseinkommen oder von Unterhaltszahlungen zurückgeht.

Damit ist die **Arbeitsfähigkeit** typischerweise auch keine Bedingung für Leistungen der Sozialhilfe, wogegen sie bei den spezifischen Leistungen bei Arbeitslosigkeit geradezu ein konstitutives Merkmal für die Zuständigkeit des betreffenden Systems darstellt.⁸

Eng damit ist die **Arbeitswilligkeit** verknüpft, also im Grunde die Bereitschaft zur Annahme von zumutbaren Beschäftigungen, insb. wenn sie von der verantwortlichen Stelle angeboten werden. Auch in Sozialhilfesystemen sind die Leistungen meist an die Bereitschaft zum Einsatz der eigenen Arbeitskraft gebunden, allerdings nur soweit die betreffende Person auch arbeitsfähig ist.

Als Leistungen kommen in beiden Systemtypen vor allem **Geldleistungen** in Betracht, geht es doch zuerst um die (zumindest teilweise) Kompensation des Ausfalls von Einkommen. Während Leistungen in natura in Sozialhilfesystemen eine längere Tradition haben,⁹ ist deren Stellenwert in den spezifischen Systemen bei Arbeitslosigkeit erst im Zuge der stärkeren Orientierung an einer aktivierenden Arbeitsmarktpolitik gestiegen.¹⁰ Dennoch wird im vorliegenden Beitrag der Fokus auf den Geldleistungen liegen.

7 Eine prominente Ausnahme stellt hier die noch mehrfach anzusprechende Grundsicherung nach dem deutschen SGB II dar.

8 Wer (auf Dauer) nicht arbeitsfähig ist, wird allenfalls von anderen Systemen erfasst. Auch hier kann das deutsche Recht als prägnantes Beispiel gelten, erfolgt doch dort die Grenzziehung zwischen SGB II (vgl. dessen §§ 7 Abs. 1 Nr. 2 bzw. 8) und der Sozialhilfe nach SGB XII vor allem nach der »Erwerbsfähigkeit«.

9 Z. B. in Form der Gewährung von Unterkunft oder der Betreuung in Heimen.

10 Vgl. etwa *Fuchs*, Maßnahmen der Arbeitsmarktkoordinierung und Koordinationsrecht, Das Recht der Arbeit (DRdA) 2015, 3 ff.

Diese Leistungen sind in den Systemen bei Arbeitslosigkeit regelmäßig am vorherigen Einkommen bzw. den daraus abgeleiteten Beiträgen orientiert. Eine **Bedarfsorientierung** ist damit meist nicht gewährleistet: In der Logik von Versicherungssystemen fallen Leistungen niedrig aus, wenn auch das Einkommen und die Beiträge vorher niedrig waren. Ausnahmen¹¹ von diesem Grundsatz nähern sich dem Ansatz der Sozialhilfe, die auf die Gewährleistung eines – wie auch immer definierten – »Existenzminimums« abzielt.

Neben der Höhe sind spezifische Leistungen bei Arbeitslosigkeit meist auch **zeitlich begrenzt**. Auch hier gibt es Ausnahmen,¹² die damit wiederum eine für die Sozialhilfe typische Komponente beinhalten: Dort sind die Leistungen – systembedingt – an das Fortbestehen der materiellen Bedürftigkeit geknüpft, was eine a-priori-Begrenzung ausschließt.

Dass die **Staatsangehörigkeit** für Leistungen bei Arbeitslosigkeit – zumal in Versicherungssystemen – keine Rolle spielt, wurde schon erwähnt. Im Kontext der EU gilt dies mittlerweile auch weitgehend für Leistungen der Sozialhilfe. Die hier dennoch bestehenden bzw. erforderlichen Differenzierungen werden in der Folge näher zu betrachten sein.

Dabei geht es vor allem um die ebenfalls schon angesprochene **Verbindung** zu jenem Staat, in dem Leistungen von Arbeitslosen beansprucht werden. Diese Verbindung hängt einerseits mit der **Vermittelbarkeit** zusammen, die meist als Voraussetzung für spezifische Leistungen bei Arbeitslosigkeit vorgesehen wird. Dieses dem betreffenden Arbeitsmarkt »Zur-Verfügung-Stehen« setzt regelmäßig eine **örtliche Nahebeziehung** voraus, die sich insb. im Erfordernis eines Wohnorts oder gewöhnlichen Aufenthalts im betreffenden Staat niederschlagen muss.¹³ Darin liegt wiederum ein Grunderfordernis für einen Anspruch im Rahmen des jeweiligen Sozialhilfesystems. Wie jedoch insb. die jüngere Judikatur des EuGH deutlich gemacht hat,¹⁴ folgt aus einer solchen Verbindung nicht notwendigerweise auch ein Leistungsanspruch im betreffenden Staat.

2. Unionsrechtliche Vorgaben

Dabei scheinen die unionsrechtlichen Rahmenbedingungen, die nun kurz in Erinnerung zu rufen sind, doch recht eindeutig. Zunächst ist das **primärrechtliche** Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit zu nennen (Art. 18 AEUV). Dazu kommt die **Unionsbürgerschaft**, die insb. das Recht auf freie Bewegung und Aufenthalt in jedem Mitgliedstaat beinhaltet, wenngleich nur »unter den Bedingungen und innerhalb der Grenzen

11 Wie etwa in Frankreich, wo in der »assurance chômage« ein täglicher Mindestbetrag vorgesehen ist.

12 So etwa die »allocations de chômage« in Belgien, bei der die Leistung zeitlich unbegrenzt ist, aber im Laufe der Zeit in der Höhe abnimmt.

13 Im EU-Koordinierungsrecht werden diese Kategorien synonym verwendet (vgl. Art. 1 lit. j VO (EG) 883/2004), im nationalen Recht ist das nicht selten anders, selbst wenn auch dort eine Unterscheidung zum bloß faktischen und i. d. R. vorübergehenden Aufenthalt (wie in Art. 1 lit. k VO 883/2004) gebräuchlich ist.

14 Die letzte einschlägige Entscheidung in der Rs *Alimanovic* (C-67/14, Große Kammer, ECLI:EU:C:2015:597) stammt vom 15.9.2015.

*ausgeübt, die in den Verträgen und durch die in Anwendung der Verträge erlassenen Maßnahmen festgelegt sind» (Art. 20 Abs. 2 AEUV). Keine derartige Relativierung gibt es im Hinblick auf die **Freizügigkeit** der Arbeitnehmer, die auch das Recht auf Arbeitsuche einschließt (Art. 45 AEUV, insb. dessen Abs. 3).*

Zentrales Element dieser Freizügigkeit aus sozialrechtlicher Sicht ist die auf Art. 48 AEUV fußende Koordinierung der nationalen Systeme, derzeit vor allem durch die **VO 883/2004** und die dazu ergangene Durchführungs-VO (EG) 987/2009. Leistungen bei Arbeitslosigkeit zählen ausdrücklich zum Geltungsbereich dieser Regelungen, während solche der sozialen Fürsorge nicht erfasst sind (Art. 3 Abs. 1 lit. h bzw. Abs. 5 lit. a VO 883/2004). Eine hybride Zwischenstellung nehmen die Besonderen Beitragsunabhängigen Geldleistungen ein, die nach ihrem Art. 70 zwar in den Geltungsbereich der VO 883/2004 fallen, aber nach Abs. 4 dieser Bestimmung nicht zu exportieren sind.

Sonderregelungen enthält die Koordinierungs-VO auch im Hinblick auf die genuinen Leistungen bei **Arbeitslosigkeit**. Von diesen ist vorliegend vor allem Art. 61 VO 883/2004 hervorzuheben, der zwar eine Berücksichtigung von in anderen Mitgliedstaaten zurückgelegten Versicherungs- oder Beschäftigungszeiten anordnet, dies nach seinem Abs. 2 aber grundsätzlich¹⁵ auf jene Fälle beschränkt, in denen solche Zeiten zuletzt in jenem Staat zurückgelegt wurden, in dem nun Leistungen beantragt werden. Auch der Export von Leistungen bei Arbeitslosigkeit in andere Mitgliedstaaten ist nur begrenzt möglich (vgl. Art. 64 VO 883/2004). Auf diese Besonderheiten ist noch zurückzukommen.

Leistungen für Arbeitslose könnten aber ebenso wie solche der Sozialhilfe auch als **soziale Vergünstigungen** i. S. d. Art. 7 Abs. 2 der (Freizügigkeits-) **VO (EU) 492/2011** angesehen werden. Die diesbezügliche Gleichbehandlung mit den Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaates gilt zwar nur für Arbeitnehmer_innen. Dieser Begriff ist jedoch ebenso **weit** zu verstehen wie jener der sozialen Vergünstigungen.¹⁶

Ausdrücklich auf Sozialhilfe und Arbeitssuche Bezug nimmt schließlich die (Unionsbürger-) **JRL 2004/38/EG**, die für die hier interessierenden Fragestellungen besondere Bedeutung erlangt hat, obwohl sie eigentlich »nur« das **Aufenthaltsrecht** der Unionsbürger_innen betrifft.¹⁷ Ein solches besteht nach ihrem Art. 7 Abs. 1 für einen längeren Zeitraum als drei Monate primär

15 Die praktisch wichtige Grenzgängerkonstellation nach Art. 65 Abs. 2 i. V. m. Abs. 5 lit. a VO 883/2004 muss hier ausgeblendet bleiben.

16 Art. 7 Abs. 2 gilt für alle Vergünstigungen, die – ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht – den inländischen Arbeitnehmer_innen wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnsitzes im Inland gewährt werden, grundlegend EuGH 12.5.1998, Rs C-85/96 (*Martinez Sala*) ECLI:EU:C:1998:217, Rn. 25.

17 Die Situation von migrierenden Drittstaatsangehörigen, die im Rahmen der Sozialrechtskoordination den Unionsbürger_innen gleichgestellt sind (vgl. die VO (EG) 1231/2010), kann in der Folge ebenfalls nicht berücksichtigt werden.

für Arbeitnehmer_innen oder Selbständige,¹⁸ wobei dieser Status auch für gewisse Zeiten der Nichterwerbstätigkeit erhalten bleibt (vgl. Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38/EG, dazu unten 3.1.). Trotz dieses Aufenthaltsrechts sind die Aufnahmemitgliedstaaten nicht verpflichtet, anderen Personen und vor allem Arbeitsuchenden in dieser Zeit Gleichbehandlung mit den eigenen Staatsangehörigen und damit einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren (Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38). Sollten solche Leistungen dennoch in Anspruch genommen werden,¹⁹ darf das nicht automatisch zu einer Ausweisung der betreffenden Unionsbürger_innen (oder ihrer Angehörigen) führen (Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38); völlig ausgeschlossen ist eine Ausweisung sogar bei Arbeitnehmer_innen oder Selbständigen bzw. Unionsbürger_innen, die »nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und eine begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden« (Abs. 4 lit. b leg cit).

III. Wichtigste Fallgruppen

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, bei der Analyse der Rechtstellung von arbeitslosen Unionsbürger_innen, die sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben, **drei Grundkonstellationen** zu differenzieren.

1. Migration mit Leistungsanspruch bei Arbeitslosigkeit

Die vergleichsweise am wenigsten problematischen Fälle dürften jene sein, in denen bereits ein Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit besteht. Dieser könnte aus dem früheren Beschäftigungsstaat stammen, er könnte aber auch bereits im Aufnahmestaat erworben sein. In beiden Varianten ist eindeutig der Anwendungsbereich der VO 883/2004 eröffnet.

Wurde der Anspruch im **früheren Beschäftigungsstaat** erworben, sieht deren Art. 64 einen **Export** dieser Leistungen vor, wenn die betreffende Person in diesem Staat mindestens vier Wochen als arbeitsuchend gemeldet war (und dies durch eine Bescheinigung nach Art. 55 VO 987/2009 belegt ist), sich binnen sieben Tagen bei der Arbeitsverwaltung des Aufnahmestaates meldet sowie sich deren Kontrolle unterwirft und die dort maßgebenden Voraussetzungen erfüllt. Von diesen Fristen können ebenso Ausnahmen zugelassen werden wie von der grundsätzlichen Begrenzung dieses Exportanspruchs auf drei Monate (vgl. Art. 64 Abs. 1 lit. c VO 883/2004).

Diesen Personen kommt ein **Aufenthaltsrecht** nach Art. 14 Abs. 4 lit. b RL 2004/38 zu. Sie genießen jedoch während der Zeit der Arbeitsuche **nicht** notwendigerweise Gleichbehandlung im Hinblick auf Leistungen der **Sozialhilfe** (Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38), was insb. dann ein Thema ist, wenn der

18 Ansonsten im Wesentlichen nur für Personen, die über ausreichende Existenzmittel für sich und ihre Familienangehörigen sowie über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen (Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38/EG), dazu unten 3.3.

19 Bei diesem Verständnis kann mit *Karl*, Neues vom EuGH zum Recht auf Zugang zu den nationalen Sozialsystemen, in *Aschauer/Kohlbacher* (Hrsg.), Jahrbuch Sozialversicherungsrecht 2015, 75 (83 f.), ein möglicher Widerspruch zwischen Art. 24 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 1 der RL aufgelöst werden.

mitgenommene Leistungsanspruch nicht zur Bedarfsdeckung im Aufnahme-
staat ausreicht.

Sehr wohl einen Anspruch haben arbeitsuchende Migrant_innen auf Leistungen, die dort ihren **Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern** sollen. Dies hat der EuGH aus der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im Rahmen der Freizügigkeit abgeleitet, da es *»angesichts der Einführung der Unionsbürgerschaft nicht mehr möglich«* sei, eine solche Geldleistung aus dem Anwendungsbereich des Art. 45 Abs. 2 AEUV (damals noch Art. 48 Abs. 2 EWG-V) auszunehmen.²⁰ Wann eine solche Leistung – und keine der Sozialhilfe – vorliegt, ist nicht eindeutig und daher noch (unten 3.2.) näher zu beleuchten.

Arbeitslose, die sich zur Arbeitsuche in anderen Mitgliedstaat begeben, könnten aber bereits im **Aufnahmestaat einen Anspruch** auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit haben. In diesem Fall sind nach Art. 61 VO 883/2004 in einem anderen Mitgliedstaat zurückgelegte Beschäftigungs- und Versicherungszeiten zu berücksichtigen, was – zumal in Versicherungssystemen – das Entstehen eines solchen Anspruches wesentlich erleichtern und dessen zeitliches Ausmaß erheblich verlängern kann.²¹ Wie schon erwähnt, setzt das allerdings voraus, dass bereits – wenigstens für einen Tag²² – eine Beschäftigung oder Versicherung im nunmehrigen Aufenthaltsstaat bestanden hat.

Damit ist davon auszugehen, dass der/die Migrant_in bereits **Zugang zum Arbeitsmarkt** im Aufnahmestaat erlangt hat, was wiederum als hinreichendes Band der **Integration** in diesem Staat anzusehen ist. Das erlaubt ihnen, *»hinsichtlich aller sozialer Vergünstigungen in den Genuss ... der Gleichbehandlung im Verhältnis zu inländischen Arbeitnehmern zu kommen«*, es sei denn, die Tätigkeiten haben *»einen so geringen Umfang, dass sie sich als völlig untergeordnet oder unwesentlich darstellen«*.²³ Da Leistungen der Sozialhilfe unzweifelhaft dem Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011 (davor VO 1612/68) zu unterstellen sind,²⁴ können Migrant_innen, welche die Voraussetzungen nach Art. 64 VO 883/2004 erfüllen, ergänzende oder zeitlich anschließende Leistungen der Sozialhilfe nicht verweigert werden.

Dies korrespondiert mit dem **Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer_in**, das auch bei (unfreiwilliger) Arbeitslosigkeit erhalten bleibt, sofern der/die Migrant_in der Arbeitsverwaltung im Aufnahmestaat zur Verfügung steht. Hinsichtlich dieser Verlängerung der Erwerbstätigeneigenschaft kann nach

20 EuGH 23.3.2004, Rs C-138/02 (*Collins*), ECLI:EU:C:2004:172, Rn. 63; von *Windisch-Graetz*, Zulässige Differenzierungen bei der Gewährung von Sozialleistungen, Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZAS) 2014/33, 204 (209) mit Recht als Judikaturwende qualifiziert.

21 Nur exemplarisch sei auf die Regelungen im österreichischen AIVG verwiesen, nach dessen § 14 ein Anspruch grundsätzlich eine Mindestversicherungszeit (*»Anwartschaft«*) in den letzten 24 Monaten im Ausmaß von 52 Wochen verlangt, auf die nach Abs. 5 leg cit ausländische Zeiten nach Maßgabe zwischenstaatlicher Abkommen oder internationaler Verträge anzurechnen sind.

22 Vgl. nur *Felten* in *Spiegel* (Hrsg.), Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht (35. Lieferung, 2013), Art. 61 VO 883/2004 Rn. 13.

23 Vgl. EuGH 14.6.2012, Rs C-542/09 (*Kommission/Niederlande*), ECLI:EU:C:2012:346, Rn. 65 bzw. 68.

24 Vgl. nur die Nachweise bei *Steinmeyer* in *Fuchs* (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht 5 (2010) Art. 7 VO 1612/68 Rn. 3 ff.

Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38 differenziert werden, je nachdem ob die Beschäftigung im Aufnahmestaat für mehr oder weniger als ein Jahr bestanden hat: Im ersten Fall geht dem/der Unionsbürger_in der Status als Erwerbstätige/r grundsätzlich nicht verloren, solange Arbeitsuche und Verfügbarkeit vorliegt (lit. b); im zweiten Fall bleibt die Erwerbstätigeneigenschaft und damit das Aufenthaltsrecht für zumindest sechs Monate erhalten (lit. c leg cit).

Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38 enthält auch andere Fälle einer solchen Erstreckung. Der EuGH hat erst jüngst klargestellt, dass diese Auflistung bloß demonstrativen Charakter hat und die Erwerbstätigeneigenschaft nicht nur bei Arbeitsunfähigkeit wegen einer Krankheit oder eines Unfalls erhalten bleibt (lit. a leg cit), sondern auch wenn die Erwerbstätigkeit durch Schwangerschaft und nach der Entbindung unterbrochen wird.²⁵

Bei **längeren Unterbrechungen** geht die Erwerbstätigeneigenschaft dagegen verloren. Das gilt insb. für Migrant_innen, die im Aufnahmestaat weniger als ein Jahr beschäftigt waren und denen daher nach einer mehr als sechs Monate andauernden Arbeitslosigkeit zwar das Aufenthaltsrecht nach Maßgabe des Art. 14 Abs. 4 lit. b RL 2004/38 erhalten bleiben muss. Einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Hinblick auf **Sozialhilfeleistungen** genießen diese Personen dagegen **nicht** mehr, auch wenn es sich dabei um Unionsbürger_innen handelt.²⁶

2. Migration zur Arbeitsuche

Damit ist bereits die zweite und wesentlich kompliziertere Fallgruppe angesprochen, die Arbeitsuchende ohne Ansprüche auf spezifische Leistungen bei Arbeitslosigkeit umfasst. Diese Personen können sich ohne Frage auch auf die **Freizügigkeit** berufen (vgl. nur Art. 45 Abs. 3 lit. a AEUV).²⁷ Ja, diese ist für Arbeitsuchende von viel größerer Bedeutung als für jene, die bereits Arbeit haben.²⁸

a) Allgemeiner Rahmen

Insofern ist es folgerichtig, dass Arbeitsuchenden ein Aufenthaltsrecht im Aufnahmestaat zukommt, solange sie diese Suche aktiv betreiben und begründete Aussicht haben, dort auch eingestellt zu werden (vgl. noch einmal Art. 14 Abs. 4 lit. b RL 2004/38). Sie genießen aber, um auch das noch einmal zu betonen, **keine** Gleichbehandlung im Hinblick auf die **Sozialhilfe** (Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38). Dabei ist wesentlich, dass dieser Begriff nicht wie bei Art. 3 Abs. 5 lit. a VO 883/2004 zu verstehen ist, sondern viel weiter. Er erfasst »*sämtliche von öffentlichen Stellen eingerichtete Hilfssysteme, ... die ein einzelner in Anspruch nimmt, der nicht über ausreichende Existenz-*

25 EuGH 19.6.2014, Rs C-507/12 (*Saint Prix*), ECLI:EU:C:2014:2007, Rn. 38 ff.; in concreto ging es um Unterbrechungen von je drei Monaten vor und nach der Entbindung.

26 So der EuGH jüngst in der Rs *Alimanovic* Rn. 55 ff., unter Berufung auf Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38.

27 Vgl. aber auch bereits EuGH 26.2.1991, Rs C-292/89 (*Antonissen*), ECLI:EU:C:1991:80.

28 Vgl. bereits *Eichenhofer*, Freizügigkeit und Europäisches Arbeitsförderungsrecht, ZIAS 1991, 161 ff.

*mittel zur Bestreitung seiner Grundbedürfnisse und derjenigen seiner Familie verfügt ...».*²⁹ Ob es sich um eine solche Leistung handelt, ist nach dieser Judikatur nicht nach formalen Kriterien oder der nationalen Einordnung zu beurteilen, sondern allein unter **funktionalen** Aspekten. Daher können gegebenenfalls auch Leistungen erfasst sein, die dem Anwendungsbereich der VO 883/2004 unterliegen, namentlich besondere beitragsunabhängige Geldleistungen nach deren Art. 70.³⁰

Kein Ausschluss ist dagegen im Hinblick auf solche Leistungen zulässig, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen. Dieser Anspruch wird vom EuGH aus einer Zusammenschau von Art. 45 und Art. 18 AEUV abgeleitet,³¹ steht aber unter dem Vorbehalt, dass eine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt besteht.³²

Damit stellen sich zwei elementare Fragen: Einmal, wie sind Leistungen bei Arbeitslosigkeit bzw. solche der Sozialhilfe von jenen aktivierenden Leistungen abzugrenzen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt im Aufnahmestaat erleichtern sollen? Und wenn feststeht, dass es sich um eine aktivierende Leistung handelt, wonach ist zu beurteilen, ob die betreffende Person eine ausreichende Verbindung zum (Arbeitsmarkt im) Aufnahmestaat aufweist, so dass letzterer eine solche Leistung auch Arbeitsuchenden aus einem anderen Mitgliedstaat nicht mehr vorenthalten werden kann?

b) Drei Leistungsarten

Unionsrechtlich sind also **drei** Arten von **Geldleistungen an Arbeitslose** zu unterscheiden. Zum einen die »genuinen Leistungen bei Arbeitslosigkeit« nach Art. 3 Abs. 1 lit. h VO 883/2004, für die charakteristisch ist, dass sie den verlorenen Arbeitslohn ersetzen sollen und für den Unterhalt des/der nunmehr arbeitslosen Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin bestimmt sind.³³ Zum anderen Leistungen, die der Sozialhilfe nach dem weiten Verständnis in den Rs *Brey*, *Dano* und nun auch *Alimanovic* zuzurechnen sind.³⁴ Und schließlich jene – unmittelbar mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit verknüpften – Leistungen, die den Zugang zum betreffenden Arbeitsmarkt erleichtern sollen.

Vor allem die **Unterscheidung** zwischen der zweiten und dritten Gruppe ist wesentlich, weil – um es noch einmal zu betonen – arbeitsuchende Migrant_innen von der Sozialhilfe ausgeschlossen werden dürfen, von aktivierenden

29 EuGH 19.9.2013, Rs C-140/12 (*Brey*), ECLI:EU:C:2013:565, Rn. 61; 11.11.2014, Rs C-333/13 (*Dano*), ECLI:EU:C:2014:2358, Rn. 63.

30 EuGH 4.6.2009, Rs C-22/08 (*Vatsouras*), ECLI:EU:C:2009:344, und C-23/08 (*Koupatantze*), ECLI:EU:C:2008:201, insb. Rn. 42; Rs *Dano*, Rn. 63; jeweils im Hinblick auf die Grundsicherung für Arbeitsuchende nach SGB II.

31 EuGH Rs *Collins* Rn. 63; ebenso 15.9.2005, Rs C-258/04 (*Ioannidis*), ECLI:EU:C:2005:559, Rn. 22.

32 Vgl. bereits EuGH 11.7.2002, Rs C-224/98 (*D'Hoop*), ECLI:EU:C:2002:432, Rn. 38; aber auch Rs *Collins*, Rn. 69 f.; Rs *Vatsouras* und *Koupatantze*, Rn. 39; sowie 25.10.2012, Rs C-367/11 (*Prete*), ECLI:EU:C:2012:668, Rn. 46.

33 Grundlegend EuGH 8.7.1992, Rs C-102/91 (*Knoch*), ECLI:EU:C:1992:303, Rn. 27; vgl. aber etwa auch 11.9.2008, Rs C-228/07 (*Petersen*), ECLI:EU:C:2008:494, Rn. 25.

34 Vgl. noch einmal die Umschreibung oben bei Fn. 29.

Leistungen dagegen – zur Gewährleistung der Freizügigkeit – nicht. Die meisten der bisher den Gegenstand der einschlägigen Vorabentscheidungen bildenden Leistungen haben einen **Mischcharakter**, schon allein deswegen, weil Geldleistungen auch (oder sogar vorrangig) zu Unterhaltszwecken verwendet werden können, selbst wenn sie eine besondere Zweckbindung aufweisen.

Die nach obiger Differenzierung notwendige Entweder-oder-Entscheidung kann daher nur nach der **überwiegenden Funktion** der betreffenden Leistung getroffen werden.³⁵ Steht die Gewährleistung eines Minimums an Existenzmitteln im Vordergrund, handelt es sich um eine Leistung der Sozialhilfe i. S. d. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38, so dass selbst deren Beschränkung auf arbeitsfähige Personen in der Tat höchstens ein Indiz für den aktivierenden Charakter der Leistung sein kann.³⁶

In diesem Sinne wird eine **aktivierende** Leistung, die auch Arbeitsuchenden aus anderen Mitgliedstaaten – unter der Voraussetzung einer ausreichenden Verbindung (dazu sogleich) – zu gewähren ist, umso eher angenommen werden können, wenn sie an eine aktive Arbeitsuche bzw. die Bereitschaft zu Mitwirkung an Qualifizierungsmaßnahmen geknüpft ist und nicht bereits bei passiver Verfügbarkeit gebührt. Ein wichtiger Hinweis wäre auch der Umstand, dass der Adressat_innenkreis primär Personen umfasst, die zwar eine Ausbildung, aber noch keine (dauerhafte) Beschäftigung im betreffenden Staat aufweisen.³⁷ Die Erleichterung des Zugangs zum Arbeitsmarkt steht auch bei Geldleistungen mit einer bestimmten **Zweckbindung** im Vordergrund, wenn diese etwa der Abgeltung eines Mehraufwands dienen, der mit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit oder einer Qualifizierungsmaßnahme zur Hebung der »employability« verbunden ist. Zu denken wäre hier insb. an Zahlungen, welche die Mobilität fördern, weil sie **zusätzliche Kosten** für eine Unterkunft am Arbeits- oder Ausbildungsort,³⁸ Fahrtkosten dorthin oder den Aufwand für die Organisation einer Kinderbetreuung (teilweise) abdecken sollen.

c) Ausreichende Verbindung zum Aufnahmestaat

Für derartige Leistungen ist nach dem EuGH nur dann eine Gleichbehandlung für arbeitsuchende Unionsbürger_innen zu gewährleisten, wenn diese eine ausreichende Verbindung zum Aufnahmestaat bzw. dessen Arbeitsmarkt aufweisen. Oder wie es in der Rs *Collins* (Rn. 69) grundlegend formuliert wurde: »*Es kann als legitim angesehen werden, dass ein Mitgliedstaat eine*

35 So nun ausdrücklich der EuGH in der Rs *Alimanovic*, Rn. 45, im Anschluss an GA Wathelet in seinen Schlussanträgen (ECLI:EU:C:2015:210), Rn. 72.

36 Offenbar anders noch in der Rs *Vatsouras* und *Koupatantze*, Rn. 43; vgl. dagegen nun in der Rs *Alimanovic*, Rn. 46, im Anschluss an die Schlussanträge von GA Wathelet, Rn. 70; jeweils zur Einstufung der Grundsicherung für Arbeitslose nach SGB II als Sozialhilfeleistung. Diese Einstufung wird ungeachtet der ebenfalls bestehenden grundsätzlichen Zielsetzung einer weitest möglichen Arbeitsmarktintegration auch für die Leistungen der österreichischen Bedarfsorientierten Mindestsicherung gelten; ebenso bereits *Windisch-Graetz*, ZAS 2014/33, 203 (209 f.).

37 So das belgische Überbrückungsgeld, das Gegenstand der Entscheidungen in den Rs *D'Hoop*, *Ioannidis* bzw. *Prete* war.

38 So etwa der neue »housing benefit« nach britischem Recht.

solche Beihilfe erst gewährt, nachdem das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitsuchenden mit dem Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaats festgestellt wurde«. Die Anforderungen an diese Verbindung müssen freilich dem Prinzip der **Verhältnismäßigkeit** entsprechen. Daher darf bei Arbeitsuchenden etwa ein Mindestaufenthalt nur in jenem Ausmaß verlangt werden, das »erforderlich ist, damit die nationalen Behörden sich vergewissern können, dass die betreffende Person tatsächlich auf der Suche nach einer Beschäftigung auf dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats ist«.³⁹

Damit ist bereits ein wesentliches Indiz angesprochen, aus dem die erforderliche Verbindung zum Aufnahmestaat abgeleitet werden könnte, nämlich die effektive, tatsächliche **Arbeitsuche** während eines angemessenen Zeitraums.⁴⁰ Sogar völlig eindeutig ist diese Verbindung gegeben, wenn im Aufnahmestaat bereits eine **Erwerbstätigkeit** ausgeübt wurde und/oder Steuern bezahlt wurden.⁴¹ In der Rs *Prete* wurde die Anknüpfung auf Grund des **familiären** Kontexts (ehelicher Wohnsitz mit einem Angehörigen des Aufnahmestaats) besonders betont (Rn. 48, 50).

Die letztgenannte Entscheidung ist aber noch in anderer Hinsicht von Bedeutung. Zum einen muss aus ihr abgeleitet werden, dass die Prüfung der Verbindung zum Aufnahmestaat bzw. die Rechtfertigung von Beschränkungen im Rahmen einer **Gesamtschau** zu erfolgen hat.⁴²

Zum anderen wird dort neuerlich die Bedeutung des Kriteriums der Wohnsitznahme unterstrichen.⁴³ Diesbezüglich erscheint wesentlich, dass der **Wohnsitz** mehr ist als ein bloß faktischer und/oder vorübergehender Aufenthalt. Erst jüngst hat *Eichenhofer* darauf hingewiesen, dass das Unionsrecht im Rahmen der Sozialrechtskoordinierung eine Reihe von Kriterien definiert, die für die Feststellung eines Wohnsitzes zu berücksichtigen sind.⁴⁴ Und völlig zu Recht hat er – nicht zuletzt zur Entkräftung übertriebener Sorgen vor »Sozialtourismus« – betont, dass die Verlegung des Wohnsitzes mit erheblichen Kosten verbunden ist, die zu tragen Arme nur selten im Stande sind, Vermögende auf der Suche nach einem vorteilhaften Besteuerungsstaat dagegen viel eher.⁴⁵

39 So noch einmal die Rs *Collins*, Rn. 72.

40 Vgl. die Rs *Collins*, Rn. 70, *Vatsouras* und *Koupatantze*, Rn. 39, und *Prete*, Rn. 46; wo freilich jeweils offen bleibt, was »angemessen« hier bedeuten soll, vgl. dazu umfassend *Devetzi*, Die »Verbindung« zu einem (Sozial-)Staat: Wann ist der Bund stark genug?, *Zeitschrift für Europarecht (EuR)* 2014, 638 (insb. 642 f.).

41 Besonders markant Rs *Kommission/Niederlande*, Rn. 66.

42 So ausdrücklich *Kapuy*, Der Zugang zu Sozialleistungen innerhalb der EU, *ZAS* 2014/32, 196 (199); ähnlich *Devetzi*, *EuR* 2014, 638 (643 f.).

43 Rs *Prete*, Rn. 47; vgl. aber auch bereits Rs *Collins*, Rn. 72.

44 Auch wenn es sich dabei vorrangig um Kriterien zur Beantwortung der Frage handelt, welcher Mitgliedstaat zuständig ist, sind die in Art. 11 DVO 987/2009 aufgelisteten Aspekte (insb. Dauer und Kontinuität des Aufenthalts, Art und Dauerhaftigkeit von Tätigkeiten, familiäre Bindungen, unbezahlte Tätigkeiten, Wohnsituation, und schließlich Gesamtschau unter Berücksichtigung des erkennbaren Willens der betreffenden Person) auch hier beachtlich.

45 Aufenthaltsrecht versus sozialrechtliche Gleichbehandlung, *DRdA* 2015, 80 (86 f.).

3. Migration aus sonstigen Gründen

Die dritte Fallgruppe kann im vorliegenden Zusammenhang relativ kurz behandelt werden, auch wenn Unionsbürger_innen, die sich nicht zur Arbeitsuche oder Arbeitsaufnahme nicht bloß vorübergehend in einen anderen Mitgliedstaat begeben, ebenfalls als arbeitslos zumindest in einem weiteren Sinn angesehen werden könnten. Als **inaktive** Migrant_innen genießen sie freilich ein über drei Monate hinaus gehendes Aufenthaltsrecht nur nach Maßgabe des Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38. Sie müssen also »für sich und ihre Angehörigen über ausreichende Existenzmittel [verfügen], so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen, und ... über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz ... verfügen«. Ist das nicht der Fall und liegt auch kein Recht auf Daueraufenthalt nach Maßgabe der Art. 16 ff. dieser RL vor,⁴⁶ besteht kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Hinblick auf Sozialhilfeleistungen (vgl. noch einmal Art. 24 leg cit).

Die näheren Ausprägungen und Konsequenzen dieser Rechtslage wurden in den Rs *Brey*, *Dano* und zuletzt *Alimanovic* erörtert. Die beiden erstgenannten Entscheidungen und die zwischen ihnen – tatsächlich oder auch nur vermeintlich – bestehenden Widersprüche wurden bereits intensiv diskutiert⁴⁷ und sollen daher nicht wiederholt werden. Die *Alimanovic*-Entscheidung hat hier manche Klarstellungen gebracht, so dass folgende Eckpunkte als gesichert gelten können:

Auch Leistungen, die in den Anwendungsbereich der VO 883/2004 fallen, namentlich besondere beitragsunabhängige Geldleistungen nach deren Art. 70, können Leistungen der Sozialhilfe i. S. d. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 sein; eine solche Zuordnung schließt dann aber die Einstufung als Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen (und für die daher Gleichbehandlung nach Art. 45 Abs. 2 AEUV zu gewährleisten ist), aus.⁴⁸

Leistungen der Sozialhilfe i. S. d. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 können auch Personen vorenthalten werden, die über ein Aufenthaltsrecht als Arbeitsuchende nach deren Art. 14 Abs. 4 lit. b verfügen. Dazu bedarf es keiner individuellen Prüfung, weil bereits die RL selbst verschiedene Faktoren berücksichtigt, die die Umstände der eine Sozialleistung beantragenden Person kennzeichnen.⁴⁹

Bei nichtaktiven Unionsbürger_innen, deren Aufenthaltsrecht nur nach Maßgabe der Art. 7 Abs. 1 lit. b i. V. m. Art. 14 Abs. 2 RL 2004/38 besteht,

⁴⁶ Daraus resultiert eine volle Gleichstellung in den sozialen Rechten mit den Staatsangehörigen des Aufnahmestaates, vgl. nur *Kapuy*, ZAS 2014/32, 196 (201).

⁴⁷ Vgl. aus jüngerer Zeit nur *Fuchs*, Freizügiger Sozialtourismus, Zeitschrift für europäisches Arbeits- und Sozialrecht (ZESAR) 2014, 103; *Marhold*, DRdA 2015, 231; *Karl*, Neues vom EuGH zum Recht auf Zugang zu den nationalen Sozialsystemen, 75 (oben Fn. 19); *Absenger/Plank*, Die Grenzen von Freizügigkeit und Solidarität – Der Ausschluss von Unionsbürgern aus der Grundsicherung für Arbeitsuchende, WSI-Mitteilungen 5/2015, 355.

⁴⁸ Rs *Alimanovic*, Rn. 44 und 46.

⁴⁹ Rs *Alimanovic*, Rn. 59 f.

hat die Prüfung, ob diese Personen im Rahmen ihres Aufenthalts dem Sozialhilfesystem eine unangemessene Belastung verursachen, sehr wohl individuell unter Berücksichtigung der persönlichen Umstände zu erfolgen.⁵⁰ Die in der Rs *Brey* – in geradezu grotesker Weise – für den Einzelfall geforderte Prüfung, ob dieser eine unangemessene Belastung für das Gesamtsystem darstelle (Rn. 78), wurde nun ausdrücklich verworfen.⁵¹

Auch wenn damit ein wesentlicher Einwand gegen die *Brey*-Entscheidung⁵² ausgeräumt wurde: Der Widerspruch, dass bei den arbeitssuchenden Unionsbürger_innen eine pauschale Verweigerung von Sozialhilfeleistungen möglich sein soll, weil da die »*Ungleichbehandlung ... eine unvermeidliche Folge der RL 2004/38*« sei,⁵³ während bei den Inaktiven (die ja viel weniger von der Arbeitnehmerfreizügigkeit geschützt sind!) eine Prüfung im Einzelfall anzustellen ist, bleibt bestehen. Insofern ist fraglich, ob *Dano* für diese Fälle tatsächlich *Brey* verdrängt hat.⁵⁴

Abschließend sei noch ein weiterer Widerspruch in Erinnerung gerufen: Auch Unionsbürger_innen, die nicht wegen Arbeitssuche oder Arbeitsaufnahme in einen anderen Mitgliedstaat migrieren, können sich auf die VO 883/2004 berufen. Sofern ihnen daher Leistungen im Geltungsbereich der Koordinierungs-VO zustehen, gebühren diese – neben solchen, die aus einem anderen Mitgliedstaat mitgenommen werden können – auf Grund der Anknüpfung an den nunmehrigen Wohnort im Aufnahmestaat (vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. e VO 883/2004), und damit ungeachtet der Intensität der Integration dort und unabhängig davon, ob hier daraus eine Belastung des Sozialsystems entsteht oder entstehen könnte.⁵⁵

IV. Vorläufige Bilanz und Perspektiven

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer_innen im Primärrecht ist von Beginn an in einer engen Wechselbeziehung mit **Wirtschaftswachstum** und **Vollbeschäftigung** gestanden. Die unbestreitbaren Vorzüge der Freizügigkeit wurden und werden dagegen Arbeitslosen nicht in gleicher Weise zuteil: Noch einmal sei bloß auf die »Ein-Tages-Regelung« in Art. 61 Abs. 2 VO 883/2004 oder die Exportbeschränkungen in deren Art. 64 verwiesen.

Keine Freizügigkeit gilt auch für die **Armutsmigration**: Diese aus der unionsrechtlich zulässigen Wanderung herauszunehmen, ist das eigentliche Ziel der RL 2004/38.⁵⁶ Daran ändert auch der Umstand nichts, dass Differenzierungen wegen der Staatsangehörigkeit ansonsten so gut wie kein Thema mehr sind.

50 Rs *Alimanovic*, Rn. 59, unter ausdrücklichem Verweis auf die Rs *Brey*, Rn. 64, 69 und 78.

51 Rs *Alimanovic*, Rn. 62.

52 Vgl. nur meine Besprechung dieser Entscheidung, DRdA 2014, 309 f, und die dortigen Nachweise.

53 Rs *Dano*, Rn. 77.

54 Wovon zuletzt aber etwa auch *Marhold*, DRdA 2015, 232, ausgegangen ist.

55 *Kapuy*, ZAS 2014/32, 196 (200 f.).

56 Vgl. nur *Eichenhofer*, DRdA 2015, 80 (84).

Diese Entwicklung ist zu einem Gutteil auch der Unionsbürgerschaft geschuldet. Freilich hat der EuGH die daraus u. U. resultierenden Schlussfolgerungen – gerade im Sozialbereich – zu rasch und **zu weit** vorangetrieben.⁵⁷

Insofern ist – trotz der Probleme und Unsicherheiten, die damit verbunden sind⁵⁸ – vorbehaltlos zu begrüßen, dass der EuGH hier gleichsam einen »Rückzug« angetreten hat und Leistungsansprüche von anderen Verbindungen zum Aufnahmestaat abhängig macht als von der Staatsangehörigkeit oder Steuer- bzw. Beitragsleistungen. Solche Bedingungen sind **notwendig** und **legitim**, solange es die **Mitgliedstaaten** sind, welche die Verantwortung für die (Finanzierung der) Sozialleistungen tragen müssen.

Da eine Änderung dieser Situation nicht absehbar ist, ja eine »Sozialunion« zuletzt bedauerlicherweise in noch weitere Ferne gerückt ist, sollten die bestehenden Widersprüche und Spannungsfelder insb. zwischen Sozialrechtskoordination, Freizügigkeit, Aufenthaltsrecht und Unionsbürgerschaft alsbald beseitigt werden. Dies kann und darf nicht der Rechtsprechung überlassen werden, sondern muss im Wege der **Rechtsetzung** erfolgen. Dafür seien nur einige mögliche Ansatzpunkte genannt:

Zum einen könnten Sozialleistungsansprüche im Aufnahmestaat ausdrücklich von der Zurücklegung einer Wartezeit abhängig gemacht werden. Dies könnte mit einer – schon nach geltendem Recht möglichen – stärkeren Betonung des Wohnsitzkriteriums verknüpft werden.

Auf der anderen Seite bedürfte es auch einer dezidierten Stärkung der Position von arbeitslosen Migrant_innen. Von den dazu vorliegenden Vorschlägen⁵⁹ scheint die generelle (d. h. über die Option in Art. 64 Abs. 3 VO 883/2004 hinausgehende) Verlängerung der Exportierbarkeit von Leistungen bei Arbeitslosigkeit auf (zumindest) sechs Monate besonders vordringlich.

Dies würde einen ersten Schritt zu einer solidarischen Verteilung des Risikos Arbeitslosigkeit zwischen den Mitgliedstaaten darstellen. Dafür gibt es auch schon wesentlich weitergehende Vorschläge, insb. in Form eines Risikoausgleichs durch eine Europäische Arbeitslosenversicherung, auch wenn damit noch zahlreiche ungeklärte Fragen verbunden sind.⁶⁰

In jedem Fall verlangt eine Lösung der Probleme bei Migration und Arbeitslosigkeit einen **solidarischen Ansatz**. Wie auch bei anderen großen Herausforderungen, denen sich unsere Gesellschaften gegenübersehen, namentlich der dramatischen Entwicklung der Fluchtbewegungen aus dem Nahen und Mittleren Osten bzw. aus Afrika, kann eine Bewältigung nicht durch »mehr Nationalstaat« erfolgen, sondern erfordert im Gegenteil ein **Mehr an – freilich auch sozialem – Europa!**

57 Vgl. nur *Rebhahn*, Der Einfluss der Unionsbürgerschaft auf den Zugang zu Sozialleistungen – insb. zur Ausgleichszulage (EuGH-Urteil Brey), *Wirtschaftsrechtliche Blätter (wbl)* 2013, 605.

58 Vgl. insb. *Devetzi*, *EuR* 2014, 638 (653 ff).

59 Vgl. insb. *Fuchs*, Die Koordinierung der Leistungen bei Arbeitslosigkeit – de lege lata und de lege ferenda, *ZESAR* 2013, 343 ff.

60 Vgl. dazu zuletzt *Kohlbacher*, Europäische Arbeitslosenversicherung?, in *Aschauer/Kohlbacher* (Hrsg.), *Jahrbuch Sozialversicherungsrecht* 2015, 107 ff.

Die UN-Behindertenrechtskonvention als normative Gestaltungsdirektive kommunaler Daseinsvorsorge

Inhaltsübersicht

- I. Soziale Inklusion als Thema kommunaler Daseinsvorsorge
- II. Annäherungen an das Thema: Erinnerungen an Bernd Schulte
 1. Der Beginn einer langjährigen wissenschaftlichen Zusammenarbeit
 2. Das gemeinsame Interesse an kommunaler Sozialpolitik und am Rehabilitationsrecht
 3. Im Zentrum: Das Forschungsthema »Eingliederung im Politik- und Rechtsvergleich«
- III. Die UN-Behindertenrechtskonvention als rechtlich verbindliches Inklusionskonzept und Auftrag zur kommunalen Rehabilitationsvorsorge
 1. Die Konvention als Teilhabe- und Regionalisierungskonzept für Menschen mit Behinderungen
 2. Gewährleistung partizipativer Rechtsgestaltung im Prozess kommunaler Rehabilitationsvorsorge
 3. Kommunale Verantwortung für lokale Inklusion unter Wahrung individueller Autonomie
- IV. Kommunale Daseinsvorsorge am Wendepunkt ihres Rehabilitationsauftrags
 1. Lokale Rehabilitationspolitik als Strukturelement des »neuen« Rehabilitationsrechts
 2. Finanznot der Kommunen und Möglichkeitsvorbehalt

Die kommunale Daseinsvorsorge und die von ihr gestaltete soziale Infrastruktur in den Gemeinden unterliegen in stetig wachsendem Ausmaß dem Einfluss des inter- und supranationalen Sozialrechts. In seinem wissenschaftlichen Werk hat sich *Bernd Schulte* mit dieser Entwicklung aus der Perspektive des Rehabilitations- und Betreuungsrechts viele Jahre tiefschürfend auseinandergesetzt. Der hiesige Beitrag teilt seinen Ausgangspunkt; er fußt auf den gemeinschaftlichen Forschungsanstrengungen zu dem Thema. Erörtert wird, wie sich die UN-Behindertenrechtskonvention als normative Gestaltungsdirektive auf die kommunale Daseinsvorsorge in Deutschland auswirken wird.

I. Soziale Inklusion als Thema kommunaler Daseinsvorsorge

Kommunale Sozialpolitik und die ihr aufgegebenen lokale Daseinsvorsorge sind derzeit in Deutschland von neuem in ausgreifende Auseinandersetzungen verstrickt.¹ Von einer »Renaissance« der sozialen Leistungserbringung

¹ *Frank Schulz-Nieswandt/Hermann Brandenburg*, Barrieren und Möglichkeiten der Kommune als vernetzter Sozialraum, *Sozialer Fortschritt* 64 (2015), S. 104 ff.; für die Vergangenheit vgl. statt anderer *Rainer Pitschas*, Kommunale Sozialpolitik, in: Bernd Baron von Maydell/Franz Ruland (Hrsg.), *Sozialrechtshandbuch (SRH)*, 3. Aufl., Baden-Baden 2003, S. 1295 ff., bes. Rn. 23 ff., 114 ff., 151 ff.

ist bereits die Rede.² Sie wird mit intensiven Plädoyers für die Rückkehr zur hoheitlichen Leistungsverwaltung und zu einer Besinnung auf kommunale Strategien gegen Armut in Zeiten der Einkommenspolarisierung anstelle von Privatisierungen aller Art verknüpft – auch mit der Sorge um ausreichend Wohnraum in Kommunen, um genügend Krankenhausbetten, oder – wie es jüngst der Fall ist – um Flüchtlinge und vieles andere mehr –, kurz gesagt: in Streit stehen Barrieren und Möglichkeiten der Kommunen als einem vernetzten Sozialraum.³

Auch die Inklusion zählt zu diesen »heißen« Diskussionsthemen.⁴ Eine der wichtigsten Streitfragen dürfte dabei diejenige nach der Finanzierung der Leistungen im Verteilungskampf zwischen Bund, Ländern und Gemeinden sein. Kaum Einigkeit besteht auch darüber, dass die kommunale Sozialpolitik und die lokale Daseinsvorsorge als ihr Instrument zukünftig weniger auf »Markt« und »Wettbewerb« als auf »Solidarität« und »staatliche Finanzierung« setzen sollten.

II. Annäherungen an das Thema: Erinnerungen an Bernd Schulte

1. Der Beginn einer langjährigen wissenschaftlichen Zusammenarbeit

Bernd Schulte hat sich mit manchem dieser einschlägigen Themen auseinandergesetzt. Nicht zuletzt deshalb verbanden mich bis zu seinem Tod lange Jahre gemeinsamer wissenschaftlicher Arbeit.

Am Beginn dieser Zeit stand die Begegnung mit ihm zum Auftakt meiner Assistententätigkeit im öffentlichen Recht und Sozialrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München im Herbst 1979. Ich war meinem Lehrer *Rupert Scholz*, der einen Ruf nach München erhalten hatte, dorthin aus Berlin gefolgt. Zugleich aber hatte mir *H. F. Zacher*, ebenfalls Inhaber eines Lehrstuhls an der Juristischen Fakultät und damaliger Leiter der von der Max-Planck-Gesellschaft eingesetzten Projektgruppe für vergleichendes und internationales Sozialrecht, die in München residierte⁵, die Mitarbeit an deren Arbeitsvorhaben angeboten. Während *Bernd Schulte* dieser Projektgruppe angehörte, entschied ich mich für die Lehrstuhl­tätigkeit. Allerdings standen die Mitglieder der Projektgruppe mit den Universitätsassistenten des öffentlichen

2 Vgl. nur *Jasper von Altenbockum*, Renaissance der Daseinsvorsorge, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 09.06.2015, Nr. 130, S. 8; s. ferner zur Diskussion *Hartmut Bauer*, Zukunftsthema »Rekommunalisierung«, Die öffentliche Verwaltung 65 (2012), S. 329 ff.

3 Näher dazu mit Bezug auf das hiesige Thema *Felix Welti*, Sozialrecht und Barrierefreiheit, Die Sozialgerichtsbarkeit 62 (2015), S. 533 ff.; *Frank Schulz-Nieswandt*, Der inklusive Sozialraum. Psychodynamik und kulturelle Grammatik eines sozialen Lernprozesses, Baden-Baden, 2013.

4 Siehe statt anderer *Martin Burgi*, Kommunale Verantwortung und Regionalisierung von Strukturelementen in der Gesundheitsversorgung, Baden-Baden 2013, S. 89 ff.; *Rainer Pitschas*, Der inklusive Sozialstaat, in: *Martin Kment* (Hrsg.), Das Zusammenwirken von deutschem und europäischem öffentlichen Recht. Festschrift für Hans D. Jarass zum 70. Geburtstag, München 2015, S. 89 (92 ff., 95 ff.).

5 Zum Entwicklungsprozess der Max-Planck-Projektgruppe »Vergleichendes und internationales Sozialrecht« seit ihrer Einsetzung zum 1.4.1975 vgl. Max-Planck-Gesellschaft (Hrsg.), Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht München. Berichte und Mitteilungen, Heft 1/86, passim.

Rechts in mehr oder weniger engem Kontakt; ich selbst suchte diesen wegen meiner beruflichen Vorerfahrung und Neigung im Sozialrecht besonders stark. Wie es das Schicksal so will, wurde auf diesem Wege der verstorbene Kollege mein »Partner«.

Gemeinsam gründeten wir beide in diesen Jahren mit anderen Kollegen an der Universität einen Arbeitskreis für die Besprechung von verfassungs-, verwaltungs- und sozialgerichtlichen Entscheidungen in den damaligen »Juristischen Arbeitsblättern«. Die jeweiligen Vorbesprechungen waren allen möglichen juristischen Überlegungen gewidmet, nicht zuletzt aber auch dem gegenseitigen Austausch über die jeweiligen Dissertations- bzw. Habilitationsvorhaben. Diese wissenschaftlich sehr fruchtbare Zeit endete für *mich* mit meiner Habilitation im Jahre 1988 und mit dem anschließenden Weggang aus München.

2. Das gemeinsame Interesse an kommunaler Sozialpolitik und am Rehabilitationsrecht

Bernd Schulte und *ich* verloren uns gleichwohl nicht aus den Augen. Zum einen arbeiteten wir als Mit-Autoren unter der Herausgeberschaft von *Bernd Baron von Maydell* und *Franz Ruland* am Sozialrechtshandbuch (SRH) mit, das in erster Auflage im Jahr 1988 erschien.⁶ *Ich* hatte dort den Bericht über »Kommunale Sozialpolitik« übernommen und dabei einen Schwerpunkt u. a. auf die Eingliederungshilfe für behinderte Menschen als kommunalen Handlungsauftrag zur »Rehabilitationsvorsorge« gelegt⁷, während *Bernd Schulte* das Thema »Allgemeine Regeln des internationalen Sozialrechts – supranationales Recht« behandelte.⁸

Mehr noch verband uns aber das gemeinsame Anliegen, zu dem Forschungsthema »Eingliederung im Politik- und Rechtsvergleich« den spezifischen Verwirklichungsbedingungen einer gemeinsamen Sozialpolitik in der Europäischen Union (EU) einerseits, im Sozial- und Rechtsvergleich mit asiatischen Staaten andererseits nachzuspüren. Das Interesse an dieser Fragestellung, die nicht zuletzt den jeweiligen kommunalen Handlungsrahmen einschloss, führte uns im Herbst 2001 erneut zusammen. Dabei war es ein Glücksfall, dass sich auch das damalige Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht unter seinem Direktor *Bernd Baron von Maydell* zur institutionellen Mitwirkung an den breitgefächerten Forschungsanstrengungen bereitfand.

⁶ Vgl. den Nachweis in Fn. 1.

⁷ A. o. O. (Fn. 1), Rn. 33, 35 ff., 49, 85, 104 u. öfter.

⁸ Vgl. auch in 4. Aufl., Baden-Baden 2008, S. 1339–1409.

3. Im Zentrum: Das Forschungsthema »Eingliederung im Politik- und Rechtsvergleich«

Auf diese Weise wurde der Grundstein für ein langjähriges Forschungsprojekt zur »Teilhabe behinderter Menschen an der Bürgergesellschaft in Asien und Europa – Eingliederung im Sozial- und Rechtsvergleich« gelegt. Die Arbeit daran führte zunächst zu einer Bestandsaufnahme nationaler Eingliederungspolitiken auf beiden Kontinenten durch ausgewählte Staaten sowie zu einer ersten Forschungskonferenz im Jahr 2001 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer.⁹ Auf der Grundlage einer Reihe dort identifizierter Fragestellungen schloss hieran eine zweite Forschungskonferenz im April 2002 in Zusammenarbeit mit dem Japanisch-Deutschen Zentrum Berlin an. Im Mittelpunkt der Überlegungen standen nun nicht mehr nur die einzelnen nationalen Berichte, sondern die Auseinandersetzung mit Querschnittsthemen, in welche durch thematisch aufschließende Referate eingeführt wurde.

Nationalberichte und Querschnittsreferate wurden in dem Band »Behinderung in Asien und Europa im Politik- und Rechtsvergleich. Mit einem Beitrag zu den USA« veröffentlicht.¹⁰ Er verdeutlichte bereits damals den weltweiten Umbruch in der Behindertenpolitik und im Recht für behinderte Menschen, der das Ziel der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung weltweit unverkennbar in den Vordergrund rückte. Ebenso aber wurden die »Schwachstellen« der deutschen und europäischen Politik für behinderte Menschen erkennbar, so z. B. im kommunalen Sektor.¹¹ Bernd Schulte dagegen legte vor allem den Finger in die »europäische Wunde«.¹²

In der anschließenden gemeinsamen Forschungsarbeit kristallisierten sich weitere zentrale Forschungsfragen heraus. Die Ergebnisse ihrer Bearbeitung wurden auf einem Workshop in München vorgestellt sowie unter Mit-Herausgeberschaft von Bernd Schulte in dem Band »Politik und Recht für Menschen mit Behinderungen in Europa und Asien« publiziert.¹³ Sein Beitrag in diesem Sammelband¹⁴ widmete sich einerseits der Teilhabe und Inklusion von Menschen mit Behinderungen in der EU; zugleich und andererseits bezog er das damals frisch unterzeichnete UN-Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen in seine Erörterungen ein. Er wertete das Vertrags-

9 Die Ergebnisse finden sich unter dem im Text genannten Titel publiziert in: Rainer Pitschas/Bernd Baron von Maydell/Bernd Schulte (Hrsg.), *Speyerer Arbeitshefte* Nr. 141, 2002, 244 S.

10 Das Buch erschien als Bd. 26 der Studien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht unter der Herausgeberschaft der Forschergruppe *Bernd von Maydell/Rainer Pitschas/Bernd Schulte*, Baden-Baden 203, 520 S.

11 Rainer Pitschas, *Integration behinderter Menschen als Teilhabekonzept im Rechts- und Sozialvergleich: Zur Neuordnung des deutschen Rehabilitationsrechts*, a. a. O. (Fn. 10), S. 389 (399 f., 407).

12 Bernd Schulte, *Behindertenpolitik und Behindertenrecht in der Europäischen Union als Gemeinschaftsprojekt*, a. a. O. (Fn. 10), S. 479 (487 f., 489 ff.).

13 Unter der Herausgeberschaft der Forschergruppe *von Maydell/Pitschas/Pörtner/Schulte*, Baden-Baden 2009, 509 S., als Bd. 44 der Studien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht.

14 Bernd Schulte, *Behindertenpolitik und Behindertenrecht in Europa: Behindertenpolitische und behindertenrechtliche Grundlegung: die Europäische Union*, a. a. O. (Fn. 13), S. 305 ff.

werk als »das erste universelle Rechtsinstrument, das bestehende Menschenrechte, bezogen auf die Lebenssituation behinderter Menschen, konkretisiert. Es würdigt Behinderung als Teil der Vielfalt menschlichen Lebens und überwindet damit das noch in vielen Ländern vorherrschende defizitorientierte Verständnis«. ¹⁵

Bernd Schulte hob ferner – insofern ein früher Protagonist der normativen Reichweite des Vertragswerks – die rechtliche Logik der Behindertenrechtskonvention (BRK) in ihrem menschenrechtsbasierten Verständnis von Inklusion hervor. Deutlich sieht sich ferner die Verknüpfung von Behindertenpolitik und Recht für behinderte Menschen in Europa sowohl »nach unten« im Einfluss auf nationales Recht sowie »nach oben« als international rechtliche normative Maßgabe herausgearbeitet – oder, in seinen Worten ausgedrückt: »Insofern spiegelt auch das Übereinkommen ... den für das Behindertenrecht und die Behindertenpolitik in den EU-Staaten bedeutsamen Prozess der Europäischen Integration wider.« ¹⁶

III. Die UN-Behindertenrechtskonvention als rechtlich verbindliches Inklusionskonzept und Auftrag zur kommunalen Rehabilitationsvorsorge

1. Die Konvention als Teilhabe- und Regionalisierungskonzept für Menschen mit Behinderungen

Mittlerweile hat Deutschland das von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 13. Dezember 2006 verabschiedete Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention-UN-BRK) mit Wirkung zum 26. März 2009 auf der innerstaatlichen Grundlage des Art. 59 Abs. 2 GG ratifiziert. ¹⁷ Damit ist der Vertragsinhalt der UN-BRK »nach innen« Teil des geltenden Bundesrechts im Range eines Bundesgesetzes geworden. Zugleich wird Deutschland an den Vertragsinhalt der Konvention gebunden. Vorbehalte zu einzelnen Artikeln bzw. Passagen wurden nicht erklärt.

Die **Rechtsfolgen**, die sich aus dieser vorbehaltlosen Ratifikation für das deutsche System der gesellschaftlichen Teilhabe von behinderten Menschen ergeben, bedeuten nichts weniger als einen **Paradigmenwechsel**, wie ihn *B. Schulte* bereits diagnostiziert hatte. Die Konvention hat nämlich nicht nur zum Ziel, Menschen mit Behinderungen ein Leben als gleichberechtigte Bürgerinnen und Bürger ihres Landes untereinander sowie im Verhältnis zu anderen Menschen, die ohne Behinderungen sind, zu ermöglichen. Das Leitbild hierzu formulieren die allgemeinen Grundsätze des Übereinkommens, die in-

¹⁵ *Bernd Schulte*, a. a. O. (Fn. 14), S. 337.

¹⁶ *Bernd Schulte*, a. a. O. (Fn. 14), S. 337 f.

¹⁷ Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention-UN-BRK) vom 13.12.2006, mit Wirkung zum 26.3.2009 von Deutschland ratifiziert, vgl. BR-Drs. 760/08; BT-Drs. 16/10808 und 16/11234; BGBl. II 2008, S. 1419 ff.

sofern in der Tat ihre Schutzwirkung als Teilhabekonzept nicht über das aktuelle deutsche Recht hinaus erstrecken. Denn das Integrationsgebot ist ebenso wie das Diskriminierungsverbot bereits im Grundgesetz verankert (Art. 3 Abs. 3 GG) und europarechtlich verbindlich garantiert.¹⁸

Gewichtiger aber ist, so scheint mir, dass die UN-BRK die Vertragsstaaten mit rechtlicher Bindungswirkung verpflichtet, auch die **Umsetzung** der in ihr enthaltenen Grundsätze und einzelnen Bestimmungen in die jeweilige Rechtsordnung der Vertragsstaaten zu besorgen. Dies geht über eine bloße Förderpflicht hinaus. Die Konvention verlangt zugleich und rechtsverbindlich die alltagspraktische **Durchsetzung** des geschaffenen Rechts. Das vertragliche Versprechen löst auf diese Weise das klassische Rehabilitationsverständnis des SGB IX ab, das darauf hinausläuft, behinderte Menschen durch rechtliche Sonderstellung und in besonderen Einrichtungen zu »fördern«, damit sie die Anforderungen der Gesellschaft erfüllen können. Stattdessen tritt mit rechtlicher Konsequenz das **neue Konzept** in den Vordergrund, Menschen mit Behinderungen als gleichgestellte Angehörige der Gemeinschaft anzusehen – und zur Verwirklichung eben dessen die Barrieren wegzuräumen, die dieser Einbeziehung im Wege stehen.¹⁹ Auf allen Verpflichtungsebenen staatlichen Handelns die Hindernisse der Gleichstellung zu beseitigen, um behinderten Menschen die volle und gleiche Teilhabe mit Barrierefreiheit zu sichern, macht den Unterschied zu dem älteren Konzept der »Integration« aus: Der UN-BRK liegt eben diese Vorstellung einer zugangsoffenen und einer **Ebenen übergreifenden Inklusion** zugrunde.²⁰ Dies verkennen Äußerungen, die darauf hinauslaufen, die Behindertenrechtskonvention würde den Schutz behinderten Menschen nicht erweitern.²¹

2. Gewährleistung partizipativer Rechtsgestaltung im Prozess kommunaler Rehabilitationsvorsorge

Inmitten dieses Verständnisses der barrierefreien regionalen und auch lokalen Inklusion sowie in Anerkennung der Verschiedenheit von Menschen (»Diversity«) entfaltet sich als Ausfluss der Konvention das **Leitbild kommunaler Rehabilitationsverantwortung** unter dem Aspekt kommunaler Daseinsvorsorge. Diese umfasst bekanntermaßen nicht nur die gemeindlichen Einrichtungen der ortsgebundenen Energie- und Wasserversorgung, des Nahverkehrs oder der Abfallbeseitigung, sondern auch der Krankenhäuser, Alten-

18 Ernst-Wilhelm Luthé, Die Sozialgerichtsbarkeit 60 (2013), S. 391 ff. Darüber hinaus ist zwar die UN-BRK nach ihrem Inkrafttreten integraler Bestandteil der Unionrechtsordnung (Art. 216 Abs. 2 AEUV), doch galten zuvor bereits Art. 26 der Europäischen Grundrechte-Charta und Art. 10, 19 AEUV als verbindliches Recht in Deutschland, vgl. auch Sven Hölscheidt, in: Jürgen Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., Baden-Baden, Art. 26 Rn. 1, 11, 21 ff.

19 Zu diesem »Konzept des ungehinderten Zugangs« schon Pitschas, a. a. O. (Fn. 11), S. 408 ff., 411 ff.; jüngst auch Welti, a. a. O. (Fn. 3), S. 536.

20 Siehe dazu auch Peter Masuch, Die Bedeutung der UN-Behindertenrechtskonvention für die Reform des Teilhaberechts behinderter Menschen, in: Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, 45 (2014), S. 18 ff., 20 ff., 27 ff.

21 So etwa Luthé, a. a. O. (Fn. 18), S. 391 ff.; ders., Zur rechtlichen Bedeutungslosigkeit der UN-Behindertenrechtskonvention und ihren Risiken, Behindertenrecht 2014, S. 89 ff.

heime, Kindergärten und Rehabilitationseinrichtungen als Inbegriff der örtlichen »sozialen Infrastruktur«.²²

Hieran schließt namentlich Art. 19 UN-BRK an. Denn er setzt als Träger eines Regionalisierungskonzepts und lokaler Rehabilitationsvorsorge die **dezentralisierte** Verantwortung eines jeden Unterzeichnerstaates für die unabhängige Lebensführungs-Chance behinderter Menschen frei. Deren Einbeziehung auf der lokalen Ebene in die Gemeinschaft wird rechtlich garantiert. Behinderte Menschen sollen sonach mit dem Ziel einer **barrierefreien Umgebung** vor allem »vor Ort« ein Leben führen können, das so normal wie möglich ist – und sich zur Verwirklichung dieser Leitidee auf die tatkräftige Unterstützung der Kommunen verlassen dürfen.

Doch geht es Art. 19 der BRK nicht nur um die Erfahrung **gleicher Rechte**. Die Vorschrift spricht auf dem Weg in den inklusiven Sozialstaat die Vertragsstaaten ebenso auf unterschiedliche Formen der **Rechtsgestaltung** an – eben behinderte Menschen als deren Adressaten einerseits sowie als ihre Akteure andererseits.

Als Letztere haben sie nicht nur auf Rechtsetzung, sondern auch auf die **Umsetzung** und die **Durchsetzung** dieser Rechte im Alltag unter Eigenbeteiligung zu achten. Es bedarf nach Art. 19 UN-BRK des »partizipativ gelebten Rechts«, um die Lebensführung in Unabhängigkeit zu gewährleisten. Über den »Zugang« zu gemeindenahen Unterstützungsdiensten hinaus müssen diese von den Kommunen auch **tatsächlich** und ebenso effektiv wie effizient²³ in Gestalt von gemeindenahen Dienstleistungen und Einrichtungen arbeiten und den Bedürfnissen behinderter Menschen Rechnung tragen.

Die Konvention formuliert auf diese Weise eine rechtlich bindende Schutzpflicht der kommunalen Verwaltungsebene (Art. 19 lit. b und c). Gesetz- und Satzungsgeber, Verwaltung und Rechtsprechung haben deshalb in Deutschland auf entsprechende Wirksamkeit und Eignung der zu treffenden rechtlichen Maßnahmen im Alltag behinderter Menschen aus deren Sicht Bedacht zu nehmen. Die einschlägigen rechtlichen Maßgaben sind i. S. der Wahrung **individueller Autonomie** zu gestalten.²⁴ Dabei geht es nicht allein um das gesetzte Recht an sich, sondern um die **Wirkungen des Rechts**, die zielgerichtet (effektiv) sein sollen und dies nur vermögen, wenn die Adressaten der Rechtsbildung an dieser beteiligt werden.

22 Dazu statt anderer *Pitschas*, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 23 ff., 26 ff., 33, 114 ff.

23 Zum rechtlichen Gehalt dieser Handlungsmaßstäbe s. m. w. Nachw. *Rainer Pitschas*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., München 2012, § 42 Rn. 111 ff., 157 ff.

24 Vgl. BGH, Beschl. v. 28.1.2015 – XII ZB 520/13 m. Bespr. von *Cindy Schimank*, Diskussionsforum Rehabilitations- und Teilhaberecht E-7/2015, www.reha-recht.de; ferner *Felix Welti*, Rechtliche Voraussetzungen von Barrierefreiheit, NVwZ 2012, S. 725 ff.

3. Kommunale Verantwortung für lokale Inklusion unter Wahrung individueller Autonomie

Das Konzept der Inklusion, wie es der Konvention zugrunde liegt, geht demzufolge nicht nur über den früheren Integrationsansatz des sozialen Rechtsstaats hinaus, indem es dessen Defizite und Fehlentwicklungen zu vermeiden sucht. Inklusion verlangt zudem im Alltag (auch) auf kommunaler Ebene die systemische Umstellung der Behindertenpolitik auf ein Teilhaberegime, dessen wesentliche Grundzüge voraufgehend skizziert worden sind. Jedenfalls reicht es für die Verwirklichung der garantierten unabhängigen Lebensführung nicht länger aus, nur Ressourcen zu verlagern und in diesem Sinne »kommunale Aktionspläne« zu entfalten. Vielmehr wird auf lokaler Ebene eine neue »Verwaltungskultur« bei der Unterstützung behinderter Menschen erforderlich, so wie sie etwa in Art. 19 lit. a–c UN-BRK dekliniert wird, aber auch in anderen Bestimmungen, etwa zum Bildungssektor (Art. 24 UN-BRK) konkretisiert ist.

Erforderlich wird deshalb die Abkehr von der bisherigen lokalen Rehabilitationspolitik der Kommunen²⁵ zu Gunsten der Einrichtung und Führung solcher Unterstützungsdienste, die eine autonomiegeprägte Ausübung der individuellen Rechts- und Handlungsfähigkeit ihrer behinderten Klienten gewährleisten. Im Kern steht hierfür der Gedanke der **sozialen Vernetzung** im kommunalen Raum auf der einen Seite, die Heraushebung der »**persönlichen Assistenz**« in Art. 19 lit. b UN-BRK auf der anderen Seite, die beide zur Unterstützung des Lebens in der Gemeinschaft und der Einbeziehung in die Gemeinschaft sowie zur Verhinderung von Isolation und Absonderung von dieser notwendig sind. Behinderten Menschen wäre hiernach in den kommunalen Aktionsplänen²⁶ systematisch eine Unterstützung anzubieten, die es ihnen ermöglicht, ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit **selbst** unter Beweis zu stellen – ohne auf einen gesetzlichen Vertreter/Betreuer zurückgreifen zu müssen, der anstelle der von der persönlichen Ausübung dieser Fähigkeiten ausgeschlossenen behinderten Menschen rechtswirksam tätig werden soll.²⁷

Konsequenterweise muss daher auch auf der Programmebene und nicht nur organisatorisch das lokale Handeln umgestellt werden, etwa das Betreuungsrecht in ein Erwachsenenschutzrecht übergehen, welches die »Erforderlichkeit« der Anordnung einer Betreuung in den zu erstattenden Gutachten des Sozialdienstes neu definiert.²⁸

25 In groben Strichen vorgezeichnet bei Pitschas a. a. O. (Fn. 11) Rn. 413 ff.; vgl. auch Johanna Wenkebach/Felix Welti, Barrierefreier Zugang zu Waren und Dienstleistungen – ein Recht und seine Durchsetzung, VuR 2015, S. 209 ff.

26 Hierzu näher Pitschas, a. a. O. (Fn. 4), S. 99 f., m. w. Nachw.

27 Prüfstein ist insofern das »Erforderlichkeitsprinzip« im Dienste des Autonomieschutzes, vgl. BGH, a. a. O. (Fn. 24).

28 Rainer Pitschas, Eingliederung des Betreuungsrechts in das Sozialgesetzbuch als Erwachsenenschutz, Die Sozialgerichtsbarkeit 60 (2013), S. 500 (505 f.).

IV. Kommunale Daseinsvorsorge am Wendepunkt ihres Rehabilitationsauftrags

1. Lokale Rehabilitationspolitik als Strukturelement des »neuen« Rehabilitationsrechts

In der Folge dessen bleibt lokale Rehabilitationspolitik nach Maßgabe der Konvention als eigenständiges Strukturelement des künftigen Rehabilitationsrechts und in wachsender Konkurrenz zu weiteren Schutzanstrengungen auszuformen. Art. 19 UN-BRK erfordert diesbezüglich einen inhaltlichen Wandel der bisher im zukünftigen Rehabilitationsrecht vorgesehenen Hilfeangebote und Einrichtungen. Insofern er z. B. »gemeindenaher Unterstützungsdienste« in Bezug nimmt, also die kommunale Daseinsvorsorge in ihrer Strukturgebung als Eingliederungshilfe für behinderte Menschen, steht insbesondere deren »Vernetzung« zur Diskussion.²⁹

Die gleiche gesellschaftliche Teilhabe durch Verwirklichung des komplexen Anspruchs auf »persönliche Assistenz« sicher zu stellen, bedarf überdies struktureller Anstrengungen. Dem entgegenstehende Barrieren sind in der Daseinsvorsorge vielfältig; sie lassen sich nicht allein durch die bereits erwähnte »Zugangsverschaffungspflicht« beseitigen. Art. 19 lit. e UN-BRK verweist insofern nur beispielhaft auf das »selbstbestimmte Wohnen«, dem in Deutschland noch viel zu oft die Forderung nach Gemeinschaftsunterkünften in den Weg gestellt wird.

Gleiches gilt für das Instrument des **persönlichen Budgets** nach § 17 SGB IX. Gerade der dadurch normativ vermittelte Zugang zu »persönlicher Assistenz« findet neben weiteren Ansatzpunkten die Kritik des Deutschen Instituts für Menschenrechte als Monitoring-Stelle zur UN-BRK.³⁰ Es wird zu prüfen sein, ob mit der Arbeit an dem geplanten »Bundesteilhabegesetz«, welches das derzeit geltende SGB IX ersetzen soll, die Entwicklung im hiesigen Sinne vorangetrieben werden wird. Eine besondere Rolle spielen dabei gewiss die Kostengesichtspunkte.

2. Finanznot der Kommunen und Möglichkeitsvorbehalt

In den letzten Jahren haben sich jedenfalls die Kosten der kommunalen Eingliederungshilfe für behinderte Menschen vervielfältigt. Befürchtet wird, dass durch das vorzulegende »Bundesteilhabegesetz« neue Standards der Inklusion festgesetzt werden würden, die zur Verschärfung der gegebenen Kos-

29 In diese Richtung aus der Perspektive der Kinder- und Jugendhilfe zum Verständnis der »Vernetzung« kommunaler Institutionen als durch rechtliche Regelungen herbeigeführte Kooperationen siehe u. a. *Sonja Reimer*, Vernetzung kommunaler Institutionen am Beispiel der Kinder- und Jugendhilfe, Sozialer Fortschritt 64 (2015), S. 115 ff.

30 Deutsches Institut für Menschenrechte, Eingabe der Monitoring-Stelle zur UN-BRK an den UN-Fachausschuss der Vereinten Nationen für die Rechte von Menschen mit Behinderungen anlässlich der Vorbereitung einer Frageliste im Prüfverfahren des ersten deutschen Staatenberichts im Jahr 2015, vVm. vom 28.2.2014, S. 18 ff.

tendynamik beitragen könnten.³¹ Jedenfalls ist kritisch zu würdigen, dass die im Koalitionsvertrag vom Bund zugesagte globale Entlastung der Kommunen für wachsende Sozialausgaben an das Teilhabegesetz gekoppelt werden soll. In Bezug auf solche »Einsparungen« ist zu bedenken, dass schon derzeit in Deutschland die Kosten für die Hilfe an behinderte Menschen im Sozialsektor das größte Budget der kommunalen Daseinsvorsorge ausmachen.

Allerdings besteht kein Zweifel daran, dass im Verteilungskampf zwischen Bund, Ländern und Gemeinden bei der Umsetzung der Inklusion nicht alle Wünsche werden erfüllt werden können. Es gilt auch in diesem Sektor der Rehabilitationsvorsorge der finanzielle »Möglichkeitsvorbehalt«, unter dem der (subsidiäre) Sozialstaat steht. Doch sollte darüber die Kernaussage der UN-BRK für die kommunale Daseinsvorsorge nicht in den Hintergrund gedrängt werden: Sie lenkt das Augenmerk auf die Gestaltung eines inklusiven sozialen Nahraums in kommunaler Verantwortung, der – wie das Beispiel aktueller Flüchtlingshilfe durch das Ehrenamt belegt – noch viel Platz für Unterstützungsleistungen bietet. Es ist sehr schade, dass *Bernd Schulte* uns bei deren Entwicklung nicht mehr zur Seite steht.

31 Siehe den Bericht darüber bei von *Altenbockum*, a. a. O. (Fn. 2), S. 8.

Die Reform der Alterssicherung im Vereinigten Königreich

Inhaltsübersicht

- A. Einführung
- B. Das neue System der staatlichen Alterssicherung ab 2016
 - I. Persönlicher Anwendungsbereich
 - 1. Vollständige Anwendung des neuen Systems
 - 2. Überführung bisheriger Versicherter in das neue System
 - a) Startguthaben niedriger als voller Leistungsanspruch
 - b) Startguthaben höher als der volle Leistungsanspruch
 - II. Leistungsvoraussetzungen
 - 1. Mindestbeitragszeit
 - 2. Höchstbeitragszeit
 - III. Leistungshöhe
 - IV. Versicherungszeiten
 - V. Rentenalter
 - VI. Hinterbliebenensicherung
 - VII. Vererbung von Ansprüchen
 - 1. Vererbung einer Additional State Pension
 - 2. Vererbung einer geschützten Zahlung
 - 3. Vererbung einer zusätzlichen State Pension oder einer Abfindung
 - 4. Zugriff auf das Rentenkonto des Partners
 - VIII. Scheidung
 - IX. Auslandsaufenthalt
- C. Schlussbemerkung

A. Einführung

Dr. Bernd Schulte, dem dieses Heft zum Gedenken gewidmet ist, war am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht zu ständiger wissenschaftlicher Referent für das Recht des Vereinigten Königreiches. Wenngleich seine wissenschaftliche Leidenschaft eher dem Europäischen Sozialrecht galt, so hat er doch immer wieder Abhandlungen zum britischen Sozialsystem verfasst¹ und vor allem stets auf die Komplexität der

1 Einführung in das Recht der sozialen Sicherheit von Großbritannien; in: Igl, Gerhard/Schulte, Bernd/Simons, Thomas, Einführung in das Recht der sozialen Sicherheit von Frankreich, Großbritannien und Italien. Berlin: Schweitzer (Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) Beiheft 1), 1977, S. 149–337; Alterssicherung im Vereinigten Königreich, in: Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS) 1999; Landesbericht Vereinigtes Königreich, in: Reinhard, Hans-Joachim/Kruse, Jürgen/von Maydell, Bernd (Hrsg.), Invaliditätssicherung im Rechtsvergleich, Baden-Baden: Nomos, 1998, S. 595–657; Großbritannien – Das Ende des Wohlfahrtsstaats?, in: Sozialer Fortschritt (SF) 46 (1997), S. 30–33; Großbritannien. Zur Reform der Medizinhaftung in Großbritannien, in: In: Köhler, Peter A./von Maydell, Bernd (Hrsg.), Arzthaftung – »Patientenversicherung« – Versicherungsschutz im Gesundheitssektor, Baden-Baden: Nomos, 1997, S. 125–146; Vereinigtes Königreich, in: Zacher, Hans F. (Hrsg.), Alterssicherung im Rechtsvergleich, Baden-Baden: Nomos, 1991, S. 497–547; Sozialversicherung in Großbritannien, in: Internationale Wirtschafts-Briefe (IWB) 21 (1991), S. 841–852; Alterssicherung in Großbritannien, in: Die Angestelltenversicherung (DAngVers) 38 (1991), S. 369–377; Grundzüge der Reform der Alterssicherung in Großbritannien:

britischen Alterssicherung verwiesen. Das ursprünglich von Beveridge einfach konzipierte Modell² einer Grundsicherung mit Leistungen, deren Höhe von den zuvor gezahlten Beiträgen unabhängig ist, wurde schon 1961 durch ein beitragsbezogenes System, den »Graduated Retirement Benefits« ergänzt. In sehr bescheidenem Rahmen wurden damit abhängig vom vormaligen Einkommen die wöchentlichen³ Raten der State Basic Pension aufgestockt. Das System der »Graduated Retirement Benefits« hatte nicht lange Bestand und lief bereits 1975 wieder aus. Allein für Altfälle sind noch Zahlungen vorgesehen⁴. Das System der »Additional Pension« (State Earnings-related Pension Scheme – SERPS) löste im April 1975 dieses beitragsbezogene System ab. Arbeitnehmer mit einem höheren Einkommen zahlten zusätzliche Beiträge und erhielten dafür zusätzliche Leistungen, die allerdings aufgrund mehrerer Einkommensgrenzwerte (thresholds) nicht völlig proportional zu den vorherigen Beiträgen berechnet wurden. Ab 2002 wurde es in die State Second Pension (S2P) mit veränderten Regelungen überführt.⁵

Richtig kompliziert wurde das System jedoch in der Regierungszeit von Margaret Thatcher, als die Figur des »contracting-out« aus der Additional Pension eingeführt wurde. Nach der zugrunde liegenden Idee verringerte sich durch dieses »contracting-out« die Beitragspflicht im öffentlichen System⁶. Im Gegenzug wurden diese Beitragsteile in ein privates, gewinnorientiertes System eingezahlt und sollten höhere Renditen und damit höhere Leistungen generieren.⁷ Zudem sollte der Arbeitgeber selbst in das private System einzahlen und so eine Betriebsrente (occupational pension/workplace pension) mit aufbauen. Vor allem im öffentlichen Dienst und bei großen Arbeitgebern wurde von dieser Möglichkeit des »contracting-out« Gebrauch gemacht⁸.

Zur Neugestaltung der britischen Rentenversicherung durch den Social Security Pensions Act 1975, in: In: Deutsche Rentenversicherung (DRV) 1981, S. 521 – 531; Familienlastenausgleich durch monetäre staatliche Sozialleistungen in Großbritannien, in: Zeitschrift für Bevölkerungswissenschaft 1978, S. 89 – 96.

2 Beveridge, William, *Social Insurance and Allied Services*. 1942, dazu Abel-Smith, Brian, The Beveridge report: Its origins and outcomes, *International Social Security Review* (1992), 45 Jg. 1 – 2, S. 5 – 16.

3 Es ist nach wie vor ein Charakteristikum des britischen Systems, dass sämtliche Beträge wochenweise berechnet werden. Soweit für die zwischenstaatliche Berechnung erforderlich, erfolgt die Umrechnung in Versicherungsmonate gemäß Art. 13 Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. v. 30.10.2009, L 284/1.

4 Seit 6.4.2015 werden als Höchstbetrag an Frauen £ 328 und an Männer £ 392 jährlich ausgekehrt, <http://www.monetos.co.uk/pensions/state-pensions/graduated/calculating/> (Aufruf 29.9.2015).

5 Maximal können 2015/16 wöchentlich £ 160 gezahlt werden. Zusammen mit der Höchstrente der Basic Pension von £ 115,95 wöchentlich sind maximal £ 275,95 (£ 1195,78 = ca. 1638,19 € monatlich [£ 1 = 1,37 € (Stand: 21.12.2015)]) aus dem staatlichen System zu zahlen <http://www.which.co.uk/money/retirement/guides/state-pension-explained/state-second-pension-and-serps/> (Aufruf 29.9.2015).

6 Thurley, Djuna, State Second Pension: Contracted-out deductions, SN/BT 2674, 10 March 2010, Business and Transport Section, House of Commons Library, <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN02674> (Aufruf 29.9.2015).

7 Vgl. <http://www.which.co.uk/money/retirement/guides/contracting-out-of-state-second-pension-s2p/contracting-out-in-the-the-1980s/> (Aufruf 29.9.2015); The Guardian, 27.8.2005, Why contracting out is just another debacle <http://www.theguardian.com/money/2005/aug/27/statepensions.pensions>.

8 Vgl. <http://www.which.co.uk/money/retirement/guides/contracting-out-of-state-second-pension-s2p/what-contracting-out-means/> (Aufruf 29.9.2015).

Bis 1988 konnte man nur aus dem staatlichen System zugunsten eines *defined benefit (DB) occupational pension scheme* aussteigen. Ab 1988 erlaubte die Regierung jedem mit einer *personal pension*, aus der *additional state pension* auszusteigen, also nicht nur wie bislang denjenigen, die einem System des Arbeitgebers angehörten. 1992 hatten SERPS etwa 5 Millionen Versicherte zugunsten einer *personal pension* verlassen. In den späten 1980er Jahren ging man davon aus, dass die 20 bis 30jährigen finanziell von diesem *contracting-out* profitieren würden. Zusätzlich wurde das *contracting-out* durch einen Zuschuss von 2 % des eingezahlten Einkommens gefördert.

Von April 1988 bis April 2012 wurde zudem die Möglichkeit auf *defined contribution (DC)* oder *money purchase occupational schemes* and *personal pensions* erweitert. Der gravierende Unterschied zwischen *Defined Benefits (DB)* -Systemen und *Defined Contributions (DC)* -Systemen liegt darin, dass beim DB-System eine feste Leistung zugesagt wird und das Risiko, die Leistung zu erwirtschaften beim Anbieter (Arbeitgeber oder Fondsgesellschaft) liegt, beim DC-System hingegen der Anleger (Arbeitnehmer oder Versicherter) das Anlagerisiko trägt.⁹ Notwendig war der Abschluss einer *appropriate personal pension (APP)* oder einer *appropriate stakeholder pension (ASP)*. Versicherte und Arbeitgeber zahlten die bisherigen Beiträge zur *National Insurance*, aber ein Teil wurde zurückerstattet (*NI rebate*). Hinzu kam eine Steuervergünstigung (*tax relief*). Der Gesamtbetrag wurde investiert. Bei Erreichen des Rentenalters wurde der investierte Betrag zur Auskehrung der Leistungen verwendet, die als geschützte Rechte (*»protected rights«*) galten. Bis April 2012 umfassten die *protected rights*:

- Eine Altersrente ab dem 55. Lebensjahr. Sofern eine Umwandlung in eine jährliche Auszahlung (*annuity*) erfolgen sollte, musste diese geschlechtsunabhängig (*unisex*) ausgestaltet sein.
- Bei einer bestehenden Ehe musste eine Auszahlung auf das verbundene Leben (*joint life annuity*) vereinbart werden und nicht nur auf das Leben des Versicherten (*single life annuity*).
- Eine Rente für den Ehegatten oder Lebenspartner bei Tod vor Erreichen des Rentenalters.
- Begrenzte Entnahmen aus dem Stammkapital.

Obschon viele Personen beträchtliche Summen in *protected rights* aufgebaut hatten, konnten sie wegen dieser Beschränkungen davon keinen vollen Gebrauch machen. Im April 2012 wurden jedoch diese *protected rights* abgeschafft.

Bereits 2005 wurde klar, dass das *contracting out* in DC-Systeme riskanter war als gedacht. Untersuchungen der Verbraucherschutzgruppe *Which?* in diesem Jahr ergaben, dass 71 % der Personen, die ein *contracting-out* gemacht hatten, sich verschlechtern würden. Im Durchschnitt würden diese Personen nur 80 % der Beträge erhalten, die sie erhalten hätten, wenn sie im staatlichen

⁹ Auch bei der deutschen betrieblichen Altersversorgung ist ein Trend hin zu DC-Systemen festzustellen. Bei der privaten Altersversorgung werden ohnehin faktisch nur DC-Systeme angeboten.

System geblieben wären. Für Personen, die zum Zeitpunkt des contracting-out etwa 35 Jahre alt waren, ergab sich noch ein viel düsteres Bild. Verlierer waren auch diejenigen, die ab 1997 noch im contracting-out verblieben, da ab diesem Zeitpunkt die staatlichen Zuschüsse wegfielen. Die personal pensions erfüllten aus mehreren Gründen nicht die in sie gesetzten Erwartungen: hohe Abschlusskosten verbunden mit schlechten Investitionen fraßen einen großen Teil der Erträge auf und sinkende Zinsen taten ein Übriges, um die Altersrenten dahinschmelzen zu lassen.

Die schlechten Ergebnisse¹⁰ führten zu einer Umkehr der Politik. Seit April 2012 verbleiben nur noch die DB-Systeme als contracted-out mit einer niedrigeren Beitragsrate. Die DC-Systeme werden wieder in das staatliche System eingegliedert (contracted back in), zahlen die vollen Beiträge zur National Insurance und bauen Anwartschaften in der state second pension (S2P) auf.

Personen, die vor 1997 im Wege des contracting-out in ein DB-System wechselten konnten bis 1997 keine Verluste erleiden, weil ihre Anwartschaften geschützt waren. Der geschützte Betrag wurde mit Inkrafttreten des 1995 Pension Act¹¹ ab dem 6. April 1997 reduziert, da die Verbindung zu der additional pension gekappt wurde. Dies macht Verluste möglich, wenngleich nicht wahrscheinlich. Das contracting-out über DB-Systeme endet im April 2016 mit der Reform der Alterssicherung.¹² Es steht dem Arbeitgeber aber frei, ein freiwilliges System mit aufstockenden Leistungen beizubehalten oder zu errichten.

Schließlich werden seit den 1990er Jahren noch die »stakeholder pension« als personal pension propagiert, ein System, in welchem – ähnlich wie bei der deutschen »Riesterrente« – durch Steuervergünstigungen eine zusätzliche Leistung für das Alter aufgebaut werden sollte. Vor allem bei mehrmaligem Arbeitgeberwechsel oder Unterbrechungen aus persönlichen Gründen (z. B. Krankheit, Arbeitslosigkeit) verloren viele Versicherte angesichts der Unzahl möglicher Varianten den Überblick, weshalb eigens ein »pension tracing service«¹³ eingerichtet wurde, dessen Aufgabe es ist, bestehende Mitgliedschaften in den verschiedenen Systemen zu ermitteln und damit dem Versicherten die Geltendmachung seiner Ansprüche zu ermöglichen. Es hat sich aber gezeigt, dass viele Bürgerinnen und Bürger im Alter allein auf die State Basic Pension angewiesen waren, deren Leistungen nur ein bescheidenes Einkommen ermöglichten. Es war allerdings nie das Sicherungsziel des britischen Systems eine Lebensstandardsicherung anzubieten.

10 Thurley, Djuna, Contracting out of the State Second Pension, SN/BT 4822, 23 March 2011, Business and Transport Section, House of Commons Library, <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN04822> (Aufruf 29.9.2015); Greenwood, John, FT Guide to Pensions and Wealth in Retirement, Pearson, London 2012; Financial Services Authority, Pensions: Challenges and Choices, The first report of the Pensions Commission – FSA response, January 2005, http://www.fsa.gov.uk/static/pubs/pensions/pensions_report1.pdf (Aufruf 29.9.2015).

11 Vgl. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/26/pdfs/ukpga_19950026_en.pdf (Aufruf 29.9.2015).

12 Sec. 24, Schedule 13 Pensions Act 2014.

13 Vgl. <https://www.gov.uk/find-lost-pension>.

Wie in fast allen staatlichen Wohlfahrtsregimes wurde auch in der State Basic Pension das Regelrentenalter schrittweise erhöht¹⁴, was insbesondere Frauen betraf, deren Rentenalter – wie in vielen anderen Ländern auch – vormals um fünf Jahre niedriger lag als das der Männer. Im Gegenzug wurde aber der Zeitraum, der zum Erhalt einer vollen Rente erforderlich ist, deutlich von 44 Beitragsjahren auf 35 Beitragsjahre gesenkt, was eher Frauen begünstigte, weil deren Erwerbskarrieren häufig kürzer sind. Zudem wurden neben den »credits« für Krankheit und Arbeitslosigkeit auch zusätzliche Beitragswochen für Kindererziehung und die Pflege von Angehörigen eingeführt.

B. Das neue System der staatlichen Alterssicherung ab 2016

Ab dem 6. April¹⁵ 2016 tritt nun ein neues System der »State pension« in Kraft. Es löst die bisherige »state basic pension« und die »additional pension« ab und führt diese in einer Leistung zusammen. Es ist das einerseits das Ziel, das System insgesamt zu vereinfachen, andererseits aber eine Erhöhung des Leistungsniveaus zu erreichen um mehr Menschen im Alter aus der Armut herauszubringen und von zusätzlichen bedürftigkeitsgeprüften Sozialleistungen unabhängig zu machen. Es greift damit die Grundidee von Lord Beveridge wieder auf, ist also in gewisser Weise eine Rückkehr »back to the roots«.

I. Persönlicher Anwendungsbereich

1. Vollständige Anwendung des neuen Systems

Das neue System findet Anwendung auf Personen, die an oder ab dem 6. April 2016 das Rentenalter erreichen, also Männer, die am oder nach dem 6. April 1951 geboren sind und Frauen mit Geburtsdatum am oder ab dem 6. April 1953. Wird das Rentenalter vorher erreicht, verbleibt es bei der Anwendung des alten Systems. Das neue System findet vollständige Anwendung für Personen, die vor dem 6. April 2016 überhaupt keine Beiträge entrichtet hatten.

2. Überführung bisheriger Versicherter in das neue System

Versicherte, die vor diesem Datum in der bisherigen Basic State Pension Beiträge entrichtet hatten, erhalten eine Startgutschrift (starting amount). Diese berechnet sich nach den bisher belegten Beitragswochen und dem daraus resultierenden Leistungsanspruch. Dabei werden die Ansprüche aus der Basic State Pension zusammengerechnet. Wurden im Rahmen des »contracting-out« Beiträge nicht zur Additional Pension entrichtet, sondern zu einem anderen Zusatzrentensystem (workplace, personal oder stakeholder pension),

¹⁴ Sec. 126 Paragraph 1 Schedule 4 Pensions Act 1995.

¹⁵ Eine weitere Eigentümlichkeit des britischen Systems ist es, dass das Versicherungsjahr stets am 6. April (parallel zum Beginn des Steuerjahres) beginnt. Ebenso werden die Leistungsbeträge jeweils zum 6. April angepasst.

fällt das Startguthaben entsprechend niedriger aus. Das Startguthaben entspricht dem am Stichtag 6. April 2016 bestehenden Leistungsanspruch.

a) Startguthaben niedriger als voller Leistungsanspruch

Ist das Startguthaben niedriger als der volle Anspruch nach der neuen State Pension, kann der Versicherte durch weitere Pflichtbeiträge oder freiwillige Beiträge seinen Anspruch erhöhen, bis der volle Leistungsanspruch erreicht ist.

b) Startguthaben höher als der volle Leistungsanspruch

Ist am Stichtag 6. April 2016 der bereits erreichte Leistungsanspruch höher als der Höchstbetrag der neuen State Pension, was dann der Fall sein kann, wenn ein Besserverdienender im System der Additional Pension verblieben ist, wird die Differenz zwischen Startguthaben und tatsächlichem Leistungsanspruch als »protected payment« ausgewiesen und zusätzlich zum Höchstbetrag der neuen State Pension gezahlt.

II. Leistungsvoraussetzungen

1. Mindestbeitragszeit

Die Mindestbeitragszeit beträgt wie bisher 10 Beitragsjahre (520 Beitragswochen). Wird diese Mindestbeitragszeit nicht erreicht, besteht kein Leistungsanspruch. Die Mindestbeitragszeit kann aber durch Zusammenrechnung (Totalisierung) mit Zeiten, die in einem EWR-Staat, der Schweiz oder in einem Land mit dem Großbritannien ein Sozialversicherungsabkommen hat¹⁶, zurückgelegt wurden, erfüllt werden.

2. Höchstbeitragszeit

Der Höchstbetrag wird nach 35 Beitragsjahren (in der Regel 1820 Beitragswochen) gezahlt. Beiträge über diese Zeit hinaus erhöhen den Leistungsbeitrag nicht mehr, selbst wenn Versicherungspflicht besteht.

III. Leistungshöhe

Die Höhe der Leistung beträgt nach 35 Versicherungsjahren £ 155,65 wöchentlich.¹⁷ Der endgültige Leistungsbetrag wird im Herbst 2015 festgelegt. Werden die 35 Beitragsjahre nicht erreicht, wird für jedes Versicherungsjahr ein zeiträtierlich berechneter Betrag ($1/35 \cdot \text{voller Betrag}$) gewährt

Der Bezug der Leistung kann bei Erreichen des Regelrentenalters hinausgeschoben werden. Für jeweils 9 Wochen des Aufschubs erhöht sich die Leistung um 1 %, jährlich also um knapp 5,8 %. Dies gilt auch, wenn wegen einer Versicherungszeit von weniger als 35 Jahren bei Erreichen des Rentenalters

¹⁶ Vgl. unten Fn. 26.

¹⁷ £ 155,65 / 7 · 365 / 12 = £ 676,33 (ca. 926 €) monatlich.

nicht der Höchstbetrag der State Pension gezahlt wird. Der Zuschlag ist steuerpflichtig. Eine vorgezogene Rente ist hingegen nicht vorgesehen.

Der Höchstbetrag wird nicht gezahlt, wenn der Versicherte vor dem 6. April 2016 das contracting-out gewählt hatte. Der Zahlungsbetrag kann den Höchstbetrag übersteigen, wenn ein entsprechender Anspruch auf eine Additional State Pension aufgebaut wurde.

IV. Versicherungszeiten

Ein Versicherungsjahr (qualifying year) wird einem Beschäftigten gutgeschrieben, wenn er bei einem Arbeitgeber über £ 155 wöchentlich¹⁸ verdient. Liegt der Verdienst bei einem Arbeitgeber darunter, aber zwischen £ 112¹⁹ und £ 155 wöchentlich, werden keine Beiträge erhoben, aber es kann trotzdem ein Versicherungsjahr gutgeschrieben werden. Selbständige erwerben ein Versicherungsjahr, wenn sie National Insurance contributions entrichten²⁰.

Versicherungsgutschriften (National Insurance credits) werden bei Krankheit, Behinderung, Kindererziehung (Child Benefit)²¹, Arbeitslosigkeit (Job-seeker's Allowance oder Employment and Support Allowance) oder Pflege (Carer's Allowance) gewährt.

Sofern die Voraussetzungen für diese Versicherungsgutschriften nicht vorliegen oder Versicherungslücken geschlossen werden sollen, ist die Zahlung von freiwilligen Beiträgen (Voluntary National Insurance Contributions) möglich.

V. Rentenalter

Das Rentenalter wird, beginnend mit dem Geburtsdatum 6. April 1960 von 66 Jahren stufenweise auf das 67. Lebensjahr angehoben für Personen, die nach dem 5. März 1961 geboren sind. Für Personen, die ab dem 6. April 1977 geboren sind, wird das Rentenalter stufenweise auf das 68. Lebensjahr angehoben, das dann für die nach dem 5. April 1978 geborenen Personen gilt.²² Der Secretary of State muss künftig alle 6 Jahre, erstmals bis zum 7. Mai 2017, einen Bericht abgeben, ob das Rentenalter angesichts der Lebenserwartung noch angemessen ist.²³

18 £ 672 (ca. 920 €) monatlich.

19 £ 485 (ca. 664 €) monatlich.

20 Anders als in der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung gibt es keinen einheitlichen Beitragssatz, sondern er ist abhängig von Einkommensstufen, der Klasse (Class 1–4) und der Art der Beschäftigung bzw. dem Alter (letter A–Z). Für Einkommen zwischen £ 672–3532 monatlich sind vom Beschäftigten in der Regel 12 % abzuführen, für höhere Einkommen 2 %. Der Arbeitgeber zahlt in der Regel für alle Einkommen ab £ 672 monatlich 13,8 %. Eine Beitragsbemessungsgrenze (earnings cap) besteht nur bei der betrieblichen Altersversorgung (occupational pension).

21 Für ein Kind unter 12 Jahren (bis 2010 unter 16 Jahren).

22 Schedule 4 Table 3 und Table 4 Pensions Act 1995.

23 Sec. 27 Pensions Act 2014.

VI. Hinterbliebenensicherung

Stirbt der Ehegatte oder der Partner einer Lebenspartnerschaft (civil partnership)²⁴, kann an der oder die Hinterbliebene eine Hinterbliebenenleistung (bereavement support payments – BSP) erhalten²⁵. Das BSP wird die gegenwärtige Bereavement Allowance, das Bereavement Payment und die Widowed Parent's Allowance ersetzen. Voraussetzung ist, dass der Verstorbene mit seinen Beiträgen das 25fache der Einkommensuntergrenze (lower earnings limit) des Steuerjahres erreicht hat (earnings factor)²⁶, der überlebende Partner noch nicht das Rentenalter erreicht hat und in Großbritannien oder einem bestimmten Gebiet (specified territory)²⁷ lebt. Die Höhe und die Dauer der Leistung sind noch in einer Verordnung zu bestimmen, die bei einer Schwangerschaft oder bei Kindererziehung höhere Leistungen und einen längeren Leistungsbezug vorsehen muss.²⁸

VII. Vererbung von Ansprüchen

Verwitwete Personen können einen zusätzlichen Anspruch zur eigenen State Pension erhalten, wenn sie das Rentenalter erreichen. Diese Hinterbliebenensicherung wird als Vererbung (inheriting) eines Anspruchs bezeichnet. Eine Wiederheirat oder die Eingehung einer neuen Lebenspartnerschaft vor Erreichen des Rentenalters führt zum Verlust des Anspruchs.

1. Vererbung einer Additional State Pension

Die Additional State Pension wird teilweise vom verstorbenen Partner vererbt, wenn

- die Ehe oder Lebenspartnerschaft vor dem 6. April 2016 begann und der Partner vor dem 6. April 2016 das Rentenalter für die State Pension erreicht hatte oder
- vor dem 6. April 2016 verstorben ist, jedoch das Rentenalter am 6. April oder danach erreicht hätte.

2. Vererbung einer geschützten Zahlung

Eine geschützte Zahlung (protected payment)²⁹ ist zur Hälfte vererblich, wenn

- die Ehe oder Lebenspartnerschaft vor dem 6. April 2016 begann und
- das Rentenalter für die State Pension sowie der Todestag am oder nach dem 6. April 2016 liegen.

3. Vererbung einer zusätzlichen State Pension oder einer Abfindung

Die zusätzliche Zahlung einer State Pension kann teilweise oder ganz vererbt werden, wenn

- der Partner während des Aufschubs (vor oder nach der Antragstellung) verstorben ist,

²⁴ Civil Partnership Act 2004, ch. 33.

²⁵ Sec. 30–32, Schedule 16 Pensions Act 2014.

²⁶ Sec. 22–23 Social Security Contributions and Benefits Act 1992.

²⁷ Dies sind die Länder, in denen die Leistung jährlich erhöht wird, vgl. unten Fn. 29.

²⁸ Sec. 30(4) Pensions Act 2014.

²⁹ Vgl. oben B I 2 b.

- er das Rentenalter vor dem 6. April erreicht hat und
- am Todestag eine Ehe oder Lebenspartnerschaft bestand.

4. Zugriff auf das Rentenkonto des Partners

Grundsätzlich wird die State pension aus dem eigenen Versicherungskonto gezahlt. Es war als verheiratete Frau oder Witwe jedoch möglich, reduzierte Beiträge (Reduced Rate Contributions) zu entrichten um die eigene Rente zu erhöhen³⁰.

VIII. Scheidung

Bei einer Scheidung oder Auflösung einer Lebenspartnerschaft kann das Familiengericht³¹ eine »pension sharing order« erlassen. Diese kann den einen Teil der additional State Pension oder eines protected payments zusprechen³². Umgekehrt wird die State Pension gekürzt, wenn eine pension sharing order zu Lasten des Rentenbeziehers ausgesprochen wurde. Es handelte sich um eine Art partiellen Versorgungsausgleich. Ist der Ausgleichsverpflichtete im neuen System und liegt der Ausgleichszeitpunkt nach dem 5. April 2016, kann nunmehr eine Art Versorgungsausgleich auch über die new state pension durchgeführt werden³³.

IX. Auslandsaufenthalt

Versicherungszeiten im EWR, der Schweiz oder in Staaten mit denen ein Sozialversicherungsabkommen besteht, werden für die Berechnung der Mindestversicherungszeit berücksichtigt. Bei der Rentenhöhe wirkt sich die Zusammenrechnung wegen der pro-rata-temporis-Berechnung nicht aus. Anzu merken ist, dass die Leistungen nur dann jährlich erhöht werden, wenn der Berechtigte in einem der oben genannten Staaten oder in Gibraltar seinen Wohnsitz hat oder in einem Land, mit dem ein Sozialversicherungsabkommen besteht.³⁴

C. Schlussbemerkung

Mit der Reform wurde das bislang sehr komplexe britische Rentensystem deutlich vereinfacht. Bemerkenswert ist die Abschaffung der Möglichkeit des »contracting-out«, also der privaten Vorsorge. Der britische Gesetzgeber ist zu der Erkenntnis gelangt, dass die private Vorsorge der staatlichen Vorsorge

30 Diese Option (5,85 % anstelle von 12 %) bestand bis April 1977, gilt aber weiterhin für Altfälle.

31 Sec. 21A Matrimonial Causes Act 1973 (England and Wales); Sec. 8A Family Law (Scotland) 1985 Act.

32 Section 47 Welfare Reform and Pensions Act 1999.

33 Sec. 13, Schedule 11 Pensions Act 2014.

34 Barbados, Bermuda, Bosnia-Herzegovina, Jersey, Guernsey, the Isle of Man, Israel, Jamaica, Kosovo, Macedonia, Mauritius, Montenegro, the Philippines, Serbia, Turkey, USA. Mit Kanada und Neuseeland bestehen zwar Abkommen, doch wird die Leistung nicht jährlich erhöht, wenn der Berechtigte dort seinen Wohnsitz hat, <https://www.gov.uk/government/publications/state-pensions-annual-increases-if-you-live-abroad/countries-where-we-pay-an-annual-increase-in-the-state-pension> countries-the-uk-has-a-social-security-agreement-with (aufgerufen 18.10.2015).

keineswegs überlegen ist, sondern gravierende Nachteile zeitigt. Die Neuregelung der Hinterbliebenensicherung wird wahrscheinlich Frauen mit Kindern begünstigen. Mit der Heraufsetzung des Rentenalters auf das 68. Lebensjahr nimmt das Vereinigte Königreich eine Vorreiterrolle ein und angesichts der Berichtspflicht steht zu erwarten, dass dies nicht die letzte Erhöhung des Rentenalters gewesen sein wird. Die britische gesetzliche Rentenversicherung bleibt weiterhin eine Grundsicherung, die keinen Bezug zum vormaligen Einkommen aufweist, sondern allein auf die Mitgliedschaft im System abstellt. Immerhin wird nach 35 Beitragsjahren eine Rentenzahlung von ca. 926 € ausgekehrt, die in der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung derzeit mit etwa 31,70 Entgeltpunkten³⁵ (34,23 Entgeltpunkte Ost)³⁶ erreicht würde. Ein Mindestlohnbezieher in Deutschland müsste dafür knapp 63 Jahre! (in den neuen Bundesländern 67 Jahre!) ununterbrochen arbeiten, um auf diese Rentenhöhe zu gelangen³⁷.

35 885 € / 29,21 €.

36 885 € / 27,05 €.

37 $8,50 \text{ €} \cdot 40 \text{ (Wochenstunden)} \cdot 52 \text{ (Jahreswochen)} / 34\,999 \text{ € (Durchschnittseinkommen)} = 0,5051 \text{ Entgeltpunkte/Jahr.}$

Simon Roberts, Nottingham

The Xenophobe's Phrase Book

Table of Content

- I. The Referendum
- II. Free Movement of Workers and the Coordination of Social Security
- III. Restriction of Benefits for Migrants in the UK
- IV. »Benefit Tourism«
- V. The Evidence
 - 1. Benefit tourism
 - 2. Net fiscal contribution
 - 3. Reciprocity
- VI. The Xenophobe's Phrase Book
- VII. Conclusion: A Worrying Turn
- VIII. References

I. The Referendum

On winning the general election on 7th May 2015 the Prime Minister, David Cameron, restated a Conservative Party manifesto commitment to hold an »in-out« referendum on the United Kingdom (UK)'s membership of the European Union (EU) by the end of 2017. David Cameron has said that he intends to renegotiate elements of the UK's terms of EU membership before the proposed referendum and is campaigning for Britain to remain in the EU on the proviso that he obtains the reforms he wants (BBC News, 15 October 2015). In his letter of 10 November 2015 setting out his demands to the President of the European Council, Donald Tusk, Cameron wrote:

»... we do want to find arrangements to allow a Member State like the UK to restore a sense of fairness to our immigration system and to reduce the current very high level of population flows from within the EU into the UK. These have been unplanned and are much higher than forecast – far higher than anything the EU's founding fathers ever envisaged ... we need to go further to reduce the numbers coming here. As I have said previously, we can reduce the flow of people coming from within the EU by reducing the draw that our welfare system can exert across Europe. So we have proposed that people coming to Britain from the EU must live here and contribute for four years before they qualify for in-work benefits or social housing. And that we should end the practice of sending child benefit overseas.« (Gov. UK, 10 November 2015).

Cameron's demands would appear to be supported by British voters. A national opinion poll reported by Ipsos Mori on 9 October 2015 found that 58 per cent of respondents think there should be further restrictions on free movement of EU citizens and a further 14 per cent said that free movement between EU countries should be stopped altogether. Of those who said they want more restriction on free movement, 59 per cent cited »people coming to claim benefits as their reason.« (Ipsos Mori on 9 October 2015). The poll

found that imposing restrictions on EU migrants' entitlement to UK benefits is by far the most popular aim from the list of areas that Cameron has stated he wants to renegotiate. Nearly two-thirds of British voters described achieving the objective of restricting EU migrants' entitlement to UK benefits as »very important« and the poll suggests the outcome of Cameron's negotiations in this area may be decisive to the outcome of the referendum (Ipsos Mori, 9 October 2015; Guardian, 9 October 2015).

Cameron's letter makes clear that his strategy to reduce the flow of EU migrants to the UK is to focus on further restricting access to the UK's social security benefits and tax credits (Gov.UK, 10 November 2015). The Financial Times (18 June 2015) reported that Cameron believes that by restricting migrants' access to social security benefits he will be able to convince the electorate to vote for the UK to remain in the EU. However, according to the Financial Times, to *»introduce a legally watertight four-year waiting period for claims Mr Cameron may need treaty change.«* (Financial Times 28 November 2014; Roberts, 2015). It has been reported that Angela Merkel has told Cameron that it *»goes without saying that there are things that are non-negotiable. That there are achievements of European integration that cannot be haggled over; for example the principle of free movement and the principle of non-discrimination.«* (BBC News, 15 October 2015; Roberts, 2015).

Cameron's approach is in line with the UK's policy over the past two decades of restricting access to social security for »people from abroad« (section 3); makes assumptions about the motives and impact of EU mobile workers (section 4); that is contradicted by the evidence (section 5); but has nevertheless been accompanied by shrill and at times abusive commentary by senior members of the British government and elements of the British media (section 6). Cameron's proposal to introduce a prior period of residence in the UK as a condition of entitlement to some British benefits is in contradiction to a fundamental principle of EU law – that of non-discrimination on the grounds of nationality. The regulations concerning free movement and social security are described in section 2. The conclusion argues that Cameron is exploiting the communitarian argument to create a moral panic that Britain's »generous« social security system is being *»taken advantage of«* by EEA migrants to convince his fellow EU leaders that unless they concede to his demands he will be unable to prevent a vote for British exit. However, Cameron is a »rational economic man« and his aim is not to reduce the flow of workers to Britain but to reduce migrant workers' social rights in order to further increase the net contribution of EU migrant workers in Britain's low wage economy.

II. Free Movement of Workers and the Coordination of Social Security

The European Economic Community (EEC) was founded in 1957 by the Treaty of Rome and came into being on 1 January 1958. The original six member countries were Belgium, France, Germany, Italy, Luxembourg and

the Netherlands. The EEC was a new concept of political organisation as member countries pooled elements of their national sovereignty that had resided with the nation state since the Treaty of Westphalia of 1648 brought an end to the Thirty Years War.¹ (Hartmann, 1978; Heater, 1990).

Having initially declined to join the EEC on its foundation the UK had a change of mind in the early 1960s but had its membership applications refused twice, in 1963 and 1967. The UK's next application for membership was accepted and, along with Denmark and Ireland, the UK joined the EEC on 1 January 1973 raising the number of member states from six to nine. The UK Prime Minister at the time, Edward Heath, said that membership would bring prosperity and cultural enrichment to Britain (BBC, n. d.).

The Treaty of Rome provides for free movement of goods, services, capital and labour (Europa). Article 48 of the Treaty of Rome – now article 45 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) – provides for freedom of movement of workers to be secured within the Community through the abolition of any discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment which includes social security (Roberts, 2010). Free movement was originally introduced as a fundamental economic freedom (European Economic Community) and was limited to workers and their families (Watson, 1980; Holloway, 1981). Since the Treaty of Amsterdam (1997) free movement has been a fundamental freedom of European Citizenship. Today, every person holding the nationality of a Member State of the European Union is a citizen of the Union. EU citizenship is a set of rights additional to those of national citizenship. One of those rights is the right to move, work and reside freely within the EU (Europa).

The drafters of the Treaty of Rome recognised that the member states' different social security systems and the restrictions on benefit entitlement they contained could present an obstacle and deterrent to workers moving around the Community and be a barrier to the right to free movement enshrined in the Treaty (Watson, 1980; Holloway, 1981). The main obstacles for mobile workers lie in nationality and residence criteria attached to member states' benefits including, for example, the requirement for a minimum number of insurance periods – either years of residence or number of contributions paid – to qualify for a benefit and that benefits, once earned, may not be exportable or may have conditions attached to their export. Thus, for example, someone could have a full working life spread across several EU member countries and upon retirement not be entitled to a pension in any of those countries (Roberts, 2010). EU coordinating regulations adjust social security systems in relation to each other to protect the entitlements of mobile workers while leaving

1 The Treaty or Peace of Westphalia refers to the Treaties of Munster and Osnabruck.

the national schemes intact in other respects (Pennings, 2003). Regulation, 883/04², achieves coordination through four key principles:

- Equal treatment – discrimination on grounds of nationality is prohibited to guarantee that a person residing on the territory of a member state is subject to the same obligations and benefits from the same rights as the citizens of that member state.
- Determination of the applicable legislation – rules are laid down to determine which member country's legislation the person is subject to in order to prevent insurance in more than one member country or in none at all.
- Aggregation of insurance periods – rights in the course of acquisition are protected through aggregation of periods of insurance, residence or employment spent in each of the respective countries to establish a right to a benefit or pension in another member state.
- Export of benefits – rights already acquired are protected by allowing certain, mainly long term, benefits to be exported (Europa).

These principles apply to all European Union (EU) and European Economic Area (EEA) member countries (Europa; European Free Trade Association) and are reciprocal – UK nationals benefit to the same extent as other EU nationals.

Of the benefits and tax credits named by Cameron in his letter, UK Child Benefit and Child Tax Credit are classified as »family benefits« under Regulation 883/04 and covered by Article 4 on Equal Treatment which states that:

Unless otherwise provided for by this Regulation, persons to whom this Regulation applies shall enjoy the same benefits and be subject to the same obligations under the legislation of any Member State as the nationals thereof.

While UK legislation contains provisions that prevent Child Benefit and Child Tax Credit being paid for children who are not resident in Britain, Chapter 8 of Regulation 883/04 on Family Benefits provides that Child Benefit and Child Tax Credit can be paid to EEA migrants in the United Kingdom for their dependent children who are resident in another member state.

Working Tax Credit is classed as a »social advantage« under Regulation 492/11.³ Article 7 of Regulation 492/11 on »Employment and equality of treatment« provides that:

1. A worker who is a national of a Member State may not, in the territory of another Member State, be treated differently from national workers by reason of his nationality in respect of any conditions of employment and work, in particular as regards remuneration, dismissal, and, should he become unemployed, reinstatement or re-employment.

2 Regulation (EC) No. 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems, Official Journal of the European Union, 30.4.2004.

3 Regulation (EU) No. 492/2011 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on freedom of movement for workers within the Union, Official Journal of the European Union, Regulation (EU) No. 492/2011 of the European Parliament and of the Council L 141, 27.5.2011.

2. *He shall enjoy the same social and tax advantages as national workers.*

Thus Cameron's demand for a four year residence requirement would be in breach of a fundamental principle of EU law – equal treatment which applies to both direct and indirect discrimination.⁴

III. Restriction of Benefits for Migrants in the UK

Cameron's proposals are a continuation of a series of measures that have been introduced over the last 20 years to restrict the access of non-UK nationals to British social security benefits.⁵ The UK now has a complex mix of multiple residency-related tests controlling access to benefits for »people from abroad«. Changes which became effective in 1996 excluded people subject to immigration control from receiving the non-contributory categorical benefits Attendance Allowance, Child Benefit, Disability Living Allowance and Invalid Care Allowance (now Carer's Allowance).⁶ However, EU nationals and members of their family are treated as having satisfied the associated residence test and some other groups are exempted from the test or are deemed to have passed it.

For those people who satisfy the above test, entitlement to non-contributory benefits is governed by further residence and presence conditions. Disability Living Allowance, Attendance Allowance, Carer's Allowance, and Child Tax Credit require a person to be »ordinarily resident«. Child Benefit requires a claimant to be present and ordinarily resident and (since 1 May 2004) a claimant also has to have a »right to reside« in the UK under UK or EU law. The child has to be present. For persons covered by Regulation 883/04 periods of residence spent in another member country count towards satisfying the test.

The UK's residence requirements were ratcheted up in 1994 with the introduction of the »Habitual Residence Test«.⁷ The test now applies to the receipt of the non-contributory income-based benefits: Income Support, Income-based Jobseeker's Allowance, Income-related Employment and Support Allowance, Pension Credit, Housing Benefit, Council Tax Reduction and Universal Credit. EU nationals who have the right of residence under EU legislation because they have worked in the UK are exempt from the requirement to be habitually resident. Other EU nationals, including jobseekers, are subject to the test. The Habitual Residence Test constituted part of the »*narrowing of access to benefit for people the Government believes the taxpayer should not*

4 Direct discrimination is treating someone less favourably than someone else because of a characteristic, in this case nationality. Indirect discrimination is where a law, policy or practice that applies to everyone particularly disadvantages people who share or do not share a particular characteristic, in this case nationality.

5 In Britain the term »social security« is used to refer to contributory, non-contributory categorical and non-contributory income-based cash benefits. This last category includes the UK's »tax credits«. Healthcare is considered to be a different category of service and is not included under the term »social security«.

6 Social Security (Immigration and Asylum) Consequential Amendments Regulations 2000 (SI 2000/636).

7 Miscellaneous Amendments (No. 3) Regulations 1994 (SI 1994 No. 1807).

be asked to support» (Statement by the Secretary of State for Social Security cited by Roberts, 2004).

On 1 May 2004 – the day accession country workers were permitted to enter the UK – the Social Security (Habitual Residence) Amendment Regulations 2004⁸ became effective. The amendment introduced a further test for receipt of the income-related benefits. Since this date, a claimant, as well as being present and habitually resident, also has to have a »right to reside« in the »Common Travel Area« (the UK, the Republic of Ireland, the Channel Islands or the Isle of Man) under UK or EU law. The Right to Reside Test has been subject to several legal challenges in the UK and in June 2015, at a hearing before the European Court of Justice, the European Commission argued that the UK government »has created a situation of direct discrimination« as the Right to Reside Test places additional conditions on EU nationals that are not applied to UK citizens (BBC News 11 August 2015).

The coalition of Conservatives and Liberal Democrats that formed a government in 2010 introduced a range of further measures to exclude EU migrant workers and citizens from access to UK benefits (see Table 1, below). Despite the technical nature of these amendments David Cameron took the unusual step for a Prime Minister of personally announcing the reforms himself (House of Commons Library, 2015).

Table 1: Measures introduced by the coalition government 2010–2015 to restrict access to UK benefits for migrants

Benefit	Date	Measure
All income-based benefits	December 2013	A »stronger, more robust« Habitual Residence Test
Income-based Jobseeker's Allowance	1 January 2014	A requirement to have been living in the UK for three months before becoming eligible
Jobseeker's Allowance and Housing Benefit, Child Benefit and Child Tax Credit	1 January 2014	An EEA jobseeker or former worker must show that they have a »genuine prospect of finding work« to receive benefit for more than six months
All income related benefits	1 March 2014	A new minimum earnings threshold to help determine whether an EEA national is or was in »genuine and effective« work, and consequently has a »right to reside« as a worker or self-employed person (and with it, entitlement to benefits)

⁸ Statutory Instruments, 2004 No. 1232 Social Security, The Social Security (Habitual Residence) Amendment Regulations 2004.

Benefit	Date	Measure
Housing Benefits and Jobseeker's Allowance	1 April 2014	New EEA jobseekers prevented from accessing Housing Benefits even if they are in receipt of Jobseeker's Allowance
Jobseeker's Allowance	9 April 2014	Ending routine use of interpretation services for most new claimants
Jobseeker's Allowance	28 April 2014	Requiring claimants whose spoken English is considered to be a barrier to work to undertake training to improve their language skills
Child Benefit and Child Tax Credit	1 July 2014	Requiring new jobseekers arriving in the UK to live in the country for three months in order to claim

Source: House of Commons Library, 2015

The Conservative government, elected in May 2015, has introduced further legislation to prevent EEA jobseekers from claiming Universal Credit (House of Commons Library, 10 June 2015).

IV. »Benefit Tourism«

David Cameron's demand for new restrictions on EU migrants' access to UK benefits, in order to reduce the flow of EU migrant workers to Britain, makes assumptions about the motives of mobile workers coming to Britain. The logic of his argument is that EU mobile workers come to take advantage of Britain's »generous« social security system. Thus the assumption is that cutting access to UK benefits will reduce the flow of migrants to Britain. This assumption has informed the series of measures introduced to restrict EU mobile workers' access to UK benefits during the past 20 years. For example, the Habitual Residence Test was introduced into UK legislation following a speech by the then Secretary of State for Social Security, Peter Lilley, to the 1993 Conservative Party Conference in which he asserted that there was an increasing problem of »benefit tourism« to the UK caused by EU free movement rules. The Secretary of State argued that the UK's »generous« welfare system was encouraging an exodus of nationals from other member states with less generous benefit systems looking for better benefits in the UK. The Secretary of State promised »swift action to clamp down on benefits to foreigners« (Conservative Party Press Release, 6 October 1993 cited by NACAB, 1996; Roberts, 2004).

The Labour Party's Home Secretary, David Blunkett, explaining the reasoning behind the decision to give workers from the 2004 accession countries access to Britain's labour markets, stated that accession country nationals are welcome to come to the UK to work but not to claim benefits:

»... working immigrants are welcome. Benefit tourists are not ... That«, he explained »is why the Government is putting in place a package of measures to prevent people who are not working from accessing benefits.« (Home Office, 25 March 2004).

The package of measure introduced to restrict access to UK benefits for nationals arriving from the new member states included the Right to Reside Test and as explained by the Home Secretary:

»... working with the International Organisation for Migration to put in place an information campaign in the Czech Republic, Slovakia, Hungary and Poland. The campaign will communicate a simple message – ›You can come to the UK to work, if you register, but you cannot claim benefits.« (Home Office, 23 February 2004).

The government informed the Social Security Advisory Committee⁹ that the underlying purpose of the new Right to Reside Test is to *»safeguard the UK's social security system from exploitation by people who wish to come to the UK not to work but to live off benefits.«* (Social Security Advisory Committee, 2004: 3; Roberts, 2008). Angela Eagle, the then Parliamentary Under-Secretary of State at the Department for Social Security, said: *»It is right that our social security system should be safeguarded from abuse by people with little or no connection to the UK and we will continue to do this.«* (Angela Eagle in answer to a Parliamentary Question from Oona King (Hansard) cited by Roberts, 2004).

David Cameron continued the »benefit tourism« narrative when he »shared his concerns«, in an article in the Financial Times on 27 November 2013, over the impact of lifting transitional restrictions on the right of Romanian and Bulgarian to work in the UK from 1 January 2014 stating that the Government has introduced a series of measures *»to tighten up our EEA migration rules to ensure our welfare system is not taken advantage of.«* (House of Commons Library, 2015).

V. The Evidence

1. Benefit tourism

The evidence does not support the »benefit tourism« narrative. To coincide with opening the labour market to nationals from the new member countries on 1 May 2004 the Department for Work and Pensions¹⁰ centralized the administration of EU nationals' claims for Income-based Jobseeker's Allowance, Income Support and State Pension Credit. The Assessment Centre in

⁹ The Social Security Advisory Committee (SSAC) is an independent statutory body that advises the Secretary of State for Work and Pensions, and the Department of Social Development in Northern Ireland, on social security matters.

¹⁰ The Department for Work and Pensions (DWP) replaced the Department of Social Security in 2001 and is responsible for social security. It administers the State Pension and a range of working age, disability and sickness benefits.

Glasgow was initially staffed to manage 1200 claims per week (Social Security Advisory Committee, 2004; Roberts, 2008). However, because migrants from the new member countries had come to the UK in order to work and not as »benefit tourists« as asserted by ministers, claims for benefits were much lower than the government had expected. During the period 1 May 2004 (the date of accession of the new member countries) to 31 March 2008 (as the global financial crisis impacted on the UK economy) there were just under 875 000 National Insurance Number applications by nationals from the Central and Eastern European accession countries. Of these almost all (97.6 %) were allocated for employment purposes, 1.6 per cent for Child Tax Credit and just 0.8 per cent related to benefits (Home Office, 2008; Roberts, 2008). Specifically, between May 2004 and March 2008, there were only 8899 applications for Income Support, 15 495 for Income-based Jobseeker's Allowance and 456 for State Pension Credit (Home Office, 2008; Roberts, 2008). Of these more than three-quarters (77 %) were refused under the Habitual Residence/Right to Reside tests (Home Office, 2008). Between accession in 2004 and the closure of the Worker Registration Scheme in 2011 there was a total of only 27 831 successful claims for tax funded income-related benefits, the majority of which were in 2009-10 during the Great Recession (Office for National Statistics). These figures, which show the *total* number of claims over a seven year period between 2004 and 2011, compare with 5.7 million claimants receiving British working age benefits in May 2010 (Department for Work and Pensions, 2010).

Further evidence to challenge the »benefit tourism« narrative is provided by an analysis of the impact on member countries' social security systems of intra-EU migrants' claims for »special non-contributory benefits«¹¹ which concluded that the number of non-working EU migrants across the EU is very small; non-working EU migrants are only a very small proportion of recipients of »special non-contributory benefits«; and confirmed the UK data reported above that the impact of these claims is insignificant in comparison to the member countries' overall social security budgets. The study concluded that work is the key motivation and driver for intra-EU migration (ICF GHK in association with Milieu Ltd, 2013).

2. Net fiscal contribution

The evidence also contradicts the mantra that Britain's social security system needs to be »safeguarded from abuse by people with little or no connection to the UK.« (Angela Eagle in answer to a Parliamentary Question from Oona King (Hansard) cited by Roberts, 2004). The BBC News recently reported the Director General of the Confederation of British Industry (CBI),

11 »Special non-contributory cash benefits« are tax financed benefits to provide either supplementary, substitute or ancillary protection against risks covered by Regulation 883/04 – sickness, maternity and paternity, disability, old-age, bereavement, accidents at work and occupational diseases, death, unemployment, pre-retirement and costs of a family – to guarantee minimum subsistence, or are for disabled people connected to the member state's social environment.

John Cridland, saying that the »vast majority« of migrants to the UK came to work and »benefit our economy«. The CBI Director General said *»Our hospitals and care homes couldn't function without overseas workers; building sites that we need to deliver more homes and big infrastructure projects would also stall.«* (BBC News 30 August 2015). Research by Dustmann and Frattini (2014) found that during the ten years between 2001 and 2011, European migrants who had arrived in the UK after 2000, contributed over £ 20 bn to public finances and provided human capital that they estimated would have cost the UK £ 6.8 bn in spending on education. This is a view supported by the UK government's own analysis:

»In the long run, it is likely that the net fiscal contribution of an immigrant will be greater than that of a non-immigrant. For migrants of working age who enter the country this is relatively clear; the UK is receiving the fiscal contribution of their work, without paying for the education and training that enables them to work.« (Home Office, 2007).

One reason for EU migrants' high net contribution to the British economy is the low wages they are paid by Britain's employers. Evidence collected during the Worker Registration Scheme showed that, with the majority of Central and Eastern European migrants employed in low-skilled jobs, hourly rates of pay were very low – generally at around minimum legal wage levels. Evidence presented to the House of Lords showed that Polish workers in the UK earned an average of only £ 6 per hour during 2003–2006 (House of Lords, 2008; Roberts, 2008). Data from the Worker Registration Scheme showed that 70 per cent of Central and Eastern European workers who applied to the Scheme between April 2007 and March 2008 reported that their hourly wages rate was between £ 4.50 and £ 5.99. This compared to an average hourly wage of £ 11.50 for UK-born workers in 2006 – around twice that for workers from Central and Eastern Europe, even though UK-born workers were less educated and less skilled (House of Lords, 2008; Roberts, 2008).

3. Reciprocity

The right to move freely within the EU under the protection of the principle of non-discrimination and the social security coordinating regulations applies equally to UK nationals as it does to nationals of other EU member countries. A study undertaken and reported by the Guardian newspaper showed that it is by no means all »one-way« traffic:

»... unemployed Britons in Europe are drawing much more in benefits and allowances in the wealthier EU countries than their nationals are claiming in the UK, despite the British government's arguments about migrants flocking in to the country to secure better welfare payments.« The research shows that: *»more than four times as many Britons obtain unemployment benefits in Germany as Germans do in the UK, while the number of jobless Britons receiving benefits in Ireland exceeds their Irish counterparts in the UK by a rate of five to one ... In Finland, Sweden, Denmark, Belgium, Luxembourg, Germany,*

Austria, France and Ireland the number of Britons banking unemployment cheques is almost three times as high as the nationals of those countries receiving parallel UK benefits – 23 011 Britons to 8720 nationals of those nine countries in the UK.» (Guardian, 19 January 2015).

The Guardian report challenges the »generous« UK benefits narrative:

»There are not only far more Britons drawing benefits in these countries than vice versa, but frequently the benefits elsewhere in Europe are much more generous than in the UK. A Briton in France receives more than three times as much as a jobless French person in the UK.« (Guardian, 19 January 2015).

Commenting on the Guardian's finding that around 2.5 per cent of Britons who are living in the EU are claiming unemployment benefits in other member countries which is »the same level as the roughly 65 000 EU nationals claiming Jobseeker's Allowance in the UK« Roxana Barbulescu pointed out that »Thirty thousand people, or 2.5 per cent of all British nationals, in other EU member states means that the overwhelming majority of Brits abroad as well as European citizens in Britain are not an undue burden for the countries in which they live.« (Barbulescu quoted by Guardian, 19 January 2015).

That UK nationals also benefit from free movement and social security co-ordination is further illustrated by the many thousands of British retirees in Spain and other Mediterranean countries who are treated equally with home country nationals within the host countries' healthcare systems (Roberts and Schulte et al., 2009). It is likely that elderly Britons living in Spain will need to make greater use of the Spanish healthcare system, for example, than young workers from Poland and other Central and Eastern European countries make of the UK's National Health Service.

The Polish Foreign Minister, Radoslaw Sikorski, commenting on David Cameron's wish to end the export of UK Child Benefit to Polish citizens working in the UK with children in Poland, reminded him of the evidence that Polish people contributed around double the amount to the British economy than they withdrew in benefits and that the EU coordination rules are reciprocal:

»If Britain gets our taxpayers, shouldn't it also pay their benefits? Why should Polish taxpayers subsidise British taxpayers' children?« Emphasising the principle of reciprocity that underpins social security coordination he added: »UK social security rules apply to all resident EU citizens. No need to stigmatise Poles. What about British children abroad?« (House of Commons Library, 2014).

VI. The Xenophobe's Phrase Book

Despite the evidence that migrant workers are a net benefit to the UK economy, the introduction of measures to restrict access to benefits for EU mobile workers and citizens has been accompanied by shrill and at times abusive

commentary by senior members of the British government and elements of the British media. In what might be the first use of the term the Secretary of State for Social Security told the 1993 Conservative Party Conference that:

»Community rules have opened up a new abuse: ›benefit tourism‹. People travelling round pretending to look for work. But really looking for the best benefits. Not so much a Cooks' tour as a Crooks tour« (Conservative Party Press Release, 6/10/93 cited by NACAB, 1996; Roberts, 2008).

To ribald laughter from the Conservative Party conference the Secretary of State continued:

- »Just imagine the advice you might find in a European phrase book for benefit tourists:
- ›Wo ist das Hotel?‹ Where is the housing department?
- ›Ou est le bureau de change?‹ Where do I cash my benefit cheque?
- ›Mio bambino e in Italia‹. Send child benefits to my family in Italy.
- ›J'en suis un citoyen de l' Europe‹. Give me benefits or I'll take you to the European Court«

(Conservative Party Press Release, 6/10/93 cited by NACAB, 1996; Roberts, 2008).

Since the 1993 Conservative Party conference the Polish and Romanian languages and those of other Central and Eastern European countries have entered the xenophobe's lexicon.

Apocryphal predictions appeared in some sections of the British media in the run up to Enlargement 2004. The Guardian newspaper reported in its Leader article on 21 January 2004 that:

»A new race scare is running in the media. It began on an inside page of the Sunday Times with a news story suggesting that at least 100 000 Gypsies are expected to arrive in the UK when the European Union expands by 10 states in May. The Sun followed up on Monday with a front page and two inside pages on the tens of thousands of Eastern European Gypsies heading for Britain. By yesterday, the Express was forecasting on its front page that 1.6 million Roma were ready to ›flood in‹.« (Guardian, 21 January 2004).

Peter Wilby, writing in the Guardian, suggested that the demonization of people from Eastern Europe is based on xenophobia and bigotry:

»The recent influx of East Europeans has allowed the Mail and other papers to revive their traditions of stoking xenophobia. Bigotry against black or brown people is no longer acceptable and may even fall foul of the law. The trick is to find substitutes. The Daily Express prefers ›illegals‹, the Mail concentrates on ›Poles‹.«. (Guardian, 11 August 2008; Roberts, 2008).

Commenting on the Ipsos Mori poll of 9 October 2015, the Managing Director of Ipsos Social Research Institute, Bobby Duffy noted that *»the issues of Europe and immigration are becoming ›fused‹ in people's minds«* (Ipsos Mori, 9 October 2015). In her speech to the Conservative Party conference on 6 October 2015 Home Secretary, Theresa May, introduced further fusion

when she made a direct link between EU free movement regulations and the refugee crisis – connecting refugees, rules on free movement of workers and criminality – when she told the conference:

»For years, despite its many other flaws and its criminal leadership, Libya was known as Europe's ›forward border‹. British immigration officials worked there with their European and Libyan counterparts to stop illegal immigration from Africa at its source. Now the criminal gangs that smuggle people into Europe have been able to work unimpeded. Free movement rules don't just mean European nationals have the right to reside in Britain, they now mean anybody who has married a European can come here almost without condition. And Schengen – the agreement that abolished borders between EU states apart from Britain and Ireland – means that once a migrant arrives in a country with weak border controls, like Greece, they can make their way across Europe and into Germany, or up to the British border at Calais, without checks. Many of those people will eventually get EU citizenship and the free movement rights that come with it.« (Independent, 6 October 2015).

David Cameron was widely criticised for his use of dehumanising language to make the same point. The BBC News reported on 30 July 2015 that *»Asked about the Calais crisis, he spoke of ›a swarm of people coming across the Mediterranean, seeking a better life, wanting to come to Britain‹«.* (BBC News, 30 July 2015). Cameron's point was further reinforced in the British media with the Daily Express claiming to have identified *»ungrateful«* migrants from Syria moving freely across the EU to exploit lax benefit rules, warning *»Britain next? Migrants ›on benefits‹ flood German village moaning ›there's no PlayStation‹«.* (Daily Express, 5 November 2015).

The demonization of EU mobile workers and citizens by the UK government and elements of the British media could be considered to contain a flavour of *»moral panic«*. Cohen (1972) defined moral panic as *»... [a] condition, episode, person or group of persons emerges to become defined as a threat to societal values and interests«*. (Cohen, 1972: 9). Those who start the panic are referred to as *»moral entrepreneurs«* while those who allegedly threaten the social order are *»folk devils«*. In the case of EU migration the migrants are presented as the *»folk devils«* by the *»moral entrepreneurs«* in the UK government and media. The social order migrants threaten is the *»communitarian«* conception of national community.

For communitarians the solidarity of the national community is based on a melange of shared *»meanings, interests, values, sentiments, loyalties, affection and collective pride«* (Parekh, 1994: 94). In addition to the belief held by members of the community that they belong together, most communitarians consider that the community should enjoy a degree of political autonomy, that is, it should be a sovereign state; and for communitarians the modern *»nation state«* is bound together by the *»solidarities implicit in a common tax and public service system.«* (Coughlan, 1992: 112). However, according to communitarians, this sense of solidarity is bounded. People do not share a sense of solidarity with all human beings, but only with other members of the *»com-*

munity«. According to Coughlan (1992) *»the solidarities that exist within the nation state do not, or rarely, exist cross-nationally or between states. It is this fact above all that ties the redistributive welfare state irrevocably to the national level.«* (Coughlan, 1992: 112). It is this view of community that is challenged by the European Union and in particular by free movement of workers and social rights at EU level.

VII. Conclusion: A Worrying Turn

Arguably, David Cameron is mobilising the communitarian argument to create a moral panic that Britain's *»generous«* social security system is being *»taken advantage of«* by EEA migrants to convince his fellow EU leaders that unless they concede to his demands he will be unable to prevent – and may indeed support – a vote for British exit. However, Cameron is a *»rational economic man«* and his aim is not to reduce the flow of workers to Britain – or British workers moving to Europe – but to reduce migrant workers' social rights. In this respect his argument to the British public, in the context of the forthcoming referendum, that reducing UK social security rights for EU migrant workers will reduce migration flows is not only founded on the fictitious notion of *»benefit tourism«* but is disingenuous. While further restriction of entitlement to income-based non-contributory benefits may cause hardship to individuals it will only lead to minor savings and is unlikely to have much impact on inward migration flows because the evidence shows that EU migrant workers are not coming to Britain to claim benefits but to work (Roberts, 2015).

However, as set out in Cameron's letter to the President of the European Council, the requirement *»that people coming to Britain from the EU must live here and contribute for four years before they qualify for in-work benefits«* (Gov.UK, 10 November 2015) is a key demand. Working Tax Credit, is an in-work benefit to supplement low wages. While the Habitual Residence and Right to Reside tests have effectively closed access to Britain's income-based benefits, Cameron's proposal *»would affect more than 300 000 EU migrants working in Britain and claiming tax credits«* (Guardian, 27 November 2014).

November 2014). These workers are claiming Working Tax Credit because of the low wages paid to migrant (and UK) workers by British employers. As EU recipients of Working Tax Credit are by definition working – many on the UK's building sites and in the UK's hospitals and care homes cited by the Director General of the Confederation of British Industry – and paying taxes, Cameron's proposal suggests that his concern is not so much *»to ensure our welfare system is not taken advantage of«* but to further increase the net contribution of EU migrant workers to Britain's low wage economy.

The UK government's tactic of creating moral panic over fellow European citizens exercising their legal right to work in the UK is a dangerous one. The Daily Telegraph reported that the pro market right of centre *»Institute of Directors«* *»In an excoriating response to the Home Secretary's address ...*

accused her of jeopardising Britain's economic recovery with irresponsible rhetoric and pandering to anti-immigration sentiment.» (Daily Telegraph, 6 October 2015). It may be more than Britain's economic recovery that is being jeopardised. Zeid Ra'ad Al Hussein, United Nations High Commissioner for Human Rights, warned the British government, *»I think we have to be very careful about where this may lead.*» While the Labour Party's Harriet Harman reminded Cameron to *»remember he is talking about people and not insects*» and called the use of *»divisive*» language a *»worrying turn*» (Guardian, 14 October 2015). Whatever the outcome of the referendum, Cameron's tactics may cause long term damage to British society. If he is successful they may also undermine the European social model. Berger and Mohr (1989), commenting on migrant workers who did not enjoy the protection of social security coordination, wrote they *»are not born: they are not brought up: they do not age: they do not get tired: they do not die. They have a single function – to work*» (Berger and Mohr, 1989: 64). The migrant has *»no rights, claims or reality outside his filling of that job ... If he no longer does so, he is sent back to where he came from. It was not men who migrated but machine minders, sweepers, diggers, cement mixers, cleaners, driller, etc.*» (Berger and Mohr, 1989: 58). This is not a model of migration that should be allowed to return to Europe.

VIII. References

- BBC News: 15 October 2015 <http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-34542771>
 BBC News 30 August 2015 <http://www.bbc.co.uk/news/uk-34100643>
 BBC News 11 August 2015 <http://www.bbc.co.uk/news/uk-33850247>
 BBC News, 30 July 2015 <http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-33716501>
 BBC (BBC n. d.) http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/january/1/newsid_2459000/2459167.stm
 Berger, J., Mohr, J. (1989), *A Seventh Man*. Cambridge, Granta.
 Cohen, S. (1972) *Folk Devils and Moral Panics*, London: MacGibbon and Kee.
 Coughlan, A. (1992) *»The Limits of Solidarity: Social Policy, National and International*» Paper given to *»50 Years after Beveridge*» conference at University of York, 27 – 30 September. Vol. 2. York, SPRU.
 Daily Express 5 November 2015 http://www.express.co.uk/news/world/616883/Europe-migrant-crisis-Britain-Germany-Angela-Merkel?_ga=1.59086573.1172055052.1401357904.
 Daily Telegraph 6 Oct 2015 <http://www.telegraph.co.uk/news/politics/conservative/11913723/david-cameron-conservative-conference-2015-live.html>
 Department for Work and Pensions (2010) DWP Quarterly Statistical Summary, 17 November 2010 https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/222745/stats_summary_nov2010.pdf
 Dustmann, C. and Frattini, T. (2014) *»The Fiscal Effects of Immigration to the UK*» The Economic Journal, Royal Economic Society. John Wiley & Sons, Oxford.
 Europa <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=850&langId=en>
 European Free Trade Association (EFTA) <http://www.efta.int/eea/policy-areas/persons>
 Financial Times 18 June 2015 <http://www.ft.com/cms/s/0/3ccd20ac-1357-11e5-bd3c-00144feabdc0.html axzz3pCQ95Zwo>

- Financial Times 28 November 2014 <http://www.ft.com/cms/s/0/646fe968-76c3-11e4-944f-00144feabdc0.html> axzz3pCQ95Zwo
- Financial Times, 27 November 2014 »David Cameron launches attack on EU migration« <http://www.ft.com/cms/s/0/b2b10574-56c3-11e3-ab12-00144feabdc0.html> axzz3raejrqmF
- Gov.UK, 10 November 2015 https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/475679/Donald_Tusk_letter.pdf
- Guardian, 14 October 2015 <http://www.theguardian.com/global-development/2015/oct/14/refugee-rhetoric-echoes-1938-summit-before-holocaust-un-official-warns>
- Guardian, 9 October 2015 <http://www.theguardian.com/news/datablog/2015/oct/09/eu-referendum-polling-reveals-freedom-of-movement-most-contentious-issue>
- Guardian, 19 January 2015 »Revealed: thousands of Britons on benefits across EU« <http://www.theguardian.com/uk-news/2015/jan/19/-sp-thousands-britons-claim-benefits-eu>
- Guardian 27 November 2014 <http://www.theguardian.com/politics/2014/nov/27/david-cameron-european-union-immigration>
- Guardian 11 August 2008 »A tale of Poles and prejudice« <http://www.theguardian.com/media/2008/aug/11/pressandpublishing.raceandreligion>
- Guardian 21 January 2004 »Leader« <http://www.theguardian.com/society/2004/jan/21/raceintheuk.europeanunion>
- Hartmann, F. (1978) *The Relations of Nations*. New York, Macmillan.
- Heater, D. (1990) *Citizenship*. London, Longman.
- Holloway, J. (1981) *Social policy harmonisation in the European Community*. Farnborough, Gower.
- Home Office (2008) *Accession Monitoring Report March 2008 – May 2008 A8 Countries: A joint online report between the UK Border Agency, Department for Work and Pensions, HM Revenue and Customs and Communities and Local Government*, HMSO.
- Home Office (2007) *The Economic and Fiscal Impact of Migration, A Cross-Departmental Submission to the House of Lords Committee on Economic Affairs produced in partnership with the Department for Work and Pensions*, October, HMSO.
- Home Office (2004) *No UK Benefits For EU Accession Countries*, Press Release, 23 February.
- Home Office (2004) *Regulations Laid For Workers Registration Scheme For New EU Members*, Press Release, 25 March, http://press.homeoffice.gov.uk/press-releases/Regulations_Laid_For_Workers_Reg?version=1.
- House of Commons Library (2015) *Measures to limit migrants' access to benefits*, Commons Briefing papers SN06889, published Wednesday, June 17. Author Stephen Kennedy, Social Policy Section: <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06889> fullreport
- House of Commons Library (2014) *Child Benefit and Child Tax Credit for children resident in other EEA countries*, Standard Note: SN06561, Last updated: 18 July 2014. Author: Steven Kennedy, Social Policy Section.
- House of Lords (2008) *Select Committee on Economic Affairs 1st Report of Session 2007 – 2008 The Economic Impact of Immigration, Volume I: Report*, 1 April, London: The Stationery Office Limited.
- ICF GHK in association with Milieu Ltd (2013) *A fact finding analysis on the impact on the Member States' social security systems of the entitlements of non-active intra-EU migrants to special non-contributory cash benefits and healthcare granted on*

- the basis of residence, European Commission, DG Employment, Social Affairs and Inclusion, 14 October.
- Independent 6 October 2015 »Theresa May's speech to the Conservative Party Conference – in full« <http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/theresa-may-s-speech-to-the-conservative-party-conference-in-full-a6681901.html>
- Ipsos Mori 9 October 2015 »EU Referendum: Controls on movement of EU citizens key issue for majority of Britons« <https://www.ipsos-mori.com/researchpublications/researcharchive/3631/EU-Referendum-Controls-on-movement-of-EU-citizens-key-issue-for-majority-of-Britons.aspx>
- NACAB (1996) *Failing the test: CAB clients' experience of the habitual residence test in social security*. London, NACAB.
- Office for National Statistics, »Claims for Tax Funded Income-Related Benefits, May 2004 – April 2011«, Worker Registration Scheme, www.ons.gov.uk
- Parekh, B. (1994) »Three Theories of Immigration« in Spencer, S. (ed) *Strangers and Citizens*. Institute for Public Policy Research. London, Rivers Oram.
- Pennings, F. (2003) *Introduction to European social security law*, Fourth Edition. Antwerp, Intersentia.
- Roberts, S. (2015) »Is Cameron hoist with his own referendum petard?« *Discover Society* 2 November <http://discoversociety.org/>
- Roberts, S. (2010) »A Short History of Social Security Coordination« in *50 Years of Social Security Coordination*. Luxembourg, Publications Office of the European Union.
- Roberts, S (2008) »»Hard working immigrants welcome: Social security for Polish migrants in the UK«. *Polityka Społeczna*, Special Edition, December. Warsaw.
- Roberts, S., (2004) »»A strong and legitimate link: The Habitual Residence Test in the United Kingdom« in Langer, R., and Sakslin, M., *Co-ordinating Work-based and Residence-based Social Security*. University of Helsinki.
- Roberts, S. and Schulte, B., García de Cortazar, C., Medaiskis, T. and Verschueren, H. (2009) *Healthcare for Pensioners*, trESS Think Tank report to the European Commission. DG EMPL/E/3, European Commission.
- Social Security Advisory Committee (SSAC) (2004), *The Social Security (Habitual Residence) Amendment Regulations 2004*.
- Watson, P. (1980) *Social security law of the European Communities*. London, Mansell.

Der Versorgungsausgleich im internationalen Scheidungsfolgenrecht

Inhaltsübersicht

- I. Die Anwendbarkeit des deutschen Versorgungsausgleichsrechts
- II. Versorgungsausgleich oder ähnliche Rechtsinstitute in ausländischen Rechtsordnungen

I. Die Anwendbarkeit des deutschen Versorgungsausgleichsrechts

Die vermögensrechtlichen Folgen einer Scheidung richten sich allgemein nach Art. 17 I EGBGB¹. Für den Versorgungsausgleich gilt als Sonderregelung Art. 17 III EGBGB. Seine Behandlung in Fällen mit Auslandsberührung richtet sich trotz seiner Verzahnung mit dem Sozial(versicherungs)recht als familienrechtlicher Anspruch nach den Bestimmungen des internationalen Privatrechts², da er Folge einer Ehescheidung ist³. Art. 17 III EGBGB regelt daher nicht nur, ob und wie ein Versorgungsausgleich durchzuführen ist, sondern z. B. auch die Frage, in welchem Umfang den Ehegatten Dispositionsbefugnisse über ihn zustehen⁴. Entsprechendes gilt, wenn gleichgeschlechtliche Partnerschaften geschieden werden (Art. 17b I 3, 4 EGBGB)⁵.

Das Scheidungsstatut war bereits mit Wirkung vom 1.9.1986 neu geregelt worden⁶, was auf die damals anhängigen Verfahren – auch was den Versorgungsausgleich anbetraf⁷ – keine Auswirkungen hatte⁸. Es blieb bei der Anwendung des vor dem 1.9.1986 geltenden Rechts. Sah dieses keinen Versorgungsausgleich vor, kam bei einer Ehe, bei der der Scheidungsantrag vor dieser Reform rechtshängig geworden ist, eine nachträgliche Durchführung des Versorgungsausgleichs selbst dann nicht in Frage, wenn ein Ehegatte inländische Versorgungsansprüche erworben hatte (Art. 17 III 2 Nr. 1 EGBGB i. d. F. von 1986)⁹.

1 BGH, FamRZ 1983, 876 (877 f.); 1980, 29 (31); zum Folgenden bereits Ruland, Versorgungsausgleich, 4. Aufl., 2015, Rn. 104 ff.

2 So schon für die Zeit vor der IPR-Reform vom 25.7.1986 (BGBl. I, 1142): BGHZ 75, 241 (247) = FamRZ 1980, 29 = NJW 1980, 47; ebenso: BGH, FamRZ 1982, 795 (797) = NJW 1982, 1940; BGHZ 86, 57 (68) = NJW 1983, 1259; a. A. Nolte-Schwarting, Der Versorgungsausgleich in Fällen mit Auslandsberührung, Schriften zum Internationalen Recht Bd. 32, 1984, S. 154.

3 Vgl. BT-Dr. 10/504, S. 61.

4 OLG Köln, FamRZ 2009, 1592; 1589 (1590); Henrich, in: Johannsen/Henrich (Hrsg.), Familienrecht, 6. Aufl., 2015, Art. 17 EGBGB Rn. 77.

5 AmtsG Münster, NJW-Spezial 2010, 518.

6 Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25.7.1986 (BGBl. I, 1142).

7 BGH, FamRZ 2006, 321 ff.; 2005, 1467; NJW 1991, 3087; 1990, 638.

8 BGH, FamRZ 1987, 793 ff.

9 BGH, FamRZ 1994, 884 (885); 1993, 416 (417); 1990, 142; OLG Bamberg, FamRZ 2003, 1567 (1568); OLG Stuttgart, FamRZ 2002, 614.

Maßgeblich für das Scheidungsfolgenrecht ist nun die Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20.12.2010 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts (Rom-III-Verordnung)¹⁰. Sie ist am 30.12.2010 in Kraft getreten und gilt für alle Scheidungsverfahren, die seit dem 21.6.2012 anhängig gemacht wurden (Art. 21 S. 2 der Verordnung). Sie gilt nicht EU-weit, sondern außer in Deutschland nur in Belgien, Bulgarien, Frankreich, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Österreich, Portugal, Rumänien, Slowenien, Spanien und in Ungarn unmittelbar. Die Anwendbarkeit der Regelungen dieser Verordnung setzt aber nicht voraus, dass die Ehegatten die Staatsangehörigkeit eines der eben genannten Länder besitzen. Bestehende internationale Konventionen lässt die Vereinbarung unberührt, doch betrifft dies in Deutschland nur Art. 8 III des Deutsch-iranischen Niederlassungsabkommens von 17.2.1929¹¹, das ausschließlich für die Scheidung iranischer Ehepaare gilt¹² und trotz der Rom-III-VO einen Versorgungsausgleich ausschließt¹³. Die EU-Verordnung betrifft nur die Scheidung, nicht auch die Eheaufhebung (§ 1314 BGB)¹⁴.

Wegen dieser Verordnung ist das deutsche internationale Scheidungsfolgenrecht durch das Gesetz zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 und zur Änderung anderer Vorschriften des Internationalen Privatrechts vom 23.1.2013¹⁵ mit Wirkung vom 29.1.2013 (Art. 5 des Gesetzes) angepasst und grundlegend geändert worden. Danach kommt dieser unmittelbar anzuwendenden EU-Verordnung Vorrang vor den Bestimmungen des deutschen Rechts zu (Art. 3 Nr. 1 lit. d EGBGB). Auch der Versorgungsausgleich unterliegt dem nach der Verordnung (EU) 1259/2010 auf die Scheidungsfolgen anzuwendenden Recht¹⁶. Er ist nur durchzuführen, wenn danach deutsches Recht anzuwenden ist und ihn das Recht eines der Staaten kennt, denen die Ehegatten im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit der Scheidung angehören (Art. 17 III 1 EGBGB). Im Übrigen ist der Versorgungsausgleich auf Antrag eines Ehegatten nach deutschem Recht durchzuführen, wenn einer der Ehegatten in der Ehezeit ein Anrecht bei einem inländischen Versorgungsträger erworben hat, soweit die Durchführung des Versorgungsausgleichs insbesondere im Hinblick auf die beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse während der gesamten Ehezeit

10 ABl. L 343/10 vom 29.12.2010; dazu Althammer, NZFam 2015, 9 ff.; Becker, NJW 2011, 1543 ff.; Finger, FamFR 2011, 433 ff.; Gruber, IPrax 2012, 381 ff.; Hau, FamRZ 2013, 249 ff.; Helms, FamRZ 2011, 1765 ff.; Kohler/Pintens, FamRZ 2011, 1433 ff.; Rauscher, FPR 2013, 257 ff.

11 RGBl. 1930 II, 1002, dazu Bekanntmachung vom 15.8.1955 (BGBl. II, 829); BGH, NJW-RR 2005, 1449; OLG Koblenz, FamRZ 2009, 611 (612).

12 Vgl. Hau, FamRZ 2013, 249.

13 BGH, FamRZ 2005, 1666; OLG Hamm, FamRZ 2013, 1486; OLG Frankfurt, FamRZ 2011, 1065; OLG Koblenz, FamRZ 2009, 611 (616); OLG Köln, FamRZ 2002, 613 (614); Henrich (Fn. 4), Rn. 67; Klaten-hoff, FuR 2000, 52; a. A. OLG Oldenburg, FamRZ 1995, 1590; Palandt/Thorn, BGB – Kommentar, 74. Aufl., 2015, Art. 17 EGBGB Rn. 10 und Rom III 19 Rn. 1; Rieck, FPR 2011, 498 (500); s. a. EuGHMR, FamRZ 2011, 1037.

14 Hau, FamRZ 2013, 249 (250).

15 BGBl. I, 101; dazu Köhler/Pintens, FamRZ 2012, 1425.

16 Rauscher, FPR 2014, 257 (259 f.).

der Billigkeit nicht widerspricht (Art. 17 III 2 EGBGB). Nach der Übergangsregelung in Art. 229 § 28 II EGBGB ist das neue Recht anzuwenden, wenn das Verfahren auf Ehescheidung nach dem 29.1.2013 eingeleitet worden ist.

Die Frage, ob deutsches Recht anzuwenden ist, beantwortet sich nun nach der Verordnung (EU) 1259/2010. Diese Verordnung gilt für Ehescheidungen in den Fällen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen (Art. 1 I), wobei es nicht nur Mitgliedstaaten der EU sein müssen. Die Ehegatten können nach Art. 5 I das auf die Ehescheidung anzuwendende Recht durch Vereinbarung bestimmen¹⁷, sofern es sich dabei um das Recht eines der folgenden Staaten handelt:

- a) das Recht des Staates, in dem die Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, oder
- b) das Recht des Staates, in dem die Ehegatten zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern einer von ihnen zum Zeitpunkt der Rechtswahl dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder
- c) das Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl besitzt, oder
- d) das Recht des Staates des angerufenen Gerichts.

Eine solche Rechtswahlvereinbarung kann nach Art. 5 II der Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 jederzeit, spätestens jedoch zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts, geschlossen oder geändert werden. Sieht das Recht des Staates des angerufenen Gerichts dies vor, können die Ehegatten die Rechtswahl vor Gericht auch im Laufe des Verfahrens vornehmen. In diesem Fall nimmt das Gericht die Rechtswahl zu Protokoll (Art. 5 III). Nach deutschem Recht ist gestützt auf Art. 7 II dieser Verordnung eine solche Rechtswahlvereinbarung notariell zu beurkunden (Art. 46d I EGBGB), um die Ehegatten vor einer Übervorteilung durch die Wahl einer für sie ungünstigen Rechtsordnung zu schützen¹⁸. Die Vereinbarung soll auch gerichtlich überprüfbar sein¹⁹. Die Ehegatten können die Rechtswahl bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug vornehmen (Art. 46d II 1 EGBGB), danach nicht mehr. Die Protokollierung der Rechtswahl wird in diesem Fall durch die Aufnahme der Erklärungen in ein nach den Vorschriften der ZPO errichtetes Protokoll ersetzt (§ 46d II 2 EGBGB i. V. m. § 127a BGB).

Machen die Ehegatten von der Möglichkeit einer Rechtswahl keinen Gebrauch, unterliegt die Ehescheidung:

- dem Recht des Staates, in dem die Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, oder anderenfalls
- dem Recht des Staates, in dem die Ehegatten zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern dieser nicht vor mehr als einem Jahr vor Anrufung des Gerichts endete und einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der An-

17 Dazu Reetz, NotBZ 2012, 401 ff.; Schall/Weber, IPraz 2014, 381 ff.

18 BT-Dr. 17/11049, S. 11; zur Frage einer konkludenten Rechtswahl: Helms, IPraz 2014, 334 f.

19 Vgl. Becker, NJW 2011, 1543 (1545).

rufung des Gerichts dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder anderenfalls

- dem Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit beide Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts besitzen, oder anderenfalls
- dem Recht des Staates des angerufenen Gerichts (Art. 8 Verordnung [EU] Nr. 1259/2010).

Diese Regelungen gelten nicht, wenn das anzuwendende Recht eine Scheidung nicht vorsieht oder einem Ehegatten aufgrund seiner Geschlechtszugehörigkeit keinen gleichberechtigten Zugang zur Scheidung gewährt (Art. 10 der Verordnung) oder das Recht mit dem *ordre public* offensichtlich unvereinbar ist (Art. 12 der Verordnung). Wichtig ist auch, dass Rück- und Weiterverweisungen ausgeschlossen sind (Art. 11 der Verordnung).

Nach der Neuregelung ist also nicht mehr die Staatsangehörigkeit primärer Anknüpfungspunkt für das Scheidungsfolgenstatut sondern der gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten. Ein gewöhnlicher Aufenthalt an einem Ort wird grundsätzlich dann begründet, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Aufenthalt an diesem Ort auf längere Zeit angelegt ist und künftig der neue Lebensmittelpunkt sein soll²⁰. Entscheidend sind die Dauer und die Beständigkeit des Aufenthalts. Eine zeitweilige Abwesenheit steht bei erkennbarem Rückkehrwillen der Annahme eines gewöhnlichen Aufenthalts nicht entgegen²¹. Zur Anwendung des deutschen Scheidungsfolgenrechts kommt es mithin, wenn die Ehegatten auf Grund einer Vereinbarung nach Art. 5 Verordnung (EU) 1259/2010 ein deutsches (Familien-)Gericht angerufen haben. In diesem Fall ist auch das deutsche Recht anzuwenden (Art. 8 lit. d Verordnung [EU] Nr. 1259/2010). Es ist außerdem dann anzuwenden, wenn die Ehegatten das deutsche Recht gewählt haben und dies entsprechend notariell oder gerichtlich beurkundet wurde. Die Möglichkeit einer Wahl des deutschen Rechts haben sie aber nur dann, wenn sie zum Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatten oder wenn sie dort zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern einer von ihnen zum Zeitpunkt der Rechtswahl dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder wenn einer der Ehegatten Deutscher ist.

Ist eine Rechtswahl nicht getroffen worden, ist für die Scheidungsfolgen deutsches Recht anzuwenden, wenn die Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts in Deutschland ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, oder dort zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern dieser nicht vor mehr als einem Jahr vor Anrufung des Gerichts endete und einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Liegen diese Anknüpfungsmerkmale nicht vor, kommt es zum deutschen Scheidungsstatut, wenn beide Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts Deutsche waren.

²⁰ BGH, FamRZ 2001, 412; 1993, 798 (800); 1981, 135.

²¹ BGH, FamRZ 1993, 798 (799); Einzelheiten bei Palandt/Thorn (Fn. 13), Art. 5 EGBGB Rn. 10.

Aber auch wenn sich die Scheidungsfolgen nach deutschem Recht bestimmen, ist ein Versorgungsausgleich von Amts wegen nur dann durchzuführen, wenn ihn das Heimatrecht eines der Ehegatten kennt, dem sie im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags angehörten (Art. 17 III 1 2. HS EGBGB). Das aber ist – wie noch zu zeigen sein wird – nicht der Fall. Daher ist auf Grund dieser Bestimmung ein Versorgungsausgleich von Amts wegen nur dann durchzuführen, wenn das deutsche Recht Scheidungsstatut ist und einer der Ehegatten die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Wenn ein Versorgungsausgleich von Amts wegen nicht durchzuführen ist, kommt er nach Art. 17 III 2 EGBGB dennoch auf Antrag eines der Ehegatten zur Anwendung, wenn einer der Ehegatten in der Ehezeit ein Anrecht bei einem inländischen Versorgungsträger erworben hat, soweit die Durchführung des Versorgungsausgleichs insbesondere im Hinblick auf die beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse während der gesamten Ehezeit der Billigkeit nicht widerspricht²². Dadurch wird aufgrund dieser an sich subsidiären²³ Bestimmung, der scheinbaren Ausnahme des Art. 17 III 2 EGBGB, in den Fällen gemischt-nationaler Ehen die Durchführung des Versorgungsausgleichs zum „absoluten Regelfall“²⁴. Ausreichend ist, dass eine (von mehreren) Versorgungsanwartschaften gegen einen deutschen Versorgungsträger gerichtet ist²⁵. Es kann sich dabei auch um eine betriebliche oder private Anwartschaft handeln. Ist diese Voraussetzung gegeben, sind alle Anrechte auszugleichen²⁶, ausländische allerdings wegen der fehlenden Ausgleichsreife (§ 19 II Nr. 4 VersAusglG) nur schuldrechtlich.

Auf Grund dieser Bestimmung kann, wenn die Ehegatten im Ausland geschieden wurden und trotzdem deutsches Scheidungsfolgenrecht zur Anwendung kommt, ein Versorgungsausgleich, hat er durch das ausländische Gericht nicht stattgefunden, nachgeholt werden²⁷. Die Durchführung des Versorgungsausgleichs erfolgt in diesen Fällen auf Antrag eines der Ehegatten (§§ 124, 133 FamFG) im Rahmen eines selbständigen Verfahrens (§ 217 FamFG)²⁸. Der Antrag kann auch konkludent, etwa durch Übersendung eines ausgefüllten Fragebogens, gestellt werden²⁹. Eine rügelose Einlassung auf ein fälschlicherweise von Amts wegen eingeleitetes Verfahren kann den Antrag ersetzen³⁰. Ein Antrag kann bis zur rechtskräftigen Entscheidung über ihn auch

22 Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung: BGH, FamRZ 2006, 321 (322); 1993, 176 (177); OLG Düsseldorf, FamRZ 1993, 433 (434).

23 Der BGH (FamRZ 2009, 681 [682]; 2007, 996 [1000]) spricht von einer »regelwidrigen« Anwendung des deutschen Rechts.

24 Staudinger/Mankowski, BGB, 4. Buch Familienrecht, Neubearbeitung 2011, Art. 17 EGBGB Rn. 356.

25 Zu Anrechten der ehemaligen DDR: OLG Zweibrücken, FamRZ 2001, 33; Adlerstein/Wagenitz, FamRZ 1990, 1300 (1306).

26 Ebenso Borth, Versorgungsausgleich, 7. Aufl., 2014, Rn. 1169; Wagner, Versorgungsausgleich mit Auslandsberührung, 1996, Rn. 35; a. A. Palandt/Thorn (Fn. 13), Art. 17 EGBGB Rn. 11; Rauscher, FPR 2013, 257 (259); Staudinger/Mankowski (Fn. 24), Art. 17 EGBGB Rn. 384.

27 Vgl. BGH, FamRZ 1993, 798 ff.; 176 ff.; Henrich, IPrax 1993, 189; ders., FamRZ 1986, 841 (851).

28 Ein solcher Antrag schließt den Antrag nach § 3 III VersAusglG mit ein.

29 Vgl. OLG München, FuR 1993, 231; OLG Schleswig, FamRZ 1991, 96 (97) m. Anm. Schulze.

30 OLG Schleswig, FamRZ 1991, 96 (97) m. Anm. Schulze.

wieder zurückgenommen werden (§ 22 I FamFG)³¹. Es besteht, da es sich um keine Folgesache und keine Familienstreitsache handelt, kein Anwaltszwang (§ 114 FamFG). Wann die Klage rechtshängig geworden ist, bestimmt sich nach der *lex fori* des ausländischen Scheidungsrechts³².

Ist im Scheidungsverfahren ein Versorgungsausgleich nach Art. 17 III 1 EGBGB nicht durchzuführen und wird auch kein Antrag nach Art. 17 III 2 EGBGB gestellt, hat eine Feststellung, dass ein Versorgungsausgleich nicht stattfindet, zu unterbleiben³³. Wird gleichwohl eine solche Entscheidung getroffen, wird sie nicht rechtskräftig und steht einem späteren Antrag auf Durchführung eines Versorgungsausgleichs nicht entgegen³⁴.

Die internationale Zuständigkeit des deutschen Familiengerichts für die nachträgliche Durchführung des Versorgungsausgleichs ergibt sich aus § 102 Nr. 2 FamFG³⁵, soweit über inländische Anrechte zu entscheiden ist. Ansonsten muss einer der früheren Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben (§ 102 Nr. 1 FamFG). Voraussetzung ist, dass die ausländische Scheidung gem. § 107 I FamFG die Anerkennung durch die deutsche Landesjustizverwaltung erhalten hat, was aber für EU-Staaten mit Ausnahme Dänemarks³⁶ und für Staaten, mit denen entsprechende Abkommen bestehen, nicht (mehr) notwendig ist³⁷. Voraussetzung ist weiter, dass ein Ausgleich nicht schon nach ausländischem Recht vorgenommen worden ist, was aber meist nicht der Fall ist³⁸, und dass er nach deutschem Recht (Art. 17 III EGBGB) hätte durchgeführt werden müssen³⁹. Dies ist, wenn ein entsprechender Antrag gestellt ist, nach dem neu gefassten Art. 17 III 2 EGBGB immer schon dann der Fall, wenn ein Ehegatte Anrechte bei einem inländischen Versorgungsträger erworben hat. Allerdings darf die Durchführung des Ausgleichs nicht der Billigkeit widersprechen. Soweit es sich um ausgleichsreife (§ 19 II VersAusglG) inländische Anrechte handelt, findet der Wertausgleich statt, ansonsten – insbesondere bei ausländischen Anrechten – nur der schuldrechtliche Versorgungsausgleich⁴⁰. Die Zuständigkeit des deutschen Familiengerichts folgt aus § 102 Nr. 2 FamFG, da über inländische Anrechte zu entscheiden ist; die örtliche Zuständigkeit des Familiengerichts ergibt sich aus § 218 FamFG.

31 OLG Schleswig, FamRZ 1991, 96 (98) m. Anm. Schulze.

32 BGH, FamRZ 1993, 798 (800) = NJW 1993, 2047 (2049); FamRZ 1992, 1058 (1059); FamRZ 1982, 662 (663); OLG Frankfurt, FamRZ 2009, 1586 (1587); zur Trennung von Tisch und Bett: BGH, NJW-RR 1994, 962 (963).

33 OLG München, NJW-RR 2000, 815.

34 OLG Bremen, FamRZ 2013, 222 (223); OLG Karlsruhe, FamRZ 2006, 955; OLG Düsseldorf, FamRZ 1999, 1210.

35 Vgl. BT-Dr. 16/6308, S. 221.

36 Vgl. Art. 21 I EG-VO Nr. 2201/2003 vom 27.11.2003 (ABl. EU L 338/1).

37 Vgl. Zimmermann, in: Keidel, FamFG – Familienverfahren, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 17. Aufl., 2011, § 107 FamFG Rn. 7 ff.; s. a. BVerfG, FamRZ 2007, 615; OLG Schleswig, FamRZ 2009, 609 ff.

38 Vgl. Dazu unter 2.

39 BGH, FamRZ 1993, 798; OLG Düsseldorf, FamRZ 1984, 714; Jayme, FamRZ 1979, 557 (559).

40 OLG Bamberg, FamRZ 2003, 1567 (1568).

In den Fällen des Art. 17 III 2 EGBGB darf die Durchführung des Versorgungsausgleichs nach deutschem Recht im Hinblick auf die beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse auch während der gesamten Ehezeit der Billigkeit nicht widersprechen (Art. 17 III 2, letzter HS EGBGB). Diese anspruchsbegrenzende Ausnahmeregel⁴¹ ist von Amts wegen zu prüfen, wobei den Gerichten ein großer Ermessens- und Gestaltungsspielraum zukommt. Allerdings endet auch insoweit die Ermittlungspflicht des Gerichts dort, wo es ein Verfahrensbeteiligter allein oder in erster Linie in der Hand hat, die notwendigen Erklärungen abzugeben⁴². Das Gericht kann z. B. den Ausgleich auch auf einzelne Anrechte beschränken⁴³. Die Ausnahmeregel bietet u. a. die Möglichkeit, unbillige Ergebnisse zu vermeiden, die sich ergeben können, wenn der Ehegatte inländische Anrechte abgeben muss, er aber an den Vermögenswerten des anderen Ehegatten im Ausland nicht partizipieren kann⁴⁴. Über sie können, um eine Benachteiligung des Ausgleichspflichtigen zu vermeiden, bei der Durchführung des Versorgungsausgleichs auch die Sicherungsformen berücksichtigt werden, die das ausländische Recht dem geschiedenen Ehegatten einräumt (z. B. eine Geschiedenen-Witwenrente oder einen güterrechtlichen Ausgleich)⁴⁵. Werden nach ausländischem Recht (z. B. England, Irland, Niederlande, Schweiz) erworbene Anrechte dort auch ausgeglichen⁴⁶, können diese aus dem Versorgungsausgleich nach deutschem Recht herausgenommen werden; der Ausgleich findet dann nur noch im Übrigen statt. Es kann der Billigkeit auch entsprechen, ausländisches Vermögen, das nicht auszugleichen ist oder war, in die Prüfung mit einzubeziehen⁴⁷. Des Weiteren können Währungsdisparitäten und unterschiedlich hohe Lebenshaltungskosten eine Rolle spielen⁴⁸. Das Gesetz gibt zudem vor, dass auch die Zeit, in der die Ehegatten z. B. in Deutschland, einem Land mit Versorgungsausgleich, lebten ins Verhältnis zu setzen ist zur gesamten Ehezeit. Ein paar Monate und ein nur geringfügiges Anrecht werden nicht reichen. Auf die Schuld an der Scheidung kommt es auch bei Art. 17 III 2 EGBGB nicht an⁴⁹. Eine grobe Unbilligkeit ergibt sich auch nicht daraus, dass der Antrag nach Art. 17 III 2 EGBGB erst viele Jahre nach der Rechtskraft der Scheidung gestellt wurde⁵⁰. Auch eine umfassende Scheidungsvereinbarung (z. B. in der Türkei) steht dem Antrag nicht entgegen, wenn die Ehegatten an den Versorgungsausgleich nicht ge-

41 BGH, FamRZ 1990, 1341 (1342).

42 OLG Stuttgart, FamRZ 2008, 1759 (1760).

43 OLG Zweibrücken, FuR 2000, 425 (426).

44 BGH, FamRZ 2014, 105 (106 ff.); Rauscher, IPraz 2015, 139 ff.

45 Staudinger/Mankowski (Fn. 24), Art. 17 EGBGB Rn. 397 f. Bei Scheidung einer Ehe nach italienischem Recht, OLG Düsseldorf, NJW-RR 1993, 1414.

46 Vgl. Fn. 60 ff.

47 BGH, FamRZ 2007, 996 (Kroatien); 366 (Türkei); 1994, 825 (826).

48 BGH, FamRZ 2000, 418 = NJW-RR 2000, 595 (596); krit.: Eichenhofer, IPraz 2001, 110 (112).

49 OLG Hamm, FamRZ 1994, 573 (578); OLG Celle, FamRZ 1991, 204 (205); Finger, FF 2002, 154 (158); Klattenhoff, FuR 2000, 108 (112).

50 Dazu BGH, FamRZ 2007, 996 (1000).

dacht haben⁵¹. Neben dieser besonderen Billigkeitsklausel kann ggf. auch die (allgemeine) Härteklausel des § 27 zur Anwendung kommen⁵².

Das neue Scheidungsfolgenrecht führt also zu folgenden Ergebnissen:

- Beide Ehegatten sind Deutsche, leben aber gewöhnlich im gleichen Ausland, wo sie auch geschieden werden. Sie können, wenn dort die Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 gilt, gem. Art. 5 dieser Verordnung das deutsche Recht wählen und es kommt dann dann, weil ihr Heimatrecht den Versorgungsausgleich kennt, zur Durchführung des Versorgungsausgleichs von Amts wegen. Wenn sie das deutsche Scheidungsfolgenstatut nicht wählen, ist das Recht des Staates maßgeblich, in dem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Kennt dieses Recht keinen Versorgungsausgleich, kann seine Durchführung unter den Voraussetzungen des Art. 17 III 2 EGBGB beantragt werden.
- Ist ein Ehegatte Deutscher, der andere Ausländer, gilt gleiches, wenn sie beide gewöhnlich im gleichen Ausland leben.
- Ist die Ehe einer oder eines Deutschen im Ausland geschieden worden, bedarf die Scheidung, erfolgte sie außerhalb der EU oder in Dänemark, der Anerkennung durch die deutsche Landesjustizverwaltung, soweit sie nicht ohnehin gem. Art. 21 EUEheVO ohne ein Verfahren anerkannt wird. Ist bei der Scheidung kein Versorgungsausgleich durchgeführt worden, kommt es zu ihm nach deutschem Recht auf Antrag eines der Ehegatten (Art. 17 III 2 EGBGB) im selbständigen Verfahren (§ 217 FamFG) bei dem nach § 218 FamFG zuständigen Familiengericht, dessen internationale Zuständigkeit hierfür sich aus § 102 Nr. 2 FamFG ergibt⁵³.
- Leben gemischt-nationale Ehegatten in Deutschland, können sie das deutsche Recht wählen. Wenn sie das nicht tun, kommt über Art. 8 der Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 deutsches Recht zur Anwendung. Der Versorgungsausgleich ist von Amts wegen durchzuführen.
- Leben Ausländer gleicher Nationalität in Deutschland, kommt nach Art. 8 der Verordnung deutsches Recht zur Anwendung. Die Ehegatten können aber nach Art. 5 der Verordnung ihr Heimatrecht vereinbaren. Trotzdem kann auf Antrag eines der Ehegatten über Art. 17 III 2 EGBGB der Versorgungsausgleich durchzuführen sein.
- Werden Ausländer im Ausland geschieden, kommt es im selbständigen Verfahren zur Durchführung des Versorgungsausgleichs auf Antrag eines der früheren Ehegatten nur dann, wenn (auch) über inländische Anrechte zu entscheiden ist (§ 102 Nr. 2 FamFG). Für Scheidungsanträge vor dem 1.9.1986 ist allerdings Art. 220 I EGBGB zu beachten⁵⁴.

⁵¹ OLG Köln, FamRZ 2005, 44.

⁵² BGH, FamRZ 2014, 105 (106 f.); 1994, 1825 f.; OLG Karlsruhe, FamRZ 2002, 1633 f.; Eichenhofer, IPrax 2001, 110 (112); E. Lorenz, FamRZ 1987, 645 (650 f.).

⁵³ Vgl. BT-Dr. 16/6308, S. 221.

⁵⁴ Dazu BGH, FamRZ 2006, 321 (322); 2005, 1467 (1468); 1993, 176 (178); OLG Köln, FamRZ 2009, 1592; OLG Frankfurt, FamRZ 2009, 1586 (1587).

II. Versorgungsausgleich oder ähnliche Rechtsinstitute in ausländischen Rechtsordnungen

Ist gem. Art. 17 I EGBGB i. V. m. der Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 als Versorgungsausgleichsstatut das deutsche Recht anzuwenden, ist der Versorgungsausgleich nach Art. 17 III 1 2. HS EGBGB gleichwohl nur dann durchzuführen, wenn ihn das Recht (zumindest) eines der Staaten kennt, denen die Ehegatten im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags angehören. Die Einschränkung soll sicherstellen, dass keinem der früheren Ehegatten eine Rechtsfolge der Scheidung aufgedrängt wird, die es nach den beiderseitigen Heimatrechten der Ehegatten nicht gibt⁵⁵. Die meisten Länder kennen keinen Versorgungsausgleich i. S. des Art. 17 III 1 EGBGB⁵⁶. Dennoch kann ein Versorgungsausgleich nach Art. 17 III 2 GBGB stattfinden.

Die Frage, ob eine ausländische Rechtsordnung einen Versorgungsausgleich »kennt« (Art. 17 III 1 EGBGB), ist nicht immer einfach zu entscheiden, da in vielen Rechtsordnungen dem geschiedenen Ehegatten anders ausgestaltete Sicherungsformen eingeräumt sind⁵⁷. Es kann über die Versorgungsanrechte ein güterrechtlicher Ausgleich (vergleichbar bei uns mit dem Zugewinnausgleich) stattfinden (z. B. in Großbritannien⁵⁸, Spanien⁵⁹, Neuseeland⁶⁰, Florida⁶¹, Kalifornien⁶²), andere Länder räumen dem geschiedenen Ehegatten Anrechte auf eine den Unterhalt ersetzende Geschiedenen-Hinterbliebenenversorgung ein, wie z. B. Frankreich, Portugal⁶³ oder Italien⁶⁴, oder beteiligen ihn vergleichbar einer Abtretung an der ausgezahlten Leistung (z. B. Schottland).

Von einem »Kennen« des Versorgungsausgleichs i. S. des Art. 17 III 1 EGBGB kann aber nur dann die Rede sein, wenn das ausländische Recht ein Institut vorsieht, das aus der Sicht des deutschen Kollisionsrechts auf Grund seiner »strukturellen Ähnlichkeit« in seinem Kerngehalt mit den wesentli-

⁵⁵ Finger, FuR 2009, 601 (605).

⁵⁶ Vgl. die weitergehende Aufstellung bei Staudinger/Mankowski (Fn. 24), Art. 17 EGBGB Rn. 334; s. a. BT-Dr. 10/5632, S. 42 f.; unzutreffend: Rieck, FPR 2011, 498 (499); Wick, Der Versorgungsausgleich, 3. Aufl., 2013, Rn. 67.

⁵⁷ Vgl. im Einzelnen Staudinger/Mankowski (Fn. 24), Art. 17 EGBGB Rn. 311 ff., 335; s. a., wenn inzwischen auch etwas veraltet: Reinhard, Rechtsordnungen mit Versorgungsausgleich im Sinne des Art. 17 Abs. 3 EGBGB – eine vergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des kanadischen, niederländischen, belgischen und spanischen Rechts, Studien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, Bd. 14, 1995.

⁵⁸ Steinmeyer, BetrAV 2012, 200.

⁵⁹ AmtsG Gerau, IPrax 1984, 163; AmtsG Gütersloh, IPrax 1984, 214; Piltz, IPrax 1984, 193, nehmen zu Unrecht einen Versorgungsausgleich an; dagegen: von Bar, in: Zacher (Hrsg.), Der Versorgungsausgleich im internationalen Vergleich und in der zwischenstaatlichen Praxis, Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Bd. 11, 1985, S. 363; Reinhard (Fn. 57), S. 397 ff.; Staudinger/Mankowski (Fn. 24), Art. 17 EGBGB Rn. 335.

⁶⁰ Henrich, IPrax 1991, 422.

⁶¹ Staudinger/Mankowski (Fn. 24), Art. 17 EGBGB Rn. 335, gegen Jayme, IPrax 1990, 126.

⁶² Steinmeyer, BetrAV 2012, 200 f.

⁶³ Vgl. Vergho, Soziale Sicherheit in Portugal und ihre verfassungsrechtlichen Grundlagen, 2010, S. 130 f.

⁶⁴ Jayme, FamRZ 1988, 790 (795); Staudinger/Mankowski (Fn. 24), Art. 17 EGBGB Rn. 308 f.

chen Strukturmerkmalen des deutschen Versorgungsausgleichs vergleichbar ist. Die ausländische Regelung muss darauf gerichtet sein, anlässlich der Scheidung die wesentlichen in der Ehezeit erworbenen Anrechte nahezu hälftig aufzuteilen und dem Ausgleichsberechtigten möglichst eigene Ansprüche gegen einen Versorgungsträger zu verschaffen mit der Folge, dass dieser insoweit unmittelbar bezugsberechtigt wird⁶⁵. Die ausländische Regelung muss mit der deutschen nicht »deckungsgleich« sein⁶⁶. Sie kann bis zu einem gewissen Umfang hinter den Maßstäben des deutschen Rechts zurückbleiben. So genügt, da das deutsche Recht ausländische Anrechte nur schuldrechtlich ausgleicht, selbst eine materielle Vergleichbarkeit der ausländischen Systeme mit dem schuldrechtlichen Versorgungsausgleich⁶⁷. Anrechte auf eine Geschiedenen-Hinterbliebenenrente oder die Abtretung eines Teils der Versorgung reichen aber nicht aus⁶⁸; dies schon gar nicht, wenn sie von der Bedürftigkeit abhängen⁶⁹. Solche Anrechte betreffen – wenn überhaupt – nur die jeweilige nationalen Versorgungen, aus denen sie sich ableiten. Deutsche Anrechte oder Anrechte aus Drittstaaten werden in diesen Systemen nicht ausgeglichen.

Anhand dieser Maßstäbe kennen die meisten ausländischen Rechtsordnungen einen Versorgungsausgleich oder ein strukturell vergleichbares Rechtsinstitut i. S. des Art. 17 III EGBGB nicht, selbst wenn man die Vergleichbarkeit mit dem schuldrechtlichen Ausgleich genügen lässt⁷⁰. Dies ist für eine Reihe von Ländern bereits entschieden⁷¹ und zwar für: Belgien⁷², Bosnien-Herzegowina⁷³, China⁷⁴, Dänemark⁷⁵, Frankreich⁷⁶, Griechenland⁷⁷, (früheres) Jugoslawien⁷⁸, Kroatien⁷⁹, Luxemburg⁸⁰, Mongolei⁸¹, Nieder-

65 Vgl. BGH, FamRZ 2009, 677 (678); 681 (682); OLG Düsseldorf, FamRZ 1993, 433 (434); Jayme, FamRZ 1988, 790 (795); Lüderitz, IPRax 1987, 74 (79); Rausch, NJW 1994, 2120 (2124); Reinhard (Fn. 57), S. 160 f.; Staudinger/Mankowski (Fn. 24), Art. 17 EGBGB Rn. 330.

66 BGH, FamRZ 2009, 677 (678); Klattenhoff, FuR 2000, 49 (55).

67 BGH, FamRZ 2009, 677 (678); 681 (682).

68 Henrich, FamRZ 1986, 841 (855); Jayme, FamRZ 1988, 790 (795); a. A. Lüderitz, IPRax 1987, 74 (79 f.).

69 Lüderitz, IPRax 1987, 74 (79).

70 Vgl. BGH, FamRZ 2009, 677 (679); 2008, 2263 f.; Hohloch/Klößner, IPRax 2010, 522 (523); Klattenhoff, FuR 2000, 49 (55); s. a. BT-Dr. 16/10144, S. 113.

71 Vgl. die weitergehende Aufstellung bei Staudinger/Mankowski (Fn. 24), Art. 17 EGBGB Rn. 334; s. a. BT-Dr. 10/5632, S. 42 f.

72 Pintens, in: Zacher (Fn. 59), S. 589 ff.

73 BGH, FamRZ 1993, 416 (417).

74 AmtsG Duisburg IPRspr 2010, 196.

75 OLG Frankfurt, NJW-RR 1987, 1478.

76 OLG Karlsruhe, IPRax 1985, 36 (37); AmtsG Mainz, NJW-RR 1990, 779 (780); Jayme, IPRax 1986, 265 (268); s. a. Adam, Internationaler Versorgungsausgleich, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 13, 1985, S. 26 ff.

77 BGH, NJW 1991, 3087; OLG Hamm, NJW-RR 1991, 266.

78 OLG Stuttgart, FamRZ 2002, 614 (615).

79 Mikulic/Schön, FamRZ 2012, 1028 (1031).

80 Mores, in: Zacher (Fn. 59), S. 605 ff.

81 AmtsG Wunsiedel, FamRZ 1996, 350.

lande⁸², Österreich⁸³, Polen⁸⁴, Russland⁸⁵, Schweden⁸⁶, Slowenien⁸⁷, Türkei⁸⁸, USA⁸⁹ und Vietnam⁹⁰.

Dies schließt aber – worauf eingangs schon hingewiesen worden war – in diesen Ländern andere Sicherungsformen zugunsten des geschiedenen Ehegatten (z. B. Geschiedenen-Hinterbliebenenrenten, Zugewinnausgleich) nicht aus. Kamen diese Ausgleichssysteme bereits zum Zuge oder bestehen entsprechende Ansprüche, ist dies ggf. bei der Härteprüfung nach Art. 17 III 2 EGBGB zu berücksichtigen.

In einigen Ländern gibt es zwar auch eine Art Versorgungsausgleich, doch sind diese Rechtsinstitute mit dem deutschen Versorgungsausgleich letztlich nicht vergleichbar, selbst wenn man nur den schuldrechtlichen Ausgleich als Vergleichsmaßstab heranzieht. Dies gilt z. B. für die Niederlande⁹¹. So regelt das niederländische Gesetz über die Ausgleichung von Versorgungsansprüchen bei Scheidung (WVP)⁹² zwar die Verteilung der in der Ehezeit erworbenen privaten oder betrieblichen Rentenansprüche, wobei dem ausgleichsberechtigten Ehegatten abgeleitete Ansprüche gegen den Versorgungsträger eingeräumt werden. Diese Ansprüche bleiben aber grundsätzlich abhängig von dem Rentenanspruch des ausgleichspflichtigen Ehegatten; es besteht daher nicht einmal eine volle Vergleichbarkeit mit dem schuldrechtlichen Versorgungsausgleich⁹³. Für Ansprüche aus der AOW (Algemene Ouderdomswet-Pension)⁹⁴ gibt es einen solchen Ausgleich gar nicht.

82 BGH, FamRZ 2009, 681 ff.; a. A. Bergner, FamFR 2011, 3 (4).

83 BGHZ 86, 57 (70); BGH, NJW 1994, 322; OLG Schleswig, FamRZ 2012, 132 (133); OLG Karlsruhe, IPrax 1988, 176; s. a. Adam (Fn. 76), S. 49 ff.

84 OLG Frankfurt, FamRZ 2000, 163; OLG Hamm, FamRZ 1994, 573 (578) = NJW-RR 1993, 1352 (1355 f.); OLG Karlsruhe, FamRZ 1989, 399; Bergner, IPrax 1984, 189; dazu Hochheim, Versorgungsausgleich und IPR unter besonderer Berücksichtigung der sozialversicherungsrechtlichen Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Polen, Studien zum internationalen Privat- und Zivilprozessrecht sowie zum UN-Kaufrecht Bd. 4, 2004, S. 213 ff.; Holzwarth, in: Johannsen/Henrich (Fn. 4), § 43 VersAusglG Rn. 4 (S. 758 f.).

85 BGH, FamRZ 1990, 386; Eggert, NZFam 2014, 817 (821).

86 AmtsG Hamburg, FamRZ 2000, 821.

87 BGH, FamRZ 1990, 386; OLG München, IPrax 1989, 243.

88 BGH, FamRZ 2000, 418 = NJW-RR 2000, 418; FamRZ 1990, 142; OLG Köln, FamRZ 2013, 844; OLG Brandenburg, FamFR 2012, 394 (Elden); OLG Stuttgart, FamRZ 2008, 1759; OLG Bamberg, FamRZ 2002, 1120 (1121).

89 AmtsG Kaiserlautern, IPrax 1984, 217 m. Anm. Henrich; s. a. Adam (Fn. 76), S. 13 ff.

90 AmtsG Neustrelitz, FamRZ 2011, 1057.

91 BGH, FamRZ 2009, 681 (682 f.); 677 (679 ff.) = IPrax 2010, 537 ff.; a. A. Staudinger/Mankowski, Art. 17 EGBGB Rn. 315; Wagner, Rn. 31; krit. Bergner, FamFR 2011, 3 ff.; Hohloch/Klöckner, IPrax 2010, 522 (525); BGH, IPrax 1994, 131 (134) betraf das alte Recht; ebenso Pintens, in: Zacher, S. 592 ff.

92 Abgedruckt bei Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Niederlande S. 173 ff.; dazu Kretschmann, Versorgungsausgleich auf der Grundlage eines ausländischen Rechts – Die völker- und kollisionsrechtliche Problematik des Art. 17 Abs. 3 EGBGB und ihre Bewältigung, dargestellt am Beispiel des Schweizer Rechts, Diss. iur. Freiburg, 2005, S. 107.

93 BGH, FamRZ 2009, 681 (683); Hahne, in: Schwab (Hrsg.), Handbuch des Scheidungsrechts, 7. Aufl., 2013, VI Rn. 564; krit. Bergner, Kommentar zum reformierten Versorgungsausgleich (KomRefVA) – Praxiskommentar, 2009, S. 404.

94 Zu ihr BGH, FamRZ 2009, 677 (680); 2008, 2263; 770 (771 f.); ebenso OLG Oldenburg, FamRZ 2002, 961; OLG Naumburg, FamRB 2002, 259; OLG Köln, FamRZ 2001, 1460; Eichenhofer, IPrax 2009, 60 ff.; Gutdeutsch, FamRB 2003, 63; a. A. OLG Köln, FamRZ 2001, 31 (32); OLG Düsseldorf, FamRZ 2001, 1461 f.

Auch die Schweiz kennt letztlich keinen Versorgungsausgleich i. S. des Art. 17 III EGBGB⁹⁵. Aufgrund des dortigen »Vorsorgeausgleichs« werden nach Art. 29quinquies des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenversicherung (AHVG) Anrechte aus der „ersten Säule“ bei Auflösung der Ehe durch Scheidung geteilt und je zur Hälfte den Ehegatten gutgeschrieben. Dies betrifft allerdings nur die Jahre, in denen die Ehegatten in der Schweiz nach dem AHVG versichert waren, abzüglich der Jahre der Eheschließung und der Scheidung, sofern es sich nicht (zufällig) um volle Jahre handelt. Dieser »Vorsorgeausgleich« wird nach einer Scheidung automatisch – ohne dass es einer gerichtlichen Entscheidung bedarf – von der Verwaltung vollzogen. Anrechte aus der beruflichen Vorsorge (»zweite Säule«) werden entweder durch eine Vereinbarung der Ehegatten oder durch gerichtliche Entscheidung nach Art. 142 ZGB geteilt. Anrechte aus der privaten Vorsorge (»dritte Säule«) unterliegen nach Art. 120 ZGB dem güterrechtlichen Ausgleich⁹⁶. Ausländische – z. B. deutsche – Anrechte werden von dem »Vorsorgeausgleich« nicht erfasst.

Auch in Großbritannien gibt es nach wie vor keinen dem deutschen Recht vergleichbaren Versorgungsausgleich. Soweit es das Recht vor 1999 betraf, ist dies von mehreren deutschen Gerichten so beurteilt worden⁹⁷. Ab 2000 hat sich die Rechtslage durch den »Welfare Reform and Pensions Act 1999« (WRPA)⁹⁸ geändert. Demnach können durch gerichtliche Entscheidung die während der Ehezeit erworbenen Versorgungsanrechte zwischen den Ehegatten aufgeteilt werden. Allerdings erfolgt nicht zwangsläufig eine Halbteilung der Anrechte; das Gericht kann bei der Aufteilung die unterschiedlichen wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten berücksichtigen. Nach der Aufteilung können die Rentenansprüche von der Rentenkasse des Ausgleichspflichtigen in die des Berechtigten übertragen werden. Der begünstigte Ehegatte kann seine Ansprüche aus den übertragenen Anrechten unabhängig davon geltend machen, ob der Ausgleichspflichtige bereits Rente beantragt hat oder nicht. Ausgeglichen werden aber nur in England erworbene Anrechte⁹⁹. Eine entsprechende Regelung besteht in Irland¹⁰⁰. Wenn ein englisches bzw. irisch/niederländisches Ehepaar mit Wohnsitz in Deutschland geschieden wird, findet – vorbehaltlich des Art. 17 III 2 EGBGB – kein (regulärer) Versorgungsausgleich statt, weil das Heimatrecht keines der Ehegatten einen Versorgungsausgleich »kennt«¹⁰¹.

95 A. A. Borth (Fn. 26), Rn. 1166; Hohloch/Klößner, IPrax 2010, 522 (526 f.); Kretschmann (Fn. 92), S. 73 ff., 117 ff.; Staudinger/Mankowski (Fn. 24), Art. 17 EGBGB Rn. 17.

96 Vgl. Nussbaum, BetrAV 2010, 247 ff.; Bergner (Fn. 93), S. 404 f.

97 OLG Hamm, IPrax 1991, 197 m. Anm. Henrich; OLG Oldenburg, FamRZ 1984, 715.

98 Dazu Kretschmann (Fn. 92), S. 108 f.; Steinmeyer, BetrAV 2012, 200.

99 Everitt, Der irische Family Law (Divorce) Act, 1996 im Vergleich mit der englischen und deutschen Scheidungsrechtsordnung, Diss. iur. Osnabrück, 2004, S. 249 f.

100 Ausf. Everitt (Fn. 99), S. 122 ff.

101 Hahne, in: Schwab (Fn. 93), VI Rn. 564.

Das kanadische Recht kennt eine Art Versorgungsausgleich¹⁰², wobei aber die Rechtslage in den einzelnen Provinzen sehr unterschiedlich ist. Er betrifft zudem nur das staatliche Zusatzversorgungssystem¹⁰³. Daher gibt es auch in Kanada keinen Versorgungsausgleich i. S. der Vorschriften des EGBGB. Das Gleiche gilt für Spanien¹⁰⁴ und Florida¹⁰⁵, die nur eine güterrechtliche Lösung kennen.

102 Dazu Eichenhofer, Sozialrecht Kanadas, 1984, S. 110 ff.; Hering, in: Zacher (Fn. 59), S. 519 ff.; Reinhard (Fn. 57), S. 207 ff.; ders., ZSR 2000, 762; Steinmeyer, FamRZ 1982, 335 ff.; ders., in: Zacher (Fn. 57), S. 557 ff.

103 Vgl. Eichenhofer, BetrAV 2011, 217 (221 f.); Steinmeyer, BetrAV 2012, 200 (202 f.).

104 Staudinger/Mankowski (Fn. 24), Art. 17 EGBGB Rn. 335; a. A. AmtsG Gerau, IPrax 1984, 163 m. Anm. Jayme.

105 Staudinger/Mankowski (Fn. 24), Art. 17 EGBGB Rn. 335; a. A. AmtsG Heidelberg, IPRspr 1989, Nr. 93, 222; Jayme, IPrax 1990, 126.

La Exportación de las Prestaciones por Desempleo Españolas

Contenido

- I. Introducción
- II. Prestaciones por Desempleo Españolas: Naturaleza Jurídica
 - 1. Residencia Legal en España: Presupuesto para el Reconocimiento de las Prestaciones de Seguridad Social
 - 2. Residencia y Prestaciones por Desempleo
 - 3. Exportación de las Prestaciones por Desempleo
- III. Prestación por Cese de Actividad y Residencia
- IV. Exportación de la Prestación Económica por Cese de Actividad
- V. Trabajadores Transfronterizos y Prestación por Desempleo
- VI. La Exportación de la Renta Activa de Inserción
- VII. Conclusion

I. Introducción

Ante la crisis económica que atraviesan no sólo España sino todos los países de nuestro entorno, a lo que se une un incremento de la competitividad internacional en un mercado globalizado, se ha reabierto el debate de la sostenibilidad financiera del Estado del Bienestar. El Gobierno español, en el marco de una política de contención del gasto social ha llevado a cabo en los últimos años reformas de gran calado que afectan a los derechos sociales de los migrantes, tanto españoles como extranjeros restringiendo o suprimiendo, en particular, la exportación de prestaciones de Seguridad Social cuando el beneficiario deja de residir en el territorio nacional.

Sin embargo en nuestro país, como Estado miembro de la Unión Europea, la aplicación del Derecho emanado de las instituciones europeas tiene primacía sobre el ordenamiento nacional. Es por eso que en este trabajo se analizará la cuestión de si la legislación española de Seguridad Social en materia de desempleo respeta, o no, las disposiciones contenidas en el Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

II. Prestaciones por Desempleo Españolas: Naturaleza Jurídica

El desempleo es la única contingencia que expresamente menciona el artículo 41 de la CE, que contiene un mandato dirigido a los poderes públicos para garantizar prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad.

El legislador español distingue dos niveles de protección:

- Un nivel contributivo, cuya finalidad es compensar la pérdida de rentas salariales derivadas de la pérdida de un empleo anterior o la reducción de la jornada. Sólo podrán ser beneficiarios de esta prestación los trabajadores que hubieran cotizado previamente por esta contingencia.

- Un nivel asistencial complementario del anterior cuyo reconocimiento en algunas de sus modalidades está condicionado a la existencia de previas cotizaciones por desempleo y en otras modalidades no se exige ningún periodo previo de cotización.

Pero las prestaciones por desempleo tanto del nivel contributivo como asistencial desde el punto de vista de su financiación tienen naturaleza mixta pues se financian mediante cotizaciones de empresarios y trabajadores y con aportaciones del Estado a través de los Presupuestos Generales del Estado. Aunque interpretando a sensu contrario el art. 109.2) TRLGSS que contiene el listado de prestaciones no contributivas de Seguridad Social han de calificarse como prestaciones contributivas ya que ni la prestación contributiva por desempleo ni los subsidios asistenciales de desempleo se encuentran incluidos en dicha lista.

A efectos de la aplicación del Reglamento 883/2004 sobre coordinación de sistemas de Seguridad Social, todas las prestaciones por desempleo españolas han de calificarse como prestaciones contributivas de Seguridad Social exportables.

1. Residencia Legal en España: Presupuesto para el Reconocimiento de las Prestaciones de Seguridad Social

Con carácter general el principio de territorialidad es aplicable a todas las prestaciones de Seguridad Social, tanto contributivas como no contributivas. Consecuencia de lo anterior es que el ámbito de aplicación personal de la legislación española de Seguridad Social comprende a los españoles que residen en España y a los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional (artículo 7.1 TRLGSS).

Por aplicación del Derecho de la Unión Europea los nacionales de Estados de la Unión Europea y de aquellos Estados en los que se aplica el Derecho de la Unión Europea (Islandia, Noruega y Liechtenstein y Suiza) gozan igualdad de trato con los españoles por lo que se refiere al acceso al trabajo y a las prestaciones de Seguridad Social.

No obstante en materia de desempleo existe una excepción: sólo pueden beneficiarios del subsidio por desempleo regulado en el artículo 274.1.c) TRLGSS los emigrantes españoles retornados de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo, siempre y cuando acrediten haber trabajado como mínimo doce meses en los últimos seis años en dichos países desde su última salida de España, y no tengan derecho a la prestación contributiva por desempleo. Se trata de un subsidio sometido a la prueba de insuficiencia de recursos ya que los beneficiarios habrán de acreditar que carecen de rentas, de cualquier naturaleza, superiores al 75 % del Salario Mínimo Interprofesional.

No reconocer este subsidio a nacionales de Estados en los que se aplique el Derecho de la Unión Europea no es discriminatorio puesto que conforme

al artículo 7 del Real Decreto 240/2007 (que traspuso la Directiva 2004/38) a las personas no activas se les exige para residir legalmente en España – requisito necesario para acceder al subsidio – el tener recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España.

Respecto a los nacionales de Terceros Estados el elemento clave para determinar el alcance de sus derechos de Seguridad Social será el de si residen o se encuentran legalmente en España. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo (artículo 36.5 de la Ley Orgánica 4/2000).

Pero incluso encontrándose legalmente en España no pueden ser beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo los estudiantes e investigadores nacionales de Terceros Estados en situación administrativa de estancia (Disposición Adicional 16ª del Real Decreto 557/2011).

En cualquier caso en el ordenamiento español el concepto de residencia no es unívoco sino que tiene distinto significado y alcance según la rama del Derecho desde la que se aborde su estudio. Igualmente en el ámbito europeo la regulación de la residencia no es uniforme si no que coexisten una dualidad regímenes diferentes aplicables al derecho de residencia de los sujetos protegido por el artículo 21.1 TFUE (ciudadanos de la Unión Europea) respecto a los protegidos por el artículo 45 TFUE (trabajadores por cuenta ajena y sus familias).

2. Residencia y Prestaciones por Desempleo

La residencia en España es un requisito necesario tanto para el reconocimiento como para el mantenimiento del derecho a las prestaciones y subsidios económicos por desempleo, aunque dicho requisito ya conocía importantes excepciones contenidas en el artículo 6.3 del Real Decreto 625/1985.

Actualmente, tras las reformas introducidas por la Ley 1/2014, es causa de suspensión del derecho al cobro tanto de la prestación contributiva como de los subsidios asistenciales por desempleo »el traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, por un período continuado inferior a doce meses, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea« – artículo 271.1.f) del TRLGSS –.

Asimismo también es causa de suspensión del derecho a la prestación contributiva y a los subsidios asistenciales por desempleo »los supuestos de estancia en el extranjero por un período, continuado o no, de hasta 90 días como máximo durante cada año natural, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora. No tendrá consideración de estancia ni de traslado de residencia la salida al extranjero

por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año» – artículo 271.1.g) del TRLGSS –.

Cuando el traslado de residencia o estancia en el extranjero no pueda ser calificado como causa de suspensión esos hechos provocarán, conforme la legislación nacional, la extinción del derecho – artículo 272.1.f) TRLGSS –.

La doctrina española considera que la reforma legislativa de 2014 está inspirada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que resolvió la laguna sobre la línea divisoria entre la estancia y la residencia que la normativa española no resolvía. Para cubrir la laguna de regulación el Tribunal Supremo utiliza la legislación de extranjería, que distingue la residencia temporal de la estancia, empezando a partir de los 90 días de permanencia.

3. Exportación de las Prestaciones por Desempleo

Al margen de las disposiciones nacionales sobre cuándo se extingan o suspendan las prestaciones por desempleo por trasladarse el beneficiario de las mismas al extranjero, hay que tener presente siempre la primacía del Derecho de la Unión Europea.

Y hay que insistir en el hecho de que todas las prestaciones españolas de desempleo – tanto del nivel contributivo como asistencial – son prestaciones coordinadas y por tanto exportables conforme al Reglamento 883/2004.

Es por ello que los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo podrán exportar la prestación o el subsidio concedido cuando se trasladen a otro Estado donde se aplique el citado Reglamento en busca de trabajo y durante un plazo máximo de seis meses (artículo 64.1.c) Reglamento 883/2004).

III. Prestación por Cese de Actividad y Residencia

La prestación por cese de actividad fue introducida en el sistema español de Seguridad Social por obra de la Ley 32/2010, de 5 de agosto.

A través de la misma se reconoció a los trabajadores autónomos una prestación de Seguridad Social por cese de actividad consistente en el pago de una prestación económica mensual y la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes.

Su duración varía en función de la edad y períodos previos cotizados por esta contingencia por el beneficiario.

Aunque para su reconocimiento no se exige acreditar períodos de residencia previos en España, conforme al artículo 341.1.f) TRLGSS es causa de extinción del derecho de esta prestación »el traslado de residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determinen«.

El Real Decreto 1541/2011, que desarrolla la Ley 32/2010 establece en su artículo 15.1.b):

»El derecho a la protección por cese de actividad quedará suspendido en los supuestos de traslado de residencia al extranjero en los que el beneficia-

rio declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, o perfeccionamiento profesional, o cooperación internacional, por un periodo continuado inferior a doce meses, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea. En otro caso, el traslado de residencia al extranjero incumpliendo alguno de los requisitos anteriores supondrá la extinción del derecho.»

También, suspenderá el derecho la salida ocasional al extranjero por tiempo no superior a 30 días naturales por una sola vez cada año, siempre que esa salida esté previamente comunicada y autorizada por el órgano gestor.»

El Real Decreto 1541/2011 diferencia entre »salida ocasional« y »traslado de residencia«. Ambos supuestos pueden conllevar la suspensión del derecho a la prestación por cese de actividad pero las dudas interpretativas surgen porque no especifica realmente el legislador cuál ha de ser la ausencia temporal del territorio nacional que implique »traslado por residencia«.

IV. Exportación de la Prestación Económica por Cese de Actividad

Como aspecto novedoso cabe destacar que aunque en puridad la prestación por cese de actividad no puede ser calificada a nivel de Derecho nacional como prestación de desempleo, el hecho de que el Real Decreto 1541/2011 prevea para la misma la aplicación de »las normas de exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea« supone que a la prestación por cese de actividad habrán de serle aplicadas las previsiones del Reglamento 883/2004 sobre coordinación y exportación de prestaciones por desempleo. Consecuentemente, serán exportables durante un plazo máximo de seis meses (artículo 64.1.c) Reglamento 883/2004).

V. Trabajadores Transfronterizos y Prestación por Desempleo

El artículo 43.1 de la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000 establece que »los trabajadores extranjeros que, residiendo en la zona limítrofe, desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente deberán obtener la correspondiente autorización administrativa«.

De la definición a nivel de Derecho interno se infiere que el concepto de trabajador transfronterizo pivota, por un lado, sobre un elemento temporal: se exige imperativamente que el trabajador/a que realice actividades por cuenta ajena o por cuenta propia en zonas fronterizas de España abandone diariamente el territorio español.

Y el segundo requisito a resaltar es que han de regresar diariamente al Estado limítrofe con España en el que tengan tener fijada su residencia.

Se trata, pues, de trabajadores que a pesar de carecer de autorización de residencia o estancia en España trabajan, sin embargo, legalmente en este país.

La vigente definición española de trabajador transfronterizo no sólo no coincide con la aplicable en el ámbito del Derecho de la Unión Europea sino

que es mucho más restringida que la contenida en el artículo 1.f) del Reglamento 883/2004: aquel »que realiza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y reside en otro Estado miembro al que regresa normalmente a diario o al menos una vez por semana.

Dada la primacía y efecto directo que se predica del Derecho de la Unión Europea frente a la legislación nacional, el ámbito de aplicación de la legislación española de extranjería se circunscribe, por tanto, a los trabajadores transfronterizos que residan en un Estado limítrofe con España que no sean a su vez Estados de la Unión Europea: Andorra y Marruecos. Respecto a Andorra, el vigente Convenio de Seguridad Social que entró en vigor el uno de enero de 2003 no incluye en su ámbito de aplicación material las prestaciones por desempleo. Tampoco el Convenio bilateral hispano-marroquí de 8 de noviembre de 1979 incorpora las prestaciones por desempleo en su ámbito de aplicación.

Durante la vigencia del anterior Reglamento de Extranjería – el derogado Real Decreto 2393/2004 – su Disposición Adicional 13ª expresamente excluía a los trabajadores transfronterizos de la cotización por desempleo. Para comprender esta exclusión había que tener en cuenta que en España antes de la Orden de 4.10.1979 los trabajadores transfronterizos sólo gozaban de protección frente a los riesgos profesionales. A partir de esa fecha fueron incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen General con los mismos derechos que el resto de los trabajadores protegidos, excepción hecha de la prestación por desempleo. Esta diferencia se justificaba por la propia normativa española que contempla como causa de extinción del derecho el traslado de la residencia al extranjero.

El vigente Reglamento de Extranjería – Real Decreto 557/2011 – no excluye a los trabajadores transfronterizos de la cotización por desempleo. Y no se trata de un lapsus, sino que consultado el Servicio Público de Empleo Estatal este organismo confirma la obligatoriedad de la cotización por desempleo también para este colectivo.

Pero dadas las férreas limitaciones a la que la legislación española somete actualmente la exportación de prestaciones de Seguridad Social, hay que concluir que cuando únicamente la legislación española sea aplicable a los trabajadores transfronterizos los mismos no podrán cobrar prestación por desempleo porque no residen en España. Sorprende, por tanto, que aunque España obligue a cotizar por una prestación que no va a poder ser cobrada no se haya generado una fuerte contestación social por parte del colectivo afectado ni tampoco exista jurisprudencia al respecto.

VI. La Exportación de la Renta Activa de Inserción

El Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

Sobre su naturaleza jurídica se ha afirmado que forma parte de la acción protectora del desempleo del régimen público de Seguridad Social, si bien con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial. Es un »*tertius genus*«.

De conformidad con la legislación nacional se trata de una prestación no exportable puesto que el traslado al extranjero para la búsqueda o realización de trabajo o perfeccionamiento profesional o cooperación internacional por un periodo inferior a seis meses es causa de baja temporal (art. 9.3 d) RD 1369/2006).

Ahora bien, dado que todas las prestaciones por desempleo españolas están coordinadas por el Reglamento 883/2004, y que la Renta Activa de Inserción no ha sido notificada en el Anexo X del citado Reglamento como prestación especial no contributiva inexportable, la única solución que puede alcanzarse es que podrá ser exportada hasta un máximo de 6 meses en el territorio en el que el Derecho de la Unión Europea resulte aplicable (artículo 64.1.c) Reglamento 883/2004).

VII. Conclusion

Dada la primacía del Derecho de la Unión Europea en materia de coordinación de sistemas de Seguridad Social sobre la normativa nacional, a todas las prestaciones y subsidios por desempleo les son de aplicación las reglas de exportación de prestaciones previstas específicamente para esta contingencia en el artículo 64.1.c) del Reglamento 883/2004. La misma conclusión se predica para la prestación económica por cese de actividad y para la Renta Activa de Inserción.

Die Krise und soziale Sicherheit von Wanderarbeitnehmern – Beispiel Griechenland und Sozialer Schutz für Arbeitnehmer im Textilbereich in Bangladesch

Inhaltsübersicht

- I. Die Krise und die Soziale Sicherheit von Wanderarbeitnehmern – Beispiel Griechenland
 - 1. Zur Situation in Griechenland
 - 2. Die Bearbeitung von Rentenanträgen von Wanderarbeitnehmern
 - 3. Anträge auf zwischenstaatliche Renten
 - 4. Zur Personalsituation
 - 5. Zur Organisation
 - 6. Sonderproblem: Die Steuernummer
- II. Sozialer Schutz von Arbeitnehmern im Textilbereich in Bangladesch

Bernd Schulte war ich über viele Jahre sehr verbunden. Er hat mich in meinen verschiedenen beruflichen Lebensabschnitten begleitet und in der ihm eigenen Art mit Literatur und Adressen überschüttet. Ihm war immer an der Verbesserung der Rechtsstellung von Wanderarbeitnehmern gelegen, aber auch an der Ausdehnung der sozialen Schutzsysteme in Ländern außerhalb Europas. Diese beiden Themenbereiche bestimmten unseren Dialog und vertieften unsere Freundschaft. Durch seinen plötzlichen Tod habe ich einen Menschen verloren, der mir viel bedeute hat und den ich sehr vermissen werde.

Im Folgenden möchte ich aus meiner praktischen Arbeit zwei Aspekte¹ ansprechen, die ich zuletzt mit Bernd Schulte diskutiert hatte.

I. Die Krise und die Soziale Sicherheit von Wanderarbeitnehmern – Beispiel Griechenland

Wanderarbeitnehmer bedürfen in besonderem Maße eines umfassenden rechtlichen Schutzes. Durch ihre Beschäftigung in verschiedenen Staaten unterliegen sie großen Risiken. Änderungen im Rechtssystem eines Wohn/Beschäftigung-Staats können Auswirkungen auf die Rechtstellung von Migranten haben.

Im Bereich der EU wurde über Jahre ein umfassendes Sicherungssystem der sozialen Sicherheit für alle Personen geschaffen, die von ihrem Recht auf Mobilität Gebrauch gemacht haben. Danach dürfen diese Personen keinerlei Diskriminierungen und Benachteiligungen erfahren, wenn sie ihren Wohnitz innerhalb der EU verlegen. Vereinfacht ausgedrückt: Personen, die in ver-

¹ Die Darstellung möchte auf praktische Probleme aufmerksam machen. Es handelt sich insofern nicht um eine wissenschaftliche Arbeit.

schiedenen Staaten der EU gearbeitet haben sollen im Grundsatz so gestellt werden, als hätten nur in einem Staat gearbeitet.

Technisch wird dieses Ziel dadurch erreicht, dass alle in einem nationalen System der sozialen Sicherheit zurückgelegten Versicherungszeiten zur Erfüllung der jeweiligen nationalen Wartezeiten zusammengerechnet werden. Dies ist besonders in der Rentenversicherung entscheidend, da Renten in der Regel nur erbracht werden, wenn eine gewisse Dauer an Versicherungs-/Wohnzeiten nachgewiesen werden kann. Des Weiteren ist gesichert, dass die erworbenen Ansprüche in dem jeweiligen Wohnstaat auch realisiert werden können. Dies bedeutet, dass die Renten und sonstige Geldleistungen exportiert werden. Ohne derartige Absicherungen, wäre das Recht auf Freizügigkeit amputiert, es würde also eine zentrale Grundfreiheit im Kern eingeschränkt. Der EuGH hat diesen Zusammenhang von Beginn an in seiner Rechtsprechung dargestellt und die Position der Wanderarbeitnehmer nachdrücklich und nachhaltig gestärkt².

Diese im EU-Vertrag³ verankerten Prinzipien sind in Verordnungen⁴ umgesetzt und stellen heute ein beispielhaftes System in der gesamten Welt dar. Mittlerweile sind in diesem System nicht nur die EU Staaten verbunden, Vielmehr gilt es auch in Bezug auf die EWR-Staaten und die Schweiz. Über 30 Staaten haben sich zu diesem umfassenden Schutz entschlossen. Dieses Beispiel für ein soziales Europa hat eine große Ausstrahlung. Bernd Schulte hat viel zur Entwicklung und Verfeinerung dieses Systems beigetragen und damit einen wesentlichen Beitrag zur europäischen Integration geleitet.

Die Wirtschaftskrise hatte in den EU-Staaten zahlreiche Änderungen in den Sozialschutz-Systemen zur Folge. Die Änderungen hatten meist das Ziel, Leistungen zu straffen, was im Ergebnis zu Einsparungen führen sollten wie z. B. die Anhebung des Renteneintrittsalter, die Verkürzung des Kreises der Leistungsbezieher und der Umfang der Leistungen selbst.

1. Zur Situation in Griechenland

Griechenland hat in den letzten Jahren im Sozialen Schutzbereich umfassende Rechtsänderungen erfahren, so wurde die Altersgrenze kräftig angehoben und die Leistungen reduziert, und zwar zwischen 20 und 40 Prozent⁵. Die Einschnitte im Leistungsbereich gingen mit einem massiven Personalabbau⁶ einher, der sich auf die Bearbeitungszeit der Anträge auswirkt. Durch die Re-

2 Bernd Schulte hat in zahlreichen Arbeiten die Rechtsprechung des EuGH begleitet und auf diesen Aspekt besonders hingewiesen, nicht zuletzt auch als Gutachter.

3 Art. 48 AEUV.

4 Vgl VO (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und die Durchführungs-VO (EG) 987/2009. Diese Verordnungen haben die Vorgängerverordnungen 1408/71 und ihre DVO 574/72 abgelöst.

5 Bredimas, Andonis, Die Wirtschaftskrise und die Arbeitnehmerrechte, S. 52 ff., Heft 23, Institut für internationale Rechtsstudien, 2015 in griechischer Sprache.

6 Genaue Zahlen für den Bereich der Sozialversicherung liegen dem Verfasser nicht vor. Um den hohen Personalstand der griechischen Verwaltung abzubauen, wurde mit der damaligen Troika vereinbart, dass die Nachbesetzung im Verhältnis 10 : 1 erfolgt. Im Ergebnis hat Griechenland das Verhältnis 5 : 1 akzeptiert.

formen der Sozialsysteme sind viele Menschen in Not geraten. Der Kreis der Unversicherten hat sich drastisch erhöht⁷. Dadurch haben viele – vor allem auch ältere Menschen – einen Anspruch auf medizinische Versorgung verloren. Durch die Absenkung des Rentenniveaus hat sich das System zu einem Grundversorgungssystem entwickelt⁸. Auch wenn diese Reformen die Menschen sehr hart getroffen haben, waren sie im Kern unvermeidlich. Das sehr fragmentierte System der sozialen Sicherheit konnte vereinheitlicht werden, auch hatten die Reformen eine stärkere Verbindung von Beitragszahlung und Leistungshöhe zum Inhalt, ein Ansatz, der weitgehend akzeptiert ist⁹.

2. Die Bearbeitung von Rentenanträgen von Wanderarbeitnehmern

Griechenland war zu Beginn der 60iger Jahren ein Auswanderungsland. Tausende sind aufgrund der schlechten Wirtschaftslage nach Deutschland und in andere EU-Staaten migriert. Diese hohe Arbeitsmigration drückt sich in der Zahl 1 zu 10 aus. Das bedeutet, dass in Griechenland ungefähr jeder Zehnte in Deutschland gelebt und gearbeitet hat. Heute werden ca. 90 000 Renten von Deutschland nach Griechenland gezahlt, in einem Umfang von über 34 Mio. monatlich¹⁰. Diese Zahl wird aufgrund der Altersstruktur in den nächsten Jahren weiter steigen.¹¹

Mit der Öffnung der Grenzen der Osteuropäischen Staaten und deren Mitgliedschaft in der Europäischen Union wurde Griechenland zunehmend auch ein Einwanderungsland. Besonders aus Bulgarien, der Tschechischen Republik und der Republik Polen haben viele in der Touristensaison eine Arbeit in Griechenland gefunden. Aber auch zahlreichen Personen aus Deutschland haben zeitweise in Griechenland gearbeitet. Sie alle haben Ansprüche erworben oder sind bereits Bezieher von Leistungen, meist Rentenleistungen.

3. Anträge auf zwischenstaatliche Renten

Nach der VO 883/2004 und ihrer Durchführungs-VO ist der Antrag in der Regel dort zu stellen, wo der Wohnsitz des Berechtigten ist. In Griechenland wäre dies dann in der Regel bei der IKA oder OGA¹². Der Antrag ist mit sämtlichen Unterlagen an den zuständigen Träger des anderen Staates zu übersenden, bei dem die Verbindungsstelle angesiedelt ist. Ein Antrag aus Griechenland ist folglich zur Verbindungsstelle der Deutschen Rentenversicherung zur weiteren Bearbeitung zu übersenden. Die deutsche Verbindungsstelle stellt unter Berücksichtigung der mitgeteilten griechischen Versicherungszeiten die

7 Zwischenzeitlich wurde dies geändert. Nach der Gesetzeslage haben auch Unversicherte einen Grundanspruch auf medizinische Versorgung.

8 Bredimas, Andonis, ebd.

9 Vgl. European Commission, Assessment of the Social Impact of the new Stability Support Programm for Greece, 19.8.2015, SWD(2015)162final; ausführlich hierzu Sakateropoulos, Theodoros, Aussichten der griechischen Pensionen unter der Schulden-, Steuer- und Beschäftigungskrise, DRV, 4/2012, S. 195 ff.

10 Auskunft der DRV.

11 Derzeit werden ca. 9500 Anträge bei der DRV gestellt. Die Zahl der Altersrenten steigt, während die Renten wegen Erwerbsminderung zurückgehen.

12 IKA ist die allgemeine Rentenversicherungsanstalt, OGA der Träger der landwirtschaftlichen Versicherung

deutsche – zwischenstaatliche – Rentenleistung fest¹³. Im Ergebnis erhält der Versicherte sowohl eine deutsche als auch eine griechische Rente¹⁴.

Dieses System der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit bei Übermittlung der Unterlagen funktioniert zufriedenstellend. Ein Indikator hierfür sind die relativ kurzen Bearbeitungszeiten. So lag die gesamte Bearbeitungszeit vor der Wirtschaftskrise bei 6–12 Monaten. Der Antragsteller bekam in diesem Zeitraum also seine Rente aus Deutschland und aus Griechenland. Zwar liegt die Bearbeitungszeit der zwischenstaatlichen Rente naturgemäß höher als bei einer rein innerstaatlichen Rente. Der Zeitraum ist jedoch noch hinnehmbar. Die Betroffenen können sich darauf einstellen.

Die Bearbeitungsdauer hat sich durch den Personalabbau der letzten Jahre aber drastisch verschoben. Heute liegt die Bearbeitungsdauer bei über 18 Monaten, besonders wenn die Verbindungsstelle der IKA¹⁵ involviert ist. Der Grund für die massiven Verzögerungen liegt in der Reduzierung des Personals in der Sachbearbeitung der IKA.¹⁶

4. Zur Personalsituation

Derzeit sind insgesamt ca. 30 Personen im zwischenstaatlichen Bereich bei der IKA beschäftigt. Dabei hat eine Person ca. 1800 Fälle zu betreuen und zu bearbeiten. Ein Besuch bei der Verbindungsstelle der IKA in Athen hat die Personalsituation auf einen Blick erhellt: In einem großen Raum mit zahlreichen Schreibtischen arbeiten vier Personen. Sie bilden faktisch die Verbindungsstelle der IKA für Europa, sie sind also die Kontaktstelle für die Verbindungsstellen aller Staaten, deren Systeme durch die Verordnungen EG 883/2004 und 987/2009 verbunden sind.

Die Verbindungsstelle der IKA für Europa bestand ursprünglich aus 17 Personen. Die vier verbliebenen Personen arbeiten mit großem Engagement und sehen sich »alleine gelassen«, sie arbeiten nahezu weisungsfrei. Sie fühlen sich unzureichend über die neuen Entwicklungen der Gesetzgebung informiert und haben keine Zeit und Kraft sich um die Einzelheiten zu kümmern.

Nach Auskunft der Stelle gibt es einen Rückstau von nahezu 90 000 Vorgängen von denen 60 000 die EU betreffen. Aufgrund des geringen Personals ist es in absehbarer Zeit nicht möglich, diesen Rückstau abzubauen, im Gegenteil, er wächst an. Diese Belastung für die Mitarbeiter der Verbindungsstelle ist mit Händen zu greifen.

13 Die griechischen Versicherungszeiten werden sowohl zur Erfüllung der jeweiligen Wartezeit berücksichtigt als auch zur Rentenberechnung.

14 Wird die nationale Wartezeit nur mit Versicherungszeiten des jeweils anderen Staates erfüllt, wird eine Teilrente gewährt, die der in dem jeweiligen System zurückgelegten Zeiten entspricht. Wird die Wartezeit ohne die Zeiten des anderen Staates erfüllt, so kann diese Leistung unmittelbar gewährt werden. Die zwischenstaatliche Berechnung kann dann zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen. Dies kann dann zu einer Erhöhung der Renten führen. Der Grund dafür liegt in der komplizierten Berechnung der beitragsfreien Zeiten.

15 Neben der Verbindungsstelle der IKA gibt es noch eine weitere, und zwar die der landwirtschaftlichen Versicherung der OGA. Die Personalstruktur ist hier besser, da die OGA über die Kommunen vertreten ist.

16 Bei der OGA ist die Bearbeitungsdauer deutlich geringer.

Neues qualifiziertes Personal ist nicht zu bekommen. Die IKA, der Träger der Sozialversicherung, beschäftigt ca. 2500–3000 Personen. Da es keine dem Sozialversicherungsfachangestellten, Sofa, entsprechende Ausbildung in Griechenland gibt, müssen neue Mitarbeiter von den »Altgedienten« angelernt werden. Die Qualität ihrer Einarbeitung ist damit nicht systematisiert und basiert nicht auf einem Ausbildungsplan. Ihre Ausbildung ist vielmehr eng verknüpft mit der Person, der sie zugeordnet sind. Aufgrund der allgemeinen Personalsituation haben viele Wissensträger die IKA verlassen. Hier zeigt sich exemplarisch das strukturelle Defizit.

Das Personal hat zu 70 % eine Hochschulausbildung, hat aber keine fachspezifische Ausbildung. Die Weiterbildung ist nur in eingeschränktem Umfang vorhanden. Die Tätigkeiten sind nicht auf die Ausbildung eines Hochschulabsolventen ausgerichtet. Dies führt zu Unzufriedenheit und Unterforderung und entspricht nicht den Grundsätzen einer leistungsgerechten Verwaltung.

5. Zur Organisation

Hinzu kommt die noch nicht aktualisierte elektronische Verarbeitung von Daten. Griechische Versicherungszeiten werden erst ab 2002 maschinell erfasst. Dies bedeutet, dass die vor 2002 liegenden Zeiten manuell erfasst werden müssen. Die Übertragung der Zeiten in die entsprechenden E-Vordrucke ist zeitaufwendig.

Die organisatorischen Defizite können nur zum Teil durch sehr engagierte Mitarbeiter ausgeglichen werden. So kommuniziert die Zweigstelle der IKA in Thessaloniki im EU-Bereich direkt mit den ausländischen Trägern, also nicht über die Verbindungsstelle in Athen, um so die Bearbeitungszeiten zu verkürzen. Dies beschleunigt zwar die Verfahren, kann aber nur von Thessaloniki aus erfolgen, da das Personal trotz der hohen Belastungen sehr lösungsorientiert und fachlich sehr qualifiziert arbeitet¹⁷. Die Rentenberechnung erfolgt vor Ort, der Zahlungsauftrag jedoch zentral in Athen, was wiederum zu Verzögerungen führt. Ein elektronischer Austausch mit der Zentralstelle ist bis heute nicht möglich.

Dies hat zur Folge, dass das Ziel der neuen VO EG 883/2004, nämlich der elektronische Datenaustausch zwischen den durch die VO verbundenen Staaten, in Bezug auf Griechenland in weiter Ferne liegt¹⁸.

17 Bei der Zweigstelle in Thessaloniki, zuständig für Zentral-Makedonien, sind fünf Stellen im Rentenbereich eingerichtet. Die Rentenbescheide selbst werden nicht maschinell gefertigt sondern handschriftlich. Der Verdienst liegt bei 940 € mtl. Da in Zentral-Makedonien eine sehr große Zahl von Wanderarbeitern lebt oder auch vor der Migration nach Deutschland in einen anderen Mitgliedstaat gearbeitet hat, ist hier die Arbeitsbelastung besonders hoch.

18 Nach Auskunft der IKA sind bis heute ausländische Zeiten nicht elektronisch erfasst. Sie können nicht mit Knopfdruck abgerufen werden, sondern müssen nach wie vor über den Vordruck E 205 angefordert werden. Im Unterschied zu Deutschland, wo bereits nach fünf Jahren Versicherungszeit die Wartezeit erfüllt wird, sind in Griechenland 4500 Arbeitstage erforderlich, das entspricht ca. 15 Jahren. Deshalb werden die ausländischen/deutschen Versicherungszeiten häufig zur Erfüllung der griechischen Wartezeit benötigt. Aufgrund der aktuellen Lage, muss also in Griechenland nicht selten mit mehr als zwei Jahren Bearbeitungszeit gerechnet werden.

Durch die Wirtschaftskrise in Griechenland sind die Wanderarbeitnehmer in besonderer Weise betroffen. Diese Probleme sind strukturell und sollten gemeinsam in Blick genommen werden. Sie betreffen all diejenigen, die in Griechenland und in einem anderen EU-Staat gearbeitet haben. Da hiervon auch in Deutschland lebende Versicherte betroffen sind, ist dies auch eine Frage der deutschen Rentenversicherung. Dies wird besonders an einem weiteren Problem deutlich.

6. Sonderproblem: Die Steuernummer

Aufgrund der schwierigen Finanzlage wurden Gesetze zur Bekämpfung von Leistungs- und Steuerbetrug eingeführt. Ab ersten Juli 2013 benötigt jeder Leistungsbezieher eine Identifikationsnummer im Bereich der Sozialen Sicherheit, IDIKA; und eine Steuernummer.¹⁹ Diese beiden Nummern, AMKA und AFM, müssen in jedem Rentenbescheid angegeben werden. Diese Identifikationsnummern dienen zur Kontrolle von Leistungen. Mit ihnen soll Missbrauch von Sozialleistungen und Steuerhinterziehung bekämpft werden. Sicher eine von allen Seiten getragene Entscheidung.

Probleme ergeben sich jedoch bei Rentenbeziehern griechischer Renten im Ausland. Nach dem Gesetz müssen auch sie eine Steueridentifikationsnummer²⁰ haben. Das Gesetz verlangt nun, dass im Ausland lebende Rentenbezieher, die keinen steuerlichen Wohnsitz in Griechenland haben, nach § 8 des Gesetzes 4174/2013 einen Vertreter mit Steuerwohnsitz benennen müssen um eine AFM erhalten zu können. Der im Ausland lebende Versicherte muss hierzu eine »Erklärung zu der Beziehung zum Steuerpflichtigen« und eine schriftliche Erklärung abgeben mit der die Echtheit der Unterschrift und die Benennung des Vertreters bestätigt wird.

Im Ergebnis sind die griechischen Behörden so verfahren, dass sie ohne Ankündigung bei allen Rentenbeziehern mit Wohnsitz im Ausland die Leistungen eingestellt haben. Schriftliche Anfragen wurden – auch nach Auskunft der Träger – nicht beantwortet. Für Versicherte, die in Deutschland eine Rente aus Griechenland beziehen und keine Verbindung mehr nach Griechenland haben, ist es ein großes Problem, eine Person zu benennen, die in Griechenland steuerpflichtig ist und auch bereit ist als Vertreter zu fungieren. Deshalb gab es Hunderte von Beschwerden. Viele haben resigniert und das Vertrauen in eine ordnungsgemäße Verwaltung in der EU verloren.²¹

Dieses Problem wurde auch von der Republik Polen und Tschechien an die Verwaltungskommission herangetragen. Die griechische Seite hat das Problem erläutert aber auch klar zum Ausdruck gebracht, dass diese Anforde-

19 Vgl. Gesetz Nr. 4144/2013 (A 88/184.2013)

20 Die Sozialversicherungsnummer ist ohne große Probleme zu erhalten. Sie wird von dem Sozialversicherungsträger vergeben, ggfs. über einen Vertreter, ohne komplizierte Formvorschriften. Deshalb wird auf sie nicht näher eingegangen.

21 Dem Verfasser sind zahlreiche Eingaben dieser Art bekannt.

rungen sich nach dem Steuerecht bestimmen. Dies hat in der Praxis weitere Konsequenzen.

Von den Versicherten wird nämlich in der Praxis verlangt, das die Erklärung entweder durch ein griechisches Konsulat beglaubigt wird oder durch eine Apostille. Beides ist für ältere Rentner ein großer und belastender Aufwand. Sie müssen zum Bürgermeisteramt ihres Wohnortes gehen. Die griechischen Finanzbehörden akzeptieren nur eine beglaubigte Übersetzung.

Obwohl es sich hier um Urkunden handelt, die in Anwendung der VO 883/2004 vorzulegen sind, verlangt die griechische Seite dieses komplizierte Verfahren. Dies steht nicht nur im Widerspruch zu Art. 80 VO 883/2013²², sondern stellt faktisch eine mittelbare Diskriminierung dar.

Die mittelbare Diskriminierung ergibt sich schon daraus, dass deutschsprachige Versicherte große Schwierigkeiten haben, in Griechenland einen steuerpflichtigen Vertreter zu finden, der bereit ist, sich als eine Art Bürge zur Verfügung zu stellen. Dem Verfasser sind zahlreiche Fälle bekannt, bei denen die Versicherten seit zwei Jahren keine Leistungen mehr erhalten.

Zwar ist das Problem den griechischen Behörden bekannt, dies bleibt aber ohne Konsequenz. Die zuständige Stelle der Kommission sieht das Problem, von dem zahlreiche Personen aus mehreren Ländern betroffen sind, hat aber bis heute keinen Weg gefunden, es zu lösen.

Die Kritik an den Verfahrensabläufen ist nicht nur der griechischen Seite anzulasten. Es ist vielmehr eine europäische Gesamtaufgabe, dafür zu sorgen, dass die europäischen Grundfreiheiten nicht nur auf dem Papier stehen. Sie müssen gemeinsam durchgesetzt werden. Ohne eine Unterstützung kann die griechische Sozialverwaltung diese Aufgabe nicht meistern. Hier fehlt die Stimme von Bernd Schulte.

II. Sozialer Schutz von Arbeitnehmern im Textilbereich in Bangladesch

Die Katastrophe von Rana Plaza ist ein Weckruf für die Arbeitsbedingungen in Bangladesch, aber auch in anderen Ländern. Betroffen ist besonders die Textilindustrie, die sich in kurzer Zeit rasant entwickelt hat und unter großem Konkurrenzdruck in der Welt steht.

In Europa ist die Katastrophe noch in lebendiger Erinnerung. Die Bilder sind immer noch sehr präsent. Die Verbraucher fragen nach den Standards und den Arbeitsbedingungen, unter denen Textilien hergestellt werden. Alle sind sich einig: Rana Plaza darf sich nirgendwo mehr wiederholen!

Die Regierung und die Sozialpartner sind sich ihrer Aufgabe bewusst. Sie haben mit ihren Partnern den Dialog gesucht und sich dazu entschlossen, nach der Katastrophe einen neuen Weg zu gehen. Sie haben das Ziel, ein umfas-

22 Art. 80 Abs. 2: »Urkunden, Dokumente und Schriftstücke jeglicher Art, die in Anwendung dieser VO vorzulegen sind, brauchen nicht durch diplomatische oder konsularische Stellen legalisiert zu werden.«

sendes Schutz-System aufzubauen, das Unfälle verhütet und bei Unfällen den Arbeitnehmern eine angemessene Leistungen erbringt.

In enger Zusammenarbeit zwischen der Internationalen Arbeitsorganisation, ILO, dem Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, BMZ, und der Deutschen gesetzlichen Unfallversicherung, DGUV, wird ein derartiges Schutzsystem entwickelt, das auf den in vielen Ländern gemachten Erfahrungen beruht und sich an dem ILO-Übereinkommen 121 orientiert.

Grundlage dieses Systems ist der Soziale Dialog. Ein Schutzsystem kann sich nur etablieren, wenn alle Beteiligten, also die Sozialpartner und die Regierung, an einem Strang ziehen. Sie müssen gemeinsam überzeugt sein, ein derartiges Schutz-System auf den Weg zu bringen.

Der Parlamentarische Staatssekretär beim BMZ hat bei seinem Besuch im Dezember 2014 sich für die Verbesserung von Arbeits- und Umweltstandards eingesetzt. Dieser Ansatz ist integriert in das vom BMZ initiierte Textilbündnis, dessen Ziel es ist, in einer durchgängigen Kette transparent darzulegen, dass ein Produkt von der Wolle bis zum Käufer nach akzeptablen Sozialstandards im Umlauf ist.

Zu diesen Standards gehört der umfassende Arbeitsschutz der vor Ort in Bangladesch institutionalisiert werden soll. Einen solchen Schutz kann die Unfallversicherung bieten. Die Methode des sozialen Dialogs – verbunden mit einem umfassenden System der Unfallversicherung (UV) – wird als ein zielführender Weg gesehen. Ein solches System trägt durch Prävention zur Vermeidung von Unfällen bei.

Um die Sozialpartner in Bangladesch, aber auch die Regierung von diesem Ansatz zu überzeugen, wurde ein tripartiter Austausch vereinbart, der gemeinsam mit der ILO, dem BMZ und der DGUV im August 2015 umgesetzt wurde. Nahezu 30 Vertreter – Arbeitgeber, Arbeitnehmer aus dem Textilbereich und Arbeitsinspektoren des Arbeitsministeriums –, haben sich das deutsche Konsensmodell angeschaut, die Sozialpartnerschaft vor Ort. Dies geschah unter dem Dach der Unfallversicherung, da sie durch ihre Selbstverwaltung diesen tripartiten Ansatz deutlich widerspiegelt.

In einer Abschlussveranstaltung haben sich die Spitzen der Sozialpartner für diesen Weg ausgesprochen. Dies war nicht nur ein Lippenbekenntnis. Vielmehr haben die Beteiligten bereits am 6. Oktober eine Absichtserklärung unterzeichnet, nach der Bangladesch beabsichtigt einen Rechtsrahmen für eine Unfallversicherung zu schaffen. Dabei geht es zunächst um die Textilindustrie, sie ist leistungsfähig und gewillt zu zeigen, dass sie an guten Arbeitsbedingungen interessiert ist.

Ein solches Experiment kann aber nur gelingen, wenn auch die anderen Länder, die gerade beginnen im Textilbereich weltweit Fuß zu fassen, ebenfalls ihre Standards verbessert. Hierzu zählen besonders Länder wie Myanmar und Äthiopien.

Es ist nicht nur Aufgabe der Politik, diese Lösungsansätze zu erarbeiten und umzusetzen. Vielmehr ist hier die Wissenschaft gefordert, Strategien und Konzepte zu entwickeln, die mehr sozialen Schutz in der Welt möglich machen. Hier besteht ein sichtbares Defizit und auch hier fehlt Bernd Schulte, der für solche Überlegungen immer ein offenes Ohr hatte.

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter dieses Heftes

Arai, Makoto, Prof. Dr., Chuo University Tokio · Barta, Heinz, Prof. Dr., Universität Innsbruck · Eichenhofer, Eberhard, em. Prof. Dr. Dr. h. c., Friedrich-Schiller-Universität, Jena · Ferreras Alonso, Fidel, Ex-director General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, Madrid · Haerendel Ulrike, Dr., stellvertretende Direktorin Evangelische Akademie Tutzing · Hohnerlein, Eva-Maria, Dr., wissenschaftlicher Referentin am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, München · Jorens, Yves, Prof. Dr., Professor für Europäisches Sozialrecht, Universität Gent, Belgien · Kessler, Francis, Associate Prof. Dr., Sorbonne law School, Universität Paris 1, Senior Counsel, Kanzlei Gide Loyrette Nouel, Paris · Kötter, Ute, Prof. Dr., Hochschule München · Kruse, Jürgen, Prof. Dr., Rechtsanwalt, München, Evangelische Hochschule Nürnberg · van Langendonck, Jef, Em. Prof. of Social Law, KULeuven · Matsumoto, Katsuaki, Prof. Dr., University of Nagasaki · von Maydell, Bernd, Prof. Dr., ehem. Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht, Sankt Augustin · Pennings, Frans, Prof. Dr., Labour Law and Social Security Law, Utrecht University, Netherlands and guest professor at Gothenburg University, Sweden · Pfeil, Walter J., Univ.-Prof. Dr., Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität Salzburg · Pitschas, Rainer, Prof. Dr. iur. habil. Dr. h.c. mult., ehem. Lehrstuhl für Verwaltungswissenschaft, Entwicklungspolitik und Öffentliches Recht, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer · Reinhard, Hans-Joachim, Prof. Dr., Studiengangsleiter Sozialrecht, Hochschule Fulda und wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, München · Ruland, Franz, Prof. Dr., ehem. Leiter des Verbands Deutscher Rentenversicherungsträger, München · Cristina Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Sevilla · Schumacher-Hildebrand, Christoph, Em. Mitarbeiter des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales

Ausblick auf die nächsten Hefte

Gabriela Mendizábal Bermúdez (Cuernavaca): Social Security in Mexico

Daniel Eryk Lach (Poznań): Organisation, Akteure und Rechtsverhältnisse im polnischen System der Gesundheitsfürsorge

Peter Herrmann (Rom): Entwicklungen Irischer Sozialpolitik 2014–15

Martin Štefko (Prag): Basic Report on Social Security in the Czech Republic

Terry Carney (Sydney): Australia 2014: Building towards a conservative vision of welfare?

Ku-Yen Lin (Taipeh): Die Vorbereitung eines Pflegeversicherungsgesetzes in Taiwan – Kernelemente des Regierungsentwurfs –

Adrián Todolí Signes (Valencia): Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes durch unterschiedliches Gehalt abhängig vom Zeitpunkt des Eintritts in das Unternehmen

Heinz-Dietrich Steinmeyer, Yannick Eckervogt, Laura Ewald, Katharina Knuf (Münster): Die soziale Sicherheit in der Volksrepublik China nach dem Inkrafttreten des Sozialversicherungsgesetzes

Kunz-Hallstein (München): Menschenrechtsverletzungen durch Internationale Organisationen – Zuständigkeit nationaler Gerichte?

Die Reform der Alterssicherung in Großbritannien <i>Von Hans-Joachim Reinhard, Fulda/München</i>	175
The Xenophobe's Phrase Book <i>Von Simon Roberts, Nottingham</i>	185
Der Versorgungsausgleich im internationalen Scheidungsfolgenrecht <i>Von Franz Ruland, München</i>	202
La Exportación de las Prestaciones por Desempleo Españolas <i>Von Cristina Sánchez-Rodas Navarro, Sevilla</i>	215
Die Krise und soziale Sicherheit von Wanderarbeitnehmern – Beispiel Griechenland und Sozialer Schutz für Arbeitnehmer im Textilbereich in Bangladesch <i>Von Christoph Schumacher-Hildebrand, Berlin</i>	222
Mitarbeiter der Hefte	230
Ausblick auf die nächsten Hefte	231

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 02-4 28, e-mail: reinhard@mpisoc.mpg.de.

Bezugsbedingungen: Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Zitierweise: ZIAS) erscheint halbjährlich (zwei Hefte ergeben einen Band) und ist durch den Buchhandel oder vom Verlag zu beziehen. Abonnementsbedingungen/Bezugspreise: jährlich € 149,99 (einschl. 7% Mehrwertsteuer) zuzüglich Versandspesen ab Verlag von € 8,- Inland und € 10,- Ausland. Einzelheft € 74,99 zuzüglich Versandkosten. Der Abonnementsvertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Kündigungen sind jeweils zwei Monate vor Ende des Kalenderjahres möglich und dem Verlag schriftlich mitzuteilen, ansonsten verlängert sich das Abonnement um ein Jahr. Die Abonnementsgelder werden jährlich im voraus in Rechnung gestellt. Über Postgiroämter und Bankinstitute ist eine Teilnahme am Lastschriftabbuchungsverfahren und vierteljährliche Abbuchung möglich. Bei Neubestellungen kann der Abonnent seine Bestellung innerhalb von sieben Tagen schriftlich durch Mitteilung an die Verlagsadresse widerrufen. Zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs (Datum des Poststempels).

Urheber- und Verlagsrechte: Die in der Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung in fremde Sprachen, bleiben vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Auch die Rechte der Wiedergabe durch Vortrag, Funk- und Fernsehsendung, im Magnettonverfahren oder auf ähnlichem Wege bleiben vorbehalten.

C. F. Müller GmbH: Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg. Anzeigen: Judith Hamm, Telefon (06221) 48 94 16. Es gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 24 vom 1. Januar 2016. Vertrieb: Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm, Abonnementsservice, Frau Jutta Müller, Hultschiner Str. 8, D-81677 München, Telefon (089) 21 83-71 10, Fax (089) 21 83-76 20, e-mail: aboservice@hjr-verlag.de. Satz: Strassner ComputerSatz, Heidelberg. Druck: Westermann Druck, Zwickau.

Handbuch der Grundrechte

Band IX: Grundrechte in Ostmittel- und Osteuropa

Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. Detlef Merten, Speyer, und Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier, München; unter Mitwirkung von Prof. Dr. Dres. h.c. Rainer Arnold, Regensburg. 2016. XXXIV, 1.094 Seiten. Gebunden. Buckram-Leinen mit Goldprägung. Mit Schutzumschlag. Im Schubert. € 228,- ISBN 978-3-8114-9229-5

Mit Beiträgen von Rainer Arnold, Suren Avakian, Snježana Bagić, Bogusław Banaszak, Siniša Bjeković, Alexander Bröstl, Emilia Drumeva, Ludmila Gajdošíková, Lech Garlicki, Gábor Halmay, Attila Harmath, Gagik Harutyunyan, Enver Hasani, Pavel Holländer, Ivana Jelić, Giorgi Khubua, Maja Kostić-Mandić, Kamal Makili-Aliyev, Anahit Manasyan, Viktor Muraviov, Bosa Nenadić, Jasna Omejec, Vardan Poghosyan, Ciril Ribičič, Miodrag Simović, Alexandru Tanase, Elena Simina Tănăsescu, Mirosław Wyrzykowski, Xhezair Zaganjori.

Band IX widmet sich den Grund- und Menschenrechten der **Staaten in Osteuropa** (Russland, Ukraine), **Südosteuropa** (u.a. Rumänien, Bulgarien, Kaukasus) und **Ostmitteleuropa** (u.a. Polen, Tschechien, Slowakei, Ungarn, Ex-Jugoslawien). Einige **rechtsvergleichende** Betrachtungen runden die Darstellung ab.

Die insgesamt auf 12 Bände konzipierte Edition „Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa“ ist ein wissenschaftliches Gemeinschaftswerk von Herausgebern und Autoren. Es wendet sich an die staats- und verfassungsrechtliche Praxis und Theorie, dient als Nachschlagewerk zum gegenwärtigen Stand und zur Entwicklung der Grundrechte und ihrer Dogmatik in Deutschland sowie in den europäischen Staaten als der Keimzelle einer künftigen europäischen Grundordnung. Die Allgemeinen Lehren und die Einzelgrundrechte Deutschlands werden ausführlich dargestellt und zugleich grundrechtliche Wechselwirkungen aufgezeigt. Es werden übereinstimmende wie unterschiedliche dogmatische Strömungen behandelt; die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung wird eingehend und kritisch beleuchtet.

Bestellen Sie die gesamte Edition mit 15% Rabatt auf den Einzelpreis

Derzeit sind 10 Bände lieferbar, weitere 2 - 3 sind in Vorbereitung. ISBN 978-3-8114-3330-4

Alle Bände im Überblick mit Informationen, Inhaltsübersichten, Leseproben, Autoren, Pressestimmen und mehr: www.cfmuller.de/JuristischeWissenschaft. Bestellen Sie online **ohne Versandkosten!**

C.F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg.
Kundenservice: Bestell-Tel. 089/2183-7923, Bestell-Fax 089/2183-7620,
E-Mail: kundenservice@cfmuller.de, www.cfmuller.de



C.F. Müller