

Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht

ZIAS

1/2020

34. Jahrgang
Seiten 1–184

Aus dem Inhalt

**Extending Social Security Schemes for »Non-employees«:
a Comparative Perspective**

Von Olga Chesalina, München

Zugang zum Recht: Kein Thema für die deutsche (Sozial-)Rechtswissenschaft?

Von Alexander Graser, Regensburg

**The European Health Technology Assessment (»EU-HTA«):
Help or Hindrance for the National Healthcare System?**

Von Roman Grinblat, Heidenheim

Global Public Private Partnerships in Health:

Blessing or Curse to fostering Primary Health Care (PHC)? – The Case of GAVI

Von Julia Hagn, München

Digitalisierung im Gesundheitswesen:

Chancen für Gesundheitsdatenschutz und wissenschaftliche Forschung

Von Simone von Hardenberg, Krailling

Auf dem Weg zu einem sozialökologischen Staat

Von Linxin He, München

Kinderrechte und Kinderarmut in Europa:

Zu internationalen normativen Standards für sozialrechtliche Leistungen

Von Eva Maria Hohnerlein, München

**Die europäische Dimension von Leistungseinschränkungen im Sozialrecht für
Asylsuchende**

Von Constantin Hruschka, München

COVID-19 in Taiwan – Perspektiven des Sozialrechts

Von Kuyen Lin, Taipeh

Solidarity and Social Law

Von Sergio Mittlaender, São Paulo, Munich

Get Brexit done! – Folgen für die Koordinierung der sozialen Sicherheit

Von Hans-Joachim Reinhard, Fulda

Aktuelle Themen in der skandinavischen Sozialrechtsforschung

Von Anika Seemann, München



C.F. Müller

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

Heft 1, 34. Jahrgang 2020, Seiten 1–184

Ulrich Becker zum 60. Geburtstag 1

Abhandlungen

Extending Social Security Schemes for »Non-employees«: a Comparative Perspective
Von Olga Chesalina, München 2

Zugang zum Recht: Kein Thema für die deutsche (Sozial-)Rechtswissenschaft?
Von Alexander Graser, Regensburg 13

**The European Health Technology Assessment (»EU-HTA«):
Help or Hindrance for the National Healthcare System?**
Von Roman Grinblat, Heidenheim 31

**Global Public Private Partnerships in Health:
Blessing or Curse to fostering Primary Health Care (PHC)? – The Case of GAVI**
Von Julia Hagn, München 47

**Digitalisierung im Gesundheitswesen:
Chancen für Gesundheitsdatenschutz und wissenschaftliche Forschung**
Von Simone von Hardenberg, Krailling 61

Auf dem Weg zu einem sozialökologischen Staat
Von Linxin He, München 72

**Kinderrechte und Kinderarmut in Europa:
Zu internationalen normativen Standards für sozialrechtliche Leistungen**
Von Eva Maria Hohnerlein, München 88

Die europäische Dimension von Leistungseinschränkungen im Sozialrecht für Asylsuchende
Von Constantin Hruschka, München 113

COVID-19 in Taiwan – Perspektiven des Sozialrechts
Von Kuyen Lin, Taipeh 129

Solidarity and Social Law
Von Sergio Mittlaender, São Paulo, Munich 144

Get Brexit done! – Folgen für die Koordinierung der sozialen Sicherheit
Von Hans-Joachim Reinhard, Fulda 157

Aktuelle Themen in der skandinavischen Sozialrechtsforschung
Von Anika Seemann, München 171

Mitarbeiter des Heftes 184

Ulrich Becker zum 60. Geburtstag



Als es Anfang der 2000er Jahre galt, die sozialrechtliche Direktorenstelle am Münchner Max-Planck-Institut neu zu besetzen, kam im Rahmen der Anhörung der Mitarbeiter*innen durch die Berufungskommission die Frage auf, ob denn bei der Auswahl auch das Alter der Kandidaten (es waren allesamt Männer) eine Rolle spielen sollte. Dieser Gedanke lag damals nicht ganz fern. Über Altersdiskriminierung wurde noch wenig gesprochen, und in der Wissenschaftswelt diskutierte man gerade die These, dass das vierte oder womöglich gar schon das dritte Lebensjahrzehnt die produktivste Zeit in einem Forscherleben sei. Die Kommission freilich meinte, dass das Alter unbeachtlich sei und die These von der größeren jugendlichen Schaffenskraft jedenfalls in den Geistes- und Sozialwissenschaften keinerlei Geltung

beanspruchen könne. Vielmehr erreiche man seinen Zenit in diesen Gebieten erfahrungsgemäß eher mit 60 Jahren oder sogar noch danach – so die einhellige Einschätzung der Kommission, deren Mitglieder sich demnach übrigens damals allesamt just auf dem Zenit ihres akademischen Wirkens befanden.

Berufen wurde 2002 mit Ulrich Becker dann doch der jüngste unter den Kandidaten. Seinen sechzigsten Geburtstag feiert er erst jetzt, im Juli 2020. Ob die Blütezeit seines Schaffens deswegen auch erst jetzt anbricht, mag man angesichts der Anzahl und Vielfalt seiner Publikationen getrost bezweifeln. Jedenfalls aber dürfte deren Ende noch in weiter Ferne liegen, und so versteht es sich, dass es sich bei dieser Ausgabe der ZIAS zum 60. Geburtstag von Ulrich Becker nicht um eine Rückschau handelt, in der frühere Weggefährten sein bisheriges Schaffen würdigen. Im Gegenteil: Es geht um aktuelle Herausforderungen, Trends und Perspektiven der Sozialrechtsforschung, und die Beiträge stammen ganz überwiegend aus seinem Institut, von den gegenwärtigen Mitarbeiter*innen sowie einigen weiteren, dem Jubilar Verbundenen.

Im Namen aller Autorinnen und Autoren die besten Wünsche für Gesundheit und viel Schaffenskraft für weitere Forschungsaktivitäten.

*Alexander Graser
Eva Maria Hohnerlein
Hans-Joachim Reinhard*

Olga Chesalina, Munich

Extending Social Security Schemes for »Non-employees«: a Comparative Perspective

Table of Content

- A. Introduction
- B. »Classical« strategies for extending the access to social protection to »non-employees«
- C. Innovative strategies for extending the access to social protection to platform workers
- D. Conclusion

A. Introduction

Innovations in social security¹ and new forms of social security² have long been one of the main focal points of legal comparative research by Ulrich Becker. In his most recent publications, he makes profound investigations of the challenges to social security emerging from the digital economy and the changing world of work. In doing so, he pays particular attention to problems concerning the access to social protection and financing of social protection for persons in new forms of non-standard employment and in new forms of self-employment.³ With his publications he inspired the author of this article to compare different approaches concerning extending social protection to dependent self-employed persons, bogus self-employed persons and persons in new forms of non-standard employment (especially persons working on demand via mobile applications).

Digital technologies have brought about the business model of platform work. This model combines the features of salaried labour and self-employed activity: algorithmic, market and organizational control mechanisms allow platforms to monitor and manage the labour of platform workers. At the same time, this model is advertised as enhancing the autonomy of platform workers in terms of the determination of place and time of work. In this way, platforms are able to evade traditional labour relationships and contribute to a rapid spread of (part-time) self-employment and bogus self-employment. A consequence is that platform workers are either excluded from statutory social insurance schemes or lack effective social coverage.

Currently, in many countries labour case law concerning the classification of platform workers is being developed (dealing mainly with workers on demand or, in other words, on-location platform workers). Court decisions have been con-

1 Becker, U., Pennings, F., Dijkhoff, T. (eds.) *International Standard-Setting and Innovations in Social Security*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV, 2013.

2 Becker, U. *New forms of social security? A comment on needs and options for reform in a national and supranational perspective*, in: Pichrt, J., Koldinská, K. (eds.) *Labour law and social protection in a globalized world: Changing realities in selected areas of law and policy*, 2018, pp. 205–211.

3 Becker, U. *Die soziale Sicherung Selbständiger in Europa*, in: *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR)*, 8 (2018), pp. 307–318.

roversial. Whereas in many cases, an employee status of platform workers⁴ was recognized, in other cases they were classified as self-employed persons.⁵ Court decisions in relation to the employment classification for labour law purposes often have consequences for social insurance issues (e. g. concerning the payment of social contributions). Moreover, in some countries social insurance institutions and inspectorates have also challenged the employment status of certain groups of platform workers. This led to decisions on the employment status as far as social insurance law is concerned.⁶ There have also been some first judicial disputes between social security institutions and platform providers regarding the payment of social security contributions.⁷

New forms of employment call into question the dependent employment model which is characterised by personal dependence (subordination) on the employer as a basis not only for the inclusion into the scope of labour law, but also for the inclusion into the social insurance scheme. Nevertheless, social insurance protection is not mandatorily linked to the labour law status as an employee. In many countries, social insurance law provides for different mechanisms of extending social protection to non-employees by disconnecting social protection from the employment status.

In the first part of the article, the existing strategies for extending the access to social security schemes to »non-employees« are described and analysed. The second part of the article reflects the specifics of the construction of platform work. Furthermore, the author investigates innovative strategies for extending the access to social protection to platform workers and their advantages and limits.

B. »Classical« strategies for extending the access to social protection to »non-employees«

There are different ways of how to extend social protection to new groups of persons who were previously excluded from the social insurance scheme, e. g. to the self-employed. A narrower issue is the extension of social insurance schemes to dependent self-employed, bogus self-employed and to persons in new forms of employment.⁸ The reasons for introducing special regulations and schemes are:

4 Cf. Decision of the 6th Social Court of Barcelona of 1 June 2018 in Alberto Barrio – Spain – »Contradictory Decisions on the Employment Status of Platform Workers in Spain«, Dispatch No. 20, Comparative Labor Law and Policy Journal (January 2020), <https://cllpj.law.illinois.edu/dispatches>; Decision of Court of Cassation No. 374 FP-P+B+R+1 of 4 March 2020, www.courdecassation.fr/IMG/20200304_arret_uber_english.pdf.

5 Decision of 4 December 2019 of Regional Labour Court of Munich, 8 S. a. 146/19.

6 European Commission. Study to gather evidence on the working conditions of platform workers. VT/2018/032. Final Report. 13 December 2019. CEPS, EFTHEIA, and HIVA-KU Leuven, p. 213.

7 *Badertscher, C.*, Suva bleibt dabei: Uber ist Arbeitgeber, www.srf.ch/news/schweiz/plattform-oekonomie-suva-bleibt-dabei-uber-ist-arbeitgeber.

8 From the perspective of developments in the labour market, the above described strategies concerning involvement (inclusion) of particular groups of self-employed into the social insurance schemes can be considered as »extension« of social insurance schemes only with reservation: since many workers have been pushed into civil law contracts and self-employment, many core businesses were outsourced to contractors. This implies, basically, that the coverage of social security has been narrowed in the first place (in comparison to the protection under standard labour contracts), and only later on been broadened again.

(1) to reflect the need for social protection of these persons, (2) to adapt social protection to the special employment situation of these persons and to provide an adequate protection level, (3) to tackle bogus self-employment, (4) to compensate for the so-called »double contribution issue« faced by self-employed persons.

Current social law (mostly in developed countries) offers different mechanisms to cover, under the social insurance scheme, persons in other-than-standard forms of employment. The following approaches can be distinguished:

1) *Inclusion into the social insurance scheme*. For example, since 1999 »solo self-employed persons« in Germany are subject to obligatory pension insurance if they receive job assignments from one client only (§ 2 (1) No. 9 of the Sixth Book of the Social Security Code – SGB VI). In Austria, the so-called »new self-employed« (»self-employed persons, who either do not need to possess a licence (e. g. writers, artists) or the licence has not been required or received«⁹) have been covered by the statutory social insurance since 1997.

2) *Treatment as »employee«*. A mere inclusion of self-employed persons into the category »employee« could be considered as not matching with traditional social security rules, because of the absence of personal dependency of self-employed persons. For this reason, many countries have introduced fictitious regimes:

- *Introduction of a fictitious term of employee*. In the Netherlands, the term »fictitious employment relationship« or »employment relationship by legal definition« is used.¹⁰ Art. 5 of the Dutch Sickness Benefits Act extends the concept of employee to musicians, homeworkers, professional sportsmen and women.¹¹ The reason is that the social and economic position of these workers¹² indicates that they are in need of social protection.
- *Introduction of an insurance scheme – »insured as employee«*. In Austria, »independent or free contractors« (freie Dienstnehmer) are considered as self-employed under social insurance legislation, but since 2008 they have been included in the social security scheme for employees under the General Social Insurance Act (§ 4 (4) ASVG) if they provide services personally and do not have any substantial own resources. Social contributions for pension, health, and unemployment insurance are shared between the contractor and the principal.¹³ In Germany, homeworkers or other persons working in the place of their choice for another person or institution are subject to all branches of social insurance on the condition that they have one »client« (Auftraggeber) from whom they »directly« receive assignments (§ 12 (2) of the Fourth Book of the Social Security Code – SGB IV). Hereby, the client (somebody who directly gives orders) is obliged to pay contributions in all branches of social

9 Marhold, F. Social protection of contingent work: Austria and the full coverage social insurance system, in: Ales, E., Deinert, O., Kenner, J. (eds.) *Core and contingent work in the European Union*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2017, p. 237.

10 Vonk, G., Jansen, A. Social protection of marginal part-time, self-employment and secondary jobs in the Netherlands. WSI Study 2017, p. 6.

11 Ibid.

12 Ibid.

13 Contributions under the social insurance scheme for accidents at work are paid only by the principal.

insurance according to the same rules as for employees. Even if the German legislator does not use the term »dependent self-employed«, the doctrine considers homeworkers in this sense.

3) *Introduction of new (intermediary) employment categories* like the economically dependent autonomous workers (TRADE) in Spain (regulated in the Statute of Self-employed Workers of 11 July 2007). TRADE refers to solo self-employed persons who receive at least 75 % of their income from one client.¹⁴ They are insured as self-employed. Another example is the concept of a »freelancer« (frilanser) in Norway – defined as anyone who performs work or assignments outside their service for pay or other remuneration, but without being self-employed (regulated in § 1–9 of the National Insurance Act of 28 February 1997 Nr. 19).¹⁵ The social insurance scheme for freelancers is more favourable than for self-employed, but less favourable than for employees. Nevertheless, both TRADEs in Spain¹⁶ and freelancers in Norway have to finance their social insurance themselves. To the contrary, the Italian approach for workers under the intermediate category »collaborazione coordinata e continuativa« pays tribute to the economic vulnerability of these workers: two thirds of the social contributions are to be paid by the client and one third by the dependent self-employed (thus reflecting the distribution of social insurance contributions between employer and employee).

4) *Creation of a special insurance scheme for a separate group of self-employed with involvement of customers into the payment of social contributions.* The German social security scheme for artists is a widely cited example. Artists and writers are subject to all branches of social insurance (regulated in the Artists» Social Security Act – Künstlersozialversicherungsgesetz – KSVG). The social contributions are divided between the artists (50 %), the state (20 %) and customers of the artists« services (30 %). The study of »the OECD« entitled »The Future of Social Protection. What Works for Non-standard Workers?« shows that »a high share of enrollees report incomes just above the minimum threshold for eligibility, which may indicate that they mainly join the fund to gain access to health and long-term care insurance«.¹⁷

In Germany, a model similar to the artists' social security scheme was discussed for small independent sub-contractors almost ten years ago. According to the proposed model, clients should participate in the financing of social security

14 European Commission. Case study – Gaps in access to social protection for economically dependent self-employed in Spain, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1a293e8f-4446-11e8-a9f4-01aa75ed71a1>, p. 12.

15 Aune, H. The Concept of »Employee«: The Position in Norway, in: Waas B. and van Voss G. H. (eds.) *Restatement of Labour Law in Europe*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2017, p. 515.

16 According to Art. 26.4 of the Statute of self-employed workers, the schemes for self-employed work and for employees should be harmonised in terms of contributions, rights and benefits, but due to the economic crises and budget problems it has not happened. Compare: Muñoz G. *Re-addressing Self-employment: Spain and the New Entrepreneurship*, in: Ales, E., Deinert, O., Kenner, J. (eds.) *Core and contingent work in the European Union*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2017, p. 151.

17 OECD. *The future of social protection. What works for non-standard workers?* OECD Publishing 2018, Paris, www.oecd.org/els/soc/the-future-of-social-protection-9789264306943-en.htm, p. 31.

of sub-contractors.¹⁸ This proposal was not realised because of strong opposition from the »employers'« side.

5) *Provision of social rights in civil contracts*. In Poland a contract of mandate provides an individual with the right to social security and health insurance. A principal (»employer«) is required to make social security contributions on behalf of the individual.¹⁹ The individuals get only partial access to social protection.

Moreover, there are also other mechanisms to solve the »double contribution issue« and reduce the high financial burden on self-employed persons. The main strategies are

- to provide for a reduced contribution rate (in comparison with the usual employee's share) for the self-employed (in many countries),
- to subsidize insurance contributions (e. g. of »new self-employed« and other self-employed) in accordance with the Trade Social Insurance Act (GSVG) in Austria²⁰,
- to introduce »tax and social contributions holidays« (e. g. in Russia in 2017–2019 for some groups of solo self-employed, Art. 217 of the Tax Code) or to exempt them from the payment of social contributions completely (e. g. self-employed persons who were unemployed before or who are »job starters« in Slovenia²¹).

While labour law in many countries is still designed for employees, social law seems to react more quickly and flexibly to the changes in the labour market, in order to overcome the »all-or-nothing« approach (binary division between employees and self-employed) and to guarantee social protection for persons who fall outside the scope of labour law regulations.

Nevertheless, different limits of such mechanisms should be taken into account:

In some countries, the recognition of a special status depends on the fulfilment of formal requirements. For example, the TRADE status can be guaranteed only if the self-employed activity is performed regularly and a written contract between parties is concluded – which, in turn, requires a client's consent to do this²² and the inclusion of the self-employed into the register. If the activity is carried out irregularly²³ or if the client denies concluding a contract, the dependent self-employed person (TRADE) will not get access to social protection.

18 Altersvorsorge für Selbständige: Beteiligung der Auftraggeber notwendig, www.verdi.de/themen/nachrichten/+++co++a1047f48-ab22-11e1-5eaf-0019b9e321e1; *Waltermann, R.* Digitalisierung der Arbeitswelt und Schutz Kleiner Selbständiger durch das Sozialversicherungsrecht, in: *Die Sozialgerichtsbarkeit (SGB)*, 8 (2017), p. 430.

19 *Lewandowski, P.* Case study – Gaps in access to social protection for people working under civil law contracts in Poland. European Commission 2018, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c659f8c1-4444-11e8-a9f4-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-114806090>.

20 *Pfeil, W.* Österreichisches Sozialrecht. 11. Aufl., Wien: Verlag Österreich 2016, p. 35.

21 *Becker, U.* Die soziale Sicherung Selbständiger in Europa, in: *ZESAR*, 8 (2018), p. 314.

22 *De le Court, A.* Formalising vulnerable self-employment under social security law: A case-study of continental welfare states systems, in: *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Seguridad Social*, 144 (2019), p. 65.

23 *Corujo, B.* The »Gig« Economy and its impact on Social Security: The Spanish example, in: *European Journal of Social Security (EJSS)*, 19 (2017) 4, pp. 293–312.

The introduction of an intermediary category often causes misclassification problems. The experience of some countries with an intermediary category (e. g. Italy) shows that its introduction contributes to the circumvention of the existing »employee« category and becomes an obstacle for workers to achieve appropriate social protection.²⁴

Legislators include separate groups of dependent self-employed (e. g. home workers) or dependent self-employed who meet qualifying conditions (e. g. provision of services for only one main client) into the social insurance scheme, rather than all dependent self-employed. This strategy involves the risk of further fragmentation and inequalities.

Systems that include clients into the financing of social insurance of economically dependent self-employed are based on the presumption that economic dependency could arise only if services are provided mainly for one client (e. g. in Italy, Germany). However, due to work fragmentation and the spread of non-standard labour relationships, it is not a typical feature any longer to work only for one client, neither for economically dependent self-employed persons nor for bogus self-employed persons. Portugal tried to overcome this approach and lowered the criteria of access to the unemployment insurance scheme: a 50 % dependence upon a single contracting entity now suffices, instead of formerly 80 %.²⁵ However, such examples are quite rare.

Some countries face enforcement problems concerning the payment of social contributions by the client. Many scholars favour classifying platform workers as homeworkers. At the same time, in Germany and Austria, the homeworking law has very little importance in practice. The existence of a homeworking relationship (e. g. with an IT-specialist or a freelance editor) is often ignored, with the result that the social security contributions are not paid by the client.

Finally, reduced rates or exemptions from taxes or social contributions can create incentives for self-employment over dependent employment (at the expense of employment and social insurance protection). The growing number of para-subordinate workers in Italy could be stopped only by increasing their social contribution rates.²⁶ Tax incentives (e. g. exceptions for platform workers in Belgium who only earn »occasional« income and provide services to individuals) contributed to an increase in part-time (marginal) platform work and to the perception that remuneration earned through platform work is insignificant for social insurance purposes.²⁷

24 *Cherry, M., Aloisi, M.* Dependent Contractors' in the Gig Economy: A Comparative Approach, in: *American University Law Review*, 66 (2017) 3, p. 675, <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aulr/vol66/iss3/1>.

25 *Branco, R., Cardoso, D.* Eroding dualisation: the slow advancement of social protection for self-employed workers in Portugal, in: *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Seguridad Social*, 144 (2019), pp. 75, 77.

26 OECD. *The Future of Social Protection. What Works for Non-Standard Workers?* p. 28.

27 *Westerveld, M.* The Netherlands: Solo Self-Employment and Labour on Demand, in: *Westerveld, M. and Olivier, M. (eds.), Social Security Outside the Realm of the Employment Contract*, Edward Elgar Publishing 2019, pp. 220–237; *Stevens, Y.* Social Security and the Platform Economy in Belgium: Dilemma and Paradox, in: *Devolder, B. (eds.), The Platform Economy. Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*. Intersentia 2018, pp. 259–286.

C. Innovative strategies for extending the access to social protection to platform workers

With the emergence of platform work, it has become more difficult to clarify whether platform workers are employees or self-employed persons, and whether the platform provider or the client fulfils any employer functions.

Platform workers are not a homogenous group. Some of them are genuine self-employed persons, while others are in-between employment and self-employment. Workers on demand are comparable to employees in need of social and labour protection. Many researchers have referred to the elements of personal and economic dependence of platform workers as distinguishing features. However, it has not been clarified whether new control mechanisms merely create a new form of personal dependence or a new kind of economic dependence, or whether they constitute a completely novel dimension of dependence. While platform workers are similar to employees or economically dependent self-employed persons in some respects, there are also respects in which they are different. When we try to identify the most salient features that characterise a new type of dependence in relation to platform workers, the following aspects are to be highlighted:

Because of the heterogeneity of platform workers, platform work and platforms, as well as because of different strategies concerning allocation of tasks (allocated by the platform, by the client or by the worker),²⁸ it is not possible to define one single pattern of dependence. Platform workers can be dependent on a client as well as on the platform or on both of them. In the case of work on demand, economic and personal dependence exists predominantly in relation to the platform and not to certain clients. It seems that in case of crowdwork, sometimes the dependence on a client is higher than on a platform. The role of the client is not reduced to ratings. Quite often platform workers do not receive orders only from one client, especially in the case of crowdwork. The idea behind the »one client-criterion« was that, if somebody works predominantly for one person, he or she cannot freely operate on the market given the extensive time commitment. However, even if platform workers offer services to many clients, this is not always an indication of economic independence and availability, but may rather be a sign of their vulnerability – they struggle to accumulate orders from different clients in order to make ends meet, especially if such a kind of employment is their main activity. In addition, fluctuation rate of clients is very high. A long-lasting relationship with a client is used to serve as an indicator of economic dependence.²⁹ This criterion is not suitable for platform work when labour is divided into small shares, like »gigs«, »tasks«, »rides«³⁰ and assignment is limited to a specific task only. In my opinion, the new business model of platform work brings about a new type of dependence for the workers involved. This

28 European Commission. Study to gather evidence on the working conditions of platform workers. VT/2018/032. Final Report. 13 December 2019. CEPS, EFTHA, and HIVA-KU Leuven, p. 55.

29 Willemsen, H.J., Müntefering, M. Begriff und Rechtsstellung arbeitnehmerähnlicher Personen: Versuch einer Präzisierung, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZAR)*, 4 (2018), pp. 193–201, 195.

30 De Stefano, V. The rise of the »just-in-time workforce«: On-demand work, crowdwork and labour protection in the »gig-economy«. ILO. Conditions of work and employment. 2016. Series No. 71, p. 2, www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf.

new dimension of dependence is characterised through »controlling autonomy«³¹, invisible algorithmic control as well as management control, financial and organisational incentives set by platforms, rating and recommendation systems, information asymmetries, a new form of integration into the »work organization«, and an »overstaffing« strategy.³²

Some countries have already addressed the gaps in labour and social protection for platform workers by way of innovative strategies and by way of involving new societal actors (private business actors, collective partners, cooperatives). Two examples can be highlighted:

The first interesting example is the arrangement of umbrella companies in Sweden. In exchange for a fee, umbrella companies (»employed-on-their-own« company³³) take care of social security contributions and payroll taxes of self-employed persons. In this construction, the client of the self-employed contractor concludes a contract with the umbrella company and pays the umbrella company a fee, which is credited to the contractor after the deduction of taxes and social insurance contributions.³⁴ In this way, the self-employed contractors (»employed-on-their-own«³⁵) are covered by the general public social protection system as employees during their assignment by the client.³⁶ Most importantly, coverage by the unemployment insurance is included in the Swedish context which distinguishes only between an employee and an entrepreneur. This construction shows that not only employers opt for low-cost workers, but also self-employed persons have an incentive to reduce their social contributions costs and get access to the social insurance scheme (in the Swedish case – unemployment insurance) for employees. There is a high demand for this construction in the platform economy: the number of employees in umbrella companies grew from 4,000 in 2011 to 44,000 in 2017.³⁷ The construction and the status of platform workers remain very controversial. On the one hand, the Administrative Court of Appeal held that an umbrella company should be considered as an administrator between the self-employed and the client.³⁸ On the other hand, the Administrative Court of Appeal has still to decide the extent to which umbrella companies, as employers, are

31 Ivanova, M., Bronowicka, J., Kocher, E. and Degner, A. The App as a Boss? Control and autonomy in application-based management. *Arbeit/Grenze/Fluss – Work in Progress interdisziplinärer Arbeitsforschung* 2018. No. 2, Frankfurt (Oder): Viadrina, doi: 10.11584/Arbeit-Grenze-Fluss.2.

32 Ibid.

33 Johansson, C. Autonomous workers and social security – a Swedish example, in: *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 144 (2019), p. 99.

34 Westregård, A. Key concepts and changing labour relations in Sweden Part 1 Country report. 2019, p. 18, www.fafu.no/images/pub/2019/Nfow-wp8.pdf.

35 Ibid, p. 99.

36 Dølvik, J., Jesnes, K. Nordic Labour Markets and the Sharing Economy. Report from a Pilot Project. 2018, www.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A1182946&dsid=-8676; Westregård A. Digital Collaborative Platforms: A Challenge for Social Partners in the Nordic Model, in: *Nordic Journal of Commercial Law*, 1 (2018), pp. 91–115.

37 Westregård, A. Digital Collaborative Platforms: A Challenge for Social Partners in the Nordic Model, in: *Nordic Journal of Commercial Law*, 1, (2018), p. 96.

38 Johansson, C. Autonomous workers and social security – a Swedish example, in: *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*. *Seguridad Social*, 144 (2019), p. 99.

liable for administrative sanctions, for instance if the health and safety legislation is violated while platform workers are working at the premises of customers.³⁹

The second salient example is the former SMart arrangement for Deliveroo riders in Belgium. In this case an intermediary actor took over part of an employer's social protection obligations in relation to platform workers (e. g. social security coverage, work-related accident insurance). SMart »established itself as a community-based organization (a cooperative) offering innovative solutions to artists and other project-based workers«. ⁴⁰ Based on an agreement with Deliveroo, SMart fulfilled the co-employer's function (together with the Deliveroo platform⁴¹) for Deliveroo riders in Belgium and some other countries, charging a 6.5 % rate for the service from the Deliveroo platform. This partnership survived for two years only (2016 and 2017). The shortcoming of such cooperatives is that these organisations tend to be very small and specialized and unable to protect workers of large platforms.⁴²

It is worth mentioning that in both cases a triangular construction was used, where a third person (umbrella company, SMart cooperative) administered and paid social contributions for platform workers. Hereby, not the third person but the client or the platform (and de facto also the worker) financed the social insurance contributions. Just like »classical« strategies for extending the access to social protection to »non-employees«, the new strategies are aimed at finding a person or institution comparable to an employer (»fictitious« employer) who can take over social protection and social insurance obligations, on the one hand, and treating self-employed persons as employees for social security purposes on the other.

D. Conclusion

This article tries to address the question posed by Ulrich Becker, as to which special social law regulations can be enacted to improve social protection of non-employees, independently from labour law regulations.⁴³ There is a variety of strategies of extending social protection to non-employees. Nonetheless, the main goal of the different strategies is the same: to reflect the need of social protection.

39 European Commission. Study to gather evidence on the working conditions of platform workers. VT/2018/032. Final Report. 13 December 2019. CEPS, EFTHA, and HIVA-KU Leuven, p. 116.

40 *Drahokoupil, J., Piasna, A.* Work in the Platform Economy: Deliveroo Riders in Belgium and the SMart Arrangement. ETUI. Working Paper 2019.01.; *Xhaufclair, V., Huybrechts, B., Pichault, F.* How can new players establish themselves in highly institutionalized labour markets? A Belgian case study in the area of project-based work, in: *British Journal of Industrial Relations*, 56 (2018) 2, pp. 370–394, <http://dx.doi.org/10.1111/bjir.12281>; *Johnston, H., Land-Kazlauskas, C.* Organizing On-Demand: Representation, Vice and Collective Bargaining in the Gig Economy, Conditions of Work and Employment Series, 94: Geneva, ILO 2018.

41 *Drahokoupil, J., Piasna, A.* Work in the Platform Economy: Deliveroo Riders in Belgium and the SMart Arrangement. ETUI. Working Paper 2019.01, Fn. 9, p. 8.

42 European Parliament. The social protection of workers in the platform economy. Annex. 2017. [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/614184/IPOL_STU\(2017\)614184\(ANN01\)_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/614184/IPOL_STU(2017)614184(ANN01)_EN.pdf), p. 17.

43 *Becker, U.* Die soziale Sicherung Selbständiger in Europa, in: *ZESAR*, 8 (2018), p. 316.

Some of the legislative solutions allow a differentiation in the level of protection depending on the level of economic dependency of the workers (e. g. economically dependent self-employed persons and employee-like persons). Nevertheless, it has to be kept in mind that in many countries the regulations concerning labour and social protection of employee-like persons were introduced already in the 1970s (e. g. in the Netherlands, in Belgium, Italy, and Germany)⁴⁴, when completely different labour market patterns dominated than is the case today.⁴⁵ Also, the characteristics of economic dependence have changed – not only in the case of platform work, but more broadly. Time independence as the distinctive feature of self-employment is gradually losing its significance. Working for only one contractor is no longer typical for all kind of contractors. Heterogeneity of platform workers, platform work and platforms, different strategies in terms of the allocation of tasks, differences with regard to whom a platform worker is dependent upon, and also new kinds of dependence all require more flexible and fine-tuned solutions. On the one hand, innovative strategies for extending social protection to platform workers try to address new groups of gainfully employed persons. On the other hand, »classical« strategies for extending social protection to »non-employees« demonstrate that they can address different groups of non-salaried workers, and different persons on the »employers'« side. These strategies have to be adjusted to new labour patterns and new forms of employment which are often less secure and more flexible than the standard employment relationship.

The author of this article agrees with Ulrich Becker that, in the future, the number of economically dependent self-employed persons will increase.⁴⁶ It is important to recall that platform work has emerged after the global financial crisis of 2008–2009. The global coronavirus crisis of 2020 which is accompanied by job losses and deep economic recession will give rise to new forms of non-standard self-employment. It recalls the urgent need to provide social protection for all persons who participate in gainful employment.

The challenge of social protection for platform workers shows a lot of similarities to the broader and older problem of providing social protection to non-standard workers, bogus-self-employed and self-employed persons. A sustainable solution is to be found not only in a special regulation for platform workers, but also for all persons in the grey area between dependent employment and self-employment.⁴⁷ The reason for imposing an »employers'« duty to pay social contributions on companies, principals, clients or the counterpart of a civil law contract is based on the recognition of a broader category of economic and social dependence/subordination of contractors, home workers and other categories of »non-employees«. If social security obligations are imposed on platform operators only (and not on other actors like clients, principals, customers), they might

44 Regulations concerning home workers were introduced even earlier – after the First World War. Cf. *Wachter, G.* Arbeitnehmerähnliche Personen im österreichischen Arbeits- und Sozialrecht, in: *Zeitschrift für internationales und ausländisches Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS)*, 2000, pp. 250–265.

45 *Jaspén, T.* Quasi-Employee, Quasi-Self-Employed: More than Just a Name – The Case of the Netherlands, in: *ZIAS*, (2000), pp. 243–249.

46 *Becker, U.*, Rentenreform, Radikal, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)* of 20 March 2020.

47 *Behrendt, C., Nguyen, Q. A., Rani, U.* Social protection systems and the future of work: Ensuring social security for digital platform workers, in: *International Social Security Review*, 72 (2019), p. 26.

turn to new business models and constructions which allow them to avoid social obligations. This is a lesson to be learned already today: Court decisions that classify platform workers as employees have already triggered reactions by platform providers and will most likely continue to do so. In order to avoid social obligations, the providers can withdraw from the market or change the business model used in a certain country. As a consequence, the attempt to extend social protection may turn into an empty promise. In identifying appropriate and sustainable social protection arrangements, it is thus critical for social law to keep pace with the new emerging labour market patterns in the era of digitalization. Comparative in-depth research will remain in high demand.

Zugang zum Recht: Kein Thema für die deutsche (Sozial-) Rechtswissenschaft?²

Inhaltsübersicht

- A. Ein gelöstes Problem?
- B. Eine anschwellende Ahnung
 - I. Geflüchtete
 - II. Hartz-IV-Empfänger*innen
 - III. »Illegale«
 - IV. In Einrichtungen untergebrachte Menschen
 - V. Weitere notorische Problemkonstellationen
- C. Was es zu beleuchten gälte
 - I. Problemsphären
 - II. Wirkungsintensitäten und -interdependenzen
 - III. Wege der Annäherung
 - 1. Erforderliche Expertise
 - 2. Operationalisierung
 - 3. Absehbare Herausforderungen
- D. Und also – mehr Licht?

»Access to justice« ist ein großes Thema – dazu wird weltweit viel geforscht und geschrieben.³ Auch auf Deutsch kann man gelegentlich darüber lesen.⁴ »Zugang zum Recht« lautet dann das einschlägige Stichwort, mitunter auch »Zugang

1 Der Verfasser dankt RAin Dr. Larissa Borkowski für wertvolle Anregungen und Kritik.

2 Ulrich Becker ist weit über das Sozialrecht hinaus profiliert, in vielen Gebieten des deutschen und europäischen öffentlichen Rechts. Als Betreuer meiner Habilitation war er vor allem in letzterer Hinsicht gefragt. Dabei waren es inhaltlich das Interesse am Sozialrecht und institutionell das von ihm geleitete sozialrechtliche MPI, die uns zusammengeführt hatten. Dementsprechend hätte er mich, glaube ich, damals auch gerne noch tiefer im Sozialrecht gesehen, vielleicht auch etwas näher an der Praxis. Vor diesem Hintergrund hoffe ich, dass der vorliegende Beitrag eine passende Wahl für diese Geburtstags-Ausgabe der ZIAS ist.

3 An dieser Stelle einen auch nur groben Überblick über die internationale Literatur zu diesem Thema zu geben, würde den Rahmen sprengen. Eine einfache Internetrecherche zum Begriff vermittelt einen Eindruck von deren Umfang. Immerhin aber sei hier darauf verwiesen, dass »Access to Justice« als Teil der »Agenda 2030« der Vereinten Nationen Aufnahme gefunden hat in deren im Jahr 2015 formulierte »Ziele für nachhaltige Entwicklung«, namentlich als ein Teilaspekt des sechzehnten Ziels: »Frieden, Gerechtigkeit und starke Institutionen«.

4 Vgl. dazu namentlich *Beate Rudolf*, Rechte haben – Recht bekommen: Das Menschenrecht auf Zugang zum Recht; Deutsches Institut für Menschenrechte (DIM), Essay Nr. 15/2014, abrufbar unter www.institut-fuer-menschenrechte.de; das DIM hat das Thema in den anschließenden Jahren noch weiter verfolgt und insbesondere einige Kurz-Videos zu besonderen Problemkonstellationen hergestellt (ebenfalls abrufbar auf der Webseite). Größere Publikationen sind dazu indes, soweit ersichtlich, noch nicht entstanden. Nicht übergreifend, sondern im Hinblick auf einzelne Problemkonstellationen wird das Thema vereinzelt auch von anderen behandelt, gegenwärtig besonders im Migrationsrecht: Exemplarisch sei hier verwiesen auf einerseits *Bernd Mesovic*, Staatliche Lagerhaltung: Wie effektiver Rechtsschutz verhindert wird, S. 121 ff. in: *Bellinda Bartolucci et al.* (Hrsg.); Grundrechte-Report 2019, Frankfurt/Main 2019, der vor allem tatsächliche Umstände thematisiert; und andererseits *Uwe Berlit*, Sonderasylprozessrecht – Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz im Asylrecht, InfAusLR 2018, S. 309 ff., der vor allem die (prozess-)rechtliche Perspektive behandelt. Speziell zu den einschlägigen europarechtlichen Normen vgl. *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte und Europarat*, Handbuch zu den europarechtlichen Grundlagen des Zugangs zur Justiz, Luxemburg 2016.

zur Justiz«. Um Deutschland geht es in der Literatur allerdings eher selten.⁵ Bezeichnend ist, dass selbst eine breit angelegte Studie, die jüngst von der OECD und der Open Society Justice Initiative erarbeitet wurde,⁶ ohne deutsche Beteiligung entstanden ist und auch ohne deutsche Daten auskommen musste.⁷

A. Ein gelöstes Problem?

Offenbar gilt das Thema hierzulande nicht als problematisch. Diese Einschätzung habe auch ich lange geteilt – oder genauer: erst gar keine Veranlassung gesehen, daran zu zweifeln. In der Frage nach dem Zugang zum Recht begegnen sich Rechts- und Sozialstaatlichkeit, zwei Galionsfiguren unserer Verfassung und wohl auch des bundesrepublikanischen Selbstverständnisses.⁸ Prima facie sollte unser System da doch vergleichsweise gut abschneiden. Und tatsächlich hat man viel Beruhigendes zu diesem Thema im Hinterkopf: allem voran die Rechtsschutzgarantie,⁹ auch die Prozesskosten-¹⁰ und Beratungshilfe¹¹ natürlich, dahinter die vielen weiteren Institutionalisierungen der Niederschwelligkeit, die sich in unseren Prozessordnungen finden.¹²

Zugegeben, man hat auch gelernt, dem »law in the books« nicht blindlings zu vertrauen. Aber auch, was dessen praktische Wirkungsbedingungen angeht, präsentieren sich die naheliegenden Parameter hierzulande eher günstig. Man denke an die Beratungs- und Vertretungsleistungen, welche Gewerkschaften und Sozial-

5 Zu den wenigen Beiträgen innerhalb der deutschsprachigen Diskussion, wie sie in der vorigen Fn. exemplarisch zitiert sind, treten allenfalls vereinzelt noch solche in der internationalen Literatur; ein Beispiel ist ein sehr kursorischer Überblicksbericht auf dem Stand von 2011, den die European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) auf ihrer Website zugänglich macht: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1526-access-to-justice-2011-country-DE.pdf (dieser und alle folgenden links zuletzt aufgerufen am 26.05.2020). In einer jüngeren, im Jahr 2017 publizierten umfangreichen Studie im Auftrag des EU-Parlaments, die, ausgehend von dieser Institution mitgeteilten Missständen, unterschiedliche Problemfelder in verschiedenen Mitgliedstaaten behandelt, findet Deutschland praktisch keine Erwähnung; vgl. *Directorate General for Internal Policies*, Effective Access to Justice, abrufbar unter [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596818/IPOL_STU\(2017\)596818_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596818/IPOL_STU(2017)596818_EN.pdf).

6 Vgl. *OECD & Open Society Foundations*, Legal Needs Surveys and Access to Justice, Paris 2019. Die OECD hatte bereits kurz zuvor eine umfangreiche Publikation zum Thema vorgelegt (ebenfalls ohne deutsche Beteiligung), nämlich *OECD*, Equal Access to Justice for Inclusive Growth: Putting People at the Centre, Paris 2019.

7 Dabei ist das Thema, wie insbesondere das ausgeprägte Engagement der OECD auf diesem Feld zeigt, keineswegs nur im Entwicklungskontext relevant, sondern wird seit langem auch in Industrienationen mit etablierten Rechtsordnungen untersucht. Einen schnellen Eindruck hiervon vermittelt die Zusammenstellung der in der soeben zitierten Publikation (*OECD & Open Society Foundations*, vorige Fn.) einbezogenen Studien aus den letzten 25 Jahren, S. 26 f. Danach hat es einschlägige Erhebungen etwa in Japan, den Niederlanden, den USA und Kanada gegeben.

8 Verankert in Art. 20 Abs. 3 und 1 Grundgesetz (GG) und über Art. 79 Abs. 3 GG auch veränderungsfest.

9 Art. 19 Abs. 4 GG.

10 Geregelt in den §§ 114 ff. Zivilprozessordnung, auf die aus den Prozessordnungen der anderen Gerichtszweige verwiesen wird.

11 Geregelt im Beratungshilfegesetz (BerHG).

12 Exemplarisch sei hier auf Normen aus der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) verwiesen, also etwa auf §§ 67 Abs. 1 (kein Anwaltszwang), 81 Abs. 1 S. 1 (Möglichkeit der Klagerhebung zur Niederschrift der Geschäftsstelle), 86 Abs. 1 u. 3 (Amtsermittlung und aktive Rolle des Gerichts).

verbände erbringen,¹³ an Verbraucherschutzverbände, Mieter- und Schuldnerhilfen, an Flüchtlingsräte und auch an die sich in jüngerer Zeit verbreitenden universitären law clinics.¹⁴

Außerdem haben wir, noch weiter im Vorfeld, ein engmaschiges soziales Netz, das – selbst am untersten Rand der Einkommensskala – verhindern sollte, dass das schiere Überleben auch noch jene Ressourcen bindet, die man zur Verfolgung unerfüllter Rechtspositionen bräuchte. Und wir haben eine Verwaltung, die darauf verpflichtet ist, ihre Gegenüber über deren Rechte aufzuklären,¹⁵ objektiv, also nicht von irgendwelchen anderen Interessen geleitet.

Auf die Frage, wie es in Deutschland um den Zugang zum Recht bestellt ist, gäbe es demnach eine Menge Antworten – so viele eben, dass man verleitet ist, der Frage nicht mehr weiter nachzugehen. Aber sind die Antworten wirklich auch so gut, dass dies berechtigt wäre?

Um das herauszufinden, müsste man sich jener Empirie widmen, die, wie gesagt, in systematischer Form für Deutschland nicht vorliegt; selbst punktuelle Explorationen gibt es kaum.¹⁶ Der vorliegende Beitrag kann diese Lücken nicht schließen. Aber er soll wenigstens aufzeigen, dass dies nötig wäre, dass also sozusagen ein »Anfangsverdacht« besteht, der solche gründlicheren »Ermittlungen« gebietet (dazu B.). In einem weiteren Schritt soll danach skizziert werden, wie diese Ermittlungen anzugehen wären (C.).

B. Eine anschwellende Ahnung

In Ermangelung aufbereiteter Empirie lässt sich die Sorge um den Zugang zum Recht einstweilen nur auf Umwegen substantiieren: Es kann auf Erfahrungswissen zurückgegriffen und illustriert werden, in welchen Konstellationen entsprechende Probleme auftreten. Und es können Indizien für deren praktische Relevanz zusammengetragen werden. Notgedrungen ist das Vorgehen in diesem unerschlossenen Feld eher assoziativ denn systematisch.

13 Vgl. dazu die detaillierten gesetzlichen Öffnungen für Prozessvertretungen. Für die genannten Akteure von Bedeutung sind insbesondere die Regelungen für die Arbeitsgerichtsbarkeit (§ 11 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ff. Arbeitsgerichtsgesetz – ArbGG) sowie für die Sozialgerichtsbarkeit (§ 73 Abs. 2 S. 2 Nrn. 5 ff. Sozialgerichtsgesetz – SGG).

14 Zu den Aktivitäten dieser gegenwärtig vor allem im Flüchtlingsrecht tätigen Initiativen statt vieler *Larissa Borkowski, Stefan Morling, Sophie Rabauer, Elisabeth Rauh*, Brücken zum Recht – Refugee Law Clinics und die Flüchtlings,krise', S. 44 ff. in: *Lisa Klein/Ann-Kathrin Hübner/Meike Munser-Kiefer* (Hrsg.), *Nach der Flucht – Interdisziplinäre Perspektiven eines Netzwerks von Hochschulen und Zivilgesellschaft*, Regensburg 2019.

15 Grundlegend dazu § 25 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) des Bundes und seiner landesrechtlichen Pendanten; noch prononcierter die sozialrechtliche Regelung in §§ 13 ff. SGB I, die darüber hinaus mit dem Herstellungsanspruch auch staatshaftungsrechtlich sanktionsbewehrt ist.

16 Vgl. die kursorische Bestandsaufnahme oben in Fn. 4 ff.

I. Geflüchtete

Die Umschau nach immerhin anekdotischen Anhaltspunkten für Probleme beim Zugang zum Recht möchte ich im Flüchtlingsrecht beginnen. Das hat zunächst persönliche Gründe. In diesem Rechtsgebiet habe ich deutlich mehr Einblick in die Praxis als in anderen.¹⁷ Zweifellos ist das Flüchtlingsrecht aber auch einer der besonders problemgeneigten Bereiche: Armut, soziale Marginalisierung sowie eine mangelnde Vertrautheit mit Sprache, Land und Institutionen auf der einen Seite, hohe Fallzahlen und eine entsprechend große Belastung der Behörden auf der anderen – dies sind schon *prima facie* ungünstige Bedingungen, auch und vielleicht gerade für die Verfügbarkeit effektiven Rechtsschutzes.

Tatsächlich braucht man hier nicht lange zu suchen, um mögliche Problemlagen zu identifizieren. Dass es – gerade in den Jahren der Flüchtlings-»Krise« – zu langen Bearbeitungszeiten bei den Behörden und nachlaufend den Gerichten gekommen ist, wurde auch in den allgemeinen Medien hinlänglich thematisiert. Freilich dominierte dabei wohl die umgekehrte Perspektive, also die auf Verzögerungen beim Abarbeiten unberechtigter Asylanträge und mithin auch bei der gebotenen Ausreise der antragstellenden Personen. Demgegenüber sei im gegebenen Kontext immerhin daran erinnert, dass lange Verfahrenszeiten auch für die vielen Schutzberechtigten eine erhebliche Belastung bedeutet haben, weil die Betroffenen lange im Ungewissen gelassen wurden über ihre Zukunft, in der Zwischenzeit oft keinen Zugang zum Arbeitsmarkt und anderen integrationsrelevanten Bereichen des sozialen Lebens bekommen und nicht selten auch im Hinblick auf den Familiennachzug beträchtliche Nachteile erlitten haben.¹⁸ Auch wenn man das Problem der langen Verfahrensdauern jedenfalls zum Teil mit der unvorhergesehenen Situation erklären und insofern als zwar missliches, aber vorübergehendes Phänomen deuten mag, gehört es zu einer Bestandsaufnahme im gegebenen Kontext doch dazu. Das gilt umso mehr, als die mit den hohen Geflüchtetenzahlen verbundene Verfahrenswelle zwar im Bundesamt für Migration und Flüchtlinge weitgehend bewältigt sein mag, aber ansonsten noch keineswegs vollends abgeebbt ist. Wo sie später angekommen ist, ist sie auch jetzt noch sichtbar – so namentlich bei den Folgestreitigkeiten vor den Verwaltungsgerichten und beispielsweise auch in den Verwaltungsverfahren um Familiennachzug, für deren Erledigung bei den deutschen Auslandsvertretungen noch immer mit extremen Wartezeiten kalkuliert werden muss.

17 Angesichts der damit einhergehenden Subjektivität der dargestellten Wahrnehmungen sollte transparent sein, aus welchem Kontext meine persönlichen Praxiseindrücke stammen: An meinem Lehrstuhl wurde vor fünf Jahren eine *refugee law clinic* gegründet. Zum einen beraten und unterstützen in diesem Rahmen ehrenamtlich tätige Studierende eine Vielzahl von Geflüchteten in rechtlichen Fragen. Zum anderen werden seither verstärkt universitäre Lehrangebote im Migrationsrecht gemacht, die überwiegend von Praktiker*innen aus Anwaltschaft, Justiz und Verwaltung bestritten werden. Hinzu treten regelmäßige Exkursionen, Vortragsreihen und weitere öffentliche Veranstaltungen, in denen ein Austausch ebenfalls überwiegend mit Praktiker*innen aus den genannten Bereichen, oft auch von zivilgesellschaftlichen Organisationen stattfindet. Über diese Aktivitäten der *law clinic* erhalte ich vielfältige Einblicke in die Situation und Sichtweise der wesentlichen Akteure des Migrationsrechts. Angesichts der primären Orientierung auf die Beratung Geflüchteter dominiert dabei aber deren Perspektive.

18 Vgl. dazu *Borkowski et al.* (oben Fn. 14), S. 47 f.

Bei näherem Hinsehen tun sich Probleme mit dem Zugang Geflüchteter zum Recht auch keineswegs allein deswegen auf, weil Verfahren erst spät zu Ende gebracht werden können. Vielmehr begegnen Geflüchtete schon vorher erheblichen Schwierigkeiten. Spätestens vor Gericht, aber regelmäßig auch schon im durchaus anspruchsvollen, für kulturfremde Personen schwer zu durchschauenden Verwaltungsverfahren sind Geflüchtete ohne professionellen Rechtsrat oft überfordert. Solchen Rat jedoch auch wirklich zu bekommen, kann in der Praxis zu einer Herausforderung werden. Ein Grund dafür dürfte sein, dass die Nachfrage nach flüchtlingsrechtlicher Vertretung nach dem letzten Hoch in der ersten Hälfte der Neunzigerjahre lange Zeit relativ gering war. Dementsprechend stehen jedenfalls zurzeit nicht genügend Anwält*innen zur Verfügung, die überhaupt bereit sind, Fälle zu übernehmen, und wohl noch deutlich weniger, die sich gut auskennen. Hinzu kommt, dass das Flüchtlingsrecht – bei aller gebotenen Differenzierung zwischen seinen aufenthalts-, sozial- und strafrechtlichen Dimensionen – generell nicht als lukratives Rechtsgebiet gelten kann. Die Mandantenkontakte sind schon wegen der Sprachbarrieren typischerweise aufwändig. Bei den Honoraren sind lang gestreckte Ratenzahlungen an der Tagesordnung. Wirtschaftlich gangbare Kanzleikonzepte setzen daher häufig auf ehrenamtliche Unterstützung bei der Kommunikationsvermittlung, Informationsaufbereitung und mitunter auch bei der Finanzierung. Kompetenten Rechtsrat zu bekommen, ist deswegen in der Praxis oft schwer. Dass gerade das Asylrecht überdies mit verkürzten Rechtsbehelfsfristen operiert, ist vor diesem Hintergrund besonders bedenklich.¹⁹

Die finanzielle Seite spielt ferner auch auf Seiten der Mandant*innen eine Rolle. In der Regel leben Geflüchtete jedenfalls in der ersten Zeit nach der Flucht von Mindestsicherungsleistungen, deren Bemessung generell nicht großzügig, nach dem Asylbewerberleistungsgesetz aber noch knapper und oft auch weniger flexibel einsetzbar ist als nach den später eingreifenden Regeln der einschlägigen Sozialgesetzbücher. Hinzu kommt, dass Geflüchtete im Vergleich zu einheimischen Fürsorgeempfänger*innen wohl seltener noch auf Hilfe aus familialen oder nachbarschaftlichen Netzwerken zurückgreifen können. Umso schwerer zu befolgen ist daher der gängige Ratschlag seitens der Flüchtlingshilfsorganisationen, von Anfang an monatlich 50 Euro für künftige Anwaltskosten anzusparen. In der Leistungsbemessung sind derartige Kosten auch nicht annähernd berücksichtigt. Prozesskosten- und Beratungshilfe könnten hier zwar immerhin partiell Abhilfe schaffen, und je nach speziellem Rechtsbereich tun sie das wohl auch. Allerdings wird immer wieder von der restriktiven Bewilligungspraxis der Verwaltungsgerichte gerade im Asylrecht berichtet.²⁰

19 Praktisch am folgenreichsten dürfte die in § 36 Abs. 3 Asylgesetz (AsylG) vorgesehene Frist von nur einer Woche für Anträge nach § 80 Abs. 5 VwGO im Fall von als unzulässig oder offensichtlich unbegründet abgelehnten Asylanträgen sein. Man beachte aber auch § 74 AsylG zur Klagefrist und die Verschärfungen bei der Berufungszulassung, die sich aus einem Vergleich der §§ 124a VwGO und 78 AsylG ergeben; kritisch dazu auch *Berlit* (oben Fn. 4). Dem Problem der kurzen Rechtsbehelfsfristen verwandt sind ferner auch die Nachteile, die sich aus der Fiktion einer Klagerücknahme im Fall des Nichtbetreibens des Verfahrens gemäß § 81 AsylG im Zusammenspiel mit den strengen Zustellungsvorschriften § 10 AsylG ergeben.

20 Auch bei der Prozesskostenhilfe scheint zudem das Problem von Verzögerungen eine Rolle zu spielen, namentlich wenn über die Anträge spät und mitunter erst kurz vor der Hauptsache entschieden wird.

Schwenkt man den Blick – weg von Gerichtsverfahren oder Anwaltskontakt – noch tiefer hinein ins »Vorjuristische«, stößt man auf noch weitere Faktoren, die den Zugang zum Recht erschweren. So ist es eine rechtssoziologische Binsenweisheit, dass die individuelle Verfolgung bestehender Rechtspositionen seitens der berechtigten Personen neben den finanziellen stets auch persönliche Ressourcen voraussetzt.²¹ Man muss auch psychisch und intellektuell dazu in der Lage sein. Angesichts der oft traumatischen Erlebnisse von Krieg, Verfolgung und Flucht, mit denen Geflüchtete hier ankommen, und der wohl entsprechend hohen (wenngleich quantitativ auch nicht hinreichend erfassten) Inzidenz psychischer Erkrankungen innerhalb dieser Bevölkerungsgruppe²² kann man vermuten, dass auch hier ein beträchtliches Hindernis bei der Verwirklichung individueller Rechte liegt. Ferner dürfte auch die in einem weiten Sinne intellektuelle Dimension nicht unproblematisch sein. Um Rechte wahrzunehmen, braucht man sowohl allgemeines Systemverständnis als auch konkrete Informationen – beides nicht selbstverständlich, zumal für Geflüchtete aus der unseren eher fremden Kulturen. Vielleicht trivial, aber praktisch doch relevant ist in diesem Zusammenhang die Beobachtung, dass behördliche Kommunikationen in Deutschland mit Geflüchteten im Zweifel auf Deutsch erfolgen,²³ auch wenn diese die Sprache nicht beherrschen, und schriftlich, selbst wenn es sich um Analphabet*innen handelt. Nicht ganz so offensichtlich, aber von kaum geringerer Bedeutung ist der Umstand, dass den Geflüchteten nicht nur die Medien, sondern auch der Gegenstand ihrer Kommunikation mit den Behörden mitunter schwer zugänglich sind. So wissen sie oft nicht, dass ihre Schutzberechtigung nicht etwa davon abhängt, wie arm sie in der Heimat waren, und dass auch zwischen den Bedrohungen, denen sie dort ausgesetzt wären, nach hiesigem Recht differenziert wird. Und so ist ihnen dann auch nicht klar, was es von ihrer Vorgeschichte zu berichten und nach Möglichkeit auch zu dokumentieren gilt. Dabei ist gerade der behördliche Fokus auf Belege, datengenau und verschriftlicht, so berechtigt er auch sein mag, ein durchaus kulturspezifisches Phänomen, das neu Hinzugekommenen keineswegs immer von vornherein zugänglich ist. Auch daran kann die Verwirklichung materiell bestehender Rechtspositionen scheitern.²⁴

Angesichts solcher Schwierigkeiten im Hinblick auf Kommunikation und Verständnis wird deutlich, wie wichtig die Erreichbarkeit behördlicher und, soweit sie besteht, auch zivilgesellschaftlicher Beratung wäre. In manchen Fällen bedürfte es zur Rechtswahrnehmung sogar einer aufsuchenden Unterstützung. Tatsächlich jedoch scheint es bereits bei der Erreichbarkeit der Behörden ganz beträchtliche Hürden zu geben. Auskünfte von der Ausländerbehörde sollten zu erhalten sein, auch ohne dass man dafür persönlich vorstellig wird (und viel Zeit

21 Vgl. dazu statt vieler *Susanne Baer*, Rechtssoziologie, 3. Auflage Baden-Baden 2017, S. 219 ff.

22 Einen immerhin groben Eindruck vermittelt die allerdings auch schon nicht mehr ganz aktuelle Studie von *Helmut Schröder/Klaus Zok/Frank Faulbaum*, Gesundheit von Geflüchteten in Deutschland – Ergebnisse einer Befragung von Schutzsuchenden aus Syrien, Irak und Afghanistan, in: *WIdo-Monitor* 1/2018, S. 1 ff. (8 ff.); abrufbar unter www.aok-bv.de/imperia/md/aokbv/presse/pressemitteilungen/archiv/2018/widomonitor_1_2018_web.pdf.

23 So festgelegt etwa in § 23 Abs. 1 VwVfG und den entsprechenden Landesvorschriften sowie in § 19 Abs. 1 S. 1 SGB X.

24 Zu den zeitweise erheblichen Problemen insbesondere mit den Anhörungsverfahren beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge vgl. *Borkowski et al.* (oben Fn. 14), S. 45 ff.

und mitunter auch schwer zu finanzierende Mobilitätskosten dafür aufbringt). Aus der Praxis freilich wird berichtet, dass die Zuständigen oft weder per Telefon noch per E-Mail Anfragen beantworten (können). Was ferner den Zugang zu zivilgesellschaftlicher Beratung angeht, ist dies nicht nur offensichtlich abhängig von deren tatsächlichem Angebot, sondern begegnet auch noch weiteren Schwierigkeiten. Eine Unterbringung Geflüchteter an entlegenen Orten bei gleichzeitiger Beschleunigung einzelner Verfahrensschritte erschwert den Zugang zu den Angeboten der Flüchtlingshilfe.²⁵ Zuweilen kommt noch hinzu, dass den entsprechenden Akteuren auch kein oder nur begrenzter Zutritt zu den Unterbringungszentren gewährt wird.²⁶

Soweit zunächst die Umschau nach anekdotischen Anhaltspunkten im Flüchtlingsrecht. Nun könnte man einwenden – und mag auch schon während der Schilderung an mancher Stelle gedacht haben –, dass die einzelnen Probleme zwar alle vorkommen mögen, aber gerade in ihrer quantitativen Dimension doch erst noch zu belegen wären. Dies sei vorbehaltlos eingeräumt. Zur Erinnerung: Genau darum, einen solchen Forschungsbedarf zu begründen, geht es hier.

Ein anderer Einwand könnte dahin gehen, dass die geschilderten Umstände größtenteils weder neu seien noch Charakteristika der Flüchtlingsrechts. Auch das soll nicht bestritten werden. Bevölkerungsgruppen, die vulnerabel, und Behörden, die überlastet sind, hat es schon vor der Flüchtlings-»Krise« gegeben, und es gibt sie gewiss auch außerhalb des Flüchtlingsrechts. Dem Zweck des vorliegenden Beitrags entsprechend, soll die Umschau deswegen wenigstens kursorisch auch noch auf andere Gruppen erstreckt werden. Auf eigene Praxiseinblicke kann ich insoweit allerdings deutlich weniger bauen. Stattdessen sind es im Folgenden weniger – und andere – Anhaltspunkte, mit denen der »Anfangsverdacht« zur Begründung weiteren Forschungsbedarfs gestützt werden soll.

II. Hartz-IV-Empfänger*innen

Der Situation von Geflüchteten ähnelt in mancher Hinsicht die von Hartz-IV-Empfänger*innen. Ein Mangel an Ressourcen, finanzieller und anderer, ist auch für sie charakteristisch, wenngleich insgesamt wohl etwas weniger drastisch als bei Geflüchteten. Nach Einführung des neuen Regimes war auch die stark gestiegene behördliche Belastung ein Thema. Aber die Hartz-Reformen liegen inzwischen 15 Jahre zurück, sodass die – rauhe²⁷ – Anfangsphase längst vorüber ist.

Ein für den Zugang zum Recht besonders relevantes Symptom behördlicher Belastung ist jedoch geblieben: Wie es von den Ausländerbehörden berichtet wird, so scheint die Erreichbarkeit der zuständigen Personen auch in den Arbeits-

25 Eindringlich dazu *Mesovic* (Fn. 4).

26 In Bayern beispielsweise wird gegenwärtig gestritten um den Zugang so genannter Infobusse des Münchner Flüchtlingsrats zu oberbayerischen Aufnahmeeinrichtungen; bisher gibt es erst ein (teilweise zusprechendes) erstinstanzliches Urteil des VG München vom 06.06.2019, Az. M 30 K 18.876.

27 Der seinerzeit speziell für den Umgang mit der Neuregelung eingesetzte Ombudsrat kritisierte im Jahr 2006 das »Organisationschaos« und wurde in der Presse mit der Einschätzung zitiert: »Hartz IV ist bürokratisches Monster«; vgl. den so betitelten Bericht des Fokus vom 23.06.2006; www.fokus.de/politik/deutschland/ombudsrat_aid_110838.html.

agenturen weit von jener Niederschwelligkeit entfernt zu sein, wie sie gerade für deren jedenfalls ressourcen- und oft wohl auch orientierungsarme Klientel nötig wäre. Die Zeit der Sachbearbeitenden ist offenbar dauerhaft so verknappt, dass der Weg für die Hilfesuchenden in aller Regel über den verzögernden Filter eines Call-Centers führen muss. Die Versuche, für eine ganze Welle von Mandant*innen das »Recht auf eine Sachbearbeitertelefonnummer« einzuklagen, sind inzwischen gescheitert und die Mangelverwaltung mit höchstrichterlichem Segen versehen.²⁸

Ein weiteres Indiz dafür, dass es um den Zugang zum Recht bei Hartz-IV-Berechtigten nicht optimal bestellt zu sein scheint, liefert die jüngere verfassungsgerichtliche Rechtsprechung. Im November 2019 wurden in Karlsruhe die bis dato geltenden Regeln zur Sanktionierung von Fehlverhalten der Leistungsempfangenden großenteils für verfassungswidrig erklärt.²⁹ Ohne Frage war dies eine richtungsweisende Entscheidung, in der das Bundesverfassungsgericht die grundrechtsdogmatischen Konturen des Fürsorgerechts weiter ausgearbeitet hat. Vielleicht war es sogar eine Sternstunde für unseren Rechts- und Sozialstaat, in der hohen Verfassungsprinzipien zugunsten der Schwächsten zur Geltung verholfen wurde. Hat in diesem Fall nicht also auch der Zugang zum Recht funktioniert, und zwar bis hinauf in den Olymp der deutschen Judikative?

Zweifel an dieser Sicht kommen erst auf, wenn man sich die Zeitdimension verdeutlicht. Denn das verworfene Sanktionenregime hatte bedenklich lange Bestand. Im Wesentlichen war es so bereits in der Hartz-Reform angelegt, seit rund 15 Jahren also,³⁰ und spätestens mit der bundesverfassungsgerichtlichen Hartz-IV-Entscheidung aus dem Jahr 2010³¹ lagen die verfassungsrechtlichen Einwände auch gegen die Sanktionen auf der Hand. Es ist auch nicht so, dass es in der Praxis nur wenige Betroffene gegeben hätte. Die neue Entscheidung informiert selbst immerhin in Ansätzen über die quantitative Dimension.³² Danach muss die Anzahl der seither Betroffenen insgesamt einen hohen sechsstelligen Bereich erreicht haben. Wollten davon denn alle die Sanktionen klaglos hinnehmen? Oder haben sich – wahrscheinlicher – die Fälle bloß erledigt, bevor es zu einer höchstrichterlichen Klärung kommen konnte?

Mit der Möglichkeit, dass sich Fälle unterwegs erledigen, ist zunächst abermals das Thema der Verfahrensdauern angesprochen, diesmal freilich in einer anderen Dimension. Geht es wie im Beispiel der Hartz-IV-Sanktionen um die Vereinbarkeit gesetzlicher Regelungen mit höherrangigem Recht, ist es die spezielle Frage nach der zügigen Erreichbarkeit einer höchstrichterlichen Überprüfung die-

28 Zu den Verfahren vgl. die Recherche von *Jonathan Sachse*, Mehr Transparenz für Jobcenter, verfügbar unter <https://correctiv.org/recherchen/arbeit/artikel/2016/10/19/mehr-transparenz-fuer-jobcenter/>; zur Linie des Bundesverwaltungsgerichts die in NJW 2017, 1256 ff. mitgeteilten Entscheidungen.

29 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 5. November 2019 – 1 BvL 7/16.

30 Zur Geschichte der verworfenen Regelungen BVerfG, *ibid.* Rn. 2 f.

31 BVerfGE 125, 175 ff.

32 BVerfG, (Fn. 26), in Rn. 58 ff.; der Fokus liegt dabei freilich nicht auf der Gesamtzahl, sondern den (lückenhaften) empirischen Hinweisen zur Wirksamkeit der Sanktionen. Dennoch lässt sich auch die Gesamtzahl ihrer Größenordnung nach anhand der dort verwendeten Quellen abschätzen; vgl. dazu insbesondere *Joachim Wolff/Andreas Moczall*, Übergänge von ALG-II-Beziehern in die erste Sanktion, IAB Forschungsbericht 11/2012.

ser Normen, die ins Blickfeld rückt. Neben dem langen Weg einer Urteilsverfassungsbeschwerde nach Erschöpfung des Rechtswegs hält das Grundgesetz die potenziell kürzere Alternative einer Richtervorlage bereit, wie sie im Übrigen auch dem erwähnten Verfahren zugrunde lag. Damit lässt sich zwar Beschleunigung erreichen. Doch sind die formellen Anforderungen an diese in der Fachgerichtsbarkeit ohnehin nicht sonderlich beliebten Vorlagen so hoch,³³ dass zivilgesellschaftliche Akteure mittlerweile erwägen, Mustervorlagen für konkrete Anliegen zu entwerfen und im Internet verfügbar zu machen, um die ansonsten allzu geringe Wahrscheinlichkeit einer (zulässigen) Vorlage zu steigern.³⁴

Im Rahmen der allgemeinen Frage nach dem Zugang zum Recht ist die Erreichbarkeit einer höchstrichterlichen Normenüberprüfung³⁵ gewiss bloß ein Randaspekt. Aber wie das Beispiel der jüngsten Hartz-IV-Entscheidung zeigt, kann auch dieses Problem durchaus folgenreich sein. Lange Verfahrensdauern auch innerhalb des Instanzenzugs sind für vulnerable Gruppen oft besonders schwer überbrückbar. Mehr Niederschwelligkeit könnte also auch hier helfen.

III. »Illegale«

Schon hinsichtlich der beiden bislang betrachteten Gruppen scheinen das öffentliche und auch das akademische Interesse an deren Lebensbedingungen und insbesondere an deren Rechtsverwirklichungschancen gering – und dies, obwohl den Fragen von Migration und auch von Mindestsicherung doch generell viel politische Aufmerksamkeit zuteil wird. Das Thema Menschenhandel und Arbeitsausbeutung nimmt dagegen in der öffentlichen Diskussion eine deutlich weniger zentrale Position ein, und so verwundert es nicht, wenn auch das Schicksal seiner Opfer noch weniger beleuchtet ist.

Dabei ist es nicht so, dass die Legislative das Phänomen ignorieren würde. Es gibt sehr ausdifferenzierte Strafnormen gegen dessen verschiedene Erscheinungs-

33 Auch *Christian Hillgruber/Christoph Goos*, Verfassungsprozessrecht, Heidelberg, 5. Auflage 2020, Rn. 573, kritisieren ein »Abblocken« von Richtervorlagen durch das Bundesverfassungsgericht.

34 Bereits im Vorfeld der Vorlagen des SG Gotha, die zur Sanktionsentscheidung des BVerfG (Fn. 26) geführt haben, war von einer Betroffeneninitiative der ausformulierte Entwurf eines Vorlagetextes im Internet verfügbar gemacht worden; vgl. dazu <http://wir-sind-boes.de/richtervorlage-1.html>.

35 Der Richtervorlage in der Funktion ähnlich ist das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, in dem die Unanwendbarkeit nationaler Normen aufgrund möglicher Verstöße gegen das Unionsrecht überprüft werden kann. Während die formalen Anforderungen an eine Vorlage in diesem Fall überschaubar sind, tut sich hier ein anderes, aus Sicht der deutschen Rechtsordnung hausgemachtes Problem auf: Zwar sind qua Unionsrecht letztinstanzliche Gerichte grundsätzlich zur Vorlage verpflichtet und diese Pflicht im deutschen Recht abgesichert, indem der EuGH in solchen Fällen als gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG betrachtet wird. Doch ist die Kontrolldichte möglicher Verletzungen dieses Gebots durch das Bundesverfassungsgericht inzwischen so gering, dass die Entscheidung de facto weitgehend den Fachgerichten überlassen ist; vgl. dazu etwa BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. März 2014 – 1 BvR 2083/11 –, Rn. 25: »Das Bundesverfassungsgericht überprüft ... nur, ob die Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregel des Art. 267 Abs. 3 AEUV bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheinen und offensichtlich unhaltbar sind.« Gerade in besonders unionsrechtsgeprägten Gebieten wie dem Migrationsrecht kann es aufgrund dessen mitunter sehr lange dauern, bis potenzielle Unionsrechtsverstöße durch den dazu berufenen EuGH überprüft werden.

formen.³⁶ Um die Verfolgung zu erleichtern, sehen ferner Strafprozess- und Ausländerrecht Vergünstigungen für die Opfer vor.³⁷ Und flankiert wird das Ganze von einer Vielzahl internationaler Bemühungen.³⁸

Welchen Erfolg dies zeitigt, ist allerdings zweifelhaft. Klar ist, dass Menschenhandel und Arbeitsausbeutung auch in Deutschland nach wie vor stattfinden, und zwar sehr wahrscheinlich in deutlich größerem Umfang, als quantitativ erfasst wird. Allein hinsichtlich der Größe der Dunkelziffer herrscht seit jeher Unsicherheit,³⁹ wobei ganz überwiegend vermutet wird, dass gerade im Bereich der Arbeitsausbeutung die Kluft zwischen registrierten und tatsächlichen Fallzahlen extrem groß sei.⁴⁰

Weiß man demnach über die quantitative Dimension des Problems zu wenig, so lässt sich die Intensität der Betroffenheit doch gut abschätzen. Ohne die Lebensumstände der Opfer von Menschenhandel und Arbeitsausbeutung hier näher ausführen zu können,⁴¹ lässt sich doch festhalten, dass sich die Betroffenen typischerweise nicht nur in einer über das Finanzielle hinausreichenden Abhängigkeits- und oft regelrechten Bedrohungssituation befinden, sondern überdies auch fremd im Land sind und »illegal« im Sinne einer fehlenden Aufenthaltsberechtigung. Seine Rechte zu kennen, wahrzunehmen oder gar durchzusetzen, ist unter diesen Bedingungen kaum denkbar, schon weil man in aller Regel den Kontakt mit Verwaltung und Justiz vermeiden wird.

Wollte man hier effektiven Zugang zum Recht ermöglichen, ist es mit Niederschwelligkeit nicht getan. Abhilfemaßnahmen müssten aufsuchend sein, und idealiter auch darauf gerichtet, die persönliche Zwangslage zu beenden. Die Verwaltungspraxis zumal der Ausländerbehörden freilich scheint davon gegenwärtig noch weit entfernt.⁴²

IV. In Einrichtungen untergebrachte Menschen

Quantitativ besser zu erfassen ist die Situation der nächsten – breiten – Kategorie von Menschen, deren Zugang zum Recht prekär sein kann: Personen, die untergebracht sind in Einrichtungen unterschiedlicher Art: in Alten- und Pflegeheimen etwa, in geschlossenen Psychiatrien oder Justizvollzugsanstalten.

36 Vgl. dazu die §§ 232 ff. Strafgesetzbuch sowie nebenstrafrechtliche Normen in den Gesetzen zu Schwarzarbeit und Arbeitnehmerüberlassung.

37 Vgl. dazu die § 154c Abs. 2 Strafprozessordnung und §§ 25 Abs. 4a und 4b sowie 59 Abs. 7 Aufenthaltsgesetz.

38 Für eine eingehende Analyse vgl. *Christoph Lindner*, Die Effektivität transnationaler Maßnahmen gegen Menschenhandel in Europa, Tübingen 2014.

39 So auch der – im Wesentlichen weiterhin gültige – Befund bei *Lindner*, *ibid.*, S. 26 ff. Für einen globalen Überblick über die – seinerzeit verfügbaren – Daten vgl. *United Nations Office on Drugs and Crime* – UNODC (Hrsg.), *Global Report on Trafficking in Persons*, 2009, abrufbar unter www.unodc.org/documents/human-trafficking/Global_Report_on_TIP.pdf.

40 So auch *UNODC*, *ibid.*, S. 49, dortige Fn. 11.

41 Eine eindrucksvolle Darstellung der typischen Konstellationen anhand realer Fälle findet sich bei *Lindner*, Fn. 35, S. 39 ff.

42 Vgl. dazu *Alexander Graser/Christoph Lindner*, Zur Bedenk- und Stabilisierungsfrist für potentielle Opfer von Menschenhandel und Arbeitsausbeutung gem. § 59 Abs. 7 Aufenthaltsgesetz, (unveröffentlichtes Manuskript, erscheint zweite Hälfte 2020).

Tatsächlich weiß man genau, wer und wie viele sich in dieser Lage befinden. In der stationären Pflege zum Beispiel sind es über 800 000 Personen.⁴³ Deren Situation leidet im Übrigen auch durchaus nicht daran, dass sie nicht hinreichend reglementiert wäre. Im Gegenteil wird gerade in diesem Bereich seit langem über die mit der zunehmenden Standardisierung einhergehenden Dokumentationspflichten geklagt.⁴⁴ Freilich schließt dies nicht aus, dass es nicht dennoch zu Normverstößen, auch gravierenden, kommen kann,⁴⁵ und die Betroffenen sind regelmäßig nicht in der Lage, sich hiergegen zu wehren. Denn in ein Pflegeheim kommt man erst, wenn die physischen und oft auch mentalen Ressourcen bereits schwinden. Man befindet sich dort zudem in großer Abhängigkeit vom Pflegepersonal, weswegen auch die Angehörigen, so sie denn Kenntnis von Normverstößen erlangen, kaum Rechtsschutz suchen.⁴⁶ Auch ließe dazu in aller Regel die verbleibende Lebenserwartung der Pflegebedürftigen kaum noch die Zeit, jedenfalls nicht für andere als Eilverfahren.⁴⁷

Nun ist die Situation einerseits in Pflegeheimen und andererseits in anderen Einrichtungen, in denen Menschen untergebracht sind, nicht in jeder Hinsicht vergleichbar. Gerade die Gebrechlichkeit und Nähe zum Lebensende machen stationär Gepflegte besonders verwundbar. Aber es gibt doch relevante Gemeinsamkeiten: Kennzeichnend für alle genannten Konstellationen ist das Zusammentreffen persönlicher Eingeschränktheit mit einem langfristigen Angewiesensein auf das Wohlwollen des Einrichtungspersonals – beides Faktoren, die eine individuelle Rechtsverfolgung wesentlich erschweren.

Problematisch ist dies freilich nur, wenn es auch tatsächlich zu Rechtsverletzungen kommt. Auch insoweit kann nicht aus dem Beispiel der Pflegeheime auf andere Einrichtungen geschlossen werden. Aber man kann daraus immerhin lernen, dass Wachsamkeit angezeigt ist und man bei der Normimplementation in diesen Kontexten nicht auf Mechanismen vertrauen kann, die eine individuelle Rechtsdurchsetzung erfordern.

43 Angaben des Bundesgesundheitsministeriums bezogen auf 2018: abrufbar unter www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Statistiken/Pflegeversicherung/Zahlen_und_Fakten/Zahlen_und_Fakten_der_SPV_17.Februar_2020_barr.pdf.

44 Für eine kritische Stellungnahme aus der Zeit, als die Debatte besonders intensiv geführt wurde, vgl. einerseits *Medizinischer Dienst der Spitzenverbände der Krankenkassen e. V.* (Hrsg.), Grundsatzstellungnahme Pflegeprozess und Dokumentation, Köln 2005; andererseits *Michael Isfort*, Prozessuale Pflege, in: *Die Schwester – Der Pfleger*, Heft 6/2005, verfügbar unter www.dip.de/fileadmin/data/pdf/projekte/Isfort_SonderdruckSP7-05.pdf, der nachdrücklich für eine »Entjurifizifizierung« (sic) eintrat. Inzwischen sind Schritte unternommen worden, um die Effizienz der Dokumentation zu steigern; vgl. dazu *Karin Wolf-Ostermann et al.*, Evaluation der Effizienzsteigerung der Pflegedokumentation SV16-9002 (EVASIS), Bremen 2017, abrufbar unter www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/pflegeversicherung/forschung/projekte_unterseiten/evasis/2017-09_EvaSIS_Abschlussbericht.pdf.

45 Über das tatsächliche Ausmaß solcher Normverstöße besteht Unklarheit, aber zugleich doch Anlass zur Befürchtung, dass es durchaus erheblich ist. Für eine Substantiierung dieser Befürchtung vgl. *Alexander Graser/Christoph Lindner*, Dokumentation Pflegeverfassungsbeschwerden, S. 17 ff. (29 ff.) in: *Christian Helmrich* (Hrsg.), Die Verfassungsbeschwerden gegen den Pflegenotstand, Baden-Baden 2017.

46 Näher dazu *Alexander Graser*, Verletzte staatliche Schutzpflichten gegenüber Menschen in stationärer Pflege, S. 55 ff. (57), in: *Till Müller-Heidelberg et al.* (Hrsg.), Grundrechte-Report 2018, Frankfurt/M. 2018.

47 Mit Daten dazu *Gero Techtmann*, Mortalität und Verweildauer in der stationären Altenpflege, in: *Theorie und Praxis der Sozialen Arbeit* 2010, S. 346 ff. (348).

V. Weitere notorische Problemkonstellationen

Nicht der Vollständigkeit halber – denn darauf kann die vorliegende Umschau offensichtlich keinen Anspruch erheben –, aber doch erwähnt seien noch einige weitere Konstellationen, die im Zusammenhang mit dem Zugang zum Recht problematisiert werden.

Vergleichsweise viel Beachtung findet dieses Thema – jedenfalls im internationalen Kontext – im Hinblick auf Menschen mit Behinderung.⁴⁸ Dabei geht es teils darum, die Justiz im Bezug auf Gebäude und Verfahren barriereärmer zu machen, teils aber auch um Maßnahmen, welche die möglichen Vulnerabilitäten von Menschen aus dieser Gruppe im Hinblick auf ihre Fähigkeit zur Rechtsdurchsetzung ausgleichen. Quasi im Windschatten dieser Bemühungen und mit ähnlichem Fokus entwickelt sich gegenwärtig überdies auch ein internationaler Diskurs, der den Zugang zum Recht speziell für ältere Menschen in den Blick nimmt.⁴⁹

Eine andere, mit zunehmender Digitalisierung immer häufiger diskutierte Konstellation sind Fälle, in denen eine Rechtsverletzung den Betroffenen gar nicht zur Kenntnis gelangt. Paradigmatisch hierfür sind Maßnahmen verdeckter staatlicher Überwachung,⁵⁰ zu deren Überprüfung freilich, jedenfalls der Konstruktion nach, andere Kontrollverfahren die faktische Unerreichbarkeit individuellen Rechtsschutzes kompensieren sollen.⁵¹ Handelt es sich dagegen um Überwachung durch private Akteure – etwa am Arbeitsplatz –,⁵² sind Schutz verheißende Strukturen noch deutlich weniger entwickelt.

Das Arbeitsleben ist ferner ein Kontext, in dem oft eine weitere Bedingung gegeben sein wird, welche den Zugang zum Recht wesentlich erschweren kann. Gemeint ist die Abhängigkeitsbeziehung zu potenziellen Rechtsverletzern, hier Arbeitgeber*innen, welche – auch wenn sie nicht das oben beschriebene Ausmaß für in Institutionen untergebrachte Personen erreichen wird – doch der Rechtsdurchsetzung im Wege stehen kann.⁵³ Ähnlich, wenngleich wohl weniger ver-

48 Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass die UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) die Vertragsstaaten in Artikel 13 darauf verpflichtet, Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen einen wirksamen Zugang zur Justiz zu gewährleisten. Näher dazu sowie speziell zu bereits erreichten wie auch den noch ausstehenden Umsetzungsschritten in Deutschland vgl. den Bericht der am Deutschen Institut für Menschenrechte angesiedelten Monitoring-Stelle zur UN-BRK; Informationen dazu abrufbar unter www.institut-fuer-menschenrechte.de/monitoring-stelle-un-brk/staatenpruefung-2018-2021/positionen-der-monitoring-stelle/zugang-zum-recht/.

49 Einen Einblick vermittelt eine im Internet verfügbare Diskussionsvorlage vom Januar 2020 (ohne benannte Autoren) Access to Justice: A discussion paper for the 11th session of the United Nations General Assembly Open-ended Working Group of Ageing, verfügbar im Internet unter <https://social.un.org/ageing-working-group/documents/eleventh/Discussion%20paper%20on%20access%20to%20justice%20January%202020.pdf>.

50 Näher zu dieser Konstellation verdeckter staatlicher Überwachung *Rudolf*, (Fn. 4), S. 6; 21 f.

51 Vgl. dazu insbesondere die Regelungen der Art. 10 Abs. 2 und 13 Abs. 6 GG einschließlich ihrer gesetzlichen Konkretisierungen.

52 Speziell zu dieser Form von Verletzungen durch Private vgl. das Interview mit *Sönke Hilbrans*, geführt von *Ingrid Scheffer* am 12.02.2015, verfügbar unter www.institut-fuer-menschenrechte.de/service/mediathek/?tx_medialibrary_medialibrarylist%5Bmedia%5D=309&tx_medialibrary_medialibrarylist%5Baction%5D=show&tx_medialibrary_medialibrarylist%5Bcontroller%5D=Media&cHash=cebe204370a4bbf2b4a468e91e6a693c.

53 Eingehend dazu etwa *Eva Kocher*, Effektive Mobilisierung von Beschäftigtenrechten, Düsseldorf, Böckler Forschungsmonitoring 8/2009, S. 12 ff.

breitet, dürfte dies auch in anderen privatrechtlichen Dauerbeziehungen sein, für Mieter*innen zum Beispiel.

Last not least können sich solche persönlichen (Abhängigkeits-)Beziehungen gerade auch im Strafrecht auswirken. Gewalt in der Ehe ist ein Beispiel, innerfamiliärer Kindesmissbrauch ein weiteres. Generell wird sexuelle Gewalt offenbar in der weit überwiegenden Zahl der Fälle nicht zur Anzeige gebracht.⁵⁴ Auch diese Liste ließe sich fortsetzen.

C. Was es zu beleuchten gälte

Die vorangegangene Umschau sollte zunächst und vor allem einen Forschungsbedarf begründen. Dafür hat sie illustriert, dass der Zugang zum Recht auch in Deutschland keine Selbstverständlichkeit ist – wie er es vermutlich ohnehin nirgends je sein könnte. Als gelöst jedenfalls sollte man das Problem auch hierzulande nicht betrachten.

Ob und wie sich etwas daran verbessern ließe, wäre erst noch zu eruieren. Unter den oben beschriebenen Konstellationen sind gewiss auch solche, in denen Abhilfe nicht oder doch jedenfalls nur mit großem Aufwand zu erreichen wäre. In anderen dagegen scheint sie möglich.

Aber bevor man diese Frage weiter verfolgt, müsste man die tatsächliche Situation genauer kennen lernen. Auch dabei können die zuvor exemplarisch skizzierten Problemkonstellationen helfen. Insbesondere lässt sich daran ablesen, wie vielfältig die Hürden sind, die den Zugang zum Recht verstellen. Dabei geht es um Juristisches, Nicht-Juristisches und um vieles, was dazwischen liegt (dazu I.). Vor allem wohl gilt es, das Wechselspiel dieser Bereiche zu erkennen (II.) und dazu passende Wege zu ermitteln (III.), um das Feld zu erschließen.

I. Problemsphären

Zugang zum Recht hat zunächst – natürlich – mit den Gerichten zu tun, mit der Institution und ihren Verfahrensregeln, mit Fristen, Schriftlichkeits- und Vertretungserfordernissen, mit Kostenregeln, Rechtsmittelvoraussetzungen und vielem mehr. Auch das materielle Recht spielt eine wesentliche Rolle, nicht ganz so offensichtlich vielleicht, aber auch nicht weniger unmittelbar. Denn um individuell durchsetzbar zu sein, müssen Rechtspositionen nicht nur überhaupt subjektiviert, sondern auch so ausgestaltet sein, dass ihre Voraussetzungen klar und erfüllbar sind. Und hinter all diesen rechtlich positivierten Faktoren stehen weitere, gebündelt im Begriff der Gerichtspraxis, nicht minder bedeutsam, aber nicht unbedingt verschriftlicht, deswegen schwerer zugänglich und mitunter auch kaum messbar. Die Verfahrensdauer beispielsweise gehört zu den vergleichsweise leicht zu ermittelnden Faktoren, die jeweilige Kultur von Verhandlungsführung und Beweiswürdigung dagegen dürfte nicht minder relevant, aber schwerer zu fassen sein.

⁵⁴ Auch dazu vgl. *Rudolf*, (Fn. 4), S. 16 (m. w.N).

Aber selbst wenn man all dies kennte, wie es vielleicht erfahrene Praktiker*innen aus der Justiz jedenfalls in ihrem jeweiligen Zweig für sich beanspruchen können, so würde man doch allenfalls einen Teil dessen überblicken, was über den Zugang zum Recht entscheidet. Denn zu den Faktoren, welche die Durchsetzung individueller Rechtspositionen erschweren, verzögern oder auch gänzlich verhindern können, zählen auch die persönlichen Kapazitäten der Berechtigten – im Hinblick auf Geld, Zeit, Information, intellektuelle und emotionale Ressourcen. Ebenso können Hindernisse aus den sozialen Beziehungen der Berechtigten erwachsen – im Hinblick insbesondere auf Abhängigkeiten etwa von Angehörigen, Lebenspartnern, Pflegenden oder Arbeitgebern.

Zwischen beiden Sphären – dort den Gerichten, hier den persönlichen Umständen der Berechtigten – gibt es potentiell vermittelnde Instanzen: klassisch zunächst die Anwaltschaft, deren Kapazitäten und Verfügbarkeit je nach Klientel durchaus defizitär sein können; daneben je nach Sektor auch zivilgesellschaftliche Akteure, die diese Defizite womöglich immerhin zum Teil ausgleichen können. Auch Behörden wären in dieser Perspektive oft Teil der »Zwischenwelt«, weil sie über Berechtigungen aufklären und bei deren Wahrnehmung unterstützen sollen. Freilich sind sie aus Sicht der Berechtigten auch Adressat geltend zu machender Ansprüche.⁵⁵ Aber wie man die Rolle der Verwaltung auch begreift, die individuelle Rechtsverwirklichung erschwert es, wenn sie ihre Mittleraufgabe nicht adäquat erfüllt.

II. Wirkungsintensitäten und -interdependenzen

Es ist erkennbar, dass die genannten Faktoren sich in ihrer Wirkung unterscheiden. So handelt sich erstens nur bei manchen von ihnen um »Hürden« im eigentlichen Sinne. Oft sind es – um im Bild zu bleiben – eher »Brücken«, derer es bedürfte, um bestehende Hürden zu überwinden, und die dieser Aufgabe mehr oder eben weniger gerecht werden. Selten ist zweitens ein einziger Faktor von solchem Gewicht, dass er allein darüber entscheidet, ob die Rechtsverwirklichung gelingt. Selbst bei stationär Gepflegten oder Opfern von Menschenhandel sind Arrangements denkbar, die sogar noch die hohen Hürden, die hier bestehen, überbrücken könnten. Meistens wird es sich ferner ohnehin so verhalten, dass die verschiedenen Faktoren, je für sich genommen, die Rechtsverwirklichung nicht verhindern, sondern nur erschweren, und deswegen im konkreten Fall nicht unmöglich, sondern nur unwahrscheinlicher machen. Wer zum Beispiel über genügend Zeit und die entsprechende Vorbildung verfügt, dem gelingt Rechtsverfolgung womöglich auch in einem fremden Land und ohne Sprachkenntnisse. Und auch die Unerreichbarkeit anwaltlichen Rats dürfte eine geringere Rolle spielen, wenn das Prozessrecht besonders niederschwellig gestaltet ist. Es wird in der Regel also darauf ankommen, die Faktoren in ihrem Zusammenwirken zu beobachten.

⁵⁵ Besonders im Ausländerrecht kommt hinzu, dass sich eine unterstützende Rolle der Behörden oft nur schwer mit der traditionell polizeirechtlichen Konzeption dieses Rechtsgebiets verträgt.

III. Wege der Annäherung

Schon diese rudimentäre Skizze gibt einigen Aufschluss darüber, wie man vorgehen sollte, um das Feld weiter auszuleuchten. Konkret wird deutlich, welche Arten der Expertise dafür zusammenzuführen wären (dazu 1.). Zugleich zeichnen sich mögliche Ansätze einer Operationalisierung ab (2.), aber auch bereits einige dabei zu überwindende Schwierigkeiten (3.).

1. Erforderliche Expertise

Soeben wurde bei den relevanten Faktoren zwischen »Hürden« und »Brücken« unterschieden. Das Begriffspaar mag nicht immer trennscharf anzuwenden sein, unterstreicht aber jedenfalls, dass effektiver Zugang zum Recht oft gerade auch positiver Unterstützungsmaßnahmen bedarf, eines Ausgleichs bestehender Nachteile also. Damit ist die sozialstaatliche Dimension des Themas hervorgehoben. Wer sich dem Thema hingegen allein vom Rechtsstaatsprinzip ausgehend nähert, könnte geneigt sein, mit den formalen Gleichheitskonzeptionen des im implementieren Verfahrensrechts zu operieren. Dabei sind es doch oft gerade die faktischen Benachteiligungen der Betroffenen, derentwegen ihr Zugang zum Recht trotz formaler Gleichbehandlung in der Praxis erschwert ist. Der im Englischen in diesem Kontext gebräuchliche Begriff des »legal need«⁵⁶ hebt diese sozial(oder pointierter: armuts-)politische Dimension des Themas treffend hervor. Mit »rechtlicher Bedürftigkeit« ist dies nur unvollkommen übersetzt.

Kurz und wie bereits eingangs betont: Das Thema liegt im Schnittbereich von Rechts- und Sozialstaatlichkeit und erfordert eine Behandlung aus verfahrensebenso wie aus sozialrechtlicher Perspektive. Diese intradisziplinäre Kombination ist ohne Weiteres möglich. Üblich ist sie indes nicht.

Ähnlich verhält es sich mit der Vereinigung zweier weiterer Perspektiven, die das Thema erfordert. Selbst eine profunde Kenntnis des »law in the books« griffe zu kurz, weil viele der faktischen Hürden beim Zugang zum Recht erst bei einer Betrachtung des »law in action« sichtbar werden. Das heißt konkret, dass eine Auseinandersetzung mit dem Thema etwa die Erfahrungen aus Justiz und Anwaltschaft einzubeziehen hätte, darüber hinausgehend idealiter wohl auch systematische Erhebungen dieser Praxis durch neutrale Beobachter*innen, also nicht selbst teilnehmende Akteure. Auch das ist machbar, aber nicht üblich. Die rechtswissenschaftliche Forschung hierzulande arbeitet überwiegend doch mit einem geringeren Grad an Praxissättigung.

Ferner sind es nicht allein solche – in einem engen Sinne – »Rechts«-Tatsachen, die zu erheben wären. Vielmehr liegen viele der relevanten Faktoren dem Recht so weit voraus, dass man ohne genuin soziologische (also konkret: nicht rechts-, sondern armutssoziologische) Expertise nicht auskommt. Wieder zeichnen sich hier keine unüberwindlichen Hindernisse ab. Die Erscheinungsformen und Auswirkungen von Marginalisierung, Vulnerabilität und deren eventuellen Häufungen zu erforschen, wäre für diese Disziplin ja nichts Neues. Nur bedürfte

⁵⁶ Zur Definition, ihren Unschärfen und Anwendungskontexten vgl. *OECD & Open Society Foundations* (Fn. 6), S. 24 ff. (m. w. N).

es in diesem Fall eines ungewöhnlich engen Austausches mit den Rechtswissenschaften, um diesen stark normengeprägten Ausschnitt der Lebenswelt adäquat zu erfassen.

2. Operationalisierung

Eingangs war schon vorausgeschickt worden, dass der Zugang zum Recht in Deutschland vor allem im Hinblick auf seine empirische Dimension weiterer Erforschung bedarf. Deutlich geworden ist darüber hinaus, dass es sich hierbei um ein interdisziplinäres Unterfangen handelt, bei dem unterschiedliche Teildisziplinen aus Rechtswissenschaft und Soziologie gefragt sind.

Unvermeidlich erscheint außerdem, dass eine Annäherung an das Thema sektorspezifisch erfolgt. Denn nicht nur die individuellen Lebenslagen, auch die maßgeblichen Faktoren in Verwaltung, Justiz und Zivilgesellschaft können erhebliche Unterschiede aufweisen. Asylbewerber und stationär Gepflegte mögen zwar beide »rechtlich bedürftig« sein, aber sie sind es in unterschiedlicher Weise, bräuchten Zugang zu unterschiedlichen Gerichtszweigen und finden dabei auch unterschiedliche Unterstützungsmöglichkeiten vor.

Angesichts des insgesamt geringen empirischen Wissensstandes liegt es zudem nahe, zunächst explorative Forschungsansätze zu wählen. So bietet sich als erster Schritt ein qualitatives Design an, bei dem für einige – möglichst verschiedene, das volle Spektrum abdeckende – Sektoren die Erfahrungen aller relevanten Akteure systematisch erhoben werden, neben jenen der Betroffenen selbst also auch die aus Verwaltung und Justiz, Anwalt- und Zivilgesellschaft. Ergänzt um eine Sammlung des immerhin punktuell bereits verfügbaren Datenmaterials, etwa zu Fallzahlen, Verfahrensdauern etc., sollte sich so ein hinreichend plastisches Bild ergeben, um als Ausgangspunkt auch für gezielte quantitative Studien zu dienen.

Spätestens an diesem Punkt sollte dann auch auf die internationale Anschlussfähigkeit der zu erhebenden Daten geachtet werden. Die eingangs zitierte Publikation von OECD und Open Society Justice Initiative⁵⁷ kann dabei zur Orientierung dienen. Denn genau darauf zielt sie, und mit der Identifikation geeigneter Indikatoren leistet sie auch die entsprechende Vorarbeit.

Sinnvoll ist eine internationale Perspektive dabei nicht nur, um ein entsprechendes benchmarking zu erlauben. Denn selbst falls Deutschland dabei relativ gut abschneiden sollte, ist es doch keineswegs so, dass man nicht dennoch von anderen Rechtsordnungen auch noch einiges lernen könnte. Gerade im Hinblick auf aufsuchende Formen der Unterstützung bei der Rechtsverwirklichung ist durchaus vorstellbar, dass es im Ausland »better practices« gibt.⁵⁸

57 Vgl. Fn. 6.

58 So galt bislang beispielsweise die früh einsetzende, aufsuchend ausgestaltete Unterstützung von Asylbewerbern durch staatlich finanzierte Anwalt*innen in den Niederlanden aus einer »Access to Justice«-Perspektive als vorbildlich – was ihren Bestand aber offenbar nicht sichert; vgl. dazu www.asylumineurope.org/news/18-11-2019/netherlands-end-legal-aid-first-instance.

3. Absehbare Herausforderungen

Gewiss ist die Aufgabe nicht so simpel, wie es in dieser kursorischen Beschreibung klingen mag. Nicht nur wären die angedeuteten Schritte aufwändig. Auch in konzeptioneller Hinsicht gibt es Herausforderungen.

So begegnet man bei der quantitativen Erfassung erstens auch der Frage, wie man Defizite beim Zugang zum Recht eigentlich messen soll, wenn es sich doch in der Regel gerade um nicht realisierte Ansprüche handelt. Kann man das Bestehen eines Rechts denn mit Sicherheit konstatieren, ohne dass ein Gericht tatsächlich hierüber entschieden hat? Ohne verbindliche Klärung der tatsächlichen Umstände im Einzelfall und der gegebenenfalls auch zu entscheidenden Auslegungsfragen wird man insoweit unweigerlich mit Annäherungen arbeiten müssen.

Als nicht minder problematisch erweist sich zweitens die Frage, was genau man messen will. Schließlich würden selbst unter idealen Bedingungen längst nicht alle Rechte, die bestehen, auch durchgesetzt. Wenn die Rechtsverfolgung aus freien Stücken unterbleibt (etwa in persönlichen Beziehungen aus Rücksichtnahme auf den Schuldner, oder auch nur um des Friedens willen, wie es beispielsweise bei Nachbarschaftsstreitigkeiten naheliegt), so kann dies durchaus wünschenswert sein. Und selbst wenn es schlicht die Transaktionskosten sind, die im Wege stehen – die Kosten der Rechtsverfolgung ebenso wie der persönliche Aufwand für die Berechtigten –, mag dies mitunter akzeptabel sein, jedenfalls wenn die Berechtigten nicht bedürftig sind. In einer gesamtgesellschaftlichen Perspektive können gewisse Bagatellschwellen auch bei der Rechtsdurchsetzung sinnvoll sein.

Es bedarf also einer Unterscheidung zwischen solchen Konstellationen und anderen, in denen unterbleibende Rechtsdurchsetzung als Symptom mangelnden Zugangs zum Recht gedeutet werden sollte. Meistens dürfte diese Abgrenzung unproblematisch sein. Aber es ist auch absehbar, dass die Linie nicht für alle Fälle trennscharf ist. Wie stünde es beispielsweise mit einem Arbeitnehmer, der ausstehende Teile seines niedrigen Lohnes nicht einklagt, weil das Unternehmen auf die scharfe internationale Konkurrenz verweist und mit einer Verlagerung der Arbeitsplätze in ein Billiglohnland droht: Verzicht aus freien Stücken oder mangelnder Zugang zum Recht wegen strukturellen Abhängigkeitsverhältnisses?

Drittens ferner dürften unter den geschilderten Problemkonstellationen auch solche sein, in denen eine Rechtsverfolgung durch die Betroffenen auch mit weitreichenden Unterstützungsmaßnahmen kaum erreichbar ist, sodass andere, im Zweifel hoheitliche Formen der Normdurchsetzung zu erwägen wären. Dem lässt sich zwar entgegen, dass dies eine Frage nicht der Diagnose, sondern erst der Therapie sei und deswegen zur Erforschung der Situation zunächst irrelevant. Aber es zeigt sich doch, dass die Frage nach dem Zugang zum Recht aufgehen kann im breiteren Feld der Implementationsforschung und die Perspektive jedenfalls im Hinblick auf eventuelle regulative Konsequenzen entsprechend erweitert werden muss.

D. Und also – mehr Licht?

Anlass zu vermuten, dass der Zugang zum Recht auch in Deutschland mitunter problematisch ist, gibt es zur Genüge. Das haben wir gesehen, und auch, wie man es anfangen könnte, wenn man das Feld besser ausleuchten wollte. Dass dies kein einfaches Unterfangen wäre, hat sich dabei ebenfalls gezeigt. Man müsste Expertisen zusammenführen, die zwar vorhanden, aber jedenfalls in der deutschen Wissenschaftslandschaft selten miteinander verbunden sind.

Vielleicht ist das im Übrigen eine Erklärung, warum dieses Thema so lange im Dunkeln liegen konnte: Angesiedelt an der wenig gepflegten Schnittstelle zwischen Prozess- und Sozialrecht, zu rechtstatsächlich überdies, um von der eher empiriefernen deutschen Jurisprudenz wahrgenommen zu werden, zugleich aber auch juristisch zu komplex, als dass die Armutsoziologie es im Alleingang aufbereiten könnte – das klingt schon nach einem besonders toten Winkel. Und es ist auch wenig wahrscheinlich, dass die Betroffenen selbst auf sich aufmerksam machen und das Thema ins Blickfeld rücken könnten. Wo die rechtliche Interessenartikulation schwer fällt, dürfte für die politische oft dasselbe gelten.

Einen Grund, das Thema auch weiterhin unbeleuchtet zu lassen, kann diese Erklärung allerdings nicht abgeben. Weder Rechts- noch Sozialstaat werden ihrem Anspruch gerecht, wenn der Zugang zum Recht hinter dem zurückbleibt, was – mit vertretbarem Aufwand – erreichbar wäre. Etwaige Handlungsbedarfe immerhin zu ermitteln, ist das Mindeste, was diese fundamentalen Strukturprinzipien unserer Verfassung verlangen.

Ein Gebot der politischen Klugheit wäre es überdies. Um die eigenen Rechte zu wissen und diese auch durchsetzen zu können, dürfte bei den Betroffenen wesentlich zur Systemakzeptanz beitragen.⁵⁹ Und die ist ein knappes Gut.⁶⁰

59 Diese Perspektive auf den Zugang zum Recht entwickelt etwa *Chloé Lelièvre*, Trust and Access to Justice, S. 141 ff. in OECD, Trust and Public Policy: How Better Governance Can Help Rebuild Public Trust, Paris 2017, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264268920-en>.

60 Zu deren Messbarkeit und Operationalisierungsmöglichkeiten gäbe es viel Differenzierendes zu sagen; zu den konzeptionellen Grundlagen vgl. etwa *M. Rainer Lepsius*, Vertrauen zu Institutionen, S. 283 ff., in: *Stefan Hradil* (Hrsg.), Differenz und Integration: Die Zukunft moderner Gesellschaften; Frankfurt/M. 1997. Den freilich sehr allgemein gehaltenen Umfragen zufolge, die regelmäßig in den allgemeinen Medien über das Vertrauen in die politischen Institutionen publiziert werden, hatte dieses Vertrauen in Deutschland zuletzt abgenommen, bevor die Coronakrise insofern nun eine unverhoffte Trendwende gebracht hat; vgl. dazu die Ergebnisse der periodisch von FORSA durchgeführten Umfrage in: RTL/ntv Trendbarometer: Vertrauen in die Politik während Corona-Krise deutlich angestiegen; www.rtl.de/cms/rtl-ntv-trendbarometer-72-der-deutschen-haben-vertrauen-zu-bundeskanzlerin-angela-merkel-4543318.html. Eine konstante Knappheit im Sinne von »unterhalb des optimalen Niveaus liegend« lässt sich allerdings völlig ungeachtet solcher Schwankungen konstatieren.

The European Health Technology Assessment (»EU-HTA«): Help or Hindrance for the National Healthcare System?

Table of Content

- A. What is Health Technology Assessment and Why do we Need it?
- B. Brief History of HTA
- C. The Proposal for a European HTA Regulation (»EU-HTA«)
 - I. (Political) Background
 - II. The Need for EU-HTA from the Point of View of the Commission
 - 1. Impeded and Distorted Market Access
 - 2. Duplication of Work for National HTA Bodies
 - 3. Unsustainability of Previous Practice in HTA Cooperation
 - III. Subject of the Regulation
 - 1. Scope of Application – Affected Medical Devices
 - 2. Objectives
 - 3. Crux of the Matter: Binding Joint Clinical Assessment
 - 4. Early Dialogues
 - 5. »Horizon Scanning«
 - 6. Voluntary Cooperation
 - IV. Evaluation of the Objectives and Instruments
- D. Challenges, Opportunities and Conclusion
- E. List of abbreviations

Throughout the twentieth century, health systems have developed at different speeds and with differing degrees of complexity reflecting the diverse political and social conditions in each country.¹ However, notwithstanding their diversity, all systems share a common reason for their existence, namely the improvement of health for their entire population. To attain this goal, a health system offers a series of functions such as the financing and delivering of health services. Against this background, the question arises as to how individual states can learn from each other, establishing best practices for the health care system and thus securing health services and products for the entire population in a safe and affordable way.

* The author would like to thank Irene Domenici and Christina McAllister, Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, for their helpful comments.

1 Velasco-Garrido/Busse, Health Technology Assessment. An Introduction to Objectives, Role of Evidence, and Structure in Europe, in: European Observatory on Health Systems and Policies, 2005, 1; Banta/Oortwijn (eds). Special section: Health technology assessment in the European Union, International Journal of Technology Assessment in Health Care (Int J Technol Assess Health Care) 2000, 16:299–435; 2000, 626, doi: 10.1017/S0266462300101011; Beletsi et al., Comparing Use of Health Technology Assessment in Pharmaceutical Policy among Earlier and More Recent Adopters in the European Union, Value in Health Regional Issues, 2018, 81–91, doi: 10.1016/j.vhri.2018.08.002.

A potential platform could be the European Union (EU).² However, the EU competences in health sector are limited to public health policies³ and the application of the principle of free movement in the EU's internal market.⁴ According to Article 168 (7) Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)⁵ the EU does not define health policies, nor the organisation and provision of health services and medical care. Instead, its action serves to complement national policies and to support cooperation between member countries in the field of public health. This gives the EU a limited legislative competence to adopt EU-level harmonization.

A recent hotspot among European health policy activities is Brussels's proposal to introduce a joint evaluation of new health technologies on a European Union level in order to secure access to innovative and quality healthcare.⁶ After a push-back from several Member States the European Parliament adopted the draft at first reading with many amendments so that the Commission must present a new proposal.

Whether this so-called EU-HTA legislation entails more advantages than disadvantages for a national health system is one of the subjects of this article.⁷ In addition, the planned European Regulation is analysed and evaluated from the perspective of the German social law. The focus lies on the German healthcare system for several reasons. It possesses a distinct industry for drugs, medical devices and In-Vitro Diagnostic (IVD)⁸ and is therefore very technology-driven.⁹ In addition, German health insurance law (codified in the social code book V, SGB V)¹⁰ consists of complex regulations as to procedures, responsibilities and binding effect in the evaluation of new technologies, which makes analysis both complicated and interesting.

For this purpose, the article proceeds in four steps. First, the terminology and evolution of HTA is briefly explained (section I and II). Secondly, the proposal for an EU Regulation on health technology assessment, its background, inten-

2 Vollaard/Martinsen, *The Rise of a European Healthcare Union*, *Comparative European Politics*, 2016, 337 et seq.

3 Article 168 (4) TFEU.

4 Article 114 TFEU. In addition, the EU expanded its role in healthcare policies along a third track, as part of the austerity packages and the stricter EU surveillance of national budgets since the debt crises in Greece. Vollaard/Martinsen, cit., *Comparative European Politics*, 2016, 339; Greer, *The three faces of European Union health policy: Policy, markets, and austerity*, *Policy and Society*, 2014, 13–24.

5 OJ EU No. C 326/47.

6 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on health technology assessment and amending Directive 2011/24/EU, COM/2018/051 final – 2018/018 (COD).

7 See also Grinblat, *Die geplante Verordnung über die Bewertung von Gesundheitstechnologien*, in: *Gesundheits- und Sozialpolitik (GuS)*, 2019, 39–44.

8 Art. 2 Regulation (EU) 2017/746 (IVDR) defines 'in vitro diagnostic medical device' as medical device which is a reagent, reagent product, calibrator, control material, kit, instrument, apparatus, piece of equipment, software or system, whether used alone or in combination, intended by the manufacturer to be used in vitro for the examination of specimens, including blood and tissue donations, derived from the human body, solely or principally for the purpose of providing various information, e.g. physiological or pathological process or state, predisposition to a medical condition or a disease.

9 Hornschild/Raab/Weiss, *Die Medizintechnik am Standort Deutschland*, 2006, 13 et seq.; *Germany Trade and Invest*, www.gtai.de/gtai-en/invest/industries/life-sciences/germany-s-healthcare-market-65626, accessed 11/05/2020.

10 BGBl. I p. 2477, 2482.

tions, instruments and provisions are presented (II). Thirdly, the advantages and disadvantages, including the possible impact on national healthcare systems will be analysed, with a particular focus on Germany (III). The final part concludes by pointing at future developments and challenges (IV).

A. What is Health Technology Assessment and Why do we Need it?

According to the HTA Glossary,¹¹ health technology assessment can be described as »a multidisciplinary process that uses explicit methods to determine the value of a health technology at different points in its lifecycle. The purpose is to inform decision-making in order to promote an equitable, efficient, and high-quality health system«. ¹² The dimensions of value for a certain health technology may be assessed by examining the intended and unintended consequences of using it compared to the existing alternatives. These dimensions often include clinical effectiveness, safety, costs and economic implications. In addition¹³, HTA can encompass ethical, social, cultural and legal issues,¹⁴ organisational and environmental aspects, as well as wider implications for the patients, relatives, caregivers, and the population as a whole. The overall value may vary depending on the perspective taken, the stakeholders involved, and the decision context.¹⁵ HTA is not merely a theoretical or technical concept, but includes multidimensional aspects e. g. sustainable financing of European health systems, which makes it of practical relevance for decision making bodies.¹⁶

HTA addresses, in particular, health care gaps (»Does the technology at hand fulfil a need?«), safety matters (»Is it safe?«), specification (»Can we fully describe it?«), reliability issues (»Does it work?«), validity of a technology (»Does it do what it is supposed to do?«), efficacy (»Does it improve an outcome under ideal conditions?«), effectiveness (»Does it improve an outcome under routine

-
- 11 An official collaboration website site between the International Network of Agencies for Health Technology Assessment (INAHTA), Health Technology Assessment international (HTAi) and other partner organisations, <http://htaglossary.net/Homepage>, accessed 11/05/2020. For the different definitions see *Scaletti*, *Evaluating Investments in Health Care Systems*, 2014, 39 et seq., doi: 10.1007/978-3-319-02544-5_3.
 - 12 *O'Rourke/Oortwijn/Schuller*, The new definition of health technology assessment: A milestone in international collaboration, *International Journal of Technology Assessment in Health Care* 2020, 1 et seq. doi: 10.1017/S0266462320000215.
 - 13 Approximately only 30 % of the assessments considered context-dependent aspects like organisational, social, and ethical issues. *Garrido/Gerhardus/Röttingen/Busse*, *Developing Health Technology Assessment to address health care system needs*, *Health Policy*, 2010, 198, doi:10.1016/j.healthpol. 2009.10.002.
 - 14 E. g. *Hart*, *Health Technology Assessment (HTA) und gesundheitsrechtliche Regulierung*, *MedR* 2001, 1, *Widrig*, *Health Technology Assessment*, 2015, doi:10.1007/978-3-662-46432-8. A statistical analysis of different topics/subjects in HTAs was conducted by e. g. *Merlin/Tamblyn/Ellery*, *What's in a Name? Developing definitions for common health technology assessment product types of the International Network of agencies for Health Technology Assessment (INAHTA)*, *International Journal of Technology Assessment in Health Care* 2014, 430–437, doi:10.1017/S0266462314000543.
 - 15 *Busse et al.*, *Best Practice in Undertaking and Reporting Health Technology Assessments*, *International Journal of Technology Assessment in Health Care*, 2002, 364 et seq.
 - 16 *Wild/Gartlehner*, *Health Technology Assessment – evaluating health care interventions*, *Wien Med Wochenschr*, 2008, 524, doi: 10.1007/s10354-008-0547-6; *Garrido/Kristensen/Nielsen/Busse* (eds.), *Health Technology Assessment and Health Policy-Making in Europe. Current Status, Challenges and Potential*, 2008, 1. *Drummond*, *Health Technology Assessment and its Interface with Regulation, Policy and Management*, in: *del Llano-Señaris/Campillo-Artero*, *Health Technology Assessment: A Multifaceted View of their Unstable Crossroads*, 2015.

conditions?«), acceptability (»Is it appropriate within the chosen setting?«), generalisability (»Is it widely adoptable?«) and cost-effectiveness (»Does it provide value for money?«) as well as implementation aspects (»Is it better than existing technologies?«).¹⁷ Although HTA procedures aim at addressing all those questions, they cannot always respond to all of them.¹⁸

In order to fully define HTA, we must clarify what health technology involves. In the past, the main subject of HTA were drugs or devices designed to improve the diagnosis and treatment of diseases.¹⁹ Now, HTA encompasses all measures that seek to contribute to the prevention, diagnosis, treatment, and rehabilitation of health problems including invasive procedures, physical treatments, and pathways of care, e. g. in the form of stroke units or eHealth applications.²⁰

B. Brief History of HTA

The first HTA was performed in 1975 in the USA, when Congress established the Office of Technology Assessment (OTA)²¹. The topic of HTA was first addressed in the 1976 OTA Report »Development of Medical Technology – Opportunities for Assessment«, with a focus on the *social impact* of medical technologies.²² An important idea of this earliest HTA report is that the technical and social issues of new medical technologies are inextricably linked. Although different methods are used to assess the technical and social impacts of new technologies, the problems involved in both sphere (and their solutions) cannot, in reality, be separated. It is noteworthy that the first HTAs established a close connection and interdependence between novel technology and social rights. This view is still valid today.

Following the spread of HTA in the USA, innovative health technology assessments were introduced about a decade later in Europe.²³ In a first phase, the governmental response consisted in introducing policies to control the spread of technologies with the logic of cost containment.²⁴ This phase did not produce significant results in terms of technology management, but led to the introduction of economic assessment methods and, in particular, to the concept of cost-effec-

17 Pickard/Drinnan/Vale, Health Technology Assessment in: *Payne et al.* (eds.), *Imaging and Technology in Urology*, 2012, 362.

18 See the example of Interferon-Beta-Treatment for multiple sclerosis patients in Denmark, *Sigmund/Kristensen*, *Bundesgesundheitsblatt* 2001, 887.

19 HTA of Computertomography (CT) *Banta/Beckney et al.*, *Bulletin of the New York Academy of Medicine* 1978, 113 et seq.; *Jonsson/Markel/Olsson*, *A Working View of Technology Assessment: The Case of Digital Subtraction Angiography* in: *Rutten/Reiser* (eds.), *The Economy of Medical Technology*, 1988, 81 et seq.

20 *Busse/Schreyögg/Stargardt*, *Management im Gesundheitswesen*, 2017, 16.

21 Public Law 92-484, www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-86/pdf/STATUTE-86-Pg797.pdf, accessed on 11/05/2020. However, OTA was closed in 1995. *Banta*, *What is technology assessment?*, *International Journal of Technology Assessment in Health Care*, 2009, 7 et seq., doi:10.1017/S0266462309090333; *Banta/Jonsson*, *History of HTA: Introduction*, *International Journal of Technology Assessment in Health Care*, 2009, 1 et seq., doi:10.1017/S0266462309090321.

22 See page 28 of the report. OTA Archive provided by the Federation of American Scientists, <https://ota.fas.org/otareports/>, accessed on 11/05/2020; *Perleth et al.*, *Health Technology Assessment*, 2014, 23.

23 *Scaletti*, *Evaluating Investments in Health Care Systems*, 2014, 42.

24 *ibid.*

tiveness against the background of finite financial resources in health care. In the 1980s and 1990s, a number of HTA agencies and programmes arose in countries and regions such as Catalonia (1984), Sweden (1987), the Netherlands (1988), France (1990) and Great Britain (1991). In the 1990s, additional agencies or, respectively, formal programmes were established in Scotland, Denmark, Finland, Germany, Norway, Switzerland, Austria and Hungary, followed by Ireland, Belgium, Latvia, Poland and Italy.²⁵ The organisation varies to some extent²⁶, but there are more similarities than differences among the agencies.²⁷

Under the auspices of the European Commission,²⁸ cooperation projects on HTA among EU Member States evolved ever since the 1980s, while national HTA agencies also took part in international organisations²⁹ dealing with HTA issues. The international network of the Cochrane Collaboration³⁰ contributed much to the concept of Evidence-based Medicine (EBM) which also plays a major role in evaluating new medical technologies.³¹ This cooperation proved to be useful especially for methodological improvements in searching and grading scientific studies, in providing access to systematic reviews and other important information, and in fostering a broader understanding of the need for evidence in clinical decision making and in health policy making.³²

-
- 25 *Banta/Kristensen/Jonsson*, A history of health technology assessment at the European level, *International Journal of Technology Assessment in Health Care*, 2009, 69 et seq., doi: 10.1017/S0266462309090448; *Scaletti*, Evaluating Investments in Health Care Systems, 2014, 39 et seq. Several of the early European agencies were founding members in 1993 of the International Network of Agencies for Health Technology Assessment (INAHTA), implemented with the aim of coordinating international HTA activities and sustaining its members by providing common methods of evaluation. National HTA programmes were also developed in Australia and Canada. In the USA, a large number of commercial and non-commercial HTA facilities were developed to meet the growing need for decision-making in market-oriented health care. *Rettig*, *Health Care in Transition: Technology Assessment in the Private Sector*, 1997.
- 26 E. g. most of the agencies select specific technologies for assessment, whereas others address all technologies used for a particular health problem in order to take into account country-specific circumstances, such as demography, financing of the system, disease panorama, available resources, and wealth.
- 27 *Jonsson*, Development of health technology assessment in Europe. A personal perspective. *International Journal of Technology Assessment in Health Care*, 2002, 171 et seq. Most of the HTA agencies in Europe are advisory bodies and have no regulatory functions. *Banta/Kristensen/Jonsson*, A history of health technology assessment at the European level, *International Journal of Technology Assessment in Health Care*, 2009, 68–72, doi:10.1017/S0266462309090448; *Beletsi et al.*, Systematic Literature Review. Comparing Use of Health Technology Assessment in Pharmaceutical Policy among Earlier and More Recent Adopters in the European Union, *Value in Health Regional Issues*, 2018, 89, <https://doi.org/10.1016/j.vhri.2018.08.002>.
- 28 *Banta/Kristensen/Jonsson*, A history of health technology assessment at the European level, *International Journal of Technology Assessment in Health Care*, 2009, 69, doi:10.1017/S0266462309090448.
- 29 The International Society of Technology Assessment in Health Care (ISTAHC), founded in 1985 and reformed and renamed to HTAi (Health Technology Assessment international) in 2003. HTAi represents 82 organisations and over 2,500 individual members from 65 countries around the world, which currently makes it the most important international forum for the discussion of HTA and its results. See <https://htai.org>, accessed 11/05/2020; *Perleth et al.*, *Health Technology Assessment*, 2014, 26. See
- 30 See www.cochrane.org, accessed 11/05/2020.
- 31 *Cochrane*, Effectiveness and Efficiency: Random Reflections on Health Services, 1972; *Sakett et al.*, Evidence-Based Medicine: What it is and what it isn't., *British Medical Journal* 1996, 1–72, doi:10.1136/bmj.312.7023.71.
- 32 *Banta/Jonsson*, History of HTA: Introduction, *International Journal of Technology Assessment in Health Care*, 25:Supplement 1, 2009, 3, doi:10.1017/S0266462309090321. About the exact boundaries of HTA and EBM see *Schrapppe*, *Health Technology Assessment – Was verbirgt sich dahinter?*, *Gesundheitsbl.* 2006, 226, doi:<https://doi.org/10.1007/s00103-005-1226-z>.

The EU Commission funded several studies, meetings and projects related to HTA culminating in the EUnetHTA collaboration project 2005.³³ Lately, the EU Commission has been working on harmonising the large number of national HTAs – following the model of Europe-wide drug approval.³⁴ In 2013, the Commission formalised the EU-wide network on HTA (EUnetHTA), which operates via voluntary cooperation, based on Directive 2011/24/EU on the application of patients' rights in cross-border healthcare.³⁵ EUnetHTA receives substantial EU funding (so far 35.5 million EUR) and is intended to provide strategic guidance and policy orientation for scientific and technical cooperation, in particular in the framework of so-called Joint Actions. The latest Joint Action will terminate by the end of 2020. It ultimately forms the basis for a new and more permanent legal framework for cooperation on *the clinical assessment of health technology assessment* at Union level by way of an EU Regulation.

C. The Proposal for a European HTA Regulation (»EU-HTA«)

On 31 January 2018, the European Commission launched a proposal³⁶ for an EU regulation on health technology assessment which caused major uproar in some European countries. The most critical issue concerned the institution of a Coordination Group of HTA experts from the Member States in charge of assessing whether or not a new drug or medical device has an additional benefit compared to standard therapy.³⁷ The result thus obtained should be binding for all EU Member States.

I. (Political) Background

The proposal contained four main areas of joint work at the EU level, namely joint clinical assessments (JCAs) of new pharmaceuticals as well as certain medical devices and *in-vitro* diagnostics, joint scientific consultations (»early dialogues«), identification of emerging health technologies (»horizon scanning«) and voluntary cooperation and information exchange on non-clinical aspects of HTA³⁸, also for other technologies than pharmaceuticals or medical devices not covered by European law. It also intended to set common rules for national clini-

33 See <https://eunetha.eu>; https://ec.europa.eu/health/technology_assessment/overview_en, accessed 11/05/2020.

34 See Regulation (EC) No 726/2004, OJ EU No. L 136/1 of the European Parliament and Council of 31/03/2004 laying down Community procedures for the authorisation and supervision of medicinal products for human and veterinary use and establishing a European Medicines Agency.

35 Commission Implementing Decision of 23 July 2013 – 2013/329/EU, OJ EU No. L 175/71.

36 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on health technology assessment and amending Directive 2011/24/EU, COM(2018) 51 final, 31/01/2018, with explanatory memorandum. The proposal is subject to the ordinary legislative procedure and requires a qualified majority. www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0289_EN.html, accessed 11/05/2020.

37 Article 8 (1) EU HTA draft Regulation.

38 HTA covers both clinical and non-clinical aspects of a health technology according to the »EUnetHTA Core Model«. Amendment 9 of Recital 6 EU-HTA draft Regulation.

cal assessments. On 23 May 2018 the European Economic and Social Committee (EESC) delivered a positive opinion on the proposal.³⁹

National Parliaments in three Member States (the Czech Republic, Germany, France) submitted a reasoned opinion on the proposal, raising subsidiarity concerns. The Polish Parliament expressed similar concerns without submitting a reasoned opinion.⁴⁰ The Irish and Portuguese Parliaments submitted positive assessments of the proposal.⁴¹ The European Parliament (EP) approved the draft in principle on 14 February 2019,⁴² but adopted 199 (!) amendments that emphasised the competence of the Member States concerning reimbursement and pricing. During the Bulgarian, the Austrian and the Romanian Presidency the proposal was examined at a technical level, but without much progress. According to information available from the General Secretariat of the Council, dated 9 December 2019, discussion on »how to establish a legally sound system for cooperation on HTA to the benefit of Member States« will be continued.⁴³ However, no further information has been published up to May 2020, which may be due to the occurrence of the COVID-19 pandemic. It can be assumed that Germany, which will take over the presidency in the second half of 2020,⁴⁴ will have no (political) interest in driving this issue. A European HTA procedure will therefore most likely not come into existence in 2020.

An important German health care institution – the Federal Joint Committee (G-BA) which is – among other things – responsible for reimbursement matters (non-clinical HTA)⁴⁵ raised strong objections: The draft came at a politically very unfavourable time for the G-BA, since the Federal Ministry of Health has for some time been limiting its central role in several legislative projects.⁴⁶ Apart from this politically sensitive issue the G-BA also argued that the proposal will/

39 OJ EU No. C 283, 10/08/2018, 28–34. The EESC raises concerns that the mandatory use of the joint HTA may not be fully implementable and the principle of voluntary cooperation should perhaps continue to pertain, as suggested above, for certain categories of HTA. «Therefore, it is important to clarify that according to Article 34 Member States may carry out a clinical assessment using means other than the rules provided for in Chapter III of this Regulation to ensure that Member States continue to have the possibility to do tailored additional assessments where needed.» (Point 4.3).

40 General Secretariat of the Council, Employment, Social Policy, Health and Consumer Affairs Council session on 9 December 2019, 14619/19.

41 *ibid.*

42 European Parliament, legislative resolution of 14 February 2019, T8-0120/2019 following the amendments adopted on 3 October 2018 (first-reading). For a synopsis of the amendments compared with the original draft see www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0369_EN.html; also Council of the EU, Interinstitutional File: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6462-2019-INIT/EN/pdf>.

43 This has been confirmed during the Croatian Presidency. See Employment, Social Policy, Health and Consumer Affairs Council session on 9 December 2019 Regulation on health technology assessment and amending Directive 2011/24/EU – Information from the Presidency on the state of play, ST 14619 2019 INIT, www.consilium.europa.eu/de/council-eu/presidency-council-eu/, accessed 11/05/2020.

44 OJ EU No. L 208/42.

45 The mandate of the Federal Joint Committee is so wide-ranging, and its concrete power to shape policy so encompassing that it is referred to as a central corporate »superorganisation«, Fischer, Der Gemeinsame Bundesausschuss als »zentrale korporative Superorganisation«, MedR 2006, 509–511, doi:<https://doi.org/10.1007/s00350-006-1745-0> et seq.; on the tasks of the Federal Joint Committee see Hess, Darstellung der Aufgaben des Gemeinsamen Bundesausschusses, MedR 2005, 385–389, doi:<https://doi.org/10.1007/s00350-005-1455-z>.

46 Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz (HHVG) 02/11/2016, BT-Drs. 18/10186, Termiservice- und Versorgungsgesetz (TSVG) 06/05/2019, BGBl. I S. 646; Implantateregister-Erichtungsgesetz – EIRD, BT-Drs. 19/10523, 30 et seq.

would have considerable effects on the manufacturers of medical devices and drugs and thus ultimately on the provision of innovative health technologies to patients.

II. The Need for EU-HTA from the Point of View of the Commission

In order to understand the reasoning behind the new regulation and its choice of instruments, it is necessary to take a closer look at the three obstacles identified by the Commission. According to the draft, these obstacles currently cannot be sufficiently addressed through a project-based voluntary cooperation (EUnetHTA) and must be corrected by means of legislation.

1. Impeded and Distorted Market Access

First, the draft is concerned about problems and delays in market access. Different national procedures, tasks and methodologies, e. g. the fact that HTA is carried out on a national level in Denmark, the United Kingdom and France, but on a regional one in Spain, implies that health technology developers are facing different data and evidence requirements. This, in turn, leads to obstacles and distortions in market access, resulting in a lack of entrepreneurial planning security, higher costs and, in the long term, negative effects on the innovative power of the health care industry. Divergent national procedures and methodologies lead to differences in the way evidence is taken into account, which may result in delays and asymmetries in the availability of innovative health technologies. In Germany, decisions based on a benefit assessment provide indications for an economic prescription and serve as a basis for price negotiations. Availability and reimbursability are generally not at issue.⁴⁷ In other countries, prioritisation decisions and decisions on reimbursability per se are made on the basis of HTA.

From the patients' perspective, this means difficulties in access to innovative health technology and its benefits, either caused by delays or by the fact that patients might have to pay for it out of their own pockets.

2. Duplication of Work for National HTA Bodies

Secondly, clinical assessments of the same technologies are being conducted in parallel or within a similar time frame by HTA bodies in different Member States, resulting in unnecessary duplication of work efforts and an inefficient use of resources. The same applies to clinical evaluations which are too rarely carried out jointly so far. This again impacts negatively on business planning, and hinders equal access of patients to the most innovative health technologies.

47 Comment of The National Association of Statutory Health Insurance Funds (GKV-SV) 16/12/2016, 6. https://dsv-europa.de/lib/02_Positionspapiere/2016-GKV-Beitrag-Konsultation-HTA_de.pdf, accessed 11/05/2020.

3. Unsustainability of Previous Practice in HTA Cooperation

Thirdly, the Union-wide cooperation on HTAs is currently carried out on a project-by-project basis within the framework of Joint Actions.⁴⁸ This means that funding is provided for the short term only and needs to be secured and renegotiated during each financial cycle without a guarantee for the continuation of activities in the long term. During the initiation and closing of each such large-scale project, substantial time and resources are spent on organisational issues leading to a disruption in the output of the scientific cooperation.

III. Subject of the Regulation

1. Scope of Application – Affected Medical Devices

In contrast to the draft of the EU Commission, the amendments adopted by the Parliament provide for a much narrower scope of application. Although in principle all centrally authorised drugs should still fall within the scope of the HTA Regulation, there are decisive changes in the case of medical devices, which may lead to considerable legal uncertainty. Medical devices in high risk classes (IIb and III)⁴⁹ and IVD devices in risk class D⁵⁰ are, in fact, to fall within the scope of the regulation, but only if they are considered to be a »significant innovation and with potential significant impact on public health or health care systems«.⁵¹ The meaning of these undefined legal terms remains unclear. Only an enumerative catalogue of six criteria is listed such as:

- a) unmet medical needs
- b) potential impact on patients, public health, or healthcare systems
- c) significant cross-border dimension
- d) major Union-wide added value
- e) the available resources and
- f) the need for greater clinical evidence⁵².

Despite the specification, many questions remain unanswered. It is unclear, for instance, whether the list of criteria is exhaustive or not, and whether some (or all) of them have to apply cumulatively. Furthermore, it remains unclear what the parameters are and how they should be considered by the European Coordination Group. The same applies for the question as to which weighting between the parameters should be decisive. Therefore, there is a need for binding specifications or clarifying information. Otherwise, technology companies in particular will not be able to rely on a transparent and sustainable HTA evaluation.

48 Art. 15 Directive 2011/24/EC. Amendment 15 of Recital 6 EU-HTA draft Regulation.

49 Art. 51 Regulation (EU) 2017/745 (MDR).

50 Art. 47 Regulation (EU) 2017/746 (IVDR).

51 Amendment 79 and 80 of Art. 5 (1) lit. a, b EU-HTA draft Regulation.

52 Amendment 81 of Art. 5 (2) EU-HTA draft Regulation.

Furthermore, it is hard to understand why the proposed EU-HTA Draft Regulation does not include Class C IVDs.⁵³ This class contains all genetic tests such as most self-tests by patients and companion diagnostics (CDx).⁵⁴ The successful application of the drugs to be evaluated depends on the quality of the CDx and it is often developed in tandem with the drug.⁵⁵ An important product group is therefore unlikely to benefit from the advantages of an EU-wide HTA.

Finally, certain medicinal products which do not require a centralised marketing authorisation by the European Medicines Agency (EMA) should also fall within the scope of application under certain conditions (Art. 5 (1) lit. aa EU-HTA).

2. Objectives

The main health-specific objectives of the EU-HTA proposal are to overcome existent deficiencies in access to innovative health technologies for patients and to tackle planning uncertainties for entrepreneurs in the health sector. This is supported by specific operational objectives, such as aligning HTA instruments, procedures and methodologies.

3. Crux of the Matter: Binding Joint Clinical Assessment

The most controversial issue lies within the joint clinical assessment (JCA). To perform this task, a European Coordination Group is to be set up, consisting of the national competent authorities and bodies for the assessment of health technologies, a chairperson appointed by the Commission and a second chairperson elected by the Member States.⁵⁶

In order to understand the underlying controversy, it is important to distinguish between two types of HTA: on the one hand, the clinical evaluation (clinical HTA), which determines the identification of a health problem and current technology, the examination of the technical characteristics of the technology under assessment, its relative safety, and its clinical effectiveness relative to comparable therapies, by means of scientific evidence, and on the other hand, the non-clinical evaluation, i. e. the cost and economic evaluation of a technology, its ethical, organisational, social, and legal aspects (non-clinical HTA). The new regulation is aiming at the harmonisation of the clinical evaluation which, in German health insurance law (SGB V), is often described as the evaluation of a therapeutic benefit or additional benefit for pharmaceuticals.⁵⁷ The original version of the proposal was considered as too intrusive regarding the binding effects of joint clinical assessments. According to the amended proposal, Member States shall take account

53 *EUnetHTA*, Strategy for EU cooperation on HTA 29.10.2014, 7: »Cooperation on HTA [...] shall also embrace interventions such as companion diagnostics, surgical procedures, preventive and health promotion programmes, Information and Communication Technology (ICT) tools and integrated care processes.« <https://ec.europa.eu>, accessed 11/05/2020.

54 *Becker/v. Hardenberg*, Companion Diagnostics in der GKV, MedR 2016, 104–109, doi: <https://doi.org/10.1007/s00350-016-4201-9> et seq.

55 *v. Hardenberg/Wien*, Companion Diagnostics: Sozialrechtlicher Reformdruck vor dem Hintergrund aktueller medizinischer Entwicklungen, GuP 2017, 9 et seq.

56 Art. 3 EU-HTA Commission's draft.

57 cf. § 35a SGB V.

of the results of joint clinical assessments and not repeat them. The amended text states that according to national needs, Member States shall have the right to complement the joint clinical assessments with additional clinical evidence and analyses to account for differences in comparators or the national specific treatment setting. Such complementary clinical assessments shall be duly justified and proportionate and shall be notified to the Commission and the Coordination Group.

4. Early Dialogues

The instrument of joint scientific consultations, known as »early dialogues«, is intended to benefit the developers of medicinal products and medical devices.⁵⁸ It allows companies in the development phase of a health technology to seek advice from the Coordination Group on the data and evidence that are likely to be required in a possible future joint clinical assessment. Early dialogues are conducted in conjunction with scientific opinions from the European Medicines Agency (EMA) or medical device expert panels on the authorisation or marketing of the same technology. In order to maintain independence, impartiality and transparency, it was clarified in Article 12 (3) EU-HTA Regulation as amended that the evaluators and co-evaluators of the early dialogue must not be the same as those under Article 6 (3) EU-HTA Regulation for the joint clinical assessment of technologies. The request for early dialogues can be rejected based on reasonable grounds within a period of 15 days.

According to the Commission, this procedure should be particularly important for small and medium enterprises, as they generally have a smaller product range and, to a rather limited extent, dedicated resources and capacities for HTA. It should be noted that the proposal does not require fees for joint clinical evaluations and joint scientific consultations. It is expected that increased business planning certainty through EU-wide joint work in HTA will have a positive impact on the competitiveness of the EU health technology sector. The implementation of an early dialogue makes sense and has already been established in EUnetHTA and in the pharmaceutical sector, which is why this process has met with broad approval from all market players in the healthcare sector.

5. »Horizon Scanning«

The Coordination Group is in charge of preparing annually a study on emerging health technologies (so-called horizon scanning). This study should identify health technologies at an early stage of development that are likely to have a significant impact on patients, public health or health systems (Art. 18 EU-HTA Regulation). The proposal imposes on the Coordination Group the obligation to consult fully with all relevant stakeholders in carrying out this activity. It is noteworthy that the initial draft of the Commission has failed to mention consumer organisations and, above all, health professionals, i. e. the group that has to apply the new technology.

58 Chapter II, Section 2 EU-HTA draft Regulation.

According to Article 18 (3) of the new EU-HTA Regulation, the conclusions of the study are to be summarised in the annual report of the Coordination Group and to be taken into account when drawing up the annual work programme. It is unclear why only the conclusions are published. For the healthcare systems of the Member States, and in particular the funding agencies, all the results could be relevant. Furthermore, it is not defined in more detail how far the »adequate protection of confidential commercial information transmitted by the developer of health technologies« goes.⁵⁹ The broader this protection is interpreted, the more the benefit of the study for the Member States decreases, as less information is available. In this respect, a considerable amount of legal uncertainty persists.

6. Voluntary Cooperation

Finally, the draft Regulation provides for continued voluntary cooperation in the assessment of technologies. This cooperation might deal with methods for the use of practical evidence to reduce uncertainty about the effectiveness of innovative technologies, such as personalised medicine in the form of »e-health«, or the evaluation of non-clinical areas, such as the impact of medical devices on the organisation of care. The instrument also covers the reduction of investment in obsolete technologies and the strengthening of the rules for obtaining and monitoring clinical evidence. With only one article (Article 19 EU-HTA Regulation), voluntary cooperation is covered very briefly and also rather vaguely. It remains open whether it is intended to be a more extensive cooperation involving all members of the Coordination Group, or merely some form of voluntary cooperation between individual Member States. It is questionable whether the regulations go any further than the status quo of EUnetHTA.

IV. Evaluation of the Objectives and Instruments

There is a broad consensus among Member States that the objectives of the proposal are correct and important. They cover the central interests of all market players, including patient concerns. In addition, the long-standing cooperation within EUnetHTA, to which all national evaluation institutes of the EU Member States belong, has proven its worth over many years.

Nonetheless, there is less agreement on the instruments chosen by the Commission to achieve the objectives. In particular, the clinical evaluation established in Article 8 of the Regulation curtails the autonomy of the respective national HTA institutes, which can already look back on a long-standing and qualitatively adequate benefit assessment.

First of all, it should be noted that, while the proposed EU-HTA treats drugs, high-risk medical devices/IVDs and methods equally, the German healthcare system has developed a sophisticated legal distinction between these various »technologies«. Insofar as the quality, efficacy and safety of a drug has been tested in a drug approval procedure, the German legislator has decided to automatically

⁵⁹ Art. 18 (2) EU-HTA draft Regulation.

make this medication reimbursable under the health insurance scheme and thus waived the requirement for a positive recommendation from the Federal Joint Committee (G-BA).⁶⁰ Medical Devices/IVDs, in contrast, must be CE-labelled by certified bodies and evaluated by the G-BA in order to be reimbursed by the health insurance companies.⁶¹ The same applies for new therapies and methods (Neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden/NUB).⁶² Furthermore, in contrast to drugs, no cost-benefit assessment is performed for medical devices/IVDs. All these differences and nuances cannot be unified in a joint European EU-HTA procedure.

Another problematic issue is the so-called »standard of care«. Under German law, the G-BA defines the therapy standards for the comparative benefit assessment.⁶³ Thereby, only what is already covered by the statutory health insurance can be declared as a therapy standard.⁶⁴ This applies for drugs as well as for non-pharmacological measures, e. g. medical treatments⁶⁵ or methods including a high-risk medical device.⁶⁶ However, there are large variations in the standards of care, and in what is covered by the healthcare systems throughout the EU Member States.⁶⁷ Therefore, decision-makers and HTA agencies need to agree on common and proportional evidence requirements concerning standards of care.⁶⁸ This is not possible if it is done by way of a top-down approach as proposed by the EU Commission. In this respect, both chambers of the German Parliament – Bundesrat⁶⁹ and Bundestag⁷⁰ – vehemently rejected the Commission proposal by claiming a breach of the principles of subsidiarity and proportionality.⁷¹

Despite heavy reactions from several Member States, the EU Parliament has not rejected the draft of the Commission, but has considerably weakened it. Pursuant to Article 8 (1) a EU-HTA Regulation, a JCA does not prevent Member States or regions »from carrying out assessments on the added clinical value of the technologies concerned as part of national or regional appraisal processes which may consider clinical as well as non-clinical data and evidence specific to the Member State concerned which were not included in the joint clinical assessment and which are necessary to complete the health technology assessment or the overall pricing and reimbursement process.«

60 Federal Social Court (Bundessozialgericht, BSG) Judgment of 28/03/2000 – B 1 KR 11/98 R.

61 § 137 (c) SGB V.

62 For NUBs the G-BA is obliged to implement a directive in order to incorporate NUBs in the catalogue for reimbursed services (Leistungskatalog) pursuant to §§ 92, 135 SGB V.

63 § 35 SGB V.

64 The basic *prerequisite* for this is that the benefit of the comparator in question must correspond to the generally recognised state of medical knowledge, § 2 (1) Sentence 3 SGB V.

65 § 135 (c) or 137 (e) SGB V.

66 § 135 (h) SGB V.

67 *European Commission*, Strengthening of the EU Cooperation on Health Technology Assessment (HTA). Online public consultation report, 13, https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/technology_assessment/docs/20161020_frep_en.pdf, accessed 11/05/2020.

68 *MedTech Europe*, Position paper 25/07/2017, 10. www.medtecheurope.org/access-to-medical-technology/health-technology-assessment, accessed 11/05/2020.

69 BR-Drs. 34/18, 1 et seq.

70 BT-Drs. 19/1296, 2 et seq.

71 Article 168 (7) TFEU.

The Parliament also clarified that such complementary assessments »*may compare the technology concerned against a comparator which represents the best available and evidence-based standard of care in the Member State*«. ⁷²

In its current version, the draft regulation prohibits in principle the national level from carrying out its own clinical evaluations for technologies for which a joint HTA evaluation is planned or has been carried out. However, according to Article 8 (1a) EU-HTA Regulation, it is now possible to exceptionally deviate from this rule. Should the planned Regulation in its current version be implemented directly, it cannot be excluded that national HTA institutes in France, the Czech Republic, Poland, Hungary, Denmark, Sweden, Spain and Germany – countries that are mostly critical of EU-HTA – will try to turn Article 8 (1a) into a rule rather than an exception. All the more so as the Commission and the Coordination Group only have to be informed about the amendment and have no right of veto. Therefore, some industry associations fear that this could lead to a double review, namely one at the EU level and a second one by the national authorities such as the G-BA and IQWiG⁷³ in Germany. This could mean an additional hurdle for technology companies and delay innovation to the detriment of patients. ⁷⁴

A further aspect of the discussion has been raised both by the funding agencies and the medical profession as well as by professional associations, e. g. the German Network for Evidence-Based Medicine (EBM Network) or the German Society for HTA in Health Care (HTA.de).⁷⁵ The concern is that a planned HTA procedure at EU level under the leadership of the »industry-friendly« Commission could give priority to industry interests.

However, this last point of criticism has been met by the EU Parliament. The amendments to Article 3 (4) of the new EU-HTA Regulation provide that the Commission no longer has the right to vote in the Coordination Group and that it will no longer be informed of the appointment, dismissal and all subsequent changes alone, but together with the EU Parliament and Council. In this respect, the role of the Commission has been weakened, while at the same time attempts have been made to ensure greater transparency, to raise public awareness of the HTA process and to build confidence in a new system. In this regard, according to Article 3 (3) of the EU-HTA Regulation, the minutes of meetings and details of votes, including disagreements, drawn up by the Coordination Group, must now be documented and made available to the public.⁷⁶ Furthermore, all clinical data that are the subject of an evaluation must be handled as transparently and openly

⁷² Article 8 (1a) Sentence 2 EU-HTA draft Regulation.

⁷³ The Institute for Quality and Efficiency in Healthcare is an independent evaluation body which produces evidence-based reports, e. g. on drugs, non-drug interventions, diagnostic and screened tests as well as clinical practice guidelines (CPGs) and disease management programmes (DMP). In addition, it provides health information for the public. See § 137 (a) SGB V.

⁷⁴ *Verband der Diagnostica-Industrie* (VDGH), Diagnostik im Gespräch, 2/2018, 2. www.vdgh.de/informationsdienste/diagnostik-im-gespraech/dig_2-2018, accessed 11/05/2020.

⁷⁵ *Lühmann/Perleth*, Statement paper 14.03.2018, p. 2, www.ebm-netzwerk.de, accessed 11/05/2020.

⁷⁶ Members of the Coordination Group must declare at each meeting any interests which could be considered to be prejudicial to their independence in relation to the items on the agenda. If a conflict of interest arises, the member concerned must withdraw from the meeting while the relevant agenda items are being dealt with, Art. 3 (6) EU-HTA draft Regulation.

as possible. In the case of data that are confidential for business reasons, their confidentiality must be clearly defined and justified and the data must be clearly delimited and protected. In this respect, the amendments have strengthened the independence of the Coordination Group from any political influence.

D. Challenges, Opportunities and Conclusion

Still, some parts of the new Regulation remain unclear, which is why the preparation of further implementing acts and delegated acts in accordance with Articles 11, 16, 17, 22 and 23 EU-HTA will be necessary. In other words, both the JCA and the joint scientific consultation are currently incomplete and therefore need to be concretised. The methodologies to be used throughout the joint clinical assessment and consultation process are unclear, as well as the question what information is to be provided by the developer for the evaluation procedure. Clarification is needed with regard to the sanctions that will apply if a technology company does not provide all the necessary information in the procedure on how to manage conflicts of interest.

The potential impact of the planned EU-HTA will depend on how these acts of concretisation are designed and implemented in detail. This certainly should include a clarification of the legal relationship to national procedures, e. g. according to §§ 137e, h SGB V, but also the harmonisation with other EU provisions, such as in particular the new EU Medical Devices Regulation (MDR) and the new Regulation for In Vitro Diagnostics (IVDR), which were postponed due to the Corona crisis. If no coherence is established among the above-mentioned regulations, there is a risk of redundant evaluation processes. In this case the Regulation might not be able to meet its objectives, but also to implement an additional procedure with a negative (financial) impact on manufacturers and on the development and availability of innovative health technologies.⁷⁷

The EU Parliament has mitigated this risk by removing much of the Commission's authority and shifting it to the Coordination Group, as well as by anchoring transparency, independence and impartiality, updating obligations and coordination processes with relevant stakeholders at central points. Nevertheless, as shown above, the proposed regulation still presents many normative ambiguities that need to be clarified on an interdisciplinary basis. Cooperation in the disciplines of law, medicine, economics and ethics, to name but a few, is indispensable since HTA affects all these areas. In this respect, HTA can provide inspiration for interested social lawyers and for interdisciplinary social law research even if the discussion on EU-HTA were to be temporarily silenced due to political interests of some Member States.

⁷⁷ *Grinblat*, Die geplante Verordnung über die Bewertung von Gesundheitstechnologien, in: Gesundheits- und Sozialpolitik (GuS), 2019, 39–44.

E. List of abbreviations

BGBI	Bundesgesetzblatt (Official Journal of Federal Republic of Germany)
CDx	Companion Diagnostics
CE	Conformité Européenne
CPGs	Clinical Practice Guidelines
DMP	Disease Mangement Programmes
EBM	Evidence-based Medicine
EESC	European Economic and Social Committee
EMA	European Medicines Agency
EUnetHTA	EU-wide network on HTA
G-BA	Gemeinsamer Bundesausschuss (Joint Federal Committee)
GKV-SV	Spitzenverband der Gesetzlichen Krankenversicherung (National Association of Statutory Health Insurance Funds)
INAHTA	International Network of Agencies for Health Technology Assessment
ISTAHC	The International Society of Technology Assessment in Health Care
JCA	Joint Clinical Assessments
HTAi	Health Technology Assessment international
HHVG	Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz
HTA	Health Technology Assessment
IQWIG	Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (Institute for Quality and Efficiency in Health Care)
IVD	In-Vitro Diagnostic
IVDR	In vitro diagnostic Regulation
MDR	Medical Device Regulation
NUB	Neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden (New examination and treatment methods)
OTA	US Office of Technology Assessment
SGB V	Sozialgesetzbuch V (German Social Security Code – Book V)
TSVG	Terminservice- und Versorgungsgesetz
VDGH	Verband der Diagnostica-Industrie (Association of the Diagnostics Industry)

Julia K. Hagn, München

Global Public Private Partnerships in Health: Blessing or Curse for Primary Health Care ? – The Case of GAVI¹

*»It would be dangerous to assume that the goals of the private sector are somehow synonymous with those of the United Nations, because emphatically they are not.«
(Carol Bellamy, UNICEF Executive Director 1995–2004)*

Table of Content

- A. Introduction
- B. The Heritage of Alma Ata
- C. GHPPPs as big players in global health
- D. Health System Strengthening by GAVI
- E. Outlook
- F. References

A. Introduction

»Today, instead of health for all, we have health for some.« The words of Tedros Adhanom Ghebreyesus, Director-General of the World Health Organization (WHO), point to the persisting inequalities in access to Primary Health Care (PHC). At least half of the world's people still lack some or all essential health services (WHO Website). Particularly in situations of acute threats, such as the Ebola outbreak or, more recently, the Corona pandemic, strong PHC systems as first points of contact are necessary to protect and treat the population. However, health resources have been overwhelmingly focused on single disease interventions rather than on the development of strong, comprehensive health systems that meet people's health needs throughout their life course through integrated services, notably in least and middle-income countries (LMIC) (cf. Magnussen et al. 2004). In order to significantly enhance quality primary care for those who have not yet access, ministers, health workers, civil society, academia, international organizations and non-governmental organizations met 2018 in Astana on the invitation of the Government of Kazakhstan, WHO

1 Key abbreviations:

DAP	Diagonal Approach to Programming
GAVI	Global Alliance for Vaccines and Immunisation
GHPPP	Global Health Public Private Partnership
HSS	Health System Strengthening
LMIC	Least and Middle Income Countries
MDG	Millennium Development Goal
PHC	Primary Health Care
PPP	Public Private Partnership
SDG	Sustainable Development Goal
UHC	Universal Health Care
WHO	World Health Organization

and UNICEF to renew the commitment to PHC enshrined in the historic 1978 Declaration of Alma-Ata (Declaration of Astana 2018). The goal of Universal Health Care (UHC) as envisioned by the Alma-Ata Declaration² is also a cornerstone of the third Sustainable Development Goal (SDG) adopted in 2015.³ In that sense, the Astana Declaration was passed to provide new impetus for strengthening PHC to achieve UHC and, thus, to accelerate progress towards the SDGs (Kraef/Kallestrup 2019: 2).

More than 40 years later, however, the world is different, particularly regarding the governance of health. New players have entered the stage, most importantly big Global Health Public Private Partnerships (GHPPP) that »surfaced as an omnipresent policy tool in global health« (Ruckert/Labonté 2014: 1599). GHPPPs like the Global Fund, the GAVI Alliance and Roll Back Malaria have tremendous resources at their disposal. For example, the assets of GAVI and its International Finance Facility for Immunisation amounted to almost 8 billion US-Dollar in 2018 (GAVI 2019: 8). Just in early June, donors pledged 8.8 billion US-Dollar to GAVI for the period until 2025 at the Global Vaccine Summit 2020 (GAVI Website). In the period 2017–2019, the Global Fund disbursed about 11 billion US-Dollar from public and private donors to program countries (The Global Fund 2020: 21). Compared to GHPPPs financial power, the budget of the WHO, the world's biggest health organization, is rather modest with roughly 4,4 billion for the biennium 2018–2019 (WHO 2019: 7). Much of it is earmarked funding that the organization is not free to spend according to its own priorities.

In light of the importance GHPPPs gained in the global health architecture and the renewed commitment to PHC, studies also started to address their role in the strengthening of health systems with a view to PHC (cf. Assefa et al. 2018; Dansereau et al. 2017; Druetz 2018; Patel et al. 2015; Storeng 2014; Warren et al. 2013). Do these powerful players in fact contribute to the development of lasting PHC structures, particularly in LMICs, or are their approaches undermining the implementation of PHC? In short: Are GHPPPs a blessing or a curse to PHC? This essay seeks to shed light on this question by taking a closer look at GAVI's health system strengthening efforts. In order to do so, first, the Alma Ata conception of PHC and its heritage are presented. In a second step, the role of GHPPPs and, in particular, GAVI in global health will be introduced, before investigating the chances for and obstacles of GAVI's health system strengthening programs to PHC.

2 The attainment of »Health for All by the year 2000«, an overarching target set by the World Health Assembly in 1977, which aims to reach a »level of health that will permit all peoples of the world to lead a socially and economically productive life«, was confirmed at the International Conference of Alma-Ata, USSR, in 1978 (Alma Ata Declaration, para V) and also taken on by the UN General Assembly in 1980 as part of the strategy for the 3rd UN Development Decade (General Assembly 1980: Annex, paras 17–51). The basic idea of »health for all« was comprehensive PHC for all citizens.

3 SDG 3 demands to ensure healthy lives for all; its target 3.8 more specifically calls for achieving »universal health coverage, including financial risk protection, access to quality essential services and access to safe, effective, quality and affordable essential medicines and vaccines for all« (<https://sustainabledevelopment.un.org/sdg3> [15 May 2020]).

B. The Heritage of Alma-Ata

The Declaration of Alma-Ata was and – regarding of what has not yet been accomplished – still is a highly ambitious document that reflects the social spirit prevalent at the end of the 1970s⁴. It takes the definition of health as stated in the preamble of the WHO Constitution and postulates that »health, which is a state of complete physical, mental and social wellbeing (...) is a fundamental human right and that the attainment of the highest possible level of health is a most important world-wide social goal« (para I). It highlights PHC as key to achieving this goal and defines it as »essential health care based on practical, scientifically sound and socially acceptable methods and technology made universally accessible to individuals and families in the community through their full participation and at a cost that the community and country can afford to maintain at every stage of their development« (para VI). Thus, PHC »forms an integral part (...) of the country's health system, of which it is the central function and main focus« (para VI). The Declaration itself mentions also concrete basic elements of PHC such as immunization against the major infectious diseases; prevention and control of locally endemic diseases; appropriate treatment of common diseases and injuries; and provision of essential drugs. More importantly, it takes a broader approach to PHC and includes areas of related concern, notably: education in terms of prevailing health problems and the methods of preventing and controlling them; promotion of food supply and proper nutrition; an adequate supply of safe water and basic sanitation as well as maternal and child health care, including family planning (para VII 3).

The understanding of PHC taken on in the Alma-Ata Declaration represented a revolutionary redefinition of the health care approach, for it dismissed the centrally driven vertical way of advancing global health.⁵ Instead of the traditional top-down approach used in development assistance, the aim was to apply a whole-of-society approach to health⁶, as the WHO calls it today, that equally

4 The 1970s had been a creative and promising decade with regards to international development aid and the fostering of economic growth. Ideas about a strengthened international development policy were supposed to be implemented with a new international economic order at its core, as it was intended by the goals for the 3rd UN Development Decade that the UN GA finally adopted in 1980. Therefore, considerable emphasis was placed on the social aspects of development. The ideas included, among others, a 7% average annual growth rate in the Gross Development Product of developing countries, as well as a rapid increase in official development assistance by all developed countries in order to reach or surpass the target of 0.7% of the Gross National Product. Other goals and objectives of the strategy for the 3rd UN Development Decade included the attainment of full employment and of universal primary school enrolment by the year 2000 (Hagn 2018: 104).

5 PHC was a response to health care structures in developing countries that had evolved into pale facsimiles of the high-tech delivery systems familiar in the industrialized world. Given the lack of resources in developing countries, the health model copied from the industrialized world has distorted priorities and led to a disregard of the basic principles of public health. Up to 90 percent of a developing country's health budget was absorbed by a handful of city hospitals serving the elite, while out in the countryside, villagers were obliged to walk miles to the most rudimentary dispensary. The poor might occasionally receive visits from mobile teams of smallpox eradicators or water engineers, but services they urgently needed were rarely available (Bellamy 1996: 54, 57).

6 The Astana Declaration refers to a »Health in All Policies approach« (para IV).

takes into account economic, social and environmental determinants of health.⁷ Moreover, the Declaration attributed a central role to the State as the actor in charge of developing and implementing inter-sectoral policies to improve population health (Druetz 2018: 91; Birn 2018: 1154). The heart and soul of PHC, however, was the empowerment of individuals and communities. They ought to have »the right and duty to participate individually and collectively in the planning and implementation of their health care« (para IV). Consequently, PHC development was to be based on a horizontal approach in cooperation with the communities concerned and included, among others, the training and employment of laymen to tackle specific tasks at the community level (Hagn 2018: 105). As such, the comprehensive, community-centered PHC approach of Alma-Ata not only has similarities with, but builds on a human rights-based approach.⁸

As is well known, the Alma-Ata Declaration has never lived up to its promises. PHC as a comprehensive health care approach was soon curtailed to a selective one. Only one year after the adoption of the Alma-Ata Declaration, Julia Walsh and Kenneth Warren introduced the selective model of PHC in 1979, which suggested the Alma-Ata concept as being unattainable because of the cost and personnel required. The selective approach would institute health care directed at preventing, controlling, eradicating or treating the few diseases responsible for the greatest mortality and morbidity in developing countries and for which there are means of control in terms of efficacy and cost of interventions⁹ (Magnussen et al. 2004: 169; Beigbeder 2001: 66–67). In defining a few key diseases that should be addressed, the selective PHC approach contradicted the core principle of PHC. »[I]n that sense, ›selective PHC‹ effectively became an oxymoron« (Druetz 2018: 91). The economic crisis of the 1980s did the rest in burying the original approach. A policy of financial austerity was developed and pushed by the Bretton Woods institutions with the consent of the influential conservative governments in the US and UK. Privatization of public services and decentralization became the leading buzz phrases in the years to follow. In a world dominated by a neoliberal ideology, strategies that implied an intervening state had no more *raison d'être* because the magic of the market would bring back national growth (Hagn 2018: 107). Market-driven »health sector reforms« assumed the »trickle-down effect«

7 The Declaration called not only for the development of strong health systems, but also for a transformation of power structures and a change in the distribution of resources on the basis of a New Economic Order (Birn 2018: 1153; Magnussen et al. 2004: 167; Alma Ata Declaration: paras III, X).

8 According to the Common Understanding among UN Agencies on a Human Rights based Approach to Development Cooperation, adopted in 2003, »a human rights-based approach is a conceptual framework for the process of human development that is normatively based on international human rights standards and operationally directed to promoting and protecting human rights. It seeks to analyse inequalities which lie at the heart of development problems and redress discriminatory practices and unjust distributions of power that impede development progress and often result in groups of people being left behind«. Among others, it explicitly highlights the development of capacities of duty-bearers to meet their obligations and of rights-holders to claim their rights (<https://unsdg.un.org/2030-agenda/universal-values/human-rights-based-approach> [1 June 2020]).

9 The selective approach consisted mainly of four elements: growth monitoring, oral rehydration therapy, breastfeeding and immunization, better known as GOBI. Later, food supplementation, family planning and female education were added to it. However, the three »Fs« never achieved equal importance (Kraef/Kall-estrup 2019: 2; Hagn 2018:122, Magnussen et al. 2004: 169).

of rapid economic development, and deprioritized UHC and PHC. Moreover, the key principle of community ownership was not widely accepted and received hesitant responses from the development community and technical experts who more often than not also fueled the heated debate on »comprehensive versus selective health care«. Physicians, even inside the WHO, perceived Alma-Ata's rights-based PHC approach as an attack on the medical establishment. As a result, health care professionals often misclassified PHC as a »cheap« and less prestigious form of medicine and patients tried to bypass under-resourced and under-staffed PHC systems (Kraef/Kallestrup 2019: 2; Druetz 2018: 91).

PHC's reputation started to improve as part of the worldwide efforts to achieve the health-related Millenium Development Goals (MDGs) (WHO 2017: v, 1). It soon became apparent that the health goals could not be reached without sustainable PHC systems, particularly in LMICs (Naimoli 2009: 4). As a result of this insight, target 8 of the succeeding SDG 3 calls for access to quality essential health-care services (The N. N. 2018: 1369, SDG Website). In a second effort to push the development of PHC, the Astana Declaration¹⁰ was adopted. It embraces the principles of Alma-Ata and highlights the importance of PHC to the attainment of the health-related SDGs (para II). Two further points of the Declaration are worth mentioning: First, it extends the scope of application of PHC to non-communicable diseases (para III); second, it takes into account that the global health system has changed fundamentally and today comprises much more stakeholders with an interest in health policy (paras IV and VII). The most substantial change in this policy area derives from the rise of Global Health Public Private Partnerships (GHPPP) since the end of the 1990s¹¹ (Ruckert/Labonté 2014: 1600). Particularly in the first decade of the new Millennium GHPPPs were often regarded as an attractive strategy for leveraging the strengths of multiple sources to address health issues in LMICs (Martin/Halachmi 2012: 189).

C. GHPPPs as big players in global health

Although there are no agreed-upon definitions of GHPPPs, a commonly used one was proposed by Buse and Harmer, according to which GHPPPs are »relatively institutionalised initiatives, established to address global health problems, in which public and for-profit private sector organisations have a voice in collective decision-making« (Buse/Harmer 2007: 259). Due to their resources and influential private donors, GHPPPs have become increasingly powerful actors within global health, thereby also challenging the authority of the WHO as a global health leader (Hawkes et al. 2017: 1; Buse/Tanaka 2011: 2; Martin/Halachmi 2012: 191, Storeng 2014: 865).

10 The Astana Declaration makes pledges in four key areas: (1) make bold political choices for health across all sectors; (2) build sustainable primary health care; (3) empower individuals and communities; and (4) align stakeholder support to national policies, strategies and plans.

11 Their evolution was very much backed by the UN General Assembly, which reiterated the importance of partnering with the private sector in several resolutions, inter alia the Millennium Declaration (General Assembly 2000).

In line with neoliberal thinking and the primacy given to the market since the 1980s, GHPPPs were widely promoted to achieve the MDGs – an unfortunate combination to attaining sustainable systems of PHC: The MDGs' vertical approach towards healthcare was fortified by GHPPPs' focus on short-term, technocratic solutions that can be quantitatively measured and achieve quick results. Quite often, their initiatives bypassed country health systems and thus reinforced the political trend away from comprehensive PHC and UHC. As a result, health systems in many countries, particularly LMICs, are fragmented, inefficient and focused on treating specific diseases rather than promoting a holistic approach to health, establishing durable basic health care systems and addressing socioeconomic inequality (Kraef/Kallestrup 2019: 1–2; Bitton et al. 2017: 567; Druetz 2018: 91). GHPPPs have therefore played their part in the failure of Alma-Ata's vision.

Public Private Partnerships (PPPs) are again perceived as key tools to reach the SDGs (Romero 2015: 4). SDG 17 actively advocates for countries to »encourage and promote effective (...) public-private (...) partnerships, building on the experience and resourcing strategies of partnerships« (target 17). In light of the history of GHPPPs and their rather vertical strategic approach, the question is whether and what they contribute to essential elements of PHC like accessibility and affordability of health facilities, products and services, community participation and an integrated, holistic approach. The remainder of this article will address this question by taking the GAVI Alliance as an example.

D. Health System Strengthening by GAVI

The GAVI Alliance, formerly the Global Alliance for Vaccines and Immunization, was founded in 1999 as successor to the Children's Vaccine Initiative with initial funding from the Bill & Melinda Gates Foundation. It brings together the Gates Foundation, WHO, UNICEF, World Bank, donor governments, international development and finance organizations, the pharmaceutical industry and representatives from developing countries with the aim of influencing market mechanisms for vaccine development and procurement (Storeng 2014: 866). GAVI has been used as a model for constructing other GHPPPs such as the »Global Fund to Fight Against AIDS, Tuberculosis and Malaria« (the Global Fund) and the »Global Alliance for Improved Nutrition« that focuses on supplying micronutrients (Ollila 2003: 48). The Alliance has proven effective in supplying communities with drugs for free or at reduced cost (Ruckert/Labonté 2014: 1601–1602). According to its own account, GAVI support has so far contributed to the vaccination of more than 760 million children worldwide through routine programs (GAVI Website).

A few years after GAVI's inception it became obvious that weaknesses within health systems relating to financing, human resources and infrastructure¹² were

12 Issues at stake were, among others, the unavailability of staff, transport and funds for immunization activities; few and under-trained health workers; as well as failures to track available data on immunization coverage and vaccine stock levels (Storeng 2014: 868).

hampering the performance of GAVI-supported immunization programs. This led GAVI to undertake a major strategic shift in 2005, allocating part of its funds also to Health System Strengthening (HSS) of LMICs¹³ (Naimoli 2009: 19; Storeng 2014: 868;). Delving into new waters, the Alliance incorporated parts of the WHO HSS framework into its mandate¹⁴ (Tsai et al. 2016). It consists of six »building blocks« that describe different public health functions, namely service delivery; health workforce; information; medical products, vaccines and technologies; sustainable financing and social protection; leadership and governance (WHO 2007: v). HSS is to be realized by »improving these six health system building blocks and managing their interactions in ways that achieve more equitable and sustained improvements across health services and outcomes« (WHO 2007: 4). In particular, support to public health institutions is essential for achieving integrated PHC (Druetz 2018: 94).

GAVI introduced its HSS window formally in 2007 with so-called HSS grants at its core (Kenney/Glassman 2019: 2; Swiss TPH 2019: 23, GAVI Website). According to GAVI, HSS grants are not only supposed to sustainably strengthen the health system, but should also focus on inequities, including geographic, socio-economic, and gender-related barriers to immunization (GAVI n. d.: 6). If taken by its promises, GAVI has to reach out to the poor and marginalized who are hardest to approach. In fact, the Alliance proved to be very successful in terms of access to vaccines and their affordability to LMICs – at least for the period of GAVI support. Various observers have credited GAVI for providing traditional vaccines to more children in need and for making new vaccines available to children who never before had access to them (Naimoli 2009: 3).

By extending its mandate to address systemic barriers to vaccination GAVI embodied the so-called diagonal approach to programming (DAP) that aims at bridging the divide between vertical (selective) and horizontal (comprehensive) modes of delivering health services (Ruger 2018: 39–40). It combines targeted, short-term, pragmatic solutions on the community level with efforts to strengthen health systems (Hagn 2018). The DAP, albeit not undisputed, is often lauded as solving the »decades-long vociferous debate« (Storeng 2014: 876) about selective versus comprehensive health care and considered to be an apt way for developing PHC. An investigation by Assefa et al. on HSS efforts in Ethiopia supports this argument. According to their findings, a DAP can lead to substantial improvements in PHC-system capacity. Ethiopia has successfully developed its health infrastructure, also with the help of GAVI that invested 172 million US-Dollar in the construction of PHC facilities, strengthening of the supply chain, laboratory management and training of PHC staff between 2007 and 2018 (Assefa et al. 2018: 1473, 1476).

13 The expansion of GAVI's activities has been highly controversial. The idea of diverting some of GAVI's vaccine funding to health systems was initially advocated by Julian Lob-Levitt, GAVI's CEO between 2004 and 2010, who was »aware of »the absurdity of vaccine campaigns that consume four weeks to plan, implement and clean up and that, when repeated eight times a year, totally paralyse the health system«. However, the Gates Foundation, GAVI's influential Board member, never believed in the strengthening of health systems. (Storeng 2014: 867–868).

14 For a detailed comparison of WHO's HSS framework and GAVI's HSS strategy, see Tsai et al. 2016.

However, the inherent complexity of efforts to strengthen health systems combined with poor planning and implementation capacity in-country presents a quandary for the relevance of GAVI's HSS support as a whole (Kenney/Glassman 2019: 6). In line with its disease-specific mandate, GAVI HSS support aims to maximize its investments in immunization and, therefore, addresses primarily obstacles in the PHC structures as far as they impede improvements in immunization coverage. This rather narrow focus becomes more obvious in the Alliance's Strategy for 2016–2020 that speaks of »Health System and Immunisation Strengthening« support. A 2019 evaluation points to the fact that it does not specifically work towards an integration of immunization programs with other PHC services in areas like nutrition, hygiene and reproductive health (Swiss TPH 2019: 20). Many countries rather use a supermarket approach and take HSS money to order vehicles and refrigerators, but do not develop and apply strong health system strategies (Storeng 2014: 871). This suggests that other partners need to be involved to substantially develop PHC systems, as it was the case in Ethiopia, where also the Global Fund and the US President's Emergency Plan for AIDS Relief contributed to PHC strengthening efforts (Assefa et al. 2018: 1473, 1475–476). In fact, without the contribution of other partners, the success most likely would have not been the same, not even for vaccination, let alone for integrated services.

Several authors point to the fact that GAVI support is not substantive enough to have a »real« impact on health systems (Storeng 2014; Kenney/Glassman 2019). Even though at least 1.3 billion US-Dollar are available for HSS disbursements in the period 2016–2020 (GAVI 2019: 9), the support is not more than a drop in the ocean for each eligible country. The majority of HSS grants for the 56 countries currently approved for HSS support are less than 5 million US-Dollar per year (Kenney/Glassman 2019: 8). In the end, HSS grants do not constitute a substantial portion of country financing for health or even routine immunization (Swiss TPH 2019: 20). Disbursement delays which are often the result of weak financial management systems in the program countries constitute another impediment to HSS development (Swiss TPH 2019: 17). On average, the grants take more than 12 months to be disbursed after approval. Hence, to prevent potential implementation lags and to reduce financial risks, GAVI now channels two-thirds of HSS support through WHO and UNICEF and places partner staff in-country through targeted country assistance. This approach is not ideal for building national systems, and poses risks to country ownership and long-term programmatic and financial sustainability. Without the involvement of the local people, interventions also run the risk of not being accepted. For instance, a vaccine hesitancy among the population was observed in GAVI transitioning countries¹⁵ (Kenney/Glassman 2019: 8, 11; Swiss TPH 2019: 20). Moreover, due to the top-down logic of a vertical approach, governments become accountable upwards to global actors, not downwards to their citizens (McNeill et al. 2013: 60).

15 According to the current GAVI transition and eligibility policy, a country enters a five year »transition phase« when its average Gross National Income per capita over three years equals or exceeds an eligibility threshold amount (US\$1580 since 2015) (Cernuschi et al. 2018: 6858).

The key weakness of GAVI's HSS window in general and for the development of sound health systems that are supportive of PHC in particular is its lack of a clear strategy. Although in their proposals for GAVI support countries are asked to prioritize principal barriers in the health systems to achieving vaccine coverage and equity, bottlenecks are »somewhat vaguely defined in terms of GAVI's strategic focus areas as well as in terms of specific populations and geographies« (Kenney/Glassman 2019: 5). Moreover, the definition of HSS support has been changed nearly annually, making it hard for countries to understand what the HSS window covers. The difficulty to arrive at a sound concept for HSS stems from battles within GAVI between those who truly believed in the necessity and value of strengthening health systems in general and those who held the opinion that HSS was a »complete waste of money« with no evidence that it works (Kenney/Glassman 2019: 6; Storeng 2014: 868). After GAVI's most important supporter for HSS, CEO Julian Lob-Levitt, left the Alliance in 2010,¹⁶ the notion of HSS has been gradually narrowed or even distorted, meaning little more than strengthening the components needed to achieve disease-specific goals, e. g. through a focus on cold chains. Thus, HSS was reduced to a vertical program within a vertical initiative (Storeng 2014: 870, 876). This is very much in line with the interests of GAVI's influential donor and founding member, the Gates Foundation, which in fact opposed the set-up of an HSS window. The Gates Foundation rather uses its tremendous influence to reinforce the biomedical approach to global health and to ensure that private corporations play a central role in the identified solutions. It favors technological approaches that deliver quick, quantifiable results, whereas social determinants of health rank second – if at all (Ruckert/Labonté 2014: 1609; Storeng 2014: 871).

Funding health systems through a vertical initiative like GAVI – the DAP – is »like trying to place a square peg in a round hole« (Storeng 2014: 871). Developing sustainable PHC systems requires moving beyond vertical programming towards integrated health systems (Bitton et al. 2017: 567). Notwithstanding the fact that the concept of HSS, as propagated by WHO, aims to address health system weaknesses through a holistic and integrated approach with a view to strengthen delivery structures particularly at the primary level, GAVI's HSS support has continued to emphasize rapid-impact interventions and measurable outcomes. GAVI HSS grants provide short-term funds for things (medicines, supplies, facility maintenance) as well as people (top-up payments). For sure, expenditures on medicines and other consumables do support health systems. However, due to their short-term effects, these activities are not long-term solutions that sustainably strengthen the health system¹⁷ (Tsai et al. 2016: 251). Integrated PHC requires long-term capacity-building in the health sector at both the central and local levels and has to take into account the social determinants of health that are not addressed by GAVI programs. Furthermore, GAVI assistance is supposed to fade out after a couple of years (Druetz 2018: 94, Storeng 2014: 872). HSS grants'

16 There were rumours that Lob-Levitt had been pushed out as CEO because of his advocacy for HSS (Storeng 2014: 870).

17 Studies on HSS funding by other GHPPPs report similar findings. The Global Fund, for instance, has dedicated resources on selective operational interventions without system-level support due to its diagonal approach to HSS (Tsai et al. 2016: 251).

contribution to sustainability is constrained by the project-cycle logic, which targets immediate bottlenecks, rather than long-term system changes (Swiss TPH 2019: 20). If GAVI support ends, the question remains if countries have the capacity in terms of infrastructure, knowledge and workforce to sustain the gains of the partnership in the long run.

In a nutshell, GAVI HSS is rather immunization strengthening support than broader health systems support (Storeng 2014: 871). An assessment study of GAVI's HSS activities therefore recommends to »reframe HSS support as ›Vaccine Delivery Support‹ to better speak to the purpose of this window« (Kenney/Glassman 2019: 9). In terms of an integrated approach to HSS, GAVI performs weak due to its focus on safeguarding vaccine delivery. Even though partnering with the Alliance improves access to and affordability of vaccines, health services that are not related to immunization but are equally important for the health status of the population, e. g. nutrition, hygiene and the treatment of all kinds of non-communicable illnesses, are not considered. Even worse, GAVI's HSS support appears to be crowding out other, and more flexible, funding mechanisms for health systems. As a result, GAVI may rather be hampering efforts to build strong PHC systems. Moreover, in ignoring the political, social and cultural dimensions of health systems, GAVI's HSS programs reflect poorly the legacy of the 1978 Alma-Ata Declaration on PHC (Storeng 2014: 871–872).

In view of the limited contribution of GAVI's HSS strategy, one might suspect that the investment is primarily done to appeal critical voices. In fact, a field study concludes that GAVI's HSS window rather serves as Public Relations instrument than a substantial programming tool. While it espouses a holistic approach, it is far removed from an ideologically driven commitment to health systems as part of overall social and economic development (Storeng 2014: 872). In organization theory, this behavior has become known as Organized Hypocrisy, that is, an organization reacts to external pressure by separating talk and action in order to protect its operational core. In other words: By meeting demands for HSS rhetorically, GAVI aims to gain the leeway to carry out its vertical programs as usual.¹⁸

In addition, and reaching beyond GAVI, the profound conflict between proponents of comprehensive HPC and those who favor a selective approach was not solved by introducing diagonal programming, but rages on. There are still reservations, particularly by medical experts, to the usefulness of health system strength-

18 The phenomenon of Organized Hypocrisy in organizations has been dealt with in-depth notably by the following authors: Hagn, Julia 2018: UNICEF: Caught in a Hypocrisy Loop. The Institutionalization of Organized Hypocrisy at the United Nations Children's Fund; Weaver, Catherine 2008: Hypocrisy Trap. The World Bank and the Poverty of Reform. Other studies on this issue include: Mundy, Karen/Menashy, Francine (2014): The World Bank and Private Provision of Schooling: A Look through the Lens of Sociological Theories of Organizational Hypocrisy, in: *Comparative Education Review*, Vol. 58 Issue 3, pp. 401–427; Hirschmann, Gisela (2012) Peacebuilding in UN Peacekeeping Exit Strategies: Organized Hypocrisy and Institutional Reform, in: *International Peacekeeping*, Vol. 19 No. 2, pp. 170–185; Lipson, Michael (2007) Peacekeeping: Organized Hypocrisy?, in: *European Journal of International Relations*, Vol. 13 No. 1, pp. 5–34; Steinberg, Richard H. (2002) In the Shadow of Law or Power? Consensus-Based Bargaining and Outcomes in the GATT/WTO, in: *International Organization*, Vol. 56 No. 2, pp. 339–374; Veit/Schlichte (2009): Internationale Organisationen als verkoppelte Arenen: Wieso scheitern State-BUILDER?, in: Dingwerth, Klaus/Kerwer, Dieter/Nölke, Andreas (eds.) *Die Organisierte Welt. Internationale Beziehungen und Organisationsforschung*, Baden-Baden: Nomos

ening (Storeng 2014: 875). A DAP is generally not an apt instrument for bringing lasting peace to the two camps, since it rather constitutes a shaky compromise than a solution and glosses over a fundamental problem that makes its implementation difficult: addressing complex issues with integrated measures that equally take into account the social determinants of health does not fit with an approach that transforms problems into handy, but fragmented work packages (Hagn 2018).

E. Outlook

Much has changed in global health in 40 years, yet the Alma-Ata Declaration remains the major international reference for those struggling worldwide for the people's right to health (Birn 2018: 1155). For its realization, GHPPPs are a mixed blessing – at best (McNeill et al. 2013: 59). While they can be successful in attracting additional resources, getting health problems on top of the international agenda, stimulating research and development and facilitating access to and affordability of products, their siloed approaches often run counter the aims of comprehensive PHC, i. e. cross-sectoral efforts to establish durable basic health care systems and to address socioeconomic inequality. They rather contribute to a (further) fragmentation of health systems and more often than not hinder country ownership and sustainability. In line with its disease-specific mandate, GAVI's HSS support has primarily funded selective interventions targeted at bottlenecks for its immunization programs. In this sense, GAVI's HSS strategy follows much more the technology-driven, results-oriented »Gates approach« to global health (Storeng 2014: 871). In a donor environment dominated by an economic logic, the Alliance – as many other actors in this field – faces the problem that HSS measures are more difficult to implement and more difficult to justify, because demonstrating that they have achieved concrete results is challenging (McNeill et al. 2013: 82). Ruckert and Labonté even concluded that a focus on private sector-driven GHPPPs »ultimately undermines the attempt to significantly improve global health results« (2014: 1599), not least as a result of their neglect of underlying factors such as poverty and exclusion.

The WHO, but also UNICEF, is much better positioned to develop stable PHC structures, since this is the core business of particularly the WHO. As inter-governmental organizations with strong and comprehensive mandates, they can also better partner with governments at all levels to contribute to sector-wide reforms in LMICs that accompany and support the establishment of strong PHC systems. In this regard, the decrease of funding to these organizations' regular resources that they can use according to their organizational priorities for the benefit of earmarked donor money is worrying.¹⁹ Regrettably, the initiative UHC 2030²⁰ (formerly the International Health Partnership Plus (IHP+)) that aims at building

19 More than 75% of WHO's funds are allocated for specific purposes. (WHO Website: www.who.int/about/finances-accountability/funding/assessed-contributions/en/ [7 June 2020])

20 UHC 2030 brings together governments and international organizations, notably WHO and the World Bank Group, with philanthropic organizations, including the Gates Foundation, GHPPPs, civil society organizations and the private sector. (UHC 2030 Website: www.uhc2030.org/about-us/uhc2030-partners/ [7 June 2020])

stronger health systems for universal health coverage does not point to this fact in its strategy paper. At least it stresses the necessity to »shift away from channeling funds through separate and short-term financing and implementation arrangements« in favor of public health sector financing (WHO/World Bank Group 2017: 17). Depending on the willingness of all partners involved to implement its recommendations, the initiative can play an important role in harmonizing siloed approaches, giving a voice to the people and recognizing the social determinants of health, since it explicitly refers to a human rights-based approach that equally seeks to address inequalities and exclusion (WHO/World Bank Group 2017). However, this requires particularly from GHPPPs to recognize and tackle also the social determinants of health in their programs. Otherwise, the vision of Alma-Ata will remain an illusion.

F. References

- Assefa, Yibeltal/Tesfaye, Dessalegn/Van Damme, Wim/Hill, Peter S. (2018) Effectiveness and sustainability of a diagonal investment approach to strengthen the primary health-care system in Ethiopia, in: *The Lancet*, Vol. 392 No. 10156, pp. 1473–1481
- Beigbeder, Yves (2001) *New Challenges for UNICEF*, Houndmills/New York: Palgrave
- Bellamy, Carol (1996) *The State of the World's Children 1996*, Oxford/New York: Oxford University Press
- Birn, Anne-Emanuelle (2018) Back to Alma-Ata, From 1978 to 2018 and Beyond, in *AJHP*, Vol. 108 No. 9, pp. 1153–1155
- Bitton, Asaf et al. (2017) Primary Health Care as a Foundation for Strengthening Health Systems in Low- and Middle-Income Countries, in: *Journal of General Internal Medicine*, Vol. 32 No. 5, pp. 566–571
- Buse, Kent/Harmer Andrew M. (2007) Seven habits of highly effective global public-private health partnerships: Practice and potential, in: *Social Science & Medicine*, Vol. 64, pp. 259–271
- Buse, Kent/Tanaka, Sonja (2011) Global Public-Private Health Partnerships: lessons learned from ten years of experience and evaluation, in: *International Dental Journal*, Vol. 61 (Suppl. 2), pp. 2–10
- Cernuschi, Tania/Gaglione, Stephanie/Bozzani, Fiammetta (2018) Challenges to sustainable immunization systems in Gavi transitioning countries, in: *Vaccine*, Vol. 36, pp. 6858–6866
- Constitution of the World Health Organization, Basic Documents, Forty-fifth edition, Supplement, October 2006, available at: www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf [24 May 2020]
- Cernuschi, Tania/Gaglione Stephanie/Bozzani, Fiammetta (2018) Challenges to sustainable immunization systems in Gavi transitioning countries, in: *Vaccine*, Vol. 36 No. 45, pp. 6858–6866
- Danserau, Emily/Miangotar, Yodé/Squires, Ellen/Mimche, Honoré/UND group/IFORD group/El Bcheraoui, Charbel (2017) Challenges to implementing Gavi's health system strengthening support in Chad and Cameroon: results from a mixed-methods evaluation, in: *Globalization and Health*, Vol. 13, available at: <https://globalizationandhealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12992-017-0310-0> [7 June 2020]

- Declaration of Alma Ata. International Conference on Primary Health Care, Alma-Ata, USSR, 6–12 September 1978, available at: www.who.int/publications/almaata_declaration_en.pdf [24 May 2020]
- Declaration of Astana. Global Conference on Primary Health Care, Astana, Kazakhstan, 25–26 October 2018. Available at: www.who.int/docs/default-source/primary-health/declaration/gcphc-declaration.pdf?sfvrsn=380474fa_22 [6 June 2020]
- Druetz, Thomas (2018) Integrated primary health care in low- and middle-income countries: a double challenge, in: *BMC Medical Ethics*, Vol. 19 (Suppl. 1), pp. 89–96
- General Assembly (2000) United Nations Millennium Declaration, U.N. Doc. A/RES/55/2, 18 September 2000
- General Assembly (1980) International Development Strategy for the Third United Nations Development Decade, U.N. Doc. A/RES/35/56, 5 December 1980
- GAVI, the Vaccine Alliance (n.d.) Health System and Immunisation Strengthening (HSIS) Support Framework, available at: www.gavi.org/sites/default/files/document/gavi-health-system-and-immunisation-strengthening-support-frameworkpdf.pdf [7 June 2020]
- GAVI, the Vaccine Alliance (2019) 2018 Annual Financial Report, available at: www.gavi.org/news-resources/document-library/financial-reports [6 June 2020]
- GAVI Website: www.gavi.org/
- Hagn, Julia K. (2018) UNICEF: Caught in a Hypocrisy Loop. The Institutionalization of Organized Hypocrisy at the United Nations Children’s Fund, Baden-Baden: Nomos
- Hawkes, Sarah/Buse, Kent/Kapilashrami, Anuj (2017) Gender blind? An analysis of global public-private partnerships for health, in: *Globalization and Health*, Vol. 13 No. 26, <https://doi.org/10.1186/s12992-017-0249-1>
- Kenney, Cordelia/Glassman, Amanda (2019) Gavi’s Approach to Health Systems Strengthening. Reforms for Enhanced Effectiveness and Relevance in the 2021–2025 Strateg, Center for Global Development, available at: www.cgdev.org/publication/gavis-approach-health-systems-strengthening-reforms-enhanced-effectiveness [24 May 2020]
- Kraef, Christian/Kallestrup, Per (2019) After the Astana declaration: is comprehensive primary health care set for success this time?, in: *BMJ Global Health*, Vol. 4 No. 6, <http://dx.doi.org/10.1136/bmjgh-2019-001871>
- Magnussen, Lesley/Ehiri, John/Jolly, Pauline (2004) Comprehensive Versus Selective Primary Health Care: Lessons For Global Health Policy, in: *Health Affairs*, Vol. 23 No. 3, pp. 167–176
- Martin, Marie H./Halachmi, Arie (2012) Public-Private Partnerships in Global Health: Addressing Issues of Public Accountability, Risk Management and Governance, in: *Public Administration Quarterly*, Vol. 36 No. 2, pp. 189–237
- McNeill, Desmond/Andresen, Steinar/Sandberg, Kristin (2013) The global politics of health: actors and initiatives, in: Roalkvam, Sidsel/McNeill, Desmond/Blume, Stuart (eds.) *Protecting the World’s Children: Immunisation Policies and Practices*, Oxford: Oxford University Press, pp. 59–86
- Naimoli, Joseph (2009) Global health partnerships in practice: taking stock of the GAVI Alliance’s new investment in health systems strengthening, in: *International Journal of Health Planning and Management*, Vol. 24 No. 1, pp. 3–25
- N. N. (2018) The Astana Declaration: the future of primary health care?, in: *The Lancet*, Vol. 392, p. 1369

- Ollila, Eeva (2003) Health-related Public Private Partnerships and the United Nations, in: Deacon, Bob/Ollila, Eeva/Koivusalo, Meri/Stubbs, Paul (2003) *Global Social Governance – Themes and Prospects*, Helsinki: Ministry for Foreign Affairs of Finland, pp. 36–76
- Patel, Preeti/Cummings, Rachael/Roberts, Bayard (2015) Exploring the influence of the Global Fund and the GAVI Alliance on health systems in conflict-affected countries, in: *Conflict and Health*, Vol. 9, <https://doi.org/10.1186/s13031-015-0031-z>
- Romero, María José (2015) What lies beneath? A critical assessment of PPPs and their impact on sustainable development, Brussels: European Network on Debt and Development, available at: <https://eurodad.org/files/pdf/1546450-what-lies-beneath-a-critical-assessment-of-ppps-and-their-impact-on-sustainable-development-1450105297.pdf> [7 June 2020]
- Ruckert, Arne/Labonté, Ronald (2014) Public-Private Partnerships in Global Health: The Good, the Bad, and the Ugly, in *Third World Quarterly*, Vol. 35 No. 9, pp. 1598–1614
- Ruger, Jennifer Prah (2018) *Global Health Justice and Governance*, Oxford: OUP
- Sustainable Development Goals (SDG) Website: <https://sdg-portal.de/de>
- Sustainable Development Goals Knowledge Platform: <https://sustainabledevelopment.un.org/>
- Stoeng, Katerini T. (2014) The GAVI Alliance and the »Gates approach« to health system strengthening, in: *Global Public Health*, Vol. 9 No. 8, pp. 865–879
- Swiss Tropical and Public Health Institute (Swiss TPH) (2019) Report – Review of Health Systems Strengthening (HSS) Support
- The Global Fund (2020) 2019 Annual Financial Report, available at: www.theglobalfund.org/media/9603/corporate_2019annualfinancial_report_en.pdf?u=637239176250000000 [17 June 2020]
- Tsai, Feng-Jen/Lee, Howard/Fan, Victoria Y. (2016) Perspective and investments in health system strengthening of Gavi, the Vaccine Alliance: a content analysis of health system strengthening-specific funding, in: *International Health*, Vol. 8 No. 4, pp. 246–252
- UHC 2030 Website: www.uhc2030.org/
- United Nations Sustainable Development Group Website: <https://unsdg.un.org/>
- Warren, Ashley E./Wyss, Kaspar/ Shakarishvili, George/Atun, Rifat/de Savigny, Don (2013) Global health initiative investments and health systems strengthening: a content analysis of global fund investments, in: *Globalization and Health*, Vol. 9; <https://doi.org/10.1186/1744-8603-9-30> WHO Website: www.who.int/
- WHO Website: www.who.int
- WHO (2019) Programme budget 2020–2021, available at: www.who.int/about/finances-accountability/budget/WHOPB-PRP-19.pdf?ua=1 [24 May 2020]
- WHO (2018) Primary Health Care as an Enabler for »Ending the Epidemics« of High-Impact Communicable Diseases – Brief, Technical Series on Primary Health Care, available at: www.who.int/docs/default-source/primary-health-care-conference/communicable-diseases.pdf?sfvrsn=7c254dc5_2 [24 May 2020]
- WHO/World Bank Group (2017) *Healthy Systems for Universal Health Coverage – a Joint Vision for Healthy Lives*, Geneva, available at: www.uhc2030.org/fileadmin/uploads/uhc2030/Documents/About_UHC2030/mgt_arrangemts_docs/UHC2030_Official_documents/UHC2030_vision_paper_WEB2.pdf [7 June 2020]
- WHO (2007) *Everybody's Business – Strengthening Health Systems to Improve Health Outcomes. WHO's Framework for Action*, Geneva, available at: www.who.int/healthsystems/strategy/everybodys_business.pdf?ua=1 [4 June 2020]

Digitalisierung im Gesundheitswesen: Chancen für Gesundheitsdatenschutz und wissenschaftliche Forschung

Inhaltsübersicht

- A. Einführung
- B. Überblick über die aktuelle Rechtslage
 - I. »Offene« EU-Datenschutzgrundverordnung
 - II. Vielschichtiger deutscher Gesundheitsdatenschutz
 - 1. Recht auf informationelle Selbstbestimmung
 - 2. Datenschutzrechtliche Ebenen
 - 3. Neuerungen im bereichsspezifischen Datenschutz
- C. Weiterer Reformbedarf
 - I. Recht auf Nichtwissen
 - II. Bundesländerübergreifende Forschungsvorhaben
- D. Fazit

A. Einführung

Der Digitalisierung im Gesundheitswesen wird ein großes Potenzial zur Verbesserung der Gesundheitsversorgung zugeschrieben, weswegen ihre Umsetzung mit Nachdruck vorangetrieben wird. Nach der Hightech-Strategie der Bundesregierung soll Deutschland »Vorreiter bei der Einführung digitaler Innovationen in das Gesundheitssystem«¹ werden. Entsprechend ist auch die Digitalstrategie des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF) auf einen Ausbau der digitalen Vernetzung von Forschung und Versorgung ausgerichtet.² Ihre Verfolgung wird im Gesundheitswesen von einer beachtlichen Anzahl an neuen Gesetzen flankiert. Hierzu zählen das Gesetz für sichere digitale Kommunikation und Anwendungen im Gesundheitswesen (E-Health-Gesetz)³, das auf den Aufbau einer Telematikinfrastruktur und auf die Förderung telemedizinischer Leistungen gerichtet ist. Das Terminservice- und Versorgungsgesetz (TSVG)⁴ verpflichtet die Krankenkassen, ihren Versicherten bis spätestens 2021 eine elektronische Patientenakte anzubieten.⁵ Schließlich soll das Digitale-Versorgung-Gesetz (DVG) vom 9. Dezember 2019⁶ durch Apps auf Rezept, durch eine einfache Nutzung von Videosprechstunden und durch den Ausbau des digitalen Netzes im Gesundheitswesen zu einer besseren Gesundheitsversorgung führen.

Die Digitalisierung im Gesundheitswesen hat viele Gesichter. Teil und Treiber ist die Nutzung von Gesundheitsdaten. Technische und medizinische Innovatio-

1 Vgl. www.hightech-strategie.de/de/gesundheits-und-pflege-1719.php, Zugriff am 30.04.2020.

2 Die »Digitale FortschrittsHubs Gesundheit« ist eine von sechs Leitinitiativen des BMBF, näher dazu www.bildung-forschung.digital/de/die-bmbf-leitinitiativen-2534.html, Zugriff am 30.04.2020.

3 Gesetz für sichere digitale Kommunikation und Anwendungen im Gesundheitswesen v. 21.12.2015, BGBl. I 2015, S. 2408.

4 Terminservice- und Versorgungsgesetz v. 06.05.2019, BGBl. I 2019, S. 646.

5 Vgl. § 291 a Abs. 5c S. 3 SGB V.

6 Digitale-Versorgung-Gesetz v. 09.12.2019, BGBl. I 2019, S. 2562.

nen ermöglichen eine immer leichtere, schnellere, kostengünstigere und auch umfangreichere Erhebung und Nutzung von Gesundheitsdaten. Insoweit kann von »Big Data«⁷ gesprochen werden. Big Data wird ein großes Potenzial in der medizinischen Forschung, Diagnostik, Prädiktion und Therapie zugeschrieben; es wird sogar als das »neue Gold«⁸ oder als das »Öl des 21. Jahrhunderts«⁹ bezeichnet. Unterstützt wird diese Entwicklung durch medizinische Innovationen wie z. B. das Next-Generation-Sequencing (NGS). Bei dieser Hochdurchsatz-DNA-Sequenzierung handelt es sich um ein Verfahren zur parallelen Analyse von zahlreichen DNA-Molekülen, das inzwischen nicht nur in der Forschung, sondern auch in der molekulargenetischen Routinediagnostik, vor allem in der Onkologie, Anwendung findet.¹⁰ Auf diese Weise lassen sich Tumore genetisch bestimmen, um sie mit zielgenaueren Therapien im Sinne einer »individualisierten Medizin«¹¹ besser bekämpfen zu können.¹² Individualisierte und damit datenbasierte Diagnose- und Behandlungskonzepte halten vermehrt Einzug in die Gesundheitsversorgung.¹³ Sie führen dazu, dass in steigendem Ausmaß höchst sensible Gesundheitsdaten sowohl in der medizinischen Forschung als auch im ärztlichen Versorgungsalltag präsent sind.¹⁴ Es ist nur eine Frage der Zeit, bis diese schnell und einfach in der digitalen Patientenakte gespeichert, für Gesundheits-Apps genutzt und im Wege der Telematikinfrastruktur verbreitet werden.

Diese steigende Nutzung sensibler Gesundheitsdaten wirft die Frage auf, ob damit ein hinreichender rechtlicher Schutz gegen Datenmissbrauch und Diskriminierung einhergeht.¹⁵ Digitalisierung im Gesundheitswesen steht nicht nur für eine moderne und per se bessere Gesundheitsversorgung, sondern auch für neuartige, teilweise noch nicht vollständig überschaubare Gefahrenquellen für höchst sensible Gesundheitsdaten. Es bedarf deshalb eines Ausgleichs zwischen dem Gesundheitsdatenschutz und der erweiterten Nutzung von Gesundheitsdaten, insbesondere in der medizinischen Forschung. Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit der Gesundheitsdatenschutz dieser Herausfor-

7 Es existiert keine einheitliche Definition; z. B. zur Arbeitsdefinition des *Deutschen Ethikrats*, Big Data und Gesundheit – Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung, Stellungnahme, 2017, S. 54.

8 *Schweighart*, Digitalisierung im Gesundheitswesen, Sonderbeilage der SZ v. 21.04.2020, S. 2.

9 Bezogen speziell auf Gesundheitsdaten *Weichert*, Praktische Anwendungsprobleme im Gesundheitsdatenschutz, MedR 2019, S. 623.

10 *Bolz/Hoischen*, NGS: Gestern, heute und morgen, medgen 2019, S. 185 ff.; *Westphalen/Jesinghaus/Pfarr/Klauschen/Loges/Stenzinger/Heinemann/Heinrich/Weichert*, Genomanalyse maligner Tumore, Forum 2019, S. 458 ff.

11 Zum Begriff der individualisierten Medizin *Schleiden/Klingler/Bertram/Marckmann*, What is personalized medicine: sharpening a vague term based on a systematic literature review, BMC Med Ethics 2013, 14:55.

12 Näher zum Einsatz von Next-Generation-Sequencing (NGS) namentlich in der Onkologie *Sobotka/Weber*, Molekulare Tumordiagnostik – aktuelle Methoden, Anwendungsbeispiele und Ausblick, Der Onkologe 2020, S. 373 ff.; *Leichsenring/Kazdal/Ploeger et al.*, Von der Paneldiagnostik zu umfassenden genomischen Analysen, Der Pathologe 2019, S. 235 ff.

13 Zur Berücksichtigung in der GKV z. B. *Becker*, Legal Aspects of Personalized Medicine, in: *Bodiroga-Vukobrat/Rukavina/Pavelić/Sander* (Hrsg.), Personalized Medicine. A New Medical and Social Challenge, Cham 2016, S. 21 ff.; *Becker/v. Hardenberg*, Companion Diagnostics in der GKV, MedR 2016, S. 104 ff.; *Huster/Gottwald*, Die Vergütung genetischer Diagnostik in der Gesetzlichen Krankenversicherung, 2013.

14 Gerade im Zuge der individualisierten Medizin gehen medizinische Forschung und ärztliche Behandlung stärker ineinander über, vgl. hierzu *Katzenmeier*, Big Data, E-Health, KI und Robotik in der Medizin, MedR 2019, S. 260.

15 Zu den Missbrauchsgefahren etwa *Weichert*, Gesundheitsdatenschutz in vernetzten Zeiten, Bundesgesundheitsbl. 2018, S. 285 f.

derung bereits begegnet oder noch angepasst werden muss. Dazu wird unter B. ein Überblick über die aktuelle Rechtslage gegeben und unter C. auf den weiteren Reformbedarf eingegangen. Vor diesem Hintergrund werden abschließend unter D. Handlungsmöglichkeiten zur Verbesserung der gegenwärtigen Rechtslage aufgezeigt.

B. Überblick über die aktuelle Rechtslage

I. »Offene« EU-Datenschutzgrundverordnung

Den rechtlichen Rahmen für die Nutzung von Gesundheitsdaten gibt die Datenschutz-Grundverordnung¹⁶ vom 27. April 2016 vor (DSGVO), die am 24. Mai 2016 in Kraft trat, nach der zweijährigen Umsetzungsfrist seit dem 25. Mai 2018 auch in Deutschland unmittelbar gilt und widersprechenden nationalen Regelungen vorgeht.¹⁷ Für die Forschung mit Gesundheitsdaten zielt sie darauf ab, das Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GRCh) und der Forschungsfreiheit (Art. 13 GRCh) auszugleichen.¹⁸

In ihren Anwendungsbereich fällt die Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 2 Abs. 1 DSGVO). Hierzu zählen auch Gesundheitsdaten im Sinne des Art. 4 Nr. 15 DSGVO.¹⁹ Danach sind Gesundheitsdaten personenbezogene Daten, »die sich auf die körperliche oder geistige Gesundheit einer natürlichen Person, einschließlich der Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen, beziehen und aus denen Informationen über deren Gesundheitszustand hervorgehen«. In diesen weit zu verstehenden Begriff sind auch Daten einbezogen, die z. B. von einer Gesundheits-App oder einer »Smart Watch« erfasst werden.²⁰ Allerdings zählen anonymisierte Daten nicht zum Schutzbereich der DSGVO und sind deswegen auch dort nicht definiert.²¹ Kennzeichen der Anonymisierung ist, dass die Daten nicht mehr einer Person zugeordnet werden können. Bei dieser Beurteilung werden alle Mittel einbezogen, die »nach allgemeinem Ermessen wahrscheinlich genutzt werden«, um den Personenbezug (wieder-)herzustellen.²² Durch den technischen Fortschritt wird dies immer leichter, weshalb heute seltener von anonymen Daten gesprochen werden kann als früher²³ und sich die Anwendung der DSGVO insofern erweitert.

16 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Rates v. 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

17 Dazu *Roßnagel*, Datenschutz in der Forschung, ZD 2019, S. 159.

18 Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 07.12.2000, in Kraft getreten am 01.12.2009; näher zum Spannungsverhältnis *Weichert*, Die DSGVO, ein – ganz guter – Anfang, DuD 2020, S. 294; *Roßnagel*, Datenschutz in der Forschung, ZD 2019, S. 157 ff.; *Spindler*, Big Data und Forschung mit Gesundheitsdaten in der gesetzlichen Krankenversicherung, MedR 2016, S. 693.

19 Genetische Daten haben in Art. 4 Nr. 13 DSGVO eine eigenständige Berücksichtigung erfahren.

20 *Kühling*, Datenschutz im Gesundheitswesen, MedR 2019, S. 615.

21 Vgl. Erwägungsgrund 26, wonach die Grundsätze des Datenschutzes nicht für anonymisierte Daten gelten, jedoch für pseudonymisierte Daten (zur Pseudonymisierung Art. 4 Nr. 5 DSGVO).

22 Erwägungsgrund 26.

23 *Ernst*, in: *Paal/Pauly*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 50. Die Re-Identifizierung durch eine Verknüpfung von Daten kann mit »einfachen« personenbezogenen Daten leichter sein als mit Gesundheitsdaten (vgl. *Thüsing/Rombey*, Forschung im Gesundheitswesen: Anforderungen an einen passgenauen

Die Verarbeitung von Gesundheitsdaten²⁴ ist nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO grundsätzlich verboten und nach Absatz 2 nur in Ausnahmefällen erlaubt. Eine Erlaubnis liegt im Fall einer wirksamen Einwilligung vor (Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO). Die Einwilligung muss grundsätzlich »für den bestimmten Fall« (Art. 4 Nr. 11 DSGVO) gegeben werden, soll aber nach Erwägungsgrund 33 auch für »bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung« möglich sein, da der Zweck der Datenverarbeitung bei wissenschaftlicher Forschung oftmals zum Zeitpunkt der Datenerhebung nicht vollständig angegeben werden kann. Zwar gibt es in der DSGVO hierzu keine Regelung, aber die Erwägungsgründe spielen bei der Interpretation und Auslegung von EU-Rechtsakten eine wichtige Rolle und werden bei der Anpassung nationaler Regelungen berücksichtigt.²⁵ Darüber hinaus besteht ein gesetzlich geregelter Erlaubnistatbestand für wissenschaftliche Forschungszwecke in Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO, der den Mitgliedstaaten eine Öffnung für die Normierung weiterer Bedingungen bietet, einschließlich der Einführung zusätzlicher Beschränkungen (Art. 9 Abs. 4 DSGVO). Speziell für die Nutzung von Gesundheitsdaten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken hält die DSGVO an verschiedenen Stellen Privilegierungen bereit, die mit »Garantien« bei der Durchführung der Datenverarbeitung aufgewogen werden, um die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen zu schützen (Art. 89 Abs. 1 DSGVO).²⁶ Entsprechend ihrer Konzeption als Grundverordnung hält sich die DSGVO dabei insgesamt zurück, und es kommt darauf an, wie der deutsche Gesetzgeber den über die Öffnungsklauseln gewährten, durchaus erheblichen Gestaltungsspielraum für die Regulierung des nationalen Datenschutzes nutzt.

II. Vielschichtiger deutscher Gesundheitsdatenschutz

1. Recht auf informationelle Selbstbestimmung

In der Entwicklung des deutschen Datenschutzrechts ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) ein »Meilenstein«²⁷. Es beinhaltet die »Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen«²⁸. Dies gilt für allgemeine Gesundheitsdaten, die z. B. Auskunft über den Krankheits- oder Gesundheitszustand geben, ebenso wie für genetische Daten.²⁹ Als Reaktion auf neue Gefährdungslagen wurde das Persönlichkeitsrecht durch das

Datenschutz NZS 2019, S. 203 f.); grundsätzlich erhöht sich das Risiko mit der Dauer der Speicherung, dazu *Roßnagel*, Datenschutz in der Forschung, ZD 2019, S. 159.

24 Eingeschlossen sind pseudonymisierte Daten, wobei bei der verbreiteten Nutzung genomischer Daten selbst eine Pseudonymisierung immer schwieriger wird, vgl. *Hamacher/Katzenbeisser/Kussel/Stammler*, Genomische Daten und der Datenschutz, DuD 2020, S. 88.

25 *Kühl/Rohrer/Schneider*, Ein europäischer Gesundheitsdatenschutz, DuD 2018, S. 737.

26 Zu den Forschungsprivilegierungen in der DSGVO näher *Weichert*, Die Forschungsprivilegierung in der DSGVO, ZD 2020, S. 18 ff.; *Roßnagel*, Datenschutz in der Forschung, ZD 2019, S. 159; *Geminn*, Wissenschaftliche Forschung und Datenschutz, DuD 2018, S. 641 ff.

27 *Timmfeld*, Grundfragen, in: *Dies./Buchner/Petri/Hof* (Hrsg.), Einführung in das Datenschutzrecht, 2019, S. 82, 122; dazu auch *Spindler*, Big Data und Forschung mit Gesundheitsdaten in der gesetzlichen Krankenversicherung, MedR 2016, S. 692.

28 BVerfG v. 15.12.1983, BVerfGE 65, 1, 41 (Volkszählungsurteil).

29 Näher dazu *Dochow*, Grundlagen und normativer Rahmen der Telematik im Gesundheitswesen, Dissertation 2017, S. 489 f.

Bundesverfassungsgericht immer weiter ausdifferenziert (z. B. in das Recht am eigenen Bild, das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung und das Recht auf Vergessen).³⁰ Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung steht für einen an moderne Entwicklungen angepassten Persönlichkeitsschutz. Es ist als eigene Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu verstehen³¹ und erfasst auch die durch die Digitalisierung hervorgerufenen Gefahren. Um am digitalen und medizinischen Fortschritt teilzuhaben, ist es kaum vermeidbar, persönliche Daten in erheblichem Umfang preiszugeben. Weitreichende Verbreitungsmöglichkeiten, Reproduzierbarkeit und eine unvorhersehbare Rekombinierbarkeit in komplexen Verarbeitungsprozessen³² bergen jedoch das Risiko, dass der Einzelne den Überblick und damit auch den Einfluss auf seine persönlichen Daten verliert. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung soll gerade vor Gefährdungen schützen, die sich aus einer nicht mehr nachzuvollziehenden oder zu kontrollierenden Datensammlung und Datenverknüpfung ergeben.³³

Allerdings ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht schrankenlos gewährleistet. Es kann »nicht ausschließlich dem Betroffenen im Sinne einer absoluten, uneinschränkbar Herrschaft über seine Daten zugeordnet werden«³⁴. Der Einzelne muss grundsätzlich Einschränkungen dieses Rechts hinnehmen. Jedoch sind die Anforderungen vergleichsweise hoch, die das Bundesverfassungsgericht an eine Einschränkung des Grundrechts stellt.³⁵ Die hohen Ansprüche an eine Ermächtigungsgrundlage, vor allem hinsichtlich Normenklarheit und Bestimmtheit, haben beim Gesetzgeber eine weitreichende Aktivität hinsichtlich bereichsspezifischer Datenschutzvorschriften ausgelöst.³⁶ Bei der Entwicklung des nationalen Datenschutzrechts zur Nutzung von Gesundheitsdaten zu Forschungszwecken hat der Gesetzgeber nicht nur seiner Schutzpflicht gegenüber dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu genügen, sondern auch die Forschungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG zu beachten.³⁷

2. Datenschutzrechtliche Ebenen

Unter Berücksichtigung der europäischen und verfassungsrechtlichen Vorgaben hat der deutsche Gesetzgeber im Datenschutz ein System aus mehreren Ebenen geschaffen. Dieses »Mehrebenensystem« ist zurückzuführen auf die unmittelbare

30 Vgl. grundsätzlich zur Reaktion auf neue Gefahren *Landau*, Innovationen für die Gesellschaft? Verfassungsrechtliche Grundsatzfragen, in: *Schumpelick/Vogel* (Hrsg.), Innovationen in Medizin und Gesundheitswesen, 2010, S. 463, 480 f.; zum Recht auf Vergessen BVerfG, Beschluss v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 = NJW 2020, S. 300 ff. (Recht auf Vergessen I); BVerfG, Beschluss v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17 = NJW 2020, S. 314 ff. (Recht auf Vergessen II).

31 St. Rspr., hierzu nur BVerfG, Beschluss v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13, Rn. 84, 89.

32 Zu diesen neuartigen Gefahrenquellen BVerfG, Beschluss v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13, Rn. 85.

33 BVerfG, Beschluss v. 25.02.2020 – 1 BvR 1282/17, Rn. 7.

34 BVerfG NJW 2002, S. 2165.

35 Näher dazu *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Werkstand: 89. EL Oktober 2019, Art. 2 Abs. 1, Rn. 181 ff. m. w. N.

36 Ausführlich zu den Hintergründen dieser Entwicklung *Kingreen/Kühling*, Gesundheitsdatenschutzrecht, 2015, S. 451 ff.

37 Hierzu näher *Spindler*, Big Data und Forschung mit Gesundheitsdaten in der gesetzlichen Krankenversicherung, *MedR* 2016, S. 692 f.; *Torbohm*, Datenschutz in der medizinischen Forschung, in: *Kingreen/Kühling* (Hrsg.), Gesundheitsdatenschutz, 2015, S. 344.

Wirkung der DSGVO einschließlich des Verbots, unionsrechtliche Regelungen im nationalen Recht zu wiederholen³⁸, sowie auf die Verteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Ländern.³⁹ Der deutsche Gesetzgeber hat das nationale Recht den europäischen Vorgaben angepasst und den über die Öffnungsklauseln gewährten Gestaltungsspielraum genutzt. Entsprechend existieren in Deutschland ein Bundesdatenschutzgesetz, sechzehn Landesdatenschutzgesetze, ein Sozialdatenschutz sowie zahlreiche, in verschiedenen Gesetzen verteilte bereichsspezifische Normen. Besonderheiten bestehen in einzelnen Bundesländern wie z. B. in Bremen mit einem Krankenhausdatenschutzgesetz⁴⁰ und in Nordrhein-Westfalen mit einem Gesundheitsdatenschutzgesetz⁴¹. Soweit man von einem Gesundheitsdatenschutzrecht spricht, sind darüber hinaus die zivil-, straf- und berufsrechtlichen Vorgaben der ärztlichen Schweigepflicht einzubeziehen.⁴² Diese Komplexität wird vor allem im Gesundheitsrecht durch eine weite Ausdifferenzierung im bereichsspezifischen Recht zusätzlich erhöht.⁴³

Dieses heterogen gewachsene Datenschutzkonstrukt ist für die Nutzung von Gesundheitsdaten zu Forschungszwecken relevant. Für deren Regulierung hat der deutsche Gesetzgeber mehrfach auf Art. 9 Abs. 2 DSGVO zurückgegriffen. Dies gilt z. B. für § 27 Abs. 1 BDSG⁴⁴, der die Verarbeitung von Gesundheitsdaten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken auch ohne Einwilligung für zulässig erklärt, »wenn die Verarbeitung zu diesen Zwecken erforderlich ist und die Interessen des Verantwortlichen an der Verarbeitung die Interessen der betroffenen Person an einem Ausschluss der Verarbeitung erheblich überwiegen«⁴⁵. Allerdings ergibt sich schon aus § 1 BDSG der eingeschränkte Anwendungsbereich des BDSG, insbesondere durch den Vorrang der spezialgesetzlichen und bereichsspezifischen Regelungen, soweit sie abschließend sind.⁴⁶ Das deutsche Gesundheitsdatenschutzrecht ist demnach geprägt von mehreren Regelungsebenen und von ihrem komplexen Verhältnis zueinander.

3. Neuerungen im bereichsspezifischen Datenschutz

Im vielschichtigen Gesundheitsdatenschutzrecht unterliegt die Forschung mit Sozialdaten einem abschließenden, bereichsspezifischen Regelungssystem im SGB V und X, das dem allgemeinen deutschen Datenschutz zwar vorgeht, sich aber wie dieses an die europäischen Vorgaben halten muss.⁴⁷ Sozialdaten können,

38 Kühnl/Rohrer/Schneider, Ein europäischer Gesundheitsdatenschutz, DuD 2018, S. 737.

39 Dazu Kingreen/Kühling, Gesundheitsdatenschutzrecht, 2015, S. 441 ff.

40 Bremisches Krankenhausdatenschutzgesetz (BremKHDSG) v. 25.04.1989, Brem.GBl. 1989, S. 202.

41 Gesetz zum Schutz personenbezogener Daten im Gesundheitswesen (Gesundheitsdatenschutzgesetz – GDSG NW) v. 22.02.1994, GV.NRW.1994, S. 84.

42 Deutscher Ethikrat, Big Data und Gesundheit – Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung Stellungnahme, 2017, S. 142 f.

43 Sackmann, Datenschutz bei der Digitalisierung der Mobilität, Dissertation 2020, S. 194; zur Komplexität auch Kühling/Schildbach, Die Reform der Datentransparenzvorschriften im SGB V, NZS 2020, S. 42.

44 Der Gesetzgeber hatte hierfür keinen Regelungsauftrag, weswegen er von Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO Gebrauch gemacht hat, vgl. Krohm, in: Gola/Heckmann, BDSG, 13. Aufl. 2019, § 27 Rn. 7.

45 Näher zu den weiteren Vorgaben in den folgenden Absätzen Geminn, Wissenschaftliche Forschung und Datenschutz, DuD 2018, S. 642 f.

46 Kirchner, Gesundheitswesen, in: Kingreen/Kühling (Hrsg.), Gesundheitsdatenschutzrecht, 2015, S. 202.

47 Dazu Torbohm, Datenschutz in der medizinischen Forschung, in: Kingreen/Kühling (Hrsg.), Gesundheitsdatenschutzrecht, 2015, S. 358 ff.

müssen aber keine Gesundheitsbezüge aufweisen. Sie sind als eine qualifizierte Form von personenbezogenen Daten zu verstehen, für die mit Rücksicht auf ihre besondere Schutzbedürftigkeit spezielle sozialrechtliche Regelungen gelten.⁴⁸ In dem Sinne »Digitalisierung im Gesundheitswesen ist Digitalisierung des Sozialdatenschutzes«⁴⁹ hat der Bundestag am 7. November 2019 das DVG⁵⁰ beschlossen. Er hat die in Art. 9 Abs. 2 DSGVO gewährte Öffnung genutzt⁵¹, um die Vorschriften zur Datentransparenz im SGB V zu reformieren. Hintergrund ist, dass in der Zusammenführung von Versorgung und Forschung ein großes Potenzial für die Verbesserung der Gesundheitsversorgung gesehen wird.⁵² Es soll für die medizinische Forschung unter Wahrung eines hohen Datenschutzniveaus ein möglichst breiter Zugang zu Versichertendaten der Gesetzlichen Krankenversicherung möglich sein. Das Ziel der Reform besteht darin, vorhandene gesetzliche Regelungen zur Datentransparenz hinsichtlich der Nutzung von Sozialdaten zu Forschungszwecken zu erweitern und die Datenaufbereitungsstelle zu einem Forschungsdatenzentrum weiterzuentwickeln.⁵³ Im Einzelnen war dazu eine detaillierte Reform der §§ 303a bis 303e SGB V notwendig, die als Detailoptimierung sowohl Zustimmung als auch Kritik erfahren hat.⁵⁴ Die ursprünglich im Referentenentwurf zum DVG vorgesehene gesetzliche Möglichkeit für Versicherte, Daten ihrer elektronischen Patientenakte freiwillig der medizinischen wissenschaftlichen Forschung zur Verfügung zu stellen⁵⁵, fand letztlich keinen Eingang in das DVG. Jedoch wurde diese Möglichkeit in den Referentenentwurf eines Gesetzes zum Schutz elektronischer Patientendaten in der Telematikinfrastruktur (Patientendaten-Schutzgesetz – PSDG) erneut aufgenommen, das im Herbst 2020 in Kraft treten und es Versicherten ab 2023 ermöglichen soll, die in der elektronischen Patientenakte abgelegten Daten freiwillig (pseudonymisiert und verschlüsselt) der medizinischen Forschung zur Verfügung zu stellen.⁵⁶ Die Idee der »Datenspende« hatte bereits der Deutsche Ethikrat aufgeworfen, um im Sinne einer umfassenden

48 Sozialdaten sind in § 67 II SGB X definiert, zum Begriffsverständnis z. B. *Leopold*, in: KassKomm, SGB X, 107. EL Dez. 2019, § 67 Rn. 38 ff. Soweit Gesundheitsdaten gleichzeitig Sozialdaten sind, unterliegen sie den vorrangigen bereichsspezifischen Regelungen, näher dazu *Kühling*, Datenschutz im Gesundheitswesen, MedR 2019, S. 615 f.

49 *Thüsing/Rombey*, Forschung im Gesundheitswesen: Anforderungen an einen passgenauen Datenschutz, NZS 2019, S. 205.

50 Gesetz für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (DVG) v. 09.12.2019, BGBl. I, S. 2562.

51 Dazu *Kühling/Schildbach*, Die Reform der Datentransparenzvorschriften im SGB V, NZS 2020, S. 45.

52 § 287 SGB V hat insoweit nur eine »halbherzige Durchbrechung der Abschottung der Datenbestände« gebracht, näher dazu *Platzer*, Das Vorhaben einer Forschungsdatenbank nach dem Digitale Versorgung Gesetz (DVG) fragwürdig und risikoreich, NZS 2020, S. 289; auch *Spindler*, Big Data und Forschung mit Gesundheitsdaten in der gesetzlichen Krankenversicherung, MedR 2016, S. 698.

53 BT-Drs. 19/13438, S. 3.

54 Vgl. BGBl. I 2019, S. 2579. Im Einzelnen zur alten und neuen Rechtslage sowie zur Diskussion *Kühling/Schildbach*, Die Reform der Datentransparenzvorschriften im SGB V, NZS 2020, S. 41 ff.; kritisch *Weichert*, Praktische Anwendungsprobleme im Gesundheitsdatenschutz, MedR 2019, S. 625; *Platzer*, Das Vorhaben einer Forschungsdatenbank nach dem Digitale Versorgung Gesetz (DVG) – fragwürdig und risikoreich, NZS 2020, S. 291.

55 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit, Entwurf eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG) v. 15.05.2019, S. 28, 34.

56 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit, Entwurf eines Gesetzes zum Schutz elektronischer Patientendaten in der Telematikinfrastruktur; das Bundeskabinett hat den Entwurf am 01.04.2020 beschlossen; dazu www.bundesgesundheitsministerium.de/pdsg.html, Zugriff am 30.04.2020.

Zustimmung die Datennutzung ohne enge Zweckbindung zugunsten der klinischen und medizinbezogenen Grundlagenforschung zu erlauben.⁵⁷

C. Weiterer Reformbedarf

Die fortschreitende Digitalisierung im Gesundheitswesen wirft nicht nur einen neuartigen rechtlichen Regelungsbedarf auf, sondern erhöht auch die Dringlichkeit zur Schließung bekannter Regelungslücken.

I. Recht auf Nichtwissen

Mit der verstärkten Nutzung von (genetischen) Gesundheitsdaten erhöht sich für den Einzelnen das Risiko, mit sehr sensiblen Informationen über seine Gesundheit konfrontiert zu werden, die sein Leben nachhaltig beeinflussen können. Das Recht auf Nichtwissen soll vor einer solchen unerwünschten Konfrontation schützen.⁵⁸ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst auch »ein Recht auf Nichtwissen der eigenen genetischen Veranlagung«, das den Einzelnen davor schützt, Kenntnis über ihn betreffende genetische Informationen mit Aussagekraft für seine persönliche Zukunft zu erlangen, ohne dies zu wollen.«⁵⁹ Einen Niederschlag hat es bereits in § 9 Abs. 2 Nr. 5 GenDG⁶⁰ gefunden, das sich jedoch nur auf Daten aus genetischen Untersuchungen und Analysen bezieht.⁶¹ Für die Gefährdung des Persönlichkeitsrechts muss es aber keinen Unterschied machen, ob eine Prognose zur Erkrankungswahrscheinlichkeit auf der Grundlage von genetischen Daten oder auf der Grundlage eines automatisierten Abgleichs von anderen Gesundheitsinformationen über den Betroffenen mit einer Vielzahl von Fremddaten erfolgt.⁶² Deswegen ist der Gesetzgeber aufgerufen, in Ausfüllung seiner Schutzpflicht weitere gesetzliche Regelungen zum Recht auf Nichtwissen zu treffen.⁶³ Ein Vorschlag hierfür besteht in einer Regelung im Rahmen des Behandlungsvertragsrechts (§§ 630a ff. BGB).⁶⁴ Jedoch hat das Recht auf Nichtwissen darüber hinaus auch im Rahmen der medizinischen Forschung Bedeutung, für die

57 *Deutscher Ethikrat*, Big Data und Gesundheit – Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung Stellungnahme, 2017, S. 266 f.

58 Näher dazu z. B. *Duttge*, Das Recht auf Nichtwissen in der Medizin, DuD 2010, S. 34, 35; *Wollenschläger*, Der Drittbezug prädiktiver Gendiagnostik im Spannungsfeld der Grundrechte auf Wissen, Nichtwissen und Geheimhaltung, AöR 2013, S. 169 ff.; v. *Hardenberg*, Genetische Gesundheitsdaten in der individualisierten Medizin, ZD 2014, S. 116; *Fünding*, Recht auf Wissen vs. Recht auf Nichtwissen in der Gendiagnostik, Dissertation 2017, S. 156 ff.

59 BGH NJW 2014, S. 2190 f.

60 Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz – GenDG) v. 31.07.2009, zuletzt geändert durch Gesetz v. 20.11.2019.

61 Vgl. zum Anwendungsbereich § 2 GenDG.

62 *Hahn*, Das »Recht auf Nichtwissen« des Patienten, MedR 2019, S. 200. Zum alten Streit um den genetischen Exzeptionalismus nur *Hahn*, in: *Kern*, GenDG, 2012, § 1 Rn. 10 ff.

63 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Stand: 89. EL Oktober 2019, Art. 2 Abs. 1, Rn. 192.

64 Näher dazu *Hahn*, Das »Recht auf Nichtwissen« des Patienten, MedR 2019, S. 202 einschließlich einer Regelung für die Information von Verwandten, wenn der Betroffene eine Information nicht weitergeben möchte, diese aber für Verwandte gesundheitsrelevant ist; näher zu diesem bereits viel diskutierten Problemkreis z. B. *BMBF-Reformgruppe*, Recht auf Nichtwissen, MedR 2016, S. 401 ff.

das Gendiagnostikgesetz nicht gilt.⁶⁵ Trotz immer wiederkehrender Vorschläge⁶⁶ ist es bislang nicht zu einem Biobankengesetz gekommen, in dem auch das Recht auf Nichtwissen berücksichtigt werden könnte. In Anbetracht des besonders deutlichen Spannungsverhältnisses zwischen Forschung und Datenschutz⁶⁷ ist eine Aktivität des Gesetzgebers insoweit geboten.⁶⁸

II. Bundesländerübergreifende Forschungsvorhaben

Mehr Rechtsklarheit und Rechtssicherheit ist auch für bundesländerübergreifende medizinische Forschungsvorhaben erforderlich. Die aktuelle Rechtslage kann dazu führen, dass 16 sich unterscheidende, sich womöglich sogar widersprechende Länderregelungen sowie außerdem noch spezifische Forschungsklauseln aus den Sozialgesetzbüchern oder aus Krankenhausgesetzen anwendbar sind.⁶⁹ Dieser Rechtszustand erschwert die Planung und Durchführung wichtiger Forschungsprojekte, teilweise macht er sie sogar unmöglich, weil unübersichtliche und mitunter praktisch schwer umsetzbare Anforderungen gestellt werden.⁷⁰ Zur Vereinheitlichung wird ein Bund-Länder-Staatsvertrag vorgeschlagen, da die Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Ländern verteilt ist.⁷¹ In Anbetracht des damit verbundenen Koordinierungs- und Abstimmungsaufwands wird alternativ eine Regelung durch den Bundesgesetzgeber vorgeschlagen, die vorsieht, dass bei länderübergreifenden Forschungsvorhaben das BDSG gilt und verschiedene Zuständigkeiten gebündelt werden.⁷² Für eine Verbesserung der aktuellen Rechtslage zugunsten der Forschung wird des Weiteren die Synchronisierung der forschungsspezifischen Rechtsgrundlagen im BDSG, in den Landesdatenschutzgesetzen und in bereichsspezifischen Gesetzen sowie auf europäischer Ebene eine weitergehende Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Regelungen zum Forschungsdatenschutz empfohlen.⁷³ Diese Vorschläge bilden den dringenden Handlungsbedarf ab, machen aber auch die Hindernisse deutlich, die vor allem in der Pluralität der Gesetzgeber liegen.⁷⁴

65 § 2 Abs. 2 Nr. 1 GenDG.

66 Vgl. z. B. *Gassner/Kersten/Lindemann/Lindner/Rosenau/Schmidt am Busch/Schroth/Wollenschläger*, Biobankengesetz, Augsburg-Münchener-Entwurf, 2015.

67 Bezogen auf Biobanken vgl. etwa *Gallwas*, Biobanken aus grundrechtlicher Sicht, MedR 2019, S. 361.

68 *Kersten*, Biobanken, Zum Augsburg-Münchener-Entwurf eines Biobankgesetzes, in: *Spickhoff/Kossak/Kvit* (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Medizinrechts, 2018, S. 103 ff.

69 *Weichert*, Praktische Anwendungsprobleme im Gesundheitsdatenschutz, MedR 2019, S. 624 m. w. N.

70 *Weichert/Krawczak*, Vorschlag einer modernen Dateninfrastruktur für die medizinische Forschung in Deutschland, GMS Med Inform Biom Epidemiol 2019;15(1):Doc03.

71 *Weichert/Krawczak*, Vorschlag einer modernen Dateninfrastruktur für die medizinische Forschung in Deutschland, GMS Med Inform Biom Epidemiol 2019;15(1):Doc03.

72 *Dierks*, Wir brauchen ein neues Datenschutzrecht für die medizinische Forschung, Handelsblatt, Gastbeitrag v. 22.02.2020; im Einzelnen dazu und weitergehend das Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Gesundheit von *Dierks+Company*, Lösungsvorschläge für ein neues Gesundheitsforschungsdatenschutzrecht in Bund und Ländern v. 15.09.2019.

73 Gutachten der Datenethikkommission der Bundesregierung, 2019, S. 125, darüber hinaus wird ein Notifizierungserfordernis für mitgliedstaatliche Regelungen in diesem Bereich und die Einrichtung einer europäischen Clearing-Stelle für grenzüberschreitende Forschungsprojekte gefordert.

74 *Deutscher Ethikrat*, Big Data und Gesundheit – Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung Stellungnahme, 2017, S. 157.

D. Fazit

Es besteht Klarheit darüber, dass weitere Reformen notwendig sind, um die bisherigen Strukturen des Gesundheitssystems an die Dynamik des digitalen Fortschritts anzupassen.⁷⁵ Dazu gehört es auch, den Gesundheitsdatenschutz so zu reformieren, dass die durch Big Data eröffneten Chancen für die Forschung mit Gesundheitsdaten unter Berücksichtigung der damit verbundenen datenschutzrechtliche Risiken ergriffen werden können, um die Gesundheitsversorgung zu verbessern. Zu lange wurde der Digitalisierungsprozess weitgehend sich selbst überlassen und weitere datenschutzrechtliche Regulierungen als fortschrittshemmend angesehen.⁷⁶ Konsequenz ist die Entwicklung des verzweigten, ungleichmäßigen und im Ergebnis unübersichtlichen Gesundheitsdatenschutzes, der einer Modernisierung des Gesundheitswesens jetzt im Weg steht.

Es ist Sache des deutschen Gesetzgebers, die in der DSGVO gewährten Öffnungsklauseln zu nutzen, um den Gesundheitsdatenschutz zu ordnen, zu vereinheitlichen und auf die aktuellen Entwicklungen im Gesundheitswesen auszurichten. Es sollte nicht notwendig sein, eine Verbesserung erst durch Reduzierung der Öffnungsklauseln auf Unionsebene zu erreichen oder gar auf Abhilfe durch die Rechtsprechung oder die Verwaltung zu hoffen.⁷⁷ Der Gesetzgeber ist tätig geworden, hat sich dabei allerdings darauf konzentriert, den Detailgrad bereichsspezifischer Regelungen weiter zu erhöhen und sich bisher nicht einer Neustrukturierung des Gesundheitsdatenschutzes zur Verringerung der Komplexität angenommen.⁷⁸ Mit der gestiegenen Anzahl und der Ausdifferenzierung von Spezialvorschriften erhöht sich jedoch nicht zwangsläufig auch der damit eigentlich bezweckte Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, sondern dieser kann durch ein »zu viel« auch gerade geschwächt werden.⁷⁹ Dies gilt vor allem dann, wenn das Verhältnis der verschiedenen Vorschriften zueinander nicht geklärt ist.⁸⁰ Hinzu kommt, dass es an verlässlichen Auslegungshilfen mangelt⁸¹, so dass trotz Verbesserungen im Detail grundsätzliche Fragen ungelöst bleiben.

Letztlich kann nur eine vereinfachende und vereinheitlichende Neuausrichtung des Gesundheitsdatenschutzes Abhilfe schaffen.⁸² Deswegen ist eine »große Lösung« einer Zementierung von Insellösungen vorzuziehen. Hilfreich wäre dafür ein Gesundheitsdatenschutzgesetz, für das jedoch die Schaffung einer spezifisch

75 BT-Drs. 19/13438, S. 1.

76 Weichert, Praktische Anwendungsprobleme im Gesundheitsdatenschutz, MedR 2019, S. 623.

77 Vgl. zu diesen Aspekten Kühling, Datenschutz im Gesundheitswesen, MedR 2019, S. 622; für eine Lösung auf europäischer Ebene Platzer, Das Vorhaben einer Forschungsdatenbank nach dem Digitale Versorgung Gesetz (DVG) – fragwürdig und risikoreich, NZS 2020, S. 295.

78 Kühling/Schildbach, Die Reform der Datentransparenzvorschriften im SGB V, NZS 2020, S. 42.

79 Vgl. Kirchner, Gesundheitswesen, in: Kingreen/Kühling (Hrsg.), Gesundheitsdatenschutzrecht, 2015, S. 214, 216.

80 Thüsing/Rombey, Forschung im Gesundheitswesen: Anforderungen an einen passgenauen Datenschutz, NZS 2019, S. 203.

81 Wie z. B. für die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung und das »erheblich überwiegende Interesse« des Forschenden i. S. d. § 27 BDSG, dazu Gutachten der Datenethikkommission der Bundesregierung, 2019, S. 125.

82 Kühling/Schildbach, Die Reform der Datentransparenzvorschriften im SGB V, NZS 2020, S. 42, 50; auch Deutscher Ethikrat, Big Data und Gesundheit – Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung Stellungnahme, 2017, S. 157.

auf das Datenschutzrecht bezogenen Gesetzgebungskompetenz notwendig wäre.⁸³ In Anbetracht dieser hohen Hürde wird stattdessen auf die Entwicklung eines Leitprinzips und auf ein hieran ausgerichtetes Gestaltungs- und Regelungskonzept gesetzt.⁸⁴ Deutschland hinkt insoweit im Verhältnis zu anderen Ländern allerdings hinterher.⁸⁵ Notwendig erscheint deswegen eine noch weitergehende internationale⁸⁶ und interdisziplinäre⁸⁷, namentlich gesundheitsrechtswissenschaftliche⁸⁸ Auseinandersetzung. Dies gilt umso mehr, als Daten sowohl fachlich als auch örtlich keine Grenzen kennen. Schließlich ist es Aufgabe der Rechtswissenschaft, »sowohl für die vielfältigen und durch gesetzliche Änderungen immer wieder neu aufgeworfenen Probleme der Rechtsanwendung durch systematisch entwickelte Leitlinien Lösungen aufzuzeigen als auch dem sozialpolitische Veränderungen aufgreifenden Gesetzgeber rechtspolitische Vorschläge zu unterbreiten.«⁸⁹ Digitalisierung und Big Data im Gesundheitswesen erhöhen diesen Bedarf für den Gesundheitsdatenschutz, bieten aber zugleich die erforderliche Schubkraft, um ihn einer grundlegenden Reform zu unterziehen.

83 Näher dazu *Kingreen/Kühling*, Gesundheitsdatenschutzrecht, 2015, S. 468 ff.

84 *Deutscher Ethikrat*, Big Data und Gesundheit – Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung Stellungnahme, 2017, S. S. 172; zur »Datensouveränität« *Thüsing/Rombey*, Forschung im Gesundheitswesen: Anforderungen an einen passgenauen Datenschutz, NZS 2019, S. 204

85 Vgl. *SmartHealthSystems*, Digitalisierungsstrategien im internationalen Vergleich, Bertelsmann Stiftung, Gütersloh 2018; Weiterentwicklung der eHealth-Strategie, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit, Berlin, 2016, S. 136; vgl. auch BT-Drs. 19/13539, S. 2.

86 *Deutscher Ethikrat*, Big Data und Gesundheit – Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung Stellungnahme, 2017, S. 168 zu den international großen Unterschieden und Hindernissen für die Durchsetzung der Rechte zum Schutz personenbezogener Daten; *Thüsing/Rombey*, Forschung im Gesundheitswesen: Anforderungen an einen passgenauen Datenschutz, NZS 2019, S. 203 zur stärkeren Einbeziehung der internationalen Rechtslage, namentlich in den USA.

87 Zu Notwendigkeit eines umfassenden Ansatzes unter Einbeziehung rechtlicher und außerrechtlicher Expertise *Deutscher Ethikrat*, Big Data und Gesundheit – Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung Stellungnahme, 2017, S. 263; hierzu auch *Katzenmeier*, Big Data, E-Health, KI und Robotik in der Medizin, MedR 2019, S. 262.

88 Das Gesundheitsrecht vereint gerade nicht nur verschiedene juristische Fächer, sondern auch verschiedene Disziplinen wie Medizin, Ökonomik, Politik und Ethik, vgl. *Becker*, Sozialpolitische und historische Grundlagen: das Besondere des deutschen Sozialstaats, in: Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht, Band 1, 2014, S. 494.

89 *Becker*, Sozialpolitische und historische Grundlagen: das Besondere des deutschen Sozialstaats, in: Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht, Band 1, 2014, S. 466.

*Linxin He, München**

Auf dem Weg zu einem sozialökologischen Staat

»Es war die beste und die schlechteste Zeit (...).
Es war der Frühling der Hoffnung und der Winter des Verzweifels.«
Dickens, Eine Geschichte aus zwei Städten (1859)

Inhaltsübersicht

- A. Einführung: Leben im Anthropozän
- B. Grundlagen des sozialökologischen Staats
 - I. Ökologische Sicherheit als staatliche Aufgabe
 - II. Gerechtigkeit als übergeordnetes Prinzip
 - III. Wirtschaftssystem als Schnittstelle von sozialen und ökologischen Interessen
 - IV. Transformationsprozess als Methode der Verwirklichung
- C. Verwandlung des Arbeitsrechts
 - I. Entstehung einer »grünen Wirtschaft«
 - II. Wiederbelebung der Sozialwirtschaft
- D. Verwandlung des Sozialrechts
 - I. Das Risiko neu verstehen
 - II. Sozialrechtliche Flankierung der Transformation des Arbeitsmarkts
 - 1. Soziale Vorsorge
 - 2. Sozialhilfe
 - 3. Soziale Entschädigung
 - 4. Soziale Förderung
- E. (Zwischen-)Bilanz

A. Einführung: Leben im Anthropozän

Für die künftigen Generationen könnte der Anfang der zwanziger Jahre des 21. Jahrhunderts als ein neuer Wendepunkt der Geschichte – wie Dickens es einst beschrieben hat – gelten: Der Konflikt zwischen den USA und dem Iran im Januar 2020 verursachte den versehentlichen Abschuss eines ukrainischen Passagierflugzeugs; ungeheure Buschbrände wüteten monatelang in weiten Teilen Australiens und verwüsteten bis März 20 % der bewaldeten Flächen mit unfassbaren Schäden für das Ökosystem des Landes; und das zunächst in China aufgetauchte Coronavirus »Sars-Cov-2« hat die ganze Welt innerhalb weniger Wochen in die »schlimmste globale Krise seit dem Zweiten Weltkrieg« (A. Guterres) gestürzt, die bis Mitte Mai 2020 weltweit mehr als 300 000 Todesopfer gefordert hat. Gleichzeitig gibt es sowohl umfangreiche zivilgesellschaftliche Aktivitäten, die

* Der Verfasser bedankt sich herzlich bei Frau Dr. Eva-Maria Hohnerlein, Frau Eva Lutz (M. A.) und Herrn Prof. Dr. Alexander Graser für ihre Lektüre und Anmerkungen. Die übrigen Fehler und Unklarheiten sind natürlich dem Verfasser selbst zuzuschreiben.

eine internationale Solidarität zum Ausdruck bringen,¹ als auch öffentliche Appelle, die einen Wechsel der bisherigen Politik einfordern, die den Herausforderungen der Globalisierung nicht tatkräftig genug entgegenwirkt.²

Warum aber bedeutet diese Situation einen neuen Wendepunkt? Die Skeptiker können einwenden, geopolitische Konflikte und Naturkatastrophen und sogar Pandemien kennen wir schon seit langem, es gibt sozusagen »nichts Neues unter der Sonne«. Diese Meinung wäre zutreffend, wenn man die verschiedenen vorhandenen Krisen für sich alleine betrachtete. Aber das Neuartige besteht gerade nicht in den einzelnen Phänomenen, sondern in ihrer wechselseitigen Beziehung, ihrer Verflechtung und Verwobenheit. Nehmen wir z. B. die Corona-Krise: Ihre Verbreitung hat auf den ersten Blick nichts mit großen Waldbränden zu tun. Aber wenn man der Entstehungsgeschichte einer Pandemie nachgeht, dann wird der Zusammenhang auf einmal klar: 75 % der für Menschen lebensgefährlichen Viren sind in Körpern von Wildtieren (u. a. in Fledermäusen) zu finden. Wenn diese Tiere ihren Lebensraum wegen des Klimawandels verlieren, dann treten sie unvermeidlich mit Menschen in Kontakt und machen eine globale Pandemie möglich. Kurzum, »die Zerstörung intakter Ökosysteme und der Klimawandel spielen eine entscheidende Rolle bei der Verbreitung neuartiger Viruserkrankungen wie Sars-CoV-2.«³ Ein weiteres bemerkenswertes Charakteristikum der Corona-Krise ist ihre globale Dimension. Dadurch wird die internationale Verflechtung der Wirtschafts- und Sozialsysteme vollständig sichtbar, und die Verwendung der Kriegsmetapher bei der Bekämpfung der Corona-Krise, die mehrmals von verschiedenen Politikern (z. B. E. Macron und B. Johnson) aufgegriffen wurde, hat trotz aller Kontroversen eine Tatsache ans Licht gebracht: Die Menschheit bildet eine globale Schicksalsgemeinschaft, die gemeinsam gegen das Virus kämpfen muss, und sie ist sich dessen bewusst. Um dieses zentrale Charakteristikum der gegenwärtigen Gesellschaft zu erfassen, brauchen wir neue Begrifflichkeiten. In dieser Hinsicht ist sicherlich das insbesondere von dem Chemie-Nobelpreisträger Paul Crutzen vorgeschlagene Konzept des »Anthropozän« wertvoll.⁴

Der Begriff des Anthropozän wurde zunächst in der historischen Geologie verwendet. Gemeint ist damit, dass wir in einem Zeitalter leben, in dem der Mensch zu einem der wichtigsten Einflussfaktoren auf die biologischen, geologischen und atmosphärischen Prozesse der Erde geworden ist.⁵ Auch wenn der Anfang dieses neuen Zeitalters umstritten bleibt, heben bereits viele Forscher hervor, dass mithilfe dieses Konzepts die Rolle des Menschen auf der Erde in einer neuen Gesamtsicht interpretiert werden kann.⁶ Neben den zeitlichen (das Holozän ist

1 Außer Spenden von Schutzmasken und Kleidungen kann man ebenfalls an verschiedene ermutigende Kunstveranstaltungen, wie z. B. das Konzert »One World. Together at Home«, denken.

2 Zum Beispiel, Delmas-Marty, Mireille, Profits de la pandémie pour faire la paix avec la Terre, Le Monde, 18. März 2020, S. 19; Bofinger, Peter et al., Europa kann nur weiterleben, wenn die Europäer jetzt füreinander eintreten, Die Zeit, 1. April, 2020.

3 Bundeszentrale für politische Bildung, Corona-Krise: Wie hängen Pandemie, Umweltzerstörung und Klimawandel zusammen? Ein Interview mit dem Tropenmediziner Jonas Schmidt-Chanasis, 29. April 2020.

4 Crutzen, Paul J., Geology of Mankind, Nature, vol. 415, 2002, S. 23.

5 Bonneuil, Christophe/Fressoz, Jean-Baptiste, The Shock of the Anthropocene, Verso, 2016.

6 Kersten, Jens, Das Anthropozän-Konzept: Kontrakt, Komposition, Konflikt, Nomos, 2014, S. 11.

beendet) und räumlichen Dimensionen des Konzepts (Menschen beeinflussen die ganze Erde) können zwei weitere Dimensionen hervorgehoben werden: zum einen seine *Reflexivität*, da sich hier, wie seinerzeit in der Aufklärung, ein Zeitalter selbst betrachtet und benennt; zum anderen die mit dem Konzept verbundene Ablehnung – also eine Art von »*Negativität*« –, die auf eine Relativierung der absoluten Herrschaftsposition des Menschen auf der Erde dringt. Das Anthropozän-Konzept betrifft deshalb die *Globalität* der Lebenswelt selbst und erfasst Probleme, die weit über den Klimawandel hinausgehen. Die beiden Konzepte müssen deshalb voneinander unterschieden werden, obwohl der Klimawandel zweifelsohne das zentrale Thema des Anthropozäns ausmacht. Die Bedeutung der Klimafrage hat in den letzten Jahren unaufhaltsam zugenommen. Die öffentliche Wahrnehmung des Problems und seiner Dringlichkeit wird einerseits durch mehrere Expertisen,⁷ darunter der Warnung des Weltklimarats im Jahre 2018,⁸ und andererseits durch die »Fridays for Future«-Bewegung geprägt. Der Klimawandel, bzw. das Anthropozän, wirft ebenfalls grundlegende Fragen für das Arbeits- und Sozialrecht auf. Die Verbindung zwischen Arbeitswelt und Natur wurde bereits 1972 von der ILO hervorgehoben.⁹ Diesen Zusammenhang neu zu denken, gilt als eine dringende Aufgabe der Rechtswissenschaft und erfordert eine grundlegende und holistische Forschung. Im vorliegenden Aufsatz können nur einige Ideen dazu skizziert werden. Dass sie lediglich als Teile eines großen Mosaiks – ja, als »*bricolage*« – gelten können, möge verziehen werden.

B. Grundlagen des sozialökologischen Staats

Wenn das Epitheton »sozial« beibehalten wird, dann bekennt sich der Staat nach wie vor zu seiner Aufgabe, seinen »Untertanen« eine kollektive Unterstützung für ein menschenwürdiges Dasein zu gewährleisten. Trotz aller Unterschiede im Hinblick auf die Art der Umsetzung und deren Institutionen ist diese Leistung als Kernbotschaft des Sozialstaats international anerkannt.¹⁰ Hans F. Zacher beschrieb diese Aufgabe im deutschen Kontext mit der Grundformel, wonach »jeder Erwachsene (der nicht alt oder durch Familienarbeit gebunden ist) die Möglichkeit hat, aber auch die Verantwortung trägt, den Unterhalt für sich und seine Familie (den Ehegatten und die Kinder) zu verdienen.«¹¹ Das Gemeinwesen ist der Garant des Vollzugs dieser Regel, und wenn es zu sozialen Defiziten kommt, trägt es ferner die Verantwortung für einen kollektiven Ausgleich.¹² Wenn das Epitheton ökologisch hinzukommt, sowie das Wort »demokratisch«, wird die Ausgestaltung des staatlichen Sozialsystems um zusätzliche Bedingungen erweitert. Der Staat muss seinen Bürgern von nun an eine ökologische Sicherheit im Einklang mit dem Prinzip der sozialen Gerechtigkeit bieten. Ein

7 S. letzters eine kollektive Warnung von mehr als 11 000 Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern, Ripple, William J., et al., World Scientists' Warning of a Climate Emergency, *BioScience*, vol. 70, 2020, S. 8.

8 Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), *Global Warming of 1.5° C.*, 2018.

9 ILO, *La technique au service de la liberté: l'homme et son milieu: rôle de l'OIT*, 1972.

10 Wie z. B. im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.

11 Zacher, Hans F., *Das soziale Staatsziel*, HStR II 2004, § 28, Rn. 27 ff.

12 Das Gleiche gilt auch für die französische Verfassung aus dem Jahre 1946.

neues Wirtschaftssystem wäre unausweichlich und ist nur mittels einer Transformation zu erreichen.

1. Ökologische Sicherheit als staatliche Aufgabe

Die Entwicklung des modernen Staates könnte als Prozess einer stetigen Erweiterung von sich differenzierenden Aufgaben beschrieben werden.¹³ Bekanntlich steht die Sicherheit der Bürger¹⁴ für die Legitimierung des Gesellschaftsvertrags an oberster Stelle, und zwar von Anfang an: Der Grund der Staatsgründung liegt bei Hobbes in der Notwendigkeit, den Naturzustand (d. h. Krieg aller gegen alle) zu beenden¹⁵ und Sicherheit zu gewähren.¹⁶ Diese Auffassung ändert sich bei Rousseau wenig, der den Gesellschaftsvertrag mit der nötigen Vereinigung der vorhandenen Kräfte für das Überleben begründet.¹⁷ Aber im Gegensatz zu Hobbes legt Rousseau in seiner staatsrechtlichen Konzeption größeren Wert auf die Freiheit und die (formale) Gleichheit, so wie vor ihm bereits Locke¹⁸ (Naturrechte) und Montesquieu (Grundsätze der Verfassung und des Strafrechts) und nach ihm Kant (Prinzipien *a priori* des bürgerlichen Zustands). Man könnte dieses Spannungsverhältnis zwischen dem modernen Staat und seinen Untertanen als »politische Sicherheit« bezeichnen. Wie Strauss¹⁹ und Hayek²⁰ auf verschiedene Weise erläutert haben, hat dieser Staat jedoch wenig mit der Natur im Sinne von »Physis« zu tun, obwohl die subjektiven Rechte der Bürger stets als »Naturrechte« thematisiert werden. Es handelt sich sogar um eine Umkehrung zwischen »Physis« und »Nomos«, weil sich hier die Natur allein auf abstrakte Vernunftprinzipien bezieht.

Eine zweite Phase dieser Entwicklung stellt die industrielle Revolution dar. Mit ihr ist Sicherheit »sozial« geworden²¹ und der Staat muss fortan die Verantwortung für das tragen, was wir bei der Grundformel des Sozialstaats bereits erwähnt haben.²² Hegel hat diese Verwandlung als erster tiefgreifend beschrieben. »Der selbstsüchtige Zweck in seiner Verwirklichung (...)«, so Hegel, »begründet ein System allseitiger Abhängigkeit, dass die Subsistenz und das Wohl des Einzelnen und sein rechtliches Dasein in die Subsistenz, das Wohl und Recht aller verflochten, darauf gegründet und nur in diesem Zusammenhange wirklich und gesichert

13 Hier geht es aber nicht nur wie gewöhnlich um die Zuordnung des staatlichen Handelns (vgl. Isensee, Josef, Staatsaufgaben, HStR IV, 2006), sondern auch um die Legitimierung des Staates.

14 Mehr zu der geschichtlichen Entwicklung des Begriffs »Sicherheit«, s. Conze, Werner, Sicherheit, Schutz, in Brunner, Otto/Conze, Werner/Koselleck, Reinhard (Hg.), Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Band 5, Klett-Cotta, S. 831.

15 Hobbes, Leviathan, Kapitel 13, Reclam, 1970, S. 112 ff.

16 *Ibid.*, Kapitel 15, S. 152 ff.

17 Rousseau, Vom Gesellschaftsvertrag, Kapitel 6, 1. Buch, in Rousseau, Sozialphilosophische und Politische Schriften, Hugendubel-Patmos, 2001, S. 279.

18 Vgl. Isensee, Josef, Das Grundrecht auf Sicherheit, De Gruyter, 1983, S. 3 und S. 5 ff.

19 Strauss, Leo, Natural Right and History, Chicago University Press, 1956, S. 7 ff.

20 Hayek, Friedrich A., Law, Legislation and Liberty, Vol. 1, Rules and Order, Routledge & Kegan Paul, 1973, S. 29 ff.

21 Eigentlich »sozial« und »ökonomisch«. Die Rechtssicherheit schützt die wirtschaftlichen Tätigkeiten.

22 Ausführlich dazu Becker, Ulrich/Pieters, Danny/Ross, Friso/Schoukens, Paul (eds.), Security: A General Principle of Social Security Law in Europe, Europa Law Publishing, 2010; Kaufmann, Franz-Xaver, Sicherheit: Das Leitbild beherrschbarer Komplexität, in Lessenich, Stephan (Hg.), Wohlfahrtsstaatliche Grundbegriffe, Campus Verlag, 2003, S. 73.

ist.«²³ In diesem Kontext sind Menschen »Bürger« geworden und sie befriedigen ihre Bedürfnisse mittels Arbeitsteilung. Die Polizei als »sichernde Macht«²⁴ hat nunmehr die Armut zu bekämpfen²⁵, aber die polizeiliche Vorsorge bleibt »eine äußere Ordnung und Veranstaltung zum Schutz und Sicherheit der Massen«. Endlich nimmt die »Korporation« (d. h. Genossenschaften für Gewerbetreibende und Arbeiter) den Schutz ihrer eigenen Interessen wahr. Aber während diese Funktionen bei Hegel noch zur bürgerlichen Gesellschaft gehören, insistiert Habermas auf der Verschränkung der öffentlichen und der privaten Sphäre als Bedingung für die Entstehung des Sozialstaats.²⁶ Wird die Öffentlichkeit propagandistisch (d. h., wenn der Staat die demokratische und rasonierende Öffentlichkeit durch ein konsumierendes Publikum und eine manipulative Publizität ersetzt), bedroht sie die Funktionsfähigkeit des Sozialstaats.²⁷ Hier überlappen sich die verschiedenen Ebenen von staatlichen Aufgaben, die immer gemeinsam zu betrachten sind. Bei diesen Überlegungen fehlt allerdings noch immer die Natur. Sie wird zwar bei Hegel erwähnt, aber nur im Sinne des Geistes des Rechts (»zweite Natur«).²⁸ Der Staat macht die Natur jedoch (noch) nicht zu seinem Gegenstand.

Die oben genannten Thesen über den Staat bleiben deshalb unvollkommen, weil sie nur die menschlichen Beziehungen (politische Organisation; soziale Lebenswelt) berücksichtigen. Wenn man die bisher vernachlässigte Natur in die Betrachtung miteinbezieht, dann geht der demokratische, soziale Staat in einen ökologischen über. Marx, der mehr die materiellen Bedingungen beachtet, stellt bereits fest, dass die kapitalistische Produktionsweise gravierende Folgen für die Umwelt haben wird.²⁹ Aber er betrachtet die Natur dabei stets als bloßes Arbeitsmittel der menschlichen Produktion. Demgegenüber haben sich in den letzten Jahrzehnten Philosophen insbesondere in der englischsprachigen Literatur gefragt, ob die Natur einen Wert an sich hat. Einige Autoren befürworten mittels einer Ausdehnung des »Zwecks an sich« nach Kant den »intrinsischen Wert« der Natur,³⁰ andere lehnen diese These ab und befürworten eine pragmatische Vorgehensweise.³¹ In Bezug auf das Recht kommt die Notwendigkeit der Erhaltung der Natur im Prinzip der Nachhaltigkeit zum Ausdruck.³² Der Umweltschutz ist zwar in den Diskursen über Staatsaufgaben nicht neu,³³ aber die traditionelle Sichtweise bleibt eindeutig anthropozentrisch (z. B. keine Eigenrechte für die Natur),³⁴

23 Hegel, G. F. W., Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 183, Meiner Verlag, 2013, S. 182.

24 *Ibid.*, § 231.

25 *Ibid.*, §§ 241 ff.

26 Habermas, Jürgen, Strukturwandel der Öffentlichkeit, Suhrkamp, 2013, S. 225 ff.

27 *Ibid.*, S. 248ff und insbesondere S. 337 ff.

28 Hegel, G. F. W., *op. cit.*, § 4, S. 31.

29 Mehr dazu Foster, John B., Marx and the Environment, in Sitton, John (ed.), Marx Today, Palgrave Macmillan, 2010, S. 230.

30 Grundlegend Richard Sylvan [Routley], Is There a Need For a New, an Environmental, Ethic?, in Proceedings of the XVth World Congress of Philosophy, S. 205; Rolston, Holmes, Value in Nature and the Nature of Value, in Robin Attfield/Belsey, Andrew (eds.), Philosophy and the Natural Environment, Cambridge University Press, 1994, S. 13.

31 S. z. B. Jamieson, Dale, Values in Nature, in Frey, R. G./Wellman, Christopher H. (eds.), A Companion to Applied Ethics, Blackwell Publishing, 2003, S. 650.

32 Kahl, Wolfgang, Nachhaltigkeitsverfassung, Mohr Siebeck, 2018.

33 Vgl. Kaufmann, Franz-Xaver, Diskurse über Staatsaufgaben, in Grimm, Dieter (Hg.), Staatsaufgaben, Nomos, 1994, S. 15 ff.

34 S. Steinberg, Rudolf, Der ökologische Verfassungsstaat, Suhrkamp, 1998.

was mit der Anthropozän-Kritik nicht mehr vereinbar ist. Der sozialökologische Staat muss die ökologische Sicherheit neu denken und mit dem Anthropozentrismus brechen. Aber auch seine soziale Dimension verbietet es, die Menschen und insbesondere benachteiligte Gruppen zu ignorieren. Deshalb muss die soziale Gerechtigkeit ein übergeordnetes Prinzip bleiben.

II. Gerechtigkeit als übergeordnetes Prinzip

Wie beim Übergang von der politischen zur sozialen Sicherheit könnte man hier die These formulieren, dass der ökologische Staat das frühere normative Staatsverständnis (also die politische und soziale Sicherheit) wahren muss. Allerdings könnte der Klimawandel Ungleichheiten und Ungerechtigkeiten verschärfen. Verschiedene Studien zeigen, dass eine Naturkatastrophe regelmäßig einen größeren Schaden für die bereits an Diskriminierungen leidenden Bevölkerungsgruppen bedeutet als für manch andere³⁵: Der Hurrikan Katrina, der 2005 New Orleans verwüstete, hat hauptsächlich die Armen betroffen, unter denen »people of color« überrepräsentiert sind, und der Klimawandel bedroht zunächst Länder wie Puerto Rico, Honduras, Myanmar und Sri Lanka.³⁶ In diesem Zusammenhang bleibt die Verfassung der ILO mehr denn je aktuell,³⁷ und die Politik des sozialökologischen Staats muss dem Prinzip der sozialen Gerechtigkeit untergeordnet werden.

Allerdings ist die Bedeutung der sozialen Gerechtigkeit ein strittiges Thema.³⁸ Seit der Unterscheidung zwischen *iustitia distributiva* und *iustitia commutativa* kennen wir verschiedene Gerechtigkeitstheorien.³⁹ Interessant ist bei den neusten Diskussionen die These, dass die großen, abstrakten Gerechtigkeitstheorien *konkret* weiterentwickelt werden müssen, wenn es um die Beseitigung von gegenwärtigen Ungerechtigkeiten geht.⁴⁰ Zunächst muss man sich bemühen, die ungerechten Aspekte der Globalisierung aufzudecken, bevor man die normativen Prinzipien auf diese Fragen von Ungerechtigkeit anwendet. Dieser anwendungsorientierte Ansatz (*»approche appliquée«*) bedeutet im Kontext des sozialökologischen Staats, dass die Prinzipien der sozialen Gerechtigkeit zunächst gegenüber der ökologischen Herausforderung näher bestimmt werden müssen. Am häufigsten werden die Generationengerechtigkeit und die globale Gerechtigkeit genannt, die aber sicherlich um eine »Handlungsgerechtigkeit« erweitert werden können.

Bei der Generationengerechtigkeit und der globalen Gerechtigkeit handelt es sich vor allem um Aspekte der Verteilungsgerechtigkeit, nämlich die Verteilung von Naturressourcen als gemeinschaftlichen Gütern und die Verteilung von wirtschaftlichen Lasten, die auf die Transformation des Produktions- und Konsum-

35 Dazu zusammenfassend, Lovvorn, Jonathan, Climate Change beyond Environmentalism Part I: Intersectional Threats and the Case for Collective Action, Georgetown Environmental Law Review, S. 1. S. auch Mearns, Robin/Norton, Andrew (eds.), Social Dimensions of Climate Change, World Bank, 2010.

36 Eckstein, David/Hutfils, Marie-Lena/Winges, Maik, Global Climate Risk Index 2019. Who suffers Most from Extreme Weather Events?, Germanwatch e. V., 2019.

37 Präambel: »Der Weltfriede kann auf die Dauer nur auf sozialer Gerechtigkeit aufgebaut werden.«

38 Kersting, Wolfgang, Gerechtigkeit: Die Selbstverewigung des egalitaristischen Sozialstaats, in Lessenich, Stephan (Hg.), Wohlfahrtsstaatliche Grundbegriffe, Campus Verlag, 2003, S. 105.

39 Kymlicka, Will, Politische Philosophie heute. Eine Einführung, Campus Verlag, 1997.

40 Renaut, Alain, L'injustifiable et l'extrême. Manifeste pour une philosophie appliquée, Éditions Le Pomnier, 2015, S. 57.

modells zurückzuführen sind.⁴¹ Seit einigen Jahren wird die Frage (insbesondere nach der globalen Gerechtigkeit) auch aus menschenrechtlicher Sicht untersucht und es werden staatliche Schutzpflichten in einer breiteren zeitlichen und räumlichen Dimension neu überdacht.⁴² Der Fokus auf das Individuum sollte zudem nicht den Blick auf das institutionelle Gefüge der Weltgemeinschaft verstellen.⁴³ Die ILO befasst sich bereits seit 1998 mit den Grundrechten im Arbeitsleben.⁴⁴ Könnte sie nicht auch einen größeren Beitrag zur globalen Gerechtigkeit und zur Generationengerechtigkeit leisten?

Jenseits der Verteilungsfrage sollten auch die Handlungsmöglichkeiten von Frauen und Männern beachtet werden. Dank des Befähigungsansatzes (*»capability approach«*) weiß man jetzt, wie Unterschiede in den Fähigkeiten Ungleichheiten unter den Menschen verursachen.⁴⁵ Die ökologische Transformation erfordert neue Kompetenzen und könnte bestimmte Personengruppen benachteiligen (wie z. B. jene, die in der Kohleindustrie arbeiten. S. unten C. I.). Sie zu schützen und zu fördern ist ein Gebot der Gerechtigkeit im sozialökologischen Staat. Im Allgemeinen kommt eine erfolgreiche Wirtschaftspolitik niemals ohne eine angemessene Rückkoppelung an die Sozialpolitik aus. Das Wirtschaftssystem sollte deshalb an soziale und ökologische Interessen anknüpfen, die es zu vereinigen gilt.

III. Wirtschaftssystem als Schnittstelle von sozialen und ökologischen Interessen

Beide Arten von Interessen können antagonistisch sein. Ein konkretes Beispiel dafür ist der Gelbwesten-Protest in Frankreich Ende 2018: Um ihre umweltpolitischen Ziele zu erreichen, wollte die französische Regierung die Dieselsteuer erhöhen. Diese Maßnahme belastete allerdings Arbeitnehmer mit geringem Einkommen mit zusätzlichen Kosten und führte zu einer heftigen Auseinandersetzung mit der Regierung, die sich daraufhin gezwungen sah, zur Eindämmung der sozialen Unruhen eine Sonderprämie (die sogenannte *»Macron-Prämie«*) einzuführen. Wenn man aber sowohl die sozialen als auch die ökologischen Herausforderungen gleichzeitig betrachtet, leuchtet schnell ein, dass der bisherige Sozialstaat auf einem Wachstumsmodell basiert, das viele Akteure gerade in Frage stellen. Der Begriff der *»nachhaltigen Entwicklung«* sei eigentlich ein Paradoxon⁴⁶ und der Ausweg aus der Klimakrise bestehe in einer Wachstumswende (*degrowth*,

41 Ekardt, Felix, Das Prinzip Nachhaltigkeit: Generationengerechtigkeit und globale Gerechtigkeit, C. H. Beck, 2005; Bourban, Michel, Penser la justice climatique, Presses universitaires de France, 2018.

42 Grundlegend, Pogge, Thomas, World Poverty and Human Rights, Polity Press, 2002.

43 Supiot, Alain, What International Social Justice in the Twenty-First Century?, Bulletin for Comparative Labour Relations, 2016, S. 1.

44 ILO-Erklärung über grundlegende Rechte bei der Arbeit (1998).

45 Sen, Amartya, Die Idee der Gerechtigkeit, dtv, 2012.

46 Martin, Albert, Gegensätze der Nachhaltigkeit, Working Papers of the Chair for Innovation Research and Technology Management, No. 4-1 (TU Chemnitz), 2015.

décroissance).⁴⁷ Es wird sogar argumentiert, dass der gegenwärtige Sozialstaat im Falle eines Verzichts auf das Wachstumsmodell nicht mehr beizubehalten sei.⁴⁸

Trotz dieser Thesen ist der sozialökologische Staat verpflichtet, seine sozialen Aufgaben mit den ökologischen zusammenzubringen. Die Frage ist dann nicht, ob wir den Sozialstaat mit dem dahinterstehenden Wirtschaftsmodell zugunsten des Klimaschutzes aufgeben sollen, sondern wie das Wirtschaftssystem geändert und gleichzeitig das gesellschaftliche Wohlergehen (»well-being society«)⁴⁹ beibehalten werden kann. Interessanterweise steht der Sozialstaat nach dem Nachkriegsaufschwung ohnehin schon in einem Spannungsverhältnis zum gegenwärtigen Wirtschaftsmodell und ist deshalb unter Druck geraten⁵⁰: durch steigende Sozialleistungen, eine sinkende Geburtenrate, dauerhafte Arbeitslosigkeit, ganz zu schweigen von den verschiedenen Wirtschaftskrisen, die den Weltmarkt in den letzten vierzig Jahren immer wieder erschüttert haben. Die Erneuerung des Sozialstaats gleicht fast der Quadratur des Kreises.

In diesem Kontext ist die Idee eines »Green New Deal« aufgekommen.⁵¹ Im Wesentlichen zielt dieser grüne Deal auf die Schaffung eines klimaneutralen Wirtschaftssystems ab. Der Ausdruck findet seinen Ursprung in den Jahren 2007 und 2008, also mitten in der Finanzkrise.⁵² In den letzten Jahren haben verschiedene Politikerinnen diese Idee aufgegriffen: Zunächst in den USA mit der jungen demokratischen Abgeordneten des Repräsentantenhauses Alexandria Ocasio-Cortez (2018) und danach in Europa mit der neuen Präsidentin der Europäischen Kommission Ursula von der Leyen (2019). Im Vergleich zu den ursprünglichen Auffassungen des Deals sieht man bei den neuen Vorschlägen ein verschärftes Bewusstsein auch gegenüber der sozialen Frage. Der Plan der US-Politikerin schlägt fünf große Ziele vor, darunter »die Schaffung von anständigen, gut bezahlten Jobs und die Gewährleistung von Wohlstand und ökonomischer Sicherheit für alle Menschen in den USA« sowie »die Förderung von Gerechtigkeit und Gleichheit« zugunsten vulnerabler Gruppen.⁵³ In der EU betont die Kommission ebenfalls das Erfordernis eines gerechten Übergangs, wodurch sich die europäische Bevölkerung zu einer »fairen und wohlhabenden Gesellschaft« entwickeln können soll.⁵⁴ Die Reformvorhaben stoßen jedoch auf große Schwierigkeiten und daher gilt dem Transformationsprozess ein besonderes Augenmerk.

47 Z. B. im französischen Kontext Méda, Dominique, *La mystique de la croissance : comment s'en libérer*, Flammarion, 2016.

48 De Briey, Laurent, *Peut-on renoncer au productivisme sans renoncer à l'Etat-Providence ?*, Papers of the 2nd Interdisciplinary Symposium on Sustainable Development, 2015 (online).

49 Bache, Ian/ Scott, Karen (eds.), *The Politics of Wellbeing*, Springer, 2018.

50 Castles, Francis G., *The Future of the Welfare State*, Oxford University Press, 2004; Rosanvallon, Pierre, *La crise de l'Etat-providence*, Le Seuil, 1981.

51 S. dazu auch Rifkin, Jeremy, *Der globale Green New Deal*, Campus Verlag, 2019; Klein, Naomi, *On Fire: The Burning Case for a Green New Deal*, Allen Lane, 2019.

52 Über seine Entstehungsgeschichte s. Pettifor, Ann, *Green New Deal. Warum wir können, was wir tun müssen*, Hamburger Edition, 2020, S. 18–23. Vgl. Green New Deal Group, *A Green New Deal Joined-up policies to solve the triple crunch of the credit crisis, climate change and high oil prices*, Juli 2008.

53 US Congress, House Resolution, *Recognizing the duty of the Federal Government to create a Green New Deal*, 7. Februar 2019, S. 5–6.

54 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. *Investitionsplan für ein zukunftsfähiges Europa, Investitionsplan für den europäischen Grünen Deal*, KOM(2020) 21 endgültig, 14. Januar 2020.

IV. Transformationsprozess als Methode der Verwirklichung

Der Sozialstaat verwirklicht sich in einem kontinuierlichen Prozess und ist deshalb stetig im Wandel.⁵⁵ Das kann allerdings auch zu raschen Veränderungen in der Sozialstaatlichkeit führen, wie es z. B. bei der Wende nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion der Fall war. Bernd Baron von Maydell beschrieb solche raschen und tiefgreifenden Änderungen als Transformation.⁵⁶ Dabei handle es sich um eine grundlegende Änderung, im Gegensatz zu einer einfachen Reform. In einer Transformation sei zunächst eine Grundentscheidung hinsichtlich der Zielsetzung und des Sozialmodells zu treffen, bevor die Umsetzungsarbeit anfangen könne.⁵⁷ Der Rechtsvergleich könnte in der ersten Phase wichtige Informationen liefern.⁵⁸ Während der Umsetzungsphase spielen die verschiedensten Akteure eine wichtige Rolle. Diesen Prozess kann die Politikwissenschaft am besten erklären. Im Zusammenhang mit dem Klimawandel ist der Zeitfaktor besonders erwähnenswert. Manche setzen auf eine Wende nach der Katastrophe, aber der Erfolg eines solchen Änderungsmodells ist nicht selbstverständlich. Als zentral für erfolgreiche Veränderungen, so eine Studie, müssen deren Auslöser, disruptive Innovationen (als »*tipping points*«), Prozessgeschwindigkeit und Zeitressourcen betrachtet werden.⁵⁹ Letztendlich ist gemeinsames politisches Handeln unentbehrlich. Der italienische Gewerkschafter Bruno Trentin spricht von »Transformismus« als einer einfachen Anpassung an den neuen Kontext und von »Reformismus« als einem bewussten politischen Projekt.⁶⁰ Jenseits des terminologischen Unterschieds zum deutschen Verständnis ist anzuführen, dass das Gelingen eines fundamentalen Systemumbaus einen starken politischen Willen und einen breiten gesellschaftlichen Konsens benötigt. Der Aufbau eines sozialökologischen Staats würde eindeutig solch eine grundlegende Änderung bedeuten. Damit sie gelingen kann, muss ein neuer »Geist der Gesetze« entstehen,⁶¹ welcher zugleich demokratisch, sozial, ökologisch und international sein sollte.⁶² Aber der Geist allein reicht eben nicht aus. Er bedarf vielmehr auch der Konkretisierung, sowohl im Arbeitsrecht als auch im Sozialrecht.

C. Verwandlung des Arbeitsrechts

Die Arbeitswelt der Zukunft wird sicherlich durch einen grünen Deal geprägt sein, der nach einer Alternative zum gegenwärtigen Finanzkapitalismus strebt. Zwei Initiativen ziehen zunehmend Aufmerksamkeit auf sich, nämlich die grüne Wirtschaft und die Sozialwirtschaft.

55 Zacher, Hans F., Der Sozialstaat als Prozeß, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 1978, S. 15.

56 Von Maydell, Bernd, The Transformation of Social Security Systems, in Blanpain, Roger (ed.), Labour Law, Human Rights and Social Justice, Kluwer Law International, 2001, S. 29.

57 *Ibid.*, S. 32.

58 Fermeglia, Matteo, Comparative Law and Climate Change, *Ius Gentium*, 2020, S. 237.

59 Vgl. die tiefgreifende und umfassende Studie von Kahlenborn, Walter/Clausen, Jens/Behrendt, Siegfried/Göll, Edgar (Hg.), Auf dem Weg zu einer Green Economy, Transcript, 2019.

60 Trentin, Bruno, La Cité du travail. Le fordisme et la gauche, Fayard, 2012.

61 Delmas-Marty, Mireille/He, Linxin/Maljean-Dubois, Sandrine, Entre les règles et l'esprit des règles, in Delmas-Marty et al. (éd.), Vers un droit commun universalisable, Éditions Pedone, im Erscheinen.

62 Zum Aspekt der demokratischen Initiative, s. bereits Kahl, Wolfgang, Kommunales Bürgerbegehren und Bürgerentscheid als Instrumente der Nachhaltigkeit?, VBIBW. 2019, 353.

I. Entstehung einer »grünen Wirtschaft«

Als man im Jahre 2008 über den Schock der Finanzkrise und einen »Green New Deal« diskutierte, hat die grüne Wirtschaft mit der »Green Jobs Initiative« der UNO und der ILO die internationale Bühne betreten. In einem Bericht des Umweltprogramms der Vereinten Nationen (UNEP) werden die Sektoren, in denen es grüne Beschäftigungen geben könnte, aufgezählt und untersucht. Der Bericht definiert »Green Jobs« als »*work in agricultural, manufacturing, research and development (R&D), administrative, and service activities that contribute substantially to preserving or restoring environmental quality*«. ⁶³ Anhand dieses teleologisch definierten Begriffs beschreibt der Bericht mögliche Transformationen des Arbeitsmarkts in Sektoren wie Energie, Bau, Verkehr, Industrie, Landwirtschaft usw. Der Bericht empfiehlt den nationalen Regierungen eine vorsichtige Vorgehensweise, die grundlegende Reformen in neun Bereichen einleiten soll, wie z. B. im Arbeitsmarkt der Kohleindustrie. Die Komplexität einer solchen Reform lässt sich an den deutschen Erfahrungen mit dem Ausstieg aus der Kohle ablesen. Die Bundesregierung hat im Juni 2018 die Kommission »Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung« eingesetzt. Auftrag dieser Kommission ist insbesondere die Erarbeitung eines Programms für die Schaffung einer konkreten Perspektive für neue, zukunftssichere Arbeitsplätze in den betroffenen Regionen. ⁶⁴ Trotz des starken Rückgangs in den letzten Jahren wurden 2018 noch circa 18.500 Personen unmittelbar in den Braunkohlekraftwerken und im Braunkohletagebau beschäftigt. Für die Umschulung von jungen Beschäftigten wurden Strukturwandelfonds vorgeschlagen. Für die grünen Jobs selbst könnte man sich vorstellen, dass es sehr viel mehr Regelungen bezüglich der Arbeitsbedingungen und der Arbeitsweise geben wird. Ein Beispiel dafür ist die europäische Agrarpolitik, zu der sich die Europäische Kommission folgendermaßen äußert: »Eine Veränderung der Wachstumsmuster ist erforderlich, um eine wettbewerbsfähige und nachhaltige Erzeugung von Lebens- und Futtermitteln (...) zu gewährleisten. (...) Ebenso müssen die Anpassung an den Klimawandel, die vernünftige Nutzung der Biodiversität sowie die Wiederherstellung der Ökosysteme und der Ökosystemleistungen einbezogen werden.« ⁶⁵

Inzwischen hat die grüne Wirtschaft in Europa schon eine Reihe von Erfolgen erzielt. Nach den Angaben von Eurostat ist die Zahl der Arbeitsplätze in den Umweltsektoren zwischen 2000 und 2014 um 49 % gestiegen, wogegen die Zahl der Arbeitsplätze insgesamt nur um 6 % angestiegen ist. ⁶⁶ Über vier Millionen Personen arbeiteten 2014 in der grünen Wirtschaft in Europa. Auf internationaler Ebene findet die grüne Wirtschaft in den Zielen für nachhaltige Entwicklung der UNO 2015 ebenfalls eine gewisse Anerkennung, besonders wenn man diese neuen

63 UNEP, Green Jobs: Towards decent work in a sustainable, low-carbon world, 2008, S. 3.

64 Europäische Kommission, »Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung«, Abschlussbericht, 2019, S. 6.

65 Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Europäische Innovationspartnerschaft »Landwirtschaftliche Produktivität und Nachhaltigkeit«, KOM(2012) 079 endgültig, 11. Oktober 2012, S. 3.

66 Eurostat, Employment in the environmental economy, 29. Mai 2017.

Ziele mit der alten Fassung der Millenniums-Entwicklungsziele vergleicht.⁶⁷ Das achte Ziel der neuen Fassung besteht darin, »dauerhaftes, breitenwirksames und nachhaltiges Wirtschaftswachstum, produktive Vollbeschäftigung und menschenwürdige Arbeit für alle zu fördern«. Die Betonung der menschenwürdigen Arbeit verweist auf die Forderung der ILO, die ihrerseits die Entwicklung der grünen Wirtschaft unterstützt und die sozialen Grundrechte dabei stets wahrh.⁶⁸

Die grüne Wirtschaft setzt auf starke Investitionen des Staats und wird deswegen kritisiert.⁶⁹ Aber wie bereits erwähnt, resultiert die wachsende Verantwortung des Staats eben aus der Weiterentwicklung seiner Aufgaben. Der Staat ist jedoch nicht der einzige Akteur in diesem Wandel, wie man am Beispiel der Sozialwirtschaft sehen kann.

II. Wiederbelebung der Sozialwirtschaft

Laut einer vom Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss in Auftrag gegebenen Studie, handelt es sich bei der Sozialwirtschaft um jene »Gruppe privater, formal organisierter Unternehmen mit Entscheidungsfreiheit und freiwilliger Mitgliedschaft, die zur Abdeckung der Bedürfnisse ihrer Mitglieder über den Markt durch die Herstellung von Waren, die Erbringung von Dienstleistungen oder die Bereitstellung von Versicherungen oder Finanzierungen geschaffen wurde und in welcher Entscheidungsfindung und Ausschüttung von Gewinnen oder Überschüssen an die Mitglieder nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Kapital oder den Beiträgen der einzelnen Mitglieder stehen, von denen jedes eine Stimme besitzt, oder in denen die Entscheidungsfindung in jedem Falle in partizipativer und demokratischer Weise erfolgt«. ⁷⁰ Nach dieser Definition hebt sich die Sozialwirtschaft in verschiedenerlei Hinsicht von der kapitalistischen Wirtschaft ab: Erstens besteht die Zielsetzung der Sozialwirtschaft nicht in der Optimierung des ökonomischen Nutzens, sondern in der Abdeckung der Bedürfnisse ihrer Mitglieder; zweitens basiert die Organisation der Sozialwirtschaft auf dem demokratischen Prinzip (»eine Person, eine Stimme«). Man erkennt hier, dass die Sozialwirtschaft in der Tradition der genossenschaftlichen Bewegung des 19. Jahrhunderts steht, die den Kapitalismus ändern wollte. Obwohl man im englisch- und französischsprachigen Raum eher von der kooperativen Wirtschaft sprach, war das Phänomen des Aufschwungs von Genossenschaften überall im industriellen Europa zu beobachten. Wichtige Vertreter der Bewegung kamen sowohl aus Deutschland (F. W. Raiffeisen, H. Schulze-Delitzsch) als auch aus Frankreich (Ch. Fourier, P.-J. Proudhon, Ch. Gide) und England (R. Owen, W. King).⁷¹

67 MacNaughton, Gillian/Frey, Diane, Decent Work, Human Rights and the Sustainable Development Goals, Georgetown Journal of International Law, 2016, S. 607.

68 Grundlegend ILO, Guidelines for a just transition towards environmentally sustainable economies and societies for all, 2016.

69 Bogart, William T., Green Jobs Myths, Missouri Environmental Law and Policy Review, 2009, S. 326.

70 Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, Die Sozialwirtschaft in der Europäischen Union, 2012, S. 24.

71 Jeantet, Thierry, Economie sociale: la solidarité au défi de l'efficacité, La Documentation française, 2016, S. 23.

Die Sozialwirtschaft oder die Genossenschaften spielen heute in der EU keine unbedeutende Rolle. Sie beschäftigten 2012 circa 14,5 Millionen Personen (6,5 % der aktiven Bevölkerung). Besonders interessant ist die Schaffung der Rechtsform einer europäischen Genossenschaft, auch wenn nach europäischem Recht verfasste juristische Personen noch selten sind.⁷² Die Sozialwirtschaft im weiteren Sinne wird von der EU bewusst gefördert. In der »Strategie 2020« aus dem Jahre 2010⁷³ insistierte die Europäische Kommission auf der Notwendigkeit sozialer Innovationen. Ein Jahr später veröffentlichte sie eine Mitteilung »zur Förderung der Sozialunternehmen als Schlüsselakteure der Sozialwirtschaft und der sozialen Innovation«⁷⁴ und plädierte für eine bessere Finanzierung dieser Akteure, ein transparenteres Informationssystem über die rechtlichen Rahmenbedingungen und die Schaffung einer einheitlichen europäischen Regelung. Während der zuletzt genannte Vorschlag noch immer im Gesetzgebungsverfahren steckt, ist eine Verordnung bereits in Kraft getreten, die die Finanzierung erleichtert.⁷⁵ Inzwischen lautet die Frage nicht mehr, ob sich die Sozialwirtschaft weiter entwickeln wird oder nicht, sondern inwiefern diese Organisation die kapitalistische Produktionsweise ersetzen wird, und zwar im Dienste der ökologischen Transformation.

D. Verwandlung des Sozialrechts

Die ökologische Transformation ändert zunächst das Verständnis von Risiken. Zudem finden sich im politischen Programm vieler Regierungen bereits umfangreiche Sozialmaßnahmen, die insbesondere den Wandel der Arbeitswelt begleiten sollen.

I. Das Risiko neu verstehen

Während die Soziologen über Begriffe wie Risikogesellschaft diskutieren,⁷⁶ gehen die Ökonomen vorsichtiger vor und unterscheiden zwischen »Risiko« und »Unsicherheit«. Risiken folgen nach diesem Verständnis dem Gesetz der großen Zahlen und sind deshalb kalkulier- und versicherbar.⁷⁷ Im Gegensatz dazu sind Unsicherheiten wegen mangelnder Informationen unvorhersehbar und darum auch für eine Versicherung ungeeignet. Mit dem Klimawandel nehmen Naturkatastrophen und extreme Unwetter zu. Aber fallen diese Naturereignisse nun unter Risiken oder unter Unsicherheiten? Bei privaten Versicherungsunternehmen sind

72 Mehr dazu bei Krimphove, Dieter, Die Europäische Genossenschaft (SCE) auf dem Prüfstand, ZfgG, 2011, S. 45.

73 Mitteilung der Europäischen Kommission, EUROPA 2020, Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum. KOM(2010) 2020 endgültig, 3. März 2010.

74 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Initiative für soziales Unternehmertum, KOM(2011) 682 endgültig, 25. Oktober 2011.

75 Verordnung (EU) Nr. 346/2013 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 17. April 2013 über Europäische Fonds für soziales Unternehmertum.

76 Grundlegend Beck, Ulrich, Risikogesellschaft, Suhrkamp, 1986. S. auch Bourg, Dominique/Joly, Pierre-Benoît/Kaufmann, Alain (éd.), Du risque à la menace. Penser la catastrophe, Presses Universitaires de France, 2013.

77 Jespersen, Jesper, Welfare State and Uncertainty – Two Different Views, in Greve, Bent (ed.), The Future of the Welfare State. European and Global Perspectives, Ashgate, 2006, S. 61, besonders S. 69.

heute Vermögensschäden, die durch bestimmte Unwetterarten (z. B. Blitzschlag, Sturm, Schneefall, Starkregen) entstehen, versicherbar, da diese Risiken weit verbreitet und gewissermaßen kalkulierbar sind. Andere Katastrophen, vor allem jene von großem Ausmaß (darunter Überschwemmungen, Erdbeben, Erdsenkungen, Erdbeben usw.), sind dagegen von der privaten Versicherung ausgeschlossen, weil sie die ganze Bevölkerung an einem Ort betreffen können (z. B. Küstenbewohner durch Überflutungen) und meistens so immense Schäden verursachen, dass Privatversicherer sie nicht kompensieren könnten.

Heute sind letztere Risiken wahrscheinlicher geworden. Der Schutz vor solchen Risiken muss daher unbedingt auf einer breiteren, insbesondere nationalen Solidarität basieren. Frankreich bietet in dieser Hinsicht ein interessantes Beispiel. Um die Lücken zu schließen, die der private Versicherungsmarkt offen lässt, wurde im Juli 1982 ein Gesetz »bezüglich der Entschädigung der Opfer von Naturkatastrophen« erlassen.⁷⁸ Gemäß diesem Gesetz gibt es eine gesetzliche Pflicht der Versicherer, die Schäden von Naturkatastrophen abzudecken. Seitens der Versicherten muss in diesem Fall ein zusätzlicher Beitrag gezahlt werden. Die Anerkennung eines Ereignisses als Naturkatastrophe geschieht im Rahmen eines Zusammenwirkens von Bürgermeistern, Präfekten und Ministerien und muss letztendlich durch eine ministerielle Erklärung erfolgen. Nur wenn das Ereignis von einer besonderen Intensität und nicht zu verhindern war, kann es als Naturkatastrophe eingestuft werden. Im Fall einer solchen Anerkennung müssen die Privatversicherer alle Sachschäden im Anwendungsbereich der Versicherungsverträge und ohne Obergrenze ersetzen. Der Staat richtet eine zentrale Rückversicherungskasse (*caisse centrale de réassurance*) ein und stellt eine uneingeschränkte staatliche Garantie bereit.⁷⁹ Die monopolistische Position dieser Rückversicherungskasse wurde aus verfassungsrechtlichen Gründen angefochten, das französische Verfassungsgericht hat die Klage jedoch aufgrund »der besonderen Natur der Risiken« zurückgewiesen.⁸⁰ Anders ausgedrückt könnte man sagen, der Sonderstatus dieses Versicherungsmechanismus ist durch die nötige nationale Solidarität gerechtfertigt.

Neben der Gestaltung der Privatversicherungen muss auch die Sozialversicherung neu gedacht werden, und zwar mit dem Wandel des Haftungsrechts⁸¹ als Ausgangspunkt. In den letzten Jahren häufen sich Gerichtsverfahren wegen des Klimawandels: In einem Bericht des Umweltprogramms der UNO vom Mai 2017 wurden über 800 Klagen gezählt,⁸² die in fünf Kategorien eingeordnet sind. Für das Sozialrecht sind die dritte und die vierte Kategorie von besonderem Interesse, nämlich der Nachweis einer Kausalität zwischen Emissionen und schädlichen Klimaveränderungen und die Feststellung der Haftung für Versäumnisse bei der

78 Loi n° 82-600 du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles. Die gültige Fassung befindet sich im französischen Versicherungsgesetzbuch: Art. L125-1, Code des assurances.

79 Art. L431-9, Code des assurances.

80 Conseil constitutionnel, 27. September 2013, Nr. 2013-344 QPC, Société SCOR SE.

81 Biber, Eric, Law in the Anthropocene Epoch, Georgetown Law Journal, S. 1, besonders S. 42 ff.

82 Umweltprogramm der Vereinten Nationen, Klimawandel vor Gericht – ein globaler Überblick, 2017.

Klimaanpassung.⁸³ Die Klage des peruanischen Bauern Saúl Lliuya gegen RWE AG auf Schadensersatz gemäß § 1004 BGB ist zwar vor dem Essener Landgericht gescheitert (das Berufungsverfahren vor dem OLG Hamm ist Anfang 2020 noch im Gange),⁸⁴ verweist aber auf eine letztlich wohl unaufhaltsame Entwicklung. Es wird sogar behauptet, dass durch den Fortschritt der »Event Attribution Science«, also der Wissenschaft der Zurechnung von Naturereignissen, die Kausalität in naher Zukunft nachgewiesen werden kann.⁸⁵ Diese Entwicklung erinnert an die Entstehungsgeschichte der Unfallversicherung in Europa, als in engem Zusammenhang mit der Änderung des Haftungsrechts der Übergang vom Berufsrisiko zum sozialen Risiko verwirklicht wurde.⁸⁶ Würde der Klimawandel als soziales Risiko anerkannt, müsste auch die Sozialversicherung gründlich erneuert werden: Wie sieht die Leistung aus? Wie lässt sie sich finanzieren? Diese Fragen sind noch offen.⁸⁷

II. Sozialrechtliche Flankierung der Transformation des Arbeitsmarkts

Auch wenn sich das Sozialrecht inhaltlich ändern kann, wird seine klassische Systembildung auch im Übergang erhalten bleiben. Beispiele für die Auswirkungen des Übergangs sollen hier im Hinblick auf die soziale Vorsorge, die Sozialhilfe, die soziale Entschädigung und die soziale Förderung dargestellt werden.

1. Soziale Vorsorge

Wie bereits erwähnt, würde der Übergang zu einem neuen Wirtschaftsmodell eine Umgestaltung der Sektoren, insbesondere der Energiesektoren erfordern. Die Arbeitnehmer müssten eine neue Ausbildung (Umschulung) absolvieren, um sich in den künftigen Arbeitsmarkt zu integrieren. Die Älteren könnten aufgrund der Schwierigkeit der Umschulung oder wegen Diskriminierungen aus dem Arbeitsleben ausscheiden und eine Frührente beziehen, wobei die am stärksten betroffenen Gruppierungen sogar eine Grundsicherung benötigen könnten. Konzentrieren wir uns hier auf die Sozialversicherung.

Erwerbsverläufe sind schon seit Jahren nicht mehr geradlinig. Die ökologische Transformation wird dies verschärfen und berufliche Umschulungen erforderlich machen. Dies könnte für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Nachteil sein, deren Sozialleistungen von ihrem beruflichen Status stark abhängen (wie in Deutschland und Frankreich, wo das Bismarck'sche Sozialmodell angewendet wird). Beispielweise kann der Wechsel von abhängiger Arbeit zu einer selbständigen Tätigkeit zu einer Leistungsminderung führen (wie z. B. der Arbeitslosenversicherung). Ein weiteres Beispiel findet man in der französischen Zusatzkran-

83 Die anderen sind: 1) Verpflichtung von Regierungen auf ihre rechtlichen und politischen Zusagen zum Klimawandel; 2) Verknüpfung der Auswirkungen des Rohstoffabbaus mit Klimawandel und Resilienz; 5) Anwendung der »Public Trust Doctrine«.

84 LG Essen, 15. Dezember 2016 – 2 O 285/15, NVwZ 2017, 734; Berufungsverfahren beim OLG Hamm, Az. 5U 15/17.

85 Marjanac, Sophie/Patton, Lindene, Extreme Weather Event Attribution Science and Climate Change Litigation: An Essential Step in the Causal Chain?, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2018, 265.

86 S. die klassische Darstellung von Ewald, François, *Der Vorsorgestaat*, Suhrkamp, 1993, S. 280 ff.

87 Vgl. Laurent, Eloi, *Le bel avenir de l'Etat Providence*, Les liens qui libèrent, 2014.

kenversicherung: Ihre schnelle Ausweitung, insbesondere durch einen nationalen berufsübergreifenden Tarifvertrag im Januar 2013, festigte die Verbindung zwischen Sozialleistungen und beruflichem Status.⁸⁸ Solchen Hindernissen für die Transformation des Wirtschaftsmodells sollte der Gesetzgeber entgegenwirken. Die zu reformierende soziale Vorsorge sollte einen universelleren Charakter annehmen. Die jüngsten französischen Reformen der Arbeitslosenversicherung⁸⁹ und der Rentenversicherung⁹⁰ von 2019 gehen gewissermaßen in diese Richtung, zeigen aber gleichzeitig, wie schwierig die Transformation ist.

2. Sozialhilfe

Während manche Menschen mit der ökologischen Transformation gut zurechtkommen, könnte sie für andere ein Problem darstellen. Wer aus dem Vorsorgesystem herausfallen sollte, bräuchte eine Sozialhilfe, die ebenfalls ökologisch ausgerichtet ist. In neuerer Zeit wird in der Literatur die Idee eines Grundeinkommens für die ökologische Transformation aufgegriffen, die Konzepte sind jedoch noch vielfältig und unbestimmt.

So versteht Ulrich Schachtschneider das ökologische Grundeinkommen als bedingungsloses Grundeinkommen, für das »wir Abgaben für problematischen Umweltverbrauch erheben [werden] (z. B. für CO₂-Emissionen, knappe Ressourcen, Nitrateinträge, Fischfang etc.), um [diesen] zu begrenzen beziehungsweise zu reduzieren und genau damit das [bedingungslose Einkommen – ganz oder teilweise –] zu finanzieren.«⁹¹ Hier ergibt sich eine Verbindung zwischen Sozialrecht und Steuerrecht, die auf dem allgemeinen Ziel eines gelungenen ökologischen Übergangs basiert. Das ökologische Grundeinkommen könnte auch als bedingtes Grundeinkommen gewährt werden. Sophie Swaton betont ausdrücklich die Notwendigkeit, diese Art der Sozialhilfe von einem bedingungslosen Grundeinkommen abzugrenzen, um die vielfältige Kritik, die an letzterem (insbesondere als einem Instrument neoliberaler Politik) geübt wird, zu vermeiden.⁹² Statt die ökologische Dimension der Finanzierung zu unterstreichen, will diese Auffassung die Bedingungen ökologischer gestalten: Der Bezug des Grundeinkommens könnte insbesondere die Bereitschaft zur Ausübung einer ökologischen Tätigkeit (also in der grünen Wirtschaft) voraussetzen.⁹³ Man könnte dann von einer »grünen Aktivierung« sprechen, die sich mit der grünen Wirtschaft und Sozialwirtschaft verbinden lässt. Die Lösung der Zukunft liegt wahrscheinlich in einer Kombination beider Vorschläge.

88 Vacarie, Isabelle, L'assurance maladie complémentaire : élément du statut social de la personne, *Revue de droit sanitaire et social*, 2014, 625.

89 Bouilloux, Alain, Assurance ou couverture universelle ? Retour sur les mots du chômage, *Droit social*, 2018, 583.

90 Urbain, Bastien, De l'importance de restaurer la confiance dans le système de retraite, *Droit social*, 2020, 89.

91 Schachtschneider, Ulrich, Grundeinkommen – gastliches Umfeld für ein (Arbeits-)Leben jenseits des Produktivismus, in Adler, Frank/Schachtschneider, Ulrich (Hg.), *Postwachstumspolitik. Wege zur wachstumsunabhängigen Gesellschaft*, Oekom Verlag, 2017, S. 197, besonders S. 202 ff.

92 Swaton, Sophie, *Pour un revenu de transition écologique*, Presses Universitaires de France, 2018.

93 *Ibid.*, S. 148 ff.

3. Soziale Entschädigung

Der sozialökologische Staat sollte ferner für bestimmte Schädigungen einstehen⁹⁴. Als Beispiel dafür sei die Entschädigung der Opfer von Pestiziden in Frankreich angeführt. Traditionell werden die Folgen der Schädigung lediglich als Berufskrankheit anerkannt. Dass dies unzulänglich ist, wird häufig erwähnt: Die Entschädigung ist nicht vollständig, und das Prozedere der Anerkennung hat vermutlich zu einer Untererfassung der Opfer geführt.⁹⁵ In Reaktion auf diese Kritik hat die Regierung im Dezember 2019 einen Entschädigungsfonds eingerichtet.⁹⁶ Auch wenn der Fonds nur die in der Landwirtschaft tätigen Personen (und ihre Familienangehörigen) erfasst und die Entschädigung nach wie vor nicht vollständig ist, ist die Reform zukunftsfähig und begrüßenswert.

4. Soziale Förderung

Nicht zuletzt könnte die Transformation des Arbeitsmarkts durch Fördermaßnahmen erleichtert werden. Der grüne Deal der Europäischen Kommission plädiert für die Gründung eines Fonds für einen gerechten Übergang. Er soll sich aus nationalen und europäischen Finanzierungsbeiträgen zusammensetzen und 30 bis 50 Milliarden Euro betragen. Die Kommission erklärt, der Fonds für einen gerechten Übergang werde »Gebieten mit hoher Beschäftigung in der Kohle-, Braunkohle-, Ölschiefer- und Torfproduktion sowie Gebieten mit einer treibhausgasintensiven Industrie zugutekommen«.⁹⁷ Ziel der Förderung ist die wirtschaftliche Diversifizierung und der Übergang zu treibhausgasarmen Tätigkeiten mit der Umschulung von Arbeitnehmern. Wie bereits erwähnt, könnte sich die erste Bewährungsprobe für die Funktionsfähigkeit dieses Fonds beim europäischen Kohleausstieg zeigen.

E. (Zwischen-)Bilanz

Es wird häufig betont, dass die Bewältigung von klima- und umweltbezogenen Problemen die größte Herausforderung unserer Zeit ist. Eine Krise wie die gegenwärtige löst zusätzlich Besorgnisse aus, birgt aber auch Chancen für eine Erneuerung. Der vorliegende Beitrag versucht, einige potenziell wegweisende Merkmale aufzuzeigen, in der Hoffnung, dass weitere Diskussionen folgen werden. Eine systematische Arbeit ist mehr denn je erforderlich, damit der komplexe moderne (demokratisch-sozial-ökologische) Staat in Zukunft dem Wohl des Menschen und der Erde dienen kann.

94 Vgl. Becker, Ulrich, *Soziales Entschädigungsrecht*, Nomos, 2018, S. 133 ff.

95 Roman, Diane, *Santé et environnement au travail: le cas des agriculteurs*, *Revue de droit sanitaire et social*, 2019, 57.

96 Art. 70 ff., Gesetz n° 2019–1446, 24. Dezember 2019, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2020*.

97 Europäische Kommission, *Investitionsplan für ein zukunftsfähiges Europa*. *Investitionsplan für den europäischen Grünen Deal*, KOM(2020) 21 endgültig, 14. Januar 2020, S. 21.

Eva Maria Hohnerlein, München

Kinderrechte und Kinderarmut in Europa: Zu internationalen normativen Standards für sozialrechtliche Leistungen

»Das Gegenteil von Armut ist nicht Wohlstand, sondern Gerechtigkeit.«

Inhaltsübersicht

- A. Einführung
- B. Dimensionen, Definitionen und Determinanten von Kinderarmut
- C. Standards und Initiativen zur Existenzsicherung von Kindern in der EU
 - I. Kinderrechte vor dem EuGH
 - II. Soft law Initiativen der EU
- D. Internationale Standards zur Existenzsicherung von Kindern
 - I. Kinderrechtliche Standards des Europarats
 - 1. Europäische Menschenrechtskonvention
 - 2. Europäische Sozialcharta
 - 3. Kinderrechtliche Initiativen des Europarats
 - II. Universelle kinderrechtliche Standards
 - 1. UN-Sozialpakt
 - 2. UN-Kinderrechtskonvention
- E. Kinderrechtliche Standards im nationalen Sozialrecht
 - I. Anwendung durch die Rechtsprechung
 - 1. Berücksichtigung kinderrechtlicher Standards
 - 2. Nichtberücksichtigung kinderrechtlicher Standards im Kontext von Alleinerziehung
 - II. Umsetzung in der Sozialgesetzgebung
- F. Ausblick

A. Einführung

Es ist das besondere Verdienst der UN-Kinderrechtskonvention (KRK) von 1989,¹ als erstes gruppenspezifisches Menschenrechtsabkommen nicht nur die Belange und Interessen von Kindern und Heranwachsenden, sondern ihre Stellung als Träger eigener Rechte in den Blick gerückt zu haben. Eine zentrale, weithin ungelöste Herausforderung für Kinderrechte und zugleich eine anhaltende Menschenrechtsverletzung gegenüber Kindern und Jugendlichen ist die Kinderarmut. Das Recht eines jeden Kindes auf angemessene und menschenwürdige Lebens- und Entwicklungsbedingungen, auf Schutz vor Armut und sozialer Ausgrenzung ist zwar in normativen Standards verschiedener internationaler und europäischer Instrumente verankert, und seit einiger Zeit in den Fokus der sozialpolitischen Agenda von Europäischer Union (EU) und Europarat gerückt. Welche normative Bedeutung diesen Standards indes für die Sicherung der wirt-

¹ Vom 20.11.1989, UNTS Bd. 1577, S. 3 (auch abrufbar unter: <https://treaties.un.org/>); zur deutschen Fassung Zustimmungsgesetz v. 17.02.1992 (BGBl. II, S. 121).

schaftlichen und sozialen Rechte der heranwachsenden Generation zukommt und welche Rolle Kinderrechte in der innerstaatlichen Sozialrechtsordnung für die Gestaltung der konkreten Lebensbedingungen von Kindern spielen, ist dennoch in weiten Teilen ungeklärt. Dies gilt auch für das Kindeswohlprinzip des Art. 3 Abs. 1 KRK. Dieses Prinzip verlangt bei allen staatlichen Maßnahmen, die Kinder betreffen, eine Abwägung der Kindesinteressen mit entgegenstehenden Belangen, wobei das Kindeswohl ein vorrangig zu berücksichtigender Gesichtspunkt ist. Die Pflicht, Kindesbelange zu ermitteln, zu benennen und gegen andere Gesichtspunkte abzuwägen, trifft Gesetzgeber und Rechtsanwender gleichermaßen.²

Wie sehr Anspruch und Wirklichkeit hier auseinanderklaffen, zeigte sich im Kontext der Corona-Pandemie im Frühjahr 2020:³ Im Kampf gegen das Infektionsgeschehen wurden Maßnahmen getroffen, die Kinder und Jugendliche anders und ungleich härter treffen als erwachsene Personen. Viele europäische Länder schlossen Schulen und frühkindliche Bildungseinrichtungen und verbannten die Kinder wochenlang in die Wohnung, zum Teil mit äußerst strikten Ausgangs- und Kontaktsperrern. Hier war nicht nur das Recht auf Bildung tangiert, wenn es etwa in sozial benachteiligten Familien an der für digitales Home-Schooling erforderlichen Mindestausstattung fehlte oder die Eltern keine Unterstützung in schulischen Angelegenheiten bieten konnten. Auch der fehlende Zugang zu kostenlosen Schulmahlzeiten war ein Problem, weil Lebensmittelpenden wegen der zumeist ebenfalls geschlossenen Tafeln kaum noch verteilt wurden. Einigen Kindern drohten weitergehende Gefahren: Bekanntermaßen steigt mit drastischen Ausgangssperren und fehlenden Ausweich- und Zufluchtmöglichkeiten auch das Risiko häuslicher Gewalt bis hin zu sexuellem Missbrauch, auch wenn das ganze Leid der Opfer oft erst zu einem späteren Zeitpunkt sichtbar werden mag.⁴

Nun steht zu befürchten, dass Kinderrechte im Zuge der zu erwartenden wirtschaftlichen und sozialen Verwerfungen nach der Pandemie erst recht unter den Tisch fallen. Leere öffentliche Kassen, Insolvenzen, steigende Arbeitslosigkeit und die Folgen einer weltweiten Rezession könnten auch die Zahl der durch Armut in ihren Lebens- und Entfaltungschancen bedrohten Kinder in neue Rekordhöhen treiben. Bereits vor der Corona-Pandemie waren die Kinderarmutsquoten hoch: 2018 zählten in der EU 22,8 Mio. Kinder unter 18 Jahren zu einer der am meisten von Armut oder sozialer Ausgrenzung bedrohten Gruppe der Bevölke-

2 Art. 3 KRK (in der authentischen englischen Fassung): »In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.« Diese Formulierung findet sich fast wortgleich in Art. 24 Abs. 2 EU-GRCh: »In all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions, the child's best interests must be a primary consideration.«

3 Insofern ist es wohl kein Zufall, wenn in Deutschland sechs Wochen nach Schließung der Kitas über die Bundesliga mehr diskutiert wird als über Kinder.

4 Kinder können sowohl als Opfer als auch als Zeugen von häuslicher Gewalt Schaden erleiden. Zum deutlichen Anstieg von häuslicher Gewalt unter Erwachsenen und von körperlicher, emotionaler und sexualisierter Gewalt gegen Kinder in allen größeren wirtschaftlichen Rezessionen der letzten Jahrzehnte vgl. *Fegert/Clemens/Berthold/Kölch*, Kinderschutz ist systemrelevant – gerade in Zeiten der SARS-CoV-2-Pandemie, *Jugendamt* 2020, 178 ff. (179).

rung (24 %), während die entsprechende Quote der Erwachsenen (18–64) bei 22,1 %, die der Senioren (65+) bei 18,3 % lag.⁵

In der bisherigen Debatte um den Umgang mit Kindern in Not und die Überwindung von Kinderarmut auf internationaler, europäischer und nationaler Ebene werden unterschiedliche Strategien und Begründungsansätze sichtbar: So postuliert auch die EU die Anerkennung von Kinderrechten, aber als Reaktion auf Kinderarmut steht eine »Sozialinvestitions-Logik« im Vordergrund, um die Chancengleichheit zu verbessern und die generationenübergreifende Weitergabe von Armut zu durchbrechen.⁶ Demgegenüber betont der Europarat menschenrechtliche Standards wie das Recht des Kindes auf Schutz gegen Armut und soziale Ausgrenzung.⁷

Daraus ergeben sich zwei Fragestellungen für diesen Beitrag: Zunächst gilt es – nach einem kurzen Überblick über Dimensionen und Definitionen von Kinderarmut – die kinderrechtlichen Standards zu identifizieren, die auf Ebene der EU, des Europarats sowie der Vereinten Nationen entwickelt wurden und die für Gestaltung und Interpretation staatlicher Maßnahmen zur Existenzsicherung von Kindern in der EU relevant sind. Anschließend wird ein Blick auf die innerstaatliche Berücksichtigung dieser Standards geworfen, zum einen hinsichtlich ihrer Anwendung durch die Rechtsprechung, zum andern bei der Umsetzung in der Gesetzgebung, um so Aufschluss über die Interpretation von Kinderrechten und -interessen in existenzsichernden Leistungssystemen zu gewinnen. In einem Ausblick sollen am Ende weitergehende Forschungsfragen aus dem vorgestellten Themenfeld skizziert werden.

B. Dimensionen, Definitionen und Determinanten von Kinderarmut

Kinderarmut wird als multidimensionales Phänomen beschrieben: Kinder gelten als arm, wenn sie in einer armen Familie unter prekären Bedingungen aufwachsen. Kinder und Jugendliche leiden jedoch anders unter Armut als Erwachsene, da sie durch Bildungsdefizite, ungesunde Ernährung und schlechte Wohnverhältnisse in ihren Entwicklungs- und Entfaltungschancen beeinträchtigt sind. Diese Chancen werden auch durch mangelnde Gelegenheiten zum Spielen, zur Teilnahme an Sport, an Freizeit- und kulturellen Aktivitäten negativ beeinflusst. Überdies gehen Armutsphasen in der Kindheit oft mit einem stressreichen Alltagsleben einher, mit langfristigen Folgen für die physische, intellektuelle und soziale Entwicklung eines Kindes.⁸

⁵ Lediglich die Jugendlichen im Alter von 16–24 Jahren waren mit einem Anteil von 27,9 % ebenfalls überproportional betroffen; zu den Daten vgl. Eurostat, zitiert nach *Eurochild*, New opportunities for investing in children. 2019 Eurochild report on the European Semester, S. 94.

⁶ Vgl. *Europäische Kommission*, Empfehlung vom 20. Februar 2013. Investitionen in Kinder: Den Kreislauf der Benachteiligung durchbrechen (2013/112/EU).

⁷ Vgl. hierzu die Kinderstrategie 2016–2021, *Council of Europe*, Council of Europe Strategy for the Rights of the Child (2016–2021), 2016, <https://edoc.coe.int/en/children-s-rights/7207-council-of-europe-strategy-for-the-rights-of-the-child-2016-2021.html> (dieser und alle folgenden links zuletzt aufgerufen am 04.06.2020).

⁸ *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend* (BMFSFJ), Dossier Armutsrisiken von Kindern und Jugendlichen in Deutschland, 2008; *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA),

In Deutschland basiert Armutsmessung auf dem sozialpolitischen Konzept der relativen Einkommensarmut.⁹ Die Messung folgt einem von der EU gesetzten Standard, wonach Menschen als armutsgefährdet gelten, wenn sie weniger als 60 % des mittleren bedarfsgewichteten Nettoeinkommens zur Verfügung haben. Neben der 60 % Armutsrisikogrenze wird häufig auch eine 50 % Marke als Armutsgrenze verwendet, so z. B. in den Studien des UN-Kinderhilfswerks UNICEF oder der OECD. Von strenger Armut wird gesprochen, wenn das Nettoäquivalenzeinkommen weniger als 40 % des mittleren Nettoeinkommens beträgt.¹⁰ Durch die Absenkung der altersbezogenen Bedarfsgewichtung bei der gebräuchlichen Äquivalenzskala dürfte das Ausmaß der Kinderarmut allerdings erheblich unterschätzt werden.¹¹

In der EU ist ein spezieller Indikator zur Bestimmung der Gefährdung durch Armut und sozialem Ausschluss (AROPE)¹² gebräuchlich, der drei Indikatoren auf Haushaltsebene kombiniert: das relative Armutsrisiko entsprechend der Armutsgrenze von 60 % des nationalen mittleren Einkommens, erhebliche materielle Entbehrung (*severe material deprivation*)¹³ und sehr geringe Erwerbsintensität¹⁴ der im Haushalt lebenden Erwachsenen.

Zu den wichtigsten Determinanten einer erhöhten Armutsgefährdung zählen die Haushaltsstruktur und eine unterdurchschnittliche Erwerbsbeteiligung der Eltern. Für unterhaltsabhängige¹⁵ Kinder in einer Einelternfamilie liegt die Armutsgefährdungsquote nach dem AROPE-Indikator bei 42,8 % im Vergleich zu lediglich 15,6 % im Fall einer Zwei-Elternfamilie mit einem Kind. Ein höheres Armutsrisiko findet man auch in kinderreichen Familien mit drei oder mehr Kindern sowie bei bestimmten Minderheitengruppen, v. a. bei Kindern mit einem Migrations- oder Fluchthintergrund und Kindern in Roma-Familien.¹⁶ Weitere

Combating child poverty: an issue of fundamental rights, 2018, S. 7. Zum Problem der fehlenden Kinderrechtsperspektive bei der Definition und Messung von Armut vgl. Nolan, Protecting the Child from Poverty: The Role of Rights in the Council of Europe, 2019, S. 37 f. mit weiteren Nachweisen.

- 9 Zu den Armutsrisikoquoten für Familien und Kinder in Deutschland, die je nach Datenquelle variieren, vgl. BMFSFJ (Hg.), Familienreport 2017, Leistungen, Wirkungen, Trends, 2017, S. 48 ff. Zur Unterscheidung zwischen dem Armutsbegriff in Sozialpolitik und Sozialrecht vgl. Eichenhofer, Armutsmessung zwischen Deskription und Präskription, Sozialer Fortschritt, 2018, 327 ff.
- 10 Bundeszentrale für politische Bildung, Zahlen und Fakten, Europa, 15.05.2019, abrufbar unter www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/europa/70622/strengere-armut.
- 11 Nach der neueren Äquivalenzskala der OECD ist der ersten erwachsenen Person im Haushalt ein Gewicht von 1 zugeordnet, weitere Erwachsene und Jugendliche (ab 14 Jahren) werden mit 0,5 und jedes Kind (unter 14 Jahren) mit 0,3 gewichtet (nach der früheren Skala zählte jedes Kind noch zu 0,5). Zu den Äquivalenzskalen vgl. Eurostat Glossar: Verfügbares Äquivalenzeinkommen, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:Equivalent_disposable_income/de.
- 12 »At Risk Of Poverty and Social Exclusion«, vgl. EU Agency for Fundamental Rights (oben Fn. 8), S. 15 ff.
- 13 Ein erheblicher Mangel an Ressourcen liegt vor, wenn mindestens vier der neun nachfolgend genannten Merkmale für Entbehrung erfüllt sind: Die Familie kann 1) ihre Miete oder Wasser-, Gas- und Stromrechnungen nicht bezahlen, 2) ihre Wohnung nicht angemessen warm halten, 3) keine unerwarteten Ausgaben tätigen, 4) nicht jeden zweiten Tag Fleisch, Fisch oder ein Proteinäquivalent essen, 5) nicht einmal im Jahr eine einwöchige Urlaubsreise machen 6) sich kein Auto, 7) keine Waschmaschine 8) keinen Farbfernseher oder 9) kein Telefon leisten.
- 14 Geringe Erwerbsintensität liegt vor, wenn Erwachsene im erwerbsfähigen Alter (18–59 Jahre) im vorangegangenen Jahr zu weniger als 20 % ihres Arbeitszeitpotenzials gearbeitet haben.
- 15 Zu den unterhaltsabhängigen Kindern zählen neben den Kindern im Alter 0–17 auch junge Erwachsene zwischen 18 und 24, wenn sie nicht in den Arbeitsmarkt eingegliedert sind und noch bei mindestens einem Elternteil wohnen.
- 16 EU Agency for Fundamental Rights (oben Fn. 8).

Risikofaktoren für Kinderarmut sind ein zu niedriges Niveau von Mindestsicherungsleistungen und Wohnungsunsicherheit aufgrund von unbezahlbaren Mieten.

Die nach der Wirtschaftskrise von 2008 praktizierten Austeritätsprogramme haben Kinder in unterschiedlichem Ausmaß, häufig jedoch stärker als andere Altersgruppen getroffen. Im Zeitraum 2010–2018 hat sich die Armutsgefährdungsquote für Kinder in 18 der 28-EU-Mitgliedstaaten wieder verbessert, während sie sich in sieben Mitgliedstaaten verschlechterte. Im Jahr 2018 variierte der Anteil der unter 18-jährigen, die in einem Haushalt unterhalb der Armutsschwelle aufwuchsen, zwischen 13,1 % in Slowenien und 38,1 % in Rumänien. In fast der Hälfte der Mitgliedstaaten waren die Kinder die am stärksten betroffene Altersgruppe.¹⁷ Auch wenn sich die Armutsindikatoren einiger Länder verbessert haben, bedeutet das noch keine Überwindung von Kinderarmut, solange die zugrundeliegenden strukturellen und systemischen Ursachen fortbestehen.

C. Standards und Initiativen zur Existenzsicherung von Kindern in der EU

Die EU-Agenda enthält seit einigen Jahren verstärkt Initiativen zur Förderung von Kinderrechten.¹⁸ Sie korrespondieren mit zumeist programmatischen Vorgaben des EU-Primärrechts, insbesondere in Art. 3(3) EUV und Art. 6(1) EUV, der auf die Grundrechtecharta der EU verweist, die ihrerseits spezifische Vorschriften zu Kinderrechten enthält (Art. 24 GRCh).

I. Kinderrechte vor dem EuGH

Bei der Gewährleistung menschenwürdiger Existenzbedingungen für Minderjährige im Rahmen des europäischen Asylsystems ist neben Kinderrechten insbesondere die Garantie der Menschenwürde (Art. 1 GRCh) entscheidend, wie der EuGH in seinem Urteil vom 12. November 2019 zum Flüchtlingssozialrecht konstatierte.¹⁹ Der Gerichtshof betonte, »dass die Behörden der Mitgliedstaaten,

17 Den Negativrekord bei der Armutsgefährdungsquote für die unter 18-Jährigen hält Italien (26,2%), gefolgt vom Vereinigten Königreich, Luxemburg, Belgien und Frankreich, vgl. die Datennachweise aus Eurostat, online-Statistik, Children at risk of poverty or social exclusion, basierend auf EU-SILC-Daten (EU Statistics on income and living conditions).

18 Zu den normativen Ansätzen der EU vgl. Becker, Grundlegung, in: Becker/Hohnerlein/Kaufmann/Weber, Die »dritte Generation«. Rechte und Förderung von Kindern in Deutschland, Frankreich, Italien und Schweden, 2014, S. 52 ff.; Agentur der EU für Grundrechte/Europarat, Handbuch zu den europarechtlichen Grundlagen im Bereich der Rechte des Kindes, 2017, S. 20 ff.

19 EuGH, Gr. Kammer, Urt. vom 12.11.2019, Rs. C-233/17 (*Haqbin*), ECLI:EU:C:2019:956. Der Rechtstreit betraf den Fall eines minderjährigen Asylsuchenden aus Afghanistan, der als Sanktion nach einer Schlägerei im Aufnahmезentrum in Brüssel für 15 Tage von der Inanspruchnahme materieller Hilfen in der Aufnahmeeinrichtung ausgeschlossen wurde. Der Gerichtshof stellte fest, dass Leistungen zur Sicherung eines menschenwürdigen Lebensstandards nicht eingeschränkt oder entzogen werden dürfen. Die Achtung der Menschenwürde aus Art. 1 GRCh verlange, »dass der Betroffene nicht in eine Situation extremer materieller Not gerät, die es ihm nicht erlaubt, seine elementarsten Bedürfnisse zu befriedigen, wie etwa eine Unterkunft zu finden, sich zu ernähren, zu kleiden und zu waschen, und die seine physische oder psychische Gesundheit beeinträchtigt oder ihn in einen Zustand der Verelendung versetzt, der mit der Menschenwürde unvereinbar wäre«. Vgl. zu diesem Urteil Hruschka (in diesem Heft) sowie die Urteilsanmerkungen von Ganter, Das menschenwürdige Existenzminimum zwischen Karlsruhe und Luxemburg, ZESAR

wenn der Antragsteller wie im Ausgangsverfahren ein unbegleiteter Minderjähriger und damit eine »schutzbedürftige Person« ... ist, bei der Verhängung von Sanktionen ... verstärkt die besondere Situation des Minderjährigen und das Verhältnismäßigkeitsprinzip berücksichtigen müssen. Im Übrigen müssen die Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Minderjährige berührenden Bestimmungen ... vorrangig das Wohl des Kindes berücksichtigen, insbesondere Faktoren wie Wohlergehen und der sozialen Entwicklung des Minderjährigen ... Rechnung tragen ...«. ²⁰

Außerhalb des europäischen »Asylsozialrechts« ist das Kindeswohl nach Art. 24 Abs. 2 GRCh auch in binationalen Einelternfamilien im Zusammenhang mit einem derivativen Aufenthaltsrecht als Grundlage für Sozialleistungen bedeutsam. In der Rs. *Chavez-Vilchez* hatte der EuGH zu entscheiden, ob drittstaatsangehörigen Müttern von minderjährigen Unionsbürgern, deren Väter ebenfalls Unionsbürger sind, aufgrund eines vom Kind abgeleiteten und direkt auf Art. 20 AEU-Vertrag gestützten Aufenthaltsrechts Ansprüche auf niederländische Sozialleistungen in Gestalt von Sozialhilfe und Kindergeld zustehen. ²¹ Alle diese Kinder waren von ihren Vätern anerkannt worden, lebten aber hauptsächlich oder ausschließlich bei der Mutter. Die niederländischen Sozialbehörden hatten die Leistungen jeweils wegen fehlender Aufenthaltsberechtigung der Mutter abgelehnt. Bei der Beurteilung der Rechte der Kinder mit Unionsbürgerschaft ging es um die Frage, ob die Kinder gezwungen wären, das Unionsgebiet zu verlassen, wenn ihren Müttern das derivative Aufenthaltsrecht versagt würde. In seiner Vorabentscheidung betonte der EuGH nicht nur die eigene Rechtsstellung der Kinder bei der Möglichkeit, den Kernbestand der Unionsbürgerschaft auszuüben, sondern er verpflichtete die Mitgliedstaaten zu einer dezidierten Berücksichtigung des Kindeswohls aus Art. 24 Abs. 2 GRCh in Verbindung mit der Pflicht zur Achtung des Familienlebens (Art. 7 GRCh). Damit korrigierte der EuGH die restriktive Interpretation des Kindeswohls durch die niederländischen Sozialbehörden, die ein derivatives Aufenthaltsrecht für die Mütter nur dann gelten lassen wollten, wenn die Väter objektiv nicht in der Lage seien, die Personensorge auszuüben (z. B. wegen Haft, Unterbringung in einer speziellen Einrichtung oder im Todesfall). Für die Beurteilung des Kindeswohls war der Umstand, ob der Vater (Unionsbürger) wirklich in der Lage und bereit ist, die tägliche Sorge für sein Kind alleine wahr-

2020, 113–119; und *Kanalan*, Existenzminimum nach Luxemburger Art, <https://verfassungsblog.de> vom 04.12.2019.

20 EuGH (oben Fn. 19), Rz. 53 f.

21 EuGH, Gr. Kammer, Urt. vom 10.05.2017, C-133/15 (*Chavez-Vilchez u. a.*), ECLI:EU:C:2017:354. Zur Rezeption dieser Entscheidung in Österreich vgl. *Brameshuber*, Soziale Rechte für Drittstaatsangehörige, in: Schratzbauer/Pfeil/Mosler (Hg.), Migration, Arbeitsmarkt und Sozialpolitik, Wien 2018, S. 248 ff. (273). Das derivative Aufenthaltsrecht geht auf die sog. *Zambrano*-Judikatur des EuGH zurück, Urt. vom 11.03.2011, Gr. Kammer, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124. Das Urteil hat auch im Vereinigten Königreich zu Kontroversen über den Ausschluss dieser Familien von den üblichen innerstaatlichen Familienleistungen und der damit verbundenen Diskriminierung von minderjährigen EU-Bürger_innen geführt, die allerdings mangels einer Vorlage zum EuGH nur durch englische Gerichte entschieden wurden, vgl. R. (on the application of HC) v Secretary of State for Work and Pensions (SSWP) (2017) UKSC 73. Zur Kritik vgl. *Cousins*, The Social Security Rights of Zambrano Carers Under EU and UK Law, *Journal of Social Security Law (JSSL)* 2018, 120–127; *O'Brien*, Acte cryptique? Zambrano, welfare rights, and underclass citizenship in the tale of the missing preliminary reference, *Common Market Law Rev.* 56 (2019), 1697–1732.

zunehmen, zwar bedeutsam. Entscheidender war jedoch die Bindung des Kindes zu und seine Abhängigkeit von der Mutter, welche die innerstaatlichen Behörden für irrelevant erachtet hatten.²²

II. *Soft law Initiativen der EU*

Auch wenn die Ausgestaltung der sozialen Sicherungssysteme einschließlich der Mindestsicherung außerhalb des Asylsozialrechts in der Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten bleibt, hat sich mit dem Vertrag von Lissabon der europäische Rahmen zum Schutz von Kinderrechten deutlich geweitet. Dabei geht es vor allem um »soft law«-Initiativen mit dem Zweck, mitgliedstaatliche Bemühungen und Aktivitäten zu unterstützen, zu koordinieren und zu ergänzen. Bei den Initiativen im Bereich Armut und soziale Ausgrenzung von Kindern kann sich die EU auf Art. 156 AEU-Vertrag stützen, um die Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten u. a. auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit zu fördern. Die Kommission kann dazu Aktivitäten und Programme initiieren, die darauf abzielen, Leitlinien und Indikatoren festzulegen, den Austausch bewährter Verfahren (»best practice«) durchzuführen und die erforderlichen Elemente für eine regelmäßige Überwachung und Bewertung auszuarbeiten. Darüber hinaus kann die Kommission auch Finanzierungsprogramme für unterschiedliche Maßnahmen auflegen, die Lebensbedingungen von Kindern gestalten.²³

Tatsächlich hat sich die EU im Lauf der letzten Dekade bemüht, über diverse »soft-law«-Instrumente auf die Mitgliedstaaten einzuwirken, um das Recht der Kinder auf Schutz vor Armut und sozialer Ausgrenzung nachdrücklich ins Bewusstsein zu rücken. Den Auftakt bildeten die auf zehn Jahre angelegte »Europa 2020«-Strategie aus dem Jahr 2010,²⁴ und die Agenda für die Rechte des Kindes von 2011,²⁵ die Kinderrechte im Sinne der Grundrechtecharta und der UN-KRK zu einem Bestandteil der europäischen Grundrechtspolitik machte. Diese Agenda betonte neben einer kinderfreundlichen Gestaltung des Justizwesens und der Gerichtsverfahren vor allem den Schutz der verletzlichsten Gruppen: die von Armut, von sexueller Ausbeutung bedrohten Kinder, geflüchtete Kinder, Kinder aus Roma-Familien und Kinder mit einer Behinderung. 2013 folgte die EU-Empfehlung über »Investitionen in Kinder: Den Kreislauf der Benachteiligung durchbrechen«, die drei Grundpfeiler für integrierte Strategien vorsah: Zugang zu angemessenen Ressourcen, Zugang zu erschwinglichen hochwertigen

22 Bei der Feststellung des Abhängigkeitsverhältnisses zur Mutter ist im Interesse des Kindeswohls eine Beachtung sämtlicher Umstände des Einzelfalls geboten, »so insbesondere des Alters des Kindes, seiner körperlichen und emotionalen Entwicklung, des Grades seiner affektiven Bindung sowohl zu dem Elternteil, der Unionsbürger ist, als auch zu dem Elternteil mit Drittstaatsangehörigkeit und des Risikos, das mit der Trennung von Letzterem für das innere Gleichgewicht des Kindes verbunden wäre.« EuGH (oben Fn. 21), Rz. 71.

23 Vgl. Art. 174–178 AEU-Vertrag (Stärkung des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts).

24 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission, EUROPA 2020, Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum. KOM(2010) 2020 endgültig, 3. März 2010. Als nachfolgende Strategie wurde das Horizon Europe Programm (2012–2027) durch die EU-Kommission entworfen.

25 *Europäische Kommission*, Eine EU-Agenda für die Rechte des Kindes, 15.02.2011, KOM(2011) 60 endgültig.

Leistungen und Recht auf Teilhabe.²⁶ Nach den sozialen Einschnitten infolge der internationalen Wirtschafts- und Finanzkrise von 2008 sollte die Proklamation der Europäischen Säule Sozialer Rechte im Jahr 2017 die soziale Dimension der EU auch in Bezug auf Kinder in den Fokus rücken.²⁷ Grundsatz 11 ist der Betreuung und Unterstützung von Kindern gewidmet und formuliert zum einen das Recht auf hochwertige, bezahlbare frühkindliche Bildung und Betreuung, zum andern das Recht auf Schutz vor Armut, und für Kinder aus benachteiligten Verhältnissen das Recht auf besondere Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit. Daneben sind Kinder auch Adressaten des Rechts auf angemessene Mindesteinkommensleistungen, die »in jeder Lebensphase« ein würdevolles Leben ermöglichen, auf einen wirksamen Zugang zu dafür erforderlichen Gütern und Dienstleistungen (Grundsatz 14 Satz 1), auf Wohnunterstützung (Grundsatz 19) und auf Zugang zu essenziellen Dienstleistungen einschließlich digitaler Kommunikation (Grundsatz 20).

Trotz dieser Initiativen blieben die Fortschritte bei der Bekämpfung von Kinderarmut in den EU-Staaten überschaubar. Zahlreiche Experten-Netzwerke betonen die Notwendigkeit, die Implementierung der in der EU-Empfehlung von 2013 formulierten Strategien in den Mitgliedstaaten nachdrücklicher zu verfolgen, und dabei Mittel aus EU-Fonds intensiver als bisher zu nutzen.²⁸ Dieses Anliegen wird auch in neuen Maßnahmen zur Förderung sozialer Rechte der Kinder deutlich, wie in den von der Kommission lancierten Machbarkeitsstudien zur Einführung einer Europäischen Kindergarantie. Als »Garantie gegen Kinderarmut« soll sie einen rechtlichen Rahmen für die Umsetzung der Empfehlung von 2013 schaffen und dabei jüngere Initiativen, wie die Europäische Säule Sozialer Rechte und die 2015 formulierten Ziele für nachhaltige Entwicklung der Vereinten Nationen, berücksichtigen.²⁹ Ein weiterer Ansatz zur Stärkung des Rechts der Kinder auf Schutz vor Armut will konkret am Mechanismus des Europäischen Semesters³⁰ anknüpfen. Während dieses Instrument sich ursprünglich auf die Überwachung der Haushaltsdisziplin der Mitgliedstaaten konzentrierte, werden inzwischen im

26 Der erste Grundpfeiler bezog sich zum einen auf Ressourcen durch die Erwerbsbeteiligung der Eltern, zum anderen auf die Gewährleistung eines angemessenen Lebensstandards durch Sozialleistungen, die ein Leben in Würde garantieren sollten. Der zweite Grundpfeiler befasste sich mit unterschiedlichen Dimensionen zum Abbau von Ungleichheit im Kindesalter, darunter ein Recht auf sicheren und angemessenen Wohnraum in einem kinderfreundlichen Wohnumfeld, aber auch mit der Unterstützung für Familien und mit besserer Qualität bei alternativer Betreuung außerhalb der Familie. Der dritte Grundpfeiler zum Recht auf Teilhabe spricht neben dem Recht auf altersangemessene Beteiligung der Kinder an den sie betreffenden Angelegenheiten auch ihr Recht auf Spiel, Erholung, Sport und kulturelle Aktivitäten an.

27 Die Europäische Säule Sozialer Rechte wurde am 17. November 2017 in einer gemeinsamen Proklamation von EU-Kommission, Europäischem Rat und EU-Parlament verabschiedet, abrufbar unter www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/11/17/european-pillar-of-social-rights-proclamation-and-signing/; dazu *Becker*, Die Europäische Säule sozialer Rechte, *Zeitschrift für Öffentliches Recht – Austrian Journal of Public Law (ZöR)* 2018, 525–558.

28 V. a. europäische Netzwerke wie Eurochild, das europäische Armutsnetzwerk (EAPN), das europäische Sozialnetzwerk ESN und Save the Children.

29 Vgl. *European Commission*, *Feasibility Study for a Child Guarantee*. Intermediate Report, 2020, S. 18; die Vorarbeiten zur »Kindergarantie« konzentrieren sich auf besonders vulnerable Kinder, vgl. *Fresno/Meyer/Bain*, Target Group Discussion Paper on Children living in Precarious Family Situations, *Feasibility Study for a Child Guarantee (FSCG)*, Brussels, European Commission, 2019.

30 Das Europäische Semester für die Koordinierung der Wirtschaftspolitik wurde 2011 im Rahmen der Europa-2020-Strategie eingeführt, http://ec.europa.eu/europe2020/index_de.htm.

Monitoring-Prozess auch sozialpolitische Aspekte und die Umsetzung der Europäischen Säule Sozialer Rechte beachtet. Zur Verwirklichung der Garantie gegen Kinderarmut sollen in Zukunft die Finanzierungsinstrumente der EU verstärkt zum Einsatz kommen.³¹

D. Internationale Standards zur Existenzsicherung von Kindern

I. Kinderrechtliche Standards des Europarats

Obwohl beim Europarat seit jeher menschenrechtliche Ansätze im Vordergrund stehen, gibt es beim Schutz von Kinderrechten bemerkenswerte Überschneidungen mit dem Rechtsraum der EU: Zum einen sind sämtliche EU-Staaten den zentralen menschenrechtlichen Übereinkommen des Europarats beigetreten: der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)³² und ihren Zusatzprotokollen, die auf den Schutz bürgerlicher und politischer Rechte ausgerichtet sind, und der Europäischen Sozialcharta (ESC) zum Schutz wirtschaftlicher und sozialer Rechte von 1961 bzw. der revidierten Sozialcharta (RESC) von 1996.³³ Zum andern ist die Europäische Grundrechtecharta ihrerseits stark von den Menschenrechtsabkommen des Europarats geprägt, in Bezug auf Kinderrechte und Existenzsicherung speziell von der ESC.

1. Europäische Menschenrechtskonvention

Die meisten der mit der EMRK geschützten Rechte sind nicht kinderspezifisch, sondern gelten für Kinder wie für Erwachsene. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg sind jedoch einige Rechte von besonderer Relevanz für Kinder. Dazu gehören insbes. das Recht auf Schutz des Privatlebens und Respekt des Familienlebens (Art. 8) und das Verbot der Folter, unmenschlicher und erniedrigender Behandlung und Bestrafung (Art. 3). Durch eine dynamische Auslegungsmethode, welche die den Konventionsbestimmungen eingeschriebenen positiven Pflichten für die Vertragsstaaten betont, hat der EGMR die Bedeutung des Kindeswohls unterstrichen, obwohl dieses Rechtsprinzip im Konventionstext nicht ausdrücklich erwähnt wird. Zudem hat der Gerichtshof über die Interpretation der positiven Pflichten aus der Konvention auch Grundsätze im Kontext der Existenzsicherung von Kindern entwickelt, teilweise unter Bezugnahme auf die UN-KRK.

31 *Eurochild*, New opportunities for investing in children. 2019 Eurochild report on the European Semester, 2019; *Eurochild*, Making social rights work for children: 2018 Eurochild report on the European Semester, 2018; *Eurochild*, Investing in children through the post 2020 European Multiannual Financial Framework, 2018.

32 Die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 04.11.1950, ETS Nr. 005. In Anlehnung an die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte enthält die EMRK einen Katalog der wichtigsten Freiheitsrechte (Recht auf Leben; Folterverbot; Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens; Diskriminierungsverbot). Der aktuelle Stand der Unterzeichnungen und Ratifizierungen der EMRK samt Zusatzprotokollen ist unter www.conventions.coe.int abrufbar. Zum Schutz von Kinderrechten im Rahmen des Europarats vgl. *Agentur der EU für Grundrechte/Europarat*, 2017 (oben Fn. 18), S. 23 ff.

33 Europarat, Europäische Sozialcharta (ESC) vom 18.10.1961, ETS Nr. 35; Europarat, Revidierte Europäische Sozialcharta (RESC) vom 03.05.1996, ETS Nr. 163.

Zwar ist die EMRK hauptsächlich auf den Schutz bürgerlicher und politischer Rechte ausgerichtet, jedoch hat der EGMR in das Schutzkonzept der EMRK auch soziale Rechte einbezogen und dazu Standards für die Definition positiver Pflichten der Vertragsstaaten entwickelt.³⁴ Im Urteil vom 07.07.2015 entschied der EGMR über die Verletzung von Schutzpflichten Belgiens gegenüber einer siebenköpfigen Roma-Familie serbischer Nationalität, die aus einem Aufnahmezentrum für Asylbewerber ausgewiesen und dadurch obdachlos wurde, obwohl das Asylverfahren noch nicht abgeschlossen war.³⁵ Der EGMR bejahte die Verletzung von Schutzpflichten aus Art. 3 EMRK, da Belgien die besondere Schutzbedürftigkeit der Familienmitglieder – als Asylsuchende und als Kinder – nicht beachtet hatte, sondern sie ohne jede Unterstützung in eine Situation extremer Armut brachte, obwohl besonderer Schutz gerade in Bezug auf Kinder im Fall Neugeborener oder behinderter Kinder geboten gewesen wäre. Der EGMR betonte die Verpflichtung Belgiens, speziell den Personen mit besonderen Bedürfnissen und dem Kindeswohl Rechnung zu tragen. Die Verletzung der Pflicht, Schutzbedürftige nicht extremer Not auszusetzen, wurde als schwerwiegender Verstoß gegen die Menschenwürde gewertet, wodurch die Schwelle zur menschenunwürdigen Behandlung nach Art. 3 EMRK überschritten war.

Der EGMR war auch mehrfach mit Verfahren befasst, in denen es indirekt um Kinderrechte im Kontext unzureichender Existenzsicherung, nämlich um die Wechselwirkungen zwischen materieller Not im Familienverbund und dem Schutz des Familienlebens aus Art. 8 Abs. 1 EMRK ging. Anlass zur Besorgnis boten verschiedene Fälle, in denen arme Familien – v. a. arme Mütter – mit der Wegnahme ihrer Kinder, Umgangsverboten und Entzug des Sorgerechts bestraft wurden.³⁶ In einer Serie von Entscheidungen arbeitete der EGMR heraus, dass die Fremdplatzierung der Kinder das Recht auf Schutz des Familienlebens tangiert und nur zu rechtfertigen ist, wenn die Maßnahme auf Gesetz beruht, ein legitimes Ziel verfolgt und in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich ist.³⁷ Jedoch haben die Vertragsstaaten eine positive Verpflichtung, Bedingungen für die positive Entwicklung der Eltern-Kind-Beziehung zu schaffen. Nach internationalen kinderrechtlichen Standards ist aus Sicht des Kindeswohlprinzips die Trennung von den eigenen Eltern nur als ultima ratio einzusetzen. Um die konkreten posi-

34 Vgl. *Nußberger*, Von Versailles über Genf nach Straßburg – Sozialstandards als Menschenrechtsgarantien, ZIAS 2018, 215 ff. (223 ff.)

35 EGMR – *V. M. und andere ./. Belgien*, Urte. vom 07.07.2015, 60125/11. Der Gerichtshof bezog sich auf die Rechtsprechung des EuGH zu den nach der Aufnahmerichtlinie zu gewährleistenden materiellen Hilfen.

36 Zur Problematik dieser Praxis s. Council of Europe, Parliamentary Assembly, Social services in Europe: legislation and practice of the removal of children from their families in Council of Europe member States, Doc. 13730, 13.03.2015. Wiederholt war der EGMR mit Adoptionsfällen im skandinavischen Raum befasst, in denen es um die Vereinbarkeit »invasiver« Kinderschutzmaßnahmen mit Art. 8 EMRK ging, vgl. zuletzt EGMR, *Pedersen et al. ./. Norwegen*, Urte. vom 10.03.2020, 39710/15; *Hernehult ./. Norwegen*, Urte. vom 10.03.2020, 14652/16; *Strand Lobben et al. ./. Norwegen*, Gr. Kammer, Urte. vom 10.09.2019, 37283/13. Vgl. zu Italien den Fall der Roma-Familie *Barnea und Caldararu ./. Italien*, EGMR, Urte. vom 22.06.2017, 37931/15 (Trennung eines 28 Monate alten Kindes von seiner Familie und Unterbringung in einer Adoptiv-Pflegefamilie für sieben Jahre).

37 Die Beschwerden richteten sich häufig gegen Mitgliedstaaten der EU: EGMR, *Moser ./. Österreich*, Urte. vom 21.09.2006, 12643/02; *Wallová und Wállova ./. Tschechische Republik*, Urte. vom 26.10.2006, 23848/04; *Havelka u. a. ./. Tschechische Republik*, Urte. vom 21.06.2007, 23499/06; *A. K. und L. ./. Kroatien*, Urte. vom 08.01.2013, 37956/11; *R. M. S. ./. Spanien*, Urte. vom 18.06.2013, 28775/12.

tiven Pflichten des Staates zum Schutz des Familienlebens zu erfüllen, müssen die innerstaatlichen Behörden sich daher bemühen, die Notlage durch eine zusätzliche finanzielle Unterstützung zu beseitigen, damit die Grundbedürfnisse der Familie (in Bezug auf Ernährung, Elektrizität, Wasserversorgung) und die Kosten für die Kleinkindbetreuung gedeckt sind, sodass die Mutter einer bezahlten Erwerbstätigkeit nachgehen kann. Schutzbedürftigen Personen ist erhöhter Schutz zu gewähren.³⁸ Als kinderrechtlicher Standard ergibt sich aus dieser Rechtsprechung, dass Armut oder materielle Not nicht mit Vernachlässigung gleichzusetzen sind, und dass Armut nie als alleinige Begründung für eine Trennung der Kinder von ihren Eltern dienen darf.³⁹

Wichtiges Element des Menschenrechtsschutzes ist das Diskriminierungsverbot mit einem offenen Katalog an Diskriminierungsgründen nach Art. 14 EMRK, das allerdings nur in Verbindung mit einem geschützten Grundrecht der EMRK und ihrer Zusatzprotokolle anwendbar ist.⁴⁰ Dieses unselbständige Diskriminierungsverbot ist kinderrechtlich von Belang, wenn Eltern ausländischer Staatsangehörigkeit von Sozialleistungen, insbesondere von Familienleistungen ausgeschlossen werden. Hat ein Staat Familienleistungen eingeführt, so hat er damit seinen Respekt gegenüber dem Recht auf Schutz des Familienlebens ausgedrückt und muss dann die Ausübungsmodalitäten dieses Rechts grundsätzlich diskriminierungsfrei gestalten. Der EGMR hat diese Interpretation auf Art. 8 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 14 EMRK gestützt, ohne explizit auf Kindeswohlaspekte abzustellen. Soweit der EGMR damit den Zugang zu kindbezogenen Sozialleistungen wie Kindergeld oder Familienbeihilfen für Mehrkindfamilien erleichtert, unterstützt er auch die Existenzsicherung der Kinder in diesen Familien.⁴¹ Zwar zeigt der EGMR hier eine Tendenz, den Schutz für Familien, die aufgrund von Flucht, Migration und Vertreibung besonders von Armut und sozialem Ausschluss bedroht sind, zu verstärken. Allerdings haben die Straßburger Richter kinderrechtliche Standards in

38 Vgl. EGMR, *Soares de Melo .J. Portugal*, 72850/14, Urt. vom 16.02.2016, § 109. Beschwerdeführerin war eine Mutter von zehn Kindern mit kapverdischer Staatsangehörigkeit. 2012 wurden ihre sechs jüngsten Kinder im Alter zwischen sieben Monaten und sechs Jahren in staatliche Obhut mit dem Ziel eines Adoptionsverfahrens genommen. Die Behörden veranlassten den sofortigen Entzug der Elternrechte und verboten jeden Umgang mit ihren Kindern mit der Begründung, dass die arbeitslose Mutter, die nur eine bescheidene Familienbeihilfe bezog, keine angemessenen Lebensbedingungen für ihre Kinder bereitstellen konnte und sie vernachlässigen würde. Die Entscheidungen waren getroffen worden, obwohl zu keiner Zeit eine unabhängige Stellungnahme zu den »elterlichen Fähigkeiten« der Mutter oder zur emotionalen Situation der Kinder eingeholt worden war. Es gab keinerlei Hinweise auf Misshandlungen oder Missbrauch, vielmehr waren die affektiven Bindungen zu den Kindern besonders ausgeprägt. In diesem Fall wie in vielen anderen basierte die Trennung der Eltern von ihren Kindern auf einer Benachteiligung wegen des niedrigen sozio-ökonomischen Status in Verbindung mit einer ausländischen oder speziellen ethnischen Herkunft, der Rasse, dem Geschlecht oder einer Behinderung. Die Verletzung der staatlichen Schutzpflichten aus Art. 8 EMRK ergaben sich somit aus einer mehrfachen Diskriminierung der Eltern, die auch die Rechte ihrer Kinder beeinträchtigte.

39 Dies entspricht dem Ansatz der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, die eine Trennung von Eltern und Kindern allein wegen einer Behinderung des Kindes oder der Eltern verbietet (Art. 23 (4) der UN-Konvention).

40 Das Zusatzprotokoll Nr. 12 vom 04.11.2000 (ETS Nr. 177) sieht ein »frei stehendes« Diskriminierungsverbot vor, wurde aber bisher nur von zehn EU-Staaten ratifiziert.

41 Vgl. EGMR, Gr. Kammer, *Okpisz .J. Deutschland*, Urt. vom 26.11.2013, 27853/09; *Fawsie .J. Griechenland*, Urt. vom 28.10.2010, 40080/07.

einigen Fällen überraschenderweise nicht thematisiert, obwohl der Sachverhalt eine solche Prüfung nahegelegt hätte.⁴²

2. Europäische Sozialcharta

Die ESC garantiert die in der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht gewährleisteten wirtschaftlichen und sozialen Rechte, darunter das Recht von Müttern und Kindern auf sozialen und wirtschaftlichen Schutz (Art. 17 ESC), während andere soziale Rechte für alle Personen und damit auch für Kinder gelten, so die Rechte auf Schutz der Gesundheit (Art. 11 ESC), auf soziale Sicherheit (Art. 12 ESC) und soziale Fürsorge (Art. 13 ESC). Daneben werden Kinder indirekt über das Recht auf Schutz der Familie im Rahmen des Familienlebens erfasst (Art. 16 ESC). Die Revidierte Sozialcharta von 1996 gewährt zusätzliche soziale Garantien für alle, darunter das Recht auf Schutz vor Armut und sozialem Ausschluss (Art. 30 RESC)⁴³ und das Recht auf Wohnung (Art. 31 RESC),⁴⁴ die auch die Grundbedürfnisse von Kindern elementar betreffen. Außerdem widmet sie dem Recht der Kinder und Jugendlichen auf sozialen, gesetzlichen und wirtschaftlichen Schutz eine gesonderte Vorschrift (Art. 17 RESC).⁴⁵ Nur 20 der EU-Mitgliedstaaten haben die RESC 1996 ratifiziert. Dies hat auch Auswirkungen auf den Diskriminierungsschutz, den die ESC 1961 nur in der Präambel erwähnt und dabei auf einen geschlossenen Katalog von Diskriminierungsgründen bezieht, während die RESC 1996 dem Diskriminierungsverbot eine eigene Vorschrift (Artikel E) mit Öffnungsklausel (»sonstiger Status«) ähnlich wie Art. 14 EMRK widmet.

Die Durchsetzung der in der ESC verbürgten Rechte ist deutlich schwächer ausgeprägt als bei den EMRK-Rechten. Dies folgt aus der den Vertragsstaaten eingeräumten Möglichkeit, Verpflichtungen auf eine Auswahl an Rechten aus

42 So etwa in den Fällen *Petrovic ./. Österreich*, Urt. vom 27.03.1998, 20458/92 (kein Elterngeld für den Kindesvater nach österreichischem Leistungsrecht); *Garib ./. Niederlande*, Gr. Kammer, Urt. vom 06.11.2017, 43494/09 (zum Grundrecht auf freie Wohnsitzwahl aus Art. 2 Zusatzprotokoll Nr. 4: Eine alleinerziehende Mutter erhielt keine behördliche Genehmigung, nach einer Eigenbedarfskündigung eine von ihrem Vermieter angebotene Ersatzwohnung im gleichen Wohnviertel zu beziehen, weil sie den Lebensunterhalt für ihre Familie nicht aus Erwerbseinkommen, sondern aus Sozialhilfeleistungen bestritt).

43 »Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Schutz gegen Armut und soziale Ausgrenzung zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien, *ajim Rahmen eines umfassenden und koordinierten Ansatzes Maßnahmen zu ergreifen, um für Personen, die in sozialer Ausgrenzung oder Armut leben oder Gefahr laufen, in eine solche Lage zu geraten, sowie für deren Familien den tatsächlichen Zugang insbesondere zur Beschäftigung, zu Wohnraum, zur Ausbildung, zum Unterricht, zur Kultur und zur Fürsorge zu fördern; ...*«

Nur 13 EU-Mitgliedstaaten haben sich den Verpflichtungen aus Art. 30 RESC unterworfen: Belgien, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Lettland, Niederlande, Portugal, Slowakei, Slowenien und Schweden.

44 »Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Wohnung zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien, Maßnahmen zu ergreifen, die darauf gerichtet sind

1. den Zugang zu Wohnraum mit ausreichendem Standard zu fördern;
2. der Obdachlosigkeit vorzubeugen und sie mit dem Ziel der schrittweisen Beseitigung abzubauen;
3. die Wohnkosten für Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, so zu gestalten, daß sie tragbar sind.« Acht EU-Mitgliedstaaten haben diese Verpflichtungen ungekürzt übernommen: Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Niederlande, Portugal, Slowenien und Schweden, ein weiteres Land – Lettland – hat sich nur zu § 1 der Norm verpflichtet.

45 Die ESC 1961 fasst den Schutz von Müttern und Kindern in einer einzigen Vorschrift zusammen (Art. 17).

einer Gruppe von Kernrechten bzw. auf einzelne Absätze zu beschränken (Ratifikation à la carte), sowie aus dem Überwachungssystem. Die Einhaltung der übernommenen Verpflichtungen wird vom Europäischen Sozialrechtsausschuss (ESRA) in einem Staatenberichtsverfahren regelmäßig überprüft.⁴⁶ Dreizehn EU-Mitgliedstaaten haben sich dem erweiterten Rechtsschutzsystem des Kollektivbeschwerdeverfahrens unterworfen.⁴⁷

Der ESRA hat zu den einzelnen Rechten eine umfangliche Quasi-Rechtsprechung entwickelt. Um die Effektivität des Menschenrechts auf Schutz gegen Armut zu verbessern, hat der Ausschuss die sehr enge Verbindung zwischen Art. 30 RESC und den anderen in der ESC verbürgten sozialen Grundrechten betont,⁴⁸ im Hinblick auf Kinderarmut die Verbindung von Art. 30 RESC zum Recht auf sozialen, gesetzlichen und wirtschaftlichen Schutz der Familie (Art. 16 ESC)⁴⁹ und der Kinder und Jugendlichen (Art. 17 ESC)⁵⁰. Der ESRA betrachtet die Kinderrechte als transversale Angelegenheit und prüft die Lebenslage und das Wohlergehen von Kindern – unabhängig von Art. 30 RESC – nach den universellen Standards, wie sie durch den UN-Sozialpakt⁵¹ und die UN-KRK entwickelt wurden. Der Ausschuss hat in diesem Zusammenhang auf die besondere Bedeutung des Diskriminierungsverbots der RESC hingewiesen, die auch die Diskriminierung wegen Armut umfasst.⁵² Besonders wichtig ist das Recht auf Schutz und Obdach aus Art. 31 RESC, das sich auf alle Kinder im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats erstreckt, unabhängig von der Rechtmäßigkeit ihres Aufenthalts.⁵³ Wenn ein Staat nicht durch Art. 31 RESC gebunden ist, stützt der ESRA die Verpflichtung

46 In den jährlich veröffentlichten »Conclusions« stellt der ESRA seine konkreten Ergebnisse zur Vereinbarkeit oder Nichtvereinbarkeit fest. Das Verfahren schließt mit einer Resolution des Ministerausschusses (COM), die gegebenenfalls Empfehlungen an die Prüfungsländer enthält.

47 Die Staaten erkennen das Kollektivbeschwerdeverfahren an, indem sie entweder das Zusatzprotokoll über Kollektivbeschwerden vom 09.11.1995 ratifizieren, oder eine entsprechende Erklärung im Rahmen der RESC 1996 (Artikel D, Abs. 2) abgeben. Kollektivbeschwerden können bestimmte internationale und nationale repräsentative Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen sowie bestimmte nichtstaatliche Organisationen wegen einer gegen die ESC verstoßenden Gesetzgebung oder Behördenpraxis vorbringen.

48 *Council of Europe*, European Committee of Social Rights (ECSR), Statement of interpretation on Article 30 of the European Social Charter, Conclusions 2013.

49 Zur Rolle des ESRA bei den Mechanismen zum Schutz der Familie s. *Fernandes Fortunato*, Internationaler Schutz der Familie am Beispiel der Europäischen Sozialcharta, EuR 2008, 27–44.

50 Art. 17 RESC (1996) hat die Verpflichtung der Staaten »zu geeigneten und notwendigen Maßnahmen« für Kinder aus Art. 17 ESC (1961) wie folgt präzisiert: »Um Kindern und Jugendlichen die wirksame Ausübung des Rechts zu gewährleisten, in einem für die Entfaltung ihrer Persönlichkeit und für die Entwicklung ihrer körperlichen und geistigen Fähigkeiten günstigen Umfeld aufzuwachsen, verpflichten sich die Vertragsparteien, unmittelbar oder in Zusammenarbeit mit öffentlichen oder privaten Organisationen, alle notwendigen und geeigneten Maßnahmen zu treffen, die darauf gerichtet sind,

a. Kinder und Jugendlichen unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten ihrer Eltern die Betreuung, Unterstützung, Erziehung und Ausbildung zu gewährleisten, deren sie bedürfen, insbesondere dadurch, daß für diesen Zweck angemessene und ausreichende Einrichtungen und Dienste geschaffen oder unterhalten werden;

b. Kinder und Jugendliche gegen Vernachlässigung, Gewalt und Ausbeutung zu schützen;

c. Kindern und Jugendlichen, denen vorübergehend oder endgültig die Unterstützung durch die Familie fehlt, den Schutz und die besondere Hilfe des Staates zu gewährleisten;«.

51 UN-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpakt) vom 16.12.1966, UNTS Bd. 993, S. 3 (auch abrufbar unter https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/01/19760103%2009-57%20PM/Ch_IV_03.pdf), völkerrechtlich in Kraft getreten am 03.01.1976, deutscher Text in BGBl. 1976 II, 428.

52 *Nolan*, 2019 (oben Fn. 8), S. 26.

53 ECSR, Entscheidung vom 20.10.2009, Beschwerde Nr. 47/2008 (*Defence for Children International, DCI /J. Niederlande*, §§ 46–48; 63 f.

zur Schutzgewährung für geflüchtete Kinder unabhängig von ihrem migrationsrechtlichen Status auf Art. 17 ESC.⁵⁴

In Bezug auf das in Art. 12 Abs. 1–3 ESC geschützte Recht auf soziale Sicherheit stellte der ESRA vielfach einen Verstoß aufgrund eines unzureichenden Leistungsniveaus fest, soweit der Mindestsatz vor allem für Leistungen bei Arbeitslosigkeit unter der Armutslinie lag,⁵⁵ wodurch auch Kinder indirekt betroffen sein können. Ein unzureichendes Leistungsniveau unterhalb der Armutslinie wurde darüber hinaus in Bezug auf das Recht auf soziale Fürsorge (Art. 13 Nr. 1 ESC) moniert.⁵⁶ Auch beim persönlichen Anwendungsbereich stellte der ESRA in mehreren Fällen Verstöße fest, wenn der Zugang zu bedürftigkeitsabhängigen Mindestsicherungsleistungen für Angehörige anderer Vertragsstaaten trotz eines rechtmäßigen Aufenthalts zusätzlich von einer qualifizierten Aufenthaltsdauer abhängig gemacht wurde.⁵⁷ Moniert wurde eine Mindestwohnsitzdauer von einem Jahr (Portugal) ebenso wie das Erfordernis einer Langzeit- oder Daueraufenthaltsberechtigung von vier oder fünf Jahren (Finnland, Frankreich, Österreich);⁵⁸ das zehnjährige Wohnsitzerfordernis im Rahmen des 2019 eingeführten Bürgergelds in Italien dürfte daher der vom ESRA entwickelten Interpretation ebenfalls zuwiderlaufen.⁵⁹

Aus der Quasi-Rechtsprechung des ESRA insbesondere bei Kollektivbeschwerden lassen sich zwar Mindeststandards für die positiven Verpflichtungen der Vertragsstaaten in Bezug auf die Existenzsicherung von Kindern feststellen. Diese Spruchpraxis führte indes bisher in keinem einzigen Fall dazu, dass auch der Ministerausschuss des Europarates in seiner abschließenden Entscheidung einem EU-Vertragsstaat konkrete Maßnahmen empfohlen hätte, wie dieser die Probleme der Kinderarmut angehen sollte.⁶⁰

54 ECSR, Entscheidung vom 23.10.2012, Beschwerde Nr. 69/2011 (*DCI J. Belgien*), §§ 36–38; 81 f., unter Verweis auf die positiven Verpflichtungen des Staates bezüglich der Unterkunft, Basisversorgung und Schutz für Kinder und Jugendliche aus Art. 17 ESC.

55 Der ESRA verwendet die Armutsschwelle von 50%; falls eine Einkommensersatzleistung zwischen 40% und 50% des mittleren nationalen Nettoeinkommens liegt, prüft der Ausschuss, ob bei Berücksichtigung ergänzender Sozialleistungen die 50%-Marke erreicht wird. Wird die 40%-Marke unterschritten, liegt in jedem Fall ein Verstoß gegen Art. 12(1) ESC vor, vgl. die Entscheidung vom 09.09.2014 zur Kollektivbeschwerde Nr. 88/2012, *Finnish Society of Social Rights v. Finland*. Ein unzureichendes Leistungsniveau wurde auch für Bulgarien, Estland, Finnland, Ungarn, Irland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowakei und das Vereinigte Königreich festgestellt, vgl. Council of Europe, ECSR, Press Briefing Elements, Conclusions 2017, 23. Januar 2018.

56 Die Mindestsicherung muss die Grundbedürfnisse der Bedürftigen decken und zudem ein würdiges Leben ermöglichen. Auch in Bezug auf Art. 13(1) ESC darf das Sicherungsniveau nicht offensichtlich unterhalb der Armutsschwelle von 50% des gewichteten nationalen Medianeinkommens liegen. Problematisch ist, wenn ergänzende Leistungselemente vom Ermessen der Behörden abhängen, sodass unklar bleibt, ob tatsächlich für alle Bedürftigen ausreichende Leistungen gewährleistet sind. Vgl. die Analyse von *Dalli*, The content and potential of the right to social assistance in light of Article 13 of the European Social Charter, *European Journal of Social Security*, 2020, vol. 22(1), 3–23 (10 ff.).

57 U. a. Dänemark, Finnland, Frankreich, Lettland und Litauen, vgl. Council of Europe, ECSR, Conclusions 2017, Press Briefing 23. Januar 2018, S. 6.

58 Vgl. die Nachweise bei *Dalli*, 2020 (oben Fn. 56), S. 12.

59 Zur Problematik dieser Residenzklausele vgl. *Bozzao*, Guaranteed minimum income in Italy: income support, work proactivity and social inclusion (Italian Decree Law n. 4/2019), *ZIAS* 2019, 205 ff. (210 ff.).

60 Vgl. *Nolan*, 2019 (oben Fn. 8), S. 31.

3. Kinderrechtliche Initiativen des Europarats

In den themenübergreifenden politischen Initiativen für Kinderrechte hat der Europarat seine Strategien für die Rechte des Kindes (2016–2021) zusammengefasst und um zwei zentrale Herausforderungen ergänzt, darunter an vorderster Stelle die Sicherung der Chancengleichheit für alle Kinder, damit über die Garantie sozialer Rechte für Kinder die Instrumente und Standards in Bezug auf Kinderarmut größere Beachtung finden.⁶¹ Hierbei spielt der Abbau von Diskriminierungen gegenüber schutzbedürftigen Gruppen eine wichtige Rolle, wobei der Europarat vor allem die Rechte von Kindern mit einer Behinderung, Kindern in alternativer Unterbringung, oder mit Migrationshintergrund sowie die Rechte von Kindern, die einer Minderheit angehören – insbesondere Romakinder – in den Blick nimmt.⁶²

II. Universelle kinderrechtliche Standards

Für die EU-Staaten sind auch die Verpflichtungen aus internationalen Menschenrechtsinstrumenten relevant. Auf universeller Ebene sind der UN-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpakt) von 1966 und das auf den besonderen Schutzbedarf von Kindern zugeschnittene UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes (UN-Kinderrechtskonvention, UN-KRK) von 1989 von zentraler Bedeutung. Die EU-Mitgliedstaaten haben beide Übereinkommen ratifiziert und sind völkerrechtlich an sie gebunden. Bei beiden Instrumenten wird die Einhaltung der übernommenen Verpflichtungen von speziellen UN-Menschenrechtsausschüssen in einem Staatenberichtsverfahren regelmäßig überprüft.⁶³ Zudem wurde das Rechtsschutzsystem jeweils durch ein Fakultativprotokoll über ein Individualbeschwerdeverfahren erweitert.⁶⁴

1. UN-Sozialpakt

In Bezug auf soziale und wirtschaftliche Rechte ist der UN-Sozialpakt das wichtigste Instrument. Zwar bezieht er sich nicht explizit auf Kinderarmut, er formuliert jedoch – wie die ESC – die Verpflichtung der Vertragsstaaten, das Recht

61 *Europarat*, Council of Europe Strategy for the Rights of the Child (2016–2021), Mid-term Evaluation Report, Council of Europe, November 2019. Die zweite neuere Herausforderung betrifft die Rechte der Kinder in einer digitalisierten Umwelt.

62 Zur Kategorie der vulnerablen Gruppen zählt der Europarat seit neuestem auch die Kinder inhaftierter Eltern, vgl. die Empfehlung des Ministerausschusses des Europarats, Recommendation CM/Rec(2018)5 of the Committee of Ministers to member States concerning children with imprisoned parents vom 04.04.2018.

63 Für den UN-Sozialpakt ist der UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, für die KRK der Ausschuss für die Rechte des Kindes zuständig, der sich speziell in Angelegenheiten der wirtschaftlichen und sozialen Rechte an der Spruchpraxis des genannten UN-Ausschusses orientiert. Zu den Unzulänglichkeiten dieser Praxis vgl. *Nolan*, Economic and Social Rights, Budgets and the Convention on the Rights of the Child, in: *Freeman* (ed.), *The Future of Children's Rights*, 2014, S. 121–150.

64 Vgl. das Zusatzprotokoll zum UN-Sozialpakt vom 10.12.2008, dem acht EU-Staaten beigetreten sind (Belgien, Finnland, Frankreich, Italien, Luxemburg, Portugal, Slowakei, Spanien); sowie das 3. Fakultativprotokoll zur UN-KRK betreffend ein Mitteilungsverfahren vom 19.12.2011 (UN, A/RES/66/138), dem inzwischen 15 EU-Staaten beigetreten sind (neben den acht oben genannten Staaten Dänemark, Deutschland, Irland, Kroatien, Slowenien, Tschechien, Zypern) und das fünf weitere EU-Staaten (Litauen, Malta, Österreich, Polen, Rumänien) gezeichnet haben (Stand: 01.06.2020).

auf einen angemessenen Lebensstandard für alle – auch Kinder – anzuerkennen (Art. 11). Dieses Recht umfasst mindestens angemessene Ernährung, Kleidung und Unterbringung sowie die stetige Verbesserung der Lebensbedingungen und wird durch das Recht auf soziale Sicherheit (Art. 9), das Recht eines Jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit (Art. 12) und das Recht auf Bildung (Art. 13) ergänzt. Außerdem verpflichten sich die Staaten, den »größtmöglichen Schutz und Beistand der Familie, insbesondere solange sie für die Betreuung und Erziehung unterhaltsberechtigter Kinder verantwortlich ist« anzuerkennen. Dies umfasst auch »Sondermaßnahmen zum Schutz und Beistand für alle Kinder und Jugendlichen ohne Diskriminierung aufgrund der Abstammung oder aus sonstigen Gründen« (Art. 10 Nr. 1 und 3). Nach der Interpretation des UN-Menschenrechtsausschusses sind in das Recht auf soziale Sicherheit auch bedürftigkeitsabhängige Mindestsicherungssysteme inkludiert, wenn sie auf einem Rechtsanspruch basieren. Ein bedeutsamer Aspekt ist das Rückschrittverbot, das den Staaten eine Prüf- und Begründungspflicht im Hinblick auf Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit einschränkender Maßnahmen auferlegt. Beim Abbau sozialrechtlicher Leistungen dürfen die menschenrechtliche Mindeststandards (wie Schutz vulnerabler Gruppen oder das Diskriminierungsverbot) in keinem Fall unterschritten werden.⁶⁵

2. UN-Kinderrechtskonvention

Die UN-KRK, die die Staaten zur Achtung der Rechte des Kindes und zu dessen Schutz verpflichtet (Art. 2), enthält diverse kindbezogene soziale und wirtschaftliche Rechte, die als Schutz- oder Förderrechte auf die Lebensbedingungen Bezug nehmen und damit eng mit der Armutsproblematik verknüpft sind.⁶⁶ Sie werden ergänzt durch die Beteiligungsrechte, welche die Subjektstellung des Kindes als Rechtsträger untermauern. Für die Verwirklichung der genannten Rechte sind ein umfassendes Diskriminierungsverbot (Art. 2 KRK), die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls (Art. 3)⁶⁷ in seinen drei Dimensionen⁶⁸ sowie die Umsetzungs- und Finanzierungsverpflichtungen der Staaten aus Art. 4 KRK⁶⁹ von zentraler Bedeutung. Sie sind als objektive Staatenpflichten zu verstehen.

Unter den sozialen und wirtschaftlichen Rechten sind neben dem Recht auf Leben (Art. 6), das die Staaten verpflichtet, in größtmöglichem Umfang das Überleben und die Entwicklung des Kindes zu gewährleisten, dem Recht auf Ge-

⁶⁵ Nachweise hierzu bei *Dalli* (oben Fn. 56), S. 6.

⁶⁶ Die KRK erfasst Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren.

⁶⁷ Art. 3 (1): »1) Bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.«

⁶⁸ Gemäß General Comment Nr. 14 (2013) § 6 und General Comment Nr. 20 (2016), § 22 des Kinderrechtsausschusses beinhaltet Art. 3 KRK ein materielles Recht auf Prüfung und Abwägung im konkreten Fall, einen Auslegungsgrundsatz sowie eine Verfahrensregel für den Entscheidungsfindungsprozess.

⁶⁹ Art. 4 KRK: »Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Maßnahmen zur Verwirklichung der in diesem Übereinkommen anerkannten Rechte. Hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte treffen die Vertragsstaaten derartige Maßnahmen unter Ausschöpfung ihrer verfügbaren Mittel und erforderlichenfalls im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit.« Vgl. hierzu *Tobin*, Article 4 – A State’s General Obligation of Implementation, in: *Tobin* (ed.) *The UN Convention on the Rights of the Child. A Commentary*, 2019, S. 108 ff.

sundheitsvorsorge (Art. 24) und dem Recht auf soziale Sicherheit (Art. 26) vor allem das »Recht eines jeden Kindes auf einen seiner körperlichen, geistigen, seelischen, sittlichen und sozialen Entwicklung angemessenen Lebensstandard« (Art. 27 Abs. 1) hervorzuheben, das in erster Linie durch die Eltern zu verwirklichen ist. Die Vertragsstaaten unterstützen jedoch die Eltern und andere für das Kind verantwortliche Personen bei der Verwirklichung dieses Rechts und sehen »bei Bedürftigkeit materielle Hilfs- und Unterstützungsprogramme insbesondere im Hinblick auf Ernährung, Bekleidung und Wohnung vor« (Art. 27 Abs. 3 KRK).⁷⁰ Unter den Rechten, die bei Aufwachsen in prekären Verhältnissen regelmäßig gefährdet sind, ist das Recht des Kindes auf Ruhe, Freizeit, Spiel und altersgemäße aktive Erholung sowie auf freie Teilnahme am kulturellen und künstlerischen Leben (Art. 31 Abs. 1 KRK). Die Vertragsstaaten haben sich verpflichtet, das Recht des Kindes auf volle Beteiligung am kulturellen und künstlerischen Leben zu achten und fördern und darüber hinaus die Bereitstellung geeigneter und gleicher Möglichkeiten für die kulturelle und künstlerische Betätigung sowie für aktive Erholung und Freizeitbeschäftigung zu fördern (Art. 31 Abs. 2 KRK).

Bei diesen Rechten, vor allem wenn der Zugang zu Sozialleistungen erschwert wird, ist eine kindzentrierte Analyse entscheidend, da die Missachtung wirtschaftlicher und sozialer Rechte nach Inhalt, Auslegung und Anwendung Kinder in signifikant anderer Weise beeinträchtigt als Erwachsene. Sie sind aus verschiedenen Gründen verletzlicher als Erwachsene und haben alters- und entwicklungsbedingt geringere Möglichkeiten, ihren Versorgungsbedarf aus Ressourcen ihrer Umgebung eigenständig zu decken. Die Folgen von Entbehrungen können Kinder aufgrund ihres Alters und ihrer noch nicht abgeschlossenen körperlichen und geistigen Entwicklung erheblich schwerer treffen als Erwachsene. Kinder, die sozialen Minderheiten angehören, können bei Verletzung ihrer wirtschaftlichen und sozialen Rechte zusätzlich stigmatisiert werden. Schließlich haben Kinder oft nur beschränkte Möglichkeiten, ihre Rechte geltend zu machen.⁷¹

Zu den wesentlichen kinderrechtlichen Standards, die beim Schutz der wirtschaftlichen und sozialen Rechte der Kinder und insbesondere bei sozialpolitischen Maßnahmen gegen Kinderarmut zu beachten sind, gehören die objektiven Umsetzungspflichten in Bezug auf das Kindeswohlprinzip. Alle staatlichen Institutionen einschließlich des Gesetzgebers sind bei Rechtssetzung und -anwendung von Amts wegen verpflichtet, das Recht des Kindes auf vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls zu wahren, sobald eine Maßnahme wesentliche Interessen (auch) von Kindern berührt. Nach der Auslegungspraxis des Kinderrechtsausschusses sind im Übrigen nicht nur Fälle der unmittelbaren Betroffenheit gemeint, sondern es genügt, wenn sich eine Maßnahme maßgeblich auf Kinder auswirkt, auch wenn diese nicht unmittelbar Adressaten dieser Maßnahme sind.⁷² An den Gesetzgeber richten sich insoweit hohe Transparenzanforderungen. Der Kinderrechtsausschuss erwartet von den Legislativorganen der Vertragsstaaten, die Anwendung des Kindeswohlprinzips zu dokumentieren und das Ergebnis

70 Vgl. hierzu *Nolan*, Article 27 – The Right to a Standard of Living Adequate for the Child’s Development, in: Tobin (oben Fn. 69), S. 1021 ff.

71 Zum Konzept der andersgearteten Betroffenheit von Kindern vgl. *Nolan*, 2014 (oben Fn. 63), S. 123 ff.

72 Kinderrechtsausschuss, General Comment Nr. 14, § 19.

der Interessenabwägung nachvollziehbar zu begründen.⁷³ Bei der Umsetzung der wirtschaftlichen und sozialen Rechte durch innerstaatliche Maßnahmen gilt als weiterer Standard die Verpflichtung der Staaten, hierfür »alle verfügbaren Mittel einzusetzen« (*to the maximum extent of their resources*, Art. 4 S. 2 KRK).⁷⁴ Danach müsste die vorrangige Berücksichtigung von Kindesbelangen in der Haushaltsplanung und der Mittelverwendung auf allen staatlichen Ebenen beachtet werden.

E. Kinderrechtliche Standards im nationalen Sozialrecht

Die Sozialrechtsordnungen der EU-Mitgliedsstaaten gewährleisten Ressourcen für die Unterhaltssicherung von Kindern im Allgemeinen über Ansprüche auf Familienleistungen für die Eltern sowie über Leistungen zur Mindestsicherung bei Bedürftigkeit. Nur ausnahmsweise sind Kinder Träger eigener Ansprüche auf Geld- oder Sachleistungen.⁷⁵ Die Gewährung oder Nichtgewährung von Sozialleistungen an einzelne Familienmitglieder kann Kinder direkt oder indirekt in ihrer Existenzsicherung berühren, insbesondere wenn ein Anspruch von einem bestimmten Verhalten der Eltern abhängt. Damit stellt sich die Frage, ob und inwieweit Gesetzgeber, Sozialleistungsbehörden und Gerichte bei der Gestaltung und Interpretation existenzsichernder Sozialleistungen im Unterhaltsverband Kinderrechte im Einklang mit internationalen Vorgaben berücksichtigen.

I. Anwendung durch die Rechtsprechung

Es ist eher unüblich, dass Gerichte sich auf kinderrechtliche Standards berufen, um gegen den Wortlaut eines Gesetzes die Leistungsberechtigung auszuweiten oder zu modifizieren. Häufiger sind Entscheidungen, in denen Richter Kindesbelange im Rahmen einer gesetzlich vorgesehenen Ermessensausübung berücksichtigen, oder aber mangels einer solchen Regelung Kindesbelange entweder schlicht ignorieren oder in ihrer Bedeutung verkennen. Die Anwendungsfälle hängen häufig mit veränderten Familienstrukturen und -verhältnissen zusammen.

1. Berücksichtigung kinderrechtlicher Standards

(1) Hinterbliebenenrecht: Sozialrechtsordnungen mit einer ehezentrierten Hinterbliebenensicherung schließen in aller Regel nichtverheiratete Partner einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft von den Unterhaltersatzleistungen nach dem Tod eines sozialversicherten Partners aus. Dies betrifft auch hinterbliebene Partner einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft, die für unterhaltsbedürftige Kinder verantwortlich sind. Zwar haben hinterbliebene Kinder dann regelmäßig Anspruch auf eine Halbweisenrente. Diese Absicherung deckt indes nur einen Bruchteil des

73 Kinderrechtsausschuss, General Comment Nr. 14, § 14b; § 31 (zum Gesetzgebungsverfahren).

74 Kinderrechtsausschuss, General Comment Nr. 19 (2016) on public budgeting for the realization of children's rights (art. 4), 20.07.2016, CRC/C/GC/19.

75 *Daly*, Children and their Rights and Entitlements in EU Welfare States, *Journal of Social Policy*, vol. 49 (2020) 2, 343 ff. (348 ff)

Anspruchs ab, der für verheiratete Eltern als Unterhaltersatz zur Verfügung stehen würde. Einige Länder haben inzwischen Hinterbliebenenleistungen auf eheähnliche Lebenspartner erstreckt, wenn unterhaltsabhängige Kinder vorhanden sind (z. B. Spanien). In vielen Ländern hat der Gesetzgeber indes die ehezentrierte Hinterbliebenenabsicherung beibehalten, und mit der Öffnung der Ehe für alle zwar den Schutzbereich auf gleichgeschlechtliche Partnerschaften ausgeweitet, nicht jedoch auf eheähnliche Partnerschaften mit Kindern. In einigen Fällen haben Gerichte dies als eine Verletzung von Kindesinteressen betrachtet, da diese von der Versagung des Unterhaltersatzanspruchs im Familienverbund mittelbar genauso betroffen sind wie der überlebende Elternteil.

2018 entschied der *Supreme Court* des Vereinigten Königreichs im Rechtsstreit *McLaughlin*, dass der Ausschluss unverheirateter Partner von einer Hinterbliebenenleistung für kindererziehende Eltern (*widowed parent's allowance*, WPA) in Nordirland eine Diskriminierung darstelle und mit den Verpflichtungen des Vereinigten Königreichs aus der EMRK nicht vereinbar sei.⁷⁶ Das nichtverheiratete Paar hatte zum Zeitpunkt des Todes des Familienernähers 23 Jahre zusammengelebt und vier Kinder großgezogen, die zwischen 11 und 19 Jahre alt waren.⁷⁷ Obwohl der englische Gesetzgeber zu keinem Zeitpunkt Hinterbliebenenleistungen auf eheähnliche Lebensgemeinschaften ausgeweitet hatte, sah der *Supreme Court* mehrheitlich den Ausschluss hinterbliebener Partner als eine verbotene Diskriminierung wegen des »nichtehelichen Status« an, gestützt auf Art. 14 EMRK in Verbindung mit Art. 8 EMRK und Art. 1 Abs. 1 ZP. Nach den Ausführungen von Richterin *Lady Hale* sollten Kinder nicht deshalb Nachteile erleiden, weil ihre Eltern sich gegen eine Eheschließung entschieden hatten. Hale bezog sich ausdrücklich auf die KRK, auf der die Interpretation der EMRK basiert, insbesondere auf das Diskriminierungsverbot in Art. 2 KRK. Dieser Argumentation ist der englische *High Court* zuletzt auch für die erhöhte Trauerfallleistung (*bereavement support payment*) gefolgt.⁷⁸

In Italien wurden vor einigen Jahren die Hinterbliebenenleistungen im Rahmen der gesetzlichen Unfallversicherung ebenfalls neu interpretiert. Das italienische Verfassungsgericht fand aber eine andere Lösung, um den Unterhaltsverlust der Familie wegen der nicht gewährten Witwenrente (50 %) abzufedern: Es sprach der nichtehelichen Halbweise ausnahmsweise den höheren Satz für Vollwaisen (40 %) anstelle der Halbwaisenrente (mit nur 20 % des versicherten Jahreseinkommens) zu, da nicht verheiratete und verheiratete hinterbliebene Elternteile hinsichtlich der Anspruchsberechtigung nicht gleichbehandelt werden sollten. Die

76 Re *MacLaughlin* (2018) UKSC 48, Urt. vom 30.08.2020. Für das Vereinigte Königreich spielt der Schutz von Kinderrechten über die EMRK eine bedeutsame Rolle, da dieses Instrument mit dem *Human Rights Act* 1998 in das nationale Recht inkorporiert wurde. Das Gericht erklärt nur die Unvereinbarkeit einer Regelung, Abhilfe zu schaffen obliegt dem Gesetzgeber.

77 Das englische Recht kannte zur damaligen Zeit eine beitragsabhängige Rente für kindererziehende Witwen oder Witwer sowie eine einmalige Trauerfallleistung (*bereavement payment*) für einen hinterbliebenen Ehepartner.

78 *Jackson and others v Secretary of State for Work and Pensions* (2020) EWHC 183 (Admin), Urt. vom 07.02.2020 (betr. Section 30 Pensions Act 2014 i. V. m. den *Bereavement Support Payment Regulations* 2017). Die fragliche Leistung ist für Schwangere und für Personen mit Anspruch auf Kindergeld vorgesehen. Vgl. *Welfare Rights Bull.* 275/2020, S. 10 f.

Verfassungsrichter waren der Auffassung, dass das Kind in dieser Konstellation sich unterhaltsrechtlich in der gleichen Situation befinde wie ein nichteheliches Kind, dessen einziger Elternteil verstorben war und das deshalb Anspruch auf eine Vollwaisenrente habe.⁷⁹ Das vorlegende Gericht hatte unter anderem einen Verstoß gegen Art. 27 der UN-KRK gerügt.

(2) Mutterschaftsleistungen nach Familiengründung durch Leihmutterschaft: Leihmutterschaft ist zwar in den meisten Ländern der EU vor allem aus medizinischen Gründen verboten, kann jedoch umgangen werden, wenn Auftragseltern im Ausland ein anerkanntes Kindschaftsverhältnis zu dem von einer Leihmutter geborenen Kind begründet haben. Handelt es sich um genetisch mit dem Kind verwandte Elternteile, wird das Kindschaftsverhältnis in vielen Fällen auch in der EU anerkannt. Welche sozialrechtlichen Leistungen sich aus einem solchen Kindschaftsverhältnis ergeben, kann je nach Rechtsordnung und Faktenslage sehr unterschiedlich beurteilt werden. Das spanische *Tribunal Supremo* hatte über den Antrag auf Mutterschaftsleistungen für eine alleinerziehende Mutter von Zwillingen ohne genetische Verwandtschaft, aber mit faktischen Familienbeziehungen und entsprechendem Eintrag im Geburtenregister zu entscheiden. Zum Schutz dieser faktischen, im Interesse der Kinder als relevant anerkannten Familienbeziehungen bejahte das spanische Gericht den Anspruch auf 18 Wochen Mutterschaftsleistungen und erweiterte damit den Kreis der Leistungsberechtigten; der im Gesetz nicht ausdrückliche erwähnte Fall der Surrogatmutterschaft wurde mit anderen Fällen einer gelebten sozialen Elternschaft (unter anderem Adoption, Pflegekindschaftsverhältnis von mindestens einem Jahr) im Hinblick auf die Schutzwürdigkeit gleichgestellt.⁸⁰

(3) Grundsicherung: Das Recht auf Umgang zwischen Kind und Eltern gehört zu den wesentlichen kinderrechtlichen Standards im Familienrecht. Neuere Entwicklungen im Umgangsrecht, vor allem das so genannte Wechselmodell, haben Folgen für das Existenzsicherungsrecht, da der Umgang nicht von den sozioökonomischen Verhältnissen der Eltern abhängen soll. Im deutschen Grundsicherungsrecht (in der Regel gemäß SGB II) ergaben sich hierdurch Fragen bei der Anerkennung des Mehrbedarfs wegen Alleinerziehung und beim doppelten Wohnbedarf des Kindes. Ein Anspruch auf Mehrbedarf besteht bei Eltern, die mit einem oder mehreren minderjährigen Kindern zusammenleben und allein für deren Pflege und Erziehung sorgen, wobei der Umfang des Mehrbedarfs von Alter und Zahl der Kinder abhängt.⁸¹ Für die Fälle des Wechselmodells hatte das Bundessozialgericht (BSG) beim Mehrbedarf schon 2009 eine hälftige Teilung des Anspruchs ermöglicht, obwohl dies nicht dem Gesetzeswortlaut entsprach.⁸² Im-

79 Vgl. Corte cost., Urt. vom 27.03.2009, Nr. 86 (zur Verfassungswidrigkeit von Art. 85 Abs. 1 Nr. 2 D. P. R. Nr. 1124/1965).

80 *Tribunal Supremo*, Kammer für soziale Angelegenheiten, Urt. Nr. 917/2017 vom 22.11.2017, ECLI:ES:TS:2017:4419.

81 Z. B. 36% Zuschlag zum Regelbetrag für einen alleinerziehenden Elternteil, der mit einem Kind unter sieben oder mit zwei oder mehr Kindern unter 16 Jahren zusammenlebt.

82 BSG, Urt. vom 03.03.2009 – B 4 AS 50/07, BSGE 102, 290; vgl. zuletzt BSG Urt. vom 12.11.2015 – B 14 AS 23/14 R. Tatsächlich sind getrennte Eltern nach der Statistik oft auf Sozialleistungen angewiesen, um den Umgang ausüben zu können. Zum Umgang mit dem Umgangsrecht weiterführend *Schmidt*, Der Umgang von Eltern und Kind im Existenzsicherungsrecht, NJW 2020, 812 ff.

plizit hatte das Gericht dabei berücksichtigt, dass der Mehrbedarf unmittelbar an der Sorge für Kinder anknüpft und daher bei einer Verweigerung des Anspruchs auch Kindesinteressen beeinträchtigt werden. 2019 erging ein weiteres Urteil des BSG zum Wechselmodell, das erstmals einen grundsicherungsrechtlichen Wohnbedarf des Kindes in beiden Wohnungen anerkannte, sodass es nun als weiteres Haushaltsmitglied in jedem elterlichen Haushalt zu berücksichtigen ist.⁸³

2. Nichtberücksichtigung kinderrechtlicher Standards im Kontext von Alleinerziehung

(1) Mindestsicherung mit Obergrenze (*benefit cap*): Im Zuge der Austeritätspolitik der letzten Dekade hat das Vereinigte Königreich diverse Leistungskürzungen im Existenzsicherungsrecht beschlossen, die vor allem Alleinerziehende (statistisch: Mütter) und ihre Kinder stark getroffen haben. Wegen der strukturellen Grenzen einer existenzsichernden Integration in den Arbeitsmarkt – nicht zuletzt wegen eines Mangels an bezahlbaren Einrichtungen zur Kindertagesbetreuung – sind Alleinerzieherfamilien mehr als andere auf Leistungen der staatlichen Mindestsicherung angewiesen. Das Vereinigte Königreich (VK) führte im Jahr 2012 eine jährliche Obergrenze für verschiedene bedürftigkeitsabhängige Leistungen ein, unter anderem für den »*Universal Credit*« (UC).⁸⁴ Diese Regelung benachteiligte in erster Linie größere Familien, aber da Haushalte mit einer bestimmten Anzahl von Arbeitsstunden ausgenommen waren, waren faktisch vor allem alleinerziehende Mütter mit jüngeren Kindern betroffen. Für diese Gruppe war das Hauptargument zur Rechtfertigung der Obergrenze, nämlich Anreize zur Erwerbsaufnahme, nicht stichhaltig, da die Mütter wegen ihrer Kinderbetreuungs-pflichten einer Erwerbstätigkeit nicht – oder jedenfalls nicht im erforderlichen Umfang – nachgehen konnten. In einer ersten Entscheidung von 2015 wies der englische *Supreme Court* mehrheitlich die Klage alleinerziehender Mütter gegen die Regelungen zur Obergrenze ab und sah keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 8 EMRK und Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls. Eine spätere Klage gegen die revidierte Fassung der Obergrenze, die neben den Müttern auch ihre Kinder involvierte, war ebenso erfolglos, obwohl sie zusätzlich auf die Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung der Kindesinteressen aus Art. 3 KRK gestützt worden war. Das Gericht beurteilte die Ungleichbehandlung durch die Gesetzgebung als »nicht offensichtlich ohne vernünftige Grundlage« (*not manifestly without reasonable foundation*). Hinsichtlich der KRK begnügte sich das Gericht mit der Behauptung der Regierung, dass diese sich der Auswirkungen der Obergrenze auf alleinerziehende Eltern und ihre Kinder bewusst gewesen sei. Ob dies der Verpflichtung aus Art. 3 KRK entspricht, das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen, erscheint zweifelhaft.⁸⁵

83 BSG, Urt. vom 11.07.2019 –B 14 AS 23/18 R, NZS 2020, 180 ff.

84 Larkin, *Universal Credit, »Positive Citizenship«, and the Working Poor: Squaring the Eternal Circle?* *Modern Law Review* (2018) 81(1) 114–131.

85 S. auch die abweichende Meinung der Richterin *Lady Hale*, die zu Art. 3 (1) KRK ausführte, dass es für die Regierung nicht reiche »to show that it was aware of the concerns ... about the effect of the revised benefit cap on the welfare of children in lone parent families. Awareness is not the same as taking the best interests of children into account. Even taking them into account is not the same as giving them first

(2) Wohnbeihilfen: Eine weitere Obergrenze führte das VK mit der so genannten *bedroom tax* von 2006 ein. Danach gelten im Sozialwohnungssektor je nach Familienzusammensetzung Obergrenzen für die Anzahl der Schlafzimmer.⁸⁶ Das Überschreiten der vorgesehenen Anzahl von Schlafzimmern um ein Zimmer führt zur Kürzung des Mietzuschusses um 14 %, bei zwei oder mehr Zimmern beträgt die Kürzung 25 %. Eine Familie mit zwei Söhnen, die eine Wohnung mit zwei boxenartigen Kinderschlafzimmern bewohnte, klagte gegen die Kürzung der Mietbeihilfe von 14 %. Der *Court of Appeal* konnte keine ungerechtfertigte Diskriminierung nach Art. 14 und 8 EMRK erkennen, weil der durch die Kürzung erlittene Nachteil über eine (allerdings nur) als Ermessensleistung vorgesehene Beihilfe (*Discretionary Housing Payment*) abgemildert werden könnte. Eine Auseinandersetzung mit den Wohnbedürfnissen von Kindern fand nicht statt.⁸⁷

II. Umsetzung in der Sozialgesetzgebung

Außerhalb des Familienrechts und des Kinder- und Jugendhilferechts ist die Umsetzung kinderrechtlicher Standards in der innerstaatlichen Gesetzgebung bis heute nicht besonders ausgeprägt. Das Recht der öffentlichen Sozialleistungen enthält in aller Regel keine transparenten Pflichten der Leistungsträger, das Kindeswohl bei der Gewährung oder Versagung von Leistungen vorrangig zu berücksichtigen. Dies kann das Recht der Kinder und Jugendlichen auf Schutz vor Armut und Ausgrenzung nachhaltig beeinträchtigen, denn gerade das Sozialrecht entfaltet vielfältige Wirkungen in das Leben der Kinder hinein, zum einen bei unmittelbar kindbezogenen Leistungen, zum andern aber auch bei Leistungen für ihre Eltern bzw. allgemein für Familien.

Bei existenzsichernden Leistungen fällt es schwer, Bezüge zur Kinderrechtskonvention (Art. 2, 3 Abs. 1 und 4 KRK) zu erkennen. Kindesrelevante Bereiche, in denen das Kindeswohlprinzip nach der Interpretation des Kinderrechtsausschusses zumindest in transparenter Weise geprüft werden müsste, sind beispielsweise die Bemessung von Regelsätzen für Kinder, die Berücksichtigung von besonderen Mehrbedarfen in vulnerablen Familien (z. B. Mehrbedarf bei Alleinerziehung; Anerkennung von Umgangsmehrbedarf bei getrennt lebenden Eltern), die Auswirkung von Leistungskürzungen bei Eltern auf die Situation ihrer Kinder sowie die Leistungsausschlüsse für Kinder ohne deutsche Staatsangehörigkeit.⁸⁸

In zahlreichen EU-Staaten und im VK ist die Bemessung von Regelsätzen im Existenzsicherungsrecht für Kinder problematisch, etwa wenn die Bedarfssätze für Kinder als ein Prozentsatz des Bedarfssatzes für den Haushaltsvorstand festgelegt werden oder die Festlegung ohne nähere Untersuchung der zu sichernden

priority which is an intrinsic part of striking a fair balance where children's rights are concerned.« (2019) UKSC 21, 155.

86 Ein Schlafzimmer ist u. a. für ein Kind, sowie für zwei Kinder des gleichen Geschlechts, oder für zwei Kinder mit unterschiedlichem Geschlecht von unter 10 Jahren vorgesehen.

87 *SSWP v Hockley* (2019) EWCA Civ. 1080, Urt. vom 24.06.2019, JSSL 2019, vol. 26 (3), S. D.79 f.

88 Zu den Anwendungsdefiziten im deutschen Recht vgl. *Wapler* u. a., Umsetzung und Anwendung der Kinderrechtskonvention in Deutschland. Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 25.09.2017.

Bedarfe erfolgt. Hierzu gehören die Bedarfe für eine gesunde Ernährung, für ausreichenden Wohnraum oder Zugang zu digitaler Kommunikation.⁸⁹ Die Ableitung von den Regelsätzen für Erwachsene ist grundsätzlich zu hinterfragen, weil Kinder gerade keine kleinen Erwachsenen sind. Sie ist auch deswegen problematisch, weil häufig schon die Regelsätze der Eltern nicht realitätsgerecht ermittelt werden und damit Konzepte wie das Lohnabstandsgebot indirekt auf die Regelsätze für Kinder übertragen werden. Auch die Festlegung von Obergrenzen für die Berücksichtigung von Kindern bei Leistungen zur Existenzsicherung (z. B. eine zwei-Kinder-Regel) wie im VK im Zuge der Sparmaßnahmen bei verschiedenen steuerfinanzierten Sozialleistungen⁹⁰ oder in Italien im Rahmen der 2019 eingeführten Mindestsicherung (Bürgergeld) ist nicht mit kinderrechtlichen Standards kompatibel.

Kritisch im Hinblick auf das kinderrechtliche Diskriminierungsverbot aus Art. 2 KRK sind Regelungen, welche die Existenzsicherung von Kindern wegen eines bestimmten Verhaltens oder Status der Eltern unterminieren. Das ist z. B. bei Sanktionen wegen Pflichtverstößen der Eltern der Fall, wie sie in vielen nationalen Mindestsicherungssystemen zu finden sind, auch in Deutschland.⁹¹ Eine Berücksichtigung kinderrechtlicher Standards spielt bei entsprechenden Leistungsminderungen erkennbar keine Rolle.⁹² Oft kommt es zu finanziellen Krisensituationen, wenn Eltern (insbesondere alleinerziehende Mütter) Erwartungen hinsichtlich der Erwerbsbeteiligung erfüllen sollen, die mit ihren Betreuungspflichten nicht vereinbar sind, vor allem wenn es an guten und bezahlbaren Kitaplätzen fehlt.

Relevant für die Existenzsicherung von Kindern sind regelmäßig auch Kindergeldleistungen und ähnliche kindbezogene Leistungen zur Unterstützung der

89 In Deutschland betrug der pauschale Regelsatz für Kinder unter sechs Jahren ab 2020 250 € monatlich, für 6–13-jährige Kinder 308 € und für Kinder ab 14 Jahre 328 €. Davon ist – mit Ausnahme der Wohnkosten – fast der gesamte Lebensunterhalt zu finanzieren, zusätzliche Leistungen gibt es nur für wenige Anlässe (Klassenfahrten, Schulmaterial). Für ein 10-jähriges Kind sind im Regelsatz 4,09 € pro Tag für Essen und Trinken vorgesehen. Eine ausreichende soziale Teilhabe ist vielfach nicht gewährleistet.

90 Vgl. zu der durch den Welfare and Work Reform Act von 2016 eingeführten Regel, wonach bedürftigkeitsabhängige Sozialzuschläge bei Geburten nach dem 06.04.2017 nur noch für maximal zwei Kinder gewährt werden, *O'Brien*, What is the point of social security? Discriminatory and damaging effects of the two-child limit justified by the »lottery of birth«, *Journal of social welfare and family law*, 2019, vol. 41, no. 4, 479–482. Zwei alleinerziehende Mütter und ihre acht Kinder klagten gegen die Leistungskürzung wegen Diskriminierung – bisher ohne Erfolg. Der *High Court* störte sich nicht an der allgemeinen Regelung, sondern nur an der Ungleichbehandlung bei einer der Fallgruppen, die von der Einschränkung ausgenommen waren. Eine endgültige Klärung obliegt nun dem *Supreme Court*, vgl. *Welfare Rights Bull.* 275, 2020, S. 7. Für Neuanträge auf »*Universal Credit*« ab 01.02.2019 wurde die Beschränkung auf zwei Kinder aufgehoben.

91 Leistungsrechtliche Sanktionen nach Pflichtverletzungen sind besonders kritisch, wenn die Höhe der Pauschalbeträge – wie im deutschen Grundsicherungsrecht – bereits zu knapp bemessen ist, wie das Bundesverfassungsrecht im Jahr 2014 feststellte, vgl. BVerfGE 137, 34. Zum zulässigen Umfang von Leistungsminderungen für Bezieher von SGB-II-Leistungen vgl. BVerfG, Urt. vom 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, JZ 2020, 141 ff, m. Anm. *Nettesheim* 153 ff.; *Rixen*, Abschied vom Sozialstaat der Sanktionen?, SGB 2020, 1 ff.

92 Z. B. in der neuen italienischen Mindestsicherung von 2019, die immerhin bei der Zumutbarkeit von Arbeitsangeboten kindbezogene Differenzierungen vorsieht, vgl. *Hohnerlein*, Eine historische Zäsur in der sozialen Sicherung Italiens: Der lange Weg zu einer allgemeinen Mindestsicherung, ZIAS 2019, 30 ff. (51 f.). Im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Überprüfung der Sanktionen im deutschen Grundsicherungsrecht von 2019 (oben Fn. 91) wurden zwar der Schutz der Familie (Rn. 135) und völkerrechtliche Verpflichtungen (Rn. 118) angesprochen, ohne dies jedoch auf kinderrechtliche Aspekte zu beziehen.

Familie beim Kindesunterhalt. Die Überprüfung der Familienleistungen durch den ESRA in den jüngsten Kontrollzyklen ergab eine defizitäre Umsetzung von Art. 16 und 17 ESC in mehreren EU-Staaten, sowohl hinsichtlich der Höhe als auch hinsichtlich des geschützten Personenkreises.⁹³

F. Ausblick

Die geringen Fortschritte vieler EU-Staaten bei der Überwindung von Kinderarmut geben Anlass zur Besorgnis, da Kinderarmut immer eine Verletzung von Grundrechten impliziert, verbunden mit einer Einschränkung von Entwicklungsmöglichkeiten. Nach wie vor sind Kinder und Jugendliche in fast allen EU-Staaten die am stärksten armutsgefährdete Altersgruppe. Dass Kinder in bestimmten Familienkonstellationen und Lebenslagen – Kinder in Einelternfamilien, in kinderreichen Familien, Kinder mit Migrations- oder Fluchterfahrung, Kinder aus Roma-Familien etc. – überproportional von Armut und sozialer Ausgrenzung betroffen sind, hängt mit grundlegenden sozialpolitischen Entscheidungen bei der Ausgestaltung sozialrechtlicher Leistungssysteme zusammen. Gerade im Sozialleistungsrecht finden sich große weiße Flecken im Hinblick auf die Anwendung und Umsetzung kinderrechtlicher Standards, zu deren Beachtung sich alle EU-Staaten verpflichtet haben.

Zu den maßgeblichen Standards gehören die den einzelnen wirtschaftlichen und sozialen Rechten vorgelagerten Grundprinzipien, nämlich das differenzierte Diskriminierungsverbot (Art. 2 Abs. 1 und vor allem auch Abs. 2 KRK), das Prinzip der vorrangigen Berücksichtigung der Kindesinteressen (Art. 3 KRK) und die staatlichen Umsetzungspflichten mit allen geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs-, und sonstigen Maßnahmen unter Ausschöpfung der verfügbaren Mittel (Art. 4 KRK). Diese Prinzipien hat der UN-Kinderrechtsausschuss in seinen allgemeinen Bemerkungen und seinen Schlussfolgerungen zu den Staatenprüfberichten präzisiert. Obgleich die spezifische Betroffenheit von Kindern bei Verletzung ihrer wirtschaftlichen und sozialen Grundrechte in der Spruchpraxis des KRK-Ausschusses noch ausbaufähig erscheint, hat die KRK inzwischen deutliche Spuren in Recht und Praxis europäischer Organe – im Europarat wie in der EU – hinterlassen. Diese Spuren einer kinderrechtlichen Perspektive sind allerdings im innerstaatlichen Sozialleistungsrecht nur spärlich sichtbar. So fehlt es sowohl in Gesetzgebung, in der Sozialverwaltung als auch in der Rechtsprechung an einer Auseinandersetzung mit Inhalt und Reichweite des kinderrechtlichen Diskriminierungsverbots, vor allem aber mit den verschiedenen Dimensionen des Kindeswohlprinzips und seiner vorrangigen Berücksichtigung, insbesondere der verfahrensrechtlichen Dimension. In der Rechtswissenschaft spielen Fragen der Umsetzung und Anwendung kinderrechtlicher Standards im Sozialleistungsrecht noch kaum eine Rolle. Dies betrifft auch Fragen der kinderrechtlich orientierten

93 Vgl. ECSR, Press Briefing Elements, Conclusions 2017, vom 23.01.2018 (zu Art. 12 und 13 ESC); ECSR, Press Briefing Elements, Conclusions 2019, vom 23.03.2020 (zu Art. 16 und 17 ESC). Der Ausschuss zieht die Untergrenze für ein ausreichendes Kindergeld im Rahmen von Art. 16 ESC bei 5 % des mittleren Äquivalenzeinkommens eines Landes, sofern nicht eine erhebliche Anzahl von Familien zusätzliche Familienleistungen erhält.

Haushaltsplanung und Ausgabenkontrolle sowie der Wechselwirkungen mit dem europäischen Recht, etwa beim Einsatz europäischer Fonds für die Bewältigung von Kinderarmut, wie sie zurzeit mit der Einführung einer »Kindergarantie« angedacht ist.

Jenseits des dringend gebotenen rechtswissenschaftlichen Erfassens, Verstehens und Bewertens der Vorschriften, Praktiken und Maßnahmen, die mangels einer genuinen kinderrechtlichen Perspektive zur Perpetuierung von Kinderarmut beitragen, besteht vor allem auch Bedarf an interdisziplinärer vergleichender Forschung zur Wirksamkeit sozialrechtlicher Interventionen für Kinder in finanziell prekären Lebenslagen. Nur so kann es gelingen, die strukturellen Defizite bei der Verwirklichung der Kinderrechte zu überwinden und gute Lebensbedingungen für alle Kinder zu gewährleisten.

Die europäische Dimension von Leistungseinschränkungen im Sozialrecht für Asylsuchende

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Sanktionsnormen im Asylbewerberleistungsgesetz
- C. Europarechtlicher Rahmen
- D. Europarechtliche Bewertung der leistungsrechtlichen Sanktionstatbestände
 - I. Sanktionen wegen Nichtbeachtung einer Verteilungsentscheidung
 - II. Sanktionen bei Verstoß gegen Mitwirkungspflichten
 - III. Folgeanträge
 - IV. Sanktionen gegen ausreisepflichtige Personen
- E. Verfahrensfragen
- F. Schlussfolgerungen

A. Einleitung

Deutschland führte im Jahr 1993 das Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) ein, um nicht nur für Asylsuchende, sondern auch für andere Gruppen Sozialleistungen auf einem Leistungsniveau unterhalb der Sozialhilfe festzulegen. Ziel war es, insbesondere die Kosten zu senken und keine »leistungsrechtliche[n] Anreize für ein weiteres Bleiben in Deutschland zu schaffen.«¹ Das Asylbewerberleistungsgesetz konstruiert Asylsuchende dabei als »im typischen Regelfall« ausreisepflichtig.² An dem Fokus auf potentiell kurzfristige Aufenthalte hat auch die sukzessive Ausweitung des Kreises der Leistungsberechtigten³ nichts geändert.⁴ Seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom Juli 2012⁵ stellt sich mehr denn je die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Leistungen unterhalb der Gewährleistungen des SGB II und SGB XII mit der grundgesetzlichen Menschenwürde vereinbar sind. Auch auf der europäischen Ebene findet eine Diskussion um die Bedeutung der Menschenwürde im Leistungsrecht für Asylsuchende statt, in deren Mittelpunkt Art. 1 GrCh⁶ steht. Grundsätzlich ermöglicht die Aufnahmerichtlinie⁷ im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem (GEAS)⁸ Leistungseinschränkungen als Sanktion im Grundsicherungsrecht.

1 BT Drs. 12/4451, S. 5.

2 BT Drs. 12/4451, S. 7. In diesem Kontext rekurriert die Begründung des Gesetzentwurfs auf die hohe Ablehnungsquote: »Von Bedeutung ist dabei, daß in etwa 95 % aller Asylanträge keine Asylberechtigung anerkannt wird. Es ist daher leistungsrechtlich der typische Regelfall, daß dieser Personenkreis keinen ausländerrechtlichen Grund für einen Aufenthalt in Deutschland besitzt.«

3 Im Jahr 1993 waren nur drei Kategorien leistungsberechtigter Personen im Katalog des § 1 Abs. 1 AsylbLG enthalten, nämlich Personen mit einer Aufenthaltsgestattung, vollziehbar ausreisepflichtige Personen sowie deren Ehegatten und minderjährige Kinder. Inzwischen umfasst § 1 Abs. 1 AsylbLG acht Kategorien.

4 BVerfGE 132, 134, Rz. 5 ff.

5 BVerfGE 132, 134.

6 Art. 1 GrCh regelt: »Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie ist zu achten und zu schützen.«

7 Vgl. Art. 20 RL 2013/33/EU (Aufnahmerichtlinie – AufnahmeRL).

8 Das GEAS regelt die verbindlich zu beachtenden Mindeststandards für den Asylbereich auf der EU-Ebene, siehe dazu auch Punkt 3.

Im November 2019 haben sich sowohl das Bundesverfassungsgericht⁹ als auch der EuGH¹⁰ zu der Frage geäußert, unter welchen Voraussetzungen Sanktionen rechtmäßig sein können, mit denen das Leistungsniveau in der Grundsicherung gesenkt wird.¹¹ Beide Entscheidungen haben klargestellt, dass eine Streichung sämtlicher Leistungen aus menschenrechtlicher Sicht nicht in Frage kommt.¹² Im Lichte dieser Entscheidungen ist – neben den sich stellenden verfassungsrechtlichen Fragen¹³ – offen, inwieweit die Sanktionsnormen des § 1a AsylbLG mit den verbindlichen europäischen Vorgaben in Einklang stehen. Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der Thematik, ob und wie diese Normen europarechtskonform ausgelegt werden können. Er geht dabei auf die Sanktionsnormen des AsylbLG (B.) und den europarechtlichen Rahmen für Leistungseinschränkungen (C.) ein, bewertet die Sanktionsnormen aus einer europarechtlichen Perspektive (D.) und wirft einige Verfahrensfragen auf (E.). In den Schlussfolgerungen (F.) nimmt der Beitrag das anhängige verfassungsgerichtliche Verfahren¹⁴ zu den Sanktionsnormen des AsylbLG und die möglichen Friktionen zwischen den europarechtlichen und den verfassungsrechtlichen Vorgaben in den Blick.

B. Sanktionsnormen im Asylbewerberleistungsgesetz

Seit 1998 sind Sanktionen in Form von Leistungsabsenkungen für ausreisepflichtige und geduldete Personen, die eingereist sind, um Leistungen nach dem AsylbLG in Anspruch zu nehmen, Teil des AsylbLG.¹⁵ Leistungen für diese Personen sollten nur dann gewährt werden, »soweit dies im Einzelfall nach den Umständen unabweisbar geboten ist.«¹⁶ Bis zum Oktober 2015 waren wegen des klaren Bezugs zur missbräuchlichen Inanspruchnahme von Leistungen nur vollziehbar ausreisepflichtige Personen (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG) und Personen mit einer Duldung (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG) von diesen leistungsrechtlichen Sanktionen betroffen. Erforderlich war, dass die Personen nicht schutzbedürftig sind und (zusätzlich) missbräuchlich handeln. Daher waren bis auf wenige Ausnahmen asylsuchende Personen und Flüchtlinge nicht umfasst.¹⁷

9 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 – Az. 1 BvL 7/16.

10 EuGH, Urt. v. 12.11.2019 – C-233/18, EU:C:2019:956 – *Haqbin*.

11 Vgl. bspw. *Becker/Schlegelmilch*, Sozialer Schutz für Flüchtlinge im Rechtsvergleich: Auf dem Weg zu gemeinsamen Standards für Schutzsuchende in der EU – Einführung und Auswertung, ZIAS 2015, S. 20 ff.; *Janda*, § 1a AsylbLG und das Recht auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz: Bedarfsdeckung nur bei Rechtstreue?, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGB) 2018, S. 344, und *Rothkegel*, Das Gericht wird's richten – das AsylbLG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und seine Ausstrahlungswirkungen, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR) 2012, S. 357 ff.

12 Vgl. BVerfG (Fn. 9), Rn. 136 ff. und EuGH (Fn. 10), *Haqbin*, Rn 52.

13 Vgl. dazu bspw. den Überblick zum Stand der Literatur und der Rechtsprechung bei Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Dokumentation – Verfassungsrechtliche Bewertung von Sanktionen nach § 1a Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG), WD 3 - 3000 - 288/19, 07.01.2020 (verfügbar unter: www.bundestag.de/resource/blob/687882/75bd11f9d70bef36791ad86dff7ab541/WD-3-288-19-pdf-data.pdf – letzter Zugriff am 14.06.2020).

14 Az. 1 BvR 2682/17.

15 Mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes v. 25.08.1998, BGBl. I, 2505 wurde § 1a AsylbLG in das AsylbLG aufgenommen.

16 Vgl. § 1a AsylbLG in der vor dem 21.08.2019 geltenden Fassung.

17 Nach der Rechtsprechung können asylsuchende Personen unter bestimmten Voraussetzungen auch unter den Personenkreis der vollziehbar ausreisepflichtigen Personen gem. § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG fallen,

Der Gesetzgeber hat sich seit dem Jahr 2015 zunehmend sozialrechtlicher Sanktionsinstrumente bedient, um migrationspolitische Ziele durchzusetzen. In diesem Kontext sind im Oktober 2015 für den sehr spezifischen Kontext der Umsiedlungsbeschlüsse (»Relocation«) des Europäischen Rates vom 14.¹⁸ und 22. September 2015¹⁹ Sanktionen gegen asylsuchende Personen als Abs. 4 in den Wortlaut des § 1 a übernommen worden. Seit August 2016 sind auch Personen, die nach den Umsiedlungsbeschlüssen als Flüchtlinge anerkannt wurden und weitergewandert sind, von § 1 a Abs. 4 AsylbLG umfasst.²⁰

Darüber hinaus finden sich seit dem Jahr 2016 auch an fehlende Mitwirkungshandlungen bei der Registrierung anknüpfende Sanktionen im AsylbLG²¹ und § 1 a AsylbLG erhielt einen neuen Abs. 5, der erstmals Sanktionen für die Nichtmitwirkung im Asylverfahren für Personen, die einen Asylantrag oder einen Folgeantrag gestellt haben, ermöglichte.²²

Der Gesetzgeber erweiterte im Jahr 2019 die Liste der Mitwirkungspflichtverletzungen, deren Nichtbeachtung eine Sanktion auslöst, und fügte weitere Sanktionstatbestände an. Nunmehr sind auch Sanktionen für Personen in einem Dublin-Verfahren ab dem Bescheid des zuständigen Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge (BAMF) sowie für leistungsberechtigte Personen, die Vermögen vorsätzlich oder grob fahrlässig verbraucht haben und daher zu Unrecht Leistungen beziehen, vorgesehen.²³ Im Zuge dieser Änderungen wurde die Reduktion der Leistungen auf das unabweisbar Gebotene durch eine genauere Definition des Leistungsumfanges und der Form der Leistungen in § 1 a Abs. 1 AsylbLG ersetzt.²⁴ Seit 2019 sind zudem (wieder) alle Personen leistungsberechtigt, die ein Asylgesuch geäußert haben.²⁵

allerdings nur, wenn sie nicht mehr in den Anwendungsbereich der Aufnahmerichtlinie fallen, vgl. dazu etwa *Cantzier*, Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) – Handkommentar, 1. Aufl. Baden-Baden 2019, § 1 AsylbLG, Rn. 17 ff. und § 1 a AsylbLG, Rn. 10 ff.

18 Beschluss (EU) 2015/1523 des Rates v. 14.09.2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland (ABl. 2015 L 239/146).

19 Beschluss (EU) 2015/1601 des Rates v. 22.09.2015 (ABl. 2015 L 248/80).

20 Die Änderung erfolgte durch Art. 4 des Integrationsgesetzes v. 31.07.2016, BGBl. 2016 I S. 1939.

21 Seither bestimmt § 11 Abs. 2a AsylbLG, dass sich die Leistungen nach dem AsylbLG vor der abgeschlossenen Registrierung und der Ausstellung des Ankunftsnachweises gem. § 63a AsylG lediglich nach § 1 a AsylbLG richten. Zweck der zum 17.03.2016 in Kraft getretenen Änderung war eine Beschleunigung der Registrierung durch die Aussicht auf die volle Leistungshöhe nach Ausstellung des Ankunftsnachweises. Ausnahmen (also den Anspruch auf Leistungen nach § 1 AsylbLG) sieht § 11 Abs. 2a AsylbLG dann vor, wenn die Person die Verzögerung der Ausstellung des Ankunftsnachweises nicht zu vertreten hat, vgl. dazu die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 18/7538, S. 24 f.

22 Vgl. Art. 4 des Integrationsgesetzes v. 31.07.2016, BGBl. 2016 I S. 1939 (in Kraft seit 06.08.2016).

23 Vgl. § 1 a Abs. 5 Nrn. 1, 3, 4 und 5 sowie die neu eingefügten § 1 a Abs. 6 und 7 AsylbLG. Eingefügt durch das Zweite Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht v. 15.08.2019, BGBl. I S. 1294 (in Kraft seit 21.08.2019).

24 Nach § 1 a Abs. 1 Satz 2–4 werden Personen, die den Sanktionen von § 1 a AsylbLG unterliegen »Leistungen zur Deckung ihres Bedarfs an Ernährung und Unterkunft einschließlich Heizung sowie Körper- und Gesundheitspflege gewährt. Nur soweit im Einzelfall besondere Umstände vorliegen, können ihnen auch andere Leistungen im Sinne von § 3 Absatz 1 Satz 1 gewährt werden. Die Leistungen sollen als Sachleistungen erbracht werden.«

25 Personen, die zwischen dem 06.08.2016 und dem 01.09.2019 ein Asylgesuch geäußert haben, waren vor Ausstellung des Ankunftsnachweises wohl nicht vom persönlichen Anwendungsbereich des AsylbLG umfasst, vgl. BR-Drs. 178/19, S. 13. Die Änderung erfolgte durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes v. 13.08.2019, BGBl. I S. 1290 (in Kraft seit 01.09.2019).

Ziel der im Jahr 2019 beschlossenen Änderungen war es, die Sanktions- und Ausschlussnormen zu systematisieren, zu vereinheitlichen und zu vervollständigen sowie bestehende »Sanktionslücken« zu schließen.²⁶ Die Gesetzesbegründung verweist bezüglich der Leistungskürzungen für Asylsuchende auf Art. 20 AufnahmeRL, der es den Mitgliedstaaten ermöglicht, die »im Rahmen der Aufnahme gewährten materiellen Leistungen« einzuschränken.²⁷

Nach diesen (vorläufig) letzten Änderungen sind aktuell Sanktionen für Personen vorgesehen, die sich entweder einer europäischen Verteilungsentscheidung entziehen oder im Asylverfahren nicht mitwirken oder zu Unrecht Leistungen beziehen.²⁸ Daneben bestehen Sanktionsnormen gegen geduldete und vollziehbar ausreisepflichtige Personen, die zum Teil in Ausnahmefällen auch auf asylsuchende Personen angewendet werden.²⁹

Die Einführung neuer Sanktionen in den Jahren 2015, 2016 und 2019 folgt den größeren Entwicklungslinien der Gesetzesänderungen im Asylbereich in Deutschland seit 2015, die zur Sicherung verfahrensrechtlicher Zwecke vermehrt auch auf leistungsrechtliche Sanktionen zurückgreifen.³⁰ Vor 2015 betrafen Sanktionen für asylsuchende Personen weitgehend verfahrensrechtliche Aspekte und schränkten insbesondere die Rechtsschutzmöglichkeiten ein.³¹

C. Europarechtlicher Rahmen

Die Rechtstellung von asylsuchenden Personen in Deutschland richtet sich nach den Regeln des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) und ist an diesen zu messen.³² Die Vorgaben des GEAS umfassen Regeln für die Zuständigkeit (»Dublin-Verordnung«)³³, die Aufnahme von asylsuchenden Personen³⁴ sowie inhaltliche und verfahrensrechtliche Vorgaben für Asylverfahren³⁵. Im Jahr 2016 hatte die EU-Kommission im Rahmen der Änderungsvorschläge zum GEAS³⁶ un-

26 Vgl. dazu die Gesetzesbegründung zur Einführung von § 1 a Abs. 6 und 7 sowie zur Erweiterung des § 1 a Abs. 5 AsylbLG, BR-Drs. 179/19, S. 52 f.

27 Ebda.

28 Vgl. § 1 a Abs. 4 bis 7 AsylbLG.

29 Vgl. § 1 a Abs. 1–3 AsylbLG.

30 Vgl. dazu bspw. *Hruschka/Rohmann*, Excluded by enhanced migration management? The Link between Migration Discourse and Legislation in Germany, in: Schader/Yanasmayan (Hrsg.) Post-2015 refugees in Germany: »Culture of welcome«, solidarity, exclusion? Special Issue of the Journal of International Migration 2020 (im Erscheinen), die insbesondere auf die Änderungen durch das Zweite Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht (v. 15.08.2019 BGBl. I S. 1294) hinweisen, mit dem die hier besprochenen leistungsrechtlichen Folgen einer Nichtmitwirkung im Asylverfahren eingeführt wurden. Auch der hier nicht näher besprochene Leistungsausschluss gem. § 1 Abs. 4 AsylbLG geht in diese Richtung, vgl. dazu zu Recht kritisch *Maier-Borst*, in: Dörig (Hrsg.), Handbuch Migrations- und Integrationsrecht, 2. Aufl. München 2020, § 25, Rn. 34.

31 Vgl. insbesondere die Regelungen zu unzulässigen und offensichtlich unbegründeten Asylanträgen der §§ 26a ff. AsylG.

32 Vgl. nur *Becker/Schlegelmilch* (Fn. 11), ZIAS 2015, S. 20.

33 VO (EU) Nr. 604/2013.

34 RL 2013/33/EU (Aufnahmerrichtlinie – AufnahmeRL).

35 RL 2011/95/EU (Qualifikationsrichtlinie – QRL) und RL 2013/32/EU (Asylverfahrensrichtlinie – Asyl-VerfRL).

36 Vgl. dazu bspw. *Hruschka*, Perspektiven der Europäischen Asylpolitik, in: Beichel-Benedetti/Janda (Hrsg.), Hohenheimer Horizonte. Festschrift für Klaus Barwig. Baden-Baden 2018, S. 382.

ter anderem vorgeschlagen, die Leistungsberechtigung nach der Aufnahmerichtlinie auf die Leistungen in dem Staat zu beschränken, »in dem sich die Person aufhalten muss«. Ziel war es, nur während des laufenden Dublin-Verfahrens und im zuständigen Staat Leistungen nach der Aufnahmerichtlinie zu gewähren. In allen anderen Dublin-Staaten sollten die Leistungen auf »medizinische Notfallleistungen« beschränkt sein. Diese Regelungen sind aber mangels Einigung nicht in Kraft getreten.³⁷

Der europarechtliche Rahmen für den Leistungszugang von Asylsuchenden ist in der Aufnahmerichtlinie niedergelegt. Die Aufnahmerichtlinie regelt die Leistungen während des Asylverfahrens, genauer gesagt von der Asylgesuchstellung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Statusfeststellungsverfahrens.³⁸ Für den hier relevanten Kontext sind die Bestimmungen zu materiellen Leistungen im Rahmen der Aufnahme sowie deren Modalitäten und die entsprechenden Einschränkungsmöglichkeiten von besonderer Bedeutung.³⁹

Art. 17–19 AufnahmeRL regeln die materiellen Leistungen während des Asylverfahrens genauer. Im Falle der Bedürftigkeit besteht eine Leistungspflicht seitens der Mitgliedstaaten. In diesem Kontext erfordert Art. 17 Abs. 2 AufnahmeRL, »dass die im Rahmen der Aufnahme gewährten materiellen Leistungen einem angemessenen Lebensstandard entsprechen, der den Lebensunterhalt sowie den Schutz der physischen und psychischen Gesundheit von Antragstellern gewährleistet.« Damit ist ein Standard gesetzt, der über eine reine Sicherung des physischen Existenzminimums hinausgeht. Er bemisst sich generell gemäß Art. 17 Abs. 5 AufnahmeRL – in Einklang mit Art. 23 der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)⁴⁰ – »auf Grundlage des Leistungsniveaus, das der betreffende Mitgliedstaat nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder nach den Gepflogenheiten anwendet, um eigenen Staatsangehörigen einen angemessenen Lebensstandard zu gewährleisten.«⁴¹ Dies gilt auch, wenn die Leistungen als Sachleistungen gewährt werden. Die Aufnahmerichtlinie schreibt daher keinen konkreten Leistungsumfang vor. Vielmehr richtet sich das Leistungsniveau nach dem, was im jeweiligen nationalen Kontext als angemessen anzusehen ist.

37 Es ist in diesem Kontext zu beachten, dass diese Änderungen nicht nur nicht in Kraft getreten sind, sondern dass die Reform aufgrund der Uneinigkeit zwischen Parlament und Rat sowie im Rat gescheitert ist und Neuvorschläge für den Herbst 2020 angekündigt sind. Somit können weder die vorgeschlagenen Normen noch die dahinterstehenden Intentionen bei der Auslegung der geltenden Normen herangezogen werden. Die vorgeschlagenen Normen und die dahinterstehenden Vorstellungen stehen vielmehr in fast schon diametralen Gegensatz zum Zweck der im Jahr 2013 verabschiedeten Regelungen der sog. zweiten Phase des GEAS. Die zweite Phase des GEAS sollte eine Konsolidierung des Rechtsrahmens und eine stärkere Betonung der individuellen Rechte von Asylsuchenden und Flüchtlingen erreichen. Diese Ziele sind weiterhin als Richtschnur bei der Auslegung der aktuell geltenden Normen zu berücksichtigen.

38 Eine Ausnahme gilt nur, wenn in Anwendung von Art. 46 Abs. 4–6 AsylVerfRL das Anwesenheitsrecht vor der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung über eine gegen einen Ablehnungsbescheid eingereichte Klage endet.

39 Vgl. Art. 17–20 AufnahmeRL.

40 Vgl. zu den Garantien des Art. 23 GFK bspw. die Kommentierung bei *Janda*, in: Hruschka (Hrsg.), Genfer Flüchtlingskonvention – Handkommentar, 1. Aufl., Baden-Baden/Bern/Wien 2020, Art. 23 GFK.

41 Vgl. dazu den Neuvorschlag zur Änderung der Aufnahmerichtlinie v. 03.12.2008, KOM(2008) 815 endg. S. 5 f., der verdeutlicht, dass das angestrebte Niveau dem für eigene Staatsangehörige entsprechen soll und auch im Missbrauchsfall garantiert sein muss, dass asylsuchende Personen »niemals mittellos« sind.

Europarechtlich ermöglicht es Art. 20 AufnahmeRL, die »im Rahmen der Aufnahme gewährten materiellen Leistungen« einzuschränken oder zu entziehen. Die dort genannten Einschränkungsmöglichkeiten sind abschließend, da es sich bei den Regelungen der Aufnahmerichtlinie um Mindeststandards handelt und Art. 4 AufnahmeRL klarstellt, dass lediglich »günstigere Bestimmungen für die im Rahmen der Aufnahmebedingungen gewährten Vorteile« möglich sind, aber keine Abweichungen nach unten. Dies würde auch für Situationen gelten, in denen dem Grunde nach Leistungen gewährt werden, die über das von der Aufnahmerichtlinie geforderte Minimum hinausgehen.⁴²

Im November 2019 hat sich der EuGH in der Rechtssache *Haqbin* erstmals zu den Sanktionsmöglichkeiten des Art. 20 AufnahmeRL geäußert. Der Fall betraf einen minderjährigen, unbegleitet eingereisten Asylantragsteller, den die belgischen Behörden aufgrund gewalttätiger Übergriffe in Anwendung des Art. 20 Abs. 4 AufnahmeRL zeitweise aus der Unterkunft ausgeschlossen hatten. Der EuGH stellte in der Entscheidung klar, dass den betroffenen Personen auch im Falle von Leistungseinschränkungen, die im Rahmen des Art. 20 AufnahmeRL verhängt werden, ein rechtlich definiertes Leistungsminimum verbleiben muss. Dieses bemisst sich nach Art. 20 Abs. 5 AufnahmeRL und umfasst den »Zugang zur medizinischen Versorgung und [...] einen würdigen Lebensstandard für alle Antragsteller.« Zur Auslegung des gem. Art. 1 GrCh erforderlichen, menschenwürdigen Lebensstandards zieht der EuGH die Gewährleistungen aus Art. 4 GrCh⁴³ und seine Rechtsprechung zu Überstellungsverboten, die an die Lebensbedingungen im Zielstaat anknüpfen⁴⁴, heran. Er hält fest, dass auch bei Verhängung einer Sanktion gewährleistet sein muss, dass »der Betroffene nicht in eine Situation extremer materieller Not gerät, die es ihm nicht erlaubt, seine elementarsten Bedürfnisse zu befriedigen, wie etwa eine Unterkunft zu finden, sich zu ernähren, zu kleiden und zu waschen, und die seine physische oder psychische Gesundheit beeinträchtigt oder ihn in einen Zustand der Verelendung versetzt, der mit der Menschenwürde unvereinbar wäre.«⁴⁵

Daneben stellt der EuGH klar, dass es den zuständigen Behörden obliegt, »unter allen Umständen dafür zu sorgen, dass eine solche Sanktion gemäß Art. 20 Abs. 5 dieser Richtlinie im Hinblick auf die besondere Situation des Antragstellers und auf sämtliche Umstände des Einzelfalls mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang steht und die Würde des Antragstellers nicht verletzt.«⁴⁶ Das

42 Da die angemessene Leistungshöhe relativ ist und sich aus dem Vergleich mit den für eigene Staatsangehörige gewährten Leistungen ergibt, ist schon eine Situation schwer denkbar, in der unangemessen (hohe) Leistungen gewährt werden. A. A. *Thym*, Schnellere und strengere Asylverfahren – Die Zukunft des Asylrechts nach dem Beschleunigungsgesetz, NVwZ 2015, S. 1625, 1631, der wohl von einem festen Mindeststandard ausgeht und entgegen der überwiegenden Meinung (vgl. dazu bspw. Cantzler (Fn. 17), § 1 a AsylbLG, Rn. 11) annimmt, dass Sanktionen über die in Art. 20 AufnahmeRL enthaltenen Ausnahmebestimmungen möglich sind, wenn die Aufnahmebedingungen über den Standard der AufnahmeRL hinausgehen und sachliche Differenzierungsgründe vorliegen.

43 Art. 4 GrCh ist wortlautgleich mit Art. 3 EMRK und umfasst das Verbot der Folter und der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung oder Bestrafung.

44 Vgl. dazu insbesondere EuGH, Urt. v. 19.03.2019 – C-163/17, EU:C:2019:218, Rn. 92 ff. – *Jawo* und EuGH, Urt. v. 19.03.2019 – C-297/17, C-318/17, C-319/17, C-438/17, EU:C:2019:219, Rn. 90 ff. – *Ibrahim u. a.*

45 EuGH (Fn. 10), *Haqbin*, Rn. 46.

46 Ebd., Rn. 51.

wiederum setzt eine Einzelfallentscheidung voraus, die auch in den Blick nimmt, dass die Sanktion gem. Art. 20 Abs. 1 AufnahmeRL auf begründete Ausnahmefälle begrenzt ist. Zudem weist der EuGH darauf hin, dass auch bei Sanktionen die möglichen besonderen Bedürfnisse einer Person gem. Art. 21 AufnahmeRL zu beachten sind.

Keine Regelung über die Sanktionierung enthalten die Umsiedlungsbeschlüsse des Rates vom September 2015. Beide Beschlüsse weisen zwar darauf hin, dass die Personen über die Tatsache informiert werden sollten, dass die Leistungen für international Schutzberechtigte grundsätzlich nur in dem schutzgewährenden Mitgliedstaat verfügbar sind⁴⁷ und sprechen sich für die Einführung einer Meldepflicht sowohl bei Schutzgewährung als auch während des Asylverfahrens aus.⁴⁸ Sanktionen werden aber nicht erwähnt, sondern lediglich die Modalitäten einer möglichen Rückführung in den verschiedenen Verfahrenssituationen.⁴⁹ Da die Beschlüsse nur eine Abweichung von der Zuordnung der Zuständigkeit nach der Dublin-Verordnung und keine Abweichung von den anderen Regeln des GEAS vorsehen, gelten die Regelungen der Aufnahmerichtlinie auch in diesen Fällen.⁵⁰ Aus den Formulierungen der entsprechenden Erwägungsgründe ergibt sich, dass gerade keine ergänzenden Sanktionen eingeführt werden sollten, sondern vielmehr lediglich Maßnahmen zur Verhinderung von Sekundärmigration »im Einklang mit dem Unionsrecht« ergriffen werden sollten.⁵¹ Diese zu beschließen, wäre wohl auch nicht von der Beschlusskompetenz des Rates umfasst gewesen.

Es ist daher festzuhalten, dass Sanktionen gegen asylsuchende Personen, die ein Aufenthaltsrecht während des Verfahrens haben, nur unter den Voraussetzungen des Art. 20 AufnahmeRL und nur dann – ausnahmsweise – europarechtskonform sind, wenn sie auf einer Einzelfallentscheidung basieren, die umfassend alle Umstände würdigt.

D. Europarechtliche Bewertung der leistungrechtlichen Sanktionstatbestände

I. Sanktionen wegen Nichtbeachtung einer Verteilungsentscheidung

Gezielte Sanktionen sind für Personen vorgesehen, die in einem anderen Staat nach einer Umverteilungsentscheidung ein Aufenthaltsrecht erhalten haben (§ 1a Abs. 4 S. 2 Bst. b AsylbLG) oder in einem anderen Staat ihr Asylverfahren durchführen sollen (§ 1a Abs. 4 S. 1 und Abs. 7 AsylbLG). Durch diese Sanktionen sollen die zwischen den europäischen Staaten vereinbarten Verteilungsregeln, insbesondere die Dublin-Verordnung, besser durchgesetzt werden.⁵² Auf alle drei

47 Erwägungsgrund 32 Beschluss (EU) 2015/1523 und Erwägungsgrund 38 Beschluss (EU) 2015/1601.

48 Erwägungsgründe 32 f. Beschluss (EU) 2015/1523 und Erwägungsgründe 39 f. Beschluss (EU) 2015/1601.

49 Erwägungsgründe 33 f. Beschluss (EU) 2015/1523 und Erwägungsgründe 39 ff. Beschluss (EU) 2015/1601.

50 Erwägungsgründe 31 und 33 Beschluss (EU) 2015/1523 und Erwägungsgründe 36 und 39 Beschluss (EU) 2015/1601.

51 Vgl. dazu explizit Erwägungsgrund 38 Beschluss (EU) 2015/1601.

52 Schon der Normzweck der Verhinderung von Sekundärbewegungen ist migrationspolitischer Natur, so dass eine Anknüpfung der Sanktion an diesen Zweck auch aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht in

Sachverhalte findet die Dublin-Verordnung Anwendung.⁵³ Vor einer Überstellung ist daher ein Dublin-Verfahren erforderlich.⁵⁴ Die Sanktion soll ab dem Zeitpunkt greifen, ab dem die Zuständigkeit eines anderen Staates feststeht.⁵⁵

Da Art. 20 AufnahmeRL keine Sanktionsmöglichkeit, die an ein Dublin-Verfahren anknüpft, vorsieht, wäre eine Sanktion nur gerechtfertigt, wenn die Aufnahme richtlinie nicht anwendbar wäre. Der Wortlaut des Art. 3 AufnahmeRL stellt diesbezüglich klar, dass die Aufnahme richtlinie anwendbar ist, »solange [die asylsuchenden Personen] als Antragsteller im Hoheitsgebiet verbleiben dürfen.« Hoheitsgebiet ist in diesem Kontext als das »Hoheitsgebiet der Dublin-Staaten« zu verstehen und nicht als »Hoheitsgebiet des überstellenden Staates.« Dies hat der EuGH in der Rechtssache *Cimade und Gisti* klargestellt und eine französische Regelung, die den Leistungsbezug nach einem Dublin-Bescheid wegen der Ausreisepflicht ausschloss, für europarechtswidrig erklärt.⁵⁶ Die Personen sind also bis zum Ende der Überstellungsfrist weiterhin leistungsberechtigt, da die Zuständigkeit des anderen Staates erst nach der Überstellung feststeht und die Leistungspflicht »erst mit der tatsächlichen Überstellung des Asylbewerbers durch den ersuchenden Mitgliedstaat endet.«⁵⁷ Damit sind die generellen Sanktionen des AsylbLG, solange sich die Personen in einem Dublin-Verfahren befinden⁵⁸, genauso europarechtswidrig wie die Sanktionen, die an die Ausreisepflicht nach Zustellung des (Dublin-)Bescheids anknüpfen.

Zweifelhaft ist lediglich der Umgang mit Wiederaufnahmefällen gem. Art. 23 und 25 Dublin-Verordnung, in denen die schutzsuchende Person bereits im zuständigen Staat ein volles Asylverfahren durchlaufen hat und ihr kein Schutz ge-

Frage kommen dürfte, vgl. dazu überzeugend hinsichtlich der Norm des § 1 Abs. 4 AsylbLG, die denselben Zweck verfolgt, LSG NRW 27.03.2020 – Az. L 20 AY 20/20 B ER. Das LSG NRW stellt klar, dass eine Leistungseinschränkung, die »ein asylrechtlich ungewolltes Verhalten [...] sanktioniert [...] eine migrationspolitisch veranlasste Sanktion« und daher verfassungswidrig ist, weil bei Anwendung der Norm das Existenzminimum migrationspolitisch relativiert würde.

- 53 Die Dublin-Verordnung findet auf alle Personen Anwendung, deren Asylverfahren noch läuft oder negativ abgeschlossen ist. Dies gilt auch für Personen, die in einem anderen Land ein Aufenthaltsrecht, aber keinen internationalen Schutzstatus erhalten haben. Von der Anwendung der Dublin-Verordnung sind nur Personen ausgeschlossen, denen ein anderer Mitgliedstaat internationalen Schutz gewährt hat. Vgl. dazu auch EuGH, Urt. v. 13.09.2018 – C-369/17, EU:C:2018:713, Rn. 35 ff. – *Ahmed*.
- 54 Vgl. zu dieser Pflicht insbesondere EuGH, Urt. v. 25.01.2018 – C-360/16, EU:C:2018:35 – *Hasan* und EuGH, Urt. v. 31.05.2018 – C-647/16, EU:C:2018:368 – *Hassan*.
- 55 Nach der Vorstellung des deutschen Gesetzgebers steht in diesen Fällen aufgrund eines der Verteilungsbeschlüsse (vgl. jeweils Art. 4 ff. der Beschlüsse) oder auf Grundlage eines nach der Zustimmung des angefragten Staates (vgl. Art. 22 und 25 Dublin-Verordnung) ergangenen Bescheides des BAMF fest, dass Deutschland nicht für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist.
- 56 Vgl. EuGH, Urt. v. 27.09.2012 – C-179/11, EU:C:2012:594, Rn. 36 ff. – *Cimade und Gisti*.
- 57 Ebd., Rn. 58. Dies gilt auch in Wiederaufnahmefällen und in Umverteilungsfällen, da der Ablauf der Überstellungsfrist auch in diesen Konstellationen einen Zuständigkeitsübergang auf den überstellenden Staat bewirken kann.
- 58 Das gilt auch für in dem anderen Staat anerkannte Flüchtlinge, die gem. § 1a Abs. 4 S. 2 Bst. a AsylbLG ebenfalls von der Sanktion umfasst sind. Der EuGH hat in der Rechtssache *Ahmed* (Fn. 53, Rn. 39) klargestellt, dass in solchen Fällen ein reguläres Asylverfahren durchzuführen ist, in dem jedenfalls die Dublin-Regelungen keine Anwendung finden können, sondern allenfalls eine Ablehnung des Antrags als unzulässig gem. Art. 33 Abs. 2 Bst. a AsylVerfRL in Betracht kommt. Dabei geht der EuGH von einer Überstellungsmöglichkeit in den schutzgewährenden Staat aus, wenn kein Überstellungsverbot besteht (vgl. EuGH (Fn. 44), *Ibrahim u. a.*, Rn. 81 ff.). Die genaue Ausgestaltung dieser Verfahren ist im nationalen Recht unter Beachtung der Vorgaben der AsylVerfRL und des Art. 47 GRC zu regeln. Für die Sozialhilfe während des Asylverfahrens stellen die Regelungen der AufnahmeRL den Mindeststandard dar.

währt wurde (Art. 18 Abs. 1 Bst. e Dublin-Verordnung). In diesen Fällen besteht aufgrund der Entscheidung des anderen Staates eine Ausreisepflicht aus dem Hoheitsgebiet der Dublin-Staaten und die Anwendbarkeit der Aufnahmerichtlinie könnte zweifelhaft sein. Diesbezüglich ist zwischen erstmaliger Antragstellung in Deutschland und einer Folgeantragsstellung zu differenzieren. Ein Folgeantrag liegt nicht bereits wegen der Antragstellung im anderen Land vor, sondern bezieht sich immer auf Verfahren im jeweiligen Staat.⁵⁹ Daher gilt auch in einem ersten Dublin-Verfahren in Deutschland die Aufnahmerichtlinie ohne Einschränkungen. Erst bei Stellung eines Folgeantrags in Deutschland ist die Situation anders, da zwar auch in diesen Verfahren die Aufnahmerichtlinie gilt, aber in solchen Fällen Art. 20 Abs. 1 Bst. c AufnahmeRL eine Sanktion ausnahmsweise und im Einzelfall ermöglicht. Das bedeutet, dass in einem Dublin-Folgeantragsverfahren – wie in allen anderen Folgeantragsverfahren – eine Leistungskürzung als Sanktion möglich wäre, wenn diese verhältnismäßig und im Einzelfall gerechtfertigt ist.

§ 1a Abs. 7 AsylbLG knüpft von seinem Normzweck her an die vollziehbare Ausreisepflicht an. Dies wird aus der Formulierung des Satz 2 deutlich, der die Sanktion bei Anordnung der aufschiebenden Wirkung ausschließt. Auch während der laufenden Klagefrist und bei Klageerhebung bis zur Entscheidung des Gerichts über die aufschiebende Wirkung ist die Ausreisepflicht nicht vollziehbar.⁶⁰ Die Vollziehbarkeit und die Entstehung der Ausreisepflicht fallen in Dublin-Verfahren zusammen, so dass die Sanktionsnorm erst nach Vollziehbarkeit angewendet werden darf und auf Fälle beschränkt ist, in denen die Person ein Dublin-Folgeverfahren in Deutschland betreibt und die Sanktion im Einzelfall ausnahmsweise gerechtfertigt ist.

II. Sanktionen bei Verstoß gegen Mitwirkungspflichten

§ 1a Abs. 5 AsylbLG enthält eine Liste von sieben Tatbeständen, die alle an bestimmte Mitwirkungspflichten im Asylverfahren anknüpfen. Personen, die einen der Tatbestände erfüllen, sollen ebenfalls nur Leistungen nach § 1a Abs. 1 AsylbLG erhalten, es sei denn sie hätten die Nicht-Mitwirkung nicht zu vertreten. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist besonders bedenklich, dass die Sanktionen automatisch bei einer Nichtmitwirkung im Asylverfahren eintreten, während das Bundesverfassungsgericht im Bereich des SGB II festgehalten hat, dass generell Sanktionen an die Nichtmitwirkung bei der Überwindung der Bedürftigkeit anknüpfen müssen, dass eine Einzelfallprüfung erfolgen muss und dass die Sanktionen sofort durch erwartungskonformes Verhalten beendbar sein müssen. Zudem mahnt das Gericht eine generelle Wirksamkeitsüberprüfung der Sanktionen an und bestimmte eine rechtliche Maximalgrenze für die Leistungseinschränkungen.⁶¹ Bei diesen Tatbeständen, die an die Nichtmitwirkung im Asylverfahren anknüpfen, ist allerdings nicht nur die Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht zweifelhaft,⁶² sondern es stellen sich auch erhebliche europarechtliche Fragen.

59 Vgl. Art. 40 Abs. 1 AsylVerfRL (»in demselben Mitgliedstaat«).

60 Vgl. Art. 27 Abs. 3 Bst. c Dublin-Verordnung.

61 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 – Az. 1 BvL 7/16.

62 Siehe bspw. *Ganter*; Das menschenwürdige Existenzminimum zwischen Karlsruhe und Luxemburg, Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR) 2020, S. 113 ff.; *Janda*, Das »Sanktionsurteil«

Art. 20 Abs. 1 AufnahmeRL lässt Sanktionen nur im Fall von Untertauchen (Bst. a) zu, oder wenn die Person »Melde- und Auskunftspflichten oder Aufforderungen zu persönlichen Anhörungen im Rahmen des Asylverfahrens während einer im einzelstaatlichen Recht festgesetzten angemessenen Frist nicht nachkommt« (Bst. b), sowie bei Folgeanträgen (Bst. c). Daneben ermöglicht Art. 20 Abs. 2 AufnahmeRL Sanktionen, wenn die Person »ohne berechtigten Grund nicht so bald wie vernünftigerweise möglich nach der Ankunft in dem betreffenden Mitgliedstaat einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat.«

Damit sind lediglich Sanktionen bei nicht unverzüglicher Antragstellung nach unerlaubter Einreise (§ 1a Abs. 5 Nr. 1), bei Nichtwahrnehmung eines Anhörungstermins (§ 1a Abs. 5 Nr. 6) und bei Verweigerung von Angaben über die Identität und Staatsangehörigkeit (§ 1a Abs. 5 Nr. 7) nicht von vornherein europarechtswidrig. Demgegenüber stellen Sanktionen, die an sonstige Mitwirkungspflichten im Asylverfahren⁶³ anknüpfen, eine Verletzung der europarechtlichen Vorgaben dar, da sie über die nach dem Wortlaut der Norm mögliche Sanktionierung bei Verletzung von »Melde- und Auskunftspflichten« hinausgehen und Sanktionen bei Nichtvornahme konkreter Mitwirkungshandlungen bei der Überlassung oder Beschaffung von Papieren und bei erkennungsdienstlichen Maßnahmen vorsehen.⁶⁴ Auch bei den vom Europarecht erfassten Tatbeständen ist zu beachten, dass eine Sanktion nur im Einzelfall und ausnahmsweise angeordnet werden darf.

Dasselbe gilt für die Sanktion bei Verschweigen von Vermögen. Diese Sanktionsmöglichkeit ist von Art. 20 Abs. 3 AufnahmeRL gedeckt, da dieser es ermöglicht, Leistungen einzuschränken, »wenn ein Antragsteller verschwiegen hat, dass er über Finanzmittel verfügt.« Damit ist – wie auch in § 1a Abs. 6 AsylbLG vorgesehen – nur die Situation umfasst, dass die Person tatsächlich – mangels Bedürftigkeit – zu Unrecht Leistungen bezieht.

III. Folgeanträge

Die Möglichkeit, bei Folgeanträgen (Art. 20 Abs. 1 Bst. c AufnahmeRL) sowie bei groben Verstößen gegen die Vorschriften der Unterbringungszentren und grob gewalttätigem Verhalten (Art. 20 Abs. 4 AufnahmeRL) Sanktionen auszusprechen, ist in § 1a AsylbLG nicht vorgesehen und bleibt daher hier außer Betracht.

des Bundesverfassungsgerichts und die Leistungseinschränkungen im AsylbLG – Welche Grenzen setzt das Recht auf Existenzsicherung? Informationen zum Arbeitslosenrecht und Sozialhilferecht (info also) 2020, S. 103 ff.; *Seidl*, Die Leistungskürzungen des AsylbLG unter dem Damoklesschwert der Verfassungswidrigkeit, ZESAR 2020, S. 213 ff.; a. A. *Cantler* (Fn. 17), § 1a Rn. 8, der generell davon auszugehen scheint, dass der Staat Mitwirkungshandlungen jeglicher Art zur Voraussetzung für die Gewährung eines (vollen) Leistungsanspruchs machen kann.

63 § 1a Abs. 5 Nrn. 2–5 AsylbLG.

64 Die Sanktionierungsmöglichkeit ist nur für Fälle von Auskunftspflichten, die im nationalen Recht mit festen Fristen festgelegt sind, konzipiert. Diese müssen eine vergleichbare Schwere haben wie das unentschuldigte Nichterscheinen bei einer Anhörung, vgl. dazu die Kommentierung bei *Peek/Tsourdi*, in: *Hailbronner/Thym* (Hrsg.), *European Immigration and Asylum Law, A Commentary*, 2. Aufl. 2016, Art. 20 Receptions Conditions Directive, Rn. 9, sowie den ursprünglichen Kommissionsvorschlag v. 03.04.2001 KOM(2001) 181 endg. Konkrete Mitwirkungshandlungen sind davon nicht erfasst, zudem enthält § 15 AsylG keine Frist für die Vornahme der Handlungen, so dass auch mangels Fristgebundenheit der Mitwirkungshandlung eine leistungsrechtliche Sanktion nicht mit Art. 20 Abs. 1 AufnahmeRL vereinbar ist.

IV. Sanktionen gegen ausreisepflichtige Personen

Asylsuchende Personen und Flüchtlinge können nach der Vorstellung des Gesetzgebers auch unter § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG (vollziehbar ausreisepflichtige Personen) fallen,⁶⁵ so dass die Sanktionstatbestände des § 1 a Abs. 1–3 AsylbLG auch auf asylsuchende Personen und auf in anderen Staaten als international schutzberechtigt anerkannte Personen Anwendung finden könnten.⁶⁶ Diese rechtliche Konstruktion verstößt allerdings gegen die europarechtlichen Vorgaben, da in Rückkehr- und Überstellungsverfahren zwischen der Ausreisepflicht, die bei einem illegalen Aufenthalt besteht, und deren Vollziehbarkeit, für die eine rechtskräftige Entscheidung notwendig ist, zu unterscheiden ist.⁶⁷ Eine Anwendung der Sanktionen des § 1 a Abs. 1–3 AsylbLG auf asylsuchende Personen ist folglich mit dem Europarecht nicht vereinbar.

E. Verfahrensfragen

Gemäß § 1 a Abs. 1 AsylbLG ist die Sanktion zwingend und lediglich, »soweit im Einzelfall besondere Umstände vorliegen,« können auch Leistungen nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AsylbLG gewährt werden. Das bedeutet, dass Leistungen für Kleidung sowie für Gebrauchs- und Verbrauchsgüter des Haushalts nur ausnahmsweise gewährt werden können und Leistungen nach § 3 Abs. 1 Satz 2 AsylbLG, der die »Deckung persönlicher Bedürfnisse des täglichen Lebens«, also den notwendigen persönlichen Bedarf umfasst, gar nicht. Auch eine über die Notversorgung nach § 4 AsylbLG hinausgehende medizinische Versorgung kann nicht gewährt werden. Dies entspricht nicht der Konstruktion der Einschränkungsmöglichkeiten nach der Aufnahmerichtlinie. Art. 20 AufnahmeRL erlaubt lediglich Einschränkungen der materiellen Aufnahmebedingungen⁶⁸ und schließt Sanktio-

65 Dies liegt an der gesetzlichen Lage nach dem AufenthG. Diese sieht vor, dass eine irregulär aufhältige Person iSd § 50 Abs. 1 AufenthG verpflichtet ist, unverzüglich auszureisen (§ 50 Abs. 2 AufenthG), auch wenn keine Ausreisefrist angesetzt ist. Hat die Person noch keinen Antrag gestellt, ist sie nach § 58 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG vollziehbar ausreisepflichtig. Dies kann nach der Vorstellung des Gesetzgebers auch für Personen gelten, die in einem anderen Staat des Dublin-Raums als international schutzberechtigt anerkannt wurden, ohne dass eine vorherige Entscheidung notwendig wäre. Diese Konstruktion steht nicht in Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben zur Vollziehbarkeit der Ausreise (vgl. auch Fn. 54 und Fn. 67).

66 Vgl. dazu (zur Überschneidung von § 1 a Abs. 4 und § 1 a Abs. 1) bspw. *Cantzler* (Fn. 17), § 1 a AsylbLG Rn. 85 mwN; sowie *Siefert*, in: Siefert (Hrsg.), *Asylbewerberleistungsgesetz*, 1. Aufl. München 2018, § 1 a AsylbLG, Rn. 40 f.; *Treichel*, in: *Ehmann/Karmanski/Kuhn-Zuber* (Hrsg.), *Gesamtkommentar Sozialrechtsberatung*, 2. Aufl. Baden-Baden 2018, § 1 a AsylbLG, Rn. 27.

67 Aus europarechtlicher Sicht ist die bestehende Ausreisepflicht Voraussetzung für eine Entscheidung. Erst durch diese Entscheidung kann die Ausreisepflicht vollziehbar werden. Dies gilt sowohl für die Ausreise aus dem Schengen-Raum (vgl. Art. 6 Abs. 1 RL 2008/115/EG – Rückführungsrichtlinie) als auch für die Vollziehbarkeit der Ausreiseverpflichtung innerhalb des Schengen-Raum, vgl. dazu EuGH (Fn. 54), *Hasan* (für Dublin-Verfahren), sowie EuGH (Fn. 44), *Ibrahim u. a.* sowie EuGH, Urt. v. 13.11.2019 – C-540/17 und C-541/17, EU:C:2019:964 – *Hamed und Omar* (für Drittstaatenverfahren innerhalb des Schengen-Raumes). Eine vollziehbare Ausreisepflicht ohne ein vorheriges Verfahren ist nicht einmal an der Binnengrenze denkbar, vgl. EuGH, Urt. v. 19.03.2019 – C-444/17, EU:C:2019:220 – *Arib* und EuGH, Urt. v. 07.06.2016 – C-47/15, EU:C:2016:408 – *Affum*.

68 Siehe auch EuGH (Fn. 10), *Haqbin*, Rn. 43.

nen beim Zugang zur Gesundheitsversorgung gänzlich aus. Auch im einschlägigen Art. 19 AufnahmeRL sind keine Einschränkungsöglichkeiten vorgesehen.⁶⁹

Generell dreht § 1a AsylbLG das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 20 AufnahmeRL, der die Sanktion als Ausnahme im Einzelfall vorsieht, um. Dies ist mit dem Europarecht nicht vereinbar. Auch bei der Verwirklichung eines der von Art. 20 AufnahmeRL gedeckten Tatbestände in § 1a Abs. 5 Nrn. 1, 6 oder 7 sowie Abs. 6 und in Dublin-Folgeantragsfällen ist demgemäß eine Einzelfallprüfung erforderlich und eine Leistungseinschränkung nur ausnahmsweise zulässig.

Vor einer Sanktionierung ist eine Anhörung nach § 28 VwVfG notwendig.⁷⁰ Neben der Verpflichtung, eine anfechtbare⁷¹ Entscheidung zu treffen, besteht auch eine Verpflichtung, eine umfassende Einzelfallprüfung vorzunehmen, bevor ein neuer – die Sanktion für einen befristeten Zeitraum anordnender⁷² – Leistungsbescheid ergeht.⁷³ In der Praxis bedeutet das, dass nicht lediglich ein Feststellungsbescheid hinsichtlich der Sanktion ergehen darf, da die bloße Feststellung des Vorliegens der Voraussetzungen für eine Sanktion dem europarechtlichen Erfordernis einer umfassenden Einzelfallprüfung nicht gerecht wird.⁷⁴ Problematisch ist insoweit auch, dass Widerspruch und Klage gegen den Sanktionsbescheid keine aufschiebende Wirkung haben.⁷⁵ Dementsprechend sind die dargestellten europarechtlichen Bedenken gegen die in § 1a AsylbLG enthaltenen Sanktionstatbestände durch die Sozialgerichte bereits im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes gem. § 86b SGG zu berücksichtigen und gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs anzuordnen. Europarechtlich besteht eine umfassende Prüfungsverpflichtung, die sich aus Art. 26 AufnahmeRL und Art. 47 GrCh ergibt.⁷⁶ Jedenfalls müsste aber in diesen Fällen eine unentgeltliche Rechtsberatung und -vertretung bei Bedürftigkeit bestehen, da nur so wirksamer Rechtsschutz im Einklang mit Art. 26 Abs. 2 AufnahmeRL gewährleistet werden kann.⁷⁷

69 Die Gesundheitsversorgung ist in Art. 19 AufnahmeRL separat geregelt. Art. 20 Abs. 5 S. 3 AufnahmeRL verweist auf diese Regelung: »Die Mitgliedstaaten gewährleisten im Einklang mit Artikel 19 in jedem Fall Zugang zur medizinischen Versorgung.« Art. 19 AufnahmeRL selbst kennt keine Einschränkungsöglichkeiten, so dass eine Sanktion, die eine schlechtere Gesundheitsversorgung bewirkt, nicht europarechtskonform ist, so auch *Peek/Tsourdji* (Fn. 64), Art. 20 Reception Conditions Directive, Rn. 23 und EuGH (Fn. 10), *Haqbin*, Rn. 45. Welchen Mindeststandard Art. 19 Abs. 1 AufnahmeRL garantiert ist umstritten (vgl. dazu *Peek/Tsourdji* (Fn. 64), Art. 19 Reception Conditions Directive, Rn. 6 ff.), er geht aber über eine reine Notversorgung hinaus, so dass die Einschränkung auf Leistungen nach § 4 AsylbLG für asylsuchende Personen gegen Europarecht verstößt.

70 Vgl. bspw. dazu *Cantzler* (Fn. 17), § 1a AsylbLG, Rn. 139.

71 Nach der AufnahmeRL besteht eine umfassende Rechtsschutzmöglichkeit nach Art. 26 der RL, vgl. dazu bspw. *Hruschka*, in: Wollenschläger (Hrsg.), *Europäischer Freizügigkeitsraum – Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht*, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 10, 1. Aufl. Baden-Baden 2020, § 23 Rn. 173 und *Peek/Tsourdji* (Fn. 64), Art. 26 Reception Conditions Directive, Rn. 5 ff.

72 Vgl. bspw. dazu *Cantzler* (Fn. 17), § 1a AsylbLG, Rn. 138.

73 Eine rein praktische Leistungskürzung bei der Auszahlung ohne vorherigen Bescheid ist sowohl auf Grundlage des deutschen Rechts als auch aufgrund der europarechtlichen Vorgaben nicht rechtmäßig.

74 Diese umfasst nämlich neben der objektiven Feststellung der Erfüllung eines Sanktionstatbestandes auch eine umfassende Würdigung der persönlichen Umstände, bevor eine Sanktion verhängt wird. Auch das BVerfG hat im Kontext der Sanktionen im SGB II auf die verfassungsrechtliche Pflicht, eine Entscheidung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller (auch persönlichen) Umstände zu treffen, hingewiesen, vgl. BVerfG (Fn. 9), Rn. 132 ff.

75 § 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG i. V. m. § 11 Abs. 4 Nr. 2 AsylbLG.

76 Vgl. Erwägungsgrund 35 der AufnahmeRL.

77 Vgl. *Peek/Tsourdji* (Fn. 64), Art. 26 Reception Conditions Directive, Rn. 10 ff.

Da die Aufnahmerichtlinie keine Verpflichtung vorsieht, Sanktionen in das mitgliedstaatliche Recht aufzunehmen, ist die Situation nicht mit den zwingenden Ausschlussgründen bei der Feststellung der Flüchtlingseigenschaft und des subsidiären Schutzes vergleichbar.⁷⁸ Eine direkte Anwendbarkeit der AufnahmeRL ist daher generell nur zu Gunsten der betroffenen Personen möglich.⁷⁹

Es bleibt zu prüfen, ob der Teil der untersuchten Normen, die nicht unmittelbar aufgrund ihres Anwendungsbereichs gegen Europarecht verstoßen⁸⁰, überhaupt einer europarechtskonformen Auslegung zugänglich ist. Bei der Beurteilung dieser Frage ist zu berücksichtigen, dass es dem Gesetzgeber unbenommen ist, eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen, und dass er bewusst über die Richtlinie hinausgegangen ist.⁸¹ Daher spricht viel dafür, dass die Normen, soweit sie asylsuchende Personen betreffen, einer europarechtskonformen Auslegung nicht mehr zugänglich sind, da sie dem Zweck einer allgemeinen Sanktionierung bestimmter Verhaltensweisen dienen und somit strukturell nicht für ausnahmsweise zu verhängende Leistungseinschränkungen in Einzelfällen konzipiert sind.⁸² Vor einer richtlinienkonformen Umsetzung müssen daher Sanktionen auch in den Fällen des § 1 a Abs. 5 Nr. 1, 6 und 7 sowie Abs. 6 und im dargestellten Spezialfall des Abs. 7 AsylbLG unterbleiben.

F. Schlussfolgerungen

Die europarechtliche Analyse der Sanktionstatbestände des § 1 a AsylbLG, die auf asylsuchende Personen Anwendung finden könnten, hat ergeben, dass diese in weiten Teilen gegen Europarecht verstoßen, da sie über die in Art. 20 AufnahmeRL abschließend geregelten Sanktionstatbestände deutlich hinausgehen. Für Dublin-Fälle hat dies der EuGH bereits explizit so entschieden. Da die Einzelfallsanktionsmöglichkeiten des Art. 20 AufnahmeRL auf die jeweils innerstaatlich gewährten Leistungen (in Deutschland also auf die Grundleistungen nach § 3 AsylbLG) bezogen sind, stellt sich auch die Frage nicht, ob Deutschland ein über die Anforderungen der Aufnahmerichtlinie hinausgehendes Leistungsniveau hat.⁸³

78 In diesen Fällen sieht der EuGH eine Verpflichtung, die Ausschlussgründe auch dann zu beachten, wenn sie im nationalen Recht nicht umgesetzt sind. Vgl. dazu insbesondere EuGH, Ur. v. 25.07.2018 – C-585/16, EU:C:2018:584, Rn. 91 ff. – *Alheto*.

79 Vgl. dazu die ständige Rechtsprechung des EuGH seit dem Ur. v. 19.01.1982 – 8/81, Slg. 1982, S. 53 – *Becker*.

80 Die Anwendung der Sanktionsnormen des § 1 a Abs. 1–4, Abs. 5 Nrn. 2–5 sowie Abs. 7 (außer es liegt ein Dublin-Folgeverfahren nach einer Ablehnung des Asylantrags in einem anderen Staat vor) auf asylsuchende Personen verstößt immer gegen die europarechtlichen Vorgaben der AufnahmeRL. Lediglich bei den anderen Tatbeständen des § 1 a AsylbLG kommt überhaupt eine Sanktion in Frage.

81 Die Gründe dafür, dass wegen dieser und anderer Verstöße gegen die Aufnahme RL kein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet wurde, sind wohl eher politischer als rechtlicher Natur.

82 Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Grenze der europarechtskonformen Auslegung dann überschritten, wenn dies zu einer Auslegung des nationalen Rechts contra legem führen würde, vgl. dazu insbesondere EuGH, Ur. v. 16.06.2005 – C-105/03, EU:C:2005:386, Rn. 47 – *Pupino*. So liegt der Fall auch hier, da der Wortlaut des § 1 a AsylbLG die Sanktion bei Vorliegen der jeweiligen Situation zwingend vorschreibt. Ausnahmen sind nur in Härtefällen vorgesehen (vgl. § 1 a Abs. 1 S. 3 AsylbLG).

83 Zudem gewährt Deutschland keine über die Verpflichtungen des Art. 17 AufnahmeRL hinausgehenden Leistungen. Es stellt sich vielmehr die Frage, ob die Leistungen für Asylsuchende überhaupt dem nach Art. 17 AufnahmeRL geforderten »angemessenen Lebensstandard« entsprechen. Der Wortlaut von § 3 AsylbLG (»notwendiger Bedarf«) und die Entstehungsgeschichte des AsylbLG sprechen eher dafür, dass

Der Tradition einer oft wenig schutzorientierten Umsetzung der europäischen Vorgaben im Asylbereich in Rechtsetzung⁸⁴ und Rechtsprechung⁸⁵ folgend, hat der Gesetzgeber die Sanktionsmöglichkeiten des Art. 20 AufnahmeRL überschießend umgesetzt, aber auf schutzorientierte Präzisierungen verzichtet. Insbesondere Personen, die aus dem Einreisestaat weiterreisen (sog. Sekundärmigration), sind in den Fokus politischer und legislativer Maßnahmen gerückt, die häufig rechtliche Spielräume zu Lasten der Schutzsuchenden ausreizen und mitunter überschreiten.⁸⁶ Gleichzeitig betont der EuGH in seiner Rechtsprechung immer stärker den Schutzzweck des GEAS generell und des Asylrechts nach Art. 18 GrCh speziell⁸⁷, so dass sich die nationale und die europäische Rechtslage zunehmend in unterschiedliche Richtungen entwickeln und fast nicht mehr auflösbare Gegensätze verkörpern. Diese Situation ist angesichts des Vorrangs des Europarechts entsprechend auf der nationalen Ebene – durch Anpassung an die europarechtlichen Standards – zu korrigieren.

Das Primat der Bekämpfung von Sekundärmigration, das den hier untersuchten Sanktionsmöglichkeiten als Sinn und Zweck zugrunde liegt, ist *de lege lata* bisher kein primäres Regelungsziel im GEAS. Die dieses Ziel betonende Agenda für Migration aus dem Jahr 2015 sowie die Vorschläge der Kommission aus dem Jahr 2016, die in diese Richtung gehen, sind bisher legislativ nicht umgesetzt und daher bei der rechtlichen Auslegung nicht zu berücksichtigen, die vom politischen Zeitgeist unbeeinflusst sein sollte. Vielmehr ist der vom EuGH betonte Schutzzweck der Regelungen des GEAS und der Gewährleistungen des Art. 18 GrCh für die Auslegung heranzuziehen, so dass asylsuchende Personen primär als schutzbedürftig zu behandeln sind. Bei schutzsuchenden Personen treten der Zweck der Missbrauchsbekämpfung und das Recht der Staaten, Einwanderung grundsätzlich selbständig zu regeln, hinter die Notwendigkeit, effektiven Schutz zu gewähren, zurück, jedenfalls wenn ein Staat Hoheitsgewalt ausübt.⁸⁸ Der völker- und europarechtlich verpflichtende Flüchtlingsschutz obliegt allen Mitglied-

die Leistungen für Asylsuchende nach dem AsylbLG eine europarechtswidrige Unterschreitung des vorgesehenen Leistungsniveaus darstellen.

- 84 Vgl. bspw. die weiterhin nicht erfolgte Umsetzung des Mechanismus zur Erkennung und Identifizierung besonderer Schutzbedürfnisse in der Aufnahme und im Asylverfahren, die auch für den späteren Rechtszugang bedeutende Konsequenzen hat, vgl. dazu *Hruschka* (Fn. 71), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 10 § 23, Rn. 163 ff.
- 85 Der EuGH hat daher in verschiedenen Urteilen bestehende einschränkende Auslegungsansätze der deutschen Rechtsprechung europarechtlich korrigiert, zum Beispiel beim Verfolgungsgrund Religion, beim Diskretionserfordernis, bei den Voraussetzungen des subsidiären Schutzes, beim Rechtschutz und bei Überstellungsverboten im Kontext von Flüchtlingsanerkennungen in einem anderen Dublin-Staat. Lediglich bei den Ausschlussgründen und bei der Frage des Selbsteintritts in Dublin-Verfahren hat der Gerichtshof einschränkende Korrekturen der deutschen Rechtslage angemahnt, vgl. dazu *Hruschka*, German courts between deterrence, human rights protection and migration policy, in: Federico/Moraru/Pannia (Hrsg.), *Migrants and the Law. What European Courts Say*, Special Issue of the European Journal of Legal Studies (EJLS), 2020 (im Erscheinen).
- 86 Vgl. dazu auch *Hruschka*, Grenzkonstruktionen und Raumdimensionen. In: *Hruschka/Janda/Jüngling* (Hrsg.), *Deutsche und europäische Migrationspolitik – Bewährungsprobe für die Menschenrechte. Hohenheimer Tage zum Migrationsrecht*. Baden-Baden 2019, S. 195.
- 87 Vgl. dazu insbesondere bspw. EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-556/17, EU:C:2019:626, Rn. 50 m. w. N. – *Torubarov*.
- 88 Vgl. dazu bspw. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), Urt. v. 21.11.2019 – Nr. 47287/15, Rn. 126 f. m. w. N. – *Ilias und Ahmed*.

staaten und nicht nur dem für die Schutzgewährung zuständigen Staat. Wäre dies anders, wäre das GEAS in seiner Grundkonstruktion völkerrechtswidrig.⁸⁹

Das bedeutet aber nicht, dass Sanktionen generell verboten wären. Vielmehr hat der EuGH in der Rechtssache *Haqbin* verdeutlicht, wie Sanktionen ausgestaltet sein könnten. Der Gerichtshof stellt dabei zwei Prinzipien in den Vordergrund, nämlich die absolute Grenze der Menschenwürdegarantie des Art. 1 GrCh, an der sich jede Sanktion messen lassen muss,⁹⁰ sowie das Gebot der Einzelfallbetrachtung, bei der vor allem besondere Schutzbedürfnisse zu berücksichtigen sind.⁹¹

Dabei bestimmt der Gerichtshof den Menschenwürdegehalt des Art. 1 GrCh für Leistungen, die nach einer Sanktionierung auf der Grundlage von Art. 20 AufnahmeRL einer asylsuchenden Person jedenfalls verbleiben müssen, nach den in der Rechtsprechung zu den Überstellungsverboten wegen drohender unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung entwickelten Maßstäben.⁹² Das bedeutet, dass diese zu Art. 4 GrCh entwickelten Standards nicht nur bei Überstellungen zu beachten sind, sondern auch im Aufenthaltsstaat den Mindeststandard definieren. Das Verbot, eine asylsuchende Person in extreme materielle Not zu bringen, gilt für den Anwendungsbereich des GEAS absolut. Das wirft die Frage auf, ob der Menschenwürdebegriff des Art. 1 GrCh und der Menschenwürdebegriff des Grundgesetzes übereinstimmen. Die Rechtsprechung des BVerfG spricht eher dagegen, da sie für die Gewährleistung des Art. 1 GG nicht auf den Maßstab der extremen materiellen Not abstellt, sondern betont, dass der menschenrechtliche Gehalt des Art. 1 GG neben dem physischen Existenzminimum »auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben« umfasst.⁹³ Es ist also davon auszugehen, dass der Menschenwürdebegriff des Grundgesetzes in leistungsrechtlicher Hinsicht mehr umfasst als den Mindeststandard, den der EuGH im Hinblick auf den Menschenwürdebegriff des Europarechts entwickelt hat. Das Bundesverfassungsgericht wird in der zu § 1a AsylbLG anhängigen Verfassungsbeschwerde⁹⁴ auch die Frage zu beantworten haben, ob die europarechtlich – in extremen Ausnahmefällen⁹⁵ – mögliche Reduktion auf das physische Existenzminimum auch mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

Dabei stellt sich angesichts des Urteils zu den Sanktionen im Bereich des SGB II die weitere Frage nach dem Zweck der Sanktionen. Das BVerfG hat im

89 Vgl. dazu *Hathaway/Foster*, *The Law of Refugee Status*, 2. Aufl. Cambridge 2014, S. 33 ff., die fälschlicherweise das Dublin-System als reine Drittstaatenregelung auslegen und dessen Konstruktion daher als mit der GFK nicht vereinbar kennzeichnen, da es erlaubt, sich vertraglichen Verpflichtungen aus der GFK zu entziehen, ohne für deren Garantie mitverantwortlich zu sein, siehe dazu auch Punkt D.1.

90 EuGH (Fn. 10), *Haqbin*, Rn. 45.

91 Ebda. Rn. 53 ff.

92 Dieser Maßstab, den der EGMR zuerst zu Art. 3 EMRK entwickelt hat (vgl. EGMR, Urt. v. 21.01.2011 – Nr. 30696/09, Rn. 249 ff., insbes. 252–254 – *M. S. S. gg. Belgien und Griechenland*) hat der EuGH auf die Prüfung des gleichlautenden Art. 4 GrCh übertragen, vgl. EuGH (Fn. 44), *Ibrahim u. a.*, Rn. 90 ff. und EuGH (Fn. 44), *Jawo*, Rn. 92 ff.

93 BVerfGE 132, 134.

94 Az. 1 BvR 2682/17.

95 Wie oben unter C. dargelegt, sind die Sanktionsmöglichkeiten des Art. 20 AufnahmeRL auf Ausnahmefälle beschränkt. In *Haqbin* (Fn. 10) hat der EuGH diesbezüglich das absolute Minimum definiert, das in jedem Fall gewährleistet sein muss.

November 2019 ganz wesentlich auf die Wirksamkeit der Sanktionen im Hinblick auf die gewünschte Verhaltensänderung und auf die Notwendigkeit, diese am Ziel der Beendigung der Bedürftigkeit auszurichten, abgestellt.⁹⁶ Die Sanktionen im AsylbLG sind nicht auf diese sozialpolitischen Ziele ausgerichtet, sondern auf die Mitwirkung im Asylverfahren und bei der Ausreise. Dabei stehen migrationspolitische Erwägungen im Vordergrund. Mit der intendierten Förderung der Ausreisebereitschaft soll nicht das Ende der Bedürftigkeit, sondern nur das Ende der staatlichen Leistungspflicht der Bundesrepublik Deutschland erreicht werden. Schon aus diesem Grund dürften die gegenüber Asylsuchenden vorgesehenen Sanktionen den verfassungsrechtlichen Anforderungen an leistungsrechtliche Sanktionen nicht genügen.

Die Sanktionsmöglichkeiten der Aufnahmerichtlinie sind europarechtlich beschränkt auf Fälle, in denen eine Person offensichtlich kein Interesse an einem Asylverfahren hat, zu Unrecht Leistungen bezieht oder sich grob gewalttätig zeigt. Jedenfalls solange eine GEAS-Reform nicht beschlossen und umgesetzt ist, ist daher eine an diesen Vorgaben orientierte Neuordnung des Leistungsrechts für Asylsuchende europarechtlich zwingend notwendig, um die seit 2015 geltenden Anforderungen der revidierten Aufnahmerichtlinie umzusetzen.

Dabei ist ein Unterscheid zwischen dem europäischen und dem deutschen Ansatz von besonderer Bedeutung: Während der verfassungsrechtliche Menschenwürdegehalt aus Art. 1 GG für die Grundleistungen des § 3 AsylbLG am Existenzminimum orientiert ist,⁹⁷ gibt das europäische Recht eine andere Richtung vor, nämlich angemessene Leistungen orientiert am generellen nationalen Standard statt lediglich die Deckung des notwendigen Bedarfs. Diese schutz- und integrationsorientierte Herangehensweise beruht auf der auch völkerrechtlich vorgegebenen, europarechtlichen Konstruktion, dass asylsuchende Personen als Flüchtlinge zu behandeln sind, solange nicht feststeht, dass sie keinen Schutzbedarf haben.⁹⁸ Der auf Abschreckung ausgelegte und am Mindeststandard orientierte Ansatz des AsylbLG ist nicht nur europarechtlich äußerst zweifelhaft, sondern hat auch angesichts der hohen Schutzquoten der letzten Jahre seine dogmatische Rechtfertigung verloren, da die Prämisse der »im typischen Regelfall bestehenden Ausreiseverpflichtung« angesichts der Realität der europäisch zu denkenden Asylverfahren nicht mehr aufrecht erhalten werden kann. Vielmehr müsste im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben und dem völkerrechtlichen Gleichbehandlungsgebot eher eine Orientierung an den Vorgaben für eigene Staatsangehörige, wie sie Art. 17 Abs. 5 AufnahmeRL vorschlägt, erfolgen.

96 BVerfG 05.11.2019 – Az. 1 BvL 7/16, Rn. 126 ff.

97 BVerfGE 132, 134.

98 Vgl. dazu bspw. EGMR, Urt. v. 13.02.2020 – Nrn. 8675/15 und 8697/15, Rn. 179 – *ND und NT*.

COVID-19¹ in Taiwan – Sozialrechtliche Perspektiven²

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Begriff der übertragbaren Krankheit
- C. Schutzgegenstand
- D. Zuständige Behörde und CECC
- E. Maßnahmen zur Bekämpfung von COVID-19
 - I. Verbindung der persönlichen Reisegeschichten mit den elektronischen Gesundheitskarten
 - II. Quarantäne und Isolierung
 - 1. Begriff
 - 2. Rechtmäßigkeit
 - 3. Dauer
 - 4. Bußgeld
 - 5. Entschädigung
 - 6. Behandlung einer Non-COVID-19 Krankheit
 - III. Entschädigung für COVID-19 Infizierte aufgrund des Berufs
 - IV. Unterstützungsmaßnahmen für die Beschäftigte
 - 1. Einkommensergänzungshilfe für Kurzarbeiter
 - 2. Arbeitsförderung
 - 3. Aufschub der Einzahlung der Sozialversicherungsbeiträge
 - 4. Ergänzende Hilfe zum Lebensunterhalt an Beschäftigte und sozial schwächere Personen
 - V. Maßnahmen für ausländische Beschäftigte
 - VI. Unterstützung von Praxen, Kliniken und Pflegeeinrichtungen
- F. Fazit

A. Einleitung

Taiwan befindet sich ebenfalls, wie Deutschland und andere Länder in der Welt, in der Coronavirus-Krise. Bis zum 07.06.2020 waren nach der Statistik des Taiwan Center for Disease Control (TCDC) insgesamt 106905 Personen getestet worden, davon erwiesen sich 443 als Infizierte, 7 Todesfälle waren zu beklagen aber auch 430 Genesene zu verzeichnen.³

Taiwan hat knapp 24 Millionen Einwohner und liegt nur ca. 130 Kilometer von China entfernt. Im Jahr 2018 gab es 404000 Taiwaner, die in China gearbeitet hatten.⁴ Darüber hinaus kamen 11864105 Touristen im Jahr 2019 nach

1 Anm. der Red.: Eigentlich handelt es sich um den SARS-CoV-2-Erreger. Da sich die Bezeichnungen COVID-19 oder Coronavirus aber im Sprachgebrauch eingebürgert haben, werden sie in diesem Beitrag verwendet, wenngleich dies wissenschaftlich nicht ganz exakt ist.

2 Die Verfasserin dankt Herrn Prof. Dr. Hans-Joachim Reinhard für seine Unterstützung bei der sprachlichen Überarbeitung. Die Autorin ist Associate Professor an der National Open University, Taiwan.

3 Statistik des TCDC: <https://topics.moh.gov.tw/COVID19/cp-4707-52357-205.html>; Stand: 07.06.2020).

4 Directorate-General of Budget, Accounting and Statistics, Executive Yuan, Taiwan, Press am 17.12.2019 über die Statistik der im Ausland arbeitende Taiwaner im Jahr 2018, www.stat.gov.tw/public/Attachment/91217104242H1AK10HM.pdf (Stand: 12.04.2020).

fentlichen Verkehr müssen die Passagiere Masken tragen und dürfen unterwegs nichts essen und trinken; und schließlich wird auch durch Besuchsbeschränkungen in Kliniken und Pflegeeinrichtungen versucht, Infektionen zu vermeiden.

Am 07.06.2020 wurde festgestellt, dass es über 56 Tage hinweg, also viermal 14 Tage,⁹ keine Neuinfektionen gegeben hatte, die sich im Inland infiziert hatten, sodass die Maßnahmen im Inland gelockert werden konnten. Angesichts der aber noch angespannten internationalen Situation bleiben die Maßnahmen an der Grenze jedoch noch bestehen.¹⁰ Die erste Phase der Coronabekämpfung wurde mit diesem Tag allerdings beendet. Die zweite Phase hat am 08.06.2020 angefangen.¹¹ Der Beitrag erläutert die bis zum 07.06.2020 geltenden Vorschriften und Maßnahmen aus der Perspektive des Sozialrechts.

B. Begriff der übertragbaren Krankheit

Um das Auftreten, die Infektion und die Ausbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern, wurde das Infektionsschutzgesetz erlassen. Gem. § 3 I IfSG gelten als »übertragbare Krankheiten« nach diesem Gesetz diejenigen Krankheiten, die von der zuständigen Zentralbehörde anhand von Risikoparametern wie der Todesfallrate, Inzidenz und Übertragungsgeschwindigkeit in fünf Kategorien eingeordnet worden sind:

- Kategorie 1: Pocken, Pest, schweres akutes respiratorisches Syndrom (SARS) usw.
- Kategorie 2: Diphtherie, Typhus, Dengue-Fieber usw.
- Kategorie 3: Pertussis, Tetanus, japanische Enzephalitis usw.
- Kategorie 4: Bekannte übertragbare Krankheiten oder Syndrome, die nicht in den vorstehenden drei Kategorien aufgeführt sind und nach Ansicht der zentralen zuständigen Behörde eine Überwachung ihres Auftretens oder die Durchführung von Präventions- und Kontrollmaßnahmen erfordern.
- Kategorie 5: neu auftretende übertragbare Krankheiten oder Syndrome, die nicht in den vorstehenden vier Kategorien aufgeführt sind, deren Verbreitung von der zentralen zuständigen Behörde als schädlich für die Gesundheit der Bevölkerung angesehen werden und die die Formulierung von Präventions- und Kontrollmaßnahmen oder Vorsorgeplänen gemäß diesem Gesetz erfordern.

Angesichts der Neuartigkeit des Coronavirus und der von ihm verursachten Lungenentzündung wurde diese Krankheit am 15.01.2020 der fünften Kategorie übertragbarer Krankheiten in Taiwan zugeordnet.¹²

9 Die Inkubationszeit beträgt nach Einschätzung des Ministeriums für Gesundheit und Soziales circa zwei bis 14 Tage, www.cdc.gov.tw/File/Get/1RV9EaG_xueaHowNg63X7g (Stand: 07.06.2020).

10 Zu diesen Maßnahmen zählt zum Beispiel, dass man nicht ins Ausland reisen darf und dass man nach der Einreise aus dem Ausland nach Taiwan in Zwang Quarantäne kommt.

11 Z. B. wird die Pressekonferenz nicht mehr täglich, sondern wöchentlich abgehalten.

12 Nr. 1090100030 der Verkündung des Ministeriums für Gesundheit und Soziales über Krankheiten, www.cdc.gov.tw/Disease/SubIndex/N6XvFa1YP9CXYdB0kNSA9A (Stand: 12.04.2020).

C. Schutzgegenstand

§ 44 III IfSG sieht vor, dass die zentrale zuständige Behörde ein Budget festlegt, um die Kosten für Patienten zu tragen, die mit einer übertragbaren Krankheit aus einer der oben beschriebenen fünf Kategorien infiziert sind und unter isolierte Behandlung gestellt werden. Das gilt nicht nur für Taiwaner. Vielmehr werden die Kosten auch für Ausländer, die in Taiwan positiv auf das Coronavirus positiv getestet und isoliert behandelt wurden, vom Staat aus Steuermitteln bezahlt.

Obwohl keine Begründung für Absatz drei des § 44 IfSG in den Gesetzentwurf geschrieben wurde, hat der Leiter (Kommandeur) des CECC in der Pressekonferenz betont, dass Taiwan als Mitglied der internationalen Gemeinschaft die Verantwortung habe dazu beizutragen, die weltweite Ausbreitung von COVID-19 zu verlangsamen. Deswegen werden sowohl Taiwaner als auch Ausländer, unabhängig davon, ob sie in Taiwans gesetzlicher Volkskrankenversicherung versichert sind, in Taiwan behandelt und die Behandlungskosten aus Steuermitteln bezahlt. Das sei ein Ausdruck von Solidarität.¹³ Allerdings gilt das Angebot nur für die Behandlung von COVID-19 und die Krankheit muss in Taiwan bestätigt worden sein. Falls eine nicht in der taiwanesischen gesetzlichen Volkskrankenversicherung versicherte und infizierte Person parallel noch eine andere behandlungsbedürftige Krankheit hätte, müsste sie für deren Heilungskosten neben der COVID-19 Behandlung in Taiwan selbst aufkommen.

In der Praxis gab es seit diesen vier Monaten schon mindestens eine ausländische genesene Person, die nach dem § 44 III IfSG in Taiwan geheilt wurde und wieder in ihre Heimat zurückgekehrt ist.¹⁴

Darüber hinaus sollen die Patienten, ihre Pflegeperson, sowie Menschen in Quarantäne oder Isolierung gemäß § 11 IfSG respektiert und nicht diskriminiert werden. Jedoch ist es in der Praxis schon zu solchen Diskriminierungen gekommen. Mitte März gab es zwei Schüler, die infiziert waren und deren Schule deswegen für zwei Wochen geschlossen wurde und auf online-Unterricht umgestellt hat.¹⁵ Während dieser 14 Tage haben auch andere Schüler aus diesem Gymnasium berichtet, dass man sie »komisch angeschaut« und ihnen dadurch Unbehagen bereitet habe. Auch sind einige Schüler dieses Gymnasiums von einem Busfahrer zurückgewiesen worden.¹⁶ Nach § 69 I IfSG gilt für Verstöße gegen § 11 IfSG eine Bußgeldandrohung von TWD 10 000 bis 150 000 (300 bis 4500 €).

Trotz des Diskriminierungsverbots im IfSG kann es in der Praxis zu Diskriminierungen aufgrund von COVID-19 kommen, sei es, dass die Betroffenen die Krankheit selbst haben, bloß ansteckungsverdächtig sind oder auch nur in Kliniken oder Heimen arbeiten. Weil soziale Inklusion aber ein Ziel von Sozialrecht und Sozialpolitik ist, hat das CECC in seiner täglichen Pressekonferenz die Bedeutung von Empathie und Solidarität in der Gemeinschaft betont. Ein Bußgeld

13 Vgl. <https://news.cts.com.tw/cts/life/202004/202004141997090.html> (Stand: 14.04.2020).

14 Vgl. <https://udn.com/news/story/120940/4555021> (Stand: 12.05.2020).

15 Vgl. www.edu.tw/News_Content.aspx?n=9E7AC85F1954DDA8&s=EE06B62876A73A03 (Stand: 07.06.2020).

16 Vgl. www.cna.com.tw/news/ahel/202003270141.aspx (Stand: 07.06.2020).

könnte zwar das Ziel einer Sanktionierung erreichen. Noch wichtiger ist jedoch, eine respektvolle innere Haltung der Menschen zu fördern.

D. Zuständige Behörde und CECC

Gemäß § 2 IfSG sind als zentrale Behörde das Ministerium für Gesundheit und Soziales (MGS) und auf dezentraler Ebene die lokalen Behörden zuständig. Die zentrale zuständige Behörde kooperiert mit den örtlichen Behörden. Allerdings kann die zentrale zuständige Behörde nach dem § 17 I IfSG mit Genehmigung des Exekutiv-Yuan¹⁷ ein CECC einrichten, falls zur Bekämpfung einer Epidemie eine Bündelung der Ressourcen nötig ist. Der Kommandeur des CECC sorgt für eine einheitliche Steuerung, für die Überwachung und Koordinierung von Behörden auf verschiedenen Ebenen, von staatlichen Unternehmen, Organisationen von Reservisten der Armee und zivilgesellschaftlichen Vereinigungen zur Umsetzung von Maßnahmen der Seuchenbekämpfung; gleichzeitig kann er sich auch mit der nationalen Armee koordinieren, um deren Unterstützung zu bekommen.

Zur Eindämmung der Epidemie soll der Kommandeur flexible Befugnisse haben. Deswegen hat der Gesetzgeber den Kommandeur in § 7 des COVID-19-Gesetz umfassend ermächtigt, damit er die erforderlichen Maßnahmen ergreifen kann, um der Epidemie vorzubeugen und sie zu bekämpfen. Darüber hinaus regelt § 37 III IfSG, dass die örtlichen zuständigen Behörden während der Zeit des Bestehens des CECC den Anweisungen des Kommandeurs folgen müssen. Aber es ist klar, dass die Maßnahmen des Kommandeurs nur gegen die Ausbreitung der Epidemie gerichtet sein und nicht über das erforderliche Maß hinaus gehen dürfen.¹⁸:

Neben dem Kommandeur gibt es Vize-Kommandeure, deren Zahl sich danach richtet, was zur Bekämpfung der Epidemie gebraucht wird. Es kann gemäß § 4 II CECC-Verordnung bis zu drei Vize-Kommandeure geben. Derzeit ist nur ein Vize-Kommandeur eingesetzt. Darüber hinaus wurden noch unterschiedliche Abteilungen innerhalb des CECC für die Aufgaben gemäß § 6 II der CECC-Verordnung aufgebaut, nämlich für die Überwachung der Pandemie, medizinische Notfallreaktionen, medizinische Gefahrabwehr an der Grenze, Kontrolle der Übertragung zwischen den Gemeinden, Koordination der Ressourcen, Verwaltung, Informationsmanagement, Pressearbeit, Rechtsangelegenheiten sowie Forschung und Innovation.¹⁹ Um die richtigen Informationen über die Entwicklung der Epidemie und die Bekämpfungsmaßnahmen zu verbreiten, wurde von 21.01.2020 bis zum 07.06.2020 eine tägliche Pressekonferenz des CECC einberufen.

Zu den täglichen Pressekonferenzen findet sich keine Regelung, weder in der CECC-Verordnung, dem COVID-19 Gesetz noch dem IfSG. Allerdings haben diese Konferenzen bis zum 07.06.2020 erfolgreich zur Eindämmungspolitik bei-

17 Der Exekutiv-Yuan ist einer der fünf Yuans (Staatsräte) und fungiert als oberstes Exekutivorgan, vergleichbar mit einem Regierungskabinet. Die vier weiteren Yuans üben Funktionen von Legislative, Judikative, Kontrolle und Prüfung aus.

18 Begründung des § 7 COVID-19-Gesetzes.

19 Vgl. <https://covid19.mohw.gov.tw/ch/cp-4825-53646-205.html> (Stand: 07.06.2020).

getragen. In der Pressekonferenz hat der Kommandeur die jeweiligen Maßnahmen und ihre Rechtsgrundlagen transparent erläutert. Darüber hinaus hat auch der Leiter einer Expertengruppe²⁰ an der Konferenz teilgenommen und den Journalisten die maßgeblichen medizinischen Erkenntnisse zu COVID-19 erklärt. Durch die Pressekonferenz wurden die Menschen unmittelbar und korrekt informiert, wodurch die Strategie zur Bekämpfung von COVID-19 nachvollziehbar und die Angst verringert wurde. Um die Einrichtung dieser Pressekonferenz für die künftigen Anlässe weiter zu entwickeln, wäre erwägenswert, eine Vorschrift darüber in die CECC-Verordnung aufzunehmen.

E. Maßnahmen zur Bekämpfung von COVID-19

1. Verbindung der persönlichen Reisegeschichten mit den elektronischen Gesundheitskarten

Im Juli 2013 hat die Krankenkasse die Daten über die Arzneimittelversorgung der Versicherten in eine I-Cloud hochgeladen. 2016 wurde das sogenannte Medizin I-Cloud-System der Volkskrankenversicherung gegründet. Alle Dateien eines Patienten sind in dieser Plattform hochgeladen und zugänglich.²¹ Außerdem gibt es seit 2014 ein sogenanntes »my health bank«-System. Der Versicherte kann durch das »my health bank«-System seine eigene Akte beim Arzt für die letzten 12 Monate nachschlagen.²² Sowohl in der Medizin I-Cloud als auch im »my health bank«-System kann man den Inhalt mithilfe seiner Gesundheits-e-Karte abrufen. Ein Patient kann seinen Arzt ermächtigen, den Inhalt in der Medizin I-Cloud nachzuschlagen. Auf diese Weise erfährt der Arzt, welche Medikamente, Untersuchungen und Krankheiten der Patient gehabt hat und kann dadurch genauere Diagnosen stellen sowie bessere Therapievorschlüsse machen.²³

Da Reisen zur Ausbreitung des SARS-CoV-2 beitragen können, hat sich das CECC am 25.01.2020 mit dem Ministerium für Immigration und der Krankenkasse darüber verständigt, dass die individuelle Reisegeschichte der Versicherten auf dem Medizin I-Cloud System der Krankenkasse gespeichert wird. Wenn ein Versicherter zum Arzt geht und den Arzt zur Verwendung der medizinischen Information im I-Cloud-System ermächtigt, kann der Arzt über die Gesund-

20 Die Expertengruppe wurde aus unterschiedlichen Fachärzten gebildet und hat vor allem aus Infektionsärzten bestanden, die dem CECC Beratung über die Politik der Eindämmung angeboten hatten., vgl. die Pressekonferenz am 06.06.2020.

21 Vgl. die Webseite der gesetzlichen Krankenkasse (auf Englisch: National Health Insurance Administration, (NHI): www.nhi.gov.tw/Content_List.aspx?n=8FD3AB971F557AD4&topn=5FE8C9FEAE863B46&upn=90A10EAD4E5C2EDD.

22 Vgl. <https://myhealthbank.nhi.gov.tw/IHKE0002/IHKE0002S07.aspx>.

23 Es wurde diskutiert, ob die Krankenkasse das Recht hatte, Informationen über Krankheiten von Versicherten in der I-Cloud zu speichern, vgl.: Lee, Chiehung: Die Rechtswidrigkeit der Speicherung der Information der Behandlung in der gesetzlichen Volkskrankenversicherung, Yue-Dan Medical Review, Heft 5, 2017 103–113; He, Chienchie: Das Ethos und Recht der gemeinsamen Teilhabe an den elektronischen Anamnesen von Patienten zwischen den Krankeneinrichtungen: Das Beispiel von I-Cloud-Anamnesen in der Krankenkasse, Zeitschrift für Recht und Lebenswissenschaft, Heft 8-2, 2019 23–24.

heits-e-Karte des Versicherten auch erfahren, ob und wohin der Patient gereist ist. Das wird dem Arzt bei der Feststellung von COVID-19 helfen.²⁴

In § 31 IfSG ist vorgesehen, dass das medizinisches Personal die Patienten bei ihrem Besuch nach ihrer Kranken- und Kontaktgeschichte, etwaige Reisen (Reisegeschichte) und anderen Angelegenheiten im Zusammenhang mit übertragbaren Krankheiten befragen soll. Patienten oder ihre Angehörigen sollen dabei wahrheitsgemäße und vollständige Angaben machen. Ein Patient hat nämlich gemäß des § 31 IfSG eine Mitwirkungspflicht beim Arztbesuch. Verstößt der Patient gegen diese Regeln, kann ihm nach § 69 IfSG ein Bußgeld von TWD 10 000 bis 150 000 (300 bis 4500 €) auferlegt werden.

Darüber hinaus wurde im § 16 Nr. 2 und 4 Datenschutzgesetz (DSG) geregelt, dass mit Ausnahme der in § 6 I genannten personenbezogenen Daten eine Behörde die Daten nur im Rahmen ihrer gesetzlichen Pflichten und für einen bestimmten Erhebungszweck verwenden darf. Die Verwendung personenbezogener Daten darf ebenfalls nur für einen bestimmten Zweck und auf einer der folgenden Grundlagen erfolgen:

- (1) wenn dies zur Gewährleistung der nationalen Sicherheit oder zur Förderung des öffentlichen Interesses erforderlich ist;
- (2) wenn es darum geht, erhebliche Schäden an den Rechten und Interessen anderer Menschen zu vermeiden.

Umstritten ist, ob die Entscheidung des CECC für eine automatische Verbindung der persönlichen Reisegeschichte mit der elektronischen Gesundheitskarte ohne Mitteilung an den Versicherten die Vorgaben des § 31 IfSG missachtet und gegen das Datenschutzgesetz verstößt. Denn grundsätzlich ist vorgesehen, dass ein Patient seine Beschwerden erst beim Arzt erklären soll. Jedoch kann der Arzt durch die Gesundheits-e-Karte vor der Erklärung des Patienten die Reisegeschichte sehen,²⁵ wenn der Versicherte seinen Arzt bereits vorher einmal dazu ermächtigt hat, die Daten der Gesundheits-e-Karte auszulesen.

Andererseits spielt die Reisegeschichte eine große Rolle bei COVID-19. So ist es möglich, dass ein Patient sich auf einer Reise mit COVID-19 angesteckt hat, aber keine typischen Symptome aufweist. Wenn er dann keine Angaben zu seiner Reisegeschichte macht und der Arzt diese Daten auch nicht der I-Cloud entnehmen kann, könnte dies im Ergebnis dazu führen, dass sich der Arzt oder anderes medizinisches Personal möglicherweise infizieren. Dem gilt es vorzubeugen. Eine Verhütung der Weiterbreitung von SARS-CoV-2 schützt die Gesundheit der Einwohner und liegt deshalb im öffentlichen Interesse. Gemäß § 16 Nr. 4 DSG und § 7 COVID-19 Gesetz kann das CECC zur Eindämmung des SARS-CoV-2 erforderliche Maßnahmen ergreifen. Daher ist die Maßnahme des CECC der Verbindung der Reisegeschichte eines Versicherten mit seiner Gesundheits-e-Karte rechtmäßig.

24 Vgl. Press von NHI: www.nhi.gov.tw/News_Content.aspx?n=FC05EB85BD57C709&sms=587F1A3D9A03E2AD&s=012016EE70C9A226.

25 Vgl. Lee, Chong-His, Eine Überprüfung des Datenschutzes in der Pandemieüberbreitung, Taiwan Justiz Zeitschrift, Heft 387, März 2020, S. 40.

Dagegen wird vorgebracht, dass »es der Zweck des DSG (sei), die autonome Verfügung über die eigenen Daten zu schützen.«²⁶ Tatsächlich wäre die Reisegeschichte danach ein privates Geheimnis. Allerdings sind die Regelungen des DSG nicht speziell auf diesen Fall zugeschnitten. Denn bei den Inhalten der Gesundheits-e-Karte handelt es sich um Sozialdaten der Versicherten. Eine Verbindung der Reisegeschichte und der Gesundheits-e-Karte, das Nachlesen eines Arztes auf Grundlage der Genehmigung eines Versicherten und die Verwendung solcher Daten durch das CECC während der Krisenzeit sind Fälle der Sammlung, Verwendung und Offenbarung solcher Sozialdaten. Gäbe es in Taiwan ein Sozialdatenschutzgesetz, wäre dies passender, als das DSG heranzuziehen.

II. Quarantäne und Isolierung

1. Begriff

Gemäß § 48 I IfSG können die zuständigen Behörden ansteckungsverdächtige und von Krankheit betroffene Personen auf übertragbare Krankheiten testen lassen. Bei Bedarf können sie diese Personen auch anweisen, einen bestimmten Ort aufzusuchen und dort zu bleiben, um erforderliche Maßnahmen wie Untersuchung, Immunisierung, Medikation oder Isolierung durchzuführen. Wer mit einem Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen oder Ausscheider im Ausland Kontakt hatte und von dort aus nach Taiwan gekommen ist, kommt nach dem § 58 I (4) IfSG in Quarantäne oder Isolierung.

Allerdings sind Voraussetzungen und Begriff von Isolierung und Quarantäne in §§ 48 und 58 IfSG nicht näher bestimmt. Vielmehr werden diese Bestimmungen vom CECC durch amtliche Bekanntmachung vorgenommen und je nach Entwicklung der Coronakrise angepasst. Wer mit einem COVID-19-Patienten engen Kontakt hatte, muss dann die jeweiligen Isolierungsvorgaben des CECC befolgen. Wer dagegen mit einem bloß Ansteckungs- oder Krankheitsverdächtigen Kontakt hatte, kommt in Quarantäne. Seit 19.3.2020 müssen zudem alle Personen, die in Taiwan angekommen sind, unter Quarantäne oder Isolierung bleiben.²⁷

2. Rechtmäßigkeit

Ob die Pflicht zu Quarantäne oder Isolierung gegen die persönliche Freiheit des Artikel 8 der Verfassung verstößt, war umstritten. Die Auslegung²⁸ Nr. 690 besagt nun, dass dies nicht der Fall ist. Wissenschaftler haben diese Auslegung kritisiert, weil darin keine zulässigen Gründe genannt werden. Darüber hinaus seien Quarantäne und Isolierung untypische Beschränkungen der persönlichen Freiheit und

26 He, Chian-Chie, Ausgleich zwischen Bekämpfung des Coronavirus und Datenschutz während der COVID-19-Zeit, Taiwan Justiz Zeitschrift, Heft 387, März 2020, S. 29.

27 Da es im März viele Infizierte gab, die bei ihrem Aufenthalt im Ausland angesteckt wurden, hat das CECC dann strengere Maßnahmen zur Quarantäne und Isolierung ergriffen, vgl. www.cdc.gov.tw/Category/ListContent/EmXemht4IT-IRAPrAnyG9A?uaid=EBjjqqNd478Dxd8ClzeqXg (Stand: 12.05.2020).

28 Die sogenannte Auslegung ist eine Entscheidung des Verfassungsgerichts und wird mit einer Nummer bezeichnet.

sollten deswegen im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt strengstens überprüft werden.²⁹

Zweifellos müssen Maßnahmen gegen COVID-19 dem Rechtsstaatsprinzip entsprechen. Die Frage ist insofern, ob die Beschränkungen der persönlichen Freiheit durch Quarantäne oder Isolierung verhältnismäßig sind.

Die Krankheit COVID-19 kann sich sehr schnell von Mensch zu Mensch ausbreiten. Die Ansteckung muss nicht unbedingt durch den Kontakt mit einem Kranken, sondern kann auch durch einen Ausscheider ohne Symptome erfolgen. Deshalb sind Quarantäne oder Isolierung zur Pandemieeindämmung notwendig. Solche Maßnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus nach dem IfSG und COVID-19-Gesetz sind daher rechtmäßig.

3. Dauer

Isolierung oder Quarantäne dauern 14 Tage, beginnend gemäß § 48 II Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) ab dem zweiten Tag. In der Praxis übermittelt die Behörde dem Betroffenen eine amtliche Benachrichtigung mit Erklärungen zur Quarantäne und Isolierung und bestimmt dabei auch Fristbeginn und Fristende. Jedoch gab es noch ein paar Personen, die nicht auf die Daten geachtet oder die Fristberechnung missverstanden haben: Ein Beispiel: A ist am 29.02.2020 in Taiwan angekommen und in häuslicher Quarantäne. Seine Frist begann am 01.03.2020, endete am 14.03.2020 und wurde am 15.03.2020 aufgelöst, wenn kein COVID-19 mehr festgestellt wurde.³⁰ Wenn A um 6 Uhr morgens am 29.02.2020 in Taiwan gelandet ist, stand er bis 14.03.2020 um 24 Uhr jedoch fast 15 Tage unter Quarantäne. Ob aber in diesem Fall die Dauer gerechtfertigt ist, ist fraglich, da eine Verwaltungsmaßnahme auch die Interessen der Betroffenen berücksichtigen muss, und die nach Tagen berechnete Methode der Fristberechnung führt de facto zu einer längeren als 14-tägigen Freiheitsbeschränkung für A.

4. Bußgeld

Es kann ein Bußgeld verhängt werden, wenn Quarantäne oder Isolierung nicht eingehalten werden. Bis zum 24.02.2020 konnte aufgrund eines Verstoßes gegen § 48 I IfSG gemäß dem § 67 I (4) IfSG das Bußgeld zwischen TWD 60 000 und 300 000 (1800–9000 €) oder bei einem Verstoß gegen § 58 III IfSG nach § 69 I (1) IfSG zwischen TWD 10 000 und 150 000 (300–4500 €) betragen. Die örtliche Vollzugsbehörde hat das Bußgeld im Rahmen des Verwaltungsermessens festzulegen.

Weil das COVID-19-Gesetz am 25.02.2020 in Kraft trat, gelten seither dessen Regelungen. Nach § 15 COVID-19-Gesetz kann wegen des Verstoßes gegen § 48 I IfSG ein Bußgeld zwischen TWD 200 000 und 1 000 000 (6.000–30 000 €)

29 Lin, Ming-Chiang, Anwendung der strengeren Regeln bei der COVID-19 Behandlung? – Fokus der Verwaltungskontrolle bei häuslicher Isolation und Quarantäne, Taiwan Justiz Zeitschrift, Heft 388, 2020, S. 3.

30 Vgl. https://dph.tycg.gov.tw/home.jsp?id=14&parentpath=&mcustomize=multimessage_view.jsp&dataserno=202003130055&aplistdn=ou=hotnews,ou=chinese,ou=ap_root,o=tycg,c=tw&toolsflag=Y (Stand: 12.05.2020).

oder gegen § 58 III IfSG auf TWD von 100 000 und 1 000 000 (3000–30 000 €) erhoben werden. Die Festlegung der genauen Höhe des Bußgeldes richtet sich nach der Dauer, wie lange der Ort der Quarantäne oder Isolierung verlassen wurde und nach dem Grad des Verstoßes.³¹

Das öffentliche Interesse ist zwar wichtig, so dass ein Bußgeld in Betracht gezogen werden muss. Dennoch scheint das Bußgeld nach dem COVID-19-Gesetz gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu verstoßen, weil es auch Strafzwecke verfolgt und daher die Leistungsfähigkeit des Betroffenen heranzuziehen ist. Das Bußgeld von mindestens TWD 100 000 (3000 €) und höchstens 1 000 000 (30 000 €) ist jedoch sehr hoch und eine schwere Belastung für Betroffene, die vorschriftswidrig gehandelt haben. Zudem gibt es viele Personen, die aufgrund der Krise in Kurzarbeit oder arbeitslos geworden sind. Ob die Strafe für die Betroffenen zu einer Härtesituation führt, sollte nicht ignoriert werden.

5. Entschädigung

Es ist möglich, dass man durch die Quarantäne oder Isolierung daran gehindert ist zu arbeiten. Gemäß § 3 V COVID-19-Gesetz soll die zuständige Behörde von der Quarantäne oder Isolierung betroffenen Personen oder Angehörigen, die sich um sie kümmern, nach dem Sozialhilfegesetz oder anderen Vorschriften helfen, wenn sie aufgrund der Maßnahmen im Kampf gegen das Coronavirus nicht mehr arbeiten und sich daher ihren Lebensunterhalt nicht oder nur schwer verdienen können. Wenn die Betroffenen während dieser 14 Tage nicht gegen die Regeln der Quarantäne oder Isolierung verstoßen haben, erhalten sie nach § 4 der Entschädigungsverordnung für die Betroffenen von Quarantäne oder Isolierung TWD 1.000 (30 €) pro Tag.

6. Behandlung einer Non-COVID-19 Krankheit

Falls Betroffene während der Quarantäne oder Isolierung erkranken, sollen sie sich zuerst an die örtliche Gesundheitsbehörde wenden. Wenn sie eine Behandlung benötigen, erhalten sie nach der Verordnung über die Behandlung per Video zunächst einen solchen Arzttermin. Allerdings leistet der Arzt auch häusliche Behandlung, wenn der Patient die Telemedizin ablehnt oder seine Krankheit für eine solche Behandlung nicht geeignet ist. Wenn häusliche Behandlung für den Patienten nicht ausreicht, wird der Patient ausnahmsweise in einer von der örtlichen Gesundheitsbehörde zu bestimmenden Praxis oder Klinik behandelt.

Nach der Behandlung hat sich der Patient vor dem Verlassen der Praxis oder Klinik wieder an die örtliche Gesundheitsbehörde zu wenden. Weil die Patienten eigentlich in häuslicher Quarantäne oder Isolierung sind, können sie nicht auf normalem Weg, etwa mit Bus oder U-Bahn, nach Hause fahren. Daher müssen sie der örtlichen Gesundheitsbehörde die Beendigung der Behandlung mitteilen. Die örtliche Gesundheitsbehörde wird ihnen dann aufzeigen, wie sie zurück zum Ort

31 TCDC Press: www.cdc.gov.tw/Bulletin/Detail/U-LF86uDS470CSFM943JwQ?typeid=9 (Stand: 14.05.2020).

ihrer Quarantäne- oder Isolierung fahren können.³² Die Behörde wird für die Patienten z. B. ein besonderes Taxi bestellen und sie damit in der Klinik oder Praxis abholen lassen. Derzeit gibt es viele Taxis, die mit der Regierung kooperieren, um die Leute zum Quarantäne- oder Isolierungsort zu verbringen. Solche Taxis werden vom Volksmund inzwischen »Coronavirusbekämpfungstaxi« genannt.

III. Entschädigung für COVID-19 Infizierte aufgrund des Berufs

Es gibt einige Berufe, z. B. medizinisches und pflegerisches Personal, die in einer Umgebung mit höherem Infektionsrisiko arbeiten. In § 74 I IfSG ist vorgesehen, dass für Personen, die bei der Umsetzung dieses Gesetzes zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten der Kategorie 5 verletzt, krank, körperlich oder geistig beeinträchtigt werden oder sterben, die zuständigen Behörden nach eigenem Ermessen Zahlungen verschiedenster Art gewähren oder Bildungskosten für deren Kinder bezuschussen können. Ferner wurde in § 3 der Verordnung für »Bestimmungen über Subventionen für Verletzungen, Krankheiten oder Todesfälle aufgrund der Kontrollmaßnahmen gegen übertragbare Krankheiten der Kategorie V« geregelt, dass als Leistungen Schadensersatz für körperliche Schäden, bei Behinderung und im Todesfall gewährt und die Bildungsgebühren für Kinder bei Behinderung oder im Todesfall übernommen werden.

Um Zugehörige dieser Berufsgruppen zu ermutigen, weiter bei der Arbeit zu verbleiben, und um sie für durch ihre Berufsausübung verursachte Gesundheitsschäden aufgrund von COVID-19 zu entschädigen, hat der Gesetzgeber in § 2 III COVID-19-Gesetz geregelt, dass die zentrale zuständige Behörde, also das Ministerium für Gesundheit und Soziales, diesen Opfern im Fall eines Gesundheitsschadens, einer Behinderung oder im Todesfall Leistungen zu gewähren und auch die Bildungsgebühren für ihre Kinder zu bezuschussen hat.

Gemäß der verfassungsgerichtlichen Auslegung Nr. 767 gehört die Leistung für einen solchen Gesundheitsschaden zur sozialen Entschädigung. Jedoch gibt es keine Definition der sozialen Entschädigung in dieser Auslegung. Darüber hinaus war das Oberverwaltungsgericht Taipeh im Urteil Nr. 107-W-47³³ der Auffassung, dass eine Entschädigung aufgrund eines Gesundheitsschadens wegen eines Impfstoffs auf der Theorie der sozialen Entschädigung basiere, weil es sich um ein Sonderopfer zugunsten öffentlicher Interessen handele. Der Staat habe die Pflicht, das Sonderopfer durch soziale Entschädigung zu kompensieren.

In Taiwan gibt es keine gesetzliche Definition der sozialen Entschädigung. Nach der oben genannten Rechtsprechung kann die Entschädigung für einen Gesundheitsschaden wegen COVID-19 als soziale Entschädigung abgegolten werden, weil er ein Sonderopfer zugunsten öffentlicher Interessen darstellt und unerwartet eingetreten ist. Daraus ergibt sich die staatliche Pflicht, das Opfer und seine Angehörigen wegen des Schadens zu unterstützen.

32 Vgl. Hinweisblatt zur Behandlung für den von Quarantäne oder Isolierung betroffenen Patienten durch Video an die von der Krankenkasse zugelassenen Leistungserbringer während der Pandemiezeit.

33 Nr. 107-W-47 (107 bedeutet, das Urteil wurde im Jahr 2018 ausgesprochen. W ist die Abkürzung von Widerspruch, 47 ist die laufende Nummer).

IV. Unterstützungsmaßnahmen für die Beschäftigte

Die Coronakrise hat nicht nur die Gesundheit, sondern auch die Wirtschaft »infinziert«. Nach einer Statistik des Ministeriums für Arbeit ist die Anzahl der Kurzarbeiter bis zum 01.04.2020 auf 7916, zum 08.04.2020 auf 8559, zum 16.04.2020 auf 14821, zum 24.04.2020 auf 18256, zum 01.05.2020 auf 18840, zum 08.05.2020 auf 19900, zum 25.05.2020 auf 22500, zum 01.06.2020 auf 26323 und zum 08.06.2020 auf 28.345 angestiegen.³⁴ Angesichts der wachsenden Zahl hat das Ministerium für Arbeit gemäß § 9 III COVID-19-Gesetz eine COVID-19-Unterstützungsverordnung für Arbeitnehmer (COVID-19 UVA) erlassen, um einen stabilen Arbeitsmarkt zu erhalten (§ 1 COVID-19 UVA). Gemäß dieser Verordnung können die zuständigen Behörden den Arbeitnehmern, Selbstständigen oder Beschäftigten ohne festen Arbeitgeber einige Maßnahmen anbieten, damit sie in der schweren Zeit weiterarbeiten und leben können. Im Einzelnen handelt es sich um folgende Maßnahmen:

1. Einkommensergänzungshilfe für Kurzarbeiter

Wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Vereinbarung treffen, nach der die Arbeitstage während der Zeit vom 15.01. bis zum 31.12.2020 um mindestens 30 Tage reduziert werden, können die Arbeitnehmer gemäß § 3 I (2) der Verordnung über das sogenannte »Projekt Sorglose Arbeit« einkommensergänzende Zuschüsse vom Staat bekommen. Die Arbeitnehmer müssen die Kurzarbeit bei der zuständigen örtlichen Behörde anmelden. Personen, die über 65 Jahre alt sind oder bereits eine Rente bezogen haben, werden zwar nicht von der Arbeitslosenversicherung, aber doch von der Unfallversicherung geschützt. Sie haben ebenfalls Anspruch auf eine Einkommensergänzungshilfe für Kurzarbeiter, welche TWD 11 000 (330 €) pro Person und Monat beträgt. Der Leistungsberechtigte erhält diese Hilfe höchstens für sechs Monate. Dieses »Projekt« läuft vom 15.01. bis zum 31.12.2020.³⁵

2. Arbeitsförderung

Gemäß § 3 I (3) dieser Verordnung bietet der Staat nicht nur das »Projekt Sorglose Arbeit« an, sondern auch ein Projekt »Sofort Arbeit ohne Sorge« sowie andere Maßnahmen zur Weiterbildung. Darüber hinaus übernimmt der Staat die Bildungsgebühren für Kinder von Arbeitslosen und fördert weitere Projekte für Unternehmen, um mehr Arbeitsplätze zu schaffen.

Das Projekt »Sofort Arbeit ohne Sorge« schafft Arbeitsplätze auch in den 55 Gebieten, in denen Ureinwohner³⁶ wohnen und auf den um Taiwan herum liegenden kleinen Inseln. Antragsteller müssen schon mehr als ein Jahr in der Ar-

34 Vgl. www.mol.gov.tw/topic/3067/14531/45316/ (Stand: 08.06.2020).

35 Vgl. www.wda.gov.tw/cp.aspx?n=B7B83151E38E8DC0#block (Stand: 18.05.2020).

36 Anm. der Red.: Etwa 550 000 Personen (2,5 % der Gesamtbevölkerung) zählen zu den nichtchinesischen Ureinwohnern.

beitnehmer³⁷ oder Arbeitsförderungversicherung³⁸ versichert und bei Kommune gemeldet sein. Wer die Voraussetzungen erfüllt, kann über einen Zeitraum von insgesamt höchstens sechs Monaten ein Gehalt von TWD 158 (4,75 €) pro Stunde für bis zu 80 Stunden pro Monat erhalten, also monatlich TWD 12 642 (380 €).³⁹

Die Arbeitsförderung zur Weiterbildung bietet z. B. für Absolventen einer Universität, die ab Juni 2020 innerhalb von drei Monaten nach Studienabschluss keine Beschäftigung gefunden haben unterschiedliche Kurse an, um eine weitere Qualifikation zu erwerben.⁴⁰

3. Aufschub der Einzahlung der Sozialversicherungsbeiträge

Da die Einkünfte der Arbeitnehmer wegen der Pandemie gesunken sein können, hat der Gesetzgeber für die Einzahlung der Sozialversicherungsbeiträge in §§ 3 IV und 4 der Verordnung geregelt, dass die Arbeitnehmer und Arbeitgeber für die Beiträge der Arbeitsnehmersversicherung und der Arbeitsförderungsversicherung für den Zeitraum vom 01.04. bis zum 30.09.2020 bei der Kasse einen Aufschub beantragen können. Außerdem kann die Zahlung der Krankenversicherungsbeiträge ebenfalls aufgeschoben werden.⁴¹

4. Ergänzende Hilfe zum Lebensunterhalt an Beschäftigte und sozial schwächere Personen

Falls das Einkommen eines Arbeitnehmers, eines Selbstständigen oder eines Beschäftigten ohne festen Arbeitgeber⁴² aufgrund der Coronakrise gesunken ist, kann er gemäß §§ 3 und 6 der Verordnung eine sogenannte ergänzende Hilfe zum Lebensunterhalt in Höhe von monatlich TWD 10 000 (300 €) über insgesamt drei Monate hinweg bekommen. Die Antragstellung ist nach der amtlichen Bekanntmachung des Ministeriums für Arbeit befristet auf die Zeit von 22.04. bis 22.05.2020.⁴³ Die Beschäftigten können aber auch bei einer Bank ein Hilfsdarlehen beantragen. Der Betrag ist auf TWD 100 000 (3000 €) begrenzt und die Darlehensdauer auf drei Jahre. Die Zinsen werden vom Staat bezahlt. Diese Leistungen sollen in einem vereinfachten Verfahren schnell und unbürokratisch zugänglich gemacht werden, um die Betroffenen zeitnah unterstützen zu können.

Darüber hinaus kann einem Beschäftigten, der aufgrund einer COVID-19-Behandlung nicht mehr in der Lage ist, den Lebensunterhalt für seine Familie zu

37 In der Arbeitsnehmersversicherung sind eine Renten- und eine Unfallversicherung für Arbeitnehmer vorgesehen.

38 In der Arbeitsförderungsversicherung sind Arbeitslosenversicherung und Arbeitsförderung geregelt.

39 Vgl. www.taiwanjobs.gov.tw/internet/2020/pjbtwn/page-01.html (Stand: 18.05.2020).

40 Vgl. www.wda.gov.tw/cp.aspx?n=00B08AFCF5AE7BE8#block (Stand: 14.06.2020).

41 Vgl. www.nhi.gov.tw/Content_List.aspx?n=A779B92A952D89B0&topn=787128DAD5F71B1A (Stand: 18.05.2020).

42 Ein Beschäftigter ohne festen Arbeitgeber ist eine Person, die innerhalb von drei Monaten bei mindestens zwei unterschiedlichen Arbeitgebern gearbeitet hat und deren Arbeitszeit, Arbeitsort und Gehalt nicht fix festgelegt ist, www.bli.gov.tw/0020386.html.

43 Vgl. www.mol.gov.tw/media/5761976/%e5%85%ac%e5%91%8a-%e7%94%b3%e8%ab%8b%e4%ba%8b%e9%a0%85%e5%8f%8a%e9%99%84%e4%bb%b6-%e7%84%a1%e7%a9%ba%e7%99%bd%e9%a0%81.pdf (Stand: 08.06.2020).

sichern, beim örtlichen Sozialamt nach dem Sozialhilfegesetz geholfen werden (§ 10 IfSGVO). Außerdem können sozial schwächere Personen von April bis Juni 2020 zusätzlich einen monatlichen Betrag von TWD 1500 (45 €) pro Person zusätzlich bekommen.⁴⁴

V. Maßnahmen für ausländische Beschäftigte

Nach der Statistik des National Development Council lag die Zahl der ausländischen Beschäftigten Ende 2019 in Taiwan ungefähr bei 196 000.⁴⁵ Die Arbeitsverträge der Ausländer*innen sind stets befristet und die maximale Beschäftigungsdauer in Taiwan ist je nach Sektor auf 12 oder 14 Jahre begrenzt.⁴⁶ Es ist deswegen mit Fällen zu rechnen, in denen Beginn oder Ende eines Vertrags in die Pandemiezeit fallen.

Die ausländischen Beschäftigten, die ihre Arbeitsverträge in der Pandemiezeit begonnen haben und bis 16 Uhr am 17.03.2020 noch nicht nach Taiwan abgeflogen sind, müssen für 14 Tage in häuslicher Quarantäne verbleiben, wenn sie in Taiwan gelandet sind.⁴⁷ Nach den 14 Tagen bekommt der Beschäftigte nach § 4 der Entschädigungsverordnung für die Betroffenen von Quarantäne und Isolierung TWD 1000 (30 €) pro Tag, falls er nicht gegen § 58 IfSG verstößt.

Wenn die Arbeitsvertragsfrist des ausländischen Beschäftigten in der Pandemiezeit endet, kann der Arbeitgeber sich beim Ministerium für Arbeit um eine Arbeitsvertragsverlängerung für drei Monate bewerben. Die Verlängerungsdauer kann jedoch nach der Pandemieentwicklung angepasst werden.⁴⁸

Falls ein ausländischer Beschäftigte seinen Urlaub im Heimatland vor der Coronakrise schon geplant und ein Flugticket gekauft hat, kann sein Arbeitgeber mit ihm vereinbaren, dass er seinen Urlaub streicht oder auf die Zeit nach der Krise verschiebt. Wenn er damit einverstanden ist, kann er für den Verlust wegen Verschiebung oder Stonierung oder wegen anderer Kosten oder wegen des auf diese Weise entgangenen Urlaubs eine Entschädigung vom Ministerium für Arbeit erhalten.⁴⁹ Der Rechtsnatur nach sollte es sich dabei allerdings um eine Verwaltungsentschädigung handeln.

44 Vgl. <https://covid19.mohw.gov.tw/ch/cp-4715-52968-205.html> (Stand: 08.06.2020).

45 Vgl. www.ndc.gov.tw/Content_List.aspx?n=421CC0712EC314BD (Stand: 20.05.2020).

46 In Taiwan wird bei ausländischen Beschäftigten unterschieden zwischen einem Einsatz in den Bereichen einerseits der Produktion und andererseits des Sozialen. In der Produktion kann ein ausländischer Beschäftigter nach dem Arbeitsdienstgesetz höchstens 12 Jahre und im sozialen Sektor längstens 14 Jahre in Taiwan arbeiten.

47 Vgl. www.mol.gov.tw/announcement/2099/44880/?cprint=pt (Stand: 14.06.2020).

48 Vgl. www.cdc.gov.tw/Category/QAPage/NQt7hRSrOe2yTj_6MKhcg (Stand: 14.06.2020).

49 Vgl. www.cdc.gov.tw/Category/Page/KD1A9YeAPI4LNUWfZ0xwZA (Stand: 14.06.2020).

VI. Unterstützung von Praxen, Kliniken und Pflegeeinrichtungen

Während der Coronapandemie ist es dazu gekommen, dass einige weniger dringliche Behandlungen verschoben worden sind oder Kliniken wegen der Eindämmungspolitik zusätzliche Betten für COVID-19-Patienten anbieten mussten. Beides kann zu einem schlechteren Betriebsergebnis führen. In einer vergleichbaren Situation können auch Pflegeeinrichtungen sein.

Nach den Regeln des Härteschutzpakets des Ministeriums für Gesundheit und Soziales können diese Einrichtungen bis Ende Dezember 2020 im Falle betrieblicher Schwierigkeiten Unterstützung erhalten. Das Paket umfasst die Stundung von Miete und der Kosten für Strom und Wasser für einen Zeitraum von drei Monaten bis Ende 2020. Bei Bedarf könnte die Unterstützung bis 30.06.2021 verlängert werden. Außerdem können diese Einrichtungen auch Darlehen beantragen, um die Gehälter ihrer Angestellten zu bezahlen. Der Staat übernimmt die Zinsen.

F. Fazit

Von der Coronakrise sind die meisten Erwerbsverhältnisse betroffen. Ob oben genannte Unterstützungsmaßnahmen für Beschäftigte ausreichen, ist zweifelhaft. Der Staat wollte nicht, dass sich eine Abhängigkeit von Sozialleistungen entwickelt. Daher sind die Unterstützungsleistungen nicht großzügig bemessen. Angesichts der in den letzten drei Monaten gestiegenen Zahlen von Kurzarbeitern und Arbeitslosen muss sich der Staat verstärkt um Arbeitsförderung und internationale Wirtschaftskontakte bemühen. Allerdings muss dabei auch ein Ausgleich hergestellt werden zwischen dem Bemühen um einerseits internationale Wirtschaftskontakte und andererseits eine Eindämmung der Pandemie.

Darüber hinaus führen die aktuellen Herausforderungen durch die COVID-19-Pandemie vor allem vor Augen, wie das tägliche Leben von der Globalisierung geprägt ist. Das Virus hat zwar einerseits die Verbindungen globaler Mobilität kurzzeitig unterbrochen, doch hat es andererseits die Welt im Bereich der Digitalisierung noch stärker miteinander verbunden.

Im Gesundheitswesen könnten Telemedizin und Telepflege in der »Post-Corona-Zeit« weiterentwickelt werden. Allerdings sollte in deren Gefolge auch der Sozialdatenschutz an Bedeutung gewinnen. Die Digitalisierung in Taiwan ist voran gekommen und hat in der ersten Phase der Pandemie einen wichtigen Beitrag zu deren Eindämmung geleistet. Aber es sollte nicht verkannt werden, dass es eines Ausgleichs bedarf zwischen der Bekämpfung einer übertragbaren Krankheit auf der einen Seite und dem Rechtsstaatsprinzip auf der anderen. Auf längere Sicht sollte in Taiwan ein Gesetz über den Sozialdatenschutz geschaffen werden.

Außerdem wird die globale Verbundenheit fortbestehen. Taiwan als ein Mitglied der Weltgemeinschaft wird weiterhin mit allen Ländern in Kontakt bleiben. Insofern dürften internationale Abkommen und ihre Entwicklung bei der Sozialversicherung im internationalen Sozialrecht sowohl in Taiwan als auch in anderen Ländern eine große Rolle spielen.

Sergio Mittlaender, São Paulo

Solidarity and Social Law

Table of Content

- Abstract
- A. Introduction
- B. Solidary Behavior
 - I. Willingness to Help People in Need
 - II. Who are Similar to Oneself
 - III. Who are Victims of Unforeseen Events
- C. Institutionalized Solidarity
 - I. A. Why Institutional
 - II. Why Compulsory
 - III. Why Universal?
- D. Solidary Behavior and Social Law

Abstract

Even though social solidarity has been institutionalized by the modern state through social assistance and social insurance systems, it is still present in interpersonal relations between citizens, who are often willing to help others who suffer from social risks. Solidary behavior and prosocial individual preferences persist in modern societies and interact with the social assistance and social insurance systems in different ways, shaping the content, size, and type of benefits provided by the state to those in need. This article investigates the defining elements of solidary behavior, presents the existing empirical evidence concerning their impact on human behavior, and thereby distinguishes solidary behavior from altruism, reciprocity, and aversion to inequality. It further presents reasons that depart from behavioral tendencies and prosocial individual preferences of citizens for the institutionalization of solidarity, for its mandatory character, and for its expansive reach. Finally, it concludes with an inquiry into the character and form of the relationship that exists between solidary behavior and social insurance law.

A. Introduction

Solidarity is a fundamental principle in social insurance law.¹ It is in part recognized as a constitutional principle in Germany² and recurrently invoked as a justification for the creation, maintenance, and expansion of social insurance

1 On solidarity as a legal concept, see Volkmann, *Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung*, Mohr Siebeck: Tübingen, 1998, pp. 52 et seq. On its relation to social law, see Kingreen, *Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, Mohr Siebeck: Tübingen, 2003, pp. 253 et seq.; Ruland, *Solidarität*, *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 48, 2002, p. 3518.

2 See Volkmann, *supra* note 1, pp. 217 et seq., and Becker, *Solidarity, Financing and Personal Coverage*, *The Japanese Journal of Social Security Policy*, vol. 6, 2007, p. 1.

systems in several different European countries.³ Solidarity manifests itself in an »interpersonal redistribution of risk-based burdens within the compulsorily insured community«, and is »the fundamental requirement for the inclusion of certain persons in specific situations of need and subject to specific risks«.⁴ The importance of legal solidarity increased with the expansion of the welfare state throughout the 20th century, and its impact on the rights and duties of the citizens is remarkable nowadays.

Still, social solidarity existed in informal arrangements within the family, tribe, guild, or other forms of community long before it was institutionalized by the modern state, became legally compulsory, and increased its reach to include most of the citizens. Citizens in need do not have to rely on voluntary help from their fellows, but have instead a formal claim to a benefit that is provided by the state. Solidary behavior, however, clearly did not vanish after this evolution. It is still present in interpersonal relations, observed in people's willingness to help those who suffer from certain events, and therefore interacts, in different ways, with social assistance and social insurance.

There is, in fact, substantial evidence that many people show solidarity even when this imposes a cost on themselves and is not the action that maximizes the person's material gains. Many people care for the well-being of others, through different channels and for different reasons, and there have been remarkable recent advances in understanding the components of individual preferences that go beyond their own material well-being, and that are fundamental for solidary behavior. This type of individual preferences must, in democratic systems, shape the evolution of the welfare state as well as the contours, size and content of the social benefits it provides through social assistance and social insurance.

This article investigates, firstly, the defining elements of solidary behavior, its presence in the current models of individual preferences, and the existing evidence of their impact on human behavior, thereby distinguishing solidarity from altruism, reciprocity, and inequality-aversion. Secondly, it presents reasons that depart from behavioral tendencies and individual preferences of citizens for the institutionalization of solidarity, for its mandatory character, as well as for its expansive reach. In the end, the article studies the interaction between solidary behavior and social assistance and social insurance law, and inquires into their potentially substitutive or complementary interaction.

3 Including Switzerland, Austria, Italy, Spain, France, Belgium, and the Netherlands. Cf. Becker, *supra* note 2, p. 1. See also Becker, Verfassungsrechtliche Vorgaben für Sozialversicherungsreformen, *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, vol. 99, 2010, p. 600, fn. 85 (»Der Charakter der Sozialversicherung beruhe auf dem Prinzip der Solidarität und des sozialen Ausgleichs«).

4 Becker, *supra* note 2, p. 1.

B. Solidary Behavior

Solidarity can be defined, in behavioral terms, as the »willingness to help people in need who are similar to oneself but victims of outside influences such as unforeseen illness, natural catastrophes, etc.«⁵ It therefore involves a constitutive element of altruism, namely the (i) willingness to help people in need, but also an element that restricts this type of behavior to a certain community of people, namely those (ii) who are similar to oneself, as well as another element that restricts solidarity to certain situations, namely those in which the other is (iii) victim of outside influences such as unforeseen illness and natural catastrophes, as mentioned by Selten and Ockenfels, and which can certainly include old age, unemployment, invalidity, and workplace accidents.

I. Willingness to Help People in Need

While solidarity is different from, or perhaps only a special type of, altruism, it is clear that it involves care for the other. An act is altruistic if it is motivated by a desire to help and benefit someone other than oneself for that other individual's sake.⁶ There are, for sure, visible signs that people often behave altruistically, be it by donating money to charity, engaging in charitable work, or avoiding exposing others to harm, but these acts might not necessarily be motivated by a desire to help and benefit the other. Some individuals might donate money because it is customary for those with substantial fortunes to do so. Others might be more interested in the reputational gains that charitable work brings for themselves within the community in which they live.

There is, however, substantial empirical evidence that reveals that some individuals behave altruistically and are in fact motivated by a desire to help others. This evidence comes mostly from dictator games.⁷ In this game, participants in a

5 Selten & Ockenfels, An Experimental Solidarity Game, *Journal of Economic Behavior & Organization*, vol. 34, 1998, p. 518.

6 See Kraut, Altruism, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward Zalta (ed.), 2020.

7 Historically, the dictator game builds upon the ultimatum game, which was designed by Werner Güth and co-authors. See Güth, Schmittberger, & Schwarze, An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining, *Journal of Economic Behavior & Organization*, vol. 3, 1982. In an ultimatum game, individuals are matched in pairs, the first one receives an endowment and can transfer any share of that endowment to the second person. The second person can either accept or reject the proposed transfer. If she accepts it, then each of them earns the corresponding amount; if she rejects it, both persons earn nothing. The equilibrium of the game involves a minimal transfer by the first person, who must anticipate that, for the second one, any minimal amount is better than nothing, and that she will surely accept any positive transfer. In this manner, the first person can keep most of the endowment for herself, maximizing her individual gains. In reality, most people in the role of the first person do not transfer a minimal amount, but rather on average 40% of the endowment they receive. This act, however, might be motivated by altruism (and other prosocial motives) or by the fear that the second person will reject the transfer if she perceives it as unfair, leading the first person to earn nothing. In fact, rejection rates are very high, and most people in the role of the second person reject very low offers, leading to zero gains for both. A few years after this game was designed and implemented, Kahneman, Knetsch, and Thaler removed the decision of the second person from the game, thereby eliminating the fear of rejection as a reason for transferring positive amounts in an attempt to isolate altruism and prosocial motives as the reason for any positive transfer. See Kahneman, Knetsch, & Thaler, Fairness and the Assumptions of Economics, *Journal of Business*, vol. 59, 1986. In subsequent years, the current format of the dictator game described above was formalized by Forsythe, Horowitz, Savin, & Sefton, Fairness in Simple Bargaining Experiments, *Games and Economic Behavior*, vol. 6, 1994.

laboratory experiment are randomly matched in pairs and one of them (the »dictator«) receives a certain monetary endowment (usually 10 Euros) and can make only one decision. She can keep all the money for herself or she can share any fraction of that amount with the other person she was matched with (»the recipient«). Since the recipient receives no endowment, she earns nothing if the dictator chooses the action that maximizes her own material gains (the strictly rational decision to keep everything for oneself). The interaction is anonymous and does not occur face-to-face, but through computer terminals, thereby minimizing the effect of several other factors that could lead one to behave altruistically in order to achieve gains for oneself through, for example, building a reputation of being nice.

Participants transfer, on average, 28 % of the amount they receive.⁸ This, however, does not mean that everybody behaves partially altruistically. Quite on the contrary, around 40 % of the people do not transfer anything at all, behaving purely selfishly. Roughly 10 % of the people transfer either 10 %, 20 %, or 30 % of the endowment they receive, thereby displaying some degree of altruism. Only 15 % choose to divide the endowment equally with the recipient, and a very small fraction of no more than 5 % give everything to the recipient.

Since the recipient is not necessarily a person in need of help, several studies have further investigated the effect of a deserving person in the role of a recipient, or as the potential beneficiary from the altruistic act. Many experiments have investigated this effect by, for instance, replacing the recipient by a charity organization.⁹ This reduces the share of participants giving nothing by half (from roughly 40 % to around 20 %) and increases the share of participants giving everything from no more than 5 % to almost 25 %.¹⁰

The most important evidence, for the specific character of solidarity, is the effect of social distance on giving. Experiments have manipulated the degree of social distance between the dictator and the recipient, substituting the stranger in the role of the recipient for someone who is a member of a group to which the dictator belongs. In a network of college students, people give more to a friend than to a stranger,¹¹ and this does not depend on the fact that the person knew the identity of the recipient: people give more to an unknown friend than to a stranger.¹² Lastly, altruism decreases with social distance, as people give more to a friend than to a friend of a friend, and more to a friend of a friend than to a friend of a friend of a friend, an effect called the »inverse distance law of giving«.¹³

Experimental evidence reveals, in sum, that while many people are selfish, some are not, and often act in ways that impose a cost on themselves in order to benefit somebody else. This type of behavior is more common and pronounced

8 Cf. Engel, Dictator Games: A Meta Study, *Experimental Economics*, vol. 14, 2011.

9 See, e. g., Eckel & Grossman, Altruism in Anonymous Dictator Games, *Games and Economic Behavior*, vol. 16, 1996.

10 Cf. Engel, *supra* note 8.

11 Leider, Rosenblat, Möbius, & Do, What do We Expect from Our Friends?, *Journal of the European Economic Association*, vol. 8, 2010.

12 Brañas-Garza et al., Altruism and Social Integration, *Games and Economic Behavior*, vol. 69, 2010.

13 Goeree et al., The 1/d Law of Giving, *American Economic Journal: Microeconomics*, vol. 2, 2010.

when the potential beneficiary is in need and deserves help, as well as when she is closer to the giving person and belongs to a group or community which the former also belongs to. This last finding leads to a first element that distinguishes altruistic from solidary behavior.

II. Who are Similar to Oneself

In fact, even in philosophical accounts of solidarity, solidarity is distinct from altruism, firstly, because one is not solidary with just everybody, but rather only with other members of a particular group or community to which the person believes she belongs.¹⁴ Solidarity is expected from those connected with each other by something they share, such as a common history, geography, interest, problem, or feeling, and this particularistic dimension is inherent to solidarity.¹⁵ As advanced by Rorty, »[o]ur sense of solidarity is strongest when those with whom solidarity is expressed are thought of as ›one of us‹, where ›us‹ means something smaller and more local than the human race. That is why ›because she is a human being‹ is a weak, unconvincing explanation of a generous action.«¹⁶

In its modern version, the concept of solidarity flourished with the socialist movement, and stressed a call for unity among individuals belonging to the same group, community, or class (›workers of the world, unite!‹). Engels, in fact, held »that the simple feeling of solidarity, based on an insight into the sameness of the class position, is sufficient in order to create amongst all of the laborers of all countries and languages one large and cohesive proletariat party.«¹⁷ In their quest for a common goal, members of certain groups provide to each other mutual support, and this could be observed in the civil rights movement in the USA in the 50s and 60s, in the civil movements in former communist countries of Eastern Europe in the 80s (›*Solidarność*‹), and in the current ›Me Too‹ or ›Black Lives Matter‹ movements. These movements never aimed at helping whoever is in need. Their members share a common ground and a just goal (e. g., equal rights for blacks and whites, men and women, etc.) that they seek to realize with the help of solidary actions from other individuals.

Solidarity involves the perspective of reciprocity, and some degree of equality exists between the involved individuals, creating a mutual right to expect help when help might be needed.¹⁸ As mentioned by Selten and Ockenfels, »[t]o some extent solidarity is similar to reciprocity, a motivation which urges you to give something in exchange for something you have received, even if you are not compelled to give anything.«¹⁹ Apart from the fact that solidarity is built upon a

14 Cf. Bayertz, Four Uses of Solidarity, in *Solidarity – Philosophical Studies in Contemporary Culture*, Bayertz (ed.), 1999, p. 4.

15 *Id.*, p. 8, explaining how universalism is required for negative obligations to refrain from acting in a certain manner (for example stealing or lying). Solidarity, however, imposes positive obligations to act, and realistic ethics cannot ignore that humans have limits in their sympathy and goodwill, and nobody can be realistically obliged to behave altruistically towards all human beings.

16 Rorty, *Contingency, Irony, and Solidarity*, Cambridge University Press: Cambridge, 1989, p. 191.

17 Engels, Zur Geschichte des Bundes der Kommunisten, in Marx and Engels, *Collected Works*, 1885, p. 223.

18 See Bayertz, *supra* note 14, p. 19.

19 Selten & Ockenfels, *supra* note 5, p. 518.

community of individuals subject to common risks that can affect anyone, solidary acts are not motivated by past nice actions one might have received. From a normative perspective, reciprocity requires us to treat kindly those who treated us kindly, and perhaps also to treat unkindly those who treated us unkindly.²⁰ Solidary behavior, in contrast, does not require any past kind action, and might never be reciprocated if one does not come to be in need in the future. It is instead based on an expectation that, if in the future one were in need of help, one would receive help from others in the community, and perhaps not from precisely those whom one had helped in the past.

Moreover, research from psychology has shown how individuals who share a trivial social category treat ingroup members more favorably than outgroups, at times discriminating against members of another group.²¹ Experiments that implement the so-called minimum group paradigm have shown this effect. Participants are randomly told, at the beginning of the experiment, that they either belong to a completely artificial («minimal») group called »A« or »B«.²² Then, they have the opportunity to choose how to distribute a certain amount of money between two other participants, one from their own group and the other one from the other group. Participants, in fact, allocate more money to the participant who share this minimal group characteristic than to the other one, and the sole reason for this type of behavior is the attachment to the group one perceives to belong to.²³

III. Who are Victims of Unforeseen Events

While some people are, to some extent, altruists and care for the well-being of others, other people are even more altruistic when the other deserves or needs help, as well as when the other belongs to the same group or community one perceives oneself to belong to. This type of behavioral motivation characterizes social assistance and welfare programs that provide income to the poor or to those in need. Social insurance, on the other hand, does not specifically aim at providing relief to the poor, but rather to those who are affected by certain situations such as illness, workplace accidents, unemployment, old-age, or maternity.²⁴

In fact, there is no need for the state to establish and administer a social insurance system to redistribute money from the rich to the poor, since this is best implemented through a simple progressive tax system. Many authors have argued that income taxes plus transfer payments to deserving individuals, albeit apt to distort incentives to work, are more efficient than other legal instruments, includ-

20 See Gouldner, The Norm of Reciprocity: A Preliminary Statement, *American Sociological Review*, vol. 25, 1960.

21 The original finding is in Tajfel, Billig, Bundy, & Flament, Social Categorization and Intergroup Behaviour, *European Journal of Social Psychology*, vol. 1, 1971.

22 In many experiments, to avoid a potential effect that group A is somehow perceived better than group B due to alphabetical order, groups are often termed »blue« and »green«.

23 See Chen & Li, Group Identity and Social Preferences, *American Economic Review*, vol. 99, 2009.

24 Surely, even means-tested policies can be viewed as a way of providing protection against the residual risk of income loss that social insurance policies do not cover. Social insurance, however, goes well beyond the provision of coverage against, for instance, threats to the maintenance of the existential minimum, and, at times, even attempts to provide coverage against any negative income shock, and aims at the maintenance of the income level one had before, for instance, unemployment or a workplace accident.

ing social insurance law, to redistribute income because any other instrument would create the same disincentives to work that income tax creates *plus* inefficiency in the regulated area.²⁵ Why should the state enact a massive and complex system including old-age insurance, unemployment insurance, and workplace accident insurance, among others, with extremely high administrative costs and all the inefficiencies they create in labor and insurance markets to achieve the goal of reducing income inequality if it has at its disposal the possibility to simply take money from the rich and give it to the poor?

The type of redistribution that characterizes social insurance law is redistribution from the lucky to the unlucky, or, being more precise, from those who do not suffer negative income shocks from covered events to those who suffer such shocks. As noted by Ulrich Becker, this type of security against social risks involves not only bad outcomes such as illness, invalidity, and unemployment, but also good outcomes such as old-age and maternity.²⁶ While public health insurance redistributes income from those blessed with a good health to those who are not, old-age insurance redistributes income from those who are not blessed with a long life to those who are, but who must then provide for their subsistence while being less capable of working when at old age.

Selten and Ockenfels considered the impact of the risk of a negative income shock and investigated solidary behavior in the so-called solidarity game: three participants can earn each a certain amount (at the time of the study, 10 DM) with a high probability or earn nothing with a low probability.²⁷ Before the risk materializes, they are asked how much they are willing to transfer, if they by chance are selected to earn the 10 DM, to those who by chance are selected to earn nothing. Results reveal that, remarkably, almost 80 % of the participants choose to transfer positive amounts. On average, people transferred around 2.5 DM to a single loser, and 1.5 DM to each of the two other participants if they both earned, by chance, nothing. If, in a group of three people, only one is victim of a negative shock, then this person can expect to earn 5 DM in total, with the other two members transferring 2.5 DM each to this person while keeping 7.5 DM for themselves, in a very equitable final distribution.

These results show that solidarity is perhaps more widespread than mere altruism, as 80 % of the people made positive transfers in this game involving risk while around 50 % of the people make positive transfers in the dictator game that involves no risk of income loss. Two interesting questions, however, remain in need of further studies. Firstly, participants in the solidarity game were not members of a particular group or community, and it can only be hypothesized that, in this case, their willingness to help victims of risk might even be higher. Second, the risk was exogenous and participants could not control it nor avoid it, which is, in fact, the most common type of risk covered by modern social insurance

25 See Kaplow & Shavell, Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income, *Journal of Legal Studies*, vol. 23, 1994; *id.*, Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income, *Journal of Legal Studies*, vol. 29, 2000.

26 Cf. Becker, Systematisierung des Sozialrechts: Ansätze und Bedeutung, *Przegląd Prawa i Administracji*, vol. 109, 2017, p. 27.

27 Selten & Ockenfels, *supra* note 5.

systems, but people's willingness to help those who deliberately did not choose or pay to avoid a risk they could mitigate is expected to be lower.

C. Institutionalized Solidarity

Within the modern state, individuals living in the same geographical area and sharing a common history, language, and culture constitute a society and population. There is, therefore, the common ground and group membership that allows solidarity to expand from narrower and smaller groups such as family, clan, guild, or another up to the state. The solidary behavior that existed, and the related informal obligations and rights are now institutionalized. The citizen does not only have the expectation that other members will come to help in case of need, but a legal right to a benefit that is now provided by the state, which offers protection and security for the citizens against the impacts of covered social risks.

I. Why Institutional

In democratic systems, the shape, size, and content of the benefits that the state provides must reflect, to some extent, the preferences of the majority of voters or, more precisely, those of the median voter.²⁸ Political sciences have long held that income inequality leads to voter's support for welfare policies that provide help to those in need.²⁹ Since competition between political parties leads them to propose and adopt the level of welfare spending preferred by the median voter, the greater this level is for the median voter, the greater the implemented level of welfare expenses in a country. The majority of voters, who earn below-average income, will support more redistribution the higher income inequality is. This, however, has its own limit, as voters will support redistribution only up to the point in which their marginal gain from redistribution is equal to the marginal cost they must pay for it through the payment of taxes. This might also have a secondary – and debatable – positive side effect: if redistributive policies reduce economic growth, their effect of reducing inequality reduces the public demand for those policies, and reducing inequality therefore can promote economic growth in the long run through the reduction of the level of spending aimed at reducing inequality.³⁰

However, welfare policies are often not aimed at redistributing money from the rich to the poor, but rather at providing insurance against certain types of risks, especially against those that markets fail to cover efficiently. Therefore, and considering only strictly rational voters, their support for welfare policies depends not only on their income, and on the distribution of income in a society, but also on their degree of exposure to risk. Voters who are most exposed to risks of, for

28 On the median voter theorem, see Downs, *An Economic Theory of Democracy*, Harper Collins: New York, 1957.

29 Romer, Individual Welfare, Majority Voting, and the Properties of a Linear Income Tax, *Journal of Public Economics*, vol. 4, 1975; Roberts, Voting over Income Tax Schedules, *Journal of Public Economics*, vol. 8, 1977; Meltzer & Scott, A Rational Theory of the Size of Government, *Journal of Political Economy*, vol. 89, 1981.

30 Alesina & Rodrik, Distributive Politics and Economic Growth, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 109, 1994; Persson & Tabellini, Is Inequality Harmful for Growth?, *American Economic Review*, vol. 84, 1994.

instance, the negative consequences of income loss due to unemployment will favor not only redistributive policies, but also and more public insurance.

Moreover, their support for public insurance depends on who are the beneficiaries of the benefits, and how they are designed. Many people believe that public provision of insurance against risks that one cannot control for, such as general unemployment caused by economic or health crises, is desirable, but people might not support public insurance against events that beneficiaries could control and avoid. Their willingness to support policies that redistribute wealth between the citizens depends also on their beliefs regarding the relative importance of luck and effort in determining individual earnings.³¹

Experiments have analyzed the role of choice and the individual deliberate decision to take risks on others' willingness to help, or to redistribute money to those who, as the result of their risky choices, suffer a negative income shock. In a recent experiment, participants could choose between a risky choice and a safe one, were then matched into pairs, and only afterwards did risk materialize, with those who took the risky choice earning higher amounts than those who took the safe choice if the risk favored them, but also earning less if the risk disfavored them.³² In each pair, the earnings of both parties were combined, and a third party could, after observing the realization of risk and the choices of each person, redistribute money between the two. If third parties took the ex-ante view (the choice to take risk), then they did not have a reason to redistribute eventual gains and losses. In contrast, if they took the ex-post view (the realized outcomes of the risk), then they did have a reason for eliminating income inequalities from risky decisions. While most neutral third parties simply distributed the combined amount earned by both persons equally, many did not do so when one of them willingly took risks while the other one did not.³³ Their support for public insurance against risks one can control can only be lower than for risks one cannot control.

In sum, the size of the welfare state can increase either because of voter's preferences to reduce poverty and income inequality or because of their preferences to reduce the burden of the negative income shocks caused by risks that citizens cannot control or mitigate. While the former would lead to higher marginal income tax rates, and higher transfers to the poor, independent of the cause of their low income, the latter would lead to higher levels of public insurance, and more generous benefits for the unemployed, invalid, old, or victims of accidents.

II. Why Compulsory

With the institutionalization of solidarity within the modern state, solidarity becomes not only a right, but also a duty. Citizens' demands for public insurance and assistance lead to the creation of legal rights to public benefits when

31 Piketty, Social Mobility and Redistributive Politics, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 110, 1995.

32 Cappelen, Konow, Sørensen, & Tungodden, Just Luck: An Experimental Study of Risk Taking and Fairness, *American Economic Review*, vol. 103, 2013.

33 See, further, Møllerstrøm & Sørensen, Luck, Choice and Responsibility – An Experimental Study of Fairness Views, *Journal of Public Economics*, vol. 131, 2015.

they are needed as well as to a legal duty to support those in need. This duty, however, is not to help those in need directly, but indirectly, through the payment of taxes and contributions to the state, in lieu of the members of the community who used to voluntarily provide help and show solidarity. But if informal solidary systems had persisted and survived for centuries, with members of families, clans, tribes, or guilds voluntarily providing support to those who come to need it when faced with certain events, why must the state coerce individuals to contribute?

A fundamental reason lies in the pattern of prosocial behavior that can be observed in public good games. In this game, members of a group can achieve maximal gains if they all contribute to the public good, but the strictly dominant strategy for each individual, in the game, is not to contribute anything, let the others do it, and thereby not bear any cost while still enjoying the same benefits of the public good that others who contributed to it also enjoy (free-riding behavior). In contrast with this stark prediction from strict rational choice models, experimental evidence from repeated voluntary public good games reveal that the members of the group usually start the game contributing positive amounts to the public good, perhaps around 40% of everything they can contribute, but also decrease their contributions over time as the game is repeated.³⁴

The most accepted explanation for this phenomenon is that many people are conditional cooperators.³⁵ They understand the social dilemma and are willing to overcome the strictly dominant strategy to free ride, but as soon as they observe that not everybody behaves in this prosocial manner, and that some other individuals do not contribute, they decrease their contributions to the public good. Others observe this reduction by some of those who were initially behaving in a prosocial manner, but not anymore, and, in their turn, also reduce their own contributions, such that after a few repetitions, no one is contributing anymore, and voluntary provision of the public good vanishes.

Informal solidary systems might well suffer from this same phenomenon. Generally, people might be willing to be solidary when solidary actions are required. Yet, when some individuals refuse to provide these acts, and those who would be willing to be solidary happen to observe this type of free-riding and antisocial behavior, the latter will also be inclined to refrain from costly solidary acts in the future. Over time, solidarity will vanish. But how do those systems persist for centuries?

Informal enforcement mechanisms are necessary for this type of prosocial behavior to persist and prosper. In a well-known experiment, Fehr and Gächter allowed the members of the group to punish, at a personal cost for themselves,

34 For a review of existing evidence on individual behavior in public good games, see Zelmer, Linear Public Goods Experiments: A Meta-Analysis, *Experimental Economics*, vol. 6, 2003; Balliet, Communication and Cooperation in Social Dilemmas: A Meta-Analytic Review, *Journal of Conflict Resolution*, vol. 54, 2010.

35 See Fischbacher, Gächter, & Fehr, Are People Conditionally Cooperative? Evidence from a Public Goods Experiment, *Economics Letters*, vol. 71, 2001; Frey & Meier, Social Comparisons and Pro-Social Behavior: Testing Conditional Cooperation in a Field Experiment, *American Economic Review*, vol. 94, 2004.

those who do not contribute in a voluntary public good game.³⁶ Over time, when a member continues to not contribute, others invest their own resources to punish the free-rider, and this greatly discourages that type of behavior. In effect, cooperation can, under this type of decentralized enforcement system, not only persist over time, but also at very high levels.³⁷

However, group size is a factor that might hinder the effectiveness of such decentralized enforcement mechanisms. While members of the group might be capable of observing and monitoring those who free-ride in small groups or communities, this might not be possible with thousands or millions of individuals. Evidence from experiments reveal that group size per se does not lead to much lower contributions because decentralized punishment also occurs in large groups, but hindrances to monitoring can greatly reduce voluntary contributions and social cooperation.³⁸ These are, for sure, much more pronounced in vast communities such as those including all citizens of a state than in close-knit smaller communities.

III. Why Universal?

While a compulsory system is required for extremely large groups, why do modern social insurance systems aim at including most – if not all – individuals in the system? Surely, social insurance fails to include everyone. For a long time, those who were active in the informal sector did not have access to any benefit, nor had to contribute to the system. Still, the observed tendency of those systems is to grow and to attempt, in one way or another, to include everybody. In most of them, the evolution has been from a small system for only certain types of workers (miners, certain public employees, military personnel) to a system encompassing all formally employed workers and then attempting to include also self-employed individuals, housewives, students who depend on scholarships, etc.

One reason for this expansion, which should be reflected in the preferences of the voters, is inequality-aversion. Many people derive disutility from unequal distributions and are willing to incur personal costs to reduce inequalities in earnings.³⁹ In societies with high levels of inequality in the distribution of income, this type of individual preferences, recurrently observed in economic experiments, must drive voters' demands for policies that redistribute a share of the earnings of those with higher incomes to those earning below-average wages. Social assis-

36 Fehr & Gächter, Cooperation and Punishment in Public Goods Experiments, *American Economic Review*, vol. 90, 2000; *id.*, Altruistic Punishment in Humans, *Nature*, vol. 415, 2002. For a review of the subsequent evidence, see Chaudhuri, Sustaining Cooperation in Laboratory Public Goods Experiments: A Selective Survey of the Literature, *Experimental Economics*, vol. 14, 2011.

37 Fehr & Gächter, Cooperation and Punishment in Public Goods Experiments, *supra* note 36.

38 Cf. Carpenter, Punishing Free-Riders: How Group Size Affects Mutual Monitoring and the Provision of Public Goods, *Games and Economic Behavior*, vol. 60, 2007.

39 See Fehr & Schmidt, A Theory of Fairness, Competition, and Cooperation, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 114, 1999; Bolton & Ockenfels, ERC: A Theory of Equity, Reciprocity, and Competition, *American Economic Review*, vol. 90, 2000.

tance is surely apt to reduce this type of inequality, but transfers to the poor are not enough to undo inequalities arising from negative income shocks.

Consider, for instance, how social assistance and social insurance benefits have a different impact on a person who loses her job that used to provide her, for example, with 3,000 EUR per month, corresponding to the average income in that country. Without income after losing the job, if she were entitled only to social assistance, her earnings would be reduced to the payments she would receive from social assistance, perhaps 1,000 EUR, far from what she was receiving before, and 2,000 EUR below the average. While providing security against extreme poverty, and perhaps being able to guarantee her existential minimum, social assistance would not solve the inequality arising from the situation. She would still have an income way below the average in the society. Social insurance, in contrast, is well apt to cover against this, and to guarantee the maintenance of the income and of the distribution of income in the society that existed before the unemployment occurred.

D. Solidary Behavior and Social Law

With the emergence and growth, both in size and importance, of social assistance and social insurance, the question that emerges is the relation between this evolution and the observed solidary behavior between the citizens. From a historical perspective, what is cause and what is consequence is an open question. Did the Industrial Revolution and the more individualistic society that emerged cause the decrease in more traditional forms of mutual help and solidarity, and, in their absence, did the modern state take their role and institutionalize it, *or* did the institutionalization of solidarity by the state crowd out interpersonal solidary behavior and thereby reduce the role of more traditional forms of solidarity? Little is known to be able to answer this question. Still, and irrespective of historical causality, one can inquire how they interact today, given observed behavioral patterns in people, and the shape and contours of institutional solidarity.

Policies that redistribute income to the poor must have an effect on individual altruism. A progressive tax income system, together with transfers for those in need, must reduce, firstly, poverty, and thereby the need for altruistic acts. Moreover, a reduction of poverty also reduces inequality between the citizens, thereby reducing the need for the rich who are averse to inequality to willingly transfer income to the fewer, and under social assistance benefits less poor individuals. The same effects are expected with respect to social insurance. The system reduces the need for solidary acts on the part of citizens since the benefits provided by the state often relieve victims from the burdens of the covered risks. By maintaining, to some extent, the level of income that had been in place before the respective event, a certain degree of equality is maintained, and there are, again, fewer motives, including inequality-aversion, for individuals to behave in a solidary way.

Several studies indicate that once private, formal insurance is introduced, it crowds out solidary behavior, and it may well lead to a situation in which total

risk coverage in the community might even decrease. Insurance payouts often take the place of informal transfers,⁴⁰ and reduce people's willingness to provide informal support.⁴¹ Can we also conclude that social insurance has a negative and undesirable effect on solidary behavior? This is probably not the right question to ask, since social insurance often makes solidary behavior unnecessary, as many risks are covered. But does social insurance crowd out solidary behavior in cases where social insurance cannot fully cover the risk, and where there is still need for solidary behavior?

Consider the case of an old age person. If unable to work, then she is entitled to a pension that, to some extent, maintains her income. If she has health problems, then health insurance covers that risk, but not necessarily perfectly. The person, if suffering from, say, depression, might well have access to adequate health care, but this cannot ever perfectly restore her well-being unless other individuals are solidary and relate to this person, incurring costs in, for example, visiting the person, talking with her, going for a walk with her, etc. This residual risk requires solidary behavior. Are people in societies with well-established, functioning social insurance systems less willing to help this person in need?

Without evidence, it is hard to answer the question, as there are competing motives and hypotheses. Since social insurance relieves individuals from having to personally help others whenever necessary, it allows them to have more time for themselves and also to be solidary, and social insurance could thereby increase solidary acts. It, however, might also relieve them from the perceived need to be solidary, since one might feel that, having already provided help through the payment of taxes and contributions, one has already done one's part, with no further need to be solidary. Further empirical evidence is needed to investigate these hypotheses, and to identify the channels through which social assistance and social insurance affect, positively and negatively, interpersonal solidary behavior.

A promising perspective, within social law scholarship, is to study ways through which solidary behavior can *complement* social assistance and social insurance. The law can certainly create incentives for people to show solidarity even in the presence of institutionalized solidarity. Fostering solidarity, through tax incentives or other legal instruments, and not through sanctions upon those who refuse to provide further solidarity, can reduce residual risks that social insurance cannot ever fully cover, maintaining solidary behavior or avoiding erosion thereof, and thereby contributing to the welfare of all involved persons.

40 Lin, Liu, & Meng, The Crowding-Out Effect of Formal Insurance on Informal Risk Sharing: An Experimental Study, *Games and Economic Behavior*, vol. 86, 2014.

41 Attanasio & Rios-Rull, Consumption Smoothing in Island Economies: Can Public Insurance Reduce Welfare?, *European Economic Review*, vol. 44, 2000.

Get Brexit done! – Folgen für die Koordinierung der sozialen Sicherheit

Inhaltsübersicht

- A. Einführung
- B. Koordinierung der sozialen Sicherheit – die aktuelle Lage
- C. Koordinierung der sozialen Sicherheit nach dem Brexit
 - I. Notwendigkeit von Koordinationsregelungen
 - II. Austrittsabkommen und Koordinierung der sozialen Sicherheit
 - III. Rechtliche Möglichkeiten einer künftigen Koordinierung
 - 1. Fortgeltung der Regelungen über den Austritt
 - 2. Deutsch-Britisches Sozialversicherungsabkommen
 - 3. Unilaterale Regelungen
 - 4. Neue Abkommen
- D. Fazit und Ausblick

A. Einführung

2018 und 2019 zogen sich die Verhandlungen über den Brexit wie Kaugummi durch die politische Landschaft. Manchen ist noch die skurrile Figur des Sprechers des Unterhauses John Bercow in Erinnerung, der mit seinen »order«-Rufen den parlamentarischen Prozess begleitete und – zumindest hatte dies den Anschein – letztlich versuchte den Brexit zu verhindern, um möglicherweise auf ein zweites Referendum hinzuarbeiten. Nicht nur Juristen aus Kontinentaleuropa rieben sich verwundert die Augen, als er sich bereits bei Premierministerin May auf ein Gesetz aus dem 17. Jahrhundert berief¹ um die parlamentarischen Beratungen zu beeinflussen und diese Regelung bei der Abstimmung unter Premierminister Boris Johnson erneut hervorkramte. In der Sache war Bercow wohl zuzustimmen, weil in einer Demokratie ein Gesetz nicht so lange von der Regierung dem Parlament vorgelegt werden sollte, bis die Mehrheiten passen, eine Regel, die auch mit etwas gesundem Menschenverstand und Kenntnis über die Gewaltenteilung hätte aufgestellt werden können. Aber an diesem Beispiel zeigt sich gut die unterschiedliche Rechtstradition zwischen Kontinentaleuropa und der angelsächsischen Rechtsordnung. Zwar beruft man sich auch in Kontinentaleuropa auf althergebrachte Rechtsgrundsätze, sogar aus dem römischen Recht, doch wurden diese inzwischen in moderne Gesetzestexte, etwa dem BGB integriert. Besonders im Verwaltungs- und Verfahrensrecht besteht eine feste Bindung an das geschriebene Recht.

Umso mehr irritiert es die Unterhändler der Europäischen Union, dass die britische Seite den bilateralen Verhandlungen über die Folgen des Brexit keinen nennenswerten Fortgang gibt. Nach langen Wehen ist der Brexit nun beschlos-

¹ Vgl. www.welt.de/politik/ausland/article190479815/Britisches-Unterhaus-Regel-aus-dem-17-Jahrhundert-zerschiesst-Mays-Brexit-Strategie.html [abgerufen 10.06.2020].

sene Sache und das Vereinigte Königreich seit 31. Januar 2020 24:00 Uhr offiziell nicht mehr Teil der Europäischen Union.² Der Brexit führt zur Notwendigkeit, bilaterale Beziehungen, die sich in fast einem halben Jahrhundert seit 1973 entwickelt hatten, plötzlich zu kappen und auf neue rechtliche und vor allem verlässliche Grundlagen zu stellen. Allerdings war schon der Beitritt des Vereinigten Königreichs ein politischer Kraftakt. Deshalb wäre es schon fast verwunderlich gewesen, wenn nun der Austritt geräuschlos über die Bühne gegangen wäre.

Bemerkenswert ist dabei, dass es das Vereinigte Königreich selbst war, welches schon drei Jahre nach der Gründung der damaligen Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) am 9. August 1961 einen Antrag auf Beitritt stellte³. Dieser Beitrittsantrag stieß auf den erbitterten Widerstand Frankreichs, namentlich in der Person von Präsident Charles de Gaulle, der am 14. Januar 1963 sein Veto gegen den Beitritt des Vereinigten Königreichs einlegte, weshalb die Verhandlungen zwischen der EWG und dem Vereinigten Königreich bereits am 29. Januar 1963 beendet wurden.⁴

In einem zweiten Anlauf versuchte das Vereinigte Königreich am 10. Mai 1967 erneut der inzwischen entstandenen Europäischen Gemeinschaft beizutreten, was zunächst abermals am Veto von de Gaulle scheiterte. Erst ein Machtwechsel in Frankreich öffnete für das Vereinigte Königreich den Weg in die EG, der es am 1. Januar 1973 beitrug. Aber bereits kurz darauf wurde der Beitritt wieder thematisiert und die britischen Wahlberechtigten in einem Referendum am 5. Juni 1975 mit der Frage konfrontiert, ob das Vereinigte Königreich in der EG verbleiben sollte oder nicht. Bei einer Wahlbeteiligung von über 64% entschied sich eine 2/3 Mehrheit für einen Verbleib. Gegenüber dem Referendum vom 23. Juni 2016 waren die politischen Positionen diametral entgegengesetzt. Konservative waren für einen Verbleib in der EG, die Labour Party eher für einen Ausstieg, ebenso wie die Schottische Partei, nunmehr energische Verfechterin der Mitgliedschaft in der Europäischen Union, selbst um den Preis einer Abspaltung Schottlands vom Vereinigten Königreich.

Leider war es nach Ansicht des Verfassers ein gewisses Versäumnis der »Remainers« in der Abstimmung über den Brexit, aber auch danach, darauf hinzuweisen, dass das Vereinigte Königreich keineswegs in die Europäische Union gelockt wurde um es dann – wie bisweilen propagiert wurde – mit absurden

2 Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft. In: Amtsblatt der europäischen Union. L 29, 31. Januar 2020, S. 7–187, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:12020W/TXT>, engl. Withdrawal Agreement.

Für Deutschland gilt ergänzend Gesetz für den Übergangszeitraum nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union (Brexit-Übergangsgesetz – BrexitÜG) vom 27. März 2019 (BGBl. I S. 402), welches am 01.02.2020 in Kraft getreten ist, Bekanntmachung über das Inkrafttreten des Abkommens vom 24. Januar 2020 über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft vom 25. Februar 2020 (BGBl. I 316).

3 Address given by Harold Macmillan on the United Kingdom's application for membership to the EC (31 July 1961). CVCE, www.cvce.eu/content/publication/2002/9/3/a5c95873-aca0-4e9f-be93-53a36918041d/publishable_en.pdf [abgerufen 10.06.2020 (englisch)].

4 *Bange, Oliver*, The EEC Crisis of 1963 – Kennedy, Macmillan, de Gaulle and Adenauer in Conflict (= Issues of Contemporary History), Palgrave Macmillan, Basingstoke 1999, ISBN 0-312-22018-9.

Vorschriften – vor allem im Bereich der sozialen Sicherheit und der Rechte der Arbeitnehmer zu knebeln. Ohnehin genoss das Vereinigte Königreich gerade in diesem Rechtsbereich gewisse begünstigende Ausnahmeregelungen, ebenso wie bei der Finanzierung der EG. »I want our money back and I want it now«,⁵ diese Aussage von Margaret Thatcher anlässlich des Europäischen Rates von Dublin am 30. November 1979 ist legendär geworden.

Für das Vereinigte Königreich ist es zudem keineswegs die erste »Scheidung« von einem Staatenverbund. Das Vereinigte Königreich war Gründungsmitglied der EFTA und ist mit dem Übertritt in die Europäische Gemeinschaft aus diesem Staatenverbund ausgeschieden. Im Zusammenhang mit dem Brexit kam immer wieder einmal der Gedanke auf, ob das Vereinigte Königreich nicht wieder der EFTA beitreten solle⁶. Unabhängig von der Frage, ob die verbliebenen EFTA-Länder Island, Norwegen, Liechtenstein und die Schweiz überhaupt den Beitritt eines Landes befürworten würden, welches eine viermal so große Bevölkerung und höheres Wirtschaftsvolumen aufweist und damit dominant würde, wäre eine solche Lösung auch für das Vereinigte Königreich wenig zielführend, weil über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) und dem Abkommen mit der Schweiz viele der von den Befürworter*innen des Brexit verhassten Regelungen – unter anderem das Recht auf Freizügigkeit der Arbeitnehmer und deren Gleichstellung im Bereich der sozialen Sicherheit⁷ – weitergelten würden.

B. Koordinierung der sozialen Sicherheit – die aktuelle Lage

Die Verhandlungen über die Folgen des Brexit fokussieren sich vor allem auf die künftigen Handelsbeziehungen. Dies ist nicht überraschend, denn die heutige Europäische Union ist aus der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft hervorgegangen, deren primäres Ziel der Abbau von Handelshemmnissen und die Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes ohne Zoll- und Einfuhrhemmnisse war. Schließlich war der Regelungsgegenstand ein umfassendes Freihandelsabkommen, welches die ansonsten für den Handel geltenden Regelungen der World Trade Organisation (WTO) außer Kraft setzte.

Jedoch hatte sich die EWG nicht allein auf den Handel beschränkt. Ein wichtiges, bereits in den Römischen Verträgen verankertes Prinzip war die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, damals noch Wanderarbeitnehmer genannt. Es bestand Konsens darüber, dass es für ein Gedeihen der Wirtschaft und des Handels unabdingbar sei, wenn es keine Hindernisse für die Arbeitnehmer gebe, von einem Mitgliedstaat in den anderen zu wechseln. Eine Voraussetzung für eine erleichterte Wanderung sah man darin, dass die Arbeitnehmer einmal erworbene sozialrechtliche Ansprüche, vor allem bei der Alterssicherung nicht verlieren, wenn sie wieder in ihr Heimatland zurückkehren. Dieser Gedanke beruhte damals, also Ende der 1950er Jahre, auf einer »win-win«-Situation. Es war die Zeit der Anwer-

5 Margaret Thatcher, Foundation, Press Conference after Dublin European Council, www.margaretthatcher.org/document/104180 [abgerufen am 14.06.2020].

6 Vgl. www.euractiv.de/section/europakompakt/news/uk-lawmakers-consider-efta-as-brexit-half-way-house/.

7 Art. 28, 29 Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, Abl. v. 03.01.1994, L 1/3.

bung von »Gastarbeitern« aus den südlichen Ländern Europas. Es ist kein Zufall, dass 1955 das erste Anwerbeabkommen von Deutschland mit dem EWG-Gründungsmitglied Italien geschlossen wurde⁸.

Sozialrechtlich flankiert wurde die Wanderung von zwei Verordnungen⁹, die die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit regelten. In der Folgezeit wurde diese Koordinierung durch die VO (EWG) 1408/71¹⁰ und die VO 574/72¹¹ auf eine breitere rechtliche Grundlage gestellt. Ergänzend galt noch die VO (EWG) 1612/68¹². Vor der sogenannten Osterweiterung wurden die Koordinierungsregelungen neu gefasst und vor allem ausgebaut. Erfasst sind nicht mehr nur die Arbeitnehmer und die Selbständigen, sondern alle Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen¹³. Sachlich erfasst die Koordinierung zudem Familienleistungen und beitragsunabhängige Leistungen, beides Bereiche, nicht zu dem »traditionellen« Katalog der sozialen Sicherheit gehören. Die Koordinierung der in der Praxis wichtigen Leistungen bei Pflege ist weiterhin unvollständig,¹⁴ ein 2016 begonnenes Reformvorhaben, welches auch Änderungen bei den Familienleistungen und den Leistungen bei Arbeitslosigkeit anstrebte¹⁵, konnte bislang nicht umgesetzt werden¹⁶, sondern liegt

-
- 8 Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (ANBA), Nr. 2, 4. Jahrgang, 25.02.1956, www.italiener.angekommen.com/Dokumente/Abkommen.html [abgerufen 10.06.2020].
- 9 Verordnung Nr. 3 des Rates vom 25.09.1958 über die Soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer, ABl. 1958 Nr. 30 vom 16.12.1958, S. 561; Verordnung Nr. 4 des Rates vom 03.12.1958 zur Durchführung und Ergänzung der Verordnung Nr. 3 über die Soziale Sicherheit der Arbeitnehmer; ABl. 1958, Nr. 30, S. 597.
- 10 Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, Amtsblatt L 149 vom 05.07.1971, S. 2–50.
- 11 Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. L 74 vom 27.03.1972, S. 1–83.
- 12 Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. L 257 vom 19.10.1968, S. 2–12.
- 13 Art. 2 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. L 166 vom 30.04.2004, S. 1–123, ergänzt durch 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 (Text von Bedeutung für den EWR und die Schweiz), ABl. L 284 vom 30.10.2009, S. 1–42.
- 14 Art. 34 VO (EG) 883/204.
- 15 European Commission, 27.10.2015 COM(2015) 610 final, Annex 1, Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Commission Work Programme 2016, No time for business as usual, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/cwp_2016_annex_i_en.pdf [aufgerufen 14.06.2020]; Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 (Text von Bedeutung für den EWR und die Schweiz), COM/2016/0815 final – 2016/0397 (COD).
- 16 Dazu Stellungnahme des Europäischen Ausschusses der Regionen — Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (2017/C 342/10), ABl. C 342, 65–73 vom 12.10.2017; Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem »Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 zur Festlegung der Modalitäten für die

weiterhin bei Parlament und Rat zur Weiterbearbeitung¹⁷. Hingegen erstreckt sich die Koordinierung inzwischen ebenso auf Zusatzrentensysteme.¹⁸

Über die Koordinierung hinaus wurde die europäische Säule sozialer Rechte vom Europäischen Parlament, vom Rat und von der Kommission am 17. November 2017 beim Sozialgipfel zu den Themen faire Arbeitsplätze und Wachstum im schwedischen Göteborg gemeinsam unterzeichnet. Künftig soll damit nicht nur die Koordinierung der sozialen Sicherheit ausgebaut werden, sondern längerfristig wird die Schaffung einer sozialeren Europäischen Union – unter Wahrung der nationalen Gesetzgebungskompetenzen – angestrebt.

C. Koordinierung der sozialen Sicherheit nach dem Brexit¹⁹

I. Notwendigkeit von Koordinationsregelungen

Auch wenn an diesen gesetzgeberischen Kompetenzen der Mitgliedstaaten im Bereich der sozialen Sicherheit nicht gerüttelt werden soll, ist doch unverkennbar, dass soziale Aspekte und Sozialpolitik künftig eine stärkere Rolle spielen sollen. Ein auch in Deutschland sehr umstrittenes Projekt ist die Etablierung einer europäischen Arbeitslosenversicherung, wobei dieser Terminus so jedoch keineswegs zutreffend ist. Denn es geht nicht um die Einführung eines neuen Systems der Absicherung beim Risiko der Arbeitslosigkeit, sondern um die Setzung von Mindeststandards, etwa hinsichtlich der Bezugsdauer oder der Lohnersatzquote.²⁰ Diese Mindeststandards wären nur eine Leitlinie und für die Mitgliedstaaten nicht verbindlich. Es wäre aber naiv anzunehmen, dass nicht längerfristig ein gewisser politischer Druck, etwa auch seitens der nationalen Gewerkschaften, entstehen würde, diese Mindeststandards im nationalen Recht vorzuschreiben. Denkbar wäre ebenso die Ausarbeitung einer Richtlinie, sofern sich die Mitgliedstaaten darauf einigen. In jedem Fall wäre eine verstärkte Koordinierung erforderlich und die bestehenden Regelungen müssten angepasst werden.

Das Vereinigte Königreich hatte sich regelmäßig gegen Verbesserungen bei den sozialen Standards ausgesprochen und sich bereits in der Vergangenheit einige Vergünstigungen ausbedungen. Gerade die Einhaltung sozialer Standards und die Vermeidung eines sozialen Dumpings ist Teil der Verhandlungsstrategie um das sogenannte Level Playing Field (faire Wettbewerbsbedingungen), welches nach Ansicht der Europäischen Union im Austrittsabkommen festgeschrieben wurde, was jedoch die Gegenseite gänzlich anders interpretiert. Die britische Regierung

Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 »Text von Bedeutung für den EWR und die Schweiz. (COM(2016) 815 final – 2016/0397 (COD)), ABl. C 345 vom 13.10.2017, S. 85–90.

17 Europäische Kommission, Koordinierung der Sozialversicherungssysteme in der EU, <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=de&catId=849> [aufgerufen 14.06.2020].

18 Richtlinie 2014/50/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Mindestvorschriften zur Erhöhung der Mobilität von Arbeitnehmern zwischen den Mitgliedstaaten durch Verbesserung des Erwerbs und der Wahrung von Zusatzrentenansprüchen (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 128 vom 30.04.2014, S. 1–7.

19 Vgl. auch *Eichenhofer, Eberhard*, Brexit und EU-Sozialrecht, DRV 2019, 85–101.

20 Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, EWSA fordert EU-weite Mindeststandards für die Arbeitslosenversicherung, 23.12.2019, www.eesc.europa.eu/de/news-media/news/ewsa-fordert-eu-weite-mindeststandards-fuer-die-arbeitslosenversicherung [aufgerufen am 14.06.2020].

hat mehrmals betont, sich nicht mehr den Regelungen der EU unterwerfen zu wollen. Ohnehin seien die sozialen Standards im Vereinigten Königreich höher als in der Europäischen Union, eine Auffassung, die angesichts der im Vergleich niedrigen Sozialleistungen zumindest vehement hinterfragt werden kann.

Das Niveau der Sozialleistungen kann auch in Zukunft von jedem Staat in eigener Verantwortung festgelegt werden. Unabhängig von Art und Umfang der Sozialleistungen bleibt die jedoch weiterhin die Notwendigkeit einer Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. Auch wenn es das Ziel der britischen Regierung und vieler Brexitbefürworter war, die Freizügigkeit abzuschaffen und damit die Zahl der Immigranten zu begrenzen, so ist das Problem keineswegs aus der Welt geschafft. Selbst das am 12. Mai 2016 in Kraft getretene britische Zuwanderungsgesetz²¹ ist nicht darauf ausgerichtet, jegliche Zuwanderung zu unterbinden, sondern nur über ein Punktesystem in gewisse Bahnen zu lenken. Allein schon aufgrund der Erfordernisse des Arbeitsmarktes wird es auch künftig Zuwanderung geben. Denn der Brexit allein steigert nicht plötzlich die Bereitschaft der Britinnen und Briten bestimmte Tätigkeiten (z. B. Erntehelfer, Pflegepersonal, Reinigungskräfte, Müllabfuhr) zu übernehmen. Ebenso wie in anderen Ländern wird es einen Bedarf für ausländisches Personal geben sowie einen entsprechenden Druck der Landwirte und aus der Unternehmerschaft, diesen Personen eine Arbeitserlaubnis zu erteilen. Zudem wird der Austausch von qualifiziertem Personal mit Ländern der Europäischen Union nicht stoppen. Die britischen Touristinnen und Touristen werden nach Überwindung der Corona-Pandemie wieder die Sonne der Mittelmeerländer genießen wollen. Vor allem Spanien war jährlich das Ziel von etwa 18 Millionen britischen Touristen²², die mehr als ein Fünftel der insgesamt 80 Millionen Touristen stellten. Darüber hinaus leben geschätzt eine Million Britinnen und Briten in Spanien²³, die aufgrund ihrer Altersstruktur häufig die Leistungen des spanischen Gesundheitsdienstes in Anspruch nehmen müssen. Erstaunlicherweise realisieren viele »Ex-pats« erst jetzt nach dem Austritt, dass sich ihre soziale Situation durch den Brexit künftig erheblich verschlechtern könnte.

In den Regelungen über den Austritt war die Option eingeräumt worden, die Übergangsphase bis 31.12.2020 nochmals um bis zu 2 Jahre zu verlängern, damit hinreichend Zeit für die Aushandlung von entsprechenden Bestimmungen verbleibt. Die Option musste bis zum 30.06.2020 ausgeübt werden. Die britische Regierung hat diese Frist verstreichen lassen, weshalb nunmehr ein »No-deal-Brexit« wahrscheinlicher ist als je zuvor. Damit müssen auch Überlegungen angestellt werden, wie künftig die Koordinierung geregelt sein soll. Denn anders als beim Handel, wo bei einer Nichteinigung subsidiär die Regelungen der WTO gelten, gibt es im Bereich der sozialen Sicherheit kein rechtliches Auffangsystem.

21 Immigration Act 2016, UK Public General Acts 2016 c. 19, www.legislation.gov.uk/ukpga/2016/19/contents/enacted/data.htm.

22 Vgl. www.elmundo.es/economia/macroeconomia/2020/05/25/5eca95c3fc6c839b238b45b1.html [aufgerufen am 14.06.2020].

23 Vgl. <https://dispatcheseurope.com/no-deal-no-problem-more-eu-countries-guarantee-british-expats-post-brexit-grace-periods/> [aufgerufen 14.06.2020].

II. Austrittsabkommen und Koordinierung der Sozialen Sicherheit

Bislang ist in der Übergangsphase von Einschnitten in der sozialen Sicherheit und deren Koordinierung noch nichts zu merken. Das Austrittsabkommen widmet sich in einem eigenen Titel²⁴ der Koordinierung der sozialen Sicherheit. In einer Art Bestandsschutzregelung ändert sich für Unionsbürger, die am Ende der Übergangsphase britischen Vorschriften unterworfen sind sowie für die in einem Mitgliedstaat der Union ansässigen britischen Staatsangehörigen erst einmal nichts. Gleiches gilt für Staatenlose und Flüchtlinge sowie für Drittstaatsangehörige und die jeweiligen Familienangehörigen und Hinterbliebenen, sofern sie von der Verordnung (EG) Nr. 859/2003 des Rates²⁵ erfasst werden. Allerdings gilt dieser Bestandsschutz nur solange, wie die betreffenden Personen *ohne Unterbrechung* einem Rechtsverhältnis unterliegen, welches britische und mitgliedstaatliche Regelungen umfasst. Bei einem Wegzug aus dem Vereinigten Königreich bzw. aus der Europäischen Union entfällt diese Privilegierung und lebt bei einer Rückkehr auch nicht wieder auf.

Die Koordinierungsregelungen erfassen ebenso die EWR-Länder Norwegen, Island und Liechtenstein sowie über das Freizügigkeitsabkommen²⁶ die Schweiz (EFTA-Länder). Die Bestimmungen des Austrittsabkommens lassen sich auch auf »Dreiecks«-Sachverhalte im Bereich der sozialen Sicherheit anwenden, die einen Mitgliedstaat (oder mehrere Mitgliedstaaten), das Vereinigte Königreich und ein EFTA-Land berühren. Auf diese Weise können die Rechte von EU-Bürgerinnen und -Bürgern, von Staatsangehörigen des Vereinigten Königreichs sowie von Staatsangehörigen der EFTA-Staaten, die von einer derartigen Dreieckskonstellation betroffen sind, geschützt werden.

Hierfür muss es aber eine Regelung in drei verschiedenen Vereinbarungen geben, und zwar einen Artikel im Austrittsabkommen zum Schutz von EFTA-Staatsangehörigen, Bestimmungen zum Schutz der EU-Bürger in den entsprechenden Abkommen zwischen dem Vereinigten Königreich und den EFTA-Staaten und Bestimmungen zum Schutz von britischen Staatsangehörigen in den entsprechenden Abkommen zwischen der EU und den EFTA-Ländern.

Nur wenn die beiden letztgenannten Vereinbarungen abgeschlossen und anwendbar sind, findet auch der Artikel des Austrittsabkommens zum Schutz der EFTA-Staatsangehörigen²⁷ Anwendung. Der Beschluss über die Anwendbarkeit dieses Artikels wird von dem mit dem Austrittsabkommen eingesetzten Gemein-

24 Titel III Art. 30–36 Austrittsabkommen.

25 Verordnung (EG) Nr. 859/2003 des Rates vom 14. Mai 2003 zur Ausdehnung der Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 auf Drittstaatsangehörige, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Bestimmungen fallen (ABl. L 124 vom 20.05.2003, S. 1).

26 Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit – Schlussakte – Gemeinsame Erklärungen – Mitteilung über das Inkrafttreten der sieben Abkommen mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft in den Bereichen Freizügigkeit, Luftverkehr, Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Straße, öffentliches Beschaffungswesen, wissenschaftliche und technische Zusammenarbeit, gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen und Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen, ABl. L 114, 30.04.2002, S. 6–72.

27 Art. 33 Austrittsabkommen.

samen Ausschuss²⁸ gefasst.²⁹ Die Schweiz hat ein entsprechendes Abkommen mit dem Vereinigten Königreich geschlossen.³⁰

III. Rechtliche Möglichkeiten einer künftigen Koordinierung

Die Übergangsphase läuft am 31.12.2020 aus und damit auch das Austrittsabkommen. Der Bestandsschutz erstreckt sich nur auf Personen, die die Voraussetzungen zu diesem Zeitpunkt erfüllten. Personen, die ab dem 01.01.2021 in das Vereinigte Königreich migrieren oder britische Staatsangehörige, die erstmals in die Europäische Union ziehen, genießen diesen Schutz der Koordinierung nicht mehr. Da weiterhin ein Regelungsbedarf bestehen wird, stellt sich die Frage, wie diesem Genüge getan werden kann. Verschiedene Optionen sind denkbar.

1. Fortgeltung der Regelungen über den Austritt

Wenn auch die Verlängerung der Übergangsphase insgesamt von der britischen Regierung abgelehnt wurde, sind die Parteien nicht gehindert, einzelne Teile, die den Austritt regeln zu verlängern. In diese Richtung zielt wohl ein jüngster Vorstoß der britischen Regierung, die Regelungen über den Handel mit den sozialen Schutzbestimmungen zu dergestalt zu koppeln, dass ein Abbau der einen Regelung zu einer Verschärfung der anderen Regelung führt, also eine Art Tauschgeschäft. Es ist wenig wahrscheinlich, dass sich die Europäische Union auf diese Strategie einlässt, weil dann die britische Seite vorgeben könnte, welche Teile geändert werden sollen und die Gefahr einer »Rosinenpickerei« besteht. Hingegen wäre es an sich kaum problematisch, die Art. 30–36 Austrittsabkommen fortgeltend zu lassen, weil es sich um einen abgrenzbaren und überschaubaren Teil des Austrittsabkommens handelt. Jedoch dürfte sich hier wiederum das Vereinigte Königreich nicht auf eine uneingeschränkte Verlängerung einlassen, weil dann weiterhin Familienleistungen gezahlt und exportiert werden müssten. Gerade die Inanspruchnahme von Familienleistungen durch Polen, Rumänen und Bulgaren sowie der Export in deren Heimatländer führten immer wieder zu heftigen Diskussionen über die Sinnhaftigkeit der Koordinierungsregelungen, dies vor allem im Hinblick auf die Zahlbeträge, die im Verhältnis zum Lohnniveau in diesen Ländern als ungerechtfertigt hoch angesehen wurden. Der Ruf nach einer Indexierung, d. h. nach einer Kürzung der Leistungen für Kinder, die in ihren Heimatländern leben, war laut geworden, allerdings nicht nur im Vereinigten Königreich, sondern ebenso in Österreich, das inzwischen entsprechende Regelungen eingeführt hat³¹, gegen die die Kommission am 14.05.2020 beschlossen hat beim

28 Art. 164 Austrittsabkommen.

29 Vgl. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_20_104 [aufgerufen am 07.07.2020].

30 Art. 25–28 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland über die Rechte der Bürgerinnen und Bürger infolge des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union und des Wegfalls des Freizügigkeitsabkommens, www.sem.admin.ch/dam/data/sem/eu/fza/brexit/abkommen-ch-uk-brexit-d.pdf [aufgerufen 07.07.2020].

31 *Marhold, Franz*, Indexierung der Familienbeihilfe in Österreich Verstoß gegen Primärrecht und Koordinierungsrecht, ZESAR 2019, 160–163.

EuGH ein Vertragsverletzungsverfahren anzustrengen³². Die Frage der Familienleistungen wurde in der Brexit-Kampagne immer wieder thematisiert, obschon hinsichtlich des vorgeblichen »Sozialtourismus zum Abgreifen von Familienleistungen« der EuGH unmittelbar kurz vor dem Brexit-Referendum am 23.06.2016 die britischen Regelungen zur Einschränkung des Bezugs von Familienleistungen durch EU-Bürger gebilligt und ein Vertragsverletzungsverfahren der Kommission überraschend abgewiesen hatte³³.

2. Deutsch-Britisches Sozialversicherungsabkommen

Wenn nun die komplexen, aber umfassenden und alle Bereiche der sozialen Sicherheit abdeckenden Koordinierungsregelungen der Verordnung 883/2004 bzw. der Art. 33–36 Austrittsabkommen keinen Bestand mehr haben, stellt sich die Frage nach Alternativen.

Üblicherweise werden Fragen der Koordinierung der sozialen Sicherheit über den Abschluss von Sozialversicherungsabkommen geregelt. Deutschland hat mit dem Vereinigten Königreich ein Sozialversicherungsabkommen geschlossen.³⁴ Im Rahmen dieses Abkommens wäre sogar eine multilaterale Zusammenrechnung von Versicherungszeiten möglich.³⁵ Im Einzelnen regelt das Abkommen folgendes:³⁶

Der sachliche Geltungsbereich des Abkommens deckt die gesetzliche Kranken-, Renten- und Unfallversicherung sowie den Anspruch auf Kindergeld ab, nicht aber die Arbeitslosenversicherung³⁷. Die gesetzliche Pflegeversicherung ist nicht explizit aufgeführt, weil sie bei Abschluss des Abkommens noch nicht eingeführt war. Sie folgt jedoch grundsätzlich der Krankenversicherung und könnte daher zumindest indirekt einbezogen sein³⁸.

Die Sozialversicherungszugehörigkeit für grenzüberschreitende Sachverhalte richtet sich zunächst nach dem Territorialitätsprinzip, welches besagt, dass ein Ar-

32 Pressemitteilung der Kommission vom 14. Mai 2020, Indexierung von Familienleistungen, Kinderabsetzbeträgen und anderen Steuervorteilen für Familien: Kommission verklagt Österreich wegen Diskriminierung, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/DE/IP_20_849. Auch in Deutschland geistert diese Forderung immer wieder durch die politische Debatte, vgl. BT_Drucks. 19/2999, 4883.

33 EuGH vom 14. Juni 2016, C-308/14 (Europäische Kommission / Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland), ECLI:EU:C:2016:436.

34 Gesetz zu dem Abkommen vom 20. April 1960 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland über Soziale Sicherheit vom 21.03.1961 BGBl. II, 241.

35 BSGE 34, 90

36 Vgl. www.deloitte-tax-news.de/arbeitnehmerentsendung-personal/thema-des-monats/brexit---auswirkung-auf-internationale-mitarbeiter-einsatz---sozialversicherung-und-aufenthaltsrecht.html; <https://dsv-europa.de/de/news/2019/01/brexit-auswirkungen-auf-die-sozialversicherung.html>.

37 Deutscher Bundestag, Ausschussdrucksache 19 (11) 257, Ausschuss für Arbeit und Soziales 15. Februar 2019; Das Abkommen vom 20. April 1960 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland über Arbeitslosenversicherung (BGBl. II 1961 S. 585, 586) wurde mit Verbalnote der Bundesrepublik Deutschland vom 16. Mai 2018 mit Wirkung zum 31. August 2018 gekündigt, Bekanntmachung über das Außerkrafttreten des deutsch-britischen Abkommens über Arbeitslosenversicherung vom 21. Februar 2019, BGBl. II 151.

38 Dies betrifft zumindest die Versicherungspflicht. Hingegen ist der Export von Leistungen bei Pflegebedürftigkeit bisher auch nach europäischem Recht unzureichend geregelt, vgl. Reinhard, Hans-Joachim, Comparison in: Ulrich Becker/Hans-Joachim Reinhard (eds.) Long-Term Care in Europe – A Juridical Approach, Springer 2018, S. 579–602.

beitnehmer grundsätzlich der Sozialversicherung in dem Staat unterliegt, in dem er seine Tätigkeit ausübt.

In dem Abkommen sind jedoch insbesondere für entsandte Arbeitnehmer Ausnahmen von diesem Grundprinzip vorgesehen. Daher ist es für einen Zeitraum von bis zu 12 Monaten grundsätzlich möglich, dass ausschließlich die Sozialversicherungsvorschriften des Entsendestaates Anwendung finden. Ebenso sieht das Abkommen die Möglichkeit einer Verlängerung oder des Abschlusses einer Ausnahmereinbarung, z. B. im Falle von fehlenden Voraussetzungen für eine Entsendung, vor.

Das Abkommen umfasst jedoch keine Ausnahme für die Sozialversicherungszugehörigkeit von Mitarbeitern, welche eine regelmäßige gewöhnliche Beschäftigung in Deutschland und Großbritannien ausüben (sogenannte *multistate worker*). Daher findet in diesen Fällen das Territorialitätsprinzip Anwendung, so dass die Rechtsvorschriften beider Vertragsstaaten Anwendung finden. Darüber hinaus enthält das Abkommen Regelungen zur Anrechnung von Beitragszeiten für den Erwerb, die Aufrechterhaltung oder das Wiederaufleben des Rentenanspruchs.

Angesichts des langen Zeitablaufs und des zwischenzeitlichen Beitritts des Vereinigten Königreichs zur Europäischen Gemeinschaft (Europäischen Union) stellt sich die Frage, ob dieses Abkommen überhaupt noch Geltung hat. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist das europäische Recht der Koordinierung zu den Sozialversicherungsabkommen zwar vorrangig, hat aber bestehende Sozialversicherungsabkommen nicht außer Kraft gesetzt³⁹. Allerdings ist nach Erlass dieser Rechtsprechung der Art. 8 VO 883/2004 geschaffen worden.⁴⁰ Es wird die Meinung vertreten, dass damit die bestehenden Sozialversicherungsabkommen nicht mehr anwendbar sind. Die Gegenmeinung, der zu folgen ist besagt, dass das europäische Recht nicht völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten aufheben kann.⁴¹

Dogmatisch kann argumentiert werden, dass Art. 8 VO 883/2004 das Deutsch-Britische Sozialversicherungsabkommen zum Ruhen gebracht hat, es aber, da die VO 883/2004 im Verhältnis zum Vereinigten Königreich nicht mehr gilt, wieder aufgelebt ist. Genau genommen war es auch nie ganz obsolet, weil es im Verhältnis zum System der Sozialen Sicherheit der in der Irischen See gelegenen Isle of Man weiterhin anwendbar ist.⁴² Staatsrechtlich ist die Isle of Man als autonomer Kronbesitz (*crown dependency*) direkt der britischen Krone unterstellt. Die Isle of Man ist jedoch weder Teil des Vereinigten Königreichs noch Britisches

39 EuGH, Urteil vom 7. Februar 1991 – C-227/89 (Rönfeldt), Slg. 1991, I-323; EuGH, Urteil vom 7. Mai 1998 – C-113/96 (Gómez Rodríguez), Slg. 1998, I-2461.

40 Art. 40 Abs. 1 lautet: »Im Rahmen ihres Geltungsbereichs tritt diese Verordnung an die Stelle aller zwischen den Mitgliedstaaten geltenden Abkommen über soziale Sicherheit. Einzelne Bestimmungen von Abkommen über soziale Sicherheit, die von den Mitgliedstaaten vor dem Beginn der Anwendung dieser Verordnung geschlossen wurden, gelten jedoch fort, sofern sie für die Berechtigten günstiger sind oder sich aus besonderen historischen Umständen ergeben und ihre Geltung zeitlich begrenzt ist. Um weiterhin Anwendung zu finden, müssen diese Bestimmungen in Anhang II aufgeführt sein. ...«.

41 *Letzgas/Prätzler/Amedovi/Babell/Buschermöhle/Krome/Lessig/Ley/Lux/Mömen/Röller/Thomas*, Brexit-Handbuch für Unternehmen und Berater: Steuerrecht – Zollrecht – Gesellschaftsrecht – Sozialversicherungsrecht, Schäffer-Poeschel Verlag, Stuttgart 2020, S. 193 f.

42 Art. 1 Nr. 2 Deutsch-Britisches SVA.

Überseegebiet sondern ein gesondertes Rechtssubjekt und war nie Mitglied der Europäischen Union. Die im Ärmelkanal gelegenen Inseln Guernsey und Jersey sind ebenfalls Kronbesitz und waren auch nicht Mitglied der Europäischen Union. Über ein Zusatzprotokoll⁴³ waren sie wie die Isle of Man in der Zollunion, ihre Bürger genossen aber keine Freizügigkeit. Das Deutsch-Britische SVA erstreckte sich nicht auf die Kanalinseln und ebenso wenig auf das britische Überseegebiet Gibraltar an der Südspitze der iberischen Halbinsel; in letzterem fand aber die VO 883/2004 Anwendung.⁴⁴

Die britische Seite geht ebenfalls von einer Fortgeltung der geschlossenen Sozialversicherungsabkommen aus, will aber im Einzelfall prüfen, ob diese noch anwendbar sind oder einer Überarbeitung bedürfen. Dies geht aus einem Antwortschreiben des damaligen Arbeitsministers Alok Sharma an den Vorsitzenden des Unterhausausschusses für Europäische Fragen (Chair of the Commons European Scrutiny Committee) vom 26. März 2019⁴⁵ hervor:

»The UK has 17 reciprocal agreements on social security with EU Member States. There are 10 EU countries where there is no reciprocal social security agreement in place: Bulgaria, Czechia, Estonia, Greece, Hungary, Latvia, Lithuania, Poland, Romania and Slovakia.

Officials are assessing pre-existing Reciprocal Agreements on a case by case basis as to whether they are capable of revival, for both legal and administrative operability reasons. Any revival will require technical discussions and formal agreement between the parties.

Social Security is an area of shared competence. Therefore, Member States will have to consider the legal and political position and form their own view on whether the EU's contingency regulation poses any limits to bilateral agreements. There is provision in domestic law which could give effect to pre-existing bilateral agreements in relation to social security, should that be desirable.

Article 6(1) of the contingency Regulation as agreed at the General Affairs Council recognises the operability of existing bilateral agreements between the UK and Member States that are listed in Annex II to Regulation 883/2004 under Article 8. Article 6(2) of the contingency Regulation acknowledges that bilateral agreements may be concluded between the UK and Member States after exit that cover periods before exit, provided they satisfy the conditions set out in that Article, namely to meet the requirements of the contingency Regulation and give effect to the principles in Regulation 883/2004.

43 Dokumente betreffend den Beitritt zu den Europäischen Gemeinschaften des Königreichs Dänemark, Irlands, des Königreichs Norwegen und des Vereinigten Königreichs Grossbritannien und Nordirland, Protokoll Nr. 3 betreffend die Kanalinseln und die Insel Man, Abl. Nr. L 073 vom 27.03.1972 S. 164.

44 Erklärung des Vereinigten Königreichs gemäß Artikel 9 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit für das am 31. Dezember 2017 endende Bezugsjahr, Erklärung Gibaltars.

45 Department for Work&Pensions, 6 March 2019, Proposal for a Regulation of the Council and the European Parliament amending Regulation 883/2004 on the Coordination of Social Security Systems and its implementing Regulation 987/2009 (11 Amending Regulations,) and Proposal for a Regulation on establishing contingency measures in the field of social security coordination following the withdrawal of the United Kingdom from the European Union, http://europeanmemoranda.cabinetoffice.gov.uk/files/2019/03/Letter_from_the_Minister_of_State_for_Employment.pdf.

The committee enquired about the intended effect and practical consequences of the removal of the ›equal treatment‹ principle between UK and EU nationals from Regulation 883/2004 as retained in UK law in a ›no deal scenario‹ under the Statutory Instruments laid in December 2018, and in particular how it affects the commitment made by the Government that same month that EU nationals lawfully resident in the UK on ›exit day‹ would have the same rights and entitlements as UK nationals.

I can confirm that the principle of equal treatment will be incorporated into domestic law under European Union (Withdrawal Act) 2018. The removal of the specific provision on equal treatment from the ›retained‹ Regulation 883/2004 will not therefore have an impact on the rights of EU nationals who wish to access the UK's social security schemes.

Es wird darin aber auch das Erfordernis der Gegenseitigkeit (Reziprozität) genannt:

»You asked whether the proposed discontinuation of the principle of ›applicable legislation‹ for UK nationals living in the EU under the Commission's contingency proposal could lead to a situation where neither the UK Government nor an EU Member State take responsibility for the provision of social security for British citizens, where Regulation 883/2004 would have clearly allocated responsibility before ›exit day‹.«

As you are aware, the whole system of security coordination across the EU relies on cooperation and reciprocity. If the UK leaves the EU without an agreement, it will have no means of enforcing reciprocal obligations on EU Member States. The UK aims, as far as possible to maintain the citizens' social security rights of British nationals and other UK-insured individuals on a unilateral basis.«

Besonderes Augenmerk gilt den Grenzgänger*innen aus Nordirland und Gibraltar:

»You asked what changes, if any, the Commission proposal would make to the rights and entitlements of frontier workers who work in one of the remaining Member States but live in the UK, or vice versa (particularly in Northern Ireland and Gibraltar), compared to their rights under Regulation 883/2004.

As stated in the Explanatory Memorandum, the government believes that the Commission's proposal applies to Gibraltar in the same way as to the UK. This is because Gibraltar is treated as part of the UK for the purposes of applying regulation 883/2004. The UK has signed a Reciprocal Agreement with the government of Ireland covering social security, which is more comprehensive than the Commission proposal and will ensure that UK and Irish nationals who work across the border will maintain their existing social security rights and entitlements.

You asked whether the EU has confirmed that it shares the Government's interpretation that the contingency Regulation extends to pre-exit situations in Gibraltar.

The EU Commission has not confirmed in writing that the proposal recognises entitlements relating to the assimilation of facts and aggregation for periods completed in Gibraltar before exit for those who are or have engaged with the social security system of Gibraltar under the coordination Regulations whilst the UK was a Member State.

Schließlich wird angemerkt, dass es noch keine Überlegungen zu einem Daten- und Informationsaustausch nach dem Verlassen des Vereinigten Königreichs gibt:

»You also asked how the Government is cooperating with the Commission to ensure that UK (and EU nationals) within the scope of the contingency proposal are able

to provide evidence of qualifying periods of (self-) employment or residence in the UK prior to 'exit day', after the Government ceases to be part of existing information exchange mechanisms under Regulation 883/2004.

In keeping with the Commission's approach to no deal preparations, there have been no formal discussions between the UK and the Commission regarding post-exit information exchange on social security in the event of no deal. Departments have made preparations to continue supplying evidence of qualifying periods of UK employment, self-employment and residence upon request to British and EEA nationals following exit.«

Derzeit herrscht eine hohe Unsicherheit sowohl im Vereinigten Königreich als auch in den EU-Mitgliedstaaten mit Abkommen, ob die alten Abkommen wieder gelten. Österreich hat beispielsweise kundgetan, dass es wohl die Regelungen des alten Abkommens wieder anwenden wird, wenn es keine Neuregelung gibt, sieht jedoch eine Reihe von Schwierigkeiten in der praktischen Anwendung.⁴⁶ Andere Abkommensländer dürften aus Praktikabilitätsgründen ebenso verfahren. Eine gesicherte Rechtsgrundlage ist dies allerdings nicht und es verbleiben eine Reihe von EU-Mitgliedstaaten ohne Abkommen. Im Übrigen wird es auf das Verhalten des Vereinigten Königreichs ankommen, ob es dem Grundsatz der Gegenseitigkeit Genüge leisten wird.

3. Unilaterale Regelungen

Sollte die Lösung über Abkommen nicht gangbar sein, bleibt es natürlich sowohl dem Vereinigten Königreich als auch den EU-Mitgliedstaaten unbenommen, einseitig günstigere Regelungen für die Staatsangehörigen der Gegenseite anzuwenden. Ein Anfang wurde mit dem BrexitSozSichÜG⁴⁷ gemacht, welches auf einer europäischen Verordnung⁴⁸ beruht. Bislang ist das Gesetz nicht in Kraft getreten⁴⁹, weil das Austrittsabkommen Koordinierungsregelungen getroffen hat. Wenn aber nach Ende der Übergangsfrist diese Regelungen nicht fortgelten, könnte darauf zurückgegriffen werden.

4. Neue Abkommen

Selbst wenn die Anwendbarkeit der alten Abkommen bejaht wird, besteht Handlungsbedarf. Zum einen haben nicht alle EU-Mitgliedstaaten Abkommen mit dem Vereinigten Königreich, so beispielsweise auch nicht Polen, von wo aus viele Personen zugewandert sind. Die bestehenden Abkommen sind – wie etwa das Deutsch-Britische SVA – mit 60 Jahren genauso alt wie der Jubilar Ulrich Be-

46 Roberts, Simon, Social security coordination after Brexit: trying to take an egg out of an omelette?, ERA Forum 20, 531–547 (2020), <https://doi.org/10.1007/s12027-019-00591-9>, Published 13 December 2019, Issue Date March 2020, S. 539.

47 Gesetz zu Übergangsregelungen in den Bereichen Arbeit, Bildung, Gesundheit, Soziales und Staatsangehörigkeit nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union vom 8. April 2019, BGBl. I 418.

48 Verordnung (EU) 2019/500 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. März 2019 zur Einführung von Notfallmaßnahmen im Bereich der Koordinierung der sozialen Sicherheit nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Union, Abl. L 85 I/35 vom 27.03.2019.

49 Art. 4 BrexitSozSichÜG.

cker, dem dieser Beitrag gewidmet ist. Einige sozialrechtliche Institutionen, wie etwa das als Familienbeihilfe qualifizierte »im Saarland zu gewährende Frauen- oder Unterhaltsgeld«⁵⁰ existieren nicht mehr, andere, wie etwa die Pflegeversicherung oder die Arbeitslosenversicherung, fehlen im Abkommen.

D. Fazit und Ausblick

Inzwischen sieht wohl auch die britische Seite die Notwendigkeit einer rechtlichen Regelung der Koordinierung im Bereich der Sozialen Sicherheit. Es wird eher um die Frage gehen, ob das Vereinigte Königreich mit jedem EU-Mitgliedstaat ein eigenes Abkommen aushandelt oder ein Abkommen mit der Europäischen Union. Eigene Abkommen wäre individueller, könnten aber wichtige Fragestellungen, wie etwa die Zusammenrechnung von Versicherungszeiten aus mehreren Staaten, außer Acht lassen. Zudem sollten die EU-Mitgliedstaaten nicht ungewollt differenzierende Regelungen untereinander aufbauen. Wahrscheinlich wird es langfristig zum Abschluss eines multilateralen Sozialversicherungsabkommen kommen, das de facto der VO 883/2004 entspricht, die genau besehen ein solches, multilaterales Sozialversicherungsabkommen ist, wenn sie auch nicht als solches bezeichnet wird. Allein um das Gesicht zu wahren und den Wählerinnen und Wählern verkaufen zu können, dass in diesem Rechtsbereich »Get Brexit done!« ebenfalls durchgezogen wurde, kann die Verordnung nicht einfach weitergelten. Es besteht aber die Gefahr, dass die britische Seite versuchen wird »ein Ei aus dem Omelett zu nehmen«⁵¹. Das Ei könnten die ungeliebten Familienleistungen sein, deren uneingeschränkte Zahlung in voller Höhe vor allem nach Osteuropa mit auf der Propaganda der Brexitbefürworter stand. Da auch andere Mitgliedstaaten, etwa Österreich, aber auch Deutschland, diese Diskussion ebenfalls führen, könnte es durchaus sein, dass dieses »Ei« der uneingeschränkten Zahlung von Familienleistungen aus dem »Omelett« der VO 883/2004 herausgenommen wird und dieses künftig etwas kleiner ausfallen wird.

50 Art. 1 Nr. 17 Deutsch-Britisches SVA.

51 Vgl. Fn. 46.

Anika Seemann, München

Aktuelle Themen in der skandinavischen Sozialrechtsforschung

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Menschenrechte und Verfassung im Sozialstaat
- C. Rechtsbegriff, Rechtssicherheit und Verrechtlichung
- D. Vulnerable Personengruppen
- E. Nationales Recht und EU-Recht
- F. Die Veränderung von Familien- und Arbeitsmodellen im Sozialrecht
- G. Gesundheitsrecht
- H. Sozialrecht und Steuerrecht
- I. Individuum, Gemeinschaft und Solidarität in interdisziplinärer Perspektive
- J. Ausblick

A. Einleitung

Wie auch hierzulande ist die Sozialrechtsforschung in Skandinavien in ständiger Bewegung. In den vergangenen Jahren haben sich dort verschiedene neue Forschungsschwerpunkte, aber auch neue theoretische und methodische Zugänge zum Sozialrecht entwickelt. Im Folgenden soll für den deutschen Leser ein kurzer Überblick gegeben werden, mit welchen Themen und Fragestellungen sich die skandinavische Sozialrechtswissenschaft in den vergangenen Jahren beschäftigt hat und welche Faktoren und Ereignisse sie beeinflusst haben. Der Beitrag behandelt dabei vor allem die Entwicklungen seit 2010, wagt aber auch einen Blick in die Zukunft der skandinavischen Sozialrechtsforschung.¹

Einige der heute aktuellen Themen haben eine lange Vorgeschichte, andere sind in den vergangenen Jahren neu hinzugekommen. Der demografische Wandel, die Schnittstelle von Sozialrecht und Migrationsrecht sowie die geschlechterkritische Analyse des Wohlfahrtsstaates beschäftigen das skandinavische Sozialrecht bereits seit mehreren Jahrzehnten – die konkreten Fragestellungen aber gehen mit der Zeit. Andere, lange Zeit eher unbeachtete Themen, wie beispielsweise das Verhältnis von Verfassung und Sozialstaat sowie die Rechtssicherheit, haben im vergangenen Jahrzehnt eine erhöhte Aufmerksamkeit erfahren. Die rechtliche Auseinandersetzung mit verschiedenen Formen von medizinischer Innovation und der Digitalisierung wiederum stellen einen neuen Forschungsfokus dar.

Vorangetrieben werden Entwicklungen in der Sozialrechtsforschung zum einen durch Veränderungen im Recht selbst. Das Sozialrecht als solches wiederum entwickelt sich in enger Verschränkung mit den sich verändernden gesellschaft-

¹ Die Begriffe »skandinavisch« und »nordisch« werden im Text synonym verwendet. Der Beitrag beschäftigt sich überwiegend mit der Forschung in Norwegen, Schweden und Dänemark, verweist aber auch auf Forschungsarbeiten aus Finnland und Island.

lichen Bedarfen und Strukturen. Eine Aufgabe der Sozialrechtswissenschaft ist es, diese Veränderungen im Recht – vor dem Hintergrund des sozialen Wandels und der normativen Debatten, die diese Prozesse begleiten – wissenschaftlich einzuordnen. In den skandinavischen Ländern haben im vergangenen Jahrzehnt einige grundlegende Rechtsreformen, etwa die norwegische Verfassungsreform von 2014 und die Reform des dänischen Sozialhilfegesetzes von 2014, eine intensive wissenschaftliche Auseinandersetzung verlangt.

Zum anderen entwickelt sich die Sozialrechtswissenschaft vor dem Hintergrund einer sich verändernden Lebenswelt. Die Rolle der Sozialrechtsforschung ist es in diesem Zusammenhang, die normativen Grundlagen sowie Wirkungsweisen der bestehenden sozialrechtlichen Strukturen kritisch zu hinterfragen. Sich verändernde gesellschaftliche Strukturen und Normvorstellungen haben in Bezug auf ihre Konsequenzen für das Sozialrecht in der skandinavischen Rechtswissenschaft zuletzt große Aufmerksamkeit erhalten. Neue Formen der Arbeit, sich wandelnde gesellschaftliche Familien- und Wertemodelle, eine zunehmend diffuse Trennlinie zwischen Öffentlichem und Privatem, sowie selbstverständlich die Digitalisierung, die Globalisierung und die Migration sind einige der fundamentalen gesellschaftlichen Prozesse, die die Themen der skandinavische Sozialrechtsforschung in den vergangenen Jahren bestimmt haben.

Nicht zuletzt gibt aber auch die zunehmende interdisziplinäre und transnationale Vernetzung der Wissenschaft selbst Anstoß für neue Perspektiven in der skandinavischen Sozialrechtsforschung. So steht das skandinavische Sozialrecht immer mehr in engem interdisziplinären Austausch mit anderen Wissenschaften, allen voran den Sozial- und Geisteswissenschaften. Vor diesem Hintergrund haben sich neue Zugänge zum Sozialrecht etabliert, die innovative theoretische und kritische Reflexionen ermöglichen. Dies hat zum einen zu einer neuen Auseinandersetzung mit Fragen der sozialen Gerechtigkeit, der individuellen Freiheit sowie der Legitimität des Sozialstaats geführt. Aber auch sozialphilosophische Debatten, die aktuell etwa zu Begriffen wie Nachhaltigkeit und Vulnerabilität geführt werden, finden zunehmend Beachtung in der skandinavischen Sozialrechtsforschung.

Dieser Beitrag geht sowohl auf neueste Publikationen als auch auf aktuelle Forschungsprojekte ein. Aufgrund des Umfangs und der Vielschichtigkeit der skandinavischen Sozialrechts- und Wohlfahrtsstaatsforschung kann er selbstredend keine abschließende Darstellung bieten. Auch sollen die einzelnen Überschriften in diesem Beitrag nicht als strikt voneinander zu trennende Forschungsbereiche verstanden werden. Vielmehr soll mit Hilfe verschiedener thematischer Blickwinkel ein möglichst facettenreiches und umfassendes Bild der aktuellen Sozialrechtsforschung in Skandinavien gezeichnet werden, das auch die Vernetzung der einzelnen Fragestellungen untereinander aufzeigt.²

² Thematisch konzentriert sich der Beitrag auf die Sozialrechtsforschung in Skandinavien zu den skandinavischen Wohlfahrtsstaaten – die Bandbreite der Forschung ist aber selbstverständlich viel weiter und erstreckt sich auf eine Vielzahl von europäischen und globalen Zusammenhängen sowie Projekte zum Globalen Süden.

B. Menschenrechte und Verfassung im Sozialstaat

Die Bedeutung der Menschenrechte im Sozialstaat nimmt eine immer zentralere Stellung in der skandinavischen Sozialrechtsforschung ein. Traditionell waren die skandinavischen Sozialstaaten geprägt von breiten gesellschaftlichen Koalitionen, einem ausgeprägten gesellschaftlichen Vertrauen in politische Entscheidungsträger und, insbesondere in der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg, großzügigen Sozialleistungen. Kürzungen bei den Sozialleistungen seit den 1990er-Jahren, Ambivalenzen im Zusammenhang mit weit gefassten Ermessensvorschriften, sowie die zunehmenden Anforderungen an den Einzelnen im Rahmen von Aktivierungsmaßnahmen haben in den letzten Jahren zu einer stärkeren – gesellschaftlichen und wissenschaftlichen – Auseinandersetzung mit Menschenrechten im Sozialstaat geführt.³ Insbesondere diskriminierungsrechtliche Fragen sind hierbei zu einem zentralen Thema der Sozialrechtsforschung geworden.⁴

Im Kontext der Menschenrechte sind auch die skandinavischen Verfassungen zunehmend in den Fokus der Sozialrechtswissenschaft gerückt.⁵ Spielten die Verfassungen der skandinavischen Länder traditionell eine geringe Rolle für individuelle soziale (Menschen-)Rechte, so wird ihre Bedeutung für den sozialen Schutz zunehmend thematisiert. In Finnland ist das Thema seit der großen Verfassungsreform von 2000 aktuell und auch für das schwedische Recht sind in den vergangenen Jahren wichtige Beiträge zum Verständnis für das Verhältnis von Verfassung und sozialen Menschenrechten vorgelegt worden.⁶ In Norwegen bot insbesondere das 200. Jubiläum der norwegischen Verfassung im Jahr 2014 Anlass für eine intensivere Auseinandersetzung mit dem Verhältnis von Verfassung und Wohlfahrtsstaat.⁷ Vor dem Verfassungsjubiläum hatte eine parlamentarische Kommission Vorschläge für eine Verfassungsänderung abgegeben, die insbesondere auf die Inkorporation sozialer und ökonomischer Menschenrechte in die Verfassung zielten.⁸ Durch eine Verfassungsänderung im Mai 2014 wurde daraufhin ein Menschenrechtskatalog in die norwegische Verfassung aufgenommen, der auch eine Auswahl an sozialen Rechten umfasst. Mehrere Forschungsarbeiten

3 Siehe beispielsweise Köhler-Olsen, *Rekkevidden av statens menneskerettslige plikt til å bekjempe økonomisk og sosial ulikhet*, *Nordisk Socialrättslig Tidsskrift* 19–20 (2019), S. 53–77; Thune/Stavrum, *Menneskerettighetene i helse- og omsorgssektoren og NAV*, 2012; Aasen/Kjelleevold, *Velferd og menneskerettigheter: 'ulovlig opphold' som grunnlag for å avskjære helse- og sosialhjelp?* *Tidsskrift for Velferdsforskning* 15 (2012), S. 93–107; Lindholm/ Klausen, *Social- og menneskerettslige perspektiver om 'nytteindsats'*, *Ugeskrift for Retsvæsen*, 2016, S. 311–32.

4 Hartlev/Jørgensen/Aune/Hellum (Hrsg.), *Ketsch me if you can: sociale rettigheter og ligestilling*, 2017; Jørgensen, *Diskrimination af børn i et socialretligt perspektiv*, *EU-ret & menneskeret*, 17 (2010), S. 87–93.

5 Krunke/Thorarensen (Hrsg.), *The Nordic Constitutions – A Comparative and Contextual Study*, 2018; Haugli/Nylund/Sigurdson/Bendiksen (Hrsg.), *Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries*, Brill 2019.

6 Lind, *Sociala rättigheter i förändring: En konstitutionellrättslig studie*, 2009.

7 Aasen/Kildal (Hrsg.), *Grunnloven og velferdsstaten*, 2014; Kinander, *Menneskerettigheter og Grunnloven – Om Menneskerettighetsutvalgets Forslag om Inkorporering av Internasjonale Menneskerettigheter i Grunnloven*, *Jussens Venner* 48 (2013), S. 116–139; Grindheim, *Hva Skal Vi Med Grunnloven?*, *Stat & Styring* 23 (2013), S. 30–31; Bernt, *Grunnlovsrevisjon og frykten for rettsliggjøring*, *Nytt Norsk Tidsskrift*, 29 (2012), S. 403–412.

8 *Presidentskapet, Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*, Dokument 16, (2011–2012).

widmeten sich dieser Verfassungsänderung und behandelten dabei im Schwerpunkt deren Auswirkungen auf dem Gebiet der Sozialrechts.⁹

Auch weiterhin beschäftigt die Frage nach der Stellung der Verfassungen für Menschenrechte bzw. individuelle Rechte im Wohlfahrtsstaat die nordische Rechtswissenschaft. An der Universität Oslo beschäftigt sich etwa die Forschungsgruppe *Konstitusjon og Rettigheter* (Deutsch: »Verfassung und Rechte«) konkret mit der Rolle der Verfassung im norwegischen Sozialstaat, vor allem vor dem Hintergrund der jüngsten Verfassungsänderung. Für Schweden hat Anna Sara Lind die Bedeutung der Konstitutionalisierung sozialer Rechte für die Zukunft des schwedischen Wohlfahrtsstaates betont.¹⁰ In Dänemark spielt das Thema jedoch weiterhin eine untergeordnete Rolle und die Bedeutung der Verfassungen in den nordischen Sozialstaaten ist auch weiterhin deutlich geringerer, als dies beispielsweise in Kontinentaleuropa der Fall ist.

C. Rechtsbegriff, Rechtssicherheit und Verrechtlichung

Der Fokus auf Menschenrechte im Sozialstaat ist auch mit einer intensiven Beschäftigung mit Fragestellungen zu individuellen Rechten und der Rechtssicherheit allgemein einhergegangen. Ein genereller Befund ist es, dass sich die nordischen Sozialstaaten in den vergangenen Jahrzehnten in einem grundlegenden Wandel hin zu einer stärkeren »Verrechtlichung« befunden haben. Wurden Rechte in den skandinavischen Staaten lange als relativ und programmatisch angesehen, wird in gesellschaftlichen, politischen und wissenschaftlichen Diskursen vermehrt ihre individuelle Schutzfunktion betont. Die Debatte zur »Verrechtlichung« ist in den nordischen Rechtswissenschaften nicht neu, aber auch im vergangenen Jahrzehnt aktuell geblieben. Die aktuelle rechtswissenschaftliche Forschung zu diesem Thema ist sowohl theoretisch als auch empirisch-rechtssoziologisch angelegt.

Aus theoretischer und rechtsphilosophischer Perspektive wird im rechtswissenschaftlichen Diskurs zum Teil eine stärkere Konturierung und Durchsetzbarkeit von individuellen Rechten in den sozialen Sicherungssystemen gefordert, nicht zuletzt auch mit dem Ziel des Schutzes von Minoritäten.¹¹ Hierzu werden Einschränkungen der traditionell sehr weiten politischen und kollektiven Gestaltungsspielräume in den nordischen Wohlfahrtsstaaten bewusst in Kauf genommen und teils als erforderlich angesehen. Doch der Prozess der »Verrechtlichung« wird nicht durchweg als positiv bewertet.¹² Eine höhere Regelungsdichte, so Kritiker, würde die pragmatischen, kollektiven Formen der politischen Entscheidungsfindung untergraben, die erheblich zum Erfolg der nordischen Wohlfahrtsstaaten beigetragen haben. Auch könne eine Verrechtlichung zu einem derart komplexen Recht führen, dass dies wiederum die Schutzfunktion des Rechts gefährde.

⁹ Siehe z. B. Kjønstad/Syse, *Grunnlovsreformen og velferdsretten*, *Jussens venner* 49 (2014), S. 340–357.

¹⁰ Lind, *Utvikling och trender – från den nationella välfärdsstaten till globalt tryck*, in: Erhag/Leviner/Lind (Hrsg.), *Socialrätt under omvandling: Om solidaritetens och välfärdsstatens gränser*, 2018, S. 354.

¹¹ Ik Dahl/ Blaker Strand, *Rettigheter i velferdsstaten – begreper, trender, teorier*, 2016, S. 19–22.

¹² Gustafsson, *Rättighetifering – om rättigheternas tragedi*, in: Erhag/Leviner/Lind (Hrsg.), *Socialrätt under omvandling*, S. 46–92.

Nicht zuletzt könne ein hoher Individualisierungsgrad des Rechts den Blick für das Gemeinschaftliche schwächen. Die weiter anhaltende Debatte über die Verrechtlichung hat in den letzten Jahren auch zu einer neuen rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit begrifflichen und methodischen Voraussetzungen für die Untersuchung von Rechten im Wohlfahrtsstaat geführt. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang insbesondere der Sammelband *Rettigheter i Velferdsstaten – Begreper, trender, teorier* (Deutsch: »Rechte im Wohlfahrtsstaat – Begriffe, Trends und Theorien«), herausgegeben von Ingunn Ikdahl und Vibeke Blaker Strand von der Universität Oslo.¹³

Die nordische Rechtswissenschaft widmet sich aktuell zudem der Frage, wie es zu einer »Verrechtlichung« der nordischen Sozialstaaten kommt. In Bezug auf die gerichtliche Durchsetzung von Rechten etwa haben Wissenschaftler einen Veränderungsprozess identifiziert: War die nordische Gerichtskultur traditionell von großer Zurückhaltung geprägt (»judicial restraint«), werden Gerichte von Bürgerinnen und Bürgern zunehmend in Anspruch genommen und die Gerichte entscheiden oft in größerer Abgrenzung zur Legislative, als dies früher der Fall war.¹⁴ Zwei größere Forschungsprojekte widmen sich derzeit diesem Thema. Das Projekt »The Scandinavian Rights Revolution« an der Universität Oslo beschäftigt sich mit der Rolle der Zivilgesellschaft für die zunehmende Bedeutung der Gerichte in den nordischen Rechtssystemen. An der Universität Umeå beschäftigt sich das multidisziplinäre Projekt »Judicial Power and Power over the Judiciary: An Interdisciplinary Study of the Shifting Role of Judges« aus einem rechtssoziologischen Blickwinkel mit der sich wandelnden Rolle und dem sich wandelnden Selbstverständnis der schwedischen Richterschaft.

In engem Zusammenhang mit dem verstärkten Fokus auf individuelle Rechte steht der Begriff der Rechtssicherheit. In diesem Kontext hat sich die nordische Forschung vor allem auf Verwaltungsverfahren sowie die Durchsetzung individueller Rechte vor den Gerichten konzentriert.¹⁵ In Bezug auf die Rechtssicherheit sind insbesondere weite Ermessensvorschriften, die Aktivierungspolitik, die Privatisierung sowie mangelhafte gerichtliche Kontrollmöglichkeiten als Probleme identifiziert worden.¹⁶ Grundlegende Sozialreformen wie beispielsweise die norwegische Rentenreform von 2011 boten ebenfalls Anlass zur Auseinandersetzung mit dem Thema Rechtssicherheit, vor allem mit Blick auf die Klarheit und Verständlichkeit der einzelnen (Übergangs-)Regelungen.¹⁷ Auch Datenschutz und Privatsphäre sind, angesichts des hohen Digitalisierungsgrades

13 Ikdahl/Blaker Strand, *Rettigheter i velferdsstaten – begreper, trender, teorier*, 2016.

14 Follesdal/Wind, Introduction: Nordic Reluctance Towards Judicial Review under Siege, *Nordic Journal of Human Rights* 27 (2009), S. 131–141; Husa, Nordic Constitutionalism and European Human Rights: Mixing Oil and Water? *Scandinavian Studies in Law*, 55 (2010), S. 101–124.

15 Klausen, *Prøvelse af socialretlige sager*, *Ugeskrift for Retsvæsen*, 2018, S. 57–67; von Hielmcrone und Schultz, *Retssikkerhed i dansk socialret*, *Retfærd* 33 (2010), S. 3–24.

16 Henriksen, *Velfærdssamfundets krise – kommunerne, den offentlige velfærd og borgernes sikkerhed*, *Samfundslederskab i Skandinavien* 34 (2019), S. 101–120; Erhag/Lind, Balancing responsibilities between public and non-public actors in Swedish social security, in Pennings/Erhag/Stendahl (Hrsg.), *Non-Public Actors in Social Security Administration*, 2013.

17 Gulden, *Pensionsreformen og retssikkerheten*, *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett*, 11 (2014), S. 1–6.

der nordischen Sozialverwaltungen, in diesem Zusammenhang zu einem wichtigen Thema geworden.¹⁸

Angesichts der Vielzahl von Interpretationsansätzen in der Debatte um individuelle Rechte und Rechtssicherheit im Wohlfahrtsstaat ist damit zu rechnen, dass diese Themen die nordische Sozialrechtsforschung auch weiter beschäftigen werden.

D. Vulnerable Personengruppen

Ein weiterer Fokus der nordischen Sozialrechtswissenschaft richtet sich auf die Rechte vulnerabler Personengruppen im Sozialstaat. Der Begriff der Vulnerabilität ist hierbei weit zu verstehen. So haben sich Forscher im Norden in den vergangenen Jahren zunehmend mit sozialen Gruppen auseinandergesetzt, die im sozialrechtlichen Gefüge regelmäßig strukturell oder situativ einer Benachteiligung oder Gefährdung ausgesetzt sind. Hieraus sind Forschungsarbeiten vor allem zum Status von Kindern, Alten, Behinderten, Migranten und anderen Minderheiten im Sozialrecht hervorgegangen.¹⁹ Im skandinavischen Raum ist insbesondere das Verhältnis der Urvölker und nationalen Minderheiten zum Sozialstaat vor dem Hintergrund jahrzehntelanger Diskriminierung zunehmend in den Fokus wissenschaftlicher Arbeit gerückt. Auch Gruppen, die sich am Rande regulärer Lebensformen befinden, beispielsweise die Obdachlosen, haben vermehrt Aufmerksamkeit erfahren.

Einen besonderen Schwerpunkt der skandinavischen Sozialrechtsforschung bildet der Schutz von Kindern.²⁰ In den vergangenen Jahrzehnten haben sich auf diesem Gebiet mehrere rechtswissenschaftliche Forschungszentren etabliert. Das »Nordische Netzwerk der Kinderrechtsforscher« bringt seit 2017 Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler aus dem skandinavischen Raum in regelmäßigen Abständen zusammen. Zentrale Fragestellungen der Forscherinnen und Forscher sind zuletzt insbesondere die UN-Kinderrechtskonvention und ihre Umsetzung in den nationalen Rechtsordnungen Skandinaviens gewesen.²¹ An der Universität Umeå beschäftigt sich das noch bis 2021 laufende Projekt »To Assess ›Child's Best Interests‹ Under the CRC – A Children's Rights Analysis in Social Welfare Context« mit der Interpretation und Anwendung der UN-Kinderrechtskonvention im schwedischen Sozialstaat. Das *Social Law Research Centre* der Universität Aalborg beschäftigt sich in einem gesonderten Forschungsbe-
reich mit besonders schutzbedürftigen Kindern und Jugendlichen, insbesondere

18 Ohnstad, Velferd, rettsikkerhet og personvern, 2011; Schultz, von Hielmcrone/Busse, Rettsikkerhet i digitaliseret socialt arbeide, in: Harder/Nissen (Hrsg.), Socialt arbeide i en foranderlig verden, 2015, S. 179–194.

19 Skarstad, Funksjonshemmedes menneskerettigheter: Fra prinsipper til praksis, 2019; Blaker Strand, En diskrimineringsrettslig tilnærming versus en velferdsrettslig tilnærming for bedring av utsatte grupper og individers rettsstilling, *Retfærd*, 35 (2012), S. 55–80.

20 Für einen Überblick siehe beispielsweise: Jacobsen (Hrsg.), Rights of children in the Nordic welfare states: conceptual and empirical enquiries, 2015; Adolphsen/Friðriksdóttir/Hartoft/Leviner/Sanberg/Stang, Barneretten i de nordiske land: Temaer i tiden, *Barn* 37 (2019), S. 15–39.

21 Siehe z. B. Leviner, Barnkonvention som svensk lag – En diskussion om utmaningar och möjligheter, för att förverkliga barns rättigheter, *Förvaltningsrättslig tidsskrift*, 2018, S. 287–311.

solchen mit physischen oder psychischen Beeinträchtigungen. Auch in Norwegen hat es in den vergangenen Jahren eine intensive Beschäftigung mit Fragen des Kinderrechts gegeben, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der international geführten Debatten um die Frage, ob der Kinderschutz in Norwegen zu invasiv praktiziert wird.²²

Auch die Schutzbedürftigkeit von Älteren, Behinderten und anderen ausgesetzten Gruppen ist zunehmend in den Fokus der nordischen sozialrechtlichen Forschung gerückt. Die Universität Lund hat hier unter der Führung von Ann Numhauser-Henning das »Elder Law« als eigenständige Disziplin in der schwedischen Rechtswissenschaft etabliert. Das *Norma Elder Law Research Environment* der Universität Lund, derzeit unter der Führung von Titti Mattsson, führt die Forschung im Bereich des Elder Law dort weiter voran. So beschäftigt sich aktuell das Projekt »Whose voice? Care management and dementia (2018–2020)« an der Schnittstelle von Recht und Sozialarbeit mit den rechtlichen und praktischen Herausforderungen in Bezug auf die Rechte von Personen mit Demenz.²³ Auch das *Social Law Research Centre* der Universität Aalborg widmet sich in einem eigenständigen Forschungsbereich der Stellung von älteren Menschen sowie Menschen mit besonderen psychischen, physischen oder sozialen Herausforderungen im Sozialrecht.

Die Rechtsstellung von Migranten in den sozialen Sicherungssystemen Skandinaviens erfährt ebenfalls eine weiter wachsende Aufmerksamkeit in der Rechtswissenschaft.²⁴ Insbesondere der sozialrechtliche Schutz unbegleiteter minderjähriger Migranten hat hier – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Flüchtlingskrise 2015 – erhebliches Forschungsinteresse auf sich gezogen.²⁵ Auch die kumulativen Vulnerabilitäten, die sich für Personen ergeben, die mehreren benachteiligten Gruppen angehören, beispielsweise weibliche Migrantinnen oder Minderjährige aus religiösen oder ethnischen Minderheiten (Stichwort: Intersektionalität), sind zu einem Schwerpunkt der sozialrechtswissenschaftlichen Forschung geworden.²⁶ Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang insbesondere der Sammelband *Like Rettigheter – ulike Liv* (Deutsch: Gleiche Rechte – Ungleiche Leben), herausgegeben von Anne Hellum und Julia Köhler-Olsen, der sich aus sozial-, arbeits-

22 Langford/Skivenes/Søvig/Kirkebø (Hrsg.), *Children's rights in Norway: An implementation paradox?* 2019; Kane/Neverdal, *Barnevern – et vern med eller uten et universelt forebyggingsansvar?* Tidsskriftet Norges Barnevern, 95(2018), S. 248–264; zum Kinderschutz in Schweden siehe: Leviner/Lundström, *Tvångsvård av barn och unga: rättigheter, utmaningar och gränzzone*, 2017.

23 Mattsson/Giertz, *Vulnerability, Law, and Dementia: An Interdisciplinary Discussion of Legislation and Practice*, *Theoretical Inquiries in Law*, 21 (2020), S. 139–159.

24 Bendixen/Jacobsen/Søvig (Hrsg.), *Eksepsjonell velferd? Irregulære migranter i det norske velferdssamfunnet*, 2015; Stern, *Vem får del av kakan? Om migranter, rättigheter och solidaritet*, in: Erhag/Leviner/Lind (Hrsg.), *Socialrätt under omvandling*, 2018, S. 192–223.

25 Helander/Leviner (Hrsg.), *Barn, migration och integration in en utmanande tid*, 2019; Zillén, *Barn i välfärdsstatens utkant: Om rätten till sjukvård för barn som är unionsmedborgare och som lever i ekonomisk utsatthet i Sverige*, 2019.

26 Siehe beispielsweise die Projektgruppe »Kind, Migration und Integration« (Barn, migration og integration) der Universität Stockholm; Kvamme/Ytnehus, *Barriers to health care access among undocumented migrant women in Norway*, *Society, Health & Vulnerability*, 6 (2015).

und familienrechtlicher Perspektive insbesondere mit den Rechten von Frauen, Migranten, Minderheiten und Minderjährigen beschäftigt.²⁷

Auf dem Gebiet der Minderheiten und Urvölker sind vor allem zu den Sami und Lappen, aber auch zu den Inuit Publikationen hinzugekommen.²⁸ Aufgrund der lange zurückreichenden Unterdrückung und Diskriminierung dieser Bevölkerungsgruppen in den nordischen Wohlfahrtsstaaten wählen diese Publikationen zumeist einen breiten, historischen Zugang zur Thematik.

E. Nationales Recht und EU-Recht

Das Verhältnis zwischen nationalen Rechtsordnungen, EU-Recht und internationalem Recht stellt weiter einen Fokus der skandinavischen Rechtswissenschaft dar. Dies liegt zum einen an den komplexen Schnittstellen, die sich aus der Interaktion der verschiedenen Rechtsordnungen ergeben. So ist eine stets aktuelle Frage, wie die bestehenden Strukturen der universell ausgestalteten Wohlfahrtsstaaten des Nordens mit europarechtlichen Vorgaben in Einklang gebracht werden können. Zum anderen sind es aber auch die unterschiedlichen Rechtskulturen der nordischen Staaten und der Europäischen Union, insbesondere bezüglich der Regulierung des Arbeitsmarktes und daran angrenzender Ordnungen wie des Sozialrechts, die dies zu einem vielschichtigen und stets präsenten Thema machen. Im vergangenen Jahrzehnt haben beispielsweise die Rechte von EU-Bürgern in den nordischen Wohlfahrtsstaaten²⁹ sowie die Rechte transnationaler Familien³⁰ im Fokus rechtswissenschaftlicher Forschung gestanden.

Mit dem norwegischen Sozialleistungsskandal des Jahres 2019 erlangt dieses Thema eine völlig neue Relevanz.³¹ Im Oktober 2019 stellte sich heraus, dass die norwegische Agentur für Arbeit und Soziales (NAV) über Jahre hinweg Sozialleistungen entgegen europarechtlichen Vorgaben fehlerhaft nicht an Leistungsberechtigte ausgezahlt hat. Stattdessen hielt sie die nationale Regelung aufrecht, dass eine Person, um bestimmte Leistungen nach dem norwegischen Sozialgesetzbuch (*Folketrygdloven*) zu erhalten, sich in Norwegen aufhalten muss. So wurden Berechtigten Zahlungen verwehrt, viele wurden zudem zu Rückzahlungen verpflichtet und einige gar wegen Sozialbetrugs verurteilt. Im Zuge erster Ermittlungen zeigte sich, dass bis zu 2400 Personen betroffen sein könnten.

27 Hellum/Köhler-Olsen (Hrsg.), *Like Rettigheter – Ulike Liv. Rettslig kompleksitet i kvinne-, barne- og innvandrerperspektiv*, 2014.

28 Brandal/Døving/Plesner (Hrsg.), *Nasjonale minoriteter og urfolk i norsk politikk fra 1900 til 2016*, 2017; Jakobsen/Rode Larsen, *En kvantitativ delundersøgelse af grønlænderes møde med offentlige myndigheder og institutioner*, Institut for Menneskerettigheder, 2014.

29 Jacqueson, *From Negligence to Resistance: Danish Welfare in the Light of Free-Movement Law*, *European Journal of Social Security*, 18 (2016), S. 183–206; Jacqueson, *Unionsborgerens ret til sociale ydelser efter EU-retten: hvilken vej blæser vinden?*, *EU-ret & menneskeret* (2010); Erhag, *Under Pressure? – Swedish Residence-Based Social Security and EU Citizenship*, *European Journal of Social Security*, 18 (2016), S. 207–231.

30 Ikdahl, *De grensekryssende familier: Familietelser og EØS*, in: Bogstad (Hrsg.), *Trygd og pensjon i EØS*, 2015, S. 108–127.

31 Koch, *Die Schattenseite des Vertrauens*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 19. November 2019; www.faz.net/einspruch/justizskandal-in-norwegen-die-schattenseite-des-vertrauens-16493476.html, abgerufen am 5. Mai 2020.

Der Fall, der als größter norwegischer Justizskandal in Friedenszeiten bezeichnet wird, dürfte neben den Behörden auch die Rechtswissenschaft in Norwegen noch lange beschäftigen. Zum einen bedürfen die rein rechtlichen Fragen des Falls eine vertiefte Analyse. Zum anderen aber wirft der Skandal Fragen auf, die die norwegische Rechtskultur und Verwaltungstraditionen als solche betreffen. Es sind deshalb in Bezug auf den NAV-Skandal auch interdisziplinäre Forschungsansätze zu erwarten.

F. Die Veränderung von Familien- und Arbeitsmodellen im Sozialrecht

Ein weiterer Schwerpunkt in der Sozialrechtsforschung liegt auf dem Spannungsverhältnis zwischen traditionellen sozialrechtlichen Begriffen und Konstruktionen die Familie und die Arbeitswelt betreffend und ihrer Anpassungsbedürftigkeit an die Lebenswelt des 21. Jahrhunderts.

Einen besonderen Schwerpunkt des *Centre for Legal Studies in Welfare and Market* (WELMA) an der Universität Kopenhagen bildet derzeit etwa die Systematisierung von Rechtsbeziehungen im Sozialrecht. Im Fokus steht hierbei das Rechtsinstitut der Ehe. Vor dem Hintergrund einer umfassenden gesellschaftlichen Abkehr von der Ehe in Dänemark soll erfasst werden, wie diese Abkehr die »innere Logik« des Sozialrechts außer Kraft setzt. Hierbei sollen einerseits Regelungslücken, insbesondere in Bereichen des Unterhalts und der Sozial- und Familienleistungen, aufgezeigt werden. Andererseits soll erarbeitet werden, wie das Sozialrecht an die komplexen Realitäten sukzessiver Familiengründungen und Eheschließungen über die gesamte Lebensspanne hinweg angepasst werden kann. Ziel der sozialrechtlichen Forschung in diesem Bereich ist es deshalb auch, die Normativität traditioneller Ehekonstruktionen zu hinterfragen und ein Sozialrecht zu schaffen, das den vielschichtigen gesellschaftlichen Beziehungsstrukturen der heutigen Zeit gerecht werden kann. Auch der sozialrechtliche Status von Vätern, Alleinerziehenden, Pflege- und Adoptiveltern ist in den vergangenen Jahren zunehmend in den Fokus wissenschaftlicher Untersuchungen gerückt.³²

Die Umgestaltung der Arbeitswelt im 21. Jahrhundert erfordert ebenfalls ein Umdenken in Bezug auf traditionelle rechtliche Begriffskategorien. Dies betrifft vor allem die »Arbeit 4.0.«, mit der sich aktuell insbesondere Marianne Jenum Hotvedt an der Universität Oslo und Natalie Videbæk Munkholm von der Universität Århus intensiv beschäftigen. Aus interdisziplinärer Perspektive hat sich ein Sonderheft des *Nordic Journal of Working Life Studies* mit prekärer Arbeit in den nordischen Ländern beschäftigt.³³ Es kann davon ausgegangen werden, dass auf diesem Gebiet insbesondere zum Sozialrecht weitere Forschung folgen wird.

32 Friðriksdóttir, Nordic family law: new framework – new fatherhoods, in: Eydal/Rosgaard (Hrsg.), *Fatherhood in the Nordic Welfare States: Comparing Care Policies and Practice*, 2015; Syse/Ikdahl, *Regelverket for stonader til mor eller far med aleneomsorg for barn fra 1. januar 2016*, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 14 (2016), S. 333–359.

33 Ilsøe/Larsen/Rasmussen, *Precarious Work in the Nordics*, *Nordic Journal of Working Life Studies*, 9 (2019).

G. Gesundheitsrecht

Das Gesundheitsrecht nimmt in der gegenwärtigen skandinavischen Rechtswissenschaft eine zentrale Stellung ein. Im Gesundheitsrecht zeigen sich viele sozialrechtliche und sozialstaatliche, aber auch ethische Herausforderungen des 21. Jahrhunderts besonders deutlich. Digitalisierung, medizinische Innovation und Privatisierung sind nur einige in diesem Zusammenhang zu nennende Stichworte.

Anknüpfend an die bereits angesprochenen Themen werden insbesondere die Fragen der Ausgestaltung von Rechten, Rechtsansprüchen und der Rechtssicherheit im Gesundheitsrecht derzeit intensiv besprochen. Hierbei werden zum Teil deutliche Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen in den skandinavischen Ländern erkennbar. So hat Lotta Vahlne Westerhäll beispielsweise herausgearbeitet, dass das Recht auf Gesundheit in den nordischen Ländern sehr unterschiedlich ausgestaltet ist.³⁴ Auch grundlegende Fragen der Patientenautonomie sind von nordischen Forschern in den Blick genommen worden.³⁵ Mit den besonderen Herausforderungen der personalisierten Medizin haben sich jüngst Anne Kjersti Befring, Mette Hartlev und Katharina Ó Cathaoir beschäftigt.³⁶ An der Universität Lund setzt sich zudem ein interdisziplinäres Forscherteam mit dem Thema »eHealth« auseinander.³⁷

Das Sozialrechtsinstitut WELMA an der Universität Kopenhagen beschäftigt sich in einem Forschungsschwerpunkt aktuell mit dem Verhältnis von Gesundheitspolitik und Rechtsstaat, insbesondere im Zusammenhang mit der Nachhaltigkeit des Gesundheitssystems in Anbetracht des demografischen Wandels und westlichen Lebensstilkrankheiten. Vor diesem Hintergrund geht das Forscherteam in Kopenhagen schwerpunktmäßig der Frage nach, was die rechtlichen Voraussetzungen, Gebote und Grenzen von Interventionen in die öffentliche Gesundheit – beispielsweise in Form des »Nudgings« – sind.³⁸

34 Westerhäll, Sociala rättigheters konstruktion och värden, in: Erhag/Leviner/Lind (Hrsg.), Socialrätt under omvandling, S. 18–45.

35 Østenstad/Adolphsen/Naur/Aasen (Hrsg.), Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten, 2018; Bahus/Friis/Mesel (Hrsg.), Pasientautonomi – en rettighet med moralske implikasjoner, Kritisk Juss, 44 (2018), S. 56–78.

36 Befring, Persontilpasset medisin: Rettslige perspektiver, 2019; Ó Cathaoir/Hartlev, Personlig medicin – en udfordring for patienters rettigheder? Juristen 101(2020), S. 219–231; Ó Cathaoir, In Search of Solidarity: Personalised Medicine in Denmark, Nordisk socialrettslig tidskrift 21–22(2019), S. 65–95.

37 Mattsson, Digitalisation and Artificial Intelligence in European Healthcare, European Journal of Health Law 26(2019), S. 285–288; Erlingsdóttir/Sandberg (Hrsg.), eHealth Opportunities and Challenges, 2016.

38 Hartlev/Ó Cathaoir/Olsen, Retlig regulering og personligt ansvar for forebyggelse af kroniske sygdomme, in: Glasdam/Bess Boelsbjerg (Hrsg.), Folkesundhed: Bag om intentioner og strategier, 2019, S. 85–99; Ó Cathaoir, Children's Right to Freedom From Obesity: Responsibilities of the Food Industry, *Nordic Journal of Human Rights*, 36 (2018), S. 109–131.

H. Sozialrecht und Steuerrecht

Ein Forschungsansatz, der – wie auch hierzulande – zunehmend Aufmerksamkeit erfährt, ist die Verknüpfung von Sozialrecht und Steuerrecht. Dem Ansatz zu Grunde liegt die Idee, dass sich Fiskal- und Sozialstaat gegenseitig bedingen und legitimieren. Fallen die Gemeinschaften, die den Fiskalstaat einerseits und den Sozialstaat andererseits ausmachen, zu weit auseinander, kann dies zu einer problematischen Infragestellung ihrer jeweiligen Berechtigung kommen. Der Steuerrechtswissenschaftler Roger Persson Östermann von der Universität Stockholm hat in seinen Publikationen mehrfach darauf hingewiesen, dass die Abgrenzung beider Rechtsgebiete ohnehin schwierig ist, und sich für eine engere Verknüpfung von Sozial- und Steuerrecht ausgesprochen.³⁹

Das Sozialrechtsinstitut WELMA an der Universität Kopenhagen erforscht den Zusammenhang zwischen Sozial- und Steuerrecht derzeit im Forschungsbereich »Welfare, tax control and legitimacy«. Die Forschung nimmt ihren Ausgangspunkt in der These, dass ein enger Zusammenhang besteht zwischen der Effizienz des Steuersystems und der sozialen Akzeptanz für den Sozialstaat. Wird der Einzug von Steuern lückenhaft, verringert sich die allgemeine Bereitschaft zu Steuerabgaben. Für den Sozialstaat, so die These, hat dies eine doppelt negative Wirkung: Die materielle Grundlage des Sozialstaates droht geschwächt zu werden und die Solidarität im Rahmen des Sozialstaats wird in Frage gestellt. Vor dem Hintergrund der Bedeutung des Steuerrechts für den Sozialstaat zielen die Forscher des WELMA darauf, die rechtlichen Voraussetzungen und Grenzen für eine erhöhte Kontrolldichte bei der Steuereintreibung zu untersuchen.

Die Verknüpfung von Steuer- und Sozialrecht wird auch zunehmend aus Gleichberechtigungsperspektive analysiert. Hierbei kann die skandinavische Rechtswissenschaft an ihre umfassende Forschung zur Geschlechtergleichstellung anknüpfen. In diesem Zusammenhang hat insbesondere Åsa Gunnarsson von der Universität Umeå für den skandinavischen Raum eine Vorreiterrolle gespielt.⁴⁰ Das derzeit von ihr geleitete, multinationale »FairTax«-Projekt widmet sich der Frage, wie nachhaltige Steuer- und Sozialpolitik zur wirtschaftlichen Stabilität der EU-Staaten beitragen kann. In einem Teilprojekt mit dem Titel »Gender equality and income inequalities in fiscal policies« beschäftigt sich das FairTax-Projekt mit dem Thema Geschlechtergerechtigkeit aus steuer- und sozialpolitischer Perspektive.

39 Östermann, Är det lämpligt att beskattning integreras med socialrätt?, in: Erhag/Leviner/Lind (Hrsg.), Socialrätt under omvandling.

40 Brooks/Gunnarsson/Philipps/Wersig (Hrsg.), Challenging Gender Inequality in Tax Policy, 2012; Gunnarsson/Eriksson, Eliminating the secondary earner bias: Policy lessons from the introduction of partial individual taxation in Sweden in 1971, Nordic Tax Journal (2017), S. 89–99.

I. Individuum, Gemeinschaft und Solidarität in interdisziplinärer Perspektive

Alle bereits angesprochenen Forschungsthemen betreffen in mehr oder weniger expliziter Weise das Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft im heutigen Sozialstaat und die Frage, wie Solidarität darin gestaltet wird. Dieses komplexe Zusammenspiel ist zunehmend auch zum Fokus einer interdisziplinär ausgerichteten rechtswissenschaftlichen Forschung geworden. So entstehen neue Forschungsarbeiten oft in engem Zusammenspiel mit theoretischen Ansätzen aus den Sozial- und Geisteswissenschaften. Die Forschungsthemen betreffen zum einen das Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft allgemein⁴¹, aber behandeln auch konkretere Fragestellungen, etwa zu den normativen Grundlagen des Sozialstaates⁴² oder der Teilhabe⁴³.

Im Fokus steht hierbei vor allem die Frage, auf welche Weise das Recht Veränderungen in der Idee der Solidargemeinschaft widerspiegelt und selbst vorantreibt. Die rechtliche Ausgestaltung von Zugangsbarrieren zur Solidargemeinschaft, insbesondere das Verhältnis zwischen Migration und Sozialstaat, bildet hierbei einen zentralen Untersuchungsgegenstand.⁴⁴ In den vergangenen Jahren wurden strengere Bedingungen für den Zugang zu den nordischen wohlfahrtsstaatlichen Solidargemeinschaften geschaffen, insbesondere durch erhöhte Anforderungen für Aufenthalt und Staatsbürgerschaft, aber auch durch längere Qualifikationszeiten für den vollen Zugang zu Sozialleistungen. Doch nicht nur der Zugang zur Solidargemeinschaft wurde erschwert. Auch die Anforderungen an das Mitglied der Solidargemeinschaft wurden verschärft. Dies zeigt sich beispielsweise in den bereits erwähnten Aktivierungsmaßnahmen.

In diesem Zusammenhang erfährt auch der Begriff der »sozialen Bürgerschaft« in der interdisziplinär ausgerichteten Forschung neue Aufmerksamkeit. Anfang der 2010er setzte sich eine Forschungsgruppe der Universität Bergen mit dem Zusammenhang zwischen Judikalisierung und sozialer Bürgerschaft auseinander. Hieraus ist u. a. der Sammelband *Juridification and Social Citizenship in the Welfare State* hervorgegangen, der vor allem vulnerable Gruppen in den Blick nimmt.⁴⁵ Seit 2020 widmet sich ein Forscherteam der Copenhagen Business School als Teil des Horizon 2020 Projekts »The Future of European Social Citizenship« diesem Thema. Ein aktuelles Projekt der Autorin beschäftigt sich mit den Auswirkungen der dänischen »Ghetto«-Gesetzgebung auf soziale Rechte und auf die soziale Bürgerschaft in Dänemark.⁴⁶

Der Begriff der Solidarität bildet in den interdisziplinär angelegten rechtswissenschaftlichen Forschungsbeiträgen einen weiteren Schwerpunkt. Ein Sam-

41 Siehe Schaumburg-Müller/Vedsted-Hansen (Hrsg.), *Ret, individ og kollektiv*, 2011; Møen, *Demokratiske fellesskap og individuelle rett*, Norsk Sosiologisk Tidsskrift, 2 (2018), S. 26–40.

42 Elvbakken/Hansen/Kuhnle, *Velferdsstatens normative grunnlag*, Norsk Sosiologisk Tidsskrift, 2(2018).

43 Lid, *Universell utforming og samfunnsdeltakelse*, 2020.

44 Siehe u. a. Del III, *Medborgarskapets grænser – solidariteten i praktiken*, in: Erhag/Leviner/Lind (Hrsg.), *Socialrätt under omvandling*.

45 Aasen/Gloppen/Magnussen/Nilssen (Hrsg.), *Juridification and Social Citizenship in the Welfare State*, 2014.

46 Seemann, *The Danish 'Ghetto Initiatives' and the Changing Nature of Social Citizenship* (Projekttitle).

melband zum Stand der schwedischen Sozialrechtsforschung aus dem Jahr 2018 machte den Begriff der Solidarität beispielsweise zu einem Leitthema und kam zu dem Befund, dass der Begriff der Solidarität in der heutigen Zeit deutlich komplexer ist als noch im 20. Jahrhundert.⁴⁷ Die Beiträge zeigen auf, in welcher vielfältiger Weise sich der Begriff der Solidarität verändert. Vor allem unterliegt er räumlichen Änderungen und steht in einem Spannungsverhältnis zwischen nationalstaatlichen Grenzen und transnationalen Gemeinschaftskonstruktionen, insbesondere innerhalb der Europäischen Union. Doch im Lichte von neuen Rechtsdiskursen und vor dem Hintergrund des neoliberalen Reformen ändert sich auch der Wesensgehalt der nordischen wohlfahrtsstaatlichen Solidarität.

Um die vielschichtigen Veränderungen in den nordischen Sozialstaaten zu verstehen, so ein zunehmender Konsens in der nordischen Wohlfahrtsstaatsforschung, braucht es einen multidisziplinären Forschungsansatz. Ein Ausgangspunkt in dieser Forschung ist das Konzept des »Relational Welfare State«, das sich auf die vielen institutionellen Ebenen und sozialen Beziehungen erstreckt, in denen die nordischen Wohlfahrtsstaaten gestaltet werden.⁴⁸ Um den Wohlfahrtsstaat adäquat zu verstehen, sowohl in seinen historischen Wurzeln, seinen normativen Grundlagen als auch in seiner Veränderung, müssen, so die Befürworter dieses Ansatzes, die vielen Beziehungen, die ihn ausmachen, in einem Gesamtzusammenhang betrachtet werden. Hierbei wird das Recht in engem Zusammenhang mit den sozialen, ökonomischen, politischen und kulturellen Grundlagen des Sozialstaats analysiert.⁴⁹

J. Ausblick

Die skandinavischen Wohlfahrtsstaaten befinden sich im Wandel. Auch wenn weiterhin von einem »nordischen Modell« gesprochen werden kann, darf dies nicht den Blick dafür verschleiern, dass sich die skandinavischen Wohlfahrtsstaaten des 21. Jahrhunderts in Teilbereichen erheblich voneinander unterscheiden. Der Neoliberalismus hat auch vor den nordischen Wohlfahrtsstaaten nicht Halt gemacht und die einzelnen Zweige des Sozialrechts sind über die vergangenen Jahrzehnte zunehmend nach unterschiedlichen Prinzipien ausgestaltet worden. Den Rahmen für die aktuelle Sozialrechtsforschung bilden eine Vielzahl von ineinander übergreifenden Prozessen, die die Wohlfahrtsstaaten zunehmend verändern, so etwa die Konstitutionalisierung, die Privatisierung, die Europäische Integration, Migration, aber auch die Digitalisierung und sich wandelnde soziale Normen. Am Horizont lassen sich indes bereits neue Forschungstrends ausmachen. Der Begriff des »Öko-Sozialstaates«, in dem soziale und umweltbezogene Interessen vereint werden sollen, verspricht zu einem spannenden Bereich

47 Erhag/Leviner/Lind (Hrsg.), *Socialrätt under omvandling*, S. 11.

48 Hänninen/Lehtelä/Saikkonen (Hrsg.), *The Relational Nordic Welfare State – Between Utopia and Ideology*, 2019.

49 Hänninen/Lehtelä/Saikkonen, *The Nordic welfare state as a state of civilisation Introduction*, in: Hänninen/Lehtelä/Saikkonen (Hrsg.), *The Relational Nordic Welfare State*, S. 3.

der Wohlfahrtsstaatsforschung zu werden.⁵⁰ Die vielfältigen gesellschaftlichen Prozesse des 21. Jahrhunderts, die den Sozialstaat herausfordern, gekoppelt mit neuen theoretischen Ansätzen und Diskursen, dürften die skandinavische Sozialrechtswissenschaft deshalb auch in den kommenden Jahren zu einem innovativen und dynamischen Forschungsbereich machen.

50 Berg/Saikkonen, The eco-social Nordic welfare state – a distant dream or a possible future?, in: Hänninen/Lehtelä/Saikkonen (Hrsg.), *The Relational Nordic Welfare State*, S. 162–183.

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter dieses Heftes

Chesalina, Olga, Dr., Mitarbeiterin des Max-Planck-Instituts für Sozialrecht und Sozialpolitik, Abteilung für ausländisches und internationales Sozialrecht, München · Graser, Alexander, Prof. Dr., Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Politik, insbesondere europäisches und internationales Recht sowie Rechtsvergleichung · Grinblat, Roman, Prof. Dr., LL.M., Studiengang Sozialmanagement, Duale Hochschule Baden-Württemberg, Heidenheim a.d. Brenz · Hagn, Julia, Dr., Leitung der Presse- und Öffentlichkeitsarbeit am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, München · Hardenberg, Simone Gräfin von, Prof. Dr., Fakultät für angewandte Sozialwissenschaften, Hochschule für angewandte Wissenschaften München · He, Linxin, Dr., Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, München · Hohnerlein, Eva Maria, Dr., wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Abteilung für ausländisches und internationales Sozialrecht, München · Hruschka, Constantin, Dr., Senior Research Fellow am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik München · Lin, Kuyen, Prof. Dr., National Open University, Taipeh · Mittlaender Leme de Souza, Sergio Rubens, Professor of Law, Fundação Getulio Vargas Law School, São Paulo (FGV Direito SP; Senior Research Fellow, Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, München · Reinhard, Hans-Joachim, Prof. Dr., Fachbereich Sozial- und Kulturwissenschaften, Hochschule Fulda · Seemann, Anika, Dr., LL.M (Cantab), Senior Research Fellow am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, München

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

Herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Becker,
Direktor am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik,
Abteilung für ausländisches und internationales Sozialrecht

Beirat: Prof. Dr. *Ingwer Ebsen*, Universität Frankfurt a. M. · Prof. *Matthew W. Finkin*, University of Illinois · Prof. Dr. *Maximilian Fuchs*, Universität Eichstätt-Ingolstadt · Prof. Dr. *Thomas Gächter*, Universität Zürich · Prof. Dr. *Peter Mankowski*, Universität Hamburg · Prof. Dr. *Franz Marhold*, Wirtschaftsuniversität Wien · Prof. Dr. *Andreas Hänlein*, Universität Kassel

Mitglied der International Association of Labour Law Journals Publications
Around the World

Ausblick auf die nächsten Hefte

Susanne Bommers (München): Völkerrechtlicher Schutz von Seeleuten:
Zur Durchsetzung der Maritime Labour Convention

Anton Jukic (München): Datenschutz im Gesundheitswesen –
Deutschland, Kroatien und Serbien im Rechtsvergleich

Melissa Aramayo Alonso (Marburg): Soziale Sicherung in Peru

Redaktionsanschriften: Prof. Dr. Ulrich Becker, Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Abteilung für ausländisches und internationales Sozialrecht, Postfach 34 01 21, 80098 München, Telefon (089) 3 86 02-511, e-mail: reinhard@mpisoc.mpg.de.

Bezugsbedingungen: Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Zitierweise: ZIAS) erscheint halbjährlich (zwei Hefte ergeben einen Band) und ist durch den Buchhandel oder vom Verlag zu beziehen. Abonnementsbedingungen/Bezugspreise: jährlich € 169,00 zuzüglich Versandkosten ab Verlag von € 13,- Inland und € 18,- Ausland. Einzelheft € 92,00 zuzüglich Versandkosten. Der Abonnementsvertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Kündigungen sind jeweils zwei Monate vor Ende des Bezugszeitraums möglich und dem Verlag schriftlich mitzuteilen, ansonsten verlängert sich das Abonnement um ein Jahr. Die Abonnementsgelder werden jährlich im voraus in Rechnung gestellt. Über Postgiroämter und Bankinstitute ist eine Teilnahme am Lastschriftabbuchungsverfahren und vierteljährliche Abbuchung möglich. Bei Neubestellungen kann der Abonnent seine Bestellung innerhalb von sieben Tagen schriftlich durch Mitteilung an die Verlagsadresse widerrufen. Zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs (Datum des Poststempels).

Urheber- und Verlagsrechte: Die in der Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung in fremde Sprachen, bleiben vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Auch die Rechte der Wiedergabe durch Vortrag, Funk- und Fernsehsendung, im Magnettonverfahren oder auf ähnlichem Wege bleiben vorbehalten.

C. F. Müller GmbH: Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg. Anzeigen: Judith Hamm, Telefon (06221) 48 94 16. Es gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 28 vom 1. Januar 2020. Vertrieb: Verlagsgruppe Hühig Jehle Rehm, Abonnementservice, Hultschiner Str. 8, D-81677 München, Telefon (089) 21 83-71 10, Fax (089) 21 83-76 20, e-mail: aboservice@hjr-verlag.de. Satz: Strassner ComputerSatz, Heidelberg. Druck: Westermann Druck, Zwickau.

Die unverzichtbare Rechtssammlung zum Europäischen Arbeits- und Sozialrecht

Europäisches Arbeits- und Sozialrecht EAS

**Rechtsvorschriften, Systematische
Darstellungen, Entscheidungssammlung**

Herausgegeben von Prof. Dr. Hartmut Oetker
und Prof. Dr. Ulrich Preis.
Loseblattwerk in 17 Ordnern.
Rund 27.700 Seiten. € 304,-
zur Fortsetzung für mind. 12 Monate.
ISBN 978-3-8114-3534-6

Der Einfluss des europäischen Arbeits- und Sozialrechts auf das nationale Recht gewinnt immer mehr an Bedeutung. So haben in der Vergangenheit insbesondere die Entscheidungen des EuGH in der arbeitsrechtlichen Fachwelt für lebhaftere Diskussionen gesorgt und Maßstäbe gesetzt. Auch in Zukunft werden richtungsweisende Entscheidungen aus Brüssel die Praxis intensiv beschäftigen.

Das vorliegende Standardwerk EAS bietet Ihnen hierzu das notwendige Rüstzeug.



EAS gliedert sich übersichtlich in:

- **Eine Textsammlung** mit allen maßgeblichen Rechtsvorschriften des primären Gemeinschaftsrechts, Abkommen und Erklärungen von allgemeiner Bedeutung sowie Verordnungen und Richtlinien der EU in chronologischer Reihenfolge,
- **Systematische Darstellungen** mit fundierten und umfassenden Erläuterungen der Rechtsvorschriften durch ein namhaftes Autorenteam und
- **eine Entscheidungssammlung** mit der gesamten einschlägigen Rechtsprechung des EuGH, BVerfG sowie praxisrelevante Entscheidungen anderer Gerichte.

Versandkostenfrei (innerhalb D) bestellen: www.cfmuedler.de
C.F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg
Bestell-Tel. 089/2183-7923, Bestell-Fax 089/2183-7620
kundenservice@cfmueller.de



C.F. Müller